



Ratio Publica

Časopis o právní filosofii
a ústavní teorii



2025

Ratio Publica

No. 1/2025, Volume V. | číslo 1/2025, ročník V.

Ratio Publica is an academical peer-reviewed journal publishing original scientific texts (mainly) from areas of analytic legal and political philosophy, legal theory, legal ethics and constitutional theory. All texts published in the journal are subjected to a double-blind peer-review and evaluated from the perspective of their research scope, methodological and scientific background, structure and adherence to stylistic rules.

Editorial Board | Redakční rada

Chairman | Předseda doc. JUDr. Martin Hapla, Ph.D.

Members | Členové Mgr. et Mgr. Jiří Baroš, Ph.D.; Mgr. Sylvie Bláhová, Ph.D.; JUDr. Zdeněk Červínek, Ph.D.; doc. Mgr. Pavel Dufek, Ph.D.; doc. Mgr. Marek Káčer, Ph.D.; doc. JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D.; JUDr. Michal Šejvl, Ph.D.; JUDr. Zuzana Vikarská, MJur, MPhil, Ph.D.

Editorial Staff | Redakce

Publishing editor | Nakladatelská redakce John A. Gealfow

Proofreading | Korektura Daniel Barták, Zuzana Veselková

Print designer | Sazba Michael Šopík

Contact email | Kontakt na redakci **editor@ratiopublica.cz**

Published | Vydáno July 2025, Brno, Czech Republic | Červenec 2025, Brno

Print registration number | Evidenční číslo periodického tisku **MK ČR E 24124**

ISSN: **2787-9550** (print), **2787-9569** (online)

Publisher | Vydavatel **Nugis Finem Publishing, s.r.o.**

CIN | IČ 07516541

Based in | Sídlo nám. Republiky 1391/6, 678 01 Blansko,
Czech Republic



Obsah / Content

Stat' / Treatise

Jan Tryzna: One Right Answer Thesis, the Court as an Original Lawmaker, Dissenting Opinions and Changes in Case Law	4–27
Marek Káčer: Distribúcia dôkazného bremena na pomedzí medzi pravdou a dobrom	28–42
Ondřej Preuss: Malé lidy (minipopuli) aneb nástroje deliberativní a participativní demokracie jako řešení krize	44–65
Jan Hauf: Ochrana náboženského cítění jako pozitivní závazek státu ve světle kauzy Dominika Duky	66–87



Treatise

***One Right Answer Thesis,
the Court as an Original Lawmaker,
Dissenting Opinions
and Changes in Case Law***

Jan Tryzna

The author is an associate professor at the Department of Legal Theory and Legal Studies at the Faculty of Law, Charles University, and an academic researcher at the Police Academy of the Czech Republic in Prague.

Abstract

The article analyzes, based on several recent rulings of the highest courts, the question of whether the current assessment of judicial activity as merely filling in the law is still valid, and whether the current relationship between the judiciary and the legislature justifies concluding that, in at least some cases, judges are original creators of legal rules. This idea is examined in the context of the thesis of a single correct solution to every case, compared with the currently applied pluralistic understanding of law. As evidence confirming the correctness of the thesis, both dissenting opinions and instances of changes in established case law are considered.

Keywords: judicial interpretation, legal methodology, dissenting opinions, change in established case law, retroactivity, retrospectivity, law development, law-making

Introduction

The inspiration for writing the following text came from several recent decisions of the Supreme Court and subsequent rulings of the Constitutional Court, which demonstrate that some issues of general legal theory remain open.*

The topic of this article deals with an issue that has already been described and evaluated in many, if not all, respects. However, recent cases indicate that some of its aspects require repeated analysis or even reassessment, partly because they are continuously evolving. From the existing extensive literature, which shares a common focus on various aspects of the relevance of judicial decision-making as a distinctive part of every legal environment, particular reference can be made to the collective monograph *New Trends in Judicial Law-Making*.^{1, 2} This work summarizes the development of perspectives on judicial decision-making within the legal environment of the Czech Republic, considering numerous foreign influences over the past three decades of legal development in the country.

When evaluating doctrinal conclusions concerning the significance of judicial decision-making for the legal system, it is impossible to overlook the fact that the development of the role of judicial decision-making in the legal environment follows a predominantly one-way trajectory. It has been gaining increasing autonomy in relation to other actors within the legal framework. It can be assumed that this development is rooted in the fundamental characteristic of the continental legal system—namely, the dominance of statutory law over other potential sources of law, particularly judicial case law, and consequently, the dominance of legislative power over judicial power. In this context, it is essential to recall the provision of § 8 of the General Civil Code: “Only the legislature has the power to interpret the law in a generally binding manner. Such an interpretation must be followed in all legal cases that have not yet been decided, unless the legislature has specified that its interpretation should not apply to the resolution of legal cases concerning actions taken and rights asserted before such an interpretation was issued.” To remove any doubts, the Austrian legislator further clarified this principle in § 12: “Regulations issued in individual cases and judgments rendered by judicial authorities in specific legal disputes shall never have the force of law and cannot be applied to other cases or other persons.”^{3, 4}

¹ This topic was written with the support of funds from the Basic Institutional Support Programme for Science and Research COOPERATIO/LAWS of Charles University.

² Miloš Večeřa and others, *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva* (1st edn, Masarykova univerzita 2015).

³ For a partial commentary on this provision see Zdeněk Kühn, ‘Kapitola třetí: Právo tvorby soudcovská. I. Klasické civilní kodexy a otázka soudcovské právo tvorby,’ in Aleš Gerloch and others, *Teorie a praxe tvorby práva* (1st edn, ASPI 2008) 92, 94.

⁴ The provisions of Section 7 of the General Civil Code cannot be overlooked in this context: “If a legal case cannot be decided either by the words or by the natural sense of the law, it is necessary to look to similar cases apparently decided in other laws, and to the reasons of other related laws. If a case of law remains doubtful, it must be decided according to the natural principles of law, taking into account the circumstances carefully summarized and maturely considered.” Significantly, there is a complete absence of reference to case law or doctrine as a source of possible rules for remedying deficiencies in the law. According to Esser, this concept primarily confirms the monopoly of an all-encompassing statutory law that is “at hand” in every situation and should and must be applied. Cf. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Tübingen 1956) 149. For the sake of fairness, it should be recalled that the Austrian legislator had no illusions about the completeness of statutory law, as evidenced by F. Zeiller’s opening speech to the Court Commission on Legal Affairs in 1801: “Civil laws must

If legal thought was to evolve in any direction, it could only be one that deviates from these rules—toward the independence of judicial decision-making and judicial interpretation of law, ultimately leading to judicial law-making. There is no other path. If the legislator has been granted a key role in the legal system as the sole creator of law, then other actors within the legal framework can assert themselves only at its expense. As will be briefly suggested later, the Anglo-American (or common law) legal system has undergone a partially opposite development—shifting from the dominance of judicial power to the dominance of legislative power. It seems to be a general pattern that when societal development in a particular area reaches its peak, it subsequently turns in a different direction.

The reasons for the increased interest in the significance of judicial decisions, judicial interpretation of law, and the judicial shaping or creation of legal rules were undoubtedly not only ideological but also pragmatic. Although judicial decisions were not supposed to be a source of law according to the General Civil Code (they were not meant to have the force of law), the inherent principles of the legal order inevitably led to the need to recognize the relevance of judicial decision-making for practical legal life. The basic idea of justice, which requires consistency in decisions for identical cases, had to, via fact, overcome the prohibition of the general binding nature of judicial decisions, or judicial interpretation of the law. A similar conclusion is reached by the requirement for the predictability of judicial decision-making in individual cases and some related principles.

The Austrian tradition is, of course, not the only one in the continental environment. Other countries have approached the same issue differently. An example is the Swiss Civil Code, which instructed judges, in cases of silence or ambiguity in the law, to decide “*as if they were the legislator*”⁵. However, this concept did not gain acceptance in the domestic legal environment.

Despite this, the trend is clear and, as suggested, consists of the gradual independence of judicial decision-making in the sense of expanding the relevance of judicial interpretation of the law at the expense of legislative norm-setting, which grows into judicial law-making.

1. Judges as Original Creators of Law?

From the somewhat abbreviated introduction, the question arises whether a state has already been reached where one can speak of judicial law-making in the full sense of the term, i.e., whether judicial case law has achieved the status of an autonomous source of law, a source of legal rules that is independent of other sources of law.⁶ Domestic literature so far

... be complete. There must be no legal case which cannot be decided according to the law and the rules contained therein. This requirement is unquestionably the most difficult, and every legislation must fail on it, if it sets itself the object of exhausting all cases by the words of the law; if it the judge to a literal (buchstäblich) application of the law; if it forbids him all interpretation, whether from the spirit of the law or from general principles: in short, if it resolves to make judges into machines speaking the law.” Quoted from Sigrid Jacoby, *Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte* (Duncker und Humbolt 1997) 68.

⁵ Article 1(2) ZGB: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“

⁶ The concept of autonomous law is understood here as defined by Lech Morawski and Marek Zirk-Sadowski, ‘Precedent in Poland’ in Neil D. MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart (eds), *Interpreting*

seems to be rather cautious on this issue. The previously mentioned collective monograph by authors from the Law Faculty of Masaryk's University mainly speaks of "shaping the law"⁷ and avoids conclusions about judicial law-making in the autonomous sense.⁸ The idea of the dominance of written law, the concept of the separation of powers, and the very fact that positive (written) law refuses to recognize judicial decisions as a source of law are probably still such strong factors that acknowledging judicial decision-making as an autonomous source of law⁹ is not easy. In these cases, judicial decision-making takes place within the field of interpreting existing law (and if something already exists, it cannot be said to be newly created), or its completion in cases of incompleteness, gaps, etc. However, shaping the law is not the same as creating it; it is about supplementing what already exists, partially or fundamentally.

The most common objection to the idea of a judge as a creator of law is the claim that the judge always decides based on the law, which represents at least a basic starting point for their reasoning, even if it is vague or unclear. In other words, according to this assumption, a judge in the continental European system cannot become an original creator of legal rules. This argument can be considered misleading for several reasons.

If we use the position of the true legislator (parliaments) as a starting point for comparison, it is clear that even in their case, it cannot be claimed that they are always the original creator of the law. They are limited by the constitution¹⁰ and often by the international commitments

Precedents: A Comparative Study (Dartmouth Publishing Company Limited 1997) 233.

⁷ Večeřa and others (n 2) Chapter 1.1.2 Interpretation of the Law and Shaping the Law, Chapter 1.1.3 Different Forms of Shaping the Law, and even Chapter 1.3, titled optimistically Judicial Law-Making in the Context of Postmodernism, specifically Subchapter 1.3.2 Judicial Law-Making, ultimately tend to emphasize "shaping the law", although it concludes by summarizing that "[j]udicial law represents the creation or shaping of binding rules of behaviour a posteriori"; Ibidem, 66.

⁸ Similarly, one of the most recent doctoral theses defended at the Faculty of Law of Charles University, authored by Patrik Koželuha, bears the fairly "standard" title *The Boundary Between Interpretation and Shaping the Law*, without the ambition to search for cases of original judicial norm-setting. Likewise, Pavel Mates writes about the role of courts in "shaping administrative law", noting that the boundaries of this shaping are continuously shifting. However, he still speaks only of "shaping" the law [see Pavel Mates, *The Role of Courts in Shaping Administrative Law* (2018) *Právník* 4, 333–342]. A somewhat more promising title is Ivo Pospíšil's online contribution, *Judicial Case Law and Shaping or Reshaping the Law? Examples from the Application of the Freedom of Information Act*, which asks whether "we are already at the boundary where judicial case law exceeds what is within its competence, and instead of applying laws, it reshapes them and creates primary norms on its own". See Ivo Pospíšil, *Judicial Case Law and Shaping or Reshaping the Law? Examples from the Application of the Freedom of Information Act* (2019) *Právní prostor* <<https://www.pravniprostor.cz/clanky/ustavni-pravo/soudni-judikatura-a-dotvoreni-ci-pretvoreni-prava-priklady-z-aplikace-zakona-o-svobodnem-pristupu-k-informacim>> accessed on February 15, 2025.

⁹ See Article 95, paragraph 1 of the Constitution, the content of which is gradually modified by legal provisions: specifically, Section 13 of the Civil Code, the regulation of conditions for appeal proceedings in Section 237 of the Civil Procedure Code, the introduction of the mechanism for changing the case law of the highest courts in the Act on Courts and Judges (Section 20 of Act No. 6/2002 Coll.) and in the Administrative Court Procedure Code (Section 17 of Act No. 150/2002 Coll.), as well as in the Constitutional Court Act (Section 23 of Act No. 182/1993 Coll.).

¹⁰ See, for example, the requirement of the Constitutional Court expressed in the judgment file No. Pl. ÚS 27/09, according to which the condition for issuing an ad hoc constitutional law is an explicit constitutional authorization: "*The original constitution-maker in Article 9, paragraph 2 of the Constitution placed the principle of*

of the state, which they must respect. Nevertheless, no one would doubt that the law is an original source of law and that the legislator is the original creator of norms. This simply implies that the existence of certain binding elements that exclude an absolute degree of autonomy (the ability to regulate and normatively control any area of social relations) does not mean that it is not autonomous law-making.

The claim that a continental judge always relies on an existing source of law in their decision-making has, among other things, its origins in comparing their position with that of a judge in the Anglo-American legal culture^{11, 12}, where the judge is sometimes considered an autonomous creator of law in certain cases. Therefore, it is an attempt to describe and distinguish the position of a continental judge in such a way that this description fits into the continental European idea of a judge bound by the law as a key feature of this type of legal culture, which must differ from the Anglo-American concept.

Even in the Anglo-American (Anglo-Saxon) approach, the role of the judge as a law-creating entity is not understood uniformly, as evidenced by the so-called declaratory theory of precedent, which dominated English legal thought in the 18th century. The premise of this concept is that judges, when deciding individual cases where no existing precedent is available, do not interpret and apply legal provisions nor create law with their decision. Instead, they find the law as already existing, though hidden, and consistent with what aligns with shared morality and ethics. The declaratory theory of precedent had, of course, many opponents¹³, as well as defenders. Opponents of this concept were largely supporters of legal positivism, who, by denying the relevance of this doctrine, contributed to the assertion of the doctrine of parliamentary sovereignty, the subordination of the judiciary to the legislature, and the resulting dependence of case law on legislation.¹⁴ Defenders of the declaratory

democracy and the rule of law on the same level as principles fundamentally identifying the constitutional system of the Czech Republic. As follows from the case law of the Constitutional Court, a violation of the principle of the generality of law falls within the framework of an unacceptable disruption of the rule of law. Possible exceptions are either cases of adopting an act of application of law in the form of a law (e.g., the state budget law), cases of explicit authorization to issue an ad hoc law (e.g., constitutional laws issued under Articles 11 and 100, paragraph 3 of the Constitution), or ad hoc laws for which exceptional reasons satisfying the proportionality test exist (e.g., "enumerative" restitution laws). In the absence of constitutional authorization to issue ad hoc constitutional laws, the constitutionality of a constitutional law passed in violation of the framework of competence defined by the Constitution and Parliament could only be based on the protection of the material core under Article 9, paragraph 2 of the Constitution. In other words, the protection of the democratic rule of law in the form of adopting an ad hoc constitutional law could be accepted only under absolutely exceptional circumstances (such as wartime or natural disasters, the resolution of which is not permitted by either the Constitution or Constitutional Act No. 110/1998 Coll., on the security of the Czech Republic, as amended by Constitutional Act No. 300/2000 Coll.), with such a procedure having to meet criteria derived from the principle of proportionality."

¹¹ Večeřa and others (n 2) 37–39.

¹² Zdeněk Kühn, 'Význam proměny soudcovské ideologie aplikace práva ve světle ústavní judikatury let 1993–2003' (2004) *Právní rozhledy* 4, 123 ff.

¹³ Jeremy Bentham, 'Truth versus Ashhurst, or Law as It Is, Contrasted with What It Is Said to Be' in John Bowring (ed), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 5 (William Tait 1843) 235; John Austin, *Statute and Judiciary Law* (Murray 1879) 655; Lord Reid, 'The Judge as Law Maker' (1972–1973) *Journal of the Society of Public Teachers of the Law* 12, 22.

¹⁴ Brian Zamulinski, 'Rehabilitating the Declaratory Theory of the Common Law' (2014) 2 *Journal of Law and Courts*, Cambridge University Press 1, 172.

theory emphasize that it can be an appropriate tool for potentially limiting the legislature in law-making, particularly when the laws being enacted are in conflict with morality. In such a case, the judge has a duty not only to interpret the law but also to assess it from this perspective. However, this does not only refer to a conflict with morality in the narrow sense of the word, but also to cases where the law contradicts other existing rules, such as obligations in the field of human rights protection.¹⁵

A certain parallel to the declaratory theory can be found in domestic case law, for example, in the judgment of the Constitutional Court, file No. Pl. ÚS 33/97. In this ruling, the Constitutional Court raised the issue of the recognisability of general legal principles, which it referred to as unwritten sources of law, asserting that “*they apply and are commonly used*”. If this is the case, and they are not “written”, they must be “unveiled” as already existing when a court intends to base its decision on them.¹⁶

If we wish to distinguish between a continental judge and an Anglo-American judge, who is assumed to originate law in certain cases, we must assert that the continental judge does not do so. Otherwise, we would have to admit that the positions of the continental and Anglo-American judge are not so fundamentally different, which would weaken the established distinction between these two major legal systems. However, since it cannot be denied that, in many cases, judicial decision-making does not consist of the “simple application” of legally unambiguous rules, and since a certain fluctuating degree of creativity in judicial activity cannot be denied, various forms of law-making are discussed.

This conclusion is both theoretically and empirically disputed. In terms of the theoretical part of the problem, it is necessary to draw a line between “completing” and “creating” legal rules.¹⁷ In my opinion, this line is very clear. The completion of a legal rule occurs when the rule is not supplemented by an element that was not previously included in any form. The creation of a rule happens when the rule acquires a new, previously non-existent element. In the first case, “completing” the law means selecting from alternatives that the rule already contains in some form, even if it is very abstract, including in the negative case (i.e., where the rule excludes its application to a particular case, but it is still applied). Such cases also include so-called *judicating contra legem*, which involves excluding the application of the rule to a case it would otherwise apply to, typically with reference to a constitutional principle.¹⁸

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ On the issue of legal principles cf. e.g. Zdeněk Kühn, *Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře* (Karolinum 2002); Jan Tryzna, *Právní principy a právní argumentace* (Auditorium 2009).

¹⁷ The above mentioned collective monograph [Večeřa and others (n 2)] lists various examples of the completion of law (“*dotváření práva*”), which can be categorized as follows: p.18 – (1) decision clarifying the content of a rule, but still within the boundaries of the literal meaning of the interpreted provision, (2) decision remaining within the text of the law, which, however, is formulated very vaguely, such as in the case of general clauses, (3) decision departing from or exceeding the law’s text, (4) decision introducing a new legal institute into the legal system, which the monograph refers to as examples of “judicial lawmaking”, p. 26 – (5) completing the text of the law *praeter verba legis*, i.e., applying an analogy to “negative candidates”, those outside the widest possible linguistic meaning, (6) completing the text of the law *contra verba legis*, a process in which a teleological reduction excludes certain subjects from the legal concept, even though, based on the wording of the law, those subjects would be included, p. 145 ff. – (7) change in judicial interpretation (jurisprudence), etc.

¹⁸ „*The possibility of interpretation contra legem, i.e., in contradiction with the explicit wording of the legal provision (without such a conclusion being permitted by the text of the interpreted provisions, even if understood somewhat*

In contrast, cases of judicial law-making can be seen as situations where the rule is supplemented with an element that it does not contain by itself. A fitting example is the “interpretation” of Article 50, paragraph 1 of the Constitution adopted by the Constitutional Court in the aforementioned ruling, file No. Pl. ÚS 33/97, which leads to the reformulation (or new construction) of the provision as follows: “The President of the Republic has the right to return an adopted law, except for constitutional laws, with justification within fifteen days from the day it was forwarded to him. If the last day of the period falls on a Saturday, Sunday, or public holiday, the last day of the period is the nearest following working day.” In none of its provisions does the constitutional order account for “non-working” days. The addition of such a condition or exception is, therefore, not an interpretation of the existing rule, but the creation of a new rule, one that did not previously exist.¹⁹ If we were to look for an alternative in the form of “true interpretation” of the stated rule, we could, for example, debate whether individual days of the period should be considered only working days (for some reasonable purpose), or all calendar days, etc.

Another appropriate example could be the ruling of the Constitutional Court, file no. Pl. ÚS 27/09, which concerned Constitutional Act No. 195/2009 Coll., on the shortening of the fifth electoral term of the Chamber of Deputies, specifically regarding the competence of the Constitutional Court to review constitutional laws, when this competence is confronted with the provision of Article 87, paragraph 1, letter a) of the Constitution, according to which the Constitutional Court decides on the annulment of laws or their individual provisions if they are in conflict with the constitutional order. It is clear that, in this context, the cited provision cannot be interpreted in such a way that it establishes the competence of the Constitutional Court to review the compliance of constitutional laws with the constitutional order; the opposite conclusion, therefore, means the creation of a new, previously non-existent rule.²⁰

The creation of legal rules through judicial decisions does not necessarily have to concern individual provisions of legal acts that are supplemented with new elements. It can also pertain to entire legal institutes, with the most suitable example being the concept of the temporal scope of legal regulations (retroactivity) created by the case law of the Constitutional Court

more loosely), arises only exceptionally, e.g., in cases where it is necessary to fill a gap in the law or, conversely, in the case of teleological reduction, and exclusively in situations where such an application procedure requires an important reason arising from the constitutional order.” (Ruling of the Supreme Administrative Court, file no. 5 As 154/2016–62, dated August 29, 2017).

¹⁹ However, it is a matter of reconstructing the chosen interpretation whether it is, after all, a “simple” interpretation that includes a systematic interpretation taking into account those unwritten legal principles. Since there may be reasonable doubt about the existence of “unwritten rules” regarding the calculation of time, it can at least be argued from this perspective that it was a case of creating a new legal rule. Compare this with the persuasive dissenting opinion of Ivana Janů on this ruling, which is often completely overlooked. Nonetheless, it should be assumed that proponents of the concept of “mere” judicial development of law will consider this example as just such a case, rather than as a case of original law-making.

²⁰ Authoritative support for this conclusion can be found in the dissenting opinion of Judge Jan Musil to the ruling (point 30), where he states that “*the above assertions go beyond the role of the Constitutional Court as a negative legislator and appropriate the competence of positive law-making by creating new constitutional rules*”. The statement of the dissenting judge relates not only to the Constitutional Court’s authority to review the constitutionality of constitutional laws but also to other aspects of the ruling.

from 1994 to approximately 2016. In short²¹, it involves the fact that, due to the “silence” of the constitution-maker and legislator²² on the issue of prospective or retroactive application of legal regulations, over time, the case law of the Constitutional Court established rules regarding the permissibility or impermissibility of enacting retroactive legal regulations, or rules concerning the temporal effects of legal regulations lacking the relevant transitional provisions. If, aside from entirely general legal principles (principles of the rule of law, principles of legal certainty), there are no such legal rules in the Czech legal order that can be applied, we must accept the fact that these rules were originally created by the case law of the Constitutional Court. This conclusion is not altered by the fact that the Constitutional Court was inspired by Czechoslovak legal traditions, selected foreign case law, etc., as even in such cases, the rules it created were original. Only in the case of retroactivity in criminal law can we speak of an interpretation or supplementation (explication) of existing legal rules in light of Article 40, paragraph 6 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms.

If we can make the partial conclusion that at least some specific instances of judicial decision-making can be considered as original creation of legal rules, the question remains whether there are certain limits to this law-making. The fact that finding an adequate solution is complex is demonstrated by the following section dealing with case studies.

2. Limits of Original Judicial Creation of Law

Despite the aforementioned examples of original judicial law-making (or “creation” of law), it can be assumed that there should be certain boundaries that a court cannot, or rather should not, cross. A practical issue may arise from the fact that in the legal environment, the view of the one who makes the final decision usually prevails, and the final decision-maker in a potential dispute between the legislative and judicial branches is ultimately always the court.²³ These limits are likely to be found in the general principle of the separation of powers, meaning the court should not interfere with areas regulated by the legislator. On the other hand, the question arises whether the court can enter into areas left unregulated by the legislator. In both cases, the limitation will ultimately lie with the judiciary in the form of accepting the element of judicial self-restraint, which is an important part of the debate on the legitimacy of judicial decision-making.²⁴

The search for such boundaries can be quite complex in practice, as demonstrated by the very cases that have inspired this text.

²¹ In detail cf. Jan Tryzna, *Retroaktivita v právu* (Auditorium 2024) 126–169.

²² Cf. on the contrary the explicit historical activity of the legislator in the form of Section 5 of the General Civil Code: “Laws do not operate retroactively; they therefore have no effect on acts that have previously occurred and on rights previously acquired.”

²³ A current example of such a dispute is the issue of the legal regulation of the salaries of constitutional officials following the ruling of the Constitutional Court, file no. Pl. ÚS 5/24. After the Parliament re-passed the amendment to Act No. 236/1995 Coll. (overriding the veto of the President of the Republic), many are now claiming that the new regulation is in conflict with the Constitutional Court’s ruling and have announced their intention to challenge the law before the Constitutional Court once again. The Constitutional Court will thus once again become the arbitrator in the dispute between the judiciary and Parliament.

²⁴ Cf. e. g. Richard A. Posner, ‘The Meaning of Judicial Self-Restraint’ (1983) 59 *Indiana Law Review* 1, 1–24.

The first example is the ruling of the Constitutional Court, file no. Pl. ÚS 23/24, in which the Court annulled a previous decision of the Supreme Court²⁵. The case concerned the interpretation and application of Section 742(2) of the Civil Code²⁶ regarding the so-called valorization of contributions from the joint property of spouses to the exclusive property of one spouse, or from the exclusive property of one spouse to the joint property. The Supreme Court interpreted this provision in such a way that indexation of contributions would only be applicable if the spouses had agreed to it. Exceptionally, this rule could be corrected by referring to Section 2(3) of the Civil Code (the corrective of good morals), which could overcome the lack of agreement. The conclusions of the Supreme Court were, of course, supported by specific arguments, the essence of which was that automatic indexation of contributions does not fit within the concept of regulating private legal relations between spouses, or private legal relationships in general. The Supreme Court compared the rule on indexation of contributions to a loan, which is generally interest-free (interest must be agreed upon), and thus there is no reason to assume that one spouse should be favoured by an increase in the value of the property in question, which is typically dependent on objective, independent factors. Moreover, this typically concerns only certain types of property values (e.g., real estate, which was the case in this particular instance), not other values (e.g., a personal car).

For the Constitutional Court, the principle of the separation of state powers²⁷ became decisive. The Constitutional Court outlined the boundaries between interpretation, development, and creation of law, accepting that judicial development, which involves stepping beyond the broadest limits of possible linguistic interpretation, is permissible as long as it respects the “generally recognized methodology” of law-making²⁸. The final limit is the rule that *“the substantive meaning of an act of a democratically elected legislature cannot be entirely redrawn by interpretation. The democratic nature of the state requires that the clearly expressed and intended will of the legislator is reflected in the application of the law, unless there is a substantial change in the relevant circumstances.”* In terms of the mentioned methodology, the Supreme Court proceeded by identifying a so-called teleological (false) hidden gap in the law in § 742(2) of the Civil Code, stepping beyond the linguistic meaning and developing the law using teleological reduction. Based on this assumption, the Supreme Court concluded that the linguistic meaning of this provision is broader than required by its teleological background or the purpose of the law, in the context of the regulation of property relations between spouses. Therefore, it narrowed the applicability of § 742(2) of

²⁵ Supreme Court Resolution No. 22 Cdo 1946/2023-452 of 26 July 2023.

²⁶ The provision reads as follows: *“The value of what has been expended from the joint property on the exclusive property of one spouse, as well as the value of what has been expended from the exclusive property of one spouse on the joint property, is taken into account when settling the joint property, increased or decreased depending on how the value of the part of the property to which the expense was applied has increased or decreased from the day the expense was incurred until the day the joint property was reduced, dissolved, or extinguished.”*

²⁷ Point 31 of the reasoning in the ruling No. Pl. ÚS 23/24: *“While the legislative power is responsible for creating laws, the task of ordinary courts is to interpret and apply laws. While the legislator is bound by the constitutional order, the ordinary courts are bound by the law (Article 95, paragraph 1 of the Constitution).”*

²⁸ In this context, it primarily involves distinguishing between intentional (deliberate) and unintentional gaps in the law.

the Civil Code regarding the valorisation of contributions directly under the law only to cases where the parties explicitly agreed to it (in the specific case, no agreement was concluded or proven). According to the Constitutional Court, the Supreme Court erred by not clarifying whether the alleged gap in the law was intentional or not, whereas the explanatory report to the Civil Code clearly indicates that the legislator intended to change the previous method of valorising contributions. Alternatively, the Supreme Court failed to consider whether, since the Civil Code's entry into force, there had been a change in circumstances that would justify a different approach than that which the legislator intended. In other words, in this case, the Supreme Court exceeded the limits of judicial development of the law.

From the perspective of the relationship between the supplementation and creation of law, the described case can be evaluated as an **example of original creation of law** because the application of the rule required the fulfilment of a condition not indicated by the law in any form. The Constitutional Court describes this case as an example of teleological reduction, which seems inappropriate. The essence of teleological reduction is to narrow the scope of a legal norm by excluding certain elements of the norm's hypothesis that the norm contains. However, in this case, the necessary element (the agreement of the spouses) was added.²⁹ Moreover, this case does not align with the concept of teleological reduction advocated by the Supreme Court, which views teleological reduction as *"a tool for supplementing the law, where only the 'core' of the legal provision or legally regulated concept is applied to a particular factual situation, even though a broader or more specific interpretation of the norm could also be used"*³⁰. It seems logical that if a norm is too broad, we omit certain conditions (elements of the hypothesis), thus narrowing the scope of its application. However, in this case, each instance of a contribution directly affects the core of the legal provision, and to achieve such a reduction, a condition must actively and positively be added. Although the addition of the condition in the form of the spouses' agreement leads to a narrowing of the scope of the norm, the result depends on the introduction of a new condition, not the removal of an existing one. This is where the active, law-creating element must be identified.

The second decision of the Supreme Court, which the Constitutional Court responded to, concerns the interpretation of Section 135(2) of the Civil Code³¹. In this case, the Supreme Court dealt with whether a legal entity could successfully claim compensation for non-pecuniary damage caused by an unlawful interference with its reputation within the framework of protection of its reputation. Given that the legislator did not include unlawful interference with the reputation of a legal entity in the list of specifically defined cases related to the right to compensation for non-pecuniary damage under Section 2894(2) of the Civil Code, the Supreme Court concluded that, after the new Civil Code came into effect, a legal entity does not have such a right. The reasoning of the Supreme Court, as well as the subsequent reasoning of the Constitutional Court leading to different conclusions, was extensive, and

²⁹ It should be noted that such a distinction is often not applied, or cases are considered examples of teleological reduction even when the narrowing of the interpreted rule's scope is achieved by both removing and adding elements. A narrower interpretation is, for example, advocated by A. Kramer – see Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (4th edn, C. H. Beck, MANZ, Stämpfli 2013) 64.

³⁰ Supreme Court Judgment No. 28 Cdo 2143/2018 of 27 November 2018.

³¹ Judgment of the Supreme Court, Case No. 23 Cdo 327/2021 of 30 November 2021; Ruling of the Constitutional Court, Case No. Pl. ÚS 26/24.

it is not the purpose here to summarize it. From the perspective of the methodology of permissible judicial law-making or interpretation, it is essential that, according to the Constitutional Court, the denial of the possibility to claim compensation for non-pecuniary damage (satisfaction) through a violation of the right to protect one's reputation under Article 10(1) of the Charter, which the Constitutional Court holds also applies to legal entities, must be considered in terms of proportionality. After a negative answer to this question, the Constitutional Court concluded³² that the Civil Code represents a gap in the law, which can be addressed by analogy, provided that from the legislator's perspective, it is an unintended gap. Since the Constitutional Court found that *"the intent of the legislator to deprive legal entities of the possibility to claim appropriate satisfaction in the case of interference with their reputation has not been unequivocally proven; in particular, there was no clear intention or at least a statement in the explanatory report to deviate from the previous legal regulation and lower the standard of protection of the reputation of legal entities"*, the presumption of an unintended gap applies, which must be overcome in the interest of teleological and value consistency within the legal order.

The ruling was supplemented by a dissenting opinion from five judges, who stated that the previous jurisprudence of the Constitutional Court had been based on the specific status of legal entities, accepting the natural inequality between individuals and legal entities. As a result, it was *"only the current ruling that granted legal entities protection of their good reputation under Article 10(1) of the Charter and the constitutional right to compensation for non-pecuniary damage in cases of unlawful interference with their reputation"*³³. The dissenting judges concluded that *"it is certainly not the task of the Constitutional Court to project its ideas of better law into the valid Civil Code as some sort of alternative legislator"*. With support from the separate opinion, this case can thus be assessed as an instance of **judicial creation of law**, rather than judicial law-making or interpretation.

Based on these two examples, where it is noteworthy that in one case the Supreme Court "incorrectly" found a gap in the law, while in the other it "incorrectly" failed to find one, though the Court's conclusions were not arbitrary (unjustified or unreasoned), it can be stated that the limits or boundaries of judicial law-making are, despite efforts to maintain a certain methodology, very vague.

Both decisions raise further questions that will be the subject of interest. These include the reasons for judicial law-making, as well as the conditions under which such judicial law-making can occur.

3. The Gap in the Law as a Reason for Original Judicial Creation of Law

It is clear that the reason for any lawmaking is the finding that the legal regulation is insufficient or incomplete, i.e., has a gap. This applies not only to legislators but also, as demonstrated above, to judicial decision-making. In both cases (and, of course, there are many more in the case law), the conclusion about the necessity of teleological reduction,

³² Point 110 of the reasoning of the ruling.

³³ Point 6 of the dissenting opinion.

or alternatively, the necessary use of analogy, was justified by a gap in the legal regulation. In both cases, this was due to the absence of a certain element. In the first case, it was the wrongly absent limiting condition of the necessary agreement between spouses regarding their contributions; in the second case, it was the absent group of subjects (legal entities) regarding the recognition of the right to redress for an infringement of reputation.

I believe that the concept of “gaps in the law” is currently often used in the spirit as it was (critically) described by Hans Kelsen. According to him, a “gap” is a gap in the sense that the deciding body considers the solution dictated by the legal order (whether it is a dismissive decision or not) as “*unnecessary or unjust*”. He argued that “*gaps are therefore nothing more than another term for the differentiation between positive law and the order considered to be better, fairer, and more just*”³⁴.

It is also important to remember that the concept of gaps in the law was originally shaped with regard to the principle of the prohibition of *denegationis iustitiae*. The legislator’s assumption about the completeness of the legal regulation did not stem from a belief in the completeness of their legislative work but rather from the requirement that every case must be decided, or from the prohibition of not deciding a case due to the incompleteness or ambiguity of the statutory regulation.³⁵ However, it should be added that the prohibition of denegation *denegationis iustitiae* only requires a decision (it forbids not deciding). It does not in itself impose any requirement on the outcome of the decision. In other words, a potential claim can also be rejected, which is sufficient to fulfill this principle. Nevertheless, the current approach seems to deviate significantly from this concept, as it appears that a gap in the law is identified precisely when (seemingly) it prevents a positive decision.

