



MUNI Law Working Paper Series
David Kosař & Radim Polčák, Co-Editors in Chief

MUNI Law Working Paper 2015.03

Martin Hapla

**DĚLBA MOCI
A LEGITIMITA SOUDCOVSKÉ TVORBY PRÁVA**

September 2015/ Zář 2015

Masaryk university * Law Faculty * Brno * Czech Republic
MUNI Law Working Paper Series can be found at:
<http://workingpapers.law.muni.cz/content/en/issues/>

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

*

Všechna práva vyhrazena.
Žádná část tohoto working paperu nesmí být v jakékoliv formě
reprodukována bez souhlasu autora.

MUNI Law Working Paper Series
ISSN 2336-4947 (print)
ISSN 2336-4785 (online)
Copy Editor: Martin Bobák
© Martin Hapla 2015
Masarykova univerzita,
Právnická fakulta
Veveří 70, Brno 611 70
Česká republika

Abstract

In his text the author examines issues of judicial creation of law, its legitimacy and a relation to the principle of separation of powers, which is a traditional source of arguments against it. In the first part of his paper he presents the assertion that this principle is in its contemporary form too vague and indefinite to determine clear rules for an institutional order of state and an unambiguous conclusion about admissibility or inadmissibility of judicial creation of law. The reason of this situation is hardly resolvable tension between the separation of powers and the checks and balances as well as its different purposes (protection against despotism and optimization of government). In his analysis he does not also omit the influences of social and institutional metamorphoses of the examined principle. In the second part of the text the question of legitimacy of judicial creation of law is conceptualized. The author examines the arguments that are mostly used to its support. The specific attention is dedicated to the characterization of judiciary as an expert power and consequences of this characterization. He also attempts to specify relations between the separation of powers and the legitimacy of courts and their decision making. Last of all he asks the question if we are capable to justify a judicial creation of law beyond the context of the separation of powers in these days.

Keywords

Separation of Powers, Checks and Balances, Legitimacy, Judicial Creation of Law, Legal Theory

Suggested Citation:

Hapla, Martin 'Separation of Powers and Legitimacy of Judicial Creation of Law' (2015), MUNI Law Working Paper No. 2015.03, available at: <http://www.law.muni.cz/dokumenty/31431>.

Abstrakt

Autor se ve svém textu věnuje problematice soudcovské tvorby práva, její legitimacy a vztahu k principu dělby moci, který je tradičním zdrojem argumentů proti ní. V první části svého článku prezentuje tezi, že tento princip je ve své stávající podobě příliš vágním a neurčitým, aby z něj bylo možné odvodit jasná pravidla pro institucionální uspořádání státu a jednoznačný závěr o přípustnosti, nebo nepřípustnosti vytváření práva soudci. Příčinou je zejména těžko řešitelné napětí mezi dělbou moci ve smyslu striktní separace a systémem brzd a protivah, jakož i jejími různými účely (ochrana před tyraní a optimalizace vlády). Ve své analýze však neopomíjí ani vlivy společenských a institucionálních proměn na zkoumaný princip samotný. Ve druhé části textu je tematizována otázka legitimacy soudcovské tvorby práva. Autor rozebírá nejčastější argumenty uváděné na její podporu. Zvláštní pozornost přitom věnuje charakteristice justice jako odborné moci a důsledkům, které z této charakteristiky bývají vyvozovány. Rovněž se pokouší o konceptualizaci vztahů mezi dělbou moci a legitimitou soudů a jejich rozhodování. Na závěr si pokládá otázku, zda jsme v současnosti schopni ospravedlnit soudcovskou tvorbu práva i mimo rámec dělby moci.

Klíčová slova

dělba moci, brzdy a protiváhy, legitimita, soudcovská tvorba práva, právní teorie

Doporučená citace:

Hapla, Martin 'Dělba moci a legitimita soudcovské tvorby práva' (2015), MUNI Law Working Paper No. 2015.03, dostupné z: <http://www.law.muni.cz/dokumenty/31431>.

Author Contact Details

Martin Hapla
Assistant at the Department of Legal Theory
Masaryk University, Faculty of Law
Brno, Czech Republic

Email: martinhapla@mail.muni.cz

Kontakt na autora

Martin Hapla
Asistent na Katedře právní teorie
Masarykova univerzita, Právnická fakulta
Brno, Česká republika

Email: martinhapla@mail.muni.cz

DĚLBA MOCI A LEGITIMITA SOUDCOVSKÉ TVORBY PRÁVA

Martin Hapla*

Tento text je konceptem kapitoly do připravované monografie *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*, jež je výstupem ze stejnojmenného projektu, který je financován v rámci specifického výzkumu č. MUNI/A/1287/2014.

1 Základní otázky	1
2 Na co Montesquieu (ne)přišel.....	2
3 Konceptualizace dělby moci a neurčitost v jejím pozadí	4
4 Proměny dělby moci a jejich relevance	5
5 Soudnictví jako samostatná moc?	7
6 Pojem legitimacy a konceptualizace jejího vztahu k dělbě moci a soudcovské tvorbě práva.....	8
7 Mezi vstupní a výstupní legitimitou, odbornost soudce jako legitimizační důvod	9
8 Důvody akceptace soudcovské tvorby práva.....	11
9 Co koriguje soudcovskou tvorbu práva?	12
10 Legitimita soudcovské tvorby práva bez dělby moci?	13
<i>Seznam použité literatury</i>	<i>14</i>

1 Základní otázky**

Rozlišujeme-li mezi tvorbou práva a jeho nalézáním, měli bychom se jistě zamyslet nad tím, co činí tento rozdíl významným. Proč je takové rozlišování vůbec relevantní a proč představa, že by měl soudce právo vytvářet a nikoliv pouze objevovat a vykládat, vyvolává pochybnosti a znepokojení.¹ Je zřejmé, že tento problém můžeme dát do úzké souvislosti s otázkami uplatňování moci a jejího možného zneužití, stejně jako s problémy legitimacy a autority.

Vymezení soudní moci a její vztahy k odlišným státním složkám jsou, alespoň jak se na první pohled zdá, determinovány zejména dělbou moci.² Má to být právě ona, kdo stanoví uplatňování moci meze, snaží se bránit jejímu zneužívání a legitimizuje tak i rozdělení určitých pravomocí a rolí v rámci státních orgánů (ve spojitosti s konceptem svrchovanosti lidu). Tím však zároveň problematizuje postavení soudce coby tvůrce práva. Není to přece zřetel

*Mgr. Martin Hapla, asistent na Katedře právní teorie PrF MU.

**Autor textu by tímto rád poděkoval účastníkům vědeckého symposia *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva* za jejich podnětné poznámky k tomuto tématu. Zvláštní dík náleží zejména JUDr. Mgr. Ondřeji Horákovi, Ph.D. a dále JUDr. Tomáši Sobkovi, Ph.D. za podnět, který autora přivedl k zájmu o problematiku deklaratorní teorie práva.

¹K některým rozdílům mezi tvorbou a výkladem práva srovnej text HAPLA, Martin. *Tvorba a výklad práva – vymezení pojmů v postmoderní situaci*. In: VEČEŘA, Miloš, Tatiana MACHALOVÁ a Jirí VALDHANS (eds.). *DNY PRÁVA 2013 – DAYS OF LAW 2013. Část I. Aktuální otázky právní metodologie*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 47-57. ISBN 9788021068087.

²K tomu, jak s nárůstem vlivu soudní moci vyvstala otázka dělby moci a následně legitimacy soudního rozhodování, velmi stručně MCCRUDDEN, Christopher. *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*. *The European Journal of International Law*. 2008, vol. 19, no. 4, pp. 655-724. ISSN 0938-5428. S. 713-714. Dále srovnej též názor Miloše Večeři, který dává ideu „soudce, který pouze aplikuje zákony“ do souvislosti s Montesquieuho teorií: VEČEŘA, Miloš. *Soudcovské dotváření práva*. In: GERLOCH, Aleš, Jan TRYZNA a Jan WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 221-234. ISBN 9788073803889. s. 226.

k tomuto principu, který mu vnucuje diametrálně odlišnou roli od člena parlamentu, tedy úlohu „pouhého“ interpreta? Nejsou to obavy z jeho narušení, které představují jeden z hlavních zdrojů argumentů proti soudcovské tvorbě práva?³

Abychom mohli posoudit relevanci těchto obav, musíme objasnit, co přesně dělba moci znamená a nakolik je v současné době jakožto ústavněprávní princip ještě významná. To pochopitelně není snadný úkol. V širším povědomí je tato idea nejčastěji spojována s Montesqueuho jménem. Proto bude nejprve stručně představena jeho teorie a kriticky zhodnocen její význam (část 2). Hlavní pozornost první poloviny tohoto textu bude následně věnována obhajobě teze, že současné chápání dělby moci nám neumožňuje objektivně rozhodnout, zda je soudcovská tvorba práva přijatelná či nikoliv. Důvodů je pro to několik. První z nich souvisí s tím, že se dělba moci stala příliš vágním principem, v jehož pozadí stojí až příliš mnoho protikladných idejí a účelů na to, abychom z něj mohli vyvozovat konkrétní zásady pro institucionální uspořádání státu,⁴ nebo jinak řečeno určit, které kompetence mají být přisouzeny konkrétním státním orgánům a jakou povahu mají mít vztahy mezi nimi (část 3). Druhý důvod, který relevanci dělby moci obecně oslabuje, spočívá v různých společenských a institucionálních změnách, kterým jsme v posledních stoletích vystaveni. Jak se pokusím ukázat, jejich hodnocení je silně poznamenáno konceptuálními nejasnostmi rozebranými v předcházející části (část 4). A nakonec, třetím důvodem je samo problematické postavení soudnictví coby jedné z hlavních složek moci, které není odůvodnitelné prostřednictvím žádného logického kritéria (část 5).

