

dině přijetí dané entity za členský stát OSN; na druhé straně si však je třeba uvědomit, že je velmi málo pravděpodobné, aby se s ohledem na proces přijímání stala členským státem OSN entita, o jejíž státnosti existují pochybnosti. Dále je třeba pamatovat na to, že hlasování státu – stávajícího člena dané organizace bude vždy determinováno jeho individuálním postojem k uznávané entitě; skutečnost, že se o uznání určitého státu jedná na mezinárodním fóru, na tom mění jen málo, jak bylo vidět např. na přístupu členských států Evropské unie k uznání Kosova.

Kapitola 3 („*(Ne)sporná existence státu Palestina. Co ještě chybí Palestině k plnohodnotné státnosti?*“) představuje případovou studii, v níž se na podkladu kritérií státnosti uvedených v čl. I tzv. Montevidejské úmluvy z roku 1933 zkoumá, zda je Palestina státem. Autor také analyzuje nedávné kroky Palestiny, jejichž nepochybným záměrem bylo prokázání své státnosti, resp. získání jejího uznání.² Autor pak uzavírá, že „*přes veškerou snahu o naplnění kritérií státnosti [...] nelze Palestinu považovat za plnohodnotný stát.*“ I když na první pohled působí daný závěr logicky, domnívám se, že v dané otázce přepásl autor jedinečnou možnost pro bližší teoretické vymezení a rozlišení subjektivity a způsobilosti, a jejich vzájemných vztahů v obecném mezinárodním právu. Je přitom zřejmé, že žádost o členství v mezinárodní organizaci nebo získání členských práv jsou úkony dle mezinárodního práva, proto je může činit pouze entita, která je dle mezinárodního práva považována za jeho subjekt.

² Jedná se o přijetí Palestiny za členský stát UNESCO, přijetí jurisdikce Mezinárodního trestního soudu ze strany Palestiny, a nakonec o přiznání statusu nečlenského pozorovatelského státu OSN Palestině.

Kapitola 4 („*Mezinárodněprávní aspekty vzniku Kosova*“) se věnuje na pozadí vzniku Kosova otázce vzniku státu formou tzv. nápravné secese. Na základě analýzy primárních zdrojů (stanovisek států v souvislosti s uznáním Kosova, stanovisek prezentovaných v posudkovém řízení před Mezinárodním soudním dvorem atd.) pak hledá odpověď na hlavní otázku, zda Kosovo vzniklo v souladu s mezinárodním právem. V dané souvislosti je zajímavé odlišení secese jako faktického postupu, resp. úkonu a vyhlášení nezávislosti; škoda, že se dané dichotomii autor nevěnuje podrobněji, a to i s ohledem na obsah a zaměření příslušného posudku MSD, který ponechává stranou některé zásadní otázky (např. legalitu vzniku státu formou nápravné secese).

Na základě analýzy výše zmíněných pramenů autor dovozuje, že tzv. nápravná secese spadá do oblasti ponechané vně mezinárodněprávní regulace, tj. není mezinárodním právem ani povolena, ani zakázána. Daný závěr je rozhodně odůvodnitelný, na druhé straně nadále ponechává zásadní dynamický prvek mezinárodního systému „*zahalen[ý] do mlhy mezinárodněprávní neutrality*“, což sice umožňuje doktríně, a hlavně subjektům mezinárodního práva pružně reagovat na budoucí podobné situace, na druhé straně však nikterak nepřispívá k právní jistotě, která by měla být v případě úpravy základních institutů obecného mezinárodního práva žádoucí. S ohledem na bohatou zahraniční literaturu k otázce Kosova se domnívám, že daná kapitola se mohla vedle analýzy primárních pramenů ve větší míře zabývat i kritickým rozбором zahraniční literatury.

Lze uzavřít, že publikace „*Vznik a uznání státu – Aktuální pohled mezinárodního práva*“ představuje i při absenci jednotícího *leitmotivu* vhodnou pomůckou pro právníky zabývající se předmětnou problematikou.

Mac AMHLAIGH, Cormac; MICHELON, Claudio; WALKER, Neil (eds.): *After Public Law**

Oxford: Oxford University Press, 2013, 313 str.