Therefore, it is necessary to recall the statement of B. Rüthers: “*The argument of a gap is particularly suitable for loosening the constitutionally anchored binding of judges to the laws or for completely freeing them from it. It often leads judges, when they are dissatisfied with the legal regulation of a certain matter, to not apply the unsatisfactory law, but instead go ‘searching for a gap.’*”³⁶ Both of the cases mentioned above are evidence of such an approach.

The author of this text does not aim to deny the concept of gaps in the law, but rather to highlight, through the specific examples provided above, the problems that arise in this context. Moreover, the prevailing *communis opinio doctorum*³⁷ clearly leads to the conclusion about the relevance of the phenomenon of gaps in the law, which is also supported by positive legal assumptions (cf. § 10 of the Civil Code).

In the contexts mentioned, it is appropriate to point out only one particular aspect associated with the question of gaps in the law, namely the assumption of the impossibility

³⁴ Hans Kelsen, *Ryzí nauka právní: Metoda a základní pojmy* (Orbis 1933) 45.

³⁵ Klaus F. Röhl and Hans C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre* (Köln, Bonn, Heymann 1994) 303.

³⁶ Bernd Rüthers, ‘Dotváření práva soudci’ (2003) *Soudce* 8, 6.

³⁷ From numerous literature cf. especially Claus W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (1964); Ernst Zitelmann, *Lücken im Recht* (Dunker und Humboldt 1903); Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, *Normative Systéme* (1994) 184 ff.; Pavel Holländer, ‘Mezera v zákoně, § 7 o. z. o. a ryzí nauka právní (Poznámky k úvaze Franze Bydlinkého)’ in Tatiana Machalová (ed), *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena)* (conference paper, MU Brno 2003), and of course the works of F. Melzer, J. Wintr and others.

for the legislator to foresee all possible situations and legal relationships brought about by everyday life.³⁸ This formulated assumption is too broad and therefore misleading, as clearly demonstrated by the above-mentioned cases. In the case of the valuation of contributions, the Supreme Court argued that the valuation of contributions is essentially the only case of this kind in the property relations between spouses, or more broadly in the context of private law, which otherwise assumes that the appreciation of certain assets can only occur based on the agreement of the parties to the legal relationship. In contrast, in the case of the legal person's right to compensation for the infringement of its good reputation, the Supreme Court argued that this is the legislator's intention, who grants legal persons the right to compensation in certain cases (economic competition and other cases expressly mentioned in the law), but excludes it in others (argument *per eliminationem*). From the perspective of the subsequent argumentation of the Constitutional Court, the difference was that in the case of the valuation of contributions, it was hardly possible to find any constitutionally relevant argument leading to the conclusion that it would be constitutionally inadmissible for the rule on the valuation of contributions to apply automatically, so to speak. On the other hand, in the second case, the Constitutional Court found this constitutional requirement when it subsumed the right to protection of the legal person's good reputation under Article 10, paragraph 1 of the Charter and subsequently concluded that this right was limited by the statutory regulation in violation of the principle of proportionality.

From this, one can deduce the necessary correction of the aforementioned assumption of the incompleteness (gap) of the law, which can only be considered when its incompleteness (the omission of a certain circumstance or fact by the legislator) is found in light of constitutional or equivalent rules. Acceptance of this approach would lead to a clearer distinction between cases where the legislator makes a purely political decision reflected in the content of the law and cases where this political decision is limited by normative reasons primarily stemming from constitutional rules, or in the present day also from international commitments or decisions of international or supranational courts. However, it is impossible to ignore the fact that accepting this approach would significantly reduce the possibility of utilizing the claimed gaps in legal regulations based on teleological or contextual arguments formulated at the level of the law itself. This would likely diminish the relevance of advanced interpretive methods, which are currently strongly defended, as they are seen as a tool for addressing various deficiencies in the law³⁹. From a methodological standpoint, the concept of unconscious gaps in the legal regulation would become significantly less applicable. Current methodology for "filling" gaps in the law allows for their filling only in cases where the gap is unconscious⁴⁰, but this can only be identified at the level of the law with the help of teleological or contextually evaluative reasoning.

³⁸ Večeřa and others (n 2) 66; Hart is quoted: „*Human legislators cannot know all possible combinations of circumstances that the future may bring.*“ Herbert L. A. Hart, *Pojem práva* (Prostor 2010) 133.

³⁹ Especially the works of J. Wintr, F. Melzer, P. Holländer and many others.

⁴⁰ „*As a matter of principle, a judge is not empowered to fill a conscious gap in the law.*“ Cf. rulings of the Constitutional Court, Case No. III ÚS 2264/13, Case No. II ÚS 1578/21, or point 36 of the Constitutional Court's ruling, Case No. Pl. ÚS 23/24. Similarly, with the opposite consequence for unconscious gaps, point 121 of the judgment of the Constitutional Court in Case No. Pl. ÚS 26/24.

If we proceed from the definition of gaps in the law by F. Melzer, then a significant part of it would remain unusable: *“For a given problem, there is no applicable provision from a linguistic perspective, but one would have to exist if the legislator were consistent with the legislative plan, in accordance with what the legal order as a whole requires. This legislative plan, in turn, stems primarily from already existing value decisions and the hierarchical structure of the legal order.”*⁴¹ The relevance would ultimately lie in the reference to the hierarchical structure of the legal order, which can be understood as an instruction to take constitutional rules into account.

A partial advantage of such a proposed limitation of the concept of gaps in the law would also be the exclusion of a substantial part of the considerations regarding whether the gaps in the law are conscious or unconscious, which is precisely what determines their potential filling through judicial lawmaking. The pitfalls of this issue are hinted at by the Constitutional Court in its judgment file no. Pl. ÚS 23/24 in comparison with its judgment file no. Pl. ÚS 26/24. In the first case, the Constitutional Court stated that in the matter of the valuation of contributions, it was clearly stated in the explanatory report to the Civil Code that the previously applied principle of reduction of contributions was to be supplemented by the principle of their valuation, to which the legislative regulation of the explicitly formulated provision of Section 742, paragraph 2 of the Civil Code corresponded.⁴²

In contrast, in the second judgment, the Constitutional Court stated: *“The intention of the legislator to deny legal persons the possibility to claim appropriate compensation for an (actual) interference with their reputation was not clearly proven; in particular, there was no clearly expressed intention in the explanatory report to deviate from the previous legal regulation and lower the standard of protection of the reputation of legal persons. If it was not proven that a rational legislator created a conscious gap in the law, it is necessary to proceed with the assumption that it is an unconscious gap. This fulfills the basic assumption for the development of the law.”*⁴³

The Constitutional Court's requirements regarding the proof of the “unequivocal intent” of the legislator seem excessive. Principally, the main source of information about the legislator's intention can only be the explanatory report to the law and, possibly, the record of the legislative process. Since the author of the explanatory report is not, unless in the case of parliamentary proposals for laws, the legislator themselves, it raises the question of how to evaluate the explanations regarding the meaning of the proposed legal text that the explanatory report contains, whose author is the “true” author of the bill, not the legislative body or its members. Moreover, the explanatory report is not formally subject to approval in the legislative process. Furthermore, the question arises of which information should be drawn from the explanatory report, which, like the law itself, may not account for “all possible cases that may arise in the future”, or how intensively the author of the explanatory report must explain their intent for it to withstand comparison with the final text of the law. It is probably not acceptable for the failure of the author of the explanatory report to mention or consider a certain possible aspect of the legal regulation or its consequences

⁴¹ Filip Melzer, *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. (1st edn, C. H. Beck 2009) 221.

⁴² Cf point 29 of the reasoning of the ruling of the Constitutional Court in Case No. Pl. ÚS 23/24.

⁴³ Cf point 121 of the reasoning of the ruling of the Constitutional Court in Case No. Pl. ÚS 26/24.

to open the door for the conclusion of an unintended (unconscious) gap in the law. Such a requirement would clearly be absurd, primarily because it would elevate the significance of the explanatory report above that of the legal text itself.

It can thus be summarized that the acceptance of gaps in the law should be limited only to cases of gaps identified through the comparison of legal provisions with norms of higher legal force or those on the same level. This would, in fact, diminish the relevance of H. Kelsen's factually correct remark about the nature of most alleged gaps in the law. On the other hand, from the perspective of normative theory, such gaps would still exist because a delegated norm (law) would not correspond to the delegating norm (constitutional law).

Ultimately, the discussion would then be confined to the question of whether norms of higher legal force (constitutional provisions or equivalent rules) allow for the conclusion that there is a gap in the statutory regulation. However, even this can be problematic, as demonstrated by the Constitutional Court's judgment in case No. Pl. ÚS 26/24, where a significant portion of the Constitutional Court judges expressed the belief that the constitutional framework does not support the right of a legal entity to compensation for a violation of its reputation. Therefore, the question arises whether there is one correct solution to a particular problem, which relates to the validity of the presumption of the "*one right answer thesis*".

4. One Right Answer Thesis

The *one right answer thesis* was introduced by R. M. Dworkin in response to H. L. A. Hart's idea of the "open texture"⁴⁴ of law, which suggests that there are certain "shades of meaning" in legal texts that give judges discretion in choosing the appropriate solution. Dworkin argues, or assumes, that each difficult legal case (*hard case*) offers only one correct solution. His concept of law as a complex system (*law as integrity*)⁴⁵ includes the requirement to consider various arguments, including moral arguments, as well as different political objectives, which align with his understanding of legal principles. However, Dworkin's conception of the one right answer is rather broad, as it assumes the inclusion of many non-normative arguments (or arguments whose normative nature is debatable). Nevertheless, one can still build on the core of this idea, which is that the legal system allows and expects the discovery of a single correct answer.⁴⁶

A certain contrast to this concept is currently presented by ideas about the plurality of solutions, which are based on the postmodern state of society characterized by a plurality of values and norms. This creates a "postmodern context of judicial lawmaking"⁴⁷. In the field of legal interpretation and application, this implies "*a shift of law towards the plurality of its sources and a retreat of the nation-state from its position as the exclusive legislator. The legal*

⁴⁴ Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (3rd edn, Oxford University Press, 2012) 124 ff.

⁴⁵ Ronald M. Dworkin, *Law's Empire* (Fontana Press 1986).

⁴⁶ To fulfil this task, however, Dworkin calls upon the fictional judge Ulysses, who is able to assess all the relevant factors involved in the case. Ibidem, 164–166. However, because of the fictional nature of this judge, this concept is often rejected. Compare: Radoslav Procházka, *Dobrá vůľa, spravodlivý rozum. Hodnoty a princípy v súdnej praxi* (Kalligram 2005) 164.

⁴⁷ Večeřa and others (n 2) 70.

system of the state takes on the form of a multicentric legal order with the dominant position of international and European law. With the process of globalization, quasi-legal systems of a global character (lex mercatoria, ius humanitatis, and others) spontaneously emerging in pluralistic societies are also being established, as well as quasi-legal systems of minority religious and ethnic groups (Islamic law). The relationship between parallel legal systems may not be precisely defined by constitutional documents, and the current solution is left to judicial decisions, political choices, or spontaneous development.”⁴⁸ As a result, “[t]he fact of different legal spaces and the end of understanding law as an objective reality means that law is no longer an expression of an unequivocal command from a single unquestionable authority (the legislator), but depends on the outcome of a discursive process. The interpretative and applicative process of law thus does not result in one correct outcome.”⁴⁹

However, certain limits should still apply to judicial lawmaking, namely that (1) the interpretation of legal norms must ultimately be *secundum et intra legem*, (2) the application of the law *contra legem* is limited, (3) judicial lawmaking must not serve utilitarian socio-political goals, private economic interests, or the interests of a narrow group of legal entities in violation of the prohibition of discrimination, (4) judicial lawmaking is substantively excluded in certain areas of law and specific legal fields that significantly affect legal certainty and fundamental constitutionally guaranteed legal principles.⁵⁰

The mentioned assumptions regarding the context of the current (i.e., postmodern) concept of law and the limits of its development, however, mutually exclude each other, as evidenced by the examples above. That is, it can be viewed positively in the sense that “inadmissible” deviations have been caught by mechanisms of corrective or quasi-corrective measures (i.e., the Constitutional Court corrected the attempt of the Supreme Court to step outside the boundaries of the law in the matter of the valuation of contributions; somewhat less certain is this assessment in the case of the second ruling, although in the spirit of relativizing everything within postmodernism, even the correctness of this evaluation itself can be questioned).

I believe that for law and the legal order, the acceptance of postmodern perspectives that relativize the truth of anything is undesirable, or even harmful. This can be demonstrated by the last two aspects of this text, namely the dissenting opinions and the so-called judicial departures, or changes in judicial case law.

⁴⁸ Ibidem, 71.

⁴⁹ Ibidem, 72.

⁵⁰ Ibidem, 75.

5. Dissenting Opinions

Dissenting opinions can be considered as a manifestation of the acceptance of the fact that consensus cannot always be reached.^{51, 52} They reflect the recognition of the need for a certain discourse, but they are also capable of shaking the authority of a decision, especially when the outcome of the decision depends on one or two votes from the judges of the relevant panel.⁵³

The positive contribution of dissenting opinions is often seen, in addition to their discursive nature, in the fact that they create pressure for thorough justification of the majority opinions, which should be adopted only after considering all possible arguments. Thus, they are, by their nature, an internal mechanism for controlling decision-making.⁵⁴

In terms of the issue of judicial lawmaking under consideration, dissenting opinions can be regarded as rather destabilizing. Essentially, it is a matter of the fact that the court does not, and should not, have political discretion, which is reserved for the legislator.

To avoid misunderstandings, it is necessary to emphasize that by the term “*political discretion*”, I do not refer to cases in which courts (particularly constitutional courts) deal with so-called political questions⁵⁵, i.e., cases of clear political significance in the narrow sense. These are usually situations where political rivalry between conflicting parliamentary parties continues in the courtroom, as in the case of *pension indexation*⁵⁶, or when it concerns explicitly political issues, such as the adjustment of salaries for state officials.⁵⁷ In these cases, it is not a matter of lawmaking or law development as understood in this text. Often, it involves the application (rather than interpretation) of abstract constitutional principles.

By “*political discretion*” I mean the “simple” choice between multiple options, such as the question of whether contributions to the joint property of spouses should be automatically indexed or only if the spouses agree, whether a legal entity should have the right to compensation in the event of an attack on its good name, or whether the claim for

⁵¹ In the following text, only those dissenting opinions that are made accessible to the public are considered, and only if they are reasoned. A mere lack of unanimity in a judicial panel—where a majority of votes is sufficient for a decision—has practically no significance in this regard, unless it includes sufficient reasoning that allows for an assessment of the differing position of one of the judges. Cf. Section 37 of Act No. 99/1963 Coll., the Code of Civil Procedure; Section 127(2) of Act No. 141/1961 Coll., the Code of Criminal Procedure; and Section 21(7) of Decree No. 37/1992 Coll., on the Rules of Procedure for District and Regional Courts.

⁵² Cf. Caroline Wittig, *The Occurrence of Separate Opinions at the Federal Constitutional Court. An Analysis with a Novel Database* (University of Mannheim 2016) 72.

⁵³ Kateřina Šimáčková, ‘Odlišné stanovisko jako jedna ze záruk nezávislosti soudcovského rozhodování’ in Vojtěch Šimíček (ed), *Nezávislost soudní moci* (Leges 2020) 151.

⁵⁴ Vojtěch Šimíček, *Ústavní stížnost* (Leges 2018) 218.

⁵⁵ On this issue, cf. e.g. Andrea Procházková, ‘Ústavní soud ČR mezi právem a politikou’ (2022) *Právník* 11, 1084–1097.

⁵⁶ The ruling of the Constitutional Court Case No. Pl. ÚS 30/23.

⁵⁷ The ruling of the Constitutional Court Case No. Pl. ÚS 5/24.

compensation for an infringement of the right to protection of personal rights is⁵⁸ subject to or is not⁵⁹ subject to a statute of limitations, etc.

The fundamental issue in this context is the fact that law is primarily an authoritative tool for regulating human behaviour, which is incompatible with a potentially discursive approach in its application. Space for discussion is provided during its creation. It is unlikely that the legal order would maintain its authoritative character if the outcome of each individual dispute depended on what the “decisive majority” of the relevant judicial panel would be in a particular case.

It must not be forgotten in this context that the process of interpreting the law, its development, and its creation always takes place in a judicial environment against the backdrop of a specific dispute. As emphasized⁶⁰, courts and judges take a stance on a particular issue only when it is presented to them in a specific case. A court dispute practically excludes, using sports terminology, a draw. One side wins, and the other leaves defeated. Even though many decisions have an impact beyond the individual interests of the participants in the particular dispute, it is, first and foremost, they who are directly affected by the decision. From the perspective of the direct participants in the proceedings, it is therefore problematic to find out that the decision depended on a relatively narrow voting result, which was supported by opposing arguments.

In the domestic legal environment, the significance of dissenting opinions in the decisions of general courts is relatively marginal. A dissenting opinion is not possible in proceedings before the Supreme Court⁶¹, whereas the legal framework for the decision-making of the Supreme Administrative Court allows dissenting opinions since 2012 (§ 55a of Act No. 150/2002 Coll., the Code of Administrative Court Procedure)⁶². Dissenting opinions are primarily reserved for the Constitutional Court, both for decisions in panels and for decisions in plenary (§ 14 of the Constitutional Court Act). This means that in matters related to the development or creation of law by judges, dissenting opinions are typically encountered indirectly in the decisions of the Constitutional Court, when a particular issue is raised in proceedings concerning a constitutional complaint. However, most constitutional complaints are decided

⁵⁸ Judgment of the Supreme Court, Case No. 30 Cdo 1542/2003 of 25 September 2003.

⁵⁹ Judgment of the Supreme Court, Case No. 31 Cdo 3161/2008 of 12 November 2008.

⁶⁰ Cf. in a broader context Jan Kysela, ‘Kdopak by se “soudcovského státu” bál?’ in Vojtěch Šimíček (ed), *Role nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas na změnu?* (Mezinárodní politologický ústav 2007) 127–143.

⁶¹ More precisely, the statutory regulation does not provide for this in the case of the Supreme Court. The possibility of expressing a dissenting opinion is provided only by the Rules of Procedure of the Supreme Court in Article 35(5). According to this provision, at the request of a judge who participated in the session of a panel or the plenary and disagreed with the adopted opinion or its reasoning, the essential content of that judge’s dissenting opinion (legal view), including their name, shall be attached to the minutes of the panel session or plenary meeting. If the judge so requests, the dissenting opinion shall be published together with the adopted opinion in the Collection of Judicial Decisions and Opinions of the Supreme Court.

⁶² Compared to the regulation applicable to the Supreme Court, in the case of the Supreme Administrative Court, it is foreseen that a judge’s dissenting opinion will be attached to the written version of the decision. The publicity of the dissenting opinion is therefore significantly greater in this case than in the case of the Supreme Court, as the dissenting opinion is made available in each individual case, whereas a dissenting opinion of a Supreme Court judge is published only if the decision is published in the Collection of Judicial Decisions and Opinions.

in panels; only in a minority of cases does the plenary court address questions arising from the application of laws in specific cases, often only indirectly, that is, when a review of the constitutionality of a law used in the decision is initiated during the assessment of a specific constitutional complaint. It is in these rather rare cases that dissenting opinions related to the interpretation and application of legal norms can be analyzed. The aforementioned case concerning the right to compensation for an infringement on the reputation of a legal entity is an example of this kind.

In cases that can be classified as instances of original judicial creation of law, dissenting opinions play the role of political discretion. They suggest the possibility of a different solution, which cannot be denied to the legislator, but should not be allowed to the court if we maintain that the court has the right only to develop the law, not create it. In other words, the existence of dissenting opinions is an argument in favour of the conclusion that judges do, at least in some cases, create law in an original manner.

6. Changes in Judicial Case Law

From a methodological perspective, a change in judicial case law is typologically similar to dissenting opinions. The difference between them lies in the fact that with a change in judicial case law or a so-called judicial departure, an opinion different from the one previously held prevails, while in the case of a dissenting opinion, the differing view remains sidelined in terms of the case's outcome. A shared feature of both concepts is the existence of multiple potentially correct solutions to a particular issue.

In my view, a change in judicial case law can be classified among instances of original judicial lawmaking.⁶³,⁶⁴ This is because the previously interpreted rule (the statutory rule in its interpreted form) is replaced by a new rule, one that previously did not exist (or at least was not identified). The question, then, is how the permissibility of changing judicial case law is legitimized.

As mentioned above, the argument justifying judicial lawmaking in connection with the application of laws is the claim that "the law cannot account for all possible situations", and therefore, it must be (judicially) supplemented. In the case of a change in case law, such an argument is the claim that "case law cannot be without development"⁶⁵. The validity of this argument, however, seems rather contentious, as the reasons in its favour are not entirely convincing.⁶⁶ Before these arguments are analyzed, it should be emphasized that the very

⁶³ The monograph "*Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*" does not take any specific position on this issue [cf. 'Chapter 4. Changing Case Law' in Večeřa and others (n 2) 145–178].

⁶⁴ Cf. also Franz Bydlinsky, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, (2nd revised edition, 2012) 140–149.

⁶⁵ The ruling of the Constitutional Court, Case No. II. ÚS 3168/09: "*Case law cannot remain without development, and it is not excluded that (even with unchanged legal regulations) it may not only be supplemented with new interpretive conclusions, but also changed, for example, in connection with the development of social reality, technology, etc., with which changes in the value accents of society are associated.*"

⁶⁶ For example, Vojtěch Šimíček argues that if case law could not be changed, it would essentially represent binding rules of conduct and would thus substitute the outcome of legislative activity, which is an undesirable phenomenon. See Vojtěch Šimíček, 'Předvídatelnost soudního rozhodování' (2004) *Jurisprudence* 5, 8. However, this is not the case, at least for the reason that the existing case law should not stand up to a new legal regulation

need to find a suitable justification for the concept of changing case law is an argument in favour of the conclusion that a change in case law constitutes original judicial lawmaking. If a change in case law were not at least implicitly considered original lawmaking, it would be regarded as a so-called standard interpretive process, which by itself does not require any justification, as it is an inherent part of judicial decision-making.⁶⁷

There are typically three justifying reasons mentioned. The first case concerns a change in the legal regulation itself.⁶⁸ Of course, this does not have to refer only to a change in the directly affected legal regulation. The change may concern related regulations, or it may stem from the development of international or European law, etc. This reason for changing case law is probably the least convincing, as essentially two situations may arise. Either the formally new legal regulation adopts the content of the previous regulation, in which case there is no reason to change the existing case law based on a formal, rather than material, change in the law, as the existing case law is tied to substantively identical rules. Or, if the new legal regulation differs from the previous one in content, then there is no reason to stick to the old case law, because in such a case, the legislative change intended by the legislator would not be enforced.⁶⁹

The second reason could be the change in the social environment (the so-called new social reality)⁷⁰. This reason appears more convincing, but the question arises as to how profound such a change must be. It could certainly involve fundamental political transformations in society (e.g., a shift from a totalitarian regime to a democratic one); however, in a stable democratic state, the emergence of such a new social reality, which the legislator would not react to, is rather difficult to imagine.

Finally, the third reason is the overcoming of previous case law due to its "incorrectness". As correctly pointed out⁷¹, this is one of the most controversial cases for a variety of reasons. Given the normative impact of case law, it cannot be denied that case law creates legitimate expectations regarding the outcome of a particular matter.⁷² A change in judicial case law disrupts this legitimate expectation, and it also creates a difficult (and perhaps even

that differs from the original one, should the legislature choose to proceed with it. Persisting with old case law applied to a new (i.e., different) legal regulation would primarily mean the denial of the principle of separation of powers. This is also evident in the analyzed case of case law regarding the valuation of contributions to and from the joint property of spouses.

⁶⁷ It is clear that this issue is related to the degree of normative relevance of judicial case law, which this text touches upon both directly and indirectly, without dedicating substantial attention to it.

⁶⁸ Večeřa and others (n 2) 152.

⁶⁹ Certainly, many "transitional" variants can exist where the new legal regulation adopts partial content elements from the previous regulation; in such cases, it is necessary to determine whether and which older case law loses its relevance.

⁷⁰ Ludvík David, *Na hranicích práva: soudcovské eseje* (Leges 2012) 43.

⁷¹ Večeřa and others (n 2) 152.

⁷² The concept of so-called incidental retrospection of changed case law rather exacerbates the problem than resolves it. The essence of incidental retrospection lies in the fact that the "new" legal opinion (new case law) is applied to all cases that have not yet been decided, i.e., also to those cases in which proceedings were initiated during the "validity" of the previous case law, but a decision had not yet been made. Cf. Zdeněk Kühn, 'Prospektivní a retrospektivní působení judikatorních změn' (2011) 19 *Právní rozhledy* 6, 191.

insurmountable) question of how to adequately address cases that have already been decided in accordance with the previous “incorrect” interpretation.⁷³

Essentially correctly, the Constitutional Court expresses the requirement that “[a]ny change in judicial decision-making practice, especially when it concerns the practice of the highest judicial authority tasked with unifying the case law of lower courts, should be approached with caution, and when assessing individual cases, it should ensure that the principle of predictability in judicial decision-making is not disrupted and that such a change does not undermine the requirement for a fair decision in terms of respect for the basic rights of the participants in the proceedings”⁷⁴.

The fundamental issue with the third reason for the permissible change in case law is the question of whether the new legal opinion is “correct” compared to the original one. It is clear that the previously mentioned acceptance of pluralistic opinions, none of which is necessarily more correct than the others, plays a detrimental role here, i.e., the rejection of the thesis that there is only one correct answer. This can be demonstrated with the previously mentioned examples. From an objective standpoint, there is no reason to consider the opinion that the valuation of contributions to joint property between spouses is only possible with the consent of both spouses as less correct compared to the view that such contributions should be automatically valued. Similarly, from an objective perspective, it is not possible to consider the opinion that the claim for non-material damage compensation is not subject to limitation more correct than the view that it is subject to limitation. Each of these opinions was based on certain arguments and reasons, and thus it cannot be claimed that they are entirely arbitrary, which would likely disqualify them. A similar example could be the debate over whether the provision of Article 39 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, which states that “[o]nly the law specifies which acts constitute criminal offenses and what punishment, as well as any other damage to rights or property, can be imposed for their commission”, includes the issue of the statute of limitations for criminal prosecution.⁷⁵ Again, it is not possible to definitively say which of the presented views is “more correct”.

It is likely that in none of the randomly selected examples of changes in case law, the development of social reality is not significantly reflected.

If a change in judicial case law can be considered an original manifestation of judicial norm-making, it would be advisable to consider the possible contexts of this phenomenon.

First, the question should be posed as to whether a change in judicial case law is even permissible in situations where there are no external reasons for it (such as changes in legal

⁷³ Somewhat different reasons are presented by Lorenz Kähler. Cf. Lorenz Kähler, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung* (2nd revised edition, Nomos 2011) 80–93.

⁷⁴ The aforementioned ruling of the Constitutional Court in Case No. II ÚS 3168/09.

⁷⁵ Compare the original ruling of the Constitutional Court, Case No. Pl. ÚS 19/93, according to which the change in the conditions for the statute of limitations for criminal prosecution (such as declaring certain criminal acts that occurred in the past and were subject to a statute of limitations as non-limited) is not in conflict with this provision, and later rulings, Case No. Pl. ÚS 15/19 and Case No. Pl. ÚS 4/20, according to which the statute of limitations for offenses committed before the change in the legal provision cannot be altered (extended); in particular, reference can be made to the differing opinions invoking the relevance of the original ruling, Case No. Pl. ÚS 19/93.

provisions or social facts etc.⁷⁶), but instead, it is caused by internal reasons. In answering this question, it is necessary to consider whether the thesis of a single correct answer holds or if there is a plurality of equally correct answers. If the first thesis holds, one could argue in favor of changing the case law, as it would be irrational to persist with the previous incorrect solution. On the other hand, if we accept the plurality of possible solutions, all of which are equally correct, then it would be irrational to replace the initial solution with another, unless the correctness of the later solution can be unequivocally proven. It is evident that the obstacle here is precisely the discursive nature of judicial decision-making, which introduces uncertainty and doubt into the matter.

An alternative variant conditioning the change in case law would be the application of similar principles formulated for cases of legislative changes.⁷⁷ This particularly concerns the issue of the temporal scope of new legal regulations, i.e., their potential retroactivity, which is primarily linked to the problem of interfering with the legitimate expectations of the addressees of the legal regulation, or more generally, with the principle of legal certainty. If a change in judicial case law were to be considered a form of original norm creation, there would be no reason why the same requirements placed on the legislator in cases of legislative change should not also apply. It is likely that this approach would lead to a demand for predominantly prospective effects of changes in case law, a concept that is difficult to implement in the legal application process due to the inherent nature of judicial decision-making. Even from an empirical perspective, only a few states apply changed case law prospectively⁷⁸; on the contrary, retroactivity (retrospectivity) is the norm.⁷⁹

Given that the change in judicial case law has legal support enshrined in procedural regulations, it cannot be expected that this possibility would be abandoned. Although the change in case law is difficult to justify in cases where the original case law is argued to be incorrect, in other cases (such as changes in legal regulations, etc.), it is generally uncontroversial, and it cannot be expected that such changes will not occur. Principally, this is because the first solution chosen in a particular case would be “frozen” or “conserved”, which would likely be unsatisfactory to later judges. Cases where the principle of *clausula rebus sic stantibus* could be applied would be so rare that such a procedure would hardly be used.

⁷⁶ It is possible to refer for the last time to the Constitutional Court ruling, Case No. Pl. ÚS 23/24, which in paragraph 44 states: “*The Supreme Court did not address the issue of whether a substantial change in circumstances occurred during the (ten-year) effectiveness of the Civil Code, which would justify this change against the will of the legislator; in fact, nothing suggests such a conclusion. Therefore, judicial development of the law was not permissible in this case.*” It is not clear what change could have occurred during such a short period to justify the change. Moreover, even if such a change did occur, is it not primarily the task of the legislator to respond to it?

⁷⁷ Cf. Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press 1969) 38: „*Certainly there can be no rational ground for asserting that a man can have a moral obligation to obey a legal rule that does not exist, or is kept secret from him, or that came into existence only after he had acted, or was unintelligible ...*”

⁷⁸ For some limited examples, cf. Beryl H. Levy, ‘Realist Jurisprudence and Prospective Overruling’ (1960) 109 *University of Pennsylvania Law Review* 1, 2 ff.

⁷⁹ Cf. in a comparative context Eva Steiner (ed), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions* (Springer 2015).

However, it cannot be said that judicial restraint in the case of changes in case law does not have any solution. The legislature is still present, and it could create the conditions for a change in case law by amending legal regulations, if it adequately responded to judicial case law.

Conclusions

The aim of this text was to answer the question of whether the relationship between the legislative and judicial powers has reached a point where judicial decisions should be recognized as having the potential to be autonomous, i.e., an original source of law in the sense that it introduces elements into the legal environment that do not have support in legislative activity, or where this support is only apparent. It is obvious that accepting this fact would disrupt the established view of the concept of legal sources in the continental legal culture, the relationship between the branches of state power, and the concept of the separation of powers in general. In my opinion, it is impossible to ignore that many doctrinal and judicial concepts used in the application of law allow for this conclusion to be accepted, while the legislature does not indicate that such a state of affairs is undesirable; on the contrary, it contributes to it through legislative amendments (broadly formulated interpretative rules, conscious expansion of judicial discretion, limited or no response to judicial conclusions accepted in specific cases, etc.). It is also impossible to overlook the fact that many judicial outputs are openly labelled as the judiciary taking on the role of the legislator, although in other cases, this role is denied.

Recognizing that the judiciary can also act as an original lawmaker would necessarily raise the question of who exactly takes on this role. While currently judges are largely unknown to the general public (except for Constitutional Court judges and high-ranking officials of general courts), recognizing judicial power as an original norm-maker would likely increase public interest in judges. It is uncertain whether the judiciary desires this kind of publicity.

Thus, it is not clear whether the procedures and concepts that support the conclusion of judicial decision-making as the creation of original rules are unequivocally desirable, and whether accepting the dominant position of the legislature might still represent a safer haven for all actors in the legal environment.



Stať

Distribúcia dôkazného bremena na pomedzí medzi pravdou a dobrom

Distribution of the Burden of Proof on the Boundary between Truth and Good

Marek Káčer

Marek Káčer pôsobí ako vedecký pracovník na Ústave štátu a práva Slovenskej akadémie vied v Bratislave. Vo svojej práci sa venuje otázkam normativity, argumentácie, demokracie a právneho štátu, ktoré rozoberá predovšetkým z teoretického a filozofického hľadiska. Vo svojej ostatnej monografii rozoberá problematiku argumentačných faulov vyskytujúcich sa v právnej argumentácii (Argumentačné fauly v práve, Leges, 2022).

Abstrakt

V tomto texte argumentujem, že optimálna distribúcia dôkazného bremena reflektuje nielen potrebu efektívnej delby epistemickej práce medzi jednotlivými účastníkmi dialógu, ale aj potrebu ochraňovať spoločenské hodnoty, ktoré sa tam, kde dialóg prebieha, považujú za osobitne dôležité. Túto tézu rozvíjam pri postupnej analýze výnimiek z defaultného pravidla, podľa ktorého dokazovať by mal vždy ten, kto niečo tvrdí. Okrem obráteného dôkazného bremena, prezumpatívnej správnosti status quo a princípu predbežnej opatrnosti skúmam, ako na distribúciu dôkazného bremena v dialógoch o práve vplývajú formálne poňaté ústavné princípy rovnosti a slobody.

Kľúčová slova: dôkazné bremeno, obrátené dôkazné bremeno, informačná asymetria, princíp predbežnej opatrnosti, status quo, princíp rovnosti, princíp slobody

Abstract

In this text, I argue that the optimal distribution of the burden of proof reflects not only the need for an effective division of epistemic labour among the participants in a dialogue but also the necessity of safeguarding societal values that are deemed particularly important in contexts where such dialogue occurs. I develop this thesis through a gradual analysis of exceptions to the default rule that the burden of proof lies with the party making a claim. In addition to the reversed burden of proof, the presumption of the correctness of the status quo, and the precautionary principle, I examine how formally conceived constitutional principles of equality and freedom influence the distribution of the burden of proof in dialogues on law.

Keywords: burden of proof, reversed burden of proof, dialogue, informational asymmetry, precautionary principle, status quo, equality principle, freedom principle

Úvod

Ak tvrdím, že čarodejnice fyzicky existujú a na výzvu, aby som toto tvrdenie dokázal, odvetím oponentovi, aby on dokázal opak, moja reakcia bude s najväčšou pravdepodobnosťou hodnotená ako argumentačný faul *ad ignorantiam*¹ či dokonca ako prejav hrubej neslušnosti. Takýmto manévrom totiž vyjadrujem očakávanie, aby oponent znášal dôkazné bremeno, ktoré som mal pôvodne niesť ja, a to navyše k tvrdeniu, ku ktorému sa ani najmenším náznakom neprihlásil. Je to akoby som pred bránou do kráľovstva Pravdy vykrydlo kopu hnoj a od ostatných s vážnou tvárou očakával, že ju odpracú namiesto mňa.