Je-li však nastíněná teze správná, je nutné si položit otázku, zda je tvorba práva soudcem ospravedlnitelná i mimo rámec principu dělby moci, a pokud ano, tak jakým způsobem? Při hledání odpovědi, jemuž bude věnována druhá polovina textu, se samozřejmě nelze vyhnout základnímu vymezení legitimacy a jejich různých typů (část 6). Podrobnější prozkoumání ve vztahu k soudní moci si přitom zaslouží zejména problematika legitimacy vstupní a výstupní, jakož i charakteristika soudce coby odborníka na právo a její význam pro legitimizaci jeho rozhodovací činnosti (část 7). Jako nezbytná se jeví i analýza obecných důvodů, které přispěly k akceptaci ideje soudcovské tvorby práva (část 8) a prvků, které ji korigují (část 9). Závěr textu bude věnován nástinu možných východisek z legitimizačního vzduchoprázdna, které ohrožuje soudcovskou tvorbu práva, pokud není ukotvena v dělbě moci (část 10).

2 Na co Montesquieu (ne)přišel

Otevřeme-li některou z učebnic ústavního práva nebo státovědy či jakýkoliv text, který otázku teoretického uchopení dělby moci tematizuje pouze stručným způsobem, narazíme v něm na Montesquieho jméno. Dozvíme se, že právě on je původcem ideje tří oddělených mocí – zákonodárné, výkonné a soudní, jejímž hlavním cílem je zabránit nástupu tyranské vlády. Je však na místě ptát se, zda rozumíme Montesquiemu správně, chápeme-li ho takto, a zda postupujeme korektně, pokud dělbu moci v této koncentrované podobě kritizujeme. Nejedná se zde přitom jen o to, že takové podání nutně představuje určité zjednodušení. Stejně tak zásadní je podezření, zda má v této formě vůbec nějaké příznivce, zda jej můžeme v alespoň

³HARVÁNEK, Jaromír a Roman ONDRÝSEK. Justiciální tvorba práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2014, roč. 22, č. 1, s. 6-12. ISSN 1210-9126. s. 7.

⁴K tomu srovnej např. skeptický přístup zastávaný v textu FAIRLIE, John A. The Separation of Powers. *Michigan Law Review*, 1923, vol. 21, no. 4, pp. 393-436. S. 431. Dále též CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2009, xxvii, 286 pp. ISBN 978-0-19-956867-3. s. 27.

nějakém rámci považovat za živé, nebo představuje pouze „slaměného panáka“, vůči kterému se všichni s velkou chutí vymezujeme.

Zkoumáme-li celý problém hlouběji, záhy zjistíme, že nepanuje jednoznačná shoda na tom, co si Montesquieu vlastně myslel a v čem přesně spočívá jeho přínos. Leckdy bývá vnímán jen jako popularizátor myšlenek, které byly již dříve vysloveny jinde.⁵ Podle Františka Weyra měla jeho originalita tkvět v tom, že rozlišil podstatné funkce státu (tedy takové, které musí každý stát mít) od těch nahodilých.⁶ Nahlížel tedy na celý problém s vyšším stupněm abstrakce než jeho předchůdci, kteří při zkoumání státních funkcí uplatňovali pouze induktivní metodu, přičemž vždy popisovali empirický stát a jeho zřízení, které jim byly nejbližší.⁷ Vezmeme-li ovšem v úvahu, že Montesquieu prezentoval dělbu moci především jako popis státního zřízení tehdejší Anglie⁸ (jakkoliv zcela zkresleně),⁹ můžeme Weyrem nastíněný rozdíl do určité míry zpochybňovat.

Montesquieu rozhodně nebyl zastáncem dělby moci ve smyslu striktní separace,¹⁰ jakkoliv se tato idea rozvinula na základě jeho podnětů. Neusiloval o absolutní oddělení jednotlivých mocí, ale připouštěl z něj výjimky.¹¹ Ve svém klíčovém díle *O duchu zákonů* dokonce ani nehovořil o oddělení mocí (*séparation des pouvoirs*), nýbrž o jejich rozdělení (*distribution des pouvoirs*). Počítal tedy s tím, že moci jsou závislé jedna na druhé, například že výkonná složka má právo pozastavovat zákony.¹²

Chápeme-li však jeho pojetí dělby moci právě takto, je vůbec v něčem inovativní? Samotné rozlišení tří složek společných všem ústavám – rady, úřadů a soudnictví – je přece již dílem Aristotela¹³, a pokud neuvažujeme o jejich důsledném a kategorickém propojení s jednotlivými státními funkcemi,¹⁴ co se zde objevuje nového? Samotná myšlenka určitých vyvážených vztahů mezi jednotlivými složkami vlády a tedy i jakéhosi „systému brzd a protivah“ je naznačena již u Cicerona a Polybia.¹⁵ Příklad z Montesquieuho strany tak může nanejvýš spočívat v tvůrčím propojení obou zmíněných idejí.

Snad je proto opravdu na místě říci, že proslulý francouzský filosof především dobře vyjádřil, co již bylo řečeno dříve a některé myšlenky, které zatím zůstávaly spíše nevysloveny v pozadí různých koncepcí, vyvedl na denní světlo. Dokázal je ukázat v novém kontextu a souvislostech. Díky tomu učinil z dělby moci téma, které na sebe strhlo pozornost a začalo hrát klíčovou úlohu v našich úvahách o ústavním uspořádání státu, což jistě není zanedbatelná zásluha.

⁵K tomu srovnej stručnou zmínku již v díle HAMILTON, Alexander, James MADISON a John JAY. *Listy federalistů: soubor esejí psaných na podporu nové Ústavy předložené federálním Shromážděním 17. září 1787*. Olomouc: Vydavatelství Univerzity Palackého, 1994, 537 s. ISBN 80-7067-390-7. s. 265.

⁶WEYR, František. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, xii, 339 s. s. 21.

⁷Tamtéž, s. 20.

⁸Viz MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, 365 s. ISBN 8086473309. s. 189 a následující.

⁹COLE, Kenneth C. "Government," "Law," and the Separation of Powers. *The American Political Science Review*, 1939, vol. 33, no. 3, pp. 424-440. S. 426. K tomu rovněž ŠEJVL, Michal. *Idea právního státu v dějinách filozofie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014. 261 s. ISBN 978-80-7380-519-7. s. 202-203.

¹⁰Jiří Baroš v tomto smyslu používá termín „doktrína čisté dělby moci“. Viz BAROŠ, J. Dělbá moci jako nástroj konstitucionalismu. *Jurisprudence*. 2013, vol. 22, no. 7, s. 11-16. ISSN 1802-3843. s. 14.

¹¹ŠEJVL, op. cit., s. 204.

¹²Tamtéž.

¹³ARISTOTELÉS. *Politika*. 2. vyd. Praha: Rezek, 1998, 499 s. ISBN 8086027104. s. 174-175.

¹⁴Není bez zajímavosti, že u takového rigorózního pojetí byla již brzy rozpoznána jeho nepraktičnost. Je proto pochopitelné, že se neuplatňuje ani v současné době. Viz NOURSE, Victoria. The Vertical Separation of Powers. *Duke Law Journal*, 1999, Vol. 49, No. 3, pp. 749-802. ISSN 0012-7086. s. 758.

¹⁵FAIRLIE, op. cit., s. 394.

3 Konceptualizace dělby moci a neurčitost v jejím pozadí

Samotná dělba moci byla ve stoletích, která následovala po Montesquieu, rozvíjena buď jako ona již zmíněná striktní separace, která však byla z praktických důvodů záhy odmítnuta,¹⁶ často doprovázena argumentem, že je neslučitelná s principiální jednotou státu,¹⁷ anebo chápána ve smyslu systému brzd a protivah. Tento systém, který občas bývá vnímán jako nezbytná korekce první z uvedených idejí,¹⁸ znamená, že se důraz ze snahy o maximální oddělení jednotlivých mocí přesouvá na hledání vyvážených vztahů mezi nimi. Za hlavního otce této koncepce bývá již tradičně považován James Madison, který ji nastínil v Listech federalistů,¹⁹ ačkoliv její zárodky můžeme vysledovat i v dílech mnohem starších.²⁰

Jedná se však opravdu o korekci? Jakkoliv se to tak může na první pohled skutečně jevit – tato koncepce byla přece vymyšlena, abychom se vypořádali se špatnou funkčností dělby moci ve smyslu striktní separace – nejde o celou pravdu. Mnoho zahraničních autorů si všímá, že vztah obou rozebíraných idejí je ve skutečnosti konfliktní,²¹ že mezi nimi vzniká jen obtížně řešitelné napětí. Kdy máme usilovat o větší oddělení jednotlivých mocí a kdy naopak o vyvážené vztahy mezi nimi? Kdy případná ingerence jedné moci do druhé představuje negativní zásah ohrožující její tolik potřebnou nezávislost a kdy je spíše pozitivním zákrokem držícím ji na uzdě? Na tyto otázky nám nikdo nedává jednoznačnou odpověď.²² Spolu se zkorigováním systému brzd a protivah tak dělba moci získává vágní charakter.

