

Proměny veřejného práva a jejich vliv na ochranu lidských práv¹

PAVEL ONDŘEJEK

PRÁVNICKÁ FAKULTA UNIVERZITY KARLOVY V PRAZE

Transformations of Public Law and Their Impact on Human Rights Protection

Summary: *The aim of this article is to describe a trajectory of evolution of public law and to demonstrate how public regulation reacted on human rights doctrine and vice versa, how transformations of public law changes human rights jurisprudence. Due to the fact that modern public law emerged before constitutionalism, it had to undergo through fundamental change after the adoption of democratic constitutions. But the establishment of modern states did not stop the process of evolution of public law. New impulses were brought namely by the development of post-war German constitutionalism and recent theories of global constitutionalism and global administrative law. In this article the author argues, that transformations of public law create broader perspective on the role and functions of human rights in contemporary complex system of legal regulation. However, recent transformations of public law should not lead to the abandonment of fundamentals of constitutionalism and its functions as foundation and limitation of public authority. Public regulation which has no democratic pedigree or which escapes from the possibility of human rights review is clearly against these ideas.*

Keywords: *public law, human rights, constitutionalism, legal regulation*

Právní regulace byla vždy významným nástrojem prosazování veřejné moci, jejíž konsolidaci spojujeme s rozvojem veřejného práva. Ve svém článku se zaměřím pouze na moderní veřejné právo, a nebudu se tedy zabývat působením veřejného práva ve středověkých a starších dějinách.

Cílem příspěvku bude popsat trajektorii vývoje veřejného práva a nastítnit, jakým způsobem reagovala veřejnoprávní regulace na doktrínu lidských práv, a naopak, jak se lidskoprávní dogmatika mění v závislosti na proměnách veřejného práva. Pokud moderní veřejné právo vzniklo před rozšířením ideje konstitucionalismu, je jasné, že v důsledku přijetí demokratických ústav států poskytujících ochranu lidským právům muselo projít zcela zásadní proměnou. Vznikem moderních států se však vývoj veřejného práva nezastavil. Nové impulsy získává zejména poválečnou obnovou ústavnosti v Německu, a zejména v posledních desetiletích v důsledku teorií popisovaných jako globální konstitucionalismus.² Proměny veřejného práva ústí až v existenci konstitucionalismu a veřejného práva mimo státy porovnáám s vývojem lidskoprávní doktríny. V závěru se pokusím shrnout celkový dopad proměn veřejného práva na teorii a praxi ochrany lidských práv, což utvoří širší obraz postavení a funkce lidských práv v současném komplexním systému právní regulace.

Zrod moderního veřejného práva

Pojem veřejného práva je a býval v právní teorii sporný. Je tomu tak proto, že tento pojem je produktem určité abstrakce při popisu metody právní regulace, nikoliv pojmem popisujícím věc ve vnějším světě, kterou by bylo možné kriticky zkoumat.³ Existuje několik kritérií, podle kterých různí autoři dělí právo na soukromé a veřejné, anebo naopak toto dělení zcela odmítají.⁴

Vzhledem k tomu, že společnost, v níž má existovat určitý řád, nutně vyžaduje usměrňování moci, která je v ní vykonávaná, lze konsta-

¹ Článek je písemným zpracováním vystoupení autora na workshopu *Vliv regulace a deregulace na ochranu lidských práv*, jež uspořádalo dne 28. ledna 2015 Výzkumné centrum pro lidská práva UK (projekt UNCE č. 204006/2012).

² V různých podobách se s ním setkáme např. v pracích N. Walkera (popisujícího projekt evropské integrace) a M. Kumma (jehož vize konstitucionalismu je kosmopolitní) – pro shrnutí základních tezí viz WALKER, N. *The Post-National Horizon of Constitutionalism and Public Law: Paradigm Extension or Paradigm Exhaustion?* In: Mac Amhlaigh, C. – Michelon, C. – Walker, N. (eds.) *After Public Law*. Oxford, 2013, s. 257 a násl. Podobnou tezi o konstitucionalismu překonávajícím hranice států zkoumaném z úhlu pohledu právní sociologie nabízí německý teoretik Günter Teubner: TEUBNER, G. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford, 2012.

³ MAC AMHLAIGH, C. *Defending the domain of Public Law*. In: Mac Amhlaigh, C. – Michelon, C. – Walker, N. (eds.) *After Public Law*. Oxford, 2013, s. 103.

