

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 2/2010

DYNAMIKA
SOUČASNÉHO
KONSTITUCIONALISMU

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
NAKLADATELSTVÍ KAROLINUM
2010

Vědecký redaktor: JUDr. Jan Kudrna, Ph.D.

Recenzenti: prof. JUDr. Zdeněk Jičínský, DrSc.
doc. JUDr. Jiří Jirásek, CSc.

*Toto číslo vychází v rámci výzkumného záměru MSM0021620804
„Kvantitativní a kvalitativní proměny právního řádu na počátku 3. tisíciletí –
kořeny, východiska a perspektivy“.*

OBSAH

<i>Věra Jirásková: Federalismus v Německu a jeho ústavní proměny</i>	7
<i>Jan Kudrna: Preferenční hlasování ve volbách do Poslanecké sněmovny ČR</i>	21
<i>Gediminas Mesonis: Tomáš Garrigue Masaryk and Mykolas Römeris: Two Figures, Two Approaches to the State and the Constitution</i>	37
<i>Petr Mlsna: Vztah ústavního a evropského práva ve Spolkové republice Německo s přihlédnutím k Lisabonskému nálezu</i>	63
<i>Helena Petrův: Ústavně právní aspekty posuzování existence veřejného zájmu</i>	97
<i>Jana Reschová: Dělbá, moci, funkcí nebo rolí. Několik úvah nad odkazem Ch. Montesquieua</i>	109
<i>Radovan Suchánek: Antidiskriminační zákon z roku 2009 – nová ochrana před nerovným zacházením</i>	119
<i>Jindřiška Syllová: Teorie „ústavně limitované jednorázovosti“ (k nálezu rušícímu ústavní zákon o zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny)</i>	139

FEDERALISMUS V NĚMECKU A JEHO ÚSTAVNÍ PROMĚNY

VĚRA JIRÁSKOVÁ

Z historického úhlu pohledu relativně krátké, avšak na společenské změny převratné období let 1990–1992, bylo výrazně poznamenáno intenzivním hledáním možných podob dalšího soužití Čechů a Slováků, když dosavadní československá federace, tak jak byla ústavně založena v roce 1968, se ukázala být poměrně rychle, zejména pro významnou část politických elit obou národů, slepou uličkou. Na první pohled často více emocionální než racionální zabarvení diskusí o možných i nemožných variantách státoprávního uspořádání ČSFR bylo ukončeno ve druhé polovině roku 1992. Politickou dohodu vítězů parlamentních voleb posvětilo Federální shromáždění přijetím série ústavních zákonů, zejména pak ústavním zákonem č. 542/1992 Sb., o zániku ČSFR.

Vznikem České republiky a Slovenské republiky jako samostatných států zákonitě upadla pozornost dosud věnovaná teoretickým otázkám rozvoje federalismu i praktickým problémům s tím spojeným. Pokud jde o státoprávní uspořádání, na pořad dne se v České republice dostalo především hledání řešení ústavní alternativy obsažené v čl. 99 Ústavy ČR, a sice zda se předpokládanými vyššími územními samosprávnými celky mají stát země nebo kraje,¹ následně též úsilí o postupné prosazování tzv. reformy veřejné správy. Samotný institut federalismu se stal rázem okrajovým tématem, připomínaným obvykle výhradně v souvislosti s prohlubováním evropské integrace, jakkoli se ve svých úvahách rozcházely a rozcházejí představy „eurooptimistů“ a zásadních odpůrců prohlubování těchto probíhajících procesů.

Již letmý pohled na jiné země nás však může snadno přesvědčit, že idea spolkového státu zdaleka není v Evropě překonána, naopak na počátku 21. století zažívá jistou renesanci. Svědčí o tom ústavní vývoj v tradičních a osvědčených federativních státech, jako je kupříkladu Švýcarsko nebo Rakousko. Švýcarská ústava, která prošla v roce 1999 celkovou revizí,² založila moderní chápání federalismu především na zdůraznění spolupráce mezi Spolkem a kantony, jakož i mezi kantony navzájem a stejně

¹ Toto řešení přinesl ústavní zákon č. 347/1997 Sb., o vytvoření vyšších územních samosprávných celků a o změně ústavního zákona ČNR č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.

² Rhinow, R. *Die Bundesverfassung 2000*. Basel. Genf. München: Helbing & Lichtenhahn, 2000, s. 65–66.

tak se duch partnerství stal východiskem pro následně v roce 2004 v referendu schválený nový ústavní koncept finančního vyrovnávání mezi subjekty.³

Naproti tomu rakouská ústava původně přijatá v roce 1920 se stále vyznačuje značnou kasuistikou a zásahy týkající se spolkového uspořádání země byly dosud prováděny dílčími ústavními novelami. Z iniciativy rakouské vlády byl však v roce 2003 zřízen Rakouský konvent, jako speciální orgán, jehož úkolem mělo být během 18 měsíců, tj. do konce roku 2004 vypracovat „základ pro dobovou a všem srozumitelnou spolkovou ústavu“. Z průběhu práce jeho orgánů je zřejmé, že k nejsložitějším a nejspornějším otázkám patřil zejména pokus nově definovat rozdělení kompetencí mezi Spolek a země. Ze závěrečné zprávy předložené jeho předsedou F. Fiedlerem vyplývá, že se nakonec prosadila představa zavést nově institut tzv. společné kompetence, při zachování významných pozic spolkové moci, i když celá řada konkrétních a potřebných souvislostí, jako je kupříkladu role Spolkové rady, důsledně v návrhu dořešena nebyla.⁴ Nakonec se podle reakcí zainteresovaných ukázalo, že předložené výsledky práce Rakouského konventu sotva mohou aspirovat na dosažení tolik nezbytného ústavního konsenzu. Rakouský konvent tak sice zmapoval problémy, avšak pokud jde o realizaci závěrů, vyzněla celá jeho práce do ztracena.⁵

I v Belgii, nejmladší a zároveň v současnosti zřejmě nejsložitěji konstruované evropské federaci, patří trvale ke žhavým politickým tématům otázka dalšího rozvoje spolkového státu. Po důležitých regionálních volbách v roce 2004 oznámila belgická vláda záměr vytvořit forum pro diskuse o reformě federace, jež by mělo napomoci hledání shody zejména ve věci vlámským společenstvím požadované další decentralizaci, která by se týkala kupříkladu otázek pracovního trhu, justice a zdravotní péče.⁶ Úsilí o ústavní reformy bylo zatím završeno v roce 2007 přijetím nového titulu I bis, ve kterém je formulován obecný politický cíl belgické federace, jejích společenství a regionů.⁷

Největších proměn týkajících se spolkového uspořádání doznal v uplynulých letech nepochybně Základní zákon Spolkové republiky Německo a to nejen z hlediska kvantitativního, tj. počtu článků provedenými ústavními reformami dotčených, ale též z hlediska obsahového, neboť v konečném efektu právě tyto zásahy měly změnit dosavadní převažující tendenci vývoje německého federalismu, jež vedla

³ Biaggini, G. „Der neue Finanzausgleich in der Schweiz“. In: Bussjäger, P. (Hrsg.) *Finanzausgleich und Finanzverfassung auf dem Prüfstand*. Wien: Braumüller, 2006, s. 55n.

⁴ Srov. např. Janko, A. „Nová spolková ústava pro Rakousko? Potřeba reformy a možnosti řešení po diskusi v Rakouském konventu“. In: Malacka, M. (ed.): *Monseho olomoucké právnícké dny*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, 2006, s. 62.

⁵ Bussjäger, P. „Klippen einer Föderalismusreform – Inszenierung Österreich-Konvent zwischen Innovationsresistenz und Neosephinitismus“. In: *Jahrbuch des Föderalismus 2005*. Band 6. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, s. 403–426.

⁶ Sweden, W. „Föderalismus lernen – 2004 als Wendepunkt in der Entwicklung des belgischen Federalismus“. In: *Jahrbuch des Föderalismus 2005*. Band 6. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, s. 307, 320.

⁷ Uvedená část belgické ústavy obsahuje čl. 7 bis, který stanoví: „Cílem, jež sledují při výkonu svých současných oprávnění federální stát, společenství a regiony, je trvalý rozvoj v jeho aspektech sociálních a hospodářských a těch, jež se týkají životního prostředí s přihlédnutím k mezigenerační solidaritě.“

soustavně k posilování Spolku a k faktickému oslabování spolkových zemí, když původním obecným cílem reformy mělo být obnovení celkové odpovědnosti a její zřetelné a jednoznačné přiřazení jedné z úrovní státní moci, tzn. Spolku anebo spolkovým zemím. Některým aspektům tohoto složitého procesu je věnován následující příspěvek.

NĚMECKO JAKO SPOLKOVÝ STÁT – HISTORIE, KONCEPCE A ÚSTAVNÍ ZAKOTVENÍ

Německá historie zná nejrůznější varianty spojení suverénních států i nadvlády jedněch nad druhými. Komplikovaná cesta ke sjednocení Německa tak vedla přes spolky států, jakými byla v minulosti Svátá říše římská německého národa, ke které se na přelomu 18. a 19. století hlásilo na tři sta malých i větších států,⁸ stejně jako Rýnský spolek (1806–1813), vzniklý na nátlak Napoleona a pod patronací Francie. I Německý spolek, který jej po Vídeňském kongresu (1815) nahradil, byl konfederací, „svazkem suverénních knížat a svobodných měst Německa“. Důvodem pro uzavírání takových spojení byl především zájem na zajištění bezpečnosti vnější i vnitřní, částečně též ekonomická výhodnost plynoucí z takového spojení.

Uspořádáním, které již vykazovalo obecné znaky státu spolkového, se stal po vítězství Pruska nad Rakouskem (1866) vytvořený Severoněmecký spolek, stejně jako následně konstituované německé císařství (1871) s hegemonem Pruskem, jež představovalo z hlediska územního uspořádání federativní stát s monarchickou formou vlády, přičemž k jeho členům patřilo 22 konstitučních monarchií a tři městské republiky.

Státní zřízení založené Výmarskou ústavou (1918) mělo také podobu spolkového státu, ovšem již s republikánskou formou vlády. Kompetence Spolku byly významně posíleny na úkor spolkových zemí a tak převažuje obvykle názor, že se reálně jednalo spíše o decentralizovaný jednotný stát.⁹ Třetí říše pak svoji podstatou znamenala opření veškerých, byť jen náznaků, federativních prvků ve výstavbě státu.

Spolkový stát se ukázal být přijatelným řešením složitého stavu, ve kterém se Německo nacházelo, když byla po obsazení jeho území spojeneckými vojsky podepsána 7./8. května 1945 kapitulace. Ze zásadních dokumentů, kterými byla připravována půda k tomuto státoprávnímu modelu, je třeba uvést závěry Postupimské konference,¹⁰ neúspěch jednání obou konferencí ministrů zahraničních věcí čtyř vítězných

⁸ O právní povahu tohoto uskupení byly v německé státovědě dlouho vedeny spory, aby se nakonec prosadila představa, že se jednalo „o stát složený ze států“. Stručně k vývoji názorů, spolu s přehledem základní literatury např. Maurer, H. *Staatsrecht I*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007, s. 39n.

⁹ Blíže k tomu např. Gusy, CH. *Die Weimarer Reichsverfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997; Mommsen, H. *Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar 1918–1933*. München: Ullstein TB, 2001.

¹⁰ Konference se sešla 17. 7. – 2. 8. 1945 a spojenecké mocnosti v jejím protokolu mimo jiné prohlásily: „Není úmyslem Spojenců zničit nebo zotročit německý národ. Spojenci chtějí poskytnout německému národu možnost připravit se na to, vybudovat znovu svůj život na demokratických a mírových základech“. Citováno podle: Mayer, U., Stuby, G. *Die Entstehung des Grundgesetzes. Beiträge und Dokumente*. Köln: Pahl-Rugenstein Verlag, 1976, s. 241.

mocností (1947), závěrečné komuniké Londýnské konference ministrů zahraničních věcí šesti západoevropských států (1948)¹¹ a tzv. Frankfurtské dokumenty.¹²

Nelze ovšem také nepřipomenout, že obnova německé státnosti započala na úrovni jednotlivých zemí, ve kterých bylo připuštěno působení politických stran, postupně byly přijaty zemské ústavy (v letech 1946–1947 v americké a francouzské okupační zóně) a byly ustaveny orgány moci zákonodárné, výkonné a soudní.

Vlastní text budoucí celoněmecké ústavy se rodil ve výborech Parlamentní rady, v orgánu konstituovaném právě k jejímu vypracování a schválení. Jako podklady k jednání sloužily neoficiálně též materiály tzv. ústavního konventu, což byl sbor složený z politiků, úředníků a znalců ústavního práva se zastoupením jednotlivých zemí. Jeho jednání probíhalo na ostrově Herrenchiemse (10.–23. srpna 1948) a k jím doporučeným klíčovým závěrům, jež měly směřovat k zajištění federativního uspořádání, patřily zejména: dvoukomorový parlament s tím, že jedna z komor bude představovat zájmy zemí; zákonodárná, správní, justiční výsost svědčící subjektům; oddělené finanční hospodaření Spolku a zemí.¹³

Otázky státního zřízení byly v Parlamentní radě diskutovány v několika specializovaných výborech,¹⁴ přičemž se ukázalo, že jeden z největších problémů představuje dosažení shody, pokud jde o podobu druhé komory parlamentu, ať již šlo o její složení, velikost, kompetence či připuštění možnosti kontrolovat vládu. Z řady důvodů byly konkrétní otázky federativního uspořádání, např. rozdělení kompetencí nebo podoba finanční správy nadmíru citlivé, protože se úzce dotýkaly rozdílných zájmů hlavních aktérů, tj. narážely na sebe představy Spojenců o trvale slabém německém státu a naopak německých politiků, kteří se snažili spolkovou moc vybavit dostatečnými kompetencemi.

Základní zákon byl Parlamentní radou symbolicky schválen v den čtvrtého výročí podepsání kapitulace (poměrem hlasů 53 : 12), stalo se tak těsně před půlnocí dne 8. května 1949 a nařízený ratifikační proces byl ukončen jeho vyhotovením a vyhlášením 23. května. Jedná se o dokument, který od počátku vykazoval celou řadu zvláštností. Byl schválený velmi rychle, orgánem státního útvaru, který postrádal státní suverenitu, přičemž souhlas s obsahem museli dát i zástupci západních okupačních

¹¹ Konference se konala v Londýně (23. 2. – 6. 3. 1948 a 20. 4. – 2. 6. 1948) za účasti ministrů zahraničních věcí západních spojenců a bezprostředních sousedů Německa, států Beneluxu. Bylo zde dosaženo shody, co se týče rozhodnutí přistoupit k vytváření celoněmeckých orgánů a to ve formě federace, která doposud sice byla diskutována jako v úvahu přicházející možnost, avšak nikoli jednoznačně přijímána. Výhrady k ní zpočátku měla kupříkladu Velká Británie, ale i část představitelů obnovené sociální demokracie.

¹² Na pokyn svých vlád je předali vojenští guvernérů tři západních zón 1. července 1948 ministerským předsedům jedenácti spolkových zemí. V tzv. dokumentu č. I jim uložili zorganizovat nejpozději do 1. září 1948 svolání ústavodárného shromáždění, jež vypracuje demokratickou ústavu, „která pro zúčastněné země vytvoří vládní formu federativního typu, jež je nejlépe způsobilá nakonec znovu obnovit současnou narušenou německou jednotu, chrání práva zúčastněných zemí, vytváří přiměřenou ústřední instanci a obsahuje záruky individuálních práv a svobod“. Srov. pozn. č. 9, s. 316. Zároveň zde byly stanoveny ratifikační podmínky, za kterých nabude platnosti nová ústava, k nimž patřil souhlas vojenských guvernérů a úspěšný výsledek konaných referend alespoň ve dvou třetinách zemí.

¹³ Srov. Feldkamp, M.-F. *Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Die Entstehung des Grundgesetzes*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, s. 36–38.

¹⁴ Jednalo se zejména o tzv. kombinovaný výbor, který vznikl spojením výboru pro organizaci Spolku a výboru pro Ústavní soudní dvůr a soudnictví, dále to byl výbor pro vymezení příslušnosti a výbor pro finanční otázky.

mocností. Navíc byl zamýšlen jako provizorní řešení.¹⁵ Pochybnosti týkající se jeho legitimacy překonává německá konstitucionalistika především odvoláváním se na to, že spojenecké orgány se samy omezily požadavkem demokratické ústavy a principy právního státu a byly vstřícné v závěrečné fázi projednávání k jistým ústupkům, byť podle jejich původních představ mělo být Německo přeci jen ještě méně centralistické, než jak to vyplynulo z přijatého Základního zákona.¹⁶ K dalším častým argumentům pak patří, že ačkoli Parlamentní rada nevzešla z přímých voleb, jí schválený text Základního zákona byl prověřen referendy konanými v jednotlivých zemích a konec konců první volby Spolkového sněmu s vysokou účastí voličů (78,5 %) a potvrzeným očekávaným vítězstvím politických stran, jež se výrazně podílely na přípravě Základního zákona, jsou považovány také za druh ospravedlnění tohoto ústavního dokumentu.

K základním stavebním kamenům konstrukce německého federalismu, tak jak byly promítnuty do ústavního textu, náleží:

- federalismus patří v Německu k pojmovým znakům státu, což vyplývá z jeho názvu (Spolková republika Německo), z ústavní charakteristiky státu v čl. 20 odst. 1 Základního zákona¹⁷ i z označení jeho druhé hlavy „Spolek a země“;
- čl. 28 odst. 1 zakotvuje princip homogenity, podle kterého „ústavní řád v zemích musí odpovídat zásadám republikánského, demokratického a sociálního právního státu ve smyslu tohoto Základního zákona“, zároveň je povinností Spolku zaručit, že ústavní řád odpovídá základním právům a požadavkům čl. 28, včetně zde uvedené zásady volitelnosti orgánů a práva na samosprávu obcí, přičemž garance posledního je primárně záležitostí spolkových zemí;
- materiálním limitem veškerých ústavních změn je, jak vyplývá z čl. 79 odst. 3, spolu s dalším, právě spolkové zřízení, tj. nezrušitelné je rozdělení Spolku na země, stejně jako popření „zásadního spolupůsobení zemí při zákonodárství“;
- Spolek je tvořen zeměmi (v současnosti je jich, jak vyplývá z Preambule, 16), přičemž je ústavně garantováno výhradně spolkové zřízení jako princip uspořádání státu, nikoli existence každé jedné spolkové země, když sám Základní zákon předpokládá možnost nového členění území Spolku a stanoví pro to i příslušné procesní postupy (čl. 29);¹⁸
- zemím náleží podle Základního zákona všechny ty kompetence, které nejsou výslovně přiznány Spolku (čl. 30);
- kompetence Spolku jsou vypočteny podle jednotlivých druhů mocí, tzn. zákonodárné, výkonné a soudní, přičemž v oblasti zákonodárství (hlava VII.) má Spolek ně-

¹⁵ Jak vyplývalo z textu Preambule, bylo účelem Základního zákona, „aby po přechodnou dobu dal státnímu životu nový řád ... Veškerý německý lid je vyzván, aby svobodným sebeurčením dokončil jednotu a svobodu Německa“ a čl. 146 stanovil: „Tento Základní zákon ztrácí svoji platnost v den, ve kterém vstoupí v platnost ústava, na níž se usnese německý lid svobodným rozhodnutím.“

¹⁶ Srov. Möllers, Ch. *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*. München: Verlag C. H. Beck, 2009, s. 36.

¹⁷ Čl. 20 odst. 1: Spolková republika Německo je demokratický a sociální spolkový stát.

¹⁸ Ústavodárce stanovil původně v čl. 29 povinnost provést do tří let od platnosti Základního zákona nové územní členění Spolku, avšak toto ustanovení bylo suspendováno Spojenci v souvislosti s udílením souhlasu s obsahem Základního zákona. Účinným se tak stalo až po platnosti smlouvy o Německu v roce 1955. Srov. Maurer, H. *Staatsrecht I*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007, s. 292. Postupy odchýlné od čl. 29 (tj. dohoda zúčastněných zemí nebo spolkový zákon s dotázáním lidu) dále umožňoval čl. 118 v rámci přechodných ustanovení ve vztahu k některým spolkovým zemím.

kteřé záležitosti vyhrazeny výlučně (zejména čl. 73),¹⁹ jiné spadají do oblasti konkurujícího zákonodárství (čl. 74), v níž může Spolek vydávat zákony potud, „pokud je v celostátním zájmu žádoucí spolková zákonodárná úprava pro obnovu rovnocenných životních poměrů na spolkovém území nebo k zachování právní a hospodářské jednoty“ (čl. 72 odst. 2) a konečně náleželo donedávna Spolku za ústavních podmínek též oprávnění vydávat rámcové předpisy pro zákonodárství zemí ve vymezených věcech (čl. 75); realita je taková, že Spolek zaujímá dominantní postavení zejména v oblasti zákonodárství, zatímco spolkové země jsou odpovědné za výkon zákonů a to nejen vlastních, ale v zásadě též zákonů spolkových;²⁰ též soudnictví vykonávají primárně spolkové země s výjimkou kompetencí nejvyšších spolkových soudů a Spolkového ústavního soudu, jejichž úkolem je mimo jiné garantovat jednotu soudní moci v Německu;

- vztah mezi právem spolkovým a zemským vyřešil ústavodárce pro případ kolizí ve prospěch práva spolkového, když formuloval známé pravidlo: „Spolkové právo ruší právo zemské.“ (čl. 31);
- tzv. finanční ústava je obsažena ve zvláštní hlavě (X.) s tím, že daňové právo náleží téměř výhradně Spolku, zatímco správa těchto věcí je rozdělena mezi něj a spolkové země; ústavně stanoveno je též rozdělení výnosů z daní (čl. 106) i pravidla pro přerozdělování finančních prostředků (čl. 107);
- spolkovým zemím je zaručeno právo spolupůsobit prostřednictvím Spolkové rady jak v zákonodárství a správě Spolku, tak i v záležitostech Evropské unie (čl. 50); přijetí četných spolkových zákonů vyžaduje obligatorně souhlas Spolkové rady, na rozdíl od ostatních zákonů, u nichž nesouhlas Spolkové rady může být překonán novým usnesením Spolkového sněmu;
- významné záruky spolkového uspořádání Německa poskytuje Spolkový ústavní soud a to jak v rámci jemu svěřené abstraktní kontroly zákonnosti (čl. 93 odst. 1 č. 2), tak i v případě rozhodování ve věci kompetenčních sporů (čl. 93 odst. 1 č. 2–4).

Od roku 1951, kdy byl Spolkový ústavní soud zřizen, ovlivnila jeho judikatura v mnoha směrech podobu a chápání federalismu v Německu. V této souvislosti lze jako příklady uvést na jedné straně ze samotné podstaty spolkového uspořádání jím dovozovaný princip spolkové věrnosti, ve smyslu povinnosti Spolku a zemí, jakož i spolkových zemí navzájem, dbát při výkonu svěřených kompetencí jak celkového zájmu spolkového státu, tak i zájmů zemí,²¹ na straně druhé ale též nepřehlédnutelnou tendenci uplynulých desetiletí, kdy Spolkový ústavní soud svými rozhodnutími fakticky přispíval k rozšiřování kompetencí Spolku.²²

Vedle toho, že je obsah Základního zákona měněn cestou jeho interpretace, podléhá jeho text, s výhradou výše uvedené „klauzule věčnosti“ (čl. 79 odst. 3), též formálním změnám. Vzhledem k tomu, že německý právní řád nezná zvláštní kategorie ústav-

¹⁹ Pro úplnost uvedme dále i čl. 105 odst. 1, ale i případy blanketních norem vyhrazené spolkovým zákonům např. čl. 54 odst. 7, čl. 93 odst. 2 aj.

²⁰ Výjimku zakotvuje např. čl. 85 odst. 1 anebo čl. 86, které umožňují výkon státní správy též spolkovými orgány.

²¹ Srov. BVerGE 1, 299, 315; BVerGE 8, 122, 138n.; BVerGE 81, 310, 337 aj.

²² Např. BVerGE 3, 407, 421; BVerGE 84, 247, 250.

ních zákonů, děje se tak formou „zákona o změně Základního zákona“, přičemž je k jeho přijetí potřebný souhlas dvou třetin členů Spolkového sněmu a dvou třetin hlasů Spolkové rady (čl. 79 odst. 2). Od roku 1949 došlo k přímým zásahům do Základního zákona celkem padesátsedmkrát. Poprvé se tak stalo v roce 1951, kdy byl zrušen čl. 143, jenž obsahoval trestně právní úpravu pro případy násilné změny ústavního zřízení,²³ naposledy v roce 2009, realizací druhé etapy reformy federalismu.²⁴

ÚSTAVNÍ REFORMY PO ROCE 2000 KROK ZA KROKEM

Z výše uvedeného vyplývá, že podle původní koncepce spolkového státu, tak jak byla zakotvena v Základním zákonu v roce 1949, mělo těžiště federativního uspořádání spočívat na zemích a spolková moc měla působit v rozsahu, v jakém jí příslušná oprávnění taxativně svěřil Základní zákon. V průběhu následujících desetiletí se však ukázalo, že z řady důvodů dochází k významným posunům zejména v oblasti zákonodárství ve prospěch Spolku. Svědčí o tom jak všechny větší ústavní reformy minulosti (např. ve věci obrany, stabilizace veřejných financí, nouzové zákonodárství, finanční reforma nebo sjednocení Německa), kterými obvykle nové, dosud ústavně neregulované vztahy, byly přičítány právě Spolku, se zdůrazněním zájmu na zachování jednoty právního řádu anebo dosažení vyšší efektivity takto zaváděných opatření. Provádění zákonů zůstávalo nadále převážně v kompetenci zemí, avšak ty k tomu nebyly mnohdy vybaveny odpovídajícími finančními prostředky, což zákonitě vedlo k rychlému tempu jejich zadlužování.

Vyvažující roli k těmto procesům stále zřetelněji sehrával tzv. exekutivní federalismus, jak je označován silně konsensuálně vypjatý styl politiky realizovaný jednak na půdě Spolkové rady, ve které od vůle zástupců zemských vlád postupně začalo záviset přes 60 % schvalovaných zákonů a dále v podstatě mimo ústavní rámec fungující síť nejružnějších konferencí a porad představitelů exekutivních orgánů zemí (např. předsedů vlád, ministrů jednotlivých resortů, vysokých představitelů zemských správních úřadů), na kterých pravidelně a v duchu idejí tzv. kooperativního federalismu jsou hledány shody v zájmech mezi jednotlivými zeměmi, obrušují se rozdílnosti a překonávají rozpory.²⁵ Je-li zřejmé, že na těchto procesech profitovaly jednak orgány Spolku a současně též výkonná moc v zemích, tím kdo na druhé straně jednoznačně ztrácel, byly zemské parlamenty.

Důsledkem takto vzniklého společenského napětí pak byly od 60. let²⁶ minulého století se železnou pravidelností v jakýchsi vlnách zostřeného zájmu otevírané diskuse o krizi federalismu, potřebě revitalizovat celý systém kupříkladu tím, že bude obrá-

²³ Zákon z 30. 8. 1951 BGBl. I 739.

²⁴ Zákon z 29. 7. 2009 BGBl. I 2248.

²⁵ Je třeba říci, že Základní zákon spolupráci zemí ve výjimečných případech předvídá a připouští, např. čl. 35 zavazuje všechny úřady Spolku, ale i zemí k vzájemnému poskytování právní a úřední pomoci; čl. 91 dává možnost požádat o policejní pomoc jinou zemi, jde-li o odvrácení nebezpečí, které ohrožuje svobodné demokratické zřízení; čl. 107 zakotvil zásadu přiměřeného vyrovnávání finanční síly zemí.

²⁶ Např. Grézer, J. O. „Die Agonie des Föderalismus in der BRD“. *Blätter für deutsche und internationale Politik*, č. 6/1969, s. 624–636; Rossnagel, A. „Verfassungsänderungen und Politischer Prozeß“. *Demokratie und Recht*, č. 2/1982, s. 143–154.

cen nastoupený trend a to v neposlední řadě i proto, aby spolkové země zachytily prohlubující se procesy evropského rozměru, v rámci kterých celá řada oblastí přestává být pevně sevřena obručí státních hranic a spolkové země jsou jako součásti evropských regionů vystavovány tvrdé konkurenci a soutěži, např. v oblasti hospodářství, zaměstnanosti, vzdělání, kultury či sportu.

Po několika zmařených pokusech²⁷ první náznak obratu přinesla novela Základního zákona z roku 1994 (BGBl. I, 3146), jež byla realizací pověření vyplývajícího z čl. 5 Sjednocovací smlouvy, podle kterého měla být přezkoumána ustanovení Základního zákona dotčená sjednocením Německa, což se v souvislosti se sledovaným tématem zejména týkalo vztahů mezi Spolkem a zeměmi, nového členění Berlína a Braniborska, zakotvení cílů státu, ale i přijetí nové ústavy v souladu s čl. 146. Spolkový zákonodárce přitom v zásadě vycházel z doporučení Společné ústavní komise zřízené Spolkovým sněmem a Spolkovou radou.²⁸ Těžiště této ústavní novely spočívalo, pokud jde o otázky spolkového zřízení, především v částečném posílení zemí ve vztahu ke Spolku. Jeho kompetence v rámci konkurujícího zákonodárství byly sice ve skutečnosti mírně posíleny, avšak na druhé straně byly ve prospěch zemí precizovány podmínky omezující Spolek, za kterých může tento vydávat zákony a to jak v oblasti konkurujícího, tak i rámcového zákonodárství (čl. 72 odst. 2, čl. 75 odst. 2).²⁹

Do značné míry „kosmetická“ úprava Základního zákona nemohla odstranit všechny problémy, jakými byly dlouhodobě zatíženy vztahy mezi Spolkem a zeměmi, navíc s destruktivními účinky na efektivitu fungování celého státu. Otázky, které byly na přelomu tisíciletí opětovně bouřlivě diskutovány, byly koncentrovaně popisovány například následovně: „Federativní zřízení v Německu je nemocné neprůhledností, byrokratickou zkratkatelostí, zahalováním odpovědnosti, mnoha syndromy průtahů a bránění záměrů („blokáda“) a plíživým unitarismem. To se ukázalo především při současně velkých, jakož i sotva proveditelných potřebných změnách ve zdravotnictví, důchodovém a sociálním pojištění, daňovém právu nebo při deregulaci v oblasti hospodářství a práce. Plyne z toho nejen ochromení akceschopnosti německého státu, nýbrž též trvalý úpadek vážnosti k hodnotovému systému ze strany občanů. Nedokážou již prohlédnout vztahy, nemohou je účinně ovlivňovat a důvěřují stále méně státu. Důsledkem je rozčarování z politiky“.³⁰

Volání po změnách se na konci 90. let ozývalo stále intenzivněji z nejrůznějších míst, počínaje konferencemi ministerských předsedů, přes společné pracovní skupiny Spolku a zemí, ztotožnily se s ním i velké politické strany, SPD a CDU/CSU, až vy-

²⁷ Revizí Základního zákona se zabývala např. komise Spolkového sněmu pro ústavní reformu v roce 1973 či spolkovou vládou iniciovaná komise odborníků zaměřená na formulování cílů státu v souvislosti s diskusí o základních hodnotách v roce 1981.

²⁸ Společná ústavní komise pracovala od ledna 1992 do listopadu 1993 a svoji práci ukončila předložením obsáhlé závěrečné zprávy (BT-Dr 12/6000).

²⁹ Blíže k tomu Sannwald, R. „Die Reform des Grundgesetzes“. *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 51/1994, s. 3313–3320; Isensee, J. „Mit blauem Auge devon gekommen – das Grundgesetz. Zu Arbeit und Resultaten der Gemeinsamen Verfassungskommission“. *Neue Juristische Wochenschrift*, 40/1993, s. 2583–2587; Schneider, H.-P. „Das Grundgesetz – auf Grund gesetzt? Die Deutschen haben wenig Talent zur Verfassungsreform“. *Neue Juristische Wochenschrift*, 9/1993, s. 558–562.

³⁰ Schmidt-Jortzig, E. „Reformbedürftigkeit des deutschen Föderalismus“. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 13–14/2005, s. 6.

ústilo ve vládou formulovaný požadavek celkové modernizace spolkového zřízení. Předložit příslušné návrhy zásadních ústavních změn měla společná komise zřízená Spolkovým sněmem a Spolkovou radou v říjnu 2003.³¹ Hlavním cílem, který měl být přitom sledován, bylo zlepšení schopnosti jednat a rozhodovat a to jak na úrovni Spolku, tak i zemí, politická odpovědnost měla být zřetelněji přiřazena jednotlivým rovinám vládnutí a současně šlo též o to, posílit účelnost a výkonnost plnění úkolů vyplývajících z rozdělení kompetencí mezi země a Spolek. S prací komise byly ze strany politiků, četných odborníků i zainteresované veřejnosti spojovány velké naděje, když se zdálo, že v zásadních otázkách by mohlo být dosaženo potřebné shody. Přesto nakonec veškerá jednání ztroskotala pod záminkou, že se nepodařilo dosáhnout shody ohledně působnosti ve věci vzdělání a vysokých škol. Komise svoji práci ukončila v prosinci 2004, aniž by oficiálně předložila své návrhy změn Základního zákona a vrátila své pověření zpět zákonodárným sborům.

Práce na reformě federalismu nepokračovaly i proto, že se v první polovině roku 2005, po prohraných zemských volbách, dostala vládnoucí SPD do hluboké politické krize, kterou se rozhodla řešit cestou vyhlášení předčasných voleb. Konaly se v září a po nich, v listopadu téhož roku, byl se značnými obtížemi sestavená velká koalice CDU/CSU a SPD, učinila z reformy federalismu předmět koaličních ujednání.³² V návaznosti na to frakcemi CDU/CSU a SPD společně předložený návrh zákona o změně Základního zákona,³³ spolu s návrhem prováděcího zákona, získaly s drobnými úpravami potřebnou podporu ve Spolkovém sněmu i ve Spolkové radě. Tzv. reforma federalismu I. spatřila světlo světa.³⁴

Stanovené cíle reformy byly naplněny podstatnými zásahy do několika oblastí ústavní úpravy:

1. Změněno bylo právo Spolkové rady spolupůsobit při tvorbě zákonů, když došlo k podstatnému zúžení počtu těch, k nimž musí dávat obligatorně svůj souhlas (čl. 84 odst. 1, čl. 104a odst. 4).
2. Nově byly přerozděleny zákonodárné kompetence a to tak, že část spolkových přešla na země, na druhé straně ale některé, jež náležely dosud zemím, se staly naopak věcí Spolku.³⁵ Zřetelným zásahem do původní koncepce federalismu bylo zrušení

³¹ Komisi tvořilo 16 členů Spolkové rady a 16 členů Spolkového sněmu, spolupředsedali jí E. Stoiber (CSU) a F. Müntefering (SPD). Bez práva hlasovat byli na jednání zváni čtyři ministři vlády, šest zástupců zemských sněmů, 3 zástupci komunálních svazů a 12 odborníků. Kromě vybraných odborníků měli všichni ostatní členové komise ještě své náhradníky (celkový počet 102). Ačkoli šlo o poradní orgán zákonodárných sborů, věcná rozhodnutí komise vyžadovala souhlas 2/3 většiny hlasů. Srov. Renzsch, W. „Bundesstaatsreform – nach dem Scheitern der KOMBO?“. In: *Jahrbuch des Föderalismus 2005*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, s. 93–94.

³² Koaliční smlouva nese název „Společně pro Německo – s odvahou a lidskostí“ a je k ní připojen téměř padesátistránkový materiál, jehož obsahem je zformulovaný návrh změn Základního zákona. Pracovní skupina, která jej připravila, navázala na výsledky práce předchozí společné komise pro modernizaci spolkového zřízení. Srov. www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2005/koalition/vertrag.pdf.

³³ Srov. BT-Dr 16/813, 16/2069.

³⁴ Oba zákony byly schváleny 30. 6. 2006 ve Spolkovém sněmu (428 hlasů pro, 162 proti, 3 poslanci se zdrželi), 7. 7. ve Spolkové radě získal zákon o změně Základního zákona podporu 62 ze 69 hlasů. Oba byly uveřejněny jako BGBl. 2006 I 2034 a BGBl. 2006 I 2098, s tím, že změna Základního zákona byla účinná od 1. 9. 2006.

³⁵ Srov. Meyer, H. *Die Föderalismuseform 2006. Konzeption, Kommentar, Kritik*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008, s. 149n.

institutu rámcového zákonodárství jako takového (čl. 75) a spolu s tím byl nově uspořádán katalog konkurujícího zákonodárství (čl. 74 a 74a). Jednotlivé věci, jež do nich dosud spadaly, byly převedeny zčásti do výlučné kompetence Spolku (v pěti případech, např. využití jaderné energie k mírovým účelům nebo vydávání předpisů o hlášeních a průkazech), ve větší míře se staly záležitostmi zemí (17 případů, např. regulace výkonu trestu, odměňování a zabezpečení zemských úředníků, shromažďovacího práva, tisku, pohostinství). Současně bylo zemím přiznáno právo odchýlit se za stanovených podmínek od spolkových předpisů přijatých v rámci konkurujícího zákonodárství (čl. 72 odst. 2 a 3), např. ve věci zákonů o životním prostředí a vzdělání.³⁶

Dílčí zásahy byly provedeny i v oblasti tzv. finanční ústavy, když předem zcela vyňaty z úvah o změnách Základního zákona byly vědomě otázky finančního vyrovnávání mezi Spolkem a zeměmi a mezi zeměmi navzájem. Konkrétně se jednalo o vynětí výstavby a zřizování vysokých škol z oblasti společných úkolů a tím i ze systému smíšeného financování (čl. 91a odst. 1 č. 1), zpřísnění podmínek pro poskytování finanční pomoci (čl. 104b), posílení regionální daňové autonomie (čl. 105 odst. 2a) a výslovné zakotvení odpovědnosti Spolku a zemí za porušení nadnárodních i mezinárodních závazků (čl. 104a odst. 6).³⁷

Při této, v pořadí již padesáté druhé novele z roku 2006, bylo bezprostředně dotčeno celkem dvacet pět článků Základního zákona, jež provádějí jeden ze základních principů výstavby německého státu, spolkové zřízení. Žádoucím vedlejším efektem těchto změn mělo být i zjednodušení a zefektivnění procesu zastupování zájmů Německa v evropských záležitostech v Bruselu, když podle čl. 23 odst. 2 Základního zákona je garantováno též spolupůsobení zemí na nich prostřednictvím Spolkové rady. Protichůdné pozice zastávané původně Spolkem na jedné straně a zeměmi na straně druhé, byly zmírněny nalezeným kompromisem ve prospěch zemí. Nadále, jde-li o práva spadající do výlučné zákonodárné pravomoci zemí, může dojít k přenesení ochrany těchto práv Spolkem na zástupce zemí jmenovaného Spolkovou radou jen ve vypočtených případech, k nimž nově patří pouze školní vzdělání, kultura a rozhlas.

Složitě přesuny kompetencí mezi oběma úrovněmi vládnutí si vyžádaly též poměrně komplikovaná přechodná ustanovení (čl. 125a, 125b, 125c a 143c). Pro nově upravené případy přesunů kompetencí na země pak platí zásada, že dosud vydané spolkové zákony platí nadále, mohou být ale nahrazeny právem zemí, aniž by k tomu bylo třeba zmocnění spolkovým zákonem. Spolkový zákonodárce je nadále oprávněn k úpravě jednotlivých předpisů v souladu s rozhodnutím Spolkového ústavního soudu (BVerGE 111, 10, o uzavírací době v obchodech) a může také rušit své předpisy, aby se tak zabránilo trvale duplicitě právní regulace.

Provedená novela Základního zákona našla jak své stoupence, kteří ji považují ne snad za dokonalý, ale v zásadě za krok správným směrem, tak i četné kritiky. Část z nich je přesvědčena o tom, že cílů reformy nebylo dosaženo, resp. že bylo dosaženo

³⁶ Blíže např. Degenhart, Ch. „Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform“. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 11/2006, s. 1209–1216.

³⁷ K tomu Kluth, W. (Hrsg.) *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2007, s. 57n.

příliš málo, a to jak z důvodů objektivních, tak i subjektivních. Jako příklady jsou uváděny příliš rozdílné zájmy a nasazení při jejich prosazování, Spolkovým ústavním soudem nastoupená restriktivní interpretace ve sporech o kompetenci mezi Spolkem a zeměmi po roce 1994, ignorování německých zvláštností, jako je tradičně daná víceúrovňová povaha zajišťování funkcí státu aj. „Na rozdíl kupříkladu od Belgie nebo Švýcarska neslouží německý federalismus zrovna ochraně jazykových, etnických nebo náboženských menšin; a na rozdíl například od USA s jejich regionálními rozdíly, pokud odhlédneme od folkloru, není u nás autentickým výrazem regionální demokracie, ale překážkou mobility a popřením ústavního požadavku na „jednotné“ nebo při nejmenším „rovnocenné životní poměry“. Zkrátka: „federalismus může být, ale neměl by vést k žádným rozdílům“.³⁸

Obecná shoda panovala však od počátku v tom, že efekt ústavní reformy federalismu je v mnohém podmíněn tím, zda a jak země využijí nových, rozšířených možností pro své zákonodárné aktivity. Po dvou a půl letech platnosti reformy federalismu I. byla na podkladě statistických údajů Spolkové rady uveřejněna následující čísla: v období od 1. září 2006 do 28. února 2009 činil podíl vyhlášených spolkových zákonů, jež vyžadovaly obligatorně souhlas Spolkové rady 39 % (dříve to bylo průměrně 53 %, podle očekávání spojených s přijetím reformy to mělo být 35–40 %), obdobně jednáním ve zprostředkovacím výboru, kde jsou překonávána rozdílná stanoviska mezi Spolkovým sněmem a Spolkovou radou, prošlo pouze 3,3 % z vyhlášených zákonů, zatímco v 11. volebním období to bylo 11,8 % a v předchozím 15. volebním období dokonce 22,9 % z celkového počtu vyhlášených zákonů.

Těžiště zákonodárné činnosti zemí, pokud jde o nově přiznaná oprávnění v rámci výlučné zákonodárné působnosti, se týkala především regulace výkonu trestu a pohostinství (zejména uzavírací doba v obchodech a ochrana nekuřáků).³⁹ Země využily též dvakrát možnosti přijmout odlišnou úpravu od úpravy spolkové podle čl. 72 odst. 3 ve věci regulace myslivosti a podle čl. 84 odst. 1 ve třech případech z oblasti sociálního zabezpečení.⁴⁰

Bezprostřední reakcí na významnou část kritických výhrad se stala druhá etapa reformy federalismu navazující na již provedené změny Základního zákona z roku 2006. V prosinci téhož roku rozhodl Spolkový sněm a Spolková rada o vytvoření společné komise k modernizaci finančních vztahů mezi Spolkem a zeměmi (tzv. reforma federalismu II). Komise byla konstituována v březnu 2007. Z jejích 32 členů bylo 16 vysláno Spolkovým sněmem a 16 Spolkovou radou. Dále se její práce účastnili čtyři ministři spolkové vlády, osm poslanců, z toho tři za opozici a ministerští předsedové zemí.⁴¹ Za předsedy komise byli zvoleni P. Struck (SPD) a G. Oettinger (CDU).

³⁸ Srov. Scharpf, F. W. „Föderalismusreform: Weshalb wurde so wenig erreicht?“. *Aus der Politik und Zeitgeschichte*, 50/2006, s. 10.

³⁹ Zde už ale existují i případy, kdy Spolkový ústavní soud prohlásil ustanovení právních předpisů zemí za neústavní, např. zákony o ochraně nekuřáků v Bádensku-Wirtembersku a v Berlíně nebo zákon shromažďovací v Bavorsku.

⁴⁰ Srov. Robbe, P., Rohleder, K., Gramman, K. „Auswirkungen der Föderalismusreform I“. *Deutscher Bundestag. Infobrief. Wissenschaftliche Dienste* 3–321/09, s. 3–4.

⁴¹ Spolkovou zemi Porýní-Falcko zastupoval její ministr financí. V jeho prospěch se vzdal místa ministerský předseda K. Beck, v té době předseda SPD.

Komise se měla zabývat devíti tematickými okruhy, jež se vztahovaly v zásadě ke třem blokům problémů. Na prvním místě je třeba zmínit neprůhlednost finančních vztahů mezi Spolkem a zeměmi, jejímž důsledkem jsou jednak nejasnosti při určování politické odpovědnosti za hospodaření, např. za nastavení a výběr daní a jsou i příčinou konfliktů, pokud provádění spolkových zákonů výkonnými orgány zemí není dostatečnou měrou finančně sanováno. Jakkoli je finanční vyrovnávání mezi subjekty federace pojmovým znakem a realitou každého spolkového státu, na přelomu tisíciletí v Německu tyto procesy probíhaly mezi pěti „bohatými“ a jedenácti „chudými“ zeměmi, přičemž se jednalo každoročně o částku v řádu přibližně 30 mld. eur. Země, které prostředky odvádějí, se považují potrestané za úspěch a úspěšná opatření, volají proto po nutnosti posílit odpovědnost každého subjektu za své hospodaření.⁴² S tím souvisí i vysoká míra zadluženosti, se kterou se potýká Německo, k níž přispívají jak Spolek, tak, byť nestejnou měrou, země a obce. Celková částka byla v roce 2007 odhadována na 1,5 bilionu eur.⁴³

Návrh zákona na změnu Základního zákona (BT-Dr. 16/12410) a návrh prováděcího zákona (BT-Dr. 16/12400) byly podány jako společný návrh CDU/CSU a SPD v březnu 2009 a následně byly schváleny oběma zákonodárnými sbory.⁴⁴ Ústavní novela, v pořadí padesátá sedmá, se tentokrát dotkla sedmi článků Základního zákona a jejím obsahem je především reforma dosavadních pravidel, jimž podléhá zadlužování. Zavedení tzv. „daňové brzdy“ má zabránit těmto pokračujícím procesům tím, že Spolek musí od roku 2016 své nové dluhy omezit na 0,35 % hrubého domácího produktu a země se od roku 2020 nesmějí k žádným novým dluhům zavazovat (čl. 109, 115 a 143 d). K dalším opatřením patří konsolidační pomoc (čl. 143d), zakotvení systému pravidelného dozoru nad rozpočtem (čl. 109a), či rozšíření možnosti finanční pomoci ze strany Spolku pro nouzové situace typu hospodářské krize nebo přírodní katastrofy (čl. 104b).

Odpověď na to, zda učiněná ústavní opatření přinesou žádoucí efekt a splní očekávání, jež jsou s nimi spojována, přinese až čas. Již dnes je ale zřejmé, že proces reformy federalismu dosud nebyl ukončen, neboť problém z nejcitlivějších, nejbolestivějších a z politického hlediska nejriskantnější, kterým je nové členění spolkových zemí, jež by mělo vést k jejich spojování a tím i k postupnému snížení jejich počtu, v roce 2006 ani v roce 2009 ústavními novelami řešen nebyl. V tomto smyslu nelze než přitakat názoru, podle kterého „... patří ke znakům spolkového státu, že je jako trvalé stavení a rovnováha mezi centrem a periferií musí být neustále znovu nalézána, neboť více než polovina ustanovení Základního zákona má přímou nebo nepřímou spojitost se spolkovým státem a do kompetenčních otázek se převlékají politické mocenské otázky a za nimi stojící divergentní politické zájmy. Proto platí i pro

⁴² Z diskusí a úvah komise byla od začátku vyňata opatření tzv. Paktu solidarity II., který obsahuje spolkovou finanční podporu novým spolkovým zemím k dorovnání životní úrovně.

⁴³ Podrobněji např. Seils, CH. „Die zehn wichtigsten Fragen“. *Zeit online*, 10/2007.

⁴⁴ Ve Spolkovém sněmu se tak stalo 29. května a ve Spolkové radě 12. června 2009. Zákon o změně Základního zákona byl uveřejněn dne 31. června 2009 jako BGBl. I 2248 a o den později se stal závazným.

budoucnost: po jedné reformě následuje další. S touto jistotou bychom měli vyčkat, jak se nová úprava osvědčí, neboť federativní ústavní prvky jsou ve zvláštní míře odkázané na reálnou praxi státu.“⁴⁵

FÖDERALISMUS IN DEUTSCHLAND UND SEINE VERFASSUNGSUMWANDLUNGEN

Zusammenfassung

Die deutsche Verfassungsentwicklung ist stark geprägt durch die entstehungsbedingte föderative Struktur. Nach dem Grundgesetz (GG) ist die bundestaatliche Ordnung Deutschlands verfassungsrechtlich garantiert, obwohl Art. 79 Abs. 3 GG gleichzeitig der Verfassungsänderungen materielle Grenzen setzt. Im übrigen kann das Grundgesetz formell geändert werden, wenn Bundestag und Bundesrat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln dies beschließen.

Nach der gültigen Verfassungsregelung ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben grundsätzlich gemäß Art. 30 GG Sache der Länder. Die Ausübung öffentlicher Gewalt in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung steht also nur dann dem Bund zu, wenn diesem durch das Grundgesetz eine entsprechende Kompetenz erteilt wird. Diese grundsätzliche Regel wird durch besondere Kompetenzzuordnungsregeln für die Gesetzgebung, den Vollzug der Gesetze und die Rechtsprechung konkretisiert.

Der Föderalismus hat sich in der neuzeitlichen Geschichte Deutschlands bewährt. Zunehmend setzte sich aber in den letzten Jahren die Erkenntnis durch, daß die föderalistische Ordnung Deutschlands reformbedürftig ist. Die Reformforderungen bezogen sich vor allem auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen dem Bund und den Ländern, das Gesetz zustimmungsrecht des Bundesrates und die Finanzbeziehungen von Bund und Ländern.

In dem Artikel wurden hauptsächlich die Föderalismusreform I. (2006) und die Föderalismusreform II. (2009) dargestellt. Diese Verfassungsänderungen sollen im Ganzen die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit von Bund und Ländern zu verbessern, die politischen Verantwortlichkeiten deutlicher zuzuordnen, die Zweckmäßigkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung zu steigern sowie die Eigenverantwortung der Gebietskörperschaften und deren aufgabengerechte Finanzausstattung zu stärken.

Klíčová slova: Základní zákon, federalismus, Spolek, země, reforma, rozdělení kompetencí, finanční vztahy

Schlüsselwörter: s Grundgesetz, r Föderalismus, r Bund, e Länder, e Kompetenzteilung, e Finanzbeziehungen

⁴⁵ Srov. Schultze-Fielitz, H. „Umweltschutz im Föderalismus – Europa, Bund und Länder“. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 3/2007, s. 259.

PREFERENČNÍ HLASOVÁNÍ VE VOLBÁCH DO POSLANECKÉ SNĚMOVNY ČR

JAN KUDRNA

ÚVODEM

Úprava volebních pravidel a nastavení volebního systému patří mezi atraktivní právní a politologická témata. Zájem o tuto problematiku může být dán také proto, že se jedná o záležitost spojenou jak s legitimační mocí v rámci demokratického systému, tak i s ryze praktickými mocenskými otázkami přeměny voličské podpory v konkrétní poslanecké mandáty.

Zejména poměrný volební systém s jeho jednoduchou ideou spravedlivého rozdělení politických mandátů přímo úměrně získané voličské podpoře, kterou lze ale po praktické stránce poměrně obtížně realizovat, nabízí velký prostor pro hledání té nejlepší varianty.

V politologické literatuře, jak uvádí v úvodu svého článku věnovaného analýze preferenčního hlasování ve volbách do Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR Jan Morkes,¹ bývá hlavní pozornost věnována právě otázkám rozdělení mandátů mezi jednotlivé aktéry voleb. Případně je předmětem zájmu velikost volebních obvodů, logika přidělování mandátů nebo „poměrnost“ volebního systému.

Otázka otevřenosti systému a možnosti voliče ovlivnit výsledek hlasování nejenom ve výběru mezi jednotlivými kandidátními listinami, ale i „uvnitř“ nich, zůstává spíše vedlejší záležitostí.

Podobný přístup lze sledovat i v případě tvorby volebních pravidel, tedy na straně zákonodárců.

Z praktického hlediska takový nedostatek pozornosti může být pochopitelný. Nenabízí totiž možnost posílení pozic politické strany prostřednictvím takového nastavení volebního systému, který jí může preferovat, respektive se vůči ní může chovat příznivěji, než jiná varianta volebního systému. Nerozhoduje tedy o vítězi voleb a povolebním nositeli moci, ale nejvýše o personálním obsazení voleného orgánu.²

¹ Morkes, J. „Analýza preferenčního hlasování ve volbách do PSP ČR“. *European Electoral Studies*, ročník 3, číslo 1, 2008. Text článku je v elektronické podobě dostupný také zde: http://ispo.fss.muni.cz/uploads/EVS/005/EVS_3_1_1.pdf (navštíveno dne 9. května 2010).

² Přirozeně také tento faktor může mít za určitých okolností svůj význam, ale z hlediska boje o podíl na moci se bude jednat spíše o vedlejší záležitost.

Možnost výběru mezi kandidáty uvnitř jedné kandidátní listiny naopak může být jak pro politickou stranu, tak i pro její jednotlivé představitele, a většinou zároveň i kandidáty ve volbách, naopak nevýhodná, nebo „neatraktivní“. Může totiž vést ke změně vnitrostranických poměrů zvenčí. Jinými slovy, do vnitrostranických záležitostí, či spíše záležitosti, kterou je sestavení kandidátních listin, může vstoupit vnější prvek stojící mimo stranickou kontrolu či vliv.³

Z ústavněprávního i státovédného hlediska se však jedná o věc velmi zásadní. Týká se totiž dvou základních záležitostí. Prvou je vztah mezi voličem, politickou stranou a příslušným kandidátem či kandidáty. Je-li systém nastaven relativně otevřeně, potom má volič možnost ovlivnit nejenom výběr jednotlivých poslanců, ale, byť spíše nepřímou, může ovlivnit, a do jisté míry se podílet i na kontrole, i vnitřní poměry politické strany. Taková možnost má ovšem dvojaký charakter. Na jedné straně může vést ke zvýšení atraktivity voleb a zájmu voliče o dění i uvnitř stran, které tímto způsobem podléhají také další kontrolní zpětné vazbě, na straně druhé může dojít k jisté destabilizaci vnitřního prostředí jednotlivých stran.

Druhou záležitostí, která má státovédný a ústavněprávní význam, je posílení možnosti voliče podílet se na ustavení politické reprezentace v abstraktnějším slova smyslu. Je-li volební systém z hlediska výběru v rámci jedné kandidátní listiny otevřený, potom je občan-volič plnohodnotným činitelem, který přímo ovlivňuje podobu ustaveného reprezentačního orgánu. Jinými slovy, ve svém rozhodování není limitován vůlí jiných subjektů, a naopak může v rámci voleb vystupovat jako rozhodující činitel.

Z uvedených důvodů si úprava preferenčního hlasování zaslouží nejenom pozornost politologů, ale i ústavních právníků.

I. OBECNĚ K TYPŮM KANDIDÁTNÍCH LISTIN V RÁMCI POMĚRNÉHO VOLEBNÍHO SYSTÉMU

Státověda⁴ hovoří o třech základních druzích kandidátních listin. Jedná se o kandidátní listiny přísně vázané, vázané a volné.

Podstata přísně vázaných kandidátních listin spočívá v tom, že voliči je kandidujícím subjektem předkládán seznam kandidátů v předem daném pořadí, přičemž na něm volič nemůže provádět žádné úpravy či změny. Tento typ kandidátní listiny dává velké pravomoci politické straně, respektive kandidujícímu subjektu. To může mít své opodstatnění v tom, že nominace provádí subjekt, který je oprávněn kandidovat, jehož jsou kandidáti členy a který se svým programem uchází ve volbách o přízeň voličů. Sestavení kandidátní listiny je potom vnitřní záležitostí tohoto subjektu. Výhoda může spočívat v tom, že v rámci vnitřního výběru dojde k sestavení kandidátky takovým způsobem, který zajistí ty nejlepší podmínky pro prosazování politického programu strany v parlamentu. Další výhodou může být omezení individuálních per-

³ Svou roli může hrát také otázka odpovědnosti za chod strany a znalost jejich vnitřních poměrů, případně absence obojího.

⁴ Viz např. Pavlíček, V. a kol. *Ústavní právo a státověda, I. díl, Obecná státověda*. Praha: Linde, 1998. Nebo také Krejčí, O. *Nová kniha o volbách*. Praha: Professional Publishing, 2006, s. 74.

sonalizovaných kampaní vedoucích ke konkurenci uvnitř kandidátní listiny. Nevyžaduje tak po kandidátech ani žádné finanční zdroje, které jsou k vedení individuální kampaně nezbytné.

Volič je do jisté míry postaven před hotovou věc, protože kandidátku může buď akceptovat nebo jí musí odmítnout. Toto omezení může mít ale také jistý pozitivní rys. Přísně vázané kandidátní listiny působí do jisté míry „dostředivě“, kdy oním centrem všeho dění je politická strana. Vyloučení možnosti zasahovat do předložené kandidátní listiny dává voliči jedinou možnost, jak jí ovlivnit. Může se tak stát pouze v okamžiku jejího sestavování, tedy uvnitř politické strany. Přísně vázané kandidátní listiny tedy mohou do jisté míry u angažovanějších voličů podporovat jejich aktivitu v rámci občanské společnosti, a to ve formě vstupu do některé politické strany.⁵

Vázané kandidátní listiny již přinášejí voliči určitou možnost, jak do navržené kandidátky zasáhnout. Mohou tak učinit formou tzv. přednostních, nebo také preferenčních hlasů. V tomto směru se nabízí více možností úpravy. Volič může být vybaven jedním nebo více preferenčními hlasy. Je-li mu jich dáno k dispozici více, může je přidělovat po jednom nebo v jiné variantě také může kumulovat více hlasů jednomu kandidátovi.

Na nastavení systému také záleží, nakolik bude vůči preferenčním hlasům otevřený, zda bude stanovena určitá hranice, po jejímž překročení teprve budou přednostní hlasy pro jednotlivé kandidáty započítávány. V rámci vázaných kandidátních listin tak lze nalézat celé spektrum variant od těch, které zásahy voličů téměř nezohledňují a tedy silně preferují vůli politické strany vyjádřenou v konkrétní podobě kandidátní listiny, až po ty, které dávají voličům poměrně velký prostor k úpravám.

Volné kandidátní listiny dávají voličům patrně největší volnost. V samé podstatě to jsou sami voliči, kteří si samostatně sestavují „kandidátní listinu“ na základě kandidátních listin jednotlivých politických stran. Ty jsou obvykle vytištěny všechny na jednom listu papíru. Volič může svůj hlas dát jedné kandidátní listině jako celku. Nebo může udělit předem stanovený počet preferenčních hlasů, a to i napříč stranickými kandidátkami. Volič také může své hlasy udělit kandidátům pouze jedné politické strany, a potom je zřejmá podobnost se systémem preferenčních hlasů v případě vázané kandidátní listiny.

Zřejmou výhodou volných kandidátních listin je jejich otevřenost vůli voličů. V případě, že však volič využije možnost výběru a podpory kandidátů napříč politickými stranami, může již volba nabýt natolik personální charakter, že to bude na úkor volby programu. Tento silný personální prvek potom může být nevýhodou při sestavování orgánů, které svou činnost mají podřizovat programovým prioritám.

Jak je patrné, volební systém poměrného zastoupení nabízí i ve věci kandidátních listin a možností zásahů do nich ze strany voličů na výběr z mnoha variant. Ty přinášejí různé výhody, ale i nevýhody, a žádnou z nich tak nelze bez dalšího považovat za ideální a univerzálně použitelné řešení.

⁵ Ačkoliv se domnívám, že působení právního řádu a společnosti mezi sebou navzájem je oboustranné, je také zřejmé, že v současné době se nacházíme v situaci, kdy je zájem lidí o aktivitu v rámci politických stran mimořádně nízký. Za těchto okolností by přísně vázané kandidátní listiny onen možný pozitivní vliv téměř jistě neměly.

II. SOUČASNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA PREFERENČNÍHO HLASOVÁNÍ

Základním ustanovením určujícím podobu volebního systému pro Poslaneckou sněmovnu je čl. 18 odst. 1 Ústavy České republiky (dále jen „Ústavy“). Ten stanoví, že volební systém má odpovídat zásadám poměrného zastoupení.

Tento ústavní požadavek, v podstatě rámcového charakteru, ponechává zákonodárci velmi široký prostor pro rozhodnutí o konkrétní variantě poměrného volebního systému.⁶ Tato volnost se týká i typů kandidátních listin, které přicházejí v úvahu. Ani v jejich případě Ústava, ani další předpisy ústavního pořádku nekladou žádné zvláštní požadavky, ani nestanoví žádné limity pro zákonnou úpravu.

Současná právní úprava volebního systému, a tedy i podoby kandidátních listin a formy preferenčního hlasování, je dána zákonem č. 247/1995 Sb. o volbách do Parlamentu České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „volební zákon“).

Volební zákon ve svém § 31 odst. 1 pro volby do Poslanecké sněmovny stanoví, že kandidátní listiny mohou podávat pouze registrované politické strany a hnutí, jejichž činnost nebyla pozastavena, a jejich koalice. Způsob hlasování je upraven v § 39 volebního zákona. Podle uvedeného ustanovení má volič hlasovat takovým způsobem, že do úřední obálky vloží jeden hlasovací lístek. Na něm může vyznačit až čtyři kandidáty, kterým dává přednost. Tento způsob hlasování je typický pro vázané kandidátní listiny.

Pro případ, že by volič označil více, než čtyři kandidáty, stanoví § 41 odst. 1 volebního zákona, že se k žádnému z přednostních hlasů nepřihlíží a hlasovací lístek je započítán ve prospěch příslušné politické strany. Jinými slovy, tento postup nečiní odevzdaný hlas neplatným. Fakticky je tento postup roven vyjádření souhlasu s pořadím kandidátů navrženým kandidujícím subjektem.