K této vágnosti a neurčitosti dále přispívají i nevyjasněné otázky vztahující se k účelu dělby moci. Tradičně byl její smysl spatřován ve snaze zabránit uzurpaci tyranské moci.²³ Pokud by však šlo pouze o takovýto „minimalistický“ úkol, zřejmě by plně postačilo, pokud bychom za její pomoci pouze narýsovali základní kontury ústavního uspořádání. Různé detailnější, kompetenční spory by však již nebyly na tomto základě řešitelné. Například, i kdyby Václav Klaus svého času odvolal předsedkyni Nejvyššího osudu Ivu Brožovou z její funkce, rovnováhu mezi jednotlivými mocemi by to sice nepochybně pozměnilo, ale jen sotva by z něj takový počín udělal tyрана a z České republiky despotický stát. K takovému sporu by se nebylo možné z hlediska dělby moci vyjádřit a musel by se řešit výlučně politickou cestou, nikoliv právní. V průběhu času se ovšem účel dělby moci posunul směrem k optimalizaci vlády. Již tedy nemá pouze garantovat

¹⁶CAROLAN, op. cit., s. 19. FAIRLIE, op. cit., na s. 405 a odtud dále na mnoha místech.

¹⁷FAIRLIE, op. cit., s. 412-413. K tomu srovnej i glosu o nedílnosti a nedělitelnosti státní moci uvedenou v práci BAXA, Bohumil. *Československé právo veřejné*. 1. vydání. Praha: Spolek posluchačů komerčního inženýrství, 1933. 167 s. s. 7.

¹⁸BAROŠ, op. cit., s. 14.

¹⁹HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., s. 265 a následující.

²⁰Viz např. MONTESQUIEU, op. cit., s. 97. Dále již v textu zmíněný Cicero a Polybius. K tomu srovnej FAIRLIE, op. cit., s. 394. Sám Madison se přitom nebál ke svým předchůdcům, zejména Montesquieuovi hlásit a zaštit'ovat se jejich autoritou. Viz tamtéž, s. 398-399.

²¹CAROLAN, op. cit., s. 32. KURLAND, Philip B. The Rise and Fall of the "Doctrine" of Separation of Powers. *Michigan Law Review*, 1986, vol. 85, no. 3, pp. 592-613. S. 593. MAGILL, Mary Elizabeth. The Real Separation in Separation of Powers Law. *Virginia Law Review*. 2000, vol. 86, no. 6, pp. 1127-1198. ISSN 0042-6601. s. 1130.

²²K tomu srovnej též HAPLA, Martin. Dělbá moci a právo na rovný přístup k veřejným funkcím. In: Jirák, Jirák (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnické dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 45-59. ISBN 978-80-87382-42-4. S. 52-53.

²³PAVLÍČEK, Václav. *O české státnosti: úvahy a polemiky. 3 / Demokratický a laický stát*. Vyd. 1. Praha: Univerzita Karlova, 2009, 543 s. ISBN 9788024616421. S. 278. WINTR, Jan. *Principy českého ústavního práva*. 2. vyd., ve Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 1. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, 259 s. ISBN 9788073804497. S. 71. K účelu dělby moci srovnej též DOSTÁL, Martin. Aktivismus prvního Ústavního soudu ČR jako reakce na převládající přístup k převažující interpretaci a aplikaci práva. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělba soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 125-133. ISBN 8021033185. s. 125.

určitý základní standard, ale snaží se o „vyladění“ institucionálního uspořádání státu, které by zajistilo jeho nejefektivnější fungování v tom nejširším smyslu slova. Jedná se o zásadní posun, který přitom rozhodně nelze považovat za bezproblémový. Dosáhnout konsenzu v otázce nejlepšího možného uspořádání je totiž nepochybně mnohem obtížnější než v otázce, zda je nějaká vláda tyranská. Může být velmi diskutabilní, jaké uspořádání představuje ono tolik hledané optimum, stejně jakož i posouzení toho, zda se nám v praxi podařilo uskutečnit.²⁴

Výše rozebírané nejasnosti významným způsobem přispívají k tomu, že se princip dělby moci stává příliš neurčitým, abychom z něj mohli vyvozovat nějakou konkrétní, do detailu propracovanou, institucionální strukturu vlády.²⁵ Pokud chceme vycházet pouze z jeho nesporných aspektů, může nám pomoci vyznačit nanejvýš její velmi přibližné základy. Znamená to tedy, že z něj například můžeme dovozovat, že ministr spravedlnosti by neměl být zároveň předsedou Nejvyššího soudu, ale těžko můžeme na jeho základě jasně specifikovat roli, jakou by měl hrát tento funkcionář moci výkonné při jeho jmenování? Nebo dokonce i v tomto případě ještě můžeme mít pochybnosti, zda není jasnost prvního z příkladů jen zdánlivá? Nevyplývá pouze z toho, že na ní v současnosti panuje větší konsenzus? Není pouze našim konstruktem, který z dělby moci ve skutečnosti nelze logicky odvodit? Přetrvává tedy spousta skeptických otázek. Každopádně platí, že pokud bychom chtěli zmiňovanou strukturu upřesnit, potřebovali bychom již úplnější pojetí dělby moci, za níž by musela stát nějaká další, silnější normativní teze.²⁶

Lze se tudíž domnívat, že rozebíraná neurčitost musí citelně oslabovat relevanci dělby moci pro případné úvahy o přípustnosti nebo nepřípustnosti soudcovské tvorby práva, potažmo jejich hranicích. Neocitá se takto subtilní problematika již pod vypovídací schopností toho, co nám tento princip může sám o sobě nabídnout? Obzvláště uvažujeme-li o vytváření práva soudem (v protikladu k jeho „pouhému“ výkladu) jako o výjimečné a nikoliv každodenní situaci?

4 Proměny dělby moci a jejich relevance

Je nezpochybnitelné, že v průběhu několika století, které nás dělí od dob, kdy Montesquieu a další teoretici formulovali první pojetí dělby moci, se svět kolem nás velmi výrazně proměnil. Změnily se přitom i některé z jeho aspektů, které úzce souvisejí právě s tímto principem. Pro přehlednost bychom je mohli rozdělit do dvou kategorií: První z nich se týkají proměn samotné společnosti, které výrazným způsobem ovlivňují faktické fungování dělby moci. Druhé z nich se vztahují přímo ke změnám institucionální struktury vlády.

Myšlenka, že pro skutečnou dělbu moci nestačí pouze institucionálně rozlišit mezi mocí zákonodárnou, výkonnou a soudní, nýbrž toto institucionální rozlišení musí rovněž odrážet i skutečné rozdělení moci ve společnosti, se zdá být logická. Podle některých názorů v dřívějších dobách tento vzájemný soulad existoval, respektive byl mnohem hmatatelnější. Výkonná moc byla například spojena s mocenským postavením a zájmy krále, zatímco moc zákonodárná s postavením a zájmy drobné šlechty a měšťanstva.²⁷ V současné době však jen stěží můžeme

²⁴Někteří autoři navíc identifikují ještě další normativní důvody, kterými lze dělbu moci ospravedlnovat (např. zajištění toho, aby právo bylo tvořeno ve veřejném zájmu; zlepšování efektivity apod.). K podrobnosti viz CAROLAN, op. cit., s. 27-28.

²⁵K tomu srovnej tamtéž, s. 33. Dále též FAIRLIE, op. cit., s. 431.

²⁶K tomu srovnej některé úvahy v práci CAROLAN, op. cit., s. 33.

²⁷K tomu srovnej i myšlenku Pavla Rychetského, podle kterého představuje dělba moci řešení sváru mezi monarchií, aristokracií a třetím stavem. RYCHETSKÝ, Pavel. Několik poznámek ke stavu české justice s přihlédnutím k dělbě moci. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělba soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno:

nalézt podobné souvislosti mezi jednotlivými společenskými vrstvami a institucionálními strukturami moci.²⁸ V takovém případě je pravděpodobné, že vyvážený systém dělby moci bude ve skutečnosti silně narušován působením různých zájmových skupin, politických stran²⁹ apod.

Další změny, které budou mít na fungování dělby moci vliv, můžeme vysledovat i v samotné institucionální struktuře. Jednak najednou do hry vstupují nové instituce nadnárodního či nadstátního charakteru, se kterými starší teorie ani nemohly počítat, například Evropská unie.³⁰ A dále neustále sílí role administrativy a byrokratického způsobu vlády.³¹

Osobně nijak nerozporuji existenci výše zmíněných procesů, spíše uvažuji, nakolik může jejich hodnotu zpochybnit následující: Jak často poukazuje zahraniční literatura, dělba moci nikde nebyla úplně důsledně provedena.³² V Montesquieuho pojetí nepředstavovala přesný a výstižný popis dokonce ani v Anglii v jeho době.³³ Má za těchto okolností vůbec smysl přikládat nějaký zásadní význam její korespondenci s různými společenskými strukturami nebo různým proměnám institucionálního charakteru?

