

doložka ve společenské smlouvě má vždy jen extrastatutární charakter, nebo může mít i korporační povahu. Připustíme-li, že rozhodčí doložka ve společenské smlouvě může mít i korporační povahu, neměly by podle mého soudu vznikat pochybnosti o její závaznosti pro stávající i budoucí společníky, jsou-li dodrženy požadavky korporátního práva pro změnu v postavení společníka ve společnosti s ručením omezeným, u akciové společnosti pak

požadavky pro vytvoření zvláštního druhu akcií, jejichž zvláštnost bude spočívat ve spojení rozhodčí doložky s danými akciemi.

Rozhodčí doložkou, která má korporační povahu, je podle mého soudu bez dalšího vázána i obchodní společnost a členové jejích volených orgánů; ti pak za podmínky, že rozhodčí doložka se stala součástí společenské smlouvy předtím, než přijali funkci člena voleného orgánu.

Co je to právo? Právněteoretický pohled na rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Al Chodor*

ONDŘEJ KADLEC,* KRISTINA BLAŽKOVÁ**

What is Law? View of Legal Theory on the Judgment of the Court of Justice in the Al Chodor Case

Summary: *The article comments on a recent judgment by the Court of Justice in the Al Chodor case, in which the Court of Justice concluded that the criteria of the risk of absconding, the condition for a detention of migrants, must be defined in a binding provision of general application. In the article, we analyse the judgment from the theoretical perspective, in particular with regard to the difference between the formal and substantive concept of law. Firstly, we summarise the argumentation of the Court of Justice, we analyse the structure of the applied norm and we describe the theoretical foundation of the formal and substantive concept of law. Subsequently, we critically approach the reasoning of the Court of Justice and we refute its arguments in favour of the formal approach. We emphasise the detailed doctrine behind the substantive concept of law incorporating among others strict requirements on the law applying institutions. Lastly, we briefly comment on the amendment of the Act on the Residence of Aliens in the Territory of the Czech Republic and on the law in other member states.*

Keywords: *formal and substantive concepts of law; settled application of law; legal certainty; detention of migrants*

Soudní rozhodování nutně staví na právní teorii. Jak soudce identifikuje prameny práva, jaké argumenty považuje při jejich výkladu za přípustné, zda a případně jakou váhu přiřkládá předchozím soudním rozhodnutím – k těmto a mnoha podobným otázkám se musí právo aplikující soudce nějak postavit.

Ve většině případů řešení těchto otázek představuje nevyjádřenou předmluvu soudního rozhodnutí.¹ Soudce tyto otázky nezodpovídá výslovně, často dokonce ani nad jejich řešením vědomě neuvažuje. Soudce soudí a až následně se právní teoretici na základě latentně přítomných odpovědí pokoušejí dovozovat,

* Doktorand na katedře teorie práva a právních učení, Právnická fakulta, Karlova univerzita, Praha; student MSt in Legal Research na Faculty of Law, University of Oxford, Oxford, Spojené království. E-mail: kadlec@prf.cuni.cz. Tento článek vznikl v rámci projektu Specifického vysokoškolského výzkumu 2017–2019, č. 260 361, řešeného na Právnické fakultě Univerzity Karlovy a s podporou Stipendia Husovy nadace.

** Doktorandka na katedře politologie a sociologie, Právnická fakulta, Karlova univerzita, Praha; asistentka soudkyně Nejvyššího správního soudu, Brno. E-mail: kristinabl@gmail.com. Názory v tomto článku jsou osobní a nereprezentují postoj institucí, na nichž autoři působí. Za připomínky ke konceptu tohoto článku bychom rádi poděkovali Janu Chmelovi, Janu Petrovovi a Anně Nevečeřalové.

¹ DWORKIN, R. Hart's Posthumous Reply. *Harv L Rev*, 2016, č. 130, str. 298.

jaké teoretické koncepty v pozadí činnosti určitého soudce, soudní instituce nebo celé justiční soustavy působí.

V nedávném rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie² (Soudní dvůr) tomu bylo jinak: Ústředním tématem justičního dialogu se stala fundamentální otázka právní teorie. Při řešení případu zajištění rodiny Al Chodor se Nejvyšší správní soud České republiky (NSS) dotázal Soudního dvora, jak je třeba vykládat v evropském nařízení použitý pojem „právo“.³ Ve věci byla tato otázka rozhodující pro posouzení, zda musejí národní právní řády formou právního předpisu předem stanovit kritéria vážného nebezpečí útěku jako jedné z podmínek zajištění cizince, nebo zda stačí, pokud jsou tato kritéria vymezena aplikační praxí. V případě se střetly dvě odlišné koncepce. Podle formálního pojetí právo zahrnuje pouze psané legislativní akty. Naopak podle materiálního pojetí tento pojem zahrnuje i aplikační praxi tyto akty vykládající. Soudní dvůr se přiklonil k formálnímu pojetí práva, tedy k požadavku na jejich zakotvení v právním předpise, které dle něj lépe naplňuje požadavek právní jistoty adresátů práva a zároveň lépe zamezuje svévoli aplikujících orgánů.

Právní teorii se občas vyčítá, že hovoří starodávným způsobem, nereflektujícím realitu současné právní praxe.⁴ Přidržíme-li se tónu zmíněné výtky, máme za to, že ve věci *Al Chodor* se role obrátily a právní praxe se bez většího odůvodnění přiklonila ke starodávnému konceptu pojetí práva, aniž by reflektovala současný stav právní teorie. Materiální pojetí práva podle nás nejenže právní jistotu adresátů práva a omezení svévole aplikačních orgánů zajistí minimálně obdobně jako formální pojetí, ale navíc i ve větší míře naplňuje požadavek posuzování každého případu s ohledem na jeho konkrétní okolnosti.

V tomto článku rozhodnutí ve věci *Al Chodor* právněteoreticky rozebíráme. Článek je rozdělen do pěti částí. První část rekapituluje okolnosti případu *Al Chodor*. Část druhá popisuje konstrukci ve věci aplikované právní úpravy. Třetí část představuje v případě si konkurující formální a materiální pojetí práva. Ve čtvrté části obě tato pojetí porovnáváme

z hlediska kritérií vymezených Soudním dvorem. Pátá část se věnuje související novele zákona o pobytu cizinců⁵ a úpravě v ostatních členských státech a rozebírá jejich soulad se závěry Soudního dvora ve věci *Al Chodor*. Na závěr celý článek shrnujeme.

Rekapitulace rozhodnutí ve věci *Al Chodor*

Al Chodorovi jsou původem z Iráku. V květnu 2015 je zadržela česká policie na benzínové pumpě na dálnici D8. Al Chodorovi nepředložili žádný doklad prokazující jejich totožnost. V následujícím správním řízení uvedli, že míří do Německa. Svou vlast opustili z důvodu obsazení své vesnice teroristickou organizací Islámský stát. Policie dále zjistila, že požádali o azyl na území Maďarska. Za účelem jejich předání zpět do tohoto státu je zajistila.⁶

Podle čl. 28 odst. 2 nařízení Dublin III „[č]lenské státy mohou zajistit dotyčnou osobu za účelem jejího přemístění podle tohoto nařízení, existuje-li vážné nebezpečí útěku na základě posouzení každého jednotlivého případu, a pouze pokud je zajištění přiměřené a nelze účinně použít jiná mírnější donucovací opatření“. Nebezpečím útěku se podle čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III rozumí „existence důvodů, které se zakládají na objektivních kritériích vymezených právními předpisy [resp. právem – viz pozn. č. 3], pro které je možné se v konkrétním případě domnívat, že [osoba] může uprchnout“.

Krajský soud v Ústí nad Labem zajištění zrušil. Podle jeho názoru zákon o pobytu cizinců ani jiný právní předpis nestanoví objektivní kritéria pro posouzení nebezpečí útěku, a zajištění dle čl. 28 nařízení Dublin III proto nelze v České republice aplikovat. NSS s krajským soudem nesouhlasil, neboť pojem právo je dle něj třeba chápat v materiálním smyslu, jak to dle NSS ostatně činí i ustálená judikatura Evropského soudu pro lidská práva (ESLP). Vzhledem k ustálené aplikační praxi v České republice je tak podle NSS požadavek na zákonné zakotvení daných kritérií příliš formalistický.⁷ Jelikož se k této otázce Soudní dvůr ještě nevyjádřil a její řešení nešlo

² Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 3. 2017, A. C., C-528/15 (rozsudek ve věci *Al Chodor*).

³ Terminologie evropského právního předpisu se v jednotlivých jazykových verzích liší (právo, právní předpis, zákon; viz následující část tohoto článku). Ze všech jazykových verzí volíme terminologii těch, které hovoří o „právu“. Pojem právo je ze všech pojmů nejvíce mnohoznačný, a nejlépe tak vystihuje jádro problému.

