

# Difúzní přezkum, okrajová nesouladnost a právní jistota

JAROMÍR FRONC\*

## *Diffuse judicial review, marginal incompatibility and legal certainty*

**Summary:** We can find both concentrated and diffuse models of judicial review in Czech law; there are also borderline situations where both models can be conceivably activated. The main advantage of the diffuse review is operative resolution of the norm conflict in an individual case and, accordingly, the expeditious protection of the parties' rights. On the other hand, legal certainty is regarded to be the principal advantage of the concentrated review in the continental legal system. The article tries to relativise this notion, mostly for the event of partial or marginal incompatibility where the diffuse review is less invasive in terms of legal stability. Especially in these cases, it is therefore thinkable, for example, that ordinary courts apply an international treaty concerning human rights. Finally, the article argues in favour of wider judicial discretion regarding the selection of the model of review.

**Keywords:** partial unconstitutionality, legal certainty, judicial review

Přezkum souladu právních předpisů s prameny práva vyšší právní síly<sup>1</sup> patří mezi příležitosti, kdy se obecný soud, případně i správní orgán, může dostat k aplikaci základních práv či ústavních principů. Byť je v českém právním vědomí zažitá především kelsenovská představa koncentrovaného přezkumu ústavnosti Ústavním soudem, v některých typových případech je obdobná pravomoc rozptýlena mezi všechny soudy, potažmo všechny orgány veřejné moci, a hovoříme o přezkumu difúzním.

Hlavní výhodou difúzního přezkumu je operativní vyřešení kolize norem v konkrétním případě, a tedy rychlá ochrana práv

účastníků řízení. Naopak jako stěžejní důvod, proč je v kontinentálním systému zejména pro přezkum ústavnosti obecně vhodnější model koncentrovaného přezkumu, se uvádí zásada právní jistoty. Tuto tezi, byť obecně pravdivou, se v tomto článku pokusím částečně zpochybnit či zrelativizovat. Nebudu však navrhnout žádné dalekosáhlé ústavní reformy. Právě naopak, pokusím se nastínit, že již v rámci současné české právní úpravy (tedy *de lege lata*) má smysl vážit přednosti difúzního a koncentrovaného přezkumu, neboť se můžeme dostat do různých hraničních situací, kdy je myslitelné použít oba způsoby přezkumu. Jedná se zaprvé o případy, pro

\* Autor je externí doktorand na katedře správního práva a správní vědy Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Tento text vznikl v rámci projektu SVV č. 260 497 (Současné problémy ústavního práva). Děkuji účastníkům výjezdního ústavněprávního semináře PF UK, konaného v létě 2021, za diskuzi k mému příspěvku. E-mail: jaromir.fronc@gmail.com.

<sup>1</sup> V tomto článku tím mám na mysli i prameny práva mající aplikační přednost.

kteří není způsob přezkumu výslovně stanoven nebo je sporný (např. přezkum ústavnosti již neúčinného zákona), zadruhé o právní akty, jejichž samotná forma (a z ní vyplývající způsob přezkumu) je sporná (např. krizová opatření vlády), zatřetí o kolize, kde právní úprava počítá s cestou difúzního i koncentrovaného přezkumu (zejm. přezkum zákonnosti podzákonných předpisů), a začtvrté o „metakolize“ (např. zákon, který je zároveň v rozporu s ústavou, mezinárodní smlouvou, příp. právem EU).

Již na tomto místě je třeba připomenout, že zvlášť kontroverzním sporem o způsob přezkumu je tzv. konkurzní nález.<sup>2</sup> Po euro-novele Ústavy<sup>3</sup>, provedené ústavním zákonem č. 395/2001 Sb., z čl. 10 a čl. 95 odst. 1 Ústavy zjevně vyplývá, že mezinárodní smlouvy (včetně těch o lidských právech) mají aplikační přednost a obecné soudy (resp. všechny orgány veřejné moci) mají pravomoc difúzně přezkoumávat soulad zákona s mezinárodní smlouvou. Ústavní soud však judikoval, že „žádnou novelu Ústavy nelze interpretovat v tom smyslu, že by jejím důsledkem bylo omezení již dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv a svobod“.<sup>4</sup> Z tohoto tvrzení pak (v rozporu s textem Ústavy i záměrem ústavodárce) dovodil, že i po euro-novele zůstávají ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách součástí referenčního rámce přezkumu Ústavním soudem, a nově je vtáhnul dokonce i do ústavního pořádku (v rozporu s čl. 112 odst. 1 Ústavy).<sup>5</sup> Na základě této argumentace následně dovodil i povinnost obecného soudu předložit Ústavnímu soudu věc, ve které by aplikovaný zákon měl být v rozporu s takovou mezinárodní smlouvou.<sup>6</sup> Je třeba dodat, že čl. 95 odst. 2 Ústavy, a tedy ani uvedená povinnost, se nevztahuje na správní orgány, které tak jsou oprávněny a povinny přednostně aplikovat všechny mezinárodní smlouvy dle čl. 10 Ústavy.<sup>7</sup>

Nálezu se již krátce po jeho vydání, ale i v průběhu dalších let až do současnosti, po

zásluze dostalo a dostává silné kritiky z řad doktríny<sup>8</sup> i obecných soudů,<sup>9</sup> se kterou se Ústavní soud nikdy přesvědčivě nevypořádal. Tato kritika především tvrdí, že závěry Ústavního soudu nejsou obhajitelné pomocí žádné interpretační techniky, a jsou tedy velmi nepřesvědčivě odůvodněné. V doktríně lze dohledat i smířlivé až pozitivní názory na konkurzní nález, které se však nezastávají ani tak správnosti argumentační cesty, kterou se Ústavní soud vydal, jako spíše cíle, do kterého dorazil.<sup>10</sup>

Je to právě otázka praktických dopadů konkurzního nálezu, která bezpochyby zůstává aktuální a zaslouží si – ve světle současné rozhodovací praxe – hlubší analýzu. V poslední době se touto otázkou zabýval zejména J. Kratochvíl, jehož kniha obsahuje podnětné myšlenky ohledně aplikace mezinárodních smluv obecnými soudy.<sup>11</sup> Byť se s Kratochvílovou kritikou konkurzního nálezu v zásadě ztotožňuji, domnívám se, že kniha neposkytuje vyčerpávající návod pro obecné soudy, jak tedy naložit s předpisem rozporným s mezinárodní smlouvou o lidských právech. V tomto článku budu především argumentovat, že pro rozhodování soudu může (a mělo by) mít vliv, pro jak velkou část skutkových stavů je předpis nesouladný. Přičemž doložím, že uvedená teze je konzistentní se současnou judikaturou Ústavního soudu.

Zmínil jsem, že právní jistota je důležitým argumentem na podporu koncentrovaného přezkumu. V následující kapitole zhodnotím, z čeho toto přesvědčení vychází a jaký dosah tyto argumenty mají. Přitom upozorňuji, že k právní jistotě přispívá i stabilita práva, kterou formální derogace nutně naruší.

Ve třetí kapitole ukážu na konkrétním příkladu, že nesoulad předpisu se může projevat i způsobem, který je v podmínkách koncentrovaného přezkumu těžko řešitelný. Ve čtvrté kapitole se tyto případy snažím teoreticky uchopit, přičemž pracuji s pojmy časově a okrajově nesouladnosti.<sup>12</sup>

V páté kapitole dokládám, že okrajovost nesouladu může být pro Ústavní soud důvodem,

<sup>2</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01.

<sup>3</sup> Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>4</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01, bod 7.

<sup>5</sup> Tamtéž.

<sup>6</sup> Tamtéž.

<sup>7</sup> MIKEŠ, P. *Aplikace mezinárodního práva v právním řádu ČR pohledem teorie a soudní praxe*. Praha 2012, str. 135 a 197.

<sup>8</sup> Již krátce po vydání nálezu to byli KÜHN, Z. – KYSELÁ, J. Je Ústavou vždy to, co Ústavní soud řekne, že Ústava je? *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2002, č. 3, str. 199–214, a FILIP, J. Nález č. 403/2002 Sb. jako rukavice hozená ústavodárci Ústavním soudem. *Právní zpravodaj*, 2002, č. 11, str. 11–24. Nejzřejměji nález rozebírá (či spíše dekonstruuje) MIKEŠ, c. d., str. 186–202. Pro recentní kritiku viz KRATOCHVÍL, J. *Lidská práva v praxi obecných soudů*. Praha 2020, str. 44–46.

<sup>9</sup> MIKEŠ, c. d., str. 207–210.

<sup>10</sup> KŘEPELKA, F. Nesamozřejmě hierarchie práva a vstup ČR do EU. *Soudní rozhledy*, 2003, č. 6, str. 181–185, či POSPÍŠIL, I. Lidskoprávní smlouvy v českém ústavním pořádku a judikatuře Ústavního soudu ČR: mezi „chudokrevnou“ exkluzivitou a zdravým „glajchšaltováním“? Několik poznámek na margo proběhlých diskuzí. In: Pospíšil, I. – Týč, V. a kol. *Mezinárodní lidskoprávní závazky postkomunistických zemí: případy České republiky a Slovenska*, Praha 2016, str. 102–106.

<sup>11</sup> KRATOCHVÍL, c. d., str. 43 a násl.

