

ČLÁNKY

Vladimír Kubeš, právní filosof, právník a pedagog

Miloš Večeřa*

V letošním roce 2008 uplyne sto let od narození a 20 let od úmrtí velkého právního filosofa, vynikajícího právníka a zkušeného pedagoga profesora Vladimíra Kubeše, jehož vědecký a pedagogický život je neodmyslitelně spjat s Brnem a Právnickou fakultou Masarykovy univerzity.

Ačkoliv profesor Kubeš patřil k nejvýznamnějším představitelům druhé generace Brněnské normativní právní školy, jeho pedagogická a vědecká osobnost zůstává nezaslouženě pozapomenuta a taktéž jeho obsáhlé právně filosofické dílo i jeho pozitivně právně zaměřené práce především z oblasti občanského práva jsou bohužel málo nebo zcela neznámé a proto i nedocenené. Většina jeho nejvýznamnějších prací z období po roce 1948 nemohla již být ve své době v češtině publikována a díla, která vyšla ještě před rokem 1948, byla cíleně z povědomí právníkové veřejnosti vymazávána. Tuto více než čtyři desetiletí trávající césuru již nemohlo dostatečně kompenzovat vydání některých Kubešových prací po roce 1989.

Za příznivějších společenských okolností lze předpokládat, že by se profesoru Kubešovi dostalo náročné úlohy Weyrova nástupce v čele brněnské normativní školy a obecného vědeckého uznání. Byly mu k tomu dány do vínku veškeré předpoklady, jak nestranně soudil i tak přísný hodnotitel, jakým byl František Weyr, který v závěru svých Pamětí svého žáka Vladimíra Kubeše charakterizoval jako mladého muže, který v sobě spojuje několik vlastností nezbytných pro úspěch ve vědeckém i veřejném životě: vedle teoretického nadání, píle a houževnatosti je to i dar neobyčejné výmluvnosti, literární úspěšnost, snaha po vyniknutí a všestranná jeho aktivita.¹ Do jeho úspěšně započaté vědecké a pedagogické dráhy však zásadním způsobem nepříznivě zasáhly historické okolnosti jeho života a peripetie osudu, které mu tak zabránily dosažení jím sledovaných cílů, i když Kubeš sám si na nepřízeň osudu nikdy nestěžoval a jako věčný optimista naopak nazval symbolicky svoji autobiografii „...a chtěl bych to všechno znovu“.²

Kubešovy zásluhy na formování československého práva a na rozvoji české právní vědy nelze přejít bez povšimnutí. Zvláště v oblasti právní filosofie a právní teorie je třeba vyzvednout, že ač byl věrným stoupencem Brněnské normativní právní školy, snažil se svými přístupy překonávat její dogmatickou strnulost. Dluh,

který na straně české právní vědy i brněnské právníkové fakulty ve vztahu ke Kubešově vědecké osobnosti přetrvává, chce alespoň zčásti splatit tento příspěvek.

1. Kubešovo osobní, pracovní a vědecké curriculum vitae

K pochopení Kubešova myšlenkového vývoje a jeho místa v Brněnské normativní právní škole je nezbytné zmínit některé rozhodující momenty z jeho života a jeho základní literární dílo.

Kubeš se narodil 19. července 1908 v Brně - Králově Poli v rodině praktického lékaře. Na rozdíl od svého bratra si však pro svoji profesní dráhu nezvolil lékařské povolání, ale po maturitě se rozhodl pro studium práva na brněnské právníkové fakultě, které realizoval v letech 1926-1930. Na fakultě se Kubeš setkává s řadou významných pedagogů, z nichž ho nejvíce oslovili profesor občanského práva Jaromír Sedláček, jenž ovlivnil i jeho nasměrování k občanskému právu, a hlavní představitel brněnské normativní školy profesor František Weyr, k němuž Kubeš zvláště přilnul a jemuž byl oddán nejen vědecky, ale i osobně celý život.³ Prostředí tehdejší brněnské právníkové fakulty považoval Kubeš za zvlášť podnětné a ve své autobiografii sepsané na sklonku svého života v polovině 80. let minulého století ho charakterizuje: „V dalším životě jsem prošel mnoha právníkovými fakultami, jsem však přesvědčen, že s takovou vědeckou úrovní a zapáleností pro věc jsem se nikde nesetkal“.⁴

V počátku pro něho studium práv nebylo snadné, neboť vyrůstal v lékařském prostředí. Pracoval však velmi systematicky a usilovně, s pravidelným každodenním několikahodinovým studiem doma. Po úspěšném absolvování studia práv s vyznamenáním a složením rigorózní zkoušky byl Kubeš v roce 1930 promován doktorem práv. Nastoupil nejprve jako čekatel u brněnského soudu, od roku 1931 pak přešel na finanční prokuraturu, kde pracoval až do konce války v roce 1945.

Již za studií publikoval Kubeš některé své články v časopisu Všeherd a Časopisu pro právní a státní vědu. Ve vědecké a publikační činnosti pokračoval Kubeš i po nástupu do právní praxe. Jeho vědecké práce byly v tomto období zaměřeny především do oblasti občans-

kého práva, rozpracovávaly však i právně filosofické kontexty pozitivně právní problematiky. Již jeho první větší práce „*Příspěvek k nauce o žalobách z bezdůvodného obohacení*“, publikovaná v roce 1931, vycházela z širšího právně filosofického základu.

V roce 1931 si Kubeš zapsal obor filosofie jako řádný posluchač brněnské filosofické fakulty a studium absolvoval v roce 1935. Velmi vědecky inspirativním se ukázal zejména Kubešův studijní pobyt na berlínské univerzitě v jarním semestru roku 1932, kde na doporučení prof. Sedláčka navštěvoval přednášky významného německého filosofa Nicolaie Hartmanna, jenž ho ovlivnil pro celý jeho další vědecký život. Vedle absolvování přednášek se Kubeš seznámil se všemi Hartmannovými významnými vědeckými pracemi, jež mu fascinovaly a zásadním způsobem později formovaly jeho právně filosofické názory. Na berlínské univerzitě Kubeš načerpal také mnoho podkladů pro svou připravovanou habilitační práci „*Smlouvy proti dobrým mravům*“, kterou vydal v roce 1933. Na jejím základě byl pak Kubeš připuštěn k habilitačnímu řízení, po jehož úspěšném absolvování byl v roce 1934 jmenován soukromým univerzitním docentem pro obor československého práva soukromého na brněnské právnické fakultě a přijal i přednáškovou činnost na fakultě. Posléze Kubeš úspěšně složil i zkoušku finančně - prokuratorní a rovněž zkoušku advokátní. V roce 1937 pak byl Kubeš jmenován vrchním komisařem finanční prokuratury v Brně.

Kubešova práce *Smlouvy proti dobrým mravům* byla odbornou veřejností přijata velmi příznivě a dostalo se jí i ocenění České akademie věd a umění v Praze. Její obecnou část Kubeš věnoval obecnějším právně filosofickým otázkám noeticko právním: zejména vztahu práva a morálky, pojmu právní normy, logické a empirické výstavbě právního řádu, pojmům právního jednání a smlouvy, otázkám interpretace a aplikace práva, předmětu a úkolům právní vědy apod. Navazující zvláštní část se pak zaměřil na vlastní problematiku pojmu dobrých mravů a důsledkům uzavření smlouvy proti dobrým mravům.

V následujícím období let 1935-1938 vyvíjel Kubeš velkou publikační aktivitu a usilovně připravoval práci, kterou chtěl předložit k získání mimořádné profesury. Tuto práci pod názvem „*Nemožnost plnění a právní norma*“ pak publikoval na začátku roku 1938 a zabýval se v ní nejen náročnou občanskoprávní problematikou, ale významně i otázkami právně filosofickými. Kniha byla příznivě recenzována a na jejím základě a i s ohledem na dosavadní Kubešovu pedagogickou a vědeckou činnost podal profesorský sbor fakulty v červnu 1938 návrh na jmenování Kubeše primo loco mimořádným profesorem československého práva soukromého na právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně. Mimořádné události roku 1938 však zabránily vlastnímu Kubešovu jmenování profesorem, k němuž pak došlo až po válce v červnu 1945.

Obnova brněnské právnické fakulty v roce 1945 po dlouhém období uzavření českých vysokých škol byla velmi nesnadná.⁵ Akademický sbor byl válkou velmi oslaben, kdy i nejbližší Kubešův učitel prof. Sedláček nešťastně zahynul při náletu na Brno v roce 1945. Kubeš se ocitl mezi prvními po válce jmenovanými profesory brněnské právnické fakulty se jmenováním pro obor občanského práva a právní filosofie. Návazně se stal vedoucím nově ustaveného ústavu občanského práva a ústavu právní filosofie. Poválečné období probíhalo na fakultě velmi hekticky. Byla snaha vrátit výuku do normálních kolejí i za situace, kdy se fakulta potýkala s velkým počtem studentů, s nedostatkem studijních materiálů, personálními a jinými problémy. Kubeš v této době usilovně pracoval na významném díle „*Právní filosofie XX. století (Kantismus, hegelianismus, fenomenologie a teorie myšlenkového řádu)*“, které pak vyšlo v roce 1947. Velmi zasvěceně zde rozebral všechny významné právně filosofické směry, včetně Brněnské normativní právní školy a Ryzí nauky právní. Již o rok později mu však bylo zaměření této jeho práce z marxistických pozic ostře vytýkáno.

V roce 1947 byl prof. Kubeš jmenován jedním ze čtrnácti expertů Národního shromáždění pro práce na nové ústavě, kde zastupoval stranu národně socialistickou. Mezi dalšími jmenovanými experty byl i prof. Weyr a prof. Hoetzel. O jeho odpovědném přístupu k tomuto úkolu svědčí i jeho práce „*O novou ústavu*“, vydaná začátkem roku 1948, v níž stejně jako v již dříve vydaném pojednání nazvaném „*Filosofický základ nové ústavy*“, shrnul základní ideje, na nichž má být nová ústava postavena. Práce na nové ústavě však s ohledem k politickým událostem roku 1948 vyzněla do ztracena.

Únorové události roku 1948 zastihly prof. Kubeše ve funkci děkana právnické fakulty, do níž byl zvolen pro školní rok 1947/1948. Návazně na únorové události byl Kubeš v březnu roku 1948 funkce děkana právnické fakulty zbaven a bylo mu zakázáno přednášet a zkoušet. Navíc byl po neúspěšném pokusu o emigraci zatčen a ve vykonstruovaném soudním procesu v roce 1949 odsouzen na čtyři roky trestu odnětí svobody, který mu byl ale rozsudkem Nejvyššího soudu v Praze zvýšen na 13 let. Ve vězení strávil Kubeš celkem šest let, na svobodu byl propuštěn až na základě milosti presidenta republiky v roce 1954. V následujících sedmi letech vykonával prof. Kubeš dělnická povolání a pak do roku 1968 působil jako právník.

Přes nepříznivé podmínky pro vědeckou práci Kubeš promýšlel svá vědecká díla i ve vězení a po propuštění se okamžitě vrátil k pravidelné vědecké aktivitě. Toto období považuje ve svém životopisu po vědecké stránce za svá nejpłodnější léta, kdy napsal řadu prací, jako např. pětidílnou „*Soustava filosofie práva*“ a z oblasti občanského práva „*Mimořádné poměry a smlouvy*“, které však již nestihly v krátkém období pražského jara vyjít.

V roce 1968 se Kubešovi konečně dostalo plné soudní rehabilitace a mohl se také plně zapojit i do veřejného života. Jako expert začal pracovat v komisi pro novelizaci ústavy a sám vypracoval nový vlastní návrh ústavy vycházející z myšlenky jednotného československého státu. Byl také jmenován předsedou přípravné komise pro znovuzřízení právnické fakulty v Brně. Na obnovené brněnské právnické fakultě začal Kubeš pedagogicky působit od zimního semestru 1969 ve funkci proděkana pro vědeckou práci, když již předtím od zimního semestru 1968 externě přednášel na brněnské filosofické fakultě témata zaměřená na novokantovské směry a ontologické otázky, zejména ve vztahu k právu. Jako profesor pro občanské právo a právní filosofii přednášel na právnické fakultě nejprve teorii státu a práva. Občanské právo ve vyšších ročnících ale přednášel už jen krátce.

S postupující normalizací se množily útoky na jeho osobu, byla mu vytýkána jeho aktivita na poli přípravy nové ústavy, činnost v klubu K 231 a byla napadána jeho práce *Právní filosofie XX. století*. Nejprve se musel vzdát funkce prvního proděkana, pak byl zproštěn vedení katedry teorie státu a práva a právní filosofie a nakonec musel s koncem roku 1970 odejít z fakulty vůbec a ocitl se v důchodu. Kubeš ani v této době nesložil ruce do klína a zůstal i nadále vědecky aktivním. Zpracovával právní posudky a rozborů pro hospodářskou sféru, od roku 1973 byl jmenován „internacionálním korespondentem Hans Kelsen-Institutu ve Vídni. V roce 1974 mohl poprvé vycestovat do Rakouska a přednést ve Vídni přednášku o právní filosofii a právní sociologii, jíž se Kubeš začal rovněž intenzivně věnovat. Díky přednáškám na několika kongresech v zahraničí a jeho vědecké známosti pak bylo Kubešovi nabídnuto od října 1976 působení na vídeňské univerzitě jako hostující profesor a vedl zde přednášky a zkoušky k právně filosofickým tématům. Toto jeho vídeňské působení skončilo v červnu 1981.

Videňské období svého života považuje Kubeš ve svém životopisu za velmi šťastné. Vedle pedagogické činnosti byl Kubeš i velmi činný literárně, kdy publikoval v němčině řadu vědeckých statí. Zejména je třeba připomenout práci vydanou společně s Otou Weinbergerem v roce 1980 *„Die Brünner Rechtstheoretische Schule (Normative Theorie)“*, která později vyšla v roce 2003 v českém překladu pod názvem *„Brněnská škola právní teorie (normativní teorie)“*. Z Kubešových dalších monografických prací je třeba připomenout jeho práci o právních povinnostech (*Die Rechtspflicht*), vydanou ve Vídni v roce 1981 a v roce 1987 rovněž ve Vídni publikovanou práci *„Theorie des Gesetzgebungs“* (*Theorie der Gesetzgebung*).⁶

Z dalších v češtině později publikovaných prací je třeba ještě zmínit *„Kapitoly z právní sociologie“* sestavené jako výběr z Kubešova rozsáhlého nepublikovaného spisu *„Právní sociologie“* doc. Hungrem v roce 1991 pro účely výuky sociologie práva na právnické fakultě

v Brně. Zaslouhou brněnské právnické fakulty vyšly v tomto období ještě dvě další Kubešovy práce: Kubešův životopis pod optimistickým názvem *„...a chtěl bych to všechno znovu“* (1994), který je velmi upřímnou až intimní jeho zповědí, a dvojdílné *„Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu“* (1995). V posledních letech svého života pracoval Kubeš na knihách shrnujících jeho vědeckou práci. Byla to zejména dosud nepublikované práce *„Systém filosofie práva“* v němčině a v češtině napsané dílo *„Dějiny právní filosofie“*.

Kubešův život se uzavřel uprostřed jeho činorodé práce 14. 11. 1988 ve věku nedožitých jednaosmdesáti let.

2. Brněnská normativní právní škola a Vladimír Kubeš

Vědeckému životu na brněnské právnické fakultě vévodil v období Kubešových studií duch normativní právní teorie. Jejím zakladatelem, hlavním představitelem a protagonistou byl František Weyr, který svými myšlenkami ovlivnil i velkou část pedagogického sboru tehdejší právnické fakulty.

Nebylo náhodou, že se pozornost právní vědy, a v té souvislosti i Františka Weyra a Hanse Kelsena, nasměřovala na otázky noetiky a ontologie práva právě v uvedeném období začátku 20. století. Vladimír Kubeš, který se v řadě svých prací zabýval i vývojem právní filosofie ve 20. století,⁷ dospěl v této souvislosti k explikativnímu zjištění, že *„filosofie práva sdílí osudy filosofie obecné, avšak o nějakých 30 až 40 let později“*.⁸ Tak jako v obecné filozofii, kdy druhá třetina 19. století byla s nástupem ideálu exaktní pozitivistické vědy charakterizována hlubokým úpadkem obecné filosofie a teprve v 60. a 70. letech nastává obrat pod heslem návrat ke Kantovi, pak podobně tomu bylo s posunem zmíněných několika desetiletí i v právní filosofii, kdy teprve přelom 19. a 20. století představuje nové obrácení pozornosti k hlubším právně filozofickým otázkám a k úloze právní vědy jako takové. Byly to právě kritický idealismus Kantův a učení jeho následovníků,⁹ které u Františka Weyra a Hanse Kelsena vyprovokovaly v reakci na dosavadní způsob pěstování tradiční dogmatické právní vědy snahu o programové přehodnocení zavedených způsobů právního myšlení.

Pro Františka Weyra byla nově budovaná právní věda teorií norem neboli normologií a charakterizoval ji termínem „normativní teorie“¹⁰. Právní škola, kterou tak založil, bývá označována jako „Brněnská normativní škola právní“¹¹ nebo „Brněnská škola právní teorie“.¹² Hans Kelsen nazval tuto novou kritickou právní vědu o normách „Ryzí naukou právní“.¹³

Kubeš pod silným vlivem Weyrovým a Sedláčkovým si osvojil základní noetické a ontologické přístupy

normativní teorie a tvůrčím způsobem se s nimi ztožňoval po celý svůj vědecký život. František Weyr Kubeše v tomto ohledu vždy považoval za stoupence normativní teorie a ve svých Pamětech ho označuje za jednoho ze svých nejmilejších, nejschopnějších a osobně mu nejoddanějších žáků.¹⁴

2. Kubešovo právně filosofické myšlení

Vývoj Kubešova právně filosofického myšlení a jeho vědeckou dráhu nutně poznamenaly události doby, ve které prof. Kubeš žil a tvořil. Svým studiem na právnické fakultě v letech 1926-1930 Kubeš patří do generace žáků prof. Weyra, stejně jako jeho vrstevník Hynek Bulín mladší (narodil se ve stejném roce 1908 jako Kubeš). Oba studenti byli silně ovlivněni charismatickou osobností Weyrovou a stali se věrnými stoupenci normativní teorie, i když jejich vědecký vývoj šel poněkud rozdílnými cestami.¹⁵ Bulín svou pozitivně právní orientací zůstal více věren právní dogmatice normativní právní školy, Kubešova cesta se postupně více ubírala k právně filosofickým a právně sociologickým úvahám, z normativní teorie však stále vycházel v úvahách o konstrukci právní normy a stupňovitě výstavbě právního řádu.

