

Legislativní příloha

odborného časopisu

Správní právo

Ročník VIII

I/2016

Vedoucí redaktorka:

JUDr. Petra Gronwaldtová Wagnerová

Redakční rada:

JUDr. Václav Henych (předseda)

prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.

doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D.

Mgr. Peter Mišúr

JUDr. Jitka Morávková

JUDr. Josef Vedral, Ph.D.

JUDr. Pavel Zářecký, CSc.

Technická redaktorka a tajemnice redakce:

Michaela Pšeničková

OBSAH:

Marian Kokeš:

Teorie zákonodárství aneb pokus
čelit nezájmu právní teorie a polito-
logie o legislativní tvorbu práva
v ČR 28

RECENZE A ANOTACE:

Marek Chadima:

*Alternative Dispute Resolution in European
Administrative Law.* DRAGOS, D. C.;
NEAMTU, B. (eds.). Berlin - Heidelberg:
Springer, 2014, 605 s. ISBN 978-3-642-
34945-4 57

AUTOŘI V TOMTO ČÍSLE:

Mgr. Marek Chadima,

Masarykova univerzita,

JUDr. Marian Kokeš, Ph.D.,

Nejvyšší správní soud,

Právnická fakulta Masarykovy univerzity,

Teorie zákonodárství aneb pokus čelit nezájmu právní teorie a politologie o legislativní tvorbu práva v ČR

1. Stručná zpráva o stavu legislativy v ČR

Slovy soudce NS USA A. Scali¹⁾ se nacházíme v „době legislativní“ (*Age of Legislation*), kdy je legislativními akty normována v podstatě každodenní činnost jednotlivců ve společnosti a soudy jsou tak zahlceny povinnostmi je donekonečna interpretovat a nacházet v nich původní úmysl jeho tvůrce. Za stěžejní výtky vůči němu, které je ovšem (bohužel) současně možné považovat za jeho nynější charakteristické vlastnosti, lze označit²⁾: a) *hypertrofii* (*legislative inflation*, *Normenflut*, *inflacja prawa*)³⁾, tj. nadměrný počet právních předpisů (různých tvůrců i právní síly), které jej tvoří.⁴⁾ Na druhou stranu je ovšem třeba zdůraznit, že se, zejména v posledních letech, nejedná o pověstnou „legislativní smršť“, když z komparativní (z hlediska jednotlivých právních odvětví) a kvantitativní analýzy legislativy v ČR⁵⁾ lze poukázat spíše na trend jistého „zklidnění“, kdy sice i nadále dochází k nárůstu počtu platných právních předpisů, nicméně tento nárůst je spíše pozvolný (1,5 %)⁶⁾;

b) *nestabilitu*, tj. neustálé či velmi časté změny stávajících platných právních předpisů, kdy kupříkladu již v době bezprostředně po vyhlášení a vstupu zákona v účinnost se polemizuje či dokonce připravuje jeho nezbytná novelizace

¹⁾ Srov. SCALIA, A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

²⁾ Blíže k tomu srov. KOKEŠ, M. *Právní vědomí a legislativní tvorba práva v České republice: rozpojené spojené nádoby?* in: VEČEŘA, M. a kol. *Právní vědomí v teoreticko-empirickém pohledu*, Brno: MU 2015, s. 90 – 95.

³⁾ Obecně k těmto pojmům i možným jeho příčinám srov. EICHENBERGER, K.; NOVAK, R.; KLOEPFER, M. *Gesetzgebung im Rechtsstaat*. Berlin: de Gruyter. 1982. s. 13 – 18, nebo GOETZ, K. H.; ZUBEK, R. *Stanowienie prawa w Polsce — reguły legislacyjnej a jakość ustawodawstwa*. Warszawa: Ernst&Young. 2005.

⁴⁾ Ke konkrétním údajům srov. kvantitativní analýzu legislativy v ČR v dlouhodobém časovém horizontu – NOVÁK, F. *Legislatura v ČR v roce 2012: analytický i komparativní pohled*. *Právník* č. 11/ 2013. s. 1132 - 1149.

⁵⁾ Srov. NOVÁK, F. *Legislatura ČR v roce 2012 – analýza vybraných chronologických souvislostí*. *Právník* č. 5/ 2014. s. 396 – 410.

⁶⁾ Nadto je třeba přihlédnout k tomu, že velký vliv na celková čísla mělo i přijetí nového občanského zákoníku a s tím související potřeba přijetí řady doprovodných a prováděcích právních předpisů.

(ojedinělými ovšem nejsou případy, kdy se tak děje ještě před nabytím účinnosti daného zákona);

c) *nekoncepčnost a vnitřní rozpornost*, tj. změny právního řádu jsou činěny izolovaně, jednorázově, často automaticky v důsledku změny vládnoucí garnitury („měníme, protože jsme v programu slíbili změny“) nebo v důsledku vnitřního (rezortního) boje mezi jednotlivými ministerstvy, vždy ovšem bez ucelenější legislativní koncepce⁷⁾;

d) *obsahové nedostatky (legislative deflation)*, neboť ruku v ruce s kvantitativním nárůstem dochází k poklesu kvality zákonů, které trpí zásadními obsahově-formálními nedostatky, jako nesrozumitelnost, nejasnost právních norem, jazykově často založených na právníkém „ptydepe“ atp.

V souhrnu výše uvedeného tak můžeme skutečně hovořit o postupné *dekonstrukci právního řádu*⁸⁾ ČR, kterou lze zčásti dát za vinu působení objektivních vlivů (např. vliv působení evropského⁹⁾ a mezinárodního práva; dále plynutí času a s tím spojená potřeba cestou novelizace reagovat na dynamický společenský vývoj, přinášející řadu nových jevů a skutečností; potřeba čelit neočekávaným krizovým situacím ekonomické či politické povahy atp.), zčásti je však na vině i působení subjektivních vlivů, spočívajících v přístupu příslušných orgánů k tvorbě práva, především pak přístup zákonodárce k tvorbě zákonů.

Dlužno dodat, že se nejedná pouze o ryze české specifikum, neboť kritice stran enormně narůstající kvantitativní a současně snižující se kvality legislativních aktů dlouhodobě čelí i právní řády, resp. legislativní tvorba práva v nemalém množství států v Evropě i ve světě. Zcela trefně to vystihuje citát Z. Sempricha¹⁰⁾, popisující situaci v sousedním Polsku: „*V polském parlamentu je nový zákon schválen každý den, právní předpis exekutivy každou hodinu a nová stránka do Sbírky zákonů je vytisknuta každých sedm minut. Tomu se neříká legislativní tvorba práva, ale legislativní záplava (zalewowege).*“

Důvod, proč zde byly uvedené nedostatky prezentovány, spočívá ve vytvoření určitého kontextu, do něhož je zasazena jiná, neméně závažná skutečnost,

⁷⁾ Ve snaze odstranit tento nedostatek kupříkladu T. Richter předkládá návrh na systémovou „pro-koncepční“ změnu stávajícího procesu, který provází zřetelná „koncepční bezradnost“, přičemž si lze stěží představit „nesmyslnější konfiguraci procesu, jehož výsledkem by měl být kvalitní a přehledný právní řád“, srov. RICHTER, T. Jak (ne)pomoci legislativnímu procesu, *Právní rozhledy* č. 3/2007, s. 105 – 109.

⁸⁾ V prostředí common law tradice se pak hovoří o postupné dekonstrukci stěžejního principu „rule of law“ (vláda práva) na princip „rule by law“ (vláda právem).

⁹⁾ Již pověstnou je tzv. *legislativní smršť* z konce 90. let minulého století, která nastala v souvislosti s přípravou institucionálního a právního rámce vstupu ČR do EU. Blíže k tomu srov. WINTR, J. *Evropská unie jako stimulace „legislativní smršti“?* In: GERLOCH, A. – KYSELA, J. (eds.). *Tvorba práva v České republice po vstupu do Evropské unie*. Praha: ASPI, 2007, s. 312 – 321.

¹⁰⁾ Srov. SEMPRICH, Z. Coraz gorsze prawo, *Rzeczpospolita*, 19. 11. 2003. Ke kritickému zhodnocení stavu v sousedním německu srov. např. KARPEN, U. *Germany – national report*. In: KARPEN, U. (ed.) *Legislation in European Countries*. Baden-Baden: Nomos Verlag. 1996, s. 197 – 201.

kterou je hmatatelný nezájem právní teorie¹¹⁾ i sociálních věd dlouhodobě a komplexněji zkoumat problematické otázky spojené s procesem legislativní tvorby práva (či konkrétněji se zákonodárstvím) a svými závěry tak vypomoci ve snaze těmto nedostatkům čelit, ačkoliv zejména v souvislosti s kritikou úrovně legislativní tvorby práva a kvality jejích produktů byla a je především právní teorie považována za klíčového pomocníka pro zlepšení stávajícího neutěšeného stavu.

2. (Ne)zájem právní teorie (i politologie) o legislativní tvorbu práva?

Jak upozorňuje J. Kysela, tvorba práva je svébytným procesem, který je součástí komplexního procesu (kontinua) právní regulace společenských jevů (jednání, událostí), tvořeného vedle tvorby práva i procesem jeho interpretace a aplikace. Nelze na ně nahlížet izolovaně či je dokonce vnímat ve vzájemných kontrapozicích, když koneckonců *„tvorba práva je anticipovanou interpretací a v interpretaci zase často hledáme motivy tvůrce předpisu, ať už historického nebo racionálního.“*¹²⁾ Při hodnocení reálného stavu u nás je však J. Kysela kritický: *„V České republice příliš žijeme v představě o oddělenosti oněch tří složek procesu právní regulace, které nadto přiřazujeme různým mocím. Přitom výkonná moc evidentně právo tvoří i aplikuje, soudní moc právním předpisům v procesu interpretace přisuzuje smysl, čímž je dotváří (a vyplňováním mezer dotváří i právní řád jako významový a funkční celek), a koneckonců i moc zákonodárná právo nejen vytváří, nýbrž na základě interpretace práva stávajícího by měla zvažovat, zda je vůbec důvodné něco tvořit.“*¹³⁾

S uvedeným hodnocením lze souhlasit, nadto je plně použitelné i na hodnocení způsobu, s jakým právně-teoretický výzkum přistupuje ke jmenovaným komponentům procesu právní regulace jak v ČR, a o několik dekad zpět i v zahraničí. Důsledkem takového izolovaného přístupu k nim ze strany právní teorie je skutečnost, že výzkum legislativní tvorby práva¹⁴⁾ zůstává dlouhodobě

¹¹⁾ Jsem si vědom jistých rozdílů mezi pojmy „právní věda“ a „právní teorie“, kdy právní teorie bývá označována za součást právní vědy jako jeden jejích oborů (společně např. s právní logikou, psychologií, politikou a jednotlivými obory práva atp.) Srov. např. GERLOCH, A. *Teorie práva*, 6. vyd., Plzeň: Nakladatelství a vydavatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 27. Přesto v obsahu jsou tyto pojmy brány jako synonyma, ve smyslu obecná právní teorie (*jurisprudence/legal theory, Rechtslehre*) v kontrapozici s nazíráním práva z hlediska praktického. Tím ospravedlňuji i použití spojení „právně-teoretický výzkum“ či „zájem“, nikoliv „právně-vědecký výzkum“.

¹²⁾ Srov. KYSELA, J. *Souhrn problémů tvorby práva v České republice z pohledu teorie i praxe*, In: GERLOCH, A. – KYSELA, J. (eds.). op. cit. s. 328.

¹³⁾ Cit. dle KYSELA, J. Uvedení do teorie legislativní tvorby práva aneb pokus o „právní politologii“?. *Právník* č. 12/ 2007, Roč. 146, s. 1257 - 1289.

¹⁴⁾ Lze souhlasit s názorem J. Kysely, který upozorňuje na odlišnou obsahovou náplň pojmů „legislativa“ a „zákonodárství“, ač se jedná o jazyková synonyma. Pojem legislativa v sobě absorbuje i právotvornou činnost exekutivních orgánů a je tedy širším pojmem oproti pojmu zákonodárství, který je úzce spojen s jednou z funkcí a výlučnou pravomocí zákonodárných sborů. Proto upřednostňuje obecnější pojem „legislativní tvorba práva“, v jehož rámci lze rozlišovat jak mezi legislativními orgány (právo tvůrci), tak i mezi právními normativními akty, které mají v pravomoci vydávat (tvořit). *„Legislativní tvorba práva tak postihuje tvorbu právních normativních aktů orgánů s legislativní pravomocí.“* Srov. KYSELA, J. Uvedení do

poddimenzován, je nesystematický, spíše útržkovitý a povrchně řeší jen dílčí, aktuálně nastalé problémy, což ovšem zdaleka nekoresponduje s komplexitou i s významem, jakého legislativní tvorba práva ve skutečnosti dosahuje. Problematika legislativní tvorby práva coby předmět systematického výzkumu je (či v minulosti zřetelně byla) vytěsněna na okraj zájmu, neboť obecná právní teorie (*jurisprudence*) se dlouhodobě primárně orientuje na problematiku interpretace a aplikace práva ze strany soudů (*adjudication*) a konkrétní otázky s tím úzce spojené. Na právo vytvořené legislativní cestou právní teorie často nazírá jako na cosi fakticky daného, přičemž ke skutečné tvorbě či lépe dotváření práva dochází až *ex post*, v rámci soudního rozhodování. Pokud je již právo zkoumáno v souvislosti s procesem legislativní tvorby, je vnímáno především jako výsledek politického rozhodování postrádajícího racionalitu a hodnotový základ. Výzkum legislativní tvorby práva tak zůstává stranou právně-teoretického zájmu i z pragmatických důvodů, neboť jej komplikuje právě přítomnost řady nepředvídatelných a obtížně uchopitelných faktorů (iracionalita, partikulární a stranické zájmy, osobní motivy atp.) z oblasti praktické politiky.

Uvedené nedostatky by za určitých okolností mohly být zčásti zhojeny, pokud by právní teorii opuštěný prostor pro výzkum legislativní tvorby práva byl vyplněn jiným vědním oborem, který by se mu systematictěji věnoval a „selhání“ právní teorie tak odčinil. Pro své úzké napojení na politiku se jako nejvhodnější jeví politická věda (politologie). Nicméně i ona v této oblasti selhává a následuje „přístup“ právní teorie. Pokud se přece jen problematikou legislativní tvorby práva zabývá, činí tak nesystematicky, okrajově, když se výzkum zaměřuje spíše jen na některé dílčí aspekty jako je vymezení a aplikace politicko-teoretických přístupů na institucionální podobu politického systému a tedy i na parlament, institucionální (funkcionální) zakotvení zákonodárného orgánu v politickém systému, chování jednotlivých aktérů podílejících se na legislativní tvorbě práva, způsoby artikulace a prosazování zájmů a politických programů.