Pavel Ondřejek**

* Tato recenze vznikla v rámci Programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově (PRVOUK) P04 s názvem Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu.

** JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., odborný asistent, Katedra teorie práva a právních učení, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze.

Ediční řada *Oxford Constitutional Theory* nabízí v posledních letech vynikající díla mladých i zavedených teoretiků. Několik z dosud publikovaných monografií usiluje o popis měnících se podob konsti-

tucionalismu a veřejného práva¹ a toto téma je předmětem i práce *After Public Law*, která byla vydána péčí autorů působících na Univerzitě v Edinburghu. Předností této kolektivní monografie je především různorodost pohledů na kontroverzní otázku, co přichází po veřejném právu, které bývalo vždy spojováno se státem. Kolektivní monografie je podle mého názoru cenná mimo jiné tím, že obsahuje shrnutí přístupů předních současných odborníků na veřejné právo (řada z nich publikovala samostatné monografie, s jejichž závěry ve zhuštěnější podobě se tak může čtenář seznámit).

Třináct kapitol monografie je rozdělených do tří částí, z nichž každá reflektuje jeden z možných významů anglického názvu knihy (*after public law*). V první části je diskutována podstata veřejného (a také soukromého) práva a obsahuje statě M. Loughlina, C. Thornhilla, W. Lucyho a C. Michelona. M. Loughlin se ve svém příspěvku zabývá vznikem moderního veřejného práva, jehož zdroje vidí v díle J. Bodina, S. Pufendorfa a J. J. Rousseaua. Návrat k základům koncepce *droit publique* podle něj ukazují východiska současných debat o proměnách veřejného práva. Veřejné právo se sice mění, avšak základní otázky (reprezentace, demokratická legitimita, suverenita) přetrvávají. Je však jisté, že s popisem veřejného práva orientovaného pouze vůči státům již dnes nemůžeme vystačit.

Velmi podnětný příspěvek C. Thornhilla s názvem *Veřejné právo a politično* nabízí převážně sociologický pohled na právo. Autor tvrdí, že veřejné právo bylo vždy svázáno s pojmem politična (*the political*). Moderní veřejné právo je pak spojeno s růstem významu soudní moci (zákazem soukromých soudů a krevní msty), rozvinutím koncepce reprezentace a také s ochranou základních práv. V tom se liší jeho pohled od koncepce *Loughlinovy*, neboť ten vnímá základ moderního veřejného práva v období absolutistické konsolidace státu, kdy se mění vnímání politické autority (suverén sebe sama vnímá jako někoho, kdo je oprávněn právo tvořit nikoliv pouze nalézat existující „staré“ právo).² Za velmi inspirativní považují tezi o posílení státní moci v období demokratických revolucí. Na první pohled by se mohlo zdát, že překonáním absolutismu, kdy je moc zdánlivě neomezená (*princeps legibus solutus est*), a vítězstvím idey konstitucionalismu spojené s omezenou mocí dochází spíše k oslabování veřejné moci. Thornhill

však poukazuje na skutečnost, že nově vnímaná legitimita veřejné moci ve spojení s garancí základních práv navyšuje rezervy politické moci ve státě a poskytuje tak nástroj konsolidace státní moci, neboť společnost snáze akceptuje různá omezení daná pozitivním právem.³