Kubeš sám se v antologii *Brněnská škola právní teorie*, sestavené společně s Otou Weinbergerem, zamýšlí nad svým dílem v části věnované rozboru děl nejdůležitějších představitelů brněnské normativní školy a výstižně nalézá ve svém právně filosofickém učení **dvě rozdílné fáze**.¹⁶ První etapu představuje jeho právně filosofického zrání, kdy se projevuje jakožto žák Weyrův a Sedláčkův a přemýšlí a tvoří v duchu ryzí nauky právní. V tomto období se zabírá hlavně otázkami občanského práva.¹⁷ Středem jeho pozornosti zde byly některé právní instituty, otázky právní platnosti (rozlišení platnosti systému norem a platnosti určité právní normy), zavedení pojmu pozitivního sekundárního práva apod.

Druhou fází Kubešova díla charakterizuje jeho zaměření se na hlubší právně filosofické otázky, zejména v souvislosti s jeho prací na knize *Právní filosofie XX. století* (1947). Právě jeho právně filosofické uvažování nad významnými proudy právního myšlení 19. a zejména 20. století směřuje Kubeše k překračování hranic právního normativismu a ke zpochybnění normativní teorií postaveného absolutní oddělení právně kognitivní a právně volitivní sféry. V předmluvě k této práci Kubeš symptomaticky říká, že je nemožné pochopit podstatu práva, pokud jsme neprošli očišťujícím ohněm obecné filosofie. Kubeš tak v tomto období opouští schopenhauerovský a cohenovský výklad kriticismu spočívající v základech Weyrový a Kelsenovy normativní školy a dospívá k rozevření pohledu, a to zejména pod vlivem kritické ontologie berlínského filosofa Nicolaie Hartmanna, jehož dílo ho zásadně a na celý další vědecký život orientovalo a k němuž se při svém uvažo-

vání stále znovu a znovu vracel. Ovlivnily ho ale i práce Alfreda Verdrosse, Gustava Radbrucha, a Leonarda Nelsona. Kubeš si v tomto druhém období své vědecké práce osvojuje širší filosofický pohled na právo, ale i právně sociologické vidění práva.

V dalším výkladu se zastavíme u některých Kubešových názorů a závěrů v uvedených dvou myšlenkových etapách, které ho charakterizují a vyjadřují přínos jeho vědecké tvorby právní vědě.

3. Období Kubešova právně filosofického zrání

Už František Weyr velmi brzy postřehl Kubešovu schopnost právně filosofického a právně teoretického myšlení a jeho schopnost literární tvorby. Kubeš již za studií projevil toto své nadání a odevzdal ho plně ve prospěch normativní teorie.

Již v obecné části své habilitační práce *Smlouvy proti dobrým mravům* Kubeš analyzuje řadu právně filosofických a právně teoretických otázek. Zabývá se zde nutně nejprve vymezením práva a právní normy oproti morálce a morální normě. Vychází zde ve svých úvahách z Kelsenova, Weyrova a Sedláčkova pojetí práva a právní normy, ale snaží se tvůrčím způsobem nalézt *charakteristikon* právní normy, jejíž znaky jsou určující i pro vymezení samotného pojmu práva. Svou definici právní normy Kubeš konstruuje velmi dovedně, vyhýbá se slabým místům v definicích uvedených právních autorit a takto jím poskládaná definice zní i dnešní teorii práva zcela moderně a je pro ni inspirativní. Právní norma je tak podle Kubeše: *heteronomní norma, odvoditelná a odvozená z hypotetické normy nejvyšší formy delegační; právní norma je stanovena zvláštními „orgány“, nadaná zvláštním donucením (exekuce a trest) a vyznačuje se určitou fakticitou*.¹⁸

Při rozlišení práva a morálky Kubeš vychází z Kelsenova a Sedláčkova odlišení autonomní morálky a heteronomního práva. Upozorňuje však v této souvislosti, že je třeba přesně rozlišovat normotvorný a povinnostní subjekt. Jsou-li totiž oba subjekty normologicky totožné, nejde o normu, ale o postulát. I u morálních norem se musí nutně vyskytovat dva subjekty: normotvorný a povinnostní. Normologicky jsou proto i morální normy heteronomní, neboť oba tyto subjekty, v normologickém smyslu různé, mohou být soustředěny v jednom „fyzickém“ subjektu.¹⁹

Kubeš připomíná, že Merklovo učení o dynamickém pojetí práva a o stupňovitě výstavbě právního řádu se stalo duševním majetkem všech stoupenců normativní právní školy, včetně jeho samotného. Zdůrazňuje však, že myšlenka dynamičnosti práva, pohybujeme-li se v normologickém způsobu myšlení, nedovolí nám zachytit tvoření norem ve smyslu kauzálním, ale je jen výrazem pro logické odělení normy nižší v rámci

normy vyšší a tím v právní řád vůbec. Bez pojmu dynamiky právní je pojem práva sám nemyslitelný a právo jako souhrn právních norem musí vždy a za každou cenu logicky vykazovat alespoň dvě vrstvy právních norem: jednu normu delegující a v rámci této možnosti tvorby normy delegované.²⁰

Z pohledu normativní teorie se Kubeš staví i k problemskému interpretace a aplikace práva. Akcentuje, že normativní teorie odmítá v důsledku odlišení *poznání* a *chtění* sledovat jiný cíl než pochopit právo. Je pouze teorií pozitivního práva, která odmítá otázku po správném právu, neboť tvořit obsah toho, *co býtí má* nepřísluší teoretikovi (právní vědě), nýbrž praktikovi. Taktéž problém právní aplikace jako problém praxe je tím vyloučen z rámce právní vědy.²¹

Kubeš zůstává věren základním postulátům brněnské normativní školy i v dalších svých pracích tohoto období. Stať *Problém práva* (1936), představující výťah z přednášky přednesené na brněnské Filosofické jednotě, je právě takovou apologetikou stanovisek normativní školy proti škole sociologické, škole volnoprávní a doktríně přirozenoprávní. Kubeš zde zdůrazňuje, že „*normativní škola není žádným kanonickým učením, nýbrž představuje úsilí teoreticky stejně založených mužů oprostít právní vědu ode všech metajuristických přívěšků a racionalizovat právnické myšlení*“.²² Kubeš se dále dostává ke standardnímu normativistickému rozlišení poznávacích forem normativních a kauzálních a k vymezení právní normy pojmem základní či nejvyšší normy, s níž je spojována i platnost práva, kterou je třeba chápat jako předpoklad, že něco budeme považovat za normu. Základní norma ale plní i tu funkci, že logicky uzavírá celkovou hierarchickou výstavbu jednotlivých právních norem.

Pomyslnou první etapu Kubešova myšlenkového vývoje symbolicky uzavírá obsáhlý článek „*O tak zvané podstatě práva*“, v němž na 35 stranách Kubeš polemizuje se závěry kritické práce Vladislava Čermáka „*O podstatě práva*“ (1940)²³ zpochybňující Weyrovu normativní teorii. Kubeš zde se sarkasmem a emocií napadá mělkost a nekvalifikovanost Čermákových argumentů se závěrem, že „*by se Čermák sám bez normativní teorie nikam nedostal a jediné normativní teorii může poděkovat, že se probudil z dogmatické dřímoty*“.²⁴

4. Kubešův přesah normativní teorie

Zejména vliv učení Nicolae Hartmanna a usilovné studium a právní uvažování při zpracovávání obsáhlého díla *Právní filosofie XX. století* (1947) přispěly ke Kubešovu vykročení z úzkého rámce normativního chápání práva. Kubeš v tomto druhém období tvůrčím způsobem postupně překračuje při zachování základních ontologických a noetických přístupů dogmaticky postave-

nou sterilitu právního normativismu a přibližuje tak normativní teorii reálnému životu práva.

Jeho *Právní filosofie XX. století* kritizuje stav, kdy pouta, která mají spojovat právní filosofii a filosofii obecnou jsou, nebo se alespoň zdají, být zpřetrhána. Právní filosofie a teorie se tak odcizují svému základu - filosofii obecné. Následkem toho také právo začíná žít izolovaným životem bez vztahu k ostatním zjevům kulturním.²⁵

Právní filosofie, která je zároveň i právní teorií, má podle Kubeše úzce navazovat na témata obecné filosofie a představuje soustavu myšlenkových výtvarů podávajících výsledky zkoumání v oblasti:²⁶

- **Právně ontologické**, která má určit **podstatu práva**, tj. zařadit právo do stupňovité výstavby reálného světa a zjistit **normoideu práva** a vztah práva k ní. Normoidea práva nepatří do světa reality jako právo, ale do „světa“ ideality, kam patří i ostatní normoideje (normoidea mravnosti, krásna, pravdy, správnosti). Všechny tyto normoideje vytvářejí pak nejvyšší normoideu vůbec – normoideu dobra. Tato normativní idea práva představuje specifickou syntézu idejí spravedlnosti, právní jistoty, účelnosti a svobody, jak ji charakterizuje již Nicolai Hartmann. Normoidea práva nemá ale být nějakým metafyzickým spekulativním předpokladem, nýbrž výchozím předpokladem každé vědecké práce, jež je možná právě jen díky tomu, že přes všechnu relativnost našeho poznání vycházíme z těchto absolutně daných vědeckých předpokladů oděných do forem normoideí.
- **Právně noetické**, která má za úkol zkoumat materiální podmínky právnického poznávání a jednotlivé noetické kategorie.
- **Právně logické**, která zkoumá úlohu logiky v právu, v právní aplikaci a v právní vědě, zkoumá i strukturu práva, zejména strukturu normativních vět, strukturu právní normy.
- **Právně metodologické**, která hledá metodu či metody přiměřené právně filosofickému zkoumání.
- **Smyslu a účelu práva** – vycházející z poznání, že právo je spojeno s každou lidskou společností. Představa o odumírání práva je podle Kubeše katastrofálním bludem a přináší s sebou nutně jen podceňování významu práva pro lidský život. U Marxe ostatně není o odumírání státu nebo dokonce práva ani přímo ani nepřímě vůbec řeč.
- **Světového názoru právního** - jde o nejvyšší úkol vystihující svět jako otevřený systém, jako stupňovitou výstavbu jednotlivých idejí s reálnou ideou práva na jejím vrcholu, tedy co si dnes člověk žijící v reálném světě myslí o složkách reálné ideje práva, jak tyto chápe a precizuje.

Některými postulovanými úkoly se právní filosofie nutně dostává do oblasti právní sociologie, již se Kubeš podrobně věnoval ve své nepublikované práci *Právní*

sociologie (329 stran). V předmluvě k této práci²⁷ Kubeš výslovně konstatuje, že Brněnská právní škola, jež se velmi zasloužila o zlogizování právní vědy, ale méně již o položení spolehlivých základů filosofických, ve snaze očistit tradiční právní vědu od všech nejuristických prvků měla trvale zcela negativní poměr k právní sociologii. Kubeš tento její přístup považuje za neudržitelný, neboť právo je kategoricky nezbytné zkoumat jako sociální fenomén.

Kubeš se v tomto svém tvůrčím období dostává ve svých úvahách do obtížného dilematu: jednak nechce zcela negovat noetické základy normativní teorie vylučující z právní vědy metajuristické poznatky, na druhé straně si uvědomuje nezbytnost studia těchto poznatků právní vědou. Řešením mu je určitý eklecticismus příznačný i pro již uvedené vymezení právní filosofie. Vedle dogmatické právní vědy (právní dogmatiky, právní vědy v užším smyslu) Kubeš postuluje existenci i právní vědy sociologické (právní sociologie), právní vědy psychologické (právní psychologie) a některých dalších právních disciplín.²⁸ Kubešův koncept právní vědy tak představuje, podobně jako Kallabův koncept široké právní vědy²⁹, vyslovený ovšem Kallabem již ve 30. letech, překonání striktně dogmaticky pěstované právní vědy. Je tak určitým spojovacím můstkem mezi Weyrovou vědou o právu (normologii)³⁰ a současnou široce koncipovanou právní vědou.

5. Vyznění Kubešovy právní filosofie

Zmíněné druhé tvůrčí období znamená prohloubení Kubešovy právně filosofické orientace, k němuž přispěly i osobní hrůzné zkušenosti s pošlapáváním lidských práv v období nacistické a totalitní komunistické moci, jemuž právní formalismus normativní teorie nedokázal zabránit.

Je příznačné, že jedna z posledních Kubešových prací *Systém filosofie práva*, zpracovaná začátkem 80. let minulého století, ale i jeho některé dřívější práce se zaměřují i na problematiku **axiologie práva** projevující se v ideji práva (normoidei práva). Idea práva představuje podle Kubeše dialektickou syntézu myšlenek spravedlnosti, právní jistoty, účelnosti a svobody konkrétního člověka, tedy je výrazem toho, co si dnes člověk žijící v reálném světě myslí o složkách reálné ideje práva, což může postihnout sociologie práva. Právní věda musí vycházet z reálné ideje práva a cíleně ji budovat. Tyto Kubešovy axiologické úvahy představují jedno z jeho témat, která příznačně vykračují z noetického rámce normativní teorie.

Praktické vyznění těchto úvah se projevuje např. v Kubešových pracích zaměřujících pozornost na filosofický základ nové ústavy připravované v roce 1947 skupinou expertů, mezi nimiž působil i Vladimír Kubeš. V knize *O novou ústavu* (1948) Kubeš zdůrazňuje, že minulost nás dostatečně poučuje o tom, že jenom to zá-

konodárné dílo se v praxi osvědčilo a v pravém slova smyslu přetrvalo věky, které vyšlo z jednotného filosofického (ideového) základu, což Kubeš dokládá příklady velkých kodifikací (ABGB z roku 1811 a dalšími).³¹ Základní otázkou v této souvislosti ale je, z jakého filosofického základu má připravovaná nová ústava vzniknout.³² Kubeš zde ve svých úvahách vychází ze stupňovitěho systému idejí. V *měti* jsou hodnoty uvedeny ve vztahu k subjektu, od něhož vyžadují poslušnost. Všem ideám pak je nadřazena idea humanitní, pod níž nalézáme zejména ideu práva, spravedlnosti a právní jistoty; ideu samostatného, nezávislého a jednotného státu; ideu národní a ideu pokrokového socialismu. Idea humanitní všemi těmito ideami postupuje.

Kubeš své právně filosofické úvahy završuje pohledem do budoucnosti práva.³³ Dospívá k závěru, že ze všech normotvorných souborů je to výlučně systém právních norem, který je schopen jako skutečně účinný řád garantovat soužití lidí. Nelze ztotožňovat právo a stát, stát může v budoucnu „odumřít“, nikdy však „neodumřít“ právo, neboť jeho odumření by znamenalo zánik lidské společnosti. I beztřídní společnost bude potřebovat vysokou proorganizovanost a tudíž skutečně účinný právní řád. Poslání juristů a filosofů je podle Kubeše dějinně významné, především na právních filosofech totiž záleží, aby přesvědčení o základním významu práva se stalo přesvědčením obecným. Toto jejich poslání vlastně Kubeš vyjadřuje a naplňuje celým svým dílem.

Závěr

K mnohovrstevnaté osobnosti Vladimíra Kubeše je třeba především zdůraznit, že patřil k nejvýznamnějším osobnostem druhé generace Brněnské normativní právní školy. Byl nejen vynikajícím právníkem, ale i zkušeným pedagogem a zapáleným vědcem. Jeho vědecké dílo z poválečného období se stalo více známým v zahraničí než doma, což ale nijak nesnižuje jeho hodnotu pro českou právní vědu. Ve vztahu k Brněnské normativní právní škole je třeba vyzvednout, že Kubeš svými pracemi tvořivě rozvíjel její základní noetická východiska, aniž by je zpochybnil, zároveň ale rozšířil její témata i za Weyrem vytýčené noetické hranice.

I přes nepřízeň osudu si Kubeš zachoval po celý svůj život velkou vědeckou pracovitost a poctivost. Prosažoval a sám také vždy dodržoval zásadu, že vědecká práce musí být vykonávána systematicky a intenzivně, neboť věda vyžaduje práci a zase práci a každodenní dril, jinak zůstává jen na povrchu. Na jeho osobnosti je třeba také ocenit jeho nezdolný optimismus a optimistický postoj ke světu, tak se lišící od pesimistického postoje Arthura Schopenhauera a samotného Františka Weyra. Podle Kubeše jen optimistický postoj ke světu představuje smysluplný předpoklad filosofie, každé vě-

dy a konkrétního života každého člověka. Bez optimismu je vědecká činnost protismyslná.³⁴

Summary

There is an important jubilee of this year - centenary birth anniversary of Vladimír Kubeš, outstanding Czech legal philosopher, jurist and educationist. He belonged to the most significant representatives of the second generation of Brno normative legal school. Despite of his impossibility follow his scientific work professionally after the year 1948 he contributed to Czech jurisprudence in several fields: civil law, theory of law, philosophy of law, sociology of law and evolution of legal thinking. He came to be well-known also abroad, mainly in Austria. Kubeš's work exceeded framework of legal normativism towards ontological, noetic and axiological issues of law.

* prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc., Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno

¹ Weyr, F. Paměti 3. Za okupace a po ní (1939-1951). Brno: Atlantis, 2004, s. 209-210.

² Kubeš, V. ...a chtěl bych to všechno znovu. Brno: MU, 1994, 194 s.

³ Srov. k tomu opus cit. sub 1), s. 209.

⁴ Opus cit. sub 2), s. 13.