<sup>12</sup> Pojem „nesouladnost“ používám jako obecný pojem (vlastnost), který se v jednotlivých případech projevuje jakožto „nesoulad“ konkrétního právního předpisu s pramenem práva vyšší právní síly. Alternativně lze pracovat s pojmy „neslučitelnost“, „nonkonformita“ či „rozpor“. Jedná se přitom o pojmy zastřešující všechny typy kolizí, které se dále dělí na protiústavnost, nezákonnost, rozpor s právem EU atd.

proč upustit od aplikace konkurzního nálezu, přičemž nejprve poukazují na obecnější tendence v různých typech řízení před Ústavním soudem, načež upozorňují na konkrétní rozhodnutí, která moji domněnku jednoznačně potvrzují.

Poté, co se aplikovatelnost konkurzního nálezu ukáže jako poměrně mlhavá záležitost, dokladuje šestá kapitola praktický význam propojení difúzního a koncentrovaného přezkumu, jejichž provádění se nejrůznějšími způsoby ovlivňuje a doplňuje. Tím dokladují, že větší prostor pro uvážení soudu, jakou cestu „odklizení“ nesouladného předpisu v konkrétním případě zvolit, lze vnímat jako pozitivní posun. V návaznosti na to v sedmé kapitole tento prostor pro uvážení strukturuji za pomoci výčtu kritérií, která by soud měl zohlednit.

### Důvody právní jistoty

Když zastánci koncentrovaného přezkumu kladou důraz na větší právní jistotu, mají tím na mysli její dimenzi spočívající v předvídatelnosti práva a stabilitě právního řádu.<sup>13</sup> V této kapitole zhodnotím tři hlavní argumenty uváděné na podporu zmíněné teze.

První důvod větší právní jistoty se opírá o problém plurality vrcholných instancí obecné soudní soustavy.<sup>14</sup> Pokud je nežádoucí jakýkoli interpretační rozkol mezi Nejvyšším soudem a Nejvyšším správním soudem,<sup>15</sup> tím spíše to platí v oblasti kontroly norem. To však v našem případě není problém, neboť pokud dovedíme (pouze) určité odchylky od koncentrovaného přezkumu, stále tu zůstává Ústavní soud, který může judikaturu obecných soudů korigovat.

Druhý důvod větší právní jistoty vychází z toho, že na rozdíl od angloamerického systému nemají soudní rozhodnutí, která by nesoulad deklarovala, precedenční závaznost, čímž opět vzniká riziko nežádoucí nejednotnosti aplikační praxe.<sup>16</sup> Praktický rozdíl mezi

působením judikatury v angloamerickém a kontinentálním systému je však „v podstatě zanedbatelný“<sup>17</sup> a postupně se nadále zmenšuje.<sup>18</sup> Kvaziprecedenční význam judikatury je obecně uznáván.<sup>19</sup> Z těchto důvodů považuji za dnes již překonaný – pokud ne od začátku mylný – názor Ústavního soudu, že v českém právním řádu vůbec nelze hovořit o difúzním přezkumu.<sup>20</sup>

Problém by samozřejmě nastal tehdy, pokud bychom pozorovali, že orgány veřejné moci ve skutečnosti k judikatuře nepřihlíží. Efektivita difúzního přezkumu je zpochybňována právě tím, že se mu ne vždy daří rychle prostupovat do praxe soudů a dalších orgánů. Například I. Pospíšil odkazuje na nálezk k právu být slyšen při rozhodování o dalším trvání vazby,<sup>21</sup> ve kterém Ústavní soud dovedl přímou aplikovatelnost čl. 5 odst. 4 EÚLP<sup>22</sup> a který nebyl obecnými soudy dostatečně respektován.<sup>23</sup> To ale bylo způsobeno spíše nejasností, jak EÚLP přímo aplikovat. Ostatně, pozdější nálezk, kterým Ústavní soud nesouladné ustanovení trestního řádu zrušil,<sup>24</sup> připouští, že se tím vytváří mezera v zákoně; nálezk zároveň obsahoval i interpretativní výrok uvádějící, že podle čl. 5 odst. 4 EÚLP je nutné slyšení obviněného soudem před rozhodnutím o jeho stížnosti proti usnesení státního zástupce o dalším trvání vazby. Jedná se tak o historicky jediný případ nálezk Ústavního soudu, který zároveň obsahuje derogační i interpretativní výrok.<sup>25</sup>

Zdá se mi, že takto atypickým případem, který navíc sám vyjevuje některé limity formální derogace, lze těžko argumentovat v neprospěch difúzního přezkumu. Samozřejmě se však nejedná o případ jediný. V nedávném příkladu ukazuje V. Podhorský nesnadné pronikání přímé aplikace práva EU do rozhodování krajských správních soudů.<sup>26</sup> V tomto směru tedy lze připustit, že difúzní přezkum nese určité riziko nejednotné rozhodovací praxe, které se však v čase pozvolna zmenšuje tak, jak se nižší soudy a správní orgány učí

<sup>13</sup> Srov. nálezk Ústavního soudu ze dne 21. 2. 2007, sp. zn. II. ÚS 490/04.

<sup>14</sup> Srov. FERRERES COMELLA, V. *Constitutional Courts and Democratic Values*. London 2009, str. 20–21.

<sup>15</sup> Srov. např. ŠIMKA, K. Paralelní vesmíry, aneb správní soudnictví v dotyku s insolencí. *Bulletin advokacie*, 2019, č. 5, str. 52–53.

<sup>16</sup> Srov. FERRERES COMELLA, V. *Constitutional Courts and Democratic Values*. London 2009, str. 21.

<sup>17</sup> KÜHN, Z. – KYSELA, J. Je Ústavou vždy to, co Ústavní soud řekne, že Ústava je? *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2002, č. 3, str. 206.

<sup>18</sup> BOBEK, M. – KÜHN, Z. a kol. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vyd., Praha 2013, str. 33–39.

<sup>19</sup> Tamtéž, str. 107–117. HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. – ŠAVELKA, J. – POLČÁK, R. – KASL, F. – LOUTOCKÝ, P. – MÍŠEK, J. *Citační analýza judikatury*. Praha 2021, str. 25–29.

<sup>20</sup> Takto nálezk Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2001, sp. zn. III. ÚS 274/01.

<sup>21</sup> Nálezk Ústavního soudu ze dne 23. 3. 2004, sp. zn. I. ÚS 573/02.

<sup>22</sup> Umluva o ochraně lidských práv a základních svobod, vyhlášená sdělením č. 209/1992 Sb., ve znění pozdějších protokolů.

<sup>23</sup> Srov. POSPÍŠIL, I. Lidskoprávní smlouvy v českém ústavním pořádku a judikatuře Ústavního soudu ČR: mezi „chudokrevnou“ exkluzivitou a zdravým „glajchšaltováním“? Několik poznámek na margo proběhlých diskuzí. In: Pospíšil, I. – Týč, V. a kol. *Mezinárodní lidskoprávní závazky postkomunistických zemí: případy České republiky a Slovenska*, Praha 2016, str. 103–104.

<sup>24</sup> Nálezk Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 45/04.

<sup>25</sup> VALENTA, T. Užití interpretativních a jiných typů výroků v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*, 2019, č. 6, str. 23–24.

<sup>26</sup> PODHORSKÝ, V. Přenesení poměrování základních práv na obecné soudy pomocí přímé aplikace Listiny základních práv EU. In: Wintř, J. – Antoň, M. (eds). *Základní práva a ústavní principy v judikatuře obecných soudů*, Praha 2021, str. 77–78.

sledovat a respektovat judikaturu vrcholných soudů.<sup>27</sup>

Třetí důvod větší právní jistoty má svoji platnost i v precedenčním systému: je jím samotný technický mechanismus, který je z povahy věci vlastní koncentrovanému přezkumu – tedy že dojde k formální derogaci nesouladného ustanovení, k jeho odstranění z právního řádu. Nedochází tak ke zmatení adresáta práva, který by si ve Sbírce zákonů přečetl ustanovení, jež ve skutečnosti není použitelné. Nehrozí ani změna judikatury či jiný dynamický vývoj, který by vedl k obživnutí dřímajícího ustanovení.<sup>28</sup> Na druhou stranu, již samotná skutečnost, že (pro všechny případy spadající pod hypotézu normy) dojde ke změně či zrušení předpisu, jde proti předvídatelnosti práva. A to nehledě na další komplikace spojené s formální derogací, jako je častý odklad vykonatelnosti a nutnost reakce zákonodárce,<sup>29</sup> otázky retrospektivního či retroaktivního působení výroku a obživnutí zrušené právní úpravy,<sup>30</sup> speciální formy výroků<sup>31</sup> atd. Jak vyložím níže, i vzhledem k těmto problémům lze považovat formální derogaci za nepřiměřený nástroj zejména tehdy, pokud je nesoulad jen okrajový.