Samozřejmě, že skutečnou relevanci jednotlivých zde působících vlivů lze přesně stanovit jen obtížně. Domnívám se, že klíčem k řešení těchto problémů je správné porozumění tomu, jakou důležitost má dělba moci samotná, respektive jaký je rozdíl mezi ní a jinými ideami, či hodnotami, k nimž svým působením přispívá (zejména hodnotě dobré vlády). To nás opět vrací k již rozebraným distinkcím dělby moci ve smyslu striktní separace / brzd a protivah a jejich účelů ochrany před tyraní / optimalizací moci. Druhé z uvedených významů ji totiž transformují ve značně neurčitý princip s velkými ambicemi, což může poněkud stírat rozdíly mezi jím a jinými, obecnějšími ideami. Naopak čím minimalističtější ji budeme chápat, tím bude určitější a snáze rozlišitelná. Nebude pak sice „samospasitelná“, ale spolu s tím se nám i jednotlivé výše zmíněné proměny budou zdát méně relevantními. Pokud například cíl dělby moci budeme hledat v pouhém vytváření institucionální rovnováhy a nikoliv (faktické) rovnováhy mocenské, nebudou nás už tolik znepokojovat proměny společenské struktury, které primárně oslabují druhou zmíněnou.

Je zřejmé, že takto „skromně“ pojatá dělba moci by ztratila mnoho ze svého významu, avšak můžeme se zamýšlet, zda sám fakt, že bychom měli k dispozici přesnější a určitější soustavu pojmů, by nebyl přínosem. Neučinil by pro nás jednotlivé problémy srozumitelnější a tím i případná rizika, před kterými bychom se měli mít na pozoru, zřejmější? Ať už budeme na tyto

Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 11-15. ISBN 8021033185. s. 14.

²⁸Sronej např. CAROLAN, op. cit., s. 32. V kontextu české odborné literatury pak FILIP, Jan. *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*. 2. vyd. Brno: Václav Klemm – Vydavatelství a nakladatelství, 2011, 328 s. ISBN 978-80-904083-7-1. s. 146.

²⁹O faktu, že politické strany svou existencí a působením narušují princip dělby moci, nalezneme zmínku např. v PINZ, Jan. Destrukce vyváženosti dělby moci v soudobém státu. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 191-199. ISBN 978-80-87382-42-4. s. 195.

³⁰K tomu srovnej CAROLAN, op. cit., s. 42. Autor samozřejmě připouští, že i v minulosti v Evropě existovaly mocenské struktury, které měly svého druhu nadnárodní charakter nebo univerzální aspirace (např. papež, císař Svaté říše římské apod.). Jejich existence však nebyla klasickými teoriemi dělby moci zohledňována.

³¹Tamtéž.

³²V kontextu Montesquieuho pojetí o tom nalezneme upozornění tamtéž, s. 18. Stran uplatňování principu dělby moci ve velké Británii tvrdí v podstatě totéž FAIRLIE, op. cit., s. 397. O nedůsledném provedení tohoto principu v naší současnosti a jeho nahrazování dělbu funkcí mezi parlamentní většinou a opozicí se pak zmiňují KLOKOČKA, Vladimír. Poslanecký mandát v systému reprezentativní demokracie. *Politologický časopis*, 1996, roč. 3, č. 1, s. 21-29. ISSN 1211-3247. S. 24. SVÁK, Jan a Boris BALOG. Suverenita řadu a dělba veřejno-politické moci a ich vplyv na formovanie ústavného systému Slovenskej republiky. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 219-238. ISBN 978-80-87382-42-4. s. 226.

³³COLE, op. cit., s. 426.

otázky nahlížet jakkoliv, zdá se být očividné, že historický vývoj před nás staví řadu nových výzev, na které bychom měli reagovat, chceme-li udržet ani ne tak dělbu moci, jako dobrou vládu.

5 Soudnictví jako samostatná moc?

Výčet problémů spojených s dělbou moci stále nekončí: V zásadě platí, že diskuze o postavení soudnictví v jejím rámci nejsou ničím novým. Naopak je můžeme vysledovat v téměř každé době, která nějakým způsobem tematizovala otázku povahy a vzájemných vztahů mezi jednotlivými mocemi.³⁴ Je proto namístě ptát se, zda status justice coby jedné z nich má nějaký hlubší, logický základ, nebo je pouze výrazem společenské konvence. Problematické je totiž již její vymezení coby samostatné složky odlišné od ostatních, a to zejména ve vztahu k moci výkonné. Dokonce i Montesquieu, ačkoliv rozlišoval tři moci, ji chápal jako zvláštní druh exekutivy.³⁵ A třebaže bychom mohli narazit na myslitele, kteří se k takovému trojčlennému pojetí hlásili (jako třeba Ducrocq³⁶), našli bychom i podobně početné množství názorů, které uznávaly existenci pouze mocí dvou, přičemž tu soudní slučovaly právě s výkonnou (například Foderé).³⁷

Zajímavý je v této souvislosti názor Františka Weyra, podle kterého ve skutečnosti nelze hovořit ani tak o mocích, jako spíše o funkcích.³⁸ Za jejich sjednocující prvek pak pokládá pojem normotvorby. Jeho vlastními slovy: „*Zákonodárnou funkcí jest pak tvorba norem prvotních (tedy zákonů v běžném slova smyslu), soudcovskou a výkonnou tvorba norem druhotných (soudních rozsudků, administrativních rozhodnutí a věcech t. zv. soukromých právních jednání), která se zároveň jeví jako výkon (aplikace) norem prvotních.*“³⁹ Tímto dělením se tak stírá rozdíl mezi výkonnou a soudní funkcí a trojčlennost nahrazuje dvojčlennost.⁴⁰ Samotné odlišení soudů a správních úřadů přitom Weyr pokládá za velmi obtížné. Jako jejich rozlišovací kritérium lze podle něj použít jen různou úpravu soudního a správního normotvorného řízení a nic jiného.⁴¹

Opravdu, existují mezi justicí a exekutivou nějaké kvalitativní, nebo jen kvantitativní rozdíly? Hledáme-li její specifikum, snad nám jako první vytanou na mysl ideje soudcovské nestrannosti a nezávislosti. Nevyžaduje se ale nakonec totéž i od příslušníků exekutivy? Podle § 14 správního řádu musí být z řízení vyloučena úřední osoba „*o níž lze důvodně předpokládat, že má s ohledem na svůj poměr k věci, k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům takový zájem na výsledku řízení, pro nějž lze pochybovat o její nepodjatosti.*“⁴² Snahu posílit a garantovat nezávislé postavení státních úředníků můžeme pak dát do souvislosti s novým zákonem o státní službě. Zdá se tedy, že rozdíl mezi postavením příslušníků moci soudní a výkonné bude spočívat nanejvýš v odlišné míře jejich nestrannosti a nezávislosti, nikoliv v tom, že by měly být výlučnými atributy jedné z nich.

To, že hranice mezi těmito složkami jsou velmi neostré, můžeme ostatně dobře ilustrovat i na problematickém postavení státního zastupitelství, které do jisté míry lavíruje právě mezi nimi a to přinejmenším v tom smyslu, že se v našem odborném diskurzu nejednou objevily úvahy,

³⁴Z perspektivy počátku 20. století srovnej např. FAIRLIE, op. cit., s. 404-405.

³⁵MONTESQUIEU, op. cit., s. 189-190. K tomu srovnej i FAIRLIE, s. 418.

³⁶Tamtéž, s. 419.

³⁷Tamtéž, s. 418-419.

³⁸Obdobné názory dalších badatelů jako např. Gumpłowicz a Jellineka můžeme nalézt shrnuté tamtéž, s. 413-415.

³⁹WEYR, op. cit., s. 21.

⁴⁰Tamtéž, s. 22.

⁴¹Tamtéž, s. 60.

⁴²§ 14 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů. In: CODEXIS [právní informační systém]. ATLAS consulting spol., s.r.o. [cit. 29. 6. 2015].

zda by nemělo být koncipováno jako orgán sui generis.⁴³

Při hledání kvalitativního kritéria, které by dobře a zřetelně odlišilo soudní a výkonnou moc, neobstojí dokonce ani jinak výstižná charakteristika soudní moci z pera Maxima Tomoszka, podle jehož názoru se jedná o moc odbornou, která by měla rozhodovat o právních a nikoliv politických otázkách.⁴⁴ Ani tímto rysem se totiž činnost soudů nijak neodlišuje od činnosti správních úřadů. Jiné orgány či funkce státu, u kterých by taková charakteristika mohla představovat dobré rozlišovací kritérium (např. parlament a zákonodárná moc), nejsou z hlediska svého vymezení vůči soudům a jejich moci problémem.

I z těchto důvodů se jeví jako správnější přiklonit se k názoru, že specifické postavení justice je především výsledkem společenských konvencí a historického vývoje a od jiných složek moci ji můžeme odlišit spíše na základě kritérií kvantitativní povahy. Nelze nakonec ani zcela odmítnout myšlenku, že atraktivita trojčlenného pojetí dělby moci spočívá především v jeho rétorické sugestivě, v dřívějších dobách i ve spojitosti s teologickou doktrínou svaté Trojice.⁴⁵ Takový náhled opět oslabuje relevanci tvrzení, které o soudnictví z principu dělby moci vyvozujeme.