Jisté selhání politologie v této oblasti výzkumu není zase natolik překvapivé, vezmeme-li v úvahu, že v našem prostředí je vztah práva a politiky stále zkoumán spíše z úzkých, izolovaných (metodologicky však čistých) hledisek a výzkum (právně-teoretický i politologický) se tak soustředí pouze na dílčí aspekty tohoto vztahu, přičemž jiné a dosud nezkoumané jsou danou vědou většinou záměrně opomíjeny s tvrzením, že se jedná primárně o oblast výzkumu té druhé. Stále přítomná, dle mého názoru ovšem neudržitelná a nežádoucí, uzavřenost a rigidnost obou vědních oborů u nás, která se nejvíce projevuje právě při (ne)zkoumání vztahu práva a politiky, žádoucí změně ovšem příliš nenapomáhá.¹⁵⁾

teorie legislativní tvorby práva aneb pokus o „právní politologii“?, *Právník* č. 12/2007, Roč. 146, s. 1258.

¹⁵⁾ Historické snahy o překonání těchto hranic vymezením oborů jako „právní politologie“ či „vědy o právní politice“ ve vztahu k problematice tvorby práva velmi podrobně popisuje a rozvádí ve svých článcích J. Kysela, který je sám proponentem žádoucího prolínání obou vědních oborů při výzkumu vztahu práva a politiky, nicméně i přesto tato otázka zůstává otevřenou a nedořešenou. Srov. např. KYSELA, J. Uvedení do teorie legislativní tvorby

2. 1 Anglo-americké prostředí

Kritické názory ohledně poddimenzovaného právně-teoretického výzkumu legislativní tvorby práva a konkrétněji zákonodárství, a to především na úkor výzkumu aplikace a interpretace práva ze strany soudů, se v minulosti vyskytovaly i v řadě vyspělých demokratických států.

J. Cohen při hodnocení situace v **USA** dokonce hovoří o posedlosti právní teorie z výzkumu té části právního řádu, který je úzce spojen s činností soudů (institucionální vymezení moci soudní, aplikace práva, právní argumentace, metody interpretace, soudcovská tvorba práva atp.), a proto trochu provokativně navrhuje termín „*jurisprudence*“ nahradit přiléhavějším termínem „*judicativeprudence*“.¹⁶⁾ Pokud je legislativní tvorba práva podrobněji rozváděna, pak pouze v rámci dlouhodobé a neuvěřitelně hutné polemiky nad střetem zastánců konceptu *judicial review* aktů zákonodárné (výkonné) moci a jeho odpůrci nastolující v kontrapozici s ním tezi o „*counter-majoritarian difficulty*“, zpochybňující legitimitu soudní moci závazně interpretovat ústavu a případně derogovat akty moci zákonodárné a výkonné pro rozpor s ní.¹⁷⁾

Další z kritiků tohoto stavu, I. B. Flores¹⁸⁾ poukazuje na zajímavý fakt, že uvedený stav je o to více paradoxní ve vztahu k původním konceptům dělby moci „otců zakladatelů“, prezentovaných v Listech federalistů¹⁹⁾, kde soudní moc, považovaná jimi za nejméně nebezpečnou (*least dangerous branch*) pro ústavně garantovaná práva, se dlouhodobě stala předmětem velmi rozsáhlého právně-teoretického výzkumu, zatímco moc legislativní, u níž se předpokládalo, že v republikánské formě vlády získá dominantní postavení (*pre-dominance*) a byla tak vnímána naopak za nejvíce nebezpečnou (*most dangerous branch*), se předmětem hlubšího výzkumu stává až v posledních dekáдах. J. Waldron jej pak doplňuje poznatkem, že legislativní moc a její činnost má „špatnou pověst“ jak v právní teorii, tak v politické filosofii²⁰⁾, což je stav nežádoucí a své úsilí by

práva aneb pokus o „právní politologii“?, nebo KYSELA, J. Vladimír Klokočka jako inspirace na poli metodologie ústavního práva, In: POSPÍŠIL, I. – WAGNEROVÁ, E. (eds.). *Vladimír Klokočka liber amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu*, Praha: Linde, 2009, s. 107 – 124.

¹⁶⁾ Srov. COHEN, J. *Legisprudence: Problems and Agenda*. *Hofstra Law Review*, Vol. 11, 1983, s. 1163 – 1183.

¹⁷⁾ B. Friedman intenzitu a šíři této polemiky, s jakou zasáhla a dlouhodobě zablokovala americkou ústavněprávní teorii, považuje za symptom „patologické obsese“ či projev „zacyklené ústavní normativní teorie“. Srov. FRIEDMAN, B. *Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Consitutional Scholarship*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 95, č. 3, 2000, s. 933 – 954.

¹⁸⁾ Srov. FLORES, I. B. *The quest for legisprudence: Constitutionalism v. Legalism*. In: WINTGENS, L. J. (ed). *The theory and practice of legislation: Essays on legisprudence*, Aldershot: Ashgate, 2005, s. 28 – 52.

¹⁹⁾ Konkrétně ve slavném Listu Hamiltonově č. 78 a v Listu Madisonově č. 51, Srov. HAMILTON, J. – MADISON, J. – JAY, J. *Listy federalistov*. Bratislava: Kalligram, 2002.

²⁰⁾ Bylo by velmi zjednodušující tvrdit, že legislativní tvorba práva zůstala zcela stranou pozornosti právní teorie či právní/politické filosofie, když určitý zájem vzbuzuje již v dílech T. Hobbesa, J. Locka, Ch. Montesquieu, J. J. Rousseau, I. Kanta, J. Benthamu, J. A. Bergka či

měli soustředit na posílení a zachování důstojnosti legislativy (*dignity of legislation*) ve společnosti.²¹⁾ A. M. Froomkin ve své recenzi²²⁾ k jedné z nejvýznamnějších publikací v oblasti výzkumu legislativní tvorby práva v americkém prostředí, „*Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*“²³⁾, na něho do jisté míry navazuje, když stav výzkumu legislativní tvorby práva v americkém prostředí komentoval slovy, že „*legislatura a zákony, které produkuje, jsou chudými příbuznými v rámci výzkumu i výuky právní teorie.*“

Naznačená specifika se ostatně, i když v odlišné míře a z trochu jiné perspektivy (common law tradice, suverenita parlamentu, absence psané ústavy), projevují i na úrovni výzkumu legislativní tvorby práva ve **Velké Británii**. Zájem o legislativní tvorbu práva v právně-teoretickém i politologickém výzkum se zvýšil zejména v souvislosti s přijetím *the Human Rights Act* z roku 1998 a ústavními změnami v roce 2005 (vznik *the Supreme Court of the United Kingdom*), neboť v jejich důsledku je patrná zvyšující se míra ingerence soudů do parlamentní autonomie cestou přezkumu kompatibility zákonů s Úmluvou, evropským právem a principem *rule of law*, přestože koncept suverenity parlamentu zůstává i nadále dominantní.²⁴⁾ Na druhou stranu nelze nezmínit velmi dlouhou tradici, založenou již citovaným J. Benthamem na počátku 19. století („*The Theory of legislation*“), následovaného v roce 1838 A. Symondsem („*The Mechanics of Law-Making*“)²⁵⁾, kdy se v právní teorii dostává velké pozornosti technice tvorby právních předpisů (struktura, jazyk, literární forma atp.) coby „legislativního umění“. Politická věda tak činila v podstatě nevyhnutelně, neboť svůj zájem soustředila především na revizi a re-konceptualizaci konceptu suverenity parlamentu, který shledávala v ohrožení i v důsledku přijetí *the Human Rights Act* a v delším časovém horizontu i v souvislosti s evropeizací britského práva.²⁶⁾

K. F. von Savigny. Posledně jmenovaní dokonce pojem „legislativa“ vetkli do názvu svých děl – „*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*“ z roku 1789 a „*The Theory of legislation*“ z roku 1802 od J. Benthama; „*Die Theorie der Gesetzgebung*“ z roku 1802 od J. A. Bergka a „*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*“ od K. F. von Savigny z roku 1814. Na ně pak na v polovině 19. století navazuje v německém prostředí např. R. von Mohl a na počátku 20. století v americkém prostředí R. Pound, H. S. Maine a další. Srov. k tomu např. ESKRIDGE jr., W. N. *Three Ages of Legislation* *Pedagogy, NYU Journal of Legislation & Public Policy*, Vol. 7, č. 1, 2003, s. 3 – 10.

²¹⁾ Srov. WALDRON, J. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

²²⁾ Srov. FROOMKIN, A. M. *Climbing the Most Dangerous Branch: Legisprudence and the New Legal Process*. *Texas Law Review*, Vol. 66, č. 4, 1988, s. 1071 – 1095.

²³⁾ Srov. ESKRIDGE jr., W. N. – FRICKEY, P. P. *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*, Minnesota: West Publishing Company, 1988.

²⁴⁾ Srov. FELDMAN, D. *The Human Rights Act 1998 and constitutional principles*. *Legal Studies*, Vol. 19, č. 2, 1999, s. 165 – 206.

²⁵⁾ Ostatně za tímto účelem byly již v 70. letech 19. století zřízeny *the Statute Law Commission* při úřadu *Lord Chancellor* a vládní *the Select Committee*. Blíže k tomu srov. SVÁK, J.; KUKLIŠ, P. *Teória a prax legislatívy*. 2. vyd. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práv, 2009, s. 63 – 65.

²⁶⁾ Blíže k těmto diskuzím srov. např. GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary sovereignty: contemporary debates*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

2. 2 Kontinentální Evropa

Přesuneme-li se z anglo-amerického prostředí na evropský kontinent, lze zde jistě náznaky hlubšího zájmu o problematiku legislativní tvorby práva či počátky jejího ucelenějšího právně-teoretického výzkumu vypožorovat častěji.

Ve **Francii** byla tato skutečnost nepochybně ovlivněna charakterem samotného politického (ústavního) a právního systému, v nichž jsou patrné dozvuky revolučního konceptu svrchovanosti lidu (*volonté générale*) kříženého s principem reprezentativní demokracie a konceptem suverenity parlamentu.²⁷⁾ Na ně navázaný koncept centrality (suverenity) zákona jako prvotního projevu *volonté générale*²⁸⁾ se tak odrazil i v právně-teoretickém výzkumu, který se soustředil především na formální i materiální stránku zákona²⁹⁾, souhrnně zastřešené pod tezi o „dobrém zákonodárství“³⁰⁾ či o „dobrém zákonodárci“ (*bon législateur*).³¹⁾ V rámci teorie legislativní tvorby práva (*la science de la législation*) je tak největší pozornost upřena na legislativně-technické aspekty („umění tvorby zákonů“), tj. legistika (*Légistique*)³²⁾. V praxi byly tyto teze uplatňovány nejen v legislativní činnosti příslušných orgánů³³⁾, ale rovněž i v rozhodovací činnosti *Conseil Constitutionnel* v rámci jemu svěřené kompetence předběžné kontroly ústavnosti parlamentních aktů.

V **Německu** měla na úroveň právně-teoretického výzkumu legislativní tvorby práva vliv tradice ústavněprávního (*Verfassungslehre*)³⁴⁾ a státovédného myšlení (*Staatslehre*)³⁵⁾ od dob tzv. Výmarské republiky, v 70. letech pak rozvoj „sociál-

²⁷⁾ Srov. TRNKA, H. *France – national report*, In: KARPEN, U. (ed.) *Legislation in European Countries*, s. 162 – 196. Blíže k rozboru vývoje a vnímání konceptu suverenity srov. BAROŠ, J. Cesty k suverenitě lidu: nástin genealogie jednoho konceptu. *Časopis pro právní vědu a praxi* č. 1/2013, Roč. 21, s. 1 – 10.

²⁸⁾ Dle J. J. Rousseaua „zákon spojuje všeobecnost vůle s všeobecností předmětu“. Je tak prvotním mocenským zobecněním a výrazem suverenity moci. Srov. k tomu HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*, 3. vyd., Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 249.

²⁹⁾ Srov. k tomu MORAND, CH.-A. (éd.) *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, 1999.

³⁰⁾ Do českého prostředí tuto tezi přinesla T. Čebišová, nastolující otázku, zda existuje povinnost zákonodárce tvořit (a tomu korespondující právo na) „dobré zákony“. Srov. ČEBIŠOVÁ, T. *Právo na dobré zákony(?)*, In: VOSTRA, L. – ČERMÁKOVÁ, J. (eds.). *Otázky tvorby práva v České republice, Polské republice a Slovenské republice*. Plzeň: nakladatelství a vydavatelství Aleš Čeněk, 2005, s. 84 – 96.

³¹⁾ Srov. BOBBIO, N. *Le bon législateur*, In: BRUYLANT, E. (ed.). *Le raisonnement juridique/Legal Reasoning/Die jurisdiche argumentation*, Bruxelles, 1971. Cit dle FLORES, I. B. *Legisprudence: The forms and limits of legislation. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho Vol. 1, 2011*, s. 247 – 266.

³²⁾ Blíže k tomu srov. SVÁK, J.; KUKLIŠ, P. op. cit., s. 66 – 67.

³³⁾ Srov. např. oficiální vládní pravidla legislativní techniky *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Paris: Conseil d'Etat, 2005.

³⁴⁾ Srov. BADURA, P. Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung. *Zeitschrift für Gesetzgebung*, Vol. 2, č. 1, 1987, s. 307 – 311.

³⁵⁾ Jak poukazuje i J. Kysela nemalý význam zde hrála především díla R. von Mohla z poloviny 19. století, v nichž lze naleznout kořeny systematictějšího zájmu o legislativní tvorbu práva a zákonodárství. Srov. KYSELA, J. Uvedení do teorie legislativní tvorby práva aneb pokus o „právní politologii“?, pozn. č. 13. Blíže k tomu srov. SCHRECKENBERGER, W. – MER-

ního“ právního státu (*sozialer Rechtsstaat*) a s tím související nárůst právní regulace v sociální oblasti. Za stěžejní pro nastartování právně-teoretického i státovědného výzkumu legislativní tvorby práva je považováno dílo P. Nolla „*Gesetzgebungslehre*“ z roku 1973³⁶⁾, v němž vymezil novou „nauku o zákonodárství“³⁷⁾ a položil jím základy pro zrod nové „teorie legislativní tvorby práva“ a konkrétněji pak „teorie zákonodárství“.³⁸⁾ Bezprostředně poté došlo doslova k „erupci“ vědeckého zájmu o tuto oblast, což dokládá i řada publikací datujících se k přelomu 70 a 80. let³⁹⁾, a to i na „druhé straně železné opony“⁴⁰⁾. Nadto se tak dělo ruku v ruce se sociálními vědami, zejména pak s politickou vědou (*Politikwissenschaft*).⁴¹⁾ V současné době německý právně-teoretický i politologický výzkum zákonodárství a obecně legislativní tvorby práva patří v mezinárodním měřítku k těm nejrozvinutějším a institucionálně pevně zakotveným.⁴²⁾

Krátce se ještě zastavme u našich sousedů v **Rakousku**⁴³⁾, neboť tamní

TEN, D. – KARPEN, U. (Hrsg.). *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, Berlin: Duncker & Humboldt, 2000.