Stat' W. Lucyho se věnuje teoriím odlišování soukromého a veřejného práva, jeho závěr spočívá v nemožnosti přesného rozhraničení, ať již jde o ryze normativní pohled (daný zákonodárcem, a směřující zejména k odlišným typům následků v případě porušení právních norem), nebo zájmovou teorii (vycházející z odlišování soukromého a veřejného zájmu). Další teorie odlišování soukromého a veřejného práva jsou založeny na ekonomickém rozlišování veřejného statku a soukromého vlastnictví, sféry státu a soukromí, či sociologického pohledu na sféru veřejnou (politika) a soukromou (domácnost). Skutečnost, že žádná z těchto teorií nedokáže jednoznačně přiřadit každou právní normu do veřejného či soukromého práva, však nemá vést k rezignaci na toto rozlišování, spíše k nutnosti kombinací vícero přístupů.⁴ Jiné pohledy na klasifikaci soukromého a veřejného práva jsou nastíněny ve statích C. Michelona (který neuznává pohled na podstatu soukromého práva v možnosti volby jednotlivce. Naproti tomu prosazuje širší pohled na soukromé právo jako na jednu z domén sociálního jednání charakterizovanou existencí vzájemných vztahů mezi subjekty v rámci sociálních skupin) a C. Mac Amhlaigha (který si všímá hranic mezi soukromým a veřejným právem a poukazuje na praktických příkladech rozšiřování lidskoprávní ochrany i na právní vztahy soukromých subjektů. Hlubší porozumění podstaty soukromého a veřejného práva lze podle autora získat aplikací právních archetypů – tedy fenoménů právního systému, jejichž význam překračuje pozitivněprávní úpravu).⁵

Druhá část monografie se věnuje podrobnějšímu zkoumání hodnot a funkcí veřejného práva, kde kromě výše zmíněného příspěvku C. Mac Amhlaigha publikovali své texty R. Bellamy, S. Tierney a H. MacQueen.

R. Bellamy v příspěvku „Veřejné právo jakožto demokracie: otázka základních práv“ kritizuje pohled, který legitimizuje veřejné právo pouze pomocí lidských práv. Demokracie je podle něj ještě vý-

¹ Zmiňme zejména: Loughlin, Martin; Dobner, Petra (eds.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: OUP, 2010. Krisch, Nico: *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-national Law*. Oxford: OUP, 2012. Teubner, Günter: *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: OUP, 2012. Somek, Alexander: *The Cosmopolitan Constitution*. Oxford: OUP, 2014.

² Srov. též Loughlin, Martin: *The Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, str. 50.

³ Thornhill, Chris: *Public Law and the Emergence of the Political*. In: Mac Amhlaigh, Cormac; Michelon, Claudio; Walker, Neil (eds.): *After Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, str. 34.

⁴ Lucy, William: *Private and Public: Some Banalities about a Platitude*. In: Mac Amhlaigh, Cormac; Michelon, Claudio; Walker, Neil (eds.): *After Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, str. 82.

⁵ V tomto odkazuje C. Mac Amhlaigh na J. Waldrona: Waldron, Jeremy: *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*. *Columbia Law Review*, roč. 105, 2005, str. 1723.

znamnějším zdrojem. V tezi o postavení základních práv v rámci veřejného práva se podle *R. Bellamyho* střetávají dvě rozdílné koncepce lidské svobody: liberální (svoboda ve smyslu nezasahování – *liberty as non-interference*) a republikánská (svoboda v pojetí vylučujícím dominanci – *liberty as non-domination*). V příspěvku zmiňuje řadu přístupů upřednostňujících demokratické rozhodování před rozhodováním soudů (opírající se např. o politickou koncepci lidských práv *J. Raze*, nevhodnost řešení celospolečenských problémů soudy, nereprezentativnost soudu a z toho plynoucí nevhodnost řešení morálních otázek soudy).

S. Tierney se ve své stati věnuje otázce měnicího se postavení státu a poukazuje na jistou odolnost veřejného práva před oslabujícími vlivy. Jeho příspěvek je tak vědomou polemikou s některými dalšími spoluautory, kteří vnímají proměnu veřejného práva na počátku 21. století jako proces oslabování státu. *S. Tierney* si naopak všímá vlivů, které státy posilují: předně jde o ideu nacionalismu, která v průběhu 20. století získala převážně negativní konotace kvůli propojení s totalitárními režimy, nicméně vznik nových států po skončení studené války ukazuje, že nacionalismus ve smyslu etnickém je silou stále schopnou utvářet nové státy na různých kontinentech (Černá Hora, Východní Timor, Eritrea. V této souvislosti by ostatně mohl být zmíněn i rozpad Československa). Lze tedy hovořit o posilování národních identit na regionální (substátní) úrovni, a to i u vyspělých států (Velká Británie, Kanada, Belgie).⁶ Přitom realizace sebeurčení národů směřuje právě k vytváření států. Dalším argumentem je fragmentarizace mezinárodního práva, které nesměruje k centralizovanému systému (příkladem může být i pojetí práva Evropské unie, nejprve se bránící uznat *ius cogens* jako nadřazené právo, poté odmítnutí podřízení se štrasburskému systému ochrany lidských práv⁷). Za těchto okolností jsou to stále státy, jež dominují jako zdroje veřejné moci, a to i v současném globalizovaném světě.