⁴ TAMANAHA, B. Z. *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*. Oxford 1997, str. 249–251.

⁵ Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, v rozhodném znění (zákon o pobytu cizinců).

⁶ Ustanovení § 129 odst. 1 zákona o pobytu cizinců ve spojení s čl. 28 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 604/2013 ze dne 26. června 2013, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádosti o mezinárodní ochranu podané státním příslušníkem třetí země nebo osobou bez státní příslušnosti v některém z členských států (nařízení Dublin III).

⁷ Usnesení NSS ze dne 24. 9. 2015, čj. 10 Azs 122/2015-88 (předkládací usnesení), bod 20.

považovat za jednoznačný výklad evropského práva, NSS se na Soudní dvůr obrátil s následující předběžnou otázkou: „Má samotná skutečnost, že zákon nevymezil objektivní kritéria pro posuzování vážného nebezpečí útěku cizince [čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III], za následek neaplikovatelnost institutu zajištění dle čl. 28 odst. 2 téhož nařízení?“⁸

Soudní dvůr na otázku odpověděl kladně: Objektivní kritéria pro posuzování vážného nebezpečí útěku žadatele o mezinárodní ochranu musí vymezit právní předpis. Ve svém třístránkovém odůvodnění se Soudní dvůr ztotožnil s argumentací generálního advokáta H. Saugmandsgaard Øe a spíše v heslech odkazuje na ve stanovisku více rozvinuté argumenty. Při rekapitulaci názoru Soudního dvora tedy čerpáme nejen z rozsudku, ale i ze stanoviska generálního advokáta. Soudní dvůr nejprve konstatoval rozdíly mezi jazykovými verzemi čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III. V kontrastu s českým pojmem „právní předpis“, německým spojením „objektiven gesetzlich festgelegten Kriterien“ a španělským a bulharským použitím pojmu „zákon“ anglická, slovenská a polská verze obsahují významově širší pojem „právo“.⁹ Následně Soudní dvůr přistoupil k posouzení účelu a celkové systematiky právní úpravy.¹⁰ Nařízení Dublin III oproti předchozí právní úpravě zesílilo záruky zajišťovaných osob: Zajištění musí být přiměřené a lze k němu přistoupit, pouze existuje-li vážné nebezpečí útěku cizince a nelze-li použít jiná, mírnější donucovací opatření.¹¹ Z uvedeného je zřejmý záměr unijního normotvůrce omezit zajištění žadatelů pouze na výjimečné případy. Ustanovení, jež dovolují členským státům zajistit žadatele, musejí být vykládána restriktivně.¹²

Zajištění představuje závažný zásah do osobní svobody žadatelů, a je proto podmíněno existencí striktních záruk, jimiž jsou existence právního základu, srozumitelnost, předvídatelnost, dostupnost a ochrana před svévolí.¹³ První z těchto záruk, tj. existence právního základu, je podle Soudního dvora

v posuzovaném případě splněna, neboť omezení výkonu práva na svobodu je v daném případě založeno na čl. 28 odst. 2 nařízení Dublin III ve spojení s čl. 2 písm. n) tohoto nařízení, které je legislativním aktem Unie.¹⁴ Kritéria musejí být jasně vymezena závazným a předem známým způsobem, aby se jednotlivci mohli seznámit s rozsahem svých práv a povinností a předvídat důsledky svého chování.¹⁵ Požadavek právní jistoty, jakož i garanci vysoké úrovně ochrany může naplnit pouze obecně závazný právní předpis.¹⁶ Tato forma také nejlépe vyhovuje požadavkům externí kontroly posuzovací pravomoci správních orgánů a s tím spojené ochrany žadatelů před svévolí. Obsah kritérií musejí v obecné rovině určit orgány institucionálně odlišné od orgánů, které je aplikují v konkrétním případě.¹⁷ Stanovení kritérií pouze skrze ustálenou judikaturu požadavkům právní jistoty a ochrany před svévolí nevyhovuje.¹⁸ Výčet kritérií nebezpečí útěku je roztržštěný, neboť se dovozuje případ od případu, aplikační praxe se může vyvíjet a bez zajištění publicity této praxe nemůže být zaručena její dostupnost pro jednotlivce.¹⁹

K odkazu na materiální pojetí práva v judikatuře ESLP Soudní dvůr poznamenal, že význam pojmu „právo“ ve smyslu čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III je autonomní oproti významu obdobného pojmu v judikatuře ESRP. Evropská úmluva o lidských právech tvoří pouze minimální úroveň ochrany, přičemž unijní právo může poskytnout ochranu vyšší.²⁰

Za účelem přesnějšího vymezení následně diskuse považujeme za důležité zdůraznit, že předmětem sporu v případě *Al Chodor* nebyla otázka právního základu omezení osobní svobody cizince. Tento požadavek byl podle Soudního dvora naplněn.²¹ Jako právní základ omezení základního práva sloužil čl. 28 odst. 2 a čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III, dle kterého, stručně řečeno, lze cizince zajistit, jestliže hrozí nebezpečí jeho útěku. Požadavek Listiny základních práv Evropské unie, aby omezení osobní svobody mělo právní

⁸ Předkládací usnesení.

⁹ V různých jazykových verzích zkoumané evropské právní normy se tedy vyskytují tři různé pojmy: právo, zákon a právní předpis.

¹⁰ Rozsudek ve věci *Al Chodor*, body 31 a 32.

¹¹ Rozsudek ve věci *Al Chodor*, body 34 a 35; stanovisko generálního advokáta, bod 48.

¹² Stanovisko generálního advokáta ve věci *Al Chodor*, body 56 a 57.

¹³ Rozsudek ve věci *Al Chodor*, bod 40.

¹⁴ Rozsudek ve věci *Al Chodor*, bod 41.

¹⁵ Rozsudek ve věci *Al Chodor*, bod 42; stanovisko generálního advokáta, body 62 a 63.

¹⁶ Rozsudek ve věci *Al Chodor*, bod 43; stanovisko generálního advokáta, bod 71.

¹⁷ Rozsudek ve věci *Al Chodor*, bod 44; stanovisko generálního advokáta, body 81 a 82.

¹⁸ Rozsudek ve věci *Al Chodor*, bod 45. Na tomto místě je třeba zdůraznit, že samotný rozsudek žádné důvody pro závěr, že ustálená judikatura stanoveným požadavkům nevyhovuje, neobsahuje.

¹⁹ Stanovisko generálního advokáta ve věci *Al Chodor*, body 74, 75 a 78.

²⁰ Stanovisko generálního advokáta ve věci *Al Chodor*, body 42 a 43.

²¹ Rozsudek ve věci *Al Chodor*, body 40 a 41. K problémům materiálního pojetí práva a (převážně demokratického aspektu) principu legality srov. LUPO, N. – PICCIRILLI, G. The Relocation of the Legality Principle by the European Courts' Case Law. *European Constitutional Law Review*, 2015, č. 11, str. 55–77.

základ, je tak při kterémkoliv řešení sporné otázky ve věci *Al Chodor* naplněn. Z důvodů zvýšení právní ochrany cizinců ovšem sekundární unijní právo nad rámec zásady legality stanovilo další požadavek: Při výkladu v unijním předpise užitého pojmu „hrozba nebezpečí útěku“ lze použít pouze právem předem stanovená kritéria.²² Předmětem sporu ve věci *Al Chodor* byl výklad právě tohoto nadstandardního požadavku sekundárního práva.²³

Teoretická podstata konstrukce právní úpravy

V případě *Al Chodor* je vykládaná evropská právní úprava kombinací legální definice, neurčitého právního pojmu a omezení uvážení při jeho aplikaci.

Dosazením legální definice v čl. 2 písm. n) nařízení Dublin III za pojem „nebezpečí útěku“ vznikne následující znění pravidla: Členské státy mohou na základě individuálního posouzení zajistit dotyčnou osobu, existují-li důvody, které se zakládají na objektivních kritériích vymezených právními předpisy, pro které je možné se v konkrétním případě domnívat, že osoba může uprchnout.