⁴ Historický exkurs a východiska členění soukromého a veřejného práva, včetně argumentace odpůrců tohoto členění práva, popisují: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. *Dualismus soukromého a veřejného práva a nový občanský zákoník: k jednotě a diferenciaci práva*. *Právník*, 2014, č. 9, s. 735 a násl.

tovat, že pokud existuje veřejná sféra, v níž se uplatňuje veřejná moc, existuje veřejné právo. Veřejné právo v určité podobě tedy lze vnímat už u nejstarších organizovaných společenských útvarů, vyznačujících se překonáváním soukromých (rodových) vazeb.⁵ Takovéto veřejné právo v nejstarších státních útvarech se však diametrálně od toho současného lišilo.

Pro účely zkoumání tématu vlivu právní regulace na lidská práva se nebudu věnovat antické a středověké podobě veřejného práva, nýbrž až základům jeho současného pojetí. Vznik moderního veřejného práva je podle předního britského ústavního teoretika M. Loughlina spojen se dvěma faktory: prvním je utvoření sekulárního politického uspořádání oproštěného od náboženských základů (čímž dochází k oddělení právního a náboženského normativního systému), tím druhým je proměna pojetí veřejné moci od moci, která chápe samu sebe pouze jako „uchovatele“ tradičních a neměnných poměrů, k moci, která přijímá novou právní regulaci, a tím mění společenské poměry.⁶ Veřejné právo v dnešní podobě se tedy mohlo začít utvářet až v době, kdy byl překonán důraz na nalézání „starého“ práva, které má ve společnosti platit věčně, neboť se osvědčilo. Namísto toho se objevuje obraz panovníka, který je suverénem a má neomezenou moc vládnout skrze vytváření nových pravidel.⁷ Toto období je poznamenáno rovněž růstem významu úřednického aparátu a právní regulace, jejíž legitimita je odvozována nikoliv od vůle lidu nebo lidských práv, nýbrž od odpovědnosti panovníka za *salus populi*.⁸

K první proměně veřejného práva došlo poté, co byl absolutismus v ideovém sporu s teoriemi konstitucionalismu postupně nahrazován v jednotlivých státech modelem vládnutí založeným na vládě lidu prostřednictvím ústavy a podřízením veškeré veřejné moci (odvozené nově od lidu) ústavě a zákonům. Jednalo se přitom o zcela zásadní proměnu pohledu na legitimitu veřejné moci i způsob jejího uplatňování. Významnou součástí nově vzniklých ústav se stala ustanovení o lidských právech, která v té době hrála především úlohu limitů veřejné moci a veřejno-právní regulace. Za základní hodnoty prosazované v demokratických revolucích lze označit svobodu (jakožto sféru zbavenou donucení ze strany veřejné moci) a rovnost (ve smyslu zákazu právních privilegií).⁹

Jestliže chápeme demokratické revoluce jako proces stanovení limitů veřejné moci, otázkou je, zda představují zároveň oslabování státu. Může se sice zdát, že stát, v němž vládne absolutistický panovník, který není omezen právem (*princeps legibus solutus est*), je silnější než stát

vzešlý z demokratických revolucí, kde je veřejná moc limitována ústavou a zákony. Jak však poznamenává skotský ústavní teoretik C. Thornhill, demokratické revoluce přinesly větší konsolidaci veřejné moci. Veřejná moc legitimizovaná mimo jiné garancí lidských práv usnadnila společenskou akceptaci pozitivního práva, a tím navýšila rezervy politické moci ve státě.¹⁰

Německý poválečný konstitucionalismus

Pokud jsme v případě výše zmíněné první proměny veřejného práva na pozadí demokratických revolucí mohli hovořit o paradigmatickém obratu v chápání legitimizace veřejné moci, následný vývoj již takovýto zásadní obrat neznamená.¹¹ V tomto ohledu je i současné právo v zásadě produktem demokratických revolucí.

K jistému vývoji v pojetí veřejného práva a, jak přiblížíme dále, i lidských práv dochází v německém poválečném konstitucionalismu a pod jeho vlivem v dalších evropských a mnoha mimoevropských státech. Kromě přetrvávajících hodnot svobody a rovnosti se do popředí dostává hodnota lidské důstojnosti. Jeden z aspektů lidské důstojnosti spočívá v zaručení sociálních práv; tuto myšlenku prosazoval F. D. Roosevelt, podle něhož „chudí lidé nejsou svobodní“.¹² Jednotlivec nadaný lidskou důstojností má být tak zbaven ekonomické nejistoty a závislosti, které byly vnímány jako klíčové faktory vzestupu totalitních režimů v první polovi-

⁵ TIERNEY, S. The Nation as „The Public“. In: Mac Amhlaigh, C. – Michelon, C. – Walker, N. (eds.) *After Public Law*. Oxford, 2013, s. 152–153.

⁶ LOUGHLIN, M. *The Foundations of Public Law*. Oxford, 2010, s. 50.