³⁶⁾ Srov. NOLL, P. *Gesetzgebungslehre*, Hamburg: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1973.

³⁷⁾ V literatuře se lze setkat s celou řadou odlišných označení, jako např. „nauka“, „teorie“ či „věda“, které ovšem mají společného jmenovatele – legislativní tvorbu práva či újeji zákonodárství (v zahraničí např. *Rechtssetzungstheorie*, *Gesetzgebungslehre*, *Gesetzgebungswissenschaft*, *theory of legislation*, *legisprudence* atp.). Vědom si odlišností mezi významy uvedených pojmů v praktickém užití, v obsahu budou považovány za synonyma.

³⁸⁾ Srov. KARPEN, U. *Gesetzgebung -, Verwaltungs - und Rechtsprechungslehre: Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 1989, s. 14 – 15. Ch. Gusy za „otce zakladatele“ novodobé Gesetzgebungslehre označuje spíše H. Schneidera a jeho článek „Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens“, In: RITTERSPACH, T. – GEIGER, W. (Hrsg.). *Festschrift für Gebhard Müller*, Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1970, s. 421 – 434. Srov. k tomu GUSY, CH. *Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?*. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 18, č. 11, 1985, s. 291.

³⁹⁾ Z daného období srov. např. RÖDIG, J. (Hrsg.). *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin: Springer Verlag, 1976; KREMS, B. *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, Berlin: Springer Verlag, 1979; HILL, H. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg: UTB für Wissenschaft, 1982; SCHNEIDER, H. P. *Gesetzgebung – Ein Lehrbuch*, 1. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 1982; nebo SCHULZE-FIELITZ, H. *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, Duncker & Humblot, 1988, a řada dalších.

⁴⁰⁾ Srov. např. SCHULZE, C. – HOFMANN, J. *Zum Stand der Theorie und Praxis der sozialistischen Gesetzgebung in der DDR*, Potsdam: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, 1984.

⁴¹⁾ Z daného období srov. např. BADURA, P. *Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung*, Berlin: de Gruyter, 1986; a především SCHNEIDER, H. P. – ZEH, W. (Hrsg.). *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Berlin: de Gruyter, 1989. Z pozdější doby pak zejména práce K. von Beymeho, např. BEYME, K. von. *Der Gesetzgeber: Der Bundestag als Entscheidungszentrum*, Opladen: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1997.

⁴²⁾ Viz kupříkladu založení a činnost *Institut für Gesetzgebung und Verfassung* (IGV) při Humboldt Universität či *Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung* (DGG), anebo časopisy *Zeitschrift für Parlamentsfragen* či více relevantní *Zeitschrift für Gesetzgebung* (od r. 1985).

⁴³⁾ U zbylých sousedních států, tj. na Slovensku či v Polsku, lze konstatovat, že u prvně jmenovaného je úroveň právně-teoretického výzkumu legislativní tvorby práva obdobná jako u nás, zatímco v Polsku se jen přece setkáváme s dlouhodobějším a ucelenějším výzkumem legislativní tvorby práva a zejména zákonodárství. Na **Slovensku** lze zmínit SVÁK, J.;

právně-teoretický výzkum legislativní tvorby práva a konkrétněji zákonodárství měl od samého počátku svého rozvoje na přelomu 70. a 80. let minulého století⁴⁴⁾ jisté přesahy i k nám, a to konkrétně v osobách pokračovatelů brněnské normativní školy O. Weinbergera a V. Kubeše, kteří se ve svých dílech mj. zabývali (navzdory „kelsenovskému“⁴⁵⁾ odmítání zkoumat v rámci právní teorie zákonodárství coby ryze politický proces) rovněž problematikou tvorby práva obecně či konkrétně zákonodárstvím. Zatímco O. Weinberger tak zejména v pozdější době činil spíše zprostředkovaně, z hlediska funkcionálního (*neoinstitucionalistického*) zkoumání institucí a jejich struktur a rozhodovacích procesů v demokratickém systému⁴⁶⁾,

V. Kubeš se na problematiku legislativní tvorby práva a zákonodárství soustředil přímo, což vyústilo ve vydání díla „*Theorie der Gesetzgebung*“ v roce 1987.⁴⁷⁾

3. Vývoj a současný stav v ČR

Právně-teoretický výzkum legislativní tvorby práva a konkrétněji zákonodár-

KUKLIŠ, P. op. cit., či kapitolu s názvem „*Tvorba práva – věda o zákonodárstvie*“ v BRÖSTL, A. a kol. *Teória práva*, Plzeň: Nakladatelství a vydavatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 40n. V **Polsku** lze základ spatřovat v dílech J. Wróblewského („*Teoria racjonalnego tworzenia prawa*“ z roku 1985 či „*Zasady tworzenia prawa*“ z roku 1989) či S. Wronkowske-Jaśkiewicz, nyní soudkyně polského *Trybunału Konstytucyjnego* (mezi všemi např. ve spolupráci s ZIELIŃSKI, M. *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*. Warszawa, 1987; dále *Zagadnienia procesu legislacyjnego. Przegląd legislacyjny*, Vol. 48, č. 1, 2000, s. 11 – 21; či *Polski proces prawotwórczy – między autonomią a polityką. Fundacja Ius et Lex*, č. (III)/1, 2005, s. 193-211).

⁴⁴⁾ Srov. např. MOKRE, J. – WEINBERGER, O. (Hrsg.). *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung: Überlegungen zu den Grundlagen der modernen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung*, Wien: Springer Verlag, 1976; WINKLER, G. – SCHILCHER, B. (Hrsg.). *Gesetzgebung: kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik*. Wien: Springer Verlag, 1981.

⁴⁵⁾ „Ryzí nauka právní nezabývá se však žádnými duševními procesy nebo hmotnými ději, stojíc před úkolem poznávati normy, chápati právní skutečnosti. Něco právně chápati nemůže znamenati nic jiného, než něco chápati jako právo.“ Srov. KELSEN, H. *Ryzí nauka právní: Metoda a základní pojmy*, Praha: Orbis, 1933, s. 10. Jak ovšem upozorňuje M. Škop, i normativní škola se k procesu tvorby práva vyjadřovala, byť nepřímou, když tvorbu práva sice považovala především za volní akt (projev vůle normotvůrce, nikoliv poznání), nicméně i ten se musí pohybovat v prostoru, který je vymezen existujícím právem a který do jisté míry determinuje vůli normotvůrce. „Normativní škola se tímto způsobem dotýká právotvorby a uplatňuje požadavek na to, aby tvorba práva respektovala vědecky poznatý normativní systém. Způsob uplatňování tohoto požadavku poukazuje na nutnost racionální tvorby práva.“ Srov. k tomu ŠKOP, M. *Normativní škola a tvorba práva*, In: Sborník z konference „Dny práva 2009“, Brno: MU, 2009, a tam citovanou literaturu.

⁴⁶⁾ Na druhou stranu ve výše citovaném sborníku MOKRE, J. – WEINBERGER, O. op. cit., O. Weinberger publikoval článek s názvem „*Zur Theorie der Gesetzgebung*“, v němž se zcela jednoznačně hlásí k potřebě systematictější zkoumat problematiku zákonodárství a tedy ustavení Gesetzgebungslehre a přidává se tak ke kritice její absence.

⁴⁷⁾ V něm se V. Kubeš sice primárně zabývá historickými, právně-filosofickými kořeny nové „teorie zákonodárství“, nicméně v její poslední třetině, zřetelně inspirovaný vývojem v Německu, vymezuje její základy, předmět i cíle. Srov. KUBEŠ, V. *Theorie der Gesetzgebung*, Wien: Springer Verlag, 1987.

ství u nás po roce 1989 lze označit v první dekádě za zcela nedostatečný, v podstatě absentující, když přednost logicky dostávala re-formulace základních právně-teoretických pojmů, snahy o re-konceptualizaci vybraných teoretických či právně-filosofických přístupů z prvorepublikového období a ze zahraničí, vymezení základů ústavního systému a rolí jeho aktérů, (znovu)vymezení klíčových oborů práva nebo otázky spojené s interpretací a aplikací práva.

Určitými (ve smyslu ucelenějšími) výjimkami v právně-teoretickém výzkumu legislativní tvorby práva v tomto období, a to navzdory existenci relativně solidního základu ve výše citovaných dílech V. Kubeše a O. Weinbergera, a také již nijak omezené možnosti nechat se inspirovat v zahraničí, představují jednak práce

V. Knappa, především pak dílo autorského kolektivu pod jeho vedením „Ústavní základy tvorby práva“⁴⁸⁾ či později vydané dílo, které je již zcela zařaditelné pod oblast zájmu teorie legislativní tvorby práva, „Tvorba práva a její současné problémy“⁴⁹⁾ z roku 1998, jednak práce J. Filipa, kupříkladu pomůcka „Jak se dělají zákony“⁵⁰⁾ či učební text „Zákonodárná moc v Ústavě ČR a právní status Parlamentu“.⁵¹⁾

A právě J. Filip a jeho časopisecké články z konce 90. let minulého století⁵²⁾ pak nepochybně stály u počátku přece jen hlubšího zájmu právní teorie o legislativní tvorbu práva u nás, byť se nejednalo o zájem nijak systematický. Zmíněná nesystematičnost a neucelenost právně-teoretického výzkumu legislativní tvorby práva se projevuje i útržkovitým charakterem výstupů, kdy převažuje zejména nepřeborné množství časopiseckých článků⁵³⁾ či příspěvků v několika

⁴⁸⁾ Srov. KNAPP, V., GROSPÍČ, J., ŠÍN, Z. *Ústavní základy tvorby práva*, Praha: Academia, 1990, která je ovšem slovy J. Kysely, „hodně svázaná s poměry československé federace těsně před politickou změnou poměrů v roce 1989.“ Cit. dle GERLOCH, A. a kol. *Teorie a praxe tvorby práva*, Praha: Wolters Kluwer, 2008, s. 22. Z dob minulých lze uvést ještě sborník KNAPP, V. *Teoretické problémy tvorby československého práva*, Praha: Academia, 1983.

⁴⁹⁾ Srov. KNAPP, V. *Základní teoretické otázky tvorby práva*, In: KNAPP, V. a kolektiv. *Tvorba práva a její současné problémy*, Praha: Linde, 1998. Mírně úsměvné je tvrzení V. Knappa, že „z rozsáhlé literatury tohoto tématu se týkající u nás“, odkazuje na dílo, jež sám editoval, tj. sborník „*Teoretické problémy tvorby čs. práva*“ z roku 1983, a které ovšem představuje na dlouhou dobu u nás dílo ojedinělé. Srov. KNAPP, V. *Teorie práva*, Praha: C. H. Beck, 1995, s. 106, pozn. č. 145.

⁵⁰⁾ Srov. FILIP, J. *Jak se dělají zákony*, Praha: Práce, 1991.

⁵¹⁾ Srov. FILIP, J. *Zákonodárná moc v Ústavě ČR a právní status Parlamentu*, Brno: MU, 1993.

⁵²⁾ Např. FILIP, J. Problematika nadpisů právních předpisů z hlediska legislativní techniky, *Časopis pro právní vědu a praxi*, Roč. 3, č. 1, 1995, s. 176 – 183; FILIP, J. Ústava ČR po pěti letech – základní východiska, In: ŠIMÍČEK, V. (ed.). *Ústava České republiky po pěti letech (sborník z konference)*, Brno: MU (Acta Universitatis Brunensis Iuridica č. 212), 1998, s. 9 – 37; FILIP, J. Poznámky k návrhu zákona o jednacím řádu Senátu (senátní tisk č. 1998/6), *Časopis pro právní vědu a praxi* č. 2/1198, Roč. 6, s. 246 – 251; nebo FILIP, J. Poznámky pod čarou jako problém legislativy a judikatury. *Právní zpravodaj*, 1999, s. 7 – 8;

⁵³⁾ Mezi autory, kteří se dlouhodoběji zabývají mj. i problematikou legislativní tvorby práva či konkrétněji zákonodárstvím, lze vedle J. Filipa zařadit J. Syllovou, J. Kyselu, A. Gerlocha, Z. Šína, J. Wintra a další.

sbornících⁵⁴⁾, byť velmi fundovaně reagujících na aktuální témata a problémy legislativní tvorby práva (a především zákonodárství). S jistou dávkou zjednodušení by bylo možné konstatovat, že právně-teoretický výzkum legislativní tvorby práva si uvedené vlastnosti ponechal i v současnosti. Zájem právní teorie o problematiku legislativní tvorby práva lze tudíž hodnotit jako velmi nestálý, jdoucí ve vlnách, které se tvoří v souvislosti s výskytem zcela nového jevu (např. ustavení Senátu, návrhy změn Ústavy ČR či novelizace jednacích řádů obou komor), dosud neřešeného problému nebo v souvislosti s vydáním nového rozhodnutí Ústavního soudu, významně se dotýkajícího této oblasti.

Nicméně by bylo nesprávné opomenout některé významné publikace, které bezesporu svým obsahem spadají pod oblast zájmu teorie legislativní tvorby práva. Vedle citovaných sborníků, v drtivé většině případů od autorů propojených s Právnickou fakultou UK⁵⁵⁾, je třeba zmínit i učebnici „*Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*“⁵⁶⁾ od J. Filipa a v ní nebyvale důkladně rozebrané ústavní základy zákonodárné moci, dále monografie „*Dvoukomorové systémy: teorie, historie a srovnání dvoukomorových parlamentů*“⁵⁷⁾ z roku 2004 či „*Zákonodárství bez parlamentů*“⁵⁸⁾ z roku 2006 od J. Kysely. Ostatně J. Kysela se autorsky spolupodílel i na publikacích kolektivu autorů „*Teorie a praxe tvorby práva*“ z roku 2008 a „*Legislativní proces (teorie a praxe)*“ z roku 2011.⁵⁹⁾ Rovněž je třeba zmínit pro rozbor techniky a metodiky legislativní tvorby práva zásadní dílo „*Tvorba práva: Pravidla, metodika, technika*“ z roku 2003 od Z. Šína⁶⁰⁾, anebo publikaci „*Parlament České republiky*“ autorského kolektivu pod vedením J. Syllové⁶¹⁾, která se coby ředitelka podílí i na publikačních výstupech Parlamentního institutu při

⁵⁴⁾ Srov. např. GERLOCH, A. a kol. op. cit.; GERLOCH, A. – KYSELA, J. (eds.). op. cit.; KYSELA, J. (ed.). *Parlamenty a jejich funkce v 21. století: sborník příspěvků k 10. výročí ustavení Senátu Parlamentu České republiky*, Praha: Eurolex Bohemia, 2006; GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P. (eds.). *Zákon v kontinentálním právu*, Praha: Eurlex Bohemia, 2005; nebo VOSTRÁ, L.; ČERMÁKOVÁ, J. (eds.). op. cit.

