

Soumrak moderního státu

Prof. JUDR. Pavel Holländer, DrSc.

Rok 1989 a roky následující ve střední a východní Evropě přinesly vlnu nových ústav. Tato vlna – a následek pádu komunistického systému, byla spjata s hledáním nové identity, v řadě případů pak i s procesem utváření nových států. Od té doby uplynulo již téměř čtvrt století. Otvírají se nová existenciální témata, kladou se nové fundamentální otázky. Za všechny zmíním alespoň ty, jež formuloval před nedávnou dobou Ivo Možný: „Člověk nemusí být sociologem, aby zaslechl navzdory vši té mediální vřavě naší pozdní doby tiché pukání; nezačalo ve vzduchu být zase cítit nové roční období? Vynořujících se otázek je hodně a jsou děsivě zásadní. Společnosti našeho civilizačního okruhu právě dramaticky usilují o ‚obnovení růstu‘. Může ale být růst společenského produktu bez růstu spotřeby? A být růst spotřeby bez růstu zadlužování? Protože jestli není možný žádný trvale udržitelný růst spotřeby, pak – je možný kapitalismus bez růstu? A jestli snad ne, pak – je možná demokracie bez kapitalismu? Nervozita z možné ztráty sociální soudržnosti houstne. Neukáže se nakonec, že zase žijeme v nějaké utopii? Vynořuje se nová společenská poptávka po vysvětlení toho, co se to k čertu s tou společností teď právě děje.“¹

Z uvedeného plyne i teze následující úvahy: svět, podoba státu, do níž se rodily demokratické ústavy 19. a 20. století, je zásadně jiný, než ten dnešní. Má-li ústava zůstat společenství integrujícím základem, nelze se vyhnout zodpovězení těchto fundamentálních otázek.

1. Stát – dvě alternativy pojmu

V předmluvě k novému vydání spisku „Pojem politična“ vyslovil v roce 1963 Carl Schmitt prorocká slova: „Nyní se epocha státnosti chýlí ke konci. O tom není třeba diskutovat. A zároveň s ní spěje ke konci i celá nadstavba pojmů vztahujících se ke státu, kterou během čtyřsetleté myšlenkové práce zbudovala europocentrická státověda a vědecké teorie mezinárodního práva. Stát jako model politické jednoty, stát jako nositel nejpodivuhodnějšího ze všech monopolů, totiž monopolu politického rozhodování, tento skvělý výtvar evropské formy a západního racionalismu je zbavován trůnu. ... Klasickému evropskému státu se totiž zdařilo něco zcela nepravděpodobného: zjednat ve svém vnitřním rámci mír ... jako právní pojem. Podařilo se mu odstranit válku mezi feudály jako institut středověkého práva, skoncovat s občanskými náboženskými válkami 16. a 17. století, jež byly na obou stranách vedeny jako války obzvlášť spravedlivé, a nastolit na svém území klid, bezpečí a pořádek. ... Rozpor mezi oficiálním používáním klasických pojmů a aktuální skutečností se ... vyhroutil. Reflexe ... nesmí přestat a pokus o odpověď musí pokračovat. Jak se to může stát? Doba systémů je pryč. Když se před třemi sty lety velkolepě rozvinula epocha evropské státnosti, vznikly skvělé myšlenkové systémy. Dnes už tímto způsobem nelze nic vybudovat. ... Jinou, protikladnou možností by byl skok do aforismu. Ten je ale pro mne jako právníka nemožný. V dilematu mezi systémem a aforismem zbývá jediné

¹ I. Možný, *Odvážný. Drzý. Neúnavný*. Lidové noviny. Orientace, 25. 8. 2012, s. 25.

východisko: neztráčet ze zřetele daný fenomén a zkoumat ony vždy znovu vyvstávající otázky stále nových chaotických situací se zřetelem k jejich kritériím.“²

Nemám nejmenších pochybností, že to byla právě tato předmluva, jež inspirovala v říjnu 1964, na semináři pořádaném Ernstem Forsthoffem v městečku Ebrach v Horních Frankách, na setkání žáků a myšlenkových následovníků Carla Schmitta Ernsta-Wolfganga Böckenfördeho k formulování věty, jež se stala stejně slavná jako Radbruchova formule: „Svobodný, sekularizovaný stát žije z předpokladů, jež samotný s to garantovat není.“³ Ostatně, Böckenförde se ve své úvaze shodně se Schmittem v jeho předmluvě hlásí k tezí historika Oto Brunnera vysloveným v knize *Land und Herrschaft*.⁴

Dle Oto Brunnera státoprávní pojmy vzešlé z 19. století nejsou vhodné k tomu, abychom porozuměli politickým vztahům ve středověku. Tyto pojmy promítají pozdější zkušenosti zpátky na plátno dřívějších dob, vtěsňávají historický zkušenostní materiál do šablon, jež ponechávají neviditelné a neuchopitelné to, co je na něm specifické a jedinečné.⁵

Co lze tedy chápat pod pojmem stát? Rýsují se dvě alternativy: Tou první je chápání státu jako jevu zahrnujícího epochy a kultury, jehož specifikum spočívá v oddělení a osamostatnění se orgánu politické moci, jak povstává utváření státu v dávných vyspělých kulturách. Druhou je pak koncepce reprezentovaná tezí Carla Schmitta: „Státnost“ není obecný, pro všechny časy a národy platný pojem, nýbrž jev časově vázaný a konkrétně-historický. Naprosto nesrovnatelná, jedinečně-historická zvláštnost toho, co lze v určitém specifickém významu označit jako „stát“, spočívá v tom, že tento stát je vehiklem sekularizace. Mezinárodněprávní utváření pojmů této epochy zná proto pouze jednu jedinou osu: suverénní územně zformovaný stát. Nová veličina „státu“ odstraňuje sakrální říši a císařství středověku; odstraňuje rovněž mezinárodně-právní potestas spiritualis papeže.“⁶ Z tohoto pohledu se pak světové dějiny člení na státně organizované a na „primitivní“ kultury.⁷ K této alternativě přístupů nutno řadit i E.-W. Böckenfördeho. Navazuje na Otu Brunnera a dospívá k tezi, dle níž „pojem státu nelze nadále užívat jako univerzální, transhistorický, obecný pojem“, jde spíše o „konkrétní pojem, spjatý s určitou historickou epochou“, jde o „stát evropského novověku“.⁸

K alternativě první z okruhu státoprávních myslitelů druhé poloviny 20. století připomeňme Romana Herzoga, jenž za základní definiční znak státu vedle panství (moci)

² C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*. 1963. Cit. dle českého překladu: *Pojem politična*. Brno-Praha 2007, s. 10, 16.

³ E.-W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*. In: tentýž, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2006, s. 112.

⁴ O. Brunner, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*. Wien-Brün-Leibzig-Prag 1939.

⁵ Tamtéž, s. 146 a násl.

⁶ C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. 1950. 3. Aufl., Berlin 1988, s. 97.

⁷ Viz K. Roth, *Genealogie des Staates. Prämissen des neuzeitlichen Politikdenkens*. 2. Aufl., Berlin 2011, s. 24.

⁸ E.-W. Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*. Tübingen 2002, s. 5-6.

považuje organizaci, která u něj znamená „existenci *úřadů*, které jsou jejich držitelé chápány jako hlavní povolání anebo alespoň jako nepřetržitě“.⁹ Sociální filozof Ernest Gellner pak jinými slovy formuluje obsahově identickou tezi: „Stát je velmi důležitou částí společenské dělby práce. Kde není žádná dělba práce, tam nelze ani začít mluvit o státu. Ale ne jakákoli nebo každá specializace tvoří stát: stát je oddělení a soustředění udržování pořádku. ‚Stát‘ je instituce nebo soubor institucí, které se specificky zabývají vynucováním pořádku (ať už se zabývají také čímkoliv jiným). Stát existuje tam, kde instituce, specializované na vynucování pořádku, jako jsou policejní sbory a soudy, se oddělily od zbytku společenského života. Ony *jsou* stát.“¹⁰

Po staletí trvající vývoj evropského myšlení, konfliktů a utváření institucí vedl k přijetí paradigmatu, dle něhož je stát vnímán jako racionální konstrukt, jako společenství lidí na určitém území, jehož vnitřní uspořádání (vnitřní mír) a vnější ochranu (vztahy) zajišťuje (garantuje) suverénní moc. Výkon této moci je v důsledku dělby práce vnitřně se diferencující společnosti spjat s třídou integrátorů. Pro suverénní moc je přitom charakteristická nejen její výlučnost (dominance), nýbrž i potvrzování, uplatnění nároku na akceptaci (legitimizující důvod) a konečně právní forma. V tomto smyslu lze mluvit o racionalizaci formou: stát nabývá formu práva.

Tento abstraktní racionální koncept, jehož právním završením je koncepce ústavy ve formě společenské smlouvy, koncept, jenž v sobě zahrnul ambici na úplnost, symetrii, obecnost, je spjat s mysliteli, mezi něž patří Georg Jellinek, Max Weber, Hans Kelsen a další. Byl to Georg Jellinek, jenž stát jako obecnou kategorii lidských dějin definoval třemi znaky: územím, obyvatelstvem a suverénní státní mocí.¹¹ Byl to Max Weber, jenž tyto znaky sloučil do kompaktní definice: „stát je ta lidská pospolitost, která si na určitém území - neboť území patří k jeho znakům – (s úspěchem) nárokuje *monopol legitimní fyzické moci*“¹². Konečně byl to Hans Kelsen, jenž na příkladu zastupitelské demokracie zdůraznil vazbu kategorie státu a dějinného procesu dělby práce: „Parlamentarismus jeví se tedy ... jako kompromis mezi demokratickým požadavkem svobody a zásadou diferencující dělby práce jakožto zásady, která podmiňuje všechen sociálně- technický pokrok.“¹³

Mluví-li Carl Schmitt o státu jako fenoménu, pro něj je příznačné, že se mu „zdařilo něco zcela nepravděpodobného: zjednat ve svém vnitřním rámci mír ... jako právní pojem“, pak – jakkoli svými tezemi odporce ryzí nauky právní – nabízí vysvětlení toho, že stát (nemluvě teď o pojmu právního státu, či vládě práva) jeví se souborem právních norem: „Je-li jediným možným předmětem povšechně normativního poznávání *norma*, resp. *normový soubor* (komplex), a je-li je tudíž jediným možným předmětem právního poznávání, jakožto speciálního druhu poznávání normativního, právní norma, resp. soubor právních norem (*právní řád*), pak stát jako předmět tohoto poznávání musí spadat v jedno s oním souborem.“¹⁴

⁹ R. Herzog, *Staaten der Frühzeit. Ursprünge und Herrschaftsformen*. München 1988, s. 10.

¹⁰ E. Gellner, *Nations and Nationalism*. Oxford 1983. Cit. dle českého překladu: A. Gellner, *Národy a nacionalismus*. Praha 1993, s. 15.

¹¹ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*. 1900. Cit. dle českého překladu: J. Jellinek, *Všeobecná státověda*. Praha 1906, s. 412 a násl.

¹² M. Weber, *Politik als Beruf*. Cit. dle českého překladu: *Metodologie, sociologie, politika*. Praha 1998, s. 247.

¹³ H. Kelsen, *Problém parlamentarismu*. Praha 1926, s. 10-11.

¹⁴ F. Weyr, *Československé právo ústavní*. Praha 1937, s. 4.

Max Weber spojuje legitimitu panství „systémem záměrně vytvořených racionálních pravidel“ s fenoménem byrokracie: „Specifickým typem sociální autority, která se formuje racionálně, je byrokracie. ... Rozhodující příčinou, proč se byrokratická organizace šíří, jsou její technické přednosti před jinými formami organizace. ... Přesnost, rychlost, jednoznačnost, zběhlost v jednání, návaznost, diskrece, striktní podřízenost, méně třenic, úspora věcných a osobních nákladů, to vše je optimální při administrativně důsledně byrokratické a zvláště monokratické administrativě se školenými úředníky. Tím předčí všechny formy správy vykonávané kolegiálně, čestnými funkcemi nebo mimoúředně.“¹⁵ Weber při pochopení funkce úřednického aparátu pro povahu moderního státu zdůrazňuje pojem racionality: „Právě byrokratizace je specifický prostředek, jak se jednání ‚pospolitě‘ převádí v racionálně uspořádané jednání ‚společenské‘. ... Byrokratická struktura je pozdní produkt. Čím hlouběji sestupujeme do minulosti, tím typičtější jsou poměry, kdy panství není byrokratické a nemá ani úřednictvo. Byrokracie je svoji povahou racionální. Platí v ní pravidla, účel, prostředek, neosobní ‚věcnost‘.“¹⁶ Rovněž Carl Joachim Friedrich považuje byrokracii za „jádro moderního státu“.¹⁷

2. „Skrytý kód“ předmoderního a moderního státu

Pro účely dalších úvah vycházejme z teze Alvina Tofflera, dle níž „každá civilizace vlastní skrytý kód, nějaký počet pravidel a principů, jež jako vždy se opakující vzor ve všech životních oblastech vykonávají určitý vliv.“¹⁸ Pro něj je skrytý kód druhé vlny dán zásadami standardizace, specializace, synchronizace, koncentrace, maximalizace a centralizace.¹⁹ Pokusme se narýsovat skrytý kód státu 19. a 20. století – použijme na tomto místě označení „moderního státu“ – na pozadí eroze státu předmoderního.

