

3.
**ROLE JUDIKATURY V COMMON LAW
 A NA EVROPSKÉM KONTINENTU:
 SROVNÁNÍ A ROZDÍLY**

ZÁKLADNÍ LITERATURA: *Bobek, M.* Curia ex machina: o smyslu činnosti nejvyšších a ústavních soudů. Právní rozhledy, roč. 2006, č. 22, mimořádná příloha, s. 4; *Damaška, M.* The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process. New Haven: Yale University Press, 1986; *Hondius, E. (ed.)*, Precedent and the Law. Brussels: Bruylant, 2007; *Holländer, P.* Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu. Praha: Linde, 2003; *Komárek, J.* Reasoning with Previous Decisions, In: *Adams, M., Bombhoff, J. (eds.)* Practice and Theory in Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 49; *Kühn, Z.* Aplikace práva ve složitých případech. Právní principy v judikatuře. Praha: Karolinum 2002; *MacCormick, N., Summers, R. S. (eds.)*, Interpreting Precedents – A Comparative Study. Aldershot: Ashgate, 1997; *Siltala, R. A.* Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Oxford: Hart Publishing, 2000; *Summers, R. S.* Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. (1978) 63 Cornell Law Review 707; *Vogenaauer, S.* Sources of Law and Legal Method in Comparative Law, In: *Reimann, M., Zimmermann, R. (eds.)*, The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 869.

Zatímco v Anglii či Spojených státech amerických se od 19. století setrvává na doktríně závazného precedentu, v kontinentální Evropě již dvě stě let panuje názor, že soudní rozhodnutí nejsou a nemohou být závazná. Jakkoliv se propast mezi původně radikálně odlišnými pojetími práva kontinentálního a angloamerického v průběhu dvou století znatelně zúžila, viditelné rozdíly mezi oběma pojetími precedentu stále přetrvávají. Většina standardních učebnic právní teorie a právní metodologie v kontinentálních zemích odmítá, že by soudní rozhodnutí vyšších soudů byla obecně závazná, tedy působila jako precedenty ve stylu tradice common law popsané detailně v předchozí kapitole. V tomto smyslu to odmítá i tato kniha, byť přiznává kontinentální judikatuře jistou formu normativní síly v právní argumentaci. Oba systémy však, také pod vlivem obou systémů evropského práva, v praxi konvergují. Odlišnosti obou systémů jsou v kontinentální, a především postkomunistické kontinentální právní kultuře stále zdůrazňovány právní dogmatikou, která však vychází, ke škodě reálného uchopení role judikatury v právním řádu, z překonaných tezí 19. století a tehdejšího kontrastu situace na evropském kontinentu s anglickým common law.

Zatímco pro anglické či americké právo je rozhodný a závazný být i jeden jediný precedent nejvyššího soudu, v kontinentálním právu se nejčastěji

setkáme s odkazy na ustálenou nebo konstantní judikaturu (v Německu *gesicherte Rechtsprechung*, ve Francii *jurisprudence (bien) établie*, v Itálii *giurisprudenza costante*, v Holandsku *vaste rechtspraak* apod.). Je tak možno říci, že ideologie precedentu v common law a kontinentálním právu se stále nezanedbatelně liší. Kontinentální ideologie aplikace práva odmítá závaznost precedentu. Slabší normativní účinky přičítá jen tzv. ustálené judikatuře. Naproti tomu angloamerické common law na závaznosti precedentu, a to i jediného precedentu, postavilo svou základní ideologickou tezi.

V této kapitole se pokusíme vysvětlit příčiny odlišných ideologií precedentu na evropském kontinentu na straně jedné a na britských ostrovech a v zemích common law obecně na straně druhé. Zdánlivě nepochopitelný rozdíl mezi oběma právními kulturami má své širší systémové důvody. Ve skutečnosti se oba systémy chovají racionálně, pokud common law trvá na závaznosti precedentu, zatímco kontinentální právo trvá na nezávaznosti jediného rozhodnutí vrcholného soudu a jisté normativní působení přičítá pouze sérii shodných rozhodnutí. V kontinentálním právu jsou ovšem účinky judikatury zatím nepřilíh dostatečně analyzované a stále tu přetrvávají některá dogmata doby minulé. Na následujících řádcích se pokusíme stručně formulovat hlavní důvody odlišného přístupu obou právních systémů.