⁵⁵⁾ Příčinu tohoto stavu lze spatřovat i v působení *genia loci* a personálním propojení akademiků z pražské fakulty práve s Parlamentem ČR, zatímco v případě brněnské a částečně i olomoucké fakulty to platí ve vztahu k vrcholným soudním institucím, včetně Ústavního soudu.

⁵⁶⁾ Srov. FILIP, J. *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, 2. vyd., Brno: MU, 2001.

⁵⁷⁾ Srov. KYSELA, J. *Dvoukomorové systémy: teorie, historie a srovnání dvoukomorových parlamentů*, Praha: Eurolex Bohemia, 2004.

⁵⁸⁾ Srov. KYSELA, J. *Zákonodárství bez parlamentů. Delegation a substituce zákonodárné pravomoci*, Praha: PrF UK, 2006.

⁵⁹⁾ Zmíněné publikace představují světlé výjimky z výše kritizovaného přetrvávajícího (ne) zájmu právní teorie o problematiku legislativní tvorby práva, neboť v nich autoři (i s ohledem na svá působišť) propojují poznatky z teorie i praxe legislativní tvorby práva, a mohly by tak sloužit jako příklad možné spolupráce mezi akademickou obcí a exekutivou (ostatně publikace zmíněná na druhém místě byla vydána přímo pod záštitou Ministerstva vnitra a PrF UK) s cílem dosáhnout zlepšení stávajícího, dosti neutěšeného stavu legislativní tvorby práva. Pokud by tedy žel dlouhodobě nezůstaly publikacemi jedinými.

⁶⁰⁾ Srov. ŠÍN, Z. *Tvorba práva: Pravidla, metodika, technika*, Praha: C. H. Beck, 2003.

⁶¹⁾ Srov. SYLLOVÁ, J. – KOLÁŘ, P. – KYSELA, J. – GEORGIEV, J. – PECHÁČEK, Š. *Parlament České republiky*, 3. vyd., Praha: Linde, 2013. (1. vydání z roku 2002).

Poslanecké sněmovně. V neposlední řadě pak co do svého obsahu zcela ojedinělou monografií J. Wintra „Česká parlamentní kultura“⁶²⁾ z roku 2010.

Pro úplnost zbývá učinit pár hodnotících poznámek k úrovni sociálně-vědního, zejména pak politologického výzkumu legislativní tvorby práva u nás. Bohužel i v tomto ohledu její výzkum u nás výrazně zaostává, a to nejen z hlediska rozsahu a intenzity zájmu o danou problematiku, který je prakticky nulový, ale i v přizpůsobení se trendu interdisciplinárního přístupu ke zkoumání vztahu práva a politiky obecně, kam některé významné aspekty problematiky legislativní tvorby práva rovněž spadají. Ojedinělými pokusy tak zůstávají citované články J. Kysely a jeho snahy nastolení otázek vzniku „právní politologie“, ať již v námi sledované oblasti teorie legislativní tvorby práva, tak kupříkladu v oblasti ryze ústavněprávní, anebo sborník z konference na téma „Judicializace politiky, nebo soudcokracie? Vztah soudnictví a politiky“ z roku 2012.⁶³⁾

4. Legisprudence

Pokud se zabýváme problematikou právně-teoretického výzkumu legislativní tvorby práva či konkrétněji zákonodárství, je zcela nezbytné se blíže pozastavit u jednoho z významných mezníků, především tedy pro evropskou, ale zčásti i pro americkou teorii zákonodárství či legislativní tvorby práva. Tím mezníkem je zrod nového teoretického přístupu, *legisprudence*.⁶⁴⁾ Ačkoliv se nejedná o pojem zcela nový, když se objevuje kupříkladu v článcích citovaného J. Cohena⁶⁵⁾, novým je bezesporu přístup ke zkoumání problematiky legislativní tvorby práva (zákonodárství). Na rozdíl od J. Cohena, který použitím daného termínu pléduje za zvýšení významu problematiky legislativní tvorby práva v právně-teoretickém výzkumu přenesením části pozornosti z dosud dominantní „judicativeprudence“, *legisprudence* má dle jejích zastánců větší ambice. Jejich snaha spočívá v celkové (strukturální) změně přístupu k právně-teoretickému zkoumání legislativní tvorby práva, vymezení nového teoretického základu v rámci současného právně-teoretického diskurzu, tzv. *normativní teorie racionálního zákonodárství*.

Jak zdůrazňuje sám jeden z jejích hlavních propagátorů, L. J. Wintgens, „posláním *legisprudence* jako nového teoretického přístupu je na základě komplexního právně-teoretického výzkumu problematiky legislativní tvorby práva, která byla doposud považována za ryze politický proces či za formu politického rozhodování, přispět ke zlepšení její celkové úrovně.“⁶⁶⁾ V jeho podání *legisprudence* tvoří právně-teoretické a politicko-filozofické základy legislativní tvorby práva, zejména pak zákonodárství, které zde doposud absentovaly. Příčinu této absence L. Wintgens spa-

⁶²⁾ Srov. WINTR, J. *Česká parlamentní kultura*, Praha: Auditorium, 2010.

⁶³⁾ Srov. SMEKAL, H. – POSPÍŠIL, I. (eds.). *Soudcokracie, nebo judicializace politiky?*, Brno: MPÚ, 2013.

⁶⁴⁾ Termín „*legisprudence*“ lze dovodit ze spojení slov „*legislative jurisprudence*“, přičemž jeho latinský původ vyjadřuje i podstatu samotného přístupu: *leges* (zákony) a *prudencia* (znalost, poznání).

⁶⁵⁾ Srov. COHEN, J. *Towards Realism in Legisprudence*, *Yale Law Journal*, Vol. 49, 1949, s. 886.

⁶⁶⁾ Srov. HAGE, J. – WINTGENS, L. J. *Editor's Preface, Legisprudence*, Vol. 1, č. 1, 2007, s. 1.

truje především ve zpřetrhání vazeb mezi právem přirozeným (*natural law*) a pozitivním (*positive law*), což dává především za vinu *legalismu*, alespoň tedy v jeho ryzí podobě (*strong legalism*).⁶⁷⁾ Působením *legalismu*⁶⁸⁾ došlo k zpřetrhání vazeb mezi přirozenoprávními principy (*iusnaturalismem*) a pozitivním právem, kterému dodávaly další (vyšší) zdroj legitimacy zpřetrhány⁶⁹⁾, a v důsledku toho tvorba práva představuje pouze instrumentalistický a iracionální projev vůle (rozhodnutí) demokratického suveréna (zákonodárce). Legalistický přístup odmítá onu determinaci pozitivního práva přirozeným právem či morálními hodnotami, ale naopak pozitivní právo a jeho pravidla determinují morální chování, hodnoty a povinnosti. Mimo systém psaných pravidel neexistuje žádná jiná normativita, hranice mezi *law* a *non-law* je jednoznačně vymezena. Legalita tak představuje hlavní a jedinou formální podmínku platnosti a koneckonců i správnosti právních norem, hodnotové či obsahové požadavky se stávají podružnými, nikoliv nezbytnými.

Kriticky pak L. Wintgens konstatuje, že navzdory skutečnosti, že legalistický přístup vyklidil své pozice, jím obhajované myšlení pouze v mezích norem psaného práva přetrvalo v myslích řady právních teoretiků všech oborů dodnes. Tím také odůvodňuje absenci právně-teoretického zájmu o legislativní tvorbu práva, když jakákoliv „*teorie o právu*“ (právních normách), tím méně pak teorie o jeho tvorbě, pozbývá smysl, neboť jediným relevantním hlediskem jsou právní normy samotné a jejich obsah. Na druhou stranu přirozenoprávní principy a hodnoty zdaleka nezmizely, neboť pronikly do rozhodovací činnosti soudů při nalézání ideje spravedlnosti v rámci interpretace a aplikace pozitivního práva, a proto se i soustředění právní teorie přeneslo sem, neboť až skrze adjudikaci se pozitivní právo stávalo pro výzkum zajímavým, zatímco ve fázi jeho tvorby bylo považované za něco daného (*thereness*), za definitivní rozhodnutí suveréna, plně odrážející realitu.

Legisprudence jako nový právně-teoretický přístup k výzkumu legislativní tvorby práva měla a má ohlas zejména v Evropě, kde se stala již relativně ustálenou (institucionalizovanou⁷⁰⁾ součástí obecné právní teorie, významně přispěla k rozvoji komparativního výzkumu legislativní tvorby práva⁷¹⁾ a rovněž k výzkumu legislativní tvorby práva v rámci EU. Pro naplnění ambicí *legispru-*

⁶⁷⁾ Srov. WINTGENS, L. J. *Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence*, in. WINTGENS, L. J. (ed.). *Legisprudence: New Theoretical Perspectives on Legislation*, s. 9 – 12.

⁶⁸⁾ Za konkrétní příklad L. Wintgens zmiňuje „*Code civil*“ hnutí ve Francii z počátku 19. století či pozdější *critical legal studies*.

⁶⁹⁾ „Pozitivní právo představuje aplikaci přirozeného práva a jeho principů a hodnot v rozhodnutí legislativního orgánu.“ Srov. WINTGENS, L. J. *Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence*, s. 10.

⁷⁰⁾ Viz kupříkladu založení *The European Academy for Law and Legislation* (EALL) v Haagu či vydávání časopisu *Legisprudence* od roku 2007, v roce 2013 pak přejmenovaného na *Theory and Practice of Legislation*.

⁷¹⁾ Srov. MADER, L. – TAVARES de ALMEIDA, M. (Hrsg.). *Quality of Legislation – Principles and Instruments*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2010, jakožto výstup *the International Association on Legislation* (IAL) (vzniklé z *the European Association of Legislation*, založené v roce 1991), jejímiž členy je celá řada národních institutů, zabývajících se výzkumem legislativní tvorby práva.

dence stát se uceleným a v obecné právní teorii pevně zakořeněným teoretickým přístupem k výzkumu problematiky legislativní tvorby práva je ovšem určující především míra její percepce do právně-teoretického výzkumu legislativní tvorby práva na úrovni jednotlivých států, kde se logicky uplatňuje spíše „národní“ přístup.⁷²⁾

Přesto i nadále přetrvávají snahy o mezinárodní propojení výzkumu legislativní tvorby práva (nikoliv jen skrze *legisprudence*)⁷³⁾, a to s ohledem na jistou univerzalitu převažujících nedostatků legislativních aktů (inflace, deflace kvality, nekoncepčnost, nesrozumitelnost atp.), jimž se snaží teorie legislativní tvorby práva čelit vypracováním obecně sdílených standardů kvality legislativy a pravidel či metodologických postupů je zajišťujících.⁷⁴⁾

5. Teorie zákonodárství v ČR

Jak již bylo zdůrazněno, v našem prostředí je právně-teoretický i politologický výzkum legislativní tvorby práva nebo konkrétněji zákonodárství značně poddimenzován. Ve srovnání s výzkumem ostatních komponentů procesu právní regulace ve společnosti, tj. interpretace a aplikace práva, výzkum legislativní tvorby práva zřetelně zaostává, když (až na důležité, nicméně střípkovité výjimky výzkumu jeho dílčích a aktuálních otázek a problémů) komplexnější výzkum prakticky absentuje. Jako důkaz o tom, jak velký prostor je výzkumu problematiky legislativní tvorby práva věnován v naší právní teorii, může do značné míry sloužit i srovnání publikačních výstupů týkajících se problematiky legislativní tvorby práva s publikacemi zabývajícími se zbylými komponenty procesu regulace práva, tj. problematikou interpretace a aplikace práva. Na první pohled je zřejmé, že jen za poslední tři roky byla k těmto komponentům u nás vydána celá řada publikací⁷⁵⁾, z hlediska množství (a koneckonců i rozsahu a hloubky výzkumu) převyšujících počet vydaných publikací v oblasti teorie legislativní tvorby práva za celé „polistopadové období.“

Takový stav je třeba vzhledem k významu a důležitosti legislativní tvorby

⁷²⁾ Kriticky k tomu srov. KARPEN, U. *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006.

⁷³⁾ Srov. KARPEN, U. *Comparative Law: Perspectives of Legislation*, *Legisprudence* Vol. 6, č. 2, 2012, s. 149 – 189, či VERHOEVEN, A. *Legisprudence and European Law: Search of the Principles of European Legislation*. In: WINTGENS, L. J. (ed.). *Legisprudence: New Theoretical Perspectives on Legislation*, s. 109 – 126.

⁷⁴⁾ Srov. např. RADAELLI, C. M. – FRANCESCO, F. de. *Regulatory Quality in Europe: Concepts, Measures and Policy Processes*, Manchester: Manchester University Press, 2007; nebo příručka vydaná v rámci Rady Evropy „*Evaluation of Legislation – Proceedings of the Council of Europe’s legal co-operation and assistance activities (2000-2001)*“ z roku 2001.

⁷⁵⁾ Mezi všemi srov. např. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011; HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011; GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012; WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, Praha: Auditorium, 2013; nebo BOBEK, M. – KÜHN, Z. a kol. *Judikatura a právní argumentace*, 2. vyd., Praha: Auditorium, 2013.

práva považovat nejen za nežádoucí, ale do jisté míry i za překvapivý, s ohledem na již dlouhodobě vysokou úroveň jeho výzkumu v zahraničí, tedy alespoň ve státech, které obvykle bývají v jiných oblastech právně-teoretického i politologického výzkumu pro nás výrazně inspirativními. Pokusme se tedy tento nedostatek odstranit cestou (pokusu o) vymezení „nové“ *teorie zákonodárství* v ČR⁷⁶⁾, a to s výraznou inspirací v zahraničí.