Neurčitým právním pojmem je spojení „důvody, pro které je možné se v konkrétním případě domnívat, že osoba může uprchnout“ (dále pro lepší čtivost zkracujeme jako „důvody nebezpečí útěku“).²⁴ U neurčitého právního pojmu není z jazykového vyjádření zřejmé, na jaký okruh případů se vztahuje.²⁵ Při aplikaci takového pojmu na konkrétní případ mohou nastat tři situace: 1) případ se nachází v jádru

pojmu, 2) případ se nachází mimo oblast pojmu, 3) případ se nachází v neurčité části pojmu (není zřejmé, zda pod pojem spadá, či nikoliv).²⁶

Neurčité právní pojmy narušují právní jistotu, neboť pro adresáta právního předpisu není ze samotného textu zjevné, jaký je obsah a rozsah příslušného pojmu.²⁷ V takových situacích „nezbývá, než aby konečné rozhodnutí o tom, co v konkrétním případě být má, učinil orgán, který bude příslušné ustanovení aplikovat. Dochází tak vlastně k přenesení rozhodovací pravomoci na jiný orgán [...]“.²⁸

V prostoru daném aplikujícím orgánem pro rozhodnutí, který případ pod neurčitý právní pojem spadne a který nikoliv, disponuje aplikující orgán tzv. uvážením (diskrecí).²⁹ Koncept uvážení se používá tam, kde rozhodování bude záviset na konkrétních, různorodých a nepředvídatelných skutkových okolnostech. Aplikujícímu orgánu umožňuje zvážit mnoho soupeřících faktorů, jejichž váha a relevance je vysoce závislá na kontextu případu.³⁰

V případě zajišťování cizinců tak neurčitý právní pojem „důvody nebezpečí útěku“ umožňuje aplikujícímu orgánu vzít v úvahu situaci konkrétního cizince. Indicie o možném útěku budou záviset například na tom, jak, odkud a kam cizinec cestuje. Tyto okolnosti se přitom v místě i čase proměňují.

Dalším prvkem konstrukce relevantní úpravy je omezení svěřeného uvážení: Důvody nebezpečí útěku se musejí zakládat na objektivních kritériích vymezených právem.

Rozhodování orgánu zmocněného k uvážením je vždy omezené.³¹ To platí, i když zmocňující orgán nestanoví výslovně žádné standardy,

²² Viz systematický výklad sekundárního práva v oblasti mezinárodní ochrany spolu s analýzou záměru unijního normotvůrce při přijímání nařízení Dublin III v rozsudku ve věci *Al Chodor*, body 33–35, a stanovisku generálního advokáta, body 46–58.

²³ NSS se požadavkem zákonného základu omezení osobní svobody ve smyslu čl. 8 odst. 2 Listiny základních práv a svobod v předkládacím usnesení ani následném meritorním rozhodnutí explicitně nezabýval. Implicitně však tuto podmínku musel považovat za splněnou; jinak by ani Soudnímu dvoru nepokládal předběžnou otázku a rozhodnutí o zajištění by pro ústavní nedostatek zákonného základu pro omezení osobní svobody sám zrušil. NSS patrně za zákonný základ považoval § 129 odst. 1 zákona o pobytu cizinců ve znění v době zajištění rodiny, dle kterého policie může zajistit cizince za účelem jeho předání do jiného členského státu dle unijního práva. Může být otázkou, zda byl tento implicitně učiněný závěr NSS správný. Pro závěr Soudního dvora je však řešení této otázky nerozhodné, neboť na výklad prováděný Soudním dvorem pochopitelně požadavky vnitrostátní Listiny nemají žádný vliv. Jelikož se tento článek týká právě názoru Soudního dvora, otázce souladnosti české úpravy s Listinou se v něm nevěnujeme.

²⁴ Jedná se spíše o neurčité slovní spojení. Právněteoretický přístup k neurčitým právním pojmům lze ovšem bezvýtku aplikovat i na většinu jazykové významové celky (věty, soubory vět atd.). Viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vyd., Praha 2011, str. 97. Protože se i v takových případech běžně hovoří o neurčitém právním pojmu, tohoto označení se držíme i my.

²⁵ Tamtéž, str. 112.

²⁶ Tamtéž, str. 112 a násl.

²⁷ Tamtéž, str. 113.

²⁸ Tamtéž.

²⁹ ZIPPELIUS, R. *Introduction to German legal methods*. Durham, N. C., 2008, str. 137–143. Uvážení dané neurčitým právním pojmem je jedna ze dvou forem uvážení. Druhá forma je uvážení stran výběru důsledku aplikované právní normy. Tamtéž. Viz také KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha 2002, str. 35–36. Ve správním právu se soudní přezkoumání obou forem uvážení provedeným správním orgánem liší – uvážení správního orgánu při výkladu neurčitého právního pojmu soud přezkoumává plně, uvážení ohledně důsledku aplikované normy naopak deferenčně. Patrně aby se obě formy v praxi odlišily, správněprávní slovník používá pojem „správní uvážení“ pouze pro druhou formu uvážení. V případě první formy uvážení hovoří o „výkladu neurčitého právního pojmu“ (viz KOPA, M. Soudní přezkoumání výkladu a použití neurčitých právních pojmů správními orgány – in dubio pro libertate v praxi? *Právní rozhledy*, 2016, č. 1, str. 26–30). I ve správním právu ale v obou případech stále jde o uvážení, ač v jiné formě a s jinými důsledky. Při aplikaci rozebírané úpravy zajišťování jde o první formu uvážení. Uvážení správního orgánu při výkladu pojmu „nebezpečí“ tedy soudy plně přezkoumávají.

³⁰ Srov. obecně k práci s obecnými standardy v právu MACCORMICK, N. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford 2005, str. 170–173.

³¹ Srov. Dworkinovu diskreci ve slabém a v silném slova smyslu. První z nich dle Dworkina v právu neexistuje. DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Londýn 1977, str. 31 a násl. Podobně judikuje v souvislosti se správním uvážením i NSS, dle kterého „[...] neomezené správní uvážení v moderním právním státě neexistuje [...]“. Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 23. 3. 2005, čj. 6 A 25/2002-42, č. 906/2006 Sb. NSS.

podle kterých má zmocněný orgán uvážení provádět. Aplikující orgán vždy omezuje například rámec vymezený neurčitým právním pojmem, cíl právní úpravy, princip proporcionality nebo ústavní požadavek rovnosti před zákonem.³²

Sama k uvážení zmocňující norma v sobě ovšem může obsahovat i další – výslovné – omezení tohoto uvážení.³³ K takovému dodatečnému omezení diskrece zmocňující autorita přistupuje tehdy, má-li za to, že prostor pro uvážení zmocněné autority je moc velký, což by se mohlo projevit v častém rozhodování v rozporu s představou této autority. Výslovné omezení uvážení může být příkladné nebo výlučné. V prvním případě jde o faktory, které je třeba při aplikaci zohlednit, vzít v úvahu je však možné i jiné.³⁴ V druhém případě jde o jediná kritéria, na základě kterých je možné uvážení provést. Kromě výše uvedených obecných omezení uvážení, která se aplikují vždy, nesmí aplikující orgán brát jiné než uvedené faktory v úvahu.

Rozebíraná evropská úprava omezuje uvážení aplikujících orgánů výslovným požadavkem, aby důvody, proč v jednotlivém případě hrozí nebezpečí útěku, byly založené na základě objektivních kritérií uvedených v právu členského státu. Kritéria, která nejsou předem stanovena v určité formě – nejsou uvedena v právu členského státu –, aplikující orgán při provádění uvážení zohlednit nesmí. Předmětem sporu v případě *Al Chodor* byla otázka výkladu tohoto požadavku na formu použitých kritérií: Jedná se o požadavek, aby kritéria uvážení stanovil právní předpis, nebo postačí, pokud je vymezuje aplikační praxe?

Formální vs. materiální pojetí práva

Odpověď na položenou otázku je třeba hledat v teoretickém odlišení formálního a materiálního pojetí práva. Právo ve formálním smyslu je pouze to, co je jako právo daným právním

systémem označeno, v kontinentálních právních systémech především obecné normativní akty, tedy právní předpisy. V materiálním smyslu je naopak právem vše, z čeho lze usoudit na obsah práva ve společnosti skutečně působící.³⁵ Kromě právních předpisů zahrnuje i autonomní novotvorbu, judikaturu a správní praxi.³⁶

Teoretická otázka, co je třeba chápat pod pojmem právo, či spíše vypořádávání se s důsledky používání užšího pojmu „zákon“ namísto pojmu „právo“, tradičně vyvstává ve dvou oblastech. První se týká závaznosti soudních rozhodnutí v kontinentálním právním systému. Řada ústav obsahuje ustanovení obdobné čl. 95 odst. 1 Ústavy České republiky, které stanoví, že soudce je vázán pouze zákonem.³⁷ Druhou oblastí je řešení zásahu do základních práv, který je dle Evropské úmluvy o lidských právech, Listiny základních práv a svobod České republiky i Listiny základních práv EU možný pouze na základě zákona. V případě *Al Chodor* se nejednalo ani o jednu z těchto základních otázek ústavního práva, nýbrž o výklad pojmu „právo“ použitý evropským zákonodárcem.