Totožné ustanovení volebního zákona stanoví, že ve prospěch politické strany či koalice je započítán i takový hlasovací lístek, na němž jsou uvedeny jiné úpravy, konkrétně jména kandidátů škrtnuta, změněna nebo dopsána. Zákon tímto způsobem vyklučuje „otevřený“ charakter kandidátních listin, jak je znám z některých jiných zemí. Z druhé strany ale v maximální možné míře respektuje vůli voliče seznatelnou z vložení jediného celého hlasovacího lístku, jak lze dále dovodit za pomoci ustanovení § 41 odst. 2 volebního zákona.⁷

⁶ Skutečnost, že lze vybírat z celého spektra možností, konstatoval ostatně také Ústavní soud ČR ve svém nálezu sp. zn. Pl. ÚS 42/2000. Ústavní soud v odůvodnění tohoto nálezu uvedl: „Ani pojem ‚poměrné zastoupení‘ nelze proto spojovat s takovými atributy, jako absolutní určitost, jediná definovatelnost, ale naopak nutno jej chápat a vykládat ve spojitosti s nevyhnutelností procesu stálých změn, s oscilováním na různých dílcích plynulého kontinua, a proto s pouhou možností přibližování se tě či oně polaritní pozici. ... Také v politické praxi používaný model ‚poměrného zastoupení‘ proto může, a také musí, činit celou řadu koncesí principu integrace, tak se však může dít jen na určitém úseku kontinua, kdy ke svému ideálnímu typu zůstává ‚přivřádcen‘, jinými slovy, kdy projevuje tendence se tomuto typu v jeho zásadních aspektech alespoň přibližovat.“

⁷ Zákonodárce zvolil velmi široký výklad toho, co se rozumí vůlí voliče, čímž se vyhnul možným nejasnostem a zpochybněním voleb. Tento přístup je velmi vhodný. Jeho důsledkem, nazíráno z hlediska zkoumání preferencí voličů, je také to, že pokud si volič přeje vyjádřit protest proti určitému kandidátovi, musí tak učinit formou přednostních hlasů pro jiné kandidáty z téže listiny nebo volbou jiného kandidujícího subjektu. Protest projevený škrtnutím či jinými úpravami kandidátní listiny má za důsledek podporu kandidátní listiny jako celku.

Uvedený komplex pravidel zakládá po volby do Poslanecké sněmovny vázané kandidátní listiny. Důležité je určení, nakolik, respektive za jakých podmínek, bude přihlíženo k odevzdaným preferenčním hlasům. Toto pravidlo nalezneme v § 50 odst. 5 a 6 volebního zákona. Zde je v první řadě stanoveno, že k přednostním hlasům odevzdaným jednotlivým kandidátům bude přihlíženo pouze tehdy, jestliže jejich počet v jednotlivých případech bude činit alespoň 5 % z celkového počtu odevzdaných platných hlasů pro danou kandidátní listinu.

Řešena je také situace, jestliže stanovený procentní limit překročí více kandidátů. V takovém případě mají být mandáty přidělovány postupně, podle počtu získaných přednostních hlasů, a to počínaje nejméně úspěšným kandidátem. V případě rovnosti je pro přidělení mandátu rozhodující pořadí na kandidátní listině.

Významné je také pravidlo nacházející se v § 50 odst. 6 poslední věta. Podle tohoto ustanovení kandidáti, kteří počtem přednostních hlasů nepřekročili hranici 5 % z celkového počtu odevzdaných platných hlasů pro kandidátku, na níž byli uvedeni, případnou mandáty v pořadí, v jakém jsou uvedeni na kandidátní listině. Z toho vyplývá, že systém přednostních hlasů je nastaven tak, že kandidáti z předních míst nejsou nijak zvýhodněni.

Pokud by nastala hypotetická situace, kdy by např. vedoucí kandidátky nezískal žádný preferenční hlas a voliči by své hlasy soustředili na následující kandidáty, při rozdělování mandátů by se tento vedoucí zařadil až za všechny ty, kteří získali podíl alespoň 5 % odevzdaných platných hlasů pro kandidátní listinu.

Celkově lze shrnout, že současná úprava nabízí voliči možnost zasáhnout svým hlasem do podoby kandidátní listiny, ale takový vliv je podstatně limitován hranicí, kterou musí kandidát pro započítání preferencí překročit.

III. PREFERENČNÍ HLASOVÁNÍ V PRAXI⁸

V úvodu zmíněná analýza Jana Morkese se zabývá velmi důkladně preferenčním hlasováním a jeho výsledky ve volbách v letech 1996–2006. Vzhledem k tomu, že smyslem tohoto článku není analyzovat tento fenomén jako takový, ale cílem je ukázat na fungování současné právní úpravy, bude pozornost věnována pouze dopadům právní úpravy platné pro volby v roce 2002 a 2006. Pro účely tohoto článku nejsou volby konané v roce 1996 a 1998 relevantní, protože se konaly podle podstatně odlišných pravidel.

Z hlediska právní úpravy preferenčního hlasování je třeba uvést, že v letech 2002 a 2006 byla právní úprava od dnešní odlišná v tom směru, že každý volič byl vybaven dvěma preferenčními hlasy a pro jejich započítání konkrétnímu kandidátovi bylo třeba, aby získal alespoň 7 % platných hlasů odevzdaných pro kandidátku, na níž figuroval. Základní kvantitativní ukazatele se tedy od dnešního stavu lišily, ale nikoliv natolik, aby zásadně ovlivnily výsledky v porovnání s těmi, které by mohl přinést dnešní systém.

⁸ Tato část článku bude vycházet z údajů shromážděných ve výše citovaném článku Janem Morkesem a budou v ní využity také některé jeho závěry.

Předem je však třeba uvést, že rok 2002 je z hlediska uplatnění preferenčních hlasů abnormální. Důvodem je kandidatura politického subjektu Koalice, složená ze stran KDU-ČSL a US-DEU. Právě v jejím případě došlo ze strany především voličů KDU-ČSL k velmi cílenému, a tedy i co do výsledku efektivnímu uplatnění přednostních hlasů.⁹ Jistý výkyv tedy není způsoben ani tolik právní úpravou, jako chováním voličů. Dokladem toho je skutečnost, že v roce 2006, kdy pro uplatňování přednostních hlasů platila totožná pravidla, ale obě strany již kandidovaly samostatně, je počet uplatněných preferenčních hlasů poloviční.¹⁰

Volební rok	Počet mandátů	Procentuální vyjádření
2002	12	6 %
2006	6	3 %

Zdroj: Jan Morkes, cit. d., str. 10.

Rozdíl mezi lety 2002 a 2006 tedy není dán kvantitou přednostních hlasů, ale kvalitou jejich uplatnění. Přesto i v případě silného boje mezi dvěma subjekty uvnitř jedné kandidátní listiny zůstal počet mandátů přidělených díky preferenčním hlasům relativně nízký. Navíc v případě ostatních parlamentních stran kandidujících samostatně zůstal tento počet v podstatě zanedbatelný.¹¹

Velmi zajímavé údaje poskytuje simulace výsledků preferenčního hlasování pro případy odlišných procentuálních hranic uplatňovaných pro započítávání přednostních hlasů.

Volební rok	Skutečný počet mandátů	Počet přednostních mandátů při uplatnění hranice			
		10 %	7 %	5 %	3 %
2002	12	9	12	21	41
2006	6	1	6	10	23

Zdroj: Jan Morkes, cit. d., str. 11.

Z uvedené tabulky je zřejmé, že snížení hranice minimálního počtu přednostních hlasů, které musí kandidát získat, aby mu byly započítány, vede k jejich většímu uplatnění a vyššímu počtu takto přidělených mandátů. Významný je ale především poznatek, že počet takto přidělených mandátů vzhledem k celkovému počtu není nijak enormní.

⁹ Kandidáti KDU-ČSL získali díky preferenčním hlasům ve volbách v roce 2002 celkem 9 mandátů, kandidáti US-DEU 2 mandáty a v případě kandidátů ODS se jednalo o 1 mandát. Podrobnou analýzu podává Jan Morkes ve svém článku na str. 17.

¹⁰ Potvrzení tohoto závěru na základě analýzy údajů z volebních statistik podává ve svém článku důkladně Jan Morkes.

¹¹ V roce 2006 získali po jednom mandátu díky preferenčním hlasům kandidáti ČSSD a ODS, a 4 mandáty takto byly přiděleny kandidátům KSČM. Podrobně viz analýzu Jana Morkese uvedenou na str. 17 jeho článku.

Odhlédneme-li od voleb v roce 2002, které vzhledem k „fenoménu“ Koalice podávají poněkud zkreslený výsledek, v případě voleb v roce 2006 se při hranici 5 % jedná o 5 % z celkového počtu 200 mandátů. Při hranici snížené na 3 % by se jednalo o 11,5 % celkového počtu mandátů.

Jinými slovy, snížení procentní hranice by neznamenalo žádný převratný zásah do kandidátek předkládaných voličům politickými stranami.

Na tomto místě je však třeba říci, že nízký počet mandátů přidělených za pomoci přednostních hlasů sám o sobě nemusí mít vypovídací hodnotu ohledně toho, nakolik je volební systém otevřen vůli voličů podpořit jednotlivé kandidáty. Není totiž vyloučeno, že voliči jsou relativně spokojeni s pořadím kandidátů, které jim strany předkládají. V takovém případě voliči přednostní hlasy nemusí uplatnit vůbec, případně je mohou přidělit vedoucím kandidátních listin.

Pokud se jedná o druhý případ, tedy podporu vedoucích kandidátů prostřednictvím přednostních hlasů, tvoří tyto hlasy podstatnou část z nepropadlých přednostních hlasů. Jejich podíl ukazuje další tabulka vycházející z analýz Jana Morkese.

Volební rok	Využitých hlasů pro vedoucí kandidáty	Využitých hlasů pro ostatní kandidáty	Propadlých přednostních hlasů
2002	18 %	9,9 %	72,1 %
2006	18 %	5,9 %	76,1 %

Zdroj: Jan Morkes, cit. d., str. 26.

Zásadní je však otázka, jaké je množství přednostních hlasů, ke kterým bylo přihlíženo díky tomu, že byly přiděleny kandidátům v dostatečném množství, aby byla překročena zákonem stanovená minimální mez. Také této otázce věnoval Jan Morkes ve svém rozboru pozornost. Příslušné počty ukazuje následující tabulka.

Volební rok	2002	2006
Počet voličských hlasů celkem	4 272 422	5 030 375
Počet možných preferenčních hlasů	8 544 844	10 060 750
Počet odevzdaných preferenčních hlasů	1 645 799	1 731 760
Podíl využitých preferenčních hlasů z počtu, který měli voliči k dispozici	19,3 %	17,2 %
Preferenční hlasy nad 10 %	326 046	311 345
Využitých preferenčních hlasů	19,8 %	18,0 %

Volební rok	2002	2006
Preferenční hlasy nad 7 %	459 053	414 529
Využitých preferenčních hlasů	27,9 %	23,9 %
Preferenční hlasy nad 5 %	587 164	521 185
Využitých preferenčních hlasů	35,7 %	30,1 %
Preferenční hlasy nad 3 %	863 085	775 397
Využitých preferenčních hlasů	52,4 %	44,8 %

Zdroj: Jan Morkes, cit. d., str. 15.

Jak z uvedené analýzy vyplývá, ve volbách v roce 2002 se uplatnilo necelých 28 % z odevzdaných přednostních hlasů, o čtyři roky později – volby proběhly dle stejných pravidel – toto číslo pokleslo na necelých 24 %. Zhruba řečeno, tři ze čtyř odevzdaných přednostních hlasů nedojdou uplatnění, protože nejsou odevzdány dostatečně podporovanému kandidátovi.¹²

Takto vysoké číslo budí jisté pochybnosti o smyslu dané právní úpravy. Pokud se možnost preferenčního hlasování voliči nabízí, potom by také měl mít reálnou možnost volební výsledek ovlivnit. Ostatně samotné volby jsou bojem o voličskou přízeň. I když v rámci volebního systému jsou nastavena jistá omezující pravidla, jako je třeba uzavírací klauzule, nejsou nastavena tak přísně, aby generovala takové množství propadlých hlasů, jako v případě preferenčního hlasování.¹³

Přítom v této věci restriktivní přístup není na místě. Nehrozí, že by došlo k rozdrobenosti voleného orgánu. Jediné, co může být v ohrožení, je pořadí zvolených kandidátů oproti tomu, jak je voliči předkládá politická strana. I když existují důvody, jak již bylo naznačeno výše, proč by její vůle měla být do jisté míry chráněna, nejsou tak zásadní, aby vyřazovaly názor takového množství voličů.

Zvláštní pozornost si proto zaslouží poslední faktor, kterým je průměrná míra podpory vyjádřená přednostními hlasy kandidátům podle pořadí na kandidátních listinách. Jak již bylo uvedeno výše, ve volbách v letech 2002 i 2006 byly přibližně 2/3–3/4 uplatněných preferenčních hlasů odevzdány pro vedoucí kandidátních listin. Pouze 1/4–1/3 těchto hlasů byla odevzdána ostatním kandidátům. Již z těchto čísel je patrné, že velmi významná část uplatněných preferenčních hlasů je odevzdána takovým způsobem, že nijak nezasahuje do kandidátní listiny, ale naopak vyjadřuje souhlas s její podobou.

¹² V případě letošních voleb (2010), kdy má volič k dispozici čtyři preferenční hlasy a hranice pro jejich uplatnění byla snížena na 5 %, by na základě analýz J. Morkese mohla míra jejich využití činit kolem 30 %. Ani toto číslo nepřináší nijak převratnou změnu.

¹³ V roce 2002 bylo ve volbách do Poslanecké sněmovny odevzdáno 12,55 % hlasů pro strany, které nepřekročily uzavírací klauzuli. Ve volbách v roce 2006 to bylo pouze 5,98 % hlasů.

Pořadí	Průměrný počet preferenčních hlasů [%]	Nejúspěšnější kandidát [%]
1	8,84	23,91
2	4,34	14,29
3	3,21	8,79
4	3,00	10,58
5	2,39	9,93
6	2,02	10,54
7	1,65	6,98
8	1,37	3,99
9	1,26	3,37
10	1,28	4,95
11	0,91	2,68
12	0,94	2,23
13	0,88	2,28
14	0,89	5,55
15	0,76	3,40
16	0,69	1,72
17	0,65	2,69
18	0,63	1,63
19	0,57	1,43
20	0,54	1,16

Zdroj: Jan Morkeš, cit. d., str. 27.

Z uvedené analýzy vyplývá následující. Počítáno v průměru, překračuje hranici 7 % přednostních hlasů pouze vedoucí kandidátky. Další kandidáti v pořadí za ním následují s významným odstupem ve vyjádřené podpoře.

Do jisté míry směřodatnější jsou údaje vztažené k nejúspěšnějším kandidátům ze všech, kteří se voleb zúčastnili. Jsou to totiž právě oni, kteří případně v soutěži uspěli a díky preferenčním hlasům získali poslanecký mandát.

V jejich případě se ukazuje, že poslední místo, ze kterého kandidát prakticky dosáhl na hranici 7 %, bylo sedmé. Kandidáti na nižších pozicích se této úrovni ani zdaleka nepřiblížili. Z druhé strany je však třeba říci, že přesto nedosáhli bezvýznamného počtu hlasů. Vztaženo k aktuální právní úpravě obsahující hranici 5 %, mohl by mandát získat i nejúspěšnější kandidát, který v roce 2006 byl nominován dokonce na 14. místě.

Z hlediska celkového hodnocení je důležitá skutečnost, že – s drobnými výjimkami – podpora i ve vzorku nejméně úspěšných kandidátů klesá spolu s tím, jak se zvyšuje vzdálenost od prvního místa. Obecně tedy panuje spíše ta tendence, že čím výše kandidát stojí, tím větší podpora mu je formou preferenčních hlasů vyjadřována. Ani zde se tedy neukazuje, že by preferenční hlasy nějakým výrazným způsobem změnilы výsledek voleb v porovnání s tím, jakou kandidátní listinu svým voličům každá politická strana nabídla.

Výše uvedené rozborы vedou k následujícím závěrům. V první řadě ve stávajícím volebním systému a v rámci kandidátních listin, jak jsou doposud politickými stranami voličům předkládány, voliči uplatněním přednostních hlasů neprojevovali tendenci výrazným způsobem měnit pořadí kandidátů. Naopak, jak již bylo uvedeno výše, voliči podstatnou část preferenčních hlasů odevzdávají vedoucím kandidátních listin.

Dalším významným poznatkem je to, že čím výše kandidát na kandidátní listině stojí, tím větší počet preferenčních hlasů od voličů získává. To také svědčí o tom, že výběr a preference kandidátů ze strany politických stran v zásadě odpovídá preferencím voličů.

Vezmeme-li v potaz to, že politické strany by se neměly do jisté míry rozcházet se zájmy a potřebami svých voličů, můžeme výše uvedené poznatky vnímat jako pozitivní. Je možné je interpretovat takovým způsobem, že ze strany voličů nehrozí výrazný zásah do stranou provedeného výběru kandidátů. To ovšem znamená, že podmínky pro uplatnění přednostních hlasů jsou nastaveny zbytečně přísně. V konečném důsledku potom vedou jednak ke značnému znehodnocení odevzdaných preferenčních hlasů a jednak mohou část voličů od jejich odevzdání, a tedy i aktivity, odrazovat.

Není-li zde nebezpečí, že se politickým stranám nepodaří do Poslanecké sněmovny prosadit ty kandidáty, které vzhledem k jejich kvalitám a dosavadní práci považují za přínosné a potřebné, což by mohlo ohrozit jejich fungování, stejně jako fungování Poslanecké sněmovny, není ani žádný důvod, proč by před voliče měla být stavěna umělá bariéra, kterou je třeba překonat, má-li být jejich hlas vzat v potaz. Naopak, je na místě uvažovat o tom, zda popsaná bariéra není jedním z důvodů, který činí volby méně atraktivní.

Přirozeným řešením, které by současnou situaci napravilo, by bylo razantnější snížení procentní hranice, po jejímž překonání jsou teprve přednostní hlasy brány v potaz, respektive zavedení jiného způsobu odevzdávání hlasů, který by více zohlednil vůli voliče.

IV. POLSKÝ SYSTÉM ZOHLEDŇOVÁNÍ VOLIČSKÝCH PREFERENCÍ

Zajímavou variantu zohledňování preferencí voličů nabízí například polský volební zákon pro volby do Sejmu Polské republiky.¹⁴ Pozornost si zaslouží proto,

¹⁴ Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej ze dne 12. května 2001, Dz. U. 2001, Nr 46, poz. 499, ve znění pozdějších předpisů. Podrobnější informace o tomto zákoně viz např. Kudrna, J. „Nový zákon o volbách do Sejmu a Senátu Polské republiky“. *Politologická revue*, č. 2/2001, Praha, 2001.

že Polsko patří mezi země s podobnou historií jako Česká republika a řeší podobné problémy jako jsou ty, se kterými se potýkáme.

Volby do Sejmu se konají podle zásad poměrného zastoupení ve vícemandátových volebních obvodech. Kandidátní listiny jsou předkládány tzv. volebními výbory, které mohou být zřizovány politickými stranami či jejich koalicemi, ale nemusí tomu tak být vždy. Je připuštěna také možnost tzv. občanských volebních výborů, které umožňují ve věci předkládání kandidátních listin také „iniciativu zdola“. Ve vztahu k hlavnímu tématu tohoto článku se však jedná o vedlejší záležitost. Podstatná je skutečnost, že kandidátní listiny obsahují více jmen a jsou tedy potenciálně otevřené také pro preference v rámci jedné kandidátní listiny.

Pořadí kandidátů na každé listině určuje dle čl. 144 odst. 1 volebního zákona příslušný volební výbor. Z určené posloupnosti také vyplývá preference nominujícího subjektu, které kandidáty považuje ze svého hlediska za zásadní. Podobně jako v České republice tak pořadí kandidátů v Polsku vyjadřuje jisté „doporučení“ pro voliče.

Podstatný význam má také fyzická podoba kandidátních listin. Z prováděcího předpisu k volebnímu zákonu, kterým je usnesení Státní volební komise,¹⁵ vyplývá, že kandidátní listiny všech volebních výborů kandidujících v daném volebním obvodu jsou sešité dohromady do podoby jednoho sešitu.

Každý volič obdrží takovýto sešit v den voleb ve volební místnosti spolu s úřední obálkou. Způsob hlasování je určen v čl. 160 odst. 1 volebního zákona. Každý volič může křížkem označit jednoho kandidáta z kandidátní listiny, kterou preferuje. Z toho vyplývá, že volič současně vyznačením své preference vybírá jak politickou stranu, tak i podporuje jednoho konkrétního kandidáta. Nebo vnímáno z druhé strany, vyznačením preferovaného kandidáta je určena také politická strana.

Na základě popsaného pravidla prakticky každý jiný způsob označení kandidátní listiny znamená neplatný hlas. V případě, že by volič označil více kandidátů z více kandidátních listin, by nebylo možné zjistit, jaká je jeho preference osobní, ani stranická.

Tomu by byla analogická situace, kdy by volič neoznačil žádného kandidáta na žádné kandidátní listině. Také takový hlas by byl neplatný. Ani v tomto případě by nebylo možné zjistit voličovu preferenci. Vzhledem k popsané podobě kandidátních listin, respektive jejich souboru, vhadzuje volič do volební urny fakticky všechny kandidátní listiny a jeho hlas je připisován subjektu, na jehož kandidátce je voličem preferovaná osoba.

Výjimku z výše uvedeného pravidla „preference jedné osoby“ stanoví čl. 160 odst. 5 volebního zákona. Pokud by volič křížkem označil více než jednoho kandidáta, ale na jedné kandidátní listině, potom se nejedná o neplatný hlas, ale bude posuzován jako hlas pro vedoucí osobu příslušné kandidátní listiny. Zákon v tomto případě vychází z toho, že osobní preference daného voliče jasná není, ale preference stranická ano. Jedná se tedy o způsob, jak zohlednit vůli voliče do té míry, do jaké to je možné a do jaké je nezpochybnitelná. Připočítávání hlasu vedoucí osobě na kandidátní listině je východiskem ze situace, kdy volič nevyjádřil svou osobní preferenci, tedy nevyšlovl se proti pořadí na kandidátce. Protože v rámci polského systému každý hlas

¹⁵ M. P. 2001, Nr 29, poz. 495, ve znění pozdějších předpisů.

vede k preferenci kandidáta, potom i v tomto případě je preferován kandidát, a to ten, kterého preferuje nominující subjekt.

V průběhu sčítání hlasů se na základě čl. 162 volebního zákona zjišťuje, kromě dalších skutečností, kolik hlasů obdržely jednotlivé kandidátní listiny a kolik hlasů obdrželi jednotliví kandidáti.

Při rozdělování mandátů, k němuž dochází v jednotlivých volebních obvodech, se postupuje podle čl. 166 odst. 1 a čl. 167 odst. 1 volebního zákona. Na základě d'Hondtovy metody dojde v každém volebním obvodu k rozdělení poslaneckých mandátů jednotlivým kandidujícím subjektům v závislosti na počtu hlasů, které byli jejím kandidátům voliči odevzdány. Jednotlivé mandáty poté získávají kandidáti podle počtu hlasů, které získali od voličů.

Jak je z uvedeného patrné, neexistuje v Polsku žádný minimální počet hlasů, který by musel být překročen, aby se hlasy jednotlivým kandidátům započítávaly. Zároveň z uvedeného pravidla vyplývá, že volič nevolí politickou stranu přímo, ale politickou stranu prostřednictvím osoby konkrétního kandidáta. Volba je tímto způsobem poměrně personalizovaná. Do jisté míry se mohou uplatnit prvky osobního výběru, které jsou známy např. z většinového volebního systému. Kandidátní listiny jsou také poměrně otevřené a volič může relativně snadněji, byť nepřímo, ovlivnit dění uvnitř příslušné politické strany. Svůj význam má také to, že žádný z kandidátů nemá automaticky zvolení „jisté“, protože i vedoucí kandidátky musí získat dostatečný počet hlasů pro získání mandátu.¹⁶

V. JAK DÁLE S PREFERENČNÍM HLASOVÁNÍM V ČR?

Již na počátku bylo uvedeno, že ústavní pořádek k preferenčnímu hlasování neříká v podstatě nic. Nazíráno v nejširších souvislostech je pouze umožňuje tím, že pro volby do Poslanecké sněmovny stanoví pravidla poměrného volebního systému. Zákonodárce má tedy (nejenom) v tomto směru volnou ruku. To je dáno značnou variabilitou poměrného volebního systému. Ve věci preferenčního hlasování se do mezí tohoto systému vejde vše, přísně vázanými kandidátními listinami počínaje a volnými listinami konče.¹⁷

Určitá, byť ne zcela ostrá hranice, za kterou by zákonodárce neměl zacházet, by také mohla být dána hodnotami právního státu. Mezi ně by měla patřit také jistá racionalita a efektivita práva, respektive činnosti samotného zákonodárce. Jinými slovy, právo jako takové by mělo vést k deklarovanému cíli.

V případě současné úpravy preferenčního hlasování existuje poměrně významný rozpor mezi formální možností a jejím skutečným reálným dopadem. Jestliže z odevzdaných preferenčních hlasů pouze přibližně jedna čtvrtina dojde uplatnění v tom

¹⁶ I když je samozřejmě třeba říci, že vedoucí osoby žádné větší problémy v tomto směru nemají. Což je ale přirozeně dáno tím, že na vedoucí místa jsou nominovány osoby známé a populární.

¹⁷ Meze by se patrně mohly nacházet dokonce v krajních polohách, kde by se na jedné straně mohlo jednat o extrémní variantu přísně vázaných listin, kdy by voliči hlasovali pouze pro stranu, bez uvedení jmen kandidujících osob, a na straně druhé by se jednalo o volné kandidátní listiny v otevřené variantě, s možností dopisovat vlastní kandidáty samotným voličem.

smyslu, že se stává prvkem v procesu přidělování mandátů, nejedná se patrně o zcela racionální právní úpravu, která k tomuto stavu vede. Nabízí se také otázka, proč zákonodárce vydal jistou energii k prosazení právě takovéto úpravy. Ta na jedné straně deklaruje záměr dát voliči určitý vliv na výběr konkrétních osob v rámci kandidátní listiny. Na druhé straně však pravidla nastaví tak přísně, že pokud již volič svou preferenci vysloví, v drtivé většině případů to žádný vliv na výsledek mít nebude.

Tím se do celkové úvahy dostává další prvek, a sice, že současná právní úprava je do jisté míry „podvodem“ na voliči, zejména na neinformovaném. Informovaný volič si jistě umí spočítat, že má-li mít jeho preferenční hlas nějaký vliv, potom je třeba jej odevzdat buď kandidátovi na některém z předních míst nebo výrazně a všeobecně uznávané osobě, která byla vnitrostranickými mechanismy odsunuta do hloubi kandidátní listiny. Domyšleno do důsledků, první varianta voličského chování není příliš racionální, protože vede pouze k potvrzení stavu vyjádřeného již zařazením na kandidátní listině, preference je tedy zbytečná. Případů druhého typu je relativně málo. Týká se tedy spíše zlomku voličů.

Nelze vyloučit, že popsané restriktivní podmínky pro uplatnění preferenčních hlasů jsou důvodem jejich poměrně malého využívání voliči. Z preferenčních hlasů, které mají voliči k dispozici, byla v posledních dvou sněmovních volbách odevzdána necelá jedna pětina. Spojíme-li dohromady počet odevzdaných preferenčních hlasů s tím, kolik z nich došlo uplatnění, dostaneme se k číslu 5,38 % pro rok 2002 a dokonce pouze 4,11 % pro rok 2006.¹⁸ Takto malý je podíl preferenčních hlasů, které byly odevzdány a zároveň byly využity *efektivně* v tom smyslu, že splnily podmínky pro jejich vzetí v úvahu v rámci rozdělování mandátů, počítáno z celkového počtu preferenčních hlasů, které měli voliči k dispozici.

Příčinou je příliš vysoká hranice pro započítávání přednostních hlasů. Přitom není žádný důvod pro to, aby stranami připravená podoba kandidátek musela být takto restriktivně chráněna. Jak již bylo ukázáno výše, velmi podstatná část přednostních hlasů je odevzdávána vedoucím kandidátních listin a méně než jedna třetina ostatním kandidátům. Z této jedné třetiny je potom většina v průměru odevzdávána opět v závislosti na pořadí na kandidátce. Kandidující subjekty tedy jsou poměrně velmi úspěšné, pokud jde o výběr a pořadí svých kandidátů, protože se jejich názor jen výjimečně rozchází z názorem voličů.

V této souvislosti se tedy nabízí otázka, proč vůbec preferenční hlasování ve volbách do Poslanecké sněmovny zachovávat? Je-li stávající právní úprava takto restriktivní, mohlo by dojít ke zrušení preferenčních hlasů vůbec a mohly by být zavedeny přísně vázané kandidátní listiny. Na volebním výsledku a výběru kandidátů by se takřka nic nezměnilo. Změnu by pocítila pouze poměrně malá část voličů, která své preference vyjadřovala. Efektivní změna by se týkala drobné části voličů, pouze těch, jejichž preference změnilo pořadí zvolených kandidátů. Na druhou stranu by však mohlo dojít k významné úspoře času při zjišťování volebních výsledků, zejména při práci okrskových volebních komisí.

¹⁸ Pokud bychom v uvedených letech aplikovali pouze 5% hranici pro započítávání preferenčních hlasů, zvýšila by se obě čísla pouze nepatrně na 6,89 %, respektive 5,18 %.

Osobně se ale domnívám, že preferenční hlasy mají své opodstatnění a mělo by naopak dojít k takové změně volebního zákona, která umožní plnění jejich funkce ve větším rozsahu. Na místě přitom není pouze „kosmetická“ změna, neboť z výše uvedených propočtů vyplývá, že i při snížení hranice pro započítávání preferencí na 3 % by bylo počítáno s necelou polovinou odevzdaných preferenčních hlasů.

Uvedenou tříprocentní hranici považuji za minimální východisko, které může mít reálný význam.

Za velmi zajímavé řešení považuji polský systém „volby prostřednictvím vyjádření personální preference“, bez jakékoliv omezovací klauzule. Jeho zavedení v České republice by však bylo z praktických důvodů a z důvodů tradic krajně nepraktické. Slabinou by byla nutnost měnit již zavedenou a osvědčenou podobu kandidátních listin, která by mohla přinést více komplikací, než užitku. Stanovení podmínky vyznačení jedné preference pod sankcí neplatnosti hlasu, pokud by byl odevzdán volební lístek bez označení osoby, by bylo také kontraproduktivní, protože přinejmenším v prvých volbách po provedení této změny by řada voličů úpravu patrně nezaregistrovala a jejich hlasy by byly zbytečně znehodnoceny. Přesto by o této variantě mělo být uvažováno v okamžiku, kdy by byla zahájena diskuze o zásadní změně či úpravě volebního systému. Polská varianta totiž přináší do volebního procesu výrazný personální prvek a položení jistých reálných základů pro vazbu mezi voličem a poslancem, což je záležitost psychologicky relativně významná. Svá pozitiva může mít také zpětná kontrolní vazba mezi politickou stranou a jejími voliči, respektive kandidáty.

Má-li být „změněno málo“, ale s reálným efektem, potom by za stávající právní situace mělo dojít k podstatnému snížení omezující klauzule. Za minimální variantu považuji její snížení na 3 %. Tehdy ale stále ještě polovina preferenčních hlasů nebude zohledňována.

Jestliže má být nějaké omezení zachováno, potom by dle mého názoru mělo ležet v rozmezí 1–2 % platných hlasů odevzdaných pro příslušnou kandidátní listinu. Svě opodstatnění by však mělo i úplné zrušení jakéhokoliv omezení tohoto druhu.

V každém případě ani při nastavení omezovací klauzule na 1 % by nebylo třeba obávat se nějakého převratu v rámci pořadí na kandidátních listinách. Zvyk voličů preferovat vedoucí a vůbec kandidáty na předních místech kandidátních listin by se pravděpodobně nezměnil. Za stávající podoby volebního systému tedy preferenční hlasy nerozhodují o přidělování mandátů, na rozdíl např. od zmíněného Polska. Jejich vliv je pouze malý a ani snížení omezovací klauzule by toto reálně nezměnilo. Umožnilo by však v jednotlivých případech, aby mandát získali kandidáti, které voliči považují, na rozdíl od kandidujícího subjektu, za kvalitní.

Do jisté míry by mohlo jít také o přínos pro samotné politické strany, které by získaly zpětnou vazbu. Často se hovoří také o snižujícím se zájmu občanů o politické dění a nižší ochotu politicky se angažovat. Také v tomto směru by posílení vlivu preferenčních hlasů mohlo přinést určité, byť jistě ne převratné, zlepšení. Přinejmenším by odpadlo vědomí, že vyjádřená osobní preference pravděpodobně nebude vzata v potaz (nebude-li dána vedoucím kandidátům), které je do značné míry demotivující.

V každém případě si současná právní úprava preferenčního hlasování zaslouží změnu, aby reálné fungování právní úpravy odpovídalo jejímu deklarovanému účelu.

PREFERENTIAL VOTING IN THE ELECTIONS TO THE CHAMBER OF DEPUTIES OF THE CR

Summary

Pursuant to the Constitution of the Czech Republic, the elections to the Chamber of Deputies are organised on the basis of the electoral system of proportional representation. There are a number of modifications of this electoral system. One of variables shaping the form of a specific proportional system are the so-called preferential votes. To a greater or lesser extent, they make it possible to express voter's personal preference and to introduce elements of some sort of personal vote in a system based on selecting electoral ballots made up by a political party.

Rules which at present govern using preferential votes in the Czech Republic are so strict that they question the effectiveness and purpose of the existence of preferential votes. On the basis of data gathered from last two elections to the Chamber of Deputies, the paper demonstrates that voters use only between one sixth and one fifth of preferential votes which they have at their disposal. However, due to strict applicable rules only about one quarter of this fraction are actually counted in. Therefore, totally, approximately about three quarters of preferential votes cast fall through and do not influence the outcome of the elections. The reason for this situation should especially be seen in the excessively high number of preferential votes which a candidate must obtain if the preferential votes are to be counted in. In last two elections, the threshold was 7% of all votes cast for an electoral party for which a particular person ran in the elections. Analyses of previous electoral statistics indicate that only if the required fraction is reduced down to 3%, it would result in nearly half of all preferential votes cast being taken into account.

The current legal situation therefore raises serious doubts about its very purpose. On the one hand, it introduces the possibility of preferential votes, on the other hand, it prescribes so restrictive conditions that preferential votes have no real impact on the outcome of the elections.

There are two possibilities of how to deal with the situation in the future. Preferential votes can be completely abolished. The real position of voters would not in fact be changed and the legal regulation would better reflect the actual situation. Also, some time could be saved in counting electoral results. The second option is to considerably relax the mentioned restrictive elements in the legal regulation, i.e. to reduce the necessary fraction out of all votes cast for an electoral ballot down to maximally 1–2%.

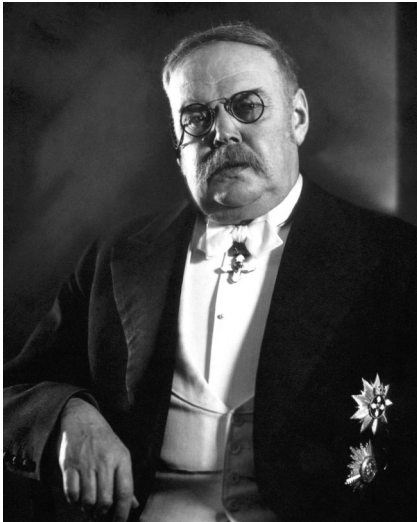
The author prefers the second mentioned option, as a means of strengthening the influence of voters on the electoral result and, to some extent, also on the personal selection of candidates offered by political parties.

Klíčová slova: volby, Poslanecká sněmovna, Česká republika, poměrný volební systém, preferenční hlasy, vázané kandidátní listiny

Key words: Elections, Chamber of Deputies, Czech Republic, proportional electoral system, preferential votes, categorical electoral ballots

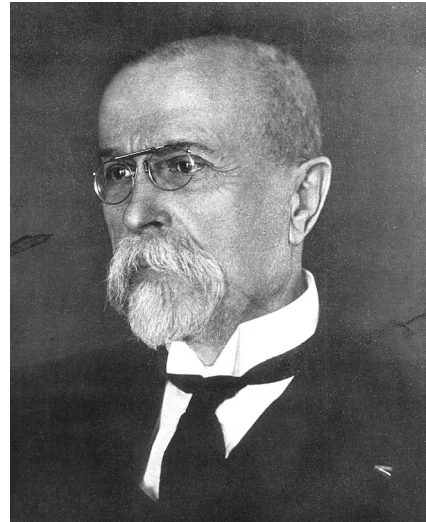
TOMÁŠ GARRIGUE MASARYK
AND MYKOLAS RÖMERIS:
TWO FIGURES, TWO APPROACHES
TO THE STATE AND THE CONSTITUTION

GEDIMINAS MESONIS*



Permanent functional state governance (established) is permanent governance bodies, arranged according to the competence categories and hierarchically systemized with their main constitutional bodies. It can only function within the boundaries of the constitution, it is defined by the provisions of the constitution, which it may not overpass.¹

Prof. Mykolas Römeris (1880–1945)



A state is not just a mechanism, and politics are not just a qualified administrative and diplomatic technique. A state is an association of citizens, operating on the basis of rationality and morals.²

Prof. Tomáš Garrigue Masaryk (1850–1937)

* Mykolas Romeris University, Vilnius, Lithuania Department of Constitutional Law, Professor. Research interest: Constitutionalism, Constitutional jurisprudence, Rule of Law, Separation of powers, Human rights, Separation of state and church.

¹ Römeris, M. *Valstybė ir jos konstitucinė teisė. Konstitucinės institucijos. I tomas. Suverenitetas*. Vilnius: Pradai, 1995, p. 191.

² Masaryk, T. G. Speech by President Masaryk on the Tenth Anniversary of Czechoslovak Independence, October 28, 1928 [interactive]. *Virtual Archive of Central European History* [viewed 10-01-2009]. <http://ecommons.library.cornell.edu/bitstream/1813/1495/1/Masaryk_Speech_1928.pdf>

INTRODUCTION

T. G. Masaryk and M. Romeris. The sole comparison of such names may seem artificial and therefore missing real grounds. However, I have more than once visited Charles University in Prague and Masaryk University in Brno for research and educational purposes and thus enriched my knowledge of the heritage of T. G. Masaryk as the head of state and a scholar and learned more about features of his personality. As I was doing this I was kept being surprised by noting the existence of certain relations with the personality and scientific heritage of M. Romeris. The said observations, however, still did seem to be substantial enough to move me to write on the aspects of viewpoints of T. G. Masaryk and M. Romeris. The fact that studies of T. G. Masaryk and his scientific and political heritage are an ongoing and permanent process in Czechoslovakia, now the Czech Republic, as well as the existence of different doctrines and concepts of evaluation of scientific and political heritage of T. G. Masaryk also raised doubts. Hence the probability of errors or failure to accurately understand or interpret, kept me postponing this long nurtured idea. Only sustained and honest discussions with Ján Gronský, Professor of the Department of Constitutional Law of Charles University in Prague, an undisputed expert of Czechoslovakia's constitutionalism and the scientific heritage of T. G. Masaryk, helped me to make up my mind. It was during the discussions with J. Gronský where my attention was drawn to certain "problematic" aspects of history and T. G. Masaryk's doctrine, which, according to the professor "are to be kept in mind in order not to make mistakes". In addition, I would like to thank professor M. Maksimaitis, an expert in the biography and the doctrine of M. Romeris. Without the help of the two aforementioned persons most of statements in the present article would raise reasonable doubts even to their author.

It is undisputed that T. G. Masaryk's political activities in the case of Czechoslovakia's statehood and his long office as the President of the Republic of Czechoslovakia give him certain political advantage. However, it should be stressed that the advantage is only of a political character. Looking at T. G. Masaryk and M. Romeris from the perspective of scientific heritage rather than from the perspective of their political careers, erases any doubts. The two are a match as scholars, and their scientific heritage can be compared. Both were professors, both were scientists. The research interest of both scholars was *man, nation, state and constitution*.

I. THE PERSONALITIES AND THEIR ERA

It would be very difficult to discuss about such prominent personalities outside the context of their times and geopolitical events. Therefore it makes sense to give a brief overview of the development of the historical and political events, in which T. G. Masaryk and M. Romeris lived and worked. Besides, it is meaningful to mention certain biographical aspects, which would provide a better illustration of the basis of their viewpoints. The beginning of the 20th century was the era of epoch-making

geopolitical, social and cultural changes. The World War I (the Great War 1914–1918) determined the fate of most countries and nations for years to come. It was that era – before and after the war, where T. G. Masaryk and M. Romeris lived and worked. That period of history and its realia formed the social and cultural attitude of the said scholars.

Both T. G. Masaryk and M. Romeris received the best education available in those times, they studied at famous educational institutions, had the opportunity to attend lectures, given by prominent scientists of the period. In the modern world educational mobility does not surprise anybody. However, at the end of the 19th and the beginning of the 20th century, it was more an exception than a rule. T. G. Masaryk studied at Brno gymnasium, universities of Vienna and Leipzig³, whereas M. Romeris studied at the St. Petersburg Imperial School of Law, Universities of Krakow and Paris and the famous *L'École libre des Sciences Politiques*. While studying T. G. Masaryk had the opportunity to attend lectures by such famous scholars as *Franz Brentano*, the pioneer of analytical philosophy and phenomenology⁴ and professor *Wilhelm Maximilian Wundt*, the founder of cognitive and experimental psychology. M. Romeris was also not at a disadvantage, in Paris he had the opportunity to hear lectures given by such famous scientists as *Adhémar Esmein*, a professor of constitutional law, canon law and law history, as well as *André Tardieu*, an expert in history of diplomacy as well as theory and practice of geopolitical problems. In St. Petersburg M. Romeris attended lectures by professor *Leon Petrażycki*, a representative of the school of law of psychology and a respected figure in the theory of law.⁵

It should also be mentioned that studies and research interests of both T. G. Masaryk and M. Romeris were not limited to one certain narrow area of social sciences. Upon graduating his studies in St. Petersburg and being a free auditor, M. Romeris collected materials on the topics of the Great French Revolution and the history of Lithuania – Poland at the Faculty of Philosophy of Jagiellonian University of Krakow.⁶ During his studies in France, he attended the Social-Economic Department of *L'École libre des Sciences Politiques* and researched the subtleties of the Napoleonic Code (French Civil Code of 1804) at Paris University. Social and humane studies were the object of interest of those two personalities in all of their scope. The state, its history, law, politics, nation, philosophy and sociology was the constant object of interest of both scholars. The research interest of T. G. Masaryk was within the area of social-historical problems. However, to him, “philosophy was above ethics, sociology and politics”.⁷ Although the diversity of research interests of T. G. Masaryk gave prerequisites for philosophers to regard him as a moralist and for politicians – as a philosopher, he was universally “recognized as a wise man, a colossus of intellect and spirit.”⁸ Hence,

³ Soubigou, A. *Tomáš Garrigue Masaryk*. Praha, 2004, p. 32–52.

⁴ Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007, p. 151.

⁵ Maksimaitis, M. *Mykolas Römeris – Lietuvos sūnus*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 34.

⁶ Maksimaitis, M. *Mykolas Römeris – Lietuvos sūnus*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 37–38.

⁷ Rus, V. S. “Nation and (Modern) Theories of social identity”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 209.

T. G. Masaryk and M. Romeris were persons of broad interest with the difference that law to M. Romeris and philosophy to T. G. Masaryk were their primary and most important means of cognition of social environment. T. G. Masaryk “was definitely a philosopher”⁹, while M. Romeris first and foremost was a lawyer and constitutionalist. The said circumstance, as we will see below, has significantly influenced the basis of their worldview and resulted in certain differences in the emphasized aspects as regards state government institutions.

It’s hardly surprising that the natural talent and the fate, which created such splendid possibilities of studying, soon turned both into serious scholars. In 1897 T. G. Masaryk became a professor of philosophy at the Czech Charles-Ferdinand University in Prague. In 1926 M. Romeris became a professor ordinary at Lithuanian University, in 1927–1928 he was Rector of the University and later worked as the Head of the State Department of Law. In 1930, i.e. the Year of Vytautas Magnus, by decree of President A. Smetona, M. Romeris became a full professor at Vytautas Magnus University, in 1933–1939 he was the rector of the said university for two terms in a row.

Attitude towards religion. It should be mentioned that the issues of religion, as well as the church and the state were also important in the life and worldview of both persons. The religious viewpoint of both T. G. Masaryk and M. Romeris grew on the basis of traditions of the Roman Catholic Church. However, their further life experience and splendid education made both choose the Voltaire tradition, which virtually does not question the existence of God but rejects the role of the church, namely the Catholic Church, as a mediator between man and God. That is the usual intellectuals’ fate – to be a “religious heretic”.¹⁰

However, the researchers of philosophy of T. G. Masaryk unanimously state that his moral, religious and political thinking was deeply Kantian and that the cornerstone aspects of his worldview were based on I. Kant’s arguments.¹¹ T. G. Masaryk’s philosophical grounds are characterized by religious and ethical aspects, which is the reflection of English and French philosophy of positivism. In his famous sociological work *Suicide as a Mass Phenomenon of the Modern Civilization (1881)* T. G. Masaryk attempted to prove that the growth of the number of suicides should be related to the loss of religion, and thus, the meaning of life. Therefore, T. G. Masaryk believed in God and immortality of soul.¹² He argued that apart from the social and national aspects, the religious aspect is also very important to a modern man.¹³ He sympathized with Jan Hus and the entire philosophy of reformation (T. G. Masaryk wrote a scientific study *Jan Hus*).¹⁴ Sympathy to the reformist philosophy is encouraged by a deep understanding that “the rights of man and citizen were codified only because of

⁸ Wandycz, P. S. *Laisvės kaina*. Vilnius: Baltos lankos, 1997, p. 196.

⁹ Houška, V. *T. G. Masaryk známý i neznámý*. Praha: Riopress Česká expedice, 2005, p. 194–195.

¹⁰ Soubigou, A. *Tomáš Garrigue Masaryk*. Praha, 2004, p. 75.

¹¹ Valenta, L. “Od humanity k demokracii”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 281.

¹² Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007, p. 35.

¹³ Pavelka, M. “T. G. M. a český liberalismus”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 125.

¹⁴ Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007, p. 85.

direct influence of reformation”.¹⁵ It is the reformation where T. G. Masaryk saw ideological liberation and another important factor of nationality, resistance to the Germanization of Czechs.¹⁶ This attitude of T. G. Masaryk needs to be connected with the historical role of the Catholic Church in the history of statehood of Czechoslovakia and the Czech nation. Unlike Lithuania and Poland, where the Catholic Church was the supporter and upholder of the national and statehood ideas, in the Czech Republic the situation was quite different. The Catholic Church supported the idea of preservation and integrity of Austro-Hungarian Empire for a long time, therefore it is natural that this position was in conflict with the aspirations of the Czech and Slovak nations to become independent states. Only the results of World War I, only the geopolitical reality, i.e. the fall of the Austro-Hungarian Empire, created the prerequisites for the Catholic Church to turn from the church of “Austro-catholics” to that of “Czech-catholics”.¹⁷ It is natural that the said circumstance reflected in the worldview of the society and its individual members. Therefore, upon the establishment of the state of Czechoslovakia the society, or at least a part of it, was very critical of the Catholic Church.

M. Romeris’s attitude towards religion and the Catholic Church would be best described by the term of *respectful distance*. M. Romeris has never denied the significance of religion for humans and harmonious development of the society, he never doubted that the freedom to choose a religion is important part of the system of human rights and freedoms. However, as regards relations between the church and the state M. Romeris remained loyal to his ideals of perception of law. M. Romeris was rather critical in his analysis of the provisions of the Concordat between the Republic of Lithuania and Vatican (1926). In his publication *Malignancy of the Concordat to Lithuania*, in no uncertain terms and only in by employing legal arguments he attempted to prove the contradiction of certain provisions of the said treaty to the national Constitution. Such position perfectly reflected M. Romeris’s understanding of the legal system and the hierarchy of legal acts, existing therein. The critics of such position of M. Romeris, in as many flashy words stated that “it is only an opinion of one group, which does not really care much about the highest interests of the Lithuanian nation.”¹⁸ However, what are those “highest interests of the nation” and who is to decide on their content? What is more important: to have good relations with Vatican or a consistent system of legal norms within the state? The said questions remain rhetorical. To summarize the position of M. Romeris one can state as regards this issue he remained a strong representative of legal positivism. He clearly perceives and substantiates his belief that the consistency of the system of legal norms, respect for the Constitution as an expression of the will of the nation is the cornerstone of the rule of law (and the interest of the nation).

¹⁵ Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 553.

¹⁶ Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 595.

¹⁷ Malý, R. *T. G. Masaryk a jeho vztah ke katolicizmu. T. G. Masaryk ve třech stoletích*. Brno: L. Mareš, 2001, p. 360–361.

¹⁸ Bačkis, A. S. *Lietuvos ir Šventojo sosto konkordatas*. LKMA, 2007, p. 146.

Nationalism and attitude towards empires. Both Austro-Hungary and the Russian Empire (especially the latter) were not role models as regards the rights and regulation of the status of national minorities. Therefore it does not come as a surprise that the attitude of the people of the two states towards their own countries, where they actually had to live their lives, was more critical than their attitude towards neighboring states. M. Romeris, who was perfectly aware of and personally experienced the strict policy of the Russian Empire towards Poles, Lithuanians and other nations, was of a positive opinion on the balance of national relations, which was established in the Austro-Hungarian Empire, he even expressed his position that such a state should remain in existence.¹⁹ And vice versa, the sympathies of T. G. Masaryk, who lived in the Austro-Hungarian Empire were on the Russia's side. "Our national agenda was based on sympathies to Slavism and was Russophile from the outset" – he wrote.²⁰ On the other hand sympathies to Russia did not mean rejection of the national, i.e. Czech attitude as long as the said position of T. G. Masaryk was based on the then popular ideas of Slavonic unity and respect for Russian literature and intelligentsia (T. G. Masaryk had met with L. N. Tolstoy, M. Gorky and was fascinated with F. Dostoyevsky's writing).²¹ In 1917 T. G. Masaryk visited Petrograd and, when giving a speech in the Czech and Slovak nations' council, declared that a strong Russia is within the interests of the Czech and Slovak nations. In the opinion of T. G. Masaryk, a weak Russia would not be able to guarantee the statehood of the Czechs and Slovaks.²² Both the personal experience and the family history of M. Romeris shaped quite a contrary view of the Russian Empire. "I feel Russians have a dreadful Asian power, a leveling force of the vast boundless Eastern territories with its eternal desire to expand, spread and sprawl further, conquer and devour each and every individuality" – he wrote.²³ However, the different view of Russia has not prevented any of the two scholars from taking interest in its history and culture. Therefore in the lavish bibliography of both scientists – both in the famous T. G. Masaryk's work *Russia and Europe* and M. Romeris's *Agrarian Issue in Russia*, one can find quite a good deal of attention to Russia and related problems.

It is natural that the said viewpoints and different experience resulted in different positions as regards the sympathy to the countries, which participated in the World War I. The perception that "No statehood of Czechoslovakia would be reached, if Germany and Austro-Hungary did not lose the war"²⁴ did not raise any doubts with T. G. Masaryk. His sympathies were on the side of the Triple Entente. Those were the same motives and inspirations, i.e. subdued Poland and Lithuania that led M. Romeris to express his

¹⁹ Maksimaitis, M. *Mykolas Romeris – Lietuvos sūnus*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 85–86.

²⁰ Masaryk, T. G. *Česká otázka*. Praha: Melantrich, 1969, p. 242.

²¹ Pichlík, K. "Masaryk a Rusko za první světové války". In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 97–103.

²² Pichlík, K. "Masaryk a Rusko za první světové války". In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 100.

²³ Mykolas Römerio autobiografija. *Lietuvių atgimimo istorijos studijos*. T.13. Vilnius, 1996, p. 225.

²⁴ Pichlík, K. "Masaryk a Rusko za první světové války". In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 97.

sympathies towards the Triple Alliance.²⁵ The sympathies were different, however the motives, i.e. the wellbeing and statehood of the nation as well as their logical grounds make T. G. Masaryk's and M. Romeris's viewpoints comparable. Both wished for the wellbeing of their nations, and all the rest were just a means for reaching the goal.

In 1918, as the war progressed towards its end and the Austro-Hungarian, Russian and German Empires were collapsing, a whole range of independent states came into existence in the Eastern and Central Europe. Poland, Estonia, Latvia, Lithuania, Czechoslovakia, Yugoslavia, Austria, Hungary and Finland appeared on the map of Europe. On 18 October, 1918 the independence of Czechoslovakia was declared and the National Assembly, which on 14 November, 1918 received consents from the Czech National Committee and the Slovak National Council, proclaimed the establishment of the Czechoslovak Republic. The President of the United States of America W. Wilson delivered an ultimatum to Austria-Hungary which contained the requirement to recognize the new states and Austria-Hungary fulfilled the requirement. T. G. Masaryk was elected the first President of Czechoslovakia. Lithuania had, even in a very difficult geopolitical situation (troops of the German Empire were still in the country) and without such powerful advocates as W. Wilson, declared its independence earlier – on 16 February, 1918. In those times of geopolitical fractures the national issue was especially important as it was throughout the whole of Europe at the end of the 19th and beginning of the 20th century. Such relevance manifested in the need to decide the basis of establishment of the new states – national or civic – and on the way the new societies would exist. The national aspect was of significant influence to the worldview of both T. G. Masaryk and M. Romeris. Both represented national minorities, existing within large empires. Besides, their own nationality was an object of continuous doubts and speculations. In different phases of his life M. Romeris has called himself a Pole, a Lithuanian Pole and a Lithuanian. M. Romeris “resolved” his problem of national ambiguity through a consistently and logically perceived concept of a civic nation. He is a Lithuanian, since a citizen of the state of Lithuania of any nationality is a Lithuanian. Already in his work *Lithuania (Litwa: Studyum o odrodzenia narodu litevskego* [1908]) M. Romeris proposed a model of a civic society, which would neutralize nationalistic tendencies and set ground for peaceful concord between different nationalities.²⁶ Therefore, although M. Romeris distinguished two ethnical groups in Lithuania: Lithuanians and Lithuanian Poles,²⁷ he recognized them all as Lithuanians, i.e. Lithuanian citizens.

Diversity can also be detected in the genealogy of T. G. Masaryk's family: Slovak, German (Austrian) descent, but it did not hinder him from calling himself a Czech and later a Czechoslovak and protecting the interests of the Czech nation and statehood.²⁸ Whereas in the famous *Czech Issue (Česká otázka* [1895]) on the issues of concord

²⁵ Solak, Z. *Tarp Lenkijos ir Lietuvos. Mykolo Römerio gyvenimas ir veikla (1880–1920)*. Vilnius: Lietuvos istorijos institutas, 2008, p. 194–196.

²⁶ Motieka, E. Lietuvos pilietinės visuomenės modelis M. Römerio veikale „Lietuva. Studija apie lietuvių tautos atgimimą“. *M. Römerio mokslas apie valstybę*. Vilnius, 1997, p. 85–90.

²⁷ Maksimaitis, M. *Mykolas Romeris – Lietuvos sūnus*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 51.

²⁸ Soubigou, A. *Tomáš Garrigue Masaryk*. Praha, 2004, p. 19–26.

between nations, idealism still prevails²⁹, later philosophy of T. G. Masaryk is based on great wisdom of based on the knowledge of historical development of states. T. G. Masaryk perfectly understood that the success of development of a state can be determined by the nations, living in concord with each other in the state. It is obvious that such position of T. G. Masaryk was determined by the examples of the USA and Switzerland.³⁰ Therefore it does not come as a surprise when one finds the following words in the Preamble to the Constitution of the Republic of Czechoslovakia of 1920: “We, the people of Czechoslovakia...” (*národ Československý*). This construction partially repeated the experience of the USA and France. However, Z. Kárník notes that the “people of Czechoslovakia”, mentioned in the preamble, was a unique legal – political structure not known at that time.³¹ It should be noted that the said “structure” was a legal civic expression of the nation, i.e. the one with which T. G. Masaryk envisaged the future prospects of Czechoslovakia. Only the Czechoslovakia, created on the basis of a civic nation, can sustain its statehood and has a perspective. Such was the position of T. G. Masaryk. Therefore, in the opinion of T. G. Masaryk a Czechoslovak is a citizen of the state of Czechoslovakia of any nationality and the Czechoslovak nation is not the compound of Czech and Slovak nations. Therefore Germans are the same Czechoslovaks as Czechs, Slovaks or Jews.³² Any classification of citizens on the basis of ethnical characteristics would turn Czechoslovakia into a “small Austria-Hungary”. Historians note the paradoxical situation where Czechoslovakia already existed as a state *de jure*, and the Czechoslovakian nation still was to be formed.³³

We have already mentioned that M. Romeris followed a similar position by perceiving the Lithuanian nation not through the ethnical, but rather through the civic aspect. In the modern context of citizenship and human rights and freedoms the viewpoints M. Romeris and T. G. Masaryk of the nation are reasoned and acceptable. However, when states, created on the national basis were dominating in Europe and nationalism was a very popular ideology, their viewpoints were not acceptable to everybody. Therefore such attitude of M. Romeris and T. G. Masaryk towards a civic nation could unquestionably be viewed as a democratic and progressive in the context of both human rights and freedoms and development of states.

II. THE STATE AND ITS FRAMEWORK: T. G. MASARYK'S *DEMOCRACY* AND M. ROMERIS'S *RULE OF LAW*

Prospects of statehood. Before World War I T. G. Masaryk was a federalist. Being a member of the Parliament of Austria-Hungary he genuinely believed in the possibility of reforming the state in a way ensuring no social inequality

²⁹ Znoj, M. “Realistické pojetí národa”. In *Na pozvání Masarykova ústavu*. Praha, 2005, p. 11–13.

³⁰ Soubigou, A. *Tomáš Garrigue Masaryk*. Praha, 200, p. 283–312.

³¹ Kárník, Z. *České země v éře první republiky (1918–1938)*. Praha, 2003, p. 110.

³² Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007, p. 108–112.

³³ Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007, p. 113.

between nations. During the time period of 1908–1914, as T. G. Masaryk lost his hopes of turning Austria-Hungary into a multinational democratic state, his position regarding the Czech statehood changed and became more radical.³⁴ And when positive geopolitical prerequisites emerged, his position as regards the Czech statehood became principled and T. G. Masaryk became an ardent supporter of independence as the ultimate goal.³⁵

Therefore, T. G. Masaryk underwent a certain change in his position regarding the statehood of the Czech and Slovak nations. In his famous *The Czech Issue* he saw and perceived the problem of statehood in an indirect way, more at a hypothetical level of indefinite forms. Before World War I, which destroyed empires with century old traditions, it was very difficult to forecast the possibility of downfall of such empires, and the prerequisites for creation of Czech, Polish or Lithuanian statehood could have come into existence only as the result of such downfall. Therefore, a rational perception of the geopolitical situation did not turn the issue of statehood the most important topic in the worldview of neither T. G. Masaryk, nor M. Romeris. Before the war a certain “geopolitical romanticism”, manifesting in the model of pan-slavism³⁶ or a federal Europe or East Europe³⁷ was characteristic of T. G. Masaryk’s perception of prospects of Czechs and other neighboring nations. T. G. Masaryk then said that although Czechs and Slovaks would wish for independence, “the very form of independence can be very different”.³⁸ J. Kiliás (*Jaroslav Kiliás*) has noted that such a pessimistic position regarding the possibility of “small nations” to reach political independence and sovereignty is based not on T. G. Masaryk’s reluctance to strive for it, but rather on a realistic perception that such a goal can not possibly be reached.³⁹ Therefore before World War I T. G. Masaryk mostly wrote and spoke on the level of autonomy of the Czech nation and left the issue of statehood for the future generations. He perceived the issue of social emancipation between nations as one of top priorities. However, persistent inequality between the Czech and German nations in social issues formed prerequisites to formulate requirements of a political character – guarantees for the Czech nation. According to T. G. Masaryk, only positions of a political nation are integral to success in economy, and thus in social issues.⁴⁰

The progress of war, changing geopolitical situation created preconditions to formulate a more significant goal – that of an independent state. Therefore in 1915, as T. G. Masaryk was in exile in France, the declaration (also undersigned by T. G. Ma-

³⁴ Garver, B. “T. G. Masaryk and America”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 248.

³⁵ Ort, A. “T. G. Masaryk – jeden z českých Evropanů”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 347.

³⁶ Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 150–233.

³⁷ Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 150–233.

³⁸ Karola, J. E. “Ruský aspekt v Masarykově koncepci České otázky”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 147.

³⁹ Kiliás, J. “Co je ‘malý národ’? Pokus o interpretaci pojmu”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 157.

⁴⁰ Pavelka, M. “T. G. M. a český liberalismus”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 123.

saryk) of the Czech national committee required neither autonomy, nor equality of the German and Czech nations, or social justice, but independence and statehood. In 1917, when visiting Russia, T. G. Masaryk expressed his strong positions on the issue of statehood. He even expressed the regret that the independence of Poland could hinder the Czech and Slovak state to have a borderline with Russia, which, according to T. G. Masaryk could be a significant factor, guaranteeing the Czech and Slovak statehood. He envisioned the future of the East Europe as three states, created on the basis of Slavonic nations. According to T. G. Masaryk, unions of Russian–Polish, Serbian–Croatian–Slovenian and Czech–Slovak nations could serve as the basis of building states.⁴¹

Analysis of the development of T. G. Masaryk's position on the statehood and its comparison to the position of M. Romeris reveals certain similarities. As the war progressed, positions of M. Romeris developed and changed in a way similar to that of T. G. Masaryk's. It should be noted that such "federative romanticism", which was also typical of M. Romeris, who considered the federative perspectives of the Lithuanian – Polish union, was dissolved by national aspirations of Lithuanians and Poles. Before the beginning of war the issue of the statehood of Poland and Lithuania was more of a matter for historical romanticism than a real possibility. In *Lithuania (Litwa: Studyum o odrodzenia narodu litevskego (1908))* mentioned above, and his publication *Ethnographic and cultural relations in Lithuania (Stosunki etnograficzno – kulturalne na Litwie (1906))*, M. Romeris, similarly to T. G. Masaryk's *The Czech Issue*, the topic of the nation rather than that of the statehood was dominant. He spoke on statehood only within the context of assumptions and hypothetically considered that the ethnographic boundaries of the Lithuanian nation could be the basis for creation of the state.⁴² There was a time period, when M. Romeris (similarly to T. G. Masaryk whose ideas developed in the context of federalism and pan-slavism) participated in the "countrymen's" movement, which, according to Professor M. Maksimaitis "did not categorically reject the idea of a union of Lithuania and Poland and possibilities for it becoming a reality. However, they only considered as acceptable such a union, which would be created on the grounds of parity to both partners."⁴³ That was not only the situation in Europe, since as T. G. Masaryk was visiting the United States of America and participating in meetings of small nations of Eastern Europe, it was Poles and Lithuanians (represented by dr. Šliupas) who were tough as regards the prospects of a federal Eastern Europe.⁴⁴

"Problems of a small nation are problems of Czechs" – wrote T. G. Masaryk⁴⁵. Therefore for a long time the issues of cultural self-expression of a "small nation", democracy, social justice and equality of nations, rather than political independence

⁴¹ Soubigou, A. *Tomáš Garrigue Masaryk*. Praha, 2004, p. 187.

⁴² Maksimaitis, M. *Mykolas Romeris – Lietuvos sūnus*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 51.

⁴³ Maksimaitis, M. *Mykolas Romeris – Lietuvos sūnus*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 56.

⁴⁴ Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 298–300.