## Příklad

Pro potřebu tohoto článku je názorným příkladem § 75 odst. 1 SŘS,<sup>32</sup> který stanoví, že správní soud při přezkumu správního rozhodnutí vychází ze skutkového (a právního) stavu ke dni vydání správního rozhodnutí. Jelikož po správním orgánu obecně vzato nelze požadovat, aby vzal v úvahu budoucí skutečnosti, je toto pravidlo zcela logické. Judikatura Nejvyššího správního soudu z něj však dovodila četné výjimky na základě přednostní aplikace mezinárodní smlouvy, práva EU či ústavy.<sup>33</sup> K takové výjimce („prolomení pravidla“) může – za určitých podmínek – dojít například v řízení o správním vyhoštění, pokud by v důsledku nepřihlédnutí k novým skutkovým okolnostem mohlo dojít

k zásahu do zásady *non-refoulement* (čl. 2 a 3 EÚLP) či do práva na ochranu soukromého a rodinného života (čl. 8 EÚLP).<sup>34</sup>

Přitom, pokud by správní soud takový zásah shledal a zároveň by bral zcela vážně konkurzní nálezy, musel by věc předložit Ústavnímu soudu. Představme si tedy, že by tak skutečně učinil a navrhl zrušení § 75 odst. 1 SŘS. Ústavní soud by o návrhu mohl rozhodnout následujícími způsoby.

Zaprvé, Ústavní soud by mohl § 75 odst. 1 SŘS zrušit bez odkladu vykonatelnosti. Správní soudy by následně patrně na základě § 64 SŘS přiměřeně aplikovaly OSŘ,<sup>35</sup> přičemž dle § 154 odst. 1 OSŘ je pro rozsudek rozhodující stav v době jeho vyhlášení. Takové řešení by však bylo pro správní soudnictví zcela nevhodné.

Zadruhé, Ústavní soud by mohl § 75 odst. 1 SŘS zrušit s odkladem vykonatelnosti (čl. 89 odst. 1 Ústavy), a dát tak zákonodárci čas na přijetí konformní úpravy. Je však otázkou, jak by taková úprava měla vypadat. Asi jediným elegantním řešením by bylo přidání dovětky typu „nestanoví-li mezinárodní smlouva jinak“,<sup>36</sup> který by však byl ve světle čl. 10 Ústavy absurdní. Další varianty by zřejmě byly příliš kazuistické a hodily by se spíše do zvláštních zákonů.

Zatřetí, Ústavní soud by mohl vydat rozsahový výrok, a zrušit tedy § 75 odst. 1 SŘS pouze v určitém obsahovém rozsahu. Zde si opět nejsem jistý, jak by takový výrok vůbec měl být naformulován, aby rozsah případů vymezil dostatečně jasně. Rozsahové výroky jsou ale nevhodné především proto, že se neprojeví přímo v textu právního předpisu, a jedná se tedy vlastně o druh nepřímé novelly,<sup>37</sup> která je z legislativně technického hlediska nepřípustná.<sup>38</sup> Z hlediska předvídatelnosti práva pak dochází k podobnému problému jako při přímé aplikaci vyššího pramene práva: ve Sbírce zákonů zůstává text, který však ve skutečnosti není (v určitém rozsahu) použitelný. K právní jistotě nepřispívá ani nejasnost, zda rozsahový výrok zůstává „účinným“

<sup>27</sup> Srov. KRATOCHVÍL, c. d., str. 97–99, který dokladuje významný nárůst používání judikatury ÚS a ESLP nižšími soudy.

<sup>28</sup> Srov. FERRERES COMELLA, V. *Constitutional Courts and Democratic Values*. London 2009, str. 23–24.

<sup>29</sup> Viz např. BENÁK, J. Aplikace derogačních nálezů s odloženou vykonatelností obecnými soudy. *Soudní rozhledy*, 2016, č. 10, str. 310–313.

<sup>30</sup> ASKARI, D. *Intertemporální účinky derogačních nálezů Ústavního soudu*. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2016.

<sup>31</sup> Podrobně VALENTA, T. Užití interpretativních a jiných typů výroků v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*, 2019, č. 6, str. 21–30.

<sup>32</sup> Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>33</sup> Podrobně PAWLIKOVÁ, K. Judikatura NSS: Prolomení § 75 odst. 1 SŘS. *Soudní rozhledy*, 2020, č. 9, str. 274–277.

<sup>34</sup> Tuto možnost připouští např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 3. 2017, č. j. 10 Azs 315/2016-29, či ze dne 7. 1. 2021, č. j. 8 Azs 228/2020-32. Pro oblast mezinárodní ochrany cizinců viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 3. 2022, č. j. 10 Azs 537/2021-31.

<sup>35</sup> Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>36</sup> Srov. obdobně § 132 odst. 1 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), či § 2 odst. 3 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů.

<sup>37</sup> VALENTA, T. Užití interpretativních a jiných typů výroků v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*, 2019, č. 6, str. 29.

<sup>38</sup> Čl. 54 odst. 1 Legislativních pravidel vlády.

i poté, co bude inkriminované ustanovení novelizováno, aniž by tím došlo ke zjevné nápravě původní protiústavnosti.<sup>39</sup>

Začtvrté, Ústavní soud by mohl návrh zamítnout a odkázat obecné soudy k ústavně konformní aplikaci práva v individuálních případech. Domnívám se, že právě toto řešení by Ústavní soud zvolil, a proto je legitimní mu takovou věc ani nepředkládat. Níže vysvětlím, proč si to myslím, jaké pro to lze najít odůvodnění a co z toho vyplývá.

### Okrajová nesouladnost

V této kapitole teoreticky třídím případy nesouladnosti s ohledem na to, v jaké míře je předpis s pramenem práva vyšší právní síly nesouladný. Začnu s pojmem částečná nesouladnost, který již byl – ve specifitější podobě „částečná protiústavnost“ – použit v české<sup>40</sup> i zahraniční<sup>41</sup> doktríně. Částečnou nesouladností můžeme mínit dvě různé věci.<sup>42</sup> V prvním významu se tím myslí nesouladnost jednotlivého ustanovení – oproti nesouladnosti celého předpisu. Když pomíneme případy vad legislativního procesu či chybějícího zákonného zmocnění, předpisy zpravidla nejsou nesouladné jako celek, nýbrž jen v nějaké své části. Toto hledisko je však věcně zcela nepodstatné a bude zde zanedbáno. Dále budu hovořit o částečné nesouladnosti v tom smyslu, pokud by aplikace ustanovení<sup>43</sup> vedla k nesouladnému výsledku pouze v některých případech. To se může stát kupříkladu tehdy, pokud se zákon částečně vztahuje na oblast upravenou právem EU. Lze odkázat i na výše zmíněné rozsahové výroky Ústavního soudu, které rušily ustanovení zákona pouze pro určitý okruh případů či adresátů. Rozlišování mezi úplnou a částečnou nesouladností je důležité v americkém difúzním přezkumu ústavnosti, kde se soud rozhoduje, zda prohlásí za protiústavní zákon jako takový (*on its face*), anebo pouze jeho aplikaci v řešené věci (*as applied*).<sup>44</sup>

Uvedená definice částečné nesouladnosti je zřejmě dostatečně jasná a nesporná, ovšem také velmi široká. Zahrnuje jak předpisy,

kteřé jsou nesouladné v jednom jediném případě, tak předpisy, které jsou souladné v jednom jediném případě. Proto je namístě ji z hlediska míry dále členit. Přičemž pokud je předpis nesouladný pouze ve výrazně menší než případech aplikace, lze to nazvat nesouladností okrajovou.<sup>45</sup> Zda se jedná o výraznou menšinu, by nemělo být primárně posuzováno dle počtu věcí, které se dostanou před soud. Spíše bychom měli uvažovat všechny skutkové stavy, které pod dané ustanovení mohou myslitelně spadat, přičemž toto ustanovení bude nesouladné pouze se zřetelem k individuálním skutečnostem případu, který bude vybočovat z normálního běhu věcí. Příklad z předchozí kapitoly ukazoval, že § 75 odst. 1 SŘS stanoví obecné pravidlo pro přezkum všech správních rozhodnutí, přičemž je nesouladný v zásadě jen v oblasti cizineckého a azylového práva, a to pouze za podmínky specifických skutkových okolností. V americkém kontextu uvádí R. H. Fallon příklad zákona, který by za držení marihuany stanovil povinné uložení trestu odnětí svobody na doživotí bez možnosti podmíněného propuštění. Obžalovaný, který by tvrdil rozpor s 8. dodatkem Ústavy USA (zakazujícím ukládání krutých a neobvyklých trestů), by byl mladistvý a doložil by celou řadu polehčujících okolností. Soud by tehdy mohl rozhodnout o protiústavnosti zákona v daném případě, aniž by nutně zpochybnil jeho ústavnost pro naprostou většinu případů.<sup>46</sup>

Ačkoliv pro to nenajdeme žádný formální podklad, domnívám se, že okrajová nesouladnost by se z praktických důvodů měla řešit jinak a že se tak fakticky již děje. Vzhledem k tomu, že se jedná o neurčitý pojem a hranici okrajové nesouladnosti tak nelze přesně vymezit, je nutno připustit, že tento koncept dává soudům v některých případech větší manévrovací prostor. Jelikož by tento prostor měl být využit racionálně, v závěru článku načrtávám kritéria, kterými by se uvážení mělo řídit.

Nejprve ovšem musím provést metodologické vyjasnění. Setkal jsem se s totiž názorem, že situace okrajové nesouladnosti je ve

<sup>39</sup> Srov. nález Ústavního soudu ze dne 23. 8. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 16/15, když „rozsahově zrušená“ věta zůstává v zákoně dodnes v původním znění, avšak zákon č. 296/2017 Sb. za ni doplnil další větu, která by zřejmě měla protiústavnost zhojit.

<sup>40</sup> BOKOVÁ, T. Klučková novela před soudy: přednost EÚLP nebo čl. 95 odst. 2 Úst? *Soudní rozhledy*, 2019, č. 3, str. 79.