⁵ Viz k tomu podrobněji monografická práce Večeřa, M. František Weyr. Brno: MU, 2001, s. 73 an.

⁶ Celkový přehled vědecké literární činnosti lze nalézt v právnickém sešitě č. 40: Boháčková, R. Život a dílo profesora Kubeše. Brno: MU, 1993, s. 24-30.

⁷ Viz zejména jeho práce Právní filosofie XX. století (Brno, 1947, 163 s.) a dvojdílné Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu (Brno: MU, 1995, oba díly celkem 742 s.).

⁸ Kubeš V. Právní filosofie XX. století. Brno: MU, 2. vydání, 1992, s. 5. Tutéž myšlenku zopakoval i ve své pozdější autobiografické práci „...a chtěl bych to všechno znovu“.

⁹ U Kelsena to byl především novokantovský směr marburský a zvláště jeho představitel Hermann Cohen, u Weyra pak novokantovské pojetí kritické filosofie v učení Arthura Schopenhauera.

¹⁰ Weyr, F. Úvod do studia právnického. Normativní teorie. Brno: MU, 2. vydání, 1994, s. 12 an.

¹¹ Bulín, H. Brněnská normativní škola právní. Normativní teorie. In Brněnská věda a umění meziválečného období (1918-1939) v evropském kontextu. Sborník z konference. Brno: MU, 1993, s. 139.

¹² Viz název práce Weinberger, O., Kubeš, V. (eds.). Brněnská škola právní teorie. Praha: Karolinum, 2003.

¹³ Viz práce Kelsen, H. Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy. Brno-Praha: Orbis, 1933, 55 s.

¹⁴ Opus cit. sub 1), s. 103 a 123.

¹⁵ Bulínova životní a pracovní cesta (1908-1996) byla méně dramatická. Po obnovení brněnské právnické fakulty byl také v roce 1945 jmenován jejím řádným profesorem pro civilní právo procesní. Po zrušení právnické fakulty MU pracoval Bulín jako vědecký pracovník Slovanského ústavu ČSAV. Podílel se rovněž na obnovení brněnské právnické fakulty v roce 1969, krátce na ní vyučoval externě a na čas se pak na ni vrátil ještě začátkem 90. let.

¹⁶ Weinberger, O., Kubeš, V. (eds.). Brněnská škola právní teorie. Praha: Karolinum, 2003, s. 26-28.

¹⁷ Patří sem zejména Kubešovy monografie: Příspěvek k nauce o žalobách z bezdůvodného obohacení (1931), Smlouvy proti dobrým mravům (1933) a Nemožnost plnění a právní norma (1938).

¹⁸ Kubeš, V. Smlouvy proti dobrým mravům. Brno-Praha: Orbis, 1933, s. 42-43.

¹⁹ Tamtéž, s. 18.

²⁰ Tamtéž, s. 44 an.

²¹ Tamtéž, s. 52.

²² Kubeš, V. Problém práva. Sociologická revue, 1936, roč. 7, s. 181.

²³ Čermák, V. O podstatě práva. Praha: Orbis, 1940. Čermák v této práci na 306 stranách polemizuje s názory Františka Weyra, kterého ale zároveň v předmluvě označuje *Platonem české právní filosofie*.

²⁴ Kubeš, V. O tak zvané podstatě práva. Časopis pro právní a státní vědu, 1941, roč. 24, s. 15.

²⁵ Opus cit. sub 8), s. 6 an.

²⁶ Kubeš, V. Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu. Díl první. Brno: MU, 1995, s. 9.

²⁷ Kubeš, V. Právní sociologie. Nepublikovaný rukopis, s. 7-8.

²⁸ Viz Kubeš, V. Kapitoly z právní sociologie. (Výběr z Kubešovy rukopisné pozůstalosti „Právní sociologie“). Brno: MU, 1991, s. 25 an.

²⁹ Kallab, J. Právo a politika. Vědecká ročenka Právnické fakulty MU v Brně, roč. XII., 1933. Přetištěno: In Weinberger, O., Kubeš, V. (eds.). Brněnská škola právní teorie. Praha: Karolinum, 2003, s. 224.

³⁰ Weyr, F. Základy filosofie právní. Brno: A. Píša, 1920, s. 35.

³¹ Kubeš, V. O novou ústavu. Praha: Melantrich, 1948, s. 19.

³² Kubeš, V. Filosofický základ nové ústavy. In Vědecká ročenka Masarykovy university. Brno: MU, 1947, s. 90 an.

³³ Kubeš, V. Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu. Díl druhý. Brno: MU, 1995, s. 372 an.

³⁴ Opus cit. sub 2), s. 188-189.

Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému

Naděžda Rozehnalová*

I. Úvod

Rozhodčí řízení je obecně vnímáno jako plnohodnotná alternativa řízení soudního tam, kde je dána tzv. arbitrabilita sporu¹. Zejména v oblasti mezinárodního styku je doporučováno k využití ať již pro možnou slabší vazbu k území státu, kde se koná řízení, nebo pro širokou možnost dosáhnout uznání a výkonu rozhodčího nálezu². O uvedené plnohodnotnosti rozhoduje řada faktorů. V naší stati bychom se zaměřili na analýzu a vzájemné vazby dvou z nich – *principu pravomoc-pravomoc a principu autonomie smlouvy rozhodčí na smlouvě hlavní*. Jejich pojetí a vzájemné vazby na jedné straně, spolu s pravomocemi (včetně kontrolních) soudů obecných na straně druhé³ nesporně rozhodují o tom, zda lze nahlížet na rozhodčí řízení ve vztahu k řízení před soudy obecnými jako na samostatný proces, nebo naopak na subsidiární řízení. A současně také pro to, zda je schopno rozhodčí řízení plnit své funkce, nebo naopak předčasně zabředne do návrhů stran a následných zásahů ze strany soudů obecných. Oba principy, zdánlivě rozdílné ve svých důsledcích, by měly plnit společný cíl: garantovat výkon dohody stran řešit spor v rozhodčím řízení, zabránit možné obstrukci jedné ze stran ničící hodnoty⁴ rozhodčího řízení a to při současné garanci práva na spravedlivý proces. Měly by rovněž zabránit bludnému kruhu, ke kterému by jinak mohlo dojít – tj. řešit zdlouhavě před soudem obecným to, zda může být rozhodováno v konkrétním případě v řízení rozhodčím.

Alokace pravomocí mezi soud a rozhodce je citlivá především u prvé z otázek - u pravomoci rozhodovat o své pravomoci. A to ať pro nedostatek objektivní arbitrability sporu, nebo např. pro neexistenci či neplatnost rozhodčí smlouvy z jiného důvodu než je nearbitrabilita sporu, určení jiného sudiště, nejmenování určité osoby jako rozhodce atd.

Otázkou, kterou se chceme zabývat, je analýza problematiky rozhodování rozhodců o jejich pravomoci, vazba této otázky na rozhodování soudů obecných a vazba na problematiku tzv. separace smlouvy rozhodčí na smlouvě hlavní. Tato analýza v propojení na exkurs do vybraných⁵ národních úprav nám pomůže vyhodnotit význam zakotvení obou principů do právní úpravy a ukázat případné problematické stránky stávající české úpravy.

Cílem studie je objasnit, jak jsou tyto vztahy řešeny a jaký význam má určitý způsob jejich legislativního uchopení pro plnění funkcí rozhodčího řízení. Provedena bude jednak obecně teoretická analýza problému a analýza české úpravy, jednak bychom ukázali vývojové trendy obsažené ve Vzorovém zákonu UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži a jeho případné odrazy ve vybraných právních úpravách.

Ještě jednu poznámku je nutné učinit. Zejména čtenáři, který se neorientuje zcela ve vztahu rozhodčího a soudního řízení, je vhodné upozornit na některé aspekty tohoto vztahu tam, kde se střetávají oba subjekty v otázce vyhodnocení své pravomoci. Vazby soudu obecného a rozhodčího soudnictví, které budeme zkoumat zejména u principu pravomoc-pravomoc, mají různé reflexy v závislosti na tom, ve které časové fázi rozhodčího řízení se nacházíme a jaký úkon byl učiněn, resp. vůči komu směřoval. Je nutné potom rozlišit situace:

- zahájení řízení u soudu obecného tam, kde existuje platná rozhodčí smlouva, a následná námitka existence rozhodčí smlouvy a popření pravomoci soudů obecných,
- zahájení řízení u rozhodčího soudu a námitka neplatnosti či neexistence rozhodčí smlouvy, resp. neexistence pravomoci konkrétních rozhodců bez toho, že by strana podala návrh k soudu obecnému,
- ukončení rozhodčího řízení vydáním rozhodčího nálezu a možnosti soudu obecného na námitku strany zkoumat platnost či existenci rozhodčí smlouvy, resp. pravomoc rozhodců.

Pro prvou situaci se vžil také pojem „vykonatelnost rozhodčí smlouvy“⁶ odrážející postoj konkrétní právní úpravy k rozhodčímu soudnictví, zejména potom respektování existence platné rozhodčí smlouvy soudy obecnými. Nicméně tento případ souvisí i s naší problematikou pravomoci rozhodců a to v jejich negativních účincích⁷. Třetí situace, která rovněž souvisí se zkoumanou otázkou, jsou zásahy soudů obecných v podobě zrušení rozhodčího nálezu, odepření výkonu či odepření uznání. V tomto případě se však již jedná o zpětné hodnocení správnosti či nesprávnosti posouzení námitky rozhodci.

Jádro námi zkoumané problematiky tvoří situace uvedená na druhém místě. Nicméně není možné opomenout ani ostatní situace a s nimi související otázky.

II. „Pravomoc – pravomoc“ - pravomoc rozhodovat o své pravomoci⁸

Výše uvedená slovní hříčka, snad i lépe znějící v jiných jazycích (*competence-competence*, *Kompetenz-Kompetenz*⁹, *compétence-compétence*), je obecně vnímána v moderním mezinárodním rozhodčím řízení jako vyjádření toho, že „rozhodce má pravomoc rozhodovat o své pravomoci“. Zdánlivě jednoduché konstatování v sobě skrývá řadu otázek. Lze se ptát na zdroj pravomoci rozhodce¹⁰; na vazbu na soudy obecné v tom smyslu, zda se jedná o konečné rozhodnutí rozhodce, nebo toto rozhodnutí je jen časově předřazeno uplatnění možných kontrolních pravomocí soudu obecného; zda v případě rozhodování rozhodců jsou soudy povinny se zdržet rozhodování byť by jedna ze stran podala návrh na soud obecný; lze zvažovat, zda rozhodce může rozhodnout jen kladně, ale i záporně, a zda oba typy rozhodnutí jsou přezkoumatelné atd. Do odpovědi na tyto či další otázky se může promítnout i sdílená doktrína zabývající se povahou rozhodčího řízení¹¹.

Přijetí právní fikce existence pravomoci rozhodců rozhodnout o své pravomoci, a to i přes námitku neexistence či neplatnosti rozhodčí smlouvy, zakotvené v právní normě, která je součástí legis arbitri, napomáhá překonat možný bludný kruh, kam by se rozhodčí řízení mohlo dostat. Toto lze považovat za jeden z argumentů svědčících proti široce zastávané smluvní doktríně¹².

Trendy jsou v současné úpravě vyjádřeny zejména Vzorovým zákonem UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži (dále jen Vzorový zákon UNCITRAL)¹³. Nicméně i jeho úprava této otázky není zcela zřetelná a může přinést problémy. V základní rovině, tj. v otázce sdílení toho, že rozhodci rozhodují o své pravomoci se právní řády shodují, v dílčích aspektech již jednotné nejsou. Je třeba si také ukázat, jaký vliv mají na plnění funkcí rozhodčího řízení právě tyto dílčí aspekty.

Princip pravomoci rozhodců rozhodovat o své pravomoci je považován za projev *pozitivního účinku* rozhodčí smlouvy¹⁴. O tomto účinku, resp. jeho projevech, nejsou vedeny v moderním rozhodčím řízení žádné zásadní diskuse. Výslovně je upraven jak v mezinárodních úmluvách¹⁵, Vzorovém zákonu UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži¹⁶, národních úpravách i pravidlech či řádech rozhodčích institucí. Určité korekce má tam, kde dochází k zahájení řízení u soudů obecných i přes existenci rozhodčí smlouvy.

Princip odráží rovněž *účinek negativní* – soudy nemají pravomoc zasáhnout do rozhodování rozhodců o této otázce. Právě pojetí negativního účinku se v jed-

notlivých úpravách liší. Současně i v závislosti na různých fázích a v závislosti na tom, kam je podán návrh na zahájení řízení (zda u soudu obecného nebo rozhodců) se setkáváme s různými variantami úpravy – od plného přezkumu rozhodnutí rozhodců soudem obecným¹⁷ bezprostředně po rozhodování rozhodců a na žádost strany až k respektování přednostního rozhodování rozhodců o své pravomoci a posunu přezkumu až do fáze rozhodování o zrušení či výkonu rozhodčího nálezu¹⁸. Každá z variant má své výhody – od úspory zbytečného vedení procesu tam, kde existuje vážná hrozba budoucího zrušení nálezu, až naopak k ušetření rozhodčího řízení obstrukcí ze strany jednoho z účastníků řízení. Nicméně krajní řešení v této otázce generují vedle zásadní výhody také zásadní nevýhodu. Proto se objevují na úrovni legislativních úprav i hybridní řešení¹⁹, která se snaží vybalancovat pozici mezi oběma uvedenými krajními řešeními. Úzce s tímto problémem souvisí, resp. je i součástí jednotlivých řešení, otázka litispendence mezi rozhodci a soudy obecnými či situace pokračování v projednávání sporu. A to v různých situacích – při návrhu stran podaném na rozdílné subjekty, při odvolání se proti rozhodnutí rozhodců atd.

Jaké důsledky má přijetí principu pravomoci? I když je protistranou uplatněna námitka neplatnosti či neexistence rozhodčí smlouvy a v důsledku toho neexistence pravomoci rozhodců, mohou sami rozhodci o této otázce rozhodnout. I v případě, kdy by řízení bylo zahájeno u soudu obecného, druhá strana uplatnila námitku existence rozhodčí smlouvy a strana druhá namítla právě neexistenci či neplatnost rozhodčí smlouvy, musí soud obecný respektovat námitku existence rozhodčí smlouvy a řízení zastavit. Výjimky k tomuto pravidlu nicméně existují (tam kde soud dojde k závěru, že rozhodčí smlouva neexistuje nebo je neplatná) a budeme o nich dále hovořit. I když je důsledek principu nejzřejmější u námi zmíněných námitek, může dopadat i na jiné otázky jako je námitka týkající se nominace rozhodce, nezpůsobilosti rozhodce atd. Tyto další problémy bychom však vynechali z obecných úvah, protože jejich konkrétní řešení pokud jde o vztah k soudům obecným se může v detailech lišit.

Rozhodci mají pravidelně oprávnění rozhodnout jak kladně (tj. o platnosti či existenci smlouvy a založení pravomoci konkrétního rozhodce či rozhodčího soudu), tak i negativně (tzn. že nemají pravomoc k rozhodování sporu v rozhodčím řízení vůbec, příp. není daný rozhodce či rozhodčí senát příslušný). Zatímco v případě, kdy rozhodnou kladně o své pravomoci, je jejich rozhodnutí možné zvrátit právě u soudu obecného (být v různých etapách řízení), ve druhém případě je pravidelně pojato v právních úpravách jako konečné a nepřezkoumatelné.

Jaký je základ této pravomoci? Je jí rozhodčí smlouva sama nebo konkrétní národní či mezinárodní právní úprava? I zastánci doktríny smluvní se zde obracejí na právní řád státu s tím, že zaujmутí pozice, že základem

je rozhodčí smlouva, by vedlo k bludnému kruhu úvah začínajících u povahy námitky a končících u samotné podstaty smluvní doktríny²⁰. Pro doktrínu jurisdikční či smíšenou je pozice jednoznačná. Zastánci doktríny autonomní se k této otázce – alespoň dle zdrojů, které jsme měli k datu sepsání článku k dispozici – přímo nevyjadřují.

Jaký je věcný dosah této pravomoci? Je možné zkoumat arbitrabilitu, tj. přípustnost sporu k řešení před rozhodci, anebo pouze ostatní otázky bez arbitrability jako je tvrzená neexistence smlouvy či neplatnost z dalších důvodů? Samozřejmě, záleží na konkrétní právní úpravě, zda neomezí rozsah zkoumání této otázky. Nicméně obecné vnímání a úpravy mezinárodní či vzorové neomezují pravomoc rozhodce v tomto směru, tedy ani u otázky arbitrability.

Jak bylo naznačeno výše, neliší se základní projevy principu pravomoci rozhodců, liší se obsah tzv. negativního účinku. Lze si položit řadu otázek. Například jaká je vazba tohoto rozhodnutí rozhodců (ať již v usnesení nebo v rozhodčím nálezů) vůči pravomocem soudů obecných? Je toto rozhodnutí pro soudy závazné a definitivní? V tomto případě – a pokusíme se to ukázat i na srovnání některých právní úprav – nelze vnímat oprávnění rozhodců jako absolutní a nepřezkoumatelné. Základem koncepce, jak je vyjádřena v určitém transnacionálním vnímání, není ponechat rozhodce jako jedině a výlučně posuzovatele své pravomoci. To v žádném případě. Smyslem je ponechat jim prvotní rozhodování o této otázce a tím umožnit realizaci rozhodčího řízení. To, co se zdá být společné je, že soudy obecné nejsou vyloučeny z rozhodování o pravomoci a nejsou vázány kladným názorem rozhodců o jejich pravomoci. To, co naopak se jeví rozdílným je, kdy je dán tento okamžik. Zda je jen posunut na pozdější fázi a tato otázka je ponechána na vůli strany, která by chtěla navrhnout zrušení či uplatnit důvod pro odepření výkonu či uznání a výkonu. Nebo existují i dřívější okamžiky, kdy se může strana, která nesouhlasí s názorem rozhodců, obrátit na soud?