⁴⁵ Masaryk, T. G. *Problém malého národa*. Praha, 1990, p. 67.

were dominating in the works and worldview of T. G. Masaryk.⁴⁶ Even later, in its celebratory speech on the occasion of the tenth anniversary of statehood of Czechoslovakia, T. G. Masaryk, then being the President of the country, remained a true philosopher by stating two contradictory thoughts in the same speech. “The state is not the final and most important of human endeavor, but rather the only way to ensure a moral and intellectual existence of the society” – he spoke⁴⁷. Being a representative of a small nation T. G. Masaryk rather categorically rejected the ideology of liberalism and its values as “distantly social, not serving the whole nation, and simply outdated.”⁴⁸ However, it should be mentioned that the “revolution”, which occurred in 1917 in Russia, also failed to captivate T. G. Masaryk by its “social agenda”. Being a supporter of national emancipation and social justice, he did not approve of the utopian concept of equality, stating that “the law can provide for equal rights, but not equivalence”.⁴⁹

Therefore the statehood of Lithuania and Czechoslovakia as a goal and a value took root in the worldview of M. Romeris and T. G. Masaryk gradually, but very firmly. This understanding eventually became a conceptually perceived integral part of their philosophical, political and legal worldview.

Constitution and the framework of state government institutions. Such terms as “Constitution”, “constitutionalism”, “rule of law”, and “democracy” were very popular in the doctrine of the end of the 19th – beginning of the 20th century. However, notwithstanding the popularity of the said terms, revealing them in legal writings was complicated and, as stated by R. Hain, even “illusory” and “vague”.⁵⁰ The value of constitution at that time mostly lay in its ability to curb authoritarianism. Therefore the issue, dominating in theory, was related to the fact of existence of the constitution, whereas the issue of content and quality of the constitution was not yet a widely discussed theoretical topic. According to R. Hain the topic of protection of constitution and constitutional justice was “completely forgotten by an entire generation of law experts.”⁵¹ Even in the famous K. Čapek’s (*Karel Čapek*) *Discussions with T. G. Masaryk* little attention is paid to the mechanism of the state and the constitution. Indeed, in those discussions T. G. Masaryk reveals himself as a very significant philosopher knowledgeable in the descent, goals and principles of operation of the state. However, it is obvious that constitution and the mechanism of framework of state institutions are not in the centre of attention, since, according to T. G. Masaryk, those are only specific “issues of law”. Speaking of constitution he said that it was elaborated “hastily,

⁴⁶ Pavelka, M. “T. G. M. a český liberalismus”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 120.

⁴⁷ Masaryk, T. G. Speech by President Masaryk on the Tenth Anniversary of Czechoslovak Independence, October 28, 1928 [interactive]. *Virtual Archive of Central European History* [viewed 10-01-2009]. <http://ecommons.library.cornell.edu/bitstream/1813/1495/1/Masaryk_Speech_1928.pdf>

⁴⁸ Masaryk, T. G. *Naše nynější krize*. Praha, 1948, p. 274.

⁴⁹ Broklová, E. “Masarykova sociálně etická dimenze demokracie”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 191.

⁵⁰ Hain, R. *Teorie státu a státní právo v myšlení T. G. Masaryka*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2006, p. 70.

⁵¹ Hain, R. *Teorie státu a státní právo v myšlení T. G. Masaryka*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2006, p. 79.

therefore it contains a good deal of ambiguities and even errors.”⁵² If T. G. Masaryk’s political experience or his philosophical worldview could be the source of what’s referred to as “errors”, then his thoughts on the “ambiguity” of the constitution give reasons to agree with R. Hain, who, when analyzing T. G. Masaryk’s views on constitution and the rule of law, stated that T. G. Masaryk “was no a constitution theoretician.”⁵³ M. Romeris, on the other hand, first and foremost was a true constitutionalist, and only then a sociologist, historian and philosopher. To him constitution was not just law, but rather means to protect law, which was the issue of securing the will of the nation. Therefore, the content of the constitution and the mechanism of its security are at the heart of the rule of law, which was a very important subject for M. Romeris to look into. That is why M. Romeris dedicated such a great deal of attention to this topic. Not only did he reveal the importance of constitutional justice in his works but he also analyzed the principles of activities of the constitutional court as an integral institution of state governance.

However, when emphasizing the role of democracy as a tool of decisions of social morality T. G. Masaryk did not give too much prominence to the importance of institutional guarantees of democracy.⁵⁴ On the other hand he never denied and has recognized the need for separation of powers as a guarantee of democracy.⁵⁵ One could state that while solving issues of the concept of democracy T. G. Masaryk preferred the philosophical method. First and foremost being a philosopher, T. G. Masaryk had to envision and did envision the most abstract goal – the state framework, based on humanistic democracy and social justice.⁵⁶ According to historian N. Davies, such viewpoint of T. G. Masaryk, based on the concepts of democracy and humanism, was strongly influenced by the theoretical and practical heritage of J. Comenius (*Jan Amos Komenský – Comenius*).⁵⁷ In his philosophy one may observe the methodologies and means leading to the goal, though they are less clear compared to the works of M. Romeris.

It has already been mentioned that T. G. Masaryk’s democracy is a system aiming at humanistic goals,⁵⁸ whereas the methodology and institutional measures for reaching the said goals were viewed only as tools. “In order to have a democratic republic it is not enough to replace a monarch with a president, we need to have a society with a modern view of life and the world, since democracy stems from the attitude” – wrote

⁵² Masaryk, T. G. Speech by President Masaryk on the Tenth Anniversary of Czechoslovak Independence, October 28, 1928 [interactive]. *Virtual Archive of Central European History* [viewed 10-01-2009]. <http://ecommons.library.cornell.edu/bitstream/1813/1495/1/Masaryk_Speech_1928.pdf>

⁵³ Hain, R. *Teorie státu a státní právo v myšlení T. G. Masaryka*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2006, p. 69.

⁵⁴ Broklová, E. “Masarykova sociální etická dimenze demokracie”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 190.

⁵⁵ Masaryk, T. G. *Moderní demokracie. Masarykova práce*. Praha: Státní nakladatelství v Praze, 1930, p. 293.

⁵⁶ Šimská, J. “Masarykova koncepce humanitní demokracie”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 276–278.

⁵⁷ Davies, N. *Europa: Istorija*. Vilnius: Vaga, 2002, p. 615.

⁵⁸ Urfus, V. “Georg Jellinek a Masaryk. Názory státopěvce a autora České otázky na úlohu reformace v dějinném vývoji”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 312–313.

T. G. Masaryk.⁵⁹ Speaking of the relation between the constitution and democracy, T. G. Masaryk stated that “Democracy is not only the form of the state, it is not only what is written in the constitution; democracy is a view towards life.”⁶⁰ Therefore, when speaking on the possibilities of democracy T. G. Masaryk stressed the problem of maturity of the society. In modern terms T. G. Masaryk was interested in the issue of maturity of the “civic society” and its readiness for democracy. Whereas M. Romeris, was a follower of legal positivism, close to philosophy of law, and dedicated particular attention to the institutional guarantees of the rule of law. In terms of the said aspect both M. Romeris and T. G. Masaryk are close to their positions as regards the common goal – merits of “the rule of law” and “democracy”.

It should also be noted that T. G. Masaryk’s position does not mean the irrationality of his understanding of the political and legal system of the state. He was not just a philosopher, he was also a member of parliament of Austro-Hungarian Empire, and after the war, in 1918, 1920, 1927 and 1934, he was elected the President of the Republic of Czechoslovakia. Thus, he had the possibility to check his philosophical views in a real legal and political environment. As stated by V. Houška (*Vítězslav Houška*), “T. G. Masaryk’s humanistic idea was not a manifestation of his political naivety.”⁶¹ When writing about the democratic and humanistic nature of the state T. G. Masaryk more than once emphasized that humanism is neither sentimentalism, nor pacifism.⁶² On the contrary, T. G. Masaryk, notwithstanding his philosophical worldview, did not deny that life of the society can and must be arranged on the basis of legal principles.⁶³ However, he recognized that the positive law, being the “moral minimum” only helps to strive for the “ethical maximum”. “The ethical principle can be neither formal, nor eternal” – wrote T. G. Masaryk.⁶⁴ He did not doubt that the “ethical minimum”, i.e. the law, is what takes a country to ideal, i.e. the “moral maximum”.⁶⁵

When revealing the contents of democracy T. G. Masaryk succeeded in matching the ideas that “democracy is a discussion” and that “democracy needs a leader, not a lady”.⁶⁶ When speaking of democracy and the need to manage it T. G. Masaryk’s worldview was similar to that of Plato (one of his most beloved and respected philosophers), which was later reiterated by Voltaire and a number of other philosophers. The ideal is an educated ruler, but not a dictator. In K. Čapek’s *Discussions* T. G. Masaryk clearly recognizes that when elaborating the constitution he “also made attempts to ensure competence of the authority, and therefore we have a combined parliamentary power and professionals, *permanent* (highlighted by T. G. M.) high-level

⁵⁹ Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 542.

⁶⁰ Čapek, K. *Paňkesiai su T. G. Masaryku*. Vilnius: Amžius, 1994, p. 259.

⁶¹ Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007, p. 25.

⁶² Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 557–559.

⁶³ Musil, J. “Východiska Masarykovy České otázky – možnost nové interpretace”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 317.

⁶⁴ Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 560.

⁶⁵ Hain, R. *Teorie státu a státní právo v myšlení T. G. Masaryka*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2006, p. 87.

⁶⁶ Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007, p. 36, 42.

officials (Švehla, Beneš and others).⁶⁷ It is obvious that such a philosophy should have some critics in the modern tradition of democracy. Therefore, some researchers of even the first Republic of Czechoslovakia, who do not have too much sympathy for T. G. Masaryk, note that even this state had certain “authoritarian potential”.⁶⁸ Certain historians of law recognize the development of the Czech constitutionalism as “controversial”.⁶⁹ However, it should be noted that in no ways the aforementioned “authoritarianism”, if there are any grounds to discuss it, matched the totalitarian and authoritarian regimes, existing in Europe during the interim period. Even the non-democratic authoritarian regimes, which set root in the Baltic States in the middle of the third decade of the 20th century, were tougher than the “trends”, noted by the critics of T. G. Masaryk’s leadership methods. Nevertheless the interim Czechoslovakia was a state with a democratic political regime. During the entire interim period Czechoslovakia remained a democratic state, retaining true traditions of parliamentarianism.⁷⁰ It should be noted that when T. G. Masaryk became the head of the state, i.e. the president of the Republic of Czechoslovakia, he remained loyal to the ideas of democracy and humanism and he never refused them, never attempted to deny their utmost importance, he followed the principles, which undoubtedly are an important ground for democracy. Although T. G. Masaryk admired Plato’s philosophy, nevertheless, as stated by K. Popper (*Karl Raimund Popper*), T. G. Masaryk “was not a leader that Plato would like, since he was a democrat.”⁷¹ An obvious example is provided by the following: when speaking on the freedom of self-expression and the possibility to criticize the state machinery and its individual members T. G. Masaryk proved to be an individual, who has deeply perceived the principles of democracy. He noted that “the right to criticism, in terms of its content, is a right of political initiative.”⁷²

Some aspects of the worldview of T. G. Masaryk explain perfectly well most of his actions as the President of Czechoslovakia and his concepts as a theoretician. It is natural that perceiving the positive law as the “moral minimum”, he did not pay too much attention to the ways of achieving and implementing such a minimum, even if only in a formally. This position is what distances T. G. Masaryk, at least in his philosophy, from the theory of legal positivism.⁷³ In this respect M. Romeris’s views, more obviously reflecting the significance of legal positivism to the state, were closer to the views of H. Kelsen or G. Jellinek, rather than to those of T. G. Masaryk. Although M. Romeris was not always in conflict with H. Kelsen’s ideas, especially

⁶⁷ Čapek, K. *Pašnekesiai su T. G. Masaryku*. Vilnius: Amžius, 1994, p. 150.

⁶⁸ Broklová, E. “Masarykova sociálně etická dimenze demokracie”. In *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997, p. 188.

⁶⁹ Hendrych, D. *Constitutionalism in the Czech Republic. The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post – Communist countries*. England: Aldershot, 1999, p. 16.

⁷⁰ Hughes, S. H. *Contemporary Europe: A History*. New Jersey: Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1981, p. 173.

⁷¹ Popper, K. R. *Atviroji visuomenė ir jos prieštai*. Vilnius: prada, 1998, p. 717.

⁷² Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 547.

⁷³ Hain, R. *Teorie státu a státní právo v myšlení T. G. Masaryka*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2006, p. 85.

taking into consideration his doubts in H. Kelsen's attempts to "ground the primacy of the international law",⁷⁴ M. Romeris's and H. Kelsen's views were closer in thinking about law as a strictly defined system and purifying functions of the institutions of the state.

It is becoming obvious that in their theories T. G. Masaryk, first and foremost being a philosopher, and M. Romeris, first and foremost being a lawyer, emphasize seemingly different things. When analyzing the terminology, dominating the works of T. G. Masaryk and M. Romeris, one can observe certain conceptual differences. T. G. Masaryk, when speaking of *a democratic and humanistic state* and M. Romeris, when stressing the values of the *rule of law*, in essence speak of the same thing, i.e. the ideal state. However, T. G. Masaryk's "moral minimum" in M. Romeris's works is that value, which can be actually reached in the real – institutional way in its positive form. That is why in M. Romeris's works one can see a particularly strong conceptual focus on constitution, the hierarchy of legal acts as well as the issues of supremacy of constitution, constitutional justice, separation of powers, the judiciary and parliamentarianism. It is no coincidence that in his *Lectures on the Lithuanian Constitutional Law* M. Romeris points out a significant "element of discipline" of the legislative power in the constitutional norms,⁷⁵ i.e. a formal element of the mechanism of checks and balances, necessary for democracy. On the other hand T. G. Masaryk's attention to the "ethical maximum" leaves out a whole range of conceptual – practical issues as regards the ways of reaching both the "ethical maximum" and also the "moral minimum". It is a paradox, but the development of democracy in Europe of those days showed that in most cases it was very difficult to reach T. G. Masaryk's "moral minimum", save for the possibilities to reach an ideal state created following any concept. The political regimes in existence in the Baltic States, Poland, Hungary, Romania, Bulgaria, the Soviet Union, Italy, Spain and Germany during the interim period could not possibly be called "democratic". The said countries had a lot of problems even with the concept of the "moral minimum" – law, stability and practical issues. Summarizing all of the above one could state that M. Romeris's academic attention to T. G. Masaryk's "ethical minimum" – law, is as much valuable as T. G. Masaryk's attempts to reveal the content of the "moral maximum". Those are theories which are not confronting, but rather supplementing each other and showing how important it is for a theoretical abstract idea to have a conceptual legal form.

When visiting the United States of America, France, the United Kingdom and Italy T. G. Masaryk had a possibility to get familiarized with the governance forms of these states. Comparing state governance forms of the United States of America, Switzerland and France T. G. Masaryk thought that not a presidential or parliamentary, but rather a mixed governance form would be most suitable for Czechoslovakia.⁷⁶ However, the Constitution of Czechoslovakia of 1920 consolidated the parliamentary

⁷⁴ Römeris, M. *Valstybė ir jos konstitucinė teisė. Konstitucinės institucijos. I tomas. Suverenitetas*. Vilnius: Pradai, 1995, p. 224–226.

⁷⁵ Römeris, M. *Lietuvos konstitucinės teisės paskaitos*. D.1. Kaunas, 1937, p. 105.

⁷⁶ Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 557.

governance at least on the *de jure* level.⁷⁷ In long debates with regard to the content of the Constitution the parliamentary governance model was selected while everybody was fully aware of the fact that the undisputed authority, i.e. T. G. Masaryk was to become the president of the country. E. Broklová, when analyzing the content of constitutional debates, notes that the choice of parliamentary form of government resulted from the fact that “the Constitution was elaborated not for T. G. Masaryk, but rather for his successor.”⁷⁸ “Czechoslovakia’s political system, based on the Constitution of 1920, looked as if was transplanted from France, yet it was much more stable and nevertheless also close to the idea of the ‘governed democracy’” – says S. P. Wandycz.⁷⁹ Looking from a historical retrospective, the mentioned stability of the political system and “governed democracy” should be related not to the Constitution, but to the authority of the long-time president T. G. Masaryk. Without giving the president wide *de jure* authority Czechoslovakia sought to eliminate potential threats of authoritarianism, which at that time were related not to the personality of T. G. Masaryk, but to vagueness of the future.

It does not raise any doubts that during the interim period Czechoslovakia had one of the most progressive constitutions in Europe.⁸⁰ The Constitution was adopted in 1920 and its content reflected most conceptual achievements of the constitutional doctrine of the period. The Constitution consisted of the preamble and six chapters, 134 articles in total.⁸¹ The very initial articles established the institution of the Constitutional Court, which was one of the first (the very first was established in the Republic of Austria) in entire Europe. It was the Constitutional Court which had the function to check the constitutionality of legal acts.⁸² The Constitution established the principle of sovereignty of the entire nation and system of checks and balances, two chambers of parliament, the executive authority, which included the President and the Government and the system of independent courts. An entire chapter of the Constitution was dedicated to the regulation of human rights and freedoms. In the said chapter one may find a sufficiently comprehensive (even from today’s perspective) system of human rights and freedoms. The said chapter consolidated the principle of equality of people, inviolability of property, the right to freely leave the country, the freedom of speech and thought, the freedom of press, meetings and associations. The freedom of conscience and beliefs was also consolidated. The Constitution does not single out any religion by establishing that all religions are equal before the law. When establishing the responsibilities, the Constitution specifies only one, i.e. “to obey the call to defend the state”. A separate chapter of the constitution is dedicated to ensuring

⁷⁷ Soubigou, A. *Tomáš Garrigue Masaryk*. Praha, 2004, p. 236–241.

⁷⁸ Broklová, E. *Prezident Republiky československé: Instituce a osobnost T. G. Masaryka*. Praha, 2001, p. 15.

⁷⁹ Wandycz, P. S. *Laisvės kaina*. Vilnius: Baltos lankos, 1997, p. 223.

⁸⁰ Mesonis, G. “Čekijos Respublikos konstitucinė sąranga”. *Konstitucinio reguliavimo įvairovė*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 184.

⁸¹ Grónský, J.; Hřebejk, J. *Dokumenty k ústavnímu vývoji Československa I*. Praha: Karolinum, 1997.

⁸² Mesonis, G. “Parlamentas Čekijos Respublikos konstitucinėje sąrangoje”. *Parlamentas ir valstybinės valdžios institucijų sąranga: Liber Amicorum Česlovui Juršėnui*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2008, p. 457.

the rights of national, religious and ethnical minorities. Even today, when analyzing Chapter V of the Constitution of the Republic of Czechoslovakia of 1920, i.e. “Rights, Freedoms and Responsibilities” one might get the impression that this is a completely modern catalogue of rights and freedoms. It is not surprising that the constitution was not only a quantum leap in the history of Czechoslovakia’s law, but also became an example for the development of constitutionalism of the states of Eastern and Middle Europe (Lithuania, Poland, Romania and others).⁸³

Achievements in the philosophy of law and in the manifestation of positive law, however, does not guarantee success in the implementation of law and T. G. Masaryk also recognized this fact. “It is easy to write a nice constitution, but it is difficult to observe it accurately and consistently” – he wrote, upon becoming the president.⁸⁴ Therefore in the practice of constitutional legal relations, quite frequently only the huge authority of President T. G. Masaryk gave him *de facto* power to act in the areas where the Constitution “was silent”. Researchers note that being a democrat T. G. Masaryk was quite frequently “imprecise” as regards the issues of institutional procedures. When appointing ministers, in the appointment decree T. G. Masaryk enumerated what he expected from the new minister point-by-point. Not only there were no such presidential authorizations in the provisions of the Constitution of Czechoslovakia, moreover, researchers note that, such actions were “on the boundary of (non)constitutionality”. However, such aspects neither hindered the system of executive authorities from efficient activities, nor did they give raise to a constitutional crisis. It should be noted that the stability of activities and consistency of state government institutions was also determined by the fact that the evolutionary method of resolution of issues pertaining to the state as well as to other issues was prevalent in T. G. Masaryk’s philosophy. That is why T. G. Masaryk was critical of the ideas and methods of the Russian “revolution”.⁸⁵ “Revolution is harsh political primitivism” – he wrote. “Reformation and not a revolution” is a way out and the method.⁸⁶ The huge authority of a scholar and a politician and political moderation based on philosophy, as well as priority of evolutionary methods determined the fact that Czechoslovakia’s constitutional framework, with T. G. Masaryk as the president, was one of the most stable in Europe.

It has been already mentioned that the Constitution of Czechoslovakia of 1920 established the institution of the Constitutional Court, to which, as one might say now, classic constitutional control functions were assigned. The Constitution and the Law on the Constitutional Court, which was passed in the same year as the Constitution (*Zákon o ústavním soudě* [1920]), provided that the institution shall consist of seven judges. Three judges, as well as the Chairman of the Court were appointed by the President of the Republic. Two judges were appointed by the Supreme Court and the Supreme Administrative Court (*Nejvyšší soud a Nejvyšší správní soud*) each

⁸³ Mesonis, G. “Čekijos Respublikos konstitucinė sąranga”. *Konstitucinio reguliavimo įvairovė*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 185.

⁸⁴ Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925, p. 576.

⁸⁵ Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007, p. 42.

⁸⁶ Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007, p. 61.

respectively. Such was the positive manifestation of law. However, in the practice of legal relations, although Czechoslovakia attempted to follow the Austrian tradition, the Court, which commenced its activities in November 1921, acted as if being in the shadow of other branches of authority and in 1931 *de facto* ceased its activities. Upon the expiry of the terms of judges, President T. G. Masaryk just did not propose any new candidates, thus turning the institution into one which existed in *de jure* only.⁸⁷ One should probably not blame T. G. Masaryk for such a position in the context of the modern world. It is obvious that although the institution of the Constitutional Court was provided for in the Constitution of Czechoslovakia of 1920, the perception of significant importance of such an institution to the constitutional system, was not strong both in theory and within the society. When analyzing scientific texts and speeches of T. G. Masaryk, one may observe that he was an advocate of the doctrine of sovereignty of the parliament, therefore he was most likely skeptical of the idea that some institution could abolish legal acts, adopted by an institution, representing the sovereign, i.e. the nation. More than once he has expressed a strong position that “the parliament, elected by the people is the source of the overall authority in the country.”⁸⁸ As regards this aspect, T. G. Masaryk’s position is closer to that of M. Romeris’s, who was also rather skeptical of the possibility of courts to abolish acts, adopted by the parliament. However, differently from T. G. Masaryk, M. Romeris “did not stop” with the said position, but, by analyzing the aspects of the state ruled by law, provided conceptual basis for such statements and changed the opinion. Such change resulted from the understanding that the Constitution is also an act, adopted by the nation, i.e. the sovereign, which not only grants rights to the parliament or another institution but also restricts their rights and therefore, according to M. Romeris, the constitutional control should be perceived not as a restriction of powers of an institution, representing the sovereign, but as the guarantee of the values, protected by the Constitution, adopted as the will of the nation. That is why M. Romeris, when analyzing the basics of democratic political regimes, dedicated a good deal of attention to “the problem of security of the constitutional structure.”⁸⁹ M. Romeris’s work “At the Borderlines of Constitutional Law and Law of Courts” obviously illustrates his conceptual perception of the philosophy of law as well as the content of a state ruled by law and the need of constitutional justice for a democratic state.

Article 3 of the Constitution of the Republic of Lithuania of 1922 established that “No law, contrary to the Constitution shall be in effect in the Republic of Lithuania.” The same provision is also found in Constitutions of 1928 and 1938. However, it is true to say that such provisions were only formal, since the Constitution of 1922 did not envisage an appropriate mechanism and in the case of the constitutions, adopted after 1926, not only no institution or mechanism, ensuring constitutionality was in

⁸⁷ Gronský, J. *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa I. 1914–1945*. Praha: Karolinum, 2005, p. 72–73, 149.

⁸⁸ Masaryk, T. G. Speech by President Masaryk on the Tenth Anniversary of Czechoslovak Independence, October 28, 1928 [interactive]. *Virtual Archive of Central European History* [viewed 2009-01-10]. <http://ecommons.library.cornell.edu/bitstream/1813/1495/1/Masaryk_Speech_1928.pdf>

⁸⁹ Römeris, M. *Valstybė ir jos konstitucinė teisė. Konstitucinės institucijos. I tomas. Suverenitetas*. Vilnius: Pradai, 1995, p. 193–197.

place, but the constitutions themselves were adopted and were in operation in an environment of a non-democratic political regime. M. Romeris perfectly understood the problems of such constitutional regulation, which required the constitutionality of law but did not provide mechanisms to assure constitutionality, therefore in his scientific works he emphasized the importance of establishing a special institution of constitutional control, i.e. a constitutional court and its significance for the rule of law.

However, the experience of constitutional regulation in the pre-war Czechoslovakia shows that the formal mechanism of control (as it has been mentioned, Czechoslovakia had a constitutional institution, i.e. the Constitutional Court) did not create a genuine system of the constitutional control. The doctrine, the society and the state government institutions were not ready to perceive and accept this legal reality. M. Romeris became an advocate of constitutional control and of an independent institution – a constitutional court whose activities he related to characteristics of a state ruled by law. However, he also understood that Lithuania was not ready to accept such a novelty.⁹⁰ Although, when preparing the Constitution of the Republic of Lithuania of 1938, its draft, following the Austrian and “Czechoslovakian example”, contained plans to establish a constitutional court, they remained on paper only.⁹¹ The fact that the institution was perceived as a part of the constitutional framework at least in the draft of the Constitution is, without any doubt, a merit of M. Romeris’s doctrine. However, it is also obvious that M. Romeris’s skepticism as regards quick prospects of having a constitutional court was well-grounded, since it can be related to the change of political regime in Lithuania in 1926, the weak tradition of the legal-philosophical thinking, and to low level of legal consciousness in the society.

M. Romeris “was inclined to define the rule of law as the state where the law dominates, a state which first and foremost takes care of the protection of personal rights against the authority of the state which does not have a legal basis.”⁹², whereas to T. G. Masaryk the principle of justice seems to be “less important” than his moral maximums.⁹³ On the other hand T. G. Masaryk’s ethics is close to “rational legitimacy”, since the legislator, in legal norms it adopts, must “reflect the experience of life.”⁹⁴ From this perspective T. G. Masaryk’s position is close to M. Romeris’s perception that theoretical aspirations are unavoidably limited by social-intellectual reality of the society.

Professor M. Maksimaitis notes that M. Romeris perceived the human rights, catalogued in constitutions only as the primary ones, i.e. “a man’s freedom gives him the right to do not only the things, defined in the catalogue, but also lots of other things.”⁹⁵ Therefore M. Romeris, as well as T. G. Masaryk, cared for the rights of

⁹⁰ Maksimaitis, M. *Mykolas Römeris – Lietuvos sūnus*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 139–140.

⁹¹ Maksimaitis, M. *Lietuvos valstybės konstitucijų istorija*. Vilnius: Justitia, 2005, p. 265–267.

⁹² Miliauskaitė, K. “Mykolo Romerio teisinės valstybės modelis vakarų Europos teisinės valstybės koncepcijos kontekste”. *Jurisprudencija*. 2005, 64 (56): 37.

⁹³ Hain, R. *Teorie státu a státní právo v myšlení T. G. Masaryka*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2006, p. 85.

⁹⁴ Hain, R. *Teorie státu a státní právo v myšlení T. G. Masaryka*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2006, p. 87.

⁹⁵ Maksimaitis, M. *Lietuvos valstybės konstitucijų istorija*. Vilnius: Justitia, 2005. p. 129–130.

a person and that gives reasons to believe that M. Romeris's institutional concept of the framework of authority is based not only on the law, but also on philosophy. Thus M. Romeris's position that "those in power may use certain discretionary powers within the limits of their competence" clearly illustrates his perception of a constitution not as a legal act, restricting power, but also as an act, reflecting the will of the nation as the sovereign.⁹⁶ Therefore from this perspective M. Romeris's logical concept of the framework of the state, structured in the form of the positive law, does not deny his attention to the social context of law,⁹⁷ which is very similar to T. G. Masaryk's view.

To M. Romeris constitutional justice is not a self-purposeful way of ensuring constitutional supremacy and hierarchy of legal acts, but a system, which can guarantee personal rights and freedoms. T. G. Masaryk's democratic and humanistic state strives for the same goals: to be socially just and humane to a person, i.e. to respect a person's rights and freedoms. The spirit of democracy is more important than its form – T. G. Masaryk⁹⁸ thought, whereas M. Romeris dedicated an especial attention to the aspects of form. The attention to "the theoretical and practical issues of supremacy of law, i.e. promotion and analysis of the state ruled by law, starts with the declaration of supremacy of the law and finishes with the development of a legal mechanism for ensuring such supremacy"⁹⁹ was conceptually based on M. Romeris's conceptual perception of the rule of law.

Therefore, T. G. Masaryk and M. Romeris left us an enormous scientific heritage. However, is it still relevant today? And why is it relevant to us in development of the modern state and society? Such relevance, first and foremost, manifests in the fact that the goal of both scholars – T. G. Masaryk and M. Romeris was the ideal, i.e. democratic rule of law and the said goal and values are still relevant to us in the modern times. On the other hand, the conceptual aspects of the positions of M. Romeris and T. G. Masaryk and their comparison can undoubtedly be relevant in the modern perception of the existence of the state. In the modern life of our state, and not our state alone, we can quite often notice attempts to juxtapose the concepts of *constitution* and *democracy*, *the rule of law* on the basis of subjectively perceived slogans of "democracy" or "real national (or public) interest". We can observe clear disrespect for the constitution and the law and see how when such disrespect is disguised as a real expression of the public spirit or democracy. M. Romeris's doctrine is relevant in this context, since it is methodological in the aspect of perception of the value of the law. It supplements the concept of democracy of T. G. Masaryk, since it logically grounds the *aspect of oneness of constitutionalism and democracy*. Whereas T. G. Masaryk, in his works proves the value of democracy, M. Romeris, in his entire theory helps us to understand the most important principles of democratic-legal framework of the state, by stating that democracy is a value, but it can be materialized

⁹⁶ Römeris, M. *Konstitucinės ir teismo teisės pasieniuose*. Kaunas, 1931, p. 20–21.

⁹⁷ Maksimaitis, M. *Mykolas Römeris – Lietuvos sūnus*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006, p. 37.

⁹⁸ Soubigous, A. *Tomáš Garrigue Masaryk*. Praha, 2004, p. 247.

⁹⁹ Miliauskaitė, K. "Mykolo Romerio teisinės valstybės modelis vakarų Europos teisinės valstybės koncepcijos kontekste". *Jurisprudencija*. 2005, 64 (56): 37.

only in the statement of will of the nation, i.e. the constitution. Therefore respect for the constitution and observance of legal provisions are the pure civic spirit and democracy, as well as the basis for theories of democracy to become everyday reality of the state and the society.

CONCLUSIONS

T. G. Masaryk and M. Romeris are, without any doubt, prominent and history-making figures. The development of the Czech nation and the state of Czechoslovakia would be difficult to imagine without T. G. Masaryk's philosophical view of the man, the nation, the state, his political activities and the development of law and politics of the interim Lithuania would be difficult to understand without M. Romeris's scientific heritage. Those are the personalities, who left behind themselves a significant heritage in terms of their scientific, political and social activities.

M. Romeris and T. G. Masaryk are first and foremost related by pure intellectual affinity. They were the most lucid and radiant minds of Europe not only because they both received the best education in terms of its scope and content, but also since they succeeded to utilize their knowledge for enriching science and intellectual heritage of their nations. Both M. Romeris's and T. G. Masaryk's academic heritage is so vast in terms of its scope and the diversity of its content, that studies of their heritage are still relevant both in the Czech Republic and in Lithuania.

Although M. Romeris's studies were based on legal research and T. G. Masaryk's on philosophy, they both are, without any doubt, personalities of a broader worldview, intellectuals of social and humane sciences. Sociology, history and politics interested them as much as the primary subjects of their studies, i.e. law and philosophy. The cornerstones of T. G. Masaryk's and M. Romeris's worldview were the destiny and well-being of their nations, therefore the issues of social justice were particularly important in both T. G. Masaryk's and M. Romeris's worldview since they are related not only to a specific person, but rather to the issues of equality and social well-being of the entire nation.

M. Romeris and T. G. Masaryk had very similar views on the conception of the national state. Both related the well-being of the state and the prospects of peace -and successful development to the concept of a civic rather than an ethnic nation. A Czechoslovak meant a Czech, Slovak, German, Pole, etc., living in Czechoslovakia. The Lithuanian nation is Lithuanians, Poles, Germans, Jews, etc., living in Lithuania. It is the concept of a civic nation in T. G. Masaryk's and M. Romeris's worldview which gives us the possibilities to recognize them as progressive figures of philosophical worldview, rejecting the idea of the national (in terms of ethnicity) state, which was popular and even dominant at the end of the 19th – beginning of the 20th century.

T. G. Masaryk recognized and respected the importance of law in life of the nation and the state. Being the head of state for a long period, he succeeded in preserving the principles of democracy and respect for the Constitution. It was the Czechoslovakia, led by T. G. Masaryk, which was recognized as nearly the only democratic state in that

region of Europe. However, T. G. Masaryk saw the law only as the “moral minimum”, which is important, since it can protect the nation against total anarchy. T. G. Masaryk perceived the “mechanics” of law as just a means in the efforts to achieve a more important goal, i.e. to develop a democratic state and humanistic society. That is why in T. G. Masaryk’s works the legal framework of the state, its specificities, challenges and problems receive less attention than the analysis of philosophical and value driven principles he talks about in search of prospects for genesis and development of the nation and the state.

M. Romeris related success of democracy to the principles of the rule of law, therefore the philosophical and positivistic aspects of organization of law, activities of legal institutions, distribution of powers and the mechanism of checks and balances were important subjects in his research. That is why M. Romeris’s scientific works deal not only with the philosophical issues of prospects of development of the state, i.e. democracy and political independence, but also thoroughly examine legal institutes and institutions, without progressive activities of which no democracy and statehood could be reached.

Thus the final target of cognition within T. G. Masaryk’s philosophical worldview was related to the philosophical foundations of the concept of a democratic state. M. Romeris, upon defining the goal, i.e. a state ruled by law, selected not only the ideal itself, but also the technique, needed in order to reach the goal and subjected them to his analysis. It was that circumstance that determined that T. G. Masaryk’s and M. Romeris’s scientific heritage is significant and should be regarded in more than one area or field of science.

The heritage of doctrines of both scholars is significant not only because they were the first in Lithuania and Czechoslovakia as regards most conceptual philosophical and legal issues, but also because this heritage has not lost its content and the relevance of its arguments in our times. The issues of democracy, humanistic civic society, the rule of law, constitutional foundations for the development of the state have not lost their academic and political relevance today and therefore M. Romeris’s and T. G. Masaryk’s intellectual heritage, their attitudes and logic, deriving from their worldview, are this conceptual reality, which provides us with a firm foundation for further scientific activities.

REFERENCES

1. Bačkis, A. S. *Lietuvos ir Šventojo sosto konkordatas*. LKMA, 2007.
2. Broklová, E. “Masarykova sociálně etická dimenze demokracie”. *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
3. Čapek, K. *Pašnekesiai su T. G. Masaryku*. Vilnius: Amžius, 1994.
4. Davies, N. *Europa: Istorija*. Vilnius: Vaga, 2002.
5. Garver, B. “T. G. Masaryk and America”. *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
6. Gronský, J., Hřebejk, J. *Dokumenty k ústavnímu vývoji Československa I*. Praha: Karolinum, 1997.
7. Gronský, J. *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa I. 1914–1945*. Praha: Karolinum, 2005.

8. Hain, R. *Teorie státu a státní právo v myšlení T. G. Masaryka*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2006.
9. Hendrych, D. *Constitutionalism in the Czech Republic. The Rule of Law in Central Europe. The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post – Communist countries*. England: Aldershot, 1999.
10. Houška, V. *T. G. Masaryk myslitel a státník*. Karviná – Mizerov: nakladatelství PARIS, 2007.
11. Houška, V. *T. G. Masaryk známý i neznámý*. Praha: Riopress Česká expedice, 2005.
12. Hughes, S. H. *Contemporary Europe: A History*. New Jersey: Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1981.
13. Kárník, Z. *České země v éře první republiky (1918–1938)*. Praha, 2003.
14. Karola, J. E. “Ruský aspekt v Masarykově koncepci České otázky”. *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
15. Kiliyas, J. “Co je ‘malý národ’? Pokus o interpretaci pojmu”. *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
16. Maksimaitis, M. *Mykolas Römeris – Lietuvos sūnus*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006.
17. Maksimaitis, M. *Lietuvos valstybės konstitucijų istorija*. Vilnius: Justitia, 2005.
18. Malý, R. “T. G. Masaryk a jeho vztah ke katolicizmu”. *T. G. Masaryk ve třech stoletích*. Brno: L. MAREK, 2001.
19. Masaryk, T. G. *Česká otázka*. Praha: Melantrich, 1969.
20. Masaryk, T. G. *Moderní demokracie. Masarykova práce*. Praha: Státní nakladatelství v Praze, 1930.
21. Masaryk, T. G. *Naše nynější krize*. Praha, 1948.
22. Masaryk, T. G. *Problém malého národa*. Praha, 1990.
23. Masaryk, T. G. Speech by President Masaryk on the Tenth Anniversary of Czechoslovak Independence, October 28, 1928 [interactive]. *Virtual Archive of Central European History* [viewed 2009-01-10]. <http://ecommons.library.cornell.edu/bitstream/1813/1495/1/Masaryk_Speech_1928.pdf>
24. Masaryk, T. G. *Světová revoluce za války a ve válce 1914–1918: vzpomíná a uvažuje T. G. Masaryk*. Praha: Orbis a čin, 1925.
25. Mesonis, G. “Čekijos Respublikos konstitucinė sąranga”. *Konstitucinio reguliavimo įvairovė*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2006.
26. Mesonis, G. “Parlamentas Čekijos Respublikos konstitucinėje sąrangoje”. *Parlamentas ir valstybinės valdžios institucijų sąranga: Liber Amicorum Česlovui Juršėnui*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2008.
27. Miliauskaitė, K. “Mykolo Romerio teisinės valstybės modelis vakarų Europos teisinės valstybės koncepcijos kontekste”. *Jurisprudencija*. 2005, 64 (56): 37.
28. Mykolo “Römerio autobiografija”. *Lietuvių atgimimo istorijos studijos*. T.13. Vilnius, 1996.
29. Motieka, E. “Lietuvos pilietinės visuomenės modelis M. Römerio veikale ‘Lietuva. Studija apie lietuvių tautos atgimimą’”. *M. Römerio mokslas apie valstybę*. Vilnius, 1997.
30. Musil, J. “Východiska Masarykovy České otázky – možnost nové interpretace”. *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
31. Popper, K. R. *Atviroji visuomenė ir jos priešai*. Vilnius: pradaí, 1998.
32. Ort, A. “T. G. Masaryk – jeden z českých Evropanů”. *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
33. Pavelka, M. “T. G. M. a český liberalismus”. *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
34. Pichlík, K. “Masaryk a Rusko za první světové války”. *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
35. Römeris, M. *Konstitucinės ir teismo teisės pasieniuose*. Kaunas, 1931.
36. Römeris, M. *Valstybė ir jos konstitucinė teisė. Konstitucinės institucijos. I tomas. Suverenitetas*. Vilnius: Pradaí, 1995.
37. Römeris, M. *Lietuvos konstitucinės teisės paskaitos*. D.1. Kaunas, 1937.
38. Rus, V. S. “Nation and (Modern) Theories of social identity”. *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.

39. Solak, Z. *Tarp Lenkijos ir Lietuvos. Mykolo Römerio gyvenimas ir veikla (1880-1920)*. Vilnius: Lietuvos istorijos institutas, 2008.
40. Soubigou, A. *Tomáš Garrigue Masaryk*. Praha, 2004.
41. Šimská, J. "Masarykova koncepcie humanitní demokracie". *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
42. Urfus, V. "Georg Jellinek a Masaryk. Názory státovědce a autora České otázky na úlohu reformace v dějinném vývoji". *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
43. Valenta, L. "Od humanity k demokracii". *1895–1995 Sto let Masarykovy České otázky*. Praha: Ústav T. G. Masaryka, 1997.
44. Wandycz, P. S. *Laisvės kaina*. Vilnius: Baltos lankos, 1997.
45. Znoj, M. "Realistické pojetí národa". *Na pozvání Masarykova ústavu*. Praha, 2005.

TOMÁŠ GARRIGUE MASARYK AND MYKOLAS RÖMERIS:
TWO FIGURES, TWO APPROACHES TO THE STATE AND THE CONSTITUTION

Summary

The article analyses similarities and differences of viewpoints of two prominent European scholars who lived and worked in beginning of the 20th century: Tomáš Garrigue Masaryk (1850–1937) and Mykolas Romeris (1880–1945).

First and foremost the article provides an analysis of personal, historical and geopolitical circumstances, which formed the viewpoints of T. G. Masaryk and M. Romeris. The article states that although the two scholars are different personalities with very different fates, they are similar in terms of lavishness, relevance and significance of their academic heritage to the societies of their time and today. Notwithstanding different positions of M. Romeris and T. G. Masaryk in state government institutions (T. G. Masaryk was the President of the Republic of Czechoslovakia) or in scientific institutions (M. Romeris was a Rector of Vytautas Magnus University), the article reveals that they, as professors and scholars, were constantly interested in similar problems and sought to better know the nation, state, history, constitutional framework and sovereignty.

The article also provides an analysis of viewpoints of T. G. Masaryk and M. Romeris towards the state as a result of creation of the nation, the concept of the rule of law, constitution and its content and prospects of development of the state. The article shows that M. Romeris's rule of law and T. G. Masaryk's democratic and humanistic state is the same ideal form of existence of the society, which both scholars sought to achieve with their activities and significant scientific heritage. The article is made relevant by showing that the objectives of a democratic state and the rule of law can not be contradictory, since the respect to the constitution, as an act of will of the nation, is the basis of a democratic state and civic society.

Key words: T. G. Masaryk, M. Romeris, Rule of Law, the Czech Republic, Czechoslovakia, Lithuania, Constitution, Democracy

TOMÁŠ GARRIGUE MASARYK A MYKOLAS RÖMERIS:
DVĚ OSOBNOSTI A DVA NÁZORY NA STÁT A ÚSTAVU

Shrnutí

T. G. Masaryk a M. Romeris jsou dvě významné historické osobnosti. Jako by bez Masarykova filozofického pohledu na člověka, na národ a na stát, bez jeho politické činnosti bylo těžké pochopit český národ, rozvoj československého státu, tak by bez vědeckého dědictví Romerise bylo velice těžké po-

chopit aspekty právního a politického vývoje meziválečné Litvy. Jsou to osobnosti, po nichž zůstalo významné dědictví – výsledek jejich vědecké práce a jejich politické a veřejné činnosti.

Vrcholem politické kariéry T. G. Masaryka se stala funkce prezidenta Československé republiky. V akademických kruzích byl znám jako profesor filozofie UK v Praze. M. Romeris byl členem Státní rady Litevské republiky. Akademická veřejnost jej znala nejen jako profesora Univerzity Vytauti Magni, ale také jako vedoucího Katedry státního práva, děkana Právnické fakulty a rektora této uctívané instituce.

Tyto dvě osobnosti jsou především spojovány s nejvyšším intelektem. Patří mezi nejvýznamnější osobnosti v Evropě nejen proto, že obě měly výborné vzdělání, ale i proto, že využily své znalosti pro obohacení vědy a intelektu národa. Obě po sobě zanechaly bohaté dědictví. Toto dědictví je dodnes aktuální jak v České republice, tak i v Litvě.

Přestože základem studia u M. Romerise bylo právo a u T. G. Masaryka filozofie, oba lze nepochybně považovat za osobnosti širšího myšlení. Jsou to intelektuálové sociálních a humanitních věd. Sociologie, dějiny a politika pro ně byly stejně důležité a zajímavé jako právo a filozofie. Mezi nejdůležitější body jejich výzkumu patřily osud národa a blahobyt vlastního lidu. Právě proto otázka sociální spravedlnosti byla v chápání obou osobností zvlášť důležitá, jelikož tato otázka se především týká nikoliv jedince, ale problémů sociálního blahobytu a rovnoprávnosti národa.

M. Romeris a T. G. Masaryk měli velice podobné názory na koncepci národního státu. Oba blahobyt země, vyhlídky míru a úspěšného rozvoje spojovali s občanským, nikoliv s etnickým pojetím národa. Čechoslovák je v Československu žijící Čech, Slovák, Němec, Polák atd. Litevským národem jsou v Litvě žijící Litevci, Poláci, Němci, Židé atd. Právě takové chápání občanské společnosti v názorech Masaryka a Romerise přispělo k přiřazení těchto dvou osobností k osobám progresivního a filozofického myšlení, které odmítaly velice populární, dokonce dominantní, myšlenku konce XIX. století a začátku XX. století o národním státu (etnický aspekt).

T. G. Masaryk cítil a chápal důležitost práva pro život národa a státu. Dlouhou dobu byl hlavou státu, přičemž dokázal zachovat zásady demokracie a úctu k Ústavě. Právě pod jeho vedením bylo Československo považováno za téměř jediný demokratický stát v tomto regionu Evropy. Ve svých názorech T. G. Masaryk traktoval právo jako „mravní minimum“, které je důležité, jelikož nás může uchránit před totální anarchií. „Mechanika práva“ byla Masarykem chápána jako prostředek k dosažení důležitějšího cíle v procesu vytváření demokratického státu a humanistické veřejnosti. Právě proto ve vědeckých pracích T. G. Masaryka je analýze soustavy právního státu, jeho specifikům, výzvám a problémům věnováno mnohem méně pozornosti než analýze filozofických a hodnotových zásad při hledání perspektiv geneze a rozvoje národa a státu.

M. Romeris spojoval úspěch demokracie se zásadami právního státu, a proto filozofické a pozitivistické aspekty systemizace práva, činnosti právních institucí a rozdělení moci se staly důležitými objekty jeho zájmu. Právě proto Romeris ve svých vědeckých pracích řeší filozofické otázky perspektivy rozvoje státu, demokracie a politické nezávislosti, a zároveň provádí důkladnou analýzu právních institutů a institucí, bez nichž by nebyla možná sama demokracie a státnost.

Závěrečný poznávací cíl filozofických názorů T. G. Masaryka byl spojen s filozofickými základy demokratického chápání státu. M. Romeris si po definici cíle – právní stát – vybral za objekt analýzy nejen samotný ideál, ale i techniku dosažení tohoto cíle. Právě tato okolnost způsobila, že vědecké dědictví T. G. Masaryka a M. Romerise je velice významné a může být hodnoceno v kontextu několika vědeckých odvětví a směrů.

Doktrinární dědictví těchto dvou vědců je významné i proto, že oba kvůli mnohým konceptuálním otázkám filozofie a legislativy nejen patřili k prvním v Litvě nebo v Československu, ale i proto, že jejich dědictví dodnes neztratilo na aktualitě svého obsahu a argumentace. Demokracie, humanistická občanská veřejnost, právní stát a základy ústavního rozvoje státu – otázky, které si dosud udržely aktuálnost akademickou i politickou. Právě proto je intelektuálním dědictvím M. Romerise a T. G. Masaryka ona konceptuální skutečnost, která nám poskytuje pevný základ pro další výzkum a vědeckou činnost.

Klíčová slova: T. G. Masaryk, M. Romeris, právní stát, Česká republika, Československo, Litva, ústava, demokracie

VZTAH ÚSTAVNÍHO A EVROPSKÉHO PRÁVA VE SPOLKOVÉ REPUBLICE NĚMECKO S PŘIHLÉDNUTÍM K LISABONSKÉMU NÁLEZU

PETR MLSNA

ÚVOD

Lisabonská smlouva, jejíž podstatou je nejen institucionální, ale také právní a kompetenční reforma Evropské unie, postavila řadu členských států Evropské unie jak před otázku nové definice suverenity, tak i před problém nového a evolučního výkladu vnitrostátních ústav. Vzhledem ke skutečnosti, že v České republice byl ratifikační proces velmi zdlouhavý, což působilo vnitropolitické turbulence, samotné vymezení vztahu ústavního a evropského práva bylo přínosem nejen pro doktrínu, ale zejména pro ústavnost v České republice jako takovou. Ratifikační proces Lisabonské smlouvy významným způsobem napomohl k vyjasnění charakteru a postavení mezinárodních smluv podle čl. 10a Ústavy ČR v ústavním pořádku. Nemalým počinem bylo také definování základních parametrů suverenity České republiky v integračním procesu.

Nebyl to pouze Ústavní soud ČR, který se zabýval přezkoumání ústavnosti Lisabonské smlouvy, ale také Spolkový ústavní soud SRN, který rozhodoval o slučitelnosti Lisabonské smlouvy téměř rok a nakonec vydal dne 30. července 2009 rozhodnutí, kterým definoval základní podmínky pro možnou ratifikaci Lisabonské smlouvy, jejíž jádro Spolkový ústavní soud položil do roviny vnitrostátního zakotvení právních záruk pro Spolkový sněm a Spolkovou radu, bez jejichž ukotvení v německém právním řádu, by byla ratifikace Lisabonské smlouvy ohrožením pro německou ústavnost. V důsledku toho potom německý parlament schválil novelu jednacího řádu Spolkového sněmu a Spolkové rady, bez jejichž obligatorního souhlasu není možné přenesení dalších kompetencí na Evropskou unii v rámci režimu pasarely či doložky flexibility.

Vzhledem k tomu, že judikatura Spolkového ústavního soudu je často předmětem doktrinárních odkazů v judikatuře našeho Ústavního soudu, je vhodné se podrobněji podívat na judiciální vývoj vztahu ústavního a evropského práva ve Spolkové republice Německo, jakož i na základní hodnoty, které jsou jeho judikaturou chráněny. Sluší se dodat, že autor je toho názoru, že přejímání judiciálních závěrů z judikatury jednoho ústavního soudu do judikatury jiného ústavního soudu vede k matení nejenom obsahového, ale zejména hodnotového významu takových právních vět. Vychází-li totiž judikatura Spolkového ústavního soudu z určitých historických zkušeností, jakož

i specifik německého ústavního systému, pak konstrukce českého ústavního systému je ovlivněna zcela jinými zkušenostmi, jakož i zcela jiným vývojem československého, popř. českého ústavního systému. Pro osvětlení tohoto paradigmatu zařadil autor do článku pasáž o německém federalismu, neboť tento je, narozdíl od České republiky, základním referenčním kritériem, od něhož se odvíjí judikatura Spolkového ústavního soudu k evropským otázkám. Budiž tato stať alespoň částečným příspěvkem k pochopení německého přístupu k evropskému integračnímu procesu, neboť ani tento nebyl od vzniku Evropského hospodářského společenství v roce 1957 černobílý.

1. ZÁKLADNÍ ZÁKON A EVROPSKÁ INTEGRACE

Evropský integrační proces byl zahájen ukončením ratifikačního procesu pařížské Smlouvy o založení Evropského společenství uhlí a oceli v roce 1952. Spolková republika Německo byla tedy účastna integračního procesu od samého počátku, přesto nelze tvrdit, že by podporovala evropské aktivity směřující k vytvoření jednotného evropského národa nebo evropského spolkového státu. Pokud chceme pochopit německý postoj, který se optikou dnešních dnů může jevit jako zdrženlivý, pak je třeba se podívat do německé historie, která nám v mnohém poskytne odpověď na tuto otázku. Spolková republika Německo, a zejména její soudní orgány, formovaly po celé poválečné období vztah k otázkám spojeným s integračním procesem. Ponejvíce se jednalo o otázku suverenity Evropských společenství a členských vztahů a o možnost kontroly evropských předpisů skrze domácí ústavní soudy.¹ Jinými slovy, nakolik mohou soudy členských států přezkoumávat souladnost evropského práva s vnitrostátními ústavními předpisy. V poválečném Německu byl přijat Základní zákon v roce 1949² a vyznačuje se jako liberální a demokratická ústava založená na antropomorfním základě, tj. ideovým základem Základního zákona je člověk a jeho lidská důstojnost a s ní spojená základní lidská práva a svobody.³ Je proto namístě se nejprve stručně zabývat judikaturou Spolkového ústavního soudu k otázkám vymezeným na půdorysu existence Evropského společenství v 70. a 80. letech 20. století, než bude učiněn podrobnější rozbor rozsudku Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě.

Problém vztahu suverenity Evropského společenství a jejích členských států se odlišuje od vztahu ke klasickým mezinárodním organizacím v tom smyslu, že Evropské společenství je mezinárodním společenstvím *sui generis*, které bylo založeno mezinárodní smlouvou, popř. smlouvami. Nicméně tento mezinárodně právní základ se stal pouze odrazem pro vytváření vlastních orgánů a zejména vlastního právního systému

¹ Již v roce 1967 rozhodl první senát Spolkového ústavního soudu, že nařízení Rady a Komise Evropského hospodářského společenství nelze napadnout přímo ústavní stížností, neboť vycházejí z vůle veřejné moci, která je samostatná a nezávislá na vůli jednotlivých členských států. Z tohoto důvodu proto nelze předpisy komunitárního práva rušit na vnitrostátní úrovni. Viz BVerfGE 22, 293, 296.

² K podrobnějšímu vývoji přijímání Základního zákona viz Feldkamp, M. F. *Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Die Entstehung des Grundgesetzes*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008.

³ K ideovému základu Základního zákona viz Möllers, Ch. *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*. München: C. H. Beck, 2009, s. 13–38; Möllers, Ch. *Vom Altern einer Verfassung: 60 Jahre Grundgesetz. Aus Politik und Zeitgeschichte* č. 18–19 (2007), s. 5–7; Rudzio, W. *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, s. 31–51.

této mezinárodní organizace *sui generis*.⁴ Evropské společenství nelze chápat jako organizaci, která by při výkonu svých pravomocí byla odkázána na postupy obvyklé v mezinárodním právu veřejném, ale jako organizaci, která vykonává v rámci členskými státy jí mezinárodními smlouvami svěřených pravomocí vlastní politiku, aniž by tato byla beze zbytku v rukách členských států, jež tuto mezinárodní organizaci založily.⁵ Pokud tedy státy usilovaly o členství v Evropském společenství, musely nutně respektovat částečnou ztrátu suverenity při výkonu činností, které jsou svou povahou výkonem státní suverenity. Spolková republika Německo a některé členské státy vycházejí z koncepce, že okamžikem přistoupení k Evropskému společenství došlo k přenosu části pravomocí těchto států, nicméně jde o přenos podmíněný.⁶ Dnešní politologická ani právní věda již nepovažuje tuto otázku za klíčovou; to, co dnes vzbuzuje vášně, je otázka, kdo je vlastně držitelem suverenity v oblastech, jejichž výkon plně zajišťují orgány Evropského společenství, potažmo Evropské unie, neboť s přenesením některých pravomocí je spojen i zánik volnosti členských států určovat vnitrostátní účinky evropského práva, které se odvozují v oblastech, v nichž k tomuto přenosu došlo, přímo z primárního práva, popř. z judikatury Evropského soudního dvora.⁷

Při řešení otázky zachování suverenity je volen ústavními orgány Spolkové republiky Německo, zejména Spolkovým ústavním soudem, koncept mající mezinárodněprávní základ, a sice koncept univerzální ochrany základních lidských práv. Mají-li členské státy Evropského společenství něco společného, pak je to dodržování základních lidských práv, jež jsou imanentním předpokladem existence demokratických právních států a v daných ústavních poměrech jsou často subsumovány mezi podstatné náležitosti demokratického právního státu. Lze vést debatu o naplnění pojmu podstatných náležitostí, zda a v jakém rozsahu lze mezi podstatné náležitosti subsumovat také hospodářská a sociální práva, zda lze do ohniska ústavy subsumovat závazky vyplývající z mezinárodního či komunitárního práva apod. Co je ovšem při této debatě nezpochybnitelné, je skutečnost, že podstatnou a nezměnitelnou součástí demokratického státu je jeho hodnotová orientace k člověku a jeho základním právům a svobodám, bez jejichž garance postrádá stát svou demokratičnost. Základní práva člověka jsou odrazem jeho přirozenosti, jejichž nositelem je člověk od narození; nebylo-li by tomu tak, pak by se člověk stal předmětem svévole státního aparátu, což by byl bez

⁴ Charakteristika Evropské unie jako *sui generis* entity se objevuje i v české doktríně; viz Holländer, P. Suverenity států (paradoxy a otázky). In Gerloch, A.; Wintir, J. (eds.) *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 100–114. Z německé doktríny např. Hilf, M. Die Europäische Union und die Eigenstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten. In Hommelhoff, P.; Kirchhoff, P. (eds.) *Der Staatenverbund der Europäischen Union*. Heidelberg: C. F. Müller, 1994, s. 75–85.

⁵ Hovoří se často o prolínání pluralitních právních systémů, kdy nelze jednoznačně stanovit hierarchii právních norem těchto systémů. Kelsenova konstrukce normativního ohniska, od něhož se odvíjí platnost všech dalších pramenů práva platných na vnitrostátním území, tak již nemůže v současném světě obstát.

⁶ Viz nálezy Ústavního soudu ČR č. 50/04 (vyhlášený ve Sbírce zákonů pod č. 154/2006 Sb.), který se vyjádřil v tom smyslu, že ČR propůjčila Evropské unii část svých výsostných kompetencí. Delegace části pravomocí vnitrostátních orgánů může trvat potud, pokud tyto pravomoci jsou orgány Evropských společenství vykonávány způsobem slučitelným s uchováním základů státní suverenity ČR a způsobem, jenž neohrožuje samotnou podstatu materiálního právního státu.

⁷ K této problematice podrobněji Kühn, Z.; Kysela, J. Na základě čeho bude působit komunitární právo v českém právním řádu? *Právní rozhledy* č. 1 (2004), s. 23–27; Kühn, Z. Ještě jednou k ústavnímu základu působení komunitárního práva v českém právním řádu. *Právní rozhledy* č. 10 (2004), s. 395–397.

nadsázky návrat před dobu Velké francouzské revoluce. Koncepce univerzality základních práv a svobod člověka⁸ má v případě řešení státní suverenity (vnitřní i vnější) a suverenity Evropského společenství a Evropské unie klíčovou roli. Tato doktrína slouží ve Spolkové republice Německo jako měřítko nezměnitelného a nezrušitelného jádra Základního zákona ve vztahu k ústavní kauce lidské důstojnosti, které je v současném světě nositelem každý člověk bez rozdílu státní příslušnosti.⁹ Je-li hlavním úkolem státu zajištění ochrany základních práv a svobod člověka, pak kauce zachování základních lidských práv a svobod musí být poměřováno každé omezení státní suverenity či výkonu suverénních kompetencí státu, jež se považuje za stát demokratický.

Z této koncepce vyšel Spolkový ústavní soud ve svém rozsudku *Solange I* z roku 1974,¹⁰ což znamenalo otevření německého právního řádu vůči právu Evropského společenství. Standard ochrany základních práv a svobod uvnitř Evropského společenství nezavdával podle Spolkového ústavního soudu žádné pochybnosti se domnívat, že lidskoprávní standard ochrany má v důsledku uplatňování principů plynoucích z komunitárního práva nižší kvalitu než ochrana základních práv a svobod poskytovaná ve Spolkové republice Německo.¹¹ Nicméně Spolkový ústavní soud zdůraznil, že aplikační přednost komunitárního práva na území Německa závisí na tom, zda Evropské společenství bude efektivním garantem tohoto lidskoprávního standardu, čímž ponechal otevřenou i možnost vnitrostátního ústavního přezkumu norem komunitárního práva.¹² Výklad Spolkového ústavního soudu vyústil v teorii „přenesení výsostných pravomocí“. Důležitá na této teorii je ovšem skutečnost, že nejde o ztrátu či zřeknutí se výsostných pravomocí, nýbrž to že se stát vzdává výlučnosti rozhodovat v rámci pravomocí takto přenesených na Evropské společenství, popřípadě Evropskou unií;¹³ výkon je tedy zajišťován evropskými orgány a nikoliv orgány vnitrostátními.¹⁴ Proces přenosu výsostných pravomocí je tedy procesem vratným, pokud by Evropské společenství nebylo schopno dostatečným způsobem zajistit ochranu základních práv a svobod v rozsahu, ve kterém jsou tato práva garantována vnitrostátním právním řádem.

⁸ Univerzálnost konceptu lidských práv a jejich vymahatelnost v běhu času výstižně popisuje na pozadí Všeobecné deklarace lidských práv Malenovský, J. Zapomenuté a falzifikované, známé a ještě nenapsané kapitoly šedesátileté epopeje Všeobecné deklarace lidských práv. *Právník* č. 1 (2009), s. 1–45.

⁹ Lindner, J. F. Die Würde des Menschen und sein Leben. *Die öffentliche Verwaltung* č. 14 (2006), s. 577–588; k věcnému paradigmatu mezi lidskou důstojností a zákazem mučení a ponižujícího trestání či zacházení Steinbeis, M.; Detjen, M.; Detjen, S. *Die Deutschen und das Grundgesetz. Geschichte und Grenzen unserer Verfassung*. München: Pantheon, 2008, s. 194–203.

¹⁰ Viz rozsudek Spolkového ústavního soudu ze dne 29. 5. 1974 č. 2 BvL 52/71, *Solange I* (BVerfGE 37, 271), a rozsudek ze dne 22. 10. 1986 č. 2 BvR 197/83, *Solange II* (BVerfGE 73, 339) a rozsudek ze dne 12. 10. 1993 ve spojeném řízení č. 2 BvR 2134 a 2159/92 zum Vertrag über die Europäische Union (Maastrichtský náleží).

¹¹ K charakteru základních práv v německém ústavním systému viz Pirson, D. Působení základních práv v právním řádu Spolkové republiky Německo. Praha: *AUC Iuridica* č. 4 (1995), s. 43–54.

¹² To byl ve své době zásadní obrát oproti rozsudku z roku 1967, podle kterého Evropské společenství disponuje efektivním institucionálním systémem k zajištění ochrany lidských práv, v důsledku čehož může požívat komunitární právo aplikační přednosti před vnitrostátním právem. Viz Frowein, J. A. Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* č. 54 (1994) s. 1–2.

¹³ Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 300 an.

¹⁴ Ipsen, J. *Der Staat der Mitte*. München: C. H. Beck, 2009, s. 101–102.

Debata nad rozsahem přenesení výsostných pravomocí a způsobem jejich výkonu v průběhu času a rozšiřováním působnosti Evropských společenství vyústila v další rozsudek ve věci *Solange II* v roce 1986, kdy Spolkový ústavní soud konstatoval, že základním korektivem pro výkon a ponechání přenesených výsostných pravomocí na orgánech Evropského společenství je jejich dodržování základních práv a svobod, neboť má-li si uchovat členský stát charakter demokratického právního státu, pak musí zajistit, aby byl standard ochrany základních práv a svobod majících univerzální přirozenoprávní původ zajištěn také orgány, na které členský stát výkon těchto pravomocí přenesl.¹⁵ V této souvislosti Spolkový ústavní soud konstatoval, že Evropské společenství je mezinárodní organizací, která dostatečným způsobem zajišťuje ochranu základních práv a svobod občanům Spolkové republiky Německo a není tudíž v budoucnu nutné v každém jednotlivém případě zkoumat, zda byla tato absolutní limita přenosu výsostných pravomocí naplněna. Teprve nenaplnění této limity v rovině institucionálního zabezpečení ochrany základních práv a svobod může být důvodem pro odejmutí výkonu pravomocí propůjčených orgánům Evropského společenství a zajištění jejich výkonu vnitrostátními orgány.