<sup>41</sup> Srov. WALSH, K. C. Partial Unconstitutionality. *New York University Law Review*, 2010, č. 3, str. 738–794.

<sup>42</sup> Srov. tamtéž, str. 739.

<sup>43</sup> Přesněji řečeno aplikace právní normy, která z (jednoho či více) ustanovení vyplývá. Ani tato formulace by však nebyla zcela přesná, neboť v případě provedení difúzního přezkumu, tedy přímé aplikace jiného pramene práva, se vlastně o výslednou (aplikovanou) normu jednat nebude.

<sup>44</sup> FALLON, R. H. Fact and Fiction About Facial Challenges. *California Law Review*, 2011, č. 4, str. 922–925.

<sup>45</sup> V závislosti na typu kolize ji pak můžeme specifitěji pojmenovat jako okrajová protiústavnost, okrajová nezákonnost, okrajový rozpor s právem EU atd. Právě spojení „okrajová protiústavnost“ použil Marek Antoš během diskuze na výjezdním semináři, a vděčím mu tedy za terminologickou inspiraci.

<sup>46</sup> FALLON, R. H. Fact and Fiction About Facial Challenges. *California Law Review*, 2011, č. 4, str. 924.

skutečností zakrytou mezerou v zákoně,<sup>47</sup> která je řešitelná teleologickou redukcí.<sup>48</sup> Také v judikatuře Ústavního soudu lze dohledat postoj, že okrajovým účinkům právní normy, které jsou neproporcionální či zcela postrádají legitimní cíl, lze předejít právě teleologickou redukcí.<sup>49</sup> Faktem však je, že jiná rozhodnutí, např. k § 75 odst. 1 SŘS, takovou teleologickou úvahu nepodstupují, a to z dobrých důvodů. Za hlavní argument zde považují, že aplikační přednost není dotvářením práva;<sup>50</sup> kolizní pravidlo *lex superior derogat legi inferiori* má z mého pohledu blíže spíš k interpretaci práva<sup>51</sup> a mělo by tedy přijít ke slovu dříve než dotváření práva, které je povahy *ultima ratio*.<sup>52</sup> Zadruhé, přednostní aplikace nemusí mít nutně teleologické pozadí, nýbrž může vycházet již z jazykového znění pramene práva vyšší právní síly. A zatřetí, zatímco následkem teleologické redukce může daná skupina případů zůstat bez pozitivní úpravy, což je nutné zpět zaplnovat analogií,<sup>53</sup> z vyššího pramene práva je možné (mimo jiné) přímo dovodit potřebnou náhradní normu.

Ještě jiným způsobem uvažuje M. Madej, který v případě odchylky od § 75 odst. 1 SŘS odmítá, že by šlo o výklad práva, odmítá zde také přímou aplikaci EÚLP a uzavírá, že takto atypické případy mají být řešeny (normativní) soudcovskou úvahou *contra legem*.<sup>54</sup> I pro tuto myšlenkovou linii však platí, že nenachází odraz v judikatorní praxi; výjimku může do jisté míry představovat nedávný rozsudek NSS, který zrušil rozhodnutí o nákladech zajištění cizince z důvodu, že (až po vydání tohoto rozhodnutí i naříkaného rozsudku krajského soudu) došlo v jiném soudním řízení ke zrušení rozhodnutí o samotném zajištění.<sup>55</sup> Nejvyšší správní soud tedy nevycházel z právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu, neboť „podkladové“ rozhodnutí o zajištění bylo zrušeno až během řízení před NSS. „Lpění na zachování jinak zcela zásadního pravidla pro

soudní přezkum zakotveného v § 75 odst. 1 s. ř. s. by v kontextu případu stěžovatelky přineslo významný rozpor s principy spravedlnosti.“<sup>56</sup> Je třeba dodat, že NSS nerozhodl zcela bez zákonné opory, nýbrž se odkázal na § 52 odst. 2 SŘS, podle kterého soud vychází ze soudního rozhodnutí v související věci. Nicméně toto pravidlo nelze obecně použít jakožto *lex specialis* vůči § 75 odst. 1 SŘS; lze ho takto použít pouze ve specifických případech.<sup>57</sup>

Vidíme tedy, že soudy jsou připraveny specifičností případu zohlednit na základě teleologických argumentů. Nyní ukážu, že jsou připraveny specifičností případu, ve kterém se projevuje okrajová nesouladnost, zohlednit také přímou aplikací pramene práva vyšší právní síly.

## Odchylka od konkurzního nálezu

V této kapitole argumentuji, že okrajovost nesouladnosti může být pro Ústavní soud dostatečným důvodem, pro který je ochoten tolerovat odchylku od konkurzního nálezu. V jeho judikatuře – jak k přezkumu souladnosti s mezinárodní smlouvou, tak k přezkumu ústavnosti a zákonnosti – totiž lze vysledovat rozlišování mezi plošnou nesouladností a nesouladností v konkrétních případech.

Při abstraktním přezkumu ústavnosti Ústavní soud mnohdy uvádí, že není schopen posoudit důsledky napadeného předpisu pro jednotlivé případy aplikace.<sup>58</sup> Z některých zamítavých nálezů jasně vyplývá, že pokud může mít napadená právní úprava nepřípustné účinky zřejmě jen u „náhodných jednotlivců“,<sup>59</sup> tyto mají být řešeny individuálně,<sup>60</sup> zatímco zrušení předpisu v koncentrovaném přezkumu by mělo příliš plošné dopady.<sup>61</sup> Ústavní soud se například vyjadřoval k právní úpravě, která pro některé případy spáchání přestupku dle zákona o spotřebních daních vyžadovala povinné uložení sankce

<sup>47</sup> K tomuto pojmu viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd., Praha 2011, str. 230–232, marg. 242.

<sup>48</sup> Tuto tezi vyslovil během diskuze na výjezdním semináři Jan Wintr.

<sup>49</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 15. 8. 2018, sp. zn. II. ÚS 131/18 (právo právnické osoby zvolit si obhájce). Dále k tomuto nálezu viz ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. Praha 2021, str. 67–68.

<sup>50</sup> MATES, P. Role soudů při dotváření správního práva. *Právník*, 2018, č. 4, str. 334 a 339.

<sup>51</sup> Tedy minimálně v těch případech, kdy je použito jako podklad pro aplikační přednost, nikoli pro formální derogaci.

<sup>52</sup> Kolizní pravidlo *lex superior derogat legi inferiori* výslovně zmiňují v rámci metod výkladu práva KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 6. vyd., Bern 2019, str. 133–135, a BYDLINSKI, F. – BYDLINSKI, P. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. vyd., Wien 2012, str. 54–57.

<sup>53</sup> MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd., Praha 2011, str. 254, marg. 275.

<sup>54</sup> MADEJ, M. Interpretace a soudcovská tvorba práva. Recenzní esej na knihu Jana Wintra *Metody a zásady interpretace práva*. *Právník*, 2020, č. 3, str. 274–276.

<sup>55</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 1. 2022, č. j. 2 Azs 30/2020-66.

<sup>56</sup> Tamtéž, bod 34.

<sup>57</sup> Srov. tamtéž.

<sup>58</sup> Nálezy Ústavního soudu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08, bod 114, ze dne 1. 7. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 9/07, bod 54, ze dne 15. 5. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 17/11, bod 88, ze dne 22. 10. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 19/13, bod 84, ze dne 22. 1. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 32/17, bod 121, či ze dne 18. 5. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 87/20, bod 132.

<sup>59</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08, bod 113.

<sup>60</sup> Tamtéž, bod 114.

<sup>61</sup> Srov. přiměřeně KRATOCHVÍL, c. d., str. 17.

propadnutí věci.<sup>62</sup> Z hlediska testu vyloučení extrémní disproportionality přitom posuzoval pouze obecné dopady normy. „Důvod k tomu, aby Ústavní soud v rámci abstraktní kontroly právní normy konstatoval protiústavnost majetkové sankce určitého druhu, by byl dán pouze tehdy, kdyby daný druh sankce měl vždy, tedy za jakýchkoli skutkových okolností, likvidační nebo ‚rdousící‘ účinek.“<sup>63</sup> Dále uvádí, že pokud by sankce měla takový účinek ve vztahu ke konkrétnímu pachateli, může správní orgán v rámci správního uvážení od uložení sankce upustit, ačkoli mu to zákon výslovně neumožňuje.<sup>64</sup> Jak daleko se zde Ústavní soud v rozlišování mezi úplnou a okrajovou protiústavností dostal, ukazuje kritika Z. Červínka, který uvádí: „Ús sám rezignoval na přezkum zákonné úpravy a zároveň přikázal, aby se jím zabývaly správní orgány a správní soudy a zjistily-li, že napadená právní úprava na jednotlivce dopadá příliš tvrdě, tak mají rozhodnout *contra legem*. Což mi zvláště u správních orgánů vůbec nepřipadá jako reálná situace.“<sup>65</sup>

Podobné tendence je možné vidět i v případě přezkumu podzákonných předpisů, kde se ještě silněji uplatní subsidiarita Ústavního soudu vůči obecnému soudnictví. Pokud obecně závazná vyhláška nějakým způsobem reguluje konkrétní lokality, takovými jednotlivostmi se Ústavní soud odmítá zabývat, neboť je může lépe posoudit správní soud.<sup>66</sup> Dále, v řízení o ústavní stížnosti, pokud Ústavní soud dojde k závěru, že aplikace nesouladného podzákonného předpisu vedla k porušení základních práv, tak se v některých případech dokáže spokojit se zrušením rozhodnutí obecného soudu.<sup>67</sup> A to přesto, že ze znění § 78 odst. 2 zákona o Ústavním soudu<sup>68</sup> poměrně jasně vyplývá povinnost senátu podat návrh plénu na zrušení nesouladného předpisu. Domnívám se, že právě v situacích okrajového nesouladu nabývá pouhá kasace soudního rozhodnutí a pokyn k neaplikaci předpisu jak na vhodnosti, tak na

interpretační hájitelnosti. Lze totiž myslitelně (ovšem nepříliš přesvědčivě) tvrdit, že předpis nemusí být „v rozporu s ústavním zákonem, popřípadě se zákonem“,<sup>69</sup> jedná-li se o nezákonnost pouze okrajovou.