Povinnosť znášať dôkazné bremeno je záväzkom, ktorého plnenie prispieva k presvedčeniu o celkovej zmysluplnosti konverzácie. Paul Grice ho formuluje ako jednu zo svojich maxím konverzačnej spolupráce takto: „*Nehovor to, k čomu ti chýba adekvátny dôkaz.*“² Svojevoľné porušovanie záväzku niesť dôkazné bremeno možno hodnotiť ako vypovedanie konverzačnej spolupráce vedúce k predčasnemu ukončeniu dialógu. Pokiaľ nie sú do toho tlačení nejakými externými okolnosťami, ľudia sa štítia konverzovať o sporných témach s niekým, kto má povest' odmietajúce vlastného dôkazného bremena. Taká konverzácia jednoducho nedáva zmysel, je stratou času. Nejde však len o čas či iné vzácne zdroje potrebné pre úspešné vedenie dokazovania a zmysluplných dialógov.

V tomto článku budem obhajovať tézu, podľa ktorej optimálna distribúcia dôkazného bremena reflektuje nielen potrebu efektívnej delby epistemickej práce medzi jednotlivými účastníkmi dialógu, ale aj potrebu ochraňovať spoločenské hodnoty, ktoré sa tam, kde dialóg prebieha, považujú za osobitne dôležité.

Text je rozdelený do štyroch častí. V tej prvej stručne načrtávam rozdiel medzi poňatím dôkazného bremena v právnej procesualistike a vo všeobecnej teórii argumentácie. Druhú z uvedených perspektív využívam, aby som v nasledujúcej časti vymedzil, čo znamená niesť dôkazné bremeno, ako sa toto bremeno prenáša v rámci prebiehajúceho dialógu z proponenta na oponenta a naspäť (dynamické hľadisko) a ako toto bremeno možno distribuovať pred zahájením dialógu v rámci vymedzenia jednotlivých rečníckych rolí (statické hľadisko). V tretej časti si všímam výnimky z defaultného pravidla, podľa ktorého dokazovať musí ten, kto niečo tvrdí. Na ich základe navrhujem, že optimálna distribúcia dôkazného bremena vychádza z efektívnej delby práce medzi proponentom a oponentom. V poslednej časti argumentujem, že distribúcia dôkazného bremena sa neopiera iba o „vnútroprocesné“ hodnoty dialógu, ale že môže odrážať aj dôležitosť „vonkajších“ spoločenských hodnôt. V tejto súvislosti upriamujem pozornosť na ústavné princípy rovnosti a slobody, ktorých regulatívna funkcia spočíva práve v distribúcii dôkazného bremena v dialógoch o práve.

1. Dôkazné bremeno v právnej procesualistike a teórii argumentácie

Dôkazné bremeno je mnohoznačný pojem, ktorý sa vymedzuje v závislosti od toho-ktorého vedného odboru. Najprepracovanejší koncept dôkazného bremena ponúka právna procesualistika, ktorá ho vymedzuje v kontexte právno-aplikačného procesu v štádiu

¹ Pozri napr. Douglas Walton, *Informal Fallacies: Towards a Theory of Argument Criticisms* (John Benjamins Publishing Company 1987) 105.

² Paul Grice, *Studies in the Way of Words* (Harvard University Press 1991) 27.

dokazovania skutkového stavu. Aj v rámci takto úzko vymedzenej perspektívy sa dôkazné bremeno člení do viacerých vzájomne súvisiacich koncepcií. Tzv. objektívne dôkazné bremeno stanovuje, v prospech ktorej procesnej strany musí rozhodnúť súd, ak napriek náležitej snahe nedošlo k objasneniu skutkového stavu prípadu.³ Z pravidiel objektívneho dôkazného bremena vyplýva subjektívne dôkazné bremeno stanovujúce, kto zo strán má súdu navrhovať dôkazy, aby preukázal naplnenie hypotézy právnej normy, o ktorú opiera svoj nárok.⁴

V teórii argumentácie či v neformálnej logike sa pod dôkazným bremenom v tom najvšeobecnejšom poňatí rozumie záväzok poskytnúť argument v prospech tvrdenia, ktoré rečník v dialógu zastáva. V porovnaní s procesualistickou definíciou ide o značne rozvoľnené vymedzenie. Predmetom dôkazného bremena v teórii argumentácie nie je len „dôkaz“ v úzkom zákonnom poňatí ako prostriedok na objasnenie skutkového stavu prípadu v rámci aplikácie práva. Dôkazom môže byť akýkoľvek argument podporujúci zastávané tvrdenie, pôjde teda o premisy vedúce k určitému záveru, či už v rámci deduktívneho alebo induktívneho úsudku.⁵ Problém dôkazného bremena tak možno tematizovať nielen pri zisťovaní skutkového stavu, ale prakticky v akomkoľvek štádiu akejkoľvek konverzácie, v ktorej niekto zastáva nejaké tvrdenie (proponent) a niekto druhý ho vyzýva, aby toto tvrdenie argumentačne podporil (oponent).

Takéto rozvoľnené poňatie dôkazného bremena má svoje výhody aj nevýhody. Jeho výhodou je, že zámerne pokrýva mnohoznačnosť daného termínu, čím sa rozširuje priestor pre jeho použitie a následne aj pre porovnávanie rôznych druhov dialógov. Všeobecná teória argumentácie je tak na rozdiel od právnej procesualistiky schopná porovnávať dôkazné bremeno nielen medzi jednotlivými typmi právo-aplikačného procesu, ale aj medzi dialógmi pochádzajúcimi z celého spektra našich konverzačných aktivít, či už ide o parlamentnú rozpravu, novinové interview, manželskú hádku alebo nezáväznú spoločenskú konverzáciu o počasí.⁶ Hoci teória argumentácie prevzala pojem dôkazného bremena zo súdneho procesu, len vďaka jeho voľnejšiemu poňatiu dokáže sledovať, ako sa tento pojem recipuje v neprávnych dialógoch. Procesualistické definície totiž predpokladajú, že predmetný dialóg sa vždy odohráva v špecifickom právnom kontexte.⁷ Prirodzene, nevýhodou rozvoľneného poňatia dôkazného bremena je nižšia miera jeho presnosti, a teda aj schopnosti analyzovať postavenie procesných strán s ohľadom na všetky nuansy aplikovateľného procesného i hmotného práva.

³ Petr Lavický, *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním* (Leges 2017) 43.

⁴ Ibidem, 51.

⁵ Ide o „dôkaz“ v zmysle, v akom sa používa v učebniciach logiky, kde sa argumentácia vymedzuje ako umenie dokazovať (*ars demonstrandi*), ktoré sa dá odlišiť od umenia objavovať pravdu (*ars inveniendi*). Pozri napr. Prokop Sousedík, *Logika pro studenty humanitních oborů* (3. vyd., Vyšehrad 2008) 16.

⁶ K rôznym typom dialógov, resp. dialektických systémov, pozri prehľadovú tabuľku do Giovannioho Sartora: Giovanni Sartor, *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law* (Springer 2005) 309.

⁷ Procesualistické definície uvedené vyššie v hlavnom texte konkrétne predpokladajú, že: a) každá kontroverzia medzi proponentom a oponentom musí byť vyriešená nezávislým arbitrom podľa vopred stanovených pravidiel; b) z uvedených pravidiel môžu účastníci dialógu odvodzovať svoje nároky; c) predmet ich kontroverzie možno rámcovať ako nezhodu v otázke faktov alebo nezhodu v otázke práva; d) pri riešení nezhody v otázke faktov sa používa formálne vymedzený zoznam „dôkazných prostriedkov“.

Tento text skúma distribúciu dôkazného bremena naprieč rôznymi dialógmi, pre ktoré je charakteristické len to, že jeden účastník v nich niečo zastáva a druhý to popiera. Do tejto schémy zapadá dialóg v rámci civilného (najmä sporového) konania, trestného konania,⁸ ale aj v rámci legislatívnej rozpravy, prípadne doktrínálnej či laickej výmeny názorov. V texte teda pracujem s rozvolneným poňatím dôkazného bremena, ktorého distribúcia sa odvíja od Griceho princípu konverzačnej spolupráce, nie od platných právnych pravidiel. Odchýlky od terminológie zaužívanej medzi kovanými právnymi procesualistami sa pokúsím vysvetliť aspoň tam, kde to pomôže znížiť riziko nedorozumenia.

2. Distribúcia dôkazného bremena zo statického a dynamického hľadiska

Dôkazné bremeno v tom najvyššieobecnejšom poňatí je záväzok poskytnúť argument v prospech tvrdenia, ktoré rečník zastáva v dialógu.⁹ V teórii argumentácie existuje nezhoda o tom, či toto bremeno vzniká už v okamihu, keď rečník nejaké tvrdenie prednesie alebo až vtedy, keď je v dialógu toto tvrdenie spochybnené.¹⁰ Obe dva názory majú svoje opodstatnenie. Na jednej strane rečník nesmie zahlcovať dialóg neoverenými tvrdeniami, ktoré môžu v ostatných vzbudzovať presvedčenie o ich správnosti.¹¹ Na strane druhej každý dialóg vychádza zo súboru tvrdení, ktorých správnosť sa iba dobromyseľne predpokladá. Preto dáva zmysel rozlišovať medzi tvrdením, ktoré rečník v dialógu iba *prednáša* a tvrdením, ktoré skutočne *zastáva*. V prvom prípade sa rečník k tvrdeniu iba prihlásil, ale bez záväzku ho obhajovať, takže ho môže kedykoľvek odvolať. V druhom prípade tvrdenie predostrel aj spolu s týmto záväzkom. K selekcii medzi týmito dvoma prípadmi dochádza práve až na základe predostretia kritiky zo strany druhého rečníka.¹² V zjednodušenej podobe môžeme preto povedať, že prednesením tvrdenia rečník na seba berie dôkazné bremeno v latentnej podobe, ktoré sa aktivuje až v okamihu, keď na tomto tvrdení trvá alebo musí trvať potom, čo sa stalo predmetom kritiky.¹³

⁸ Aj v trestnom procese, napriek prezumpcii neviny, možno dôkazné bremeno deliť medzi proponenta (prokurátora, štátneho zástupcu) a oponenta (obžalovaného), ako presvedčivo ilustruje Hana Šimánová. Pozri bližšie: Hana Šimánová, *Důkazní břemeno v trestním řízení* (Wolters Kluwer ČR 2025) 7. kapitola (v tlači).

⁹ Porovnaj Douglas Walton, *Burden of Proof, Presumption and Argumentation* (Cambridge University Press 2014) 50 a nasl.

¹⁰ Pozri napr. Corina Andone, 'Delimiting the burden of proof in political interviews' (2016) 5 *Journal of Argumentation in Context* 1, 79.

¹¹ „Správnosť“ tvrdenia používam ako strešný termín na označenie pravdivosti, platnosti alebo udržateľnosti tvrdenia.

¹² Pre zjednodušenie budem ďalej používať v teórii argumentácie zaužívané rozlíšenie medzi proponentom (protagonistom), teda rečníkom, ktorý niečo tvrdí a oponentom (antagonistom), teda rečníkom, ktorý toto tvrdenie popiera.

¹³ Hoci toto poňatie korešponduje so zaužívanou predstavou, podľa ktorej dôkazné bremeno v zásade vyplýva z toho, čo osoba tvrdí, zároveň toto poňatie protirečí modernej procesualistike, podľa ktorej z toho, čo má strana dokázať, vyplýva to, čo má aj tvrdiť [Lavický (n 3) 78, 145]. V súdnom konaní však môže povinnosť dokazovať predchádzať povinnosti niečo tvrdiť len preto, že predmet dialógu je vopred vymedzený žalobným návrhom a platnými hmotnoprávnymi normami. V neprávnych dialógoch predmet kontroverzie bežne nie je tematizovaný skôr ako proponent predostrie svoje základné tvrdenie, ktoré oponent následne spochybní. K aktivácii dôkazného

Navyše aj samotné vznášanie kritiky voči predneseným tvrdeniam má svoje obmedzenia. Tak ako by proponent nemal zahlcovať dialóg neoverenými tvrdeniami, tak by ho nemal zahlcovať oponent neodôvodnenými pochybnosťami. V oboch prípadoch totiž môže ísť o úskočnú stratégiu, ako odvrátiť pozornosť od pôvodnej témy. Zahlcovanie dialógu z jednej či druhej strany môže byť okrem toho priestupkom voči férovosti. Zatiaľ čo proponent môže takto zneužiť svoju dôveryhodnosť, oponent môže extenzívnou kritikou na dôveryhodnosť proponenta agresívne útočiť. Predstavme si, ako sa proponent v dialógu prizná, napr. že „dnes mal ťažký deň“, načo oponent *bez dôvodne* reaguje protiotázkou „a nevymýšľate si?“. Alebo sa prenesme do bežnej spoločenskej konverzácie (*small talk*), v ktorej sa nám neznáma osoba predstaví svojím menom a my ju vzápätí vyzveme, aby nám toto tvrdenie preukázala, pretože jej neveríme. Nepôjde o urážku?

Tento absurdný príklad demonštruje, že nie vždy, keď odmietneme poskytnúť argument v prospech nami zastávaného tvrdenia, dochádza k porušeniu nášho záväzku niesť dôkazné bremeno. Príklad zároveň naznačuje, že otázka distribúcie dôkazného bremena nemusí byť výlučne len „vnútroprocesnou“ záležitosťou toho-ktorého dialógu, ale že môže súvisieť aj s „vonkajšími normami“ zachovávanými v spoločnosti, kde tento dialóg prebieha. Všeobecná povinnosť rešpektovať druhých ľudí sa v určitom kontexte môže prejavovať aj ako zákaz zatažovať účastníkov dialógu neprimeraným či nevhodným dôkazným bremenom.

Záver, či má rečník záväzok niesť dôkazné bremeno je teda výsledkom komplexnej úvahy. Tá sa nám ešte viac skomplikuje, keď si pripomenieme, čo sme si povedali v úvode prvej časti: že výraz „dôkazné bremeno“ je mnohoznačný. Na jednej strane ide o pojmový prostriedok, ktorý prispieva k vymedzeniu rečníckych rolí v tom-ktorom *type* dialógu s prihliadnutím na dosiahnutie jeho základného účelu. Na strane druhej možno týmto výrazom popísať *konkrétnu* dialektickú situáciu toho-ktorého rečníka v *prebiehajúcim* dialógu s prihliadnutím na to, či v danom okamihu svoju rolu ustál. V prvom prípade je dôkazné bremeno statické, nehýbe sa a ostáva spojené s príslušnou rečníckou rolou. V druhom prípade je dôkazné bremeno dynamické, ak proponent preukáže ním zastávané tvrdenie, presúva tým dôkazné bremeno na oponenta.¹⁴

Predmetom tohto článku je vymedzenie rečníckych rolí vo vzťahu k dokazovaniu v tom-ktorom type dialógu, ide teda o distribúciu, resp. delenie, dôkazného bremena zo statického hľadiska. Toto vymedzenie sa však nedá celkom dobre urobiť bez prihliadnutia na dynamické hľadisko. Práve dynamika rečníckej interakcie nám ukazuje, ako statické rozloženie dôkazného bremena v praxi funguje. Dynamická perspektíva nám umožňuje nielen hodnotiť jednotlivé rečnícke výkony ale aj poskytnúť spätnú väzbu pre redistribúciu dôkazného bremena zo statickej perspektívy.

bremena, záväzku predostrieť argument v prospech určitého tvrdenia, preto nemôže prísť skôr, ako sa predmet kontroverzie takýmto spôsobom ustáli. Výnimku môžu tvoriť tie neprávne dialógy, ktoré sú štruktúrované po vzore súdneho procesu, napr. študentské akademické debaty na vopred stanovenú tému.

¹⁴ Tomuto rozdeleniu zodpovedá delenie medzi abstraktným a konkrétnym dôkazným bremenom, ktoré sa používa v kontinentálnej právnej procesualistike. Pozri Lavický (n 3) 63 a nasl. V anglo-americkéj doktríne tomuto rozlíšeniu korešponduje rozdiel medzi *burden of persuasion* a *burden of production*. Pozri bližšie Henry Prakken a Giovanni Sartor, 'A Logical Analysis of Burden of Proof' in Hendrik Kaptein, Henry Prakken a Bart Verheij (eds), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic* (Ashgate Publishing Limited 2009) 243.

Ako takáto dynamika môže prebiehať? V prvom rade proponent môže svoje dôkazné bremeno uniesť tak, že predloží vecný argument v prospech svojho tvrdenia. V takom prípade bremeno legitímne presunie na oponenta, ktorý – ak uvedie protiargument – ho posunie naspäť k proponentovi. Predkladanie argumentov a protiargumentov tak vedie k argumentačnému pingpongu, v ktorom rečníci odrážajú dôkazné bremeno na súperovu stranu. Proponent môže napríklad tvrdiť, že muži sú inteligentnejší ako ženy, pretože majú väčšie mozgy, načo môže oponent reagovať, že ak by naznačený kauzálny vzťah platil, slony by museli byť inteligentnejšie ako ľudia.¹⁵ Na rade je proponent, ktorý musí vysvetliť, prečo slony inteligentnejšie nie sú, aj keď majú väčšie mozgy, prípadne môže predstrieť úplne nový argument.

V druhom rade sa rečník môže pokúsiť presunúť dôkazné bremeno na druhú stranu aj bez toho, aby sa priamo zapojili do vecnej argumentácie. S najväčšou pravdepodobnosťou pôjde o nelegitímny presun, ktorý je črtou niektorých argumentačných faulov. Typicky ide o argument *ad ignorantiam*, ktorý sme si predstavili v úvode, kde proponent namiesto toho, aby dokázal, že existujú čarodejnice, žiadal od oponenta dôkaz opaku. Ešte zákernejšie môžu byť sugestívne otázky, pomocou ktorých sa ten, kto ich kladie, zbavuje bremena v neprospech toho, kto na ne odpovedá. Ak podozrivý z neopatrnosti odpovie policajtovi na otázku, čo hľadal na mieste činu, implicitne tým môže potvrdiť to, čo mal iniciatívne preukazovať policajt – že na mieste činu vôbec bol.¹⁶

Ako zvláštny pokus o nelegitímny presun dôkazného bremena možno hodnotiť aj niektoré kruhové argumenty. Proponent argumentuje v kruhu, keď je akceptácia premís jeho argumentu závislá od akceptácie záveru alebo keď v závere svojho argumentu hovorí to isté, čo povedal v premisách.¹⁷ Problém takejto myšlienkovkej konštrukcie nespočíva v tom, že by bola v rozpore s pravidlami logiky, ale v tom, že pomocou nej proponent argumentáciu môže iba predstierať. Namiesto toho, aby svoj záver dokázal, ho iba postuluje, čím vytvára zdanie, akoby bol na ťahu oponent. Ak napríklad niekto tvrdí, že právo je mocou silnejšieho, pretože len to, čo sme reálne schopní dosiahnuť, môže byť predmetom nášho práva, potom v závere aj premise svojho úsudku hovorí to isté, len inými slovami. Takto vyvíja na oponenta tlak, aby predostrel protiargument, hoci tomu stačí konštatovať, že uvedenú definíciu práva neakceptuje.¹⁸

Kyvadlový pohyb bremena z jednej strany na druhú je indíciou nielen toho, že rečníci sa vyhýbajú faulom či iným obštrukciám, ale aj toho, že zo statického pohľadu je dôkazné bremeno distribuované optimálne. Dynamika dialógu sa totiž môže zabrzdiť nielen z individuálnych ale aj štrukturálnych dôvodov. Typickým príkladom je stav informačnej asymetrie medzi proponentom a oponentom, ktorý bráni dosiahnutiu účelu dialógu. Ide o situáciu, keď sa podľa defaultných pravidiel vyžaduje od proponenta, aby dokázal niečo,

¹⁵ Porovnaj David Reilly, 'Men think they are brighter than they are and women underestimate their IQ. Why?' (*The Conversation*, 14. 3. 2022) <<https://theconversation.com/men-think-theyre-brighter-than-they-are-and-women-underestimate-their-iq-why-178645>> cit. 31. 3. 2022.

¹⁶ Christopher W. Tindale, *Fallacies and Argument Appraisal* (Cambridge University Press 2007) 72.

¹⁷ Ibidem, 74; Douglas Walton, *Informal Logic. A Pragmatic Approach* (2nd ed., Cambridge University Press 2008) 64.

¹⁸ Pozri bližšie Marek Káčer, *Argumentačné fauly v práve* (Leges 2022) 93 a nasl.

čo by oponent – v prípade ak by sa proponentove tvrdenie len predpokladalo – dokázal vyvrátiť s oveľa menším úsilím. Riešením tohto zadrhnutia nie je dôraznejšie disciplinovanie rečníkov, ale redistribúcia dôkazného bremena zo statického hľadiska. Napríklad v práve sa v tejto súvislosti ujalo obrátené dôkazné bremeno pri antidiskriminačných žalobách,¹⁹ pretože žalovaný má lepší prístup k informáciám, ktoré by preukazovali, že nerovnaké zaobchádzanie so žalobcom bolo objektívne ospravedlniteľné.

Takéto prípady nás vedú k myšlienke, podľa ktorej distribúcia dôkazného bremena vychádza nielen z všeobecne poňatej konverzačnej spolupráce, ale aj z delby epistemickej práce, ktorej hlavným účelom je čo najefektívnejšie dosiahnutie účelu dialógu. Poďme sa na túto myšlienku pozrieť bližšie.

3. Distribúcia dôkazného bremena ako nástroj efektívnej delby epistemickej práce

V závere predchádzajúcej časti som spomenul výraz „defaultné pravidlá“ alokácie dôkazného bremena. Ak sa v argumentačnej teórii alebo aj bežnej konverzácii tematizuje problém distribúcie dôkazného bremena, zvyčajne sa vychádza zo zaužívaného pravidla, podľa ktorého bremeno dôkazu nesie ten, kto niečo tvrdí.²⁰ V modernej procesualistike platí variant, podľa ktorého dokazovať má ten, komu z daného tvrdenia plynie prospech.²¹ Ide o východiskové pravidlá, z ktorých možno za určitých okolností ustúpiť a nahradiť ich pravidlami inými.

Právna regulácia súdneho procesu v niektorých krajinách obsahuje práve aj základné pravidlá pre alokáciu dôkazného bremena. Napríklad jeden zo základných princípov slovenského civilného procesu hovorí, že „*strany sporu sú povinné označiť skutkové tvrdenia dôležité pre rozhodnutie vo veci a podprieť svoje tvrdenia dôkazmi*“²². Výnimku v prípade antidiskriminačných sporov zakotvuje osobitný zákon, ktorý hovorí, že „*žalovaný je povinný preukázať, že neporušil zásadu rovnakého zaobchádzania, ak žalobca oznámi súdu skutočnosti, z ktorých možno dôvodne usudzovať, že k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania došlo*“²³.

¹⁹ V súčasnej kontinentálnej procesualistike sa výraz „obrátenie dôkazného bremena“ používa na označenie situácie, v ktorej sa súd pri rozhodovaní aktuálneho prípadu odchyľuje od zákonom stanoveného objektívneho dôkazného bremena. Na rozdiel od toho, pokiaľ má žalovaná strana v antidiskriminačných sporoch iba povinnosť dostatočne určitým spôsobom poprieť tvrdenie žalobcu, procesualistika hovorí o „*sekundárnom bremene tvrdenia*“, pričom pokiaľ má žalovaná strana okrem toho aj povinnosť uviesť dôkazy vo svoj prospech, ide o „*zvláštne pravidlo delenia dôkazného bremena*“. Pozri bližšie: Lavický (n 3) 86, 227. Rozdiel v termínoch však nemení podstatu veci – informačná asymetria medzi stranami vedie k prerozdeleniu ich procesných povinností tak, aby sa skutkový stav prípadu zisťoval efektívnejšie.

²⁰ Podľa Reschera bolo toto pravidlo prevzaté zo súdnej procedúry podľa rímskeho práva Nicholas Rescher, *Dialectics. A Controversy-Oriented Approach to the Theory of Knowledge* (State University of New York Press 1977) 24. Ako bolo spomenuté v úvode predchádzajúcej časti, niektorí autori toto pravidlo dopĺňajú o požiadavku, podľa ktorej proponent nesie dôkazné tvrdenie až vtedy, keď je jeho tvrdenie napadnuté oponentom. Pozri napr. Frans Eemeren a Rob Grootendorst, *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragmatic-Dialectical Perspective* (Routledge 2016) 150.

²¹ Lavický (n 3) 144.

²² Čl. 8. zákona č. 160/2015 Z. z. (Civilný sporový poriadok).

²³ § 11 ods. 2 zákona č. 365/2004 Z. z. (antidiskriminačný zákon).

Pravidlá distribúcie dôkazného bremena nemusia byť nevyhnutne zakotvené v nejakej explicitnej podobe, ale môžu mať aj podobu zaužívanej heuristiky.²⁴ Napríklad v sporoch o zaplatenie dlžnej sumy sa všeobecne akceptuje prax, podľa ktorej na preukázanie nezaplateného dlhu stačí žalobcovi predložiť právny titul, na základe ktorého dlh vznikol, faktúru, upomienku na zaplatenie faktúry a prípadne aj predžalobnú výzvu. Žiadny z týchto dokumentov nedokazuje skutočnosť, ktorú žalobca tvrdí – že dlh stále existuje – súd však ich predloženie akceptuje ako dostatočný dôvod na to, aby žalovanú stranu vyzval k preukázaniu opaku. K tomuto presunu dôkazného bremena dochádza na základe heuristiky, podľa ktorej ak by bolo žalobcove tvrdenie nepravdivé, priemerne opatrný dlžník to bude schopný bez väčšej námahy preukázať, typicky predložením výpisu z účtu či iného potvrdenia o zaplatení. Tak ako v prípade antidiskriminačných žalôb, tak aj v tomto prípade je obrátenie dôkazného bremena odôvodnené informačnou asymetriou. Oponent má lepší prístup k informáciám objasňujúcim podstatu sporu ako proponent, a preto by mal niesť dôkazné bremeno namiesto neho. Rozdiel v porovnaní s defaultným pravidlom spočíva v tom, že na aktiváciu oponentovho bremena stačí proponentovi svoje tvrdenie dostatočne konkretizovať.²⁵

Základná hodnota, ktorá dáva argumentu informačnej asymetrie váhu, je rýdzo procesného charakteru – ide o *efektivitu* procesu dokazovania. Bremeno dôkazu by mal niesť ten, koho zťažuje čo najmenej, osobitne ak zoberieme do úvahy, že naše poznanie má svoje hranice a že naše dialógy nemôžeme viesť donekonečna. Teda tak ako pri iných ľudských činnostiach, aj pri dokazovaní musí existovať určitá deľba práce, ktorá prispieva k šetreniu vzácnych zdrojov, najmä času.

Mimochodom hodnota procesnej efektivity hrá svoju úlohu aj pri odôvodňovaní defaultných pravidiel distribúcie dôkazného bremena, len je to menej očividné. V sporových konaniach, v ktorých platí prejednacía zásada, musí strana dokazovať skutočnosti spadajúce pod hypotézu tej normy, od ktorej odvodzuje svoj nárok, resp. obranu. Prevažujúcim zdôvodnením tohto nastavenia je odkaz na záujem procesnej strany.²⁶ Tento dôvod však nadobúda váhu iba na pozadí heuristiky, podľa ktorej individuálne záujmy dokáže najlepšie chrániť ten, o koho záujmy ide. Vlastný záujem je to, čo poháňa procesnú stranu k čo najefektívnejšiemu procesnému správaniu, teda aj dokazovaniu. Dôležitosť procesnej hodnoty efektivity podčiarkuje aj fakt, že v žiadnom dialógu nie sú predmetom dokazovania všetky tvrdenia, ktoré rečníci predkladajú. Ako sme spomenuli už predtým, každý dialóg vychádza aj zo súboru tvrdení, ktorých platnosť sa iba dobromyseľne predpokladá. Petar Bodlović trefne poznamenáva, že tieto predpoklady – vyvrátiteľné prezumpcie – potrebujeme z toho dôvodu, že v opačnom by dialóg mohol sklŕnuť do regresívnej argumentácie *ad infinitum*,

²⁴ Imran Aijaz, Jonathan McKeown-Green a Aness Webster, 'Burdens of Proof and the Case for Unevenness' (2013) 27 *Argumentation* 3, 268.

²⁵ Ďalšie príklady obráteného dôkazného bremena odôvodneného informačnou asymetriou ponúka Van Den Belt a Gremmen. Napríklad podľa holandského civilného práva rozvedená manželka žalujúca bývalého manžela o zvýšenie výživného z dôvodu nárastu jeho príjmu nemusí vždy dokazovať, že príjem žalovaného skutočne narástol. Alebo podľa britského práva platí, že ak vlastník ukradnutého auta tvrdí, že auto bolo poškodené, zodpovednosť za škodu nesie zlodziej, ibaže by preukázal opak. Henk van den Belt a Bart Gremmen, 'Between Precautionary Principle and "Sound Science": Distributing the Burden of Proof' (2002) 15 *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 110.

²⁶ Lavický (n 3) 149.

v ktorej by jeden rečník od druhého neproduktívne žiadal stále nové a nové dôkazy.²⁷ V teórii argumentácie²⁸ ako aj v civilnom procese²⁹ sa často pracuje s domnienkou, že za preukázané sa považuje to, na čom sa účastníci dialógu, resp. strany procesu, dohodli.

Vplyv potreby efektívnej delby epistemickej práce na distribúciu dôkazného bremena azda najlepšie vidieť na dialektickom statuse *súdobého vedeckého poznania*. V dialógoch, ktorých hlavným cieľom je odhaľovanie pravdy či rozširovanie poznania, sa zvyčajne automaticky prezumuje, že výsledky súdobého vedeckého skúmania sú pravdivé, a preto ich ani netreba dokazovať. Naopak bremeno dôkazu nesie ten, kto týmto výsledkom protirečí: „*V mene efektívnosti by sme sa nemali zaoberať šokujúcim, kontroverzným alebo nepravdepodobným tvrdením, ak mu chýba nejaký príbeh o tom, prečo si zaslúži našu pozornosť. Skutočnosť, že nejaké tvrdenie vykazuje uvedené znaky, funguje nevyhnutne ako prima facie dôkaz proti nemu samému.*“³⁰ Bolo by mrhaním zdrojov, ak by sa súdobé vedecké poznanie muselo nanovo preukazovať v každom jednom dialógu, ktorý z neho vychádza. Uvedené platí, aj keď z času na čas sa vedecká paradigma zdieľaná mnohými učenými ľuďmi zrúti pod ťarchou prevratného objavu jedného génia.

Prezumpcia správnosti súdobého poznania nestojí len na dôvere v zabehnuté vedecké procedúry, ale aj na jednoduchej myšlienke, podľa ktorej, ak sú kognitívne kapacity vo vedeckej komunite rozložené približne rovnomerne, potom šanca, že je v omyle väčšina, je nižšia ako šanca, že je sa mylí menšina alebo jednotlivec. Aj keď väčšinová zhoda vedeckej komunity nie je dostatočným dôvodom pre správnosť vedeckého tvrdenia, je to dostatočný dôvod na to, aby sa jeho správnosť aspoň predpokladala.

Ľudia veriaci na „voľný trh myšlienok“, v ktorom víťazí pravda nad omylom či klamstvom,³¹ môžu pripísať takýto dialektický status aj všeobecne známym faktom zdieľaným v širokej laickej populácii. Ak slobodná diskusia z dlhodobého hľadiska generuje pravdu, potom to, čo je v spoločnosti zdieľané ako všeobecne známy fakt, by malo byť chránené prezumpciou správnosti. Bremeno dôkazu preto nesie ten, kto chce tieto všeobecne zdieľané fakty spochybňovať.

Prezumpcia správnosti súdobého poznania, či už vedeckého alebo laického, sa niekedy zamieňa za všeobecnejšiu prezumpciu správnosti *status quo*, ktorá okrem poznania pokrýva aj inštitúcie.³² Takáto naširoko rozkročená prezumpcia je však odôvodnená nielen čisto procesne, potrebou efektívnej delby epistemickej práce, ale aj ideologicky, uprednostnením

²⁷ Petar Bodlović, 'Dialogical Features of Presumptions: Difficulties for Walton's New Dialogical Theory' (2017) 31 *Argumentation* 3, 11.

²⁸ Pozri napr.: Douglas Walton, 'Burden of Proof in a Modified Hamblin Dialogue System' (2011) 31 *Informal Logic* 4, 294.

²⁹ Podľa § 186 ods. 2 Civilného sporového poriadku platí, že „*súd vychádza zo hodných tvrdení strán, ak neexistuje dôvodná pochybnosť o ich pravdivosti*“.

³⁰ Aijaz, McKeown-Green a Webster (n 24) 277.

³¹ Myšlienku voľného trhu myšlienok na obhajobu slobody prejavu použil Oliver Wendell Holmes v odlišnom stanovisku k rozhodnutiu Najvyššieho súdu Spojených štátov *Abrams v United States*, 250 U.S. 616 (1919).

³² Pozri napr. Charles Leonard Hamblin, *Fallacies* (Methuen & Co Ltd. 1970) 172. Mimochodom, na tejto prezumpcii stojí aj odôvodnenie distribúcie dôkazného bremena v nesporných konaniach ovládaných vyšetrovacou zásadou. Pozri bližšie: Lavický (n 3) 150–152.

konzervativizmu pred konkurenčným politickými ideológiami. A to vnáša do distribúcie dôkazného bremena určitú formu zaujatosti.