V návaznosti na tuto judikaturu je možné konstatovat, že standard ochrany základních práv a svobod na evropské úrovni je zajištěn takovým způsobem, že nelze pochybovat o tom, že členské státy jsou i v důsledku členství v Evropské unii státy výsostně demokratickými. Mnohdy dokonce orgány Evropské unie vyvíjejí tlak na členské státy, aby více lpěly na dodržování některých základních právních zásad, které nacházejí svůj odraz v základních právech a svobodách, ale nedosahují materiálně úrovně kodifikovaného základního práva nebo svobody.¹⁶ Je-li tedy Evropská unie analogicky k členským státům právním „svazkem“, který zajišťuje ochranu základních práv a svobod zaručených ústavami členských států při výkonu jí svěřených kompetencí, pak je i omezení suverenity členských států učiněné ústavně konformní cestou v souladu s jejich demokratickým charakterem a nemůže být chápáno jako vyprázdňování suverenity členských států, neboť členský stát se své suverenity nezříká, nýbrž ji pouze nevykonává a výkon za něj „obstarávají“ orgány mezinárodního společenství, kterými orgány Evropské unie bezesporu jsou.

Lidskoprávní akcent v judikatuře Spolkového ústavního soudu je reflexí historických zkušeností, které se v německém případě projevují snad ze všech členských států Evropské unie nejvýrazněji, což osvědčuje nejenom nálezy Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě z 30. června 2009, ale i tzv. Maastrichtský nálezy z 12. října 1993, který je založen na obdobných kritériích přezkumu ústavnosti. Klíčovým aspektem podmíněného přenosu pravomocí na Evropskou unii je ústavní konformita tako-

¹⁵ Arnold, R. Spolkový ústavní soud a právo Evropských společenství. Praha: *AUC Iuridica* č. 4 (1995), s. 17–21.

¹⁶ Evropská unie usiluje zejména o dosažení vysokého stupně procedurální úrovně ochrany práva na spravedlivý proces. V poslední době se tento problém v České republice objevil v souvislosti s neprůhledným stanovováním cen léčiv v rámci tzv. kategorizačního řízení. V rámci přijetí reformního balíčku schváleného Poslaneckou sněmovnou dne 21. srpna 2007 byla proto schválena novela zákona o veřejném zdravotním pojištění, která nastavuje průhlednější proces stanovení cen léčiv hrazených z veřejného zdravotního pojištění s následnou možností přezkumu rozhodnutí Státního úřadu pro kontrolu léčiv ve správním soudnictví.

vého přenosu, což je ústavní limita, která se odráží jak v Maastrichtském,¹⁷ tak i Lisabonském nálezu.¹⁸

V Maastrichtském nálezu Spolkový ústavní soud konstatoval, že „*nadnárodní společenství (Staatenverbund) musí získávat demokratickou legitimitu od svobodně zvolených zástupců lidu do Evropského parlamentu, který by měl mít stejné legislativní pravomoci, jako mají parlamenty členských států*“. V důsledku toho Spolkový ústavní soud označil evropský institucionální systém za demokraticky deficitní.¹⁹ Spolkový ústavní soud dále k povaze Evropské unie uvádí, že „*Smlouva o Evropské unii zakládá svazek států za užší spolupráce národů Evropy v rámci Evropské unie, který se v žádném případě neopírá o jeden evropský národ.*“²⁰

Lisabonský nálezu²¹ k téže otázce uvádí, že „*rozsah rozhodovací moci Unie se značně a soustavně zvyšuje, v neposlední řadě Lisabonskou smlouvou, takže v některých oblastech politiky mezitím Evropská unie získala postavení, které odpovídá federálnímu státu, tj. je analogické státu. [omissis] Tudíž, pokud žádný evropský lid, jako subjekt legitimizace, nemůže vyjádřit většinovou vůli politicky efektivním způsobem, který by zohledňoval rovnost v kontextu základů evropského federálního státu, národy Evropské unie, konstituované ve svých členských státech, zůstávají rozhodujícími držitelé veřejné moci, včetně unijní autority. V Německu by přistoupení k evropskému federálnímu státu vyžadovalo přijetí nové ústavy, která by odrážela vzdání se státní suverenity zakotvené v Základním zákoně. O takový akt se zde však nejedná. Evropská unie nadále tvoří mocenský svazek (Herrschaftsverband) založený na mezinárodním právu, unii trvale podpíranou vůlí suverénních členských států. Primární odpovědnost za integraci je v rukou národních ústavních orgánů jednajících jménem lidu jednotlivých členských států.*“²²

Jako červená niť se oběma rozsudky Spolkového ústavního soudu vine otázka demokratické legitimacy Evropské unie, jejíž deficit vede v obou případech Spolkový ústavní soud k jednoznačnému tvrzení, že proces evropské integrace je neustále v rukách členských států a nelze tedy hovořit o jednotném evropském státě nebo evropské federaci.

Německý ústavní systém je založen na myšlence, že spolkové země jsou nositeli vlastní suverenity a v žádném případě nelze bránit ani z úrovně Spolku ani ze supra-nacionální úrovně tomu, aby byly v zemských ústavách zakotveny instituce a procesy,

¹⁷ K ústavním aspektům Maastrichtského rozsudku viz Frowein, J. A. Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1994, s. 1–16.

¹⁸ Podrobněji k významu Lisabonské smlouvy v německých ústavních souvislostech Pernice, I. (ed.) *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?* Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.

¹⁹ Randelzhofer, A. Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft. In: Hommelhoff, P.; Kirchhoff, P. (eds.) *Der Staatenverbund der Europäischen Union*. Heidelberg: C. F. Müller, 1994, s. 39–55.

²⁰ „*Der Unionsvertrag begründet einen Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten – Völker Europas, keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat.*“ BVerfGE 89, 155 an. Doktrinální rozbor Maastrichtského nálezu lze nalézt v monotematickém sborníku Hommelhoff, P.; Kirchhof, P. (eds.) *Der Staatenverbund der Europäischen Union*. Heidelberg: C. F. Müller, 1994.

²¹ Rozsudek ze 30. června 2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 a 2 BvR 182/09.

²² Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 263.

kteřé budou modalitou k institucím a procesům stanoveným Základním zákonem nebo mezinárodní smlouvou jakéhokoli typu.²³ Evropská unie zatím podle Spolkového ústavního soudu nenabyla podoby analogické státu, neboť tomu neodpovídá legitimační úroveň státně zřícené demokracie. Evropská unie se tak nestává federálním státem, nýbrž zůstává společenstvím suverénních států, na něž se vztahuje zásada omezeného zmocnění. Evropský parlament není orgánem reprezentace svrchovaného evropského lidu, ale zastupitelskou institucí národů jednotlivých členských států, neboť při jeho volbě se neuplatňuje princip rovné volby (*Grundsatz der Wahlgleichheit*), který by byl společný všem evropským zemím.²⁴

Německý poválečný vývoj je založen na reakci na národně socialistickou diktaturu z let 1933–1945, která negovala princip demokracie, dělby moci, ochrany základních práv a právního státu. Označovala-li Výmarská ústava z roku 1919 v čl. 1 Německou říši pouze za republiku²⁵ bez jakékoli bližší specifikace, pak Základní zákon označuje Spolkovou republiku v čl. 20 odst. 1 za demokratický a sociální spolkový stát. Stanovila-li Výmarská ústava v čl. 1, že veškerá státní moc vychází z lidu, pak Základní zákon obsahuje stejnou větu, ale doplňuje ji o ústavní princip dělby moci, že lid vykonává svou moc ve volbách a hlasování prostřednictvím zvláštních orgánů moci zákonodárné, výkonné a soudní. V článku 20 odst. 2 Základního zákona je výslovně formulován princip dělby moci, jenž je potvrzen i v čl. 1 odst. 3 ve vztahu k základním právům, když stanoví, že základní práva zavazují zákonodárství, výkonnou moc a soudnictví jako bezprostředně platné právo.²⁶ Výmarská ústava takové ustanovení o dělbě moci jako nosný demokratický princip neobsahovala. Princip právního státu, ve kterém je veškerý výkon státní moci vázán zákonem a kdy kontrola zákonnosti jednání státních orgánů podléhá soudní moci, byl totiž v národně socialistickém období pouhou iluzí.²⁷ Vázanost veřejné moci a soudnictví na zákon a právo je vyjádřením základní myšlenky odvrácení se od právního pozitivismu, který je vůči tyranii a diktatuře bezmocný.²⁸ Výše uvedená teze je v zásadě renesancí přirozeného práva v německém právním státě.²⁹

Význam základních demokratických rozhodovacích procesů je v Základním zákoně zdůrazněn tím, že jsou chráněny jejich výslovným vyjádřením v čl. 1 a 20 Základního zákona před případnými změnami, aby nedocházelo k novelizaci Základního zá-

²³ Nicméně jakákoliv modalita zemského ústavního uspořádání musí být subsumovatelná pod principy stanovené v čl. 20 odst. 1 Základního zákona.

²⁴ Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 284.

²⁵ Citace čl. 1 Výmarské ústavy: „*Das Deutsche Reich ist eine Republik. Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.*“

²⁶ Maurer, H. *Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. München: C. H. Beck, 2007, s. 247–248.

²⁷ Bliže k zákonosti v období národního socialismu Koelreutter, O. *Der nationale Rechtsstaat. Deutsche Juristen Zeitung* č. 38 (1933), s. 517 an.; z dobové česky psané literatury k právnímu řádu Hitlerovského Německa viz Havelka, J. *Ideologická přestavba některých institutů veřejného práva v národně – sociálním Německu. Právník* (1935), s. 353–368. K postavení právní doktríny a soudní moci v nacistickém Německu viz Seltenreich, R. *Dilema totality – soudci a právní teoretikové v nacistickém Německu. Právník* č. 4 (1997), s. 340–356.

²⁸ Fechner, E. *Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaften für die Grundfrage des Rechts. Das Naturrechtsproblem im Schatten der Soziologie*, In Brinkmann, C. (ed.) *Soziologie und Leben. Die soziologische Dimension der Fachwissenschaften*. Tübingen: Wunderlich, 1952, s. 105.

²⁹ Holländer, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 18–21.

kona formou tzv. *Verfassungsdurchbrechung*, tj. způsobem, kdy byla Výmarská ústava novelizována zákony, které nebyly označeny za ústavní zákony, ale které se týkaly změn Výmarské ústavy jako takové,³⁰ což byl primární předpoklad pro snadnou destrukci ústavního systému národními socialisty, kteří této situace dokázali obratně využít.

V návaznosti na historickou zkušenost s erozí ústavního systému Výmarské republiky bylo do čl. 79 odst. 1 Základního zákona zakotveno, že Základní zákon může být měněn jen zákonem, který výslovně stanoví, že mění nebo doplňuje text Základního zákona a zároveň bylo v čl. 79 odst. 2 stanoveno ústavní kvórum 2/3 většiny členů Spolkového sněmu a 2/3 většiny členů Spolkové rady, kteří musí s takovýmto návrhem vyslovit souhlas. V návaznosti na to, že by se předmětem novelizace Základního zákona ovšem mohly stát i principy, které jsou pro demokratické Německo po 2. světové válce zcela principiální, byl do Základního zákona zakotven čl. 79 odst. 3, který neumožňuje změnit princip členění Spolku do zemí, princip spolupůsobení zemí při zákonodárství a zásady stanovené v čl. 1 a 20 Základního zákona, tj. nedotknutelnost lidské důstojnosti a základní charakteristika Spolkové republiky Německo jako demokratického a sociálního spolkového státu.³¹ Základní zákon tak zakotvil pojistky proti změně systému parlamentní demokracie ve Spolkové republice a proti zneužití základních práv jako výdobytku demokratického a společenského vývoje k boji proti demokracii samé.³² Výraznou demokratickou pojistkou je také ustanovení o zákazu antidemokratických politických stran.³³ Obdobná pojistka materiálního či jinak také tvrdého jádra ústavy je typická pro ústavní vývoj v celé poválečné Evropě. Základní zákon eliminuje možnost, aby byly demokratické prostředky využity nedemokratickými silami k chopení se moci demokratickou cestou a potažmo tak k ospravedlnění legitimity a legality takové vlády.³⁴

Konkrétní ustanovení Základního zákona reagující na národní socialismus lze rozčlenit do několika kategorií: jedná se o ustanovení, jejichž cílem je zajištění demokra-

³⁰ Problematika prolamování Výmarské ústavy rozdělovala teoretiky meziválečného období, kdy jedni tvrdili, že pro účinnost ústavy není nezbytné, aby zákonodárce výslovně stanovil, že ústavu mění a konkretizoval, v čem materiální změna spočívá (viz rozsudek Reichsgericht z 25. března 1927; z doktrinnálního výkladu Anaschütz, G. *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. 14. vydání, Berlin: 1933, s. 401). Jiní teoretici, a praxe jim dala za pravdu, správně poukazovali na to, že změny ústavy je třeba činit výslovně a přímými novelami; viz Loewenstein, K. *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung. Verfassungsrechtsdogmatische Untersuchungen zu Artikel 76 der Reichsverfassung*. Tübingen: 1931, s. 299 an.; Ehmke, H. *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung. Archiv des öffentlichen Rechts* č. 79 (1953–54), s. 385 an.

³¹ Mnohdy se v souvislosti s čl. 79 odst. 3 Základního zákona hovoří o tzv. imanentních mezích. K teorii imanentních mezí v německém ústavním systému z české literatury viz Mlsna, P. Imanentní meze garantující existenci Spolkového ústavního soudu na pozadí právní síly jeho rozhodnutí. *Právník* č. 9 (2006), s. 1005–1036. Teorie imanentních mezí získává na významu zejména ve světle rozsudku *Abhör-Urteil* (BVerfGE 30, 1 [24]), kdy Spolkový ústavní soud spatřuje smysl čl. 79 odst. 3 Základního zákona v zajištění jisté legality ústavních změn při revolučních zvratech. Většina právní vědy se domnívá, že jeho úkolem je zabránit ústavodárci v legislativní činnosti, kterou by se postavil proti smyslu Základního zákona.

³² Bryde, B.-O. *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 1982.

³³ Viz Mlsna, P. Rozpouštění politických stran a zastavování jejich činnosti z komparativního pohledu. *Správní právo* č. 4 (2009), s. 209–232.

³⁴ Existují ovšem právní řády, které materiální ohnisko ústavy odmítají – např. Švýcarská konfederace nemá dodnes obsahové meze pro revizi ústavy a švýcarská právní věda imanentní meze jako takové odmítá.

tického vývoje v Německu, dále pak o ustanovení, která zajišťují trvalost dělby moci ve státě a ustanovení, která se týkají právního státu a posílení kontroly moci soudní. Pokud jde o katalog základních práv, pak lze tato ustanovení členit na ta, která se týkají ústavní ochrany práv jednotlivce, a na ústavněprávní kodifikaci cílů nového státu a jeho politiky, která musí být zaměřena na dosažení míru ve světě a hledání porozumění mezi národy.³⁵ Poslední oblastí významné ochrany a záruky demokratického vývoje je zakotvení práva na odpor.³⁶

Bez přihlídnutí k těmto historickým aspektům nelze pochopit opatrnost Spolkové republiky Německo k evropské integraci. Pohlédneme-li na Lisabonskou smlouvu v jejich světle, pak zjistíme, že mnohé novinky Lisabonské smlouvy kopírují historické chyby německého vývoje. Nelze přijmout s lehkostí bytí teorie o překonaných aspektech národní suverenity a z ní vycházející legitimacy, neboť poválečný vývoj nepřekonal pojmy národa, suverenity ani demokratického státu a nelze se ani ztotožnit s názory, že Evropská unie je formulována jako alternativa k etnicky zatíženému národnému státu.³⁷ Právě naopak historický vývoj ukazuje, že nadnárodní uskupení se rozpadla v důsledku nedostatečné reflexe specifík nejrůznějších etnických skupin.³⁸ Rozpad Rakousko-Uherska budiž příkladem, kdy favorizace některých národů vedla k odmítání integrační myšlenky, důsledkem čehož mohla být pouze emancipace národů skrze národní státy.³⁹ Nelze přitakat ani názorům poukazujícím na Spojené státy americké, neboť trend a perspektiva jejich vývoje a trvání je poněkud sporná.⁴⁰ I ve Spojených státech amerických je přítomno značné pnutí mezi federací a jednotlivými státy. Ústavněprávní teorie se tak nemůže oprostit od národního státu jako základu legitimacy pro mocenské rozhodování v supranacionálních organizacích.⁴¹

³⁵ Viz preambule Základního zákona: „U vědomí odpovědnosti před Bohem a lidmi, veden vůlí uchovat svou národní a státní jednotu a jako rovnoprávný člen spojené Evropy sloužit světovému míru, stanovil si německý lid svou ústavodárnou mocí tento Základní zákon.“ K obdobnému cíli směřuje i ustanovení čl. 25 Základního zákona: „Obecná pravidla mezinárodního práva jsou součástí spolkového práva. Mají přednost před zákony a zakládají práva a povinnosti bezprostředně pro obyvatele území Spolku.“

³⁶ K vývoji práva na odpor na německém území viz Kysela, J. *Právo na odpor a občanskou neposlušnost*. Brno: Doplněk, 2006, s. 73–82.

³⁷ Wintr, J. Evropská unie a pluralita legitimit. In Gerloch, A.; Wint, J. (eds.) *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 172–173.

³⁸ Jak uvádí Ortega y Gasset, „aby nějaký národ byl, to nelze nadekretovat několika slovy“. Viz Ortega y Gasset, J. *Evropa a idea národa*. Praha: Mladá Fronta, 1993, s. 44. Podle Eduarda Meyera je idea národnosti nejjemnější a nejsložitější produkt, jaký historický vývoj může vytvořit; viz Meyer, E. *Geschichte des Altertums. Einleitung. Elemente der Anthropologie*. Stuttgart: 1953, s. 79.

³⁹ Ladislav Rašín k tomu uvádí: „základní politickou ideou československého státu a národa v budoucnosti může být jedině idea národního státu, jehož si dobyl československý národ, kterému náleží výhradní právo určovat svůj vlastní život, stejně jako náleží toto právo jiným národům v jejich vlastních státech.“ Viz Rašín, L. *Vznik a uznání československého státu*. Praha: Pražské akciové tiskárny, 1926, s. 255.

⁴⁰ K pnutí ve Spojených státech na konkrétních případech viz Korytová-Magstadt, Š. *Konflikt státu s federální vládou v imigračních záležitostech: případ Kalifornie a návrhu číslo 187*. Praha: FSV UK, 2007. Pražské sociálně vědní studie. Teritoriální řada, TER-037; Kozák, K. *Federální vláda nezůstane pozadu: analýza rozšíření pravomocí federální vlády v základním a středním školství*. Praha: Univerzita Karlova, 2007. Pražské sociálně vědní studie. Teritoriální řada, TER-038.

⁴¹ Klíma, K. Teoretické pojetí suverenity státu – ústavněprávní východiska. In Gerloch, A.; Wint, J. (eds.) *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 132.

2. SUBSTANTIVNÍ PRVKY NĚMECKÉ ÚSTAVNOSTI SE VZTAHEM K EVROPSKÉ UNII

2.1 FEDERALISMUS

Základní pojistkou demokratického vývoje Spolkové republiky je princip federalismu, který je výslovně uveden jako nezměnitelný princip v čl. 79 odst. 3 Základního zákona, který je jak reakcí na národně socialistickou tendenci centralizace moci ve státě, tak i reflexí historické tradice německého federalismu.⁴² Myšlenkově byl federalismus na počátku 19. století pojímán jako pomocný ideový zdroj k vyřešení atomizovaného uspořádání na německém území. Pro federace je charakteristické, že vznikají na základě historického vývoje a tradice a každou federaci je v zásadě možné označit za unikát, který má jiné ideové a historické zdroje, které vedly k jejímu vzniku.⁴³ Federativní státy vznikají dvěma možnými způsoby. Buď se jednotlivé státy slučují do federativního celku, nebo se jednotný stát postupným uvolňováním svých pravomocí přemění ve federaci.⁴⁴ Spolkový stát je spojením států, které přenášejí některé úkoly na společné orgány, jejichž pravomocí je vykonávat tyto přenesené úkoly v zájmu všech států spojených do federace. V tom tkví podstatný rozdíl oproti jednotnému státu, ve kterém je suverenita výsadní vlastností ústředních orgánů, což není nijak sníženo ani skutečností, že některé jednotné státy mohou poskytovat vysokou míru autonomie územím, které jsou součástí tohoto jednotného státu.

Pro celou poválečnou dobu budování německého federalismu je příznačné, že probíhala debata, jak je slučitelný princip federalismu, potažmo spolkového státu, s principem demokracie, tj. debata, kterou ve vztahu k Evropské unii absolvujeme od počátku 90. let 20. století. Starší německá státověda se domnívala, že demokracie je v zásadě neslučitelná s principem federalismu a *eo ipso* antifederalistickým principem.⁴⁵ V případě Německa je to důsledek demokratického hnutí 19. století, které se domnívalo, že Německo by mělo být uspořádáno unitaristicky. Politici 19. století se totiž domnívali, že společně může být vůle projevoována pouze v jednotném státě, který bude rigorózně potlačovat jakékoliv náznaky partikularismu. Obava z partikularismu zájmů ve sjednoceném Německu se týkala zejména ústavního zakončení *Bundesratu*, která jako orgán zastupující jednotlivé země, byla nadána pra-

⁴² Německé federalistické snahy se opíraly o vybudování trvalého uspořádání za pomoci myšlenky jednotného německého národa. V této souvislosti si dovolím převzít myšlenku z článku Pavla Holländera *Suverenita státu (paradoxy a otazníky)*, který poukazuje na dílo J. G. Fichteho *Reči k německému národu*, který poprvé nastoluje požadavek souvislosti mezi politickou samostatností a národem, když se táže, zda existuje jeden německý národ a pokud ano, pak stojí-li za to, aby byl zachován a pokud ano, pak jakými prostředky by se tak mělo stát. Viz Holländer, P. *Suverenita státu (paradoxy a otazníky)*. In Gerloch, A.; Wintz, J. (eds.) *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň 2009, s. 106.

⁴³ Zcela odlišný vývoj federalistického uspořádání lze proto nalézt ve Švýcarsku nebo USA než ve Spolkové republice Německo.

⁴⁴ Maurer, H. *Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. München: C. H. Beck, 2007, s. 287.

⁴⁵ K historickému vývoji německého federalismu viz Erichsen, H.-U. *Verfassungsrechtsgeschichtliche Prolegomena zur Bestimmung von Standort und Funktion des Bundesrates*. In Der Bundesrat (ed.) *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft*. Bad Honnef: Neue Darmstadter Verlagsanstalt, 1974.

vomocí blokace většinově přijatých rozhodnutí v *Bundestagu*. Vývoj po roce 1945 ovšem ukázal opak, neboť Spolková rada není koncipována v německém ústavním systému jako blokační orgán, ale jako orgán, jenž má pomáhat k prosazování zájmů jednotlivých zemí a tak v konečném důsledku eliminovat odstředivé síly ve Spolkové republice, které by mohly nastat při přezíravém postoji k zájmům jednotlivých spolkových zemí. Hledání politické jednoty musí mít širokou politickou oporu a nelze považovat za žádoucí, aby se federativní rozhodování odvíjelo pouze od výsledků spolkových voleb. Spolkové uspořádání je tak v Německu charakterizováno jako politicky motivované, ale spíše se jedná o uspořádání, ve kterém je zásadním rozhodnutím poskytnuta vysoká legitimita opírající se o co nejširší konsensus.⁴⁶ Taková koncepce federalismu je plně slučitelná s principem demokracie, jejíž smysl spočívá v respektování názorů všech politických sil ve společnosti, tj. jak síly politických stran na spolkové úrovni, tak i síly politických stran na úrovni jednotlivých spolkových zemí, přičemž obě úrovně sil nacházejí svou legitimitu ve volbách (spolkových a zemských). V důsledku toho se tak názor lidu jedné spolkové země, nedostatečně zobrazený ve výsledcích na spolkové úrovni, může promítnout skrze zemské volby do rozhodování Spolkové rady.⁴⁷ Legitimita Spolku a spolkových zemí tak nesměruje k modelu kompetitivního, nýbrž konsensuálního rozhodování (potažmo federalismu).⁴⁸

Spolková rada je legitimním ústavním orgánem zastupujícím zájmy zemí, který lze chápat jako kooperativní orgán, v němž se odráží politická vůle zemského lidu.⁴⁹ Současné německé uspořádání tak je vedeno snahou po dosažení co nejširšího konsensu.⁵⁰ Německý federalismus dnešní doby lze označit za vyvážený systém práv a povinností jednotlivých spolkových zemí vůči Spolku, ale též Spolku vůči zemím, neboť všechny ústavní orgány německé federace jsou vázány spolkovou věrností, jejíž porušení je v německém prostředí považováno vzhledem k historickým zkušenostem za snahu o destrukci ústavního systému.⁵¹

Historický vývoj struktur a forem německého federalismu je málo ovlivněn, narozdíl od myšlenky evropské integrace, koncepční či plánovanou strategií směřovanou k dosažení nějakého cílového stavu. Vývoj německého federalismu je velmi silně

⁴⁶ Maurer, H. *Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. München: C. H. Beck, 2007, s. 510–511.

⁴⁷ Všichni zástupci spolkové země ve Spolkové radě jsou povinni hlasovat jednotným způsobem, tj. nemůže nastat situace, že by jeden ze zástupců zemské vlády hlasoval rozdílně. Viz rozsudek Spolkového ústavního soudu BVerfGE 106, 310, 330 an. Stejně tak nemohou zemské sněmy zavazovat zástupce zemské vlády, jak mají hlasovat ve Spolkové radě, neboť podstatou Spolkové rady je její složení ze zástupců exekutivy, kteří se podílejí na spolkovém legislativním procesu. Obdobně lze ukázat na příkladu Evropské unie, že se zatím nejedná o federativní stát, neboť vnitrostátní parlamenty mají možnost limitovat rozhodovací sféru zástupců z daného členského státu v Radě Evropské unie tím, že mu stanoví jasný mandát pro hlasování, což není pro federativní státy typický znak.

⁴⁸ K charakteristice německého federalismu dnešní doby Männle, U. (ed.) *Föderalismus zwischen Konsensus und Konkurrenz*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

⁴⁹ Hanebeck, A. *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, s. 278 an.

⁵⁰ Zippelius, R.; Würtenberger, T. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck, 2005, s. 128.

⁵¹ Bleckmann, A. Zum Institut der Bundestreue. *Juristische Zeitung* 1991, s. 900; obdobně také Faller, H. J. Das Princip der Bundestreue in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In Lerche, P. (ed.) *Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag am 1. September 1981*. München: C. H. Beck, 1981, s. 53 an.

ovlivněn politickými rozhodnutími.⁵² V tom tkví základní rozdíl oproti švýcarskému nebo americkému federalismu, který byl vývojově předurčen snahami vycházejícími přímo z lidu, kdy politici byli přímo vázáni naplňováním přání lidu. Německý vývoj je zcela opačný. Budování německého federalismu je od samého počátku ovlivněno politickými představami o fungování uspořádání na německém území, kdy základním cílem byla snaha po dosažení politické i společenské jednoty. Federativní uspořádání v Německu tak sloužilo v první řadě k dosažení politických cílů. Konstitutivním znakem národa, z něž se odvíjí legitimita rozhodování, musí být vůle stát se vůbec národem, což v případě Evropské unie zcela absentuje.⁵³ V budoucnosti nelze takovou vůli vyloučit, ale v současné době o ní nelze hovořit. Spolkový ústavní soud proto nevyklučuje v Lisabonském nálezu vytvoření jednotného evropského státu, jak bývá někdy mylně interpretováno, ale zdůrazňuje, že tento kvalitativní přechod od Evropy národů k jednotné Evropě je spojen s konstitutivním rozhodnutím německého lidu, jež se musí odrazit v nové německé ústavě, a jako takový musí vycházet z rozhodnutí lidu ve všech členských státech. Německý lid je tudíž jediný oprávněn k tomu, aby konstatoval, že se Spolková republika Německo stane součástí evropského federalistického uspořádání, a změnil tak výchozí axiomy německého ústavního pořádku, v nichž se odráží legitimita německého lidu a suverenita Německa jako taková.⁵⁴ Taková změna by ovšem byla negací dosavadních historických tradic německého federalismu a zásadní metamorfózou pojetí německého národa, k čemuž ovšem podle historických zkušeností dochází v důsledku zásadních geopolitických změn spojených s globálními konflikty

⁵² I destrukce federalistického uspořádání národními socialisty byla politickým rozhodnutím a nikoliv důsledkem pnutí mezi zeměmi. Poté co v lednu 1933 nastoupil Adolf Hitler k moci a byl jmenován říšským kancléřem a poté co v březnu 1933 NSDAP nezískala v říšských volbách většinu, začal se národně socialistický režim orientovat systematicky na likvidaci německého federalismu. Po říšských volbách z března 1933 dosadila NSDAP do všech zemí, kde dosud nevládli nebo nebyli ve vládě zastoupeni národně socialističtí ministři, své říšské komisaře. Jednalo se o Bavorsko, Sasko, Württembersko, Bádensko, Hesensko a města Hamburg, Brémy a Lübeck. Dosazení říšských komisařů do jednotlivých zemí bylo tvrdým zásahem do relativní samostatnosti zemí a lze to označit za začátek konce federalismu v meziválečném Německu. Při systematickém odstraňování federalistického uspořádání byly využity i zákony vydávané na základě zmocňovacího zákona, zejména 1. Gleichschaltungsgesetz ze dne 31. března 1933, na jehož základě byly přebudovány, s výjimkou Pruska, všechny zemské vlády a kdy došlo zároveň k přebudování zemských parlamentů tak, aby svým složením odpovídaly výsledkům voleb do Říšského sněmu. 2. Gleichschaltungsgesetz ze dne 7. dubna 1933 umožnil dosazení stálých říšských komisařů do jednotlivých zemí a tito se stali jakýmisi zástupci spolkového kancléře.

Dne 30. ledna 1934 byl přijat *Gesetz über den Neuaufbau des Reichs*, kterým byly všechny země kompetenčně „vyprázdněny“ a kterým byla práva zemí přenesena na Říši, což znamenalo, že země ztratily jakýkoliv mocenský potenciál. Tento zákon také umožňoval, aby říšská vláda vydávala samostatně předpisy ústavního charakteru, k čemuž využívala zmocňovacího zákonodárství. Země zůstaly v podstatě zachovány pouze jako správní jednotky. Politická realita prvních let nacistické diktatury svědčila o tom, že organizace hitlerovského Německa byla budována na principech totalitního jednotného státu.

⁵³ Belling, V. Federální model a evropská realita. Krize legitimacy a její překonání. *Mezinárodní vztahy* č. 3 (2006), s. 7–8; Kirchhof, P. *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*. In Isensee, J. (ed.) *Europa als politische Idee und rechtliche Form*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, s. 78 an.

⁵⁴ Pro přesnost je třeba uvést, že pojem suverenity ve Spolkové republice Německo byl po celou dobu 2. poloviny 20. století zatížen omezeními vyplývajícími z poválečného uspořádání. Spolková republika se po roce 1945 „dobrovolně“ vzdala části své suverenity, aby uklidnila poválečnou situaci. V rámci tohoto geopolitického vzdání se suverenity se Německo vzdávalo pravomocí a přenosem na ES/EU, což vedlo některé autory ke konstatování, že Spolková republika Německo je pouze postklasickým národním státem. Viz Wolfrum, E. *Zdařilá demokracie. Dějiny Spolkové republiky německo od jejich počátků až po dnešek*. Brno: Barrister & Principal, 2008, s. 10–11.

obvykle vojenského charakteru (napoleonské války, 1. a 2. světová válka apod.).⁵⁵ Výjimkou potvrzující pravidlo budiž Velká francouzská revoluce, která nebyla důsledkem globálního konfliktu, ale naopak jeho příčinou, neboť její ideová východiska předběhla svou dobu a ohrozila dobové vnímání legitimacy moci.⁵⁶ S jejím odkazem se pak nedokázalo vypořádat ani dlouhé 19. století a k praktické reflexi jejího odkazu dochází až ve 20. století. Válečným konfliktům nemohou zabránit ani supranacionální organizace ani mezinárodní smlouvy zakazující útočnou válku, to jsou pouze předpoklady pro to, aby k válkám nedocházelo. Popírání uvolněnosti lidského individua vykořeněním z jeho státoobčanství a tradičního myšlení v pojmech národa a suverenity může jít totiž tak daleko, že střídá státní příslušnost nebo ztrácí stát a žije někde trpěně jako host. Jednotlivcovu dějinné chtění tak může být účinné jen v jeho identifikaci s jednotlivým státem.⁵⁷ Nabízí se proto otázka, zda důsledné lpění na suverenitě národa a z ní formované legitimitě moci je konceptem překonaným, když posledních 60 let evropského vývoje ukázalo, že tato nosná myšlenka dokáže zabránit válečným konfliktům mnohem více než centralizovaná správa velké říše.⁵⁸ Důkazem budiž i válka v bývalé Jugoslávii v 90. letech 20. století, která byla vedena snahou národů po samostatnosti formované v národních státech. Rozpad československé federace je také důkazem, že teorie umělých národů (československý národ, jugoslávský národ apod.) není principem nosným, neboť absence historické cesty a boje předků za samostatnost nelze nahradit existencí společenství, ve kterém se bude k národům Evropy přistupovat nikoliv z hlediska principu rovnosti, ale hierarchicky⁵⁹ a kdy správa je svěřena do rukou nikým nevolených úředníků s obrovskou mocí ovlivňovat poměry ve státech.⁶⁰ Na současném vývoji evropské integrace je pozoruhodný přístup, který má Spolková repub-

⁵⁵ J. Příbáň uvádí, že zlomovým bodem pro legitimitu práva a suverenitu je rozpad kulturního rámce společenosti a oslabení její celkové integrity. Podle Příbáňe je tato krize způsobena zkušeností 2. světové války a rozpadem metafyzického myšlení. Viz Příbáň, J. *Suverenita, právo a legitimita*. Praha: Karolinum, 1997, s. 233. Podle mého názoru ovšem globální konflikty nevedou k negaci dosavadního konstitucionálního vývoje, nýbrž ke snahám o jeho revizi či zdokonalení. Jsem totiž přesvědčen o tom, že i společenské a právní uspořádání se vyvíjí evolučně a nikoliv na bázi deziluze a frustrace. Takovým evolučním způsobem je i samo přenášení vnitrostátních kompetencí na mezinárodní organizace, byť nesdílím názor, že se tím posiluje suverenita státu – viz Kokott, J. *Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2004), s. 517–533.

⁵⁶ Holländer, P. *Suverenita státu (paradoxy a otazníky)*. In Gerloch, A.; Wintř, J. (eds.) *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 95–96.

⁵⁷ Jaspers, K. *Duchovní situace doby*. Praha: Academia, 2008, s. 96.

⁵⁸ J. Zemánek se ovšem domnívá, že Lisabonská smlouva posiluje evropské aspirace lidu, a to i případně proti mocenským ambicím národního státu, který podle jeho názoru zaštitěn nedotknutelnou státní suverenitou, má ambice jdoucí na úkor práva na sebeurčení jednotlivce. V této souvislosti ovšem J. Zemánek opomíjí, že práva jednotlivce jsou v dnešní době zaručena v mezinárodním právu mnohem efektivněji, než je tomu v Evropské unii (Rada Evropy). Velmi problematickým se mi jeví samo sousloví „sebeurčení jednotlivce“, jež jako by dávalo tušit neovyslovené myšlenky, že nikoliv národy mají právo na sebeurčení v politickém slova smyslu, ale jednotlivci neformovaní v národech jako celcích, nýbrž napříč evropskými národy. To by ovšem bylo nebezpečné, neboť sebeurčení jednotlivců napříč státy by se v různých politických a hospodářských otázkách přelévalo na evropské úrovni tak rychle jako voda v řece, a to nemluvě o potenciálních konfliktech různých taktó sebeurčených skupin. Viz Zemánek, J. *Kompetenční a hodnotový rámec Evropské unie v „lisabonském“ nálezů Ústavního soudu*. In Gerloch, A.; Wintř, J. (eds.) *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 145–146.

⁵⁹ V této souvislosti je třeba odlišovat rovnost mezi státy podle mezinárodního práva od rovnosti faktické, tj. od reálné politické síly jednotlivých států, a v případě Evropské unie také od národnostního složení orgánů Evropské unie, kdy v Evropské komisi převládají úředníci „starých“ členských států.

⁶⁰ Maršálek, P. *Lisabonská smlouva v kontextu vývoje české státnosti*. In Gerloch, A.; Wintř, J. (eds.) *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 192.

lika Německo k této otázce, neboť doznalo-li v některé z evropských zemí historické poučení reálného politického a ústavního odrazu, pak zejména v Německu, a v tomto případě nelze hovořit pouze o poučení z vývoje v letech 1933–1945, ale i o poučení z vývoje 19. století, který Výmarský ústavní systém nedostatečně refletoval.⁶¹

2.2 PRÁVNÍ STÁT A EVROPSKÁ INTEGRACE

Vzhledem ke skutečnosti, že nacistický stranický systém sám sebe prohlašoval za stát, který není liberalistický a není státem hodnotově neutrálním, bylo zcela zřejmé, že ani myšlenka právního státu neměla v nacistickém Německu žádnou šanci obstát. Národně socialistické Německo se považovalo za stát vůdcovský a bojovný, který neuznával zásadní svobody svých občanů a neuznával ani volnost projevu jejich myšlení a světonázor.⁶² Vzhledem k těmto ideovým základům nacistického státu bylo po 2. světové válce nezbytné vystavět v Základním zákoně takové instrumenty a záruky, které už nikdy v budoucnosti nedovolí rezignaci na lidskost a základní svobody člověka. Pro hodnotovou orientaci demokratického státu bylo nezbytné, aby byl nový německý stát státem právním, který bude svým občanům poskytovat dostatečnou ochranu před svěvolí nejen jiných, ale i sebe samotného. Princip právního státu je esenciální součástí demokracie. O principu právního státu lze hovořit jako o obecné zásadě, jež je konkretizována pro demokracii dílčími stejně esenciálními zásadami. Jedná se např. o princip dělby moci, o vázanost právem a zákonem, o důvěru a legitimitu v právo, princip proporcionality, princip právní jistoty a řadu dalších principů.⁶³

Zásada právního státu je vyjádřena v Základním zákoně v čl. 20 odst. 3 a je doplněna několika dalšími ustanoveními Základního zákona. Princip právního státu je tak zajištěn komplexem ustanovení Základního zákona. Čl. 20 odst. 3 Základního zákona stanoví, že zákonodárná moc ve Spolkové republice je vázána ústavním řádem a že výkonná a soudní moc je vázána zákonem a právem. Každé z mocí ve státě je vymezen prostor pravidel, jimiž se musí řídit. Za účelem zajištění, naplňování a dodržování principu právního státu byly do Základního zákona zakotveny dvě instituce. Došlo k obnovení správního soudnictví, kdy byla na úrovni Spolku zavedena soustava spolkového správního soudnictví, a došlo také k zakotvení ústavního soudnictví jak na spolkové, tak i na zemské úrovni. Na spolkové úrovni je ústavní soudnictví završeno

⁶¹ Pozoruhodné jsou i názorové proudy na otázku federalistického uspořádání Výmarské republiky, kdy jedna spočívala v individuálním řešení budoucího státoprávního ukotvení jednotlivých německých států, a druhá unitaristická měla za cíl sjednotit německá území i po prohrané válce v jeden státoprávní celek. Některá území bývalé Německé říše, jako například Bavorsko, se snažila vypracovat svůj vlastní návrh státoprávního uspořádání, kdy bavorský ministerský předseda Kurt Eisner vstoupil po 1. světové válce do jednání s československým prezidentem Tomášem Garriguem Masarykem a rakouským kancléřem Karlem Rennerem o vytvoření Dunajské federace, která by byla složená z Československa, Rakouska a Bavorska a byla by jakýmsi konfederativním státem vybudovaným na území rozpadlého Rakouska-Uherska. Historicky se ukázal tento projekt jako nerealizovatelný, ale v představách T. G. Masaryka lze tyto úvahy z dob předválečných i válečných zaznamenat. Viz Hain, R. *Teorie státu a státní právo v myšlení T. G. Masaryka*. Praha 2006, s. 198–200.

⁶² Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002 (reprint původního vydání z roku 1947), s. 31.

⁶³ K podrobnějšímu vymezení principů dnes bezrozporně subsumovaných pod zásadu právního státu podrobněji Zippelius, R.; Würtenberger, T. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck, 2005, s. 94–116.

Spolkovým ústavním soudem. Výkonná moc je vázána zákonem a právem, a to již od dob konstitučních monarchií a proto nad dodržováním zákonů a práva ze strany výkonné moci bdí správní soudy. Národně socialistický stát samozřejmě nepotřeboval žádné dozorové orgány, které by byly oprávněny kontrolovat slučitelnost opatření výkonné moci se zákony, a proto bylo správní soudnictví v rámci nacistického Německa zcela odstraněno.⁶⁴ Nacistický režim navíc nemohl strpět ani přezkum „nových zákonů“ s nadpozitivním (*überpositives Recht*) nebo ústavním právem, takže v období nacistické diktatury neexistovala ani soustava ústavního soudnictví. Ústavní soudnictví po roce 1945 prožívalo renesanci na území celé demokratické Evropy.⁶⁵ Spolkový ústavní soud v podstatě dohlíží nad slučitelností zákonodárství s ústavním řádem a přezkoumává jednoduché zákony s nadpozitivním právem. Rozdíl oproti období Výmarské republiky tkví v tom, že tehdy soudci měli možnost přezkoumávat ústavnost jednotlivých zákonů, které měli použít v rámci řízení a pro účely konkrétního řízení mohli takové zákony nepoužít. Někdy se také hovoří o tzv. soudcovském přezkumu práva, což vyvolávalo i v období Výmarské republiky velké kontroverze.⁶⁶ V období národního socialismu, kdy soudci stáli pod kuratelou nacistického režimu, docházelo k zneužívání soudcovského přezkumu práva a soudci byli povinni nepoužít ty právní předpisy, které odporovaly duchu nové doby a výdobytkům národně socialistické revoluce.⁶⁷

Parlamentární rada si byla vědoma revoluční změny spočívající ve vyjmutí otázky přezkumu ústavnosti právních předpisů z působnosti obecných soudů a přenesení této kompetence na Spolkový ústavní soud, nicméně zkušenosti z Výmarské republiky byly natolik silné, že nakonec bylo prosazeno rozhodnutí vytvořit ve Spolkové republice systém koncentrovaného ústavního soudnictví. Jsou známé případy, kdy docházelo v soudním řízení k zákonné aplikaci nepráva⁶⁸ a kdy bylo akceptováno přání nacistických státních orgánů vyhotovovat rozsudky na objednávku.⁶⁹ Zavedení ústavního soudnictví ve Spolkové republice, které je dnes již zcela tradiční ústavní institucí, bylo ovšem odvážným krokem Parlamentární rady, který nebyl prověřen v žádném jiném evropském státě. Soudy ve Spolkové republice jsou podle čl. 100 Základního zákona povinny, v případě pokud mají použít při rozhodování zákon, který pokládají za protiústavní, přerušit řízení a vyčkat rozhodnutí buď zemského soudu příslušného pro

⁶⁴ Koelreutter, O. Der nationale Rechtsstaat. *Deutsche Juristen Zeitung* č. 38 (1933), s. 517 an.

⁶⁵ Destrukce správního soudnictví v nacistickém Německu byla způsobena ideovým postojem k základním právům a zejména k právu člověka bránit se před nezákonným zásahem do svých práv ze strany orgánu výkonné moci. Je důležité uvést, že národně socialistický systém byl postaven na principu totalitního státu, ve kterém je na prvním místě celek a teprve na druhém místě jsou jednotlivci. Jelikož vrcholným představitelem veřejné moci byl vůdce, nebylo představitelné, aby jedinec mohl uplatňovat své nároky vůči veřejné moci, v jejímž čele vůdce stál. Pro národní socialismus byla zcela nepřijatelná konstrukce veřejného subjektivního práva. K tomu viz Maunz, T. *Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Hamburg: 1934, s. 55; Maunz, T. Zum Neubau des deutschen Verwaltungsrechts. *Deutsche Juristen Zeitung* (1934), s. 1046 an.

⁶⁶ Někteří právníci odmítali soudcovský přezkum práva absolutně např. Anaschütz, G. *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. Berlin: 1933, s. 371 an.

⁶⁷ Na margo toho je třeba podotknout, že soudcovský přezkum práva je typický pro anglosaský systém.

⁶⁸ Radbruch, G. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, In *SJZ 1/1946*, s. 105 an.

⁶⁹ K problematice uplatňování práva soudci v nacistickém státě Wolf, E. *Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate*. Freiburg: 1934.

ústavní spory, ale to pouze v případě, pokud jde o porušení ústavy země, nebo rozhodnutí Spolkového ústavního soudu, je-li namítána nebo zpochybňována ústavnost spolkového zákona nebo je-li namítáno porušení Základního zákona. Myšlenka ústavního soudnictví je v Základním zákoně podtržena také v čl. 93 odst. 2, který vedle taxativních kompetencí Spolkového ústavního soudu vymezených v čl. 93 odst. 1 umožňuje stanovit spolkovým zákonem Spolkovému ústavnímu soudu působnost i v jiných případech než těch, které jsou taxativně uvedeny v Základním zákoně. Působnost Spolkového ústavního soudu tak může být rozšiřována jednoduchým spolkovým zákonodárstvím. V německé právní vědě má soudní přezkum zákonů a nařízení řadu zastánců, kteří již v období Výmarské republiky propagovali instituci ústavního soudnictví. Pro ústavní soudnictví se vyslovil Robert von Mohl ve své knize *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*; Heinrich Triepel dokonce soudní přezkum označil za nejdůležitější a nejučinnější prostředek ochrany občanských svobod.⁷⁰ Hans Kelsen sdílel názor, že ústavní soudnictví je součástí systémů opatření, které mají za úkol zajišťovat právnost výkonu státní moci.⁷¹ Josef Wintrich považoval ústavní soudnictví za korunovací a ukončení myšlení o právním státě. Gerhard Leibholz označoval ústavní soudy za nejvyšší strážce ústavy, jejichž prostřednictvím je ono „politické“ postaveno pod soudní kontrolu v rámci politického práva.⁷² Ernst Friesenhahn dokonce viděl v ústavním soudnictví poslední možnou kontrolu ústavního pořádku. René Marcic zastával dokonce názor, že žádná země, kterou je možné považovat za demokratickou, nemůže rezignovat na soudní kontrolu ústavnosti a nepostavit ústavní soud do středu současného právního státu.

Dalším institutem, o který lze opřít charakter Německa jako právního státu, je institut ústavní stížnosti, kdy má každý občan možnost se v případě, pokud jsou porušena jeho základní lidská práva a svobody a nedošel-li úspěchu v rámci obecné soustavy soudů, domáhat nápravy porušení svých práv v rámci ústavního soudnictví. Ústavní soudnictví tedy prošlo po roce 1945 výraznou proměnou, kdy se mnohem více obrací k člověku a kdy cílem ústavního soudnictví je chránit lidskoprávní sféru jedince a nerozhodovat již výhradně o státoprávních sporech, kompetenčních otázkách a přezkumu voleb, jak je to typické pro období meziválečné. Právě ideové zdroje německého ústavního soudnictví jsou zcela klíčové pro pochopení komplikovaného vztahu Spolkového ústavního soudu a Evropského soudního dvora. Spolkový ústavní soud si je totiž vědom nezbytnosti ovlivňování kompetenčních otázek souvisejících s evropskou integrací. Maastrichtský rozsudek jasně stanoví, že kompetenční kompetenci nelze na Evropskou unii přenést, přesto to musí být vnitrostátní ústavní soud, který bude v konečném důsledku rozhodovat o tom, zda Evropská unie přijala právní akt v souladu se zásadou jednotlivého zmocnění.⁷³ Napětí mezi oběma soudy není pouze latentní, neboť Evropský soudní dvůr si v průběhu času přisvojil kompetenci rozhodovat o tom,

⁷⁰ Triepel, H. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. In *VVDStRL*, sv. 5, Berlin-Leipzig: 1929, s. 66.

⁷¹ Triepel, H. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. In *VVDStRL*, sv. 5, Berlin-Leipzig: 1929, s. 85.

⁷² *Der Status des BVerfG*, s. 64.

⁷³ *BVerfGE* 89, 155, 188.

zda právní akt Evropské unie nevybočil z pravomocí svěřených Evropské unii, zda se tedy nejedná o vybočující právní akt (*ultra vires*). Příčinou eskalace napětí byl rozsudek Spolkového ústavního soudu k Evropskému zatýkácímu rozkazu, kdy Spolkový ústavní soud zrušil spolkový zákon, kterým byl implementován právní akt Evropské unie, který svou povahou byl aktem unijního a nikoliv komunitárního práva. Na základě této úvahy dospěl Spolkový ústavní soud k závěru, že rámcové rozhodnutí o Evropském zatýkáčím rozkazu spadá mimo rámec supranacionální rozhodovací struktury práva Evropského společenství a tudíž lze podle Spolkového ústavního soudu přezkoumávat ústavnost předpisů unijního práva, přičemž je lze napadat i ústavní stížností.⁷⁴ V tomto ohledu se dostal Spolkový ústavní soud do přímého sporu s judikaturou Evropského soudního dvora ve věci Pupino,⁷⁵ kdy Evropský soudní dvůr rozhodl, že aplikační přednosti před vnitrostátním právem požívají také rámcová rozhodnutí vydaná v rámci III. pilíře, čímž Evropský soudní dvůr do jisté míry komunitarizoval III. pilíř. Otázka tedy zní, kdo je kompetentní k rozhodování o dodržování ústavního kompetenčního zmocnění, zda Spolkový ústavní soud nebo Evropský soudní dvůr.⁷⁶ V zásadě tak již nejde o materiální pojmání kompetencí národních států přenášených na Evropskou unii, ale o judičiální kompetenční kompetenci.⁷⁷

Spolková republika Německo přistupuje ke vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva z dualistického pohledu, přičemž komunitární právo je považováno za autonomní právní systém vytvářený jinou než německou veřejnou mocí. Spolkový ústavní soud se dualistického pojetí vztahu mezinárodního a evropského práva drží poměrně striktně, neboť v roce 1967 rozhodl, že ústavní stížnost na evropské nařízení není přípustná, neboť je přímo použitelné, nicméně ve vztahu k transpozičním zákonům se nikdy pravomoci rozhodovat o neplatnosti vnitrostátního transpozičního zákona nevzdal.⁷⁸ Pokud jde o evropské směrnice, které lze vnitrostátně přímo použít, pak Spolkový ústavní soud rozhodl v roce 2000, že ústavní stížnost na evropské směrnice není přípustná, pokud stěžovatel neprokáže, že v rámci Evropské unie došlo ke snížení standardu ochrany základních lidských práv způsobem, který by byl v rozporu s materiální i procedurální ochranou základních lidských práv garantovanou Základním zákonem.⁷⁹ V tomto ohledu se tedy Spolkový ústavní soud drží závěrů z rozsudku Solange II. Dualistický stav považuje část odborné veřejnosti za dlouhodobě neudržitelný a volá po monismu, jenž by se měl projevit i v Základním zákoně. Ve vztahu k evropskému

⁷⁴ Rozsudek druhého senátu Spolkového ústavního soudu 2 BvR 2236/04 ze dne 18. července 2005.

⁷⁵ Viz rozsudek Evropského soudního dvora C – 105/03. Z komentářů k rozhodnutí např. Zemánek, J. Eurokonformní výklad rámcového rozhodnutí – povinnost nebo nepřipustný soudcovský aktivismus (věc Maria Pupino). *Jurisprudence* č. 8 (2005). Unger, M. V. So lange nicht mehr. BVerfG behauptet die normative Freiheit des deutschen Rechts. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* č. 11 (2005), s. 1270.

⁷⁶ Mayer, F. C. *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-Vires-Akte im Mehrebenensystem. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der Gerichte von EU und USA*. Baden-Baden: Nomos, 2000, s. 9 an.

⁷⁷ Weiller, J. Der Staat „über alles“. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* č. 44 (1996), s. 92.

⁷⁸ BVerfGE 45, 142.

⁷⁹ V souvislosti s touto doktrínou vzniká otázka, zda nedošlo k proměně chápání pojmu zákonného soudce, pokud občan Spolkové republiky musí prokazovat v rámci řízení o ústavní stížnosti, že na evropské institucionální úrovni není dostatečně zaručena ochrana jeho práv, aniž by takový test lidskoprávní ochrany provedl sám Spolkový ústavní soud. Občan se tak ocitá ve vakuu, domácí soudy mu ochranu nechtějí poskytnout a u evropských soudů lze výsledek předem předpokládat.

právu se totiž ukazuje nepraktičnost dualistického pojetí a dlouhodobě probíhá diskuze o překonání rozdílů mezi různými právními systémy a jejich nahrazení teorií hierarchie norem založené na právní síle bez ohledu na veřejnou moc, která je přijala. K této debatě významně přispěl Spolkový pracovní soud, který v roce 2006 rozhodl, že rozhodnutí Evropského soudního dvora o neaplikovatelnosti části německého zákona nepřekračuje pravomoci, které byly Spolkovou republikou na Evropské společenství přeneseny formou ratifikačního zákona.⁸⁰ Spolkový pracovní soud se ovšem nezabýval otázkou, nakolik je výrokem Evropského soudního dvora vázán, nýbrž konstatoval, že rozhodnutí bylo vydáno v souladu s pravomocemi, kterých Evropský soudní dvůr požívá. Lze se přiklonit k názoru, že se jak Spolkový pracovní soud, tak i Evropský soudní dvůr zachovaly velmi aktivisticky, neboť Evropskému soudnímu dvoru vůbec nepřísluší rozhodovat o konformitě vnitrostátních právních norem s komunitárním právem, jakož vnitrostátním soudům nepřísluší rozhodovat o výkladu zakládacích smluv nebo norem komunitárního práva. V tomto kontextu nelze aplikovat obecný požadavek po eurokonformním výkladu vnitrostátního práva, včetně práva ústavního.⁸¹ Eurokonformním výkladem nelze řešit kompetenční spory, natož pak na jeho základě rozhodovat o neaplikovatelnosti vnitrostátního práva.⁸² K tomu jsou oprávněny na základě ústavního práva pouze ústavní soudy členských států, které k takovému závěru mohou dospět pouze při využití axiomů vyplývajících z vnitrostátního ústavního pořádku. Ústavní soudy nejsou povinny derogovat vnitrostátní normy v případě kolize s evropským právem, jež je výkladem neodstranitelná, pokud by tímto postojem ovšem nebylo porušeno jiné ustanovení ústavního pořádku daného státu. Pokud by měl neodstranitelný konflikt mezi evropským a ústavním právem vyústit v supremaci principů evropského práva oproti vnitrostátním ústavním principům, pak by vnitrostátní ústavní soudy ztratily postavení soudních orgánů ochrany ústavnosti a strážců domácích ústav. V této logice by totiž ani Spolkový ústavní soud nemohl dospět k závěru, že využití přechodových klauzulí stanovených v Lisabonské smlouvě podléhá striktní vnitrostátní kontrole a že Spolková republika Německo není vázána lhůtami pro vyjádření Spolkového sněmu a Spolkové rady stanovenými Lisabonskou smlouvou, neboť se v minulosti přihlásila k myšlence evropské integrace a za tímto účelem přenesla na Evropské společenství a Evropskou unii katalog vlastních pravomocí. Soudcovský aktivismus Evropského soudního dvora vede paradoxně k resistenci ústavních soudů členských států, které se tím brání vytváření evropského ústavního práva skrze judika-

⁸⁰ Rozsudek Spolkového pracovního soudu (Bundesarbeitsgericht) 7 AZR 500/04 ve věci Mangold ze dne 26. dubna 2006.

⁸¹ Zemánek, J. Kompetenční a hodnotový rámec Evropské unie v „lisabonském“ nálezu Ústavního soudu. In Gerloch, A.; Wintr, J. (eds.) *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 136–137.

⁸² Praxe u německých obecných soudů se ovšem vyvíjí rozporně se závěry Spolkového ústavního soudu, neboť Spolkový soudní dvůr ve vazbě na zásadu eurokonformního výkladu dospěl např. v rozsudku BGH, VIII ZR 200/05 k závěru, že eurokonformní výklad vede i k přiznání bezprostřední použitelnosti směrnice, která není přímo použitelná a dokonce o její přímé použitelnosti nerozhodl ani Evropský soudní dvůr. Spolkový soudní dvůr tak použil eurokonformní výklad extenzivním způsobem namísto toho, aby využil všechny dostupné výkladové metody a s jejich pomocí interpretoval normu vnitrostátního práva. Pokud by byl závěr Spolkového soudního dvora obecně přijímán, pak by se proměnila i struktura výkladu práva, kdy vůdčím principem by se stal eurokonformní výklad, po něm by následoval výklad teleologický a až poté jazykový, historický a systematický výklad.

туру Evropského soudního dvora. Bylo-li by tomu jinak, pak by ústavní soudy popíraly svoji existenci a otevíraly tím možnost vytvoření „Evropského ústavního soudu“ beze změny primárního práva. K překonání tohoto paradigmatu vede cesta skrze změnu smluvních základů Evropské unie, nikoliv cesta skrze evropský soudcovský aktivismus.⁸³

Druhá část odborné veřejnosti je naopak toho názoru, že zavedení hierarchie vnitrostátních a evropských právních norem je cestou, která vyvrcholí přiznáním absolutní přednosti evropského práva, což by v důsledku vedlo k přiznání státoprávního charakteru Evropskému společenství.⁸⁴ Hierarchie norem by paradoxně vedla k jiným paradigmatům ústavněprávního charakteru, nebylo by zřejmé, kdo je oprávněn rozhodovat o neplatnosti vnitrostátního transpozičního zákona, zda je to nadále v souladu se svou rolí strážce Základního zákona Spolkový ústavní soud nebo zda je to Evropský soudní dvůr razící princip absolutní přednosti evropského práva i před vnitrostátním ústavním právem.

Spor mezi oběma názory, potažmo mezi vnitrostátními ústavními soudy a Evropským soudním dvorem lze řešit pouze návratem *ad fontes*, tj. kelsenovsky řečeno k ohnisku právního řádu. Nelze předpokládat, že by tímto ohniskem ve 21. století mohla být norma ústavního nebo evropského práva, ale spíše právní či státoprávní pojem, ať již jím bude demokratický právní stát nebo suverenita redefinovaná ve vztahu k poměrům současného světa. Od právního pojmu, jenž by odrážel obecné přesvědčení o jeho nezměnitelnosti, by se mohl začít odvíjet systematickým způsobem vztah vnitrostátního ústavního a evropského práva.

3. LISABONSKÝ NÁLEZ A NĚMECKÁ STÁTNOT

Druhý senát Spolkového ústavního soudu dne 30. června 2009 rozhodl, že zákon o schválení Lisabonské smlouvy (*Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon*) je v souladu se Základním zákonem. Na druhou stranu, zákon rozšiřující a posilující pravomoci Spolkového sněmu (*Bundestagu*) a Spolkové rady (*Bundesratu*) v záležitostech Evropské unie (*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*) je v rozporu s článkem 38 odst. 1 ve spojení s článkem 23 odst. 1 Základního zákona do té míry, že nedává *Bundestagu* a *Bundesratu* dostatečné pravomoci podílet se na evropském legislativním procesu a změnách evropských smluv. Ratifikační listina Spolkové republiky Německo k Lisabonské smlouvě proto nesmí být podle výroku Spol-

⁸³ Po úplnost je třeba dodat, že soudcovský aktivismus je příznačný ovšem i pro ústavní soudy; k tématu např. Dostál, M. Aktivismus prvního Ústavního soudu ČR jako reakce na převládající přístup k převažující interpretaci a aplikaci práva. In Hloušek, V.; Šimíček, V. (eds.) *Děla soudní moci v České republice*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 125–133. Z německé doktríny Häberle, P. *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*. Königstein: Athenäum, 1980.

⁸⁴ Di Fabio, U. Richtlinienkonformität als ranghöchstens Normauslegung? Überlegungen zum Einfluss des indirekten Gemeinschaftsrechts auf die nationale Rechtsordnung. *Neue Juristische Wochenschrift* č. 15 (1990), s. 947–954.

kového ústavního soudu uložena u deponitáře smlouvy do té doby, dokud Základním zákonem požadované zakotvení pravomocí parlamentu participovat na evropském legislativním procesu nevstoupí v účinnost.⁸⁵

Rozsudek se soustřeďuje na vztah mezi demokratickým systémem zakotveným v Základním zákoně na federální úrovni a nezávislým výkonem vlády dosaženým na evropské úrovni. Spolkový ústavní soud je přesvědčen, že vnitřní rozhodovací a jmenovací procedury na úrovni Evropské unie zůstávají převážně věrné podobě mezinárodní organizace, tj. analogické mezinárodnímu právu a že tak struktura Evropské unie v zásadě odpovídá principu rovnosti států, jako tomu bylo v minulosti.⁸⁶ V tomto závěru se ovšem skrývá pokračování „boje“ mezi Spolkovým ústavním soudem a Evropským soudním dvorem o supremaci německého ústavního a evropského práva v judičiální oblasti. Spolkový ústavní soud nadále odmítá přiznat aplikační přednost evropskému právu nad ústavním právem, což úzce souvisí s pojetím suverenity státu. Spolkový ústavní soud chápe jako výraz suverenity Spolkové republiky odraz jejího rozhodování v ústavních předpisech a proto Evropský parlament jako kvasiparlamentní orgán s výrazným demokratickým deficitem nemůže vytvářet normy mající aplikační přednost před vnitrostátním ústavním právem. Pokud by tomu tak bylo, pak by se totiž i Spolkový ústavní soud jako strážce německé ústavnosti musel v mezních situacích dotazovat v rámci předběžné otázky podle dosavadního čl. 234 Smlouvy o založení Evropského společenství na výklad evropské normy jsoucí v potenciální kolizi s ustanovením Základního zákona. To je pro Spolkový ústavní soud nepřijatelné nejenom z hlediska legitimacy moci ve státě, ale také z důvodu nekontrolovatelnosti legality evropských norem, neboť by pak neexistoval na německém území žádný soudní orgán, který by mohl konstatovat, že určitá norma evropského práva byla vydána na základě kompetence, k jejímuž přenesení na Evropskou unii nikdy nedošlo, a že tudíž nemůže vyvolávat na německém území zamýšlené důsledky. Doktrinální názory jsou v tomto ohledu různé.