3.1. Odlišné chápání závaznosti

Obě právní kultury chápou odlišně samotný pojem závaznosti. Na jedné straně pojem závaznosti bývá v kontinentálním právu ztotožňován jen s formální závazností právního předpisu: tedy jakési do kamene vytesané normativní věty, od které se nelze odchýlit. Podobně široká a abstraktní normativní věta pak má v tradiční vizi kontinentálního právníka (či tedy spíše ve vizi dogmatiky pozitivního práva než ve skutečné právní praxi) pouze bipolární platnost: buď je závazná, a pak je nutné ji za každých okolností následovat, anebo je nezávazná, a pak je normativně irelevantní. Tuto bipolární logiku kontinentální právník následně přenáší do práce s judikaturou. Když hovoří o potenciální závaznosti precedentu, myslí tímto termínem něco podstatně rigidnějšího a mnohem formálnějšího než jeho angloamerický kolega.

Na straně druhé angloamerický pojem závaznosti precedentu je *a priori* interpretativní koncept, který připouští různé stupně svého významu.¹ Není tedy jenom bipolární závaznost/nezávaznost, ale spektrum jdoucí od striktní vázanosti přes různé stupně přesvědčivosti až po skutečně naprostou normativní irelevanci. Navíc, jak jsme viděli v předchozí kapitole, v okamžiku,

¹ Je však pravda, že i na precedent v tradici common law lze nahlížet jak formalisticky, tak neformalisticky. Srov. k tomu *Summers, R. S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. (1978) 63 Cornell Law Review 707.*

kdy angloamerický právník zjišťuje, že má před sebou závazný precedent, jeho interpretativní práce vlastně teprve začíná: nejprve je nezbytné vyložit, co z precedentu je vlastně *ratum* a v jaké šíři precedent váže s ohledem na nový případ.

Shrnuto, kontinentální právník si pojem závaznosti na prvním místě spojí se zákonem, eventuálně maximálně s jednou z vlastností právní moci rozhodnutí, a tomu přizpůsobí své chápání závaznosti. Pojetí „legislativní“ závaznosti je bez dalšího promítnuto na závaznost soudního rozhodnutí. Jeho angloamerický kolega naopak chápe závaznost práva primárně pohledem precedentní závaznosti,² tedy jako flexibilní a interpretativní škálu.

Rozumí-li se tedy v obou právních kulturách pod pojmem závaznosti něco jiného, není překvapivé, že obě kultury dospívají k odlišným odpovědím na otázku závaznosti precedentu. Pokud by kontinentální právní věda přistoupila na koncepci formálně závazného precedentu, obecná závaznost soudního rozhodnutí by byla v důsledku toho na kontinentu chápána podstatně přísněji a ve svém důsledku extenzivněji než v common law.³

Tato tendence je ostatně patrná již z dnešních náběhů v některých kontinentálních právních kulturách chápat z rozhodnutí nejvyšších soudů generované „právní věty“ coby typ „závazného právního předpisu“⁴ a tak s nimi také pracovat. Jak již bylo podrobně osvětleno v předchozí kapitole, v tradici common law je z precedentu výkladem destilované *ratio decidendi*, které je jedinou závaznou částí rozhodnutí, něco podstatně jiného (a rozsahem užšího) než analytické shrnutí rozsudku či (velice obecná) právní věta formulovaná pro snadnější orientaci v hlavičce rozhodnutí. Normativní závaznost precedentu je do budoucna navíc vždy omezena „podvozkem“ skutkových okolností předchozího případu. Dojde-li k odtržení normativní právní věty od jejího skutkového podvozku, její dosah, a tím pádem i její závaznost, se

² Tento problém je rozebírán v práci *Kühn, Z. Závaznost nálezů Ústavního soudu pro obecné soudy: pokus o strukturování problému*, In: *Gerloch, A. (ed.), Pocta J. Boguszakovi k 75. narozeninám. Praha: Karolinum 2002, s. 103.*

³ Viz blíže *Damaška, M. The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process. New Haven: Yale University Press, 1986, s. 37, pozn. č. 37.* Damaška tvrdí, že pokud by precedent byl uznán v kontinentální Evropě formálně závazným, „standardy rozhodování by se časem staly nesnesitelně rigidními, každé nové rozhodnutí by se stalo kapkou formující stále delší stalaktit norem. Krátce, zatímco soudcovská organizace sestávající z nepřilíh hierarchicky formovaných soudců může potřebovat doktrínu závazného precedentu jako interní ideologický stabilizátor, hierarchická kariérní justice se obejde spíše bez závazného precedentu.“