Totíž kým sa určité poznanie rozšíri a ustáli, je predmetom kritického posudzovania, či už na vedeckých sympóziách alebo na „voľnom trhu myšlienok“. Z tohto dôvodu vedie rozšírenosť a ustálenosť poznania k jeho prezumpatívnej správnosti. Paralela s politickými a právnymi inštitúciami existuje len do tej miery, do ktorej predpokladáme, že inštitúcie môžu byť kriticky testované v podobnom duchu ako poznanie. Tento predpoklad azda obostojí v tých spoločnostiach, v ktorých sú ekonomické a politické príležitosti medzi jej jednotlivými členmi, prípadne triedami, rozložené relatívne rovnomerne a v ktorej sú ľudia vo všeobecnosti ochotní existujúce inštitúcie kriticky posudzovať. Ak však takáto konštelácia pomerov v spoločnosti neexistuje, potom rozšírenosť a ustálenosť inštitúcií nemusí byť známkou toho, že obstáli v skúške času, ale len toho, že propagujú záujmy mocnejších. Otroctvo či patriarchát by nikdy nemali mať dialektickú výhodu prezumpatívnej správnosti *len* preto, že v určitej spoločnosti sú či boli rozšírené a ustálené.³³ Čo sa týka politických a právnych inštitúcií, uprednostnenie *status quo* pred zmenou je skôr morálnou ako ekonomickou voľbou.³⁴

Napokon v debatách o zavádzaní nových technológií do praxe sa preferencia *status quo* pred inováciou presadzuje pomocou tzv. princípu predbežnej opatrnosti (*precautionary principle*). Tento princíp hovorí, že ak existuje riziko, že nová technológia spôsobí nenapraviteľné škody, pričom o tejto otázke neexistuje vedecký konsenzus, potom by sa technológia zaviesť nemala.³⁵ Tento princíp presúva dôkazné bremeno na inovátorov, ktorí by mali preukázať, že riziko plynúce z inovácie je zanedbateľné. V dialógoch o biotechnológiách je však extrémne náročné toto bremeno uniesť, pretože každá nová biotechnológia je potenciálne škodlivá a z uvedeného princípu nie je jasné, aké riziko škodlivosti je ešte akceptovateľné.³⁶

Na prvý pohľad by sa mohlo zdať, že princíp predbežnej opatrnosti je odôvodnený efektívnou delbou epistemickej práce. Keďže svet bez navrhovanej inovácie je nám dôverne známy, zatiaľ čo svet, v ktorom inovácia zavedená je, možno len s určitou pravdepodobnosťou predvídať, v záujme šetrenia zdrojov by mal bremeno dôkazu niesť inovátor. Aplikácia princípu predbežnej opatrnosti však má i svoje náklady, keďže funguje ako zábrana nielen voči potenciálnym škodám, ale aj voči potenciálnym prínosom. Ven Den Belt a Gremmen presvedčivo argumentujú, že v debate o biotechnológiách si musíme všímať nielen riziko omylu, že sa do obehu pustí škodlivá technológia, ale aj riziko omylu, že sa do obehu nepustí tá prínosná. Medzi týmito dvoma rizikami je potrebné robiť kompromisy – ak znížime riziko prvého omylu, nevyhnutne zvýšime riziko toho druhého. Nastavovanie prípustnosti týchto rizík sa teda javí skôr ako hodnotová než expertná otázka.³⁷ Napokon preferencia

³³ Argument proti prezumpatívnej správnosti inštitúcií sa dá do určitej miery použiť aj voči prezumpatívnej správnosti poznania, osobitne toho laického. Slobodný trh myšlienok je tiež deformovaný spoločenským nerovnosťami a v súčasnosti aj algoritmi sociálnych sietí.

³⁴ Juha Räikkä, 'Global Justice and the Logic of the Burden of Proof' (2005) 36 *Metaphilosophy* 1, 233.

³⁵ 'Precautionary Principle' (EUR-Lex) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:precautionary_principle> cit. 31. 3. 2025.

³⁶ Van den Belt a Gremmen (n 25) 105.

³⁷ Ibidem, 120–121.

skutočného sveta aj s jeho nedostatkami pred potenciálne lepším svetom bez nedostatkov je esenciou moderného konzervatívneho myslenia.³⁸

To, že je distribúcia dôkazného bremena pomocou princípu predbežnej opatrnosti vychýlená v prospech konzervatívnej ideológie, je popis, nie kritika. Ako si ukážeme v nasledujúcej časti tohto článku, takéto vychýľovanie na základe ideologických alebo hodnotových preferencií, osobitne v dialógoch s praktickými dopadmi, nie je ojedinelé.

4. Distribúcia dôkazného bremena ako nástroj ochrany spoločenských hodnôt

Záver Van Den Belta a Gremmena, že pri distribúcii dôkazného bremena v dialógoch o biotechnológiách by sa mali vyvažovať dve riziká – riziko omylu, že sa do obehu pustí škodlivá technológia ako aj omylu, že sa do obehu nepustí technológia prínosná – vychádza aj z reflexie dôkazného bremena v trestnom procese.³⁹

Pri úprave tohto bremena totiž zákonodarca taktiež vychádza z predpokladu, že justičný systém môže generovať dva typy omylov – buď súd odsúdi nevinného človeka alebo oslobodí človeka vinného. V právnom štáte sa pritom prvý omyl hodnotí ako oveľa väčšie zlyhanie než omyl druhý, čo ikonicky vyjadril už Blackstone, keď povedal, že je lepšie oslobodiť desiatich zločincov ako odsúdiť jedného nevinného. Omyl spočívajúci v odsúdení nevinného totiž dopadá v kondenzovanej podobe na plecia konkrétneho jednotlivca, zatiaľ čo omyl spočívajúci v oslobodení vinného znáša v rozriedenej podobe celá spoločnosť.⁴⁰ Je to teda preferencia liberálnych hodnôt individualizmu a slobody, ktorá stojí v pozadí špecifickej distribúcie dôkazného bremena v rámci trestného procesu, kde platí prezumpcia nevinny a zásada *in dubio pro reo*.⁴¹

Hodnotové preferencie môžu vychýľovať dôkazné bremeno v prospech či neprospech jednej strany kontroverzie aj v rýdzo teoretických dialógoch. Takýto presun bremena považoval za legitímny napríklad Immanuel Kant, ktorý v debate proti Mosesovi Mendelssohnovi obhajoval názor, že k morálnej dokonalosti sa dokáže približovať nielen človek ako individuum, ale aj ľudstvo ako rod. Kant sa pokúša o presun dôkazného bremena na oponenta takýmto spôsobom:

³⁸ „Byť konzervatívny teda znamená dávať prednosť dobre známemu pred neznámym, vyskúšanému pred nevyskúšaným, faktom pred tajomstvami, skutočnému pred možným, obmedzenému pred neobmedzeným, blízkeму pred vzdialeným, dostatočnému pred nadbytočným, vyhovujúcemu pred dokonalým, smiechu v prítomnom okamihu pred utopickou blaženosťou. Dôverným vzťahom a lojálnym zväzkom sa dáva prednosť pred lákadlami výhodnejších spojení; získať a zväčšiť bude menej dôležité ako uchovať, kultivovať a radostne užívať; smútok, ktorý spôsobí strata, bude silnejší ako vzrušenie vyvolané novotou či príslubom. Byť konzervatívny znamená vyrovnávať sa s vlastným osudom, žiť na úrovni vlastných prostriedkov, uspokojiť sa s nedostatkom väčšej dokonalosti, ktorý patrí k človeku a jeho pomerom. U niektorých ľudí ide o skutočnú voľbu; u iných je to dispozícia, ktorá sa viac či menej často prejavuje v ich preferenciách a averziách a sama osebe nie je ničím, čo si zvolili alebo obzvlášť kultivovali.“ Michael Oakshott, *Racionalismus v politice* (Oikoymenth 2019) 150.

³⁹ Van den Belt a Gremmen (n 25) 113.

⁴⁰ Porovnaj Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge University Press 1982) 137–138.

⁴¹ Porovnaj: Alex Stein, 'Constitutional Evidence Law' (2008) 61 *Vanderbilt Law Review* 1, 70–71.

„Keďže ľudský rod neustále napreduje vo vzťahu ku kultúre ako svojmu prirodzenému cieľu, pokrok k lepšiemu je prítomný aj vo vzťahu k morálnemu cieľu jeho existencie; môže byť tu a tam prerušený, ale nikdy nemôže byť zastavený. Tento predpoklad nemusím dokazovať; ten, kto musí dokazovať, je protivník. Spolieham sa totiž na svoju vrozenú povinnosť, na povinnosť každého člena poriadku stvorenia pôsobiť na potomstvo tak, aby sa neustále zlepšovalo (možnosť takéhoto zlepšenia teda treba predpokladať), a že zároveň táto povinnosť sama môže zákonným spôsobom prechádzať z jedného člena poriadku stvorenia na druhého.“⁴²

Bez ohľadu na meritum tohto sporu vzhľadom na našu hlavnú tému je najzaujímavejšie to, ako Kant považuje ním zastavané tvrdenie za natolko morálne naliehavé („spolieham sa na svoju vrozenú povinnosť“), že jeho správnosť automaticky prezumuje a predkladanie dôkazov prenecháva na oponenta. Nie je férové, ak takýto presun dôkazného bremena žiada jeden rečník od druhého v rámci dynamiky prebiehajúceho dialógu. Otázka však znie, prečo by sa na redistribúcii bremena (zo statického hľadiska) nemohla vopred dohodnúť spoločnosť v záujme ochrany hodnôt, princípov, názorov či postojov, ktoré považuje za dôležité.

Pri bližšom skúmaní sa zdá, že hlavnou úlohou niektorých ústavných princípov je práve takáto redistribúcia dôkazného bremena. Pozrime sa na konštitutívne princípy liberálnej demokracie: rovnosť a slobodu.

Princíp rovnosti sa zvykne považovať za kardinálnu zásadu spravodlivosti napriek (alebo práve vďaka) tomu, že je čisto formálny. To si všimol už Hans Kelsen, ktorý ho z tohto dôvodu vykázal z ríše etiky do ríše logiky:

„Princíp rovnosti ako princíp spravodlivosti znamená len to, že ak sa s A má zaobchádzať určitým spôsobom a B sa rovná A, vyplýva z toho, že s B sa musí zaobchádzať rovnako. V opačnom prípade by došlo k logickému rozporu; princíp totožnosti by bol porušený a idea jednoty systému by bola zničená. Redukovať ideu spravodlivosti na ideu rovnosti alebo jednoty poriadku neznamená nič viac a nič menej ako nahradiť etický ideál ideálom logickým.“⁴³

Keď ústava hovorí, že všetci sme si rovní, neznamená to, že každý subjekt práva má presne ten istý právny status, rovnaký súbor subjektívnych práv a povinností, ako ostatné subjekty. Ľudia a organizácie sa líšia vo svojich schopnostiach, potrebách, pomeroch, príležitostiach, spoločenských rolách, preferenciách a pod. Ak by právo všetky tieto rozdiely ignorovalo a vždy bolo adresované len „každému“, princíp rovnosti by spoločenskú nerovnosť len prehľboval. Ústrednou témou v rámci diskusií o spravodlivosti preto je, ktoré z týchto odlišností by sa mali v práve reflektovať a ktoré naopak ignorovať. Otázku nevyvoláva, ako by mohol naznačovať Kelsenov citát, či dať dvom subjektom rovnaký právny status, ak už sme sa raz zhodli na tom, že sú v relevantnom aspekte rovnakí („B sa rovná A“).

Funkcia princípu rovnosti preto nie je čisto logická, nejde len o logický predpoklad, na základe ktorého môžeme zisťovať, či sa v určitom normatívnom systéme nachádza logické protirečenie. Ide o predpoklad dialektický, ktorý v diskusiách o spravodlivosti určuje, kto nesie dôkazné bremeno. Na základe tohto princípu sa totiž predpokladá rovnosť všetkých ako východiskový stav, ktorý netreba dokazovať, naopak, dokazovať musí vždy ten, kto navrhuje, aby sa s určitými kategóriami osôb zaobchádzalo odlišne. Dokazovať nemusí ten,

⁴² Immanuel Kant, *Studie k dejinám a politice* (Oikoymenh 2013) 97–98.

⁴³ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Transaction Publishers 2006) 439–440.

kto chce priznať určité právo všetkým ľuďom, ale ten, kto ho chce priznať len, povedzme, heterosexuálnym párom. Formálne poňatý princíp rovnosti však nediktuje, ako tieto diskusie musia nakoniec dopadnúť. Je zrejmé, že výsledok debaty môže byť iný v homofóbnej spoločnosti ako v tej, kde sú homofóbne predsudky skôr ojedinelé.⁴⁴

Takúto dialektickú funkciu plní aj všeobecný princíp slobody. V ústavnom práve platí, že „každý môže konať, čo nie je zákonom zakázané“, takže v prípade sporu o to, či nejaká súkromná osoba bola oprávnená vykonať určitý skutok, musí dokazovať ten, kto tvrdí, že oprávnená nebola, nie ten, kto tvrdí opak. V legislatívnej rozprave nesie zasa bremeno dôkazu ten, kto navrhuje obmedziť slobodu občanov, nie ten, kto tvrdí, že miera občianskej slobody by mala ostať zachovaná. Ak všeobecnú slobodu občanov pokrýva niektoré z ich základných práv, potom jej obmedzovanie možno tematizovať v rámci testu proporcionality ako povinnosť predkladateľa zákona dokázať, že dotknutá sloboda sa obmedzuje v záujme dosiahnutia nejakého legitímneho cieľa a iba v nevyhnutnej miere. Oponent návrhu na druhej strane nemusí dokazovať, že táto sloboda je hodná zachovania v čo najväčšom rozsahu.

Pre spresnenie treba doplniť, že všeobecný princíp slobody nie je to isté ako Millov princíp škody.⁴⁵ Princíp škody stanovuje, že legitímne možno zakázať iba také konanie, ktoré škodí druhým, teda nie také, ktoré škodí samotnému konajúcemu alebo ktoré iba poburuje väčšinovú mienku. Princíp škody preto stanovuje nielen to, že dôkazné bremeno nesie navrhovateľ obmedzenia slobody, ale aj to, že navrhovateľ ho dokáže uniesť, len ak predostrie určitý typ argumentu. V kontraste s tým princíp slobody ostáva otvorený aj konzervatívnejšie ladeným argumentom, napr. že slobodu možno za určitých okolností obmedziť aj v záujme ochrany morálky alebo v záujme samých nositeľov slobody. Ak by sme mienili distribúciu dôkazného bremena od liberálnej ideológie odpojiť úplne, mohli by sme sa pokúsiť princíp slobody nahradiť všeobecnou kategóriou dobra: v normatívnych dialógoch o tom, ako sa má konať alebo aké opatrenie sa má prijať, treba zdôvodňovať (justifikovať) to, čo dobro zmenšuje, a nie to, čo ho uchováva alebo zväčšuje.

Niektorí autori si však myslia, že princípy slobody a rovnosti nie sú len akýmsi náhodným ideologickým nánosom, ktorý si možno z našej argumentácie kedykoľvek odmyslieť. Napríklad Robert Alexy, prominentný predstaviteľ diskurzívnej teórie, je presvedčený, že tieto princípy sú nevyhnutným predpokladom akejkolvek diskurzívnej praxe, nielen tej odohrávajúcej sa v kontexte liberálnej demokracie. Totiž už samotným faktom, že sa s druhými ľuďmi zapájame do diskurzu, mlčky uznávame, že títo ľudia majú slobodu a že sú nám rovní.⁴⁶ Že zdôvodňovať má ten, kto navrhuje rozdielne zaobchádzanie alebo obmedzenie slobody, a nie ten, kto je za rovnosť a slobodu, vyplýva teda už zo samotného faktu, že oná medziľudská interakcia má podobu zdôvodňovania. Sloboda a rovnosť možnože nie sú

⁴⁴ Porovnaj napr. John Corvino, 'Homosexuality and the PIB Argument' (2005) 115 *Ethics* 3, 512.

⁴⁵ Porovnaj napr. Simon Reader, *The Ethics of Choosing Children* (Palgrave Macmillan 2017) 11.

⁴⁶ Robert Alexy, Law, 'Morality, and the Existence of Human Rights' (2012) 25 *Ratio Juris* 1, 11–12. Pravda, tento predpoklad je skôr pragmatický ako logický. Ak jeden človek argumentuje druhému, že je otrokom, môže byť nanajvýš performatívne inkonzistentý. Totiž ak by bola pravda to, čo odôvodňuje, bolo by to v rozpore s tým, že to vôbec odôvodňuje, pretože otroci sú veci, ktoré nemôžu vystupovať v roli diskurzívnych partnerov.

nejakými „vonkajšími“ hodnotami, ktoré do našich dialógov vtláča spoločenské prostredie, ale ide o hodnoty, ktoré implicitne vypývajú z toho, že medzi sebou dialógy vôbec vedieme.

Záver

Znášanie dôkazného bremena je prejavom konverzačnej spolupráce a aj obvyčajnej slušnosti. Predpokladom plnenia tohto záväzku je však to, aby bolo dôkazné bremeno distribuované adekvátne. Pravidlo, podľa ktorého dokazuje ten, kto niečo tvrdí, má celú radu výnimiek. Tie môžu byť odôvodnené buď „vnútro-procesne“, potrebou efektívnej delby epistemickej práce medzi účastníkmi dialógu, alebo odkazom na „vonkajšie“ spoločenské hodnoty, konkrétne potrebou ich ochrany v prostredí, v ktorom dialóg prebieha.

Dôkazné bremeno v dialógoch o práve je distribuované aj pomocou niektorých ústavných princípov, ktoré sa na povrchu javia ako čisto hmotnoprávne ustanovenia. Napríklad princíp rovnosti prezumuje ako správne rovnaké zaobchádzanie so všetkými, takže dôkazné bremeno musí niesť ten, kto navrhuje, že s určitou kategóriou subjektov sa má zaobchádzať odlišne. Princíp slobody zasa prezumuje ako správne, aby súkromné osoby požívali čo najväčšiu mieru slobody, takže dôkazné bremeno nesie ten, kto chce túto slobodu obmedziť. Takouto distribúciou dôkazného bremena sa regulatívna funkcia uvedených princípov vyčerpáva.



Stat'

Malé lidy (minipopuli) aneb nástroje deliberativní a participativní demokracie jako řešení krize

Mini-publics (Minipopuli), Deliberative and Participatory Democratic Tools as a Solution to Crisis

Ondřej Preuss

Ondřej Preuss (nar. 1984) je odborným asistentem na katedře ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze a advokátem v Praze. Ve své odborné činnosti se zaměřuje zejména na otázky spojené s ústavními změnami a legitimitou moci. Publikoval např. monografii Klauzule věčnosti. Je možné odstranit liberální demokracii? Kratší texty publikuje i v zahraniční a vede i kurz na Fakultě sociálních věd Univerzity Karlovy v Praze.

Abstrakt

V tomto článku se zabývám deliberativními a participativními demokratickými nástroji jako možným řešením současné krize zastupitelské demokracie. Zkoumám koncepční základy deliberativní demokracie a kriticky hodnotím mechanismy, jako jsou občanská shromáždění, minipopuli (malé lidy) nebo participativní rozpočtování. Tyto instituce nemohou nahradit zastupitelskou demokracii, ale stojí za to jim věnovat pozornost. Každý „ústavní inženýr“ by si měl být vědom jejich potenciálu, ale také jejich nevýhod a možných kontraproduktivních důsledků. Článek čerpá z mezinárodních zkušeností i české praxe, aby ilustroval jak potenciál, tak nevýhody těchto demokratických inovací.

Klíčová slova: deliberativní demokracie, participativní demokracie, krize demokracie, občanská participace, minipopuli, participativní rozpočtování, demokratické inovace

Abstract

In this paper, I explore deliberative and participatory democratic tools as potential responses to the ongoing crisis of representative democracy. I examine the conceptual foundations of deliberative democracy and critically assess mechanisms such as citizens' assemblies, minipopuli or participatory budgeting. These institutions cannot replace representative democracy, but they are worth paying attention to. Every „constitutional engineer“ should be aware of their potential, but also of their disadvantages and possible counterproductive consequences. The article draws on international examples and Czech practice to illustrate both the potential and the limitations of these democratic innovations.

Keywords: deliberative democracy, participatory democracy, crisis of democracy, civic participation, minipopuli, participatory budgeting, democratic innovation

Úvod¹

Tělo demokracie je znetvořené.² Svět a jednotlivá demokratická zřízení jsou v krizi.³ Nebo se to tak alespoň jeví. Sledujeme aktuálně v přímém přenosu nástup populismu, který mnohé studie již delší dobu předvíдалy či před ním varovaly.⁴

Samozřejmě to mnohé vede k hledání řešení. Řešení na ústavní úrovni. V tomto příspěvku se zaměříme na otázku, zda, resp. nakolik mohou nástroje tzv. deliberativní či participativní demokracie být takovým řešením.

V právu se obtížně dělají experimenty a ústavní právo není výjimkou. Nemáme již svou Halič a nemůžeme dělat A/B testování. Přesto bychom měli zvažovat, jaké právní, či dokonce ústavně právní nástroje mohou vést k lepším či rozumnějším výsledkům. Metodou bude *literature review* za účelem přednesení možností, zkušeností a deklarovaných výhod či nevýhod.⁵

Pokud totiž hovoříme o krizi demokracie, musíme se zamýšlet nad tím, jaké instituty by mohly demokracii přiblížit jejímu ideálu, nebo ještě jinak – zefektivnit a zlepšit její fungování. Kromě např. referend, volebních změn či zapojení náhodného výběru se nabízí prohloubení demokratické deliberace.⁶ Ta může být posílena tradičními nástroji, mezi které počítáme petice, samosprávu a shromáždění (town meetings). Těžištěm našeho zájmu však budou ambiciózní moderní nástroje deliberativní, resp. participativní demokracie v podobě tzv. minipopuli či občanských konferencí, tedy jakýchsi malých lidí.

Úvahy o významu deliberace jsou v odborné literatuře spíše na vzestupu.⁷ I praktické využití deliberativních, či dokonce participativních nástrojů zažívá určitý rozmach.⁸ Ostatně

¹ Článek je výstupem programu Univerzity Karlovy *Cooperatio*, vědní oblast Právo (LAWS).

² Viz metafora Nadi Urbinati. Nadia Urbinati, *Znetvořená demokracie: mínění, pravda a lid* (1st edn, Karolinum 2018) 12.

³ Nancy Bermeo, 'On Democratic Backsliding' (2016) 27(1) *Journal of Democracy* 5–19; Martin Wolf, *The Crisis of Democratic Capitalism* (Penguin Press 2023) 496; Tom Ginsburg, Aziz Z. Huq and Mila Versteeg, 'The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?' (2018) 85(2) *University of Chicago Law Review* 239–256.

⁴ Cas Mudde, 'The Populist Zeitgeist' (2004) 39(4) *Government and Opposition* 541–563; David Landau, 'Populist Constitutions' (2018) 85(2) *University of Chicago Law Review* 521–544; Paul Pierson, 'American Hybrid: Donald Trump and the Strange Merger of Populism and Plutocracy' (2017) 68(S1) *The British Journal of Sociology* S105–S119. Zde se dočteme, že propastný rozdíl mezi Trumpovou rétorikou a jeho činy opravňuje ke skeptičtějšímu hodnocení šíře a hloubky amerického populismu.

⁵ Podklady byly zvoleny dle relevance, tedy dle citačních indexů v mezinárodních databázích, a také tak, aby obsáhly nejen anglicky psanou literaturu.

⁶ Martina Trettel, 'La política de la democracia deliberativa. Un estudio comparado del "Derecho en acción" de la participación ciudadana' (2015) 94 *Revista de Derecho Político* 85.

⁷ André Bächtiger and others, 'Deliberative Democracy: An Introduction' in André Bächtiger, John S. Dryzek, Jane Mansbridge and Mark E. Warren (eds.), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 1–32.

⁸ Simon Elstub and Giacomo Pomatto, 'Mini-publics and Deliberative Constitutionalism' in Robert Levy and others (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism* (Cambridge University Press 2018) 295–310.

dokonce se v souvislosti s deliberací hovoří o ústavním obratu.⁹ Z ústavního hlediska má pak deliberativní mince tyto dvě strany: Mohou deliberativní metody tvorby ústavního práva zvýšit legitimitu ústavy (deliberace přispívá legislativě)? Anebo naopak: Může praxe a účinky práva, zejména ústavního práva, posílit deliberativní demokracii (právo přispívá deliberaci)?¹⁰

Nicméně není asi možné hovořit o rozkvětu, či dokonce překotném zavádění příslušných nástrojů do samotné praxe, jejich role zůstává spíše konzultativní.¹¹ Jednak jsou ústavní systémy přirozeně konzervativní, jednak je stále otázkou, nakolik skutečně tyto nástroje demokracii zásadním způsobem posouvají. Lze o tom totiž i pochybovat. Je pak otázkou, zda posilovat v ústavách, v běžných zákonech či třeba jen v podzákoně úpravě deliberativní a participativní prvky jako hlavní obranu proti oslabování demokratických zřízení.¹² Zejména v situaci, kdy i nejúspěšnější projekty (Irsko) zřídka naplní očekávání.

Tento příspěvek má tedy jasný cíl, představit možnosti, které právní věda nabízí, a dát tím rámec jejich možnému vyhodnocení. Vlastně jde o katalog pro „ústavního inženýra“, který by mohl zvažovat, jak by bylo možné systém změnit či doplnit a zvýšit tak legitimitu, efektivitu a hlavně důvěryhodnost daného ústavního systému.¹³ Zároveň je však varováním, že jednoduchá zkratkovitá řešení prostě nemohou fungovat zázračně. Bez silné politické legitimacy se prostě neobejdeme a moderní nástroje participace nejsou samospásným řešením. Jsou maximálně doplňkem tradičních institucí a nesmí být zneužity jako jednoduchá nefunkční, a dokonce kontraproduktivní náhražka funkční demokracie.

1. Pojem deliberativní a participativní demokracie

Deliberativní demokracii můžeme chápat jako systém demokratického rozhodování, ve kterém je ústřední vzájemná komunikace a porozumění.¹⁴ Tedy diskuze, zvažování a reflexe

⁹Oran Doyle and Rónán Walsh, 'Deliberation in Constitutional Amendment: Reappraising Ireland's Deliberative Mini-Publics' (2020) 16(3) *European Constitutional Law Review* 440; Jane Suiter and Min Reuchamps, 'A Constitutional Turn for Deliberative Democracy in Europe?' in Min Reuchamps and Jane Suiter (eds), *Constitutional Deliberative Democracy in Europe* (ECPR Press 2016) 1.

¹⁰Hoi Kong and Ron Levy, 'Deliberative Constitutionalism' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 624, 627.

¹¹Graham Smith and Maija Setälä, 'Mini-publics and Deliberative Democracy' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 300.

¹²Susan D Hyde, 'Democracy's Backsliding in the International Environment' (2020) 369(6508) *Science* 1192.

¹³Je však potřeba si uvědomit, že se normativní a empirická literatura o deliberaci vyvíjely dlouho odděleně, jak dokládá Jason Barabas: Jason Barabas, 'How Deliberation Affects Policy Opinions' (2004) 98(4) *American Political Science Review* 687, 699.

¹⁴Příznačné je, že např. Jürgen Habermas nejprve v deliberaci spatřoval spíše směřování přímo ke konsenzu. Ten měl vzejít z racionálně-kritické veřejné diskuse. Teprve později dospěl k umírněnějšímu pohledu. Jde o deliberaci chápanou čistě jako snahu o vzájemné porozumění, nikoliv tedy nutně dosažení finálního konsenzuálního rozhodnutí. André Bächtiger and others, *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 7–8.

preferencí, hodnot a zájmů.¹⁵ Demokracie je samozřejmě vždy diskuze.¹⁶ Jde však o roli diskuze a případně účasti jednotlivých diskutujících na formování finálního rozhodnutí. V tomto může být spatřován (zdánlivý?) protiklad vůči klasické reprezentativní demokracii, kde jsou zástupci voleni a rozhodují za své voliče.

Samotný pojem deliberativní demokracie prosadil Joseph M. Bessette ve své práci *Deliberative democracy: the majority principle in republican government* z roku 1980.¹⁷ Participativní demokracie je pojmově starší. Její podstata tkví v aktivní a přímé účasti občanů¹⁸ na politice.¹⁹ Již z toho je patrné, že participace jde dál než deliberace, resp. je její nejaktivnější podmnožinou.²⁰ Její kořeny sahají do 60. let minulého století²¹, ale inspiraci najdeme samozřejmě mnohem hlouběji v historii a někteří autoři se odvolávají na antiku či alespoň na Johna Stuarta Milla, nebo dokonce konfucianství a jiné nezápadní systémy.²² Nejde však nikdy přímo o přímou demokracii, ale o modifikaci a doplnění demokracie zastupitelské. Jde spíše o určitou decentralizaci moci,²³ resp. rozšíření aktivní, inkluzivní a přímé účasti občanů na politice. Toho má být dosaženo rozšířením politické sféry na celou společnost, čímž dochází k vytvoření participativní společnosti a decentralizaci rozhodovací moci.²⁴

Základem obou těchto konceptů je však skutečně deliberace, jakási širší diskuze. Jak uvádí Milan Znoj, hlavní myšlenkou všech deliberativních konceptů je představa, že politika je především komunikace a diskuse, při níž nejde o součet zájmů, jejich sladění, vážení nebo konsensus, nýbrž o výměnu názorů, při níž se utváří společné mínění. Politika tedy není prosazení zájmů, ale deliberace – rozprava, při níž názor na to, co je vlastní zájem a jak je velký, teprve vznikne. Spíše než tedy samotný výsledek deliberace je přednější, jakým způsobem

¹⁵ Bächtiger and others (n 8) 2.

¹⁶ Narážím samozřejmě na slavný výrok Tomáše Masaryka, který je však širší: *Vy jeden každý musíte vždy snést mínění druhého. V demokracii je svoboda, volnost. Demokracie, bylo řečeno, znamená diskusi, tj. nesmí se nikomu překážet, kdo má jiné a opačné mínění. Musíte přes rozdíly politické žít kamarádsky. Naučit se respektovat cizí mínění, vyslechnout důvody. Vy se můžete mezi sebou pohádat, ale vždy jako kamarádi, kterým jde o věc.* Citováno dle Pavel Kosatík, *100× TGM* (1st edn, Universum 2017) 138.

¹⁷ James M Bessette, 'Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government' in Richard A Goldwin and William A Schambra (eds), *How Democratic Is the Constitution?* (American Enterprise Institute for Public Policy Research 1980) 102.

¹⁸ Pojem *občan* zde bude případně užíván ve smyslu člen daného polis.

¹⁹ Nadia Urbinati, *Representative Democracy: Principles and Genealogy* (University of Chicago Press 2006) 57.

²⁰ Často citovaná definice Herberta McCloskyho z roku 1968 říká, že jde o „takovou dobrovolnou činnost, kterou se členové společnosti podílí na výběru představitelů a, přímo či nepřímo, na formování veřejné politiky“. Herbert McClosky, 'Political Participation' in David L Sills (ed), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol 12 (Macmillan & Free Press 1968) 252.

²¹ Bächtiger and others (n 8) 2.

²² Simone Chambers, 'The Philosophic Origins of Deliberative Ideals' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 55.

²³ Thomas E Cook and Patricia M Morgan (eds), *Participatory Democracy* (Canfield Press 1971) 4.

²⁴ Jiří Čambora and Pavel Dufek, 'Teze o přelítí v participativní demokracii: Empirická relevance a normativní udržitelnost' (2016) 22(2) *Politologická revue* 75, 78.

se k onomu východisku lze dostat.²⁵ K tomu vytvořil Joshua Cohen tzv. ideál deliberativní procedury, který stojí na principech svobody, odůvodněnosti (*reasoned*) deliberace, rovnosti a konsensu.²⁶ Politická participace v tradičním liberálně demokratickém formátu, totiž v hlasování ve volbách je nejen podle těchto měřítek považována za nedostatečnou ve smyslu počtu a rozmanitosti příležitostí k účasti.²⁷

Jak rozebírá André Bächtiger, editor hesla *deliberace* pro Oxford, zatímco participativní demokracie je založena na přímém jednání občanů, kteří vykonávají určitou moc a rozhodují o otázkách, které se týkají jejich života, tak deliberativní demokracie je založena na výměně názorů, vzájemném zdůvodňování a na veřejných debatách, které předcházejí rozhodnutím.²⁸

Pro někoho se tím participativní demokracie stává paradoxně příliš vágní.²⁹ Vše je totiž do jisté míry dáno participací občanů. To prý mohlo přispět k postupnému osamostatnění samotné deliberativní demokracie.³⁰ Shoda panuje v tom, že se vyvinula právě z participativní demokracie.³¹ Ta zažila vrchol v 60. letech v souvislosti s energií nových sociálních hnutí, ale poté začala upadat. Hovoří se pak o tzv. deliberativním obratu, který můžeme datovat do 80. let 20. století.³² Nejčastěji se spojuje s mysliteli, jako je John Rawls, Jürgen Habermas či Joshua Cohen.³³ Klíčových autorů, kteří navrhuji i zcela konkrétní opatření je však celá řada – můžeme uvést jména jako James Fiskin a jeho koncept deliberativního průzkumu či John Dryzek s jeho důrazem na diskurs.³⁴

Jak uvádí čeští autoři Jan Čambora a Pavel Dufek, jeden z důvodů, proč se na úkor participativní demokracie dostala v posledních letech na alternativní výsluní teorie deliberativní, jejíž kompatibilita s institucemi a normativním jádrem liberální demokracie – a tudíž i praktická realizovatelnost demokratických „inovací“ – je *prima facie* nadějnější a jejími zastánci též explicitně zdůrazňovaná.³⁵

²⁵ Milan Znoj, Jan Bíba and Jarmila Vargovčíková, *Demokracie v postliberální konstelaci* (1st edn, Karolinum 2015) 102.

²⁶ Joshua Cohen, 'Deliberation and Democratic Legitimacy' in James Bohman and William Rehg (eds), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (MIT Press 1997) 67, 73.

²⁷ Donatella Della Porta, *Can Democracy Be Saved? Participation, Deliberation and Social Movements* (Polity Press 2013) 7, cited in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 3.

²⁸ Bächtiger and others (n 8) 1.

²⁹ Giovanni Sartori, *The Theory of Democracy Revisited: Part One – The Contemporary Debate* (Chatham House Publishers 1987).

³⁰ Della Porta (n 28).

³¹ Sarah Elstub, 'Deliberative and Participatory Democracy' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 1.

³² Alessandro Floridia, 'The Origins of the Deliberative Turn' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 35, 37.

³³ Ibid., s. 13.

³⁴ John S Dryzek, *Deliberative Global Politics: Discourse and Democracy in a Divided World* (Polity Press 2006) 208.

³⁵ Čambora and Dufek (n 25) 93.

2. Konkrétní nástroje deliberativní a participativní demokracie

Pro účel tohoto pojednání je nejzajímavějším konkrétním nástrojem provedení deliberace/participace malý lid, chcete-li tzv. minipopuli. Ve své knize „Demokracie a její kritici“ Robert Dahl navrhuje, že vyspělý demokratický stát může vytvořit malé skupiny lidí, nazývané „minipopuli“. Každá z těchto skupin by sestávala z přibližně tisíce náhodně vybraných občanů a zabývala by se iniciativou projednání konkrétních problémů nebo by konkrétní politickou agendu přímo řešila, a to prostřednictvím slyšení, prošetřování, debat atd.³⁶ Novodobá historie „malých lidí“ začíná nicméně v 70. letech 20. století, kdy Petr Dienel v Německu a Ned Crosby v USA nezávisle na sobě zavedli plánovací buňky a občanské poroty.³⁷

Tyto malé lidy však nejsou zdaleka jedinou možností, jediným nástrojem, který můžeme s deliberací a participací spojit. Deliberativní demokraté se v minulosti zaměřovali dokonce na samotné ústavy, resp. jejich vznik,³⁸ na klasické instituce, jako je parlament jako takový,³⁹ politické strany⁴⁰ či referenda,⁴¹ ale i např. na sociální hnutí⁴² či protesty.⁴³ Jejich zájem jde často i mimo stát jako takový, např. veřejný prostor internetu⁴⁴ nebo pracoviště⁴⁵, kde hovoříme o úspěšném skandinávském modelu participace.⁴⁶ Když ale ponecháme stranou tyto deliberativní koncepce, můžeme pořad deliberativní nástroje klasifikovat podle nejrůznějších dalších kritérií.