V případě *Al Chodor* se Soudní dvůr přiklonil k formálnímu pojetí práva. Zákon je oproti aplikační praxi srozumitelnější, předvídatelnější a dostupnější. Navíc jednotlivce lépe ochrání před svévolí aplikačních orgánů.³⁸

Naproti tomu ESLP konstantně judikuje, že pojem „právo“³⁹ je třeba chápat v materiálním smyslu. Podle ESLP „by bylo chybou zveličovat rozdíly mezi zeměmi common law a kontinentálními státy [...]. Soudcovské právo tradičně hraje mimořádně důležitou roli v kontinentálních zemích, a to v takové míře, že celá právní odvětví jsou nezdídkou vytvořením rozhodnutí soudů [...]. Pokud by bylo soudcovské právo na kontinentu přehlíženo, tento Soud by podkopával základy právního systému kontinentálního státu stejně tak, jako by v rozhodnutí *Sunday Times* ze dne 26. dubna 1979 byly ‚vyvráceny samotné kořeny‘ právního systému Spojeného království, pokud

³² ZIPPELIUS, R., c. d., str. 142.

³³ Tamtéž, str. 139. Podobně také KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha 1995, str. 188, dle kterého je pravidlem, že zákon zároveň rozhodujícím orgánem dává určitá obecná pravidla rozhodování.

³⁴ Srov. např. § 29c zákona č. 246/1992 Sb., na ochranu zvířat proti týrání, ve znění od 1. 10. 2017: „Ministerstvo poskytne kompenzační příspěvek na žádost chovatelů, který prokáže, že by se ukončením chovu zvířat pro kožešiny jinak bez své viny dostal do vážných obtíží s plněním dlouhodobých finančních závazků [...]. Při určování výše kompenzačního příspěvku podle tohoto odstavce přihlídně ministerstvo zejména k celkové výši neuhrazených závazků, jejich účelnosti a tržní hodnotě majetku využívaného v souvislosti s chovem.“

³⁵ BOBEK, M. – KÜHN, Z. a kol. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vyd., Praha 2013, str. 32.

³⁶ KÜHN, Z. Správní řád a problematika správní praxe. In: Rajchl, J. a kol. *Správní řád. 10 let v akci*, Praha 2016, str. 206.

³⁷ K podrobnější diskusi problematiky viz ŠIMÍČEK, V. – SUCHÁNEK, R. a kol. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha 2010, str. 1284 nebo příspěvek J. Wintra a Z. Kühna na konferenci Závaznost soudních rozhodnutí, pořádané Nejvyšším soudem České republiky, červen 2017 (záznam dostupný na <<http://conference2017.supremecourt.cz/zaznam-konference/>>).

³⁸ Více k důvodům Soudního dvora srov. předchozí část tohoto článku.

³⁹ ESLP ve své judikatuře hovoří o „zákonu“ v materiálním smyslu, neboť obdobně jako v Listině základních práv a svobod je v textu Evropské úmluvy uvedeno, že jednotlivá lidská práva lze omezit pouze zákonem. Jak již bylo uvedeno výše, v tomto textu používáme pojem „právo“ bez ohledu na to, zda text dané právní úpravy používá pojem „právo“, „zákon“, či „právní předpis“. Účel použitého pojmu je totiž vždy stejný, jde jen o stanovení, jaký výklad pojmu zajistí tento účel lépe.

by bylo common law vyloučeno z pojmu ‚zákon‘. Ve sféře regulované psaným právem je ‚zákon‘ účinný právní předpis v podobě, jak jej soudy interpretovaly, a to popřípadě i ve světle společenského vývoje, pokud to bylo nezbytné.⁴⁰ Přístup ESLP je pragmatický a orientovaný vůči adresátu právní regulace, kterému nejde o doktrinární kategorie vytvořené v jednotlivých národních rádech, ale o seznatelnost a předvídatelnost práva. Pragmatický přístup, který chápe právo v materiálním smyslu, tak „znemožňuje tvrdit, že něco není pramenem práva, když to obsah práva určuje“.⁴¹

Ústavní soud na judikaturu jako na součást širšího pojetí práva odkázal například v kauze řešící protiústavní mezeru v úpravě regulovaného nájemného. V situaci nečinnosti zákonodárce „je na obecných soudech, aby naplnily podmínku čl. 4 odst. 2 Listiny, podle které mohou být meze základních práv stanoveny pouze zákonem, a při nečinnosti zákonodárce vyplnily mezeru v právním řádu svou judikaturou, kterou lze v takovém případě považovat za zákon v materiálním smyslu“.⁴² Obecné soudy tedy nemohou aprobovat faktickou petrifikaci porušování vlastnického práva pronajímatelů z důvodu nepřijetí zákonné úpravy deregulace nájemného, nýbrž mají ústavní povinnost meze omezení vlastnického práva nastavit vlastní judikaturou. Podle materiálního pojetí je tak obsah práva širší než jen pravidla výslovně stanovená textem právního předpisu; v úvahu je třeba brát, jak soudy dané předpisy vykládají.

Vzhledem k orientaci materiálního pojetí práva i na aplikační praxi Ústavní soud klade zvýšené požadavky na činnost právo aplikujících orgánů. Jejich postup má být předvídatelný.⁴³ „Stabilita právního řádu a právní jistota je ovlivňována nejen legislativní činností státu (tvorbou práva), ale též činností státních orgánů aplikujících právo, neboť teprve aplikace a interpretace právních norem vytváří ve veřejnosti vědomí toho, co je a co není právem. Stabilitu práva, právní jistotu jednotlivce a v konečném důsledku též míru důvěry občanů

v právo proto ovlivňuje i to, jakým způsobem orgány aplikující právo, tedy především soudy, přistupují k výkladu právních norem.“⁴⁴

Na judikaturu Ústavního soudu navazuje NSS, který pro vznik normotvorné správní praxe požaduje splnění přísných požadavků. Podle rozšířeného senátu NSS „správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Jen taková správní praxe je doplněním psaného práva a je způsobilá modifikovat pravidla obsažená v právní normě.“⁴⁵

Materiální pojetí práva podle ESLP, Ústavního soudu i NSS zvyšuje právní jistotu adresátů práva, neboť se nespokojí s vymezením pravidel v právních předpisech, nýbrž požaduje, aby tato pravidla byla vykládána konzistentním a předvídatelným způsobem.

Širší pojetí práva a s ním spojené přísné požadavky na dodržování základních zásad právního státu i aplikační praxí odrážejí evropské historické zkušenosti.⁴⁶ Dvě totality 20. století ukázaly, že zákon není dostatečným garantem předvídatelnosti a trvalosti právních pravidel, pokud je aplikační praxe může výkladem svévolně měnit. Po uchopení moci byli nacisté i komunisté konfrontováni s masou dosud platného demokratického práva zakotveného v zákonech. Rychlé změny obsahu právních pravidel dosáhli prostřednictvím hodnotového výkladu práva.⁴⁷ V nacistickém Německu muselo být veškeré platné právo vykládáno ve světle vůle Vůdce, v komunistickém Československu pak v souladu s povahou a úkoly lidovědemokratického zřízení.⁴⁸ Formálněprávním ztotožněním práva se zákonem a vytěsněním aplikační praxe z pojmu „právo“ a požadavků právního státu tak právo aplikující orgány dostaly neomezený prostor k svévolnému měnění právních pravidel a k popírání práva v individuálních případech. Tomuto má materiální pojetí práva zabránit.

⁴⁰ *Kruslin proti Francii*, rozsudek ESLP ze dne 24. dubna 1990, č. 11801/85, § 29; *Müller a ostatní proti Švýcarsku*, rozsudek ESLP ze dne 24. 5. 1988, č. 10737/84, § 29; *Markt Intern Verlag GmbH a Klaus Beermann proti Německu*, rozsudek pléna ESLP ze dne 20. listopadu 1989, č. 10572/83, § 30.

⁴¹ BOBEK, M. – KÜHN, Z. a kol., c. d., str. 33.

⁴² Nález ÚS ze dne 8. 2. 2006, sp. zn. IV. ÚS 611/05.

⁴³ Nález ÚS ze dne 24. 6. 2015, sp. zn. IV. ÚS 2798/14.

⁴⁴ Nález ÚS ze dne 20. 9. 2006, sp. zn. II. ÚS 566/05.

⁴⁵ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 21. 7. 2009, čj. 6 Ads 88/2006-132, *L'ORÉAL*, publ. pod č. 1915/2009 Sb. NSS.