⁴ Praxe popsána v minulosti s ohledem na situaci v Itálii a tamní praxi práce s „massima“, tedy právní větou v *Taruffo, M., La Torre, M., Precedent in Italy*, In: *MacCormick, N., Summers, R. S. (eds), Interpreting Precedents – A Comparative Study. Aldershot: Ashgate, 1997, s. 141 an., případně v Siltala, R. A. Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Oxford: Hart Publishing, 2000, s. 128–135.* Obdobně tendence lze občas vysledovat také v práci s judikaturou českých vrcholných soudů, především právními větami ze sbírek rozhodnutí Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu.

pochoitelně znásobují. Pokud se toto oddělení spojí s výše popsaným kontinentálním vnímáním závaznosti, pak tato praxe ve svém důsledku přiznává rozhodnutím vrcholných soudů v kontinentálních právních kulturách rozsah závaznosti dalece přesahující cokoliv, co by bylo možné v kultuře striktně závazného precedentu v anglickém common law.

3.2. Odlišná koncepce práva a jeho pramenů

Soudcovská ideologie aplikace precedentu je odvozena od převládající koncepce pramenů práva, která je dána tradicí utvářenou právní vědou. Je-li doktrinální reflexe precedentů slabá, posiluje se nevyhnutelně prostor volné úvahy soudů. Proč je ale v kontinentálních zemích doktrinální reflexe precedentu slabá? Jinými slovy, proč tradičně není v kontinentálních zemích judikatura podrážována pod množinu pramenů práva? To, že judikatura není součástí pramenů práva, neznamená, že by soudní rozhodnutí „nebyla považována za součást právního systému. V zemích kontinentálního práva však v aplikačním procesu dominuje exegetický model a právě tato dominance zakrývá možnosti aplikace precedentu v aplikaci práva.“⁵

Právo je v kontinentálním pohledu popisováno jako soubor zákonů, právní norma je ztotožňována s textem zákona. Naopak pro Angličana či Američana je kontinentální norma zoufale obecná a nic neříkající: skutečnou normou je pro něj kazuistické pravidlo, které odpovídá soudcovské aplikaci obecné normy na jednotlivé typové případy.

Promítneme-li tento kontrast ještě hlouběji, pak pro racionálního kar-teziánského kontinentálního právníka je právo obecný ideální řád vepsaný do právních norem. Pro angloamerického pragmatického praktika je právo soubor řešení konkrétních kauz. S tímto ideálem souvisí, kdo má v rámci daného systému největší váhu, tedy kdo je klíčovým aktérem jeho utváření.⁶ Na kontinentu, tedy přinejmenším v klasické germánské tradici, je to profesor práva, případně ve francouzské variaci legislativec – úředník. Oba jsou povolání vytvářet obecné konstrukce a normy ve značné míře abstrakce. Naproti tomu angloamerický klíčový aktér je soudce rozumně řešící konkrétní kauzy a vytvářející přitom maximálně principy na střední úrovni abstrakce.

Právě proto, že právo na evropském kontinentu je nahlíženo jen jako soubor zákonů, judikatura není tradičně v kontinentálním modelu rozebí-

rána. Nalézá se takřkajíc pod prahem rozlišitelnosti. Potřeba určit hranice práva a právně relevantních zdrojů použitelných pro aplikační a argumentační činnost soudů nastává v okamžiku, kdy se před soudce dostává kauza, která není řešitelná pouhým jednoduchým výkladem zákonného ustanovení na bázi sylogismu. Právě zde však byla role soudcovského dotváření práva v kontinentálním myšlení tradičně podceňována. Navíc i v okamžiku, kdy je každému kritickému čtenáři rozhodnutí kontinentálního soudu patrné, že řešení v kauze dosažené není již možné dovodit z existujících právních předpisů, a tedy že soudce de facto právo soudním rozhodnutím vytváří, pak i tehdy bude soudce v písemném odůvodnění trvat na tom, že jeho (výlučnými) prameny práva byl text právního předpisu.