⁷ KYSELA, J. In: Gerloch, A. – Kysela, J. – Kühn, Z. – Wintir, J. – Tryzna, J. – Maršálek, P. – Beran, K. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha, 2008, s. 25. Podobně vnímá přední představitel ústavní sociologie C. Thornhill. postup od *law-finding* k *law-making* jako základ přechodu k moderní společnosti – THORNHILL, C. *Public Law and the Emergence of the Political*. In: Mac Amhlaigh, C. – Michelon, C. – Walker, N. (eds.) *After Public Law*. Oxford, 2013, s. 30.

⁸ LOUGHLIN, op. cit., s. 63.

⁹ K otázce rovnosti v právech jako produktu osvícenské filozofie a demokratických revolucí se ve svých předchozích výstupech v ediční řadě Výzkumného centra pro lidská práva Univerzity Karlovy „Studie z lidských práv“ vrátil dr. P. Svoboda: SVOBODA, P. Antidiskriminační právo jako postmoderní renesance právních privilegií. In: Šturma, P. – Žakovská, K. a kol. *Od zákazu diskriminace k ochraně kolektivních práv*. Studie z lidských práv č. 6. Praha, 2014, s. 10 a SVOBODA, P. Osvícenství, křesťanství a lidská práva. In: Svoboda, P. – Ondřejek, P. – Šustek, P. a kol.: *Filozofické a právněteoretické aspekty lidských práv*. Studie z lidských práv č. 4, Praha, 2013, s. 7–92.

¹⁰ THORNHILL, op. cit., s. 34.

¹¹ Přes častokrát diskutované postmoderní jevy v právu tak podle mého názoru k podobnému diskontinuitnímu vývoji ve společnosti, jako tomu bylo v okamžiku vzniku společnosti moderní, nedošlo. Podrobněji viz MARŠÁLEK, P. *Právo a společnost*. Praha, 2008, s. 222 odkazující mimo jiné na J. Boguszaka in BOGUSZAK, J. *Právo a postmoderní situace*. *Právník*, 2005, č. 11, s. 1201–1218.

¹² SOMEK, A. *The Cosmopolitan Constitution*. Oxford, 2014, s. 10. A. Somek však připomíná paradox, že v německém Základním zákoně sociální práva výslovně zakotvena nebyla.

ně dvacátého století.¹³ Poválečný sociální stát se tak liší od svého předchůdce především tím, že zatímco před válkou stát přijímal sociální politiky a programy na podporu potřebných skupin, poválečný stát zakotvuje nároky jednotlivců do podoby veřejných subjektivních práv.¹⁴

Poválečné demokratické státy získávají atribut sociální a vyznačují se vyšším důrazem na právní regulaci (*welfare-regulatory state*).¹⁵ Při popisu problémů sociálního státu hovoří německý autor G. Teubner o přetěžování (*overburdening*) či přepínání (*overstrain*) právního systému, který nemá dostatek organizačních a mocenských možností řešit úkoly, které mu byly svěřeny.¹⁶ V konkrétní rovině např. platí, že Česká republika má povinnost zajistit ochranu zdraví svých občanů (čl. 31 Listiny základních práv a svobod). Může ale stát garantovat skutečně všem stejnou zdravotní péči v situaci omezených zdrojů?¹⁷ Z uvedeného je zřejmé, že právní systém v sociálním státě se dostává daleko častěji do konfliktu s jinými společenskými systémy, zejména s ekonomikou.¹⁸

Lidská důstojnost však nepokrývala pouze oblast sociálních práv, měla dopady na postavení a funkce lidských práv v celém právním řádu. Lidská práva již nebyla pouze negativní svobody jednotlivce vůči státu, nýbrž se stala objektivním řádem hodnot prozařujícím celý právní systém.¹⁹

Uvedený vývoj v oblasti sociálních práv a extenzivně interpretované důstojnosti člověka odrážel odlišný pohled na vztah státu a jednotlivce německé poválečné ústavní teorie ve srovnání s americkou koncepcí. Ta byla do té doby dominující a jejím ústředním tématem byla obava z ohrožení svobody jednotlivce státem, resp. veřejnou mocí. Německá koncepce naproti tomu akcentovala spíše organický vztah jednotlivce a společnosti, kde lidská práva představují jedny z hodnot, na nichž je stát postaven a které je třeba chránit.²⁰ Tento projev německé poválečné ústavní kultury dal vzniknout metodě ústavní argumentace nazývané princip proporcionality (*Verhältnismäßigkeit*) spočívající v poměrování či vyvažování základních práv a veřejných zájmů.