⁴⁶ WAGNEROVÁ, E. Politický systém, právo a jeho výklad. In: *Jiné právo* [online]. 23. 11. 2007. Dostupné na <<http://jinepravo.blogspot.cz/2007/11/politick-systm-prvo-jeho-vklad.html>>.

⁴⁷ Ke střídaní hodnotové a vázané aplikace práva ve středoevropském kontextu viz zejména KÜHN, Z. *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace*. Praha 2005, str. 201.

⁴⁸ BOBEK, M. Jak je důležité být textualistou: o okouzlení hodnotovým výkladem práva a historické paměti středoevropského soudce. In: Příbáň, J. – Holländer, P. – Baňouch, H. (eds.). *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*, Praha 2011, str. 194.

Porovnání formálního a materiálního pojetí práva z hlediska kritérií stanovených Soudním dvorem

V této části článku formální a materiální pojetí porovnáme z hlediska hodnot stanovených Soudním dvorem. Ptáme se, zda opravdu pouze formální pojetí práva může naplnit požadavky srozumitelnosti, předvídatelnosti, dostupnosti a ochrany před svévolí. Má být normativním zdrojem kritérií posuzování nebezpečí útěku právní předpis, nebo jím může být i aplikační praxe?

Nejprve oba koncepty práva porovnáme v jejich statické, tzn. v situaci, kdy se regulativní systém již plně vyvinul. Následně analyzujeme dynamiku obou pojetí, tedy vznik a změnu regulace. Toto rozdělení nám umožní lépe strukturovat vlastnosti obou konceptů a jejich rozdíly. Nad problematikou se zamýšlíme pomocí fungování obou konceptů jako systémů. Naopak se nezabýváme hodnocením konkrétní právní úpravy a aplikační praxe. Takto postupujeme z toho důvodu, že ani Soudní dvůr svůj závěr nezaložil na vlastnostech konkrétní úpravy nebo konkrétní aplikační praxe, ale odmítl materiální pojetí práva jako takové. Podle Soudního dvora správní praxe spolu s judikaturou nemohou nikdy poskytnout takovou záruku právní jistoty a ochrany proti svévoli jako právní předpis. Proti tomuto paušálnímu odmítnutí materiálního pojetí práva se v článku vymezujeme.

Porovnání obou pojetí práva v jejich statické

Představme si jednoznačnou aplikační praxi, která vychází z vymezení čtyř kritérií pro posuzování hrozby nebezpečí útěku. Kdyby nebezpečí útěku hrozilo na základě důvodu, který nemá v kritériích odraz, správní orgány cizince nezajistí. Nejvyšší soud v dané jurisdikci tato čtyři kritéria jako jediná přípustná kritéria posuzování útěku opakovaně judikuje, správní orgány to akceptují. Ministerstvo vnitra, nadřízený správní orgán v oblasti zajišťování cizinců, dokonce stanovilo vnitřní instrukci, že správní orgány mohou brát

v úvahu při posuzování nebezpečí útěku pouze tato čtyři kritéria.⁴⁹

Na rozdíl od Soudního dvora nepovažujeme za dané, že právní předpisy jsou srozumitelnější než aplikační praxe. Mohou být, často však nejsou. Nezřídka největší výzva při aplikaci práva je z nesrozumitelné právní úpravy pocházející z více právních systémů⁵⁰ vyabstrahovat srozumitelná pravidla schopná aplikace. I proto správní orgány často nesrozumitelnou právní úpravu adresátům práva vysvětlují v různých příručkách a pomůckách.⁵¹

Rozdíl mezi formálním a materiálním pojetím práva ještě více vynikne při uvažování kritéria předvídatelnosti práva. Soudní dvůr uvádí, že adresáti práva mohou lépe předvídat, zda budou zajištěni, pokud budou kritéria ve formě právního předpisu.⁵² Podle našeho názoru předvídatelnost práva lépe zajišťuje právo v materiálním pojetí.

Podle materiálního pojetí význam právního předpisu není určován textem zákona, ale až aplikační praxí tento text vykládající.⁵³ Aplikační praxe text právního předpisu „nejen dotváří (dává obsah neurčitým pojmům v zákoně obsaženým, odstraňuje konflikty mezi jednotlivými normami, precizuje význam pojmů sice obecně určitých, ovšem problematických v problémových případech), ale nezřídka též přetváří (z důvodů teleologických nebo různých ‚konformních‘ výkladů nalézají výjimky z dopadu normy, které v zákonném textu obsaženy nejsou, nebo naopak různě význam textu rozšiřuje nad jeho obvyklý význam). Hranice mezi dotvářením a přetvářením zákona navíc zdaleka není jednoznačná. Rétorika interpretace jen zřídka připustí, že zákon v podstatě přepisuje.“⁵⁴

Obdobně podle Ústavního soudu „teprve aplikace a interpretace právních norem vytváří ve veřejnosti vědomí toho, co je a co není právem. Stabilitu práva, právní jistotu jednotlivce a v konečném důsledku též míru důvěry občanů v právo a v instituce právního státu jako takové proto ovlivňuje i to, jakým způsobem orgány aplikující právo [...] přistupují k výkladu právních norem.“⁵⁵

Rídit se pravidlem znamená ze své podstaty společenskou praxi, která ukazuje skutečný

⁴⁹ Popsaný scénář nemusí být zase tak idealistický a nereálný. Takto nějak byla popsána praxe NSS v předkládacím usnesení (bod 18) a za základ úvah ji vzali i generální advokát (body 25 a 26 stanoviska) a Soudní dvůr (bod 22 rozsudku ve věci *Al Chodor*).

⁵⁰ KYSELA, J. Měníci se struktura právního řádu a jeho atributy In: Tomášek, M. – Gerloch, A. *Nové jevy v právu na počátku 21. století*, Praha 2010, str. 80–97.

⁵¹ Srov. např. příručky a metodické pomůcky na stránkách Ministerstva vnitra. Dostupné na <<http://www.mvcr.cz/clanek/prirucky-a-metodicke-pomucky.aspx>>. V souvislosti přímo s cizinci srov. informační publikace pro cizince. Dostupné na <<http://www.mvcr.cz/clanek/informacni-publikace-pro-cizince.aspx>>.

⁵² Rozsudek ve věci *Al Chodor*, bod 43.

⁵³ KÜHN, Z., *Správní*, str. 206.

⁵⁴ Tamtéž, str. 207. Viz také ZIPPELIUS, R., c. d., str. 107.

⁵⁵ Nález ÚS ze dne 20. 9. 2006, sp. zn. II. ÚS 566/05.

význam pravidla.⁵⁶ Zajímá-li cizince, jaká kritéria správní orgány berou při posuzování nebezpečí útěku v úvahu, zjistí to spíše seznámením se s praxí aplikačních orgánů než nahlédnutím do textu právního předpisu. I v případě stanovení kritérií v právním předpise bude jeho osud záležet na tom, zda aplikační praxe zákonná kritéria přijímá, zda je považuje za taxativní, či demonstrativní, zda aplikuje skutečně všechna kritéria, nebo zda u některých výkladem dovodila, že ze substantivních důvodů nemohou být aplikována. Odpovědi na tyto otázky cizince zajímají. Znalost, jak k předpisům přistupuje aplikační praxe, mu umožní lépe předpovědět, „co je právo“, než znalost textu právního předpisu. Kritéria již uchopená aplikační praxí mu zajišťují větší předvídatelnost práva než kritéria vymezená v právním předpise.

Dostupnost psaného práva je dalším argumentem Soudního dvora, proč preferovat formální pojetí práva. Právní předpisy jsou dle Soudního dvora lépe dostupné než aplikační praxe. Předpisy jsou publikované a jednotlivec může na jednom místě nalézt kritéria, která aplikační orgány mohou při aplikaci práva zvažít.⁵⁷ Kritéria založená na základě aplikační praxe jsou naopak roztržštěná.

S tímto nesouhlasíme. Možnost seznámení se s psaným právem je důležitá, právu ovšem stačí právě jen ta možnost, a to např. oproti pohodlnosti tohoto seznámení. A možnost seznámení se se správní praxí je stejná jako možnost seznámit se s právními předpisy. Jednou z podmínek vzniku závaznosti správní praxe je totiž její projevení navenek.⁵⁸ Navíc ani při ukotvení kritérií v právním předpise není nutné, aby všechna kritéria byla na jednom místě. Požadavek formy kritérií daný evropským právem ve světle interpretace Soudního dvora bude splněný i tehdy, pokud by kritéria byla rozmístěna v různých zákonech. Ostatně vzali-li bychom názor Soudního dvora do důsledku a spoléhali-li bychom pouze na oficiálně zveřejněné znění zákonů, českou novelu stanovující ona kritéria nelze nalézt v jednom dokumentu se zbytkem zákona o pobytu cizinců,⁵⁹ ale v zákoně č. 314/2015

Sb., kterým se mění zákon č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 221/2003 Sb., o dočasné ochraně cizinců, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony. Jestliže cizinec do tohoto předpisu nahlédne, v části druhé čl. III bodu 110 nalezne, že v § 129 se za odstavec 3 vkládá nový odstavec 4, který kritéria posuzování nebezpečí útěku stanoví.⁶⁰ Předností stanovení kritérií v právním předpise podle našeho názoru není jejich praktická dostupnost.