Někteří autoři přiznávají evropskému právu aplikační přednost jak před zákonnými normami, tak i před předpisy ústavními s tím, že v rukách ústavních soudů je možnost rozhodnout o protiústavnosti evropské normy ať již přímo použitelné nebo transponované do pramene vnitrostátního práva, pokud by tato byla v rozporu s materiálním jádrem ústavního pořádku, což jsou v zásadě pouze základy státní suverenity⁸⁷ v rozsahu stanoveném buď ústavou samou, nebo dovoditelné na základě historického nebo systematického výkladu dané ústavy. Takový přístup by v praxi vedl k tomu, že by se sou-

⁸⁵ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ve věci Lisabonského nálezu bylo přijato jednomyslně a jeho odůvodnění sedmi hlasy proti jednomu (skutkový stav věci viz německé tiskové zprávy č. 2/2009 z 16. ledna 2009 a č. 9/2009 z 29. ledna 2009).

⁸⁶ Spolkový ústavní soud potvrzuje svůj konstantní závěr k ústavnímu charakteru Evropské unie, že se jedná o institucionální model, který je slučitelný se Základním zákonem, zejména s principem dělbý moci. Ve vztahu k Lisabonské smlouvě hodnotí dokonce pozitivním způsobem posílení pravomocí vnitrostátních parlamentů. Viz rozsudek Spolkového ústavního soudu ve spojených věcech 2 BvE 2/08 – 2 BvE 5/08 – 2 BvR 1010/08 – 2 BvR 1022/08 – 2 BvR 1259/08 – 2 BvR 182/09 (Lisabonský rozsudek), bod 152.

⁸⁷ Viz Král, R. Glosa k referenčnímu hledisku pro přezkum souladu Lisabonské smlouvy s Ústavou ČR. In Gerloch, A.; Wintir, J. (eds.) *Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 69–71.

částí právního řádu daného státu stala norma mající evropský základ, která je ale v materiálním rozporu s ústavním pravidlem majícím historický základ v daném státě, aniž by se jednalo o ústavní pravidlo mající z hlediska státní suverenity daného státu substantivní charakter. K negování ústavních pravidel není na úrovni Evropské unie legitimován žádný orgán. Ústavní pravidla mohou měnit pouze ústavodárci v jednotlivých členských státech, kteří ztělesňují vůli lidu daného státu vzešlou z řádných voleb.

Druhá skupina doktrinárních názorů inklinuje k přiznání aplikační přednosti evropského práva pouze vůči normám jednoduchého práva. Zřejmě se jedná o výraznější názorový proud, který je zároveň smířlivější k nalezení východiska z paradigmatického střetu mezi národní a „evropskou“ legitimitou. Tento doktrinární proud navíc akceptuje konstantní závěry judikatury Evropského soudního dvora o aplikační přednosti evropského práva, byť pouze vůči části vnitrostátního právního řádu.

Spolkový ústavní soud tedy konstatuje, že dokud neexistuje evropský lid,⁸⁸ jako subjekt legitimizace, nemůže být také vyjádřena jeho většinová vůle politicky efektivním způsobem, který by zohledňoval rovnost v kontextu základů evropského federálního státu, tj. mezi národy Evropské unie. Z tohoto důvodu proto členské státy zůstávají rozhodujícími držiteli veřejné moci, včetně unijní autority. Ve Spolkové republice Německo by navíc přistoupení k evropskému federálnímu státu vyžadovalo přijetí nové ústavy, která by odrážela vzdání se státní suverenity zakotvené v Základním zákoně. O takový akt se však v případě Lisabonské smlouvy nejedná. Evropská unie nadále tvoří mocenský svazek (*Herrschaftsverband*) založený na mezinárodním právu, který je trvale podpíráný vůli suverénních členských států. Primární odpovědnost za integraci je v rukách národních ústavních orgánů jednajících jménem lidu jednotlivých členských států. S rostoucími pravomocemi a další nezávislostí unijních institucí jsou tak nezbytné záruky držící krok s tímto vývojem, aby mohla být zachována zásada omezeného a kontrolovatelného svěření pravomocí ze strany členských států. S postupující integrací musí být uchována pole působnosti, která jsou nutná pro rozvoj demokraticky formovaných pozic členských států. Konkrétně musí být zajištěno, že odpovědnost za integraci je uplatňována státními orgány reprezentujícími lid jednotlivých členských států.

Další vývoj pravomocí Evropského parlamentu může zmenšit, ale ne úplně odstranit, mezeru mezi rozhodovací pravomocí evropských institucí a demokratickou vůlí občanů uplatňovanou v členských státech. Ani vzhledem ke svému složení ani vzhledem ke svému postavení ve struktuře Evropské unie však není Evropský parlament dostatečně připraven přijímat reprezentativní a odpovědná většinová rozhodnutí o politickém směřování. Poměřováno požadavky na demokracii v jednotlivých státech, volby do něj neodrážejí náležitě princip rovnosti⁸⁹ a není oprávněn přijímat autoritativní rozhodnutí o politickém směřování v kontextu supranacionálního vyvažování zájmů mezi státy. Evropský parlament proto nemůže být základem parlamentní vlády a formovat se v souladu se stranickou politikou na bázi koalice a opozice takovým způ-

⁸⁸ Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 151.

⁸⁹ Je zajímavé si všimnout, že Spolkový ústavní soud několikrát zdůrazňuje princip rovnosti v souvislosti s EP. Zdá se, že disproportionální rozdělení mandátů je pro soud zásadním demokratickým nedostatkem. Tento postoj se může projevit jako velmi důležitý pro další budoucí integraci.

sobem, aby rozhodnutí o politickém směřování přijaté evropským elektorátem mělo politicky rozhodující účinek. Vzhledem ke svému strukturálnímu demokratickému deficitu, který nemůže být napraven v rámci svazku národů, další integrační kroky za rámec *statu quo* nesmí podkopat ani schopnost států politicky jednat ani princip kontroly nad pravomocemi svěřenými Evropské unii.

Lid jednotlivých členských států je držitelem konstitutivní moci a Základní zákon nedovoluje konkrétním zákonodárným, výkonným a soudním orgánům nakládat se základními prvky německé ústavnosti, tj. ústavní identitou („*Verfassungsidentität*“).⁹⁰ Ústavní identita je nezczitelný prvek demokratického sebeurčení lidu. K zajištění efektivnosti práva volit a zachování demokratického sebeurčení je nezbytné, aby si Spolkový ústavní soud udržel pravomoc dohlížet v rámci svých pravomocí nad orgány Evropské unie, aby jejich akty neporušovaly německou ústavní identitu a zjevně nepřekračovaly jim svěřené pravomoci. Přesun kompetencí a nezávislost rozhodovacích procedur, které byly Lisabonskou smlouvou zvýšeny, proto vyžadují efektivní přezkum překročení pravomocí (*ultra vires*) na území Spolkové republiky Německo.

Spolkový ústavní soud posuzoval ve svém rozsudku zákon, kterým se schvaluje Lisabonská smlouva, také z hlediska práva volit. Právo volit je v souladu se zásadou demokracie, včetně ústavodárné moci lidu, vyjádřením práva demokratického sebeurčení, svobodné a rovné účasti na výkonu státní moci ve Spolkové republice Německo.⁹¹ Přezkum porušení práva volit rovněž zahrnuje přezkum neoprávněných zásahů do zásad, které stanoví článek 79 odst. 3 Základního zákona, jakožto esenciální podstatu německé ústavnosti. Právo občanů svobodně a rovně určit veřejnou moc, prostřednictvím voleb a jiného hlasování, je zakotvena v principu lidské důstojnosti⁹² a je zásadní součástí principu demokracie. Princip demokracie nepodléhá vyvažování jinými zájmy. Změny ústavy mající vliv na zásady stanovené v článku 1 a článku 20 Základního zákona jsou s ohledem na materiální jádro nepřípustné, neboť materiální jádro odebírá ústavním orgánům možnost volného nakládání s vlastní podstatou ústavního

⁹⁰ Viz čl. 79 odst. 3 Základního zákona.

⁹¹ Ve vazbě na historickou zkušenost byl při projednávání návrhu Základního zákona v Parlamentární radě připojen k charakteristice voleb v článku 38 ústavní požadavek na jejich svobodnost, a to vedle velmi obecných atributů všeobecnosti, rovnosti, přímosti a tajnosti. Tyto požadavky byly zakotveny již v článku 22 Výmarské ústavy, nicméně ve Výmarské ústavě nebyl obsažen požadavek svobodných voleb jako ústavní atribut. Někteří členové Parlamentární rady proto navrhovali zakotvit do textu Základního zákona princip zákazu jakéhokoliv omezení svobody při rozhodování ve volbách nebo hlasováních. Tento požadavek si kládli za cíl obecně chránit svobodné volby. Parlamentární rada se většinou svých členů k tomuto názoru nepřipojila a nakonec nebyl tento požadavek obecného zákazu omezování voleb do Základního zákona zakotven, kdy hlavním důvodem byla možná kolize s charakterem nového státu, který měl být státem schopným bránit se a bojovat proti politickým stranám, které by hodlaly prosazovat v rámci svobodných voleb antidemokratické názory a postuláty. Spolková republika Německo se obecně obávala, že by ústavní atribut zákazu jakéhokoliv omezení svobody voleb mohl být kontraproduktivní a mohl by znamenat nemožnost omezovat kandidaturu takovýchto nedemokratických stran ve volné soutěži politických stran. Ve vztahu k politickému systému se diskutovalo o otázce zákazu jednostranického politického systému a také o zákazu tzv. blokového systému, který spočívá v kandidatuře několika politických stran v rámci jediného volebního bloku. Do Základního zákona nakonec nebyl zákaz jednostranického politického systému ani zákaz blokového systému kandidatury politických stran převzat, nicméně výraznou ústavní záruku politického systému založeného na soutěži vícero politických stran obsahuje čl. 21 Základního zákona, který stanoví, že politické strany spolupůsobí při tvorbě politické vůle lidu. Z tohoto ustanovení lze implicitně dovodit zákaz jednostranického politického systému, neboť na tvorbě politické vůle lidu musí spolupůsobit vždy několik politických stran.

⁹² Viz čl. 1 Základního zákona.

pořádku, a to dokonce i ústavodárné moci mající možnost měnit Základní zákon. Ústavodárná moc nedává zástupcům a orgánům lidu mandát ke změnám substantivních ústavních zásad subsumovatelných pod článek 79 odst. 3 Základního zákona.

Neméně důležitou otázkou rozpracovanou Spolkovým ústavním soudem v rozsudku je i otázka integrace Spolkové republiky Německo do mezinárodních organizací, a potažmo tedy i otázka poměru německého právního řádu k právním řádům těmito organizacemi vytvářeným.⁹³ Základní zákon je ve vazbě na princip demokracie otevřen myšlence Spolkové republiky Německo integrující se do mezinárodního a evropského mírového pořádku. Základní zákon je založen na otevřenosti státního systému vládnutí pravidlům mírové spolupráce mezi národy, jakož i na otevřenosti evropské integraci. Ani rovnocenná integrace do evropských struktur ani integrace do mírových systémů, jako jsou Organizace spojených národů nebo Rada Evropy, nevedou nutně ke změně v systému výkonu veřejné moci ve Spolkové republice. Právě naopak. Spolková republika usiluje o navázání svobodných a vzájemně rovnocenných závazků, které budou zaručovat mír a posilovat možnost utváření politiky společným koordinovaným způsobem.

Základním zákonem stanovený imperativ k uskutečňování spojené Evropy, který vychází z článku 23 odst. 1 a preambule, znamená, pokud jde o německé ústavní orgány, že účast na evropské integraci není ponechána jejich politické diskreci. Základní zákon požaduje účast na evropské integraci a mezinárodním mírovém pořádku. Uplatní se tudíž nejen zásada otevřenosti vůči mezinárodnímu právu (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), ale také zásada otevřenosti vůči evropskému právu (*Europarechtsfreundlichkeit*).

Souhlas s přenesením pravomocí na Evropskou unii podle článku 23 odst. 1 Základního zákona lze poskytnout za podmínky, že státní suverenita a princip ústavního státu budou vykonávány v rámci zodpovědného integračního procesu a v souladu se zásadou svěřených pravomocí a při respektování ústavní identity členských států. V důsledku evropské a mezinárodní integrace současně Spolková republika nemůže ztratit schopnost politicky a sociálně utvářet životní podmínky, za které nese vůči svému lidu odpovědnost. Článek 23 odst. 1 Základního zákona ani preambule k politickému charakteru integrující se Evropy nic nestanoví, nicméně umožňuje ústavním orgánům účastnit se a rozvíjet Evropskou unii pouze, pokud je koncipována jako sdružení svrchovaných národních států (*Staatenverbund*). Pojem „*Verbund*“ zahrnuje úzké dlouhotrvající sdružení států, které zůstávají svrchovanými. Sdružení států, které vykonává veřejnou moc na základě mezinárodní smlouvy, musí být koncipováno tak, že pouze členské státy mohou nakládat s mezinárodněprávní podstatou takového sdružení (členské státy jsou pány smluv) a kdy pouze národy členských států, tj. občané států, zůstávají subjekty demokratické legitimizace.⁹⁴ Evropská unie musí jednat v souladu s demokratickými zásadami, pokud jde o její povahu a rozsah, a také pokud jde o její vlastní organizační a procesní vytváření.

⁹³ Viz stručný, ale výstižný popis vzájemného vztahu Ipsen, J. *Der Staat der Mitte*. München: C. H. Beck, 2009, s. 96–100.

⁹⁴ Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 229.

To v první řadě znamená, že výsledkem evropské integrace nesmí být narušován systém demokratického vládnutí v Německu, což nutně neznamená, že by určité množství nebo určité druhy výsostných pravomocí musely zůstat v rukou států. Evropské sjednocování na základě smluvního spojení suverénních států však nesmí být uskutečňováno způsobem, aby členskými státem nezůstal dostatečný prostor pro politické formování hospodářských, kulturních a společenských podmínek života. To se vztahuje na oblasti, které utvářejí životní podmínky občanů, zejména prostor vlastní odpovědnosti i osobní a sociální bezpečnosti, jenž je chráněn základními právy, a na taková politická rozhodnutí, která jsou zvláště podmíněna kulturním, historickým a jazykovým předporozuměním a která se diskursivně utvářejí ve stranicko-politickém a parlamentně organizovaném prostoru politické veřejnosti.⁹⁵ Pokud je v těchto oblastech, které mají zásadní význam pro demokracii, přesun suverénních pravomocí vůbec dovolen, požaduje se úzký výklad. To se týká zejména oblasti trestního práva, policejního a vojenského monopolu při používání ozbrojené síly,⁹⁶ zásadních fiskálních rozhodnutí o příjmech a výdajích,⁹⁷ vytváření životních podmínek prostřednictvím sociální politiky a kulturně důležitých rozhodnutí ve sféře školského a vzdělávacího systému, ustanovení týkajících se řízení sdělovacích prostředků a jednání s náboženskými společnostmi.

Základní zákon navíc neumožňuje německým státním orgánům, aby přenášely svrchované pravomoci na Evropskou unii takovým způsobem, že by na základě jejich přenosu a výkonu mohla Evropská unie nezávisle na Spolkové republice vykonávat další pravomoci, k jejichž přenosu nebyl dán souhlas. Spolkový ústavní soud tak zakazuje přesun pravomocí rozhodovat o své vlastní pravomoci na Evropskou unii (*Kompetenz-Kompetenz*). Zásada omezeného zmocnění k výkonu svěřených pravomocí je proto nejen zásadou evropského práva,⁹⁸ obdobně jako je tomu u závazku Evropské unie respektovat národní identitu členských států,⁹⁹ nýbrž i zásadou ústavního charakteru pro jednotlivé členské státy, jejímž cílem je zajistit, aby integrační proces probíhal skutečně koordinovaným a dostatečně přesným způsobem, jak to předpokládají zakládací smlouvy. Extenzivní použití zásady omezeného zmocnění, které by mělo za následek změnu práva stanoveného v zakládacích smlouvách, se může uskutečnit bez ratifikačního postupu, jako je to u mezinárodních smluv obvyklé, nicméně zvláštní odpovědnost za takový postup náleží zákonodárným orgánům, které jsou podle článku 23

⁹⁵ Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 249.

⁹⁶ V této souvislosti je nutné poukázat na Oddíl C – bezpečnost a obrana v příloze č. 2 Rozhodnutí hlav států nebo předsedů vlád 27 členských států EU zasedajících v Evropské radě ve vztahu k obavám irského lidu týkajícím se Lisabonské smlouvy, který stanoví ve vztahu ke všem členskými státem EU, že „Žádným ustanovením tohoto oddílu není ovlivněn ani dotčen postoj či politika jakéhokoli jiného členského státu v oblasti bezpečnosti a obrany. Rozhodnutí o své účasti ve vojenské operaci přijme samotné Irsko či jiný členský stát v souladu s příslušnými vnitrostátními právními požadavky.“ Tento závazek byl přijat na zasedání Evropské rady v Bruselu ve dnech 18.–19. června 2009, tj. za českého předsednictví.

⁹⁷ Oddíl B – daně v příloze č. 2 Rozhodnutí hlav států nebo předsedů vlád 27 členských států EU zasedajících v Evropské radě ve vztahu k obavám irského lidu týkajícím se Lisabonské smlouvy, který stanoví ve vztahu ke všem členskými státem EU, že „Žádné ustanovení Lisabonské smlouvy nijak nemění pro žádný členský stát rozsah nebo výkon pravomocí Evropské unie v oblasti zdanění.“

⁹⁸ Viz článek 5 odst. 1 Smlouvy o EU; články 5 odst. 1 věta první a čl. 5 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy.

⁹⁹ Viz čl. 6 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii; čl. 4 odst. 2 věta první Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy.

odst. 1 Základního zákona, pokud jde o účast na integračním procesu, na národní úrovni zodpovědné za splnění ústavních axiomů takového postupu (zodpovědnost za integraci).

V návaznosti na to proto Spolkový ústavní soud konstatuje, že zákon, kterým se schvaluje smlouva měnicí evropské zakládací smlouvy a vnitrostátní doprovodné předpisy, musí projít testem souladu se zásadou omezeného zmocnění, aniž by došlo k tomu, že si Evropská unie bude moci přisvojit „Kompetenz-Kompetenz“ nebo že by takovou změnou byla narušena ústavní identita členských států, tj. v případě Německa identita zakotvená v Základním zákoně. Pro hraniční kauzy týkající se toho, co je stále ještě ústavně přípustné, německé zákonodárství musí přijmout taková zákonná opatření, na jejichž základě budou neratifikované změny zakládacích smluv vyžadovat souhlas zákonodárného sboru, aby bylo zaručeno, že integrační odpovědnost nesou i nadále zákonodárné orgány Spolkové republiky, a nikoliv orgány exekutivní.

Spolkovému ústavnímu soudu tak přísluší pravomoc přezkoumávat, zda se právní akty evropských orgánů a institucí, při zachování principu subsidiarity podle komunitárního a unijního práva,¹⁰⁰ drží v mezích zásady jednotlivého omezeného zmocnění (přezkum *ultra vires*).¹⁰¹ Dále Spolkový ústavní soud bude přezkoumávat, zda je zachováno nedotknutelné materiální ohnisko ústavní identity podle článku 23 odst. 1 věty třetí ve spojení s článkem 79 odst. 3 Základního zákona. Výkon těchto pravomocí přezkumu garantuje základní politické a ústavní struktury suverénních členských států,¹⁰² a to i za postupující integrace. Jeho aplikace v konkrétním případě odpovídá zásadě otevřenosti Základního zákona vůči evropskému právu. Evropská unie se nestává federálním státem, nýbrž zůstává společenstvím suverénních států, na něž se vztahuje zásada omezeného zmocnění. Evropský parlament není orgánem reprezentace svrchovaného evropského lidu, ale zastupitelskou institucí národů jednotlivých členských států, a proto se ve vztahu k němu neuplatňuje princip rovné volby (*Grundsatz der Wahlgleichheit*), který je společný všem evropským zemím. Další ustanovení Lisabonské smlouvy, jako jsou dvojí kvalifikovaná většina v Radě,¹⁰³ prvky participiční, asociační a přímé demokracie¹⁰⁴ a přiznání institucionální úlohy národních parlamentů,¹⁰⁵ nemohou vyrovnat deficit evropské výsostné moci, nicméně mohou zvýšit úroveň legitimity sdružení států (*Staatenverbund*).

Spolková republika Německo zůstane po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost suverénním státem. Především je chráněna podstata německé státní moci. Rozdělení pra-

¹⁰⁰ Článek 5 odst. 2 Smlouvy o založení ES; článek 5 odst. 1 věta první a článek 5 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy. Lisabonská smlouva zavádí kontrolu principu subsidiarity vnitrostátními parlamenty, což bývá zpochybňováno jako nedostatečné a v zásadě nefunkční opatření, neboť parlamenty nejsou vzhledem k množství evropských předpisů schopny ex ante provádět efektivní a kvalifikovanou kontrolu uplatňování principu subsidiarity, nemají-li rezignovat za svůj primární cíl, tj. tvorba vnitrostátního práva. K tomu viz Papier, H.-J. *Das Subsidiaritätsprinzip als Bremse des schleichenden Zentralismus in Europa?* Ringvorlesung na univerzitě v Tübingen přednesená dne 28. listopadu 2006.

¹⁰¹ V němčině „Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung“.

¹⁰² Viz článek 4 odst. 2 věta první Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy.

¹⁰³ Viz článek 16 odst. 4 Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy, článek 238 odst. 2 Smlouvy o fungování Evropské unie

¹⁰⁴ Viz článek 11 Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy.

¹⁰⁵ Viz článek 12 Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy.

vomocí Evropské unie a jejich vymezení ve vztahu k pravomocím členských států se uskutečňuje na základě zásady svěřeni pravomocí a dalších ochranných mechanismů, zejména podle ustanovení týkajících se výkonu pravomocí. Přenos výsostných pravomocí na Evropskou unii, prováděný kontrolovaným a odpovědným způsobem, tak není jednotlivými ustanoveními Lisabonské smlouvy zpochybněn. Toto se týká především zjednodušeného postupu pro přijímání změn základních smluv.¹⁰⁶ „Souhlas“ Spolkové republiky Německo ve zjednodušeném postupu pro přijímání změn vyžaduje přijetí zákona ve smyslu článku 23 odst. 1 věty druhé Základního zákona, jakožto zvláštního zákona (*lex specialis*) ve vztahu k článku 59 odst. 2 Základního zákona (*lex generalis*).¹⁰⁷

V rozsahu, ve kterém obecná přechodová klauzule podle článku 48 odst. 7 Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy, umožňuje přechod od zásady jednomyslnosti ke kvalifikované většině při rozhodování v Radě či přechod od zvláštního k řádnému legislativnímu postupu, představuje tento mechanismus rovněž změnu základní smlouvy, která by měla být posuzována na základě článku 23 odst. 1 věty druhé Základního zákona. Právo národních parlamentů vyjádřit svůj nesouhlas¹⁰⁸ není dostatečným ekvivalentem požadavku ratifikace. Zástupce německé vlády v Evropské radě může dát souhlas ke změně Smlouvy prostřednictvím použití obecné přechodové klauzule pouze tehdy, jestliže německý Spolkový sněm a Spolková rada přijmou zákon na základě článku 23 odst. 1 Základního zákona, přičemž přijetí tohoto zákona není vázáno na lhůtu 6 měsíců stanovenou Smlouvou o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy.¹⁰⁹ Souhlas německého zákonodárce tak musí být učiněn výslovně bez ohledu na lhůty stanovené evropským právem. Samotné marné uplynutí 6 měsíční lhůty nelze považovat podle Spolkového ústavního soudu za fikci souhlasu s přenosem kompetencí, který by byl dán v souladu se Základním zákonem.

Zákon ve smyslu článku 23 odst. 1 věty druhé Základního zákona není nezbytný v rozsahu, v němž jsou zvláštní přechodové klauzule omezeny na oblasti, které jsou již dostatečně určeny Lisabonskou smlouvou a které nepředpokládají právo národních parlamentů vyjádřit svůj nesouhlas. V těchto případech je však také na Spolkovém sněmu a Spolkové radě, jsou-li dotčeny legislativní pravomoci spolkových zemí, aby jiným vhodným způsobem dostály své odpovědnosti v otázce integrace. Práva veta v Radě se nelze vzdát bez účasti příslušných legislativních orgánů, i pokud se jedná o záležitosti, které jsou již fakticky stanoveny ve Smlouvách. Zástupce německé vlády v Evropské radě nebo v Radě tak může dát jménem Spolkové republiky souhlas ke změně primárního práva prostřednictvím použití některé ze zvláštních pře-

¹⁰⁶ Viz článek 48 odst. 6 Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy. K tomu viz rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 309 an.

¹⁰⁷ Citace čl. 23 odst. 1 věty druhé Základního zákona: „Spolek může za tímto účelem přenášet svá výsostná práva zákonem se souhlasem Spolkové rady.“ Citace čl. 59 odst. 2 Základního zákona: „Ke smlouvám, které upravují politické vztahy Spolku nebo se vztahují na předměty spolkového zákonodárství je třeba souhlasu nebo spolupůsobení sborů, jimž přísluší spolkové zákonodárství, ve formě spolkového zákona. U správních dohod platí přiměřeně předpisy o spolkové správě.“

¹⁰⁸ Viz článek 48 odst. 7 třetí pododstavec Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy.

¹⁰⁹ Viz článek 48 odst. 7 třetí pododstavec Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy.

chodových klauzulí pouze tehdy, jestliže německý Spolkový sněm a Spolková rada, vyžadují-li to ustanovení o zákonodárné moci, schválí takové rozhodnutí ve lhůtě 6 měsíců.

Rovněž klauzule flexibility podle článku 352 Smlouvy o fungování Evropské unie¹¹⁰ může být interpretována tak, že v předpisech zamýšlený program integrace může být stále předvádán a určován německými zákonodárnými orgány. S ohledem na předem neurčenou povahu možných případů aplikace vyžaduje použití klauzule flexibility z ústavního hlediska ratifikaci německým Spolkovým sněmem a Spolkovou radou na základě článku 23 odst. 1 věty druhé a třetí Základního zákona.

Pravomoc přezkumu Spolkového ústavního soudu není dotčena Deklarací č. 17 o právu přednosti přiloženou k Závěrečnému aktu Lisabonské smlouvy. Základem a mezemi aplikace práva Evropské unie ve Spolkové republice Německo je příkaz aplikovat právo, který je obsažen v zákoně o schválení Lisabonské smlouvy a který může být dán pouze v mezích daného ústavního pořádku. V tomto ohledu je nevýznamné, zda je zásada přednosti aplikace, kterou Spolkový ústavní soud již pro právo Společenství uznal,¹¹¹ obsažena ve smlouvách samotných nebo v Deklaraci č. 17 přiložené k Závěrečnému aktu Lisabonské smlouvy.¹¹²

Pravomoci, které byly nově ustaveny nebo prohloubeny Lisabonskou smlouvou v oblasti justiční spolupráce v trestních a civilních věcí, mezinárodních obchodních vztahů, společné obrany a sociálních otázek, mohou a musí být – aby bylo zamezeno neústavnímu stavu – uplatňovány institucemi Evropské unie takovým způsobem, aby na úrovni členských států zůstaly úkoly značné závažnosti co do jejich dosahu a rozsahu, což jsou právní a praktické předpoklady živoucí demokracie. V tomto ohledu Spolkový ústavní soud upozorňuje, že musí být věnována náležitá pozornost tomu, že

¹¹⁰ Citace čl. 352 Smlouvy o fungování Evropské unie:

„1. Ukáže-li se, že k dosažení některého z cílů stanovených Smlouvami je nezbytná určitá činnost Unie v rámci politik vymezených Smlouvami, které však k této činnosti neposkytují nezbytné pravomoci, přijme Rada na návrh Komise jednomyslně po obdržení souhlasu Evropského parlamentu vhodná ustanovení. Pokud jsou dotyčná ustanovení přijímána Radou zvláštním legislativním postupem, rozhoduje rovněž jednomyslně, na návrh Komise a po obdržení souhlasu Evropského parlamentu.

2. V rámci postupu pro kontrolu zásady subsidiarity podle čl. 5 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii upozorní Komise vnitrostátní parlamenty na návrhy založené na tomto článku.

3. Opatření založená na tomto článku nesmějí harmonizovat právní předpisy členských států v případech, kdy Smlouvy tuto harmonizaci vylučují.

4. Tento článek nemůže sloužit jako základ pro dosažení cílů stanovených v rámci společné zahraniční a bezpečnostní politiky a každý akt přijatý na základě tohoto článku respektuje meze stanovené v čl. 40 druhém pododstavci Smlouvy o Evropské unii.“

¹¹¹ Spolkový ústavní soud ve vztahu k přednosti evropského práva a otázce suverenity konstatoval, že ani zakotvení Listiny základních práv Evropské unie ani zakotvení přednosti evropského práva nevede k vytvoření evropského státu. Viz Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 151.

¹¹² Citace Deklarace č. 17 přiložené k Lisabonské smlouvě: „17. Prohlášení o přednosti práva: Konference připomíná, že v souladu s ustálenou judikaturou Soudního dvora Evropské unie mají Smlouvy a právo přijímané Unii na základě Smluv přednost před právem členských států, za podmínek stanovených touto judikaturou. Konference dále rozhodla, že se k tomuto závěrečnému aktu připojí stanovisko právní služby Rady o přednosti práva ES ve znění uvedeném v dokumentu 11197/07 (JUR 260): „Stanovisko právní služby Rady ze dne 22. června 2007
Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že přednost práva ES je základní zásadou práva Společenství. Podle soudního dvora je tato zásada neodmyslitelným prvkem zvláštní povahy Evropského společenství. V době prvního rozsudku této ustálené judikatury (rozsudek ze dne 15. července 1964 ve věci 6/64, Costa/ENEL) nebyla ve smlouvě žádná zmínka o přednosti. Je tomu tak i dnes. Skutečnost, že zásada přednosti nebude v budoucí smlouvě uvedena, nezmění žádným způsobem existenci této zásady ani stávající judikaturu Soudního dvora.““

demokratické sebeurčení je zvláště citlivým způsobem ovlivňováno ustanoveními trestního práva hmotného a procesního, a proto musí být příslušná kompetenční ustanovení v základacích smlouvách interpretována striktně s tím, že jejich použití si vždy vyžaduje zvláštního odůvodnění.

V návaznosti na tento závěr je pak použití dynamického blanketního zmocnění¹¹³ umožňujícího rozšířit seznam zvláště závažných trestných činů s přeshraničním dopadem „na základě vývoje zločinnosti“ fakticky rovnocenné rozšíření pravomocí Evropské unie, a proto rozšíření seznamu zvláště závažných trestných činů s přeshraničním dopadem podle názoru Spolkového ústavního soudu vyžaduje vždy přijetí zvláštního zákona podle čl. 23 odst. 1 věty druhé Základního zákona.¹¹⁴

V oblasti justiční spolupráce v trestních věcech Spolkový ústavní soud klade velký důraz na ustanovení zakládacích smluv, která členským státům přiznávají zvláštní práva v legislativním procesu.¹¹⁵ Z pohledu německého ústavního práva je demokratická legitimizace skrze národní parlamenty zachována pouze tehdy, pokud německý zástupce v Radě Evropské unie uplatní právo členského státu v rámci procedury záchranné brzdy na základě mandátu daného Spolkovým sněmem nebo v rozsahu požadovaném ustanoveními spolkového zákonodárství na základě mandátu daného Spolkovou radou.

K problematice nasazování ozbrojených sil v zahraničí Spolkový ústavní soud uvedl, že existence povinného parlamentního souhlasu s rozmístěním ozbrojených sil do zahraničí bude pokračovat i po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost.¹¹⁶ Lisabonská smlouva totiž nepřiznává Evropské unii pravomoc používat ozbrojené síly členských států, aniž by s tím dotčený členský stát nebo jeho parlament vyslovil souhlas.¹¹⁷

Lisabonská smlouva rovněž neomezuje možnosti jednání *Bundestagu* v oblasti sociální politiky v míře a způsobem, který by narušoval princip sociálního státu¹¹⁸ a byl tak v rozporu se Základním zákonem, natož aby byl nepřipustně omezen demokratický rámec rozhodovacího mechanismu v sociální oblasti.

Schvalovací proces Lisabonské smlouvy v *Bundestagu* a *Bundesratu* byl doprovázen i novelou Základního zákona,¹¹⁹ kterou byl do čl. 23 Základního zákona vložen nový odstavec 1a, kterým bylo oběma komorám přiznáno právo podat samostatně žalobu z důvodu porušení principu subsidiarity a proporcionality. Kvórum pro podání žaloby k Evropskému soudnímu dvoru bylo sníženo na 1/4 členů Spolkového sněmu,

¹¹³ Článek 83 odst. 1 třetí pododstavec Smlouvy o fungování Evropské unie.

¹¹⁴ Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, body 352 an., 419.

¹¹⁵ Článek 82 odst. 3 a čl. 83 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie, tzv. procedura záchranné brzdy.

¹¹⁶ V roce 2003 probíhal ve Spolkové republice Německo spor o nasazení letounů AWACS v Turecku, kde působily na základě Konya. Spolková vláda si tehdy nevyžádala souhlas Spolkového sněmu. Spolkový ústavní soud nakonec konstatoval v rozsudku 2 BvQ 18/03 ze dne 25. března 2003, že v tomto konkrétním případě nebyla práva Spolkového sněmu ohrožena neudělením souhlasu s vysláním letadel, a to i přesto, že Bundeswehr je parlamentní armádou. Blíže viz Mlsna, P. *Ústavní soudnictví v německých mluvčích zemích a jeho vztah k politice*. Praha: Univerzita Karlova v Praze. Právnická fakulta, 2006. Disertační práce uložená v knihovně Právnické fakulty v Praze, s. 323–326.

¹¹⁷ K vyslání Bundeswehru do zahraničí blíže Ryjáček, J. *Spolkový sněm a nasazení ozbrojených sil v zahraničí*. Praha: Univerzita Karlova v Praze. Fakulta sociálních věd. Institut mezinárodních studií, 2008. Disertační práce uložená v knihovně T. G. Masaryka v Praze Jinonických.

¹¹⁸ Viz článek 23 odst. 1 věta třetí ve spojení s článkem 79 odst. 3 Základního zákona.

¹¹⁹ BGBl 2008 I, s. 1926. Novela Základního zákona ze dne 8. října 2008 se týká článků 23, 45 a 93 s tím, že vstoupí v platnost v okamžiku, kdy se stane Lisabonská smlouva ze dne 13. prosince 2007 (BGBl. 2008 II, s. 1038) pro Spolkovou republiku Německo závaznou podle jejího článku 6 odst. 2.

čímž bylo jednotně nastaveno i kvórum umožňující podat 1/4 poslanců Spolkového sněmu návrh Spolkovému ústavnímu soudu na zrušení zákona nebo jeho části. Dosud byla k podání takového návrhu oprávněna 1/3 všech poslanců. Zároveň novela Základního zákona stanovila, že spolkový zákon může stanovit rozdílná kvóra pro hlasování ve Spolkovém sněmu a Spolkové radě, pokud komory uplatňují práva vyplývající pro ně ze Smlouvy o Evropské unii, což znamená, že komory mohou rozhodovat při uplatňování „evropských“ kompetencí jinými většinami, než jak to stanoví obecně Základní zákon. Posledním bodem novely Základního zákona byla stanovena možnost, aby spolkový zákon umožnil Výboru pro záležitosti Evropské unie, aby vykonával práva, která jinak na základě primárního práva přísluší Spolkovému sněmu.

Spolkový ústavní soud neshledal při posuzování novely Základního zákona žádné zásadní ústavněprávní pochybnosti. K porušení demokratických principů zakotvených v článku 79 odst. 3 Základního zákona novým zněním článku 23 odst. 1a nedochází, neboť pouze rozpracovává oprávnění vznést žalobu na porušení principu subsidiarity,¹²⁰ jakožto menšinového práva členů Spolkového sněmu; obdobně není v rozporu s demokratickými principy ani nové znění článku 45 věty třetí Základního zákona.

Naopak zákon rozšiřující a posilující pravomoci Spolkového sněmu a Spolkové rady v záležitostech Evropské unie porušuje článek 38 odst. 1 ve spojení s článkem 23 odst. 1 Základního zákona v tom, že práva účasti německého *Bundestagu* a *Bundesratu* v záležitostech Evropské unie nebyla vypracována v ústavně požadovaném rozsahu. Pokud je na základě zásady omezeného svěřeni pravomoci přijímán evropský právní akt takovým způsobem, že změna primárního práva může být provedena výhradně a rozhodnou měrou institucemi Evropské unie, i když při dodržení požadavku jednomyslnosti v Radě, přesto vnitrostátním ústavním orgánům náleží zvláštní zodpovědnost. V Německu tato zodpovědnost za integraci musí na vnitrostátní úrovni splňovat ústavní požadavky stanovené zejména v článku 23 odst. 1 Základního zákona.¹²¹ S poukazem na princip odpovědnosti uložil Spolkový ústavní soud vypracovat takovou novelu jednacího řádu Spolkového sněmu a Spolkové rady, která by odpovídajícím způsobem posílila parlamentní kontrolu nad výkonem pravomocí svěřených Evropské unii.¹²²

Rozsudek Spolkového ústavního soudu je návratem k suverenitě. Suverenita jako nejvyšší, nedělitelná a teritoriálně omezená moc¹²³ je konceptem, který jakoby prožíval pod zorným úhlem Lisabonské smlouvy renesancí. Jedná se o koncept, který má v mezinárodním právu své opodstatnění. Moderní definice suverenity ve smyslu spolupůsobení národních států v supranacionálních organizacích, tj. rozdělení výkonu kompetencí národních států mezi mezinárodní organizace a je samé, není konceptem,

¹²⁰ V německé doktríně přetrvává názor, že princip subsidiarity nezakládá nové kompetence Evropského společenství a lze jej uplatňovat pouze v rámci kompetencí, které již byly na Evropské společenství přeneseny. Ve světle Lisabonské smlouvy je zpochybňována i rozšířená kontrola dodržování principu subsidiarity ze strany vnitrostátních parlamentů; viz Papier, H. J. Das Subsidiaritätsprinzip – Bremse des europäischen Zentralismus? In Deppenheuer, O.; Heintzen, M.; Jestaedt, M. (eds.) *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, s. 691–705.

¹²¹ Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 406.

¹²² Steint, T. Demokratische Legitimierung auf supranationaler und internationaler Ebene. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* č. 64 (2004), s. 570.

¹²³ Rozsudek Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě, bod 233.

který by se historicky vyvinul, nýbrž konceptem, který vychází z chťění, aby tomu tak bylo.¹²⁴ Nicméně stav evropské integrace je velmi pokročilý a v jistém ohledu snad i nekontrolovatelný, proto je třeba trvat na tom, že jsou to národní státy, které jsou určujícími subjekty mezinárodního práva a z jejich vůle jsou mezinárodním organizacím svěřeny pravomoci s tím, že legitimitu jejich výkonu na supranacionální úrovni je třeba striktně poměřovat dodržováním základních lidských práv a principem *good governance* ve vztahu k členským státům; zejména naplňování tohoto principu ovšem ve vztahu k exekutivním orgánům Evropské unie pokulhává. Legitimita se totiž projevuje zejména v praktických výstupech orgánů supranacionálních organizací, přičemž rozhodující z hlediska akceptace těchto výstupů na vnitrostátní úrovni není míra legitimacy, kterou tyto orgány disponují, ale jejich odbornost a přesvědčivost.¹²⁵ Legitimita získaná skrze každodenní praktickou činnost ovšem nesmí oslabit možnost demokratické kontroly těchto orgánů,¹²⁶ kterou v případě Evropské unie jako supranacionální organizace disponují pouze členské státy. Rozhodovací činnost Evropského soudního dvora nelze z tohoto kontrolního mechanismu vyjmout a případný střet mezi vnitrostátními a evropskými judiciálními orgány proto nelze vnímat jako ohrožení integračního procesu, ale jako důsledek jeho kontroly a snahu po hledání vzájemného vztahu, který naopak nebude evropskou integraci brzdit nepřekonatelnými rozpory.

ZÁVĚR

Hledání rovnováhy mezi národními státy, jsoucími členskými státy Evropské unie, a mezinárodněprávně se emancipující Evropskou unií je mimořádně citlivá záležitost. Při pohledu na německý vývoj demokratického ústavního státu je třeba mít na paměti, že zrod německého národa je výsledkem staletého vývoje, který nelze překonat v tomto pohledu pouze krátkými dějinami evropského sjednocování. Jsem přesvědčen o tom, že důsledná ochrana národního státu je předpokladem míru v Evropě, jak to ostatně předpokládali otcové evropské integrace Alcide de Gasperi, Jean Monnet, Konrad Adenauer, a jak to slavnostně konstatuje preambule k Základnímu zákonu.

Geopolitický vývoj ve světě ukazuje, že tam, kde ještě nebyl završen vývoj směřující k vytvoření národního státu, panuje zmatek, nejistota a občanské války. Řada afrických států je toho důkazem. Dekolonizací vzniklé státy, bez ohledu na kmenovou příslušnost, jsou sužovány problémy, jejichž příčiny je nezbytné hledat v neexistenci národa jako elementárního předpokladu pro vznik státu. Tam, kde není národ, nemůže vzniknout ani fungující stát. Není proto nutné mít obavy, že by se Evropská unie

¹²⁴ Opačný názor viz Kokott, J. *Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* č. 64 (2004), s. 533.

¹²⁵ Winttr, J. *Evropská unie a pluralita legitimit. In Gerloch, A.; Winttr, J. (eds.) Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 173–176. V tomto ohledu lze souhlasit s názorem J. Winttra, že Evropská unie a její orgány disponují určitým standardem legitimacy, méně již s názorem, že Evropská unie relativně slušně funguje, což je jako legitimizační základna asi dostatečné.

¹²⁶ Winttr, J. *Evropská unie a pluralita legitimit. In Gerloch, A.; Winttr, J. (eds.) Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 174.

proměnila v brzkém horizontu ve federativní stát nebo že by byl evropskou integrací zcela potlačen charakter národních států. Celá debata nad Lisabonskou smlouvou a kompetenční redefinicí Evropské unie je debatou o ochraně těžce konstituované státnosti. Na historickém exkurzu a historických příkladech jsem se snažil ukázat, jak citlivé je téma národního státu pro Němce, neboť německá očista od národně socialistické viny byla po 2. světové válce vedena rigorózním dodržováním principů demokratického ústavního a právního státu, z nichž nebylo a není výjimka.¹²⁷ Dohled nad dodržováním elementárních principů a hodnot německého ústavního státu byl svěřen Spolkovému ústavnímu soudu. Německo po válce opustilo představu, že by národní stát mohl být ochráněn zvenčí nebo že by zvenčí mohla přijít ochrana před diktaturou. Naopak Německo si stanovilo základy demokracie zevnitř a začlenění do sjednocené Evropy bylo a je pro Německo předpokladem mírového soužití mezi evropskými národy, nikoliv předpokladem či zárukou vnitrostátního zajištění demokratického ústavního a právního státu.

Zdrženlivost v ratifikaci Lisabonské smlouvy, jakož i poměrně jasné mantinely pro vnitrostátního zákonodárce při přenosu nových kompetencí na Evropskou unii, jak je vymezil Spolkový ústavní soud, lze kritizovat, ale nikoliv zpochybňovat, neboť mají jasné hodnotové základy v německém politickém a ústavním vývoji.¹²⁸ Evropská unie je i nadále svým charakterem mezinárodní organizací, nelze souhlasit s názory, že suverenita je překonanou iluzí a že do budoucna dojde k ukotvení nově pojímané suverenity ve vazbě na cíle evropského integračního procesu. Pokud by tomu tak bylo, pak by neplatila teze o legitimitě, kterou Evropské unii poskytují národní státy „jako páni zakládacích smluv“.

Přes výše uvedené závěry jsem přesvědčen o tom, že doktrinární postoje jsou v řadě případů vyhocením euro-optimismu či naopak euro-skepticismu, nicméně praxe je o poznání klidnější. Ke střetům o aplikaci evropského práva mezi národními soudy a Evropským soudním dvorem dochází, což dokazuje jak judikatura Spolkového ústavního soudu, tak i judikatura Spolkového pracovního soudu, nicméně jedná se o výjimečné případy, které jsou doktrinárně „zneužívány“ k poměrně zjednodušeným závěrům o nezbytnosti normativního řešení těchto konfliktů.¹²⁹ Opak je pravdou, žádné normativní ustanovení ve vnitrostátním ani evropském právu nemůže zabránit jeho porušování, pokud nebude poměr mezi oběma autonomními právními systémy založen na vzájemném respektu a pokud nebude vychylování mezi oběma normativními systémy ve prospěch jednoho z nich založeno na evoluci a nikoliv revoluci.

¹²⁷ K metafyzické a psychologické otázce německé viny a jejímu překonání viz Jaspers, K. *Otázka viny. Příspěvek k německé otázce*. Praha: Academia, 2006.

¹²⁸ Po vyhlášení rozhodnutí Spolkového ústavního soudu k Lisabonské smlouvě nastala v odborných euro-filních kruzích značná kritika: viz rozhovor na stránkách eurActiv.de s Ingolfem Pernicem z července 2009 s názvem „*BVerfG: Bis hier hin und nicht weiter*“; nebo kritika bývalého spolkového ministra zahraničí Joschky Fischera publikovaná v Zeit Online dne 8. července 2009 pod názvem „*Fischer attackiert Bundesverfassungsgericht*“.

¹²⁹ Ve vazbě na lisabonské rozhodnutí Spolkového ústavního soudu dokonce zaslala skupina 30 právníků, převážně akademiků, Spolkovému sněmu jakousi „petici“, ve které jej žádá o omezení pravomocí Spolkového ústavního soudu, pokud jde o výklad evropského práva, neboť podle jejich názoru hrozí, že se Spolkový ústavní soud dostane do konfliktu s Evropským soudním dvorem, což je podle těchto právníků nežádoucí. Iniciátory „petice“ byli Ingolf Pernice a F. Mayer.

Jak Spolkový ústavní soud, tak i Evropský soudní dvůr jsou si toho vědomi. Když v roce 2005 rozhodl Evropský soudní dvůr ve věci Mangold,¹³⁰ že právo Společenství, které stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání, brání použití takové vnitrostátní právní úpravy, která je založena na věkových kritériích, pak to zbudilo vlnu kritiky. Vědom si toho, že se Evropský soudní dvůr zachoval jako Evropský „ústavní“ soud, který se pokusil zabránit na základě obecné zásady nediskriminace obsažené v evropském právu aplikaci ryze vnitrostátní právní normy, zmírnil tento svůj postoj již v roce 2007 při rozhodování ve věci Palacios de la Villa,¹³¹ kdy již nezmiňuje jako nosný důvod svého rozhodování zásadu rovného zacházení v zaměstnání a povolání zakotvenou v primárním právu, nýbrž posuzoval vnitrostátní právní úpravu předloženou vnitrostátním soudem v rámci řízení o předběžné otázce výlučně na základě požadavků směrnice. Toto rozhodnutí je tak považováno za odklon od analytického přístupu v rámci primárního práva z rozhodnutí ve věci Mangold s tím, že Evropský soudní dvůr uvedl, že vnitrostátní opatření přijatá v kontextu přijatých, ale dosud neplatných směrnic, by neměla překračovat rámec toho, co je přiměřené a nezbytné k dosažení cíle sledovaného členským státem Evropské unie. Řešení těchto otázek ovšem překračuje rámec tohoto článku. Spíše se jedná o vymezení základních postojů mezi evropským a vnitrostátním ústavním soudnictvím, které bude v následujících letech ještě probíhat

DIE BEZIEHUNG DES VERFASSUNGS- UND EUROPÄISCHEN RECHTS
IM BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
MIT RÜCKSICHT ZUM LISSABON URTEIL

Zusammenfassung

Der Lissabon Vertrag stellt nicht nur institutionelle, aber auch rechtliche und kompetenz Reform der Europäischen Union dar. Diese Reform bedeutet, dass die Mitgliedstaaten die Frage ihrer eigenen Souveränität zur Europäischen Union mit Rücksicht auf dem Lissabon Vertrag neu lösen müssen. Das Bundesverfassungsgericht ist das Führungsverfassungsgericht von allen europäischen Verfassungsgerichten, das diese Frage löst und sehr stark die Rechtsprechung in den anderen Mitgliedstaaten beeinflusst. Dieser Artikel befasst sich mit der Frage der Beziehung des verfassungs- und europäischen Rechts auf dem deutschen Gebiet und berücksichtigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Recht von Anfang der europäischen Integration (Urteile Solange I, II, Maastrichter Urteil usw.) an.

In der deutschen Jurisprudenz ist in dieser Zeit sehr stark diskutiert die Frage der Souveränität der Bundesrepublik Deutschland und zwar, ob der Lissabon Vertrag zur Föderalisierung der Europäischen Union führt. Deutsche Jurisprudenz beurteilt alle mögliche Aspekte dieser Frage, weil Grundgesetz sog. Ewigkeitsklausel umfasst, die voraussetzt, dass Bundesrepublik Deutschland nicht an der anderen Föderation als Bundesrepublik teilnehmen kann.

In diesem Artikel ist auch die Frage der Rechtsrelevanz der Grundrechtscharta der Europäischen Union analysiert. Die Menschenrechtskonvention der Europäischen Union macht böses Blut in einigen Mitgliedstaaten, weil es unklar ist, ob sie den Vorzug vor den innerstaatlichen Menschenrechtskonventionen hat oder nicht. Im Falle der Bundesrepublik Deutschland sogar Vorzug vor dem Grundgesetz. Die Frage ist im Deutschland ein heikles Problem, weil die Beziehung zwischen dem Grundgesetz und der Menschenrechts-

¹³⁰ Rozsudek ESD ze dne 22. listopadu 2005, Mangold, C – 144/04, Sb. rozh. s. I-9981.

¹³¹ Rozsudek ESD ze dne 16. října 2007, Palacios de la Villa, C – 411/05, Sb. rozh. s. I-8531.

konvention aus dem Jahre 1950 als Beziehung zwischen dem Grundgesetz und Bundesgesetz gestalten ist. Aus diesem Grund sollte die Grundrechtscharta der Europäischen Union als Bundesgesetz betrachtet werden, was für ein Teil der Rechtsrechtler (Pernice, Mayer usw.) unakzeptabel ist. Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Lissabon Urteil geäußert, dass es Bundesrepublik Deutschland immer ein Herr der Gründungsverträge ist und wird auch in der Zukunft beeinflussen, was für eine Rechtskraft die Gründungsverträge im deutschen Recht haben. Für seine zurückhaltende Stellungnahme wird das Bundesverfassungsgericht in den Medien kritisiert, aber in der fachlichen Öffentlichkeit wurde die Kritik nicht so stark.

Es wird die Frage der Zukunft wie sich die Beziehung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof entwickeln wird, was im Grunde die Beziehung zwischen dem Verfassungs- und europäischen Recht auf dem deutschen Gebiet beeinflusst.

Klíčová slova: Spolkový ústavní soud, Základní zákon, preventivní přezkum ústavnosti, Lisabonská smlouva, nález k Lisabonské smlouvě, suverenita státu, spolkový stát, aplikace evropského práva, ultra vires právní akty, Evropská unie

Schlüsselwörter: Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz, verfassungsrechtliche Überprüfung ex ante, Lisabon Vertrag, Urteil zum Lisabon Vertrag, Staatssouverenität, Rechtsanwendung, Ultra vires Rechtsakte, Europäische Union

ÚSTAVNĚ PRÁVNÍ ASPEKTY POSUZOVÁNÍ EXISTENCE VEŘEJNÉHO ZÁJMU

HELENA PETRŮV

I. POJEM VEŘEJNÝ ZÁJEM

Vymezení pojmu veřejný zájem naráží na řadu úskalí a to jak v rovině doktrinární, tak i v soudní praxi. Na úrovni ústavní úpravy není nikde definováno, co lze považovat za veřejný zájem či jaké konkrétní zájmy se chápou jako zájmy veřejné. Listina základních práv a svobod (dále také jen „Listina“) užívá pojmu veřejného zájmu jako kritéria k omezení určitých základních práv a svobod, aniž by jej více definovala.

Pojem veřejný zájem nalezneme v Listině v čl. 11 v souvislosti s úpravou vlastnického práva, resp. jeho mezemi. Ve stejném článku Listina používá vedle pojmu veřejný zájem také pojem obecný zájem, nicméně neupravuje kritéria odlišení mezi těmito dvěma pojmy. Ani v jiné platné právní úpravě nenalezneme výslovné vymezení pojmu veřejný zájem. Pojem veřejný zájem patří mezi tzv. neurčité právní pojmy, jejichž vymezení závisí především na interpretační a aplikační praxi. Pro úplnost je třeba dodat, že jak odborná literatura, tak judikatura pojem veřejný zájem nejčastěji interpretují ve vztahu k institutu omezení vlastnického práva (především z hlediska institutu vyvlastnění).

Komentář k Listině základních práv a svobod při výkladu pojmu veřejný zájem odkazuje především na rozhodovací praxi Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“), který několikrát vyslovil myšlenku, že Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod jako celek formuluje požadavek rovnováhy mezi zájmy komunity (zájmem veřejným) a základními právy jednotlivce. Autoři Komentáře při vymezování pojmu veřejný zájem citují např. rozhodnutí Soudu ve věci James a jiní proti Spojenému Království (1982): „*Pojem veřejný zájem je nevyhnutelně rozsáhlý... Soud považuje za přirozené, že rámec volné úvahy ponechaný zákonodárci při uskutečňování sociální a hospodářské politiky by měl být široký, proto Soud bude respektovat zákonodárce v jeho představě, co je veřejný zájem, ledaže by jeho úsudek zjevně postrádal rozumný základ.*“¹ V Komentáři se dále upozorňuje na skutečnost, že z rozhodovací

¹ Pavlíček, V.; Hřebejk, J.; Knapp, V.; Kostečka, J.; Sovák, Z. *Ústava a ústavní řád České republiky, 2. díl: Práva a svobody*. Praha: Linde Praha a.s., 1995, str. 114.

praxe ESLP a Komise je zřejmé, že se uplatňuje mnohem širší rámec volné úvahy, pokud jde o kritérium „veřejného zájmu“, než je to v případě hlediska „nevyhnutelnosti v demokratické společnosti, který je vyjádřen v jiných člancích Úmluvy.

Podrobnější definici veřejného zájmu nalezneme u P. Průchy, který definuje veřejný zájem jako zájem, resp. zájmy, které by bylo možné označit za obecné či veřejné resp. obecně prospěšné, zájmy, jejichž nositeli jsou blíže neurčené nicméně alespoň rámcově determinovatelné okruhy či společenství osob jako tzv. veřejnost, popř. zájmy, u nichž jde o tzv. zájmy společnosti (celospolečenské zájmy).²

Tyto zájmy nesmí být v rozporu s platnými právními předpisy. Průcha dále uvádí, že veřejný zájem je opakem tzv. soukromého, resp. soukromých zájmů. Jde o pojem, který platná právní úprava výslovně obsahově nevymezuje, nicméně který, a to zejména ve správním poměrně často používá (např. u institutu vyvlastnění), a to ve smyslu tzv. neurčitých pojmů ve správním právu. Veřejné zájmy souvisí s režimem veřejného práva, s postavením a úkoly orgánů veřejné moci. Posuzovateli a kvalifikovanými prosazovateli těchto zájmů mohou být pouze orgány veřejné moci, a veřejné zájmy jako takové musí být orgány veřejné moci přinejmenším aprobehovány.

Jak vyplývá z výše uvedených definic, charakteristickým rysem pojmu veřejný zájem je jeho obecnost; svůj obsah tento pojem nabývá při řešení každého jednotlivého případu, a to na základě rozsouzení různých zájmů při zohlednění konkrétních okolností.

Tuto specifickou povahu pojmu veřejný zájem vystihuje V. Vopálka v učebnici Správního práva, kde charakterizuje veřejný (obecný) zájem ne jako abstraktní hodnotu, ale jako výsledek rozsouzení mezi různými zájmy, jako kategorii, která má u každého rozhodnutí svůj konkrétní obsah, jenž je spojen i s okolnostmi řešeného případu.³ Toto vymezení veřejného zájmu klade důraz na vztah použitých prostředků a sledovaného účelu, jenž je poměřován principem proporcionality v případě střetu dvou zájmů (veřejného zájmu a základního práva či svobody).

V jiných definicích veřejného zájmu nalezneme ztotožnění s kategorií veřejného či obecného blaha. K. Eliáš např. uvádí, že veřejný zájem je dán tehdy, pokud se naplněním určitého účelu sleduje vyhovění životním potřebám širšího celku, např. státního, územního či sociálního.⁴

Z obdobného přístupu při definování veřejného zájmu vychází také judikatura českých soudů. Podle názoru Ústavního soudu je třeba pojem veřejný zájem chápat jako takový zájem, který by bylo možno označit za obecný či obecně prospěšný zájem.⁵ Ústavní soud při definování pojmu veřejný zájem vychází z názoru F. A. Hayeka, že „často se mylně naznačuje, že všechny kolektivní zájmy jsou obecnými zájmy společnosti; avšak v mnoha případech může být uspokojování kolektivních zájmů jistých skupin s obecnými zájmy společnosti v naprostém rozporu...“⁶

Nejvyšší správní soud charakterizoval veřejný zájem jako pojem, který právní řád České republiky výslovně obsahově nevymezuje, nicméně, který se vyskytuje v celé

² Průcha, P. *Základní pojmy a instituty správního práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, str. 355.

³ Hendrych, D. a kol. *Správní právo, Obecná část*. Praha: C. H. Beck, 2003, str. 86.

⁴ Eliáš, K. Veřejný zájem (Malá glosa k velkému tématu). *Ad Notam*, 1998, č. 5, str. 104–105.

⁵ Nález ÚS ze dne 28. 3. 1996, sp. zn. I. ÚS 198/95, <http://nalus.usoud.cz> (citováno dne 19. 6. 2009).

⁶ Hayek, F. A. *Právo, zákonodárství a svoboda*. II. díl. Praha: Academia, 1991, str. 14.

řadě právních předpisů. „*Jde tedy o tzv. neurčitý právní pojem. Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, jenž nelze přesně právně definovat. Jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Zákonodárce tak vytváří správnímu orgánu prostor, aby posoudil, zda konkrétní případ patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoli. Mnohdy mu dává vodítko tím, že se snaží uvést co nejvíce charakteristických znaků věcí nebo jevů, které má neurčitý právní pojem zahrnovat.*“ Podle názoru Nejvyššího správního soudu je veřejným zájmem „*takový zájem, který lze označit za obecný či veřejně prospěšný, případně za zájem společnosti jako celku. Takový zájem nemůže být v rozporu s platnými právními předpisy.*“⁷

V intencích posléze uvedených definic postupuje také nejvyšší státní zástupce při posuzování otázky, zda lze v konkrétní věci shledat závažný veřejný zájem či nikoli. Jedná se o případy zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu ve smyslu § 66 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s.ř.s.“).

Uvedené definice a principy, týkající se pojmu veřejný zájem a jeho identifikace se však zaměřují na problematiku vymezení veřejného zájmu vůči zájmu soukromému (typicky problematika vyvlastnění). Složitější problém nastává v případě určování veřejného zájmu ve vztahu k jinému veřejnému zájmu, tedy v případě kolize různých veřejných zájmů či veřejného zájmu a základního práva nebo svobody.

Ve dle pojmu veřejný zájem se v právním řádu používá také pojem obecný zájem, aniž by byla vymezena kritéria rozlišující význam těchto pojmů. Ani Listina základních práv a svobod není v tomto směru důsledná. Ve svém čl. 11 používá jak termín veřejný zájem, tak i termín obecný zájem. V čl. 11 odst. 3 Listiny je stanoveno: „*Vlastnictví zavazuje. Nesmí být zneužito na újmu práv druhých anebo v rozporu se zákonem chráněnými obecnými zájmy. Jeho výkon nesmí poškozovat lidské zdraví přírodu a životní prostředí nad míru stanovenou zákonem.*“ Čl. 11 odst. 4 pak zakotvuje: „*Vyvlastnění nebo nucené omezení vlastnického práva je možné ve veřejném zájmu, a to na základě zákona a za náhradu.*“ Zatímco tedy čl. 11 odst. 4 upravuje podmínky vyvlastnění nebo nuceného omezení vlastnického práva ve veřejném zájmu, meze vlastnického práva jsou podle čl. 11 odst. 3 limitovány obecným zájmem.

Lze tedy nějakým způsobem charakterizovat rozdíl mezi veřejným a obecným zájmem? Přečodem od obecného zájmu k zájmu veřejnému se věnuje např. T. Kocourek, když konstatuje, že touto otázkou se právní věda zabývá již od přijetí Listiny, přičemž tento problém nejpalčivěji projevuje do práva životního prostředí, které zahrnuje všechny tři prvky, jež jsou výslovně uvedené v čl. 11 odst. 3. Oba tyto režimy sledují ochranu stejných hodnot – zdravého životního prostředí a prostředkem k ochraně těchto hodnot je v obou případech zákon. Rozdíl spočívá v nároku na poskytnutí náhrady, který tvoří propastný rozdíl mezi těmito režimy.⁸ Na konkurenci pojmů veřejný zájem a obecný zájem poukazují také I. Průchová a J. Chyba, podle nichž je obecný zájem

⁷ Rozsudek NSS ze dne 23. 10. 2003, č. j. 2 As 11/2003-164, <http://www.nssoud.cz> (citováno dne 19. 6. 2009).

⁸ Kocourek, T. Omezení vlastnického práva dle zákona o ochraně přírody a krajiny aneb propast mezi obecným a veřejným zájmem. In *Dny práva – 2008 – Days of law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, str. 1841–1851.

pojmem nadřazeným veřejnému zájmu, který představuje pouhou subkategorii obecně chápaného obecného zájmu, přičemž konstatují, že odlišující kritéria nelze jednoznačně formulovat.⁹

Závěr této části, týkající se vymezení veřejného zájmu obecně, lze shrnout tak, že není možné uvést jednu komplexní definici pojmu veřejný zájem. Při jeho vymezení lze však vycházet z kritérií uvedených definic, která se používají v odborné literatuře a soudní praxi. Na základě těchto definic lze vymezit následující znaky veřejného zájmu: Veřejný zájem je takový zájem, který je možné považovat za obecný či obecně prospěšný zájem, případně zájem společnosti jako celku (jeho nositelem je tzv. veřejnost). Veřejný zájem nemůže být v rozporu s právními předpisy. Posuzovatelem a prosazovatelem veřejného zájmu mohou být pouze orgány veřejné moci. Obsah pojmu veřejný zájem se může měnit, bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Zákodárce vytváří správním orgánu prostor, aby posoudil, zda konkrétní případ patří do rozsahu pojmu veřejný pořádek či nikoli.

Z výše uvedeného tedy vyplývá, že při určování pojmu veřejného zájmu je rozhodující jeho zjišťování v konkrétním případě, kdy je řešen konflikt veřejného zájmu a základního práva či svobody nebo více jiných veřejných zájmů.