Vzhledem k tomu, že princip proporcionality bývá považován za rys soudobého právního státu, bývá dáván do souvislosti mimo jiné s proměnou právní kultury následující po přechodu států k demokracii. Jedná se o přechod od kultury autority ke kultuře justifikace.²¹ Autorem této myšlenky je jihoafrický autor E. Mureinik, který popisoval přeměnu právní kultury Jihoafrické republiky po přijetí lidskoprávního katalogu tamější ústavy.²² Ve svém článku „A Bridge to Where?“ uvádí, že přechod k demo-

kracii znamenal odklon od autoritářského režimu, v němž vláda nemusela obhajovat své kroky před občany, k pojetí tzv. kultury justifikace (*culture of justification*).²³ Ta znamená, že podmínkou legitimacy jakéhokoliv postupu veřejné moci musí být ospravedlnění vůči jednotlivcům, kteří jsou tímto opatřením dotčeni.²⁴ Izraelská autoři I. Porat a M. Cohen Eliya považují výše uvedenou kulturu justifikace za důvod, proč došlo k tak masivnímu a rychlému rozšíření principu proporcionality. Právě odůvodnění přiměřenosti zásahu do základního práva, které je jádrem celé analýzy v rámci testu proporcionality, totiž přesně vystihuje požadavky popisované jako kultura justifikace. V této souvislosti si výše uvedení autoři rovněž povšimli rozdíl mezi americkým a německým konstitutionismem, kdy ve Spojených státech amerických zůstává autorita veřejných orgánů nezpochybnitelná, a tak legitimační důvod vytváří samotná existence pravomoci veřejného orgánu k vydání určitého rozhodnutí. To je jeden z důvodů, píší autoři, proč se ve Spojených státech princip proporcionality neprosadil.²⁵

Lidskoprávní nauka

Původ lidských práv je předmětem mnohých pojednání, řada z nich považuje za formy předcházející lidským právům určitá středověká

¹³ Ibid.

¹⁴ BOUČKOVÁ, P. *Rovnost a sociální práva*. Praha, 2009, s. 178.

¹⁵ Lawrence Friedman považuje za základní atributy regulačního sociálního státu množství právních pravidel a předpisů, velikost byrokracie, a převzetí nových úkolů státem. FRIEDMAN, L. *Legal Culture and the Welfare State*. In: Teubner, G. (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, New York, 1988, s. 13.

¹⁶ TEUBNER, G. *The Transformation of Law in the Welfare State*. In: Teubner, G. (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, New York, 1988, s. 6–7.

¹⁷ Podrobně viz ŠUSTEK, P. – HLAVÁČEK, K. – POVOLNÁ, M. *Právní aspekty racionalizace zdravotní péče*. In: Svoboda, P. – Ondřejek, P. – Šustek, P. a kol. *Filozofické a právněteoretické aspekty lidských práv*. Studie z lidských práv č. 4, Praha, 2013, s. 105–111.

¹⁸ TEUBNER, op. cit., s. 7.

¹⁹ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu SRN ze dne 15. ledna 1958 BVerfGE 7, 198 (Lüth). Základy této koncepce byly založeny již v jednom z prvních rozhodnutí Spolkového ústavního soudu týkajícím se zákazu *Socialistické říšské strany (SRP)* BVerfGE 2, 1 ze dne 23. října 1952 (SRP-Verboturteil).

²⁰ COHEN-ELIYA, M. – PORAT, I. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge, 2013, s. 44 a násl.

²¹ DYZENHAUS, D. *Proportionality and Deference in a Culture of Justification*. In: Huscroft, G. – Miller, B. W. – Webber, G. (eds.). *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge, 2014, s. 234 a násl., COHEN-ELIYA – PORAT, op. cit., s. 111 a násl.

²² MUREINIK, E. „A Bridge to Where?“ *Introducing the Interim Bill of Rights*. *South African Journal on Human Rights*, 1994, roč. 10, s. 31–48.

²³ Slova z názvu jsou volena záměrně, reflektují poslední kapitulu Prozatímní ústavy Jihoafrické republiky z roku 1994: „Tato ústava zakládá historický most mezi hluboce rozdělenou společností minulosti ... a budoucností založenou na uznání lidských práv, demokracii a mírovém soužití všech Jihoafričanů bez ohledu na barvu pleti, rasu, třídu, náboženství a pohlaví“.

²⁴ GARDBAUM, S. *Proportionality and Democratic Constitutionalism*. In: Huscroft, G. – Miller, B. W. – Webber, G. (eds.). *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge, 2014, s. 259.