Zajímavou otázku představuje rovněž možná litispendence ve vztahu mezi soudy obecnými a rozhodci, tj. problém, zda pokud jedná soud obecný o pravomoci, může dále probíhat rozhodčí řízení. K této otázce se průběžně vrátíme v souvislosti s úpravou v některých státech. O této problematice jednala i konference ILC v roce 2006²¹. Poměrně zajímavý přehled jednotlivých úprav této otázky s komentářem obsahuje práce Foucharda, Gaillarda a Goldmana²².

Zmínit je třeba také to, a vrátíme se k této otázce u jednotlivých úprav, že soud obecný zkoumá námitku existence rozhodčí smlouvy na námitku strany. Naopak rozhodci obvykle jsou povinni zkoumat svou pravomoc (příslušnost) i bez námitky neexistence či neplatnosti rozhodčí smlouvy.

Výstižně hovoří například Rubino-Sammartano o tom, že princip pravomoci rozhodců je principem

chronologické přednosti²³. Přijetí tohoto principu neznámá vyloučení pravomoci soudu rozhodnout o platnosti rozhodčí smlouvy a tím o pravomoci rozhodců, ale časový posun této pravomoci soudu. Nicméně ani toto tvrzení není absolutní. Zvláštní pozici představuje případ, kdy je i přes existenci rozhodčí smlouvy podán návrh na soud obecný.

V následujících rozborech se zaměříme na následující otázky: jsou uznány pozitivní i negativní projevy existující rozhodčí smlouvy, je rozhodnutí pro soud závazné, ve kterém okamžiku a pomocí jakých institutů mohou soudy obecné zasáhnout do rozhodování či rozhodnutí o pravomoci. Pohybovat se budeme na úrovni mezinárodní smlouvy, Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži a vybraných národních úprav včetně úpravy české.

Pokud jde o **Newyorskou úmluvu o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů**, do naší problematiky částečně zasahuje článek II. Zejména ve svém odst. 3 obsahuje závazek pro soudy smluvních států, respektovat pravomoc rozhodců s výjimkou případů, kdy by zjistil, že dohoda je neplatná, neúčinná nebo nezpůsobilá k užití.

Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži. Základ vztahu mezi rozhodcem a soudem obecným tvoří články V a VI. Doktrína pravomoci je obsažena ve své pozitivní podobě v článku V odst. 3 věta za středníkem. Ze znění tohoto odstavce lze dedukovat:

- rozhodce je oprávněn rozhodnout o své vlastní příslušnosti (příklad v zákoně), jakož i o existenci nebo platnosti rozhodčí smlouvy či smlouvy, jejíž je součástí,
- předpokládá se možný pozdější soudní přezkum tohoto rozhodnutí rozhodce, a
- tento přezkum je upraven právem projednávajícího soudu (legis fori).

Tato formulace vede spíše k závěru o uplatnění přezkumu pozdějšího, tj. uplatnění v rámci kontrolních funkcí soudu obecného jako je například zrušení rozhodčího nálezů. Toto stanovisko podporuje i další dotčený článek VI odst. 3 (soudy odloží rozhodnutí o platnosti rozhodčí smlouvy v případě, že bylo nejprve vyvoláno rozhodčí řízení, až do doby vydání rozhodčího nálezů – pokud tomu nebrání vážné důvody), který považuje rozhodnutí před vydáním rozhodčího nálezů za spíše výjimku. Evropská úmluva reaguje dále na situaci, kdy je řízení před soudem obecným zahájeno dříve (článek VI odst. 1). Neupravuje situaci, kdy by rozhodci potvrdili svou pravomoc a strana by se mohla obrátit na soud obecný s návrhem na přezkoumání jejich rozhodnutí.

Vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži²⁴ (dále jen Vzorový zákon) obsahuje

řešení pravomoci rozhodců v článku 16. Význam pro posuzování této otázky mají dále články 5 a 8. V článku 5 je uvedeno, že žádný soud nemůže zasahovat do otázek upravených vzorovým zákonem s výjimkou případů, kdy takto stanoví tento zákon. Touto úpravou, dle našeho názoru velmi potřebnou a chybějící v české úpravě ZRR, jsou jasně vymezeny zásahy soudu omezující se jen na úpravu výslovně uvedenou v zákoně. Pokud jde o články 8 a 16, reagují na daný problém z rozdílných pozicí: jednak z pozice soudu, u něhož je zahájeno řízení i přes existenci rozhodčí smlouvy (článek 8) a z pozice rozhodčího senátu, v jehož případě jsou uplatněny námitky týkající se jeho pravomoci (článek 16). Článek 16 je považován za jeden z pilířů Vzorového zákona. Jeho převzetí je považováno za jeden z faktorů ovlivňujících konstatování, zda je národní úprava harmonizována či ne²⁵.

Z článku 16 vyplývá:

- právo rozhodců rozhodovat o své pravomoci (odst. 1),
- námitka musí být vznesena nejpozději s podáním žalobní odpovědi, senát může připustit i pozdější námitku, je-li to omluvitelné (odst. 2),
- o námitce může být rozhodnuto buďto jako o předběžné otázce nebo v rozhodčím nález. Pokud je rozhodnuto jako o předběžné otázce a to kladně,²⁶ každá ze stran může požádat během třiceti dnů od přijetí oznámení o takovém rozhodnutí soud uvedený v článku 6, aby o této záležitosti rozhodl. Proti tomuto rozhodnutí se nelze odvolat. V mezidobí může rozhodčí senát pokračovat v řízení a vydat rozhodčí nález.

Vzorový zákon umožňuje rozhodovat rozhodcům o své pravomoci. To, co neumožňuje, je podat přímo návrh k soudu obecnému na určení neplatnosti či neexistence rozhodčí smlouvy. V této pozici musí nejprve rozhodnout rozhodce a teprve po jeho rozhodnutí je možné se případně obrátit na soud obecný. To však současně nebrání rozhodcům v tom, aby dále vedli řízení.

Článek 8 upravuje případ, kdy je žaloba podána na soud obecný v případě, kdy existuje rozhodčí smlouva²⁷. Vzorový zákon zvolil pro svou úpravu pravomoci rozhodců v tomto případě určitý kompromis, kterým se snaží zabránit obstrukcím v rozhodčím řízení na jedné straně a současně zamezit zbytečnému řízení tam, kde by mohlo dojít v budoucnu ke zrušení rozhodčího nálezu. V daném případě soud odkáže na námitku strany na rozhodčí řízení, ledaže by zjistil, že smlouva je neplatná, neúčinná nebo nevykonatelná. Zdánlivě bezproblémová konstrukce má v sobě zabudován základní problém – jaké znaky má situace v případě, kdy soud přezkoumává rozhodčí smlouvu na rozdíl od situace, kdy naopak přímo odkáže strany na rozhodčí řízení? Diskuse, která je v tomto směru vedena, směřuje k otázce, zda má soud v tomto případě vždy přezkoumat roz-

hodčí smlouvu, nebo má spíše přímo odkázat na rozhodčí řízení s odkazem na to, že existuje přiměřená pravděpodobnost existence rozhodčí smlouvy²⁸. Samo ustanovení zde nedává žádný další návod a je nutné se obrátit k dalším interpretačním možnostem pro zjištění, jak s ním nakládat. Smysl vyjasnění významu je i v tom, že obdobný problém existuje na úrovni řady národních úprav, které mají za vzor právě tuto normu.

Zmírnění důsledku obsahuje odst. 2. Dle něj je možné zahájit i řízení rozhodčí, nebo v tomto řízení pokračovat.

Historie vzniku článku 8 ukazuje na možnost přístupů a rozsahu pravomoci. V průběhu se objevily návrhy od zavedení zvláštní kontroly pravomoci soudem až po zesílení situace, kdy mohou soudy obecné rozhodovat o platnosti rozhodčí smlouvy. Článek 8 patří k těm ustanovením, které reagují jednak na samostatnost rozhodčího řízení tak, jak se vyvinula v průběhu dvacátého století, jednak se snaží vhodným způsobem kombinovat pravomoci obou orgánů tam, kde může dojít k jejich střetu²⁹.

Francouzská úprava³⁰ je dávana jako příklad úpravy, která striktně respektuje negativní účinky principu. Je skutečností, že jak pro oblast domácí, tak i mezinárodní arbitráže uznává tento princip jak ve formě účinků pozitivních, tak i negativních³¹. Princip s jeho pozitivními účinky je obsažen v článku 1466 pro domácí rozhodčí řízení. Pro mezinárodní rozhodčí řízení sice není výslovně uveden, nicméně neexistuje pochybnost o působnosti této zásady i v tomto řízení. Pokud jde o negativní účinky novela v článku 1458 zavazuje soud, pokud by řízení bylo zahájeno i při existenci rozhodčí smlouvy u soudu obecného, odmítnout rozhodování s výjimkou případu, kdy by smlouva byla **zjevně** neplatná nebo neexistující. Soud nemůže rozhodnout o nedostatku své pravomoci *ex offio*. Pokud jde o otázku zrušení rozhodčího nálezu, článek 1484 uvádí samozřejmě jako důvod pro zrušení neexistence nebo neplatnost rozhodčí smlouvy³². Francouzská úprava neumožňuje samostatné zásahy v průběhu řízení.

Německá úprava³³, která prošla rozsáhlou novelou, byla silně inspirována řešením ve Vzorovém zákoně. V námi sledované otázce se hlásí k principu *Kompetenz-Kompetenz* v tom pojetí, jak je dnes vnímán mezinárodně, a snaží se podobně jako anglická úprava „pohybovat“ mezi oběma naznačenými krajními řešeními. Jednotlivé aspekty problému jsou obsaženy v:

- § 1032 odst. 1 ZPO – řeší se zde vztah rozhodčí smlouvy a žaloby před soudem obecným. Soud žalobu zamítne na námitku žalovaného uplatněnou před zahájením ústního jednání ve věci samé. Výjimkou je situace, kdy soud obecný dojde k závěru, že rozhodčí smlouva neexistuje, je neplatná nebo neproveditelná.

- § 1032 odst. 2 - dle tohoto odstavce může být až do sestavení senátu podán na soud obecný návrh na posouzení přípustnosti rozhodčího řízení (rovněž § 1062 odst. 1 číslo 2 ZPO). Mezitím však může být dle odst. 3 zahájeno řízení nebo v něm pokračováno a vydán rozhodčí nález.
- samotná úprava pravomoci je obsažena v článku 1040 ZPO. Dle něj mají rozhodci pravomoc rozhodovat o své pravomoci. Pokud je rozhodnuto, že rozhodci nemají pravomoc, je toto rozhodnutí konečné. Rozhodnou-li o své pravomoci, lze se proti rozhodnutí po doručení rozhodnutí do jednoho měsíce odvolat k soudu obecnému. Mezitím může prohibovat rozhodčí řízení a být vydán rozhodčí nález.
- samozřejmě zde zůstává poslední možnost, tj. návrh na zrušení rozhodčího nálezu dle § 1059 ZPO.

Úprava v Anglii a Walesu³⁴ je rovněž postavena na Vzporovém zákoně³⁵, nicméně se od ní odchyluje více než předchozí německá úprava. Úprava se snaží vyrovnat obě krajní pozice u negativních účinků principu a dává stranám i více možností obrátit se na soud. Tento zákon ještě výrazněji rozlišuje mezi situacemi, kdy strany zahájily rozhodčí řízení a kdy nikoli. Význam má také to, zda daná norma spadá do kategorie kogentních norem či nikoli (mandatory or non-mandatory)³⁶.

Základ je dán v článku 30, kde je uvedena zásada competence-competence ve své pozitivní podobě. Nicméně na základě článku 32 má soud pravomoc rozhodnout o některých předběžných procesních otázkách (tzv. preliminary points), a to na návrh strany nebo obou stran. V souladu s článkem 67 může být rozhodnutí předmětem zkoumání soudu obecného. Strana může ztratit toto právo (viz článek 73) nebo toto právo jí může být omezeno (viz článek 70 odst. 2 a 3). Jiná je pozice tam, kde strany nevstoupily doposud do rozhodčího řízení. Článek 72 upravuje možnost přímo požádat soud o rozhodnutí otázky týkající se platnosti smlouvy, konstituování senátu nebo toho, zda věc spadá pod rozhodčí smlouvu, a to s účinky *res iudicatae*³⁷. Tuto možnost ztrácejí nebo nemají strany tam, kde vstoupí do rozhodčího řízení.

Rozhodčí řízení je **v USA na federální úrovni** upraveno federálním zákonem o rozhodčím řízení³⁸ doplněným v důsledku ratifikace Newyorské úmluvy v roce 1970. Vedle toho existuje řada národních úprav³⁹. Kolize mezi nimi se řeší v závislosti na předmětu úpravy: je-li předmětem úpravy mezinárodní nebo mezistátní vztah, je dána působnost federálnímu zákonu⁴⁰. Zákon je interpretován spíše ve prospěch pravomoci soudů řešit otázky týkající se arbitrability sporu. Z ustanovení §§ 3 a 4 zákona je vyvozována jednak povinnost soudů zastavit na návrh strany řízení tam, kde existuje rozhodčí smlouva (§ 3), jednak že soud určuje pravomoc rozhodců založenou rozhodčí smlouvou (§ 4)⁴¹. Nicméně existence nejméně čtyř doktrinárních přístupů

výrazně ovlivnila a v podstatě erodovala pravomoc soudů⁴².

Stanoviska pro situaci v rámci **právní úpravy USA**⁴³ se opírají pravidelně o dva precedenční případy: *First Options v. Kaplan*⁴⁴ z roku 1995 a *Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.*⁴⁵ z roku 2002. Literatura uvádí, že i když se jednalo o domácí rozhodčí řízení, aplikují se tato rozhodnutí i na řízení s mezinárodním prvkem⁴⁶.

Z prvního případu je dovozováno, že otázku existence či platnosti rozhodčí smlouvy by měl v případě námitek rozhodovat obecný soud. Nicméně – a tento závěr je také vyvozován – otázka toho, zda rozhodci mají rozhodovat o své pravomoci, je otázkou interpretace vůle stran, tj. zda si toto přejí⁴⁷. Tímto se vlastně sporné případy rozpadají do dvou skupin v závislosti na typu námítky. Současně literatura upozorňuje na to, že soudy aplikují závěry z tohoto případu rozdílně pokud jde o vyjádření stran směrem k podřízení se rozhodčímu řízení⁴⁸. Ze druhého případu je vyvozován dále závěr, že určité otázky, jako je např. časová limitace nebo vzdání se nároku, naopak rozhodují rozhodci. Obě precedenční rozhodnutí se týkají domácího rozhodčího řízení. Nicméně ani pro oblast mezinárodního rozhodčího řízení v režimu Newyorské úmluvy (převzata do United States Arbitration Act v roce 1970) neuvádí zmíněná literatura jiný závěr než je ten, že negativní účinky doktríny zde obecně nenastávají a jejich nastoupení je otázkou konkrétního posouzení případu.

Úprava v České republice, která se ve své důvodové zprávě hlásila ke Vzporovému zákonu, se v této otázce od jeho řešení odchyluje pokud jde o možné zásahy soudu obecného. Základ konceptu je dán v ustanovení § 15 odst. 1 zákona o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (dále jen ZRR). V tomto smyslu jsou potvrzeny pozitivní účinky tohoto principu. Rozhodci mají pravomoc rozhodnout o své pravomoci. A to jak na námitku strany, tak mají sami povinnost zkoumat svou pravomoc. K negativním účinkům přistupuje ZRR odchýlně od Vzporového zákona a přibližuje se řešení uvedenému ve francouzské úpravě. Konkrétně:

- tzv. v úvodu vymezená první situace, kdy je podán návrh k soudu obecnému, je upravena v § 106 OSŘ. V souladu s ním „soud řízení zastaví, jestliže k námitce žalovaného uplatněné nejpozději při jeho prvním úkonu ve věci samé zjistí, že věc má být dle smlouvy projednána v řízení před rozhodci.“ Tato situace však není absolutní. Věc před soudem obecným lze projednat, pokud účastníci prohlásí, že na rozhodčí smlouvě netrvají. Tímto je i pro tuto fázi potvrzen primát autonomie vůle stran. Rovněž však soud věc projedná i tehdy, kdy zjistí, že „věc nemůže být podle práva České republiky podrobena rozhodčí smlouvě, nebo že rozhodčí smlouva je neplatná, popřípadě že vůbec neexistuje nebo že její projednání v řízení před rozhodci přesahuje rámec pra-

vomoci přiznané jim smlouvou, anebo že rozhodčí soud odmítl věci se zabývat“. Z odstavce třetího současně vyplývá, že jednání o neexistenci, neplatnosti či zániku smlouvy nelze projednávat před soudem obecným (a ten řízení přeruší) v případě, kdy bylo řízení před rozhodci zahájeno dříve než došlo k řízení soudním. A to do doby, než bude v rozhodčím řízení rozhodnuto o pravomoci nebo ve věci samé. Tímto je i pro tuto situaci potvrzena časová priorita rozhodování rozhodců o své pravomoci. Jen tam, kde nedošlo k zahájení rozhodčího řízení před řízením soudním je možné, aby se soud obecný zabýval možnou pravomocí rozhodců.

- tzv. druhá situace, to je případ, kdy je zahájeno řízení před rozhodci a tam je uplatněna námitka nedostatku pravomoci (příslušnosti), je obsažena v již zmíněném § 15 odst. 1 ZRŘ. V souladu s ním jsou to rozhodci, kteří jsou oprávněni rozhodovat o své pravomoci sami. Řády stálých rozhodčích institucí mohou v daném případě dělit tuto pravomoc⁴⁹.
- v úvodu článku vymezená třetí situace platí v případě, kdy by rozhodci rozhodli kladně o tom, že je dána jejich pravomoc (příslušnost). Není možné, až do vydání rozhodčího nálezu napadnout toto rozhodnutí. A to i kdyby rozhodli samostatným aktem. Důvodem je jednak skutečnost, že rozhodci v tomto případě rozhodují usnesením, které není možné napadnout prostředky známými ZRŘ. Jednak i ten fakt, že ZRŘ upravuje zásahy soudu až po vydání rozhodčího nálezu a jen proti rozhodčímu nálezu (viz § 31). Komentáře k tomuto ustanovení potvrzují primát autonomie vůle stran (stejně jako v odst. 1)⁵⁰.