Přijměme hypotézu, dle níž mezi znaky předmoderního státu lze řadit tyto momenty:

- **Legitimizujícím momentem politické moci je Boží legitimita**, moc z milosti Boží, jejímž symbolickým vyjádřením byla inaugurace panovníka pomazáním. Jakkoli se v průběhu středověku měnil poměr státu a církve, vztah papeže a císaře Svaté říše římské národa německého, později pak vztah papeže a krále Francie, jakkoli se měnil i způsob ustanovování panovníka, symbolika jeho legitimacy zůstávala stejná. Podobenství pomazání světského vládce knězem obsažené v Bibli (krále Saula prorokem Samuelem²⁰) se přeneslo do rituálu inaugurace panovníka symbolizujícího tento typ legitimacy moci.²¹

¹⁵ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Cit. dle českého překladu: *Autorita, etika, společnost*. Pohled sociologa do dějin. Praha 1997, s. 63-64, 77.

¹⁶ Tamtéž, s. 81, 90.

¹⁷ C.J. Friedrich, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1953, s. 40 a násl.

¹⁸ A. Toffler, *The Third Wave*. 1980. Cit. dle německého překladu: *Die dritte Welle. Perspektiven für die Gesellschaft des 21. Jahrhunderts*. München 1980, s. 58.

¹⁹ Tamtéž, s. 58 a násl.

²⁰ „Den před Saulovým příchodem odhalil Hospodin Samuelovu uchu toto: ‚Zitra touto dobou pošlu k tobě muže z benjamínské země. Pomazeš ho za vévodu nad mým izraelským lidem; on můj lid vysvobodí z moci Pelištejců.‘ ... Tu řekl Samuel Saulovi: ‚Řekni mládenci, ať jde před námi.‘ Předešel je. ‚A ty se na chvíli zastav! Ohlásím ti Boží slovo.‘ Samuel vzal nádobku s olejem, vylil mu jej na hlavu, políbil ho a řekl: ‚Sám Hospodin tě pomazává na vévodu nad svým dědictvím.‘“ (Starý zákon. Překlad s výkladem. Sv. 5, Knihy Samuelovy. První Paralipomenon. Praha 1977, 1 S 9.15, 9.27, 10.1, s. 56-57.) Dle komentáře: „Pomazáním je věc nebo osoba zasvěcena Hospodinu. Král má být nástrojem Boží vysvoboditelské moci a milosti.“ (Tamtéž, s. 62.)

²¹ „Zatímco první Kapetovec, Hugo Kapet, musel svůj úřad v roce 987 získat volbou a vysvěcením, jeho nástupci docílili toho, že se království stalo dědičným a volené království se změnilo na dědičnou monarchii. ...

- Pro uspořádání středověkých mocenských vazeb jsou klíčovými kategoriemi **patrimonium, dominium, a lenní systém**: „Patrimoniální vztahy se významně uplatnily jako základ politických útvarů. ... Opakem rozmáchné libovůle a s ní související nestability mocenských pozic v ryzím patrimonialismu jsou lenní vztahy. Lenní feudalita je ‚mezí‘ typ patrimonální struktury směrem ke stereotypizaci a fixaci vztahů mezi pánem a vazaly.“²² Pohled sociologa Maxe Webera lze konfrontovat s pohledem historika, medievalisty, Jaquese Le Goffa: „Feudální zřízení vzniká ... v dobách karolinských. Ale rozvíjí se kolem roku 1000. Vytvořilo různé variety podle krajů, chronologicky zaostávalo ve vývoji podle zemí. Více se rozvinulo ve Francii a v Německu, ale nevyvinulo se dokonale v Itálii, kde trvalost antických tradic a předčasná účast pánů na životě měst zabzdila jeho rozvoj. Ještě méně se rozvinulo ve Španělsku, kde zvláštní podmínky reconquisty udělily králům, vůdcům znovudobývání země, moc omezující moc feudálů ... V Anglii, v normanském království Obou Sicílií, ve Svaté zemi bylo feudální zřízení zřízením ‚importovaným‘, ... Ve slovanských a skandinávských zemích vytvořily zvláštní tradice ještě jiné feudální odstíny. ... Feudální zřízení je především souhrn osobních svazků spojujících mezi sebou v jisté hierarchii členy vládnoucích tříd společnosti. Tyto svazky se opírají o ‚reálnou‘ základnou: beneficium, které pán uděluje svému vasalovi výměnou za jisté množství služeb a za přísahu věrnosti. Přesně vzato je feudální zřízení lenní slib a léno. Pán a vasal jsou spojeni vasalskou smlouvou.“²³
- Pro předmoderní uspořádání je dále příznačný **partikularismus, stavovská soustava, osobní princip vázanosti mocí**. Můžeme na tomto místě odkázat na vynikající medievalisty – Jaquese Le Goffa a Arona J. Gureviče. První z nich v této souvislosti vyslovuje následující charakteristiku: „Snažíme-li se k lidem středověké západní Evropy přiblížit v jejich individuálnosti, poznáme brzy, že jednotlivci nejen patří, jako v každé společnosti, každý k několika skupinám nebo společenstvím, ale ve středověku jako by v nich spíše zanikali, než se v nich uplatňovali. ... Je příznačné, že jednatel ve středověku dlouhý čas neexistuje ve své fyzické jedinečnosti. Ani v literatuře, ani v umění osoby nejsou popsány nebo vykresleny se svými zvláštnostmi. Každá je redukována na fyzický typ, odpovídající jejímu postavení, její sociální kategorii. ... Středověký člověk nemá vůbec smysl pro svobodu v moderním chápání toho slova. Svobodou je pro něj výsada, a slova se raději užívá v plurálu. ... Není svobody bez společenství. Svoboda může spočívat jen v závislosti, kdy představený zaručuje podřízenému respektování jeho práv.“²⁴ K postavení jednotlivce

Nové království si vytvořilo i nové symboly. Podle legendy pocházel olej, kterým byl kdysi pomazán král Chlodvík při svém křtu biskupem Remigiem přímo z nebe. Tímto nebeským olejem, jenž byl v opatřování kláštera St. Remy v Remeši, byli nyní pomazáváni všichni francouzští králové. ... Král, sedě na svém trůnu, byl obdařen výsostnými znaky Říše – korunou, praporem, mečem, prstenem, holí a žezlem a pomazán svatým olejem. Nepatrné množství tohoto svatého oleje odebral arcibiskup zlatou jehlou z posvátné ampule, smísl jej se světicím olejem a pomazal jím krále.“ (H. Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*. 2. Aufl., Heidelberg 1994. Cit. dle českého překladu: *Evropské dějiny práva*. Praha 1998, s. 277-278.)

²² M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, viz. pozn. č. 15, s. 99, 114.

²³ J. Le Goff, *La Civilisation de l'Occident médiéval*. Paris 1964, 1982. Cit. dle českého překladu: *Kultura středověké Evropy*. Praha 1991, s. 108-109.

²⁴ Tamtéž, s. 270-271.

ve středověké společnosti dodejme ještě tezi Arona J. Gureviče: „Jedinec si zpravidla nevybíral lidi, s nimiž vytvářel skupinu ... Volní prvek se tu při formování společenských skupin a systému svazků vůbec neuplatňoval nebo byl minimální.“²⁵

- Dalším ze znaků předmoderny je **asymetrie ve vnitřním uspořádání země, jakož i asymetrie v mezinárodních vztazích**, na nichž participovaly povahou nesouměřitelné útvary. Jejím důvodem u „větších říší byla kontrola prostoru za předmoderních komunikačních a dopravních podmínek. K tomu přistupuje další okolnost, že kontrola ze strany centra většinou nebyla příliš intenzivní. ... Za takovýchto podmínek nedošlo zpravidla k homogenizaci teritoria a obyvatelstva, jak je ona příznačná pro moderní stát. Předmoderní říše byly téměř vždy útvary ‚složené‘ se zemí s rozlišným statutem, jež byly rozdílným způsobem spojené do určitého celku.“²⁶ Územní asymetrie a mocenská nestabilita nese i další dimenzi: „Ani nejsilnější z monarchií a následnických států, vznikajících v době od 11. do 14. století, nejsou zajištěny dynasticky ani vymezeny teritoriálně. ... celá západní část dnešní Francie patří jednou Francii a podruhé Anglii – a bude tomu tak až do 15. století. Ale ukazuje se, že v budoucnu se budou vytvářet územní celky, které budou rozšiřováním i omezováním směřovat k sdružování malých středověkých celků. Panovníci byli rapsódy středověkého křesťanského světa.“²⁷ Asymetrie je dána i pluralitou závazků jednoho a téhož vasala: „Protože skoro každý vasal je manem několika pánů, umožňuje mu tato situace, která ho leckdy přivádí do nesnází, také často zachovávat přednostně věrnost tomu ze svých pánů, který poskytuje nejvíce. ... realitou středověké západní Evropy není jen tato atomizace společnosti a její vlády, je jí i horizontální a vertikální spleť moci. Mezi tolikerými pány, církví, kostely, městy, knížaty a králi lidé středověku vždy nevědí, pod čí politickou pravomoc spadají. Tuto složitost vyjadřují i na úrovni správy a justice jurisdikční spory, jichž je ve středověkých dějinách plno.“²⁸
- **Předmoderní stát nedisponuje speciálním, mohutným – početně a uspořádáním – aparátem veřejné moci**, je pro něj příznačná **absence a teprve pozvolné utváření daňové soustavy**. Jeho příjmy plynou z patrimonie (dominia), z monopolů, regálů, naturálních plnění. Co se týče daní, „první doby středověku, zvláště říše franká, neznají vlastních daní; co se tak nazývá, jest buď darem vladaři, nebo má smíšený, poplatku blízký ráz, jako přístavní a říční cla, mostné, přívozní, cestné, jež se ostatně namnoze platila in natura; pouze z římských dob pocházející průchodní cla, vybíraná z obchodního zboží na odvěkých celnících, a tržní cla lze pokládati za dávky, příbuzné daním. ... Čeho jinak bylo od poddaných pro veřejné účely třeba, tvořilo naturální břemena. Stavba mostů a cest byla všeobecným břemenem poddaných. K tzv. servitium regis náležela povinnost krále a s jeho příslušnými a družinou, královské posly a jiné rozkazem opatřené osoby u sebe přijímat, jim pobyt, pokrm a povoz nebo

²⁵ A.J. Gurevič, *Katěgorii sredněvekovoj kultury*. Moskva 1972. Cit. dle českého překladu: *Kategorie středověké kultury*. Praha 1098, s. 123-124.

²⁶ W. Reinhard, *Geschichte des modernen Staates. Von den Anfängen bis zu Gegenwart*. München 2007, s. 17.

²⁷ J. Le Goff, *La Civilisation de l'Occident médiéval*, viz pozn. č. 23, s. 115.

²⁸ Tamtéž, s. 110, 112-113.

průvod poskytovat.²⁹ K rozvoji daňové soustavy a finančního systému ve středověku dochází nejdříve ve městech, přičemž daleko za jeho vývojem „zůstalo po celý středověk bernictví v teritoriálních státech. Teprve po 30leté válce dochází ke zdanění následkem velkých změn, jež se v tu dobu udály v státním zřízení.“³⁰

- **Právo nenabývá do té míry emancipace od náboženství, morálky, tradic a zvyklostí, že by bylo vnímáno jako forma, v níž stát existuje:** „Je dobře známá malá diferencovanost rozmanitých sfér společenského života za středověku. Filozofie, morálka, právo, zákonodárství nebyly zcela rozděleny, proplétaly se a vytvářely systém, jehož části si snad mezi sebou vždy harmonicky neodpovídaly, ale vzájemně na sebe živě působily a byly víceméně nábožensky zabarveny, prostupovaly je náboženské představy. ... v barbarské společnosti nepředstavovalo zřejmě právo a morálka rozdílné principy a formy společenského vědomí a lidského jednání. Právo a morálka splývají nebo jsou si blízké, neboť právní normy nepůsobí jen vnějším donucováním, neopírají se jen o systém příkazů, nýbrž představují imperativy mravního a náboženského obsahu.“³¹

Nástup moderny probíhá v dějinných změnách probíhajících po staletí. Tyto změny jsou úzce spjaty s dramatickými posuny ve filosofickém, teologickém, státovědním myšlení. Skrytý kód předmoderny se hroučí.