II. ZJIŠŤOVÁNÍ EXISTENCE VEŘEJNÉHO ZÁJMU

Zásadními otázkami při posuzování existence veřejného zájmu jsou tedy následující otázky: Jakým způsobem se zjišťuje, že v konkrétním případě existuje veřejný zájem a jak se posuzuje případný střet veřejného zájmu s jiným veřejným zájmem, či s jiným základním právem či svobodou?

Při zjišťování existence veřejného zájmu v konkrétním případě je nutné vycházet především ze skutečnosti, že je vyloučeno, aby veřejný zájem byl stanoven zákonem. Takové řešení, tj. deklarování veřejného zájmu v konkrétně určené věci zákonem, pokládá Ústavní soud za protiústavní. Ústavní soud poprvé judikoval tuto zásadu při posuzování ústavnosti § 3a zákona č. 114/1995 Sb., o nitrozemské plavbě, ve znění pozdějších předpisů, který stanovil, že rozvoj a modernizace konkrétně vymezené vodní cesty je ve veřejném zájmu. Podle názoru Ústavního soudu uvedené ustanovení upravuje jedinečný případ, a schází mu tak podstatný materiální znak právní normy, kterým je obecnost: „*Materiálně se nejedná o právní předpis, ale napadené ustanovení je de facto individuálním právním aktem.*“¹⁰

V této souvislosti Ústavní soud vymezil následující podmínky za účelem zjišťování existence veřejného zájmu v konkrétním případě: „*Veřejný zájem v konkrétní věci je zjišťován v průběhu správního řízení na základě poměrování nejrůznějších partikulárních zájmů, po zvážení všech rozporů a připomínek. Z odůvodnění rozhodnutí, jehož ústředním bodem je otázka existence veřejného zájmu, pak musí zřetelně vyplynout,*

⁹ Průchová, I.; Chyba, J. *Omezení vlastnického práva k pozemku z důvodu obecného zájmu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1998, str. 30–31.

¹⁰ Nález ÚS ze dne 28. 6. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 24/04, č. 327/2005 Sb., <http://nalus.usoud.cz> (citováno dne 19. 6. 2009).

proč veřejný zájem převážil nad řadou soukromých, partikulárních zájmů. Veřejný zájem je třeba nalézt v procesu rozhodování o určité otázce (typicky např. o vyvlastňování), a nelze jej v konkrétní věci a priori stanovit. Z těchto důvodů je zjišťování veřejného zájmu v konkrétním případě typicky pravomocí moci výkonné, a nikoli zákonodárné... Z napadeného ustanovení zákona nelze zjistit, z jakých důvodů zákonodárce přiznal rozvoji a modernizaci konkrétně vymezené vodní cesty status veřejného zájmu, zda zjišťoval případné protichůdné zájmy a jak se s jejich existencí vyrovnal. Je ostatně zřejmé, že tyto okolnosti ani zjistit nelze, neboť zákonodárný proces není vybaven prostředky pro posuzování individuálních případů se všemi jejich souvislostmi a důsledky.“¹¹

Obdobně rozhodl Ústavní soud ve věci ústavnosti stanovení veřejného zájmu existujícího v konkrétní věci zákonem také nedávno při rozhodování o návrhu na zrušení zákona č. 544/2005 Sb., o výstavbě vzletové a přistávací dráhy letiště Praha Ruzyně. V tomto svém rozhodnutí Ústavní soud zcela vyšel z výše uvedených závěrů a nadto důrazně apeloval na zákonodárce, aby se *pro futuro* důsledněji zabýval ústavní souladností projednávaných návrhů zákonů z hlediska své judikatury.¹²

Veřejný zájem nemůže být tedy deklarován obecně zákonem, ale musí být zjišťován v každém jednotlivém případě orgány moci výkonné.

Na druhé straně je však třeba uvést, že existuje celá řada zákonů, upravujících především otázku vyvlastnění, které v obecné rovině stanoví, co lze považovat za veřejný zájem (takovým účelem je např. ochrana životního prostředí či obrana státu). Rozdíl mezi ustanoveními o existenci veřejného zájmu, které byly zrušeny Ústavním soudem, a mezi zákony, které stanoví, že určitá činnost je ve veřejném zájmu, spočívá v míře obecnosti vymezení veřejného zájmu.

Taková ustanovení obsahuje například zákon o ochraně přírody a krajiny, podle kterého je ochrana přírody a krajiny veřejným zájmem (§ 58 odst. 1) a také účelem, pro který lze vyvlastnit.¹³ Podle § 33 lázeňského zákona se veřejným zájmem rozumí zájem na vyhledávání a využití zdroje k léčebným účelům, a pro tento zájem lze vyvlastnit (§ 33).¹⁴ Obdobnou úpravu nalezneme i v horním zákoně, který při úpravě střetu zájmů, formuluje v § 33 odst. 4 veřejný zájem na využití výhradního ložiska. Podle tohoto ustanovení platí, že pokud nedojde k dohodě mezi organizací (příčemž organizací se ve smyslu tohoto zákona rozumí právnické a fyzické osoby, které v rámci podnikatelské činnosti vykonávají vyhledávání, průzkum nebo dobývání výhradních ložisek nebo jinou hornickou činnost) a fyzickými a právnickými osobami, které jsou vlastníky dotčených pozemků a nemovitostí a převažuje-li veřejný zájem na využití výhradního ložiska nad oprávněným zájmem vlastníka pozemků a jiných nemovitostí, lze tyto nabývat vyvlastněním.¹⁵ Současná zákonná regulace využití nerostného bohatství tedy upravuje veřejný zájem na využití výhradního ložiska a řeší důsledky,

¹¹ Viz pozn. 10.

¹² Nález ÚS ze dne 17. 3. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 24/08, č. 124/2009 Sb., <http://nalus.usoud.cz> (citováno dne 19. 6. 2009).

¹³ Zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny.

¹⁴ Zákon č. 164/2001 Sb., o přírodních léčivých zdrojích, zdrojích přírodních minerálních vod, přírodních léčebných lázních a lázeňských místech a o změně některých souvisejících zákonů.

¹⁵ Zákon č. 44/1988 Sb., o ochraně a využití nerostného bohatství.

kteří vyplývají z tohoto režimu veřejného zájmu. Jde zejména o otázky zřízení užívacího práva či vyvlastnění nemovitostí a řešení střetu s dalšími chráněnými zájmy fyzických nebo právnických osob.

Jakkoli by tedy nemohlo být zákonem stanoveno, že dobývání výhradního ložiska v určité konkrétně vymezené oblasti je ve veřejném zájmu; zákon může stanovit v obecné rovině, že určitá činnost směřující k využití výhradního ložiska je ve veřejném zájmu.

Při vymezení existence veřejného zájmu je podstatné, aby míra obecnosti určení veřejného zájmu v zákoně umožnila orgánu veřejné moci aplikujícímu právo, rozhodnout o tom, zda je veřejný zájem dán v jednotlivém konkrétním případě. Takový způsob zákonné úpravy nelze pak považovat za rozporný s ústavou.

Lze tedy shrnout, že veřejný zájem nelze v konkrétní věci stanovit a priori zákonem. Zákonem však lze vymezit obecná kritéria určitého veřejného zájmu, která slouží jako vodítko pro orgán aplikující příslušné ustanovení. Existence veřejného zájmu v konkrétní věci se zjišťuje v procesu rozhodování o této konkrétní otázce v řízení provedeném orgány moci výkonné. Rozhodnutí o tom, zda v dané věci existuje veřejný zájem a zda tento zájem převažuje nad jinými zájmy či základními právy a svobodami, je na úvaze správního orgánu, která může být předmětem přezkumu jak v rámci správního řízení, tak soudního přezkumu.

III. ŘEŠENÍ STŘETU VEŘEJNÉHO ZÁJMU SE ZÁKLADNÍMI PRÁVY A SVOBODAMI ČI JINÝM VEŘEJNÝM ZÁJMEM

Pro stanovení a určení veřejného zájmu v rámci shora uvedených principů je klíčový vztah veřejného zájmu a účelu, který se jeho realizací sleduje.

Listina základních práv a svobod výslovně pojem „účel“ v souvislosti s veřejným zájmem nepoužívá, při stanovení podmínek vyvlastnění nebo nuceného omezení vlastnického práva (tedy závažného zásahu do tohoto základního práva) odkazuje na zákon. Tímto prováděcím zákonem je zákon o vyvlastnění, který stanoví, že vyvlastnění je přípustné jen pro účel stanovený zvláštním zákonem (§ 3 odst. 1). Mezi zvláštní zákony, které upravují různé účely, pro které lze vyvlastnit, patří např. zákon o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon).¹⁶ Tento zákon umožňuje přechod nebo omezení práv k pozemkům a stavbám, která jsou potřebná pro uskutečňování staveb nebo opatření ve veřejném zájmu. Stavební zákon dále specifikuje účel pro vyvlastnění – jde např. veřejně prospěšné stavby dopravní a technické a dopravní infrastruktury, veřejně prospěšná opatření spočívající v ohrožení území povodněmi a jinými přírodními katastrofami aj. Zvláštní účel vyvlastnění upravuje zákon o zajišťování obrany v kontextu ústavního zákona o bezpečnosti České republiky, který zakotvuje úpravu vyvlastnění pro účely zajišťování obrany státu za stavu ohrožení státu nebo za váleč-

¹⁶ Zákon č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě.

ného stavu.¹⁷ Jiné specifické účely pro vyvlastnění upravují další zvláštní zákony, z nichž některé již byly výše zmíněny (jde např. o vyvlastnění v souvislosti s využíváním nerostného bohatství, využíváním nebo ochranou přírodního léčivého zdroje nebo s ochranou zdroje přírodní minerální vody, vyvlastnění kulturní památky aj.).¹⁸ Z prováděcí úpravy vyplývá, že rozhodující je, aby příslušný zvláštní zákon prohlásil určitý účel za takový, pro který lze vyvlastnit.

Specifická úprava účelu ve vztahu k veřejnému zájmu je provedena také například v horním zákoně. Podle stávajícího horního zákona je organizace pro účely dobývání výhradního ložiska oprávněna nabývat za tímto účelem nemovitostí nebo práv k nemovitostem vyvlastněním, případně zřízením užívacího práva. (§ 31 odst. 4 písm. b horního zákona). Jak již bylo výše uvedeno, podle tohoto ustanovení se postupuje také v případě, nedojde-li mezi organizací dobývací výhradní ložiska a fyzickými nebo právními osobami, které jsou vlastníky dotčených pozemků a nemovitostí a pokud převažuje veřejný zájem na využití výhradního ložiska nad oprávněným zájmem vlastníků pozemků či nemovitostí (§ 33 odst. 4 horního zákona). Z hlediska případného střetu veřejných zájmů má význam také ustanovení § 18 odst. 2 horního zákona, v němž je stanoveno, že znemožnit či ztížit dobývání výhradních ložisek nerostů je možné jen ve zvlášť odůvodněných případech, jde-li o mimořádně důležitou stavbu nebo zařízení.

Horní zákon dále umožňuje, aby Obvodní báňský úřad v součinnosti s dotčenými orgány státní správy, na návrh organizace nebo z vlastního podnětu dobývací prostor změnil, jsou-li proto závažné důsledky z hlediska právem chráněného obecného zájmu (§ 27 odst. 4).

Podle stávající úpravy je dobývání výhradního ložiska považováno za účel, pro který lze vyvlastnit a zákon zároveň stanoví veřejný zájem na využití výhradního ložiska. Je tedy splněn první nezbytný krok pro prokázání veřejného zájmu. Ke zjišťování veřejného zájmu v konkrétním případě či řešení střetu zájmů dochází v rámci rozhodování příslušného správního orgánu. Posouzení existence veřejného zájmu na dobývání výhradního ložiska v konkrétním případě však záleží na uvážení příslušného právního orgánu a toto rozhodnutí může být podrobeno soudnímu přezkumu.

Na závěr této části lze konstatovat, že obdobně jako ve vyvlastňovacím řízení, kde se řeší konflikt vlastnického práva a účelu, pro který lze vyvlastnit ve veřejném zájmu, by se postupovalo v případě řešení kolize jiných veřejných zájmů – tedy např. v případě střetu veřejného zájmu na využití výhradního ložiska a obecného zájmu na ochraně životního prostředí. Nejprve je tedy nutné posoudit, zda je v konkrétním případě dán účel (např. dobývání výhradního ložiska), k němuž směřuje případné omezení jednoho z veřejných zájmů (např. obecný zájem na ochraně životního prostředí) na úkor druhého. K posouzení existence veřejného zájmu dochází poté během správního říze-

¹⁷ Zákon č. 222/1999 Sb. o zajišťování obrany České republiky a ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸ K otázce veřejného zájmu a účelu pro vyvlastnění srov. také Kocourek, T. Vyvlastnění a jeho vztah k ochraně životního prostředí. *Správní právo* č. 5/2009.

ní v závislosti na okolnostech konkrétního případu, v němž se také hodnotí konflikt různých zájmů v dané věci. Rozhodnutí správního orgánu o existenci veřejného zájmu a jeho převaze nad jinými zájmy podléhá soudnímu přezkumu.

IV. SOUDNÍ PŘEZKUM

PŘEZKUM OBECNÝMI SOUDY

Příslušné rozhodnutí správního orgánu o existenci veřejného zájmu a jeho převaze nad jinými veřejnými zájmy může být podrobeno přezkumu a to jak prostřednictvím opravných prostředků v rámci správního řízení, tak i přezkumu soudnímu (obecnými soudy či Ústavním soudem).

Přezkum rozhodnutí o vyvlastnění původně prováděly správní soudy. Po přijetí zákona o vyvlastnění došlo k přenosu příslušnosti na soudy v občanském soudním řízení. V současné době podle části páté občanského soudního řádu (dále jen „o.s.ř.“),¹⁹ soudy přezkoumávají správní rozhodnutí v plném rozsahu, a to i v případech aplikace neurčitých právních pojmů či užití správního uvážení a nejsou přitom vázány skutkovým stavem zjištěným správními orgány. Dospěje-li soud k závěru, že mělo být rozhodnuto jinak, než rozhodl správní orgán, rozhodne ve věci samé rozsudkem. Soudy tedy nerozhodují na základě principu kasace, nýbrž jejich rozsudek nahrazuje rozhodnutí správního orgánu (§ 250j o.s.ř.). Soudy jsou tedy nyní oprávněny plně posoudit a případně znovu rozhodnout o existenci veřejného zájmu v konkrétním případě, jakož i o skutečnosti, zda zjištěný veřejný zájem převažuje nad jinými zájmy.

Nad rámec soudního přezkumu je třeba zmínit i zvláštní žalobní legitimaci nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu ve smyslu § 66 odst. 2 soudního řádu správního. Na základě tohoto ustanovení je nejvyšší státní žalobce oprávněn podat žalobu, jestliže k jejímu podání shledá závažný veřejný zájem. Oprávnění nejvyššího státního zástupce podávat žaloby k ochraně veřejného zájmu lze chápat jak jeden z projevů kontroly státní správy. Pokud jde o vymezení podmínek podání žaloby k ochraně veřejného zájmu, základní podmínkou je existence závažného veřejného zájmu. Posouzení toho, zda je v určité věci veřejný zájem dán či nikoliv, přísluší nejvyššímu státnímu zástupce (soud není oprávněn tuto otázku přezkoumávat!). Nejvyšší státní zástupce není omezen ani v tom směru, zda závažný veřejný zájem byl porušen v něčí prospěch či v něčí neprospěch.

Nejvyšší státní zástupce musí tedy posoudit, zda v dané věci existuje závažný veřejný zájem či nikoliv. Závažný veřejný zájem je považován za veřejný zájem, který dosahuje po kvalitativní stránce vyšší intenzity. V případě těchto žalob nejvyššího státního zástupce nestačí tedy existence „prostého“ veřejného zájmu, neboť závažný veřejný zájem musí mít širší společenský dopad.²⁰

¹⁹ Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰ K této problematice viz více Vesecká, R. Zvláštní žalobní legitimace nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu dle soudního řádu správního, In *Dny práva – 2008 – Days of law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, str. 1668–1677.

Vedle přezkumu správního rozhodnutí učiněného obecnými soudy, může být toto rozhodnutí, resp. konflikt veřejného zájmu a základního práva a svobody či více různých veřejných zájmů předmětem přezkumu Ústavním soudem.

Ústavní přezkum může probíhat dvěma způsoby: Může jít o rozhodování o zrušení zákonů nebo jejich jednotlivých ustanovení či o zrušení jiných právních předpisů nebo jejich jednotlivých ustanovení pro rozpor s ústavním pořádkem (čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy ČR).

Druhým způsobem je ústavní přezkum na základě ústavní stížnosti proti pravomocnému rozhodnutí a jinému zásahu orgánu veřejné moci do ústavně zaručených základních práv a svobod, s níž lze spojit i návrh na příslušného právního předpisu (§ 87 odst. 1 písm. d) a § 64 odst. 1 písm. a) zákona o Ústavním soudu). V úvahu by také přicházela ústavní stížnost orgánů územní samosprávy proti nezákonnému zásahu státu (§ 87 odst. 1 písm. c) zákona o Ústavním soudu).

V rámci ústavněprávního přezkumu je konkrétní konflikt podrobován tzv. testu proporcionality, tj. poměřováním závažnosti ochrany v kolizi stojících konkrétních základních práv a svobod či těchto práv a veřejného zájmu.

Na skutečnost, že ke kolizi dochází nejen mezi základními právy a svobodami, nýbrž i mezi základními právy a „veřejnými dobroty“ poukazuje P. Holländer ve své úvaze nad doktrinálním utvářením zásady proporcionality.²¹ Dokumentuje ji Alexyho příkladem z judikatury Spolkového ústavního soudu: „*Je-li Lebach – Urteil ilustrací kolize dvou principů – práva na ochranu osobnosti a svobody tisku, rozhodnutí ve věci způsobilosti účastnit se soudního jednání, je pak příkladem kolize práva na život a tělesnou nedotknutelnost a principu zajištění trestněprávní ochrany (kolektivního dobra).*“²² Test proporcionality patří ke standardním právním nástrojům jak evropských ústavních soudů, tak soudů mezinárodních, resp. nadnárodních; svou variantu proporcionality používá i Evropský soudní dvůr. Obecného uznání se jí dostalo zakotvení v čl. 52 odst. 2 Charty základních práv EU.

V souvislosti s uplatněním zásady proporcionality při řešení kolize základních práv a veřejného (obecného) zájmu Ústavní soud vymezil pojem veřejný statek za účelem jeho rozlišení od základních práv a svobod. Podle názoru Ústavního soudu rozdíl mezi individuálními právy a svobodami a veřejnými statky spočívá v jejich distributivnosti. Zatímco pro základní práva a svobody je typická jejich distributivnost – např. osobní svoboda, svoboda projevu či volební právo lze pojmově, věcně i právně členit na části a tyto přiřadit jednotlivcům, u veřejných statků je toto nemožné. Pro veřejné statky je typické, že prospěch z nich je nedělitelný a lidé nemohou být vyloučeni z jeho požívání. Jako příklady veřejných statků Ústavní soud uvedl – národní bezpečnost, veřejný pořádek či zdravé životní prostředí.²³

²¹ Holländer, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, str. 163 a násl.

²² V kauze Lebach Spolkový soud SRN posuzoval případ rozhlasového pořadu o vězni, který měl být propuštěn a který namítal zásah do svých osobnostních práv v důsledku s tím spjatých komplikací jeho resocializací. Citováno z práce cit. sub. 18, str. 163.

²³ Nález ÚS ze dne 9. 10. 1996, sp. zn. Pl. ÚS 15/96, č. 208/1996 Sb., <http://nalus.usoud.cz> (citováno dne 19. 6. 2009).

V případě kolize základního práva či svobody a veřejného statku je nutné stanovit podmínky, za jejichž splnění má prioritu určité základní právo či svoboda, a za splnění kterých jiné, resp. určitý veřejný statek. Podle názoru Ústavního soudu je v této souvislosti základní maxima, podle které základní právo či svobodu lze omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody nebo veřejného statku.

S odvoláním na preambuli a první článek Ústavy ČR konstatoval, že v případech střetů základních práv a svobod s veřejným zájmem, resp. s jinými veřejnými právy či svobodami: „*je třeba posuzovat účel (cíl) takového zásahu ve vztahu k použitým prostředkům, přičemž měřítkem pro toto posouzení je zásada proporcionality (přiměřenosti v širším smyslu), jež může být také nazývána zákazem nadměrnosti zásahů do práv a svobod*“.²⁴

Zásada proporcionality zahrnuje tři kritéria. Prvním z nich je kritérium způsobilosti naplnění účelu (nebo také **kritérium vhodnosti**), podle kterého musí být příslušné opatření vůbec schopno dosáhnout zamýšleného cíle, jímž je ochrana jiného základního práva nebo veřejného statku.

Druhým kritériem je **kritérium potřebnosti**, spočívající v porovnávání legislativního prostředku, omezujícího základní právo či svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod, resp. dotýkajícími se jich v menší intenzitě. Jinými slovy, princip potřebnosti vyžaduje použití pouze nejšetrnějšího – ve vztahu k dotčeným základním právům a svobodám – z možných prostředků.

Posledním kritériem je **kritérium přiměřenosti (v užším smyslu)**, podle kterého újma na základním právu nesmí být nepřiměřená ve vztahu k zamýšlenému cíli, tj. opatření omezující základní lidská práva a svobody nesmějí, jde-li o kolizi základního práva i svobody s veřejným zájmem, svými negativními důsledky přesahovat pozitiva, která představuje veřejný zájem na těchto opatřeních. Smyslem tohoto kritéria je tedy **porovnání závažnosti** obou v kolizi stojících základních práv nebo veřejných statků. Tato základní práva, resp. veřejné statky, jsou prima facie rovnocenná. Porovnání závažnosti v kolizi stojících základních práv nebo veřejných statků, po splnění kritéria vhodnosti a potřebnosti, spočívá ve zvažování empirických, systémových, kontextových a hodnotových argumentů. Pod empirickým argumentem se chápá faktická závažnost jevu, který je spojen s ochranou určitého základního práva. Systémový argument znamená zvažování smyslu a zařazení dotčeného základního práva či svobody v systému základních práv a svobod. Jako kontextový argument se chápá zhodnocení dalších negativních dopadů omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného. Hodnotový argument představuje zvažování pozitiv v kolizi stojících základních práv vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.

Dalším požadavkem zásady porovnávání závažnosti je zvažování využití právních institutů minimalizujících argumenty podložený zásah do jednoho z nich. Tento požadavek znamená, že v případě závěru o opodstatněnosti priority jednoho před druhým ze dvou v kolizi stojících základních práv, resp. veřejných statků, je nutnou podmínkou konečného rozhodnutí rovněž využití všech možností minimalizace zásahu do jed-

²⁴ Nález ÚS ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02, <http://nalus.usoud.cz> (citováno dne 19. 6. 2009).

noho z nich. Tento závěr Ústavní soud dovozuje i z ustanovení čl. 4 odst. 4 Listiny, a sice v tom smyslu, že základních práv a svobod musí být šetřeno nejenom při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod, nýbrž analogicky rovněž v případě jejich omezení v důsledku jejich kolize.²⁵

Z výše uvedeného je zřejmé, že testem proporcionality projdou jen ty nejnvýznamnější záměry a to především z hlediska poměrování přiměřenosti v užším smyslu. Zvážení možností, které jsou obsaženy v testu proporcionality má pro otázku řešení střetu veřejných zájmů zásadní význam i z toho hlediska, že prvky testu proporcionality jsou obsaženy již v rozhodování o existenci a střetu zájmů v konkrétním případě v rámci správního řízení při aplikaci a interpretaci pojmu veřejný zájem.

CONSTITUTIONAL AND LEGAL ASPECTS OF REVIEW OF THE EXISTENCE OF PUBLIC INTEREST

Summary

The article attempts to come to terms with the determination of public interest in the Czech law. Section I explores the different definitions of public interest in the Czech law and the judicature of general courts and the Constitutional Court of the Czech Republic. Section II presents the description of the basic principles of determination of the existence of public interest in concrete case. Section III focuses on the essential problem within the process of determining the public interest, the potential conflict in between the public interest and the fundamental rights and freedoms. It then considers the meaning of legal purpose used as an essential condition for justifying the existence of public interest in the individual case (e. g. expropriation). Finally, Section IV deals with the forms of judicial review: made by general courts and by the Constitutional Court. This section explores the principles of constitutional review such as proportionality test within the process of identifying the public interest in individual case.

Klíčová slova: veřejný zájem, konflikt veřejného zájmu a základních práv a svobod, právní účel, vyvlastnění, soudní přezkum, ústavní přezkum, test proporcionality

Key words: Public interest, Conflict of public interest and the fundamental rights and freedoms, Legal purpose, Expropriation, Judicial review, Constitutional review, Proportionality test

²⁵ Nález ÚS, cit. sub. 23.

DĚLBA MOCI, FUNKCÍ NEBO ROLÍ. NĚKOLIK ÚVAH NAD ODKAZEM CH. MONTESQUIEUA

JANA RESCHOVÁ

I.

Princip rozdělení moci na zákonodárnou, soudní a výkonnou je dnes pro konstitucionalisty axiomem ústavního státu a zdá se nadbytečné dokazovat jeho platnost a ověřovat jeho funkčnost v konkrétních ústavních vztazích. Z dělby moci vycházejí mnohé liberální ústavy, s dělbou moci se spjata transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy, na dělbu moci se odvolávají autoři ústavních reforem ve Velké Británii, o interpretaci dělby moci se opírají ústavní soudci, když hodnotí to, zda ústavní orgány nepřekročily meze svých ústavních kompetencí. Není tedy v zásadě spor o to, že princip dělby moci je vnímán jako výchozí předpoklad demokratického výkonu moci. Dělba moci však není jen rozlišením moci podle vztahu k zákonu (podle toho, kdo ho tvoří a schvaluje, kdo ho vykonává a kdo podle něj soudí), dělba moci má také vyjádřit, jaký je jejich vzájemný vztah. Jde o vyjádření vztahu jejich vzájemné kontroly (odtud také funkce kontroly, která vyvažuje), ale také o vyjádření případné kontroly vnitřní, tedy uvnitř orgánu jednotlivých moci. Dělba moci však nemá ve svém souhrnu bránit základnímu poslání a výkonu základních funkcí státu. Význam dělby moci je spatřován také v tom, že funkční rozdělení jednotlivých aktivit orgánů státu a veřejné moci je svázáno s principem právního státu, a že orgány státu své funkce a kompetence jim přiměřeně přiznané vykonávají pouze v mezích jim určených, a že není v zásadě přípustná libovůle v tom, co který orgán, v jaké věci činí a o čem rozhoduje. Z výše uvedeného neplyne, že pojetí dělby moci je ve všech zemích a ve všech případech stejné, a že se nesetkáváme s různou kombinací ústavních vztahů, že sama variabilita modelů, jak v demokratických formách vyjádření ústavodárné moci, tak v systému vnitřní kontroly jednotlivých moci či systému vzájemných kontrolních mechanismů všech (uvedených základních) moci, není nemožná.

Někdy však zdůrazňování dělby moci, jakožto rigidní oddělování moci, může svádet k mylné představě o tom, že moci se mají tvářit tak, jakoby existovaly samy pro sebe, tak že se nemají ohlížet na moci ostatní, že nemají vůbec předpokládat, že s ostatními mocemi mají v nějaké rovině spolupracovat. Nepočítá se tedy s tím, že by jejich vzájemná součinnost byla i žádoucí. Přitom princip dělby moci neznamená, že oddělenost moci má vést k jejich inertnosti, nebo že separace moci je především brzd-

ným systémem. Dělbou moci je výrazem principu nezasahování do rozhodování orgánů, které nesou odpovědnost (ultimativně před voličem) za „svůj“ úsek, za svou agendu činnosti, společně však všechny společně nesou odpovědnost za to, že rozhodují a této své aktivity se nemohou důvodně zbavit, nemohou ji ani odmítnout nebo prosazovat nečinnost. Separace moci tedy předpokládá společné úsilí o vládnutí (governance), byť každá z mocí je toho účastna v jiných formách, v jiných postupech, v jiných věcech, s jinými činiteli, ale vždy se stejným zřetelem na výsledek a na účel výkonu „veřejné služby“.

S dělbou moci jsou především spojováni J. Locke a Ch. Montesquieu, kteří zajisté v jiných historických epochách, v odlišných politických kontextech a na základě jiných východisek ji jako princip dobrého vládnutí prosazovali. Dnes nelze nevidět, že původní obsah principu Ch. Montesquieua nemohl být ani reálně demokratický, a ani tak nebyl zcela míněn, a že tedy předpoklad o jeho fungování vycházel z jiných (jak jinak) sociálně konzervativních premis: totiž, že liberalismus v myšlení nebyl liberalismem sociálním a kulturním, že jeho závěry nejsou zcela opřeny o historicky přesnou a empiricky zhodnocenou realitu, že autor vychází z modelových (a tedy fiktivních) konstrukcí. Přesto nelze novátorství autorovi upřít, jak co do objektu zkoumání – souhrn pozitivního práva – tak i co do metody zpracování látky. To je jistě také důvod, proč se o princip dělby moci tolik opírá moderní konstitucionalismus. Ostatně francouzská Deklarace práv člověka a občana ve svém 16. článku říká: „*taková společnost, v níž nejsou moci oddělené nemá žádnou ústavu*“.

Avšak dnešní teorie konstitucionalismu není již tolik okouzlena principem dělby moci a nenechává se jím zcela strhnout.¹

Jak dnes interpretovat Montesquieuův princip dělby moci? Princip oddělených mocí je autorem především prezentován jako zábrana proti tomu, co ve své době vnímá jako neblahé: tím je absolutní moc a vše, co s takovou mocí brání existenci politické svobody.

Tím je tedy dílo Montesquieua pro politické ospravedlnění buržoazních revolucí, které mohou definovat novost legitimacy moci, která sama sebe omezuje, která nese sebou záruky sebelimitace a nedopustí návrat k absolutní moci, významné. Princip oddělených mocí se stal pro ústavní a politickou teorii legendou. Dnes však není zcela jednoznačně a bezesbýtku konstitucionalistickou vnímán jako všeobecný princip řídící vztahy mezi ústavními mocemi. Ba co více, neexistuje jen jediná interpretace Montesquieua. Jedna interpretační verze (snad nejvíce v 19. století) ho chápe jednak jako princip oddělených funkcí (a tedy jako výraz specializace výkonu některých činností) a jako princip nezávislosti orgánů, které takové funkce vykonávají. V takovém pojetí nelze připustit, aby si státní orgány navzájem vstupovaly do sféry „svého“ vlivu a proto se předpokládá, že nejen, že jejich spolupráce je omezena na minimum, pokud se vůbec připouští, ale že ani jejich představitelé nemohou být závislí na jmenování autoritou jiné z mocí. Takové přepjaté pojetí oddělení mocí však vede k představě o vyhrocené izolovanosti výkonu moci. Jen tak lze porozumět zábránám, které měli revoluční poslanci jako představitelé zákonodárné moci, vůči přítomnosti hlavy státu

¹ Chatelet, F.; Duhamel, O.; Pisier, E. *Dictionnaire des oeuvres politiques*. Paris: PUF 1986.

„na teritoriu“ parlamentu, respektive na jednáních sněmoven.² Jen tak lze rozumět snahám o vlastní zdroje a rozpočet nebo vlastní ozbrojenou parlamentní stráž. Míra politické svobody byla systémově dána mírou oddělené nezávislosti výkonu jednotlivých mocí.

Umírněnější interpretace Montesquieua vnímá oddělenost pružněji, totiž tak, že se připouští jistá míra koordinovanosti, součinnosti nebo i vzájemné závislosti mocí (výkonná moc se významně podílí na legislativním procesu, byť jen svou pravomocí předkládat návrhy zákonů a stejně tak i zákonodárná moc může dohlížet na to, jak výkonná moc zákony provádí). Problém však nastává s tím, do jaké míry je vzájemná závislost žádoucí, vhodná, úměrná ve vztahu k účelu a cílům ústavního systému. Jestliže hlavní obavou Montesquieua byla hrozba zneužití moci a selhání brzd, není jednoznačné, zda v jádru koncepce dělby moci nabízí model vyvážených kontrolních mechanismů, které orgány mají k dispozici. Nejen proto, že koncepce oddělení mocí nebyla reálně otestována a její potenciální funkčnost ověřena, ale i proto, že stejně v logickém řetězci vztahů vlastně v sobě naopak skrývá nikoli vyváženost mocí ale jejich hierarchické uspořádání. Tedy opak a popření svého očekávaného důsledku. Vždyt výkon soudní moci (je-li soudce jen „ústý“ zákonodárce) je výkonem moci závislé (a tedy hierarchicky nižší) na moci zákonodárné, která je tou mocí, která definuje hodnoty, jimiž se má soudce řídit a jež má při souzení sám respektovat.³ Je samozřejmě otázkou, zda Montesquieu skutečně odděloval moci tak, že by jejich oddělení bylo výrazem specializace nebo nezávislosti, vždyt samo panovníkovo veto je přece také účastí na legislativním procesu minimálně proto, že v sobě skrývá potenciál „zabránit“ vzniku platné obecně závazné normy, tedy zákona. Stejně tak i Montesquieu ani neupírá parlamentu pravomoc soudit, jedná-li ve funkci nejvyššího soudu. Ani z dalšího nelze vyvodit, že moc výkonná nemůže svým rozhodnutím ovlivnit činnost moci zákonodárné: má například právo svolávat parlament k zasedání, právo rozpustit parlament (a vyhlásit volby). Zásah parlamentu do výkonné moci je také přípustný: potvrzovat složení vlády, odvolávat její členy, či například zákonem ukládat daně, což jen v dalším ilustruje vztahy vzájemné závislosti. Je tedy otázkou, zda lze vůbec Montesquieua spojovat s rigidním pojetím oddělenosti mocí. Přijatelnější je interpretace, která vychází z toho, že je žádoucí jistá míra součinnosti všech orgánů mocí.

Jak ale rozumět různým pojetím, která jsou s Montesquieuovou separací mocí spojována? Jsou to snad jiná očekávání plynoucí z různého pojetí svobody, která autor nedefinoval? Montesquieu, hovořil-li o svobodě jednotlivce, nehovořil o svobodě jako o autonomní sféře jednotlivce, který se brání zásahům veřejné moci. Hovořil o „politické svobodě“, definované v rámci a ve vztahu k ústavě a není rozhodně tím, co každý chce činit, ale tím, co může činit, dovolí-li mu to zákony. Politická svoboda je tedy tím,

² Odrazem takového revolučního přístupu je jistě dodnes platný zákaz vstupu britského monarchy do Dolní sněmovny (snad již více součástí procedurální tradice). Stejně tak je však i přítomen v republikách, o čemž svědčí i bouřlivé snahy o sebeidentifikaci a o formálně oddělenou identitu Revolučního národního shromáždění v počátcích ČSR. Prezident republiky měl svůj vztah k Národnímu shromáždění projevit jen jako soukromá osoba a aby mohl přednést adresu hlavy státu k členům zákonodárného sboru, musel pozvat poslance „pouze“ na Hrad. Viz Peroutka, F. *Budování státu I*. Praha: Lidové noviny 1991.

³ *Dictionnaire des oeuvres politiques...* (viz výše), str. 840 a násl.

co lze konat, v rámci zákonů bez ohledu na jejich obsah a jednotlivce je svobodný, protože zákony jsou obecné, stabilní a protože ví, co smí a co nesmí. Politická svoboda je vázána na vědomí míry a mezí, které jsou jednotlivci zákonem dány. Není tedy svobodou jednotlivce, která byla až později definována turbulencemi a základními idejemi liberalismu buržoazních revolucí. Politická svoboda je tedy více než čímkoli jiným garantována systémem omezení moci, systémem, který má zamezit zneužití jejího výkonu, neboť „každý je v pokušení zneužít moc a proto je nutné ji rozdělit, aby se ne-zvrátila ve zvlášť“. Omezení spočívá v kontrole kumulace funkcí primárně a nikoli tedy k oddělení moci (či funkcí). Omezení je tedy stavem, kdy „(jedna) moc brzdí moc (druhou)“. Koncepce oddělených moci je tak synonymem pro „ústavu“ – neboť je svým způsobem výrazem uspořádání vztahů mezi ústavními orgány a rozdělení jejich kompetencí.

Proč se ale Montesquieu inspiroval anglickým ústavním modelem, který nám dnes zdaleka nepřipomíná modely oddělených moci, které působí v systému vzájemných brzd a rovnováh? Dnes by snad s podivem pročetl současné britské vládní návrhy ústavních reforem vedených snahou o zavedení principu oddělených moci omezením moci vlády a ustavením nejvyššího soudu odděleného od Sněmovny lordů.⁴ Montesquieu v anglickém vzoru nachází omezení monarchy v tom, že jedině monarcha společně se Sněmovnou lordů a Sněmovnou obecních může jednat jako zákonodárce, že sněmovny nemohou samy vykonávat výkonnou moc, která přísluší jedině monarchovi, že monarcha zároveň musí jednat tak, aby jeho akty byly v souladu se zákony (na jejichž tvorbě se sám částečně podílí). Montesquieu doktrínou omezení moci však jde nad rámec ústavněprávního vyvažování moci. Oddělenost moci podle něj vyjadřuje oddělenost institucí, které reprezentují jiné sociální skupiny a třídy (panovník, horní a dolní sněmovna) a jejich ústavní identifikace, mocenský potenciál a vzájemná součinnost v jednom zákonodárném tělese nabízí řešení k tlumení politického napětí v sociálně diferencované společnosti. Oddělenost moci může tedy být institucionálním vyjádřením sociálně a politicky oddělené společnosti, v níž jsou komunity „nuceny“ být spolu a společně vládnout.

Čím nás dnes může diskuse k Montesquieuovu podílu na rozšíření teorie dělbý moci oslovit? Čeští autoři v publikacích z 90. let minulého století navazují na některá kritická hodnocení představ o spravedlivém uspořádání moci ze začátku 18. století a jistě oprávněně poukazují na to, že byly překonány jak moderními teoretickými koncepcemi tak i historickou realitou následných revolucí.⁵ Montesquieu byl překonán „otci“ americké ústavy, realitou vývoje moderních států a ústavní a politickou konceptualizací moci. Nehledá se rozdělení pouze „státní moci“ ale rozdělení veškeré politické moci. Nestačí jen identifikovat jednotlivé moci, ale je vhodné je diferencovat podle funkcí, tj. podle kompetence přijímat rozhodnutí, podle kompetence je vykonávat a podle kompetence nad jejich výkonem dohlížet (tripartice funkcí). Přesto je tripartice (trojdielnost) moci jedním ze základních konceptů Ústavy ČR. Byla snad dů-

⁴ The Governance of Britain. Presented to Parliament by the Secretary of State for Justice and Lord Chancellor by the Command of Her Majesty. July 2007, <http://www.official-documents.gov.uk>.

⁵ Blahož, J.; Balaš, V.; Klíma, K. *Srovnávací ústavní právo*. Praha: Codex Bohemia, 1998, str. 54 Dále též Kunc, J. (ed.). *Demokracie a ústavnost*. Praha: Karolinum 1999.

sledkem akutního vnímání nutnosti zabránit zneužití ústavní moci politickými stranami a snad i předimenzované víry v korektní fungování a v renesanci institucí liberálně-demokratického typu v podobě, v jaké působily v předmnichovském Československu? Důsledkem toho byl i opětovný návrat k důslednějším (důslednějšímu ve srovnání s předcházejícím socialistickým pojetím korekce moci) pojetí a explicitnímu ústavnímu zakotvení inkompatibility ústavních funkcí (neslučitelnost výkonu funkce soudce s výkonem funkce poslance či senátora, neslučitelnost výkonu funkce člena vlády s funkcí člena výboru a jiných orgánů Poslanecké sněmovny). Neslučitelnost však nenabyla až takovou podobu, aby například zavedla „klouzavý mandát“, kdy členové vlády, jsou-li například zároveň členy jedné z komor Parlamentu, nemohou vykonávat svůj mandát poslance či senátora.

Dělbba moci je však také vnímána jako dělbba sféry vlivu uvnitř jedné z klasicky definovaných mocí-uvnitř moci zákonodárné (vztah mezi oběma komorami), uvnitř moci výkonné (vztah mezi hlavou státu a vládou) a moci soudní (vztah mezi ústavním soudem a obecným soudnictvím). K takovému přístupu k dělbě moci – totiž k dělbě uvnitř moci zákonodárné – se přiklonil svou argumentací Ústavní soud ČR v nálezu (č. 283/2005 Sb.), když z Ústavou definovaného průběhu legislativní činnosti dedukuje dělbba moci mezi Poslaneckou sněmovnou a Senátem: z toho, že ústavodárce zakládá různé typy zákonů, jejichž projednávání a přijímání podléhají jiným „právořtovným procedurám“ a z toho, že ty, které podléhají rigidnějšímu schvalovacímu režimu vyžadují bezpodmínečný souhlas Senátu, potvrzuje smysl existence Senátu, vnuknutý důvodovou zprávou k návrhu Ústavy. Znamená tedy, že „*Senát má kontrolní a stabilizující funkci*“, která zřejmě nespočívá v bezprostředním ovlivňování ani v kreaci ani v činnosti vlády. Chtěl snad tím Ústavní soud naznačit, že rozdíl mezi oběma komorami je především v jejich funkcích, v tom, že Poslanecká sněmovna má kontrolovat vládu, zatímco Senátu přísluší kontrolovat Poslaneckou sněmovnu v situacích, kdy sama zamýšlí provést závažné legislativní změny a zasáhnout tím do ústavních poměrů? Chtěl tím připomenout, že míra rigidity schvalovacího řízení (taková řízení, kdy pro přijetí usnesení ústavodárce předepisuje nejprísnější formu legislativního procesu v režimu čl. 39 odst. 4 a čl. 40 Ústavy) je kvalifikací pro systémové oddělení mocí a funkcí obou komor Parlamentu ČR? Je tedy dělbba moci mezi komorami v soustavě jedné zákonodárné moci Parlamentu ČR vnímána jako garance a obrana politické svobody (jak o ní kdysi psal Montesquieu), kterou je třeba bránit před zneužitím politickou a vládní většinou reprezentovanou v Poslanecké sněmovně?

II.

Nabízí se zcela legitimní otázka, zda princip dělby moci a způsob řešení konfliktu zájmů spolu souvisí. Pro kladnou odpověď svědčí to, že smyslem obou je ochrana veřejného zájmu či jinak, že je obranou proti zneužití moci ve prospěch moci soukromé (osobní). Námitky proti spojování obou otázek mohou být v tom, že hovoří-li se o dělbě moci, míní se tím dělbba funkcí mezi orgány státu, zatímco hovoří-li se

o konfliktu zájmů, míní se tím rozlišení činností představitelů těchto orgánů, které mohou nestranný výkon jejich funkcí ohrozit. Takové rozlišení však předpokládá a vychází z toho, že představitelé orgánů, kteří plní funkce vymezené ústavou se ztotožňují (téměř výlučně, či bezezbytku) s rolí, která jim je v daném ústavním prostoru vymezená. *Stricto sensu*, je-li představitel orgánu moci zákonodárné, především volen jako představitel moci zákonodárné, potom současné vykonávání funkce člena vlády není konzistentní s jeho rolí zákonodárce, byť by ústava takovou možnost nezakazovala. Skutečností je, že jak ústavní teorie tak politická praxe parlamentní formy vlády takovou možnost víceméně připouští a v různých variantách se nekontrolovaným a excesivním důsledkům většinového vládnutí brání. Jak by však byla vnímaná role vlády, hypoteticky zcela složené ze senátorů, kteří by byli členy komory, jejímž smyslem, jak naznačil Ústavní soud, *není bezprostředně ovlivňovat ani kreaci ani činnost vlády*? Jistě by tím nebyl podkopán demokratický princip odpovědné vlády, vlády odpovědné vůči demokraticky volenému orgánu, v daném případě Poslanecké sněmovně. Byly by tím však modifikovány vztahy, které ústavní odpovědnost reálně dotváří, totiž přímé vztahy mezi vládní a parlamentní většinou v té komoře, která nástroji politické a ústavní kontroly disponuje.

Smyslem těchto úvah však není ani tak modelovat hypotetické situace a stavět spekulativní konstrukce parlamentní varianty dělby moci v ČR. Smyslem je poukázat na obecný problém fúze (a mnohdy konfúze) funkcí, rolí, povolání a posláních, které princip dělby moci, tak jak byl jako záruka proti zneužití moci konstruován, zamlžují.⁶ K takové situaci jistě dochází zejména při rozsáhlých společenských, ekonomických a politických transformacích (revolucích), kdy se hroutí *ancien régime* a kdy zároveň sám přežívá, i když v poněkud jiné podobě, v režimu novém.⁷ Tehdy dochází ke změně paradigmatu politiky, ke změně jejích aktérů, jejího pojetí a jejího obsahu. Průvodním jevem je tedy i změna demarkační čáry mezi zájmy, včetně dělení mezi zájmem veřejným a privátním. Pojetí politiky jako povolání, tak jak o něm uvažoval Max Weber, totiž politiky, z níž se žije, která je trvalým zdrojem příjmů toho, kdo ji vykonává, tedy předpokládá omezení, která na jedné straně zabraňují šíření poskytování „služby za

⁶ Podrobněji k chaosu, s jakým vnímali transformaci svých společenských rolí a ústavních pravomocí činitelé v Maďarsku v letech 1989–90 viz Fletcher, G. P. *Basic Concepts of Legal Thought*. Oxford University Press 1996, str. 16 a další. Na některých příkladech z transformační historie – jako byla stávka taxikářů v Budapešti v říjnu 1990 a aféra „Dunagate“ z prosince v roce 1989, kdy příslušník kontrarozvědky umožnil disidentským skupinám přístup do archivů příslušného státního orgánu a mediálně zveřejnil některé z jeho utajovaných dokumentů, autor ukazuje, jak rozdílné je vnímání rolí, v nichž činitelé státu vystupují. Autorova analýza popisovaných případů vede k závěru, že právní (a ústavní stát), o jehož vybudování v Maďarsku šlo, je možný tehdy, jestliže se stát blíží liberálním představám o státu minimálním, jestliže stát je nezaújatým arbitrem (*state as a disinterested arbiter*), jestliže státní činitelé jsou „nad spory, které mají být rozhodovány podle práva“. V situaci, kdy podle něj občané vyjednávají se státem (prostřednictvím veřejných činitelů), tak jako vyjednávají zaměstnanci s podnikovým managementem (a vedoucí politická strana roli managementu hraje), v situaci, kdy jinak činnost naplňující skutkovou podstatu trestného činu (prozrazení přísně utajovaných skutečností samotným příslušníkem kontrarozvědky), není státním žalobcem žalována, nelze o odstupu či oddělení státu od společnosti hovořit. Změny v Maďarsku podle autora svědčí o „identitě“ zájmů státu a občanů více než potřebným neutrálním arbitrování.

Fletcherovy postřehy z maďarských zkušeností v lecčem vypovídají o obecně pocítované nejistotě o tom, co je legální a legitimní ve výkonu veřejné moci, kdo a za jakých podmínek za zájmy veřejné a státní rozhoduje.

⁷ *Plus s'a change, plus c'est la même chose*.

úplatu“ při výkonu veřejné funkce a na druhé dovolují relativně nestranný, odborný, nezávislý výkon úřadu. To, zda má jít o „obročníka“, „kondotiéra“, či toho kdo si propachtovává úřad, nebo toho, kdo jako „americký boss své výdaje považuje za kapitálový vklad, který se mu vrátí,“⁸ je jen záležitostí vkusu, tradic, únosnosti, či obecně věcí politické kultury daného prostředí. Jemná (*soft*) analýza, s níž pracuje sociologie politiky však nestačí. Vhodným je proto v této souvislosti zkoumat hledání legislativních nástrojů na ochranu veřejného zájmu (k hledání nástrojů garantujících Montesquieuovskou politickou svobodu), zkoumat legislativní uchopení konfliktu zájmů v uplynulých přibližně 15 letech.

Geneze právní úpravy konfliktu zájmů po roce 1989 není jednoduchá zejména s ohledem na rozsáhlé změny v soustavě mocenských vztahů, na ústavní reformy, na podstatné změny ekonomických vztahů a vlastnických poměrů. Na první pohled by se zdálo, že takovou lavinu změn nebývalého dosahu, která byla z převážné části iniciována státem, budou provázet legislativní opatření na ochranu veřejného zájmu přiměřená závažnosti reforem. Zdá se však, že legislativní ochrana veřejného zájmu, ve srovnání s platnou úpravou za První republiky a ve srovnání s úpravou známou v jiných státech, byla minimální.

Zákon č. 238/1992 Sb., o některých opatřeních souvisejících s ochranou veřejného zájmu, který se vztahoval na pouze na ústavní činitele (jimiž ve smyslu zákona byli poslanci ČNR a členové vlád), byl ve srovnání s pozdější úpravou stručný, a s minimálními standardy ochrany veřejného zájmu už jen co do okruhu ústavních činitelů, na něž se vztahoval. Povinností vyplývající pro ústavní činitele bylo zdržet se při výkonu funkce i v občanském životě všeho, co by mohlo vést ke střetu veřejného zájmu se zájmy osobními a co by současně mohlo ohrozit důvěru v nestrannost výkonu funkce a co by mohlo funkci v jejím celku znevážit. Tím měl zejména zákonodárce na mysli zneužití moci a informací nabytých v souvislosti s výkonem funkce a to ve prospěch ústavního činitele samého nebo ve prospěch jiných osob (právnických nebo fyzických). Zákonodárce chtěl také zamezit situacím, kdy by se činitelé v záležitostech například obchodní povahy odvolávali na vykonávanou ústavní funkci. Ústavní činitel byl vázán oznamovací povinností (předsedovi ČNR) o podnikatelské nebo jiné výdělečné činnosti, či o případném členství v řídicích nebo kontrolních orgánech právnických osob. Byl také povinen podávat přiznání o příjmech a darech (s uvedením výjimek, kdy takovou povinnost neměl: např. příjmy z činnosti vědecké, pedagogické a literární a jiné obdobného charakteru, či z příjmů z cenných papírů, úroků a nájmu). Oznámení o příjmech a darech se měla týkat jen takových údajů, které byly částkou přesahující hodnotu 500 Kč a nebyly od osob blízkých či projevem osobní pohostinnosti dárce. Přiznání se však měla předkládat pouze tehdy, přesáhl-li souhrn všech příjmů během jednoho roku výše měsíčního platu poslance ČNR. Zákon připouštěl i udělení výjimky z povinnosti oznámit výši poskytovaného plnění předsedou ČNR. Sankcí za porušení zákona bylo „jen“ projednání ve sboru ústavního orgánu (tedy vlády nebo ČNR), jehož byl ústavní činitel členem.

⁸ Weber, M. *Politika jako povolání. Metodologie, sociologie a politika*. Praha: Oikoymenth, 1998. str. 255.

Uvedený zákon byl novelizován (zákonem č. 287/1995 Sb., zákonem č. 228/1997 Sb.) a posléze i nahrazen zákonem o střetu zájmů (zákon č. 159/2006 Sb.).⁹ Tímto zákonem byla právní úprava potenciálního konfliktu zájmů a tedy ochrana veřejného zájmu proti zneužití výrazně zpřísněna. Přísnější režim se týká jak okruhu povinností veřejných funkcionářů, rozsahu jejich činností, okruhu funkcí, jichž se omezení týkají, tak i sankcí za porušení zákona a systému registrace povinně oznamovaných skutečností. Veřejným funkcionářem ve smyslu této úpravy jsou zákonodárci, členové vlády a vedoucí dalších ústředních orgánů státní správy či jiných ústavních orgánů (jako například veřejných ochránců práv, předseda Úřadu pro ochranu osobních údajů funkcionáři a členové NKÚ, členové Rady pro Rozhlasové a televizní vysílání), ale i členové zastupitelstev kraje a obcí, kteří jsou pro výkon funkce uvolnění a starostové obce a členové rady obce a kraje (ti, kteří nejsou pro výkon funkce uvolnění). Povinnosti se také vztahují i na soudce, státní zástupce, příslušníky Policie ČR a Celní správy, na vedoucí státní zaměstnance a vedoucí zaměstnance samosprávného celku (a to za zákonem stanovených podmínek). Zákon přesně nedefinuje, co veřejný zájem je – uvádí však, že ke střetu zájmů (veřejného a osobního) dojde tehdy, upřednostní-li veřejný funkcionář zájem osobní před zájmem, který je z titulu svého postavení a svých kompetencí prosazovat. Také tím, že využije svého postavení k získání majetkového nebo jiného prospěchu pro sebe nebo i jinou osobu, že za úplatu nebo jinou výhodu dá svolení k uvedení svého jména ke komerčním účelům a to ve spojení s vykonávanou funkcí, ale také tím, že se bude odvolávat na svou funkci v záležitostech, které nesouvisejí s jejím výkonem. Pro některé z funkcionářů platí zákaz provozovat samostatnou výdělečnou činnost, být např. statutárním orgánem nebo členem takového orgánu podnikající právnické osoby, či být v pracovněprávním nebo služebním vztahu. Takové omezení činnosti se tedy netýká zákonodárců, ale vztahuje se na členy vlády a na činitele některých dalších ústředních orgánů výkonné moci. Pro zákonodárce platí, že nesmějí vykonávat funkce v pracovněprávním vztahu nebo ve služebním poměru k ČR (při výkonu státní správy na ministerstvech, státním zastupitelství či bezpečnostních sborech). Někteří veřejní funkcionáři se nesmí po dobu jednoho roku od skončení výkonu funkce stát společníkem nebo působit v orgánech podnikající právnické osoby, pokud taková osoba uzavřela se státem smlouvu ve věci nadlimitních zakázek (v průběhu tří let před skončením funkce veřejného funkcionáře) a veřejný funkcionář se účastnil rozhodování o takové smlouvě. Veřejní funkcionáři mají oznamovací povinnost o osobním zájmu, o vykonávaných činnostech, majetku, příjmech, darech a závazcích. Oznámení o osobním zájmu je nově upraveným institutem. Znamená, že veřejný funkcionář při jednání orgánu, jehož je

⁹ Nelze však opomenout skutečnost, že byl přijat zákon č. 96/2005 Sb., který však byl v řízení před Ústavním soudem shledán protiústavní a zrušen. Důvody, které vedly Ústavní soud primárně ke zrušení zákona nesouvisely přímo s materií střetu zájmů, tak jak ho zákon č. 96/2005 Sb. upravoval, ale týkaly se vesměs způsobu přijetí a ústavně právního vymezení významu rigidity legislativního procesu a tedy i moci a váhy jednotlivých komor Parlamentu. Přesto i tato „epizoda“ v legislativní historii střetu zájmů má svůj význam (viz supra). Není jisté nezajímavé i zjištění, že tento návrh byl iniciativním návrhem skupiny poslanců. Ze srovnání této úpravy se současně platnou vyplývá, že došlo k redukci okruhu povinných funkcionářů. Současná úprava se netýká všech členů zastupitelstev krajů a obcí s rozšířenou působností. K složitému konsensu o finální podobě zákona (jak zákona č. 159/2006 Sb. tak předcházejícího zákona č. 96/2005 Sb.) viz stenografické zprávy z jednání Poslanecké sněmovny a Senátu PČR.

členem uvede svůj poměr k projednávané věci, jestliže by mohla vzniknout vzhledem k výsledku projednávané věci osobní výhoda nebo újma a jestliže nejde o obecně zřejmý prospěch. Oznámení o osobním majetku jsou poměrně zevrubná (jde např. o oznámení o nabytí majetkové hodnoty v průběhu kalendářního roku přesahující částku 500 000 Kč) a týkají se nejen vlastnických práv veřejného činitele ale i majetku, který nabyl jeho manžel v režimu společného jmění manželů. Zákonem je zaveden registr oznámení, který je zabezpečován tzv. evidenčním orgánem, jimž jsou mandátové a imunitní výbory komor Parlamentu, ministerstvo nebo jiný ústřední orgán státní správy, a ředitelé, respektive tajemníci, krajských, respektive obecních úřadů. O tom, zda veřejný funkcionář porušil zákon, rozhodují soudy ve správním soudnictví a to na návrh evidenčního orgánu nebo každý, kdo má důvodné podezření, že k porušení zákona došlo.

III.

Princip dělby moci jistě patří k základním kamenům moderního konstitucionalismu a to zejména proto, že otevřel prostor pro omezení výkonu moci. Vykonavatelé moci (jednotlivých mocí) jsou však ve jménu tohoto principu nezbytně pokládáni za ty, kteří se s nejvyšší možnou mírou identifikují s rolí, která výkonu funkce daným orgánem přísluší. Tím Montesquieu argumentoval, když hodnotil motivaci k rozhodování jednotlivých aktérů moci výkonné, zákonodárné a soudní. Tento původní předpoklad dnes není sociální ani sociologickou realitou. O to víc je nesmírně důležité ochranu proti zneužití moci pojistit důsledně koncipovaným institutem konfliktu zájmů. Právní nástroje ochrany veřejného zájmu se však stěží mohou vyčerpat detailní a perfektní úpravou střetu zájmů. Systémově sem také patří například úprava lobbingu. V dané historické etapě transformačního období vůle poskytnout ochranu veřejnému zájmu (ve smyslu „nepřívátního“) nebyla systémově dostatečně intenzivní a jistě na veřejnosti prosakující ospravedlňování stavu fúze mocí, rolí a zájmů nedostatkem zkušeností neobstojí.

SEPARATION OF POWERS, FUNCTIONS OR ROLES (OR, HOW DO WE READ MONTESQUIEU, TODAY)

Summary

Today, no one doubts about one of the fundamental principle of modern constitutions, to which the Czech constitution of 1992 (as well as many akin constitutions) have adhered. Despite of the general acceptance of the principle, it became harder to put it into practice. It is worth then to trace back legitimate expectations derived from the separation of powers principle, and to find out whether rigidity (as sometimes forwarded in practice) does not expose the ultimate functionality of the institutions to a risky blockage. Blockage constructed upon a rigid understanding of the usage of “checks” that ultimately brakes the “balances”. The integrity of the system is to be interpreted rather than from a static power description (that was useful and needed during the institution-building period), from the functional prospect, as today. If powers are to be legitimately and than rightly executed, if they are to be efficient in the dynamic of the

working constitution, they should be closely linked to separate functions and roles as assumed and played by political actors. Since vague and unclear division of functions and roles of office-holders after 1989 was in place, the constitutional principle itself could not have been fully introduced into political practice, that has been for many years lacking efficient legal means of protecting “common sense”.

Key words: Ch. Montesquieu, separation of powers, separation of functions, separations of roles

ANTIDISKRIMINAČNÍ ZÁKON Z ROKU 2009 – NOVÁ OCHRANA PŘED NEROVNÝM ZACHÁZENÍM

RADOVAN SUCHÁNEK

Po dlouhých letech příprav byl v roce 2009 přijat Parlamentem ČR zákon o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů. Tzv. antidiskriminační zákon (dále jen „AZ“) byl vyhlášen ve Sbírce zákonů pod č. 198 dne 29. června 2009 a účinnosti nabyl k 1. září 2009 (s výjimkou jeho části novelizující zákon o Veřejném ochránci práv, která nabyla účinnosti až k 1. prosinci 2009). Cesta vzniku tohoto předpisu byla trnitá.¹ Platný zákon se zrodil až z jeho druhého návrhu. Ten první, předložený vládou v roce 2005, byl po jeho schválení Poslaneckou sněmovnou zamítnut Senátem a první komora v novém hlasování v závěru svého 4. volebního období návrh již znovu nepřijala.² Realita v oblasti diskriminace je přitom pravidelně analyzována v každoročních zprávách vlády o stavu lidských práv v ČR. Na základě stížností podaných k orgánům státní správy vykazují vládní zprávy z posledních let desítky případů diskriminace.³ Nerovné zacházení v řadě oblastí potvrzují i sociologické průzkumy.⁴

Nová vláda v létě 2007 předložila nové Poslanecké sněmovně návrh AZ znovu.⁵ Učinila tak nejen proto, že se k jeho přijetí zavázala ve svém programovém prohlášení,⁶ ale především s ohledem na čtyři řízení vedená proti ČR v oblasti rovného zachá-

¹ Např. Slovensko přijalo na rozdíl od ČR antidiskriminační zákon již v roce 2004 (viz zák. č. 365/2004 Z.z.).

² IV. PS, 2005, sněmovní tisk č. 866. Stejný osud měl vládní návrh zákona, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím antidiskriminačního zákona (IV. PS, sněmovní tisk č. 867).

³ Srov. vládní zprávy o stavu lidských práv v ČR za roky 2004 až 2008. Viz <http://www.vlada.cz/scripts/detail.php?pgid=302>.

⁴ Např. v červnu 2005 provedla agentura STEM na základě zadání Ministerstva práce a sociálních věcí výzkum veřejného mínění, jehož cílem bylo zjistit, jaké jsou zkušenosti a názory obyvatel ČR na diskriminaci. Výzkum zjistil, že téměř 50 % občanů ČR starších 18 let se někdy osobně nebo ve svém okolí setkalo s případem diskriminace z důvodu věku, pohlaví, zdravotního stavu, vyznání, národnosti, sexuální orientace apod. Nejčastěji se respondenti setkávají s diskriminací starších osob a matek s dětmi v zaměstnání. Řídké nejsou ani případy diskriminace z důvodu zdravotního stavu, ani případy rasové diskriminace (nejčastěji u Romů). O tom, jak lze řešit diskriminaci, nebylo přitom informováno až 78 % občanů, větší či menší informovanost připustilo jen mírně přes 20 % občanů. Blíže viz Postavení a diskriminace seniorů v České republice. Praha: MPSV, 2006, s. 133n.

⁵ V. PS, 2007, sněmovní tisk č. 253. Viz <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=5&T=253>.