Pokud jde o základní přístup české úpravy je nutné konstatovat, že sleduje současné trendy rozhodčího práva pokud jde o pozitivní účinky principu pravomoci. K zamyšlení jsou spíše otázky týkající se negativního účinku tohoto principu. Prvá úvaha se týká možnosti přezkumu rozhodnutí rozhodců o pravomoci (kladné rozhodnutí) tak, jak toto upravuje Vzorový zákon UNCITRAL. Důvod je ryze pragmatický – zbytečné vynakládání nákladů tam, kde by došlo následně ke zrušení rozhodčího nálezu.

Další otázkou k zamyšlení je úprava v § 106 OSŘ v případech, kdy může soudce rozhodnout o platnosti či neplatnosti rozhodčí smlouvy. V podstatě se zde objevují tytéž otázky, o kterých jsme hovořili u Vzorového zákona UNCITRAL. Kde je dána míra povinnosti soudce zkoumat otázku platnosti či existence rozhodčí smlouvy? Zda spíše tuto otázku měřit primátem principu pravomoci (a tudíž zkoumat tyto otázky tam, kde je zřetelný, nepřehlédnutelný problém v existenci či platnosti rozhodčí smlouvy), nebo v zájmu dále nenarušovaného řízení vzít do úvahy prozkoumání všech aspektů uplatněné námítky? Otázkou potom je, zda tento typ formulace by neměl být zesílen například tak, jak je to

mu ve francouzské úpravě. Dostupná judikatura nedává zatím odpověď na tyto otázky. Na druhé straně neexistující diskuse o těchto otázkách umožňuje přijmout domněnku, že samotná praxe neshledává ve stávající dikci zákona problémy.

III. Princip autonomie smlouvy rozhodčí

Otázky objasňující podstatu problému lze položit následovně:

„Je existence rozhodčí smlouvy (zejména v případě rozhodčí doložky) závislá nutně a vždy na existenci smlouvy hlavní⁵¹? Anebo představuje rozhodčí smlouva (doložka) ujednání relativně samostatné? Znamená zpochybnění platnosti smlouvy hlavní nemožnost řešení sporu o existenci či platnost smlouvy u rozhodčího soudu a je nutné vyčkat rozhodnutí obecného soudu?“

Tato otázka měla zásadní vliv na formování moderního rozhodčího řízení. Nejostřeji lze závislost vnímat u rozhodčích doložek, které jsou nedílnou součástí dokumentu, v němž je obsažena hlavní smlouva. Stejně jako u jiných otázek i zde se objevili jak zastánci oddělení, tak naopak zastánci jednoty obou ujednání. Naposledy uvedení argumentovali zejména situací absolutně neplatné smlouvy, kdy tento důvod nutně stíhá obě smlouvy (*accessorium sequitur principale*). Tato otázka může být propojena i směrem k řešení dalších problémů jako je otázka způsobu kontraktace či postupu smlouvy hlavní⁵².

V teorii i praxi rozhodčího soudnictví zaujala ústřední místo v řešení této otázky **doktrína autonomie, resp. separace obou smluv** („*principle of autonomy*“, v oblasti anglosaské „*principle of separability*“ nebo „*principle of severability*“), ve smyslu oddělení existence smlouvy hlavní a smlouvy rozhodčí. Tato koncepce, vytvořená praxí a dnes obsažená v řadě právních norem mezinárodního i vnitrostátního původu, vychází ze **čtyř premis**, které byly nejzřetelněji formulovány v práci Schwebela⁵³. S menší modifikací jeho myšlenek lze v naší souvislosti uvést následující:

1. záměr stran řešit jakýkoli spor (arbitrábilní) v rozhodčím řízení s tím, že nebyly vyloučeny předem z rozhodování určité kategorie sporů (spory o platnost či existenci smlouvy),
2. integrita řízení, která by byla narušena nutností přerušit řízení a obrátit se na soud obecný s návrhem na vyřešení otázky. Případně nutnost podat návrh na soud obecný a následně, pokud by byla konstatována platná rozhodčí smlouva, k rozhodcům. To by navíc značně zkomplikovalo projednávání sporu a stranám by to přineslo větší časové či finanční zatížení,
3. právní presumpce existence dvou smluv s různým účelem,

4. dopad kontrolní funkce státu na rozhodčí řízení (přes obecné soudy) až ve fázi po vydání rozhodčího nálezu.

Jaké důsledky se sebou nese přijetí faktu existence dvou smluv? To je možné si ukázat na důsledcích uplatnění této zásady. Literatura rozlišuje důsledky přímé a důsledky nepřímé⁵⁴.

Přímým důsledkem uplatnění zásady autonomie je samostatná existence obou smluv, kdy důvody vedoucí k neplatnosti či neexistenci smlouvy jedné mohou zasáhnout obě ujednání, ale také nemusí a mohou se týkat jen jedné z nich⁵⁵. V mezinárodním rozhodčím řízení je to umocněno tím, že obě smlouvy mohou podléhat různým právním řádům.

Zásada autonomie se však **neprojevuje** ve skutečnosti, že by bylo nutné, aby obě smlouvy podléhaly samostatné kontraktaci a musely být od sebe i formálně odděleny. Například by rozhodčí smlouva musela existovat v samostatném dokumentu.

Za nepřímý důsledek je označována existence již zmíněné doktríny pravomoci rozhodců rozhodovat o své pravomoci.

Skutečnost, že tato doktrína dnes ovládla mezinárodní rozhodčí soudnictví a zásada autonomie smlouvy rozhodčí na smlouvě hlavní je považována za základní zásadu mezinárodního rozhodčího řízení, lze dokumentovat na řadě norem.

Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži upravila výslovně princip pravomoci, k otázce autonomie se nevyjádřila. U **Newyorské úmluvy** někteří autoři vyvozují z článku V odst. 1 písmeno a) autonomii arbitrážní smlouvy⁵⁶. Nejde však o obecně přijímanou interpretaci.⁵⁷ Jiná je však již situace u Vzorového zákona o mezinárodní obchodní arbitráži. Ten v článku 16 odst. 1 výslovně stanoví, že pro otázku rozhodování o pravomoci je rozhodčí doložka posuzována jako smlouva nezávislá na jiných částech smlouvy a rozhodnutí rozhodčího soudu o tom, že smlouva je nulitní a neplatná, nezasahuje ipso iure platnost rozhodčí doložky. Tato výslovná úprava, která zakotvila do té doby zásadu, která byla buďto odvozována spíše na základě logických úvah a zakotvena výslovně byla spíše v řádech stálých rozhodčích soudů, přinesla novou dimenzi i do úprav národních. Zde se dnes stále častěji setkáváme s výslovnými úpravami.

Národní úpravy se rozpadají do dvou skupin. Část dnes výslovnou úpravou této otázky sleduje Vzorový zákon o mezinárodní obchodní arbitráži, část neobsahuje výslovnou úpravu, nicméně rozhodovací praxe sleduje princip autonomie, resp. separace smlouvy rozhodčí od smlouvy hlavní. Výslovně obsahuje oddělení obou smluv úprava francouzská⁵⁸ a úprava anglická⁵⁹. Německá úprava, tradičně vycházející z převažujícího názoru řadičích rozhodčí smlouvy mezi procesní smlouvy a tudíž odlišující se od smlouvy hmotné, rovněž potvr-

zuje v podstatě výslovně nezávislost obou smluv⁶⁰. Potvrzení zásady separace v rozhodovací praxi obsahuje úprava americká⁶¹, i když se v literatuře setkáváme i s opačnými tvrzeními, popírajícími možnost aplikace principu separace jak z pohledu interpretace federálního zákona o rozhodčím řízení, tak i z jiných úhlů pohledu⁶².

Česká úprava výslovně nesleduje Vzorový zákon v tom smyslu, že by tato otázka byla obsažena přímo v zákoně o rozhodčím řízení. Úpravu nalzáme v normách věnovaných smluvnímu právu. Konkrétně pro oblast obchodního práva je to v § 267 odstavec 3 Obchodního zákoníku. V souladu s ním, je-li součástí jinak neplatné smlouvy dohoda o volbě práva nebo dohoda o řešení sporu, jsou tyto dohody neplatné pouze tehdy, když se na důvod neplatnosti vztahuje. Současně také neplatnost těchto dohod neznamená nutně neplatnost smluv hlavních. Další potvrzení lze nalzt i v Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. Ta v článku 81 ponechává v případě odstoupení od smlouvy v platnosti ustanovení o řešení sporu. Výslovně není otázka upravena v občanském zákoníku. Nicméně vzhledem k jednotnému doktrinálnímu přístupu nelze z tohoto vyvozovat nepřijetí myšlenky autonomie.

Rozhodovací praxe stálého Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR v Praze potvrzuje nezávislost smlouvy hlavní a rozhodčí⁶³ a nejsou nám známy žádné problémy s touto koncepcí související.

Koncepce autonomie smlouvy rozhodčí na smlouvě hlavní nevykazuje na rozdíl od koncepce pravomoci prakticky v komparativním srovnání žádné významné rozdíly s výjimkou toho, zda je obsažena přímo v procesní normě nebo v normě hmotněprávní. To může být dáno jednak náhledem doktríny na povahu rozhodčí smlouvy, jednak i vývojem v oblasti legislativní, příp. propojením i na jiné otázky, např. na volbu práva či prorogační dohodu. To, co by bylo možné pokud jde o českou úpravu změnit, je výslovná úprava dopadající nejenom na určitou oblast práva, ale zasahující problematiku rozhodčích smluv obecně. Zde se dle našeho názoru znovu objevuje prostor pro změnu v rámci zákona o rozhodčím řízení⁶⁴.

IV. Závěr

Obě zkoumané zásady tak, jak jsou upraveny v českém právu, sledují trendy vlastní modernímu rozhodčímu řízení. Respektive, jak je některými autory uváděno, představují obecné principy mezinárodního rozhodčího řízení či mezinárodního veřejného pořádku⁶⁵. V základní rovině jsou způsobilé napomáhat žádoucím funkcím rozhodčího řízení. Některé z otázek by však stálo za úvahu v rámci novelizace či v nové úpravě, bude-li v budoucnu zvažována nově pojmut. Konkrétně si dovolujeme upozornit na následující otázky:

- § 106 OSŘ. Pokud toto ustanovení interpretujeme pod primátem rozhodců rozhodovat přednostně o své pravomoci (a ten je dle našeho názoru českou úpravou akceptován), dostáváme se do určité slepé uličky. Zodpovězení otázky kdy, v jakých případech, má soudce věcně posuzovat otázku existence, platnosti, dosahu atd. rozhodčí smlouvy není jednoznačné a může se případ od případu lišit. Otázka zesílení jazykového ošetření ustanovení například ve směru francouzské úpravy, kdy je dán akcent na zjevnost situace neexistence či neplatnosti rozhodčí smlouvy, lze považovat za vhodné.
- **úprava možnosti přezkoumání rozhodnutí rozhodců o jejich pravomoci ještě před vydáním rozhodčího nálezu (bez nutnosti na tuto dobu přerušit rozhodčí řízení) a zachování této možnosti jen do doby vydání rozhodčího nálezu, tj. v té podobě, jak ji zná Vzorový zákon.** Tato úprava představuje otázku, která stojí rovněž za vážnou úvahou. Odstraněny by tak byly situace, kdy pochybnosti o právním základu rozhodčího řízení doprovázejí toto až do fáze přezkumu soudem. Po vynaložení času a finančních nákladů se tak strany mohou dostat do situace, kdy bylo celé řízení konáno zbytečně.
- výslovná **obecná úprava autonomie rozhodčí smlouvy** na smlouvě hlavní. Zde bychom doporučovali – vzhledem k převažující koncepci hodnotící rozhodčí smlouvu jako smlouvu procesní, resp. smíšenou, – upravit tuto otázku přímo v zákoně o rozhodčím řízení.

Summary

The competence-competence principle and the principle of autonomy (separability) are attributed to modern arbitration law. The analysis of both widely recognized principles creates the core of this paper.

In the introductory part the author focuses on the importance and the function of both principles in legal regulation. She aims to the negative and positive effects of the competence-competence principle and at the allocation of the jurisdiction between court and an arbitrator to decide the dispute relating to the competence.

The first and second chapter of the paper analyse the competence-competence principle and separability principle from the point of view of the selected international sources (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, European Convention on International Commercial Arbitration) and national sources (German, French, English, American law). The comparison with the Czech regulation results in the recommendation for the future amendment to the Czech law (§ 106 of the Civil Code – more precise regulation under whose circumstance the court is obliged to ter-

minate any proceedings in case where the arbitration contract exists; the review of the arbitrator's opinion about the positive competence before the enactment of the arbitral award; the express enactment of the autonomy principle not only in the Commercial Code).

* prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., děkanka Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

¹ Arbitrabilita, tj. přípustnost sporu k řešení před rozhodci, je v českém právu upravena § 2 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů.

² Důvody pro dosažení snadnějšího uznání v universálním rámci jsou dva: jednak je to existence mezinárodních úmluv dvoustranných i mnohostranných, jednak je to i skutečnost, že rozhodčí řízení není ztotožňováno se státem a činností jeho orgánů tak, jak je tomu v řízení soudním. Rozhodce není považován za orgán moci veřejné. Zejména ve druhé polovině minulého století toto konstatování hrálo velkou roli.

³ O významu pohybu mezi autonomií rozhodců a soudním přezkumem úkonů rozhodců svědčí i charakteristika rozhodčího řízení, která se objevila v článku Jacka Lee Tsen-ta, když uvedl, že jde o „*přetahování se mezi autonomií rozhodců a jejich soudním přezkumem*“. Lee Tsen-ta J. Separability, competence-competence and the arbitrator's jurisdiction in Singapore, Singapore Academy of Law Journal, 1995, převzato z Hein-online.

⁴ Nespornými hodnotami rozhodčího řízení jsou úspora času, s tím související i úspora finanční, vysoký stupeň unifikace, jednodušší procesní pravidla atd. Blíže: Rozehnalová N., Rozhodčí řízení ve vnitrostátním a mezinárodním obchodním styku. Aspí:Praha, 2008, s. 60 a násl.

⁵ Pro komparativní část jsme si vybrali z národních úprav francouzskou (známou svým pro arbitrážním působením), německou (vzhledem k obecné blízkosti úpravy v německém právu k české úpravě) a z anglosaských úprav úpravu v USA a Velké Británii jako základních reprezentantů systému common law.

⁶ Rozehnalová N., c.d. 4, s. 101 a násl.

⁷ Barceló III. J.J., Who decides the Arbitrator's Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, 2003, s. 1124 a násl. Rovněž také Gaillard E., Savage J. (editors), Fouchard - Gaillard - Goldman On International Commercial Arbitration. Kluwer Law International: The Hague, 1999, s. 402 a násl. Várady T., Barceló III J.J., von Mehren A.T., International Commercial Arbitration, Thomson West:St.Paul, 2003, s. 89 označují také prvé dvě situace výstižnou otázkou: „*kdo rozhoduje o pravomoci, rozhodci nebo soud?*“.

⁸ V české literatuře k této otázce Bělohávek A.J., Vznik rozhodčí smlouvy a oprávnění rozhodců, Právní zpravodaj, 2005, červenec, s. 11 a násl. Bělohávek A. J., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. C.H.Beck: Praha, 2004, s.120 a násl.

⁹ Literatura u německé varianty termínu upozorňuje na nebezpečí záměny významu. Řada autorů proto přestala využívat německou verzi termínu právě pro onen jiný význam. Blíže Schlosser P., The Competence of the Arbitrators and of Courts, Arbitration International 8, číslo 2, s. 188.

¹⁰ Zde je nesporné, že je jím rozhodné procesní právo, tedy tzv. lex arbitri. Nemůže jim být smlouva sama. To bychom se

dostali k bludnému kruhu hledání odpovědi na otázku, co bylo dříve, zda slepice, nebo vejce. V ostatním odkazujeme i na naše stanovisko směrem k hodnocení doktrín rozhodčího řízení. Pokud jde o otázku *lex loci arbitri*, existuje řada zdrojů. Jen výběrově poukazujeme na: Goode R., *The Role of the Lex Locí Arbitri in International Commercial Arbitration*, *Arbitration International*, Vol. 17, No.1, 2001.

¹¹ K jednotlivým doktrínám srovnej N. Rozehnalová, c.d. 4, s. 54 a násl. V zahraniční literatuře přehledně Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S.M. *Comparative international commercial arbitration*, *Kluwer Law International: The Hague*, 2003, s. 71 a násl.

¹² Nutno podotknout, že smluvní doktrína má stále více zastánců – vědomých či nevědomých – v ČR. Nejvýrazněji s nejzřetelnějšími argumenty se vyslovil Raban P. *Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí*. Praha, 2004. Nutno ovšem podotknout, že tento průlom nastal až po stanovisku Ústavního soudu (např. usnesení sp.zn I. ÚS 339/02, spo.zn. IV ÚS 511/03, sp. zn. III ÚS 166/05, sp.zn. 145/03). Do té doby se v české literatuře projevovala spíše doktrína jurisdikční.

¹³ Viz text iniciativy včetně států, jejichž legislativa je ovlivněna tímto Vzorovým zákonem: www.uncitral.org. Český text viz Bělohávek A.J., c. d. 8, s. 313 a násl.

¹⁴ Literatura zabývající se problematikou rozhodčího řízení hovoří u rozhodčí smlouvy o pozitivních a negativních účincích. Tento termín jsme převzali i v naší učebnici (Rozehnalová N., c. d. 4) a pracujeme s tím i zde. Námatkově z literatury viz např. Rubino-Sammartano M., *International Arbitration. Law and Practice*. *Kluwer Law International: The Hague*, 2001, s. 381. Fouchard - Gaillard - Goldman *On International Commercial Arbitration*. *Kluwer Law International: The Hague*, 1999 s. 381 a násl.

¹⁵ Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži článek V odst. 3, Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (vyhl. č. 420/1992 Sb.) článek 41.