Francouzská revoluce, dějiny konce 18. a celého 19. století přinesly dramatický zvrat: **nový koncept legitimacy**, legitimitu odvíjející se od suverenity lidu. Přinesly i představu o „neomezené moci suveréna: „Předrevoluční monarchie ... byla z milosti boží, to znamená ve své legitimitě nezpochybnitelná. ... její vykonavatelé ji chápali a prezentovali jako axiom. Až dosud pocházeli králové od Boha a lid od králů. Od času *Společenské smlouvy* pochází lid sám od sebe a od lidu pak pocházejí králové. ... Máme před sebou obdobu Newtonovy revoluce na politické rovině. ... způsobem zdůvodnění a svými důsledky zahajuje odsouzení krále epochu našich moderních dějin. Symbolizuje jejich desakralizaci a odtělesnění křesťanského Boha. ... Zbývá už jedině přízrak Boha odkázaného do nebeské sféry principů.“³² Změnu epochy snad nejhlasitěji oznamuje Friedrich Nietzsche: „Bůh je mrtev. Bůh zůstane mrtev. A zabili jsme ho my! Jak se utěšíme, my, vrahové nad vrahy? Nejsvatější a nejmocnější, jenž doposud ovládal svět, vykřvácel pod našimi noži, - kdo smyje z nás tuto krev? Jakou vodou by jsme se mohli očistit? ... Není velikost tohoto činu pro nás příliš veliká? Nebudeme se muset sami stát bohy, abychom se tohoto činu jen jevili hodni?“³³

Mění se vnímání člověka – nadále již svoboda není dána závislostí, naopak, **jednotlivec nabývá dimenzi svobodné bytosti nadané přirozenými právy**. Na pozadí konfliktu mezi světskou a církevní mocí **rodí se představa suverenity státu, upevňuje se institucionální rozměr státu, jeho vazba na teritorium**, Vestfálským mírem se **mění**

²⁹ K. T. Eheberg, *Finanzwissenschaft*. 6. Aufl., 1901. Cit. dle českého překladu: *Finanční věda*. Praha 1903, s. 99-100.

³⁰ Tamtéž, s. 102.

³¹ A. J. Gurevič, *Katégorii sredněvekovej kultury*, viz pozn. 25, s. 119, 121.

³² A. Camus, *L'Homme révolté*. Paris 1951. Cit. dle českého překladu: *Člověk revoltující*. Praha 2007, s. 125-126, 128, 133.

³³ F. W. Nietzsche, *Die fröhliche Wissenschaft*. 1882, 1887. Frankfurt a. M.-Leipzig 1982, kap. 6/125.

soustava mezinárodních (mezistátních vztahů), utváří se profesionální, odborný státní aparát, zásadně se mění systém státní financí, konečně mění se i forma, v níž je stát utvářen a vnímán – rodí se pojmy právního a ústavního státu: Stát není již více z milosti Boží, je racionální konstrukcí, jehož legitimita je dána souhlasem svobodných individuí, souhlasem, jenž je vyjádřen ve zvláštní, právní formě, ve společenské smlouvě neboli ústavě. Psaná ústava je společenskou smlouvou, kterou se lid, představující ústavodárnou moc (pouvoir constituant), ustavuje v jedno politické (státní) těleso, zakotvuje vztah individua k celku a soustavu mocenských (státních) institucí. Carl Schmitt na okraj pojmů, popisujících novou realitu, poznamenává: „**Všechny pregnantní pojmy moderní státovědy jsou sekularizovanými teologickými pojmy.** Nejen dle jejich historického vývoje, jelikož byly převzaty z teologie do státovědy, v tom rámci například se stává **všemocný Bůh všemocným zákonodárcem**, nýbrž i v jejich systematické struktuře.“³⁴ Schmittovu tezi lze dokumentovat kategorií **demokratické ústavy**. Jejím klíčovým myšlenkovým pramenem, a to pod vlivem reformace (zejména kalvinismu), je Bible a v ní obsažená myšlenka **smlouvy mezi Bohem a jeho lidem, přenesená na stát**. Jako první takové „ústavy“ uzavírají američtí kolonisté „osadnické smlouvy“, ve kterých se zavazují založit obec, ustanovit její úřady a respektovat jejich rozhodnutí (nejznámější z nich je smlouva, uzavřená na palubě lodi „Májový květ“ dne 11. listopadu 1620 před založením osady New Plymouth). Za první ústavy v moderním významu tohoto slova se v dějinách považují charty amerických osad, sepsané osadníky, potvrzené původně anglickým králem a později, po vyhlášení nezávislosti USA, potvrzené jako ústava členského státu americké unie. Prvními z nich jsou *Fundamental Ordres od Connecticut* z roku 1639, přijaté puritány, vystěhovanými z Massachusetts, tvořící základ charty, udělené Karlem II., v roce 1776 potvrzené a platné do roku 1818 jako ústava Connecticutu (obdobným vývojem prošel rovněž Rhode Island, který v roce 1663 získal od Karla II. chartu, jejímž základem se staly osadnické smlouvy, a která platila jako ústava do roku 1848). V době vypuknutí hnutí za nezávislost takovéto charty mělo již všech třináct amerických osad. Po roce 1776 přijímají nové státy ústavy již ve svých zákonodárných sborech: „V těchto ústavních listinách z první epochy americké nezávislosti sluší hledati nejstarší vzory evropských konstitucí, jelikož působily daleko více, než se do nejnovější doby vědělo, na francouzské ústavní zákonodárství z let 1789 až 1791. Tyto listiny se skládají obyčejně ze dvou hlavních částí. Uvedeny jsou nejčastěji nějakým bill nebo declaration of rights, která ... obsahuje stručně shrnutý kodex veškerých veřejných práv jednotlivcových. K němu se pojí plán nebo frame of government, ustanovení to o nejvyšších orgánech státu a o jejich funkcích.“³⁵ Dodejme, že idea této základní kostry, tvořící strukturu ústavy, přetrvala dodnes.

Skrytým kódem státu 19. a 20. století – použijme na tomto místě označení „moderního státu“ – přičemž formulujme následující výčet jako hypotézu, jsou zásady: **abstrakce, linearita, symetrie, obecnost, univerzálnost, racionalita, byrokracie, právní stát, ústava a ústavnost, ambice na úplnost (institucionální), vnitřní suverenita (výlučnost), vnější suverenita (stát je základním subjektem mezinárodního práva), pořádací principy právního řádu, mezi něž patří bezrozpornost a obsahová**

³⁴ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 3. Aufl., Berlin 1979, s. 49.

³⁵ Tamtéž, s. 549-550.

konzistentnost, stupňovitá výstavba, relativní ustálenost systému práva a jeho jazyka, relativní stálost práva.

Většina z uvedených kategorií nevyžaduje bližšího objasnění, jejich obsah je známý z odborného diskursu, jsou součástí naší pojmové výbavy. Snad, víceméně pro ilustraci, stručná poznámka k několika z nich.

Abstrakce znamená pojmové uvědomění si jevu. Pro jeho označení v době předmoderní existovaly různé termíny, jejichž společným jmenovatelem byla vyšší míra konkrétnosti (u Řeků *polis*, u Římanů *civitas*, *imperium Romanum*, v období středověku *regnum*, *Reich*, *regno*, apod.). Termín stát použil poprvé Macchiavelli. V italštině tento termín (*lo stato*) označoval „jednak souhrn těch, kteří vládli, jednak i veškeré obyvatelstvo státní s příslušným územím“.³⁶ Linearita a symetrie představují hlediska utváření veřejných institucí, územního uspořádání, či systému mezinárodních vztahů, obecnost ve spojení s rovností pak tvoří základ právního postavení individua. Kategorii univerzálnosti s vtípem vystihuje Alvin Toffler jako univerzálnost „zastupitelské soupravy“: „Části této soupravy se v rozličných zemích kombinovaly a manipulovalo se jimi rozličným způsobem. Někde měl volební právo každý, jemuž bylo jednadvacet let, jinde jej měli jenom muži bílé rasy. V jedné zemi byl celý proces toliko fasádou na ovládnutí země diktátorem, v další zemi zase volení představitelů ve skutečnosti disponovali značnou pravomocí. Tu byly dvě strany, tam množství stran, jinde zase toliko jedna. Historický obrazec je však jasný. Jakkoli se jednotlivé části modifikovaly anebo jakkoli se měnilo jejich uspořádání, při sestrojování formální politické mašinerie všech průmyslových zemí se používala ta samá základní souprava ... Tisíce těchto zastupitelských mechanismů skřípe a kroutí se ... po celém světě ... Hlasování představovalo hromadný rituál upevňování důvěry.“³⁷ Konečně zmiňme kategorii racionality, a to v podobě teze zformulované Jadwigou Staniszkis: „Pohyb idejí, který zahájil v Evropě vytváření metafyziky státu, byl spojen s novým objevením řecké filozofie a počínaje 14. stoletím také hledáním nového pramene jistot v souvislosti s postupnou relativizací hodnot. Základy koncepce moderního státu položil nominalismus. Nejkomplexnější sociologický výraz dal této koncepci (a zároveň metafyzice státu) Max Weber. Weber pojímal stát jako útvar realizující proces racionalizace, protože byl schopen překonávat antinomie a napětí mezi formální racionalitou (právem, procedurami) a racionalitou substanciální, ztělesněnou v ideji spravedlnosti a rozvoje. Suverénně vytvářený – a stále zdokonalovaný – systém práva a procedur orientoval jedince jaksi mimovolně k uskutečňování hodnot.“³⁸

³⁶ F. Weyr, *Československé právo ústavní*, viz pozn. 14, s. 3.

³⁷ A. Toffler, *The Third Wave*, viz pozn. č. 17, s. 84-85, 87.

³⁸ J. Staniszkis, *O władzy i bezsilności*. Cit. dle českého překladu: *O moci a bezmoci*. Brno 2009, s. 121-122.

3. Eroze moderního státu

3.1 Legitimita a Böckenfördeho diktum

Na přelomu 19. a 20. století se všechna nejvlivnější filosofická směřování vymezují vůči transcenci: Karlem Marxem počínaje,³⁹ Ludwigem Wittgensteinem a dalšími velkými postavami logického pozitivismu konče.⁴⁰ Jak poznamenává Clemens Jabloner, pro Otto Neuratha sice Kelsen byl „přemožitelem teologických pozůstatků ve státovědě, avšak přece jen „nikoli úplně bez jakékoli metafyziky“.“⁴¹ Svět ovládl koncept racionalismu, ambice myšlenkově apriorně uchopit vět v jeho úplnosti. Konečně, právním výrazem této ambice se staly velké kodifikace spjaté s ideologií pojmové jurisprudence, s představou soudce – automatu.

Kopernikovsky nové paradigma chápání člověka dostává ale trhliny. Francouzská revoluce, dějiny konce 18. a celého 19. století sice přinesly dramatický zvrat: nový koncept legitimacy, legitimitu odvíjející se od suverenity lidu, a přinesly i představu o „neomezené moci suveréna“; avšak **přinesla-li moderna ambici vytvořit soustavu mocenských institucí naplňující ve vztahu k hodnotovým základům společenství maximu úplnosti, uvedený koncept v určitých historických situacích selhal.**⁴² Zjevil se metafyzický korelát v demokratických ústavách 19., 20. i 21. století, jenž byl a je reakcí na historickou zkušenost; ve Francii na změny forem vlády v důsledku řady dramatických společenských změn, ve Spolkové republice Německo na zvěrstva nacismu a na „legalistickou“ cestu nacistické revoluce v roce 1933, v Řecku a v Portugalsku na útlak autoritativního, resp. totalitního režimu, v České republice na zločiny komunismu a obdobně na „legalistickou“ cestu komunistické revoluce roku 1948. Zejména pak v průběhu 20. století hrůzostrašná zkušenost předestřela dostatek argumentů pro opodstatněnost, nazvěme jej, přirozenoprávního korelátu moci, můžeme jej nazvat jinak, metafyzickým korelátem, anebo jinak terminologií Spolkového ústavního soudu Spolkové republiky Německa, pojmem „das überpositive Recht“.⁴³

³⁹ K analýze pojmů práva a spravedlnosti ve filosofii Karla Marxe viz J. Rawls, *Lectures on the History of Political Philosophy*. Cit. dle německého překladu: *Geschichte der politischen Philosophie*. Frankfurt a.M. 2008, s. 483-507.