⁶ Vláda programově prohlásila v lednu 2007 uvedla: „*Vláda podporuje rovné šance pro všechny občany. Předložit návrh antidiskriminačního zákona, který zabezpečí právo na rovné zacházení a ochranu před diskriminací v intencích implementace evropských antidiskriminačních směrnic tak, aby zákaz diskriminace byl účinně vymahatelný. Veřejný ochránce práv bude pověřen působností v oblasti rovného zacházení.*“

zení podle čl. 226 Smlouvy o založení ES, z nichž dvě řízení byla ve fázi formálního upozornění a dvě již ve fázi odůvodněného stanoviska Komise ES.⁷

ČR byla za neexistenci AZ kritizována i ze strany OSN. V r. 2006 byl Výbor pro odstranění diskriminace žen „znepokojen, že stále neexistuje obecný antidiskriminační zákon, který by obsahoval definici diskriminace žen“ podle čl. 1 Úmluvy o odstranění všech forem diskriminace žen.⁸ Rovněž Výbor pro odstranění rasové diskriminace v roce 2007 vyslovil znepokojení, že „přes veškeré úsilí se účastnickému státu dosud nepodařilo přijmout obecný antidiskriminační zákon, který by zaručil rovné zacházení a ochranu před diskriminací.“ Také Výbor pro lidská práva doporučil ČR „... přijmout účinná opatření pro boj s diskriminací ... především: a) přijmout jednotnou antidiskriminační legislativu, která bude zaručovat účinnou ochranu pro oběti rasové a podobné diskriminace ve všech oblastech a příslušných politikách a programech; b) poskytovat obětem diskriminace právní pomoc; c) zavést účinné monitorovací mechanismy a přijmout ukazatele a kritéria pro stanovení, zda bylo příslušných antidiskriminačních cílů dosaženo...“⁹

Přestože byl návrh AZ na druhý pokus oběma komorami Parlamentu ČR v dubnu 2008 schválen (stalo se tak během devíti měsíců od jeho předložení), uplatnil vůči němu v květnu 2008 prezident republiky právo veta.¹⁰ Soudní dvůr EU pak v prosinci 2008 konstatoval, že ČR nesplnila všechny povinnosti plynoucí z jejího členství v EU, pokud jde o provedení směrnice týkající se rovného zacházení mezi ženami a muži v systémech sociálního zabezpečení pracovníků (směrnice č. 86/378/EHS a 96/97/ES).¹¹ V lednu 2009 byla České republice doručena další žaloba Komise ES týkající se směrnice Rady 2004/113/ES, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s muži a ženami v přístupu ke zboží a službám a jejich poskytování.¹² Nové projednávání prezidentem vetovaného AZ se přesto v Poslanecké sněmovně více než rok opakovaně odkládalo. Až v červnu 2009 byl v novém hlasování Sněmovny AZ definitivně schválen a mohl být téhož měsíce vyhlášen.

⁷ Viz řízení č. 2005/0284 (netransponování směrnice Rady 86/378/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy v systémech sociálního zabezpečení pracovníků), č. 2005/0286 (netransponování směrnice Rady 96/97/ES, kterou se mění směrnice 86/378/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy v systémech sociálního zabezpečení pracovníků), č. 2006/2262 (chybná implementace směrnice Rady 2000/43/ES, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ) a č. 2006/2434, v němž Komise ES namítala v návaznosti na vnitrostátní implementaci směrnice Rady 2000/78/ES, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání, následující nedostatky: a) nedostatečně podrobná definice diskriminace; b) neslučitelnost podmínky týkající se absence poruch sexuální preference pro nábor příslušníků celní správy (výtky byly napraveny vyhláškou č. 599/2006 Sb., již byla s účinností od 1. 1. 2007 zrušena vyhláška č. 89/2003 Sb., kterou se stanoví požadavky na zdravotní způsobilost příslušníků Celní správy ČR a vady a stavy, které vylučují přijetí uchazeče do služebního poměru nebo vylučují nebo omezují výkon služby); c) omezený rozsah působnosti vnitrostátních transpozičních předpisů ve vztahu k rozsahu působnosti směrnice; d) nedostatečná transpozice ustanovení o rozdílech v zacházení na základě věku.

⁸ CEDAW/C/CZE/CO/3.

⁹ CERD/C/CZE/CO/7 a CCPR/C/CZE/CO/2. Vládní Zpráva o stavu lidských práv v ČR v r. 2007, s. 61.

¹⁰ V. PS, 2008, sněmovní tisk č. 253/6. Viz <http://www.psp.cz/sqw/text/tisk.sqw?o=5&ct=253&ct1=6>. Viz dále.

¹¹ Rozsudek Soudního dvora EU (páté sekce) ze 4. 12. 2008 ve věci Komise ES v. Česká republika (C-41/08).

¹² Viz vládní Zprávu o stavu lidských práv v České republice v roce 2008, s. 79.

I. ZÁKAZ DISKRIMINACE V PRÁVNÍM ŘÁDU ČR PODLE DOSAVADNÍCH PRÁVNÍCH NOREM

I.1 LISTINA ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD

Součástí ústavního pořádku ČR je podle čl. 112 odst. 1 Ústavy Listina základních práv a svobod, přijatá jako ústavní zákon ještě československým parlamentem (vyhl. pod č. 23/1991 Sb., znovu vyhlášena pod č. 2/1993 Sb.). Za součást ústavního pořádku je Listina prohlášena i v základních ustanoveních Ústavy (čl. 3). Listina již v rámci svých obecných ustanovení (v I. hlavě), upravuje princip rovnosti. V čl. 1 stanoví, že „*lidé jsou svobodní a rovní v důstojnosti i v právech*“. Obecný zákaz diskriminace upravuje čl. 3 odst. 1 demonstrativním výčtem znaků takto: „*Základní práva a svobody se zaručují všem bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického či jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení.*“ Ve třetím odstavci tohoto článku se pak ještě dodává: „*Nikomu nesmí být způsobena újma na právech pro uplatňování jeho základních práv a svobod.*“ V čl. 4 odst. 3 se stanoví, že „*zákonná omezení základních práv a svobod musí platit stejně pro všechny případy, které splňují stanovené podmínky*“. Listina dále obsahuje i zvláštní ustanovení zaručující rovnost v určitých oblastech: Čl. 24 uvádí, že „*příslušnost ke kterékoli národnosti nebo etnické menšině nesmí být nikomu na újmu*“. Čl. 37 odst. 3 garantuje rovnost všech účastníků v řízení (v čl. 96 Ústavy jsou rovná práva zaručena všem účastníkům speciálně pro řízení před soudem). Podle čl. 11 odst. 1 Listiny „*vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu*“. Tato ustanovení vyjadřují podstatné náležitosti demokratického právního státu, jejichž změna je v ČR prohlášena za nepřípustnou (čl. 9 odst. 2 Ústavy).¹³

Podle Ústavního soudu ČR („ÚS“) je rovnost v právech, formulovaná v čl. 1 Listiny, v podstatě obsahem celé Listiny.¹⁴ Rovnost podle ÚS „*náleží k těm základním lidským právům, jež svou povahou jsou sociálními hodnotami konstituujícími hodnotový řád společnosti*“.¹⁵ Podle ÚS jde o „*uznání hodnoty každého člověka jako takového, bez ohledu na jeho schopnosti, znalosti a „užitečnost“ či prospěšnost pro celek; ... projev dávné pravdy ... že s člověkem nikdy nesmí být svévolně zacházeno pouze jako s prostředkem sloužícím zájmům jiných*“. Rovnost svobodného jedince v důstojnosti a právech je „*základním stavebním kamenem našeho ústavního řádu*“ a promítá se vlastně i do celé Listiny.¹⁶ Na druhou stranu vychází ÚS z toho, že hodnoty rovnosti „*v sociálním procesu plní ... funkci spíše jen ideálně typických kategorií vyjadřujících cílové představy, jež se nemohou zcela krýt se sociální realitou a lze je dosahovat jen aproximativním způsobem*“, že „*rovnost může se ... krýt s realitou jen v určitých zá-*

¹³ Srov. Pavlíček, V. a kol. *Ústava a ústavní řád České republiky. 2. část. Práva a svobody*. Praha: Linde, 1999.

¹⁴ Nález z 24. 5. 1995 sp. zn. Pl. ÚS 31/94 Sb. n. u., sv. 3, č. 25, vyhl. pod č. 164/1995 Sb.

¹⁵ Nález sp. zn. Pl. ÚS 4/95, č. 29, sv. 3 Sb. n. u. (č. 168/1995 Sb.), sp. zn. Pl. ÚS 15/02, č. 11, sv. 29 Sb. n. u. (č. 40/2003 Sb.).

¹⁶ Nález z 6. 6. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 42/04, vyhl. pod č. 405/2006 Sb.

kladních datech,“ tedy že „každá rovnost ve společenském dění může proto být jen rovností ‚na pochodu‘, vývojovým tvarem,“ pročež „neexistuje žádný recept na určení, co všechno by mělo být rovné,“ a že „egalitářský universalismus by nutně vyvolal hluboce nefunkční sociální účinky“.¹⁷ Podle ÚS čl. 3 odst. 1 Listiny zaručuje a konkretizuje rovnost osob v právech jako „stav neexistence jakýchkoliv právních privilegií“.¹⁸ Rovnost před zákonem však nechápe ÚS abstraktně a absolutně, ale vnímá ji jako kategorii relativní, když považuje čl. 3 odst. 1 Listiny za ústavní ustanovení, které není samostatně aplikovatelné bez vztahu k některému z ostatních aktuálně porušených základních práv, obsažených v následujících hlavách Listiny.¹⁹ Rovnost tedy nevnímá jako autonomní základní právo samo o sobě, ale jako akcesorickou relativní kategorii uplatnitelnou vždy jen s jiným konkrétním základním právem.²⁰ Současně podle ÚS rovnost požaduje pouze odstranění neodůvodněných rozdílů, přičemž je věcí státu (zákonodárce), aby rozhodl, zda určité skupině poskytne více či méně práv (výhod) než skupině jiné. Musí však přitom respektovat určitá pravidla: musí prokázat, že tak činí ve veřejném zájmu (pro veřejné blaho, s odvoláním na veřejné hodnoty)²¹ a rozdílné zacházení musí být objektivně a racionálně zdůvodněno.²² Dalším hlediskem, které ÚS ve svém nazírání na rovnost uplatňuje, je princip proporcionality: „nerovnost v sociálních vztazích, má-li se dotknout základních lidských práv, musí dosáhnout intenzity zpochybnující, alespoň v určitém směru, již samu podstatu rovnosti“.²³

¹⁷ Nález z 20. 1. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 4/95 Sb. n. u., sv. 3, č. 29, vyhl. pod č. 168/1995 Sb.

¹⁸ Nález z 24. 5. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 31/94 Sb. n. u., sv. 3, č. 25, vyhl. pod č. 164/1995 Sb.

¹⁹ Obdobně jako na čl. 3 odst. 1 Listiny pohlíží ÚS i na čl. 14 evropské Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „EÚLP“) a čl. 26 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech.

²⁰ Srov. např. nálezy ÚS ve věcech vedených pod sp. zn. Pl. ÚS 16/93, Pl. ÚS 36/93, Pl. ÚS 5/95, Pl. ÚS 33/96.

²¹ Ke vztahu diskriminace a veřejného zájmu viz např. nález sp. zn. Pl. ÚS 9/95, nál. č. 16, sv. 5 Sb. n. u., vyhl. pod č. 107/1996 Sb.), v němž ÚS uvedl, že „je věcí státu stanovit podmínky, za kterých zvýhodňuje určitou skupinu osob, to ovšem za předpokladu, že tak činí ve veřejném zájmu a pro veřejné blaho, přičemž ve veřejném zájmu nepochybně je prosazování principů demokracie a lidských práv“.

²² Např. nálezy č. 3 a 9, sv. 1 Sb. n. u. Podobný závěr byl vysloven již čl. ústavním soudem (nález z 8. 10. 1992 sp. zn. Pl. ÚS 22/92, Sb. u. n. ÚS ČSFR, sv. 1, roč. 1992, s. 38). Ústavní soud ČR tvrdí, že „základní chráněné hodnoty vyjmenované v článku 3 Listiny nekoncepoval ústavodárce jako absolutní“ a že „určitá zákonná úprava, jež zvýhodňuje jednu skupinu či kategorii osob oproti jiným, nemůže tedy být sama o sobě bez dalšího označena za porušení principu rovnosti“. Podle ÚS, odvolávajícího se i na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva (Abdulaziz, Cabales a Balkandali z r. 1985, bod 72; Lithgow z r. 1986, bod 177 a Inze z r. 1987, bod 41), „zákonodárce má určitý prostor k úvaze, zda takové preferenční zacházení zakotví. Musí přitom dbát o to, aby zvýhodňující přístup byl založen na objektivních a rozumných důvodech (legitimní cíl zákonodárce) a aby mezi tímto cílem a prostředky k jeho dosažení (právní výhody) existoval vztah přiměřenosti. V oblasti občanských a politických práv a svobod, již imanentně charakterizuje povinnost státu zdržet se zásahů do nich, existuje pro preferenční (tedy svou podstatou aktivní) zacházení s některými subjekty obecně jen minimální prostor. Naproti tomu v oblasti práv hospodářských, sociálních, kulturních a menšinových, v nichž je stát začasté povinován k aktivním zásahům, jež mají odstranit křiklavé aspekty nerovnosti mezi různými skupinami složitě sociálně, kulturně, profesně či jinak rozvrstvené společnosti, disponuje zákonodárce logicky mnohem větším prostorem k uplatnění své představy o přípustných mezích faktické nerovnosti uvnitř ní. Volí proto preferenční zacházení mnohem častěji.“ Viz nález z 21. 1. 2003 sp. zn. 15/02, č. 11, sv. 29 Sb. n. u., vyhl. pod č. 40/2003 Sb.

²³ Tamtéž. ÚS vymezil též kritéria podle nichž hodnotí podmínky, při jejichž splnění má jedno základní právo přednost před druhým a kdy má přednost ústavně chráněná hodnota (statek) před základním právem. Viz zejm. nález č. 3, sv. 1 Sb. n. u., vyhl. pod č. 34/1994 Sb., nález z 12. 10. 1994 sp. zn. ÚS 4/94, č. 46, sv. 2 Sb. n. u., vyhl. pod č. 214/1994 Sb., nález č. 99, sv. 6 Sb. n. u., vyhl. pod č. 280/1996 Sb.

Zákaz diskriminace obsažený v čl. 3 Listiny tak nezajišťuje přímo ochranu potenciálních obětí diskriminace, zejména pokud jde o diskriminaci v soukromoprávních vztazích. Listina sice stanoví obecný zákaz diskriminace, až na zákonu však závisí vymezení pojmů spojených s právem na rovné zacházení a ochranou před diskriminací, jakož i stanovení rozsahu nároků obětí diskriminace (např. práva domáhat se upuštění od diskriminace, odstranění následků diskriminace a přiměřeného zadostiučinění).

I.2 MEZINÁRODNÍ SMLOUVY O LIDSKÝCH PŘÁVECH

ČR je vázána řadou mezinárodních smluv zakotvujících ochranu před diskriminací. Je to zejména Mezinárodní pakt o občanských a politických právech, který vedle obecného práva každého na stejná práva a ochranu zákona bez jakékoli diskriminace (čl. 2 odst. 1, čl. 26), upravuje speciálně zákaz diskriminace i ve vztahu k dětem (čl. 24 odst. 1), zákaz podněcování k diskriminaci z důvodu národní, rasové nebo náboženské nenávisti (čl. 20 odst. 2) i zákaz diskriminace při přijetí opatření zmírňujících za mimořádné situace závazky států podle Paktu (čl. 4 odst. 1). Obecný zákaz diskriminace obsahuje i Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech (čl. 2 odst. 2), který pak zvláště požaduje i spravedlivou mzdu a stejnou odměnu za práci stejné hodnoty bez jakéhokoli rozlišování (čl. 7 písm. a/), jakož i ochranu a pomoc všem dětem a mládeži bez jakékoli diskriminace na základě rodinného původu nebo jiných podmínek (čl. 10 odst. 3).²⁴ Speciálními smlouvami, jimiž je ČR vázána, jsou Mezinárodní úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace,²⁵ Úmluva o odstranění všech forem diskriminace žen²⁶ a Úmluva o právech dítěte.²⁷

Z úmluv Rady Evropy váže ČR především Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod („EÚLP“), jejíž čl. 14 zakazuje jakoukoli diskriminaci z důvodů jako jsou pohlaví, rasa, barva pleti, jazyk, náboženství, politické nebo jiné smýšlení, národnostní nebo sociální původ, příslušnost k národnostní menšině, majetek, rod nebo jiné postavení. Uvedený čl. 14 však zakazuje diskriminaci pouze při užívání práv a svobod přiznaných touto Úmluvou. Rada Evropy přijala proto Protokol č. 12 k EÚLP, který v čl. 1 mění dosavadní subsidiární charakter ochrany před diskriminací

²⁴ Oba Pakty vstoupily pro náš stát v platnost 23. března 1976 (vyhláška MZV č. 120/1976 Sb.).

²⁵ ČSSR byla úmluvou vázána od 4. ledna 1969, ČR do Úmluvy sukcedovala s účinností od 1. 1. 1993 (vyhláška č. 95/1974 Sb., ve znění redakčního sdělení o opravě nesprávností v překladu do českého jazyka vyhlášeného v částce č. 1/2002 Sb.; čl. 5 odst. 2 úst. zák. ČNR č. 4/1993 Sb.). Od 11. října 2000 je ČR vázána prohlášením o uznání příslušnosti Výboru pro odstranění rasové diskriminace přijímat a projednávat sdělení jednotlivých osob nebo skupin osob podléhajících její jurisdikci, které si stěžují, že se ze strany ČR staly obětí porušení kteréhokoli z práv stanovených v této úmluvě.

²⁶ ČSSR byla úmluvou vázána od 18. března 1982 (vyhláška č. 62/1987 Sb.), ČR jí je vázána od 1. 1. 1993 (čl. 5 odst. 2 úst. zák. ČNR č. 4/1993 Sb.). Dnem 26. 5. 2001 pro ČR vstoupil v platnost Opční protokol k úmluvě (č. 57/2001 Sb. m. s.), kterým ČR uznala příslušnost Výboru pro odstranění diskriminace žen přijímat a posuzovat oznámení osob či skupin osob nebo jejich zástupců, podléhajících jurisdikci smluvního státu, které se považují za oběti porušení kteréhokoli z práv stanovených úmluvou ze strany tohoto státu.

²⁷ ČSFR byla úmluvou vázána od 6. února 1991 (č. 104/1991 Sb.), ČR jí je vázána od 1. 1. 1993 (čl. 5 odst. 2 úst. zák. ČNR č. 4/1993 Sb.).

vyplývající z čl. 14 EÚLP na obecný zákaz diskriminace z výše uvedených důvodů. Protokol č. 12 ČR podepsala, ale dosud neratifikovala.²⁸

Zákaz diskriminace ze stejných důvodů stanoví také čl. E Revidované Evropské sociální charty (ETS 163), kterou ČR podepsala 4. 11. 2000, ale dosud ji rovněž neratifikovala.²⁹ ČR je však od r. 1999 vázána Dodatkovým protokolem k Evropské sociální chartě z r. 1988,³⁰ který zakotvuje právo všech pracovníků na rovné příležitosti a na rovné zacházení v záležitostech zaměstnání a povolání bez diskriminace na základě pohlaví (čl. 1). S cílem zajistit účinné uplatnění tohoto práva se smluvní strany zavazují uznat toto právo a přijmout vhodná opatření k zajištění nebo podpoře jeho naplňování v oblastech přístupu k zaměstnání, ochraně proti propuštění a znovuzařazení do zaměstnání, v odborném poradenství, výcviku, rekvalifikaci a rehabilitaci, v podmínkách zaměstnání a pracovních podmínkách včetně odměňování, jakož i v rozvoji kariéry včetně povýšení.³¹ ČR je vázána též Úmluvou Mezinárodní organizace práce (MOP) č. 111 o diskriminaci v zaměstnání a povolání, která zakazuje diskriminaci na základě rasy, barvy pleti, pohlaví, náboženství, politických názorů, národnostního nebo sociálního původu v zaměstnání nebo povolání, což zahrnuje také přístup k odbornému výcviku, k zaměstnání a k různým povoláním, jakož i podmínky v zaměstnání a povolání. Dále přijala též Úmluvu MOP č. 100 o stejném odměňování pracujících mužů a žen za práci stejné hodnoty.

Rámcová úmluva o ochraně národnostních menšin³² ukládá smluvním státům zaručit příslušníkům národnostních menšin „právo rovnosti před zákonem a stejné ochrany zákona“ a zakazuje jakoukoli diskriminaci založenou na základě příslušnosti k národnostní menšině.

Všechny uvedené mezinárodní smlouvy jsou na základě čl. 10 Ústavy ČR součástí českého právního řádu, a podle názoru Ústavního soudu ČR dokonce součástí ústavního pořádku.³³ Podle čl. 10 Ústavy též platí, že stanoví-li taková mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.

1.3 LISTINA ZÁKLADNÍCH PRÁV EVROPSKÉ UNIE

Ochrana základních práv každého jednotlivce byla v rámci Evropské unie vyzdvížena mezi její základní hodnoty novým čl. 1a Smlouvy o Evropské unii (vloženým Lisabonskou smlouvou), podle něhož je EU založena mj. na hodnotách úcty k lid-

²⁸ Někteří se dokonce domnívají, že „Ústavní soud pravděpodobně není připraven akceptovat novou úpravu“ obsaženou v Protokolu č. 12 k EÚLP. Viz Bobek, M.; Boučková, P.; Kühn, Z. *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 183.

²⁹ Pro ČR neplatí ani novelizující Protokol k Evropské sociální chartě (ETS 142). Pro ČR vstoupila v platnost jen Evropská sociální charta ve znění z r. 1961 (ETS 35) dne 3. prosince 1999 (č. 14/2000 Sb.m.s.).

³⁰ Dodatkový protokol k Evropské sociální chartě (ETS 128) vstoupil pro ČR v platnost dnem 17. 12. 1999 (č. 15/2000 Sb.m.s.).

³¹ Za diskriminaci ve smyslu čl. 1 Dodatkového protokolu k ESCH se však podle něj nepovažují ustanovení týkající se ochrany žen, zejména pokud jde o těhotenství, porod a období po porodu. Z rozsahu tohoto článku mohou být také vyňaty profesní činnosti, které mohou být z důvodu jejich povahy nebo podmínek, za nichž jsou prováděny, svěřeny pouze osobám jednoho pohlaví.

³² Rámcová úmluva o ochraně národnostních menšin vstoupila pro ČR v platnost 1. dubna 1998 (č. 96/1998 Sb.).

³³ Nálezy sp. zn. Pl. ÚS 36/01, č. 80, sv. 26 Sb. n. u. (č. 403/2002 Sb.) a I. ÚS 752/02, č. 54, sv. 30 Sb. n. u.

ské důstojnosti, rovnosti, právního státu a dodržování lidských práv, včetně práv příslušníků menšin, přičemž „*tyto hodnoty jsou společné členským státům ve společnosti vyznačující se pluralismem, nepřipustností diskriminace, tolerancí, spravedlností, solidaritou a rovností žen a mužů*“. Vyjádřením nové kvality ochrany těchto hodnot v EU je Listina základních práv Evropské unie, která měla od jejího přijetí v r. 2000 povahu politické deklarace, od 1. prosince 2009 se však stala právně závaznou součástí primárního práva EU.³⁴

Listina základních práv EU v čl. 21 odst. 1 stanoví, že se zakazuje jakákoli diskriminace založená zejména na pohlaví, rase, barvě pleti, etnickém nebo sociálním původu, genetických rysech, jazyku, náboženském vyznání nebo přesvědčení, politických názorech či jakýchkoli jiných názorech, příslušnosti k národnostní menšině, majetku, narození, zdravotním postižení, věku nebo sexuální orientaci. Zvláště pak stanoví, že v oblasti působnosti smluv (primárního práva), a aniž jsou dotčena jejich zvláštní ustanovení, se zakazuje jakákoli diskriminace na základě státní příslušnosti. Oficiální Vysvětlení k Listině základních práv EU³⁵ ovšem vykládají dosah ustanovení čl. 21 odst. 1 tak, že: „*nevytváří žádné pravomoci přijímat antidiskriminační právní předpisy v oblastech pravomocí členského státu nebo v soukromé sféře ani nestanoví obecný zákaz diskriminace v těchto širokých oblastech. Místo toho upravuje pouze diskriminaci ze strany orgánů a institucí samotné Unie při výkonu pravomocí, které jí svěřují Smlouvy, a ze stany členských států, pouze provádějí-li právo Unie*“.³⁶

Zvláště je pak v Listině práv EU upravena rovnost před zákonem (čl. 20) a rovnost žen a mužů, která „*musí být zajištěna ve všech oblastech včetně zaměstnání, práce a odměny za práci*“ (čl. 23). Také Listina práv EU však v uvedeném článku připouští, že zásada rovnosti žen a mužů nebrání zachování nebo přijetí opatření poskytujících zvláštní výhody ve prospěch nedostatečně zastoupeného pohlaví.

I.4 ZÁKONY OBSAHUJÍCÍ ZÁKAZ DISKRIMINACE V JEDNOTLIVÝCH OBLASTECH

V souvislosti se vstupem ČR do EU byly přijaty novely některých zákonů, které v souladu se směrnicemi ES upravily zákaz diskriminace v oblasti přístupu a výkonu zaměstnání či povolání. Skutkové podstaty zakazující různé formy přímé i nepřímé diskriminace byly doplněny do nového zákona o zaměstnanosti,³⁷ do nově-

³⁴ Viz 2007/C 303/01 Úředního věstníku EU. Podle čl. 6 odst. 1 Smlouvy o Evropské unii má Listina základních práv EU „*stejnou právní sílu jako Smlouvy*“. Rovněž v Prohlášení o Listině základních práv Evropské unie (č. 1), připojeném Evropskou radou k Lisabonské smlouvě, se potvrzuje, že tato Listina „*je právně závazná*“. K jejímu dosavadnímu postavení viz Suchánek, R. Charta základních práv Evropské unie jako součást smlouvy o Ústavě pro Evropu. In *Pocta Františku Šamalíkovi k 80. narozeninám*. Praha: ASPI Publishing, 2003, s. 107 n.

³⁵ Viz 2007/C 303/02.

³⁶ To je v souladu s celkovým pojetím dosahu působnosti Listiny EU, která nerozšiřuje oblast působnosti práva EU nad rámec pravomocí EU, nevytváří pro EU žádnou novou pravomoc či úkol, ani nemění pravomocí a úkoly vymezené Smlouvami (čl. 6 odst. 1 al. 2 Smlouvy EU, čl. 51 odst. 2 Listiny EU, Prohlášení č. 1 odst. 2 k Lisabonské smlouvě), přičemž se jí lze dovolávat vůči členským státům, výhradně jen pokud uplatňují právo EU (čl. 51 odst. 1 Listiny EU).

³⁷ § 4 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti.

ho zákoníku práce,³⁸ do služebního zákona,³⁹ do zákona o vojácích z povolání⁴⁰ a do zákona o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů.⁴¹ S výjimkou zákonů upravujících závislou práci či službu však právní předpisy v ostatních oblastech upravovaly rovné zacházení nedostatečně nebo vůbec. Deficity vykazovaly zejména oblast samostatné výdělečné činnosti, sociální ochrany včetně sociálního zabezpečení, sociálních výhod, zdravotní péče, vzdělání, přístupu ke zboží a službám nabízených veřejnosti, jakož i oblast bydlení. Např. zdravotnické zákonodárství žádné antidiskriminační klausule neobsahuje, ani nijak neprecizuje požadavek rovného zacházení se všemi osobami bez ohledu na jejich fyzické či duševní zdraví, jejich věk, pohlaví atd. při přístupu ke zdravotní péči a při jejím poskytování.⁴² V oblasti vzdělání je zásada rovného přístupu každého občana ČR nebo jiného členského státu EU ke vzdělávání bez jakékoli diskriminace vyjádřena jen pro předškolní, základní, střední a vyšší odborné školství (viz školský zákon⁴³), pro oblast vysokého školství však již explicitně upravena není.⁴⁴ V oblasti prodeje výrobků a poskytování služeb obsahuje platný zákon o ochraně spotřebitele jen lakonický příkaz, že prodávající nesmí při prodeji výrobků nebo poskytování služeb spotřebitele diskriminovat,⁴⁵ přičemž dopadá jen na nabízení výrobků a služeb podnikateli (nevztahuje se tedy např. na pronajímatele bytů, kteří podnikateli nejsou).

Nejednotnost úpravy obsažené v jednotlivých zákonech se projevovala v odlišném rozsahu povinností zajišťovat rovné zacházení a ochranu před diskriminací i v rozdílném rozsahu nároků, jichž se mohla oběť diskriminace domáhat. Problémem se tak i ve světle rozsudku Soudního dvora EU ukázala být absence obecné normy zaručující rovné zacházení a zabraňující diskriminaci ve všech oblastech. Platné právo tak nespĺňovalo plně požadavky na zajištění rovného zacházení obsažené v sekundárním právu ES, podle něž má právní řád každého členského státu EU zajišťovat ochranu před diskriminací tím, že ji ve svých právních předpisech nejen zakáže, ale vymezí i pojmový aparát (formy a způsoby diskriminace) a upraví nástroje právní ochrany před diskriminací.

³⁸ § 16 a 17 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění zákona č. 362/2007 Sb. Tato novela zákoníku práce ještě před přijetím AZ na něj výslovně odkázala, pokud jde o vymezení příslušných pojmů. Stanovila též, že AZ upravuje i případy, kdy je rozdílné zacházení přípustné, jakož i právní prostředky ochrany před diskriminací v pracovněprávních vztazích.

³⁹ § 80 zákona č. 218/2002 Sb., o službě státních zaměstnanců ve správních úřadech a o odměňování těchto zaměstnanců a ostatních zaměstnanců ve správních úřadech (služební zákon).

⁴⁰ § 2 odst. 3 až 6 zákona č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, ve znění zák. č. 155/2000 Sb. a č. 254/2002 Sb.

⁴¹ § 16 odst. 4, § 77 odst. 1 až 10 zákona č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů.

⁴² Viz zákon č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, a zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění.

⁴³ § 2 odst. 1 písm. a) školského zákona (zákon č. 561/2004 Sb.).

⁴⁴ § 1 písm. b) zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách, sice stanoví, že vysoké školy „umožňují v souladu s demokratickými principy přístup k vysokoškolskému vzdělání“, podmínky rovného přístupu ale již tento zákon nevymezuje.

⁴⁵ § 6 zákona č. 634/1992 Sb., ve znění zákona č. 36/2008 Sb. Až do 30. 6. 1995 přitom platila úprava, podle níž prodávající nesměl spotřebitele diskriminovat „žádným způsobem ... zejména nesmí odmítnout prodat spotřebiteli výrobky, které má vystaveny nebo jinak připraveny k prodeji, anebo odmítnout poskytnutí služby, které je v jeho provozních možnostech“.

II. CO PŘINÁŠÍ ANTIDISKRIMINAČNÍ ZÁKON

II.1 VĚCNÁ, OSOBNÍ A ČASOVÁ PŮSOBNOST ZÁKONA

Předmět AZ je v jeho § 1 vymezen tak, že „*zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství a v návaznosti na Listinu základních práv a svobod a mezinárodní smlouvy, které jsou součástí právního řádu, blíže vymezuje právo na rovné zacházení a zákaz diskriminace*“ v taxativně vyjmenovaných oblastech. Těmi jsou: právo na zaměstnání a přístup k zaměstnání a k povolání;⁴⁶ pracovní a služební poměry a jinou závislou činnost, včetně odměňování;⁴⁷ členství a činnost v odborových organizacích, radách zaměstnanců, organizacích zaměstnavatelů a v profesních komorách, včetně výhod, které tyto organizace svým členům poskytují; přístup k podnikání a jiné samostatné výdělečné činnosti; sociální zabezpečení; přiznání a poskytování sociálních výhod;⁴⁸ přístup ke zdravotní péči a ke vzdělání a k jejich poskytování; přístup ke zboží a službám, včetně bydlení, jsou-li nabízeny veřejnosti nebo při jejich poskytování. AZ se nevztahuje na právní vztahy související s úpravou podmínek vstupu a pobytu státních příslušníků třetích zemí nebo osob bez státní příslušnosti na území ČR.

Z hlediska osobní působnosti se AZ vztahuje jen na fyzické osoby, nikoli na osoby právnické. Jen pro fyzické osoby je totiž zakotveno právo na rovné zacházení a na to, aby nebyly diskriminovány v právních vztazích, na které se AZ vztahuje (§ 1 odst. 3). Pokud jde o časovou působnost, AZ působí výlučně až od data jeho účinnosti. Jeho přechodné ustanovení (§ 12) nepřipouští ani nepravou retroaktivitu, když stanoví, že právní vztahy ve věcech práva na rovné zacházení vzniklé ze skutečností, které nastaly přede dnem nabytí účinnosti AZ, se řídí dosavadními právními předpisy. Ani po účinnosti AZ tedy není jeho normami dotčena platnost ustanovení smluv či jiných právních úkonů učiněných před datem jeho účinnosti.

II.2 LEGÁLNÍ DEFINICE DISKRIMINACE A JEJÍCH FOREM

AZ vymezuje pro své účely právo na rovné zacházení tak, že se jím rozumí „*právo nebýt diskriminován z důvodů, které stanoví tento zákon*“ (§ 2 odst. 1). Výčet diskriminačních důvodů je v AZ formulován jako uzavřený, zahrnuje jen ne-

⁴⁶ Podle § 5 odst. 4 AZ se pro jeho účely povoláním rozumí činnost fyzické osoby vykonávaná za úplatu v závislém nebo nezávislém postavení, jejíž řádný výkon zvláštní právní předpisy podmiňují splněním kvalifikačních předpokladů, zejména dosažením předepsaného vzdělání a popřípadě i doby praxe.

⁴⁷ Podle § 5 odst. 1 AZ se pro jeho účely odměňováním rozumí veškerá plnění, peněžité nebo nepeněžité, opakující se nebo jednorázová, která jsou přímo nebo nepřímo poskytována osobě při závislé činnosti. V ČR se nerovnost pohlaví na pracovním trhu projevuje zejména v oblasti odměňování. Dle údajů Českého statistického úřadu činil v roce 2008 podíl průměrné mzdy žen na průměrné mzdě mužů 75,2 % a medián mzdy ženy na mediánu mzdy muže činil 80,2 %. Ženy tedy v současnosti vydělávají v průměru o 24,8 % méně než muži.

⁴⁸ Podle § 5 odst. 5 AZ se pro jeho účely sociální výhodou rozumí sleva, osvobození od poplatků nebo peněžité či nepeněžité plnění, poskytované nezávisle na nárocích ze sociálního zabezpečení přímo nebo nepřímo určité skupině fyzických osob s obvykle nižšími příjmy či vyššími životními náklady než mají ostatní.

rovné zacházení z důvodu rasy, etnického původu, národnosti, pohlaví,⁴⁹ sexuální orientace, věku, zdravotního postižení,⁵⁰ náboženského vyznání, víry či světového názoru⁵¹ (§ 2 odst. 3). Nezahrnuje naopak zákaz diskriminace např. z důvodu jazyka, národního nebo sociálního původu, majetku, rodu, manželského, partnerského či rodinného stavu apod. Proti nerovnému zacházení z těchto důvodů tedy není poskytována právní ochrana prostřednictvím AZ, ale jen cestou speciální žaloby podle zvláštního právního předpisu nebo cestou obecné žaloby na ochranu osobnosti podle § 13 občanského zákoníku, a cestou ústavní stížnosti (čl. 87 odst. 1 písm. d/ Ústavy).

AZ rozlišuje diskriminaci na přímou a nepřímou. Přímou diskriminací se rozumí takové jednání, včetně opomenutí, kdy se s jednou osobou zachází méně příznivě, než se zachází či zacházelo nebo by se zacházelo s jinou osobou ve srovnatelné situaci, a to z důvodů stanovených v § 2 odst. 3 AZ. Nepřímou diskriminací se rozumí takové jednání nebo opomenutí, kdy na základě zdánlivě neutrálního ustanovení, kritéria nebo praxe je z některého z těchto důvodů osoba znevýhodněna oproti ostatním.⁵² Nepřímou diskriminací však není, pokud takové ustanovení, kritérium nebo praxe je objektivně odůvodněno legitimním cílem a prostředky k jeho dosažení jsou přiměřené a nezbytné (§ 3 odst. 1). Diskriminací je také jednání, kdy je s osobou zacházeno méně příznivě na základě domnělého důvodu uvedeného v § 2 odst. 3 AZ, tedy pro jeho údajnou rasu, etnický původ, národnost, pohlaví, sexuální orientaci, věk, zdravotní postižení, náboženské vyznání, víru či světový názor (§ 2 odst. 5).

Za diskriminaci (v podobě přímé či nepřímé) považuje AZ i obtěžování, sexuální obtěžování, pronásledování, pokyn k diskriminaci a navádění k diskriminaci. Obtěžováním rozumí nežádoucí chování související s důvody uvedenými v § 2 odst. 3 AZ, jehož záměrem nebo důsledkem je snížení důstojnosti osoby a vytvoření zastrahujícího, nepřátelského, ponižujícího, pokořujícího nebo urážlivého prostředí, anebo takové nežádoucí chování z uvedených důvodů, které může být oprávněně vnímáno jako podmínka pro rozhodnutí ovlivňující výkon práv a povinností vyplývajících z právních vztahů. Sexuálním obtěžováním rozumí obtěžování, které má sexuální povahu. Proná-

⁴⁹ Podle § 2 odst. 4 AZ se za diskriminaci z důvodu pohlaví považuje i diskriminace z důvodu těhotenství, mateřství nebo otcovství a z důvodu pohlavní identifikace.

⁵⁰ Podle § 5 odst. 6 AZ se pro jeho účely zdravotním postižením rozumí tělesné, smyslové, mentální, duševní nebo jiné postižení, které brání nebo může bránit osobám v jejich právu na rovné zacházení v oblastech vymezených v AZ; přitom musí jít o dlouhodobé zdravotní postižení, které trvá nebo má podle poznatků lékařské vědy trvat alespoň jeden rok. AZ tedy jako diskriminační důvod neuvádí pouhý „zdravotní stav“ osoby.

⁵¹ Světovým názorem je třeba patrně rozumět především politické či jiné smýšlení (čl. 15 odst. 1 Listiny, čl. 10 odst. 1 EÚLP), zahrnuje však zřejmě i členství v politických stranách a hnutích, v občanských sdruženích nebo v odborech či v organizacích zaměstnavatelů.

⁵² Nepřímou diskriminací z důvodu zdravotního postižení se podle § 3 odst. 2 AZ rozumí také odmítnutí nebo opomenutí přijmout přiměřená opatření, aby měla osoba se zdravotním postižením přístup k určitému zaměstnání, k výkonu pracovní činnosti nebo funkčnímu nebo jinému postupu v zaměstnání, aby mohla využít pracovního poradenství, nebo se zúčastnit jiného odborného vzdělávání, nebo aby mohla využít služeb určených veřejnosti, ledaže by takové opatření představovalo nepřiměřené zatížení. Při rozhodování o tom, zda konkrétní opatření představuje nepřiměřené zatížení, je třeba vzít v úvahu: a) míru užítku, kterou má osoba se zdravotním postižením z realizace opatření, b) finanční únosnost opatření pro fyzickou nebo právnickou osobu, která je má realizovat, c) dostupnost finanční a jiné pomoci k realizaci opatření a d) způsobilost náhradních opatření uspokojit potřeby osoby se zdravotním postižením (§ 3 odst. 3). Za nepřiměřené zatížení se nepovažuje opatření, které je fyzická nebo právnická osoba povinna uskutečnit podle zvláštního právního předpisu (§ 3 odst. 4 AZ).

sledováním rozumí nepříznivé zacházení, postih nebo znevýhodnění, k němuž došlo v důsledku uplatnění práv podle AZ. Pokynem k diskriminaci rozumí chování osoby, která zneužije podřízeného postavení druhého k diskriminaci třetí osoby. Naváděním k diskriminaci rozumí chování osoby, která druhého přesvědčuje, utvrzuje nebo podněcuje, aby diskriminoval třetí osobu.

II.3 PŘÍPUSTNÉ FORMY ROZDÍLNÉHO ZACHÁZENÍ

• **Rozdílné zacházení v přístupu k zaměstnání nebo povolání z důvodu věku**

AZ v § 6 odst. 1 dovoluje rozdílné zacházení v přístupu k zaměstnání či povolání z důvodu věku jen ve dvou případech. Prvním je ten, kdy k výkonu zaměstnání (povolání) je vyžadována podmínka minimálního věku, odborné praxe nebo doby zaměstnání, která je nezbytná pro řádný výkon zaměstnání (povolání) nebo pro přístup k určitým právům a povinnostem spojeným se zaměstnáním (povoláním). Druhý případ, který není považován za diskriminaci, spočívá v tom, že pro řádný výkon zaměstnání (povolání) je potřebné odborné vzdělávání, které je nepřiměřeně dlouhé vzhledem k datu, ke kterému osoba ucházející se o zaměstnání (povolání) dosáhne důchodového věku podle zvláštního zákona.

• **Rozdílné zacházení z důvodu povahy práce nebo činnosti**

Diskriminací není podle AZ rozdílné zacházení ve věcech práva na zaměstnání, přístupu k zaměstnání nebo povolání, ve věcech pracovních, služebních poměrů nebo jiné závislé činnosti, pokud je k tomu věcný důvod spočívající v povaze vykonávané práce nebo činnosti a uplatněné požadavky jsou této povaze přiměřené. Obdobnou výjimku připustil již dříve též zákon o zaměstnanosti, zákoník práce, zákon o vojácích z povolání i zákon č. 361/2003 Sb. (posléze uvedený zákon dokonce stanoví, že věcný důvod k odlišnému zacházení spočívající v nezbytných předpokladech nebo požadavcích na výkon služby nebo ve zvláštní povaze služby, kterou má příslušník vykonávat, musí bezpečnostní sbor příslušníkovi prokázat).

• **Rozdílné zacházení z důvodu pohlaví**

Diskriminací z důvodu pohlaví není podle § 6 odst. 3 AZ rozdílné zacházení ve věcech přístupu nebo odborné přípravě k zaměstnání nebo povolání, pokud je k tomu věcný důvod spočívající v povaze vykonávané práce nebo činnosti a uplatněné požadavky jsou této povaze přiměřené. Diskriminací z tohoto důvodu není podle § 6 odst. 6 AZ ani rozdílné zacházení při poskytování služeb, které jsou nabízeny v oblasti soukromého a rodinného života a úkonů prováděných v této souvislosti. Konečně není diskriminací z důvodu pohlaví ani výlučné nebo přednostní poskytování veřejně dostupných zboží a služeb, pokud je výlučné nebo přednostní poskytování zboží a služeb osobám určitého pohlaví objektivně odůvodněno legitimním cílem a prostředky k jeho dosažení jsou přiměřené a nezbytné (§ 6 odst. 7 AZ).

• **Rozdílné zacházení při stanovení důchodového věku**

Za diskriminaci nepovažuje AZ rozdílné zacházení související se stanovením různého důchodového věku pro muže a ženy. Jde o reakci na zákon o důchodovém pojiš-

tění, který stanoví pro muže a ženy rozdílný věk potřebný pro vznik nároku na starobní důchod.⁵³ Tato dovolená výjimka ze zákazu rozdílného zacházení ale neplatí v systémech sociálního zabezpečení pracovníků, v nichž zaměstnavatel poskytuje svým současným či bývalým zaměstnancům a jejich rodinným příslušníkům určitá plnění, vymezená v § 8 AZ.

- **Rozdílné zacházení při závislé práci v církvích a náboženských společnostech**

Podle § 6 odst. 4 AZ není diskriminací rozdílné zacházení uplatňované ve věcech práva na zaměstnání nebo přístupu k zaměstnání či povolání v případě závislé práce vykonávané v církvích či náboženských společnostech, jestliže z důvodu povahy těchto činností nebo souvislosti, v níž jsou vykonávány, představuje náboženské vyznání, víra či světový názor osoby podstatný, oprávněný a odůvodněný požadavek zaměstnání se zřetelem k etice církve.

- **Rozdílné zacházení u těhotných žen, matek, zdravotně postižených a mladistvých**

Podle § 6 odst. 5 AZ není diskriminací rozdílné zacházení uplatňované za účelem ochrany žen z důvodu těhotenství a mateřství, osob se zdravotním postižením a za účelem ochrany osob mladších 18 let nad rámce stanovené zvláštními právními předpisy, jestliže prostředky k dosažení uvedených cílů jsou přiměřené a nezbytné.

- **Rozdílné zacházení ve věcech sociálního zabezpečení, sociálních výhod, zdravotní péče, vzdělání a veřejně nabízeného zboží a služeb**

AZ též vymezuje oblasti, v nichž obecně připouští rozdílné zacházení z důvodu pohlaví, sexuální orientace, věku, zdravotního postižení, náboženského vyznání, víry či světového názoru. Jsou jimi sociální zabezpečení, příznání a poskytování sociálních výhod, přístup ke zdravotní péči a její poskytování, přístup ke vzdělání a jeho poskytování, jakož i přístup ke zboží a službám, včetně bydlení, pokud jsou nabízeny veřejnosti nebo při jejich poskytování. Za diskriminaci se však nepovažuje rozdílné zacházení ze shora uvedených důvodů ve vyjmenovaných oblastech pouze tehdy, pokud je toto rozdílné zacházení objektivně odůvodněno legitimním cílem a prostředky k jeho dosažení jsou přiměřené a nezbytné.

- **Opatření k prevenci či vyrovnání nevýhod osoby a k zajištění rovných příležitostí**

AZ v § 7 odst. 2 nepovažuje za diskriminaci opatření, jejichž cílem je předejít nebo vyrovnat nevýhody vyplývající z příslušnosti osoby ke skupině osob vymezené některým ze zákonem uvedených důvodů (rasa, etnický původ, národnost, pohlaví, sexuální orientace, věk, zdravotní postižení, náboženské vyznání, víra či světový názor) a zajistit jí rovné zacházení a rovné příležitosti (tzv. afirmativní akce). Ve věcech přístupu

⁵³ Podle § 32 odst. 3 zákona č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů, bude v ČR po 31. prosinci 2012 činit důchodový věk u mužů 63 let, a u žen podle počtu vychovaných dětí 59 až 63 let.

k zaměstnání nebo povolání však nesmí tato opatření vést k upřednostnění osoby, jejíž kvality nejsou vyšší pro výkon zaměstnání nebo povolání, než mají ostatní současně posuzované osoby. Již dříve také zákon o zaměstnanosti, zákoník práce a zákon o úřednicích územních samosprávných celků a o změně některých zákonů označili za nediskriminační ta opatření, jejichž účelem je odůvodněno předcházení nebo vyrovnání nevýhod, které vyplývají z příslušnosti fyzické osoby ke skupině vymezené některým uvedených z důvodů, resp. důvodů uvedených v AZ.⁵⁴

Provádění uvedených pozitivních opatření však není povinností státu, a to ani podle mezinárodních smluv, ani podle norem práva EU, které tato opatření jen doporučují.⁵⁵ Ani AZ proto tato opatření neupravuje jako povinnost.

• Další přípustné formy rozdílného zacházení obsažené ve zvláštních zákonech

Obecné působení AZ na vztahy jím upravené poněkud oslabuje jeho § 7 odst. 4, podle něhož „*další přípustné formy rozdílného zacházení obsažené ve zvláštních zákonech nejsou ustanovením § 7 odstavce 1 a § 6 dotčeny*“. Prakticky to znamená, že jakýkoli zvláštní zákon může i pro oblasti věcně spadající pod AZ vymezit další výjimky z principu zákazu diskriminace nad rámec úpravy obsažené v AZ. To potvrzuje i důvodová zpráva k AZ, která jej charakterizuje jako „*zákon obecný, další předpisy upravující rovné zacházení jsou k němu ve vztahu speciálními a v případě rozporu se použijí přednostně*“. Limitem pro takové speciální zákonné úpravy je až ústavní úprava obsažená v Listině a aplikační přednost příslušných mezinárodních smluv podle čl. 10 Ústavy.

II.4 PRÁVNÍ PROSTŘEDKY OCHRANY PŘED DISKRIMINACÍ

II.4.1 Ochrana prostřednictvím žaloby k obecnému soudu

Dojde-li k porušení práv a povinností vyplývajících z práva na rovné zacházení nebo k diskriminaci, dává § 10 AZ tomu, kdo byl tímto jednáním dotčen, právo obrátit se na soud. Poškozený se může u soudu zejména domáhat toho, aby bylo upuštěno od diskriminace, aby byly odstraněny následky diskriminačního zásahu a aby mu bylo dáno přiměřené zadostiučnění. S ohledem na to, že výčet reparačních opatření je v AZ jen demonstrativní, nelze vyloučit ani žalobní petit znějící na omluvu ze strany původce diskriminace. Pokud by se nejevilo postačujícím zjednáání nápravy některým z uvedených způsobů, zejména proto, že byla v důsledku diskriminace ve značné míře snížena dobrá pověst nebo důstojnost osoby nebo její vážnost ve společnosti, má poškozený též právo na náhradu nemajetkové újmy v penězích. Výši peněžité náhrady určí soud s přihlédnutím k závažnosti vzniklé újmy a k okolnostem, za nichž k porušení práva došlo (§ 10 odst. 2, 3 AZ).

⁵⁴ § 1 odst. 5 zák. č. 65/1965 Sb., § 16 odst. 3 zák. č. 262/2006 Sb., § 4 odst. 4 zák. č. 435/2004 Sb., § 38 zákona č. 312/2002 Sb., ve znění do 31. 12. 2006.

⁵⁵ Viz např. bod 19 Závěrečného doporučení Výboru pro odstranění všech forem diskriminace žen: Česká republika z 25. 8. 2006, CEDAW/C/CZE/CO/3, v němž Výbor vyslovil znepokojení nad „*zjevnou nechtutí ministerstev k přijetí dočasných zvláštních opatření*“ v souladu s čl. 4 odst. 1 Úmluvy o odstranění všech forem diskriminace žen a s Obecným doporučením Výboru č. 25 o dočasných zvláštních opatřeních. Viz též bod 20.

Žaloba k soudu opírající se o AZ je novým, speciálním právním prostředkem ochrany před diskriminací. Zvláštní žalobní návrh byl dosud upraven jen v některých speciálních zákonných úpravách zakazujících diskriminaci. Obětem nerovného zacházení tedy zpravidla nezbývalo, než se zpravidla obracet na soudy v rámci obecné ochrany osobnostních práv podle občanského zákoníku.⁵⁶ AZ tak naplňuje ústavní ustanovení, podle nichž jsou základní práva a svobody pod ochranou soudní moci (čl. 4 Ústavy) a každý má právo se domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu (čl. 36 odst. 1 Listiny).

Problém v možnosti využití antidiskriminační žaloby podle AZ však spočívá v tom, že výčet diskriminačních důvodů uvedený v AZ je uzavřený (§ 2 odst. 3). Proti nerovnému zacházení z těchto jiných důvodů tedy není poskytována právní ochrana prostřednictvím AZ, ale jen cestou speciální žaloby podle zvláštního právního předpisu⁵⁷ nebo cestou obecné žaloby na ochranu osobnosti (podle § 13 občanského zákoníku), a cestou ústavní stížnosti.

V souvislosti s novou žalobní legitimací založenou v AZ byla změněna i úprava v občanském soudním řádu, která v § 133a obsahuje závazné pravidlo pro hodnocení důkazů ve věcech diskriminace. Dosud od 1. ledna 2003 platilo: skutečnosti tvrzené o tom, že účastník byl přímo nebo nepřímo diskriminován má soud za prokázané, pokud v řízení nevyšel najevo opak.⁵⁸ Ust. § 133a odst. 2 o. s. ř. bylo však kritizováno pro jeho nepřesnou dikci, neodpovídající smyslu směrnic ES,⁵⁹ ačkoli při přezkumu jeho ústavnosti obstálo. ÚS k jeho povaze uvedl: „*Svojí povahou se jedná o vyvratitelnou právní domněnku specifikující, že důkaz opaku je povinností strany žalované. Od obecných standardů dokazování v § 120 o. s. ř. se zjevně liší tím, že do určité míry zvýhodňuje stranu žalující na úkor strany žalované, která se před obecnými soudy ničeho nedomáhá, přesto však má dokazovat něco, co netvrdila. Z tohoto ryze formálního pohledu lze tvrdit, že strana žalovaná je v řízení, kde se aplikuje § 133a odst. 2 o. s. ř., ve srovnání se stranou žalující do určité míry znevýhodněná. Přenesení důkazního břemene na stranu žalovanou však není ani úplné ani automatické. Osoba, která tvrdí, že je obětí diskriminace, musí nejdříve soudu předložit skutečnosti dostatečně odůvodňující závěr o existenci možné diskriminace, byť to ze slovního znění § 133a odst. 2 o. s. ř. dostatečně jasně nevyplývá.*“⁶⁰

⁵⁶ Podle § 11 občanského zákoníku má fyzická osoba právo na ochranu své osobnosti, zejména života a zdraví, občanské cti a lidské důstojnosti, jakož i soukromí, svého jména a projevů osobní povahy.

⁵⁷ Viz např. § 80 odst. 5 a 6 služebního zákona, § 2 odst. 5 a 6 zákona č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, aj.

⁵⁸ Ustanovení § 133a odst. 2 bylo do o. s. ř. vloženo zákonem č. 151/2002 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím soudního řádu správního.

⁵⁹ Srov. čl. 8 směrnice 2000/43/ES, viz Bobek, M.; Boučková, P.; Kühn, Z. *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 212. Srov. též čl. 10 směrnice 2000/78/ES, viz Otáhalová, L.; Čížinský, P. Antidiskriminační zákon v poločase. In *Via Iuris*, 2006, s. 61 n.; čl. 10 odst. 1 této směrnice zní: „Členské státy přijmou v souladu se svými vnitrostátními soudními systémy nezbytná opatření, aby pokud se určitá osoba cítí poškozena nedodržením zásady rovného zacházení a předloží soudu nebo jinému příslušnému orgánu skutečnosti nasvědčující tomu, že došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci, příslušelo žalovanému prokázat, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení.“. Významový rozdíl mezi tvrzením a předložením důkazů je zde evidentní.

⁶⁰ Nálezem Pl. ÚS 37/04 (č. 419/2006 Sb.) zamítl ÚS návrh Krajského soudu v Ústí n. Labem na zrušení § 133a odst. 2 o. s. ř., když v odůvodnění nálezu rovněž uvedl: „*Proces je spor, který se odehrává prostřednictvím kontradiktorní diskuse, při níž strany sporu musejí mít ‚rovné zbraně‘, tj. stejnou možnost*

Od účinnosti AZ § 133a o. s. ř. nově stanoví, že pokud žalobce uvede před soudem skutečnosti, ze kterých lze dovodit, že ze strany žalovaného došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci v oblastech a z důvodů vymezených zákonem, je žalovaný povinen dokázat, že k porušení zásady rovného zacházení nedošlo. AZ tak přesněji rozkládá důkazní břemeno mezi žalobce a žalovaného: Na žalobci zůstává povinnost tvrzení skutečností (opředených o důkazy) alespoň nepřímo svědčících o tom, že byl vystaven odlišnému, pro něj nepříznivému zacházení. V případě uvedení těchto skutečností žalobcem před soudem pak na žalovaném spočívá břemeno důkazu, že jím uskutečněné méně příznivé zacházení sledovalo legitimní cíl a že použité prostředky byly k dosažení tohoto cíle přiměřené.

II.4.2 Právnícké osoby zaměřené na ochranu obětí diskriminace

Dalším nástrojem ochrany před diskriminací jsou zvláštní oprávnění právnických osob, které se na tuto oblast specializují. Jde o právnícké osoby, které byly na ochranu práv obětí diskriminace založeny nebo předmětem jejichž činnosti je ochrana před diskriminací, je-li taková činnost uvedena v jejich stanovách či statutu nebo taková skutečnost vyplývá z jejich činnosti či ze zákona. Typicky jde o nevládní organizace jako jsou občanská sdružení, obecně prospěšné společnosti, nadace, ale také odbory, církve a náboženské společnosti. Mohly by to však být za uvedených podmínek také politické strany či politická hnutí. Podle § 11 AZ taková právnícká osoba může ve věcech ochrany před diskriminací poskytovat informace o možnostech právní pomoci a součinnost při sepsání nebo doplnění návrhů a podání osobám domáhajícím se ochrany před diskriminací. Dále je oprávněna podávat správním úřadům vykonávajícím kontrolu nad dodržováním právních předpisů, včetně práva na rovné zacházení, podněty k provedení kontroly, popřípadě podněty k zahájení správního řízení.

Ochrana obětí diskriminace prostřednictvím specializovaných právnických osob je v platném AZ pojata mnohem skromněji, než tomu bylo v jeho prvním návrhu z r. 2005. Zatímco podle něj měly mít tyto korporace samostatné právo žalovat u soudu na upuštění od diskriminace a odstranění následků diskriminačního zásahu, pokud by jím mohla být dotčena práva neurčitého počtu osob, platný AZ *actio popularis* těmto korporacím nepřiznal, když omezil jejich roli v podstatě na informační poradenství, dílčí právní pomoc a na podněty adresované vůči správním orgánům.

II.4.3 Veřejný ochránce práv

Změnou zákona o Veřejném ochránci práv, obsaženou v druhé části AZ, byla působnost ochránce rozšířena i na věci práva na rovné zacházení a ochrany před diskriminací. Ochránce má přispívat k prosazování práva na rovné zacházení se všemi

mluvit a obhajovat „svou“ pravdu. V praktickém životě zpravidla nepůjde o absolutní, matematickou rovnost; jde o pojem relativní, zejména v tom smyslu, že nemůže zcela setřít rozdíl v procesním a zejména faktickém postavení stran vyplývajícím z jejich rozdílných možností. Toto nerovné postavení může být do určité míry kompenzováno dodatečnými zárukami pro slabší stranu, tzv. favor defensionis, jejímž projevem je např. úprava důkazního břemene...

osobami bez ohledu na jejich rasu či etnický původ, národnost, pohlaví, sexuální orientaci, věk, zdravotní postižení, náboženské vyznání, víru nebo světový názor. Za tím účelem má poskytovat metodickou pomoc obětem diskriminace při podávání návrhů na zahájení řízení z důvodů diskriminace, provádět výzkum, zveřejňovat zprávy a vydávat doporučení k otázkám souvisejícím s diskriminací, a zajišťovat „výměnu dostupných informací s příslušnými evropskými subjekty“.

Ve srovnání s návrhem AZ z r. 2005 byla role ochránce v ochraně před diskriminací velmi redukována. Podle první předlohy AZ měl rovněž vykonávat funkci mediátora k urovnání konfliktního stavu mezi stranami a zprostředkovávat mimosoudní řešení sporu. Mediaci měl provádět jen se souhlasem obou stran a měl ji ukončit zejména tehdy, pokud byl stranami podán soudu návrh na smír, nebo pokud to jedna ze stran navrhne, anebo pokud jedna ze stran neposkytuje ochránci potřebnou součinnost. Ochránce měl poskytovat také právní pomoc ve věcech ochrany před diskriminací, i když jen v rozsahu, v jakém byla svěřena v platném znění AZ specializovaným právnickým osobám. Předloha z r. 2005 dávala též každému právo obrátit na ochránce se žádostí o vydání stanoviska o tom, zda konkrétní opatření či praxe je v souladu s podmínkami stanovenými v AZ. Ochránce mohl ve věcech práva na rovné zacházení vydávat z vlastního podnětu doporučení orgánům veřejné správy (včetně vlády), zejména doporučit vydání, změnu nebo zrušení právního nebo vnitřního předpisu. Příslušné orgány měly do 60 dnů ochránci sdělit své stanovisko k jeho doporučení. Tato oprávnění ochránce, resp. práva jednotlivců, nejsou v platném AZ obsažena. Omezení významu ombudsmana, jakož i právnických osob zabývajících se diskriminací, tak nepřispívá k plnějšimu uplatnění právní ochrany na tomto poli. Od soudní ochrany ve věcech osobnostních práv totiž mnohdy odrazují délka řízení i náklady na právní zastoupení dosahující nejméně desítek tisíc Kč.⁶¹

II.5 DOPLNĚNÍ ANTIDISKRIMINAČNÍCH USTANOVENÍ DO OBLASTÍ ODMĚŇOVÁNÍ A POJIŠTOVNICTVÍ

AZ rovněž novelizací některých zákonů precizoval jejich ustanovení o zákazu diskriminace. V zákoně o platu ve veřejné sféře⁶² se nově stanoví, že za stejnou práci nebo za práci stejné hodnoty má příslušet stejný plat nejen „mužům a ženám“, ale všem „zaměstnancům bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ, národnost, pohlaví, sexuální orientaci, věk, zdravotní postižení, náboženské vyznání, víru nebo světový názor“.

Zásada rovného zacházení byla doplněna i do zákona o pojistné smlouvě.⁶³ Zákon nyní stanoví, že práva a povinnosti vznikající ze soukromého pojištění nesmějí být v rozporu se zásadou rovného zacházení podle zvláštního právního předpisu, přičemž odkazuje též na AZ. Do zákona bylo též doplněno, že v rozporu se zásadou rovného

⁶¹ Je-li požadována náhrada nemajetkové újmy, činí dle vyhlášky č. 484/2000 Sb. paušální sazba odměny advokáta 25 000 Kč. Při neúspěchu ve dvou instancích tedy žalobce od r. 2010 zaplatí včetně DPH 60 000 Kč.

⁶² Zákon č. 143/1992 Sb., o platu a odměně za pracovní pohotovost v rozpočtových a v některých dalších organizacích a orgánech.

⁶³ § 13a zákona č. 37/2004 Sb., o pojistné smlouvě, ve znění AZ.

zacházení není použití pohlaví jako určujícího faktoru při stanovení výše pojistného a pro výpočet pojistného plnění u pojištění těch pojistných nebezpečí, u kterých je hodnocení pojistného rizika založeno na příslušných a přesných pojistně matematických a statistických údajích, je-li rozdíl ve výši pojistného či pojistného plnění přiměřený. K rozdílům ve výši pojistného a výpočtu pojistného plnění však nesmějí vést náklady související s těhotenstvím a mateřstvím.

Doplněn byl také zákon o pojišťovnictví.⁶⁴ Pojišťovnám, které používají rozdílnost pohlaví jako určující faktor při stanovení rozdílné výše pojistného a rozdílného výpočtu pojistného plnění, byla uložena povinnost zabezpečit, aby tyto rozdíly byly založeny na přesných pojistně matematických a statistických údajích a aby byly přiměřené. Při stanovení rozdílné výše pojistného a rozdílného výpočtu pojistného plnění musí pojišťovna vycházet z veřejně dostupných údajů a z údajů získaných z vlastní provozované pojišťovací činnosti nebo ze statistik společně vytvářených pojišťovnami. Nejsou-li k dispozici veřejně dostupné údaje včetně uvedených statistik, musí pojišťovna zveřejňovat a pravidelně aktualizovat vlastní statistické údaje, z nichž vychází při stanovení rozdílné výše pojistného a rozdílného výpočtu pojistného plnění, a to na internetu. Ministerstvu financí bylo uloženo, aby na základě těchto informací (získaných však nejdříve k 1. dubnu 2012) přezkoumalo oprávněnost používání rozdílnosti pohlaví jako určujícího faktoru při stanovení výše pojistného a výpočtu pojistného plnění a výsledky tohoto přezkumu sdělilo do 21. prosince 2012 Komisi EU.

III. KRITIKA ANTIDISKRIMINAČNÍHO ZÁKONA

Zákon si již v době projednávání jeho obou návrhů našel jak své horlivé zastánce, tak nesmiřitelné odpůrce.⁶⁵ Ambivalentní postoj k této normě projevoval i sám zákonodárce: Když Senát návrh platného AZ schválil,⁶⁶ současně se od něj svým doprovodným usnesením distancoval prohlášením: „*Senát považuje antidiskriminační zákon za nástroj implementace požadavků vyplývajících z evropského práva, za jejichž neprovedení hrozí České republice sankce. Neztotožňuje se však s charakterem normy, která umělým způsobem zasahuje do přirozeného vývoje společnosti, nerespektuje kulturní odlišnosti členských států a požadavek rovnosti ve výsledku povyšuje nad princip svobody volby. Senát žádá vládu, aby nedávala souhlas s přijetím dalších antidiskriminačních předpisů na úrovni EU.*“⁶⁷

⁶⁴ Zákon č. 363/1999 Sb., o pojišťovnictví a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o pojišťovnictví).