¹⁶ Vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži v článku 16. Viz také UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as adopted in 2006. Vienna, 2008 dostupné z www.uncitral.org.

¹⁷ Bachand F., Does Article 8 of the Model Law Call for Full of Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? *Arbitration International*, Vol. 22, No.3, s. 464 a násl. Pro situaci plného přezkumu hovoří ta skutečnost, že tímto postupem se šetří čas i peníze stran, které by zbytečně vedly rozhodčí řízení, které je od počátku zatíženo problémem, týkajícím se jeho samotné podstaty a hrozí v budoucnu jeho zrušení.

¹⁸ Naopak situaci odsunu až na fázi po vydání rozhodčího nálezu odůvodňuje skutečnost, že je tímto bráněno straně, která je vázána rozhodčí smlouvou, aby činila procesní obstrukce. Je skutečností, že v řadě států může přezkum pravomoci trvat měsíce.

¹⁹ Bachand F., c.d. 17, s. 467 a násl. Zde poukazuje např. na řešení v anglickém *Arbitration Act 1996*. Toto řešení rozebíráme dále v komparativní části.

²⁰ Jako příklad lze uvést například monografii Rubino-Sammartano M., c.d. 14, kde v kapitolách věnovaných této problematice se opírá o konkrétní právní úpravu. Výslovně v této otázce směrem k národnímu právu místa rozhodování, resp. v mezinárodním kontextu směrem k právním řádům všech dotčených právních řádů: Fouchard - Gaillard - Goldman *On International Commercial Arbitration*. *Kluwer Law International: The Hague*, 1999, s. 400.

²¹ Bensaude D., *The International Law Association's Recommendations on Res Judicata a Lis Pendens in International Commercial Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, 2007, s. 422 a násl. Viz rovněž www.ila-hq.org, kde lze získat znění rezoluce, o kterých se článek zmiňuje.

²² Rubino-Sammartano, c.d. 14, s. 600 a násl.

²³ Rubino-Sammartano M., c.d. 14, s. 586.

²⁴ Obecně použitá literatura k této části: Holtzmann H.M., Neuhaus J.E., *A Guide to The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. The Hague, 1982. Binder P., Sekolec J., *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model*, Londýn, 2005, s. 143 a násl. Broches A., *The 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Exercise in International Legislation*, Martinus Nijhoff Publisher: The Hague, 1995, s. 375 a násl.

²⁵ Binder P., Sekolec J., c.d. 24, s. 143. K datu vydání monografie autor uvádí, že 61 států převzalo tento princip, z toho 49 doslovně. Na s. 144 však také upozorňuje na kontraverzní stanovisko Komise UNCITRAL, které dává státům na výběr zda přijmou tento princip či ne.

²⁶ Zajímavé stanovisko v rozhodnutí č. 742 uvedeném v databázi CLOUT (www.uncitral.org). Zrušen rozhodčí nález dle článku 34 odst. 2 nemůže být v případě negativního rozhodnutí o pravomoci. Toto rozhodnutí je soudem obecným nepřezkoumatelné.

²⁷ Toto ustanovení navazuje rovněž na článek II odst. 3 *Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů*, který zavazuje stát za vymezených podmínek uznat rozhodčí smlouvu.

²⁸ Bachand P., c. d. 17, s. 463.

²⁹ V ucelené podobě materiály ke Vzorovému zákonu a částech i k jeho přijímání na www.uncitral.org.

³⁰ *Nouveau Code de Procédure civile (NCPC) – Livre IV*, dosažitelný mimo jiné z http://lexinter.net/NCPC/regles_communes.htm. Nová úprava je obsažena v dekretech číslo 80 - 354 z roku 1980 a pro mezinárodní rozhodčí řízení číslo 81 - 500 z roku 1981. V literatuře srovnej Fouchard, c.d. 7, s. 661 a násl. Chang E., *The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum Selection Clause under French Law*, *ASA Bulletin* 4/2004, s. 800 a násl.

³¹ I před úpravou z roku 1981 existovalo v rozhodovací praxi v mezinárodním rozhodčím řízení potvrzení tohoto trendu. Sporné však bylo v řízení domácím.

³² V literatuře dále: Rubino-Sammartano M., c. d. 14, s. 398. Meessen K.M. *Economic Law in Globalizing Markets*, *Kluwer Law International: The Hague*, 2004, s. 308 a násl.

³³ *Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, Zehntes Buch der Zivilprozeßordnung*. Tato úprava vstoupila v platnost 1.2.1998. Text úpravy obsažený je dosažitelný např. na <http://www.dis-arb.de>. V textu dále čerpáno z Henn, G. *Schiedsverfahrenrecht*, C.F. Müller Verlag: Heidelberg, 2000, s. 41 a násl.

³⁴ *The Arbitration Act 1996* se stal účinným 31.1.1997. Platí dále v Severním Irsku. Není používán ve Skotsku. Text zákona převzat z: http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960023_en_1. Dále čerpáno z: Paulsson, J. *Arbitration-Friendliness: Promises of Principles and Realities of Practice*. *Arbitration International*, Vol. 23, No. 3, 2007, s. 477 a násl. Aeberli P., *Jurisdictional Disputes under Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*, *Arbitration International*, 2005, Vol. 21, No. 3, s. 253 a násl.

³⁵ Mimo jiné byla do nové úpravy přenesena ze Vzorového zákona doktrína competence-competence, která do té doby nebyla využívána v takovémto rozsahu.

³⁶ Příloha číslo 1 k zákonu obsahuje jejich výčet. Základní úprava principu v sekci 30 mezi tyto normy nepatří.

³⁷ K této otázce zejména Aebeerli P., c. d. 30, s. 254 a násl.

³⁸ Pokud jde o vymezení pramenů a otázku vlivu United States Arbitration Act z roku 1925 doporučujeme v české literatuře Bělohlávek A.J., Procesní předpisy a rozhodčí řízení, Právní fórum, 2007, č. 12, s. 441 a násl. Jinak je zákon dostupný z řady internetových adres, např.

<http://www.smany.org/sma/about6-5.html>

³⁹ Již uvedené stránky organizace UNCITRAL uvádějí výčet států v rámci USA, které jako vzor převzaly Vzorový zákon UNCITRAL (California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregon and Texas).

⁴⁰ Rubino-Sammartano M., c.d. 14, s. 74.

⁴¹ Walt S., Decision by Division: The contractarian Structure of Commercial Arbitration, Rutgers Law Review, 1998–1999, s. 377 a násl. Převzato z Hein Online.

⁴² Reuben R.C., First Option, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions, SMU Law Review, Vol. 56, 2003, s. 819 a násl. Dostupný z databáze HeinOnline. Reuben poukazuje na následující doktríny: „doctrine of default rules“, „doctrine of procedura arbitrability“, „doctrine of competence-competence“, „doctrine of separability“.

⁴³ Reimann M.W., Craig L.W. Park W. Paulsson J., International Commercial Arbitration, Westbury: New York, 1997, s. 524 a násl. Analýza případu First Options viz s. 502 a násl. Dále i Leahy E.R., Bianchi C.J., The Changing Face of International Arbitration, Journal of International Arbitration, 17 (4), 2000, s. 19–61. Zejména k otázkám negativního účinku z pohledu výše uvedených případů srovnej Barceló III J.J., c.d. 7, s. 1131 a násl.

⁴⁴ Dostupný např. i z adresy <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-560.ZO.html>

⁴⁵ Dostupný např. z adresy: http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2002/2002_01_800/

⁴⁶ Várady T., Barceló III J.J., von Mehren A.T., c.d. 7, s. 122.

⁴⁷ Leahy E.R., Bianchi C.J., c.d. 43, s.21.

⁴⁸ Leahy E.R., Bianchi C.J., c.d. 43, s. 22.

⁴⁹ Řád Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky ve znění k 1.2.2007 (dostupný z adresy www.arbcourt.cz) v § 23.

⁵⁰ Winterová A. a kol., Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou, 2 aktualizované vydání, Linde Praha a.s. 2005, s. 213–214.

⁵¹ Smlouvou hlavní se rozumí smlouva, k níž se váže smlouva rozhodčí, tzn. spory z níž mají být řešeny v rozhodčím řízení. Někdy se objevuje také termín kontejnerová smlouva.

⁵² Fouchard - Gaillard -Goldman, c.d. 7, s. 209.

⁵³ Schwebel S.M., International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge: Grotius Publications, 1984, s. 1–13.

⁵⁴ Fouchard - Gaillard -Goldman, c.d. 7, s. 209 a násl.

⁵⁵ Někteří autoři poukazují na skutečnost, že pokud smlouva hlavní neexistovala, nemůže existovat ani rozhodčí smlouva. To je zcela správný závěr. Pokud si však položíme otázku z pohledu procesního, tzn. že spor existuje zjevně proto, že jedna strana existenci předpokládá a druhá ji popírá, vypadá situace jinak. Právě v řízení bude prokázána skutečnost existence či neexistence smluv. Proto je také nutné „protazení“ principu autonomie do oblasti procesní, kde nachází své vyjádření v principu pravomoci.

⁵⁶ Schlosser P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Siebeck, Mohr: Tübingen, 1989, s. 316.

⁵⁷ Rubino-Sammartano M., c.d. 14, s. 203.

⁵⁸ Článek 1466 francouzského „Nouveau Code de Procédure Civile“ stanoví oddělení rozhodčí doložky od smlouvy hlavní a neovlivňující se navzájem (podobné také ustálená judikatura).

⁵⁹ Srovnej část 7 Arbitration Act 1996.

⁶⁰ Srovnej § 1040 odst. 1 ZPO. V literatuře potvrzují např. Schwab K.H., Walter G., Haumbach A.B., Schiedsgerichtsbarkeit, C.H. Beck: München 2000, s. 41. Henn G., c. d. 29, pozn. 32.

⁶¹ Barceló J.J. III, c.d. 7, s. 1119 s odkazem na rozhodnutí ve věci Prima Paint Corp. v. Flood and Conglin Mfg. Co. Podobně také Reimann M.W., Craig L.W. Park W. Paulsson, c.d. 38, analýza případu na s. 509 a násl.

⁶² Reuben R.C., c.d. 42, s. 839 a násl. s výraznou kritikou jak případu Prima Paint, tak vůbec možností z pohledu federálního práva.

⁶³ Judikatura RS při HK ČR a AK ČR potvrzuje doktrínu autonomie. Například v rozhodnutí Rsp 24/99 bylo mimo jiné uvedeno „rozhodčí doložka je nezávislá na platnosti smlouvy, v jejímž textu je obsažena. Případná neplatnost smlouvy nemá za následek neplatnost rozhodčí doložky. O platnosti rozhodčí doložky, která je zahrnuta do písemně vyhotoveného textu podepsaného oběma stranami, není pochybnosti a tato je pak podle § 3 odst. 1 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, platná, neboť splňuje podmínky tímto zákonným ustanovením stanovené.“

⁶⁴ Z připravovaného Občanského zákoníku by zde bylo možné pravděpodobně využít § 1469: § 1469

(1) Každá z několika smluv uzavřených při témže jednání nebo zahrnutých do téže listiny se posuzuje samostatně.

(2) Plyne-li z povahy několika smluv nebo z jejich účelu, známého stranám, že jsou na sobě závislé, je vznik každé z nich podmínkou vzniku ostatních smluv. Zánik závazku z některé z nich bez uspokojení věřitele zrušuje ostatní závislé smlouvy, a to s obdobnými právními účinky.

⁶⁵ Myšlenka řadící oba principy k principům mezinárodního rozhodčího řízení nebo k součásti veřejného pořádku se objevuje v řadě publikací. Jen namátkově uvádíme Rau A. S., Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of the „Consent“, Arbitration International, Vol. 24, No. 2, 2008, literatura uvedená v poznámce pod čarou č. 29 a 30.

Právní koncepce kulturního konfliktu a její praktická aplikace*

Harald Christian Scheu**

1. Úvod

Evropské státy jsou ve stále větší míře konfrontovány s migrací z jiných kulturních okruhů. Ani restriktivní migrační politika Evropské unie a jejích členských států nemůže v současné době efektivně bránit dalšímu nárůstu počtu migrantů hlásících se k odlišným kulturním a právním představám. Integrace příslušníků různých etnických komunit, které se vytvářely a stabilizovaly v důsledku nedávné migrace, do větší nové společnosti evropských států je jednou z klíčových výzev současné doby.

V praxi se jedná o složité sociální procesy, které se týkají širokého spektra oblastí jako jsou např. školství, zaměstnání, přístup k systému sociálního zabezpečení, bydlení, ale také konkrétní vztahy mezi členy odlišné etnické komunity na jedné straně a příslušníky větší nové společnosti na straně druhé. V rámci těchto integračních procesů nezřídka dochází ke střetům odlišných kulturních a právních hodnot, které vyžadují řešení v souladu s principy demokracie, právního státu a ochrany základních lidských práv a svobod.

V této souvislosti je třeba připomenout velkolepou mezinárodní konferenci uspořádanou rakouským předsednictvím EU v roce 2006. Ve dnech 27. až 28. ledna 2006 se pod heslem *The Sound of Europe* sešli vybraní představitelé nejvýznamnějších institucí EU a členských států.¹ Hlavním předmětem konference byla otázka evropské identity a identifikace s Evropou. Podle očekávání se shodli účastníci na tom, že hlavní charakteristika Evropy spočívá v rozmanitosti tradic a bezpříkladném kulturním bohatství. Opakovaně byla také pomocí pestrých metafor vyzdvihována údajná schopnost Evropy spojovat různorodost a jednotu.

Avšak až na závěr konference jeden z nejuznávanějších odborníků na islám Bassam Tibi položil otázku, která byla během celé akce poněkud opomíjena. Tibi připomněl, že v Evropě žije okolo 21 milionů muslimů, a přesto nebyl k panelovým diskusím přizván zástupce muslimů. Na otázku, zda součástí evropské identity je také islám, odpověděl nizozemský premiér Balkenende tvrzením, že kulturní rozmanitost Evropy zahrnuje také muslimský prvek.²

Ve svých četných pracích o multikulturalismu Tibi soustavně zdůrazňuje, že vztah k islámu bude klíčovou otázkou pro Evropu 21. století. Vzhledem k požadavkům některých radikálních imámů, kteří volají po zavedení islámského práva šaría v Evropě, a k velmi citlivé otázce možného přistoupení Turecka do EU vidí

Tibi jen dvě hlavní možnosti: buď se Evropě podaří europeizace islámu v tom smyslu, že muslimové v Evropě přijmou standardní evropské hodnoty demokracie a lidských práv, či Evropa bude islamizována.³

Co se týče otázky standardních evropských hodnot, zavedl sám Tibi již v 90. letech často diskutovaný a zčásti velmi kritizovaný pojem *Leitkultur* a označil za hlavní prvky této kultury přednost rozumu před náboženským zjevením (tj. odmítnutí absolutní pravdy), individuální lidská práva (včetně svobody vyznání a oddělení státu od církve), pluralismus a toleranci.⁴

Brzy se ovšem ukázalo, že koncepce *Leitkultur*, jejímž původním zaměřením je spíše identifikace a následná ochrana určitých klíčových hodnot evropské identity, byla také lehce zneužitelná. Zejména v německé politické debatě si „ochranu vedoucí kultury“ jako populistické heslo zvolili zástupci krajní pravice. Odkaz na *Leitkultur* byl tedy chápán jako argument pro omezování projevů kulturních odlišností. Tato deformace pojmu byla obzvlášť zářející vzhledem k tomu, že koncepce, která byla do odborné diskuse zavedena Bassamem Tibim, zahrnuje mezi evropské hodnoty mimo jiné také zásadu nediskriminace a boj proti rasové, etnické či náboženské intoleranci.

Na pozadí intenzivní filozofické debaty se otázky týkající se kulturních odlišností a postavení nových etnických komunit v Evropě staly také předmětem diskuse mezi právníky. Různé soudní případy v evropských státech jasně dokumentovaly, že kulturní konflikty nejsou pouze abstraktním pojmem či předmětem politologických a sociologických studií, ale mají svůj konkrétní význam také v kontextu interpretace a aplikace práva. V celé řadě svých rozhodnutí potvrdily soudy v evropských státech právní význam určitých klíčových hodnot, které lze považovat za součást evropské právní kultury.

Analýza právního pojetí kulturního konfliktu je cílem tohoto příspěvku. V první části studie bude třeba vymezit kulturní konflikty vůči jiným právním sporům týkajícím se výkladu základních práv a svobod. V rámci této diskuse se vrátíme k otázce, nakolik se představa jakési vedoucí kultury (*Leitkultur*) promítá do právního řešení kulturních konfliktů. V druhé části se budeme zabývat konkrétními projevy kulturních konfliktů v sociální a právní praxi. Výchozím bodem bude přitom soudní spor jako určitá krystalizace odlišných kulturních zájmů a jejich racionální argumentace.

2. Právní pojetí kulturního konfliktu

Výraz „kultura“ se vymyká přesné právní definici. Celá řada mezinárodních dokumentů o lidských právech sice obsahuje pojem kultury, jeho definici ovšem implicitně předpokládá. Jako příklad lze uvést Všeobecnou deklaraci lidských práv z roku 1948, která jako první universální dokument věnovaný mezinárodní ochraně lidských práv obsahuje ustanovení čl. 22, podle kterého každý člověk má nárok na to, aby mu byla zajištěna mimo jiné také kulturní práva, nezbytná k jeho důstojnosti a svobodnému rozvoji jeho osobnosti.

Kulturní práva byla také zformulována se zvláštním zřetelem na postavení národnostních menšin. Podle klíčového ustanovení čl. 27 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech z roku 1966 nebude ve státech, kde existují etnické, náboženské nebo jazykové menšiny, jejím příslušníkům upíráno právo, aby spolu s ostatními příslušníky menšiny užívali své vlastní kultury, vyznávali a projevovali své vlastní náboženství nebo používali svého vlastního jazyka. Explicitní definice kultury či kulturních práv však není obsažena ani v Mezinárodním paktu o občanských a politických právech, ani v Mezinárodním paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech, který již podle svého názvu má k pojmu kultury velice blízko.