⁴⁰ Viz kupř. A. Ayer, *Demonstration of the Impossibility of Metaphysics*. *Mind* 43, 1934, N. 171, s. 335-345. Cit. dle slovenského překladu: *Dôkaz nemožnosti metafyziky*. In: *Logický pozitivizmus*. Ed. F. Mihina, T. Sedová, M. Zouhar, Bratislava 2006, s. 487-496.

⁴¹ C. Jabloner, *Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft*. In: *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*. Hrsg. C. Jabloner, F. Stadler, Wien-New York 2001, s. 19. Jabloner cituje ze studie O. Neurath, *Empirische Soziologie. Der wissenschaftliche Gehalt der Geschichte und Nationalökonomie*. 1931. Neudruck in: O. Neurath, *Gesammelte philosophische und methodologische Schriften*. Bd. I, Hrsg. R. Haller, H. Rutte, Wien 1981, s. 501.

⁴² „I demokratická vláda však podléhá přesvědčení, že má právo na absolutní suverenitu (tj. moc), což může vést k centralizaci moci, často za pomoci neústavních prostředků a obvykle se špatnými výsledky.“ (F. Zakaria, *The Future of Liberty*. 2003, cit. dle českého překladu: *Budoucnost svobody*. Praha 2004, s. 125.)

⁴³ BVerfGE 23, 98: „Právo a spravedlnost nejsou zákonodárci k dispozici. Představa, že „ústavodárce může vše uspořádat podle své vůle, by znamenala návrat k duchovnímu stanovisku bezhodnotového právního pozitivismu, které je v právní vědě a praxi již dlouho překonáno. Právě doba nacionálního socialismu v Německu učí, že i zákonodárce může stanovit neprávo“ (BVerfGE 3, 225 (232)).“

Ve světě modernity se objevují i další trhliny: Dle čl. 4 Deklarace práv člověka a občana z 26. 8. 1798, „Svoboda spočívá v tom, že každý může činit vše, co neškodí druhému. Proto výkon přirozených práv každého člověka nemá jiných mezí než ty, které zajišťují ostatním členům společnosti užívání týchž práv. Tyto meze mohou být ustanoveny pouze zákonem.“ Tímto slavným ustanovením dokumentuje Ernst-Wolfgang Böckenförde **fundamentální změnu obrazu člověka v evropské kultuře, v novém konceptu obrazu člověka schází socializace, moment pozitivní orientace na podporující jednání vztahující se na jiné lidi, a to v podobě strukturu a organizaci utvářejícího právního principu.** Böckenförde odkazuje na tomto místě na Marxovu kritiku čl. 4 Deklarace: „Hranice, v níž se může pohybovat každý vůči jinému, aniž by způsobil škodu, je určena zákonem, stejně, jak je určena hranice dvou polí kůly v plotě. Jde o svobodu lidí jako izolovaných, na sebe sama redukováných monád ... lidské právo na svobodu je založeno nikoli na spojení člověka s člověkem, nýbrž mnohem více na odčlenění (separaci) člověka od člověka. Je to právo tohoto odčlenění.“ Böckenförde se touto poznámkou vrací ke svému slavnému diktu:⁴⁴ „Svobodný, sekularizovaný stát žije z předpokladů, které sám nemůže garantovat.“⁴⁵ Klade si v něm otázku, z čeho stát vyvívá, „kde bere potřebnou nosnou, stmelující sílu a vnitřní regulátory svobody, když už svou podstatu nečerpá a nemůže čerpat z vazby náboženské?“ A pokračuje: „Nejniternější vazbu přece náboženství pro politický řád a život státu představovalo až do devatenáctého století, a to ve světě vykládaném zprvu sakrálně a posléze nábožensky. Lze mravnost zdůvodnit a zachovat v rámci tohoto světa, sekulárně, lze stát stavět na ‚přirozené morálce‘? A pokud ne, může – nezávisle na tom všem – takový stát pouze plnit eudaimonistická životní očekávání svých občanů?“ Principiální je pak pro něj z předchozích úvah plynoucí otázka: „Nakolik mohou státně sjednocené národy žít jen z toho, že budou jednotlivci poskytovat svobody bez jednotícího pouta, které této svobodě předchází? Proces sekularizace byl zároveň velkým procesem emancipačním, v němž se světský řád oprostil od zděděných náboženských autorit a vazeb. Završila ho deklarace lidských a občanských práv. Tato jedince odkázala na sebe sama a na vlastní svobodu. Tímto ovšem, z principiálního hlediska, musel vyvstat problém nové integrace: Neměl-li se stát rozložit zevnitř, a následně proto zcela podvolit tzv. ‚vnějšímu řízení‘ (*Außenlenkung*), museli emancipovaní jedinci nalézt novou pospolitost a homogenitu. Tento problém zůstával zprvu skryt, protože v devatenáctém století vystoupila na místo staré nová jednotící síla: národní myšlenka. Jednota národa nahradila jednotu náboženskou a dala základ nové, byť více vnějškově-politicky zaměřené homogenitě, v jejímž rámci občané žili ještě převážně z tradice křesťanské morálky. Tato národní homogenita se chtěla projevit a projevila se v národním státu. Národní myšlenka dnes, nejen v řadě evropských států, už tuto svou formující sílu ztratila. ... Otázka po tmelících silách tak vyvstává znovu a ve své skutečné podstatě: Svobodný, sekularizovaný stát žije z předpokladů, které sám nemůže garantovat. To

⁴⁴ Viz E.-W. Böckenförde, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsrecht*. Frankfurt a.M. 2011, s. 27. Viz K. Marx, *Die Frühschriften*. Stuttgart 1953, s. 192 an. Ke vztahu Böckenfördeho teze a Radbruchovy formuly viz P. Bahners, *Der Unsinn der Zivilreligion*. Frankfurter allgemeine Zeitung, 9.5.2008, Nr. 115, s. 37.

⁴⁵ E.-W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*. In: tentýž, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2006, s. 112. Cit. dle českého překladu: E.-W. Böckenförde, *Vznik státu jako proces sekularizace*. In: *Vznik státu jako proces sekularizace*. Diskuse nad studií Ernsta-Wolfganga Böckenfördeho. Ed. J. Hanuš, Brno 2006, s. 21.

představuje nejodvážnější krok, který – v zájmu svobody – udělal. Jako svobodný stát může na jedné straně existovat, jen pokud se svoboda, již zaručuje svým občanům, reguluje zevnitř, z morální podstaty jednotlivce a z homogenity společnosti. Na straně druhé stát tyto vnitřní regulační síly ovšem nemůže garantovat sám ze sebe, to jest prostředky právního nátlaku a autoritativního příkazu, aniž by se vzdal své svobodné povahy a upadl – v sekularizované podobě – zpět k onomu totalitnímu nároku, z něhož se v konfesních občanských válkách vymanil.⁴⁶

3.2 Hledání zdůvodnění lidských práv

Předpokládejme, že společnost integrující sílu transcendence a ideje národního státu v současnosti nahradila **idea svobody, aneb idea lidských práv. Po staletí trvajícím hledání jejich zdůvodnění nevedlo ale k obecně uspokojivým výsledkům.** Alasdair MacIntyre připomíná tuto skutečnost s neomalenou drsností: „pravda je zřejmá: žádná (přirozená a lidská – pozn. P.H.) práva neexistují a víra v ně je totéž jako víra v čarodějnice či jednorožce ... žádný pokus o dobré zdůvodnění *existence* těchto práv neuspěl. Filosofičtí zastánci přirozených práv v 18. století na některých místech prohlašují, že tvrzení o tom, že lidé tato práva mají, jsou samozřejmými pravdami. My však víme, že žádné samozřejmé pravdy neexistují. Morální filosofové ve 20. století se někdy dovolávají své a naší intuice; ale jedna z věcí, kterou bychom měli z historie morální filosofie znát, je, že použije-li morální filosof slova ‚intuice‘, je to vždy signálem toho, že s argumentací je něco zásadního v nepořádku. Deklarace lidských práv Spojených národů z roku 1948 se velmi striktně drží zásady nijak nezdůvodňovat *jakákoli* tvrzení, což se pak stalo ve Spojených národech běžnou praxí. A nejnovější obhájce těchto práv Ronald Dworkin připouští, že jejich existenci nelze prokázat, k čemuž však dodává, že ze skutečnosti, že nějaké tvrzení nelze prokázat, nevyplývá, že není pravdivé.⁴⁷ To je sice pravda, ale lze to stejně dobře použít na obranu tvrzení o existenci jednorožců či čarodějnic. Přirozená, či lidská práva jsou tedy fikcí.“⁴⁸

Úvaha MacIntyreova vybízí Roberta Alexyho k reakci, k hledání možného zdůvodnění lidských práv. Na tomto místě konstatujeme pouze Alexyho závěr, dle něhož přijatelná alternativa zdůvodnění lidských práv se nutně opírá o metafyzický základ, o konstruktivní metafyziku. Dle něj tudíž „lidská práva nejsou možná bez racionální a univerzální metafyziky“.⁴⁹

Jsme tedy konfrontováni s **absencí integrujícího, homogenizačního momentu, jenž utváří společnost, racionalismu se nedostává ani žádné obecně sdílené přesvědčivé koncepce zdůvodnění lidských práv a svobod.**

⁴⁶ Tamtéž, s. 20-21.

⁴⁷ R. Dworkin, *Taking Right Seriously*. London 1976. Cit. dle českého překladu: *Když se práva berou vážně*. Praha 2001, s. 216.

⁴⁸ A. MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 1981. Cit. dle českého překladu: *Ztráta ctnosti. K morální krizi současnosti*. Praha 2004, s. 89-90.

⁴⁹ R. Alexy, *Menschenrechte ohne Metaphysik?* Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 52 (2004) 1, s. 24: „Konstruktivní metafyzika má zároveň racionální a univerzální povahu.“

3.3 Outsourcing státu

Považují-li Max Weber, či Carl-Joachim Friedrich **byrokracii, profesionální státní aparát, za jádro moderního státu, rovněž v této oblasti dochází k zásadním změnám.** Jejich jevová podoba je přitom směsicí reakcí na směsicí příčin.

Je reakcí na straně jedné na **obrovský nárůst státu ve 20. století**: ten byl, velmi zkratkovitě vyjádřeno, spojen jednak s **institucionální reakcí na velké krize** (kupř. New Deal v USA, čili program Franklina Delano Roosevelta na překonání Velké hospodářské krize v letech 1929 až 1933), jednak s **institucionální reakcí na gigantické válečné konflikty** (nárůst daňové zátěže, státních intervencí v období první a druhé světové války, v období studené války), jednak s **institucionální reakcí směřující k zajištění vnitřního míru ve společnosti, zejména míru sociálního** (což vedlo k vytvoření sociálního státu, systému státem zajišťovaného, resp. garantovaného systému důchodového pojištění, sociální pomoci, jakož i zdravotní péče), a to jako společenská odpověď na sociální kataklyzmata 20. století a na kulturní vliv lidských a občanských práv, v této souvislosti práva na lidsky důstojný život, a konečně s **institucionální reakcí na intenzitu a relevantnost společenských a technologických změn** (jež se projeví ve státní politice podpory rozvoje vědy, výzkumu, vzdělanosti apod.). Tento vývoj přivedl stát do rozměrů, v nichž nejenže ztrácí akceschopnost, nýbrž se stává pro společnost kolosem, jenž ona již není s to unést (což ve svých důsledcích vede k fatálním deficitům veřejných financí).

Jevová podoba zásadních změn v systému státního aparátu (v soustavě státní byrokracie) je dána i erozí „skrytého kódu“ moderního státu. Nejde tady o velikost, o dinosauří rozměr státu, nýbrž o „výprodej“ jeho funkcí. Pod praporem požadavků zmenšování, zeštíhlování státu dochází k „privatizaci“ jeho funkcí, smyslu a účelu jeho působení.