⁶⁵ Zákon hájí např. Otáhalová, L.; Čížinský, P. Antidiskriminační zákon v poločase. In *Via Iuris*, 2006, s. 61 n. Naopak kriticky se k AZ staví většina příspěvků ve sborníku Mach, Petr. (ed.) *Antidiskriminační zákon – pomoc slabším nebo převrácení práva?* Praha: Centrum pro ekonomiku a politiku, 2006, č. 49. V tomto sborníku ze semináře je kromě příspěvku editora (a nynějšího předsedy Strany svobodných občanů) pod názvem „Antidiskriminační zákon z nás dělá zločince“ i příspěvek současného místopředsedy ústavněprávního výboru Poslanecké sněmovny M. Bendy (ODS) „Antidiskriminační zákon – typický evropsko-socialistický nesmysl“.

⁶⁶ Schůze Senátu se k tomuto bodu účastnil i Veřejný ochránce práv JUDr. Otakar Motejl.

⁶⁷ Usnesení Senátu č. 377 z 23. 4. 2008 (13. schůze, 6. funkční období). Vláda je však podle čl. 68 odst. 1 Ústavy ČR odpovědná jen Poslanecké sněmovně, nikoli Senátu.

Vláda označila usnesení Senátu za „*velmi problematické*“ a uvedla, že AZ „*má zajistit adekvátní ochranu obzvláště slabým a zranitelným skupinám osob. Princip svobody volby je jistě stejně důležitou hodnotou, jako zásada rovného zacházení. Domníváme se, že antidiskriminační zákon tyto dvě hodnoty, z nich žádná není absolutní, vhodně vyvažuje.*“⁶⁸

Výhrady obsažené v tomto usnesení Senátu však zapůsobily na prezidenta republiky V. Klause tak, že – podle jeho slov – jej posílily v přesvědčení tento „*osudově špatný zákon*“ nepodepsat a vrátit jej Parlamentu. Hlava státu především označila AZ za zbytečný, je-li již jeho materie upravena v ústavních i jiných zákonech, jakož i v mezinárodních smlouvách.⁶⁹ Prezident zákonu vytkl i jeho právně filozofickou koncepci, která údajně spočívá v nemožné snaze o právní rovnost ve vztazích soukromého práva, v nadbytečné právní regulaci, v narušení svobodného rozhodování jednotlivce a v iluzorním odstranění přirozené nerovnosti mezi lidmi.⁷⁰ V. Klaus odmítl i princip přenesení důkazního břemene ze strany žalujícího na stranu žalovaného, označil jej za „*naprosto absurdní*“, jsouci „*v rozporu s našimi, ale i evropskými právními principy a tradicemi*“, který „*může přinášet nové křivdy a nespravedlnosti*“. Za sporné označil i „*posunutí odpovědnosti za provádění tohoto zákona do působnosti veřejného ochránce práv*“, který „*měl původně chránit občana před úřady a nyní se mu dává kompetence vstupovat i do soukromoprávních vztahů*“.

Kritika na adresu AZ zatím nevedla k napadení tohoto zákona před ÚS, a to ani prezidentem samotným, ani odpůrci AZ z řad poslanců a senátorů ODS. Dnešní otázka již ovšem s ohledem na ústavní, mezinárodní i evropské právní standardy nezní, zda zákaz diskriminace vůbec upravit právně, ale jak zajistit obětem nerovného zacházení ústavně konformní a zároveň skutečně účinné právní prostředky jejich ochrany. Zřej-

⁶⁸ Vládní Zpráva o stavu lidských práv v České republice v roce 2008, s. 79.

⁶⁹ V. Klaus: „*Zákon považuji za zbytečný, kontraproduktivní a nekvalitní a jeho dopady za velmi problematické. Zákon neobsahuje nic, co by bylo pro české právo zásadně nové. Většinu věcí, které jsou v zákoně uvedeny, již obsahují stávající právní normy. ... Antidiskriminační legislativní opatření není třeba zavřovat nějakým 'střechovým' zákonem, který bude ... ostatním zákonům svou povahou fakticky nadřazenou právní normou. ... Zákaz diskriminace je obsažen v Listině základních práv a svobod, ... v celé řadě mezinárodních smluv, které mají přednost před zákonem, a v zákonech. Tento zákon je – ve své podstatě – spíše jakousi antidiskriminační příručkou, shrnující obsah dalších zákonů a mající cíl především ideologický a nikoli právní. K tomu však zákony určeny nejsou. Ty jsou určeny k tomu, aby přesně stanovily práva povinnosti, nikoli k šíření osvěty.*“

⁷⁰ „*Česká republika nikoho nediskriminuje, a proto není nijak překvapující, že o tom tento zákon není. Zákon nicméně občanům dává nárok na rovné zacházení v soukromoprávních vztazích, což je z definice nemožné. Podstatným způsobem zasahuje oblasti, které byly po staletí v Evropě formovány zvykovými principy a etickými zásadami. Touto právní normou se náš stát snaží 'uzákonit dobré chování' a říká nám, že k dobrému chování nás primárně musí vést zákon, a nikoli výchova v rodině, obecně přijímané a nepsané vzorce chování obvyklé v naší společnosti, přirozené vzory, zvyklosti apod. Je to další z pokusů regulovat lidský život právem. Svou filozofií zákon naprosto popírá fakt, že je každý člověk naprosto unikátním souborem vrozených i naučených schopností, vlastností a předpokladů. Popírá, že od každého lze očekávat jinou úspěšnost, jinou pracovitost, jinou efektivitu, ale i jiný způsob chování. Zákon se snaží odstranit nerovnost, která však je přirozeným jevem. Kdykoli se rozhodujeme, rozhodujeme se na základě našich subjektivních preferencí nebo našich stejně subjektivních zkušeností. Tento zákon chce naše rozhodování učinit objektivním, což není nic jiného, než politicky korektní utopie. Znamená narušení základního práva jednotlivců na vytváření vlastních preferencí a na svobodu volby, která je zákonem svým způsobem postavena do role výjimky. Lze proto očekávat, že tento zákon bude mít negativní dopad na právní jistoty a na mezilidské vztahy vůbec. Není jen špatný, je nebezpečný. Představa, že jakýkoli zákon přinese sociálními inženýry vytoužený stav rovnosti, je – naštěstí – falešná.“ Ibid.*

mě teprve aplikace AZ v praxi ukáže, zda se stane efektivním nástrojem k zamezení diskriminace a zajištění rovných příležitostí nebo zda bude působit škody, před nimiž varovali jeho oponenti.

DAS ANTIDISKRIMINIERUNGSGESETZ AUS DEM JAHRE 2009 – DER NEUE SCHUTZ VOR DER UNGLEICHBEHANDLUNG

Zusammenfassung

Nach langjährigen Vorbereitungen wurde im Juni 2009 durch das Abgeordnetenhaus des Parlaments der Tschechischen Republik das Gesetz über die Gleichbehandlung und über die Rechtsmittel des Schutzes vor der Diskriminierung endgültig verabschiedet (Nr. 198/2009 Slg. – „ADG“). Obwohl das ADG beim zweiten Versuch schon im April 2008 durch beide Kammern des Parlaments verabschiedet wurde, hat gegen ihn der Präsident der Republik V. Klaus im Mai 2008 von seinem Vetorecht Gebrauch gemacht. Der Europäische Gerichtshof hielt dann im Dezember 2008 fest, dass die Tschechische Republik nicht alle aus ihrer Mitgliedschaft in der EU hervorgehenden Pflichten erfüllt hatte, was die Umsetzung der Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (Nr. 86/378/EWG und 96/97/EG) angeht. Als Problem im Lichte des Urteils des EGH zeigte sich das Nichtvorliegen einer allgemeinen Rechtsnorm, die die Gleichbehandlung gewährleistet und die Diskriminierung in allen taxativ aufgeführten Bereichen (der sozialen und wirtschaftlichen Grundrechte) vermeiden würde. Das gültige Recht (tschechische Charta der Grundrechte und Grundfreiheiten, internationale Menschenrechtsverträge und einzelne Gesetze) erfüllte daher nicht vollständig die im sekundären Recht der EG enthaltenen Anforderungen auf Gewährung von Gleichbehandlung, nach denen die Rechtsordnung jedes EU-Mitgliedstaates den Schutz vor der Diskriminierung gewährleisten soll, indem er sie nicht nur in seinen Vorschriften verbietet, sondern auch die Begriffe abgrenzt (die Formen und Weisen der Diskriminierung), zulässige Formen der unterschiedlichen Behandlung und die Mittel des Rechtsschutzes vor der Diskriminierung regelt. Die auf dem ADG gestützte Klage zum Gericht ist ein neues, sonderliches Rechtsmittel des Schutzes gegen die Diskriminierung. Ein weiteres Mittel des Diskriminierungsschutzes sind die sonderlichen Berechtigungen von juristischen Personen, die sich auf diesen Gebiet spezialisieren (Informationen über mögliche Rechtsmittel, Mitwirkung bei Verfassung oder Ergänzung der Anträge und Einreichungen). Der Bürgerbeauftragte soll den Diskriminierungssopfern methodische Hilfe beim Anstrengen der Anträge auf Eröffnung des Verfahrens aufgrund der Diskriminierung gewähren, Forschungen durchführen, Berichte veröffentlichen und Empfehlungen zu den mit der Diskriminierung zusammenhängenden Fragen erlassen und den Austausch zugänglicher Informationen mit betreffenden europäischen Subjekten gewährleisten.

Klíčová slova: antidiskriminační zákon, diskriminace, rovné zacházení, veřejný ochránce práv, sociální a hospodářská práva, důkazní břemeno

Schlüsselwörter: Antidiskriminierungsgesetz, Diskriminierung, Gleichbehandlung, Bürgerbeauftragte, sozialen und wirtschaftlichen Grundrechte, Beweislast

TEORIE „ÚSTAVNĚ LIMITOVANÉ JEDNORÁZOVOSTI“ (K NÁLEZU RUŠÍCÍMU ÚSTAVNÍ ZÁKON O ZKRÁCENÍ VOLEBNÍHO OBDOBÍ POSLANECKÉ SNĚMOVNY)

JINDŘÍŠKA SYLLOVÁ¹

Jsem daleka toho konstatovat, že náleží Ústavního soudu o zrušení ústavního zákona o zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny² nějakým významným způsobem zasáhl do uspořádání vládnutí v České republice. Ještě než se věnuji vlastnímu obsahu nálezu, ráda bych vyslovila názor, že jakékoliv rozšíření pravomocí Ústavního soudu nemůže závažným způsobem zasáhnout do systémových poměrů mezi nejvyššími státními orgány. V tomto směru nesouhlasím s tvrzením Pavla Molka uveřejněným v Soudních rozhledech č. 10/2009. Domnívám se shodně jako většina soudců našeho Ústavního soudu, že extenze pravomocí ústavního soudnictví je tím nejmenším možným problémem při řešení napětí mezi nejvyššími státními orgány. To dosvědčují zkušenosti ze zemí, které mají podstatně větší problémy s demokratickým vývojem než Česká republika a kde ústavní soudy rovněž překračují své explicitně dané pravomoci, přitom samy zůstávají garantem demokratického vývoje. Nemám přitom na mysli jen Slovensko, ale i takové státy jako je Indie, Pákistán, Gruzie a další. Ostatně celá koncepce ústavního soudnictví jako všeobecného ochránce ústavnosti vznikla ve Spojených státech v podstatě extenzivní (dez)interpretací ústavních pravomocí Nejvyššího soudu a kladná role této koncepce na demokratické vládnutí je dnes už nezpochybnitelná. Ústavní soud je totiž ze své podstaty nejslabším článkem soustavy nejvyšších státních orgánů. Je to orgán, který není vybaven nástroji, jimiž by se mohl skutečně chopit reálné moci, což kontrastuje s vybavením ostatních větví státní moci. Vědomí soudců Ústavního soudu o tom, že vlastně nemají skutečné možnosti, jak své moci zneužít, může paradoxně vést ke ztrátě ostražitosti. Ke ztrátě ostražitosti vůči neúplně vyargumentovaným rozhodnutím, která mohou svými formulacemi vést k neváženým ústavním změnám nebo k jiným více či méně uměle vynuceným ústavněprávním tancům. Aktivistické tendence ústavního soudu nejsou přitom ve středoevropském prostoru specialitou našeho Ústavního soudu. Námitky proti nálezu rakouského ústavního soudu rušícímu ústavní ustanovení (náleží bude popsán níže) vzbuzují určité pochyby i v rakouské právní vědě, i když v rakouském případě šlo o podstatně menší zásah do systému. Jak se domnívá jeden z kritiků rakous-

¹ Autorka je ředitelkou Parlamentního institutu a odbornou asistentkou Katedry ústavního práva PF UK.

² Pl. ÚS 27/09, tj. č. 318/2009 Sb.

kého nálezu,³ vzbuzuje rozšiřování decizionistických přístupů pochybnost o tom, zdali je v případě, kdy se ústavní soud stane skutečným hráčem na mocenském poli, dodržena zásada kontradiktornosti v ústavním soudnictví. Pokud se ústavní soud dostává do této pozice, přestává být nestranným strážcem ústavy.

PRAVOMOCI ÚSTAVNÍHO SOUDU

Nález Pl. ÚS 27/09 mohl být přijat jen za předpokladu, že Ústavní soud zruší zákon, označený Parlamentem za zákon ústavní. Předpokladem pro rozhodnutí se tedy stalo překročení ústavního ustanovení, které stanoví, že Ústavní soud „*rozhoduje o zrušení zákonů nebo jejich jednotlivých ustanovení, jsou-li v rozporu s ústavním pořádkem*“. Původní ustanovení čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy znělo, že „*Ústavní soud rozhoduje o zrušení zákonů (...), jsou-li v rozporu s ústavním zákonem (...)*“. Výměna „ústavního zákona“ za „ústavní pořádek“, učiněná v rámci euronovely Ústavy, nebyla považována za změnu v obsahu, ale pouze za změnu formálně interpretační, která odstranila pochybnosti týkající se duality ústavních předpisů, zejména pochybnosti týkající se rozdílu mezi Ústavou a Listinou základních práv a svobod⁴ jako předpisů referenčních. V žádném případě novela neznamenal ani neměla znamenat, že by měl Ústavní soud rozhodovat o ústavnosti ústavních zákonů, nemohla sama o sobě znamenat vtažení ústavních zákonů do přezkumné pravomoci Ústavního soudu.⁵

Pokud Ústavní soud chtěl rozhodnout o zrušení nebo nezrušení ústavního zákona o zkrácení, musel dojít k názoru, že Ústavní soud má pravomoc rozhodovat i o ústavnosti ústavních zákonů. Ústavní soud se pokusil zkomplikovat důvody pro zrušení ústavního zákona tím, že konstatoval, že zákon označený a přijatý jako zákon ústavní není ve skutečnosti ústavním zákonem, tedy buď že je jen zákonem obyčejným, nebo že není vůbec zákonem.

Inspirační nálezu se podle odůvodnění Ústavního soudu staly Rakousko a Německo. Je třeba už na počátku konstatovat, že obě tyto země, resp. praxe jejich ústavních soudů, není možno hodnotit jako jednoznačné povzbuzení pro rušení ústavních zákonů ústavním soudem.

Rakouský Ústavní soudní dvůr (dále jen ústavní soud) zastává konstantní stanovisko, že má jen omezenou pravomoc kontrolovat ústavní zákony. Naproti tomu rakouský parlament za svou historii přijal několik ústavních zákonů, které nahradily ustanovení, dříve zrušená ústavním soudem pro svou protiústavnost. Tento systém je výslovně umožněn i ústavou (čl. 44 odst. 2 rak. ústavy). Tato praxe je proto ústavním soudem akceptována, a to s odůvodněním silnější legitimacy vyšší parlamentní většinou

³ Freytag, A. *Vom Hüter zum Brüter der Verfassung?* Dostupné zde: www.konvent.at/db/admin/de/get_document.php?id=19 (navštíveno dne 9. května 2010).

⁴ Listina základních práv a svobod není označena jako ústavní zákon.

⁵ Z důvodové zprávy k tisku č. 884/2000, III. volební období PS: „K bodu 7 *Navrhovaná úprava v návaznosti na nový režim vyslovování souhlasu s ratifikací mezinárodních smluv Parlamentem, provádí upřesnění kategorie referenčních norem pro Ústavní soud. (...) Slova ‚ústavní zákon‘ se v tomto i dalších ustanoveních nahrazují slovy ‚ústavní pořádek‘, což lépe odpovídá konstrukci vztahu Ústavy a ústavního pořádku a s definitivní platností řeší všechny teoretické spory o závaznost Listiny základních práv a svobod.*“

přijatých ustanovení ve formě ústavních ustanovení. Rakouská ústava rozlišuje několik rozdílných procedur změny ústavy a umožňuje tím teoreticky ústavnímu soudu, aby se chopil pravomoci rozhodnout o tom, která procedurální forma ústavní změna je v konkrétním případě ta správná.⁶ V prozatím jediném případě bylo ústavní ustanovení (které se stalo součástí běžného spolkového zákona) zrušeno. Věc se týkala novely spolkového zákona o zadávání veřejných zakázek. Spolkový parlament se opět formou ústavního zákona snažil překonat zrušení části zemského zákona ústavním soudem. Ústavní ustanovení, začleněné do zákona o zadávání veřejných zakázek, stanovilo, že „*ustanovení zemských zákonů účinná k 1. 1. 2001, týkající se organizace a příslušnosti orgánů, jimž přísluší právní ochrana při zadávání veřejných zakázek, jsou platná a nejsou v rozporu se spolkovou ústavou*“. Rakouský ústavní soud v tomto jediném případě považoval uvedené „ústavní ustanovení“ za nepřijatelné a zrušil jej.⁷ Vycházel z toho, že jmenované ustanovení pozastavuje („*suspendiert*“) tu část rakouské ústavy, která se týká rozdělení pravomocí mezi spolkem a zeměmi. Ústavní soud si přitom položil otázku, zda může být spolkové ústavní právo vůbec zmocněno k tomu, aby část sama sebe postavilo mimo účinnost, či zda je k tomu nutná kvalifikovaná procedura podle čl. 44 odst. 3 rakouské ústavy. „*Jednoduchý ústavodárce není zmocněn k tomu, aby účinky spolkové ústavy takovým způsobem omezil a vyloučil její použitelnost pro jednoduché právo.*“ Dále rakouský ústavní soud vyšel ze své doktríny uvedené v nálezu z r. 1998, kde konstatuje, že je sám výhradním orgánem, který je určen k normativní kontrole jako ústřednímu prvku tvořícímu „právněstátní“ základ („*Baugesetz*“) rakouské ústavy.⁸ Tato doktrína je obdobou doktríny našeho Ústavního soudu o materiálním ohnisku Ústavy.

Jako druhou inspiraci uvádí Ústavní soud ČR německý nálezy týkající se novely německé ústavy a zákona o omezení dopisního, poštovního a telekomunikačního tajemství. Novela ústavy přitom nebyla nakonec Spolkovým ústavním soudem zrušena, ten se spokojil pouze se zrušením části obvyčejného zákona. Spolkový ústavní soud v odůvodnění nálezu uvedl, kdy je možné, aby sám hodnotil ústavnost změny ústavy. Z hlediska našeho případu nejsou věty Spolkového ústavního soudu nezajímavé. Spolkový ústavní soud shodně jako jeho rakouský kolega došel k názoru, že kontrola ústavních zákonů je výjimečně přípustná. Na druhou stranu Spolkový ústavní soud určil hranice, za které už není možno při kontrole ústavních zákonů jít: „*Čl. 79 odst. 3 Základního zákona má ten smysl, aby zabránil tomu, aby platný ústavní pořádek ve své substanci, ve svých základech nebyl odstraněn formálně právní cestou ústavu měnícího zákona a nemohl být zneužit k legalizaci totalitárního režimu. Norma tedy zakazuje principiální obětování zde jmenovaných základů. Základy nemohou jako „základy“ být dotčeny, pokud všeobecně vyhovují a jsou pouze kvůli zvláštnímu důvodu odpovídajícímu jeho charakteru změněny.*“⁹

⁶ Srov. Grinc, J. Judikatura rakouského Ústavního soudního dvora k otázkám tvorby práva. In *Legislativní příloha Správního práva*, č. II/2009, str. XXXIV.

⁷ VfGH G12/00

⁸ Německy řečeno: „*zentrales Element des rechtsstaatlichen Baugesetzes der österreichischen Bundesverfassung*“.

⁹ Spolkový ústavní soud pokračuje: „*Formulace, že základy nesmí být dotčeny, nemá tedy žádný přísnější význam než příbuzná formulace čl. 19 odst. 2 GG, podle které v žádném případě základní právo nemůže být porušeno v podstatě svého obsahu.*“

Nejjednodušším způsobem, který by mohl vést k zavedení kontroly ústavních zákonů Ústavním soudem, by bylo dokázat, že nebyla dodržena ústavní procedura přijetí ústavního zákona. Touto cestou šel právě rakouský ústavní soud a tím se nedostal do konfliktu s „kvalifikovaným“ ústavodárcem. To však v případě České republiky nepřipadalo v úvahu, neboť náš ústavní pořádek zná jen jediný způsob schválení ústavního zákona a ten byl dodržen.

Proto musel Ústavní soud začít zkoumat obsah ústavního zákona už pro odůvodnění své vlastní pravomoci o něm rozhodnout. Uchýlil se k tomu prostřednictvím poněkud netradiční struktury *ratia decidendi*. V jeho prvních pasážích došel abstraktním způsobem k tomu, že Ústavní soud ČR má pravomoc rozhodnout i o zákonech ústavních, a to v tom případě, pokud vznikla pochybnost, zda ústavní zákon nepřestupuje tzv. materiální jádro Ústavy. Důvody, kterými nález odůvodňuje tento závěr, jsou zejména komparativní a doktrinární. Pro budoucnost je tento vývod zásadní, nicméně v tomto konkrétním případě Ústavní soud nepokračoval očekávaným směrem. Nesnažil se hned dokázat, že právě jednorázové rozpuštění Poslanecké sněmovny ústavním zákonem je tak závažným přestupkem proti čl. 9 odst. 2 Ústavy, že odůvodňuje zásah Ústavního soudu proti tomuto ústavnímu zákonu. Pravděpodobně silně restriktivní doktrína německého Spolkového ústavního soudu o tom, že klauzule věčnosti slouží jen jako ochrana proti formální legalizaci totalitárního režimu, mu znemožnila volit tuto přímou cestu. Neboť jednorázové rozpuštění Poslanecké sněmovny zcela zřetelně tuto míru nebezpečnosti nemá.

Ústavní soud se rozhodl pro určitý obchvat, pravděpodobně inspirovaný „suspensivní“ doktrínou rakouského ústavního soudu. Zvolil náhle snahu dokázat, že ústavní zákon o zkrácení není ústavním zákonem ve smyslu čl. 9 odst. 1 Ústavy. Tento úhybný manévr určitým způsobem znepréhledňuje celý nález, nakonec není úplně jasné, zda byl ústavní zákon zrušen Ústavním soudem pro skutečný rozpor s materiálním jádrem Ústavy nebo nikoliv.

K OBECNOSTI A JEDINEČNOSTI ZÁKONA

Ústavní soud nejprve analyzoval jím tvrzenou nedostatečnou obecnost ústavního zákona o zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny (dále jen ústavní zákon o zkrácení). Ústavní zákon o zkrácení není podle Ústavního soudu zákon obecný a má (přý) všechny vlastnosti aktu pro jedinečný případ.

Souhlasím s Pavlem Molkem¹⁰ v tom, že v této části spočívá nejproblematičtější část nálezu (pokud tu část, která se týká retroaktivity, nepovažujeme za spornou, ale jen za spektakulárně zavádějící, viz dále). Argumenty směřující proti nedostatku obecnosti právní normy jsou totiž vždy považovány za sporné. Každý příkaz má určitou míru obecnosti a určitou míru konkrétnosti stejně jako každá norma. Všeobecnost

¹⁰ I se Zdeňkem Kühnem, viz Kühn, Z. *Důvody zrušení protiústavního „ústavního zákona“ č. 195/2009*. Uveřejněno na blogu *Jiné právo*, str. 7. Dostupné zde: <http://jinepravo.blogspot.com/2009/09/on-line-symposium-jakub-vosahlo-ustavni.html#Kuhn3> (navštíveno dne 9. května 2010).

normy je pouze ideálem, což ostatně vyplývá i z citací, kterými si Ústavní soud pomohl. Nezbytnou míru obecnosti právní normy není možno totiž jednoznačně určit. Pro různé předpisy je obvyklá míra obecnosti různá. Zatímco ústavní zákon má obvykle velmi vysokou míru obecnosti, předpisy přijímané malou obcí jsou často velice konkrétní až určené pro jednotlivý případ. Z tohoto důvodu je obvykle nutno – v případě, že se určitá „norma“ jeví jako jedinečný příkaz – zkoumat i záležitosti další.¹¹ Například to, zda příkaz nediskriminuje určité osoby. K témuž závěru došel ostatně Ústavní soud i v nálezu Pl. ÚS 24/08 (tj. č. 124/2009 Sb.), kde říká, že je přípustné, aby se „s něčím jedinečným a výjimečným zacházelo, odpovídajíc jeho zvláštnosti. Otázkou ale je, zdali v daném případě skutečně existuje takováto zvláštnost, že se zdá všeobecné uspořádání svévolné a nařízení pro jedinečný případ přiměřené. ... ,V míře, ve které je zákon týkající se jedinečného případu výrazem *ratia* – ne pouhé *voluntas* – se začleňuje do uspořádané struktury právního státu.“ (H. Schneider, *Gesetzgebung*, 2. Auflage, Heidelberg 1991, s. 31). Pokud přijetí zákona týkajícího se jedinečného případu není výrazem *voluntas* (libovůle), musí tudíž pro něj existovat racionální argumenty.“

Ústavním soudem použité argumenty uvedené v komentovaném nálezu pro zákaz zákonné úpravy jedinečných případů pocházejí z jeho dosavadních rozhodnutí, v nichž byl přijat konkrétní zákon pro jediný případ namísto aplikace už existujícího zákona obecného, přičemž byli přímo poškozeni nebo alespoň diskriminováni adresáti jedinečného zákona. Jednalo se například o rychlejší a pružnější řízení o vyvlastnění půdy s použitím zákona pro určitou konkrétní stavbu, i když jinak existoval obecný zákon, upravující proceduru odlišně. V tomto případě šlo výjimku z platného právního stavu, která neměla dostatečné odůvodnění.

V případě zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny je za nedostatek obecnosti považováno to, že Poslanecká sněmovna je rozpuštěna přímo ústavním zákonem v jednom jediném případě, tento příkaz se nedá podle ústavního zákona aplikovat znovu. Je zřejmé, že tento případ má s výše popsaným příkladem jedinečnosti (konkrétnosti) a obecnosti zákona společné jen některé rysy. Právní norma upravující vznik a organizaci určitého veřejného orgánu je svým způsobem vždy jedinečná (konkrétní). Článek 35 Ústavy upravuje jen rozpouštění Poslanecké sněmovny, tato norma se nevztahuje na žádné jiné poslanecké sněmovny ani na jiné komory parlamentu ani na jiné orgány. Ústavní zákon o zkrácení má jen jedinou z více chyb, které mívají zákony o jedinečném případě. Má jen a výhradně aspekt jednorázovosti, jiné jinak obvyklé chybné aspekty zákona pro jedinečný konkrétní případ tento zákon nemá. Zejména nemůže diskriminovat ostatní adresáty. Rovněž není individuálním aktem, který je jinak v ústavní pravomoci nějakého jiného státního orgánu (například exekutivního nebo soudního).

Je třeba se ptát, zda neexistují nebo nemohou existovat nějaké důvody, pro které může být přijata jednorázová organizační norma? V historii a dokonce i v naší Ústavě

¹¹ Ústavní soud v argumentaci na tomto místě ze záhadných důvodů používá normativistickou argumentaci, tentokrát z pera prof. Weyra: „*Jsou-li zákony ve smyslu formálním akty zákonodárního orgánu, kterými tento povoluje, popřípadě schvaluje určitá konkrétní opatření vykonávaných orgánů... jsou tudíž aplikací práva.*“ Jsou tedy tyto akty aplikace práva jako zákony nepřipustné?

existuje řada ad hoc ústavních ustanovení, většinou obsažených v částech přechodných a závěrečných. Všechna tato ustanovení jsou určena pro jeden moment, všechna se týkají organizace určitého orgánu, všechna se po použití stávají ustanoveními obsoletními. Pokud se týká Ústavy ČR, je zde například ustanovení čl. 106 odst. 1 tom, že „dnem účinnosti této Ústavy se Česká národní rada stává Poslaneckou sněmovnou, jejíž volební období skončí dnem 6. června 1996“. Jedná se o jedinečné konkrétní ustanovení, dokonce svým obsahem podobné obsahu kritizovaného zákona. Jistě nikoho nenapadne zpochybňovat ústavní charakter tohoto článku, který transformoval dosavadní Českou národní radu v dolní komoru parlamentu nového státu.

Ústavní soud odsoudil přijetí ústavního zákona o zkrácení slovy: „*Ústavní zákon ad hoc (pro jedinečný případ) není ani doplněním, ani změnou Ústavy. Obsahově ústavní zákon pro jedinečný případ může nabýt dvou podob – buď jde o časově omezené suspendování Ústavy anebo věcnou, resp. osobní výjimku z obecné platnosti ústavní úpravy.*“ Jinou možností Ústavní soud na tomto místě nálezu nepřipouští. V čistě normativním smyslu má pro většinu případů Ústavní soud se svou suspenzivní teorií pravdu. Neplatí však pro případy, kdy jde o ustanovení sice jednorázové, ale svými účinky trvalé (příkladem je trvalé zrušení nějakého orgánu). Pokud s tímto vývodem Ústavního soudu srovnáme „suzpenzivní“ případ rakouského ústavního soudu, zde opravdu na určitou dobu přestala část ústavy platit, protože byla na omezenou dobu svěřena z hlediska ústavy nesprávná pravomoc spolku místo aby patřila zemi. V českém případě je situace komplikovanější. Pro jediný případ bylo zkráceno volební období Poslanecké sněmovny. Z toho pak vyplynulo, že byla dotčena a negována ústavní práva, která by jinak vyplývala (například) z rigidního článku 35 Ústavy.

Nerada bych byla na tomto místě ochráncem jednorázovosti norem, přijetí ad hoc normy bylo přinejmenším v případě prvního zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny zcela jistě chybou. Tato chyba však zejména při svém opakování podle mne nedosahuje intenzity chyby spočívající v nedostatečné obecnosti zákona v případech, které byly použity v odůvodnění nálezu.¹² Tato chyba může být podle mne vyvážena legitimním účelem ústavního zákona, dodržením ústavních tradic a dalšími závažnými důvody. Dále by měl Ústavní soud zvažovat svou trvalou snahu o omezení vlastního aktivismu v případě, že může být omezena svobodná soutěž politických sil, která je zakotvena v čl. 5 Ústavy a kterou interpretoval Ústavní soud v případech rozhodování o neplatnosti voleb (viz dále). Chyba může být rovněž odůvodněna počátkem ústavně legitimní cesty k ústavní zvyklosti, jak rovněž bude uvedeno níže. Ústavní soud však odsoudil jednorázový zákon natolik intenzivním způsobem, že zcela pomínil možnou existenci protiargumentů, které by mohly chyby ústavního zákona o zkrácení vyrovnat či alespoň zmírnit.

Kritika jednorázovosti právní normy je v nálezu Ústavního soudu bezprostředně spojena s jejím formálním znakem – tedy s tím, že ústavní ustanovení bylo přijato ve

¹² Citace C. Schmitta o „prolomení ústavy“ z jeho díla *Verfassungslehre* z r. 1928, která byla šířeji použita rovněž prof. Filipem ve výše uvedeném článku (str. 319), je problematická zejména z toho důvodu, že Schmitt se jejím prostřednictvím pokusil oslabit parlamentní pravomoci ve prospěch jiných státních orgánů či ve prospěch přímé demokracie, což se stalo později součástí jeho decizionisticky zaměřené teorie.

formě zvláštního zákona. Ústavní zákon o zkrácení byl přijat jako zákon stojící samostatně vedle jiných ústavních zákonů. Nejednalo se (prý) o změnu ani o doplněk¹³ Ústavy nebo ústavního zákona. Tato technika byla ustanovení přičtena k tíži. Byla odmítnuta zejména doktrinálně, s použitím negativního příkladu Výmarské republiky. Kritiku v tomto směru nepovažuji za férovou. Československo nemělo nikdy potíže s nepřehledností ústavních předpisů, a to dokonce ani v období socialismu. Naopak technika přijetí jednorázových opatření mimo text Ústavy umožňuje, že se Ústava nestává zbytečně nepřehlednou. Kromě toho existují ústavy, které dovolují jen ústavní „doplňky“ umístěné mimo vlastní text ústavy, přitom tato technika nemá vůbec žádný vliv na demokratický charakter ústavy. Mimo vlastní text ústavy jsou při této technice umístěny jak přímé změny, tak relativně nezávislá doplnění ústavy. Kromě toho pojem doplněk ústavy není nikde definován a pouze se předpokládá, že je to „*právní úprava, která upravuje stejný typ a úroveň právních vztahů, jako jsou až dosud upraveny Ústavou nebo ústavními zákony, musí být provedena také ústavním zákonem*“.¹⁴ Tyto vlastnosti doplněk nejsou ve zvláštním zákoně žádným způsobem narušeny.

Ústavy často explicitně nebo alespoň implicitně předpokládají přijetí jednorázového zvláštního ústavního zákona. Implicitním ustanovením je čl. 2 odst. 2 Ústavy ČR („*ústavní zákon může stanovit, kdy lid vykonává státní moc přímo*“). Pokud bychom vzali vážně výše uvedené tvrzení Ústavního soudu, pak jedinou možností jak poslechnout čl. 2 odst. 2 Ústavy, je přijmout obecný ústavní zákon o přímém výkonu státní moci. Pokud byl přijat jen jednorázový ústavní zákon o referendu o vstupu do Evropské unie, nebyl podle teorie Ústavního soudu ani doplněním, ani změnou Ústavy. Byl jen věcnou výjimkou z obecné platnosti ústavní úpravy, která stanoví, že pokud ústavní zákon obecně neupravuje přímý výkon státní moci, musí ji vykonávat parlament nebo vláda. Ústavní zákon o referendu by jako jednorázová výjimka byl takto považován nepřijatelný.¹⁵ Nebyl snad tento ústavní zákon rovněž „*individuálním právním aktem týkajícím se nikoli obecně vymezeného okruhu adresátů a situací, nýbrž konkrétně určeného subjektu a konkrétní situace (...)*“?¹⁶

Pokud se podíváme do historie, zjistíme, že řada ustanovení ústavních zákonů řeší různé situace až ad hoc. Někdy tak musí činit i zvláštními ústavními zákony, není to naštěstí často a většinou jde o případy dějinných zvratů, při nichž není možno se vyhnout určitým přechodným, dočasným, výjimečným ustanovením.¹⁷ Výjimky, které Ústavní soud vypočetl pro případy přípustných ad hoc ústavních norem, jsou náhodné, neumožňují jasně odlišit jednotlivé situace a zdaleka nepokrývají běžné potřeby tohoto typu. Ústavní soud směšuje různá kritéria a vytváří (snad) úplný výčet přípustných norem: „*Případnými výjimkami jsou buď případy přijetí aktu aplikace práva ve formě zákona (kupř. zákona o státním rozpočtu), dále případy výslovného zmocnění k vydání zákona ad hoc (kupř. ústavních zákonů vydaných dle čl. 11 a čl. 100 odst. 3*

¹³ Naše právo formu doplňků zákonů nebo ústavy výslovně neupravuje.

¹⁴ Sládeček, V.; Mikule, V.; Syllová, J. *Ústava České republiky, komentář*. Praha: C. H. Beck, 2007, str. 68.

¹⁵ Tento názor zastává rovněž Z. Kühn, viz cit. dílo str. 7.

¹⁶ Citace komentovaného nálezu ÚS.

¹⁷ Pokud vynecháme období nesvobody a období diktatury a období následující po nich, kdy byla přijata řada jednorázových ústavních zákonů, byl přijat jediný jednorázový ústavní zákon, kterým byl ústavní zákon č. 65/1946 Sb. o ústavodárném Národním shromáždění

Ústavy,)¹⁸ anebo zákony ad hoc, pro jejichž přijetí vypovídají výjimečné důvody splňující podmínky testu proporcionality (kupř. ‚výčtové‘ restituční zákony).“ U ústavních zákonů považuje Ústavní soud za možné, že by byl přijat jednorázový zvláštní ústavní zákon, ten by však musel být „ochranou materiálního jádra dle čl. 9 odst. 2 Ústavy“.¹⁹ Ústavní soud uzavírá, že pokud by snad jednorázová norma byla nezbytná pro dodržení materiálního jádra Ústavy, nebylo by možno ji Ústavním soudem zrušit a jednorázovost by tedy u ní nevadila. Pokud však bylo možno stejného výsledku dosáhnout normou dostatečně obecnou, není možno takovou jednorázovou normu považovat za ústavní zákon. Vadu jednorázovosti staví tímto Ústavní soud nad všechny jiné myslitelné vady, které by mohly způsobit porušení materiálního jádra Ústavy. To se ukazuje být jako základní problém tohoto nálezu. Jednorázovost je svým způsobem povýšena nad materiální účinky normy.

Zároveň ale Ústavní soud bez jakýchkoliv podrobností zmiňuje princip proporcionality, který by byl podle něj v mimořádných případech rovněž použitelný.²⁰ Zde Ústavní soud přiznává určitou vlastní nejistotu, když si ponechává otevřena zadní vrátka, aby případně princip proporcionality u příštího jednorázového ústavního ustanovení použil a nemusel vždy jednorázovou normu zrušit.

K RETROAKTIVITĚ A ÚSTAVNÍM ZVYKLOSTEM

Druhou polovinu odůvodnění pravomoci Ústavního soudu rozhodnout o ústavním zákoně o zkrácení tvoří argumenty, týkající se nepravého zpětného působení ústavního zákona. Ústavní soud netvrdí a nemůže tvrdit, že se jedná o pravou zpětnou působnost.²¹ Přesto – patrně pro zvýšení odstrašujícího účinku – cituje Ústavní soud ze svých právních vět týkajících se právě retroaktivity.²² Přitom je zřejmé, že ústavní zákon o zkrácení žádné zpětné účinky (tedy účinky směrem do minulosti, přesněji řečeno nabývající účinnosti před vyhlášením ústavního zákona) nemá. Ústavní soud konstatuje, že ústavním zákonem byly „se zpětnou účinností stanoveny podmínky uplatnění volebního práva (aktivního i pasivního). Se zpětnými účinky byly změněny předpoklady, na základě znalosti kterých bylo voliči rozhodováno ve volbách do Poslanecké sněmovny.“ Jára Cimrman by pravděpodobně tuto větu okomentoval

¹⁸ Nemůže přitom jít o čl. 2 odst. 2 Ústavy, kde není o jednorázovosti ani zmínka.

¹⁹ Ústavní soud pokračuje: „Jinými slovy vyjádřeno, ochrana demokratického právního státu formou přijetí ústavního zákona ad hoc by mohla být akceptována za naprosto výjimečných okolností (jakými jsou např. okolnosti válečného stavu, či přírodní katastrofy, jejichž řešení neumožňuje ani Ústava ani ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, ve znění ústavního zákona č. 300/2000 Sb.), přičemž takový postup by musel splňovat hlediska, jež plynou z principu proporcionality.“

²⁰ Předpokládám, že Evropský soudní dvůr nebude teorii ústavně limitované jednorázovosti akceptovat – smluvní dokumenty ES/EU jsou plně ad hoc ustanovení, často obsažených ve zvláštních s věcí nesouvisějících dokumentech.

²¹ Prává retroaktivita spočívá v tom, že „účinnost právního předpisu začne dříve než jeho platnost, takže se použije pozdějšího zákona na případy, které se staly již v minulosti“. In Hendrych, D. a kol. *Právníký slovník*. Praha: C. H. Beck 2009, str. 928.

²² Přitom prozatím žádný zákon nebyl Ústavním soudem zrušen z důvodu právě retroaktivity, citovaná věta se sice týká právě retroaktivity, ale o ta nebyla obsahem zákona posuzovaného v Pl. ÚS 21/96 (č. 63/1997 Sb.), z jehož odůvodnění citát pochází.

slovy: „To je nepřesné.“ Každá právní norma mění nějaké „předpoklady“ se zpětnou účinností v tomto smyslu. Otázkou spíše je, zda účinky, kterými nový zákon působí od okamžiku nabytí své účinnosti směrem do budoucnosti na už existující právní vztahy, jsou ústavně přípustné, a to zejména z hlediska nabytých práv. Základním následkem, který ústavní zákon má, je mimořádné ukončení činnosti Poslanecké sněmovny a nezbytnost konání nových voleb.

Pokud odhlédneme od problému jednorázovosti, probraného výše, je možno konstatovat, že v systému parlamentarismu je předčasné ukončení volebního období parlamentu běžné, tento rys tvoří dokonce poznávací a rozlišovací znak této formy vládnutí. I z tohoto systémového důvodu se dají očekávat ústavní změny v rozpouštěcích mechanismech Poslanecké sněmovny i v průběhu volebního období komory. Jinak by byla pravomoc Parlamentu měnit Ústavu kvalifikovanou většinou během volebního období silně omezena. Tento protiargument však Ústavní soud nepoužil, nemohl jej proto ani vyvrátit. Vycházel pouze z toho, že důvod rozpuštění Poslanecké sněmovny nebyl textem Ústavy předpokládán před započítáním současného volebního období. Stačí tento argument k tomu, aby byl ústavní zákon považován za problematický?

Poslanci i voliči předem věděli, že je možno Poslaneckou sněmovnu kdykoli rozpustit z důvodů stanovených v čl. 35 Ústavy. Mohli dokonce předpokládat, že nejvyšší státní orgány mohou uměle sestrojiti situaci předpokládanou v čl. 35, tak jak se o to původně pokoušely v r. 1997 (jako se to podařilo nedávno v Německu). Poslanci i voliči měli rovněž zkušenost s řešením z r. 1998, shodným jako ústavní zákon o zkrácení. Právní jistota byla ústavním zákonem o zkrácení určitě oslabena, je však třeba rovněž uvažovat o tom, zda neexistují nějaké další důvody, které by takové znejistění mohly vyrovnat.

Když rozhodoval Ústavní soud o pravomoci prezidenta republiky jmenovat guvernéra České národní banky bez kontrasignace,²³ zabýval se pojmem ústavní zvyklost, která snad mohla vzniknout, pokud už jednou prezident republiky o jmenování guvernéra bez kontrasignace rozhodl.²⁴ V nálezu Pl. ÚS 14/01 (č. 285/2001 Sb.) Ústavní soud říká: *„Je známo, že ústavní zvyklosti, konvence mají v ústavním státě velký význam právě tím, že komponují ústavu do funkčního celku a zaplňují prostor mezi strohým vyjádřením ústavních principů a institucí a variabilitou ústavních situací.“* Ústavní soud tehdy považoval za podstatnou skutečnost, že ostatní orgány uznaly jmenování guvernéra jmenovaného bez kontrasignace a podle toho se chovaly. Pokud pak bylo další stejným způsobem provedené jmenování těmi samými orgány zpochybněno, považoval to Ústavní soud za určité účelové zpochybnění právní jistoty. Podobná situace vznikla i v případě zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny. Když byla

²³ Předsedou vlády nebo jím pověřeného člena vlády.

²⁴ Ústavní soud v odůvodnění říká, že *„rozhodoval předmětnou kauzu 8 a půl roku po nabytí účinnosti Ústavy a zákona o České národní bance. V této souvislosti nelze přehlédnout skutečnost, že všechna dosavadní jmenování guvernérů prezidentem republiky se uskutečnila bez kontrasignace, a obdobně tomu bylo (s dvěma výjimkami) i u všech dosavadních jmenování viceguvernérů.“* Skutečnost byla taková, že za dobu účinnosti zákona o ČNB do nálezu ÚS byl jmenován guvernéř ČNB jen dvakrát, a to vždy bez kontrasignace, jednou z toho předsedou Poslanecké sněmovny, podruhé v době, kdy už byla tato pravomoc sporná. Viceguvernéři byli jmenováni rovněž dvakrát (tedy celkem čtyři jména), z toho ke dvěma jmenováním byla připojena kontrasignace předsedy vlády.

v r. 1998 rozpuštěna Poslanecké sněmovna tímto způsobem poprvé, bylo dost důvodů pro ústavní zpochybnění tohoto roku. Poslanci Poslanecké sněmovny i ostatní aktéři tohoto aktu však byli s takovým postupem srozuměni. Rychlý způsob řešení vládní a ústavní krize odpovídal tradicím parlamentní republiky, která považovala rozpustitelnost parlamentu za jeden ze základních rysů ústavně zvolené formy vládnutí. Kritika jednorázového rozpuštění Poslanecké sněmovny ze strany ústavních odborníků včetně autorky tohoto textu se přitom soustředila na stejné námítky, které použil nyní Ústavní soud. Když po 11 letech nastala podobná ústavní a politická situace, stalo se náhle už jednou „úspěšně“ použité ústavní řešení nejsrozumitelnějším a nejočekávanějším vyústěním. Zejména Poslanecká sněmovna považovala nejrigidnější možný způsob „rozpuštění“ prostřednictvím parlamentního hlasování ústavní většinou za nejmenší možný zásah do svého ústavního postavení daného v čl. 35 Ústavy. Významnou roli hrála právě zkušenost s tímto řešením, tedy nikoliv snad přímo ústavní zvyklost, ale určité logické směřování k této zvyklosti. Konzervativní obava Poslanecké sněmovny z výslovných a trvalých ústavních změn, které by snad mohly změnit poměry mezi komorami nebo které by mohly oslabit postavení poslanců, byla jednou z motivací pro přijetí tohoto řešení. Problém retroaktivity byl vnímán v Parlamentu nikoliv jako problém věcný, ale jako problém doktrinální, a to zejména vzhledem k odborným statím publikovaným prof. Pavlem Holländrem²⁵ a prof. Janem Filipem.²⁶ Protesty se ozývaly částečně ze strany Senátu, který by pravidelným použitím tohoto řešení přišel pravděpodobně definitivně o možnost přijímat zákonná opatření Senátu v období od rozpuštění Poslanecké sněmovny do ustavení nově zvolené sněmovny. Je však otázkou, zda přijímání zákonných opatření Senátem představuje systémové řešení vztahů mezi nejvyššími státními orgány, nebo zda je pouhým nezbytným překlenutím období, kdy rozpuštěná sněmovna nezasedá. Není stejně správné a ze stavby Ústavy vyplývající řešení takové, které zajišťuje, že žádná časová prodleva mezi zasedáními sněmovny nevznikne? Stejně je řešeno i pravidelné skončení volebního období Poslanecké sněmovny. Přijetí shodného řešení jako před 11 lety bylo zcela jistě nejočekávanějším způsobem předčasného skončení volebního období, podstatně více očekávaným než instrumentální použití jednoho z důvodů uvedených v čl. 35 Ústavy. Je otázkou, zda mohlo takto silně očekávané řešení mít rozhodující vliv na právní jistotu, jejíž ohrožení Ústavní soud zejména při rozboru nepravé retroaktivity namítá. Nevyžaduje žádný sofistikovaný výzkum konstatování, že poslanci zvolení v r. 2006 mohli očekávat řešení po vzoru r. 1998 podstatně více než rozpuštění komory podle jednoho z případů článku 35 Ústavy i než „řádnou“ změnu tohoto článku. Nezkomponovali členové dvou parlamentů (v r. 1998 a v r. 2009) „ústavu do funkčního celku a nezaplňli tak prostor mezi strohým vyjádřením ústavních principů a institucí a variabilitou ústavních situací?“ Nebo alespoň nestál tento typ uvažování za své vyvrácení?

²⁵ Holländer, P. Materiální ohnisko Ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník* č. 4/2005 str. 313 an.

²⁶ Filip, J. Zkrácení volebního období. *Parlamentní zpravodaj* č. 12/1997, str. 132 an.

DEMOKRATICKÁ SOUTĚŽ POLITICKÝCH STRAN A PŘIMĚŘENOST ZÁSAHU DO NÍ

Od počátku bylo zřejmé, že zrušení ústavního zákona o zkrácení bude mít významný vliv na politickou soutěž v zemi. Volby, které už byly státními orgány připraveny, byly znejistěny a musely by být přinejmenším posunuty na jiný termín. Volební kampaň vedená politickými stranami byla přerušena. Ústavní soud se v nálezu Pl. ÚS 73/04 (tj. č. 140/2005 Sb.) snažil dosáhnout toho, aby zákonodárce upravil volební soudnictví tak, aby nemuselo dojít ke zrušení výsledku voleb. Podle jeho konstatování „*hrozba zrušení výsledku voleb jako jedině možný důsledek je v takovém případě v rozporu s ústavním principem přiměřenosti zásahu veřejné moci.*“ Jeho zásah měl v případě zrušení ústavního zákona o zkrácení obdobně závažné následky. Rovněž v nálezu Pl. ÚS 26/94 (č. 296/1995 Sb.) Ústavní soud v souvislosti s neadekvátní kontrolou financování politických stran konstatoval, že příprava na parlamentní a další volby a činnost politických stran vůbec jsou chráněnými hodnotami: „*evropská úprava vychází v jednotlivých zemích většinou z uznání, že politické strany plní v souladu s ústavou určité veřejné úkoly nezbytné pro život státu založeného na reprezentativní demokracii.*“ (...) „*Česká republika se řadí ke státům, které uznávají ústavní úlohu politických stran a k jejímu uskutečňování přispívají. (...) Strany působí jako zprostředkující článek mezi občany a státem; slouží k jejich účasti na politickém životě společnosti, zejména na utváření zákonodárných sborů.*“ (...) „*V této své základní funkci politické strany předcházejí formaci státních orgánů svou úlohou při tvorbě politické vůle ve státě. Tomu, aby vůbec vznikly demokratické státní orgány, musí předcházet volná soutěž autonomních, na státu nezávislých politických stran, neboť teprve ve výsledcích této soutěže se formují politické kontury a proporce státu. Politické strany se v této své základní funkci pohybují jaksi v předpolí státu a zásahy státních orgánů, jejichž složení je produktem tohoto procesu, do tohoto procesu samého jsou proto nežádoucí, mohou-li průběh volné soutěže stran politicky ovlivnit. (...) Státní orgán nadaný autoritou státního rozhodnutí a vstupující svým autoritativním posudkem aktivně do sféry soutěže politických stran je principiálně potenciálním rizikem pro demokracii vůbec.*“

ZÁVĚR – PRAVIDLA DISKURZU

Pavel Molek se ptá na konci své stati v SR 10/2009 spolu s ústavním soudcem Musilem: „*Nebudou škody, způsobené zrušením tohoto ústavního zákona, mnohem větší, než jsou údajné škody, které jeho přijetím utrpěl náš ústavní systém?*“ Moje otázky jsou poněkud odlišné.

Nález v podstatě říká, že ústavní zákon může být jednorázový, ale jen za určitých podmínek. Pokud jsou tyto podmínky splněny, je ústavním zákonem. Pokud nikoliv, není ústavním zákonem a Ústavní soud s ním může jednat jako se zákonem obyčejným nebo nějakým jiným aktem. Na jednorázové předpisy jsou tedy podle Ústavního soudu kladeny vyšší nároky než na předpisy nezpochybnitelně obecné. Jen s poslední vyslo-

venou větou souhlasím. To však podle mne nemůže znamenat, že ústavní většinou přijatý jednorázový zákon není přijat ústavní většinou. I na jednorázový zákon Parlamentu je třeba klást stejné nároky (z hlediska pravomocí Ústavního soudu) jako na jiné ústavní zákony. I jednorázový příkaz přijatý ústavní většinou může být zrušen jen proto, že (jako celek, ve své úplnosti) porušuje materiální jádro ústavy, jednorázovost mu tedy může být přiměřeně přičtena k tíži.

Pokud by ústavní zákon prodlužoval ad hoc volební období Poslanecké sněmovny bez dostatečných důvodů a v průběhu tohoto období, došlo by k porušení materiálního jádra Ústavy. Pokud by tak činil sice ad hoc, ovšem před započítáním volebního období, nedošlo by k porušení materiálního jádra ústavy. Pokud by bylo prodlouženo volební období Poslanecké sněmovny bez dostatečných důvodů a během jejího volebního období, byl by takový zákon považován za neústavní bez ohledu na to, že šlo o obecný zákon.

Pokud by ústavní zákon zkracoval jednorázově volební období prezidenta republiky, došlo by zcela jistě k porušení materiálního jádra Ústavy, pokud by to platilo i na úřadujícího prezidenta. Pokud by byly stejné změny přijaty nikoliv jednorázovým, ale obecným zákonem, opět by se posuzovala jejich ústavnost. I obecné zkrácení volebního období prezidenta republiky přijaté během jeho volebního období by bylo pravděpodobně považováno za nesprávné, naopak obecné zkrácení volebního období pro budoucí prezidenty (nikoliv prezidenta úřadujícího) by bylo považováno za nezpochybnitelné.

Ústavní soud nakonec došel k tomu, že ústavní zákon o zkrácení dosáhl takových vad, že bylo porušeno materiální jádro Ústavy upravené v čl. 9 odst. 2 Ústavy. Primárním důvodem pro tento závěr byla jednorázovost zákona. Je třeba se tázat, jaké skutečné – materiální a mimořádně závažné důvody vedly Ústavní soud k tomu, že Ústavní soud přezkoumal a zrušil ústavní zákon. Ústavní soud ve svém stanovisku Pl. ÚS 3/96 konstatoval, že „*vychází ze zásady materiálního nazírání na právo, dle níž nejde jen o dodržování práva bez dalšího, ale o dodržování takových norem chování, které jsou v souladu s obsahovými hodnotami.*“²⁷ V čem spočívá nebezpečí, (podle německého Spolkového ústavního soudu) že „*platný ústavní pořádek bude ve své substanci, ve svých základech odstraněn formálně právní cestou ústavu měnícího zákona a mohl by být zneužit k legalizaci totalitárního režimu?*“ Bylo opravdu reálně narušeno materiální jádro ústavy, kterým je „*především svrchovanost lidu a principy obsažené v čl. 5 a 6 Ústavy a přirozenoprávní ustanovení Listiny (...)*“²⁸ Byla skutečně porušena identita a kontinuita ústavy jako celku?²⁹

Problémem tohoto nálezu není ani tolik jeho obsah, jako jeho metoda. Většina Ústavního soudu nedodržela podle mne princip otevřeného rozvažování. Nález se jeví

²⁷ Stanovisko Pl.ÚS 3/96, obdobně nálezu Pl. ÚS 19/93 (tj. č. 14/1994 Sb.): „*Ústava akceptuje a respektuje princip legality jako součást celkové koncepce právního státu, neváže však pozitivní právo jen na formální legalitu, ale výklad a použití právních norem podřizuje jejich obsahové materiálnímu smyslu, podmiňuje právo respektováním základních konstitutivních hodnot demokratické společnosti a těmito hodnotami také užití právních norem měří.*“

²⁸ Pavlíček, V.; Hřebejk, J. *Ústava a ústavní řád České republiky*. Praha: Linde, 1994, str. 55

²⁹ Prof. Holländer ve výše cit. článku cituje z díla nechalně známého německého teoretika C. Schmitta, podle něhož je možno měnit ústavu jen tehdy, pokud „*identita a kontinuita ústavy jako celku zůstane zachována.*“

jako logický, ale pochybnosti o komplexnosti argumentace a protiargumentace zůstávají. Jak se domnívá výše jmenovaný kritik rakouského ústavního soudu, pokud se ústavní soud dostává do pozice výhradního interpreta ústavy a zároveň do pozice ústavodárce, je možné lehce zpochybnit zásadu rovnosti zbraní mezi ním jako ústavodárcem a ostatními ústavodárci. Proto je třeba se při argumentaci úzkostlivě držet zásad otevřeného diskurzu. Nevím, zda je racionální usuzování takovým postupem, který sám o sobě svými pravidly dokáže garantovat správnost výsledků. Je však zřejmé, že pokud nejsou pravidla rozumného diskurzu dodržena, je riziko nesprávnosti tím větší. Pravidla jsou dána zejména plným a otevřeným odůvodňováním; pokud jsou některé důvody přece jenom zamlčeny, musí být uveden alespoň důvod jejich zamlčení. Podle Roberta Alexyho „*každý mluvíci musí své tvrzení na požádání odůvodnit, odmítnout lze odůvodnění pouze tehdy, pokud je možno to oprávněně ospravedlnit*“.³⁰ Tento nálezh, jehož význam Ústavní soud zcela jistě pochopil, se pravděpodobně z určitých důvodů nevyrovnal s některými protiargumenty, začasté už obsaženými v jeho vlastních rozhodnutích, které mohly (nebo nemusely) vést k opačnému výsledku. Tyto důvody však uvedeny nebyly.

TEORIE „ÚSTAVNĚ LIMITOVANÉ JEDNORÁZOVOSTI“
(K NÁLEZU RUŠÍCÍMU ÚSTAVNÍ ZÁKON
O ZKRÁCENÍ VOLEBNÍHO OBDOBÍ POSLANECKÉ SNĚMOVNY)

Shrnutí

Článek popisuje nálezh ústavního soudu rušící ústavní zákon o zkrácení volebního období. Za nedostatek obecnosti je Ústavním soudem považováno to, že Poslanecká sněmovna je rozpuštěna přímo ústavním zákonem v jednom jediném případě, tento příkaz se nedá podle ústavního zákona aplikovat znovu. Je zřejmé, že tento případ má s výše popsáním příkladem jedinečnosti (konkrétnosti) a obecnosti zákona společné jen některé rysy. Právní norma upravující vznik a organizaci určitého veřejného orgánu je svým způsobem vždy jedinečná (konkrétní). Článek 35 Ústavy upravuje jen rozpouštění Poslanecké sněmovny, tato norma se nevztahuje na žádné jiné poslanecké sněmovny ani na jiné komory parlamentu ani na jiné orgány. Ústavní zákon o zkrácení má jen jedinou z více chyb, které mívají zákony o jedinečném případě. Má jen a výhradně aspekt jednorázovosti, jiné jinak obvyklé chybné aspekty zákona pro jedinečný konkrétní případ tento zákon nemá. Zejména nemůže diskriminovat ostatní adresáty. Rovněž není individuálním aktem, který je jinak v ústavní pravomoci nějakého jiného státního orgánu (například exekutivního nebo soudního). Je třeba se ptát, zda neexistují nebo nemohou existovat nějaké důvody, pro které může být přijata jednorázová organizační norma? V historii a dokonce i v naší Ústavě existuje řada ad hoc ústavních ustanovení, většinou obsažených v částech přechodných a závěrečných.

Klíčová slova: rozpouštění, obecnost, jednorázový, ústavní kontrola

³⁰ Alexy, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 1983, str. 239.

THEORY OF CONSTITUTIONAL LIMITATION
(TO THE RULING THAT REPEALED THE CONSTITUTIONAL
ACT ON SHORTENING OF THE ELECTORAL TERM
OF THE CHAMBER OF DEPUTIES)

Summary

The article describes the decision of the Czech Constitutional Court that had cancelled the irregular dissolution of the Chamber of Deputies in summer 2009. The Constitutional Court considered that the constitutional act dissolving the Chamber suffered from the absence of general character of the provisions. The Chamber of Deputies was dissolved only in the single case, the act was not applicable for the future. This “mistake” has only few from the faulty features which are common for the act suffering from the absence of general character. The acts regulating the establishment of the institutions are always by some means concrete. The constitutional act could not discriminate other addressees of the act. It also could not be any “individual” act, which could have been in competence of other state authority than parliament (for inst. executive or judicial authority). There is necessary to ask, if some important purposes could not give reasons for the adoption of the single use legal rule. In the past we can find a lot of examples of the single use provisions.

Key words: dissolution, general provision, single use, constitutional review

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 2/2010

DYNAMIKA SOUČASNÉHO KONSTITUCIONALISMU

Redakční rada

Předseda: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Tajemnice: Blanka Jandová

Členové:

doc. JUDr. PhDr. Ilona Bažantová, CSc., prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc.,
prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc., doc. JUDr. Jaroslav Drobník, CSc.,
prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc., doc. JUDr. Vladimír Kindl,
prof. JUDr. Zdeněk Kučera, DrSc., prof. JUDr. Václav Pavlíček, CSc., dr. h. c.,
prof. JUDr. Jiří Švestka, DrSc., prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.,
prof. JUDr. Petr Tröster, CSc., JUDr. Marie Vanduchová, CSc.,
prof. JUDr. Alena Winterová, CSc.

Externí členové:

prof. JUDr. Michael Bogdan (Lund), prof. JUDr. Jiří Boguszak, DrSc. (Praha),
prof. Dr. Wladyslaw Czapliński (Varšava), doc. JUDr. Taisia Čebišová, CSc. (Praha),
prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Brno), prof. Dr. Michael Geistlinger (Salzburg),
prof. JUDr. Mahulena Hofmannová, CSc. (Giessen/Heidelberg),
prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc. (Brno), prof. JUDr. Dalibor Jílek, CSc. (Brno/Bratislava),
Dr. Kaspar Krolop (Berlín), prof. JUDr. Jan Musil, CSc. (Brno),
prof. JUDr. Jan Svák, CSc. (Bratislava), prof. Dr. Jiří Toman (Santa Clara),
JUDr. Peter Tomka, CSc. (Haag), prof. JUDr. Helena Válková, CSc. (Plzeň/Praha),
prof. Dr. Miroslav Vítěz (Subotica), doc. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc. (Brno/Bratislava)

Prorektor-editor: prof. PhDr. Ivan Jakubec, CSc.

Vědecký redaktor: JUDr. Jan Kudrna, Ph.D.

Recenzovali: prof. JUDr. Zdeněk Jičínský, DrSc.

doc. JUDr. Jiří Jirásek, CSc.

Obálku navrhla Jarmila Lorencová

Graficky upravila Kateřina Řezáčová

Vydala Univerzita Karlova v Praze

Nakladatelství Karolinum, Ovocný trh 3, 116 36 Praha 1

Praha 2010

Sazba a zlom: DTP Nakladatelství Karolinum

Vytiskla tiskárna Nakladatelství Karolinum

Periodicita: 4×/rok

Vydání 1. Náklad 300 výtisků

MK ČR E 18585

ISBN 978-80-246-1879-1

ISSN 0323-0619