Zatímco ideologie aplikace kontinentálního práva roli judikatury podceňuje, ideologie aplikace práva v systému common law naopak roli precedentu přeceňuje. Právní myšlení v common law přistupuje implicitě i k jednoduchým případům výkladu zákona tak, že skutečným pramenem práva je vždy soudní precedent. Je charakteristické, že i v těch případech, kde bude výklad zákona jednoznačný, bude soud svou argumentaci podpírat relevantními precedenty: ty, a ne zákon sám, totiž podle angloamerické ideologie finálně určují, že výklad zákona je vskutku jednoznačný. Americký soudce Richard Posner k tomu dodává, že citace precedentů v systému amerického common law často přehání význam, jaký má precedent co do skutečného ovlivnění výsledku kauzy.⁷

Pokud tedy obě právní kultury definují odlišně, co je pro ně právem (abstraktní norma oproti konkrétnímu řešení), a v důsledku toho odlišně pojímají strukturu pramenů práva v jeho rámci, pak je pochoitelné, že obě přičítají soudním rozhodnutím odlišný status a účinky. Jak však bylo opakovně řečeno, nazírání na systém pramenů práva se v obou právních kulturách postupně proměňuje. Common law musí ke své nechuti stále častěji pracovat s legislativou. Zatímco anglická legislativa může nadále alespoň zčásti zachovávat klasický anglický kazuistický styl, přímo účinná a přednostně aplikovatelná unijní legislativa je psána ve stylu kontinentálním: abstraktní ustanovení unijních nařízení či směrnic obsahující řadu neurčitých právních pojmů působí vrásky řadě anglických právníků. Naproti tomu stejný typ vrásek je možné nalézt u vnímavějších kontinentálních teoretiků, kteří chápou, že v některých případech soudních rozhodnutí, ať již domácích (typicky ústavních či vrcholných soudů) či soudů evropských (Soudního dvora EU a Evropského soudu pro lidská práva), se již nelze schovat za fasádu nominálně všeobsažného a mezer prostého souboru právních norem výlučně legislativního původu.

⁵ Soriano, L. M. The Use of Precedents as Arguments of Authority: Arguments ab exemplo and Arguments of Reason in Civil Law Systems. (1998) Ratio Juris 93.

⁶ Tedy ve smyslu Weberových „honorací“ v rámci právních kultur a jejich vlivu na vývoj a utváření práva. Srov. např. *Rheinstein, M.* Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen (1970) 34 RabelsZ 1 či *Van Caenegem, R. C.* Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, s. 64–65.

⁷ Posner, R. A. How Judges Think. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2008, s. 41 an.

3.3. Právní jistota dosahovaná jiným způsobem

V každém právním systému vyvstává rozpor mezi zájmem na předvídatelnosti práva a jeho stabilitě na straně jedné a potřebou pružného vývoje práva s ohledem na měnící se společenské podmínky na straně druhé. V ideologii aplikace práva 19. století bylo právní jistoty dosahováno v tehdy ještě velmi odlišných právních kulturách anglického common law a na evropském kontinentu odlišnými způsoby. Srovnáme-li z historického hlediska přístup obou hlavních právních systémů k uvedeným protichůdným hodnotám (dynamika práva versus jeho stabilita), zjistíme, že systém common law zajišťoval stabilitu primárně soudcovského práva zásadou *stare decisis* (tedy povinností setrvat u jedné rozhodnutých precedentů). Flexibilita soudcovského práva byla přitom umožňována odlišením precedentu a existencí únikové cesty v podobě aplikace zásad ekvity. Naopak v kontinentálním systému „psaného práva“ byla předvídatelnost a stabilita zajištěna právem formulovaným v kodexech. Flexibilita práva byla na druhou stranu umožněna vysoce abstraktními klauzulemi těchto kodexů, stejně jako nepřítomností formální zásady *stare decisis*.⁸

Systém „nepsaného“ soudcovského práva v tradici common law se nesaží popsat systém práva vyčerpávajícím způsobem. Neklade si ambici být všeobíhající a vyčerpávající: „Není zde žádná systematická a hierarchizovaná teorie pramenů práva: právní předpisy samozřejmě jsou právem, ale stejně tak je právem řada dalších standardů, a to včetně soudních rozhodnutí.“⁹ Podobný, co do pramenů práva otevřený systém, tak vlastně detailně nekontroluje soudce co do zdrojů, z nichž vychází. Pojivem systému se stává existence zásady *stare decisis*, tedy povinnost soudců následovat předchozí precedenty.