Jsme svědky **outsoursingu státu**. Tento proces lze ilustrovat příklady i trendy. Ústavní soud v řadě nálezů v souvislosti s uplatňováním **náhrady nákladů za právní zastupování státu** vyslovil kritickou tezi: „Za situace, kdy stát je k hájení svých právních zájmů vybaven příslušnými organizačními složkami, finančně i personálně zajištěnými ze státního rozpočtu, není důvod, aby výkon svých práv a povinností v této oblasti přenášel na soukromý subjekt, kterým byl v přezkoumávaném případě advokát. Pokud tak stát přesto učiní, pak není důvod pro uznání takto mu vzniklých nákladů jako účelně vynaložených.“ (Nález II. ÚS 2804/10, viz rovněž nálezy sp. zn. I. ÚS 2929/07, IV. ÚS 2513/09, IV. ÚS 1145/11 a další.) Nejde však pouze o českou specialitu. Před třemi lety rozvířil hladinu německého veřejného mínění návrh tehdejšího spolkového ministra hospodářství Karla Teodora zu Guttenberg (jenž pak s odstupem krátkého času byl nucen odstoupit ze své funkce – tentokrát z funkce ministra obrany – z důvodu plagiátorství při vypracování své doktorské

disertace), jeho obsahem byl tzv. „Gesetz-Outsourcing“ aneb outsourcing legislativních prací ministerstva soukromým advokátním kancelářím.⁵⁰

Pohled na webovou stránku Ministerstva obrany snad ani nepřekvapí, když v jeho struktuře objevíme „Odbor outsourcingu“.⁵¹ Konečně, odborná literatura dnes již výslovně mluví o „outsourcingu vojenských misí“.⁵²

„Válečný“ **outsourcing** v roce 2008 stál ve Slovenské republice místo tehdejšího ministra obrany Kašického – ten přišel s iniciativou na tendry na úklid kasáren, na odklizení kasáren od sněhu a na sečení trávy v kasárnách za cenu téměř čtyř miliard korun.⁵³ Škoda, že problém slovenské armády nešlo propojit s řešením jiného problému armády české: „Polovina z dvaadvacetitisícového sboru, který má chránit stát před napadením, totiž trpí nadváhou. Co je však horší: každý sedmý voják či vojákyně nutně potřebuje léčbu kvůli silné obezitě. Tato choroba se vyskytuje u tří a půl tisíce profesionálů,“ říká docent Pavol Hlúbik z Fakulty vojenského zdravotnictví Univerzity obrany v Hradci Králové, jehož tým s alarmujícím zjištěním přišel. Docentovi lidé připravili i plán, jak obezitu z armády vymýtit. Posádkoví lékaři mají nemocným vojákům během půl roku ordinovat dietu a k novému jídelníčku navíc i léky na hubnutí. Měsíční dávka léku pro jednoho pacienta vyjde na 700 korun. Na nákup ministerstvo použije peníze z resortního zdravotního fondu, kam vloni dorazily potřebné finance.“⁵⁴

Jiným příkladem outsourcingu státu je **privatizace důchodového systému**, a to navzdory varování Mezinárodního měnového fondu a Světové banky – na rozdíl od zřízení tzv. druhého pilíře důchodového systému (svěřeného soukromým společnostem) doporučují tyto instituce České republice současný systém rozdělit na dva pilíře, přičemž by oba měly zůstat pod veřejnou správou. Do hlavního pilíře by zaměstnanec měl odvádět pojistné například ve výši 20 procent hrubé mzdy, takto vytvořené prostředky by se neukládaly, nýbrž přerozdělily stávajícím důchodcům, zaměstnanec by ale získal nárok na to, že mu odpovídající částku stát vyplatí na penzích. Dále by měl vzniknout sociální pilíř, který by zajistil minimální důchod těm, kdo si nedokázali dost naspořit. Mezinárodní měnový fond a Světová banka odmítají soukromé fondy, jelikož jejich provozní náklady jsou pětikrát až desetkrát dražší, protože si konkurují a mají náklady na prodejní síť a marketing, a dále mají vyšší mzdy, než platí státní sektor. Dalším problémem privatizace penzijního systému je dle Mezinárodního měnového fondu a Světové banky příliš velká zátěž na státní rozpočet, a to

⁵⁰ F. Gathmann, *Kritiker rügen Guttenbergs Gesetz-Outsourcing*. Spiegel, 12. August 2009, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/grosskanzlei-hilft-wirtschaftsministerium-kritiker-ruegen-guttenbergs-gesetz-outsourcing-a-641728.html>.

⁵¹ <http://www.army.cz/scripts/detail.php?id=3658>

⁵² O. Urbánek, *Perspektivy outsourcingu vojenských misí České republiky*. Obrana a strategie, č. 1, 2012, s. 15-26.

⁵³ *Kašického pochovali lopaty*. Sme, 26. 1. 2008, <http://www.sme.sk/c/3697611/kasickeho-pochovali-lopaty.html>.

⁵⁴ *Každý sedmý voják trpí obezitou*. Lidové noviny, 31.8.2011, http://www.lidovky.cz/kazdy-sedmy-vojak-trpi-obezitou-vyfasuji-leky-na-hubnuti-pm1-/ln_domov.asp?c=A110831_114242_ln_domov_pta.

v důsledku snížení pojistného, které se odvádí z hrubé mzdy, jenž zvýší deficit státního rozpočtu o desítky miliard korun.⁵⁵

Pilířem Weberovské koncepce státního aparátu (byrokracie) je **princip loajality, věrnosti úřednictva (jakož i armády a bezpečnostních složek) konstitutivním politickým hodnotám země (státu)**. Tento princip je výslovně upraven v čl. 33 odst. 4 Základního zákona Spolkové republiky Německo, k jeho interpretaci Spolkový ústavní soud zformuloval zásadní teze: „Povinnost politické věrnosti vyžaduje víc, než pouze formální, korektní, obvykle nezainteresovaný chladný, vnitřně distancovaný postoj vůči státu a ústavě; od úředníků vyžaduje zvláště, aby se jednoznačně distancovali od skupin a hnutí, jež tento stát, jeho ústavní orgány a platný ústavní řád napadají, potírají a difamují. Od úředníka se očekává, že tento stát a jeho ústavu zná a uznává jako vysoce pozitivní hodnotu, za níž stojí zato se zasazovat.“ (BVerfGE, 39, 334) Právě tyto teze sledoval ve své argumentaci rovněž Ústavní soud ČSFR při rozhodování o ústavnosti zákona č. 451/1991 Sb., kterým se stanoví některé další předpoklady pro výkon některých funkcí ve státních orgánech a organizacích České a Slovenské federativní Republiky, České republiky a Slovenské republiky: „Nutno zdůraznit, že ve stabilizovaných demokratických systémech je součástí požadavků vyžadovaných u osob, ucházejících se o zaměstnání ve službách státu, ve veřejných službách a na pracovištích, která jsou z hlediska bezpečnosti a stability státu považována za riziková, i splnění určitých, občanských předpokladů, z nichž lze usoudit na názorový souhlas se zájmy státu, jakož i na loajalitu k němu a k demokratickým principům, na nichž je stát budován“ (Pl. ÚS 1/92)

Na uvedený nálezh federálního ústavního soudu pak navázal Ústavní soud České republiky v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 9/01, v němž jednak pojem loajality k státu podrobněji vyložil a jednak se vyslovil k ústavnosti formy její zákonné úpravy pro budoucnost: „Ústavní soud vychází z toho, že pojem ‚loajality‘ je třeba vykládat – stejně jako jiné uzlové pojmy, např. nestrannosti a nezávislosti soudů – dvěma komplementárními způsoby. Pojem loajality pokrývá jednak stav loajality každého jednotlivce působícího ve veřejných službách, jednak stav loajality veřejných služeb jako celku. Relevantní přitom není pouze to, zda jsou veřejné služby skutečně loajální, ale i, zda se jako loajální jeví veřejnosti. K tomu je třeba, aby nevznikaly o jejich loajalitě pochybnosti. Takové pochybnosti podřývají důvěru veřejnosti ve veřejné služby a potažmo v demokratický stát, který tyto služby ztělesňuje. Nedůvěryhodné veřejné služby a státní správa ve svých důsledcích ohrožují demokracii a demokratický stát je oprávněn se proti takovému ohrožení bránit tím, že zajistí, aby se veřejné služby veřejnosti jako nedůvěryhodné nemohly jevit, tím, že eliminuje důvody k pochybnostem. Postoje jednotlivce k demokratickému zřízení určují především jeho reálné činy.“

Dodejme, a to v opačném pořadí slovosledu přísloví, jak se obvykle užívá, že lícem tohoto rubu jsou záruky služební (pracovní) jistoty, stability, ochrany služebního postavení, služebního růstu a hmotného zabezpečení úředníků veřejné správy.

⁵⁵ Czech Republic: *Staff Report for the 2011 Article IV Consultation*. IMF Country Report No. 11/83, Washington 2011; *IMF Working Paper. European Department and Fiscal Affairs Department. Tax and Pension Reform in the Czech Republic – Implications for Growth and Debt Sustainability*. Prepared by D. Betman, A. Tuladhar, Washington 2008; *Pension Reform. Issues and Prospects for Non-Financial Defined Contribution (NDC) Schemes*. Ed. R. Holzmann, E. Palmer, *The World Bank*, Washington 2006.

Ilustrací **negace modernity**, ilustrací, jež je zároveň příkladem **legislativní rarity patřící do kabinetu právních kuriozit**, je zákon č. 218/2002 Sb. ze dne 26. dubna 2002, o službě státních zaměstnanců ve správních úřadech a o odměňování těchto zaměstnanců a ostatních zaměstnanců ve správních úřadech (služební zákon), jehož účelem mělo být naplnění Ústavou zakotvených a Ústavním soudem konkretizovaných principů fungování státního aparátu. Tento zákon, jenž měl v úplnosti nabýt účinnosti dnem 1. ledna 2004, tuto po opakovaných novelizacích nenabyl ani do dnešního dne, a lze pochybovat, zda novelou služebního zákona (zákon č. 445/2001 Sb.) stanovená účinnost dnem 1. ledna 2015 je termínem posledním. Jinými slovy řečeno, v tomto roce, v roce 2012 jsme slavili desetiletí současné platnosti a neúčinnosti služebního zákona – desetiletí manifestace opouštění principů utváření podoby moderního státního aparátu.

3.4 Dekonstrukce právního řádu

Nadto „vzhledem k novým globálním výzvám se zdá, že potence státní formy k řešení problému selhává ... chřadnutí státní pořádací moci se nemanifestuje pouze prázdnými veřejnými kasami, úpadkem a demontáží státních ochranných systémů a ztrátou důvěry ze strany občanů, nýbrž i v erozi právního systému, jenž se proměnil v mixtum compositum vnitřně rozporných norem a předpisů a v libovolně užívaný nástroj panství a správy. ... Současné ústavy a právní řády neobsahují nadále žádné vize určující směr.“⁵⁶ Ano, hypertrofie psaného práva a jeho neustálá změna vede pak ke ztrátě přirozené způsobilosti společenského prostředí používáním práva, zvyky a obyčejí vstřebet jeho smysl a interpretovat jej praktickým užitím. Důsledek těchto jevů by bylo lze označit jako dekonstrukce práva. Domnívám se, že **pojem dekonstrukce zahrnuje dva komponenty: obsahový a strukturální**. První je dán **fragmentací**,⁵⁷ **ztrátou schopnosti formulovat a interpretovat účely práva**. Druhý lze pak spatřovat v **opuštění, resp. v relativizaci tradičních pořádacích principů práva**. Dekonstrukce práva, jejíž součástí je dynamika normotvorby, mající za následek nárůst objemu práva i početnosti jeho změn,⁵⁸ se projevuje v řadě fenoménů: Kupř. prominutí daně v případech „důvodů nesrovnalostí vyplývajících z uplatňování daňových zákonů“ (§ 259 a § 260 zákona č. 280/2009 Sb., daňového řádu) není ničím jiným, než uznáním dekonstrukce práva ze strany zákonodárce, uznáním skutečnosti, že důsledkem aplikace daňových zákonů v konkrétních věcech mohou být zákonodárcem nezamýšlené efekty. Předchozí desetiletí přináší změnu hledisek utváření systému práva – zjevuje se právo ochrany spotřebitele, medicínské právo, atd., zjevují se komplexní úpravy oborů, jež obsahují prvky veřejného i soukromého práva. Důsledkem této skutečnosti je objevení se **nejistoty při řešení rozporu mezi právními normami použitím interpretačního pravidla *lex specialis derogat legi generali***, nejistoty při určení toho, který

⁵⁶ K. Roth, *Genealogie des Staates*, viz pozn. č. 6, s. 16, 18.