5. 1 Zahraniční inspirace

U. Karpen⁷⁷⁾ V rámci vymezení předmětu (oblastí zájmu) *Gesetzgebungslehre* jmenuje následující oblasti (*Arbeitsfelder*):

- *Kenntnissen über Gesetzgebung (Legis-prudence*⁷⁸⁾) vytváří právně-teoretický a politicko-filozofický základ *Gesetzgebungslehre*. Právě zde se nejvíce projevuje její otevřenost k interdisciplinárnímu přístupu (vliv poznatků ekonomie, sociologie, politologie, psychologie a rovněž ostatních právních odvětví), skrze něž nahlíží na základní právně-politické otázky zákonodárství;
- *Gesetzgebungsanalytik (Legis-Analysis)* představuje její normativní aspekt, právní (konstitucionální) základ legislativy a zákonodárství a s ním spojených základních pojmů (dělbá moci, zákon, systém práva, orgány, působnost, funkce, delegace atp.);
- *Gesetzgebungstaktik (Legis-Tactics)* tvoří její institucionální dimenzi, kdy je analyzována působnost a praktické fungování jednotlivých legislativních orgánů, resp. orgánů se svou činností dotýkajících legislativní tvorby práva (např. soudy). U. Karpen hovoří o „vnějším zákonodárném procesu“ (*äußeres Gesetzgebungsverfahren*), kam spadají i aspekty vztahů mezi jednotlivými složkami státní moci. Interdisciplinární přístup se pak projevuje v analýze vlivu (taktiky) politických stran a zájmových skupin (např. lobbying) na činnost zákonodárného orgánu;
- *Gesetzgebungsmethodik (Legis-Methodology)* se naopak soustředí již na samotný „vnitřní zákonodárný proces“ (*inneres Gesetzgebungsverfahren*), jeho ústavně i zákonem vymezenou podobu, reálné fungování, politické vlivy, legislativní koncepce, jednotlivé procedury, chování konkrétních aktérů a další

⁷⁶⁾ Hlavní důraz bude kladen zejména na *teorii zákonodárství*, která se jako určitý „podobor“ vyčleňuje z širší *teorie legislativní tvorby práva*. Tento přístup ovšem nikterak nebrání tomu, aby zde předestřené závěry (s jistými redukcemi) mohly být zobecněny i pro samotnou teorii legislativní tvorby práva.

⁷⁷⁾ Srov. KARPEN, U., *Gesetzgebung -, Verwaltungs - und Rechtsprechungslehre: Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie*, s. 14, pro názvy v německém originále, nebo KARPEN, U. *Introduction – Legislation and Legistics in European Countries*, In: KARPEN, U. (ed.), *Legislation in European Countries*, s. 11 – 12, pro názvy v anglickém překladu. Ve slovenském jazyce jsou v téměř nezměněné podobě prezentovány v BRÖSTL, A. a kol. op. cit., s. 41 – 42.

⁷⁸⁾ U. Karpen pojem *Legis-prudence* zde používá dříve, než L. Wintgens (znovu)vymezil *legis-prudenci*. Lze se tak domnívat, že se nechal buď inspirovat pracemi J. Cohena, anebo vycházel z latinského původu daného slova.

aspekty, které v konečném důsledku ovlivňují výsledek zákonodárného procesu;

– Gesetzgebungstechnik (*Legis-Technics, legistics*) se soustředí na problematiku legislativní techniky (umění) tvorby právních norem (legistika), formální vlastnosti výsledného legislativního produktu a jeho vnější stránkou (struktura, systematika, jazyk, srozumitelnost, určitost atp.).⁷⁹⁾

Zdaleka se nejedná o jediný výčet oblastí zájmu teorie legislativní tvorby práva či teorie zákonodárství.⁸⁰⁾ Kupříkladu L. Mader⁸¹⁾ je strukturuje podrobněji, když rozlišuje:

– *legislative methodology (material/substantive legistic)*, kam zahrnuje otázky pojící se s obsahovou stránkou legislativních aktů a jejich působení v dané oblasti;

– *legislative technique (formal legistic)*, v níž jsou zkoumány otázky formálních (legislativně-technických) náležitostí jednotlivých legislativních aktů;

– *legislative drafting*, kterou L. Mader vyděluje z předchozí oblasti a zužuje ji na otázky způsobů jazykového vyjádření u jednotlivých právních norem;

– *legislative communication*, jež se soustředí na nástroje a formy zprostředkování informací o nové právní úpravě, zvýšení právního povědomí ve společnosti, nikoliv tedy pouze formou povinné publikace legislativních aktů, ale vstřícnému naplnění zásady „*ignorantia juris non excusat*“;

– *legislative procedure*, v níž je zkoumána problematika procesu legislativní tvorby práva, a to jak z hlediska vymezení a fungování jednotlivých (vnitřních) procedur, tak i z hlediska vlivu a chování vnějších aktérů;

– *management of legislative projects*, kam zahrnuje problematiku „předpřípravné fáze“ legislativního procesu, tvorbu koncepcí, záměrů, politik atp.;

– *the sociology/political science of legislation*, v níž L. Mader spatřuje jeden z klíčových přínosů interdisciplinárního přístupu k výzkumu legislativní tvorby práva, neboť je zde zkoumána a hodnocena potřeba nové právní regulace, způsob implementace již přijaté právní úpravy a rovněž *ex post* hodnocena efektivita jejího působení ve společnosti, čímž se prakticky stává základem pro legislativní metodologii;

– *the theory of legislation*, která představuje právně-teoretický i politicko-filozofický základ legislativní tvorby práva.

⁷⁹⁾ Srov. k tomu např. FLIEDNER, O. (Hrsg.). *Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze*, Berlin: Friedrich Ebert Stiftung, 2006.

⁸⁰⁾ Například italský právní teoretik G. U. Rescigno ji zužuje pouze na oblast legislativní techniky (*tecnică legislativă*), kam ovšem řadí: 1) *legistikă*, která v jeho podání spočívá v redakčním zpracování legislativních textů; 2) *analýzu procesů tvorby a přijímání legislativního aktu*; 3) *analýzu textů právních předpisů a priori*, jejímž cílem by měla být verifikace očekávaných dopadů nové právní úpravy; a 4) *analýzu textů právních předpisů a posteriori*, která se zaměřuje na hodnocení efektivit právní úpravy z hlediska dosažených cílů při její realizaci a aplikaci. Srov. k tomu SVÁK, J. – KUKLIŠ, P. op. cit., s. 67.

⁸¹⁾ Srov. MADER, L. Evaluating the effects: A contribution to the quality of legislation, *Statute Law Review*, Vol. 22, č. 2, 2001, s. 119 – 131.

5. 2 Teorie zákonodárství v ČR – vymezení předmětu

V našem prostředí teorie legislativní tvorby práva, ani teorie zákonodárství odraz nenachází a téměř zcela absentuje její samotné vymezení, se všemi oblastmi či aspekty jejího výzkumu.⁸²⁾ Její podobu se proto pokusme nyní vymezit.

K definici předmětu teorie zákonodárství lze plně odkázat na výstižný popis předmětu *Gesetzgebungslehre* od P. Nolla, tj. zákonodárství a veškeré otázky s ním výlučně spojené, jako např. zákonodárný proces, chování aktérů zákonodárného procesu, zákony a jejich příprava, obsahová i formální kvalita, legislativní pravidla, principy, koncepce atp., jenž je ale dle mého názoru nezbytné vystavět na právně-teoretických a politicko-filozofických základech.

Pro větší přehlednost je žádoucí tento předmět dále strukturovat (třídít) do dílčích oblastí, kam lze jednotlivé zkoumané otázky podřadit. V tomto ohledu se však do určité míry odchýlíme od inspirativních vzorů ze zahraničí, neboť U. Karpenem popsane oblasti zájmu *Gesetzgebungslehre* považuji za příliš obecné a samotné názvy za mírně matoucí (*Gesetzgebungsmethodik, -taktik*), zatímco výčet L. Madera ve vztahu k teorii legislativní tvorby práva obecně naopak v určitém ohledu až příliš konkrétní (např. *legislative drafting* ve vztahu k *legislative technics*) a zužující, což může vyvolat buď neustálé rozšiřování výčtu o nové oblasti zájmu reagující na dynamiku vývoje, anebo „násilné“ podřazení nového zkoumaného tématu pod stávající oblast, a tedy v obou případech snížení míry přehlednosti. Nadto statický výčet takových oblastí budí podezření o jejich uzavřenosti, byť tomu tak ve skutečnosti samozřejmě není.

I z toho důvodu⁸³⁾ jsou při strukturaci předmětu teorie zákonodárství za rozlišující kritérium zvoleny jednotlivé aspekty (hlediska, roviny), skrze něž je na legislativní tvorbu práva (či zákonodárství) nahlíženo a jsou zkoumány dílčí otázky s ním spojené. Tyto aspekty se samozřejmě vzájemně doplňují, do určité míry překrývají a jsou plně otevřeny poznatkům z různých vědních oborů.⁸⁴⁾

⁸²⁾ V citované publikaci „*Legislativní proces (teorie a praxe)*“ z roku 2011 její autoři vymezují teorii legislativy, za jejíž těžiště ovšem považují pouze „*výklad Legislativních pravidel vlády s historickými a komparativními přesahy např. ve věci formy a závaznosti tzv. legistických směrnic, tj. „technických“ standardů vytváření psaného práva. Spadají sem otázky významu členění právních předpisů, problematika nadpisů, poznámek pod čarou či rozsahu (délky) ustanovení a dále třeba rozbor typů ustanovení zmocňovacích, zrušovacích nebo přechodných. (...) spadá sem i problematika transpozice evropských směrnic.*“ Takto vymezený předmět teorie legislativy, která by buď měla ztělesňovat obecnou teorii legislativní tvorby práva, anebo se spíše v jejím rámci pohybovat v prostoru „nad“ teorií zákonodárství a soustředit se převážně na legislativně-technické aspekty legislativní tvorby práva, považuji za příliš zužující, a tedy do značné míry nedostatečný. Z opačného úhlu pohledu, možná ne zase tolik ambiciózní.

⁸³⁾ Vedle toho roli hrála i absence příznačných názvů v českém jazyce, neboť nabízející se názvy jako „*legislativní metodika*“ či „*příprava/navrhování legislativních aktů*“ se mi nejeví vhodnými.

⁸⁴⁾ Při stručném nastínění některých charakteristických rysů základního inspirativního obrazu naší teorie zákonodárství, tj. německé *Gesetzgebungslehre*, byla opakovaně zdůrazňována především její otevřenost, ve smyslu absence pevných vnitřních (mezi jednotlivými oblastmi zájmu) i vnějších hranic (v rámci obecné právní teorie), a její interdisciplinární přístup, díky němuž se zde mísí poznatky právní teorie s poznatky jiných věd, jako je ekonomie, politologie, sociologie, filozofie, matematika, informatika a další. Uvedené vlast-

Konkrétně se jedná o aspekty (roviny): *teoretický; normativní; institucionální (funkcionální); procedurální; legislativně-technický; právně-politický (sociálně-empirický)*.

5. 3 Aspekt teoretický

Výzkum otázek nahlížených skrze teoretický aspekt má za cíl především vytvořit a zpevnit ony právně-teoretické i politicko-filosofické základy teorie zákonodárství. Jinými slovy, má představovat průnik *legisprudence* do českého prostředí, neboť na rozdíl od většiny prakticky orientovaných otázek, teoretické koncepty, teze a definice dotýkající se problematiky zákonodárství (či obecně legislativní tvorby práva) lze naopak považovat za přenositelné a zejména v prostředí kontinentální Evropy do jisté míry obecně sdílené.

Mezi zkoumané otázky budou nepochybně patřit ty, které se týkají nového vymezení, re-definice či precizace základních pojmů, právních či politicko-filosofických konceptů a teorií, souhrnně se dotýkajících problematiky zákonodárství v širokém slova smyslu, tedy nikoliv pouze zákonodárství coby jeden ze způsobů tvorby práva a součást komplexního procesu právní regulace ve společnosti, ale rovněž ve smyslu zákonodárná moc jako ústavně zakotvená forma výkonu státní moci a její postavení v ústavním systému a vztah k ostatním složkám státní moci v kontextu principu dělby moci.

J. Baroš⁸⁵⁾ hovoří o *genealogii* a *architektonickém porozumění konceptů*, kdy genealogická perspektiva je vhodná pro zkoumání základních a zakládajících konceptů, jako je svrchovanost lidu, dělba moci, suverenita parlamentu, konstitucionalismus, zákon ve formálním i materiálním smyslu, zákonodárná delegace atp., a to z hlediska jejich původního vymezení. Nicméně nezbytnou je i jejich reflexe skrze současnost a její nazírání na tyto koncepty. Proto genealogická perspektiva musí být doplněna o popis tvaru současné zkušenosti, což je právě úkolem *architektury*, která se zabývá způsobem, jak jednotlivé právní koncepty vycházejí z ostatních názorů a praktik v daném politickém systému a jak se od nich také odlišují. Architektura se dívá na strukturu těchto konceptů a vztah mezi nimi navzájem. Vzhledem ke skutečnosti, že uvedené koncepty vyvěrají z právně-filosofických a politických teorií z minulosti, je zcela nezbytné, aby se i na jejich re-konceptualizaci v rámci nové teorie zákonodárství spolupodílely sociální vědy.

nosti považují dokonce za klíčové, mají-li být naplněny ambice teorie legislativní tvorby práva či teorie zákonodárství.

⁸⁵⁾ Blíže k tomu srov. v ČR ojedinělou dizertační práci J. Baroše na téma: „Mezi lidskými právy a suverenitou – koncepty politické filosofie a jejich aplikace v realitě České republiky“, FSS MU, 2013, jejíž pasáže byly zčásti publikovány, srov. např. BAROŠ, J. Od ústavní demokracie k ústavnímu soudnictví, In: SMEKAL, H. – POSPÍŠIL, I. (eds). op. cit., s. 34 – 51; nebo BAROŠ, J. Demokracie, konstitucionalismus a lidská práva, In: HOLZER, J. – MOLEK, P. (eds.). Demokratizace a lidská práva, Praha: SLON, 2014.

5. 4 Aspekt normativní

Zákonodárný proces lze obecně definovat jako komplexní (fázovitý, etapovitý) proces transformace sociálních zájmů a potřeb v právo, který je specifický co do charakteristických (formálních) vlastností, užívaných metod, povahy zainteresovaných orgánů a aktérů a koneckonců i co do samotného výsledku, včetně jeho publikace a dopadů do společnosti. Jednou z jeho základních vlastností je tedy formalizovaná, právně (autoritativně) normovaná podoba, a proto normativní aspekt teorie zákonodárství cílí především na zkoumání této vlastnosti. Skrze něj by se měl výzkum soustředit především na otázky spojené s právní regulací zákonodárného procesu, na prameny parlamentního práva a konkrétněji na tzv. *prameny zákonodárného procesu*⁸⁶⁾ včetně otázek jejich možných budoucích úprav a hodnocení navržených změn.

Zásadní ústavněprávní východiska parlamentních procedur i zákonodárného procesu zformuloval Ústavní soud v „přílepkovém“ nálezu sp. zn. Pl. ÚS 77/06⁸⁷⁾, kde nejen důrazně apeloval na Parlament ve smyslu nutnosti dodržování principů tvorby souladného, srozumitelného, přehledného a předvídatelného práva jako jednoho z atributů materiálně chápaného právního státu, nýbrž ústavně odůvodnil rovněž nutnost respektování demokratických principů v zákonodárném procesu (s oporou v čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR), které je třeba zohledňovat jak při úpravě, tak i při samotném zákonodárném procesu, neboť elementárním požadavkem i jen formálně chápaného právního státu je vyloučení libovůle z rozhodování orgánů veřejné moci.⁸⁸⁾

Z těchto principů tak plynou jisté nároky na podobu a interpretaci především jednacích řádů parlamentních komor. Proto i Parlament, resp. jeho obě komory nemohou v rámci zákonodárného procesu postupovat libovolně, ale jsou vázány právem - ústavním pořádkem a v jeho světle přijímanými a vykládanými prameny parlamentního práva, resp. tzv. prameny zákonodárného procesu, které

⁸⁶⁾ Tímto možná až příliš krkolomným označením chci docílit jejich odlišení od „*pramenů parlamentního práva*“, do jejichž množiny prameny zákonodárného procesu spadají a nejedná se tedy o synonyma. Číním tak i s ohledem na skutečnost, že zákonodárství je jen jednou z pravomocí a funkcí Parlamentu, přičemž prameny parlamentního práva normují celkové postavení Parlamentu, tj. včetně všech ostatních funkcí, které kromě zákonodárství vykonává. Takovému závěru koneckonců odpovídá i úprava v Hlavě druhé Ústavy ČR.