6 Pojem legitimacy a konceptualizace jejího vztahu k dělbě moci a soudcovské tvorbě práva

Chceme-li se nyní zabývat pojmem legitimacy, musíme nejprve alespoň ve stručnosti vysvětlit, co znamená. Legitimita je stejně tak jako legalita odvozena z latinského slova „lex“⁴⁶ a její definice samotná se bude lišit v závislosti na kontextu svého použití. Jinak bude znít v politologickém, sociologickém nebo třeba právním rámci.⁴⁷ Takovýmto kontextům odpovídají i některé z klasifikací druhů legitimacy, které provádějí různí autoři.⁴⁸ Například Tomáš Sobek přejímá rozlišení Richarda H. Fallona a vymezuje legitimitu právní, etickou a sociologickou.⁴⁹ Politická instituce je podle něj „*Legitimní v etickém smyslu, když má morální právo vládnout [...]. V sociologickém smyslu je legitimní tehdy, když lidé věří, že má de jure autoritu.*“⁵⁰ Nakonec, o právní legitimitě hovoříme tehdy, když chceme vyjádřit, že „*právo podléhá určitým standardům správnosti, které překračují ryze formální legalitu, resp. zákonnost.*“⁵¹ Pro potřeby tohoto textu se však můžeme spokojit s jednodušším rozlišením, které pracuje pouze s dichotomií deskriptivní a normativní

⁴³Srovnej např. TOMEŠ, Milan. Ústavní postavení státního zastupitelství – zamyšlení nad základními principy jeho činnosti. *Státní zastupitelství*. 2008, roč. 6, č. 11 – 12, s. 86-88. ISSN 1214-3758. S. 88. FENYK, Jaroslav. Úvaha o ústavním postavení českého státního zastupitelství. In: KYSELA, Jan, Jiří MALENOVSKÝ a Vojtěch ŠÍMÍČEK (eds.). *Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy: sborník příspěvků*. Vyd. 1. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 324-344. ISBN 8086432459. s. 344.

⁴⁴TOMOSZEK, Maxim. Dělbá moci jako podstatná náležitost demokratického právního státu. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právníké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 239-250. ISBN 978-80-87382-42-4. S. 245-246.

⁴⁵Viz např. FAIRLIE, op. cit., s. 435.

⁴⁶VEČEŘA, Miloš. *František Weyr*. 1. vyd. Brno: Nadace Universitas Masarykiana, 2001. 304 s. ISBN 8072042025. s. 207.

⁴⁷HAPLA, Martin. Pojem legitimacy a krize lidských práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 3, s. 397-405. ISSN 1210-9126. S. 398-399.

⁴⁸Tamtéž, s. 399.

⁴⁹SOBEK, Tomáš. Problém legitimní autority I. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 6, s. 537-561. ISSN 0231-6625. s. 538. K tomu srovnej též FALLON, Richard H. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*. 2005, vol. 118, no. 6, pp. 1787-1853. ISSN 0017-811X. S. 1790-1791.

⁵⁰SOBEK, op. cit., s. 538.

⁵¹Tamtéž, s. 539.

legitimity. Zatímco v případě prvního přístupu se snažíme struktury legitimacy popsat a pochopit tak, jak skutečně fungují ve společnosti, ve druhém se naopak pokoušíme zformulovat nějaké měřítko ospravedlnitelnosti či akceptovatelnosti.⁵²

Z hlediska deskriptivní legitimacy nemusí být soudcovská tvorba práva tak problematická. Pro konstatování její existence úplně stačí, když podstatná část společnosti akceptuje oprávněnost takové praxe a to bez ohledu na to, zda lze jejich důvody pokládat za racionální a dostatečně podložené. Zdá se přitom, že alespoň v současnosti je vytváření práva soudcem v zásadě obecně přijímaným faktem, třebaže u části odborné veřejnosti stále vyvolává pochybnosti. Mnohem komplikovanější je obhájit ji v kontextu legitimacy normativní. Proto bude i v následujících řádcích věnována pozornost jejímu zkoumání zejména v takovém rámci.

Jak již bylo naznačeno v úvodu tohoto textu, dělba moci ve vztahu k soudcům a jejich rozhodovací činnosti hraje dvojí úlohu: Za prvé, delegitimizuje roli soudce coby tvůrce práva, jelikož tuto činnost přisuzuje parlamentu coby hlavnímu orgánu zákonodárné moci. Sice bychom mohli tvrdit, že nelze plně ztotožnit jmenovanou moc s mocí právotvornou (což je ostatně zřejmé právě z odvození jejího názvu z výrazu zákon), avšak nelze nezohlednit, že v moderní době to byl právě zákon, který byl vnímán jako dominantní pramen práva.⁵³ Zákonodárná moc jako taková tudíž byla coby označení moci právotvorné zcela běžně, třebaže implicitně, chápána.

Za druhé, dělba moci legitimizuje činnost moci soudní, protože slouží jako určitá převodová soustava, jejímž prostřednictvím se legitimita odvozená od lidu přesouvá směrem k soudcům a soudům, které k němu jinak (alespoň u nás) postrádají přímou vazbu.⁵⁴ Samozřejmě se můžeme v tomto případě vždy ptát, zda jsou tyto vazby dostatečně intenzivní na to, aby ospravedlnily velikost moci, kterou soudy v průběhu 20. století postupně získaly.

Kromě dílčích problémů, které se vážou na jednotlivé výše uvedené role, v pozadí obou z nich stojí ono již tolikrát zmíněné napětí mezi dělbou moci ve smyslu striktní separace (moci mají být oddělené, soudy si nemají osopovat pravomoci příslušející zákonodárci) a systému brzd a protivah (mezi jednotlivými mocemi existují vzájemné vazby, bez nichž bychom jen sotva mohli hovořit o nějakých přesunech legitimacy).

7 Mezi vstupní a výstupní legitimitou, odbornost soudce jako legitimizační důvod

Pokud je striktní oddělení jednotlivých mocí chápáno jako překonané, stává se i prokázání toho, že by soudce ani v určitých, vybraných případech neměl být tvůrcem práva, mnohem složitější. Je především třeba doložit, že by takováto pravomoc justice nějakým zásadním způsobem ohrožovala rovnováhu mezi jednotlivými mocemi a vychylovala ji z onoho optimálního stavu. Zajímavý argument na podporu soudcovské tvorby práva, který lze v tomto kontextu uplatnit, formulují Jaromír Harvánek a Roman Ondříšek. Tito autoři se ptají, proč by

⁵²HAPLA, 2013, op. cit., s. 399.

⁵³O dominantním postavení aktů státní moci a jejich vnímání jako „celého práva“ se zmiňuje již např. TOMSA, Bohuš. *Nauka o právních vědách. Základy právní metodologie*. Praha: Spolek čs. právníků Všeherd, 1946. 135 s. S. 66.

⁵⁴Mezi principem dělby moci a svrchovanosti lidu vůbec existují četné vazby, pro které je není vhodné chápat izolovaně. Za zmínku v této souvislosti stojí např. tvrzení Václava Pavlíčka, že „*Dělba moci je [...] prostředkem ke zachování svrchované moci lidu v demokratickém státě.*“ Viz PAVLÍČEK, Václav. *Dělba moci, postavení prezidenta a současné spory*. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 181-190. ISBN 978-80-87382-42-4. S. 188. Dále srovnej i zajímavou pasáž o „legitimizačním náskoku“ parlamentu v publikaci KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, 352 s. ISBN 9788075020222. S. 285.

tvorba práva soudcem (resp. soudci) coby „*qualifikovaným a nezávislým právním odborníkem*“ měla být méně demokratická, než tvorba kolegiálně jednajícím orgánem složeným z osob různé právní erudice a spoléhajícími se na své právní poradce.⁵⁵ Odpověď na tuto otázku se podle mého názoru může zcela zásadně lišit, pokud o ní budeme uvažovat z hlediska vstupní, nebo výstupné legitimacy.⁵⁶ Zatímco z hlediska v tomto případě relevantních výstupů – tedy obsahu a kvality vytvořeného práva – tu nemusí existovat žádný závažný problém, z hlediska vstupů zde je podstatný rozdíl – soudci nemají přímou vazbu k lidu tak jako kupříkladu parlament, jejich legitimita je tudíž v tomto smyslu nižší a jejich charakter méně demokratickým.