Ústavní soud někdy také vyzývá obecné soudy, aby jinak konformní úpravu v mimořádných situacích neaplikovaly.<sup>70</sup> Takovou situaci lze demonstrovat na kauze tzv. první restituční tečky. Ustanovení zákona o půdě, která restituentům stanovila lhůtu pro uplatnění nároku na převod pozemku, Ústavní soud zrušil rozsahovým výrokem, a to konkrétně v tom rozsahu, v jakém se týkala samotných oprávněných osob a jejich dědiců.<sup>71</sup> Lhůtu naopak shledal jako přiměřenou v případě osob, kterým byla taková pohledávka postoupena, neboť takto rizikové (spekulativní) jednání, s účelem odlišným od původního účelu vydávání náhradních pozemků, nepoživá legitimní očekávání.<sup>72</sup> Po vydání citovaného nálezu rozhodoval Nejvyšší soud o dovolání žalobkyně, která provozovala zemědělskou prvovýrobu a pohledávku nabyla se záměrem získání další zemědělské půdy pro své podnikání.<sup>73</sup> Přestože tedy byla postupníkem, její skutková situace naplňovala přesně ty důvody, pro které Ústavní soud považoval lhůtu za protiústavní. Nejvyšší soud však – a to již pro překážku věci rozhodnuté – nemohl věc znovu předložit Ústavnímu soudu. Místo toho dovodil, že nárok na vydání náhradních pozemků představuje majetek ve smyslu čl. 1 protokolu č. 1 EÚLP, a přednostně aplikoval mezinárodní smlouvu,<sup>74</sup> což zde bylo z hlediska ochrany základních práv evidentně efektivnější než koncentrovaný přezkum.<sup>75</sup>

Z novějšího soudku lze zmínit tzv. Klučkovu novelu, podle které musel správní soud zastavit řízení o žalobě proti rozhodnutí o prodloužení doby trvání zajištění cizince nebo proti rozhodnutí o nepropuštění ze zařízení, pokud bylo mezitím zajištění ukončeno. Uvedená úprava byla v rozporu s právem na soudní ochranu, které je zakotveno ve více

<sup>62</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 30. 7. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 37/11.

<sup>63</sup> Tamtéž, bod 64.

<sup>64</sup> Tamtéž, body 66–69.

<sup>65</sup> ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. Praha 2021, str. 213.

<sup>66</sup> Srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 30. 4. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 5/07, či ze dne 7. 4. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 41/18, bod 49.

<sup>67</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 8. 4. 2021, sp. zn. II. ÚS 3210/20 (odměna advokáta), bod 19, a ze dne 15. 11. 2021, sp. zn. II. ÚS 2925/20 (odškodnění za ztížení společenského uplatnění). Takovýto postup připouští (ovšem bez bližší argumentace) i KOPECKÝ, M. *Správní právo. Obecná část*. 2. vyd., Praha 2021, str. 420, marg. 665.

<sup>68</sup> Zákon č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>69</sup> Ust. § 78 odst. 2 zákona o Ústavním soudu.

<sup>70</sup> Např. nález Ústavního soudu ze dne 18. 9. 2014, sp. zn. III. ÚS 3101/13 (upuštění od výkonu trestu vyhoštění), či ze dne 12. 1. 2016, sp. zn. II. ÚS 2732/15 (deliktivní odpovědnost za klamavou reklamu).

<sup>71</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 6/05.

<sup>72</sup> Tamtéž.

<sup>73</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 11. 2007, sp. zn. 28 Cdo 436/2007.

<sup>74</sup> Tamtéž.

<sup>75</sup> Shodně MIKEŠ, c. d., str. 205.

lidskoprávních dokumentech, a otevřelo se tak více cest, jak rozpor řešit.<sup>76</sup> Nejvyšší správní soud upřednostnil přímou aplikaci práva EU a (v rozporu s konkurzním nálezem) i čl. 5 EÚLP.<sup>77</sup> Příslušná ustanovení později na návrh skupiny senátorů zrušil Ústavní soud pro rozpor s čl. 36 LZPS<sup>78</sup> a čl. 5 EÚLP;<sup>79</sup> nemohl si přitom nevšimnout, že praxe NSS se již obešla bez derogačního zásahu, ale přímou aplikaci EÚLP nijak kriticky nekomentoval.<sup>80</sup> Shovívavosti Ústavního soudu si všímá T. Boková<sup>81</sup> a klade si otázku, zda tomu nelze rozumět „jako tichému posvěcení takového postupu“.<sup>82</sup>

Na základě výše uvedeného lze dojít k závěru, že zejména pro případy okrajové nesouladnosti je Ústavní soud ochoten tolerovat jakousi „teleologickou redukci“ závěrů konkurzního nálezu, tedy přímou aplikaci mezinárodní smlouvy o lidských právech. Je vhodné upozornit, že byť konkurzní nález normoval i povinnost obecného soudu předložit věc Ústavnímu soudu, na čemž ÚS setrval i v roce 2010,<sup>83</sup> Ústavní soud také při jiné příležitosti vyložil, že se nejednalo o primární cíl nálezu. „Ústavní soud tedy nekladl ani tolik důraz na zachování svého centralizovaného postavení při kontrole ústavnosti, jako spíše na zachování referenčního hlediska přezkumu.“<sup>84</sup>

Dosud jsem se pohyboval v rovině domněnek a analogií, ovšem závěrem této kapitoly čtenářům prozradím, že minimálně v jednom nálezu Ústavní soud zrušil rozsudek Nejvyššího správního soudu i z toho důvodu, že NSS opomněl namísto okrajové nesouladného ustanovení SŘS přednostně aplikovat mezinárodní smlouvu o lidských právech.<sup>85</sup> Nejvyššímu správnímu soudu připomněl jeho vlastní judikaturu, „které nelze z ústavního hlediska ničeho vytknout a podle níž může být pravidlo v § 109 odst. 5 s. ř. s. (a též v § 75 odst. 1 s. ř. s.) prolomeno jinou normou, která požívá aplikační přednost podle čl. 10 Ústavy.“<sup>86</sup> Přitom pokud mají být mezinárodní smlouvy o lidských právech součástí ústavního pořádku, očekávali bychom, že rozhodující senát podá návrh plénu na zrušení použitého zákona.<sup>87</sup> To by mělo

platit bez ohledu na to, zda z konkurzního nálezu současně dovodíme také povinnost obecných soudů věc předložit Ústavnímu soudu.

Shrnuto, při studiu judikatury činíme na první pohled rozporná pozorování. Na jedné straně čteme konkurzní nález, dle kterého obecné soudy musí Ústavnímu soudu předložit rozpor zákona s mezinárodní smlouvou o lidských právech a který je v navazující judikatuře ÚS potvrzován. Na druhé straně vidíme, že zejména v situacích okrajové nesouladnosti se soudy konkurzním nálezem neřídí, vidíme podobné tendence Ústavního soudu, a nakonec vidíme i rozhodnutí dvou různých senátů ÚS (z toho jeden nález), která výslovně očekávají od obecných soudů, že budou přímo aplikovat mezinárodní smlouvu. Což nutně vyvolává otázku: jak se s tím máme vyrovnat?

Mohl bych vítězoslavně prohlásit, že to pouze dokazuje nesmyslnost či překonanost konkurzního nálezu. Jelikož však zřejmě nelze očekávat jeho brzké pohřbení, považuji za přínosnější najít v popsané rozhodovací praxi nějaký smysl. Jediné rozumné vysvětlení přitom vidím v tezi okrajové nesouladnosti, se kterou je spojena níže rozvedená teze synergie difúzního a koncentrovaného přezkumu a z ní vyplývající diskrece obecných soudů.

## Synergie difúzního a koncentrovaného přezkumu

V návaznosti na výše uvedené nyní v širším kontextu ukážu, že je praktické mít k dispozici obě varianty kontroly právních předpisů, mezi kterými může docházet k jisté synergii. Difúzní přezkum dokáže „zachytávat“ nesouladnost v individuálních případech, které by jinak propadly sítí koncentrovaného přezkumu; zároveň se však jeho aplikovatelnost *de facto* rozšiřuje i na další, skutkově a právně podobné případy. Podobně se může rozšiřovat i aplikovatelnost provedené formální derogace, a to zase naopak cestou difúzního přezkumu.