⁸⁷⁾ Nález sp. zn. Pl. ÚS 77/06 ze dne 15. 2. 2007 (N 30/44 SbNU 349; 37/2007 Sb.) (*Přílepkový nález*).

⁸⁸⁾ „*Dodržování procedurálních pravidel obsažených v uvedených pramenech práva je třeba vyžadovat proto, že ač adresátem těchto norem nejsou soukromé osoby, jejich nedodržení se v konečném důsledku může významně dotknout jejich základních práv.*“ Cit. dle bodu 38 nálezu sp. zn. Pl. ÚS 77/06. O potřebě dodržování procedurálních pravidel při samotném parlamentním jednání hovořil již T. Jefferson v úvodu svého „*A Manual of Parliamentary Practice*“ z roku 1801: „*Nic netenduje více k usurpaci moci vlády a parlamentní většiny v House of Commons, než obcházení či opouštění procedurálních pravidel. Tato pravidla představují nástroj dozoru a kontroly jednání většiny a v mnoha případech poskytují jediný úkryt a ochranu menšině před mocenskými atakami většiny.*“ Cit. dle DUNN, Ch. W. *Playing by the Rules: The Need for Constitutions To Define the Boundaries of the Legislative Game with a One-Subject Rule*, *University of West Los Angeles Law Review*, Vol. 35, 2003, s. 129 – 197.

vymezil následovně: „Při výkonu legislativní činnosti jsou (Parlament, resp. jeho obě komory) vázány především Ústavou ČR a s ní konformně vykládanými jednacími řády, ustálenou praxí parlamentní komory a jejich orgánů (...).“ Uvedené vymezení převzala i právní teorie.⁸⁹⁾

Výčet „pramenů“ prezentovaný Ústavním soudem není zdaleka úplný (jeho rozsah byl dán zkoumanou problematikou daného případu) a je nezbytné jej rozšířit. Bez ohledu na míru jejich formální závaznosti, je možné mezi tzv. prameny zákonodárného procesu řadit především: a) *Ústavu ČR a z ní dovoditelné ústavní principy a pravidla*⁹⁰⁾; b) *jednací řády obou komor Parlamentu*, tj. především JŘPS a JŘS, a v nich zakotvená *organizační pravidla jejich činnosti*⁹¹⁾; *publikační normy* (zejm. zákon č. 309/1999 Sb., o Sbírce zákonů a Sbírce mezinárodních smluv); c) *tzv. autonomní usnesení*, tj. podrobnější pravidla jednání, přijatá usnesením Poslanecké sněmovny nebo Senátu na základě § 1 odst. 2 JŘPS, resp. JŘS; d) *zvyklosti a ustálenou praxi parlamentní komory a jejich orgánů*, pokud ji „lze díky dlouhodobému opakování považovat za nepsanou část legislativní procedury, a lze-li ji shledat za souladnou s vyššími hodnotami tvorby práva, demokratického politického systému apod.“⁹²⁾; *tzv. nepsaná pravidla*, která jsou způsobilá řešit otázky výslovně neupravené jednacími řády a která „optimalizují sebeorganizaci parlamentu“⁹³⁾; e) *legislativní pravidla vlády*; f) *judikaturu*⁹⁴⁾, zejména pak relevantní nálezy Ústavního soudu.

⁸⁹⁾ Srov. WINTR, J. op. cit., s. 32 – 44, či MLSNA, P. *Ústavní základy tvorby práva: ústava, ústavodárce a zákon, zákonodárce*, in. *Legislativní proces (teorie a praxe)*, Praha: Tiskárna MV ČR, 2011, s. 79 – 82. J. Filip namísto výčtu jednotlivých pramenů prezentuje „hierarchické vrstvy úpravy zákonodárného procesu“, i) ústavní; ii) zákonnou; a iii) autonomní, které nadto doplňují „právní procesní principy, které prostupují všemi vrstvami parlamentního pozitioního práva“. Srov. FILIP, J. Opakované hlasování sněmovny jako ústavní problém aneb parlamentní většina nemůže vše, co jí jednací řád výslovně nezakazuje. *Časopis pro právní vědu a praxi* č. 4/2001, Roč. 9, s. 341 – 347.

⁹⁰⁾ A. Vermeule ve vztahu k v Ústavě USA zakotveným pravidlům a principům zákonodárného procesu užívá označení „constitutional law of congressional procedure“. Podrobně k tomu srov. VERMEULE, A. *The Constitutional Law of Congressional Procedure*. *University of Chicago Law Review*, 2004, s. 361 – 437.

⁹¹⁾ Pokud někdy tento, slovy J. Kysely „fantom českého ústavního práva“, dosáhne cíle v podobě svého přijetí, pak sem bude možné bezesporu zařadit i tzv. stykový zákon, upravující pravidla vzájemné interakce mezi oběma komorami Parlamentu, jak je předvídaný i v čl. 40 Ústavy ČR. Blíže k tomu srov. např. KYSELA, J. Stykový zákon jako popření, nebo naplnění Ústavy?. *Právní zpravodaj* č. 9/2008, Vol. 4, Do této skupiny je možné zařadit i již existující ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, jenž ve svém čl. 8 vymezuje mimořádný zákonodárný proces (*zkrácené jednání o návrzích zákonů*) v období vyhlášeného stavu ohrožení státu a válečného stavu. Nicméně jeho úpravu dubluje § 100a JŘPS a § 119 JŘS.

⁹²⁾ Nález sp. zn. Pl. ÚS 77/06, bod 38. Obdobně srov. WINTR, J. op. cit., s. 32 – 33.

⁹³⁾ Blíže k tomu srov. SCHULZE-FIELITZ, H. *Parlamentsbrauch, Gewohnheitsrecht, Observanz*. In: SCHNEIDER, H. P. – ZEH, W. (Hrsg.). op. cit., s. 359 – 400, nebo WINTR, J. op. cit., s. 43.

⁹⁴⁾ Zúžení pouze na nálezy Ústavního soudu by bylo do značné míry nepřesné, neboť i obecné soudy (pochopitelně odlišným způsobem) v určitém směru ovlivňují tvorbu práva v ČR. Proto nelze pominout některé příklady, kdy i obecné soudy měly příležitost (a využily ji) se vyslovit k otázkám samotné tvorby práva (zákonodárství). Mezi všemi vyčnívají rozsudky NSS ze dne 28. 11. 2008, č. j. 4 Ans 5/2007 – 60, v němž se NSS zabýval otázkou retroak-

5. 5 Aspekt institucionální

Zatímco předešlé aspekty se soustředily na poskytnutí právně-teoretického (i politicko-filozofického) základu, resp. na vymezení normativního rámce zákonodárného procesu, institucionální (funkcionální) aspekt by se měl primárně soustředit na aktéry zákonodárného procesu, jejich vzájemné vztahy, funkce a jejich reálné působení či vliv na zákonodárný proces, jeho směřování, vyústění a koneckonců i na samotnou podobu jeho výsledného produktu.⁹⁵⁾ Úzké propojení zejména s normativním aspektem se zde jeví jako zcela nezbytné, a to nikoliv pouze z hlediska „co býti má“, ale právě i připojením hlediska „jak tomu ve skutečnosti je“. Normativní rámec, tj. především relevantní ústavní a zákonné organizační normy a pravidla, sice může podrobněji definovat postavení jednotlivých aktérů a jejich pravomoci, práva a povinnosti, nicméně realita se v důsledku působení řady politických faktorů může do jisté míry lišit. Proto ono doplnění o prvek „funkcionální“, který do spíše statického institucionálního nazírání přináší více dynamiky v podobě zkoumání jednotlivých funkčních vztahů mezi dotčenými aktéry.

Vymezení aktérů, jejichž chování a jednání určitým způsobem ovlivňuje podobu a směřování zákonodárného procesu, je relativně složité a může vyvolávat kontroverze. Patrně žádné spory by neměl vyvolat výčet aktérů zákonodárného procesu opírající se o ústavní a zákonnou úpravu *subjektů práva zákonodárné iniciativy*.⁹⁶⁾

Jiné způsoby vymezení aktérů zákonodárného procesu již ovšem jisté komplikace vyvolat může, neboť širší jejich výčtu závisí na úhlu pohledu a přístupu ke zkoumání vybrané otázky. Kupříkladu z hlediska faktického vlivu na zákonodárný proces se bude vymezení aktérů zákonodárného procesu nepochybně odlišovat, neboť prezident republiky, ač není nadán právem zákonodárné iniciativy, se aktérem zákonodárného procesu nepochybně stává díky úpravě v čl. 50 odst. 1 a čl. 51 Ústavy ČR. Stejně tak tomu je u Ústavního soudu a jeho derogačních zásahů v podobě nálezů vydaných v rámci řízení o kontrole norm.⁹⁷⁾ Svůj díl k tomuto vymezení přidá kupříkladu i výzkum, zabývající se

tivního ustanovení o nabytí účinnosti zákona („Stanoví-li právo tvorce nabytí účinnosti právního předpisu dnem předcházejícím jeho publikaci, je takové ustanovení absolutně neaplikovatelné, a proto je třeba s takovým právním předpisem zacházet, jako by ustanovení o nabytí jeho účinnosti absentovalo.“), a rozsudek ze dne 17. 4. 2009, č. j. 2 Afs 131/2008 – 137 (tzv. *legislativní zombie*). J. Filip roli obecných soudů spatřuje v „*signalizaci nedostatků*“ právní úpravy. Srov. FILIP, J. *Vliv Ústavního soudu a obecných soudů na tvorbu práva v ČR*. In: GERLOCH, A. – KYSELA, J. (eds.), op. cit., s. 205 – 217.

⁹⁵⁾ I. B. Flores teorii zákonodárství (legisprudence) označuje za „vědu o zákonodárství i zákonodárcích a zákonodárných sborech“ (*legislators and legislatures*). Méně už však lze souhlasit s tím, že pod její rozsah zahrnuje i problematiku voleb a volebního práva jako procesů utvářejících podobu zákonodárných sborů. Srov. FLORES, I. B. *The quest for legisprudence: Constitutionalism v. Legalism*, s. 38 – 40.

⁹⁶⁾ V souvislosti s volebním úspěchem politického hnutí Úsvit přímé demokracie není zcela nereálné rozšíření uvedeného výčtu o „lidovou zákonodárnou iniciativu“.

⁹⁷⁾ Lze vznést otázku, zda Ústavní soud nezařadit do skupiny subjektů zákonodárné iniciativy, nikoliv však pochopitelně v pozici subjektu práva zákonodárné iniciativy, ale v „mocenské“

vlivem různých občanských iniciativ, nevládních organizací, anebo zájmových skupin a obecně lobbyingu na zákonodárnou iniciativu či průběh zákonodárského procesu, skrze něhož jsou uvedené subjekty rovněž vnímány jako aktéři zákonodárského procesu a v mnoha ohledech jako aktéři velmi významní (zájmové skupiny, lobbying atp.).

Významný vliv by zde měl mít i sociálně-vědní výzkum či ekonomické teorie, které výrazně pronikly do *behavioralistických* teorií, zkoumajících chování jednotlivých aktérů ve vybraném procesu či systému. V tomto případě tedy (nejen) politických aktérů v rámci zákonodárství, v němž jednotlivé teoretické přístupy zkoumají chování a zájmy ovlivňující rozhodování jednotlivých zákonodárců (*rational choice theory*) či soudců⁹⁸⁾, ale především vliv lobbyingu a zájmových skupin (*interest group theory*).⁹⁹⁾ Opomenuta by ovšem neměla být ani stále výrazněji se prosazující teorie „nového institucionalismu“ (*neo-institutionalism*), a to v celé škále jeho dílčích přístupů.¹⁰⁰⁾ Při případném zkoumání vztahu mezi jednotlivými aktéry (ústavními orgány) se nabízí v poslední době často aplikovaná teorie her (*game-theory*, *veto players game* či *positive political theory*).¹⁰¹⁾

5. 6 Aspekt procedurální

Procedurální aspekt by měl do výzkumu teorie zákonodárství vnášet otázky primárně spojené se samotným zákonodárným procesem, jeho jednotlivými fá-

pozici (roli) „negativního“ i „pozitivního“ zákonodárce, jehož rozhodnutí a v nich vyřčené závazné závěry či důrazné apely nutí (by měly přinutit) skutečného zákonodárce konat. Koneckonců V. Knapp výslovně ve vztahu k Ústavnímu soudu hovoří vedle moci soudní i o moci zákonodárné, byť samozřejmě výhradně v kelsenovském duchu „negativního zákonodárce“. Srov. KNAPP, V. *Zákonodárná moc ústavního soudu*, in. *Aktuální otázky českého a československého konstitucionalismu*, Brno, 1993, s. 56 – 57, cit. dle ŠIMÍČEK, V. *Ústavní stížnost*, 3. vyd., Praha: Linde, 2005, s. 284. K pojmu „pozitivní zákonodárce“ v rozsáhlém, komparativním pohledu srov. BREWER-CÁRIAS, A. R. *Constitutional courts as positive legislators: a comparative law study*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

⁹⁸⁾ Srov. např. ROBERTSON, D. *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton: Princeton University Press, 2010.

⁹⁹⁾ Srov. ESKRIDGE jr., W. N. – FRICKEY, P. P. – GARRETT, E. *Legislation and statutory interpretation*. New York: Foundation Press, 2006, s. 83 – 99.

¹⁰⁰⁾ Srov. např. MARCH, J. G. – OLSEN, J. P. *Elaborating the „New Institutionalism“*. In: RHODES, R. A. W. – BINDER, S. A. – ROCKMAN, B. A. (eds.). *The Oxford Handbook of Political Institution*. Oxford: Oxford University Press, 2006. V českém jazyce jsou ve stručné podobě představeny v BROŽ, J. *Nový institucionalismus jako prostředek výzkumu českého parlamentarismu*. In: ANTOŠ, M.; WINTR, J. (eds.). *Parlamenty – funkce, kultura, procedury*, Praha: Leges, 2011, s. 9 – 24.