Ve výše uvedené myšlence je dále zřetelně cítit i již naznačené spojení soudce se statutem odborníka na právo.⁵⁷ Jistě proto stojí za to zamyslet se nad tím, nakolik tento status může sám o sobě posloužit k ospravedlnění jeho právotvorné činnosti. Přikláněl bych se k tomu, že nikoliv. V případě tvorby práva musíme totiž rozlišit zejména skutečného autora zákona od normotvorné autority, která mu teprve propůjčuje právní relevanci. Tyto subjekty totiž nemůžeme bez dalšího ztotožnit, což má ostatně svůj význam i při posuzování úmyslu zákonodárce.⁵⁸ Právní erudice činí člověka kompetentním k tomu, aby text zákona skutečně vytvořil, ačkoliv i tady můžeme uvažovat o tom, zda by neměl mít přinejmenším stejnou důležitost i ten, kdo je odborníkem na obsahovou stránku zákona. Ještě z něj však nezbytně nečiní někoho, kdo by měl mít moc proklamovat takový text jako právo. Pokud ano, proč by pak měli být tvůrci práva jen soudci a nikoliv i profesori práva na vysokých školách, respektive kdokoliv, kdo je schopný takový erudovaný text sepsat? Odbornost jistě může být silným důvodem, proč bychom měli soudům důvěřovat, sama o sobě však k založení jejich autority nestačí. Spíše než praktickou autoritu totiž zakládá autoritu epistemickou.⁵⁹ Jako taková se může zdát spíše vhodná k ospravedlnění role soudce coby vykladače práva.⁶⁰

Kromě právě uvedeného můžeme o odborném statusu soudce uvažovat ještě i dalším způsobem, a to z hlediska verifikovatelnosti jeho rozhodnutí. Takové vyhodnocování správnosti je poměrně snadné u případů jednoduché aplikace práva, ale velmi diskutabilní u případů složité aplikace práva, tedy hard cases. Máme-li před sebou více možných řešení takového případu, přičemž rozhodnutí, které z nich je nakonec to správné, je velice neintuitivní, bude mít konečné slovo o jejich správnosti poslední rozhodující instance – nikoliv však z toho důvodu, že by odhalila to „správné právo“, ale jelikož je „poslední v řadě“. Svou autoritu tak jen stěží může opírat o odbornost.

Naznačené úvahy můžeme uzavřít návratem k pojmům vstupní a výstupní legitimacy.

⁵⁵HARVÁNEK, ONDRÝSEK, op. cit., s. 7.

⁵⁶Připouštím, že použití těchto pojmů není v tomto kontextu úplně přesné, nicméně rozdíl, který je zde relevantní, dobře vystihují. K jejich vymezení viz BELLING, Vojtěch. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2009, 211 s. ISBN 978-80-210-5081-5. S. 16. Ve stručné podobě i HAPLA, 2013, op. cit., s. 399.

⁵⁷K tomu srovnej též HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., s. 282. TOMOSZEK, op. cit., s. 245-246.

⁵⁸K problematice úmyslu zákonodárce srovnej např. zajímavý text SOBEK, Tomáš. Úmysl zákonodárce a skutečné právo. In: GERLOCH, Aleš, Jan TRYZNA a Jan WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 44-86. ISBN 9788073803889.

⁵⁹K vymezení těchto pojmů SOBEK, 2013, op. cit., s. 543.

⁶⁰V souvislosti s tím není bez zajímavosti, že po většinu historie se soudci prezentovali spíše jen jako vykladači než tvůrci práva. Nemuselo se přitom jednat zdaleka jen o interpretaci práva pozitivního, nýbrž i přirozeného, což jim mohlo dávat i značný prostor pro jejich činnost. Tato skutečnost je důležitá právě z hlediska problému legitimacy. Jestliže se totiž soudce prezentuje jako pouhý vykladač práva, opírá své rozhodnutí o jeho autoritu. Pokud má být však jeho tvůrcem, musí objevit dostatečný legitimizační důvod pro podložení své vlastní autority, což není vůbec snadné. Jako velmi ilustrativní příklad teorie, která chápala roli soudce prvním z uvedených způsobů, se zde může jevit např. deklaratorní teorie práva. K tomu viz BEEVER, Allan. The Declaratory Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 33, no. 3, pp. 421-444. ISSN 0143-6503. Zejména s. 421, 425 a 430.

Odbornost a právní erudice soudce by ještě mohla představovat dobrý normativní důvod z hlediska výstupní legitimacy, ale nepostačuje z hlediska legitimacy vstupní. Tato skutečnost zároveň dobře ilustruje nutnost takového rozlišení, stejně jako potřebnost vypořádat se s oběma druhy legitimacy, aby akceptace nějakého jednání mohla být vnímána jako ospravedlnitelná.

8 Důvody akceptace soudcovské tvorby práva

Abychom mohli správně zhodnotit legitimitu soudcovské tvorby práva, bude vhodné se alespoň ve stručnosti zastavit i u důvodů, kterými je její akceptace nejčastěji ospravedlňována. Příklon k ní, včetně volnějšího výkladu práva, bývá nejednou vysvětlován v historických souvislostech. Pokud však chceme na celý proces nahlížet tímto způsobem, neměli bychom jej vnímat jako projev nějakého objektivního pokroku, kdy správné věci nahrazují ty špatné, ale spíše jako soubor reakcí na proměnlivé dějinné okolnosti. Jak totiž upozorňuje Zdeněk Kühn: „*Představa soudce, jehož ústy promlouvá zákon jako by byl soudce jen automatem, nebyla pro 19. století nijak negativní, ba právě naopak. Právní chaos a partikularismus feudalismu učinily formalistické ideje zákonného pozitivismu a vázané ideologie aplikace práva velmi přitažlivé jako záruky právním systémem uznané svobody a autonomie individua.*“⁶¹ Pozdější období však se změnou společenské situace přineslo nové potřeby a problémy, na něž bylo třeba reagovat a které si vynutily korekci této představy.

O jaké změny se tedy jednalo? Michal Králík uvádí například pokles víry v možnost jasného formulování a vzestup důvěry v soudce, které nahradily původní optimismus stran jednoznačnosti formulací a pochybnosti o soudcovské nestrannosti.⁶² Zmínit se můžeme i o obecně vyšší dynamice společenských změn, na níž již nebyla legislativa schopna reagovat ani hypertrofií právních předpisů.⁶³ Jedná se zde tedy jistě o více důvodů, u nichž jen obtížně můžeme určit, jak velký vliv ten nebo onen z nich má. Můžeme například zvažovat, nakolik je potřeba dotváření práva soudy dána spíše nezbytnou obecností zákonné právní úpravy⁶⁴ než vyvstáváním nových společenských vztahů a problémů.

Za hlavní a snad nejvíce zajímavý argument na podporu ideje soudcovské tvorby práva lze ovšem považovat odvolání se na tzv. praktické důvody. Jinak řečeno, jedná se o situaci, kdy je vytváření práva soudcem (v různých stupních a intenzitě) prezentováno jako praktická nutnost, která se nakonec musela prosadit v každé, nebo alespoň v naší době. Částečně se tak děje i ve spojitosti s některým z předcházejících argumentů, například zrychlujícím se vývojem společenských vztahů.⁶⁵ Jan Wintr přímo říká, že: „*Nikdy nebyl eliminován prvek dotváření práva,*

⁶¹KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 2005, xviii, 201 s. ISBN 8071794295. s. 4-5.

⁶²KRÁLÍK, Michal. ABGB a role českého soudce v proměnách času při tzv. soudcovském dotváření práva. In: HRUŠÁKOVÁ, Milana (eds.). *200 let ABGB – od kodifikace k rekodifikaci českého občanského práva*. 1. vyd. Praha: Leges, 2011, s. 81-95. ISBN 978-80-87576-03-8. S. 82. K problematice opouštění ideologie vázané aplikace práva v západní Evropě ve 20. století dále srovnej i KÜHN, Zdeněk. Jusnaturalismus vs. juspozitivismus? Prvních deset let Ústavního soudu a proměna soudcovské ideologie aplikace práva. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠÍMÍČEK. *Dělba soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 92-117. ISBN 8021033185. S. 93-102.

⁶³HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 1. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 8086898962. S. 156-157. HOLLÄNDER, Pavel. Role Ústavního soudu při uplatňování Ústavy v judikatuře obecných soudů. In: ŠÍMÍČEK, Vojtěch (eds.). *Ústava České republiky po pěti letech (Sborník z konference)*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 38-60. ISBN 80-210-1995-6. s. 53, 55. Další důvody otevírající dveře soudcovské tvorbě práva můžeme nalézt dobře shrnuté v práci VEČEŘA, 2012, op. cit., s. 221 a následující.

⁶⁴O tom, že právní norma nikdy nemůže zachytit veškerou mnohotvárnost společenských vztahů, které jsou pod ní subsumovány se zmiňuje např. KNAPP, Viktor. Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích. *Právník*. 1969, roč. 108, č. 2, s. 81-91. ISSN 0231 -6625. s. 90.