Difúzní přezkum, ačkoliv je prováděn v konkrétní kauze, díky kvaziprecedenčnímu

<sup>76</sup> Podrobně BOKOVÁ, T. Klučkova novela před soudy: přednost EÚLP nebo čl. 95 odst. 2 Úst? *Soudní rozhledy*, 2019, č. 3, str. 74–79.

<sup>77</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 11. 2017, č. j. 6 Azs 320/2017-20.

<sup>78</sup> Listina základních práv a svobod, vyhlášená usnesením č. 2/1993 Sb. jako součást ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>79</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 27. 11. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 41/17.

<sup>80</sup> Tamtéž, bod 70.

<sup>81</sup> BOKOVÁ, T. Klučkova novela před soudy: přednost EÚLP nebo čl. 95 odst. 2 Úst? *Soudní rozhledy*, 2019, č. 3, str. 78.

<sup>82</sup> Tamtéž, str. 79.

<sup>83</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 29. 11. 2010, sp. zn. I. ÚS 2881/09.

<sup>84</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 2. 12. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 12/08, bod 36. Za upozornění na tuto větu děkuji Václavu Podhorskému.

<sup>85</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 19. 5. 2020, sp. zn. III. ÚS 3997/19, body 41 a 48. Stejnou úvahu obsahují usnesení Ústavního soudu ze dne 19. 5. 2020, sp. zn. III. ÚS 3752/19, bod 22, a ze dne 20. 7. 2020, sp. zn. II. ÚS 102/20, body 21 a násl., která však v daných případech důvod k aplikaci mezinárodní smlouvy neshledala.

<sup>86</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 19. 5. 2020, sp. zn. III. ÚS 3997/19, bod 41.

<sup>87</sup> Srov. § 78 odst. 2 zákona o Ústavním soudu.



působení judikatury dopadá nejen na obdobné skutkové okolnosti, ale i na jiné předpisy, na které se vztahuje *ratio decidendi*.<sup>88</sup> Zdrojem takového „přeneseného difúzního přezkumu“ může být v případě podzákoných předpisů paradoxně i nález Ústavního soudu, a to ještě silněji než judikatura obecných soudů. Ústavní soud v posledních letech čtyřmi derogačními nálezy postupně zredukoval § 9 odst. 5 advokátního tarifu,<sup>89</sup> který pro vymezená řízení stanovil (nepřiměřeně nízkou) paušální tarifní hodnotu. Z nálezů přitom bylo zřejmé, že důvody neústavnosti dopadají i na zbývající části hypotézy § 9 odst. 5 advokátního tarifu, což byl jasný signál pro obecné soudy, aby toto ustanovení neaplikovaly.<sup>90</sup> Přičemž v opačném případě by se obecný soud dopustil i porušení čl. 89 odst. 2 Ústavy.<sup>91</sup> Celý odstavec byl posléze Ústavním soudem zrušen na návrh veřejného ochránce práv.<sup>92</sup>

Další příklady se budou týkat rozhodování soudů i správních orgánů. Některá severočeská města v uplynulé dekádě vydala tzv. sedací vyhlášky, které pro veřejná prostranství zakazovaly sezení na „nevhodných“ objektech. V roce 2017 Ústavní soud zrušil příslušná ustanovení obecně závazných vyhlášek měst Litvínova a Varnsdorfu,<sup>93</sup> obdobná ustanovení vyhlášek však v jiných obcích zůstávala účinná a místní zastupitelstva nejevila ochotu s tím cokoli dělat.<sup>94</sup> Vzhledem k nečinnosti normotvůrce posléze Ministerstvo vnitra úspěšně navrhlo Ústavnímu soudu i zrušení těchto vyhlášek.<sup>95</sup> Nelze se však domnívat, že „pilotní“ nález v mezidobí neměl na dosud účinné vyhlášky žádný vliv. Zapravé, vzhledem k jasnému názoru ÚS se dalo prakticky jistě očekávat, že obecný soud by takovou vyhlášku neaplikoval. Z toho zadruhé vyplývá, že adresáti práva tomu mohli přizpůsobit své chování, a to s vědomím, že se nezákonnosti vyhlášky úspěšně před soudem dovolají. Zatřetí, jsem přesvědčen, že by v takovém případě nemusely vyhlášku aplikovat ani správní orgány. Toto tvrzení si však

zaslouží bližší odůvodnění, neboť jsem si vědom jeho kontroverznosti.

Není pochyb o tom, že správní orgány jsou obecně vzato vázány podzákonými právními předpisy (srov. § 2 odst. 1 správního řádu); jedinou všeobecně přijímanou výjimkou je situace, kdy je správní orgán kasačně vázán právním názorem soudu v dané věci (srov. § 78 odst. 5 SŘS). V doktríně však nalezneme i názory připouštějící výjimky další, a to zejména v případech, kdy je rozpor se zákonem zjevný. Pokud existuje byť jediné soudní rozhodnutí, které vylučuje aplikovatelnost předpisu, podle K. Černína to může být legitimním důvodem, aby tento předpis v dalších případech neaplikovaly ani správní orgány, a to v zájmu racionality výkonu státní správy a respektu k soudní autoritě.<sup>96</sup> K tomu připomínám, že stejně tak může být soudní rozhodnutí důvodem pro neaplikaci jiných předpisů, na které dopadají jeho nosné důvody. Uvedená výjimka vychází z obecnější teze, že nedává smysl, pokud rozhodující orgán nemůže ani při nejlepší vůli rozhodnout tak, aby toto rozhodnutí nebylo posléze zrušeno.<sup>97</sup> Závaznost nálezu Ústavního soudu pro všechny orgány a osoby navíc vyplývá i z čl. 89 odst. 2 Ústavy, a jelikož jsou takto závazné i nosné důvody odůvodnění nálezu,<sup>98</sup> opět se mohou vztahovat i na jiné (obdobné) právní předpisy.

Podobným způsobem, byť přece jen o něco složitěji, takto může fakticky fungovat i přezkum zákonů, což opět ukážu na konkrétních příkladech. Ústavní soud si extenzivní interpretací čl. 95 Ústavy přisvojil kompetenci koncentrovaného přezkumu ústavnosti již neúčinných zákonů.<sup>99</sup> Kupříkladu v nálezu k nemožnosti popření pohledávky zajištěného věřitele dlužníkem v řízení o oddlužení ÚS deklaroval, že § 410 odst. 2 věta první insolvenčního zákona, ve znění účinném do 30. 6. 2017, byla ve slově „nezajištěného“ protiústavní.<sup>100</sup> Ústavní soud si povšiml, že k 1. 7. 2017 byl odstavec přečíslován na odst. 5, aniž

<sup>88</sup> Srov. KÚHN, Z. Samovykonatelnost, přímá účinnost a některé teoretické otázky aplikace mezinárodních smluv ve vnitrostátním právu. *Právník*, 2004, č. 5, str. 495–497.

<sup>89</sup> Vyhláška č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů.

<sup>90</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 8. 4. 2021, sp. zn. II. ÚS 3210/20, bod 14.

<sup>91</sup> Tamtéž, bod 20.

<sup>92</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 19. 10. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 17/21.

<sup>93</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 13. 6. 2017, sp. zn. Pl. ÚS 34/15.

<sup>94</sup> Srov. např. KABÁTOVÁ, Š. Zákaz sezení mimo lavičky? Most se nezdá protiústavní vyhlášky, uklidňuje prý napětí. In: *Lidovky.cz* [online]. 8. 5. 2018. Dostupné na <[https://www.lidovky.cz/domov/zakaz-sezeni-mimo-lavicky-most-se-protiustavni-vyhlasiky-nychce-vzdat.A180503\\_103201\\_in\\_domov\\_sk](https://www.lidovky.cz/domov/zakaz-sezeni-mimo-lavicky-most-se-protiustavni-vyhlasiky-nychce-vzdat.A180503_103201_in_domov_sk)>.

<sup>95</sup> Nálezy Ústavního soudu ze dne 11. 12. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 42/18 (statutární město Most), a ze dne 8. 1. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 30/18 (město Postoloprty).

<sup>96</sup> ČERNÍN, K. Úředníci a pyramida: K výkladu podzákoných právních předpisů správními orgány. *Správní právo*, 2016, č. 2, str. 107–108.

<sup>97</sup> FRONC, J. Vliv referenčního rámce přezkumu na rozhodování soudů a správních orgánů. *Právník*, 2021, č. 3, str. 195–209.

<sup>98</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 19. 3. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 2/03.

<sup>99</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 10. 1. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 33/2000.

<sup>100</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 2. 7. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 2/19.

by předmětná věta byla jakkoli změněna. Ustanovení tedy stále umožňovalo pouze popření pohledávky nezajištěného věřitele, a to až do další novelizace, účinné k 1. 6. 2019. Tuto skutečnost Ústavní soud v nálezu zohlednil tak, že – vedle výroku vyslovujícího protiústavnost znění účinného do 30. 6. 2017 – v závěru odůvodnění výslovně uvádí: „z hlediska uplatnění požadavku čl. 89 odst. 2 Ústavy je stejný závěr nutno vztáhnout na stejně znějící část ustanovení § 410 odst. 5 insolvenčního zákona, ve znění účinném do 31. 5. 2019, i když toto ustanovení nebylo v iniciačním řízení před obecnými soudy použito.“<sup>101</sup> To lze mírně zobecnit tak, že pokud se na neúčinné znění zákona pro jeho textovou totožnost zcela zjevně vztahují nosné důvody derogacího či akademického výroku Ústavnímu soudu, v takovém případě už není nutné věc Ústavnímu soudu znovu předkládat.