²⁵ COHEN-ELIYA – PORAT, op. cit., s. 103 a násl.

privilegia a výsady, která centrální moc poskytovala vybraným subjektům.²⁶ Zrod moderních katalogů základních práv se časově shoduje s výše uvedenou proměnou veřejného práva provázející vítězství konstitucionalismu nad absolutismem. Konstitucionalismus je spojen s představou společenské smlouvy, kterou se občané podřizují veřejné moci, avšak stát jim zároveň garantuje jejich svobodu a zajišťuje rovnost před zákonem. Nově garantovaná základní práva jsou především negativními svobodami, tj. sférami, do nichž stát nesmí zasahovat. Jak připomíná J. Madison: během své řeči v Kongresu: „... [A]ť již byla základní práva přijata v různých státech v jakékoliv formě, jejich hlavním cílem bylo omezit a upřesnit výkon státní moci a vyjmout z pravomoci takové jednání státu, které nesmí činit, nebo způsoby jednání, které jsou nepřijatelné. Míří v některých případech na omezení moci výkonné, někdy proti zákonodárci, a někdy proti společnosti samotné, neboli, jinými slovy, proti většině ve prospěch menšiny.“²⁷

Rozšíření dimenzí základních práv je spojeno s německým poválečným konstitucionalismem, který staví do popředí hodnotu lidské důstojnosti. Úvodní ustanovení Základního zákona Spolkové republiky Německo z roku 1949 zní „Důstojnost člověka je nedotknutelná. Jí dbát a chránit je povinností celé státní moci.“²⁸ Z koncepce lidské důstojnosti, jak již bylo naznačeno výše, lze odvodit mnohé nároky jednotlivců. Nově prosazovaná ustanovení o sociálních právech v ústavách přináší nové povinnosti státům, neboť ta lze využívat pouze v případě, že stát aktivně koná (koncept pozitivních závazků států je však moderní lidskoprávní doktrínou široce uplatňován u všech generací lidských práv).

Upřednostnění lidské důstojnosti přináší i nový pohled na lidská práva. Ta již nejsou primárně vnímána jako práva jednotlivce vůči státu, nýbrž jako základní charakteristiky, kterými je definován každý člověk ve společnosti a které musí stát, ale i jakýkoliv jiný subjekt, respektovat.²⁹ S touto funkcí základních práv úzce souvisí nauka o jejich horizontálním účinku, tj. o aplikaci základních práv v soukromoprávních vztazích, čímž dochází k dalšímu rozšíření dimenzí základních práv. Konstitucionalismus založený na hodnotě lidské důstojnosti však přináší i proměnu metodologie řešení konfliktů ústavních práv. Namísto pohledu na lidská práva jako absolutní limity veřejné moci se hovoří o hodnotách, jež je nutné s jinými základními právy nebo veřejnými zájmy poměřovat. Toto poměřování práv, zájmů a hodnot se stalo základem metody popsané v právní teorii a judikatorní praxi jako princip proporcionality.³⁰

Konstitucionalismus a veřejné právo mimo státy

Rysem právní regulace působící v řadě států je skutečnost, že může pocházet z různých zdrojů, mimo jiné z instrumentů mezinárodního či nadstátního práva (nejprogressivnějším právním systémem je v této souvislosti právo Evropské unie). Teoretikové právního pluralismu vypracovali řadu modelů, jakým způsobem lze působení takové formy právní regulace popsat. Shrnutí několika z nejvýznamnějších představuje N. Walker, který rozlišuje teorie globálního správního (administrativního) práva jakožto teorie uznávající existenci regulace mimo státy, avšak zabývající se primárně výstupy (*output*) takovéto regulace, na straně jedné, a teorie globálního konstitucionalismu, které se zabývají primárně vstupem (*input* – tj. legitimizační faktor), či průběhem (*throughput* – tj. procesem právní regulace).³¹ Za přetrvávající problém nadstátní regulace lze považovat zejména vztah k ochraně lidských práv.

V tomto ohledu lze poukázat na dvě možné situace, přičemž obě (ač rozdílně) představují protisystémový prvek ve veřejném právu. První situace nastává v případě, že nadstátní forma regulace nezaručuje lidskoprávní záruky a adresát povinností z ní plynoucích nemůže tento akt napadnout pro rozpor s lidskými právy. Příklad takovéto formy regulace představují sankční mechanismy přijaté Radou bezpečnosti OSN. Ty jsou předmětem zájmu odborné literatury zejména od počátku 21. století, kdy se začaly používat mnohem častěji.³² Odhlédneme-li od sankčních režimů přijímaných výhradně stá-

²⁶ Tyto i různé další ideové zdroje, z nichž některé se vyskytují již v dílech antických myslitelů, označuje Klaus Stern za formy předcházející lidským právům (*Vorformen der Grundrechte*) – STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Svazek III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. Mnichov, 1988, s. 57 a násl.