⁵⁷ Václav Bělohradský v rozhovoru pro Českou televizi dne 27. 9. 2010 v této souvislosti říká: „Žijeme v tyranii fragmentů, musíme se vzdát popisu systému jako celku.“ (viz J. Guth, Bělohradský v ČT: Liberalismus je levicový, samozřejmě. Deník Referendum, 28. 9. 2010, <http://www.denikreferendum.cz/clanek/6270-belohradsky-v-ct-liberalismus-je-levicovy-samozrejme>)

⁵⁸ Ke kvantitativní analýze tohoto jevu viz F. Cvrček, *Základní kvantitativní parametry českého právního řádu*. Právník, č. 4, 2006, s. 434-450.

v rozporu se ocitající zákon je specialis a který generalis.⁵⁹ Pokud právní řád nenabízí prima facie hledisek pro určení legi speciali a legi generali, nelze než opět konstatovat důvod neurčitosti normativních premis aplikace práva.

V praxi se vytrácí profesní ztotožnění s fundamentálními pořádacími principy práva, vytrácí se schopnost tyto vnímat jako základní paradigmata. V České republice jsme svědky kauz, v níž se navrhovatelé cestou žaloby dle zákona č. 82/1998 Sb. a v něm obsaženého nároku na náhradu škody za protiprávní rozhodnutí nebo nesprávný úřední postup snaží dosáhnout posouzení právnosti jiného soudního (správního) řízení. Rozhodování dle § 13 a § 31a zákona č.82/1998 Sb., ve znění pozdějších předpisů, není ale činěno v nalézacím řízení a obecné soudy místo toho, aby se držely koncepce zákona 82/1998 Sb., argumentují i k tvrzením stěžovatelů ve vztahu ke kmenovému řízení. Zopakujme, že řízení dle uvedeného zákona není řízení nalézacím (v takovém případě by šlo o meritorní přezkum právnosti, tj. další procesní prostředek na ochranu práva, a to koncipovaný poněkud Cimrmanovsky), nýbrž navrhovatele v něm zatěžuje povinnost předložit titul (jenž je výsledkem zákonem upravené procedury a obsahuje zjištění protiprávnosti rozhodnutí nebo úředního postupu), dále prokázat existenci škody a příčinné souvislosti. Přístup vybočující z tohoto rámce dokumentuje dekonstrukci dnešní doby a vede ve svých důsledcích k případům, v nichž **soud prvního stupně podrobuje přezkumu postup nejvyšších soudních instancí**. To, že nejde o science fiction, ilustruje rozsudek Obvodního soudu pro Prahu 1 č.j. 21 C 16/2011-27, v němž označený soud posoudil přiměřenost, kromě jiného i délky řízení v konkrétní věci před Ústavním soudem a dospěl k závěru, dle něhož tato „byla skutečně nepřiměřená“. Jak praví Bible (Mat. 19, 29-30): „Mnozí pak první budou poslední, a poslední první.“ Snad ještě krátkou douškou: Pro budoucnost bych kolegům u Obvodního soudu pro Prahu 1 doporučoval, aby nebyli tak skromní a aby se neomezovali pouze na posuzování rychlosti řízení před Ústavním soudem, nýbrž aby se zaměřili rovněž na hmotněprávní přezkum jeho rozhodnutí.

3.5 Bermudský trojúhelník

V evropském právním prostoru se v posledních letech objevily dva intenzivně diskutované pojmy: prvním je pluralita právních řádů, tím druhým je judiciální „Bermudský trojúhelník“. Armin von Bogdandy klade otázku, zdali se Kelsenova představa pyramidálního uspořádání právního řádu⁶⁰ již v Evropě přežila.⁶¹ Nadto řada autorů poukazuje na skutečné a potenciální **tenze mezi třemi soudy, resp. skupinami soudů, jež v Evropě aspirují**

⁵⁹ Na okraj tohoto fenoménu konstatoval Ústavní soud v nálezu sp. zn. III. ÚS 648/04: „K zásadě priority speciální před obecnou zákonnou úpravou se Ústavní soud vyslovil v řadě svých nálezů (viz kupř. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 41/02, III. ÚS 132/04, II. ÚS 133/04), když v této souvislosti reflektoval i relevantní stanoviska doktrinární: ‚Vzniká-li konflikt mezi obecným a zvláštním pravidlem, lze se domnívat, že zákonodárce se prostřednictvím zvláštního zákona chtěl od obecného pravidla odchýlit.‘⁵⁹ V případě konfliktu dvou úprav jednoduchého práva stejného stupně právní síly, jež nota bene nejsou ve vztahu inkluze, nýbrž překrývání, je určení toho, která je úpravou obecnou a která speciální dáno předmětem řízení (jenž je vymezen procesním návrhem). Obecnou je tedy právní úprava, jež z pohledu práva jednoduchého prima facie návrhem vymezený předmět řízení reguluje.“

⁶⁰ Ke stupňovitě vystavbě právního řádu viz A. Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*. In: *Gesellschaft, Staat und Recht*. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Hrsg. A. Verdross, Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet. Wien 1931, s. 252-294.

⁶¹ A. von Bogdandy, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*. International Journal of Constitutional Law, vol. 6, n. 3 & 4, 2008, s. 457 a násl.

rozhodovat s konečnými účinky (a to buď v plném anebo jenom v částečném rozsahu rozhodované materie), tj. mezi ústavními soudy, Evropským soudem pro lidská práva a Evropským soudním dvorem.⁶² Jsou-li uvedená stanoviska reálným zrcadlením skutečnosti, základním teoretickým problémem, jenž je tím nastolen, je zajištění nerozpornosti právního řádu (právních řádů) v situaci, není-li jím hierarchie norem. Připomeňme na tomto místě Weinbergovu tezi, dle níž postulát bezrozpornosti je silnější než postulát hierarchie právních norem.⁶³

Podoba základních práv v evropském prostoru je dána architekturou trojúhelníku: systémem tří pramenů (ústavních listin, Úmluvy o základních právech a svobodách a Evropskou chartou základních práv), a tří institucionálních garancí (vrcholných soudních instancí jednotlivých států, ESLP a ESD). Jednotlivé katalogy základních práv zrcadlí dobové klíčové hodnoty, historické tradice i historické okolnosti jejich přijímání, zrcadlí i vliv tvůrčích osobností, ovlivňujících jejich podobu, a konečně i vzájemných vliv listin základních práv, jež v dějinách nabyly paradigmatické podoby (kupř. francouzské Deklarace práv člověka a občana z 26. 8. 1798, či Deklarace nezávislosti Spojených států amerických z 4.7.1776).

Walter Berka na okraj entropických konotací působení bermudského trojúhelníku dnes ale optimisticky konstatuje: „Debaty o evropské ochraně základních práv v obou jejich relacích – ve vazbě mezi Unií a členskými státy a s ohledem na vztahy mezi Evropským soudem pro lidská práva a Evropským soudním dvorem – se vedla z perspektivy možných konfliktů. V posledních letech se ale zdá, že se její vnímání mění. Ve vědecké diskusi se stále silněji zdůrazňuje produktivní síla těchto stavů napětí, jež by měly být pro ‚multilevel constitutionalism‘ příznačné a jež by mohly vést ke vztahům kooperace mezi aktéry a k různým formám ‚právně-aplikačního společenství‘ (Rechtssprechungverbund) ... A rovněž zúčastněné soudy vyvinuly celkem namáhavě a vědomě strategie a postupy, aby odbouraly možná napětí a rozpory, takže lze téměř mluvit o přemíře harmonie.“⁶⁴

⁶² Viz kupř. S. Oeter, *Rechtssprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*. In: Bundesstaat und Europäische Union – zwischen Konflikt und Kooperation. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin 2007, s. 362.

⁶³ Tuto tezi vyjádřil O. Weinberger ve svém referátu *Nový institucionalismus* jako základ právní a politické teorie, jenž přednesl dne 9. dubna 1999 na Právnické fakultě UK v Praze. Weinbergerův princip priority postulátu bezrozpornosti před hierarchií normového souboru, jako východisko řešení otázky kolize platností, vede k nutnosti akceptace i dalších pramenů práva než práva psaného, zejména práva soudcovského a obyčejového (a to bez ohledu na způsob sémantického uchopení problému). Je zřejmé, že v souvislosti s možností rozšíření soustavy pramenů práva, bude nutné řešit i otázku jejich legitimacy. Stojí snad za zmínku poukázat i z historie na jeden z příkladů řešení kolize analytické platnosti a platnosti sociologické: „Uherské zákony se často odvolávají na právní obyčej a uznávají jej za závazný ... O poměru obyčejového práva k zákonu Tripartitum uvedlo, že právní obyčej může nové právo tvořit, staré měnit a zákon autenticky vysvětlovat ... Tyto zásady se v uherském právním řádu udržely, a proto uherské právo dovoluje, aby právní obyčej doplňoval zákony ..., autenticky vykládal ..., popřípadě aby právní obyčej zákony rušil.“ (J. Rauscher, *O obyčejovém práve na Slovensku*. In: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Díl první. Red.: F. Rouček, J. Sedláček, Praha 1935, s. 162.)

⁶⁴ W. Berka, *Europäischer Grundrechtsschutz zwischen Konflikt, Kooperation und Koordination*. In: Rechtsschutz gestern – heute – morgen. Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher. Hrsg. A. Bammer, G. Holzinger, M. Vogl, G. Wenda, Wien – Graz 2008, s. 506.

Ve vztahu Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) k Evropskému soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) lze v této souvislosti zmínit případ *Carpenter* (C-459/99), v němž ESD vyvodil právo na pobyt státního příslušníka třetí země ze základního práva Evropského společenství na respektování a ochranu rodinného života (čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod).

ESD svoji připravenost ke kooperaci ve vztahu k ESLP formuloval v několika případech (kupř. *Schwarz*, C-76/05), v nichž provedl pouze omezený přezkum a ve výsledku se vzdal kompetence rozhodnutí v poslední instanci.⁶⁵

ESLP vymezil svoji pozici k ESD především rozsudkem velkého senátu ve věci **Bosphorus Airways** (30. 6. 2005, sp. zn. 45 036/98). Konstatoval v něm, že „Úmluva na jednu stranu smluvními stranám nezakazuje přenést suverénní pravomoc na mezinárodní (a i supranacionální) organizace, aby mohly v určitých oblastech aktivit spolupracovat“, přičemž „akt státu učiněný v souladu s takovými právními závazky [plynoucími z členství v mezinárodní organizaci] je ospravedlnitelný, pokud předmětná organizace chrání základní práva, a to s ohledem jak na poskytnuté hmotně-právní záruky, tak na mechanismus kontroly jejich dodržování, a to způsobem, který je možné považovat za přinejmenším rovnocenný s ochranou, kterou poskytuje Úmluva“. Jestliže daná organizace poskytuje takovou rovnocennou ochranu, pak ESLP předpokládá, že se stát neodchýlí od požadavků Úmluvy, pokud neučinil více, než že implementoval právní závazky plynoucí z členství v organizaci. Podobná domněnka však může být vyvrácena, pokud z okolností jednotlivého případu vyplývá, že ochrana práv zaručených Úmluvou byla zjevně nedostatečná. V podobných případech by role Úmluvy jako „ústavního nástroje Evropského veřejného pořádku“ v oblasti lidských práv převážila nad zájmem mezinárodní spolupráce. ESLP ve vztahu k ESD omezuje tudíž intenzitu svého přezkumu hranicí „zjevné nedostatečnosti“ ochrany základních práv a svobod.

V roce 2006 se tématem jednání sněmu prestižního Spolku německých státovědců stala konkurence mezi národními ústavními soudy, ESD a ESLP. Dle prvního z generálních zpravodajů konference, Stefana Oetera, se obavy plynoucí z judikatury Spolkového ústavního soudu *SRN Solange I*, *Solange II* a *Maastricht-Urteil* nenaplnily, postoj Spolkového ústavního soudu vůči ESD, případně vůči evropskému právu zůstal zdrženlivý.⁶⁶ Tato linie byla potvrzena i rozhodnutím ve věci *Lisabonské smlouvy* (*BVerfGE 123, 267, 30.6.2009*), v němž došlo k vymezení základních hledisek posuzování vztahů Evropské unie a jejich členských států. Spolkový ústavní soud zdůraznil, že evropská integrace založená na smluvní unii suverénních států nesmí být uskutečňována tak, že by členskými státy nezůstal dostatečný prostor k politickému utváření hospodářských, kulturních a sociálních životních vztahů. To platí především pro oblasti, jež formují životní podmínky občanů, především základními právy chráněný soukromý prostor jejich vlastní odpovědnosti a osobní a sociální

⁶⁵ Viz tamtéž, s. 508.