¹⁰¹⁾ Srov. např. GANGHOF, S. – STECKER, Ch. – HÖNNIGE, Ch. (Hrsg.). *Parlamente, Agenda-setzung und Vetospieler: Festschrift für Herbert Döring*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2009; VANBERG, G. *Legislative-judicial relations: A game-theoretic approach to constitutional review*. *American Journal of Political Science*, Vol. 45, č. 2, 2001, s. 346 – 361; nebo TSEBELIS, G. *Decision making in political systems: Veto players in presidentialism, parliamentarism, multicameralism and multipartyism*. *British journal of political science*, Vol. 25, č. 3, 1995, s. 289 – 325.

zemi, procedurami, problematickými jevy atp. Nejedná se však o aspekt ryze normativní, soustředící se na deskripci stávající podoby úpravy, doplněnou o nastínění možných změn do budoucna. Procedurální aspekt teorie zákonodárství by měl v sobě odrážet i v současnosti zvýšený zájem právní teorie o posílení legitimacy zákonů, jejich efektivity působení na normovanou oblast a zvýšení úrovně jejich akceptace ve společnosti, neboť procedury ve smyslu forem jednání parlamentu nebo dělby práce mezi jeho orgány, mají garantovat demokracii, legitimizaci autority, racionalitu zákonodárství, procedurální spravedlnost (slyšení stran, debatu) apod. Pozornost by proto měla být směřována na „čistotu“, „správnost“ či racionalitu procesů vedoucích k přijetí legislativních aktů. „*Správné právo neznamena nic jiného, než propojení obsahu s věcně a funkčně příslušným rozhodovatelem a náležitým procesem.*“¹⁰²⁾ Jinými slovy, „bezvadný“ zákonodárný proces je nazírán jako prostředek k přijímání „dobrých zákonů“, (jako podmínka racionálního zákonodárství), jejichž přijetí je ospravedlněno a odůvodněno díky řádné proceduře (deliberace, argumentace, diskurz). J. Kysela¹⁰³⁾ v této souvislosti vymezuje dvě dimenze (stránky kvality) právotvorného procesu: *materiální* a *formální*.

Podstatou *formální dimenze* je ctění legislativně-politických principů, o nichž bude zmínka níže, neboť ty jsou hlavní náplní legislativně-technického aspektu teorie zákonodárství. *Materiální dimenze* se netýká obsahové kvality zákona, nýbrž se jedná o prvek procedurální, který vytváří rámec, v němž by měly být slyšeny, váženy a zohledňovány zájmy a potřeby jednotlivců či skupin osob (adresátů). Klíčový význam nabývá veřejný, argumentativní diskurz, *deliberace*. Zákon jako výsledek parlamentní deliberace je kompromisem mezi zájmy, do něhož se projektuje společenský konsenzus, který je třeba považovat za kritérium akceptace zákona. Náležitým je pouze takový proces, který umožňuje otevřenou diskusi mezi zastánci konkurenčních názorů, včetně názorů menšinových. Zákonodárná procedura se v této optice stává „*skutečným zdrojem legitimacy zákona*“, legitimacy odvozené od procedur.

Teorie zákonodárství by tak měla ve svém procedurálním aspektu rozvíjet tyto teze, jež jsou odrazem vlivu politických teorií (*deliberativní obrat v demokratických teoriích*¹⁰⁴⁾ na obecnou právní teorii¹⁰⁵⁾, a pomáhat je přenášet do parlamentní praxe, resp. bránit snahám o jejich popření či marginalizaci.¹⁰⁶⁾ Jako úspěšný výsledek takového propojení závěrů teorie zákonodárství s praxí lze

¹⁰²⁾ Srov. KYSELA, J. *Zákonodárství bez parlamentů. Delegation a substituce zákonodárné pravomoci*, s. 26 – 29.

¹⁰³⁾ Srov. KYSELA, J. *Uvedení do teorie legislativní tvorby práva aneb pokus o „právní politologii“?*, s. 1270.

¹⁰⁴⁾ Srov. k tomu CÍSAŘ, O. *Občanský republikanismus a deliberativní demokracie*. In: HLOUŠEK, V. – KOPEČEK, L. (eds.). *Demokracie: teorie, modely, osobnosti, podmínky, nepřátelé a perspektivy demokracie*. Brno: MPÚ, 2003, s. 102 – 104.

¹⁰⁵⁾ Na pomyslném piedestalu se nachází zejména dílo J. Habermase, který ovlivnil řadu právních teoretiků, v čele s R. Alexym a jeho teorií právního diskurzu. Srov. k tomu např. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 56 – 64.

¹⁰⁶⁾ Kupříkladu skrze tento aspekt se tak za zcela nežádoucí jeví praxe zkracování parlament-

označit judikaturu Ústavního soudu k náležitostem ústavně konformního zákonodárného procesu, například „přílepkový“ nález sp. zn. Pl. ÚS 77/06 či nález sp. zn. Pl. ÚS 55/10 (*Legislativní nouze a práva parlamentní opozice*¹⁰⁷⁾), jejichž odůvodnění se mimo jiné opírají o závěry, bezesporu zařaditelné do oblasti zájmu teorie zákonodárství a jejího procedurálního aspektu.

Neméně významnou otázkou sem spadající by měla být rovněž parlamentní kultura a její výzkum na půdě obou komor Parlamentu, k němuž v našem prostředí výrazně přispěl J. Wintr díky své výše citované publikaci *„Česká parlamentní kultura“*.

5. 7 Aspekt legislativně-technický

Historicky je teorie legislativní tvorby práva nejvíce propojena s „uměním, jak psát zákony“. Legislativní technika či legistika je tak dlouhodobě stabilní součástí výzkumu legislativní tvorby práva, který se skrze tento aspekt primárně soustředí na technické otázky tvorby právních norem, formální vlastnosti samotného výsledného produktu a jeho vnější stránkou (struktura, systematika, jazyk) a také na požadavky na jeho kvalitu (srozumitelnost, určitost, bezrozpornost atp.).

Zejména v důsledku v úvodu popsaného enormního nárůstu kvantity legislativní tvorby nicméně v právní teorii postupem doby vyvstala potřeba vymezit stabilnější požadavky, principy, které by se soustředily především na kvalitu celého právního řádu a zajištění vyšší míry jeho uznání ze strany společnosti. Podstatou těchto úvah bylo poznání, že podmínkou efektivního působení práva je jeho tvorba podřízená určitým principům¹⁰⁸⁾, které mají odolávat i případným atakům zákonodárce, tj. mají jej zavazovat. Za průkopníka tohoto konceptu můžeme označit L. L. Fullera, jenž hovoří o zásadách „vnitřní morálky práva“. ¹⁰⁹⁾ Jedná se o tzv. *formální hodnoty práva*, které sice neurčují obsah právních předpisů, mají však právu zajistit existenci, akceptaci a aplikovatelnost: hodnoty řádu, předvídatelnosti, svobody od arbitrárnosti, právní rovnosti či právní jistoty.¹¹⁰⁾ Stávají se tak nedílnou složkou „správného“ nebo „dobrého“ práva, která by zdaleka neměla zůstat stranou výzkumného zájmu teorie zákonodárství.

Přestože v tomto ohledu česká právní teorie příliš nezaostává, a to především

ních procedur v průběhu projednávání zákona či návrhy na změny jednacích řádů, leckdy se uchylujících i tímto směrem.

¹⁰⁷⁾ Nález sp. zn. Pl. ÚS 55/10 ze dne 1. 3. 2011 (N 27/60 SbNU 279; 80/2011 Sb.) (*Legislativní nouze a práva parlamentní opozice*).

¹⁰⁸⁾ Z. Šín hovoří o tzv. *legislativně-politických principech tvorby práva*. Srov. ŠÍN, Z. op. cit., s. 3 – 9.

¹⁰⁹⁾ Srov. FULLER, L. L. *Morálka práva*, Praha: Oikoymenth, 1998. K jejich projekci do požadavku dodržování principů a pravidel zákonodárného procesu, vycházejícího z *rule of law*, srov. WALDRON, J. *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, No. 10-73, 2010.

¹¹⁰⁾ Blíže srov. SUMMERS, R. S. *Essays in Legal Theory*, Dordrecht/London: Kluwer Publishing, 2000, s. 30 an.

díky dlouhodobému přínosu Z. Šína k otázce legislativní techniky a metodiky tvorby právních předpisů, v praxi je formální i jazyková kvalita zákonů či jiných právních předpisů dlouhodobě kritizována. Jednu z příčin T. Richter¹¹¹⁾ spatřuje v absenci koncepčního přístupu k legislativní tvorbě práva ze strany příslušných orgánů, zejména z hlediska dlouhodobých nedostatků ve vzdělávání samotných „legislativců“ na příslušných ministerstvech a odborech. Proto již samotné návrhy (paragrafovaná znění) zákonů trpí řadou legislativně-technických vad, jazykových nedostatků, použité termíny a větné konstrukce na straně jedné příliš složité, na straně druhé pak nedostatečně určité. Přidáme-li pak k tomu i „legislativní choutky“ jednotlivých zákonodárců v průběhu zákonodárného procesu, které leckdy změni tento původní návrh k nepoznání, nelze se skutečně divit, že jedna z prvních kritických výtek směřujících vůči zcela nové právní úpravě ze strany laické i odborné veřejnosti, cílí na její nesrozumitelnost, mezerovitost či jiné nedostatky, jež od samého počátku vyvolávají problémy při její interpretaci a aplikaci v praxi.

V poslední době se výzkum legislativní-techniky snaží reagovat i na dynamický (technologický) vývoj ve společnosti a tedy zachytit trend elektronizace¹¹²⁾ či modernizace postupů i v rámci legislativní tvorby práva, a to v podobě rozvoje právní informatiky (tzv. *legismatika*).¹¹³⁾

5. 8 Aspekt právně-politický

Tímto aspektem teorie zákonodárství přispívá svou trochou „do mlýna“, v němž by měly být semlety obecné představy o izolovaném vztahu práva a politiky. Obecně legislativní tvorba práva a zejména její plánování se nemůže zcela izolovat od politických hodnot a zájmů, které se v politickém procesu utvářejí a střetávají.¹¹⁴⁾ Postupem doby tak došlo k rozvoji konceptu *právní politiky*, kterou kupříkladu J. Boguszak¹¹⁵⁾ vymezuje jako „činnost směřující k tvorbě práva cestou legislativy. Součástí právní politiky je pak posuzování výhod stability a dynamiky práva, hodnocení práva a vztah práva a právního vědomí.“ Rovněž V. Knapp hovoří o právní politice, která se zabývá právními jevy *de lege ferenda*, tj. z hlediska potřeby budoucích právních norem.¹¹⁶⁾ Přesto oba jmenovaní (pod

¹¹¹⁾ Srov. RICHTER, T. Jak (ne)pomoci legislativnímu procesu. *Právní rozhledy*, Vol. 15, č. 3, s. 105 – 109.

¹¹²⁾ U nás se projevuje v chystaném projektu eSbírký zákonů, pod záštitou Evropské komise pak v projektech *eGovernment* a ve vztahu k legislativnímu procesu *eParticipation*.

¹¹³⁾ Blíže k tomu srov. SVÁK, J.; KUKLIŠ, P. op. cit., s. 68 – 70; nebo VOERMANS, W. *Rationality in Legislation by Employing Informatics?*, in. WINTGENS, L., *Legisprudence: New Theoretical Perspectives on Legislation*, s. 127 – 139.

¹¹⁴⁾ „Nemůže zcela abstrahovat od politiky a vymezit cíl plánování jako zdokonalování legislativy, na základě vědeckého prognózování vývoje.“ Srov. ŠÍN, Z. op. cit., s. 52 – 56.

¹¹⁵⁾ Srov. BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*, Praha: ASPI, 2001, s. 34 – 35, převzato z KYSELA, J. Uvedení do teorie legislativní tvorby práva aneb pokus o „právní politologii“?, s. 1260 – 1262.

¹¹⁶⁾ Knappův přístup není nijak překvapivým s ohledem na jeho způsob nazírání na zákonodárný proces v jeho sociálním smyslu, neboť právě ten zahrnuje i soustavnou analýzu vztahů a zájmů vyžadujících a objektivně zdůvodňujících, potřebu přijetí nové právní

vlivem ryzí nauky právní¹¹⁷⁾) setrvávají na odlišení právní politiky od teorie tvorby práva, na rozdíl od O. Weinbergera, který dává rovnítko mezi úvahy *de lege ferenda* a úvahy právně-politické, čímž míní posouzení a případné ospravedlnění právní úpravy podle hodnotového měřítko (imanentní právně-politická analýza).¹¹⁸⁾ J. Kysela pak zcela jednoznačně navrhuje, aby nauka o právní politice byla součástí teorie tvorby práva. „Právní politika by byla činností hodnotící stávající podobu právního řádu, determinující obsah práva a ústící v procesy jeho do-
tváření a tvorby, teorie tvorby práva by zkoumala způsoby právně-politické argumentace a rozhodování, vlivy působící na vytvoření práva, organizaci procesu tvorby práva, evaluaci práva apod.“¹¹⁹⁾ Legislativní tvorba práva, za přispění závěrů teorie zákonodárství či teorie legislativní tvorby práva, jež v sobě nauku o právní politice absorbují, tak musí reflektovat i příslušný hodnotový, sociální¹²⁰⁾ a politický kontext.¹²¹⁾

Zatímco je obtížné uchopit a čelit určitému „pro-regulačnímu“ trendu současné společnosti, díky němuž právo zasahuje i do oblastí, kam by nemělo, resp. by tam mělo významně zaostávat, výzkum legislativní tvorby práva by se v rámci právně-politického aspektu měl orientovat na metody evaluace obsahové stránky legislativních návrhů a jejich očekávaných přínosů a předvída-

úpravy, rozbor společenského působení dosavadní právní úpravy a zároveň vznik a formování legislativního záměru, včetně zhodnocení očekávaných dopadů. Srov. KNAPP, V. *Základní teoretické otázky tvorby práva*, s. 109 – 110.

¹¹⁷⁾ Dle F. Weyra je „právní věda je vědou o normách a nikoliv o předmětu úpravy, legislativních motivech či společenském působení norem.“ Cit. dle KYSELA, J. *Uvedení do teorie legislativní tvorby práva aneb pokus o „právní politologii“?*, s. 1262, pozn. č. 26.

¹¹⁸⁾ Srov. WEINBERGER, O. *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*, Brno: MU, 1995, s. 29 – 30.

¹¹⁹⁾ Cit. dle KYSELA, J. *Uvedení do teorie legislativní tvorby práva aneb pokus o „právní politologii“?*, s. 1263.