Další výhodou formálního pojetí práva dle Soudního dvora je, že tento přístup lépe než aplikační praxe zabrání svévoli aplikačních orgánů. Tento argument podle našeho názoru přehlíží způsob fungování materiálního pojetí práva.

Podle materiálního pojetí práva nelze závazné elementy v právu redukovat pouze na právní předpisy. Právní předpisy nepomohou soudci vyřešit složitý případ aplikace práva, a proto v takových případech skrze právní předpisy nutně prostupují extralegální standardy – např. spravedlnost, právní principy nebo judikatura –, které je mohou modifikovat.⁶¹ Aby se aplikující orgán nedopouštěl svévole, zavazují ho i tyto jiné standardy aplikaci práva ovlivňující.⁶²

Jedním z těchto závazných elementů je již vytvořená aplikační praxe. Judikatura NSS i ÚS již konstantně přiznává praxi správních orgánů určitou normativní sílu.⁶³ „Projevili se tedy správní praxe navenek, ve vztahu ke sféře adresátů práv a povinností, měla by být adresátům právních norem poskytnuta ochrana v jejich legitimním očekávání o kontinuální aplikaci dané právní normy.“⁶⁴ Jestliže se aplikační praxe vytvořila, správní orgán se od ní nemůže v jednotlivém případě odchýlit, neboť takový postup by byl libovůlí, která je v právním státě nepřípustná.⁶⁵ Ochrana legitimního očekávání v pokračování aplikační praxe tvoří i jednu ze základních zásad správního řádu.⁶⁶

Názor Soudního dvora, že stanovení kritérií v zákoně lépe zabrání svévoli než

⁵⁶ KÜHN, Z., *Správní*, str. 206.

⁵⁷ Stanovisko generálního advokáta, str. 74 a násl.

⁵⁸ KÜHN, Z., *Správní*, str. 207. Rozsudek ze dne 24. 2. 2010, čj. 6 Ads 88/2006-159, č. 2059/2010 Sb. NSS.

⁵⁹ Samozřejmě v praxi kdokoliv pracující se zákonem používá úplná znění zákonů vydávaná soukromými společnostmi. Jejich používání ale nemůže zákonodárce předpokládat. Tato zřejmá karikatura práce s právní úpravou má pouze ilustrovat náš argument, že forma právního předpisu nezbytně nezpůsobuje přehlednost právní regulace.

⁶⁰ K české novele se ještě vrátíme v následující části článku.

⁶¹ KÜHN, Z., *Aplikace práva soudcem*, str. 132–133.

⁶² DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, str. 31 a násl.

⁶³ Srov. např. nález ÚS ze dne 23. 1. 2008, sp. zn. I. ÚS 520/06, nebo rozsudek NSS ze dne 28. 4. 2005, čj. 2 Ans 1/2005-57, č. 605/2005 Sb. NSS.

⁶⁴ KÜHN, Z., *Správní*, str. 207.

⁶⁵ Rozsudek NSS ze dne 28. 4. 2005, čj. 2 Ans 1/2005-57, č. 605/2005 Sb. NSS.

⁶⁶ Viz § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu.

spoléhání se na normativní sílu aplikační praxe, tak neplatí. Jestliže aplikační praxe aplikuje určitá kritéria hrozby nebezpečí útěku, pro správní orgán jsou tato kritéria závazná. Nemůže si dovolit je neaplikovat. Jinými slovy, stanovení kritérií v aplikační praxi zabraňuje svévoli zcela stejným způsobem, jako by jí zabraňovala kritéria stanovená právním předpisem. Porušení těchto kritérií, zklamání adresátovy důvěry v pokračování správní praxe, by činilo rozhodnutí aplikujícího orgánu nezákonné.

Svévoli při aplikaci samozřejmě vyloučit nelze – aplikující orgán může, v rozporu s aplikační praxí, zajistit na základě nestanoveného kritéria. Tato hrozba ovšem existuje stejně i v případě kritérií uvedených v právním předpise. V obou případech je zajištění na základě nestanoveného kritéria v rozporu s právem a správní soud by před ním měl cizinci poskytnout ochranu. Nadto je třeba zdůraznit, že materiální pojetí práva tím, že aplikační praxi zahrnuje pod pojem „právo“, klade i na ni přísné nároky co do její srozumitelnosti, ustálenosti, řádného odůvodnění a dodržování základních zásad právního státu, jako je rovnost před zákonem, svoboda jednotlivce apod.

Kromě posouzení naplnění záruk omezení práva na svobodu argumentuje Soudní dvůr i požadavkem externí kontroly aplikujícího orgánu, tj. že obsah kritérií určuje instituce odlišná od té, která je aplikuje. Myšlenkou v pozadí tohoto argumentu může být jednak to, že oddělení autora a uživatele kritérií lépe zamezí svévoli aplikujícího orgánu. Jestliže kritéria vymýšlí i aplikuje stejná instituce, stačí jedna svévolná instituce a dochází ke svévolné aplikaci práva, přitom v souladu se stanovenými (svévolnými) kritérii. Jestliže ale kritéria vytváří zákonodárce a aplikuje je aplikační orgán, musely by být dvě instituce svévolné, aby aplikační praxe byla svévolná, a přitom zdánlivě dodržovala (svévolná) kritéria stanovená zákonem.

I tento argument je dle nás problematický. Počet institucí účastnících se vymezování a aplikování kritérií je totiž u obou pojetí práva stejný. Institucionálně aplikační praxi vytvářejí dvě oddělené části veřejné moci – moc výkonná a moc soudní. Stanoví-li správní orgán jako orgán moci výkonné svévolné kritérium, toto kritérium následně podléhá přezkumu organizačně oddělené instituce – soudu. Jestliže naopak soud vymezí ve své judikatuře svévolné kritérium, aby fakticky

docházelo ke svévolnému zajišťování, musela by toto svévolné kritérium přijmout i další organizačně oddělená instituce – správní orgán. Zákonodárce navíc může kdykoliv do aplikační praxe, pokud by mu připadala svévolná, zákonným stanovením kritérií zasáhnout. Jasný zákon má před aplikační praxí přednost. Při působení materiálního konceptu práva tedy nikdy není stanovení i aplikace v rukou jedné instituce, naopak se na chodu práva podílejí a vzájemně se hlídají stejní aktéři, jako je tomu při stanovení práva výlučně zákonodárcem.

Myslel-li Soudní dvůr požadavkem externí kontroly zajištění dodržování principu dělby moci, ani tento argument nepovažujeme za přílehlavý. V případě *Al Chodor* se nejedná o situaci, kdy by aplikační praxe vytvářela zcela nové pravidlo. Evropský zákonodárce jasně stanovil, že cizince je možné zajistit, jsou-li dány důvody nebezpečí útěku. Podstata problému spočívala v zajištění právní jistoty cizince a omezení svévole aplikujících orgánů pomocí stanovení zákonných kritérií tento pojem definujících, nikoliv v demokratické legitimitě zvolených kritérií. Není dle našeho názoru v rozporu s dělbou moci, pokud se zákonodárce rozhodl nepoužít dlouhý zákonný výčet kritérií nebezpečí útěku, ale spolehnul se na výklad neurčitěho právního pojmu aplikační praxi.

Porovnání obou pojetí práva v jejich dynamice

Dosud jsme srovnávali materiální a formální pojetí v situacích již vytvořené regulace. Část výtek Soudního dvora vůči materiálnímu pojetí práva se ovšem týká jeho dynamiky, tedy vytvoření aplikační praxe a její změny. Podle Soudního dvora jsou kritéria stanovená aplikační praxí nestálá, neboť praxe se vyvíjí a je na vůli správních orgánů, zda ji změní.⁶⁷ Rovněž generální advokát vyjadřuje obavy nad tím, jak by vznik kritérií nebezpečí útěku v aplikační praxi probíhal. Naráží tím patrně na problém, že by ke vzniku kritéria daného aplikační praxí muselo pokaždé dojít tak, že by se v rozporu s příkazem evropského práva musel zajistit cizinec bez existence kritéria v právu. Než by se začalo zajišťovat v souladu s právem, muselo by se, podle generálního advokáta, nejdříve zajistit v rozporu s ním.