Definicí pojmu kultury se na mezinárodní úrovni tradičně zabývá také UNESCO, tj. Organizace spojených národů pro výchovu, vědu a kulturu. Za vrchol jejího dosavadního snažení lze považovat uzavření Úmluvy o ochraně a podpoře rozmanitosti kulturních projevů v roce 2005. Nemožnost zredukovat celou komplexitu pojetí kultury do jedné přehledné definice vyřešili autoři této úmluvy zavedením osmi různých kategorií: kulturní rozmanitost, kulturní obsah, kulturní projevy, kulturní činnosti, statky a služby, kulturní odvětví, politiky a opatření v oblasti kultury a „interkulturalita“. Podle čl. 4 odst. 1 zmíněné úmluvy označuje výraz „kulturní rozmanitost“ mnohočetnost forem, jejichž prostřednictvím se kultury skupin a společností mohou vyjadřovat, přičemž tyto projevy jsou dále šířeny ve skupinách a společnostech i mezi nimi. Podle citovaného ustanovení se kulturní rozmanitost neprojevuje pouze v rozličných způsobech, které vyjadřují a obohacují kulturní dědictví lidstva a šíří jej svou různorodostí kulturních projevů, nýbrž i různými způsoby umělecké tvorby, produkce, šíření, distribuce a zábavy bez ohledu na použité prostředky a technologie. Ani tato upřesnění v úmluvě UNESCO z roku 2005 nelze považovat za nosnou definici pojmu kultury v právním smyslu.

Na druhé straně však existuje řada definic používaných v oblasti sociálních věd a zejména etnologie. Komplexní pohled na jednotlivé definice by jistě překročil rámec této studie. Pro naše účely lze shrnout, že se z etnologického hlediska nahlíží na kulturu jako na komplexní celek nejrůznějších projevů hmotných

a duševních aktivit určité sociální skupiny či společnosti. Součástí těchto projevů jsou vždy také systémy hodnot a norem.

Ovšem ne každý spor týkající se výkladu a aplikace norem může být současně považován za kulturní konflikt. Takové široké pojetí kulturního konfliktu by nebylo v praxi vůbec použitelné. Je tedy nutné určit specifické prvky a znaky kultury, které se typicky promítají do právních sporů. Kritériem kulturního konfliktu v právním smyslu je jen taková kulturní odlišnost, která se uvádí jako argument v konkrétním právním sporu. V praxi se zpravidla jedná o sporný výklad např. náboženské svobody, práva na soukromý a rodinný život, svobody projevu či obecné zásady nediskriminace.

Toto pojetí kulturního konfliktu navazuje na práci nizozemského sociologa den Hollandera, který v komplexní studii z roku 1955 rozlišoval mezi třemi formami kulturního konfliktu: zaprvé konflikty mezi kulturami, za druhé konflikty uvnitř jedné kultury a za třetí konflikty, které se v důsledku různých kulturních vlivů projevují v samotném člověku.⁵ Zejména v druhé a třetí formě kulturního konfliktu den Hollander naznačuje, že kultury v daném smyslu nejsou zcela homogenní či monolitické a konflikty se odehrávají nejen mezi příslušníky různých etnických a náboženských komunit, ale také mezi členy jedné takové skupiny navzájem, jako v případě diskusí o zavedení nových či zachování starých prvků určité identity.

Z analýzy Holländera dále vyplývá, že kulturní argument nemusí být hlavní motivací účastníků právního sporu. Proto sám den Holländer preferoval použití výrazů „náboženský konflikt“, „jazykový konflikt“ či „ideologický konflikt“. Pojem kulturního konfliktu používal pouze v případě, že dominantním faktorem konfliktu byl střet celého souboru kulturních prvků.⁶

Souvislostí mezi sociologickým a právním pojetím kulturního konfliktu se v roce 2000 intenzivně zabýval švýcarský odborník na mezinárodní právo Walter Kälin. Podle Kälina se kulturní konflikty v právním smyslu týkají právních sporů o lidských právech a základních svobodách, ve kterých se proti zásahům ze strany státní moci brání příslušníci odlišných etnických skupin odkazem na kulturní specifika.⁷ Jinými slovy, účastník kulturního konfliktu ve sporu se státem argumentuje právem na kulturní odlišnost.

Kälin upozornil na to, že takové pojetí kulturního konfliktu vychází vždy z poměru mezi většinou a menšinou. Přitom zdaleka nejde jen o tradiční národnostní menšiny, které svou kulturní odlišností odůvodňují specifická jazyková práva, práva v oblasti školství či v otázce teritoriální autonomie. Podle Kälina získávají stále větší význam konflikty, do kterých jsou zapojováni příslušníci nových menšin, tzn. takových komunit, které se na území evropských států utvořily teprve v důsledku nedávné migrace z mimoevropských oblastí.

V právní praxi evropských států je tato koncepce kulturního konfliktu zřejmě nejnosiější, protože pokrývá široké spektrum konfliktních situací, jako např. v oblastech stavby mešit a minaretů, rituálního usmrcování zvířat, náboženských svátků, nošení náboženských symbolů ve veřejných školách či trestních řízení o nábožensky či kulturně motivovaných trestných činech. Všechny tyto případy mohou alespoň teoreticky mít podobu soudních sporů, ve kterých jsou příslušné národní či mezinárodní soudní orgány povolány k výkladu základních práv souvisejících s kulturní odlišností.

V rámci praktické aplikace práva na kulturní odlišnost soudní orgány zpravidla přihlížejí k právním principům, které považují za nezpochybnitelné. Kulturní konflikty se totiž vyznačují především konfrontací mezi kulturními a náboženskými zájmy určité menšiny na jedné straně a klíčovými zájmy a hodnotami většinové společnosti na straně druhé. Také v právní argumentaci se tedy objevují momenty *Leitkultur*.

V této souvislosti je nutné připomenout koncepci *ordre public*, která pochází z mezinárodního práva soukromého a slouží jako obrana proti nežádoucím účinkům použití cizího práva.⁸ Podle ustanovení § 36 zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním⁹ nelze právního předpisu cizího státu použít případě, že by se účinky tohoto použití přičily takovým zásadám vlastního právního řádu, na nichž je nutno bez výhrady trvat. Tzv. výhrada veřejného pořádku se týká nejen otázky aplikovatelnosti cizího práva v řízení před národním soudem (tzn. práva materiálního), ale také uznání a výkonu cizích soudních rozhodnutí (tzn. práva procesního).¹⁰

Problematika kolize principů dvou právních řádů či právních kultur má v mezinárodním právu soukromém poměrně dlouhou historii. Jako příklady lze uvést konfiskace majetků provedené po ruské revoluci a jejich uznání před národními soudy např. ve Francii a ve Velké Británii. Zejména francouzské soudy odkazem na základní principy uznaly jen takové akty cizích států, kterými do majetku zasáhly ve veřejném zájmu a za přiměřenou náhradu.¹¹

Koncepce *ordre public* ovšem není jen záležitostí konkrétního národního právního řádu. Odborné studie jasně dokazují zřetelnou internacionalizaci a europeizaci výhrady veřejného pořádku. Značný vliv na současné chápání *ordre public* např. v oblasti rodinného práva měla zejména judikatura štrasburských orgánů (tj. Evropské komise pro lidská práva a Evropského soudu pro lidská práva) k výkladu Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod z roku 1950 (dále jen EÚLP) a také praxe komunitárního práva.¹² Vedle národního *ordre public* proto existuje také mezinárodní a evropský *ordre public*,¹³ jehož hlavním pramenem nejsou pravidla soukromého práva, ale klíčové zásady mezinárodní a evropské ochrany lidských práv a základních svobod.

Pojem *ordre public* v tomto smyslu označuje určitý minimální standard, ze kterého nelze učinit výjimky ani ve prospěch respektování kulturní odlišnosti. V praxi kulturního konfliktu je tedy třeba vymezit ty aspekty kulturní odlišnosti, které lze aplikovat v souladu s veřejným pořádkem, vůči těm, které je třeba odmítnout. Ve většině případů přitom nejde o konflikty, které jsou výsledkem kolize různých vnitrostátních koncepcí ve smyslu mezinárodního práva soukromého, ale o právní spory, do kterých jsou zapojováni příslušníci odlišných etnických či náboženských komunit na území jednoho státu.

3. Kategorie kulturních konfliktů

Výše popsaná koncepce kulturního konfliktu se promítá do různých oblastí sociálního života. Problém kulturní odlišnosti se týká migrujících pracovníků, kteří v daném státě pobývají jen krátkodobě, stejně jako přistěhovalců, kteří po určité době pobytu získali občanství svého nového státu, či jejich dětí, které se na území svého státu již narodily. Všechny uvedené skupiny se týká otázka nošení islámského šátku v různých veřejných oblastech či ochrany dětí před nuceným manželstvím.

Walter Kälin ve své již výše citované studii navrhl členit kulturní konflikty podle tří základních sfér, přičemž se inspiroval teoretickými pracemi Hannah Arendtové¹⁴ a švýcarského antropologa Hanse-Rudolfa Wickera.¹⁵ Podle Kälina je hlavním znakem „státní sféry“ konfrontace soukromých osob s různými projevy státní moci (např. během vojenské služby, jako účastníci soudního řízení či ve výkonu trestu), ve „veřejné sféře“ je hlavním faktorem vyrovnání různých odlišných zájmů (např. ve škole či na pracovišti) a „soukromá sféra“ je místem úzkých mezilidských vztahů v rámci autonomie jednotlivců (např. rodinné vazby, přátelství či sociální procesy uvnitř etnických a náboženských komunit).¹⁶ Kulturní konflikty v právním pojetí se odehrávají ve všech uvedených sférách.

Kulturní konflikty lze ovšem kategorizovat také jinak. Rozhodujícím momentem může být otázka, vůči komu příslušník určité etnické či náboženské komunity prosazuje svůj právní nárok odůvodněný kulturní odlišností. Ve smyslu tradiční koncepce lidských práv je jednotlivec nositelem konkrétního oprávnění ve vztahu ke státní moci. Tento poměr mezi jednotlivcem a státem se v případě občanských a politických práv z velké části vyznačuje zákazem státních zásahů do chráněných zájmů člověka, jako jsou např. život, lidská důstojnost, osobní svoboda, soukromý a rodinný život či svoboda projevu. Ve vztahu mezi jednotlivcem a státem může koncepce lidských práv ovšem vyústit též do pozitivních povinností ze strany státní moci, jako např. v souvislosti se zabezpečením určitých sociálních standardů (práce, bydlení, zdraví). Kromě toho příslušníci

etnických či náboženských komunit namítají nároky vyplývající z kulturní odlišnosti často také vůči jiným soukromým osobám či institucím, někdy dokonce vůči členům vlastní rodiny.

3.1 Kulturní konflikty a zákaz diskriminace

Co se týče zákazu přímé diskriminace ze strany státu, jsou mezinárodní standardy velmi jasné. Podle čl. 1 odst. 1 Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace z roku 1965 zahrnuje pojem zakázané rasové diskriminace „jakékoli rozlišování, vylučování, omezování nebo zvýhodňování založené na rase, barvě pleti, rodovém nebo národnostním nebo etnickém původu, jehož cílem nebo následkem je znemožnění nebo omezení uznání, užívání nebo skutečňování lidských práv a základních svobod na základě rovnosti v politické, hospodářské, sociální, kulturní nebo v kterékoli jiné oblasti veřejného života“.

Další ustanovení zakazující diskriminaci jsou obsažena např. v Mezinárodním paktu o občanských a politických právech z roku 1966 (čl. 2 a 26) a v EÚLP (čl. 14 a dodatkový protokol č. 12). Z těchto norem vyplývá, že v rozporu s mezinárodním právem není rozlišování, které se zakládá na rozumných a objektivních důvodech, slouží legitimnímu účelu a je ve vztahu k dosažení tohoto cíle přiměřené.¹⁷ Vzhledem k tomu, že hodnocení legitimacy cíle a zejména přiměřenosti opatření může být v konkrétních případech těžkým úkolem, poskytují mezinárodní kontrolní orgány smluvním státům určitý prostor volného uvážení (*margin of appreciation*).¹⁸

Složitější než případy přímé diskriminace je v právní praxi otázka nepřímé či skryté diskriminace, kdy se konkrétní opatření státu na první pohled sice jeví jako neutrální, ve skutečnosti má však odlišné dopady na příslušníky většiny a menšiny. Hlavní znaky nepřímé diskriminace a kritéria jejího posouzení byly zformulovány především v souvislosti s problematikou rovnosti mužů a žen. Tyto zásady vypracované mezinárodními kontrolními orgány jsou však z velké části aplikovatelné také v případech týkajících se znevýhodňování příslušníků tradičních národnostních menšin a členů odlišných etnických či náboženských komunit.

Postoj kontrolních výborů OSN nebyl v otázce zákazu či přípustnosti nepřímé diskriminace vždy jednotný. Zatímco např. Výbor pro odstranění rasové diskriminace a Výbor pro odstranění diskriminace žen již v 90. letech považovaly nepřímou diskriminaci za porušení příslušných mezinárodních závazků, Výbor pro lidská práva poměrně pozdě uznal koncepci nepřímé diskriminaci a její rozpor s ustanoveními Mezinárodního paktu o občanských a politických právech.¹⁹ Určité problémy s pojmem nepřímé diskriminace měl zřejmě také Evropský soud pro lidská práva, který až od roku 2001 uznává, že obecná politika mající nepřímě-

řeně nevýhodný dopad jen na určitou skupinu může být porušením zákazu diskriminace. Současně však dodal, že pouhé statistické výkyvy nejsou jako důkaz nepřímé diskriminace dostačující.²⁰

Nejednotný přístup Evropského soudu pro lidská práva vyvrcholil v případě romských dětí proti České republice,²¹ ve kterém stěžovatelé namítli, že jejich umístěním do zvláštních škol došlo k diskriminaci v souvislosti s výkonem práva na vzdělání. Tvrdili, že byla porušena mimo jiné jejich práva podle čl. 14 EÚLP a čl. 2 prvního dodatkového protokolu k EÚLP. Klíčovým problémem tohoto případu souvisejícího s kulturní odlišností etnické skupiny se stala otázka nepřímé diskriminace a jejího dokazování. Zatímco podle oficiálních statistik romské děti tvořily v některých českých zvláštních školách 80-90% všech žáků, Česká republika se hájila tím, že při zařazování dětí do těchto škol nehrálo etnické kritérium žádnou roli. Sedmičlenný Senát v únoru 2006 dospěl k závěru, že oficiální statistiky nejsou dostatečným důkazem nepřímé diskriminace a že proto nepřímá diskriminace vůči stěžovatelům nebyla prokázána.

Jinak ovšem celou věc posoudil sedmnáctičlenný Velký senát, kterému byl případ postoupen ve smyslu čl. 43 EÚLP. Ve svém rozsudku ze dne 13. listopadu 2007 Velký senát argumentoval, že jakmile bylo *prima facie* prokázáno odlišné zacházení, je na státě, aby uvedl ospravedlňující důvody pro toto rozlišování. Na základě výmluvných statistik vyjadřujících vysoké procentuální zastoupení romských dětí v českých zvláštních školách Velký senát připustil přechod důkazního břemena na Českou republiku a rozhodl, že rozlišování mezi romskými a neromskými dětmi v České republice nebylo založeno na objektivních a rozumných důvodech. Česká republika tedy odpovídala za porušení práv stěžovatelů.

Konečný rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci romských dětí proti České republice může mít do budoucna obrovský význam pro jiné etnické a náboženské komunity, které stojí na okraji společnosti a jsou konfrontovány se sociální a ekonomickou marginalizací. Výrazné statistické výkyvy v neprospěch takových skupin mohou být indikátorem nepřímé diskriminace.

Další případy nepřímé diskriminace příslušníků odlišných náboženských menšin se týkaly např. vystavování průkazů. Největší islámské sdružení v Německu Milli Görüs (IGMG)²² na svých stránkách informuje o tom, že německé úřady opakovaně odmítly vystavit osobní průkazy muslimským ženám, které na předložené fotografii nosily islámský šátek.²³ Úřady se přitom odvolávaly na vládní nařízení, podle kterého žadatel o průkaz musel být na fotografii zobrazen bez pokrývky hlavy. Ačkoliv dané ustanovení poskytovalo příslušným orgánům prostor pro udělení výjimky, nebyla tato možnost nikdy využita ve prospěch muslimek.²⁴

Přítom správní soud ve Wiesbadenu rozhodl již v roce 1984 o tom, že pokrývka hlavy nebrání jednoznačné identifikaci konkrétní osoby. Náboženská svoboda podle soudu za takových okolností vyžaduje zohlednění potřeb příslušnic náboženských komunit a poskytnutí výjimky.²⁵ K podobnému závěru dospěl v roce 1989 také správní soud v Berlíně, podle kterého náboženská svoboda zahrnuje respektování náboženských tradic a zvyklostí, včetně náboženských předpisů v oblasti oblékání na veřejnosti.²⁶

Přes tato směřodatná soudní rozhodnutí pokračovala na úrovni orgánů příslušných pro vystavování průkazů a cestovních dokladů diskuse o přípustnosti fotografií, na kterých byly muslimské ženy zobrazeny s islámským šátkem. Ještě v roce 2003 odmítl městský úřad v Baunatalu vystavit cestovní pas německé státní příslušnici tureckého původu, která předložila fotografii s islámským šátkem. Ta se obrátila na správní soud v Kasselu, který znovu potvrdil relevanci náboženské svobody v tomto případě a zavázal správní orgán k vystavení cestovního pasu.²⁷ Město Baunatal se proti tomu rozsudku sice odvolalo ke správnímu soudnímu dvoru za spolkovou zemi Hesensko, ten ovšem rozhodnutí nižší instance nezrušil a naopak potvrdil právo muslimek na předkládání fotografií s islámským šátkem pro účely žádosti o vystavení osobních dokladů.²⁸

Obecný zákaz fotografií s pokrývkou hlavy je typickým příkladem nepřímé diskriminace, protože má nepřiměřený dopad na příslušnice odlišných náboženských komunit. Německé soudy v citovaných rozsudcích problematiku diskriminace správně řešily v souvislosti s ústavně zaručenou náboženskou svobodou. Rigidní trvání správních úřadů na stejném postupu vůči všem žadatelům o osobní průkaz bylo považováno za porušení základních práv.