Může jít o různé varianty malých lidí. Nazývají se přitom konference, minipublic (malá veřejnost), občanské poroty apod.⁴⁷ Za poslední desítky let jich vznikly tisíce od Dánska po Spojené státy, i když ani mezi zastánci deliberativní demokracie nejsou často přijímány pozitivně.⁴⁸ Jejich navrhovatelé se nicméně snaží vyjít vstříc kritice zastupitelské demokracie

³⁶ Robert A Dahl, *Demokracie a její kritici* (trs Helena Blahoutová, Victoria Publishing 1995) 340.

³⁷ Smith and Setälä (n 12) 1.

³⁸ Jon Elster, 'Deliberation and Constitution Making' in Jon Elster (ed), *Deliberative Democracy* (Cambridge University Press 1998) 97.

³⁹ James Steiner and others, *Deliberative Politics in Action: Analyzing Parliamentary Discourse* (Cambridge University Press 2004).

⁴⁰ Bernard Manin, 'On Legitimacy and Political Deliberation' (1987) 15(3) *Political Theory* 338.

⁴¹ Stephen Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation* (Oxford University Press 2012).

⁴² Della Porta (n 28).

⁴³ Rafael F Mendonça and Selin A Ercan, 'Deliberation and Protest: Strange Bedfellows? Revealing the Deliberative Potential of 2013 Protests in Turkey and Brazil' (2015) 36(3) *Policy Studies* 267.

⁴⁴ Peter Dahlgren, 'The Internet, Public Spheres, and Political Communication: Dispersion and Deliberation' (2005) 22(2) *Political Communication* 147.

⁴⁵ Anna Felicetti, 'A Deliberative Case for Democracy in Firms' (2018) 150(3) *Journal of Business Ethics* 803.

⁴⁶ Philip M Asaro, 'Transforming Society by Transforming Technology: The Science and Politics of Participatory Design' (2000) 10(4) *Accounting, Management and Information Technologies* 257.

⁴⁷ Vincent Jacquet and Roos Van der Does, 'The Consequences of Deliberative Minipublics: Systematic Overview, Conceptual Gaps, and New Directions' (2020) 57(1) *Representation* 131.

⁴⁸ Např. Carole Pateman se domnívá, že deliberativní demokraté byli příliš posedlí minilidy jako klíčem k participaci. Je tedy velmi kritická k minilidům, které jsou podle ní spíše ovlivněny losováním než samotnou

a zároveň udržet odstup od krajně levicových příkladů z historie (zejména tzv. rad pracujících z let 1905 až 1920).⁴⁹

S jinou možnou podobou těchto fór přichází John Dryzek, který navrhuje tzv. Sněmovnu diskurzů (Chamber of Discourses), v níž mají být zastoupeny všechny relevantní diskurzy. Důraz tedy neklade na zastoupení jednotlivců ze společnosti, ale na reprezentaci relevantních diskurzů (zjednodušeně argumentů).⁵⁰

Zde je přehled jednotlivých možných základních technických variant zapojení „malých lidí“:⁵¹

Druh „malého lidu“	Počet účastníků	Doba trvání	Výstup	Příklad
Občanská porota / referenční panely	12–36	2–5 dní	Doporučení ve zprávě občanů	Oregon Citizens' Initiative Review, USA; MASS-LBP, Kanada; NewDemocracy, Austrálie
Druh „malého lidu“	Počet účastníků	Doba trvání	Výstup	Příklad
Plánovací buňka	25 v každé buňce, ale může být realizováno paralelně nebo postupně, takže zahrnuje stovky jednotlivců	2–7 dní	Zpráva občanů obsahující závěry z různých buněk	Univerzita ve Wuppertalu, Německo
Konsensuální konference	10–24	3 dny (plus přípravné víkendy)	Doporučení ve zprávě občanů	Danish Board of Technology, Dánsko
Občanské shromáždění	99–150	Série víkendů	Doporučení	Britská Kolumbie / Ontario, Kanada; Irsko
Deliberativní průzkum	200+	Víkend	Průzkum po deliberaci	Center for Deliberative Democracy, USA
G1000	1000	1 den	Sada hlasování o návrzích	Belgie

participací. Carole Pateman, 'Participatory Democracy Revisited' (2012) 10(1) *Perspectives on Politics* 7–19; Elstub (n 32) 6.

⁴⁹ Yves Sintomer, 'From Deliberative to Radical Democracy? Sortition and Politics in the Twenty-First Century' (2018) 46(3) *Politics & Society* 337, 339.

⁵⁰ John S Dryzek, *Foundations and Frontiers of Deliberative Governance* (Oxford University Press 2010).

⁵¹ Smith and Setälä (n 12) 3.

Kromě nejrozličnějších druhů těchto malých lidí můžeme samozřejmě do nástrojů deliberativní či participativní demokracie zahrnout různé petice, lidové iniciativy, participativní rozpočtování, otevřená zastupitelstva, ale i referenda či nejrozličnější formy dotazníků či anket.

Už v roce 1969 Sherry R. Arnsteinová navrhla postup, jak míru zapojení veřejnosti měřit, tzv. participační žebřík. Různou úroveň zapojení občanů představují jednotlivé příčky. Čím výše stoupáme, tím větší je vliv veřejnosti na vládnutí.⁵² My se zde zaměříme na vybrané nástroje do větší hloubky.

Nejčastěji se cituje jako příklad inovativního zapojení „malého lidu“ do ústavního „inženýrství“ projekt volební reformy v kanadské provincii Britská Kolumbie. Tato západní výspa Kanady s více než čtyřmi miliony obyvatel podnikla před dvaceti lety odvážný demokratický experiment.⁵³ Místní vláda nechala v roce 2004 vytvořit shromáždění 160 v zásadě náhodně vybraných občanů, aby zhodnotili a přepracovali volební systém provincie.

Jak shrnuje Kateřina Kubíková, *za účelem výběru členů shromáždění byl využit voličský seznam z roku 2003, tedy seznam z předchozího roku. Z tohoto seznamu na základě věku, pohlaví a volební oblasti (z každé volební oblasti bylo náhodně vybráno 200 jmen – 100 žen a 100 mužů, tyto dva seznamy – mužů a žen – byly rozděleny ještě podle věkových skupin). Celkem bylo náhodně vybraným posláno 23 034 dopisů, na které pozitivně odpovědělo 1 715 mužů a žen. Ti byli pozváni na výběrové schůzky, těch se zúčastnilo celkem 964 mužů a žen. Na výběrových schůzích dostali všichni náhodně vybraní informace ohledně toho, co bude následovat, co se Občanského shromáždění týká etc. Následně bylo všech 964 jmen určeno k losování, které probíhalo tak, že se vždy vylosovala jedna žena a jeden muž z dané volební oblasti, a to do té doby, dokud nebyl vylosován potřebný počet členů Občanského shromáždění (158 členů). Aby bylo docíleno toho, že z Občanského shromáždění nebudou vyloučeni původní obyvatelé provincie, byla dvě místa ve shromáždění určena pro tyto obyvatele. Ti byli vybráni z komunity původních obyvatel. Celkem bylo do občanského shromáždění náhodně vybráno 161 členů (včetně předsedy shromáždění).*⁵⁴

Podstatné však je, že celý proces byl velmi nákladný a propracovaný, po dobu několika víkendů probíhala nejprve edukace účastníků shromáždění vysokoškolskými pedagogy, poté ještě docházelo k desítkám setkání s „běžnými občany“ a jejich připomínkami a teprve pak probíhala vlastní deliberace navrhované volební reformy. Ta byla následně předložena všem občanům provincie ke schválení v referendu. Ač se pro změnu většinového volebního systému směrem k poměrnému vyslovila většina cca 57 % hlasujících, nebyl návrh schválen, jelikož bylo potřeba dosáhnout kvalifikovanou většinu 60 %. Ani další pokusy o schválení změny v referendu v roce 2009 a 2018 nebyly úspěšné.

⁵² Sherry R. Arnstein, 'A Ladder of Citizen Participation' (1969) 35 *Journal of the American Institute of Planners* 216–224.

⁵³ Michael E. Warren and Hilary Pearce (eds), *Frontmatter in Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly* (Cambridge University Press 2008) 1–4.

⁵⁴ Kateřina Kubíková, *Reprezentace a deliberativní demokracie* (bakalářská práce, Univerzita Karlova, Filozofická fakulta 2016) 27, vedoucí práce Jan Bíba. Veškerá data najdeme v závěrečné zprávě British Columbia. *Citizens' Assembly on Electoral Reform. Making every vote count: the case for electoral reform in British Columbia* (2004), <www.citizensassembly.bc.ca> navštíveno 14. září 2025. Nicméně lepší shrnutí by bylo obtížné podat.

Přesto tento projekt postupně inspiroval další, např. opět v kanadském Ontariu či americkém Oregonu.⁵⁵ V Oregonu se pod označením *Citizens' Initiative Review* jednalo v zásadě o vyústění snahy nejrůznějších drobnějších iniciativ podle konkrétního konceptu „občanských porot“ jejich „vynálezce“ Neda Crosbyho. Princip je poměrně jednoduchý. Kombinuje vlastně malý lid, klasickou občanskou iniciativu a referendum. Pokud je nějaká konkrétní občanská iniciativa dostatečně úspěšná (početná), nenásleduje automaticky všelidové hlasování, ale nejprve je vylosována „občanská porota“, která návrh prodiskutuje a svůj závěr a argumenty připojí k hlasovacím lístkům. Tím má být dosaženo racionalizace všelidového hlasování.⁵⁶ Ani tam však nedosáhly tyto projekty zásadních úspěchů.

Vypíchnout je pak potřeba i projekty nových ústav na Islandu a v Chile.

Na Islandu uspořádali v roce 2009 zdola (občané, spolky, ale i obchodní společnosti) Národní shromáždění, kterého se zúčastnilo 1 200 náhodně vybraných osob a 300 zástupců soukromých společností, institucí a dalších skupin, aby deliberovali základní principy možné nové ústavy.

Na toto „neformální“ Národní shromáždění navázalo v listopadu 2010 státem (vládou) organizované shromáždění 950 náhodně vybraných občanů. Ti však byli vybráni s přihlédnutím k pohlaví, regionu, ale třeba i věku. Opět deliberovali možné ústavní úpravy. Shromáždění dospělo k závěru, že nová ústava „by měla obsahovat určitá klíčová ustanovení týkající se např. volební reformy a vlastnictví přírodních zdrojů, což jsou po dlouhou dobu dvě nejspornější politické otázky na Islandu“⁵⁷.

Návrhy mělo projednat zvláštní, zákonem zřízené Ústavodárné shromáždění v roce 2011. Po zvláštních volbách jeho 25 členů však zasáhl Nejvyšší soud a volby zrušil pro několik závažných porušení volebního procesu.⁵⁸

Parlament nicméně zvolné členy posléze jmenoval přímo zvláštním zákonem znovu, což je samo o sobě pozoruhodné. Šlo vlastně o obejití rozhodnutí soudu. Ústavodárné shromáždění pak připravilo finální text nové ústavy. Ta byla sice potvrzena i v referendu v roce 2012. Šlo však toliko o nezávazné referendum a dodnes nedošlo k provedení řádného ústavodárného procesu. Tedy i tato deliberovaná ústava zůstala na papíře.⁵⁹

⁵⁵ James Gastil, Robert Richards and Katherine V Knobloch, 'Vicarious Deliberation: How the Oregon Citizens' Initiative Review Influenced Deliberation in Mass Elections' (2014) 8 *International Journal of Communication* 62–89.

⁵⁶ Sintomer (n 50) 345.

⁵⁷ Guðrún Pétursdóttir and others, *Skýrsla Stjórnlaganefndar 2011* (Stjórnlaganefnd 2011), <https://www.stjornarradid.is/media/forsætisraduneyti-media/media/stjornarskra/Skyrsla_stjornlaganefndar_fyrri_bindi.pdf> navštíveno 22. května 2025.

⁵⁸ Eiríkur Bergmann, 'Participatory Constitutional Deliberation in the Wake of Crisis: The Case of Iceland' in Min Reuchamps and Jane Suiter (eds), *Constitutional Deliberative Democracy in Europe* (ECPR Press 2016) 15–32; Ágúst Þór Árnason and Catherine Dupré (eds), *Icelandic Constitutional Reform: People, Processes, Politics* (Routledge 2020).

⁵⁹ Hilary Fillmore-Patrick, 'The Iceland Experiment (2009–2013): A Participatory Approach to Constitutional Reform' (2013) 2 *DPC Policy Note* 1–17; Thorvaldur Gylfason, 'Democracy on Ice: A Post-mortem of the Icelandic Constitution' (*openDemocracy*, 19 June 2013), <<https://www.opendemocracy.net/thorvaldur-gylfason/democracy-on-ice-post-mortem-of-icelandic-constitution>>.

Podobný případ pak nejnověji známe z jihoamerického Chile, kde byl nejprve v referendu v roce 2020 úspěšně schválen návrh na přípravu nové ústavy ve zvláštním ústavodárném shromáždění. To bylo tedy skutečně zřízeno a zvoleno v následujícím roce.⁶⁰ V roce 2022 nicméně občané návrh nové ústavy ve finálním referendu odmítli výraznou většinou téměř 62 %.⁶¹ Přitom se mělo jednat o velmi moderní a progresivní ústavu se zárukami sociálních práv. Opět však ani takováto deliberace nevedla k úspěchu a veřejnost patrně spíše unavila.

Naopak v Irsku můžeme do jisté míry hovořit o úspěchu malých lidí.⁶² Často je dokonce charakterizováno jako světový lídr v propojování deliberativní demokracie (minipopuli) a přímé demokracie (referenda)⁶³ a dáváno za vzor implementace nástrojů deliberativní demokracie do praxe.⁶⁴

V roce 2012 byl v Irsku ustaven malý lid v podobě zvláštního ústavního konventu. Šlo ale ve skutečnosti o malý lid jen částečně, neb předseda byl jmenován vládou, 33 zástupců bylo vybráno dle politického klíče politickými stranami a „jen“ 66 členů bylo vybráno náhodně mezi občany. Konvent se opakovaně scházel po dobu patnácti měsíců. Projednával sedm ústavních reforem „na zakázku“ parlamentu a k tomu přidal ještě dvě vlastní. Přijal nakonec 18 doporučení k ústavním změnám a 20 doporučení k podústavním změnám. K referendu byly však nakonec v roce 2015 předloženy jen dva návrhy – snížení věku u pasivního volebního práva v prezidentských volbách z 35 na 21 let a zavedení stejnopohlavních sňatků. Pouze sňatky uspěly. Později nicméně proběhlo úspěšně i referendum o odstranění trestného činu blasfemie z ústavy.⁶⁵

V dalším volebním období po roce 2015 navazovalo na tyto práce stočlenné tzv. občanské shromáždění.⁶⁶ Tentokrát bylo 99 členů vybráno náhodně z registru voličů, tedy všichni krom předsedajícího. Toto shromáždění navrhlo např. zrušení přísného zákazu potratů, což bylo skutečně v roce 2018 v referendu schváleno.⁶⁷ Dané shromáždění se však nevěnovalo jen

⁶⁰ Recenzent tohoto článku správně upozorňuje na to, že jelikož bylo shromáždění zvoleno, je tento případ do jisté míry vybočující a přináší mnoho dalších otázek a podnětů včetně např. vlivu desinformací na finální rozhodnutí v referendu. Přesto ho zde ponechávám, jelikož naznačuje limity vlastní zkoumanému fenoménu.

⁶¹ Eduardo Alemán and Pablo Navia, 'Chile's Failed Constitution: Democracy Wins' (2023) 34 *Journal of Democracy* 90–104.

⁶² David M Farrell and others, 'Ireland's Deliberative Mini-Publics' in David M Farrell and Niamh Hardiman (eds), *The Oxford Handbook of Irish Politics* (Oxford University Press 2021) 627–644; Simone Chambers, 'Democracy and Constitutional Reform: Deliberative versus Populist Constitutionalism' (2019) 45(9–10) *Philosophy and Social Criticism* 1116–1131; Stephen McKay, 'Building a Better Referendum: Linking Mini-Publics and Mass Publics in Popular Votes' (2019) 15(1) *Journal of Public Deliberation* 1–8.

⁶³ David M Farrell, John Suiter and Cliona Harris, 'Systematizing' Constitutional Deliberation: The 2016–18 Citizens' Assembly in Ireland' (2019) 34 *Irish Political Studies* 113–123.

⁶⁴ Simon Hix, 'Remaking Democracy: Ireland as a Role-Model' (2020) 35 *Irish Political Studies* 585–601.

⁶⁵ John Suiter, David M Farrell and Eoin O'Malley, 'When Do Deliberative Citizens Change Their Opinions? Evidence from the Irish Citizens' Assembly' (2016) 37 *International Political Science Review* 198–212.

⁶⁶ Farrell, Suiter and Harris, 'Systemizing' Constitutional Deliberation' (n 64).

⁶⁷ John Suiter and others, 'Measuring Epistemic Deliberation on Polarized Issues: The Case of Abortion Provision in Ireland' (2022) 20 *Political Studies Review* 630–647.

ústavním reformám či reformám samotných referend, ale např. i otázce klimatické změny.⁶⁸ Většina návrhů však zatím svou implementaci nenašla.

Po roce 2019 pak navazují další „specializovaná“ shromáždění. Např. mezi lety 2020 a 2021 působilo opět stočlenné shromáždění s 99 náhodně vybranými členy se zaměřením na rovnost pohlaví (genderu). Z něj pak vzešly návrhy na 39. a 40. dodatek ústavy upravující roli ženy v irské společnosti. Tato referenda, konaná v roce 2024, však neuspěla.

Irská zkušenost nás ale učí, že deliberace malých lidí může usměrnit veřejné mínění, a tím usnadnit ústavodárný proces, přispět ke konsenzu zákonodárné většiny a dalších ústavních činitelů o vhodné formě a vůbec povaze změny ústavy.⁶⁹ Samotná deliberace a minipopuli však nemusí být skutečným hybatelem a fakt, že v Irsku většina návrhů ve skutečnosti neuspěla, nám trochu kazí vidinu úspěšného deliberativního modelu. Je totiž otázka, zda by úspěšné návrhy nebyly úspěšné i bez deliberace.⁷⁰ Nelze tedy přes velký ohlas irský příklad přeceňovat.⁷¹ Na druhou stranu i samotná kvalifikovaná diskuze a „upuštění páry“ ve společnosti může být hodnocena jako úspěch, byť často neměřitelný počtem přijatých novel ani jiných exaktních metrik. Dokonce může být z určitého úhlu pohledu legitimně chápána jako úspěšná, i pokud k žádné změně nedojde, jen se vypořádají argumenty.⁷²

Svébytným příspěvkem je i francouzská zkušenost s malými lidy, ostatně je s irským příkladem do jisté míry podobná.⁷³ Poněvčí se však pojí s ekologickými otázkami. Francouzští autoři si totiž v této souvislosti kladou klíčovou otázku: Můžeme uvažovat o jiné demokracii než ekologické?⁷⁴ Ostatně nejčastěji reálné počátky participace spojují s tzv. Barnierovým⁷⁵ zákonem z roku 1995, který zřídil Národní komisi pro veřejnou diskuzi (Commission nationale du débat public) a zavedl tak povinnost veřejné diskuze u projektů s významným dopadem na životní prostředí.⁷⁶ Případně ještě tzv. Vaillantův zákon z roku

⁶⁸ Klimatické změně se pak věnovalo i zvláštní shromáždění ve Velké Británii. Viz k tomu Simon Elstub and others, 'The Scope of Climate Assemblies: Lessons from the Climate Assembly UK' (2021) 13 *Sustainability* 11272.

⁶⁹ Oonagh Doyle and Ronan Walsh, 'Deliberation in Constitutional Amendment: Reappraising Ireland's Deliberative Mini-Publics' (2020) 16 *European Constitutional Law Review* 440–465.

⁷⁰ Doyle and Walsh (n 10) 442.

⁷¹ David Courant, 'Citizens' Assemblies for Referendums and Constitutional Reforms: Is There an "Irish Model" for Deliberative Democracy?' (2021) 2 *Frontiers in Political Science* 591983; David M Farrell and John Suiter, *Reimagining Democracy: Lessons in Deliberative Democracy from the Irish Front Line* (Cornell University Press 2019) 72.

⁷² Za tento argument děkuji anonymnímu recenzentovi.

⁷³ Francouzská literatura se tomu dlouhodobě velmi široce věnuje. Ostatně je zde i speciální odborný časopis. Loïc Blondiaux and Jean-Michel Fourniau, 'Un bilan des recherches sur la participation du public en démocratie: beaucoup de bruit pour rien?' (2011) 1 *Participations* 8–35. Existuje nicméně i anglicky psaný *The Journal of Deliberative Democracy*, který je podporovaný nadací New Democracy Foundation, sídlící na univerzitě v Canbře v Austrálii, a je vydáván nakladatelstvím University of Westminster Press.

⁷⁴ Jean-Marc Fourniau and others, *La Démocratie Écologique: Une Pensée Indisciplinée* (Hermann 2022) 9.

⁷⁵ Michel Barnier byl tehdy ministrem životního prostředí. V roce 2024 byl i krátce, po dobu 3 měsíců a 8 dnů, předsedou francouzské vlády, čímž stanovil národní rekord.

⁷⁶ Loïc Blondiaux, 'Introduction. Débat public: la genèse d'une institution singulière' in Marcel Revel and others (eds), *Le débat public: une expérience française de démocratie participative* (La Découverte 2007) 35–41.

2002, který doprovázel decentralizaci a zavedl povinnost zřizovat výbory městských částí ve městech s počtem obyvatel vyšším než 100 000 a sousedských výborů pro města s více než 80 000 obyvateli.

Další fáze pak přišla v reakci na krizi tzv. Žlutých vest. Prezident Emmanuel Macron na sklonku roku 2018 reagoval uspořádáním tzv. Velké debaty („Grand Débat“), která se následně odehrála v první polovině roku 2019. Vláda tuto velkou debatu prezentovala jako „konzultační nástroj k ukončení krize“, vlastně krize legitimacy současného systému.⁷⁷ Debata měla několik fází. Šlo jak o individuální návrhy, tak o setkávání občanů a vylosovaných zástupců. Celkem se uskutečnilo více než 10 000 místních setkání s průměrným počtem 70 účastníků na jednu debatu a bylo sesbíráno také téměř 2 miliony příspěvků na specializovaných internetových stránkách od 504 172 jednotlivých přispěvatelů.⁷⁸ Reakce samozřejmě byly smíšené, ale debata měla i zcela konkrétní dopady ještě v roce 2019. Např. byly zavedeny změny v danění přesčasů či různých bonusů, došlo i ke zrušení, resp. nahrazení slavné École nationale d'administration. Naopak nedošlo např. k požadovanému snížení počtu volených zástupců v parlamentu. Jedním z požadavků bylo i uspořádání Občanské klimatické konference (Citoyenne pour le Climat), která skutečně proběhla v letech 2019–2020.

Tvořilo ji 150 dobrovolníků a dobrovolnic, náhodně vybraných z francouzských občanů, s cílem vymezit řadu strukturálních opatření, „aby se v duchu sociální spravedlnosti podařilo do roku 2030 snížit emise skleníkových plynů ve Francii nejméně o 40 % ve srovnání s rokem 1990“⁷⁹.

Francouzský autor Dimitri Courant toto shromáždění označil za nejimpozantnější, pokud jde o velikost, trvání, mandát a zdroje.⁸⁰ Vybraní účastníci se postupně rozdělili do menších tematických skupin, např. „Nasytit se“ či „Ubytovat se“, a pak se radili s desítkami odborníků. Nakonec přišli se 149 konkrétními závěry. Šlo např. o regulaci reklamy, podporu cyklistiky či biopotravin, reformy vzdělávání, ale i návrhy změn ústavy.

Velká část návrhů prošla, ale ty kontroverznější narazily, např. snížení povolené rychlosti na dálnicích na 110 km/h či zvláštní zdanění dividend. Neproběhlo ani avizované referendum o změně Ústavy, kam měla být mimo jiné doplněna i záruka biodiverzity.

Některé francouzské autory to vede k velmi skeptickým závěrům a vlastně navrhuji participaci jako řešení opustit. Hovoří o občanech jako o komparsistech, kteří jsou přizváni k improvizaci ve hře, v níž nemají pod kontrolou ani děj, ani inscenaci.⁸¹ Jiní autoři jsou však

⁷⁷ Éric Buge and Christophe Morio, 'Le Grand Débat National, Apports et Limites pour la Participation Citoyenne' (2019) 5 *Revue du Droit Public* 1205–1238.

⁷⁸ Gouvernement français, *Rapport Final du Grand Débat National* (Gouvernement français, June 14, 2019) 185.

⁷⁹ Gouvernement français, *Convention Citoyenne pour le Climat* (Paris, Gouvernement français), <<https://www.participation-citoyenne.gouv.fr/convention-citoyenne-pour-le-climat>> navštíveno 25. května 2025.

⁸⁰ David Courant, 'La Convention Citoyenne pour le Climat: Une Représentation Délibérative' (2020) n° 378 *Revue Projet* 60–64.

⁸¹ Marc Loisel and Nicolas Rio, *Pour en Finir avec la Démocratie Participative* (Textuel 2024) 192.

preci jen stále optimističtější.⁸² Další pak varují, aby se participativní demokracie nezvrhla vlastně ve vládu expertů technokratů.⁸³

Další zajímavý pokus o využití tohoto nástroje můžeme zkoumat na příkladu Berlína, hlavního města „hipsterské“ kultury. Již mezi lety 2001 a 2003 zde byly využity plánovací buňky Petera Dienela (ač on sám nebyl údajně s výsledkem spokojen). V jednotlivých obvodech města bylo této buňce dáno k dispozici 500 000 eur na podporu lokálních projektů. Polovina z členů tohoto malého lidu byla losována, polovina se rekrutovala z místních spolků.⁸⁴ Příkladů je však možné najít mnohem více, deliberace a participace proniká i do EU.⁸⁵ Evropská unie ostatně za tímto účelem v roce 2019 zřídila zvláštní centrum.⁸⁶ Samozřejmě se jí věnují nejrozličnější nevládní organizace, existují i „participativní festivaly“.⁸⁷

Ostatně deliberace rozhodně není doména jen západní civilizace.⁸⁸ Výše zmíněné buňky zažívaly v posledních letech boom také v Japonsku.⁸⁹ V nedávné minulosti lze odkázat také na trochu vzdálenější, ale opět velmi zajímavý pokus v Mongolsku. V roce 2017 zde bylo shromážděno 669 náhodně vybraných občanů, kteří měli diskutovat ústavní změny. Věc sice kazily určité procedurální neduhy, ale i tak podle některých pozorovatelů přinesla a přinese novou éru institucionalizace „minipopuli“ na celonárodní úrovni.⁹⁰ Výběr byl totiž patrně dostatečně reprezentativní, a to nejen z demografického hlediska, ale i z hlediska světového názoru zúčastněných.⁹¹

Dále například v jižní Africe, zejména v Botswaně dodnes funguje institut tzv. *kgotla*, tedy jakéhosi vesnického shromáždění, kde se před náčelníkem střetávají argumenty. Nejde však jen o deliberaci, je to i rituál, který má posílit sociální smír.⁹² V Tanzanii je zase velký důraz kladen na deliberaci v rámci samospráv, což je opřeno i o psanou legislativu. Obdobně to

⁸² Loïc Blondiaux, *Le nouvel esprit de la démocratie: actualité de la démocratie participative* (Seuil 2008).

⁸³ Pierre Perrineau, 'Le grand débat national: la démocratie participative à grande échelle' (2020) n° 175 *Pouvoirs* 113–129.

⁸⁴ Sintomer (n 50) 346.

⁸⁵ Štěpán Felenda, 'Hlas lidu, hlas Boží. 150 Evropanů pomůže rozhodnout o 30 bilionech korun' (*Seznam Zprávy*, 20. května 2025), <<https://www.seznamzpravy.cz/clanek/ekonomika-finance-hlas-lidu-hlas-bozi-150-evropanu-pomuze-rozhodnout-o-30-bilionech-korun-277107>> navštíveno 6. června 2025.

⁸⁶ Viz <https://knowledge4policy.ec.europa.eu/participatory-democracy/about_en>.

⁸⁷ Viz např. <<https://www.peoplepowered.org/about>>.

⁸⁸ Eiko Ikegami, *Bonds of Civility: Aesthetic Networks and the Political Origins of Japanese Culture* (Cambridge University Press 2005); cited in Jan Sass, 'Deliberative Ideals Across Diverse Cultures' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 86–99, 6.

⁸⁹ Beibei Tang, Tetsuki Tamura, and Baogang He, 'Deliberative Democracy in East Asia: Japan and China' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 791–804.

⁹⁰ Sintomer (n 50) 346.

⁹¹ James S Fishkin, 'Random Assemblies for Lawmaking? Prospects and Limits' (2018) 46(3) *Politics & Society* 359–379, <<https://deliberation.stanford.edu/publications/journal-articles/random-assemblies-lawmaking-prospects-and-limits>> navštíveno 28. května 2025.

⁹² Sass (n 89) 3.

funguje v Zambii, kde dokonce Ústava výslovně garantuje občanům, že budou zapojeni do schvalování a plánování lokálních projektů, které se jich bezprostředně dotýkají.⁹³

Ještě zásadnější „vesnické minipopuli“ představuje indický institut *gram sabha*, který tvoří základ deliberačního systému *panchayati raj*, jakési specifické indické samosprávy.⁹⁴ Kořeny tohoto institutu lze vysledovat až do 5. století před naším letopočtem. Mahátma Gándhí chtěl tuto „rurální demokracii“ prosadit i do ústavy nezávislé Indie, ale to se mu nepodařilo.⁹⁵ V roce 1992 byla nicméně skutečně ústavně zakotvena 73. dodatkem, byť reálné důsledky jsou smíšené. Ne vždy totiž dochází k naplnění samosprávných cílů a místo toho jsou pouze „tunelovány“ federální fondy k tomu určené. Navíc se objevují případy, kdy manželé zastávají funkce za své manželky, i když byly původně určeny kvótami pouze pro ženy.⁹⁶

Pokusy zavést deliberativní instituce kupodivu najdeme i v autoritářské Číně. Současná garnitura dokonce přišla s vlastním programem „Posílení socialistické poradní demokracie“, která vedla k posuzování daňových otázek, zdravotnictví či nejrůznějších lokálních projektů.⁹⁷ Vždy však na konci stojí pevné autoritativní rozhodnutí vládnoucí strany. Důvodem zavádění různých poradních mechanismů je totiž spíše předejít protestům a jejich přerodu v institucionalizovanou opozici.⁹⁸

V neposlední řadě se musíme věnovat i tzv. participativnímu rozpočtování, ostatně jsme ho zmiňovali již výše v souvislosti s EU. To bylo totiž při svém vzniku také motivováno tlakem zdola a pragmatickou snahou prostě vyřešit problém.⁹⁹ Jeho kořeny najdeme v brazilském Porto Allegre.¹⁰⁰ Rychle se však rozšířilo do celého světa, zejména do Evropy.¹⁰¹ Pořád je o něj obrovský zájem, a to nejen v souvislosti se státní správou či samosprávou.¹⁰² V podstatě jde v širším slova smyslu o jakýkoliv systém, kdy jednotlivec či skupina jednotlivců může zasáhnout do tvorby rozpočtu většího celku. Typicky jde o obec, region, ale může to být i soukromá společnost. Existuje celá řada institucí, které s rozvojem těchto koncepcí pomáhají.

⁹³ Viz blíže např. Vladimíra Šmerdová, *Prvky deliberativní demokracie v ČR: případová studie participativního rozpočtu v městské části Praha 10*. (diplomová práce, Univerzita Karlova, Fakulta sociálních věd 2017) 40, vedoucí práce Ilona Masopustová.

⁹⁴ Minati Das, 'Panchayati Raj Institutions in India' (2022) 6(2) *Galore International Journal of Applied Sciences and Humanities* 6–14, <<https://doi.org/10.52403/gijash.20220402>>.

⁹⁵ Rajeshwari Parthasarathy and Vijayendra Rao, 'Deliberative Democracy in India' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 5–24, 5.

⁹⁶ Ibid., s. 5.

⁹⁷ Tang, Tamura and He (n 90) 791, 3.

⁹⁸ Ibid., s. 4.

⁹⁹ Thamy Pogrebinschi, 'Deliberative Democracy in Latin America' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 830–850, 1.

¹⁰⁰ Gianpaolo Baiocchi, 'Participation, Activism, and Politics: The Porto Alegre Experiment and Deliberative Democratic Theory' (2001) 29(1) *Politics & Society* 43–72.

¹⁰¹ Yves Sintomer, Carsten Herzberg, and Anja Röcke, 'From Porto Alegre to Europe: Potentials and Limitations of Participatory Budgeting' (2008) 32(1) *International Journal of Urban and Regional Research* 164–178.

¹⁰² Luca Bartocci and others, 'The Journey of Participatory Budgeting: A Systematic Literature Review and Future Research Directions' (2023) 89(3) *International Review of Administrative Sciences* 757.

V Porto Allegre to vše začalo vítězstvím levice v místních volbách na konci 80. let 20. století, a jak dokumentuje Jan Martínek, byl to nepopiratelný úspěch, který vedl např. ke ztrojnásobení počtu škol či zavádění kanalizace, výstavbě chodníků apod.¹⁰³ Nicméně takový úspěch není samozřejmý a v chudších oblastech jako je např. San Juan De Miraflores v Peru se ho nepodařilo zopakovat.¹⁰⁴ Jak již bylo zmíněno, participativní rozpočtování často i ve spojení s klasickou deliberací či přímo s minipopuli dnes najdeme prakticky na celém světě. Střední Evropa není výjimkou.¹⁰⁵ Přesto je potřeba být opatrný, pořád je zde relativně malý počet municipalit, které ho využívají efektivně.¹⁰⁶ Navíc převažuje spíše nepřímá participace.¹⁰⁷ Nemusí však jít jen o rozpočtování. Jedinci se mohou zapojovat i do dalších experimentů propojujících laiky a úředníky, jako je např. model *Empowered deliberative democracy* Archona Funga a Erika O. Wrighta.¹⁰⁸

3. Příklady z praxe v ČR

Deliberaci a participaci v české právní úpravě v zásadě nenajdeme. Samozřejmě můžeme zmínit petice a e-petice či samosprávu, ale zásadnější nástroje participace buď úplně chybí, nebo nemají normativní základ.

I z naší historie nicméně známe např. zajímavý pokus o skutečné rady pracujících v roce 1968, kdy se dokonce původně ekonomický projekt poměrně nezávisle volných podnikových rad stále více transformoval do podoby hnutí s politickými reformními ambicemi, který vzdáleně „dnešní“ malé lidi připomínal.¹⁰⁹ Pochopitelně ale neměl dlouhého trvání.

Z praktických nástrojů, které dnes reálně známe, můžeme zmínit zejména participativní rozpočtování. Ale ani to zatím nemá v našem prostoru právní základ v zákonech, či dokonce v ústavě.¹¹⁰ Přesto se zdárně rozvíjí a zdá se, že existuje i tlak zdola na jeho zavádění.¹¹¹ Kromě

¹⁰³ Jakub Martinek, *Teorie deliberativní demokracie v praxi* (bakalářská práce, Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií 2009) 22.