Docela jiná situace nastane, pokud je pozdější znění zákona stále účinné. V nálezu k právní fikci doručení písemnosti správcem daně e-mailovou zprávou Ústavní soud deklaroval, že § 82b odst. 3 věta třetí zákona o dani z přidané hodnoty, ve znění účinném do 31. 3. 2019, byla v rozporu s Ústavou.<sup>102</sup> Přitom poznamenal, že k 1. 4. 2019 došlo pouze k přečíslování odstavců a příslušné ustanovení tak zůstalo v totožné podobě součástí zákona; nemohl však rozhodnout *ultra petita* a účinné znění zrušit.<sup>103</sup> Ústavní soud zde nepřipouští přenesené účinky nálezu, ba právě naopak. „Za situace, kdy je zákonné ustanovení shledáno neústavním a právní řád nadále obsahuje normativně i obsahově (zcela) totožné ustanovení, jež je běžně používáno ve správní praxi, je správce daně povinen v souladu se zásadou zákonnosti postupovat podle zákonného ustanovení, jež se normativně i obsahově shoduje s neústavním zákonným ustanovením.“<sup>104</sup> To však neznamená – podobně jako v případě sedacíh vyhlášek –, že by uvedený nález neměl na osud účinného znění zákona žádný vliv. Pokud bezpečně víme, že je určité ustanovení protiústavní, adresáti práva mohou této „latentní“ protiústavnosti přizpůsobit své chování, a to s vědomím, že budou případně moci vyvolat řízení před Ústavním soudem.

Dále je to pobídkou pro správní soud, aby Ústavnímu soudu incidenční návrh podal, pobídkou pro některého z oprávněných navrhovatelů, aby inicioval abstraktní přezkum, a v neposlední řadě i pobídkou pro vládu a Parlament, aby zákon novelizovaly.<sup>105</sup>

Z citovaných nálezů není zcela zřejmé, proč Ústavní soud v případě neúčinného znění klade větší důraz na závaznost nálezů dle čl. 89 odst. 2 Ústavy, a umožňuje tak v podstatě difúzní přezkum ústavnosti, zatímco v případě účinného znění zdůrazňuje zásadu zákonnosti. Vždyť orgány veřejné moci jsou zásadou zákonnosti vázány i tehdy, pokud mají z nějakého důvodu aplikovat již neúčinné znění zákona. A naopak nelze považovat za porušení této zásady, pokud je orgán veřejné moci – v souladu s Ústavou – vázán nálezem Ústavního soudu.

Vysvětlením rozdílu je zřejmě to, že v případě účinného zákona je tu jasně daný způsob, jak rozpor vyřešit – zrušením v koncentrovaném přezkumu, které díky mechanismu formální derogace nejlépe naplňuje zásadu právní jistoty. Oproti tomu v případě neúčinného zákona je řešení méně přímočaré – pravomoc k přezkumu neúčinných předpisů Ústavním soudem není nesporná<sup>106</sup> a je založená pouze na akademickém (deklarativním) výroku, pro jehož účinek se Ústavní soud beztak musí opírat o čl. 89 odst. 2 Ústavy.<sup>107</sup> Z hlediska právní jistoty by pak případný další nález s dalším akademickým výrokem nebyl příliš přínosný; naopak bylo efektivnější postavit protiústavnost najisto již v odůvodnění prvního nálezu.

Doplňme, že stejně jako relevantní judikatura Ústavního soudu, také neaplikace předpisu v difúzním přezkumu může být impulsem pro normotvůrce, jakož i impulsem pro podání abstraktního návrhu na jeho zrušení.<sup>108</sup> Fakt, že předpis v individuálních případech nemohl být aplikován, lze případně použít i jako dokreslující argument pro formální derogaci.

Když jsem ukázal, že difúzní přezkum je v určitém slova smyslu aplikačně širší, neboť je uplatnitelný i v individuálních případech, ve kterých by formální derogace byla příliš invazivním a nepřiměřeným zásahem, je dobré

<sup>101</sup> Tamtéž, bod 57.

<sup>102</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 18. 5. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 23/20.

<sup>103</sup> Tamtéž, body 65–69.

<sup>104</sup> Tamtéž, bod 67.

<sup>105</sup> CHMEL, J. Parlament a judicializace politiky: reflexe rozhodovací činnosti Ústavního soudu České republiky v poslaneckých debatách. *Jurisprudence*, 2018, č. 5, str. 3–14, ukazuje, že Poslanecká sněmovna v plenárních rozpravách na nálezy Ústavního soudu v nezanedbatelné míře reflektuje.

<sup>106</sup> Srov. např. odlišné stanovisko soudců Vladimíra Sládečka a Radovana Suchánka k nálezu Ústavního soudu ze dne 8. 8. 2017, sp. zn. Pl. ÚS 9/15.

<sup>107</sup> Např. nález Ústavního soudu ze dne 18. 5. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 23/20, bod 70.

<sup>108</sup> Srov. nález Ústavního soudu ze dne 11. 8. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 1/15, bod 2.

naopak upozornit i na situaci, kdy difúzní přezkum z povahy věci nepřipadá v úvahu – totiž když ustanovení vyšší právní síly není přímo aplikovatelné. V koncentrovaném přezkumu oproti tomu lze rušit i pro rozpor s nesamovykonatelným ustanovením ústavy či mezinárodní smlouvy,<sup>109</sup> jako jsou typicky ustanovení o sociálních právech.<sup>110</sup>

V předchozích pasážích jsem demonstroval, že difúzní a koncentrovaný přezkum si jsou v lecčem podobnější, než by se mohlo zdát; na druhou stranu mají evidentně i své výhody a nevýhody – na něco se hodí více či méně, v něčem se navzájem doplňují. Někdy můžeme pociťovat, že difúzní přezkum není postačující z hlediska právní jistoty. Koncentrovaný přezkum se zase může zdát příliš pomalým, invazivním, těžkopádným. Proto považuji za ideální, pokud máme v arzenálu právní ochrany k dispozici oba způsoby přezkumu.

Dovedením této myšlenky do krajnosti by byla možnost aktivovat oba způsoby zároveň. Například Podhorský by považoval za ideální, aby měl obecný soud v případě metalizace pravomoc předložit věc Ústavnímu soudu (který by aplikované ustanovení zrušil pro protiústavnost), ale zároveň nepřerušovat řízení a rozhodnout za přímé aplikace práva EU či mezinárodní smlouvy.<sup>111</sup> Takováto možnost funguje ve Francii, kde zákon ve vymezených případech umožňuje či přikazuje obecnému soudu, který inicioval řízení před Ústavní radou (procedurou *question prioritaire de constitutionnalité*), aby sám ve věci rozhodl ještě před skončením tohoto řízení.<sup>112</sup>

Obávám se, že popsaná kombinovaná pravomoc by v českých podmínkách šla nad rámec záměru ústavodárce a nad rámec poslání obecného soudnictví, jelikož by soudům svěřovala iniciativu ke kontrole ústavnosti i tam, kde to pro ochranu práv účastníků řízení není třeba.<sup>113</sup> Za vhodné kompromisní řešení bych ovšem považoval stav, kdy obecný soud bude mít v mezních případech možnost zvolit – dle vhodnosti – jednu či druhou cestu. To by v zásadě naplnilo např. vizi K. Šimáčkové, která podporuje derogační pravomoc Ústavního soudu, ale zároveň i možnost obecných soudů bezprostředně s mezinárodním a unijním

právem pracovat. Přičemž se již v roce 2013 vyslovuje pro uzavření transformačního období, pro které bývá potřebná silná a centralistická role ústavních soudů.<sup>114</sup> Domnívám se, že v roce 2022 zní tato myšlenka ještě naléhavěji.

## Diskrece pro soudy

Z výše uvedeného mi vyplývá, že není na škodu být vybaven určitou flexibilitou stran způsobu „odklízení“ nesouladných předpisů. Tato flexibilita může spočívat v tom, že vedle možnosti neaplikace soudem poskytuje právní úprava zároveň možnost abstraktního návrhu, ale také v tom, že zejména v případě metalizací může obecný soud sám volit mezi neaplikací a incidenčním návrhem. *De lege lata* takovou volbu soud nepochybně může učinit tehdy, pokud by měl být zákon rozporný zároveň s ústavou i s právem EU.<sup>115</sup> Vzhledem k výše popsanému rozvolněnému přístupu ke konkurznímu nálezu se zdá, že soud má pro obdobnou diskreci fakticky prostor i v případě zákona rozporného s mezinárodní smlouvou o lidských právech. Domnívám se, že z utilitárního hlediska může být konkurzní nález nejužitečnější právě v takovémto *fuzzy* postavení, když nebrání přednostní aplikaci mezinárodní smlouvy v případech okrajové nesouladnosti, ale zároveň rozšířením referenčního rámce přezkumu ústavnosti umožňuje odstranit problematické ustanovení zákona z právního řádu a Ústavnímu soudu také vytváří ideální podmínky pro „filtraci“ vůči Evropskému soudu pro lidská práva.<sup>116</sup>

Jelikož uplatnění takové diskrece nemůže být založeno na libovůli, dovolím si načrtnout čtyři kritéria (v pořadí důležitosti), která by měl soud zvážit, pokud volí mezi difúzním a koncentrovaným přezkumem.