⁶⁵V této souvislosti srovnej např. pasáž o upuštění od vázané ideologie aplikace práva v díle KÜHN, 2005, op. cit.,

naopak jej četnost a nepřehlednost legislativní produkce dále zvýraznila.⁶⁶ V podobném duchu i Zdeněk Kühn uvádí, že: „Bez ohledu na ideologický vztah kodexu k soudcovské právo tvorbě však relativně záhy po prvé „exegetické“ fázi každý kodex začíná být soudcovským právem doplňován, modifikován a přetvářen.“⁶⁷ A mimo jiné na příkladu Francie dokládá, že v době, kdy byla v této zemi soudcovská tvorba práva odmítána, se nacházela oficiální právní doktrína v rozporu se skutečnou soudní praxí.⁶⁸ O podobném rozporu mezi oficiálními teoretickými postoji a právní praxí bychom stejně tak mohli uvažovat i v kontextu naší vlastní (socialistické) minulosti. Velmi názorné jsou v tomto směru zejména postoje Viktora Knappa, dle něhož se v socialistické literatuře „všeobecně uznává, že soudce v socialistickém státu právo toliko nalézá a netvoří, a striktní vázanost soudce na psané právo je považována za jeden z pilířů socialistické zákonitosti.“⁶⁹ Nicméně ve skutečnosti mají podle něj soudcové nemalou úlohu v tvorbě práva, kterou de facto provozují.⁷⁰

Pokud uznáme pravdivost výchozích premis těchto praktických argumentů, lze vůči nim vůbec něco namítnout? Domnívám se, že něco takového je možné jen stěží – soudce někdy právo vytvářet musí, má-li celý systém vůbec fungovat. Avšak i v takové situaci můžeme ještě dále zvažovat otázku prostoru, který taková praktická nutnost vyžaduje. Soudce může k možnosti vytvářet právo přistupovat s různou dávkou velkorysosti či opatrnosti a to tím spíše, že případy, s nimiž se bude při své činnosti setkávat, asi jen těžko půjdou rozdělit do dvou ostře ohraničených kategorií (soudcovskou tvorbu práva vyžadující a nevyžadující). Naopak bude stát pravděpodobněji před širokou škálou různě odstupňovaných problémů, kdy bude věcí diskuze, kdy už je soudcovská tvorba práva přípustná a kdy nikoliv, a to i s ohledem na různé další hodnoty, jejichž vliv může být rovněž velice různorodý. I pokud je tedy argument praktickými důvody přesvědčivý stran otázky, zda je soudcovská tvorba práva obecně přijatelná, je příliš neurčitý na to, aby nám pomohl určit v jaké míře a kdy.

9 Co koriguje soudcovskou tvorbu práva?

V současné době moc justice výrazně posiluje vícero věcí. Jsou to zejména zakotvení ústavně chráněných a přímo aplikovatelných nezadatelných základních práv a svobod,⁷¹ nárůst důležitosti právních principů⁷² a s nimi souvisejících judičiálních testů,⁷³ jakož i řada dalších důvodů⁷⁴. Vše uvedené otvírá soudům prostor pro uplatnění jejich vlastních úvah, třebaže ne

s. 9.

⁶⁶WINTR, Jan. Kapitola devátá: Proměny tvorby práva ve 20. století. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 150-164. ISBN 9788073573621. s. 152.

⁶⁷KÜHN, Zdeněk. Kapitola třetí: Právo tvorba soudcovská. I. Klasické civilní kodexy a otázka soudcovské právo tvorby. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 86-101. ISBN 9788073573621. s. 95.

⁶⁸Tamtéž, s. 88.

⁶⁹KNAPP, op. cit., s. 82.

⁷⁰Tamtéž, s. 91. Tento názor Knapp podkládá i různými příklady z právní praxe. Opět tamtéž, s. 87-89.

⁷¹WINTR, op. cit., s. 132.

⁷²Ty bývají často kritizovány jako nástroj libovůle soudů. K tomu srovnej WINTR, Jan. Kapitola osmá: Role právních principů v tvorbě práva. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 145-149. ISBN 9788073573621. s. 146.

⁷³K tomu srovnej vnímání judičiálních testů jako produktů soudcovské tvorby práva (samozřejmě ovlivněné i následnou reflexí ze strany právní filosofie a teorie) v publikaci HLOUCH, Lukáš. Systematické nástroje řešení střetu právních norem. In: MACHALOVÁ, Tatiana, Miloš VEČEŘA, Jaromír HARVÁNEK, Lukáš HLOUCH a Tomáš SOBEK. *Aktuální otázky metodologie právního myšlení*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2014, s. 147-211. ISBN 978-80-7502-060-4. s. 204.

⁷⁴Zajímavé shrnutí příčin vzestupu moci soudů můžeme nalézt v publikaci SMEKAL, Hubert. Soudcokracie, nebo judicializace politiky? In: SMEKAL, Hubert a Ivo POSPÍŠIL (eds.). *Soudcokracie, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, 2013,

vždy v explicitní podobě. Jak bylo v tomto textu již vícekrát naznačeno, moc, kterou soudy v souvislosti s tvorbou práva mají, nezřídka vzbuzuje obavy. Není proto překvapením, a to i s ohledem na palčivost otázky v jaké míře a kdy by ji měly uplatňovat, že součástí její obhajoby je i poukaz k různým skutečnostem, které ji omezují či korigují.

Takovéto korekce můžeme rozdělit do několika druhů. První z nich se vztahuje přímo k omezením, které ukládá soudní moci systém brzd a protivah. Již Fairlie říká, že soudci by neměli být naprosto nezávislí na exekutivě, protože bez vnější kontroly jejich pozice sklouzává k neodpovědné aristokracii.⁷⁵ Nepřekvapivým problémem zde ale je, že na základě samotného principu dělby moci nemůžeme určit, o jaká omezení by se přesně mělo jednat, jaké by mělo být jejich množství a intenzita.

Další druh korekcí dobře vystihuje Jan Wintr, který vnímá jako prostředky omezení libovůle soudců „tlak na řádné odůvodňování rozsudků v systému legální a racionální aplikace práva a propracovan[ou] metodolog[i] výkladu práva“.⁷⁶ Jedná se zde tedy o celou řadu prvků, které mohou vyplývat přímo ze samotného systému práva nebo mohou mít charakter různých, svým způsobem vnějších, kulturních vlivů. Může se jednat například i o různé apely na svědomí a rozumnost soudců. Třeba právě to, jak Ludvík David vyzývá k nezbytné zdrženlivosti při rozhodovacích úvahách soudů,⁷⁷ lze vnímat jako dobrý příklad takového jednání.

10 Legitimita soudcovské tvorby práva bez dělby moci?

Snad je z výše předložených úvah zřejmé, že princip dělby moci je ve své současné podobě ztížen mnoha problémy a soudcovská tvorba práva je zároveň, alespoň ve velmi omezeném rámci, nezbytná. Jejich provázanost, včetně s legitimitou spojených otázek, proto lze pokládat za poněkud problematickou. Lze však soudcovskou tvorbu práva uspokojivě zdůvodnit i mimo rámec dělby moci? Obávám se, aby se nakonec neukázalo, že bez ní visí tvorba práva soudcem – jakkoliv se zdá z podstaty věci nevyhnutelná a pravděpodobně s ní ani nejsou spojena nějaká zásadní rizika – v legitimizačním vzduchoprázdnu.

Jak si s takovým problémem poradit? Uvažuji, že možná není úplně šťastné, pokud se jej snažíme celý vnímat z nějakých absolutních, neměnných kritérií. Spíše bychom se jej měli pokusit uchopit v užším vztahovém rámci. Je pravda, že dělba moci byla jako problematická vnímána již téměř od svých prvních náčrtů, vždy měla mnoho kritiků, přičemž někteří z nich ji dokonce neváhali označovat za chiméru.⁷⁸ Na druhou stranu si stále udržuje svou atraktivitu. I přes její současnou vágnost stále zůstává nositelem cenné hodnoty spočívající ve vědomí, že diverzifikace moci je důležitá. Jiří Baroš, kterého bychom mohli počítat mezi její dnešní umírněné obránce, neváhá zdůrazňovat i její roli z hlediska demokracie.⁷⁹ Snad je do značné míry jen „pohádkou“, ale máme v současnosti po ruce nějaké lepší, uvěřitelnější „pohádky“? Nietzsche jednou napsal, že naše lidské pravdy jsou nakonec jen nevyvratitelné lidské omyly.⁸⁰

Vhodným východiskem pro „smíření se“ s problematičností dělby moci by podle mého soudu mohlo být paradigma pluralismu, které uznává mnohotvárnost našich pohledů na věc,

s. 12-33. ISBN 9788021062825. s. 19.

⁷⁵FAIRLIE, op. cit., s. 433-434.

⁷⁶WINTR, 2008, op. cit., s. 147.

⁷⁷DAVID, Ludvík. *Na hranicích práva: soudcovské eseje*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2012, 192 s. ISBN 9788087576373. s. 13-14.

⁷⁸FAIRLIE, op. cit., s. 419.

⁷⁹BAROŠ, op. cit., s. 16.

⁸⁰NIETZSCHE, Friedrich. *Radostná věda*. Vyd. 2., ve Votobii 1. Olomouc: Votobia, 1996, 285 s. ISBN 8071980803. s. 155.

jakož i možnou (ko)existenci více různých zdůvodnění soudcovské tvorby práva a jejich legitimizačních důvodů, které v jiných kontextech mohou postrádat úplně pevný základ. Třeba více pragmatický přístup k věci nám může napomoci některé problémy vnímat jako méně palčivé.

Navzdory tomu před námi nakonec pořád zůstává více otázek než odpovědí. Téma dělby moci a legitimacy soudcovské tvorby práva, tedy prvků, které jsou klíčové pro uchopení jejího ústavněprávního rámce, tak jistě není uzavřeno, ani vyčerpáno. I z tohoto důvodu můžeme na závěr konstatovat, že si jistě zaslouží pozornost odborných kruhů i nadále.