¹⁰⁴ Ibid., s. 22.

¹⁰⁵ Maarten S de Vries and Daniel Spacek, 'Municipal Participatory Budgeting Designs in the V4 Countries' (2023) 16(1) *NISPAcee Journal of Public Administration and Policy* 210.

¹⁰⁶ Martin Garaj and Ján Bardovič, 'Participatory Budgeting – The Case of the Slovak Republic' (2021) 27(2) *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio K – Politologia* 59.

¹⁰⁷ Katarzyna Mączka and others, 'Models of Participatory Budgeting: Analysis of Participatory Budgeting Procedures in Poland' (2021) 216 *Polish Sociological Review* 473.

¹⁰⁸ Archon Fung and Erik O Wright, 'Deepening Democracy: Innovations in Empowered Participatory Governance' (2001) 29(1) *Politics & Society* 5.

¹⁰⁹ Jiří Šlouf, 'Samosprávný socialismus v československém průmyslu, 1968–1969' (2020) 27(1) *Soudobé dějiny* 9.

¹¹⁰ Maria Marczevska-Rytko and others, *Občanská participace ve státech Visegrádské skupiny po roce 1989: Směrnice o správných postupech* (Visegrad Fund 2018), <<https://phavi.umcs.pl/at/attachments/2018/0623/182714-guideline-cz.pdf>> navštíveno 8. března 2020.

¹¹¹ Zajímavý střípek může být vzhled do uvažování regionálních politiků: „Radní Viktor Čahoj dodal, že: „Když strana ANO 2011 přišla s myšlenkou zavést participativní rozpočet, nebyli jsme proti, je to jistě krok kupředu. Trochu nás vlastně mrzelo, že jsme s tím nepřišli jako první my, protože ANO 2011 si pak projekt přivlastnilo a propagovalo před voliči. Opozice také nebyla nadšená, že má vlastně strana ANO 2011 tak silný kalibr, jako je participativní rozpočet, který je v současné době občanů velmi žádaným trendem. Věděli jsme ale, že nám nezbývá než se všim souhlasit, protože je to pro městskou část velmi přínosné.““ Citováno podle Barbora

participativního rozpočtování můžeme uvést metodu anket¹¹² nebo tzv. metodu D21 Karla Janečka, která počítá i s negativním hlasem a zvyšuje patrně angažovanost účastníků.¹¹³

Problému deliberace a participace u nás se nicméně nevěnuje komparativně velký vědecký zájem¹¹⁴, ale zato se mu věnuje řada závěrečných prací, můžeme např. citovat: „V kontextu České republiky nejsou zaváděny čistě deliberativní procesy, lze se však setkat s příklady z praxe, které lze vnímat jako procesy s prvkem deliberace. Jedná se o nejrůznější veřejná setkání a diskuze nad problémy, které občany tíží nebo nad tématy, kterými se daná obec zabývá. Prvek deliberace ale také může být např. zahrnut i do strategického plánování obce. Jako konkrétní příklad v ČR lze uvést Mnichovo Hradiště, které je v otázce deliberace velice aktivní. Poskytuje svým občanům možnost se účastnit nejrůznějších anket či diskuzí nad problémy města. Dále se prvek deliberace objevuje na tzv. veřejných setkáních zdravých měst, kde jsou tvořena 10 P, tj. Desatera problémů, která formuluje a navrhuje po diskuzích samotná veřejnost a která se pak obec snaží vyřešit.“¹¹⁵ I když to není úplně přesné, participace např. metodou D21 se stále rozšiřuje, nic z toho však není pevně institucionalizované. Jde tedy o výzvu do budoucnosti jak z hlediska právního rámce, tak výzkumu.

4. Výhody a nevýhody deliberativní a participativní demokracie

Jak už bylo zdůrazněno výše, kritici vývoje našich demokratických institucí přichází často s koncepcemi, které mají většinu neduhů řešit návratem k podstatě věci, k větší demokratické legitimitě, odklonem od technického a pragmatického chápání demokracie a od vlivu elit. Tito kritici vidí řešení ve větším zapojení nejen lidu, ale hlavně lidí, ať už v podobě anket, participativního rozpočtování nebo malých lidů.

Tyto a další metody mají podle politologů vyvážit „nedostatky“ zastupitelské demokracie, jimiž jsou zejména politická nerovnost (ve smyslu možnosti ovlivnění politických výstupů) a chybějící občanské ctnosti, či lépe řečeno demokratický charakter občanů, nutný k přežití

Mikolášková, *Participativní rozpočtování jakožto nástroj participativní demokracie v ČR: případová studie participativního rozpočtu v Městské části Praha 5* (diplomová práce, AMBIS vysoká škola 2020) 48, <<https://is.ambis.cz/th/os3uv/>> navštíveno 7. června 2025.

¹¹² Viz např. anketa k možnému navýšení plateb za parkovací oprávnění na Praze 7. Blíže k tomu A L Hejduk, 'Lidé na Praze 7 v anketě odmítli zdražení parkovného v modrých zónách' (*iDNES.cz*, 8. června 2024), <https://www.idnes.cz/praha/zpravy/parkovani-praha-7-modra-zona-zdrazeni-referendum.A240608_192711_praha-zpravy_bors> navštíveno 6. června 2025.

¹¹³ Soňa Kukučková and Monika Poláchová, 'The Impact of the D21 Method and Its Modification on Citizens' Participation in Participatory Budgeting: The Case of the Czech Republic' (2021) 21(2) *Slovak Journal of Political Sciences* 117.

¹¹⁴ Byť jistý zájem zde je, zdůraznil bych např. práci Petry Guasti, přestože i ta se zaměřuje na mezinárodní obzor. Např. v tomto článku na participativní modely v německém Frankfurtu a Münsteru. Petra Guasti and Bernhard Geissel, 'Claims of Representation: Between Representation and Democratic Innovations' (2021) 3 *Frontiers in Political Science* Article 591544, <<https://doi.org/10.3389/fpos.2021.591544>> navštíveno 6. června 2025. Jistě je pak potřeba zmínit teoretickou práci Mariána Sekeráka, viz Marián Sekerák, *Modely a teorie demokracie* (Brno Centrum pro studium demokracie a kultury 2021) 167.

¹¹⁵ Šmerdová (n 94) 80.

demokracie; shrnout je lze pod hlavičkou tzv. participativního inženýrství.¹¹⁶ Hlavní výhodou je přitom samotná deliberace.

Deliberace podle mnohých autorů představuje autentičtější a normativně přísnější výklad demokracie než liberální zastupitelská demokracie.¹¹⁷ Může odrážet více pohledů na věc a zohledňovat různorodější východiska. Deliberativní demokracie může také posílit důvěru občanů v politiku jako takovou a na druhé straně tedy snížit míru cynismu a nedůvěry vůči institucím.

Předpokládá se také, že větší participace může snížit socioekonomické nerovnosti, a tím podpořit politickou rovnost a následně i stabilnější demokracii. Má tak vést k větší míře ochoty k zapojení veřejnosti.¹¹⁸ Ta je navíc podle některých výzkumů ochotná si názory skutečně tvořit na základě věcné argumentace.¹¹⁹ Lidé jsou prostě ochotní se při deliberaci usebrat mnohem více než v běžném rozhodování.¹²⁰

Participace má mít i výchovný účinek na občany.¹²¹ Je také jedním z klíčových prostředků, který má umožnit rozšíření on-line demokracie.¹²² Ostatně nová technická či technologická řešení jdou s rozšiřováním participace ruku v ruce – ať už je to koncept tzv. smart cities, či užívání blockchainu.¹²³ Samozřejmě se v této souvislosti hovoří i o umělé inteligenci.¹²⁴

Yves Sintomer zdůrazňuje, že potřebujeme, aby se tato „tělesa“ stala něčím více než „debatním místem“. To se podle něj skutečně děje s druhou vlnou, která otevřela cestu k ještě dynamičtějším experimentům.¹²⁵ Dodává však, že je potřeba malé lidi přesněji institucionalizovat a přiznat jim skutečnou rozhodovací pravomoc, pouze poradní hlas podle něj k ničemu nepovede.¹²⁶ Výhodou tedy je i akceschopnost.

Obdobně argumentují i další, kteří vidí v minipopuli nástroj, jak nahradit druhou komoru.¹²⁷ Např. by minipopuli mohly rozhodovat v situaci, kdy nebude v parlamentu jasná většina k přijetí nové legislativy. James Fishkin např. navozuje model, kde by zákon byl přímo schválen pouze dvoutřetinovou většinou. Pokud by měl „pouze“ nadpoloviční většinu,

¹¹⁶ Čambora and Dufek (n 25) 76.

¹¹⁷ Elstub (n 32) 4.

¹¹⁸ Stephen J Niemeyer, 'Scaling Up Deliberative Effects – Applying Lessons of Mini-Publics' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 386, 387.

¹¹⁹ Bächtiger and others (n 8) 2.

¹²⁰ Francesca Polletta and Barbara G Gardner, 'The Forms of Deliberative Communication' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 70, 81.

¹²¹ Elstub (n 32) 4.

¹²² Kristina Strandberg and Kjell Grönlund, 'Online Deliberation' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 380, 381.

¹²³ Yutong Bai and others, 'Public Participation Consortium Blockchain for Smart City Governance' (2021) 9(3) *IEEE Internet of Things Journal* 2094.

¹²⁴ Abeba Birhane and others, 'Power to the People? Opportunities and Challenges for Participatory AI' in *Proceedings of the 2nd ACM Conference on Equity and Access in Algorithms, Mechanisms, and Optimization* (ACM 2022) 1.

¹²⁵ Sintomer (n 50) 349.

¹²⁶ Ibid., s. 350.

¹²⁷ Fishkin, 'Random Assemblies for Lawmaking?' (n 92) 360.

finální schválení by proběhlo až prostřednictvím minipopuli.¹²⁸ Parlamentnímu praktikovi se nicméně takový návrh patrně líbit nebude a přirozeným protiargumentem bude poukaz na možné úplné zablokování a prohloubení problému obstrukce.

Existují návrhy takzvaných zájmových panelů, kterých se po řeckém vzoru (*ho boulomenos*) může účastnit každý, kdo má zájem (viz výše zmiňované dánské konference). Před takovýmto systémem autoři varují, když citují spisovatele Douglase Adamse, který poznamenal, že lidé, kteří chtějí vládnout lidem, jsou *ipso facto* lidé, kteří jsou k tomu nejméně vhodní.¹²⁹ Možná by ale řešením byl „den deliberace“, tedy jeden den v roce, kdy by se po celém státě organizovaně diskutovaly ožehavé otázky.¹³⁰

Umírněnější autoři kladou důraz na vylepšení současného systému, kdy institucionalizace deliberativních metod v zákonech, či dokonce v ústavě sice nepovede k nové praxi, ale posílí deliberativní kulturu stávajících orgánů.¹³¹

Toto vše však má samozřejmě i odvrácenou tvář. Jak uvádí Josef Bernard, zapojením nevolených aktérů do rozhodování se může snižovat transparentnost pravomocí, objevuje se problém odpovědnosti za konkrétní rozhodnutí.¹³² I zastánci participace uznávají, že se s ní pojí poměrně vysoká náročnost jak časová, tak finanční i personální.¹³³

Účastníci deliberace také nemusí být motivováni skutečnou touhou participovat a přispět k výsledku, ale prostě jen touhou po odměně (dobyvatelé renty).¹³⁴ V neposlední řadě je nutné zmínit určité riziko, jež lze vyjádřit jako nebezpečí „výhry v loterii“.¹³⁵ Ve velké společnosti nemusí mít člověk náhodně se účastníci deliberace v rámci malých lidí „co ztratit“, a naopak se může snažit maximalizovat šanci, která se mu jednou za život naskytla. Toto souvisí s otázkou odpovědnosti, jejíž politickou složku z logiky věci vylosovaní zástupci postrádají. Nemají totiž korektiv ve své politické straně či frakci, resp. v nutnosti se zpovídat voličům, prostě v profesionálním pojetí výkonu funkce.

S tím se pojí i tzv. prvek sebe výběru (self-selection), tedy situace, kdy si lidé sami určí, zda se budou malých lidí účastnit. Většina lidí na to totiž patrně nebude mít čas, náladu či prostředky. Tento případ lze ilustrovat na shromáždění v Britské Kolumbii, kdy se z velkého počtu náhodně vybraných občanů nakonec shromáždění zúčastnilo jen 161

¹²⁸ Ibid., s. 371.

¹²⁹ Thomas Bouricius, 'Why Hybrid Bicameralism Is Not Right for Sortition' (2018) 46(3) *Politics and Society* 435, 445–46.

¹³⁰ James S Fishkin, 'Deliberative Polling' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 4.

¹³¹ Tiago Pogrebinschi, 'Deliberative Democracy in Latin America' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 823, 833.

¹³² Jiří Bernard, 'Tradiční a nové modely participace a partnerství v místní veřejné správě: šance a rizika' in David Čermák and others, *Spolupráce, partnerství a participace v místní veřejné správě: význam, praxe, příslib* (1st edn, Sociologické nakladatelství 2011) 36, 39.

¹³³ Petr Mička (ed), *Metodika participace aneb jak zapojit občany do rozhodování* (Agora CE 2016) 13. Např. Marián Sekerák pak přidává celou paletu nevýhod, viz Sekerák (n 115) 190.

¹³⁴ Kong and Levy (n 11) 4.

¹³⁵ Tom Malleson, 'Should Democracy Work through Elections or Sortition?' (2018) 46(3) *Politics and Society* 401, 404.

lidí.¹³⁶ Padá tím však do jisté míry argument větší legitimacy. Zejména v situaci, kdy tento efekt vede k nadreprezentaci vzdělaných a podreprezentaci např. žen.¹³⁷ Navíc někteří autoři vůbec zpochybňují větší legitimitu deliberativních postupů. Deliberace může naopak legitimitu rozměňovat, protože narušuje přímý vztah občana a parlamentu (vlády).¹³⁸ Zvláštní deliberativní instituce tak mohou být dokonce nástrojem vládnoucího aparátu, jak demokracii umrtvit,¹³⁹ případně nástrojem „elit“ ke kontrole statu quo.¹⁴⁰ Ostatně toho, že participace může jen „maskovat“ skutečnou moc, si byla vědoma již Sherry R. Arnsteinová.¹⁴¹ Takové námitky je nutné brát vážně.

V této souvislosti lze bohužel uvažovat také o určité technokracii přímo v procesu deliberace, jak jsme uváděli výše v souvislosti s francouzskou kritikou. Podle některých výzkumů totiž nakonec u stolu rozhoduje ten, kdo si „přečte“ a umí interpretovat často tisíce stránek dlouhé podklady.¹⁴²

Problémem může být i konsenzus za každou cenu. Tedy situace, kdy je ho dosaženo „přetlačením“ menšinových argumentů, což může vést i k nechuti k další deliberaci.¹⁴³ Některé výzkumy navíc ukazují, že vítězí ne nutně argumenty, ale prostě jen nejčastěji opakované proklamace.¹⁴⁴ To samozřejmě může nastat i v klasických volených tělesech. Tam ale nesou členové alespoň teoretickou odpovědnost za svá rozhodnutí a také se zde snažíme nalézt lepší řešení, takže pokud má obdobné nedostatky, nevyplatí se ho zavádět.

Další kritikou deliberativních metod můžeme opřít o výzkumy, které naznačují, že lidi vlastně demokratická deliberace či participace nezajímá. Nemají prostě chuť tím trávit čas.¹⁴⁵ Zastánci deliberace přeceňují zájem veřejnosti.¹⁴⁶ Proti tomu se však staví jiné výzkumy, které ukazují, že to není takto jednoduché a záleží samozřejmě i na podmínkách k deliberaci.¹⁴⁷

Na rozdíl od zastupitelských sborů by tato tělesa měla skutečně umožňovat konkrétní otázky prodiskutovat bez předem daných nezvratných politických pozic. To má být přidanou

¹³⁶ Kubíková (n 55) 37.

¹³⁷ Smith and Setälä (n 12) 7; Fishkin, 'Deliberative Polling' (n 131) 11. Je samozřejmě možné namítnout, že takový jev nastává i v klasických volených orgánech. Srovnání by si zasloužilo samostatnou sociologickou studii.

¹³⁸ Marit Böker, 'Justification, Critique and Deliberative Legitimacy: The Limits of Mini-Publics' (2017) 16(1) *Contemporary Political Theory* 19, <<https://doi.org/10.1057/cpt.2016.11>> navštíveno 4. června 2025.

¹³⁹ Smith and Setälä (n 12) 10.

¹⁴⁰ Niemeyer (n 119) 2; Čambora and Dufek (n 25) 93.

¹⁴¹ Arnstein (n 53) 216–244.

¹⁴² Karen Hébert, 'Indigenous Spheres of Deliberation' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 119, 127.

¹⁴³ Viz k tomu na příkladu deliberace v Britské Kolumbii, zmiňovaném i výše. Jürg Steiner, 'Reflections on Deliberative Democracy: When Theory Meets Practice' in André Bächtiger and others (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) 709, 717.

¹⁴⁴ Smith and Setälä (n 12) 7.

¹⁴⁵ John R Hibbing and Elizabeth Theiss-Morse, *Stealth Democracy: Americans' Beliefs About How Government Should Work* (Cambridge University Press 2002).

¹⁴⁶ Chambers, 'The Philosophic Origins of Deliberative Ideals' (n 23) 13.

¹⁴⁷ Michaela A Neblo and others, 'Who wants to deliberate – and why?' (2010) 104(3) *The American Political Science Review* 566–583, <<http://www.jstor.org/stable/40863769>>. Shrnutí této argumentace viz Elstub (n 32) 10.

hodnotou minipopuli.¹⁴⁸ Kritici však boří i tento předpoklad. Terrill Bouricius připomíná terénní výzkum Brendana Nyhana, který poukazoval na to, že čím informovanější o věcech veřejných účastníci minipopuli jsou, tím je paradoxně diskuze méně racionální. Lidé se totiž jako sportovní fanoušci utvrdí sledováním zpráv ve svém světonázoru a čím více jsou tedy aktivní, tím hůře se prý svých přesvědčení v rámci diskuze vzdávají. Přesvědčení o skutečnosti trumfuje samotnou skutečnost a faktické připomínky jsou tedy často obtížnější mezi lépe informovanými lidmi s názorem než mezi lidmi, kteří se o dané téma dosud zajímali jen povrchně. Diskuze tedy nemusí vůbec v takovém rozpoložení vést ke kýženým závěrům.¹⁴⁹ Může se podobat diskuzi v čistě politickém tělese. Navíc podle některých výzkumů účastníci deliberace spíše vychází ze svých osobních zkušeností a svých „příběhů“ než z odborných podkladů.¹⁵⁰ Neplatí tedy argument o „racionálnější“ debatě.

Podle některých autorů je tedy vize deliberace vlastně příliš idealistická a ignoruje pravidla, podle kterých funguje politika a moc.¹⁵¹ Např. Ian Shapiro říká, že bychom měli s deliberací skoncovat, politika je podle něj prostě o zájmech a moci.¹⁵² S tím nelze plně souhlasit, politika je vždy i axiologická, musí však umožňovat hodnoty dlouhodobě prosazovat a nést za to i patřičnou odpovědnost.

Stejně jako mnoho lidských ideálů a téměř všechny demokratické ideály jsou ideály, které oživují deliberativní demokracii, aspirační – tedy ideály, kterých nelze v praxi plně dosáhnout, ale které poskytují standardy, k nimž je třeba směřovat při zachování všech ostatních podmínek.¹⁵³

Závěr

V první řadě je potřeba poznamenat, že nikde na světě neexistuje politický a ústavní systém postavený zcela či převážně na modelech deliberativní, či dokonce participativní demokracie. Jak zdůrazňují Robert Goodin a John Dryzek, i tam, kde se nějakým způsobem participativní nástroje využívají, běžné instituce zastupitelské demokracie obvykle zůstávají svrchované, takže do nich tyto mechanismy pouze vstupují.¹⁵⁴ Neexistuje tedy zatím žádný osvědčený ústavní ani zákonný základ pro tyto koncepty.

Existuje však teoretický potenciál dalšího rozvoje těchto konceptů. Ten může být podpořen i nově dostupnými technickými řešeními v digitální éře.¹⁵⁵ Je nepochybné, že se nejrůznější deliberační či participační nástroje stále častěji prosazují i přes překážky, které jim systémem

¹⁴⁸ Sintomer (n 50) 344.

¹⁴⁹ Bouricius (n 130) 437.

¹⁵⁰ Polletta and Gardner (n 121) 6.

¹⁵¹ Bächtiger and others (n 8) 18.

¹⁵² Ian Shapiro, 'Enough of Deliberation: Politics Is about Interests and Power' in Stephen Macedo (ed), *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement* (Oxford University Press 1999) 28–38.

¹⁵³ Bächtiger and others (n 8) 3.

¹⁵⁴ Robert E Goodin and John S Dryzek, 'Deliberative Impacts: The Macro-political Uptake of Mini-Publics' (2006) 34(2) *Politics & Society* 219–244, 219–20.

¹⁵⁵ Yun Bai and others, 'Public Participation Consortium Blockchain for Smart City Governance' (2021) 9(3) *IEEE Internet of Things Journal* 2094–2108.

přirozeně klade. Nicméně právě rostoucí praktická rozšířenost těchto participačních kanálů vede některé autory k tvrzení, že dochází k revitalizaci participativní teorie prostřednictvím politické praxe.¹⁵⁶ Prostě nenaplnují očekávání.

Autoři *The Oxford handbook of deliberative democracy* přesto proklamují své přesvědčení, že deliberativní demokracie poskytuje nejlepší naději, jak čelit nedostatkům demokracie, a také představuje zásadní odpověď na autoritářský populismus a postpravdivou politiku. Deliberativní demokracie je podle nich totiž založena na ideálu, v němž se lidé na základě rovného postavení a vzájemného respektu scházejí, aby diskutovali o politických otázkách, s nimiž se potýkají, a na základě těchto diskusí rozhodují o záležitostech, které pak ovlivní jejich životy.¹⁵⁷ Nelze však tento pojem spojovat toliko s různými aktivistickými panely či malými lidy.¹⁵⁸ Ambice jsou větší.

I přesto politologové Manon Loiselová a Nicolas Rio nedávno sepsali výzvu k ukončení falešných slibů participativní demokracie. V době, kdy je příkaz participace vnucován od nejmenší venkovské obce až po nejvyšší vládní úroveň, je podle nich více než kdy jindy nutné o něm diskutovat. Musíme prozkoumat falešné sliby, abychom mohli vymyslet jiné způsoby demokratizace veřejného dění.¹⁵⁹ Ostatně slavný plakát z dob francouzských protestů v roce 1968 deklaroval: „je participe, tu participes, il participe, nous participons, vous participez... ils profitent,“ neboli „já participuji, ty participuješ, on participuje, my participujeme, vy participujete... oni profitují.“¹⁶⁰

Měli bychom se tedy možná soustředit více na deliberaci v klasických institucích než přidávat instituce s nejistým výsledkem a vlivem.¹⁶¹

¹⁵⁶ Čambora and Dufek (n 25) 76.

¹⁵⁷ Bächtiger and others (n 8) 2.

¹⁵⁸ Bächtiger and others (n 8) 13.

¹⁵⁹ Loisel and Rio (n 82).

¹⁶⁰ Z francouzského plakátu „Atelier Populaire“, květen 1968. Registrační číslo E.784-2003 ve sbírkách *Victoria & Albert Museum*. Citováno podle Abeba Birhane and others, ‘Power to the People? Opportunities and Challenges for Participatory AI’ in *Proceedings of the 2nd ACM Conference on Equity and Access in Algorithms, Mechanisms, and Optimization* (Association for Computing Machinery 2022) 1–8, 2.

¹⁶¹ Smith and Setälä (n 12) 9.



Stať

**Ochrana náboženského cítění jako
pozitivní závazek státu ve světle kauzy
Dominika Duky**

**Protection of the Religious Feelings as
a Positive Obligation of the State in the
Light of Dominik Duka Case**

Jan Hauf

Autor je absolventem Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně a aktuálně působí jako advokátní koncipient v advokátní kanceláři Hartmann Jelínek Malý Moreno a partneři s.r.o. Ve své diplomové práci se věnoval problematice pozitivních závazků k ochraně náboženského cítění v kontextu Evropské úmluvy o ochraně lidských práv. Autora lze kontaktovat na e-mailové adrese janhauf@seznam.cz.

Abstrakt

Tento článek se zabývá pozitivními závazky státu k ochraně náboženského cítění, a to ve světle kauzy Dominika Duky. Tedy zejména tím, zda státu vůbec vyplývá nějaký pozitivní závazek k této ochraně z Úmluvy o ochraně lidských práv. Výsledky tohoto zjištění jsou pak aplikovány na představený případ Dominika Duky proti brněnským divadlům. Nejprve se ale článek zabývá tím, zda ochrana náboženského cítění spadá pod čl. 9 Úmluvy, nebo limitační klauzuli čl. 10 odst. 2 Úmluvy a zda vůbec nějaké právo na ochranu náboženského cítění existuje. Na konci jsou pak představena ustanovení českého právního řádu, kterými Česká republika může naplňovat své pozitivní závazky k ochraně náboženského cítění.

Klíčová slova: ochrana náboženského cítění, pozitivní závazek státu, Dominik Duka, Evropský soud pro lidská práva, Evropská úmluva o ochraně lidských práv, blasfemie

Abstract

This article examines the positive obligation under the European Convention on Human Rights to protect religious feelings in the light of the case of Dominik Duka. In particular, it examines whether the state has a positive obligation under the European Convention on Human Rights in this area. The result is subsequently applied to the case of Dominik Duka against the Brno theatres. First, however, the article considers whether the protection of religious feelings falls under Article 9 of the Convention or under the limitation clause of Article 10(2) of the Convention, and whether there is a right to protection of religious feelings at all. Finally, it presents the provisions of Czech law by which the Czech Republic can fulfil its positive obligations to protect religious feelings.

Keywords: protection of the religious feelings, positive obligation of the state, Dominik Duka, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, blasphemy

Úvod

„The Islamic humanism criteria cannot [...] resist the dialectic materialist criticism that we learnt by heart, became accustomed to. Islam is a type of Eastern despotism and may be considered only as one of the modifications of despotism. Islam would never transform into a moral imperative in Europe; it is incapable of that. Although it was carried as a coffin on the shoulders of the Ottoman Empire throughout Europe, no place was found to put it down. It was again brought and placed in the East, in the direction of Mecca. A man worshipping Jesus Christ would never give any consideration to the Prophet Muhammad. In comparison with Jesus Christ, the father of war fatwas the Prophet Muhammad is simply a frightful creature. At best, Islam would advance in Europe with tiny demographic steps. And maybe there would be a country in which Islam would be represented by a few individuals or terrorists living incognito.“¹

Výše citovaný úryvek je část článku s názvem „Evropa a my“, ve kterém ázerbajdžánský publicista srovnává islám s evropskými hodnotami, za což byl odsouzen ke čtyřem letům odnětí svobody. Jedná se o jeden z mnoha případů, kdy se v nedávné době v zemích Rady Evropy dostalo do konfliktu právo na svobodu projevu a právo na ochranu náboženského cítění. Náboženské přesvědčení se týká vztahu člověka k metafyzičnu a díky tomu ovlivňuje ty nejintimnější pocity člověka, přičemž útok na ně pak může způsobit nepřiměřeně silný a těžko napravitelný šok.² Z těchto důvodů jsem se rozhodl zabývat tím, zda Evropská úmluva o ochraně lidských práv (dále jen jako „**Úmluva**“) obsahuje pozitivní závazek smluvních států chránit náboženské cítění, a to v kontextu případu Dominika Duky proti brněnským divadlům. Právě případ Dominika Duky je důkazem toho, že právo na svobodu projevu a právo na ochranu náboženského cítění se mohou dostat do vzájemného konfliktu i v České republice.

Článek má tedy odpovědět na otázku, zda z judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále jen jako „**ESLP**“) vyplývá státu pozitivní závazek chránit náboženské cítění věřících, a za tím účelem omezovat svobodu projevu, a to s ohledem na nedávno proběhlý případ Dominika Duky proti brněnským divadlům. V tomto článku se zabývám pouze pozitivními závazky vycházejícími z Úmluvy.

Článek je tematicky rozdělen do 3 sekcí, přičemž v první sekci se nejprve zaměřuji na otázku, zda v případě, že soud dospěje k závěru, že byla porušena ochrana náboženského cítění věřících, se jedná o porušení čl. 9 Úmluvy, nebo o legální a legitimní omezení svobody projevu dle čl. 10 odst. 2 Úmluvy. Poté již hledám odpověď na otázku týkající se existence pozitivních závazků státu k ochraně náboženského cítění věřících. V druhé sekci představuji případ Dominika Duky proti brněnským divadlům s ohledem na pozitivní závazky státu zjištěné dříve. V poslední sekci jsou pak představena ustanovení českého právního řádu, kterými může Česká republika naplňovat své pozitivní závazky k ochraně náboženského cítění, a to včetně prostředků mimoprávních.

¹ Viz rozsudek Evropského soudu pro lidská práva *Tagiyev a Huseynov proti Ázerbajdžánu* App no 13274/08 (ECtHR, 5. 3. 2020), §8.

² Benátská komise, *Report on the Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred* (Rada Evropy 2008) 12.

Téma tohoto článku lze považovat stále za velmi aktuální v kontextu současného světa, kde narůstá netolerance a extremismus. Je také předmětem debat a kontroverzí v politickém, sociálním i mediálním prostoru. Najít hranici mezi svobodou projevu a ochranou náboženského cítění je pro soudy na národní i nadnárodní úrovni velkou výzvou důležitou pro zachování sociálního smíru ve společnosti. V případě, že by náboženské cítění chráněno nebylo, nebo by bylo chráněno nedostatečně, mohlo by to vést k polarizaci společnosti, rozdmýchávání nenávisti a následným konfliktům mezi jednotlivými společenskými skupinami. Naopak přílišné omezení svobody projevu by zase vedlo k cenzuře a omezení pluralismu názorů, který pomáhá společnosti se rozvíjet a posouvá ji dopředu.

Tento článek vznikl na základě diplomové práce s názvem „Ochrana náboženského cítění jako pozitivní závazek státu“, která byla úspěšně obhájena pod vedením pana Ing. Mgr. Jaroslava Benáka, Ph.D., na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v akademickém roce 2023/2024.

1. Ochrana náboženského cítění v judikatuře ESLP

Odpověď na zvolenou otázku je třeba hledat primárně v judikatuře ESLP, přičemž v rámci rešerše judikatury jsem dohledal celkem 19 rozhodnutí³, ve kterých se řeší konflikt svobody projevu s náboženským cítěním. Tato rozhodnutí byla vyhledávána zejména v databázi HUDOC, dále pak přes české právní servery, které již také obsahují některá rozhodnutí ESLP (zejména server CODEXIS), a také server eslp.justice.cz. Vyhledávána byla rozhodnutí k čl. 9 a čl. 10 Úmluvy, a to se zadáním klíčových slov jako „*positive obligation*“, „*duties and responsibilities*“, „*religious feelings*“, „*freedom of expression*“, „*religious sensitivities*“ atd., přičemž v širším výběru mi zůstalo přibližně 200 rozhodnutí, které již zbývalo vytřídit podle skutkových okolností jednotlivých případů. Záměrně jsem nehledal odmítavá rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva, protože Evropská komise pro lidská práva zpravidla nedovozuje pozitivní závazky států v odmítavých rozhodnutích, ač i některá tato rozhodnutí jsou po skutkové i právní stránce zajímavá.⁴

1.1 Čl. 9 nebo čl. 10 odst. 2 Úmluvy?

Při rešerši judikatury jsem dospěl k závěru, že v naprosté většině posuzovaných případů se jednalo především o situace, v nichž stěžovatelé u ESLP namítali porušení čl. 10 Úmluvy, tedy práva na svobodu projevu, a ochranu náboženského cítění namítal až následně stát jako důvod, proč byl stěžovatel na své svobodě projevu omezen, tedy jako legitimní důvod omezení ve smyslu ustanovení čl. 10 odst. 2 Úmluvy.

Nejen u odborné veřejnosti se rozvinula diskuze, zda v případě, že soud uzná, že byla

³ Jedná se o rozhodnutí: Otto-Preminger-Institut proti Rakousku; I. A. proti Turecku; Wingrove proti Spojenému království; Ibragim Ibragimov a ostatní proti Rusku; E. S. proti Rakousku; Gündüz proti Turecku; Rabczewska proti Polsku; Gachechiladze proti Gruzii; Sekmadienis Ltd. proti Litvě; Murphy proti Irsku; Klein Proti Slovensku; Tagiyev a Huseynov proti Ázerbajdžánu; Giniewski proti Francii; Aydin Tatlav proti Turecku; Kokkinakis proti Řecku; dále poté Leyla Şahin proti Turecku; S.A.S. proti Francii; Choudhury proti Spojenému království; Supreme Holy Council of the Muslim Community proti Bulharsku.

⁴ Viz např. *Dubowska a Skup proti Polsku* App no 33490/96, 34055/96 (ECtHR, 18. 4. 1997).

porušena ochrana náboženského cítění věřících, se jedná o porušení čl. 9 Úmluvy nebo o legální a legitimní omezení svobody projevu dle čl. 10 odst. 2 Úmluvy.

Odpověď na výše nastíněnou otázku není jednotná u odborné veřejnosti, ale ani v soudních rozhodnutích, a to jak na mezinárodní úrovni, tak i na té tuzemské. Ústavní soud v níže představeném případě Dominika Duky proti brněnským divadlům uvedl, že „zásah do náboženského cítění jako součásti náboženské svobody lze subsumovat pod ochranu osobnosti, resp. důstojnosti člověka. Z hlediska Listiny i ústavněprávní nauky patří popsany právní stav do sféry ochrany práv a svobod druhých (čl. 17 odst. 4 Listiny [...]).“⁵ Podle Ústavního soudu je tak zásah do náboženského cítění součástí limitační klauzule svobody projevu.