Naproti tomu ideologie práva kontinentálního, založená na fikci všeobsažnosti zákona, má jako své pojivo vázanost soudce zákonem, neboť právě zákon v systému „psaného práva“ teoreticky vyčerpává veškerý význam termínu právo. V systému, kde z hlediska vládnoucí ideologie jsou všechny otázky řešeny zákonem, není povinnost soudce následovat předchozí soudní rozhodnutí tak relevantní. Soudce zdánlivě dospěje ke stejnému řešení jako jeho kolega v dřívější kauze jednoduše proto, že aplikuje tž zákon.

Právní jistoty a konzistence rozhodování je tak v obou systémech dosahováno odlišně. V systémech common law se tak děje především takříkajíc „na výstupu“: jako prameny práva na vstupu může soudce použít ledasco. Na výstupu však soudce může dojít pouze k takovému výsledku v konkrétní kauze, který je v souladu se závaznými precedenty. V kontinentálních práv-

ních rádech je soudce naopak více svázán „na vstupu“, tedy s ohledem na prameny, o které smí své rozhodování opírat: musí vždy použít zákon. O to širší rozstřel je však přípustný na výstupu, neboť soudce není vázán předchozí kazuistikou co do akceptovatelných výstupů konkrétní kauzy. Vyjádřeno graficky, jistota v rozhodovací činnosti soudů v tradici common law je jakýsi trychtýř: širší hrdlo, užší výstup. Naproti tomu v dogmatické tradici kontinentální jde o pyramidu.

Z tohoto důvodu hraje možnost nižšího soudu odchýlit se od právního názoru vyššího soudu v kontinentální právní kultuře roli stále kontroly správnosti soudcovského rozhodování. Je vždy možné, že soudce v dřívější kauze „nesprávně“ aplikoval zákon. Pouze připustíme-li nemožnost toho, aby z textu zákona byly za použití právní metodologie rozkryty všechny možné významy pro jednotlivé typové případy, přichází na řadu právo sjednocující funkce vyšších soudů. Možnost instancně vyššího soudu kontrolovat judikaturu nižších soudů tak přispívá k jednotě soudcovského rozhodování, a tím k právní jistotě.

Konečně v případě zásadního konfliktu mezi statickými hodnotami (stabilita práva, právní jistota) a dynamickými hodnotami (potřeby výkladu adekvátního pro dané místo a danou dobu, další rozvoj práva) převází v soudním rozhodování obou systémů zpravidla hodnoty dynamické. Děje se tak různým způsobem. V systémech common law k tomu dochází postupně probranými v předchozí kapitole: překonáním dosavadního precedentu či jeho výrazným odlišením.¹⁰ V systémech kontinentálního práva se tak v důsledku nepřítomnosti formální doktríny *stare decisis* děje především odchýlným judikováním nižších soudů, které postupně nahlodají ustálenou judikaturu vrcholného soudu a přímo či nepřímo jej vybidnou ke změně judikatury, případně překonáním právního názoru vysloveného v judikatuře nejvyšším soudem samotným.¹¹ V konečné fázi je však patrné, že potřeby života a sociální nezbytnost právní dynamiky převáží a výsledek těchto procesů je v obou systémech obdobný.¹²

¹⁰ Podrobně výše, viz kapitola 2.4.

¹¹ Jde vlastně o kontinentální období *outrulingu*, byť tedy nejvyšší soudy na kontinentu mají tendenci tak činit skrytě. Ke změně judikatury tak dochází často spíše nepřímo: vyslovením nového právního názoru neslučitelného s právním názorem starším. Instituce typu velkého senátu nejvyššího soudu byly vytvořeny právě proto, aby se takového pokoutní změně judikatury zamezilo.

¹² K tomu v detailech Kühn, Z. Aplikace práva ve složitých případech. Právní principy v judikatuře. Praha: Karolinum 2002, kapitola VII.

⁸ Glendon, M. A., Gordon, M. W., Osakwe, C. Comparative Legal Traditions. St. Paul: West Publishing, 1982, s. 139 an.

⁹ Merryman, J. H. The Civil Law Tradition. Stanford: Stanford University Press, 1985, s. 26.