Seznam použité literatury

- ARISTOTELÉS. *Politika*. 2. vyd. Praha: Rezek, 1998, 499 s. ISBN 8086027104.
- BAROŠ, Jiří. Dělbba moci jako nástroj konstitucionalismu. *Jurisprudence*. 2013, vol. 22, no. 7, s. 11-16. ISSN 1802-3843.
- BAXA, Bohumil. *Československé právo veřejné*. 1. vydání. Praha: Spolek posluchačů komerčního inženýrství, 1933. 167 s.
- BEEVER, Allan. The Declaratory Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 33, no. 3, pp. 421-444. ISSN 0143-6503.
- BELLING, Vojtěch. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2009, 211 s. ISBN 978-80-210-5081-5. S. 16.
- CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2009, xxvii, 286 pp. ISBN 978-0-19-956867-3.
- COLE, Kenneth C. "Government," "Law," and the Separation of Powers. *The American Political Science Review*, 1939, vol. 33, no. 3, pp. 424-440.
- DAVID, Ludvík. *Na hranicích práva: soudcovské eseje*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2012, 192 s. ISBN 9788087576373.
- DOSTÁL, Martin. Aktivismus prvního Ústavního soudu ČR jako reakce na převládající přístup k převažující interpretaci a aplikaci práva. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělbba soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 125-133. ISBN 8021033185.
- FAIRLIE, John A. The Separation of Powers. *Michigan Law Review*, 1923, vol. 21, no. 4, pp. 393-436.
- FALLON, Richard H. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*. 2005, vol. 118, no. 6, pp. 1787-1853. ISSN 0017-811X.
- FENYK, Jaroslav. Úvaha o ústavním postavení českého státního zastupitelství. In: KYSELA, Jan, Jiří MALENOVSKÝ a Vojtěch ŠIMÍČEK (eds.). *Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy: sborník příspěvků*. Vyd. 1. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 324-344. ISBN 8086432459.
- FILIP, Jan. *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*. 2. vyd. Brno: Václav Klemm – Vydavatelství a nakladatelství, 2011, 328 s. ISBN 978-80-904083-7-1.
- HAMILTON, Alexander, James MADISON a John JAY. *Listy federalistů: soubor esejí psaných na podporu nové Ústavy předložené federálním Shromážděním 17. září 1787*. Olomouc: Vydavatelství Univerzity Palackého, 1994, 537 s. ISBN 80-7067-390-7.
- HAPLA, Martin. Dělbba moci a právo na rovný přístup k veřejným funkcím. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělbba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnické dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 45-59. ISBN 978-80-87382-42-4.
- HAPLA, Martin. Pojem legitimacy a krize lidských práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 3, s. 397-405. ISSN 1210-9126.
- HAPLA, Martin. Tvorba a výklad práva – vymezení pojmů v postmoderní situaci. In: VEČEŘA, Miloš, Tatiana MACHALOVÁ a Jiří VALDHANS (eds.). *DNY PRÁVA 2013 – DAYS*

- OF LAW 2013. *Část I. Aktuální otázky právní metodologie*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 47-57. ISBN 9788021068087.
- HARVÁNEK, Jaromír a Roman ONDRÝSEK. Justiciální tvorba práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2014, roč. 22, č. 1, s. 6-12. ISSN 1210-9126.
 - HLOUCH, Lukáš. Systematické nástroje řešení střetu právních norem. In: MACHALOVÁ, Tatiana, Miloš VEČEŘA, Jaromír HARVÁNEK, Lukáš HLOUCH a Tomáš SOBEK. *Aktuální otázky metodologie právního myšlení*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2014, s. 147-211. ISBN 978-80-7502-060-4.
 - HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 1. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 8086898962.
 - HOLLÄNDER, Pavel. Role Ústavního soudu při uplatňování Ústavy v judikatuře obecných soudů. In: ŠIMÍČEK, Vojtěch (eds.). *Ústava České republiky po pěti letech (Sborník z konference)*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 38-60. ISBN 80-210-1995-6.
 - KLOKOČKA, Vladimír. Poslanecký mandát v systému reprezentativní demokracie. *Politologický časopis*, 1996, roč. 3, č. 1, s. 21-29. ISSN 1211-3247.
 - KNAPP, Viktor. Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích. *Právník*. 1969, roč. 108, č. 2, s. 81-91. ISSN 0231 -6625.
 - KRÁLÍK, Michal. ABGB a role českého soudce v proměnách času při tzv. soudcovském dotváření práva. In: HRUŠÁKOVÁ, Milana (eds.). *200 let ABGB – od kodifikace k rekodifikaci českého občanského práva*. 1. vyd. Praha: Leges, 2011, s. 81-95. ISBN 978-80-87576-03-8.
 - KURLAND, Philip B. The Rise and Fall of the "Doctrine" of Separation of Powers. *Michigan Law Review*, 1986, vol. 85, no. 3, pp. 592-613.
 - KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva soudcem v éře střeoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 2005, xviii, 201 s. ISBN 8071794295.
 - KÜHN, Zdeněk. Jusnaturalismus vs. juspozitivismus? Prvních deset let Ústavního soudu a proměna soudcovské ideologie aplikace práva. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělba soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 92-117. ISBN 8021033185.
 - KÜHN, Zdeněk. Kapitola třetí: Právo tvorba soudcovská. I. Klasické civilní kodexy a otázka soudcovské právo tvorby. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 86-101. ISBN 9788073573621.
 - KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, 352 s. ISBN 9788075020222.
 - MAGILL, Mary Elizabeth. The Real Separation in Separation of Powers Law. *Virginia Law Review*. 2000, vol. 86, no. 6, pp. 1127-1198. ISSN 0042-6601.
 - MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*. 2008, vol. 19, no. 4, pp. 655-724. ISSN 0938-5428. S. 713-714.
 - MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, 365 s. ISBN 8086473309.
 - NIETZSCHE, Friedrich. *Radostná věda*. Vyd. 2., ve Votobii 1. Olomouc: Votobia, 1996, 285 s. ISBN 8071980803.
 - NOURSE, Victoria. The Vertical Separation of Powers. *Duke Law Journal*, 1999, Vol. 49, No. 3, pp. 749-802. ISSN 0012-7086. S. 758.
 - PAVLÍČEK, Václav. Dělba moci, postavení prezidenta a současné spory. In: Jirí Jirásek (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 181-190. ISBN 978-80-87382-42-4.
 - PAVLÍČEK, Václav. *O české státnosti: úvahy a polemiky. 3 / Demokratický a laický stát*. Vyd. 1. Praha: Univerzita Karlova, 2009, 543 s. ISBN 9788024616421.
 - PINZ, Jan. Destrukce vyváženosti dělby moci v soudobém státu. In: JIRÁSEK, Jirí (eds.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny*

2013. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 191-199. ISBN 978-80-87382-42-4.
- RYCHETSKÝ, Pavel. Několik poznámek ke stavu české justice s přihlédnutím k dělbě moci. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělbá soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 11-15. ISBN 8021033185.
 - SVÁK, Jan a Boris BALOG. Suverenita ľudu a deľba verejno-politickej moci a ich vplyv na formovanie ústavného systému Slovenskej republiky. In: Jiří Jirásek (ed.). *Děľba moci. Sborník prřspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 219-238. ISBN 978-80-87382-42-4.
 - ŠEJVL, Michal. *Idea právního státu v dějinách filozofie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014. 261 s. ISBN 978-80-7380-519-7.
 - SMEKAL, Hubert. Soudcokracie, nebo judicializace politiky? In: SMEKAL, Hubert a Ivo POSPÍŠIL (eds.). *Soudcokracie, nebo judicializace politiky? Vzťah práva a politiky (nejen) v časech krize*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, 2013, s. 12-33. ISBN 9788021062825.
 - SOBEK, Tomáš. Problém legitimní autority I. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 6, s. 537-561. ISSN 0231-6625.
 - SOBEK, Tomáš. Úmysl zákonodárce a skutečné právo. In: GERLOCH, Aleš, Jan TRYZNA a Jan WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 44-86. ISBN 9788073803889.
 - TOMEŠ, Milan. Ústavní postavení státního zastupitelství – zamýšlení nad základními principy jeho činnosti. *Státní zastupitelství*. 2008, roč. 6, č. 11 – 12, s. 86-88. ISSN 1214-3758.
 - TOMOSZEK, Maxim. Dělbá moci jako podstatná náležitost demokratického právního státu. In: Jiří Jirásek (ed.). *Děľba moci. Sborník prřspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 239-250. ISBN 978-80-87382-42-4.
 - TOMSA, Bohuš. *Nauka o právních vědách. Základy právní methodologie*. Praha: Spolek čs. právníků Všehrd, 1946. 135 s.
 - VEČEŘA, Miloš. *František Weyr*. 1. vyd. Brno: Nadace Universitas Masarykiana, 2001. 304 s. ISBN 8072042025.
 - VEČEŘA, Miloš. Soudcovské dotváření práva. In: GERLOCH, Aleš, Jan TRYZNA a Jan WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 221-234. ISBN 9788073803889.
 - WEYR, František. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, xii, 339 s.
 - WINTR, Jan. Kapitola osmá: Role právních principů v tvorbě práva. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 145-149. ISBN 9788073573621.
 - WINTR, Jan. Kapitola devátá: Proměny tvorby práva ve 20. století. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 150-164. ISBN 9788073573621.
 - WINTR, Jan. *Principy českého ústavního práva*. 2. vyd., Ve Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 1. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, 259 s. ISBN 9788073804497.

* * *