²⁷ MADISON, J. *Speeches to the First Congress – First Session*, In: Hunt, G. (ed.). *The Writings of James Madison*. Sv. 5 (1787–1790). New York, London, 1904, s. 381 (reprint Liberty Fund, dostupné na internetu <<http://oll.libertyfund.org/titles/madison-the-writings-vol-5-1787-1790>>).

²⁸ Obdobné vyjádření bylo převzato i do úvodního ustanovení Listiny základních práv Evropské unie, lze tedy konstatovat, že ideová východiska německého konstitucionalismu náležejí rovněž k základům unijního systému ochrany základních práv.

²⁹ Albert Bleckmann vnímá účel lidských práv jako zajištění základních podmínek rozvoje svobodného individua v podmínkách demokratické společnosti. Viz BLECKMANN, A. *Staatsrecht. 2. svazek – Grundrechte*. 4. vyd., Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, s. 15.

³⁰ Prvním rozhodnutím německého Spolkového ústavního soudu, popisujícím strukturu principu proporcionality v přibližně stejné podobě, v jaké se s ní setkáváme dnes, byl rozsudek týkající se protiústavního omezení udělování licencí pro lékárny v Bavorsku – rozhodnutí ze dne 11. června 1958 (*Apothekenurteil*) BVerfGE 7, 377.

³¹ WALKER, N. op. cit., s. 253.

³² Ze zahraniční literatury lze zmínit: FARRALL, J. M. *United Nations Sanctions and the Rule of Law*. Cambridge, 2007, v české odborné literatuře téma zpracovala Veronika Bílková: BÍLKOVÁ, V. *Boj proti terorismu z pohledu ochrany lidských práv*. Plzeň, 2014, zejm. s. 243 a násl.

ty a zaměříme-li se na režimy, kde bývá právní regulace přijímána na několika rovinách (OSN, Evropská unie a členské státy, přičemž v případě některých sankčních režimů bývají východiskem seznamy teroristů v rezolucích Rady bezpečnosti OSN),³³ může nastat situace, kdy se jednotlivcem domůže ochrany v jiném právním systému, než je mezinárodní právo, a to z toho důvodu, že mezinárodní právo mu neposkytuje adekvátní ochranu.

Přesně takový případ nastal ve známém sporu pana *Yasina Abdullaha Kadi*, majetného saúdskoarabského občana, který napadl sekundární akt práva EU provádějící rezoluci Rady bezpečnosti OSN č. 1267 (sankční mechanismy týkající se osob napojených na Taliban, Al-Kájdú a Usámu bin Ládina).³⁴ Soudní dvůr EU odmítl uznat záruky, které Rada bezpečnosti OSN vytvořila,³⁵ protože podle jeho názoru stále nepředstavují efektivní možnost procesní obrany osoby, která se na tzv. černém seznamu ocitla.

Problémy jiného druhu se však mohou objevit i v případě existence lidskoprávní ochrany na mezinárodní úrovni. Zde se setkáváme s hierarchickým systémem ochrany lidských práv, kde vrcholné soudní instance v různých právních systémech mohou uplatňovat vlastní výklad chráněných práv. Podle řady autorů takováto situace neumožňuje právní řešení, namísto toho je potřeba přijmout určitou formu dialogu spočívajícího v respektování judikatury jiných vrcholných soudních instancí.³⁶

Klasickým příkladem jsou spory o výklad základních práv před německým Spolkovým ústavním soudem a Evropským soudem pro lidská práva po roce 2004,³⁷ kde jsme mohli být svědky takového soudního dialogu ve sporu o úpravu tzv. preventivní detence (*Sicherungsverwahrung*) ve Spolkové republice Německo. Institut preventivní detence je opatření umožňující omezit svobodu pachatele trestného činu. Před rokem 1998 byla stanovena maximální lhůta preventivní detence na 10 let, po tomto datu byla tato horní hranice zrušena, a to i pro případy osob, které již preventivní detenci vykonávaly.³⁸ Důvodem takovéto úpravy bylo několik sexuálně motivovaných trestných činů v Německu a zejména belgický případ *M. Dutrouxa*, který zvýšil tlak veřejnosti v mnoha evropských státech na ochranu před nebezpečnými pachateli.³⁹