Zmíněné obavy podle nás nejsou namístě. Aplikační praxe zakládající legitimní očekávání v její pokračování může vzniknout více

⁶⁷ Stanovisko generálního advokáta ve věci *Al Chodor*, bod 74.

způsoby.⁶⁸ Zda vzniklo legitimní očekávání, je skutkovou otázkou.⁶⁹ Skutkovým základem pro založení důvěry může být judikatura, správní akt, příslib správního orgánu, interní směrnice správního orgánu,⁷⁰ informace správního orgánu či jiná faktická jednání správního orgánu.⁷¹

Z popsaných způsobů vzniku aplikační praxe plyne, že závazná aplikační praxe může vzniknout i na základě předem učiněných faktických úkonů. Lze si tak například představit, že Ministerstvo vnitra kritéria nebezpečí útěku, podle kterých mají aplikující orgány postupovat, vymezí ve veřejně dostupné vnitřní instrukci nebo tato kritéria dopředu veřejnosti oznámí. Tyto akty by daly vzniknout důvěře v postup aplikujících orgánů. Došlo by tak ke vzniku závazné správní praxe, a to aniž by musel být kdokoli zajištěn v rozporu s právem.

Navíc stanovení kritérií skrze posuzování jednotlivých případů nemusí nutně znamenat, že se každé kritérium musí samostatně „projudikovat“. V případě, že aplikační orgány, zejména nejvyšší soudy, poprvé vykládají určitý pojem, často k tomuto úkolu přistoupí komplexně a popíší faktory, které hrají roli při posuzování, zda skutkové okolnosti pod pojem spadají, či nikoliv.⁷² Takto by například soud mohl v pilotním rozsudku zabývajícím se pojmem nebezpečí útěku, vědom si požadavku na stanovení kritérií, komplexně popsat, která kritéria je nutné a možné hodnotit při subsumování skutkového stavu pod tento neurčitý právní pojem.

Podobně šetrně k právní jistotě adresátů práva lze aplikační praxi i měnit. Pojetí Soudního dvora, který změnu aplikační praxe spojuje s právní nejistotou adresátů, propracovaný koncept dynamiky materiálního pojetí práva zjednodušuje.

Od aplikační praxe se lze odchýlit, ovšem s podstatným omezením: Změna správní praxe může být zásadně učiněna pouze do budoucna.⁷³ Podobně změna judikatury může, pokud by nepřipustně zasahovala do právní jistoty jednotlivců, působit pouze do budoucna.⁷⁴ Soud konkrétní případ rozhodne ještě v souladu se starým právním názorem, zároveň ale vysloví, že pro budoucí případy již bude aplikovatelný názor nový.⁷⁵ Změna aplikační praxe tak nastává ohlášením této změny. Ohlášení změny aplikační praxe může být provedeno podobnými faktickými úkony, jako byly popsány u vzniku praxe, např. otevřenou změnou judikatury, novou informací nebo změnou interní směrnice. Ohlášení do budoucna vylučuje veškeré očekávání založené na předchozích postupech.⁷⁶

Mechanismus dynamiky materiálního práva tak požadavek, aby kritéria posouzení nebezpečí útěku byla stanovena předem, naplňuje. Nikdy nenastane případ, že by aplikováním nového kritéria bylo zasaženo do cizincovy právní jistoty.⁷⁷ V takových případech by se totiž nově vytvořené kritérium na jeho případ neaplikovalo. Aplikovalo by se zase až na případy budoucí, ve kterých adresáti jeho aplikaci mohli předvídat.

Se Soudním dvorem souhlasíme, že stanovení kritérií aplikační praxí je flexibilnější. To je ovšem výhoda, nikoliv nevýhoda materiálního pojetí. Výše jsme ukázali, že stanovení kritérií v aplikační praxi negativně neovlivní předvídatelnost práva, nezvýší možnost svévole ze strany správních orgánů a neohrozí právní jistotu. Co však stanovení kritérií aplikační praxi umožní, je reagovat na měnící se skutkové okolnosti. Flexibilita je přitom vedle předvídatelnosti a stability další důležitou hodnotou práva; pouze právo účinně schopné reagovat na proměnlivé společenské vztahy naplňuje účel své existence.⁷⁸

⁶⁸ Dosud nejvíce je rozvinul NSS v rozsudku ze dne 24. 2. 2010, čj. 6 Ads 88/2006-159, č. 2059/2010 Sb. NSS, bod 51.

⁶⁹ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132, č. 1915/2009 Sb. NSS, bod 80.

⁷⁰ Rozsudek NSS ze dne 28. 4. 2005, čj. 2 Ans 1/2005-57, č. 605/2005 Sb. NSS.

⁷¹ Rozsudek NSS ze dne 24. 2. 2010, čj. 6 Ads 88/2006-159, č. 1915/2009 Sb. NSS, bod 51.

⁷² Srov. např. komplexní vymezení kritérií posuzování „přiměřenosti“ lhůty pro vydání správního rozhodnutí v situacích, kdy lhůta není stanovena zákonem (rozsudek NSS ze dne 31. 3. 2010, čj. 7 Ans 3/2010-138). Podobně také rozsudek NSS ze dne 23. 3. 2017, čj. 9 Asz 21/2017-57.

⁷³ Viz rozsudek NSS ze dne 28. 4. 2005, čj. 2 Ans 1/2005-57, č. 605/2005 Sb. NSS. Viz také usnesení NSS ze dne 21. 7. 2009, čj. 6 Ads 88/2006-132, č. 1915/2009 Sb. NSS: „Správní praxi zakládající legitimní očekávání lze změnit, pokud je taková změna činěna do budoucna, dotčené subjekty mají možnost se s ní seznámit a je řádně odůvodněna závažnými okolnostmi. Libovolná (svévolná) změna výkladu právních předpisů směřující k tíži adresátů není přípustná.“

⁷⁴ Srov. KÜHN, Z. Towards a Sophisticated Theory of Precedent? Prospective and Retrospective Overruling in the Czech Legal System. In: Steiner, E. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham 2015.

⁷⁵ Rozsudek NSS ze dne 30. 1. 2009, čj. 2 As 41/2008-77. Viz také ZIPPELIUS, R., c. d., str. 112.

⁷⁶ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 21. 7. 2009, čj. 6 Ads 88/2006-132, č. 1915/2009 Sb. NSS, bod 80.

⁷⁷ Ke kritériím právní jistoty, do které nelze novým právním názorem zasáhnout, srov. náleží ÚS ze dne 23. 1. 2008, sp. zn. I. ÚS 520/06 [„Legitimita změny správní praxe závisí na otázce, do jaké míry mohl adresát normy rozumně počítat s tím, že se výklad dané normy změní, za nezměněných právních předpisů, zejména se zřetelem na ustálenost, jednotnost, dlouhodobost a určitost správní praxe, význam daného výkladu práva pro adresáty právní normy, změnu právních předpisů s danou správní praxí souvisejících a eventuální změnu relevantních společenských okolností, které mohou objektivně přispívat k poznání správního výkladu práva (a tedy k poznání práva v materiálním smyslu)“]. Právě díky požadavku evropského práva na stanovení kritérií výkladu předem máme za to, že použití kritéria, které nebylo v době zajištění součástí aplikační praxe, by představovalo nepřipustný zásah do právní jistoty.

⁷⁸ БОБЕК, М. – КÜHN, Z. a kol., c. d., str. 69.

Jestliže aplikující orgán sezná, že nebezpečí útěku lze dovést na základě jiného než stanoveného kritéria, aplikační praxi do budoucna přizpůsobí. Jedním z výše uvedených způsobů totiž může docílit změny aplikační praxe, a jakmile se kritérium stane součástí aplikační praxe, může ho vzít při posuzování nově nastalých případů v úvahu. Oproti tomu vytvoření nového kritéria cestou změny zákona je daleko těžkopádnější; zjištění z aplikační praxe se nejdříve musí dostat do známosti zákonodárce, následně je nutné získat politickou vůli pro přijetí takovéto změny a změna musí projít zdlouhavým legislativním procesem.

V důsledku materiální pojetí práva při současném zachování právní jistoty umožňuje vyšší naplnění druhého příkazu pramenícího z evropského práva, totiž individuálního posouzení každého případu s ohledem na jeho okolnosti. Doba, kdy konkrétní relevantní okolnost nebude správní orgán moci vzít v úvahu, bude u materiálního pojetí práva v porovnání s formálním pojetím nezměrně kratší.