Nejvyšší soud naopak v téže věci podřadil „právo nebýt vystaven projevům hrubě urážejícím náboženské cítění, především pokud by se jednalo o cílený atak, [...] za součást svobody vyznání [...]“⁶. Nejvyšší soud tak dovodil, že pod právo na svobodu vyznání spadá také právo nebýt vystaven projevům hrubě urážejícím náboženské cítění, a to na základě komentáře k Listině.⁷ Jak ale upozornila Karolina Michková, tento komentář k „ochraně náboženského cítění vychází z rozsudku ESLP ve věci Kokkinakis proti Řecku. [...] Daný rozsudek se ale nezabýval rozporem mezi svobodou projevu a svobodou vyznání, nýbrž trestním postihem proselytismu a s tím spojeným zásahem do svobody vyznání. Právo na ochranu náboženského cítění v rozsudku vůbec nehrálo roli a ani v něm není zmíněno. Přestože tedy v rozsudku Kokkinakis proti Řecku ESLP říká, že veřejná moc může v nezbytném rozsahu omezit projev, které jsou rušivé vůči náboženským přesvědčením, jedná se o úplně jiný kontext, než jaký je prezentován v komentáři. Závěr o zahrnutí práva na ochranu náboženského cítění do Listiny tedy vychází z vratkého podkladu.“⁸ Výše uvedeným ale Nejvyšší soud zařadil právo na ochranu náboženského cítění do Listiny.⁹

ESLP ve svém přístupu také není konzistentní. V rozsudku Otto-Preminger-Institut proti Rakousku, který byl prakticky první svého druhu podřadil ochranu náboženského cítění pod čl. 9 Úmluvy. ESLP totiž v tomto rozhodnutí řekl, že „provokativní zobrazování předmětů náboženského uctívání lze oprávněně považovat za porušení respektu k náboženskému cítění věřících, tak jak je garantováno čl. 9 Úmluvy; a takové zobrazování lze považovat za zlovolné porušování ducha tolerance, které musí být rovněž rysem demokratické společnosti. Úmluva musí být vykládána jako celek [...]“¹⁰

Toto rozhodnutí je však právě kvůli podřazení ochrany náboženského cítění pod čl. 9 Úmluvy předmětem časté kritiky. ESLP sice podřadil toto právo pod čl. 9 Úmluvy, ale v rozhodnutí neupřesnil, jak přesně se čl. 9 Úmluvy uplatní. Z čl. 9 totiž vyplývá, že jsou chráněny dva odlišné zájmy, a to 1) svoboda myšlení, svědomí a náboženského vyznání a 2) svoboda projevat navenek své myšlení, svědomí a náboženské vyznání. Peter W. Edge pak uvádí,

⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 4. 9. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, § 61.

⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 2021, sp. zn. 25 Cdo 1081/2020, 7.

⁷ Karolina Michková, 'Omezování svobody projevu jako pozitivní závazek státu k ochraně náboženského cítění' (diplomová práce, Masarykova univerzita, Právnická fakulta 2022) 58.

⁸ Ibidem, 58.

⁹ Ibidem, 58–60.

¹⁰ Volný překlad rozsudku ESLP *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* App no 13470/87 (ECtHR, 20. 9. 1994) § 47.

že „pokud toto právo nebýt urážen na svém náboženském citění představuje svobodu myšlení, což se zdá být nejvíce slučitelné s ohledem na pasivní povahu práva, pak se z hlediska čl. 9 jedná o absolutní právo, které nemůže být omezeno na základě rozhodnutí soudu.“¹¹ Zároveň ale upozorňuje, že ESLP v tom samém rozhodnutí připustil, že „[k]do se rozhodne využít své právo na svobodný projev náboženského vyznání, nemůže očekávat, že se nestane obětí nějaké kritiky. Musí tolerovat a akceptovat odmítnutí svého náboženského přesvědčení jinými, a dokonce i propagování doktrín nepřátelských k jeho víře [...]“, čímž se z tohoto práva stává právo omezitelné.¹²

Již v tomto rozhodnutí disentující soudci namítali neexistenci tohoto práva v Úmluvě, tedy že by toto právo bylo součástí čl. 9 Úmluvy.¹³ Dle nich totiž „Úmluva nezaručuje právo na ochranu náboženského citění. Přesněji řečeno, takové právo nelze odvodit z práva na svobodu náboženského vyznání, které ve svém důsledku zahrnuje právo vyjadřovat kritické názory na náboženské názory jiných osob.“¹⁴ Disentující soudci nicméně připustili, že citění věřících může být do určité míry chráněno i Úmluvou samotnou.¹⁵

V dalších případech týkajících se stejné materie již ESLP operuje s limitační klauzulí čl. 10 Úmluvy, a nikoli primárně s právem podle čl. 9 Úmluvy, ač ho často zmiňuje.¹⁶ Příkladem může být např. nejnovější rozhodnutí ESLP týkající se této problematiky, a to rozhodnutí *Rabczewska proti Polsku* nebo *E.S. proti Rakousku*, kde v obou případech ESLP shodně uvedl, že „napadený zásah sledoval cíl chránit náboženské citění, což odpovídá ochraně práv ostatních ve smyslu čl. 10 odst. 2 Úmluvy [...]“.^{17, 18}

Ani odborná veřejnost se při hledání odpovědi na tuto otázku neshodne. Dle některých právo na ochranu náboženského citění neexistuje jako právo samo o sobě dle čl. 9 Úmluvy, nýbrž je součástí limitační klauzule čl. 10 odst. 2 Úmluvy.¹⁹ Právo nebýt urážen ve svém náboženském

¹¹ Peter W. Edge, ‘The European Court of Human Rights and Religious Rights’ (1998) 47 *The International and Comparative Law Quarterly* 3, 682.

¹² Ibidem; *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* App no 13470/87 (ECtHR, 20. 9. 1994) § 47.

¹³ Karolina Michková, ‘Ochrana náboženského citění po česku: případ Duka a jeho dopady na ochranu náboženského citění v České republice’ (2022) 30 *Časopis pro právní vědu a praxi* 4, 745–746.

¹⁴ Společné disentní stanovisko soudců Palm, Pekkanen a Makarczyk v *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* App no 13470/87 (ECtHR, 20. 9. 1994) § 6.

¹⁵ Eva Hauksdóttir, ‘Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the echr’s Approach to Blasphemy’ (2021) *European Convention on Human Rights Law Review* <https://brill.com/view/journals/eclr/2/1/article-p75_75.xml?language=en&srsltid=AfmBOorKdSmyzlUwyoVrDreimydbpXreNO2VbtQGRvp7fXwHZsA5EZsH&utm=> cit. 29. 4. 2025.

¹⁶ Michková (n 13) 746.

¹⁷ *Rabczewska proti Polsku* App no 8257/13 (ECtHR, 15. 9. 2022) § 55; *E. S. proti Rakousku* App no 38450/12 (ECtHR, 25. 10. 2018) § 41.

¹⁸ Dále viz např. Can Yeginsu a John Williams, ‘Criminalizing Speech to Protect Religious Peace? The ECtHR Ruling in *E.S. v. Austria*’ (2018) *justsecurity.org* <<https://www.justsecurity.org/61642/criminalizing-speech-protect-religious-peace-ecthr-ruling-e-s-v-austria>> cit. 3. 5. 2025; *Murphy proti Irsku* App no 44179/98 (ECtHR, 10. 7. 2003) § 64; *E. S. proti Rakousku* App no 38450/12 (ECtHR, 25. 10. 2018) § 41.

¹⁹ Viz např. George Letsas, ‘Is there a Right not to be Offended in One’s Religious Beliefs?’ in Lorenzo Zucca and Camil Ungureanu (eds), *Law, State and Religion in Europe: Debates and Dilemmas* (Cambridge University Press 2012) 239–240; Stijn Smet, ‘Free Speech versus Religious Feelings, the Sequel: Defamation of the Prophet Muhammad in *E.S. v Austria*’ (2019) 2015 *European Constitutional Law Review* 1, 158–170; Emmanouil

cítění totiž nebylo při tvorbě Úmluvy nikdy zvažováno jako samostatné subjektivní právo a je až moderní myšlenkou, která nevychází z náboženských doktrín. Toto nové právo je naopak výsledkem toho, že ESLP ustoupil snahám některých členských států obejít svobodu projevu ve prospěch náboženského cítění.²⁰ Jeroen Temperman uvádí, že ochrana svobody náboženského vyznání může být legitimním důvodem pro omezení svobody projevu. Ochrana náboženského vyznání nicméně není totéž co ochrana náboženského cítění.²¹ V českém právním diskurzu se odpovědi na otázku, zda ochrana náboženského cítění spadá pod čl. 9 Úmluvy, nebo limitační klauzuli svobody projevu dle čl. 10 Úmluvy, také velmi liší. Např. Roman Barinka tvrdí, že „v demokratické společnosti nemá nikdo právo nebýt urážen ve svém náboženském cítění znevažováním určité náboženské doktríny“²². Podle Romana Barinky tedy žádné právo na ochranu náboženského cítění neexistuje. Druhý hraniční názor zastává např. Petr Jäger, který nejenže uvádí, že právo na ochranu náboženského cítění jako samostatné subjektivní právo existuje, ale podle Petra Jägera je součástí svobody náboženského vyznání dle čl. 15 Listiny základních práv a svobod.²³ Obdobně jako Petr Jäger na tuto problematiku nahlíží i Filip Rieger²⁴ či Ivo Telec, který říká, že ochrana náboženského cítění je součástí svobody vyznání.²⁵ K názoru Romana Barinky se zase více přiklání např. Pavel Molek, dle kterého v Úmluvě není právo na ochranu náboženského cítění obsaženo.²⁶ Michal Bartoň pak dochází k závěru, že ochrana náboženského cítění spadá pod limitační klauzuli čl. 10 odst. 2 Úmluvy, a to i s ohledem na judikaturu ESLP.²⁷

Rozlišování, zda se jedná o součást práva dle čl. 9 Úmluvy, nebo omezení na základě čl. 10 odst. 2 Úmluvy, není čistě teoretická záležitost, ale má své praktické opodstatnění. Jak připomíná Michal Bartoň, v případě, že podřadíme právo na ochranu náboženského cítění pod čl. 9 Úmluvy, bude toto právo silnější, jelikož v případě podřazení pod limitační klauzuli u svobody projevu se vždy jedná pouze o výjimku z pravidla, která musí být vykládána restriktivně a takové omezení musí být nezbytné v demokratické společnosti.²⁸ Podle Michala Bartoně tak „přístup naznačený v rozhodnutí Otto-Preminger-Institut, pojímající

Bougiakiotis, 'E.S. v Austria: Blasphemy Laws and the Double Standards of the European Court of Human Rights' (2018) *Constitutional Law Association* <<https://ukconstitutionallaw.org/2018/11/22/emmanouil-bougiakiotis-e-s-v-austria-blasphemy-laws-and-the-double-standards-of-the-european-court-of-human-rights/>> cit. 29. 1. 2024.

²⁰ Hauksdóttir (n 15).

²¹ Jeroen Temperman, 'Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech' (2011) *BYULR* 3, 734.

²² Roman Barinka, 'Svoboda projevu versus náboženský sentiment druhých aneb co vlastně znamená slovo „tolerance“?' (2007) 2007 *Časopis pro právní vědu a praxi* 1, 20.

²³ Petr Jäger, 'Svoboda myšlení, svědomí a náboženského vyznání' in Eliška Wagnerová a kol., *Listina základních práv a svobod. Komentář* (Wolters Kluwer ČR 2012) 380.

²⁴ Filip Rigel, 'Čl. 16 [Právo na náboženské projevy a nezávislost církví na státu]' in Faisal Husseini a kol., *Listina základních práv a svobod* (C. H. Beck 2021) 46–48.

²⁵ Ivo Telec, 'Umělec nemá imunitu' (2018) *Právní rozhledy* 13–14, 463–365.

²⁶ Pavel Molek, *Základní práva. Svoboda* (Wolters Kluwer 2019) 284.

²⁷ Michal Bartoň, *Svoboda projevu: principy, garance, meze* (Leges 2010) 320–321.

²⁸ *Ibidem*, 317.

*postih rouhačských projevů jako ochranu práv dle čl. 9, nebude zjevně životaschopný*²⁹.

Osobně se domnívám, že ochrana náboženského citění nespadá pod rozsah čl. 9 Úmluvy. Čl. 9 podle mého názoru míří především na ochranu svobody myšlení, svědomí a náboženství, a to jak ve smyslu vnitřního přesvědčení (forum internum), tak zejména jeho aktivního vnějšího projevu (forum externum). Stát tak má povinnost pouze zajistit, aby věřící nebyli při aktivním výkonu své svobody vyznání (tedy zejména při náboženských činnostech) rušeni, stát jim sám v tomto výkonu nesmí bránit a měl by jim vytvořit vhodné prostředí pro jeho výkon. V krajním případě může stát poskytnout určitou míru ochrany před zraňujícími projevy, pokud by tyto projevy fakticky znemožňovaly výkon náboženského přesvědčení. Ani v takových situacích však nelze dovozovat existenci samostatného práva na ochranu náboženského citění podle čl. 9 Úmluvy, ale spíše povinnost zabránit faktickému znemožnění výkonu tohoto práva. Mám za to, že ochrana náboženského citění může představovat legitimní důvod pro omezení svobody projevu podle čl. 10 odst. 2 Úmluvy, konkrétně v rámci ochrany veřejného pořádku.³⁰ Nejde tedy o samostatné základní právo, ale o hodnotu, kterou může stát zohlednit při posuzování proporcionality zásahu do svobody projevu.

Stát má sice podle mého názoru chránit jedince před projevy, které by byly natolik intenzivní, že by mohly reálně odrazovat osoby od výkonu jejich náboženského přesvědčení, ale pouze tehdy, když projevy dosahují této intenzity, lze zásah do svobody projevu považovat za legitimní. V opačném případě by totiž hrozilo neodůvodněné omezení veřejné debaty, včetně debaty ohledně kritiky náboženství jakožto společenského fenoménu. Taková debata však tvoří esenci demokratické společnosti, neboť přispívá k formování názorového pluralismu a společenskému pokroku.³¹

1.2 Pozitivní závazky k ochraně náboženského citění v judikatuře ESLP

Ač se tedy domnívám, že právo na ochranu náboženského citění není součástí čl. 9 Úmluvy, neznamená to, že ESLP ve své judikatuře nemůže dovozovat pozitivní závazek chránit náboženské citění věřících, a za tím účelem omezovat svobodu projevu. Naopak stát může mít povinnost omezit svobodu projevu z důvodu ochrany veřejného pořádku, který může být představován náboženským smírem, a tedy i tím, že není bezdůvodně útočeno na náboženské citění věřících. Svoboda projevu totiž zahrnuje i povinnosti a odpovědnost, mezi které řadíme obecný požadavek na zajištění pokojného požívání práv garantovaných čl. 9 Úmluvy jeho nositelům, což může znamenat např. povinnost zdržet se, jak jen to je možné, projevu, který je, pokud jde o objekty náboženského uctívání, bezdůvodně útočný na ostatní a rouhavý.³² Pojďme se tedy podívat na to, jak k pozitivním závazkům přistupuje ESLP ve své judikatuře.

²⁹ Ibidem, 321.

³⁰ Společné souhlasné stanovisko soudců Felici a Ktistakis v *Rabczewska proti Polsku* App no 8257/13 (ECtHR, 15. 9. 2022) § 3.

³¹ Společné disentanční stanovisko soudců Palm, Pekkanen a Makarczyk v *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* App no 13470/87 (ECtHR, 20. 9. 1994) § 6.

³² *Sekmadienis Ltd. proti Litvě* App no 69317/14 (ECtHR, 30. 1. 2018) § 74; *Murphy proti Irsku* App no 44179/98 (ECtHR, 10. 7. 2003) § 65; *Klein proti Slovensku* App No 72208/01 (ECtHR, 31. 10. 2006) § 47 a násl.

Na základě analýzy judikatury ESLP jsem dospěl k závěru, že určité pozitivní závazky na ochranu náboženského cítění věřících podle čl. 9 Úmluvy státu vyplývají, nejsou však ve srovnání s jinými právy moc obsáhlé. Lze jednoduše shrnout, že tyto pozitivní závazky se zužují na pouhou povinnost státu zajistit náboženský smír ve společnosti, pokojné užívání práv dle čl. 9 Úmluvy a soužití všech náboženství ve společnosti. Z této analýzy taktéž plyne, že státy nemají obecnou povinnost omezovat svobodu projevu za účelem ochrany náboženského cítění.

ESLP dovedl pozitivní závazek v případě Otto-Preminger-Institut proti Rakousku³³, když řekl, že je „[...] *povinností státu zajistit pokojné užívání práv dle čl. 9 Úmluvy* [...]“³⁴. Jak již bylo ale výše řečeno, ESLP v tomto prakticky prvním případě týkajícím se střetu svobody projevu se svobodu náboženského vyznání dovedl, že náboženské cítění spadá pod čl. 9 Úmluvy. Ač dle mého názoru bylo toto podřazení nesprávné, lze i z výše citovaného dovést pozitivní závazek k ochraně náboženského cítění. Vnitřní rozpor, který vzniká v mém tvrzení, že ochrana náboženského cítění nespadá pod čl. 9 Úmluvy a zároveň že státu vzniká pozitivní závazek k ochraně náboženského cítění z povinnosti zajistit pokojné užívání dle čl. 9, lze překlenout argumentací, že ochranu náboženského cítění sice nelze považovat za samostatné právo chráněné čl. 9 Úmluvy, nicméně nelze opomenout, že citlivé zraňování náboženského cítění věřících může v krajních případech reálně narušit pokojné užívání jejich náboženské svobody, například prostřednictvím zastrašování či bezdůvodného výsměchu. V tomto smyslu lze uvažovat o pozitivním závazku státu chránit náboženské cítění, nikoliv jako o autonomním právu, nýbrž jako o prostředku zajištění účinného a pokojného výkonu náboženské svobody. Povinnost státu zajistit pokojné užívání práv dle čl. 9 tak může implikovat závazek zabránit jednání, které bezprostředně ohrožuje výkon této svobody, třeba právě zásahem do sféry hlubokého náboženského přesvědčení.

Případ Otto-Preminger-Institut proti Rakousku nebyl kritizován jen z důvodu podřazení práva na ochranu náboženského cítění pod čl. 9 Úmluvy, ale např. i z důvodu, že se ESLP prakticky zřekl své přezkumné pravomoci a až přehnaně omezil sám sebe, a to nejen s odkazem na doktrínu prostoru pro uvážení.³⁵ S tím souvisí i skutečnost, že ESLP v daném případě nezohlednil ve své úvaze všechny rozhodné skutečnosti, kdy například úplně opomenul otázku role a významu náboženství ve společnosti, a tedy i otázku, zda film, o nějž se jednalo, mohl být schopný podnítit veřejnou diskuzi.³⁶

Roman Barinka připomíná s odkazem na odlišné stanovisko soudců Palm, Pekkanen a Makarczyk, ve kterém apelovali zejména na princip proporcionality, že „[v]zhledem k tomu, že film měl být promítán v kině uvádějícím experimentální filmy pro omezené a platící

³³ V tomto případě šlo o to, že soukromá rakouská společnost odvysílala film s názvem „Das Liebeskonzil“. Jednalo se o satirický film, který vykresloval biblické postavy velmi odlišným způsobem od toho, jak jsou známy z Bible, jelikož např. Bůh byl vykreslen jako senilní a impotentní stařec a Ježíš Kristus jako „mamánek“ s nízkou inteligencí. Proti stěžovateli bylo zahájeno trestní řízení, ve kterém byl film zabaven a stěžovatel odsouzen za znevažování náboženských doktrín.

³⁴ *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* App no 13470/87 (ECtHR, 20. 9. 1994) § 47.

³⁵ Barinka (n 22) 17.

³⁶ Lucie Jurečková, 'Bezodůvodně urážlivý projev dotýkající se náboženského cítění věřících a zvolený způsob komunikace' (konference Naděje právní vědy 2022, Plzeň, 2023) 175–176, 179–180.

publikum, jež bylo dopředu o charakteru filmu informováno, bylo zajištěno, že film nebude shlédnut velkým počtem diváků. Navíc každý, jehož náboženské citění mohlo být filmem uraženo, měl i nadále svobodu promítání se nezúčastnit a konfrontaci s tímto urážlivým materiálem se vyhnout. Rakouské orgány tak měly k dispozici méně restriktivní možnost, jak zajistit, aby předešly nedůvodné urážce křesťanů, protože jejich opatření, tj. předběžný zákaz a konfiskace filmu, nebyla nezbytně nutná.³⁷

V případě Otto-Preminger-Institut proti Rakousku ESLP zároveň řekl, že „může být v některých demokratických společnostech považováno v zásadě za nezbytné sankcionovat nebo preventivně bránit nepatřičným útokům na objekty náboženského uctívání“³⁸. Ale ani na tomto místě neříká přímo, že stát má pozitivní závazek chránit náboženské citění věřících.

Naopak výslovně zmíněn byl pozitivní závazek státu v případě E. S. proti Rakousku³⁹, když podle ESLP státy „mají [...] pozitivní závazek podle čl. 9 Úmluvy zajistit pokojné soužití všech náboženství a těch, kteří nepatří k náboženské skupině, zajištěním vzájemné tolerance“⁴⁰. Není zde sice přímo zmíněna ochrana náboženského citění, nicméně pod povinnost zajistit pokojné soužití všech náboženství a těch, kteří k žádné náboženské skupině nepatří, lze dle mého názoru ochranu náboženského citění podřadit. Domnívám se tak právě z důvodu, že projev ohrožující náboženské citění věřících, který přesáhne únosnou míru intenzity, narušuje i vzájemnou toleranci, a tedy i vzájemné soužití náboženských skupin a případně i těch, kteří k žádné náboženské skupině nepatří. Stát tak má povinnost zasáhnout v případě, kdy je náboženské citění zraňováno takovým způsobem, že znemožňuje či omezuje právo na výkon svobody vyznání.⁴¹

ESLP nicméně v případě E. S. proti Rakousku postupoval téměř identicky jako v případě Otto-Preminger-Institut proti Rakousku, dospěl k prakticky stejnému závěru a použil i podobnou argumentaci. Vcelku logicky pak v případě, že je dle velké části odborné veřejnosti případ Otto-Preminger-Institut proti Rakousku překonán, bylo velké kritice podrobena i tato rozhodnutí.⁴² Lze se tak ptát, zda bylo vhodné, aby ESLP poskytl Rakousku opět tak široký prostor pro uvážení s ohledem na skutečnost, že obecně tendence v Evropě míří spíše k dekriminální blasfémie. Dále se v odborných kruzích diskutuje o tom, zda nebyl tento prostor pro uvážení natolik velkorysý, že vylučoval jakýkoli smysluplný přezkum ze strany mezinárodního soudu⁴³, a zda takový přístup ESLP neúměrně nezvyšuje nejistotu

³⁷ Barinka (n 22) 17; Společné disentanční stanovisko soudců Palm, Pekkanen a Makarczyk v *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* App no 13470/87 (ECtHR, 20. 9. 1994) § 9.

³⁸ *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* App no 13470/87 (ECtHR, 20. 9. 1994) § 49.

³⁹ V tomto případě byla stěžovatelka rakouskými soudy odsouzena za znevažování náboženských doktrín podle § 188 rakouského trestního zákoníku, když pořádala kurzy pro veřejnost s názvem „Základní informace o islámu“. V rámci těchto seminářů znevažovala osobu Mohameda a opakovaně ho označila za pedofila, protože uzavřel manželství s Aishou, když jí bylo šest let.

⁴⁰ *E. S. proti Rakousku* App no 38450/12 (ECtHR, 25. 10. 2018) § 44.

⁴¹ European Court of Human Rights, 'Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights – Freedom of thought, conscience and religion' (2024) *ECtHR* <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_9_eng> cit. 25. 4. 2025, 94.

⁴² Yeginsu a Williams (n 18).

⁴³ *Ibidem*.

ohledně hranic svobody projevu.⁴⁴ Čím širší prostor pro uvážení totiž ESLP poskytne, tím se zvyšuje šance, že vnitrostátní orgány posoudí případ špatně, a to bez následné kontroly ESLP, který se své pravomoci vzdává s odkazem na prostor pro uvážení.⁴⁵

Tento rozsudek byl mimo jiné kritizován i za použití konceptu hodnotových soudů, kde ESLP oproti své vcelku konstantní judikatuře, založené na rozhodnutí Lingens proti Rakousku, rozšířil hodnotové soudy, které musí mít alespoň částečně skutkový základ, o další hledisko, a to objektivní a nestranné vyjádření, což dle mnohých popírá samotnou podstatu koncepce rozlišování hodnotových soudů a skutkových tvrzení. Ač ESLP v tomto rozsudku dovedl pozitivní závazek k ochraně náboženského cítění, nelze pominout ani to, že dle mnohých je přístup ESLP k ochraně náboženského cítění příliš široký a ohrožuje svobodu projevu jako takovou,⁴⁶ kdy se Evropa stále hlouběji propadá do netolerantního klima, které stále více a více potlačuje svobodu projevu.⁴⁷

Pozitivní závazky pak ESLP potvrdil např. v rozhodnutí Rabczewska proti Polsku⁴⁸, kde dovedl, že „[n]ebylo prokázáno, že zásah v projednávané věci byl v souladu s pozitivními závazky státu dle čl. 9 Úmluvy nezbytný k zajištění mírového soužití náboženských a nenáboženských skupin a jednotlivců pod jeho jurisdikcí zajištěním atmosféry vzájemné tolerance“⁴⁹. Také výslovně zmínil, že stát by měl vždy komplexně posoudit širší kontext daného projevu a pečlivě vyvážit právo na svobodu projevu s právy ostatních na ochranu jejich náboženského cítění a zachování náboženského míru ve společnosti.⁵⁰ Jak jsem již uvedl výše, v případě E. S. proti Rakousku a Rabczewska proti Polsku ESLP také výslovně potvrdil, že ochrana náboženského cítění spadá pod limitační klauzuli svobody projevu a není součástí práva na svobodu vyznání.

V případě I. A. proti Turecku⁵¹ ESLP dle mého názoru dovedl pozitivní závazek chránit náboženské cítění věřících implicitně, když se o pozitivních závazcích výslovně nezmínil. Pozitivní závazek však dovedl v kontextu omezení svobody projevu, když řekl, že „výkon svobody projevu zahrnuje i povinnosti a odpovědnost. Mezi ně lze v kontextu náboženské

⁴⁴ Hauksdóttir (n 15).

⁴⁵ John G. Wrench "Balancing" Free Expression and Religious Feelings in E.S. v. Austria: Blasphemy by Any Other Name? (2020) *Case Western Reserve Journal of International Law* 52, 750.

⁴⁶ Viz např. Hauksdóttir (n 15).

⁴⁷ Wrench (n 45) 737, 747.

⁴⁸ V tomto případě byla populární polská zpěvačka odsouzena za spáchání trestného činu urážky náboženského cítění podle ustanovení § 196 polského trestního zákoníku. V rozhovoru pro polský zpravodajský web totiž uvedla, že sice věří ve vyšší moc a že biblická poselství mají důležitou hodnotu, ale že v Bibli popsané události nemají oporu ve vědeckých zjištěních. K tomu dodala, že jí přesvědčily spíše vědecké spisy než „spisy někoho, kdo se zřídil pitím vína a kouřením nějaké trávy“, čímž myslela „všechny ty chlápky, kteří psali ty neuvěřitelné biblické příběhy“.

⁴⁹ *Rabczewska proti Polsku* App no 8257/13 (ECtHR, 15. 9. 2022) § 64.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ V tomto případě byl předmětem sporu román spisovatele Abdullaha Rizey Ergüvena s názvem „Zakázané fráze“. Autor v ní vyjadřuje své názory zejména na teologické otázky. Kritizuje víru, způsob života v Turecku a náboženské myšlenky. Kniha dále obsahuje pohrdání Prorokem a vírou v Boha podle islámu. Víru a náboženství dále označuje pouze za „obskuritu, pouštní fatu morgánu, primitivní myšlenku a náboženství jako primitivismus pouštního života [...]“. Spisovatel byl odsouzen podle článku 175 tureckého trestního zákoníku.

víry zahrnout i povinnost vyhnout se výrazům, které jsou bezdůvodně urážlivé k ostatním a rouhavé [...]. Na základě výše uvedených závěrů lze principiálně považovat za nezbytné trestat nevhodné útoky na předměty náboženského uctívání [...].“⁵² Jednak tím potvrdil, že ochrana náboženského cítění spadá pod limitační klauzuli svobody projevu, a také potvrdil, že stát by měl v určitých situacích v rámci pozitivních závazků „přijmout opatření zaměřená na potlačení určitých způsobů jednání, včetně šíření informací a myšlenek, považovaných za neslučitelné se svobodou myšlení, svědomí a náboženského vyznání jiných [...]“⁵³. Sice se výslovně o ochraně náboženského cítění nemluví, nicméně opět se domnívám, že citlivé zraňování náboženského cítění věřících může v krajních případech reálně narušit pokojné užívání jejich náboženské svobody, a proto dle mého názoru ESLP implicitně dovedl pozitivní závazek k ochraně náboženského cítění i zde.

Poté ESLP ještě několikrát implicitně dovedl pozitivní závazek státu chránit náboženské cítění, když např. v rozhodnutí Leyla Şahin proti Turecku říká, že je povinností státu zajistit vzájemnou toleranci mezi jednotlivými náboženskými skupinami, což potvrdil i v dalším známém případě S.A.S. proti Francii.⁵⁴

Obdobně ESLP jen implicitně dovedl pozitivní závazek v případě Kokkinakis proti Řecku, když říká, že v demokratické společnosti, kde vedle sebe existuje více náboženství či náboženských skupin, může být nezbytné omezit svobodu veřejně projevovat náboženské vyznání a přesvědčení tak, aby byly zajištěny rozdílné zájmy těchto náboženských skupin a zároveň bylo zajištěno respektování jejich vyznání.⁵⁵

Ačkoliv ESLP v rozsudku Kokkinakis proti Řecku výslovně nehovoří o pozitivním závazku státu, z jeho odůvodnění je dle mého názoru možné takový implicitní závazek dovést. ESLP tím totiž implicitně uznává, že stát nese odpovědnost za zajištění respektu a rovnováhy mezi různými náboženskými skupinami, což zahrnuje i pozitivní závazky. Ochrana náboženského cítění tak může být chápána jako prostředek k naplnění tohoto závazku, pokud jejím účelem není potlačení kritiky nebo pluralismu, ale zajištění důstojného prostoru pro výkon náboženské svobody. Nadměrně intenzivní projev, jehož účelem není přispět do veřejné debaty o veřejném zájmu a který má potenciál zraňovat náboženské cítění, se může stát legitimním důvodem k omezení této svobody ve prospěch udržení pokojného soužití.

Případ Kokkinakis proti Řecku je však odlišný od ostatních případů, neboť se v něm neřeší ochrana náboženského cítění, neřeší se primárně ani svoboda projevu, ač se jí stěžovatel ve stížnosti dovolával,⁵⁶ ale přezkoumává se zejména porušené právo na svobodu vyznání, jelikož stěžovatel byl odsouzen za trestný čin proselytismu. V tomto rozhodnutí jsou nicméně nastíněny principy používané pro další rozhodnutí, jelikož toto rozhodnutí posloužilo jako základ pro rozhodnutí ve věci Otto-Preminger Institut proti Rakousku, které je zase základem pro další rozhodnutí.

⁵² I. A. proti Turecku App no 42571/98 (ECtHR, 13. 9. 2005) § 24.

⁵³ Ibidem, § 26.

⁵⁴ Leyla Şahin proti Turecku App no 44774/98 (ECtHR, 10. 11. 2005) § 107; S.A.S. proti Francii App no 43835/11 (ECtHR, 1. 7. 2014) § 127.

⁵⁵ Kokkinakis proti Řecku App no 14307/88 (ECtHR, 25. 5. 1993) § 33.

⁵⁶ Ibidem, § 54–55.

V případě *Giniewski proti Francii* ESLP žádný pozitivní závazek nedovodil, ale naopak uvedl, že pozitivní závazek neexistuje v případě, že se osoba rozhodne přispět do veřejné diskuze, která je ve veřejném zájmu, a splní u toho další náležitosti, mezi které lze zařadit např. skutečnost, že projevem bylo přispěno k široké a pokračující debatě, která byla ze své podstaty otevřená diskuzi, aniž by vyvolala jakoukoli kontroverzi, která by byla bezdůvodná nebo odtržená od reality. Takový projev nesmí obsahovat útoky na náboženské cítění či přesvědčení, nesmí být bezdůvodně urážlivý a ani nesmí podněcovat k nenávisti či neúctě.⁵⁷

Stejně tak dovodil, že pozitivní závazky státu nesahají tak daleko, aby stát byl povinen aktivně řešit náboženské spory. Tím by totiž, ač možná neúmyslně, začal preferovat jedno náboženství před druhým, a dopustil by se tak sám porušení negativního závazku vyplývajícího z Úmluvy.⁵⁸ Stát tak musí zůstat v roli nestranného soudce, který jen chrání a udržuje náboženskou pluralitu.⁵⁹

Dále např. Evropská komise pro lidská práva v případě *Choudhury proti Spojenému království* výslovně uvedla, že čl. 9 Úmluvy nezaručuje jednotlivcům právo na řízení proti osobám (potažmo i jejich potrestání), kteří svým projevem urážejí cítění jednotlivce nebo skupiny osob.⁶⁰

Z analýzy judikatury lze taktéž vyčíst, že ESLP je v otázce omezování svobody projevu na úkor náboženského cítění spíše zdrženlivý, a umožňuje tak jednotlivým státům zasahovat do svobody projevu, a to zejména s odkazem na doktrínu prostoru pro uvážení. Dále lze vysledovat, že míra ochrany projevu je nepřímou úměrná poskytnutému prostoru pro uvážení. Dle ESLP je totiž malý prostor pro uvážení státům dáván v případech omezení politického projevu nebo projevů, které mohou přispět do veřejné debaty ohledně věcí veřejného zájmu. Širší prostor pro uvážení dává ESLP státům v otázkách projevů, které mohou urážet osobní přesvědčení v oblasti morálky nebo náboženství, a podobně široký prostor dává ESLP státům v oblasti regulace reklamy nebo komerčních projevů.⁶¹

V otázkách ochrany náboženského cítění, respektive omezení svobody projevu, je prostor pro uvážení dáván státům v otázce, zda je omezení nezbytné v demokratické společnosti ve smyslu čl. 10 odst. 2 Úmluvy. Slovo „nezbytné“ pak předpokládá existenci naléhavé sociální potřeby, kterou právě dokáže vnitrostátní orgán posoudit lépe než mezinárodní soud. ESLP pak „pouze“ plní funkci dohledového orgánu, zda míra uvážení nebyla státem překročena, a právě ESLP je tím, kdo ve výsledku řekne, zda zásah byl v souladu s ochranou podle čl. 10, nebo ne.⁶²

⁵⁷ *Giniewski proti Francii* App no 64016/00 (ECtHR, 31. 1. 2006) § 46–56.

⁵⁸ Jim Murdoch 'Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights' in *Council of Europe human rights handbooks* (Council of Europe, Strasbourg, 2012) 29–30.

⁵⁹ *Supreme Holy Council of the Muslim Community proti Bulharsku* App no 39023/97 (ECtHR, 16. 12. 2004) § 73.

⁶⁰ *Choudhury proti Spojenému království* App no 17439/90 (ECtHR, 5. 3. 1991) 3. V tomto případě stěžovatel napadal postup britských orgánů, které na jeho podnět nezahájily trestní řízení proti spisovateli Salmanu Rushdiemu, autoru knihy „Satanské verše“. Dále např. *Dubowska a Skup proti Polsku* App no 33490/96, 34055/96 (ECtHR, 18. 4. 1997) nebo *Kubalska and Kubalska-Holuj proti Polsku* App no 35579/97 (ECtHR, 22. 10. 1997).

⁶¹ *Gachechiladze proti Gruzii* App no 2591/19 (ECtHR, 22. 7. 2021) § 51; *Wingrove proti Spojenému království* App no 17419/50 (ECtHR, 25. 11. 1996) § 58.