⁶⁶ S. Oerter, *Rechtssprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*. In: *Bundesstaat und Europäische Union – zwischen Konflikt und Kooperation*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin 2007, s. 389-391..

jistoty, jakož i pro taková politická rozhodnutí, jež jsou spojena zvláštním způsobem s kulturním, historickým a jazykovým předporozuměním a jež se diskurzivně utváří ve stranicko-politicky a parlamentně organizovaném prostoru politické veřejnosti. Je to Spolkový ústavní soud, jenž si osobuje právo přezkumu, zdali právní akty evropských orgánů a institucí s ohledem na evropsko-právní princip subsidiarity se nachází v hranicích výsostných oprávnění vymezených jednotlivými zmocněními. Nadto Spolkový ústavní soud chrání nedotknutelné obsahové jádro ústavní identity Základního zákona dle jeho čl. 23 odst. 1 věty 3. ve spojení s čl. 79 odst. 3. Výkon těchto ústavněprávně narýsovaných kompetencí odpovídá principu evropské vstřícnosti Základního zákona a tudíž ani není v rozporu s principem loajální spolupráce ve smyslu čl. 4 odst. 3 Lisabonské smlouvy.

Na uvedené rozhodnutí Spolkový ústavní soud navázal pak v rozhodnutí ze dne 6. 7. 2010 sp. zn. 2 BvR 2661/06 v **rozhodnutí Honeywell** (BVerfGE 126, 286). Uvedl v něm, že kontrola ultra vires přichází do úvahy toliko tehdy, je-li porušení kompetencí evropskými orgány dostatečně kvalifikované. To předpokládá, že postup unijní moci v rozporu s jejími kompetencemi musí být zřejmý a že napadený akt v oblasti kompetencí vede ke strukturálně významnému posunu k tíži členských zemí.

Pro posouzení vztahů práva České republiky a evropského práva, jakož i vztahů jejich orgánů a institucí, Ústavní soud České republiky stanovil následující principy:

Princip **euro-vstřícnosti** vyslovil Ústavní soud v nálezu Pl. ÚS 66/04 k ústavnosti právního institutu eurozatykače: „Z článku 1 odst. 2 Ústavy, ve spojení s principem spolupráce, stanoveným čl. 10 Smlouvy ES, vyplývá ústavní princip, podle něhož mají být domácí právní předpisy, včetně ústavy, interpretovány souladně s principy evropské integrace a spolupráce komunitárních orgánů a orgánů členského státu. Pokud tedy existuje několik interpretací Ústavy, jejíž součástí je Listina základních práv a svobod, přičemž jen některé z nich vedou k dosažení závazku, který převzala Česká republika v souvislosti se svým členstvím v EU, je nutno volit výklad, který podporuje realizaci tohoto závazku, a nikoli výklad, který tuto realizaci znemožňuje.“

V nálezech Pl. ÚS 59/2000 a Pl. ÚS 50/04 formuloval Ústavní soud princip **dvoují vázanosti transformovaného evropského práva**, tj. jeho nutného souladu jak s evropským právem, tak i s ústavním pořádkem. Ač tedy referenčním rámcem přezkumu Ústavním soudem zůstávají normy ústavního pořádku, nemůže Ústavní soud zcela přehlížet dopad komunitárního práva na tvorbu, aplikaci a interpretaci vnitrostátního práva, a to v oblasti právní úpravy, jejíž vznik, působení a účel je bezprostředně navázán na komunitární právo.

Za určitou paralelou rozhodnutí Spolkového ústavního soudu SRN „Solange I“, „Solange II“ a „Maastricht-Urteil“ lze pak považovat nálezu Pl. ÚS 50/04, vymezující základní hlediska posuzování vztahu Ústavy České republiky a evropského práva: „Je nepochybné, že přistoupením České republiky k Evropskému společenství, resp. Evropské unii, došlo k zásadní změně uvnitř českého právního řádu, neboť tímto okamžikem Česká republika převzala do svého vnitrostátního práva celou masu evropského práva. Tedy bezpochyby došlo k onomu posunu právního prostředí, tvořeného podústavními právními normami, který nutně musí ovlivňovat nahlížení celého dosavadního právního řádu, včetně ústavních principů a

zásad, to vše ovšem za předpokladu, že faktory, jež ovlivňují vnitrostátní právní prostředí, nejsou samy o sobě v rozporu s demokratickou právní státností, resp. výklad těchto faktorů nesmí vést k ohrožení demokratické právní státnosti. Takový posun by byl v rozporu s čl. 9 odst. 2, resp. čl. 9 odst. 3 Ústavy. Současný standard ochrany základních práv uvnitř Společenství nezavdává podle Ústavního soudu žádné příčiny se domnívat, že tento standard ochrany základních práv skrze uplatňování principů z nich plynoucích, má nižší kvalitu než ochrana poskytovaná v České republice, resp. že standard ochrany se výrazně liší od ochrany doposud poskytované ve vnitrostátním prostředí Ústavním soudem.“ **Princip ochrany čl. 1 odst. 1 a čl. 9 odst. 2 Ústavy** je obsažen i v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 66/04: „Ústavní princip výkladu domácího práva souladně se závazky České republiky, vyplývajícími z jejího členství v Evropské unii, je omezen možným významem ústavního textu. Článek 1 odst. 2 Ústavy tedy není ustanovením způsobilým libovolně měnit význam jakéhokoliv jiného výslovného ústavního ustanovení. Pokud domácí metodologie výkladu ústavního práva neumožňuje vyložit příslušnou normu souladně s evropským právem, je pouze na ústavodárci změnit ústavu. Tuto pravomoc může ovšem ústavodárce vykonávat jen za podmínky zachování podstatných náležitostí demokratického právního státu (čl. 9 odst. 2 Ústavy), jež nejsou v dispozici ústavodárce, protože pravomoc měnit tyto náležitosti nelze přenést ani smlouvou podle čl. 10a Ústavy.“ Uvedený princip akcentoval Ústavní soud i v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 19/08 a následně i nálezu sp. zn. Pl. ÚS 29/09: „Ústavní soud zůstává vrcholným ochráncem české ústavnosti, a to i proti eventuálním excesům unijních orgánů a evropského práva, což také jasně odpovídá na zpochybňovanou otázku suverenity České republiky; je-li Ústavní soud vrcholným interpretem ústavních předpisů České republiky, které mají na českém území nejvyšší právní sílu, je zřejmé, že čl. 1 odst. 1 Ústavy nemůže být porušen. Pokud by totiž evropské orgány vykládaly nebo rozvíjely právo EU takovým způsobem, který by ohrožoval základy materiálně chápáné ústavnosti a podstatné náležitosti demokratického právního státu, které jsou v souladu s Ústavou České republiky chápány jako nedotknutelné (čl. 9 odst. 2 Ústavy), potom by takové právní akty nemohly být v České republice závazné. V souladu s tím hodlá český Ústavní soud přezkoumávat jako ultima ratio i to, zda se právní akty evropských orgánů drží v mezích pravomocí, které jim byly poskytnuty. V tomto směru se tedy Ústavní soud v zásadě ztotožnil s některými závěry Spolkového ústavního soudu, vyjádřenými v jeho tzv. Maastrichtském rozhodnutí (srov. výše), podle něhož má princip většiny dle příkazu vzájemného ohledu, vyplývajícího z věrnosti Společenství, svoji mez v ústavních principech a elementárních zájmech členských zemí; výkon svrchované moci svazkem států, jímž je Evropská unie, je přitom založen na zmocnění států, které zůstávají suverénními a které prostřednictvím svých vlád pravidelně jednají v mezistátní oblasti, a tím řídí integrační proces.“ V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 18/08 z pohledu procesního zdůraznil tezi, dle níž je myslitelná jeho ingerence zejména u aplikace evropského práva v konkrétních případech, jež mohou napadnout Ústavnímu soudu cestou individuálních ústavních stížností souvisejících s eventuálními (výjimečnými) excesy unijních orgánů a unijního práva do základních práv a svobod. Rámcem své kontroly výkonu přenesených kompetencí orgány Evropské unie přitom vymezil třemi oblastmi: nefunkčností jejích institucí, ochranou materiálního ohniska Ústavy, a to nejen ve vztahu k evropskému právu, nýbrž i k jeho konkrétní aplikaci, a konečně působením jako ultima ratio, tj. oprávněním zkoumat, zda některý akt orgánů Evropské unie nevybočil z pravomocí, které Česká republika podle čl. 10a

Ústavy na Evropskou unii přenesla, přičemž za ty by bylo možné považovat zejména opuštění hodnotové identity a překročení rozsahu svěřených kompetencí.

Pokud bychom odhlédli od obecných úvah o potřebě koordinace nejvyšších soudních instancí, příp. o nutnosti jejich zdrženlivosti, v pozici reálného mechanismu zajišťujícího bezrozpornost normativního řádu je Ewaldem Wiederinem, druhým generálním zpravodajem konference německých státovědců z roku 2006, spatřována jednak hodnotová shoda a shoda na základních principech evropské kultury a evropského uspořádání a jednak aplikační přednost evropského práva ve vztahu k právu vnitrostátnímu.⁶⁷

Praxe sice vždy uvedený optimismus nepotvrzuje, čehož příkladem je rozhodnutí Spolkového ústavního soudu SRN v **kauze Görgülü** ze dne 14. října 2004 (BVerfGE, 111, 307).

Příklady demonstrující důsledky působení „Bermudského trojúhelníku“ není ale nezbytné hledat v zahraničí. Judikatura Ústavního soudu, Nejvyššího správního soudu, jakož i Evropského soudního dvora v kauzách **česko-slovenských důchodů** je toho důkazem.⁶⁸ Konfrontován s právním názorem Evropského soudního dvora, Ústavní soud v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 5/12 reagoval takto: „Neodlišit právní poměry plynoucí z rozpadu státu s jednotným systémem sociálního zabezpečení od právních poměrů plynoucích pro oblast sociálního zabezpečení z volného pohybu osob v Evropských společenstvích, resp. Evropské unii, znamená nerespektovat evropské dějiny, znamená srovnávat nesrovnatelné. Pro uvedené nelze na nároky občanů České republiky plynoucí ze sociálního zabezpečení do doby 31. 12. 1992 vztáhnout evropské právo, tj. Nařízení Rady (EHS) 1408/71 ze dne 14. června 1971, o aplikaci soustav sociálního zabezpečení na osoby zaměstnané, samostatně výdělečně činné a jejich rodinné příslušníky pohybující se v rámci Společenství, a vycházející z principu explicitně vysloveného Ústavním soudem v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 18/09 nelze než v souvislosti s dopady rozsudku E3SD ze dne 22. 6. 2011, č.j. C-399/09, na obdobné případy konstatovat, že v jeho případě došlo k excesu unijního orgánu, k situaci, v níž akt orgánu Evropské unie vybočil z pravomocí, které Česká republika podle čl. 10a Ústavy na Evropskou unii přenesla, k překročení rozsahu svěřených kompetencí, k postupu *ultra vires*.“ Následně pak se Nejvyšší správní soud v obdobné věci opakovaně obrací na Evropský soudní dvůr s předběžnou otázkou (a to v usnesení ze dne 9. května 2012, č.j. 6 Ads 18/2012-82) tohoto znění: „Brání právo Evropské unie tomu, aby vnitrostátní soud, který je nejvyšším soudem státu v oblasti správního soudnictví, proti jehož rozhodnutí nejsou přípustné opravné prostředky, byl v souladu s vnitrostátním právem vázán právním posouzením podaným Ústavním soudem ČR, pokud se zdá, že uvedená posouzení nejsou v souladu s právem Unie, jak je vyloženo Soudním dvorem Evropské unie?“ Jinými slovy řečeno, Nejvyšší správní

⁶⁷ Viz kupř. F. Merli, *Rechtssprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*. In: Bundesstaat und Europäische Union – zwischen Konflikt und Kooperation. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin 2007, s. 420-422.