Poslední část monografie reflektuje nejběžnější význam spojení „after public law“, tj. usiluje o popis práva po klasickém veřejném právu (jehož podstata a funkce byly popsány v předcházejících kapitolách). Za hlavní stat' považují studii *Neila Walkera* popisující detailně různé teorie globálního konsti-

tucionalismu a globálního veřejného práva (v teorii států common law globálního správního práva – *global administrative law*). Základní rozdíl mezi těmito přístupy spatřuje *N. Walker* v orientaci na výstupy (teorie globálního správního práva) či vstupy nebo proceduru (teorie globálního konstitucionalismu).

Autoři píšící o současném veřejném právu buď odmítají uznat existenci obou výše zmíněných teorií (např. *M. Loughlin*), nebo uznávají pouze globální správní právo, nikoliv však teorie globálního konstitucionalismu (*N. Krisch*, *A. Somek*), případně se z opačného pohledu hlásí ke globálnímu konstitucionalismu, avšak odmítají teorie globálního administrativního práva (*G. Teubner*) anebo připouštějí, že výkon veřejného práva mimo státy má rysy jak globálního konstitucionalismu, tak globálního správního práva (*M. Kumm* a samotný *N. Walker*). U jednotlivých přístupů poukazuje autor na hlavní argumenty a kritiku.

Další autoři publikující v této části monografie si spíše všímají jednotlivých aspektů globalizovaného veřejného práva. *I.-J. Sandová* popisuje fenomény prolínání soukromého a veřejného práva v globalizované společnosti a potřebu regulace na mezinárodní úrovni, *O. Gerstenberg* se zaměřuje na soudní dialog v rámci heterarchického systému ochrany lidských práv a *G. Palombella* si všímá souvislostí a rozdílů mezi politickým a právním pojetím veřejného práva.

Jak jsem již uvedl výše, monografii lze jednoznačně doporučit k přečtení; je příkladem inovativního přístupu k tradičně zkoumanému tématu veřejného práva a konstitucionalismu. Samozřejmě je možné nesouhlasit s dílčími závěry v určitých kapitolách a některé příspěvky by možná zasluhovaly větší zobecnění (zejm. stat' *H. MacQueen*a pojednávající relativně podrobně o problematice skotského práva, anebo příspěvek *M. Donaldson*ové a *B. Kingsbury*ho nazvaný obecně *The Global Governance of Public Law*, který se však celý týká komentáře k dokumentu „Příručka hodnocení systémů regulační infrastruktury“, v orig. *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*, vydaného Světovou bankou).

Namísto závěru si dovoluji výtečné shrnutí editorů monografie: „*A tak soubor příspěvků končí stejně, jak začíná, a to varováním, že nástupci veřejného práva zůstávají jaksi paradoxně závislí na odkazu těch forem a sil, o jejichž nahrazení usilují. Cokoliv přijde po veřejném právu tak může vzniknout jen jako reakce na přítomnost nebo absenci veřejného práva, a nikoliv jako tabula rasa, na níž můžeme vystavět novou vizi právní a politické regulace.*“⁸

⁶ Tierney, Stephen: *The Nation as "The Public": The Resilient Functionality of Public Law*. In: Mac Amhlaigh, Cormac; Michelon, Claudio; Walker, Neil (eds.): *After Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, str. 158.

⁷ Důkazem je i nový posudek Soudního dvora EU o neslučitelnosti Dohody o přistoupení Evropské unie k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod. (posudek Soudního dvora EU 2/13 z 18. prosince 2014).

⁸ Mac Amhlaigh, Cormac; Michelon, Claudio; Walker, Neil (eds.): *Introduction*. In: Mac Amhlaigh, Cormac; Michelon, Claudio; Walker, Neil (eds.): *After Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, str. 7.