¹²⁰⁾ Především sociální kontext zdůrazňuje i H. Baňouch, dle něhož by při tvorbě právních předpisů měly být vzaty v úvahu tyto základní faktory: a) *sociální rozměr* navrhované právní úpravy a dynamika změn v sociální oblasti, již se navrhovaná právní úprava bude dotýkat; b) *intenzita sociálního konfliktu*, který může být přijetím návrhu právního předpisu buď urychlen, nebo naopak zbrzděn; c) cílem právní úpravy by mělo být *minimalizování konfliktů* mezi adresáty právních norem a *nastavení mediačních postupů* tak, aby byly eliminovány rozporné tendence ve vnímání a akceptaci právní úpravy jako takové; d) maximálně konkrétně *vymezený okruh adresátů* právního předpisu, a to jasným a nerozporným nastavením charakteristik a vlastností osob, na něž právní předpis dopadá; a e) *zakotvení nezbytného prostoru pro rozhodování* kompetentních orgánů a prostor pro případné správní nebo soudní uvážení, neboť právní norma musí mít své pevně nastavené meze pro hledání spravedlivého řešení při rozhodování o konkrétních sporech. Srov. BAŇOUC, H. *Vymezení funkčních domén práva a politiky a efektivnost práva*, In: POSPÍŠIL, I. – WAGNEROVÁ, E. (eds.). *op. cit.*, s. 15 – 42.

¹²¹⁾ „V zásadě jde o to, co je obsahem právní regulace, jakým hodnotám a účelům slouží, jak na ni působí politické procesy (volební programy, lobbyisté apod.), resp. jak ona sama tyto procesy ovlivňuje, s jakou mírou akceptace ve společnosti může počítat, ať už proto, že existuje návyk právo dodržovat, nebo proto, že konkrétní legislativní opatření odpovídá tomu, co je považováno za správné, anebo naopak (kontrafaktické normy), potažmo je to společností spontánně žité apod.“ Srov. KYSELA, J.; WINT, J. *K čemu je praxe teorie? Nástin základních témat teorie tvorby práva*, In: *Legislativní proces (teorie a praxe)*, s. 33 – 58.

ných dopadů (*evaluation ex ante*¹²²⁾, *regulatory impact*) a rovněž na hodnocení úrovně jejího efektivního působení ve společnosti (*evaluation ex post*¹²³⁾), které mají jednak zvýšit kvalitu legislativy obecně, jednak zastavit nárůst její kvantity. Jedním z významných spouštěcích mechanismů tohoto zvýšeného výzkumného zájmu byla a je především pro jednotlivé členské státy neustále vznikající potřeba implementace nového a „bobtnajícího“ unijního práva¹²⁴⁾, což přispělo i k iniciativě ze strany Evropské komise a vytvoření konceptu *Better/Smart Regulation*¹²⁵⁾, nacházející odraz i v našem prostředí v podobě RIA.¹²⁶⁾

Závěr

Základní teze, která se prolíná celým článkem, vychází z hodnocení, že v našem prostředí je právně-teoretický i politologický výzkum legislativní tvorby práva nebo konkrétněji zákonodárství značně poddimenzován, což nekoresponduje ani s významem legislativní tvorby práva v rámci komplexního procesu (kontinua) právní regulace společenských jevů (tvořeného vedle tvorby práva i procesem jeho interpretace a aplikace), ani s četností výskytu a povahou nedostatků, jimiž legislativní tvorba práva a obecně právní řád v ČR v současné době trpí. Ve srovnání s výzkumem ostatních komponentů procesu právní regulace ve společnosti komplexnější výzkum legislativní tvorby práva u nás prakticky absentuje.

Takový stav je třeba vzhledem k významu a důležitosti legislativní tvorby práva považovat za nežádoucí, a proto ambicí nově předestřené teorie zákonodárství je tento stav změnit. Nikoliv však v podobě převážení pomyslné misky vah zájmu právní teorie primárně na problematiku legislativní tvorby práva (zákonodárství), ale ve vymezení a vyplnění prostoru v rámci obecné právní teorie, který by měl být vyhrazen pro výzkum legislativní tvorby práva a zvýšit tak jeho význam, který by více korespondoval s významem legislativy v praxi. S tím pak souvisí i další ambice, která cílí na zlepšení výuky legislativní tvorby práva, a to nejen na univerzitách (více teoreticky orientovaná), ale i ve státní správě (více prakticky orientovaná směrem ke zdokonalení „umění právo-tvorby“ v řadách legislativců). Další a hlavní ambice teorie legislativní tvorby

¹²²⁾ Srov. k tomu např. VERSCHUUREN, J. M. (ed.). *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of "Ex Ante" Evaluation*. Leiden: BRILL, 2009.

¹²³⁾ Srov. VAN AEKEN, K. From Vision to Reality: Ex Post Evaluation of Legislation. *Legisprudence*, Vol. 5, č. 1, 2011, s. 41 – 68.

¹²⁴⁾ Srov. VOERMANS, W. Concern about the quality of EU legislation: what kind of problem, by what kind of standards, *Erasmus Law Review*, No. 2, 2009, s. 59 – 95.

¹²⁵⁾ Srov. k tomu např. příručku Evropské komise „*Evaluating EU activities: Practical Guide for Commission Services*“, dostupnou z: <http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/evaluation/docs/eval_activities_en.pdf>, či pro kritické zhodnocení srov. WEATHERILL, S. (ed.). *Better regulation*, Oxford: Hart Publishing, 2007.

¹²⁶⁾ Viz čl. 2, 4, 9 a 14 Legislativních pravidel vlády. Srov. informace na stránkách Ministerstva vnitra ČR, dostupné z: <<http://www.mvcr.cz/clanek/co-tvori-iniciativu-pro-lepsi-regulaci.aspx>>

práva a konkrétně teorie zákonodárství lze spatřovat ve snaze výrazně přispět svými poznatky ke zvýšení kvality legislativní tvorby práva, resp. zákonodárství u nás, neboť i prostřednictvím jejích setrvalejších závěrů by mohl být vyvinut „tlak“ na zákonodárce či legislativní orgány směrem k důslednějšímu dodržování požadavku na respektování pravidel a principů ústavně konformního zákonodárného procesu, resp. na tvorbu souladného, srozumitelného a přehledného práva. Mohl by...

Shrnutí:

Současný stav legislativní tvorby práva, zejména zákonodárství, a obecně podoba právního řádu v ČR zdaleka nekorespondují s ústavními požadavky na tvorbu souladného, srozumitelného a přehledného práva, a proto dlouhodobě čelí kritice široké i odborné veřejnosti a rovněž ze strany soudní moci, včetně Ústavního soudu. Za jednoho z pomocníků, jak tomuto neutěšenému stavu čelit, bývá obecně považována právní teorie, v menší míře pak sociální vědy. O to závažnější je zjištění, že v ČR výzkum legislativní tvorby práva zůstává dlouhodobě poddimenzován, je vytěsněn na okraj zájmu obecné právní teorie (*jurisprudence*), neboť ta se dlouhodobě primárně orientuje na problematiku interpretace a aplikace práva ze strany soudů, což zdaleka nekoresponduje s komplexitou a významem, jakého legislativní tvorba práva v procesu právní regulace dosahuje. V minulosti tomu tak bylo i v řadě vyspělých demokratických států, nicméně v posledních dekáдах se tento stav výrazně změnil a výzkum legislativní tvorby práva (či zákonodárství) se zde dostal do popředí zájmu právní teorie i sociálních věd. Nikoliv však u nás, a proto se autor v tomto článku (inspirován ze zahraničí) pokouší o vymezení nové *teorie zákonodárství* a jejího předmětu (výzkumných aspektů), která by mohla přispět k systematictějšímu výzkumu legislativní tvorby práva (či zákonodárství) a svými závěry pomoci kultivovat její současný neutěšený stav v ČR.

The theory of legislation as an attempt to counter the lack of interest of legal theory and political science in the legislative law-making in the Czech Republic – summary:

The current state of law-making and, more generally, the state of legal order in the Czech Republic do not correspond with the constitutional requirements for the creation of harmonious, clear and comprehensible legislation. For that reason they have been subject of criticism over a long period by the public, experts and also by the judiciary, including the Constitutional Court. Legal theory (*jurisprudence*) and - to a lesser extent - social sciences are generally considered to be the instruments that help solving such problem. Unfortunately, research of law-making remains largely underestimated in the Czech Republic. An interest of legal theory has been primarily focused on interpretation and application of legislation by courts. In the past, the same problem existed in developed democratic countries, but in recent decades, the situation here has changed dramatically and

research in the area of law-making has come to the forefront of interest of legal theory and social sciences. Therefore, the author of this article - inspired from abroad - tries to define a new *theory of legislation* and its subject (research aspects) which could aid systematic research of law-making in the Czech Republic.

RECENZE A ANOTACE

Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law. DRAGOS, D. C.; NEAMTU, B. (eds.). Berlin – Heidelberg: Springer, 2014, 605 s. ISBN 978-3-642-34945-4.

Problematiku alternativního řešení sporů (ADR) si většina čtenářů prvně spojí s oblastí práva soukromého, především s mezinárodními arbitrážemi. Má však ADR své místo i ve správním právu? Jak je ADR ve správním právu zakotveno a vnímáno v jednotlivých právních řádech evropských zemí a v Evropské unii? Jaké konkrétní formy ADR napříč právními řády existují a jaká je jejich efektivita? Právě tyto otázky zkoumá recenzovaná publikace.

Ve správním právu žádná jasná definice ADR neexistuje, a editoři publikace tedy autorům jednotlivých kapitol zabývajících se národními úpravami jasně vymezují předmět výzkumu, a to tak, že mezi ADR se řadí správní odvolání, řešení sporu ombudsmanem a mediací, tedy všechny prostředky ochrany subjektivních práv, které mohou předcházet soudnímu sporu (litigaci). Je zřejmé, že zařazení správního odvolání, resp. i námitkového řízení, mezi prostředky ADR se může setkat s jistou kritikou především tam, kde je odvolání považováno za tradiční prostředek ochrany práv ve správním řízení (viz např. kapitola o ADR v Německu). I přes tyto definiční problémy publikace přináší nový a svěží náhled na ochranu subjektivních práv ve veřejné správě, a to především z hlediska efektivy těchto prostředků.

Publikace se skládá z 3 základních kapitol: národní perspektivy, ADR v právu EU a komparativní perspektivy.

V jednotlivých podkapitolách „národní perspektivy“ je vždy popsáno správní řízení v dané zemi se zaměřením na opravné prostředky (odvolání, námitky), soudní kontrolu veřejné správy, instituce ombudsmana a mediací (pokud jsou tyto instituty v dané zemi dostupné). Autoři jednotlivých kapitol se vyjadřují k tomu, zdali jimi zkoumané instituty lze zařadit mezi prostředky ADR, tedy především zkoumají, zdali uvedené instituty mohou efektivně ochránit práva adresátů a zároveň zabránit soudní litigaci. Zajímavostí pro české čtenáře může být např. to, že autoři české kapitoly (Skulová, Potěšil, Hejč) mezi ADR řadí i uspokojení účastníka po podání správní žaloby či Leniency program aplikovaný Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže.

V rámci kapitoly o ADR v Evropské unii je, kromě informací o činnosti Evropské komise, Euro-ombudsmana a EU agentur, představen systém SOLVIT. Ten má sloužit k neformálnímu a efektivnímu řešení problémů plynoucích z chybné aplikace práva EU v členských zemích v konkrétních případech. Jakýkoliv občan může tento systém bezplatně (a online) využít za podmínky, že v jeho případě

nedošlo zatím k zahájení soudního řízení. SOLVIT tvoří síť center ve členských státech, jež navzájem spolupracují. Jejich činnost je především konzultativního charakteru; centra SOLVIT neformálně působí na orgány veřejné správy daného členského státu, které následně mohou přehodnotit svůj dosavadní postup ve věci a „oznamovateli“ vyhovět. Systém je to de facto nevynutitelný, ale i přesto poměrně účinný.

V poslední kapitole editoři publikace shrnují a hodnotí výsledky, ke kterým dospěli autoři jednotlivých částí. Především je zde analyzována efektivita prostředků ADR ve správním právu. Tato analýza je však, jak si editoři uvědomují, neúplná, neboť napříč jednotlivými zeměmi neexistuje dostatečný počet dat pro komplexní empirickou studii. I přes onu neúplnost editoři uzavírají, že výhodou ADR může být především rychlost, neformálnost, snížení nápadu u soudů a lepší reakce ADR na konkrétní okolnosti daného případu.

Ke správnímu odvolání editoři uzavírají, že to naplňuje svou úlohu jako ADR, když nabízí kvalitní prostředek ochrany subjektivních práv a zároveň slouží jako předstupeň soudního přezkumu, a tím ulehčuje soudům jejich pozici.

Pokud jde o instituci ombudsmana, editoři zmiňují, že o té nelze jednoznačně tvrdit, že naplňuje úlohu ADR ve vztahu k soudnímu přezkumu. Jisté však je, že práce ombudsmana definitivně podporuje soudy v poskytování spravedlnosti. Editoři zdůrazňují i významné postavení těchto institucí v systému brzd a rovnováh. Díky propojení na všechny složky státní moci ombudsmanské instituce napomáhají ke zlepšení kvality výkonu veřejné moci. V některých právních rádech má dokonce ombudsman pravomoc vytvářet pro veřejnou správu normativní standardy.

K úloze mediace editoři uvádějí, že ta je v rámci správního práva na vzestupu. Mezi nevýhody její implementace řadí především nerovné postavení stran (veřejná moc vs adresát) a požadavek na shodnou aplikaci práva a postup ve veřejném zájmu ve všech případech. Benefity implementace však mohou být zejména rychlost, nenákladnost a obecně účinnost tohoto prostředku ve vztahu k ochraně subjektivních práv. K tomu, aby bylo možné využít potenciál mediace, je dle editorů nutné splnit tyto podmínky: 1) dostatečně informovat o možnostech mediace, 2) v případě zahájení mediace přerušit probíhající formální správní řízení, 3) výsledkem mediace musí být srozumitelná dohoda, ze které je každé straně jasné, jaký efekt tato dohoda má na přerušené správní řízení, resp. na uspořádání jejich vztahů. Editoři k tomu uzavírají, že před jednotlivými státy je stále dlouhá cesta, neboť ve veřejném právu není jednoduché nastavit pravidla pro mediaci tak, jak tomu je v právu soukromém.

Závěrem lze uvést, že se jedná o publikaci, jež by mohla přispět k rozšíření (spíše vzniku) přinejmenším akademické diskuze týkající se ADR ve správním právu a v důsledku toho možná i k (postupné) modernizaci veřejné správy. Při vyváženém nastavení ADR lze totiž chod veřejné správy nejen zrychlit a přiblížit jejím adresátům, ale také zlepšit úroveň ochrany subjektivních práv. Nad rámec uvedeného může publikace sloužit i jako skvělý zdroj, ze kterého lze čerpat informace o správním řízení, ombudsmanských institucích, fungování veřejné správy a soudním přezkumu v jednotlivých zemích Evropy.

Marek Chadima