Jedna z osob, které se zpřísnění preventivní detence dotklo, se obrátila na Spolkový ústavní soud, který však v roce 2004 tuto stížnost odmítl, a to včetně argumentu, že nová úprava preventivní detence porušuje zákaz retroaktivního trestu článku 103 odst. 2 Základního zákona. Následně se neúspěšný stěžovatel obrátil na Ev-

ropský soud pro lidská práva, který měl na danou věc odlišný názor. Podle štrasburského soudu je třeba na preventivní detenci pohlížet jako na svého druhu trest, a tudíž jeho retroaktivní prodlužování je v rozporu s čl. 7 odst. 1 Úmluvy.⁴⁰ Úprava rovněž porušovala čl. 5 odst. 1 Úmluvy, neboť podmínky zákonného držení či zákonného uvěznění, které jsou v tomto ustanovení vyžadovány, nebyly naplněny (zejména podmínka předvídatelnosti práva v době jeho přijetí).⁴¹

Spolkový ústavní soud v následném rozhodnutí ze dne 4. května 2011 souhlasil se závěrem Evropského soudu pro lidská práva ohledně nepřipustnosti retroaktivního ukládání preventivní detence (porušující princip legitimního očekávání), avšak setrval na původním rozlišování trestů a omezujících opatření.⁴² V rozhodnutí Spolkový ústavní soud připustil výklad vnitrostátních institutů v souladu s mezinárodním právem (a to i v rozporu se svou předchozí judikaturou).

Evropský soud pro lidská práva v následujících rozhodnutích rozlišování trestů a omezujících opatření v zásadě přijal, když v rozsudku ze dne 9. června 2011 navíc explicitně přivítal částečnou změnu judikatury Spolkového ústavního soudu v návaznosti na rozhodnutí Evrop-

³³ BÍLKOVÁ, op. cit., s. 244.

³⁴ Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. září 2008 – spojené věci C-402/05 P a C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi a Al-Barakaat International Foundation proti Radě a Komisi*, rozsudek Soudního dvora ze dne 18. července 2013 – spojené věci C-584/10 P, C-593/10 P a C-595/10 P *Evropská komise a další proti Yassinu Abdullahu Kadi (rozhodnutí Kadi II)*.

³⁵ V roce 2006 došlo ke zřízení kontaktního místa (tzv. focal point) v rámci Sekretariátu OSN, které přijímá žádosti o výmaz ze seznamu a komunikuje se státy i dotčenými osobami, a následně v roce 2009 byla zřízena instituce ombudsmana, jehož úkolem je podpora Výboru pro sankce při posuzování žádostí o vyškrtnutí osoby z teroristického seznamu. Podrobně viz BÍLKOVÁ, op. cit., s. 253–254.

³⁶ KRISCH, N. *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-National Law*. Oxford, 2010, s. 151–152. Nico Krisch poukazuje na příkladech řady evropských států, že harmonický hierarchický systém ochrany lidských práv v Evropě nevznikl, a to ani přes otevřenost některých ústavních soudů vůči Evropskému soudu pro lidská práva.

³⁷ V české literatuře přehledový článek: HLADÍKOVÁ, I. Implementace judikatury ESLP do národních systémů, porovnání a zkušenost. *Soudce*, 2015, č. 1, s. 24–28. Článek vychází z přednášky německé soudkyně u ESLP A. Nußberger pronesené v Senátu Parlamentu České republiky dne 17. října 2014.

³⁸ DÜNKLER, F. – VAN ZYL SMIT, D. Preventive Detention of Dangerous Offenders Re-examined: A Comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on Preventive Detention of 9 March 2004. *German Law Journal*, 2004, roč. 5, č. 6, s. 621.

³⁹ *Ibid.*, s. 620. HLADÍKOVÁ, op. cit., s. 27.

⁴⁰ V této souvislosti Evropský soud pro lidská práva nevyhověl argumentu německé vlády, která striktně rozlišovala mezi trestem za spáchaný čin a opatřením z důvodu ochrany společnosti před kriminalitou, kam patřila preventivní detence. (odst. 113 rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ze dne 17. prosince 2009 v případě M. proti Německu, stížnost č. 19359/04).

⁴¹ *Ibid.*, odst. 104 odůvodnění.

⁴² Odst. 104 odůvodnění rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu ze dne 4. května 2011, BVerfGE 128, 326. Dostupné na <<http://www.servat.unibe.ch>>, srov. též HLADÍKOVÁ, op. cit., s. 28.

ského soudu pro lidská práva ve věci *M. proti Německu*.⁴³

Závěr

Veřejné právo vychází i v současné době z ideje konstitucionalismu, jehož základy lze spatřovat v demokratických revolucích, případně ideových zdrojích, které jim bezprostředně předcházely. V této podobě je veřejné právo neodmyslitelně spojeno s ochranou lidských práv. Situace, kdy lidská práva mohou působit jako trumfy, se projevují v současné době v řadě oblastí. Známa je například teze o transformaci (kódování) politicky citlivých otázek do podoby lidských práv.⁴⁴ V jiném kontextu působí lidská práva jako trumfy ve sporech nehierarchicky postavených mezinárodních a vnitrostátních soudů.⁴⁵