1. Soud musí posoudit efektivitu odstranění nesouladnosti z pohledu účastníků daného řízení. Právě zabránění tomu, aby soud musel v konkrétním případě nesouladný předpis aplikovat, je totiž hlavním účelem jak difúzního přezkumu, tak incidenčního návrhu.<sup>117</sup> Důležité tedy bude, zda je nutné rychlé poskytnutí soudní ochrany, čemuž by bránila doba řízení před Ústavním soudem.<sup>118</sup> To by soud

<sup>109</sup> KRATOCHVÍL, c. d., str. 54–56. Srov. však i tam reprodukováné opačné názory.

<sup>110</sup> Tamtéž, str. 34–37 a 56.

<sup>111</sup> PODHORSKÝ, V. Přenesení poměrování základních práv na obecné soudy pomocí přímé aplikace Listiny základních práv EU. In: Wintř, J. – Antoš, M. (eds). *Základní práva a ústavní principy v judikatuře obecných soudů*, Praha 2021, str. 77–80.

<sup>112</sup> Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 23-3.

<sup>113</sup> Srov. nález Ústavního soudu ze dne 24. 7. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 34/10, bod 31: „Ústavní konstrukce postavení soudní moci ve smyslu čl. 95 Ústavy neumožňuje, aby soudy aktivně vystupovaly s návrhy na přezkum ústavnosti zákonů tam, kde to není nevyhnutelně třeba pro řešení věci, o které mají rozhodnout.“

<sup>114</sup> ŠIMÁČKOVÁ, K. Tři osobní zamyšlení nad výročí Úmluvy. In: Bobek, M. – Kmec, J. – Kosař, D. – Kratochvíl, J. (eds). *Dvacet let Evropské úmluvy v České republice a na Slovensku*, Praha 2013, str. 167–169.

<sup>115</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 2. 12. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 12/08. Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 22. 6. 2010, *Aziz Melki* (C-188/10) a *Sélim Abdell* (C-189/10).

<sup>116</sup> FRONC, J. Vliv referenčního rámce přezkumu na rozhodování soudů a správních orgánů. *Právník*, 2021, č. 3, str. 202.

<sup>117</sup> Srov. čl. 95 odst. 2 Ústavy („zákon, jehož má být při řešení věci použito“) a v obecnější rovině čl. 90 větu první Ústavy.

<sup>118</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 11. 2017, č. j. 6 Azs 320/2017-20, bod 69.

samozřejmě zvažoval v individuálním případě, ovšem v některých typových agendách by se taková nutnost dala předpokládat. Jedná se zejména o věci, kde zákon soudu stanoví lhůtu pro rozhodnutí.<sup>119</sup> Předložením věci Ústavnímu soudu sice dojde k přerušení řízení a stavení lhůty,<sup>120</sup> nicméně je jasné, že účel lhůty tím bude zmařen.<sup>121</sup> To platí obdobně, pokud má soud věc projednat a rozhodnout přednostně.<sup>122</sup>

Z hlediska efektivity je dále nutno vzít v úvahu i technický způsob odstranění nesouladnosti – pokud po zrušení ustanovení zákona půjde použít subsidiárně ustanovení jiné (a již souladné), bude efektivní formální derogace. Naopak pokud je třeba dovést zbrusu novou normu, bude efektivnější vydedukovat ji z přímo aplikovatelného ustanovení mezinárodní smlouvy nebo práva EU.

2. Soud by dále měl posoudit obecný dopad (škodlivost) nesouladnosti v právním řádu, tedy zejména zda se jedná pouze o nesouladnost okrajovou a zda lze difúzním přezkumem nesouladnost napravit ve všech případech, anebo např. jen v případech s unijním prvkem.<sup>123</sup> Jinými slovy: měl by posoudit, v jakém rozsahu je ustanovení nesouladné a v jakém rozsahu je nesouladnost řešitelná difúzně. Z toho vyplývá, že pokud bude ustanovení ve všech případech aplikace v rozporu s ústavou a zároveň i v rozporu s právem EU, jeho škodlivost bude zhruba střední. Sice by si rozhodně zasloužovalo odstranit z právního řádu, ale vlastně to (vzhledem k jeho neaplikovatelnosti) ani není potřeba. Pokud soud v takovém případě uváží, že koncentrovaný přezkum bude efektivnější (viz výše), jistě ho může v zájmu právní jistoty iniciovat.<sup>124</sup>

3. Soud také může přihlídnout k tomu, z jakého pramene práva nesoulad vyplývá především. Vzhledem ke značné obsahové podobnosti hlavních lidskoprávních dokumentů (když EÚLP byla zásadním inspiračním zdrojem pro tvorbu LZPS i Listiny základních práv EU) toto kritérium bude mít omezenou použitelnost; lze však vyjít z toho, zda je řešená otázka více rozpracovaná

v judikatuře Ústavního soudu, anebo Evropského soudu pro lidská práva či jiného mezinárodního tělesa.<sup>125</sup>

4. Poslední kritérium je spíše věcí vnitřní úvahy soudce, který může také zohlednit, o jak zjevnou nesouladnost se jedná. Pokud si nebude zcela jist, patrně bude bezpečnější předložit věc Ústavnímu soudu. K tomu lze dodat, že pokud by si soud nebyl jistý ani souladem s unijním právem a musel by podávat předběžnou otázku, bude to samozřejmě také mít vliv na rychlost řízení.

## Závěr

Ačkoliv je zásada právní jistoty nepochybně validním argumentem ve prospěch koncentrovaného přezkumu, tento argument lze do značné míry relativizovat zejména v případech částečné, potažmo okrajové nesouladnosti, kde je difúzní přezkum z hlediska stability práva méně invazivním. Zvláště v takových případech je tudíž myslitelné, aby se obecný soud odchýlil od konkurzního nálezu a sám aplikoval mezinárodní smlouvu o lidských právech. Rozumí se samo sebou, že takový postup musí být přesvědčivě odůvodněn.

Byť tedy pokládám argumentační postup použitý v konkurzním nálezu za zcela mylný, v realitě všedního dne se zdá vcelku praktické, že 1) konkurzní nálezu máme a zároveň 2) že je částečně ignorován.

V obecnější rovině jsem přesvědčen, že by soudy měly mít širokou diskreci v tom směru, zda se nesouladnost bude řešit difúzně, anebo koncentrovaně. Taková diskrece samozřejmě nesmí být uplatňována svévolně; obecný soud musí vzít v úvahu princip právní jistoty i povinnost chránit práva a oprávněné zájmy účastníků řízení, aby co nejlépe naplnil požadavky čl. 4 a 90 Ústavy. V pořadí důležitosti se kritéria volby dají shrnout jako 1) efektivita z pohledu účastníků řízení, 2) obecný dopad v právním řádu, 3) primární zdroj nesouladnosti a 4) zjevnost nesouladnosti.

<sup>119</sup> Např. § 177 OSŘ či § 101d odst. 2 SŘS.

<sup>120</sup> Úst. § 109 odst. 1 písm. c) ve spojení s § 111 odst. 1 OSŘ, § 48 odst. 1 písm. a), odst. 5 SŘS.

<sup>121</sup> Jako konkrétní příklad lze uvést nálezu Ústavního soudu ze dne 19. 5. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 14/14 (uzavírací klauzule ve volbách do Evropského parlamentu), kde byl navrhovatel – Nejvyšší správní soud – vázán lhůtou 20 dnů pro rozhodnutí (§ 90 odst. 3 SŘS). S tímto problémem se NSS vypořádal v předkládajícím usnesení ze dne 24. 6. 2014, č. j. Vol 16/2014-69, bod 30 podbod iii.

<sup>122</sup> Např. § 56 SŘS.

<sup>123</sup> Srov. přiměřeně část II. odlišného stanoviska soudců Vladimíra Sládečka a Radovana Suchánka k nálezu Ústavního soudu ze dne 27. 11. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 41/17, a (kriticky k němu) BOKOVÁ, T. Klučkova novela před soudy: přednost EÚLP nebo čl. 95 odst. 2 Úst? *Soudní rozhledy*, 2019, č. 3, str. 78–79.

<sup>124</sup> Srov. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 7. 2019, č. j. 8 Azs 26/2018-49, bod 62: „napadený § 129a odst. 3 zákona o pobytu cizinců je dle názoru Nejvyššího správního soudu rovněž neaplikovatelný v každé jednotlivé věci pro jeho rozpor s právem Evropské unie [...] Přesto Nejvyšší správní soud preferuje v zájmu právní jistoty a efektivní soudní ochrany zajištěných cizinců „odklizení“ daného ustanovení odporujícího ústavnímu pořádku Ústavním soudem na základě tohoto návrhu.“ Řízení před Ústavním soudem je vedené pod sp. zn. Pl. ÚS 12/19.

<sup>125</sup> Srov. ŠIPULOVÁ, K. – PETROV, J. Mezinárodní lidskoprávní smlouvy v judikatuře obecných soudů: Nejvyšší soud a Nejvyšší správní soud. In: Pospíšil, I. – Týč, V. a kol. *Mezinárodní lidskoprávní závazky postkomunistických zemí: případy České republiky a Slovenska*, Praha 2016, str. 162–163, a KRATOCHVÍL, c. d., str. 47–48.