⁶⁸ Viz zejména rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 22. 6. 2011, č.j. C-399/09, usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 23. září 2009, č.j. 3 Ads 130/2008-107, a ze dne 9. května 2012, č.j. 6 Ads 18/2012-82, nálezy Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 405/02, III. ÚS 252/04, IV. ÚS 158/04, IV. ÚS 301/05, IV. ÚS 298/06, I. ÚS 365/05, II. ÚS 156/06, IV. ÚS 228/06, I. ÚS 366/05, I. ÚS 257/06, I. ÚS 1375/07, III. ÚS 939/10, Pl. ÚS 4/06, Pl. ÚS 5/12.

soud se ptá, zdali Evropský soudní dvůr akceptuje doktrínu Ústavního soudu ČR zformulovanou v již citovaných pasážích nálezů sp. zn. Pl. ÚS 19/08 a Pl. ÚS 29/09.

Jelikož na tak sugestivně položenou předběžnou otázku⁶⁹ Evropský soudní dvůr jenom stěží odpoví v tom smyslu, že v kauze Landtová šlo z jeho strany pouze o samomluvu, již není potřeba přikládat většího významu, lze očekávat spíše vyslovení teze, dle níž platí opak, tj. teze, dle níž je v případě konfliktu tím posledním orgánem on, čímž se vytváří stav připomínající asymetrii a vnitřní konfuznost středověkého světa.

3.7 Trhliny v Jellinekově tripartici

Trhliny se objevují rovněž v tripartici Georga Jellineka: Pravidelným jevem se stává **dvojí státní občanství**,⁷⁰ jeho častá změna, v evropském rámci **pozbývá státní občanství váhy** i v důsledku „unijního občanství“, mezinárodní trestní soudnictví **uvolňuje vztah mezi**

⁶⁹ V jejímž položení je v rubrice „tiskové správy“ (10. 5. 2012) na webových stránkách Nejvyššího správního soudu spatřováno „zachování loajality vůči Ústavnímu soudu“ (http://www.nssoud.cz/Nejvyssi-spravni-soud-polozil-predbeznou-otazku-Soudnimu-dvoru-Evropske-unie-ve-veci-cesko-slovenskych-duchodu-art/837?tre_id=205). Připomeňme, že v rozsudku ve věci Landtová č.j. 3 Ads 130/2008-204, následujícím po rozhodnutí ESD ze dne 22. 6. 2011 č. C-399/09, Nejvyšší správní soud plně akceptoval pravomoc Ústavního soudu rozhodnout v případě sporu o vnitrostátní, či evropskou povahu práva relevantního pro posouzení konkrétní věci s konečnými důsledky: „Předloženými závěry ovšem není a ani nemůže být nijak dotčeno oprávnění Ústavního soudu v rámci případného řízení o ústavní stížnosti znovu posoudit spornou otázku z hlediska podmínek, které sám zformuloval v nálezech Pl. ÚS. 50/04 a Pl. ÚS 19/08, a na požadavku uplatňování svého pravidla nadále trvat. To je zajisté jeho nesporná a na vnitrostátní úrovni nikým nezpochybnovaná pravomoc vyplývající z jeho role strážce ústavnosti (a suverenity České republiky). Takovýto nález by pak byl nepochybně nejen přímo, ale i precedenčně závazný jak pro nositele pojištění, tak i pro všechny obecné soudy.“ Uvedené stanovisko potvrdil rovněž v rozsudku ze dne 31. srpna 2011 č. j. 6 Ads 52/2009-88, v němž uvedl, že dle něj není nikterak dotčeno oprávnění Ústavního soudu v rámci případného řízení o ústavní stížnosti znovu posoudit spornou právní otázku, která byla předmětem rozhodování o předběžných otázkách, a na požadavku uplatňování svého pravidla i nadále trvat. To je dle Nejvyššího správního soudu jeho nesporná a na vnitrostátní úrovni nikým nezpochybnovaná pravomoc, vyplývající z jeho role strážce ústavnosti a suverenity České republiky. Takový nález by pak byl přímo i precedenčně závazný jak pro českého nositele důchodového pojištění, tak i pro všechny obecné soudy. Předložením opakovaně předběžné otázky v obdobné věci rozhodnutím ze dne 9. května 2012 sp. zn. 6 Ads 18/2012 Nejvyšší soud neuznal pravomoc Ústavního soudu rozhodnout v případě uvedeného sporu s konečnými účinky a přiznal tuto pravomoc ESD. Došlo tím nejen k porušení čl. 89 odst. 2 Ústavy, nýbrž i ke změně jeho právního názoru postupem, jenž Ústavní soud v řadě svých nálezů označil za porušení práva na zákonného soudce dle čl. 38 odst. 1 Ústavy (viz zejména nálezy sp. zn. IV. ÚS 613/06, III. ÚS 117/07, IV. ÚS 1882/07, II. ÚS 2747/08, IV. ÚS 2170/08, III. ÚS 2556/07, I. ÚS 1783/10).

⁷⁰ Viz kupř. F. Emmert, Česká republika a dvojí státní občanství. Praha 2011, s. 15-17: „V minulosti byla v politické praxi i právními teoretiky preferována priorita výkonu absolutní státní svrchovanosti ... Proto i dvojí či vícenásobné občanství bylo chápáno jako nežádoucí jev, který zasahuje do státní svrchovanosti, neboť občan státu ... je současně podřízen i jiným suverénům mezinárodního práva. Dokonce ještě ve druhé polovině 20. století mnohé státy citlivě vnímaly praktické důsledky kolizí souběžného výkonu vícenásobné státní příslušnosti jedné fyzické osoby, zejména v otázce výkonu vojenské služby, zachovávání věrnosti státu, zastávání veřejných funkcí či výkonu diplomatické ochrany. ... Snaha omezit vznik dvojího či vícenásobného občanství dokonce vedla k podpisu několika mezinárodních dokumentů. Mezi nejvýznamnější patří: - Konvence o určitých otázkách ohledně sporů ze zákonů o státním občanství (1931), - Dohoda o omezení případů vícenásobného státního občanství a o službě v ozbrojených silách v případě vícenásobného státního občanství (1963). ... V posledních desetiletích se mezi právními teoretiky i v mezinárodním právu prosadil nový pohled na dvojí (či vícenásobné) státní občanství ... Otevřel se prostor pro větší uplatnění práv a svobod jednotlivce bez ohledu na státní suverenitu. ... Zřejmě nejvýraznější změnou reflexe, legislativy i reálné politiky v otázce dvojího občanství prošla v posledních dvou dekadách Evropa. Proszování práv jednotlivce na úkor státní suverenity dokonce vyústilo v přijetí Evropské úmluvy o státním občanství (1997), jejíž ustanovení řeší střet vícenásobného občanství jako přirozený jev, jemuž se ve své podstatě již nesnaží bránit. Praktické dopady kolizí státního občanství řeší s ohledem na zájmy jednotlivce a nikoli státu.“

jednotlivcem a jeho vlastí, stručně vyjádřeno „ztráta významu státního občanství a chybějící schopnost ochrany jednotlivých států snižuje ochranný vztah a vztah loajality mezi státem a občanem státu“.⁷¹ Vlivem působení mezinárodního a evropského práva se mění rovněž povaha státního území jako teritoria, v němž „se uplatňuje specifický právní řád“.⁷² Udo di Fabio mluví v této souvislosti „o přechodu od územně uzavřeného k územně oslabenému státu“.⁷³ Dále, „mimo pochybnost ocitá se fundamentální změna státnosti v Evropě, totiž ve směru nadále již nikoli ve významu suverénního státu“.⁷⁴ Nelze nezmínit i objevení se nového fenoménu po 11. září 2001, po útoku na Světové obchodní centrum v New Yorku a budovu Ministerstva obrany USA ve Washingtonu, a to tzv. asymetrických válek, u nichž jedním ze subjektů již není stát.⁷⁵

Vynikající analýzu postmoderní situace podává E. Bárány: „Strata výraznej mocenskej prevahy štátu uvoľňuje v rovine subjektov moci priestor pre nejasné a neusporiadané mocenské pomery typické pre postmodernú situáciu, ktorú môžeme prehnane charakterizovať ako postmoderný chaos. ... Možno nejde o prechodné obdobie zmien, ale o novú relatívne dlhodobú situáciu, ktorej základnou kvalitatívnou charakteristikou je zrýchľujúci sa prúd zmien.“⁷⁶ Příčiny úpadku moderního státu spatřuje Bárány v **difuzi moci, ve ztrátě obecně sdílených hodnot legitimacy, v globalizaci a vlivu nadstátních celků a mezinárodních vztahů, v oslabení informačního postavení státu, jakož i jeho ekonomického vlivu.**⁷⁷

Podobu krize rýsuje i současná filosofie a sociologie: „Krize dnes nejsou nějaké dramatické katastrofy, ale plíživé přibližování současně mnoha oblastí k prahu, jehož překročení znamená dezorganizaci, ztrátu schopnosti rozeznávat vlastní logiku, ztrátu vnitřní strukturální spojitosti. Pokud počet takových dezorganizovaných oblastí překročí kritickou hranici a zároveň nebudou existovat institucionální nárazníky kompenzující napětí a blokující jejich přenos na zbytek systému, může dojít k rozpadu – k tichému a bez fanfár se odehrávajícímu úpadku a fragmentaci.“⁷⁸

Závěr je jednoznačný: „moderní stát, jenž se vyvinul v průběhu mnoha staletí v Evropě a evropskou expanzí rozšířil do celého světa, již nadále neexistuje“,⁷⁹ jinými slovy řečeno, „mýtus státu jako enklávy, která nejuplněji vyjadřuje naději na racionalizaci sociálního života, se vyčerpal“.⁸⁰

⁷¹ J. Kokott, *Die Staatslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bd. 63, Berlin 2004, s. 12-13.

⁷² Tamtéž, s. 14.

⁷³ U. di Fabio, *Das Recht offener Staaten*. Tübingen 1998, s. 5.

⁷⁴ J. Kokott, *Die Staatslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes*, viz pozn. č. 71, s. 23.

⁷⁵ K pojmu asymetrických válek viz kupř. I. Arreguin-Toft, *How the Weak Win Wars. A Theory of Asymmetric Conflict*. Cambridge 2005; H. Münkler, *Der Wandel des Krieges. Von der Symmetrie zur Asymmetrie*. Weilerswist 2006.

⁷⁶ E. Bárány, *Moc a právo*. Bratislava 1997, s. 131, 142.

⁷⁷ Tamtéž, s. 127 a násl.

⁷⁸ J. Staniszkis, *O władzy i bezsilności*, viz pozn. 38, s. 191.

⁷⁹ W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*. 3. Aufl., München 2002, s. 535.

⁸⁰ J. Staniszkis, *O władzy i bezsilności*, viz pozn. č. 38, s. 121.

Josef Isensee na tomto místě klade otázku: „Smrt státu – avšak, co pak?“⁸¹ S literární nadsázkou přitom odkazuje na Friedricha Nietzscheho – ačkoli je vynesena rozsudek smrti, poprava se odkládá.⁸²

V závěru se tak vracíme k původní otázce: Zdá se, že zaniká moderní stát, nezaniká ale stát ve významu obecnějším. Objevuje se nová kategorie, pojem „otevřeného státu“ ve významu emancipace veřejného práva vůči státu samotnému,⁸³ ve významu emancipace konstitucionalismu od pojmu státu a jeho vztažení i k evropskému, mezinárodnímu, transnacionálnímu a globálnímu právu.⁸⁴ Domnívám se, že se touto reflexí se nabízí pouze minimální zrcadlení komplexní změny. Čelíme absenci obecně sdíleného důvodu legitimacy moci, absenci zdůvodnění statusu jednotlivce, zásadní modifikaci kategorií vnitřní a vnější suverenity, ztrátě funkčnosti státu a opuštění pořádacích principů právního řádu. Rok 1989 a roky následující byly dobou vedenou heslem návratu k (demokratické) modernitě. Dělo se tak již v okamžiku jejího zániku. Je nejvyšší čas i ve střední Evropě připojit se k intenzivní filosofické, sociologické či obecně historické diskusi, probíhající již po desetiletí v západní Evropě, stojí před námi výzva pokusit se v pojmech interpretovat změněnou dějinnou skutečnost.

⁸¹ J. Isensee, *Aussprache und Schlußworte*. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bd. 63, Berlin 2004, s. 90.

⁸² Tamtéž, s. 91. Viz též F. Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches*. 1878. Opětovně publikováno in: F. Nietzsche: *Werke in drei Bänden*. München 1954, I. 472.

⁸³ Viz U. di Fabio, *Das Recht offenen Staaten*. Tübingen 1998, s. 122 a násl.

⁸⁴ T. Vesting, *Die Staatslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bd. 63, Berlin 2004, s. 62 a násl.