Konstitucionalismus od svých prvopočátků plní dvě základní, avšak zdánlivě protichůdné funkce: je ustavením veřejné moci (*constitution as foundation*) a zároveň jejím omezením (*constitution as limitation*).⁴⁶ Novodobý konstitucionalismus (spojovaný s poválečným německým vývojem) je poznamenán posunem od svobody k lidské důstojnosti. Z hlediska lidskoprávní dogmatiky je to právě poválečné Německo, kde se rozvíjí teorie horizontálního účinku lidských práv či řešení kolizí základních práv s veřejnými zájmy pomocí testu proporcionality. Souběžně rozvíjející se koncepce sociálního státu (v kontrapozici s předválečným státem minimálním – *Nachtwächterstaat*) prosazuje pozitivní závazky ze strany státu.

Významným prostředkem k naplnění pozitivních závazků ze strany státu je právní regulace. Je zřejmé, že současný standard ochrany lidských práv se bez právní regulace neobejde, a to z důvodu požadavku legality při zásahu do základních práv. Jde ovšem rovněž o hledání míry. Jak připomíná *P. Maršálek*, svobodu destrukuje nedostatek i přemíra právní regulace, a doplňuje, že neexistence právní úpravy společenských vztahů může vést k chaosu (resp. svobodě pro vlky), naopak její přemíra může svobodu omezit, což je i lidmi obyčejně vnímáno.⁴⁷ Přes různé snahy zejména zastánců neoliberalního přístupu se zdá, že deregulace nad regulačními přístupy patrně nepřeváží. Připomenout lze známý Kelsenův příměr o tom, že právo je jako král Midas, „tak jako vše, čeho se dotknul, se proměnilo ve zlato, tak vše, na co právo odkáže, získá právní charakter.“⁴⁸

Moderní koncepce konstitucionalismu je doplňována fenoménem veřejného práva majícího původ mimo stát. Nejnovější proměny veřejného práva by však neměly vést k odvracení se od základů konstitucionalismu a jeho výše zmíně-

ných funkcí založení a limitace veřejné moci. Veřejnoprávní regulace, která by neměla demokratický základ anebo by unikla z možnosti lidskoprávního přezkumu, jde jednoznačně proti těmto ideám. Na závěr je vhodné připomenout již zmíněný výzkum raně moderních států, na základě něhož se ukazuje, že po přijetí katalogů základních práv, které představovaly limity vládnutí, se současně ukázaly velké rezervy ve využití politické moci.⁴⁹ Domnívám se, že analogický závěr bychom mohli učinit i ohledně veřejnoprávní regulace mající původ v mezinárodních organizacích či nadstátních institucích. Pokud tato forma regulace bude obsahovat garance ochrany lidských práv a bude-li přijata na základě demokratického rozhodování, jednoznačně lze očekávat silnější akceptaci jak ze strany jednotlivců, tak ze strany státních orgánů (zejména vnitrostátních soudů).

⁴³ odst. 54 rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. června 2011 v případě Mork proti Německu (stížnosti č. 31047/04 and 43386/08). Dostupné na internetu v databázi HUDOC <<http://hudoc.echr.coe.int>>. Srov. též GERSTENBERG, O. (The Failure of) Public Law and the Deliberative Turn. In: Mac Amhlaigh, C. – Michelon, C. – Walker, N. (eds.) *After Public Law*. Oxford, 2013, s. 237.

⁴⁴ THORNHILL, op. cit., s. 55.

⁴⁵ Viz např. výše zmíněnou sérii případů Kadi před Soudním dvorem EU či nedávný nálezk českého Ústavního soudu ze dne 31. ledna 2012 sp. zn. Pl. US 5/12 (tzv. kauza slovenských důchodů XVII), označující rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 22. června 2011 č. C-399/09 za akt *ultra vires*, překračující pravomoci svěřené Českou republikou na Evropskou unii.

⁴⁶ KRISCH, op. cit., s. 40 a násl., SOMEK, op. cit., s. 1.

⁴⁷ MARŠÁLEK, P. Svoboda tváří v tvář soudobé právní regulaci a deregulaci. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2014, č. 1, s. 20.

⁴⁸ KELSEN, H. *The Pure Theory of Law*. 2. vyd., Berkeley, Los Angeles, 1967, s. 278. Jedná se sice o výrok v souvislosti s argumentací proti existenci nulity (neplatnosti *ex tunc*) v právu, nicméně podobně lze argumentovat i pro účely důsledků právní regulace dosud neupravených společenských vztahů.

⁴⁹ THORNHILL, op. cit., s. 36.