Reakce členských států na požadavky evropského práva

Konstrukce evropské právní úpravy vystavuje členské státy nelehkému úkolu: Posoudit každý případ individuálně a zohlednit pouze kritéria A, B a C. Jiná ne. Vyjmenování výlučných kritérií pro uplatnění uvážení států proces rozhodování formalizuje. Formalizování určitých komponentů v právu zajišťuje předvídatelnost a jednoduchost aplikace právní úpravy a – což je pro rozebíranou právní konstrukci důležité – umožňuje kontrolu uvážení aplikujícího orgánu.⁷⁹ Výhody formálního omezení uvážení jsou ovšem vykoupeny ztrátou flexibility posuzování specifických případů. Před zavedením omezení uvážení lze vzít v úvahu „celý svět“. Po zavedení omezení lze při aplikaci neurčitého právního pojmu zohlednit pouze předepsaná kritéria.⁸⁰

Členské státy se s dvojjediným příkazem evropské úpravy vypořádaly různorodě. Česká republika ještě před rozhodnutím Soudního dvora přijala novelu zákona o pobytu cizinců stanovující kritéria nebezpečí útěku.⁸¹ Podle nového znění § 129 odst. 4 zákona o pobytu cizinců platí, že „[z]a vážné nebezpečí útěku se zejména považuje, pokud cizinec

pobýval na území neoprávněně, vyhnul se již dříve předání do státu vázaného přímo použitelným předpisem Evropské unie, nebo se pokusil o útěk anebo vyjádřil úmysl nerespektovat pravomocné rozhodnutí o přemístění do státu vázaného přímo použitelným předpisem Evropské unie nebo pokud je takový úmysl zjevný z jeho jednání. Za vážné nebezpečí útěku se dále považuje, pokud cizinec, který bude předán do státu vázaného přímo použitelným předpisem Evropské unie přímo nesousedícího s Českou republikou, nemůže oprávněně samostatně do tohoto státu cestovat a nemůže uvést adresu místa pobytu na území.“

Novela ve značné míře přebrala kritéria vymezená aplikační praxí. Kritéria jsou však v zákoně uvedena demonstrativně. Otevřeným výčtem česká úprava zdánlivě naplnila oba příkazy evropského práva: Kritéria jsou uvedena v zákoně, zároveň ale zákon připouští podle okolností případu dotvoření kritérií nových. Ve skutečnosti ovšem demonstrativní výčet požadavek na formu kritérií posouzení nebezpečí útěku v právním předpise vyprazdňuje. Novela tak k větší předvídatelnosti a právní jistotě nepřispěla. Mimo zakotvení kritérií vytvořených aplikační praxí nově zákonodárce dává aplikujícím orgánům výslovně pozvánku k *ad hoc* vytvoření dalších. Přitom při sofistikovaném zapojení materiálního pojetí práva by byla kritéria k určitému okamžiku vždy taxativní (nové kritérium by mohlo být vždy aplikováno pouze *pro futuro*).

Při pohledu do zahraničí je zřejmé, že ideální způsob naplnění požadavků evropského zákonodárce státy hledají obtížně. Například německá úprava, obdobně jako česká, z počátku zákonné vymezení neobsahovala. V současné době zakotvuje podobný, nicméně taxativní zákonný výčet kritérií.⁸² Ztrátu flexibility posuzování se německý zákonodárce pokusil nahradit alespoň tím, že zákon kritérií vymezuje sedm. Ještě víc kritérií obsahuje řešení Velké Británie. V den rozhodnutí věci *Al Chodor* vydalo ministerstvo vyhlášku taxativně stanovující jedenáct kritérií, která aplikující orgány musejí zvažovat.⁸³ Forma flexibilnější vyhlášky patrně tomuto státu umožní rychleji reagovat na nutnost vytvoření nových kritérií.

Konstrukce evropské právní úpravy činí při její implementaci členskými státy potíže.

⁷⁹ SCHAUER, F. F. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, Mass., Londýn 2009, str. 193.

⁸⁰ K této funkci formálních pravidel srov. tamtéž, str. 33.

⁸¹ Zákon č. 314/2015 Sb., účinný od 18. 12. 2015.

⁸² Ustanovení § 2 odst. 14 a 15 německého zákona o pobytu cizinců (Aufenthaltsgesetz).

⁸³ Regulation 2017 No. 405 The Transfer for Determination of an Application for International Protection (Detention) (Significant Risk of Absconding Criteria). *Legislation.gov.uk* [online]. Dostupné na <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2017/405/pdfs/ukxi_20170405_en.pdf>.

Státy nemají problém se samotnými kritérii vymezení nebezpečí útěku, ostatně výčty v jednotlivých státech se navzájem podobají.⁸⁴ Problém patrně státům činí současné naplnění požadavku na individuální posouzení konkrétních případů, avšak na základě omezeného výčtu kritérií. Jde o v právu všudypřítomné pnutí mezi obsahem a formou. Státy jasným vymezením kritérií ztrácejí flexibilitu potřebnou k tomu, aby dokázaly zajistit všechny, u nichž hrozí nebezpečí útěku. Stanovení velkého množství kritérií, jejich obecnost, demonstrativnost nebo spoléhání se na aplikační praxi má za cíl pnutí mezi obsahem a formou zmírnit. Problém ale je, jakou míru flexibility evropská právní úprava ještě připouští. Její omezení je totiž hlavním smyslem evropské úpravy.

Závěr

Právní teorie již dávno připouští, že existuje více možností, jak konceptualizovat právo.⁸⁵ Kterou koncepcí je namíště zvolit, záleží na cílech, které vytváření daného konceptu sleduje.⁸⁶ V tomto článku jsme ukázali, že česká doktrína uznává a judikatura aplikuje koncept materiálního pojetí práva, dle kterého je ustálená aplikační praxe s ohledem na zásadu ochrany legitimního očekávání pro aplikující orgány závazná a lze ji změnit pouze do budoucna. Tento koncept naplňuje Soudním dvorem vytyčené požadavky evropské úpravy na pojem práva užitý v nařízení Dublin III: zajišťuje právní jistotu, zamezuje svévoli a napomáhá individuálnímu posuzování každého případu.

Soudní dvůr koncept materiálního pojetí neodmítl, ale pominul. Neporovnával totiž

formální a materiální pojetí práva; porovnával formální pojetí práva a nepředvídatelnou, nedostupnou, svévolnou a retroaktivně se měnící aplikační praxi. To, že i taková aplikační praxe existuje, připustí asi každý, kdo se o praktickou aplikaci práva zajímá. Stejně tak každý ale musí připustit, že aplikační praxe v některých závěrech může být předvídatelná, dostupná, správní orgán omezující a pouze do budoucna změnitelná.

Soudní dvůr se měl podrobněji zabývat fungováním materiálního pojetí práva. Zjistil by, že aplikační praxe může splňovat přísné požadavky pro její předvídatelnost, dostupnost, závaznost a apriornost, a že by proto kritéria nebezpečí útěku vymezená aplikační praxí cíle deklarované Soudním dvorem naplňovala. Bylo by následně na aplikujících orgánech, aby vyhodnotily skutkovou otázku, zda (třeba i velice přísným) požadavkům na existenci práva v materiálním smyslu konkrétní aplikační praxe vyhovuje. Pokud by aplikační orgány naplnění požadavků prokázaly, cizince by bylo možné zajistit; pokud ne, cizince by zajistit nešlo.

Soudním dvorem zvolený koncept práva není nesprávný nebo vyvratitelný. Koncepty práva se totiž nedělí na pravdivé či nepravdivé, vyvratitelné či nevyvratitelné, ale na účelné či neúčelné.⁸⁷ Soudní dvůr členské státy nasměroval k formálnímu pojetí práva, a to i takové státy, které mimo právní předpisy za součást práva považují i jiné normativní standardy a podle toho s právem zacházejí. Svým rozhodnutím Soudní dvůr nereflektoval, že cíle evropského práva, stejně jako cíle práva jako takového lze naplňovat různými způsoby.

⁸⁴ Srov. Evaluation of the Implementation of the Dublin III Regulation – Final report, DG Migration and Home Affairs. *European Commission* [online]. 18. 3. 2016, str. 66. Dostupné na <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/docs/evaluation_of_the_implementation_of_the_dublin_iii_regulation_en.pdf>.

⁸⁵ HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. vyd., Oxford 1994, str. 204–205; TAMANAHA, B. Z. *A general jurisprudence of law and society*. Oxford 2001, str. 133–134.

⁸⁶ Bix, B. Conceptual Questions and Jurisprudence. *Legal Theory*, 1995, č. 1, str. 479.

⁸⁷ COHEN, F. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review*, 1935, č. 35, str. 835–836.