⁶² *Sekmadienis Ltd. proti Litvě* App no 69317/14 (ECtHR, 30. 1. 2018) § 71.

Ač je rozsah pozitivních závazků doposud předmětem debat,⁶³ z judikatury ESLP tedy plyne, že stát má pozitivní závazek zajistit náboženský smír ve společnosti, pokojné užívání práv dle čl. 9 Úmluvy a soužití všech náboženství ve společnosti. Z těchto závazků ale nelze vyvozovat povinnost zavést do právního řádu trestný čin či delikt blasfemie, jelikož ten by zase mohl ohrožovat svobodu projevu.⁶⁴ Naopak z analýzy judikatury plyne, že státy mají předcházet, případně trestat jakékoli hate speech projevy, tedy projevy, které přímo podněcují k náboženské nenávisti proti osobě nebo skupině osob.⁶⁵ Projevy vůči náboženskému smýšlení nepřátelské naopak dle ESLP požívají ochrany, pokud ovšem neznemožňují věřícím výkon jejich práv dle čl. 9 Úmluvy.⁶⁶ Při jakémkoli dalším omezení svobody projevu za účelem naplňování pozitivních závazků k ochraně náboženského citění je však potřeba důkladně zvážit, zda daný projev nepřispívá do debaty o otázkách veřejného zájmu či zda takovou debatu nepodněcuje. Omezení zároveň musí být přiměřené sledovanému a legitimnímu cíli a nesmí mít za následek tzv. *chilling effect*.⁶⁷

Je nicméně otázkou, jakou mají výše uvedené pozitivní závazky legitimitu, když velká část z nich byla dovozena ve dvou velmi kritizovaných rozhodnutích a jedno z nich je navíc dle velké části odborné veřejnosti již dávno překonané a neodpovídá standardům dnešní doby. Jak navíc upozorňuje Jeroen Temperman, zákony trestající blasfemii a chránící náboženské citění věřících ohrožují nejen svobodu projevu, ale ve svém důsledku i svobodu náboženského vyznání.⁶⁸ Navíc současný přístup ESLP dle mnohých může vést k ohrožení pluralismu a tolerance spočívající v přílišném ohrožení veřejného sektoru. Není nutné dodávat, že pluralismus a tolerance jsou základní stavební kameny demokracie, bez kterých by dnes společnost nebyla tam, kde je.⁶⁹ Proto má zdravá demokratická společnost více důvodů pro to, aby chránila i projevy, které mohou urážet, šokovat nebo narušit stát nebo jakoukoli část populace, než aby tyto názory omezovala.⁷⁰

2. Případ Duka v. brněnská divadla

V České republice v nedávné době prošel soudní soustavou spor tehdejšího kardinála Dominika Duky a JUDr. ICLic. Ronalda Němce, Ph.D., s brněnskými divadly (Centrum

⁶³ Bartoň (n 27) 338.

⁶⁴ Viz např. *Rabczewska proti Polsku* App no 8257/13 (ECtHR, 15. 9. 2022).

⁶⁵ Parliamentary Assembly, 'Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion, Recommendation 1805 (2007)' (*pace.coe.int*, 2007) <<https://pace.coe.int/pdf/047b7436533c017050218e0adee782835b6b998ca92fc45ca6bfe5e15d142c18/rec.%201805.pdf>> cit. 1. 5. 2025.

⁶⁶ Jurečková, Lucie. 'K některým rizikům omezení svobody projevu v zájmu ochrany náboženského citění v judikatuře ESLP' (2023) *Právní rozhledy* 12, 445.

⁶⁷ 'Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists. Freedom of expression and respect for religious beliefs: striking the right balance' (2017) *Council of Europe* <<https://rm.coe.int/factsheet-on-freedom-of-expression-and-freedom-of-religion-15september/1680748443>> cit. 28. 4. 2025.

⁶⁸ Jeroen Temperman 'BLASPHEMY, DEFAMATION OF RELIGIONS AND HUMAN RIGHTS LAW' (2008) 26 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 4, 544.

⁶⁹ Jurečková (n 66) 447.

⁷⁰ Temperman (n 21) 736.

experimentálního divadla a Národní divadlo Brno). Kardinál Duka a Ronald Němec požadovali zveřejnění omluvy, že brněnská divadla uvedením her zasáhla do jejich osobnostních práv. Právě tento spor je obdobným případem ke sporům, ze kterých jsem čerpal odpověď na otázku, zda existují pozitivní závazky státu chránit náboženské cítění věřících. Zásadní rozdíl oproti výše představeným rozhodnutím je ovšem v tom, že případnou stížnost k ESLP by nepodávala osoba, která tvrdí, že bylo porušeno její právo na svobodu projevu na úkor osob, jejichž právo na ochranu náboženského cítění bylo chráněno, ale právě osoba dotčená na svém náboženském cítění.

Hned na začátku je pro dokreslení kontextu nutné uvést, že katolická církev v České republice, respektive její čelní představitelé, je konzervativní, a to oproti liberálnějším a progresivnějším západním církvím.⁷¹ Ukázalo se to např. na kauze Petra Piňhy a jeho kázání, v němž se vyjadřoval k možné ratifikaci Istanbulské úmluvy a „zastrašoval“ věřící tím, že v případě její ratifikace „svět ovládnou homosexuálové“⁷², přičemž někteří kněží, kteří se proti tomuto projevu kriticky vyjádřili, byli představiteli katolické církve následně potrestáni.⁷³ V tomto ohledu se tedy česká katolická církev řadí k postkomunistické východní Evropě, kde např. duchovní autoritou v církvi jsou výhradně muži a ženy mají postavení spíše v rámci charitní činnosti. I tímto se česká katolická církev odlišuje od západní Evropy, kde ženy zastávají důležité pozice v rámci celého církevního života.⁷⁴

V případě Dominika Duky žalobcům vadily dvě divadelní hry, které se koncem května 2018 odehrály v rámci festivalu Divadelní svět Brno. Ve hře „Naše násilí, Vaše násilí“ byl mimo jiné zobrazován Ježíš znásilňující muslimku. Podle žalobců některé scény zasáhly do jejich důstojnosti, jelikož ta byla narušena „zobrazením reprezentanta jejich víry nedůstojným způsobem“⁷⁵. Zároveň podle žalobců došlo také k zásahu do práva na svobodu vyznání a svobody myšlení a svědomí žalobců, a to z důvodu, že se nyní žalobci „nemohou ztotožnit s osobou, o níž je šířena informace, že znásilňuje ženu“⁷⁶.

Ve hře „Prokletí“ byl zase zobrazen Jan Pavel II., na jehož soše byl prováděn orální sex. Tím mělo být podle žalobců znázorněno, že celá církev se podílí na znásilňování dětí, a tedy i oba žalobci, čímž údajně bylo zasaženo do jejich svobody a rovnosti.⁷⁷

Soud prvního stupně řešil tento spor dle § 81 Občanského zákoníku a po provedeném dokazování dospěl k závěru, že první zmíněná „[h]ra se žalobcům nelíbila, možná je i urazila, ale na jejich právech se projevit nemohla a neprojevila. Již na úvod právního posouzení obou her je třeba uvést, že se v případě žádné z nich nejednalo ani o skutkové tvrzení, ani o hodnotící soud, ale o alegorii, tedy nadsázku, kdy se pomocí určitých obrazů snaží autor či herci vyvolat

⁷¹ Adéla Muchová 'ANTI-GENDERISM AND THE CATHOLIC CHURCH: THE ISTANBUL CONVENTION IN CZECH MEDIA' (2022) 67 *Studia Universitatis Babeș-Bolyai – Theologia Catholica* 1, 30. Dostupné také online z <<https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=1052221>>.

⁷² Ibidem, 18.

⁷³ Ibidem, 37–38.

⁷⁴ Ibidem, 29.

⁷⁵ Rozsudek Městského soudu v Brně ze dne 18. 3. 2019, sp. zn. 122 C 88/2018.

⁷⁶ Ibidem, § 1.

⁷⁷ Ibidem, § 6, 7.

*nějaký dojem či vyjádřit myšlenku*⁷⁸, a mimo to, žalobci hru ani v brněnském podání neviděli.⁷⁹ Soud dále zdůraznil, že hra se neopírá pouze do křesťanství, ale „*nakládá na více stran*“⁸⁰.

Podle soudu také „*[o]bě divadelní hry v přenesené podobě ukázaly jevy, které existovaly či stále ještě existují, pouze tak učinily formou, jež není příliš obvyklá a je nestandardní, na druhou stranu soud tu není od toho, aby určoval míru vkusu diváků a rozhodoval, co se na jevišti, jen proto, že se mu hra nelíbí, nebo naopak líbí, má nebo nemá hrát*“⁸¹. Zároveň nebylo zasaženo ani do práv zaručených čl. 15 a čl. 16 Listiny, jelikož dané hry nebrání žalobcům dále projevovat svoji víru, účastnit se náboženských úkonů a věřit v to, co chtějí.⁸²

Krajský soud v Brně pak rozsudek Městského soudu v Brně potvrdil a připomněl, že demokratický právní stát je založen na principu náboženské neutrality. „*Demokratická společnost není společností teokratickou. Církev ani věřící osoby v ní nemohou očekávat, že veřejný prostor bude náležet jen projevům vůči jejich víře a symbolům této víry pozitivním či alespoň neutrálním, nýbrž musí tolerovat a akceptovat i projevy vůči jejich víře a symbolům této víry negativní, mají-li takové projevy potenciál přispívat k zamyšlení a debatě nad otázkami veřejného zájmu a nejde-li současně o projevy podněcující k nenávisti*“⁸³. Upozornil také na dřívější judikaturu Nejvyššího soudu, podle které je nutné chránit i takové projevy, které jsou urážející, ale mají za cíl vyjádřit určitou myšlenku a podnítit veřejnou diskusi.⁸⁴

Žalobci podali dovolání, které však Nejvyšší soud zamítl s odůvodněním, že sice právo nebýt vystaven projevům hrubě urážejícím náboženské cítění spadá pod právo na svobodu vyznání,⁸⁵ nicméně v tomto případě je právo na svobodu vyznání žalobců v rozporu s právem na svobodu projevu žalovaných. Při takovém střetu je dle Nejvyššího soudu nutné pečlivě zvážit, kterému právu bude poskytnuta ochrana na úkor druhého práva.⁸⁶ K tomu Nejvyšší soud poznamenává, že „*[j]estliže by šlo o projev hrubě urážlivý a znevažující, cíleně zaměřený proti náboženskému symbolu či projevu víry bez ospravedlnitelné pohnutky, bylo by namíste takovému projevu odeprít ochranu a poskytnout ji zasaženému právu na svobodu náboženství. Naopak by mohl být shledán oprávněným i projev pojednávající náboženský symbol kontroverzním i negativním způsobem, jestliže by byl veden snahou po dialogu, měl by vyjadřovat nějakou myšlenku či názor, a jeho cílem by nebylo pouze šokovat a urazit ty, pro něž je symbol posvátný*“⁸⁷. K namítaným útokům na náboženské symboly pak Nejvyšší soud shodně jako soudy nižších instancí uvedl, že „*[ú]tok na náboženský symbol by neměl být pro věřícího důvodem pro to, aby se odvrátil od víry*“⁸⁸.

⁷⁸ Ibidem, § 12, 14.

⁷⁹ Ibidem, § 16, 20, 23.

⁸⁰ Ibidem, § 16.

⁸¹ Ibidem, § 25.

⁸² Ibidem, § 29–30.

⁸³ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 11. 2019, sp. zn. 70 Co 170/2019, § 56.

⁸⁴ Ibidem, § 55.

⁸⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 2021, sp. zn. 25 Cdo 1081/2020, 7.

⁸⁶ Ibidem, 8.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem, 9.

Jak jsem ale již upozornil výše, Nejvyšší soud podřadil právo nebýt vystaven projevům hrubě urážejícím náboženské citění, především pokud by se jednalo o cílený atak, pod svobodu vyznání, ač tento závěr vychází z křehkého východiska.

Proti rozhodnutí Nejvyššího soudu podali žalobci ústavní stížnost, v níž namítali porušení zejména čl. 15 odst. 1 Listiny. Ta byla ale Ústavním soudem zamítnuta.⁸⁹ V nálezu Ústavní soud zdůraznil, že stát v rámci náboženské neutrality chrání výkon náboženských práv a svobod, vytváří podmínky pro realizaci těchto práv tak, aby mohly vedle sebe žít různé náboženské skupiny.⁹⁰ Dle ustálené judikatury Ústavního soudu je totiž každý projev či názor zásadně přípustný a jakékoli omezení svobody projevu musí být vykládáno restriktivně.⁹¹ „*Ne každé zveřejnění nepravdivé skutečnosti musí automaticky znamenat neoprávněný zásah do osobnostních práv.*“⁹²

Ústavní soud případ uzavřel s tím, že „*obě divadelní hry sledovaly legitimní cíl, směřující k vyvolání veřejné diskuze o náboženském násilí a sexuálních incidentech uvnitř jedné z církví [...]*“⁹³, přičemž obsah her byl veřejně znám a každý se také mohl svobodně rozhodnout, zda chce představení vidět, či nikoli.⁹⁴ Podle Ústavního soudu by totiž ani ústavní soudci neměli být pasováni do role strážců veřejné morálky.⁹⁵

Lze konstatovat, že v daném případě byly ve hře pozitivní závazky k ochraně náboženského citění, které dovodil ESLP ve svých rozhodnutích. České soudy však implicitně dospěly k závěru, že se v tomto případě neaplikují, a to zejména z důvodu ochrany svobody projevu, kdy tento projev nebyl „*hrubě urážlivý a znevažující, cíleně zaměřený proti náboženskému symbolu či projevu víry bez ospravedlnitelné pohnutky [...]*“⁹⁶.

Konkrétně Ústavní soud nejprve potvrdil existenci pozitivních závazků státu, když řekl, že „*[g]arance svobody vyznání [...], doprovázené pozitivním závazkem státu k její ochraně, pak stvrzují v obecné rovině [...] závěr, že zásah do náboženského citění jako součásti náboženské svobody lze subsumovat pod ochranu osobnosti, resp. důstojnosti člověka*“⁹⁷. Zároveň poté dodal, že je „*především rolí státu, resp. orgánů veřejné moci, aby při plnění svého pozitivního závazku chránily náboženskou svobodu a ideologickou i náboženskou neutralitu (čl. 2 odst. 1 Listiny)*“⁹⁸.

Z výše uvedeného pozitivního závazku tak vyplývá, že by Česká republika měla tolerovat náboženský pluralismus, tedy zejména by neměla diskriminovat nebo zvýhodňovat jakýkoli z náboženských směrů. „*V rámci zásad pluralismu a náboženské tolerance stát nezaujímá postoje k obsahu jednotlivých náboženských vyznání (po stránce pravdivosti, užitečnosti*

⁸⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 4. 10. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, § 1, 94.

⁹⁰ Ibidem, § 58.

⁹¹ Ibidem, § 53.

⁹² Ibidem, § 54.

⁹³ Ibidem, § 92.

⁹⁴ Ibidem, § 92.

⁹⁵ Ibidem, § 93.

⁹⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 2021, sp. zn. 25 Cdo 1081/2020, 7.

⁹⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 4. 10. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, § 61.

⁹⁸ Ibidem, § 89.

apod.), nýbrž zaujímá roli, tam kde je to nezbytné, nestranného moderátora s cílem upravit právní a faktické prostředí pro výkon základního práva.“⁹⁹

Z konečného hlediska případ Duky proti brněnským divadlům demonstruje, že české soudy prozatím aplikují pozitivní závazky státu k ochraně náboženského cítění velmi úzce – soustředí se především na podmínky náboženského smíru a tolerance. V souladu s judikaturou ESLP tak potvrzují, že státy nemají obecnou povinnost omezovat svobodu projevu za účelem ochrany náboženského cítění, pokud se nejedná o hate speech projev či tento projev nesplňuje kritéria hrubé urážky, která by mohla bránit věřícím ve výkonu práv dle čl. 9 Úmluvy. Tento závěr pak zdůrazňuje, že úlohou státu je podporovat pluralitu názorů a umožnit veřejnou diskusi, aniž by se stala nástrojem jednostranného potlačování kontroverzních projevů.

3. Jakými způsoby naplňuje Česká republika své pozitivní závazky?

Výše jsem uvedl, že státu vyplývají určité pozitivní závazky k ochraně náboženského cítění. Nyní krátce představím ustanovení českého právního řádu, skrze která Česká republika určitým způsobem omezuje svobodu projevu za účelem ochrany náboženského cítění. Právě tato ustanovení by mohla být jednotlivými projevy pozitivních závazků států chránit náboženské cítění věřících, popřípadě jde o dobrovolně převzatý závazek státu, který stát z určitých socioekonomických a lidskoprávních důvodů převzal. Domnívám se nicméně, že tato ustanovení jsou v českém právním řádu zejména z důvodu ochrany před hate speech, nikoli primárně jako projev pozitivního závazku státu, a to i s ohledem na to, že česká právní úprava neobsahuje, na rozdíl od některých zahraničních právních úprav, trestný čin či delikt blasfemie.

V trestním zákoníku najdeme trestné činy ustanovení § 355 – hanobení národa, rasy, etnické nebo jiné skupiny osob, § 356 – podněcování k nenávisti vůči skupině osob nebo k omezování jejich práv a svobod, a dále pak ustanovení § 176 – omezování svobody vyznání. Trestními předpisy by však podle mě v žádném případě neměla být postihována kritika církví, kacířství nebo rouhání.¹⁰⁰

Ustanovení § 355 Trestního zákoníku říká, že „[k]do veřejně hanobí a) některý národ, jeho jazyk, některou rasu nebo etnickou skupinu, nebo b) skupinu osob pro jejich skutečnou nebo domnělou rasu, příslušnost k etnické skupině, národnost, politické přesvědčení, vyznání nebo proto, že jsou skutečně nebo domněle bez vyznání, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta [...]“¹⁰¹.

Legitimitnost ustanovení § 355 a § 356 Trestního zákoníku ESLP potvrdil např. v rozsudku Erbakan proti Turecku, ve kterém konstatoval, že „[t]olerance a respekt k rovné důstojnosti všech lidských bytostí představují základy demokratické pluralitní společnosti. Je proto nezbytné sankcionovat všechny formy projevů, jež rozšiřují, podněcují, podporují či ospravedlňují nenávist založenou na intoleranci. Každé takové omezení musí zároveň odpovídat naléhavé společenské

⁹⁹ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 11. 2019, sp. zn. 70 Co 170/2019, § 50.

¹⁰⁰ Filip Rigel, 'Čl. 15 [Svoboda myšlení, svědomí, náboženského vyznání, vědeckého bádání a umělecké tvorby]' in Faisal Husseini a kol., *Listina základních práv a svobod* (C. H. Beck 2021) 472.

¹⁰¹ § 355 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

*potřebě, být přiměřené sledovanému účelu a zakládat se na dostatečných a relevantních důvodech.*¹⁰² Přestože tato ustanovení chrání i náboženské cítění a svobodu vyznání, jsou do právního řádu zakomponována zejména z důvodu ochrany před tzv. *hate speech*.

Mírnější variantou oproti trestnému činu hanobení národa, rasy, etnické nebo jiné skupiny osob podle § 355 trestního zákoníku je pak ustanovení § 7 odst. 3 písm. b) zákona č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích, a má formu přestupku proti občanskému soužití. Tohoto přestupku se dopustí osoba tím, že způsobí jinému újmu, mimo jiné, pro jeho víru nebo náboženství.¹⁰³ Oproti trestnému činu však přestupkový zákon operuje s pojmem újma, kterou však nikde nedefinuje. „*Můžeme si ji pro tyto účely vymezit jako například újmu na vážnosti u spoluobčanů, v zaměstnání, v rodinných vztazích.*“¹⁰⁴ Toto ustanovení implementuje do naší právní úpravy, na úrovni správně právní, princip rovného zacházení a zákaz diskriminace, který je odrazem čl. 21 Listiny základních práv Evropské unie.¹⁰⁵

Už z rozsudků ve věci Sekmadienis proti Litvě, Gachechiladze proti Gruzii nebo Murphy proti Irsku, které jsem v rámci řešerše judikatury ESLP našel jako případy, ve kterých se řeší konflikt svobody projevu s náboženským vyznáním, vyplývá, že náboženské cítění věřících může být dotčeno taktéž komerční reklamou. V zákoně č. 40/1995 Sb., zákon o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 368/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, se tak nachází i ustanovení, které má chránit náboženské cítění věřících, a to konkrétně v § 2 odst. 3.

Toto ustanovení říká, že reklama nesmí napadat náboženské cítění.¹⁰⁶ Z dikce ustanovení tak plyne, že reklama obsahující náboženské motivy či jakoukoli jinou náboženskou tematiku zakázána není, nicméně nesmí útočit na náboženské cítění takovým způsobem, který již není obecně přijatelný a byl by v rozporu s dobrými mravy.¹⁰⁷

Další ustanovení najdeme v zákoně č. 231/2001 Sb., zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů, a to zejména v ustanovení § 32, který stanovuje provozovateli vysílání povinnost zajistit, aby vysílaný obsah nepodněcoval k násilí nebo nenávisti vůči osobám z důvodu jejich náboženského vyznání, a povinnost nezařazovat do vysílání cokoli, co by mohlo utvrzovat předsudky o náboženských menšinách.¹⁰⁸ Ač ustanovení chrání i náboženské cítění, míří zejména na ochranu před jakýmkoli nenávistným projevem. Dle § 48 zákona o rozhlasovém a televizním vysílání pak nesmí provozovatel zařadit do vysílání ateistická nebo náboženská obchodní sdělení a obchodní sdělení útočící

¹⁰² *Erbakan proti Turecku* App no 59405/00 (ECtHR, 6. 7. 2006) § 56.

¹⁰³ § 7 odst. 3 písm. b) zákona č. 251/2016 Sb., zákon o některých přestupcích, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁴ Pavel Vetešík, '§ 7 [Přestupky proti občanskému soužití]' in Luboš Jemelka a Pavel Vetešík, *Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. Zákon o některých přestupcích* (2. vyd., C. H. Beck, 2020) 973.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ § 3 odst. 2 zákona č. 40/1995 Sb., zákon o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁷ Helena Chaloupková, Petr Holý a Jiří Urbánek, '§ 2 [Zakázaná reklama]' in Helena Chaloupková a kol., *Mediální právo* (1. vydání, C. H. Beck, 2018) 259.

¹⁰⁸ § 32 zákona č. 231/2001 Sb., zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

na víru nebo náboženství.¹⁰⁹

Dílčí právní úpravu ochrany náboženského cítění najdeme také v zákoně č. 198/2009 Sb., zákon o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon). Dle ustanovení § 4 odst. 1 písm. a) ve spojení s ustanovením § 2 odst. 3 tohoto zákona je totiž chráněno náboženské cítění věřících, když zákon definuje zakázané obtěžování jako „*nežádoucí chování související s důvody [...] náboženského vyznání [nebo] víry, jehož záměrem nebo důsledkem je snížení důstojnosti osoby a vytvoření [...] ponižujícího [...] nebo urážlivého prostředí*“¹¹⁰.

Úprava nekalé soutěže se na první pohled může jevit tématu tohoto článku velmi vzdálená, nicméně právě díky jedné z podmínek pro naplnění generální klauzule nekalé soutěže se dostáváme i do této úpravy. Onou výše zmíněnou podmínkou je 1) způsobení újmy nebo hrozba způsobení újmy soutěžitelům nebo zákazníkům, a to současně za naplnění dalších podmínek, kterými jsou 2) jednání soutěžitele v hospodářském styku, které je 3) v rozporu s dobrými mravy soutěže.¹¹¹ Právě na příkladu ve věci Sekmadienis proti Litvě a Gachechiladze proti Gruzii je možné vidět i aplikovatelnost právní úpravy nekalé soutěže na ochranu náboženského cítění skrze tzv. soudcovské skutkové podstaty nekalé soutěže. Ač se v těchto případech postupovalo podle hmotněprávních zákonů upravujících reklamy v dané zemi, grafické zpracování reklam v těchto případech by mohlo být v rozporu s dobrými mravy soutěže dle české právní úpravy.

3.1 A nešlo by to bez zákazů, příkazů a trestů?

Stát nicméně může své pozitivní závazky, které spočívají v povinnosti zajistit náboženský smír, pokojné užívání práv dle čl. 9 Úmluvy a soužití všech náboženství ve společnosti, zajistit i jinými prostředky než právními ustanoveními. Jedná se o prostředky, které nemají formu zákonů ani jiných právních aktů a mají zejména předcházet vzniku jakýchkoli problémů, aniž by někomu něco nařizovaly či zakazovaly. Právní prostředky zákazů, příkazů a trestů by pak následovaly až v případě, že selžou mimoprávní prostředky ochrany. Navíc v některých případech může potlačování svobodných projevů kritických vůči některým menšinám mít za následek o to větší antipatii až nenávisť vůči těmto menšinám.¹¹²

Náboženské cítění je nejčastěji napadáno projevy, které spadají pod ochranu čl. 10 Úmluvy. Svobodu projevu je důležité chránit, neboť právě ona je oním základním kamenem demokracie, který přispívá k rozvoji pluralismu a společnosti jako takové. Díky svobodě projevu můžeme dát možnost vzniku debatě o těch nejvíce šokujících myšlenkách, neboť právě otevřenou debatou lze nejlépe ukázat nadřazenost demokratických hodnot nad

¹⁰⁹ Ibidem, § 48.

¹¹⁰ § 4 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 2 odst. 1 zákona č. 198/2009 Sb., zákon o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), ve znění pozdějších předpisů.

¹¹¹ § 2976 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹² Ian Cram ‘The Danish Cartoons, Offensive Expression and Democratic Legitimacy’ in Ivan Hare and James Weinstein (eds), *Extreme Speech and Democracy* (Oxford University Press 2009) 311; Aoife O’Reilly ‘In Defence of Offence: Freedom of Expression, Offensive Speech, and the Approach of the European Court of Human Rights’ (2016) *Trinity College Law Review* 19, 234.

těmi nedemokratickými. Férová argumentace v otevřené diskuzi je totiž demokratičtějším prostředkem k zachování základních demokratických hodnot, než jakými jsou zákazy a represe.¹¹³

Jednou z možností, jak chránit náboženské cítění při současném zachování svobody projevu, je učit společnost odpovědnému uplatňování tohoto práva. Stát může vytvářet ve společnosti takovou kulturu, kde každý jedinec bude sám vyhodnocovat svůj zamýšlený projev a uplatňovat na sebe autocenzuru, která zajistí, že výkonem práva na svobodu projevu bude respektovat práva jiných a nezasáhne do nich.¹¹⁴ „Zdržet se vyslovení určitých výroků může být naprosto přijatelné, když se to děje z důvodu, aby nebyly bezdůvodně zraněny city jiných osob, a je zjevně nepřijatelné, když se tak děje ze strachu z násilných reakcí.“¹¹⁵

Dalším mimoprávním prostředkem ochrany náboženského cítění může být podpora dialogu mezi osobami s náboženským vyznáním, osobami bez náboženského vyznání a médii. Tento dialog by mohl být podporován různými doporučeními vydávanými státem a vzdělávacími kurzy, které zároveň pomohou vytvářet kulturu, kde bude etika komunikace na vysoké úrovni, jak jsem již nastínil v předchozím odstavci. Vzájemný dialog mezi skupinami napomůže pochopení druhé skupiny, zejména jejích postojů a přesvědčení, což by mělo napomoci empatii a následně vzájemné toleranci. Po určité době by se společnost mohla dostat na takovou úroveň, kde by bylo možné pokojně vyjadřovat jakékoli myšlenky bez ohledu na to, jak moc negativní jsou.¹¹⁶

Mimoprávní prostředky ochrany náboženského cítění mají za cíl zejména najít rovnováhu mezi svobodou projevu a respektováním práv druhých. Výhodou těchto prostředků je, že vznikajícím nebo hrozícím problémům aktivně předchází, kdežto právní úprava často řeší až vzniklý následek, a nikoli příčinu samotnou (pokud pominu skutečnost, že právní úprava může mít zastrašující efekt, a tím tedy částečně řeší i příčinu). Díky aktivnímu předcházení vznikajícím či hrozícím konfliktům mimoprávními prostředky navíc stát nemusí vůbec zasáhnout do práv jednotlivců zaručených Úmluvou, tyto mimoprávní prostředky jsou flexibilnější, podporují sociální soudržnost společnosti a jsou ekonomicky efektivnější než následné soudní spory.

Kromě toho, podpora konstruktivní diskuze, komunikační etika, podpora vzájemného dialogu a porozumění jsou demokratičtějšími prvky než jakýkoli zákonem stanovený zákaz či příkaz, a proto by měly dle mého názoru předcházet prostředkům právním.

Závěr

V tomto článku jsem se zabýval ochranou náboženského cítění věřících a pozitivními závazky státu k této ochraně vycházejícími z Úmluvy v kontextu případu Dominika Duky proti brněnským divadlům. Jako výzkumné téma byla zvolena otázka, zda má stát pozitivní závazek chránit náboženské cítění věřících a za tím účelem omezovat svobodu projevu, a to s ohledem na případ Dominika Duky proti brněnským divadlům.

¹¹³ Benátská komise (n 2) 11.

¹¹⁴ Ibidem, 17.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem, 17–18.

Zejména analýzou judikatury ESLP jsem dospěl k závěru, že státy mají povinnost (pozitivní závazek) zajistit náboženský smír ve společnosti a pokojné užívání práv dle čl. 9 Úmluvy a také soužití všech náboženství ve společnosti. ESLP při hodnocení, zda je určitý projev přípustný, nebo zda takový projev již neoprávněně zasáhl do náboženského cítění věřících, zkoumá zejména účel projevu, tedy zda primárním cílem bylo urazit nebo zesměšnit, či zda měl projev rozvinout či přispět veřejné debatě o určitém problému. Přitom je také důležité, jakým způsobem byla myšlenka vyjádřena, tedy zda se nejednalo o pohrdavý tón.

V kontextu kauzy Dominika Duky proti brněnským divadlům jsem dospěl k závěru, že i české soudy potvrdily, že stát má určité pozitivní závazky k ochraně náboženského cítění, nicméně zároveň dospěly k závěru, že zásah do náboženského cítění v tomto kontextu nedosáhl takové intenzity, aby vyžadoval zásah státu na základě jeho pozitivních závazků.

Současně se dají z rozhodování ESLP vysledovat určité závěry týkající se toho, jakým projevům poskytuje ESLP větší ochranu a jakým méně. To souvisí zejména s otázkou prostoru pro uvážení. To, jak široký prostor pro uvážení státu náleží, záleží na typu projevu, o jehož omezení se jedná. ESLP nechává malý prostor pro uvážení státu v případech politického nebo odborného projevu. Širší prostor pro uvážení dává ESLP státům v oblasti regulace reklamy nebo komerčních projevů. Z judikatury lze také vysledovat, že právě komerčním projevům a reklamám poskytuje ESLP menší míru ochrany než naopak projevu politickému nebo odbornému, kde je státům dán menší prostor pro uvážení. ESLP dále při rozhodování bere ohled na sankci za omezení projevu, libovůli a odůvodnění státních orgánů anebo také na skutečnost, zda byl projev přístupný široké veřejnosti, či nikoli.

Zároveň jsem představil i ustanovení českého právního řádu, jimiž Česká republika může naplňovat své pozitivní závazky k ochraně náboženského cítění. Ve většině případů jsem nicméně dospěl k závěru, že tato ustanovení byla do českého právního řádu zavedena primárně z jiných důvodů. Tato ustanovení jsou nicméně možným nástrojem, kterým se věřící mohou bránit zásahu do jejich náboženského cítění.

Téma tohoto článku považuji za stále aktuální a důležité, neboť nejen v celé Evropě je hledání hranic a pravidel pro omezování svobody projevu ve prospěch náboženského cítění velkým tématem. Pro soudní orgány na národní i nadnárodní úrovni a státní orgány je velkou výzvou správně určit hranici mezi svobodou projevu a ochranou náboženského cítění, přičemž najít tuto hranici je důležité také pro zachování sociálního smíru ve společnosti. Díky případu Dominika Duky se toto téma dostalo na přední pozice diskutovaných problémů i v České republice a je zejména na české odborné veřejnosti a soudech, jak se k této otázce postaví.

Information for authors

Dear readers,

we hope that you have enjoyed the texts in our journal and that they have been of benefit or possible inspiration. We will be very pleased if you decide to publish in our journal. If you have a text ready and you would like to publish, you can send it electronically in .doc or .docx formats to the email address redakce@ratiopublica.cz.

The journal is published twice a year in both print and electronic formats and follows an open access approach. We accept papers all the time. However, the editorial deadline for the summer issue is 28th February and for the winter issue it is 31st August. The text must be written in Czech, Slovak or English. The author sends both, the full and anonymized version, to the editor. The text always includes an abstract, keywords in English and the text language of the manuscript. In the non-anonymized version it also includes the author's name and affiliation, as well as an email contact and short bio. In the short bio, the author briefly introduces themselves (for example what institution they study or work at, what is their specialization, what they are currently researching, etc.).

Ratio Publica is a peer-reviewed journal that publishes original scholarly texts, especially in analytic legal and political philosophy, legal ethics and constitutional theory. We accept texts for the following sections:

1. Treatise

This is an unpublished, original, comprehensive text that presents the original results of the research. It solves a research question or critically evaluates and comments on the theory of another author. It must contain a footnote apparatus, an abstract and a list of keywords. It must not be merely informative or popularizing. The recommended length of the article is 45,000 to 70,000 characters, including spaces.

2. Discussion paper

This is an unpublished, original and comprehensive text that responds to the text of another author, which was published in the journal Ratio Publica. The discussion paper must be defined in relation to the research question, the way of its solution, as well as the related argumentation contained in the text to which it responds. It should present the reader with a comprehensive analysis,

it must not have the character of a mere gloss, a commentary, a set of partial notes. It must contain a footnote apparatus, an abstract and a list of keywords. The recommended length of the discussion post is 30,000 to 70,000 characters, including spaces.

3. Review essay

This is an unpublished, original, comprehensive text that presents the original results of the research. It solves a research question, or critically evaluates and comments on the theory of another author. It must contain a footnote apparatus, an abstract and a list of keywords. It must not be merely informative or popularizing. The recommended length of the article is 45,000 to 70,000 characters, including spaces.

All texts must be accompanied by a citation apparatus. The citation standard is binding for all authors who wish to publish their text in Ratio Publica. With effect from 2024, this standard is OSCOLA. It is at the discretion of the editors and the editorial board whether an article will be published. The basis for this decision is the peer review. All texts published in the journal undergo a double-blind peer review, in which they are evaluated in terms of their topic, scientific and methodological background, structure, linguistic and stylistic components.

More information can be found on the website www.iurium.cz/ratio/ratio-publica-en. On this website you will also find the publication rules and the principles of publication ethics, which are also important.

Thank you for your interest and we look forward to working with you!



One of the most important books in the world,
the basic cornerstone of Western legal systems.



With traditional leather design
and maximum emphasis on the quality.

Historical edition of Latin version of the book.

digesta.nugisfinem.org



NUGIS FINEM
PUBLISHING