3.2 Kulturní konflikty a pozitivní povinnosti státu

Odkaz na kulturní odlišnost v praxi neslouží jen jako obrana proti zásahům státních orgánů, ale také jako argument pro pozitivní povinnosti států. Kálin uvedl s ohledem na situaci muslimských přistěhovalců ve Švýcarsku a dalších evropských státech řadu případů týkajících se konkrétních nároků v oblasti výkonu trestu. Vyvstala např. otázka, zda muslimští trestanci mají mít právo na společnou páteční modlitbu v rámci vězení. Kálin správně poznamenal, že Spolkový soud jako nejvyšší soudní orgán ve Švýcarsku vykládal náboženskou svobodu nikoliv jako zákaz případného zásahu do práva příslušníka náboženské komunity, ale jako podklad pro pozitivní nárok.²⁹ Poskytování možnosti účastnit se pravidelné páteční modlitby pro trestance totiž vyžadovalo ze strany státních orgánů konkrétní kroky, jako jsou např. příprava vhodné místnosti či dodatečné hlídací služby. Do kategorie pozitivních

povinností spadá také zajišťování pokrmů podle náboženských předpisů ve vězeních či nemocnicích.

Thomas Lemmen argumentoval, že muslimská duchovní péče ve státních ústavech má zahrnovat do držování stravovacích předpisů, zřízení prostoru pro společnou modlitbu, možnost účasti na páteční modlitbě a také komunikace s kompetentními duchovními v náboženských záležitostech. Lemmen ovšem současně kritizoval, že podle německé praxe zajišťují duchovní péči o muslimské trestance především spolupracovníci oficiálních tureckých organizací, kteří jsou podřízeni dozoru ze strany tureckých konzulátů.³⁰ Lze jistě pochybovat o tom, zda zapojení oficiálních činitelů cizích států do řešení situace etnických a náboženských komunit je vhodným prostředkem, zejména v případě, že dotýčný cizí stát rozhodně není ve všech aspektech vzorem demokracie a kulturního pluralismu.

Hranice mezi (pasivním) respektováním kulturní autonomie na jedné straně a pozitivními opatřeními ve prospěch odlišných kulturních komunit na druhé straně není vždy pevně dána. Princip neutrality a aktivní postoj se prolínají v celé řadě záležitostí, jako jsou např. stavba a provoz mešit či zřízení hřbitovů podle náboženských předpisů. V České republice se stavba mešit dosud nestala předmětem soudního rozhodování. Přesto i zde byla stavba dvou mešit v Brně (1998) a v Praze (1999) provázána počátečními protesty místních obyvatel.³¹

Zatímco většina mešit v Německu je navenek nenápadným místem, které nezúčastněný občan může jen stěží poznat jako sakrální stavbu, vyvolává v evropských státech budování reprezentativních mešit v orientálním stylu a někdy včetně minaretů větší rozruch. Je pochopitelné, že se otázka stavby mešit stala také důležitým tématem tzv. Německé islámské konference (*Deutsche Islam Konferenz*), která byla v roce 2006 zřízena Spolkovým ministerstvem vnitra jako diskusní fórum zabývající se integrací muslimů do německé společnosti. Formálního dialogu, kterému předsedá ministr vnitra, se účastní 15 zástupců německých státních orgánů a 15 zástupců muslimských komunit.³² Na třetí schůzi Německé islámské konference v březnu 2008 se účastníci dohodli, že budování nových reprezentativních mešit je důležitým krokem na cestě k integraci muslimů, protože mešita dokumentuje trvalou přítomnost náboženských komunit.³³

Konkrétní rozhodnutí o stavbě mešit, které záleží na příslušných správních orgánech a na případných právních krocích ze strany místních obyvatel, je v praxi složitější než obecná politická deklarace. Judikatura německých soudů proto není v této otázce jednotná. Spolkový správní soud v roce 1992 řešil případ, ve kterém soused právně napadl rozhodnutí místních orgánů o povolení stavby mešity v residenční čtvrti. Žalobce argumentoval, že provoz mešity povede nutně k dramatickému nárůstu dopravy, na který městská část nebyla připravena. Spolkový správní soud žalobu od-

mítl s tím, že případné narušování sousedů je jen nepatrné a že proto náboženská svoboda v daném případě převažuje nad zájmy sousedů pozemku. Žalobce se však odvolal k vyšší instanci, tj. Spolkovému soudnímu dvoru pro federální zemi Baden-Württemberg. Ten zrušil rozhodnutí správního soudu, protože považoval narušení sousedů v době ranní modlitby za nepřiměřené. Poslední slovo v této kauze měl ovšem Spolkový ústavní soud, který nakonec dal za pravdu argumentům stavitelů mešity a konstatoval, že sousedé musejí akceptovat takovou úroveň narušení, která je běžná pro okolí sakrálních staveb. Negativní dopady provozu mešity byly podle Spolkového ústavního soudu značně limitovány (jen zhruba tři měsíce za rok a vždy pouze na 30 minut).³⁴

Zatímco se v diskusi o stavbě mešit a minaretů v posledních letech objevuje stále více emocí, je tradičním bitevním polem kulturních konfliktů oblast školství. Spory se v praxi týkají např. nošení islámského šátku a používání dalších náboženských symbolů ve třídách či osvobození dětí příslušejících k jiným náboženským komunitám z tělesné výchovy či školních výletů. Ke konfliktům dochází ve státech, které pro veřejné školství zastávají ve smyslu *laicité* striktní odluku státu od církve, stejně jako v zemích, kde ve školách cíleně vyučují nábožensky motivovaný hodnotový systém. V oblasti výchovy a vzdělání dětí zřejmě nelze střetům odlišných kulturních koncepcí zcela zabránit,³⁵ přičemž cílem právního řešení těchto střetů musí být správná rovnováha dotčených zájmů.

Do obecného povědomí veřejnosti se dostala problematika nošení islámského šátku ve školách, a to jak ze strany učitelů, tak i ze strany žáků a studentů. Zatímco Francie přísně aplikuje zásadu *laicité* striktní a zakazuje všem státním zaměstnancům včetně učitelů veřejných škol nošení jakýchkoli náboženských symbolů, je přístup jiných evropských států liberálnější. V Rakousku je islám již od roku 1912 oficiálně uznán jako náboženství, což implikuje též možnost nošení muslimských symbolů včetně šátku ve veřejných školách. Islámský šátek je dnes také u velké části mladých muslimek v Rakousku samozřejmou součástí oblékání.³⁶ Podobnou vstřícností se tradičně vyznačují také skandinávské země.

Složitější je situace např. ve Švýcarsku a Německu. V roce 1997 švýcarský Spolkový soud zamítl žalobu muslimské učitelky ze Ženevy, které příslušné úřady zakázaly nošení šátku. Spolkový soud dospěl k závěru, že islámský šátek představuje silný náboženský symbol, který může urazit náboženské citění žáků. Současně zdůraznil význam náboženské neutrality státu, která má v tomto konkrétním kontextu veřejné školy přednost před náboženskou svobodou.³⁷

Poté, co se dotyčná muslimka obrátila se svojí stížností do Štrasburku, rozhodl Evropský soud pro lidská práva v únoru 2001, že zákaz islámského šátku není v rozporu s náboženskou svobodou stěžovatelky ve

smyslu čl. 9 EÚLP, protože zásah byl proveden na základě zákona, sledoval legitimní cíl a byl přiměřený ve vztahu k tomuto cíli. Evropský soud pro lidská práva uznal, že v daném případě muslimská učitelka konfrontovala s náboženskou symbolikou děti ve věku od 4 do 8 let, které byly ve svém vztahu k náboženství lehce ovlivnitelné.³⁸

Již v roce 1988 se problematikou nošení islámského šátku zabýval také německý Spolkový správní soud, který argumentoval tím, že nošení určitého oblečení může mít náboženský význam. Manifestace náboženského vyznání ze strany učitele podle soudu však koliduje s negativní náboženskou svobodou žáků, kteří mají právo nebyť konfrontováni s takovou symbolikou.³⁹ Daný rozsudek ponechal poměrně velký prostor pro vlastní uvážení příslušných státních orgánů, protože v praxi může být sporné, zda nošení islámského šátku v konkrétní situaci zasahuje do práv žáků. Judikatura německých soudů v následujících letech proto opět nebyla jednotná.

Směrodatný rozsudek přijal Spolkový ústavní soud až v roce 2003. V tomto případě německá státní příslušnice afgánského původu žalovala federální zemi Baden-Württemberg za to, že v roce 1998 nezískala post učitelky na základní a střední škole. Příslušný školský úřad své rozhodnutí odůvodnil tím, že uchazečka nosila islámský šátek nejen jako náboženský, ale také jako politický symbol, který není slučitelný se zásadou neutrality státu. Před ústavním soudem žalobkyně tvrdila, že tímto rozhodnutím bylo zasaženo do její svobody náboženství. Spolkový ústavní soud dospěl k závěru, že zákaz nošení šátku pro učitelky je v rozporu s právem jen v případě, že takový zákaz není přímo zakotven v konkrétní zákonné normě.⁴⁰ V reakci na tento rozsudek se některé federální země (např. Baden-Württemberg a Nordrhein-Westfalen) brzy rozhodly pro přijetí zákonů explicitně zakazujících nošení šátků ve veřejných školách, jiné federální země nikoli.

Pozornost vzbudil též rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci Leyla Şahin proti Turecku,⁴¹ ve kterém nešlo o nošení šátku ze strany učitelky, ale studentky vysoké školy. Stěžovatelka, která chtěla nosit islámský šátek během zkoušky, byla lékařskou fakultou potrestána na základě tureckých zákonů, které vychází ze striktní odluky státu od náboženství. Evropský soud pro lidská práva v roce 2005 rozhodl, že turecké opatření omezující náboženskou svobodu bylo v souladu s EÚLP, protože sekularismus v Turecku garantuje demokratické hodnoty a demokratický systém jako takový. Podle soudu chrání zákaz nošení šátku jednotlivce nejen proti svévolnému zásahu ze strany státu, ale také proti nátlaku ze strany extremistických hnutí. Tyto úvahy Evropského soudu pro lidská práva samozřejmě neznamenají, že by všechny smluvní strany EÚLP musely nošení islámského šátku v oblasti školství zakázat. Případný zákaz, které je odůvodňován ochranou

tradičních hodnot demokracie, však každopádně obstává ve světle evropských standardů lidských práv.

3.3 *Kulturní konflikty a horizontální účinek základních práv*

Obzvláště složité jsou projevy kulturního konfliktu v soukromé sféře, kde na sebe narážejí různé osobní a ekonomické zájmy soukromých osob. Typickým místem takových střetů je pracoviště, ale především také rodina. Obdobně jako ve veřejných školách byly také na pracovišti v minulosti zaznamenány konflikty týkající se nošení islámského šátku ze strany zaměstnanců. Příslušníci menšin též argumentovali právem na dodržování náboženských svátků.

Již v roce 1990 rozhodl příslušný okresní soud ve švýcarském městě Arbon ve prospěch turecké žalobkyně, která od zaměstnavatele dostala výpověď kvůli nošení šátku na pracovišti. Soud své rozhodnutí odůvodnil tím, že zaměstnankyně svoji svobodu náboženství vykonávala způsobem, který nevedl k porušení povinností vyplývajících z pracovního poměru.⁴²

Podobná výchozí situace byla ovšem německými soudy posuzována různými způsoby. V roce 2001 příslušný soud ve Frankfurtu nad Mohanem řešil případ turecké muslimky, která v 90. letech pracovala jako prodavačka v německém obchodním domě.⁴³ Konflikty na začátku nevznikly, protože pracovnice po dobu 10 let v práci nosila běžné oblečení bez náboženských symbolů. V roce 1999 však oznámila personálnímu oddělení zaměstnavatele, že do budoucna bude moct vykonávat svoji práci pouze s islámským šátkem, přičemž se odvolala na náboženská pravidla. Když na svém stanovisku trvala, dostala výpověď.

Před soudem žalobkyně argumentovala, že zaměstnavatel nijak nedokázal případnou ekonomickou ztrátu související s nošením islámského šátku. Podle ní by zákazníci obchodu akceptovali také prodavačku s islámským šátkem. Soud ve Frankfurtu však zdůraznil povinnost zaměstnanců řídit se pravidly oblékání, která byla v podniku obecně uznávána a praktikována. Takovými pravidly má zaměstnavatel právo určovat veřejnou prezentaci a vnímání podniku. Soud dodal, že svoboda náboženství není absolutním právem a že na stejné rovině stojí ústavně zaručený princip smluvní volnosti zaměstnavatele. Rozřešení tohoto konfliktu právních principů spatřil soud v ukončení pracovního poměru bez dalších případných nároků žalobkyně.

Vyšší instance, tj. Spolkový pracovní soud („Bundesarbeitsgericht“) však tento rozsudek zrušil a dal za pravdu argumentům žalobkyně.⁴⁴ Uznal sice, že konflikt dvou ústavních principů je třeba vyřešit pomocí správné rovnováhy, která umožňuje co nejširší zajištění zájmů obou stran. V daném případě však dospěl k závěru, že svoboda náboženství má specifickou váhu, která byla navíc potvrzována nejen německou ústavou,

ale také EÚLP.⁴⁵ Vzhledem k významu náboženské svobody soud požadoval po žalované straně jasné důkazy dokumentující ohrožení chodu obchodu či finanční ztráty související s nošením islámského šátku. Jelikož takové důkazy nebyly předloženy, soud považoval výpověď muslimky ze zaměstnání za neoprávněnou. Z rozsudku Spolkového pracovního soudu vyplývá, že právo na kulturní odlišnost lze úspěšně prosazovat nejen v případě, že zaměstnavatelem je stát, ale také vůči soukromým osobám. Jinými slovy, i v případech kulturní odlišnosti je třeba vycházet z horizontálního účinku lidských práv.

Prostředí rodinného života je v případě některých přistěhovaleckých komunit pod silným vlivem kulturní odlišnosti. Na jedné straně mezinárodní a národní standardy lidských práv sice zaručují široký prostor pro výkon práva na soukromý a rodinný život. Tato autonomie jednotlivce a rodiny však neznamená, že by stát musel zůstat zcela pasivní ve vztahu k fungování rodin. Podle mezinárodních norem na ochranu dětí, tzn. zejména podle Úmluvy OSN o právech dítěte z roku 1989, smluvní státy jsou povinny zasáhnout ve prospěch zájmů dětí i tam, kde práva dětí jsou porušována či ohrožována jejich vlastními rodiči. Tento přístup je třeba zobecnit. V zásadě končí soukromá a rodinná autonomie tam, kde jsou ohrožována základní práva členů rodiny.⁴⁶

V rámci rodiny se konkrétní projevy kulturní odlišnosti vyskytují např. v případech nuceného manželství, manželství nezletilých, trestných činů kvůli cti či ve sporech týkajících se výchovy dětí. Různé formy nuceného manželství existují nejen v řadě mimoevropských států, ale jsou také v Evropě součástí sociální reality. Současnou dimenzi problému naznačuje rezoluce z roku 2005, ve které Parlamentní shromáždění Rady Evropy vyjadřuje své znepokojení nad problémem nucených manželství a manželství dětí, které se vyskytují především v přistěhovaleckých komunitách. Parlamentní shromáždění ostře kritizuje státy, které tento fenomén tolerují pod záminkou respektu pro odlišné kultury a tradice.⁴⁷

Výbor Rady Evropy pro rovné příležitosti žen a mužů v rámci této diskuse upozornil na to, že řešení problematiky nuceného manželství a manželství dětí záleží na rovnováze mezi respektem pro lidská práva na jedné straně a respektem pro kulturní odlišnost na straně druhé. Současně však zdůraznil, že případné porušování základních lidských práv žen a dětí není záležitostí soukromé a rodinné autonomie.⁴⁸

Obdobně také Evropský parlament přijal v roce 2004 rezoluci o situaci žen v přistěhovaleckých komunitách, ve které vyzval členské státy EU, aby chránily muslimské ženy před porušováním lidských práv, např. v souvislosti s praktikou genitálního zmrzačení (ženské obřízky) a nuceným manželstvím. Evropský parlament doporučil, aby státy uznaly tyto formy pronásledování žen za legitimní důvody pro poskytování azylu.⁴⁹

Nelze pochybovat o tom, že různá jednání související s nuceným manželstvím a manželstvím dětí představují podle stávajících právních úprav evropských států trestné činy. Stíhání nucených manželství je ovšem v praxi velkým problémem. Jen výjimečně se dané případy dostaly před soudy v evropských státech, ohledně skutečného rozměru problému existují jen odhady. Děti a mladé ženy, které jsou vlastní rodinou nuceny do manželství, se z důvodu strachu, studu či nedostatečné důvěry často neobracejí na státní orgány. Studie provedená pro Radu Evropy dospěla k závěru, že v evropských státech bylo zatím soudně rozhodnuto jen málo případů nuceného manželství, a současně kritizuje také nízké tresty pro pachatele.⁵⁰

V roce 2005 se sedmnáctiletá dívka v Norsku s pomocí sociálních úřadů postavila proti rodičům, kteří rozhodli o jejím sňatku s mužem pocházejícím ze severního Iráku. Poté, co otec a bratr mladé dívky byli odsouzeni k 10, resp. 8 měsícům odnětí svobody, ztratila dotyčná kontakt s vlastní rodinou a sociální komunitou.⁵¹ Jedná se o velké dilema. Stát, který právem zasahuje ve prospěch příslušnice odlišné náboženské komunity a ochrání ji před násilím páchaným členy její vlastní rodiny, nemůže zajistit setrvání vztahů, které jsou z hlediska dané osoby klíčovou součástí jejího soukromého a rodinného života. Jinými slovy, ochrana lidské důstojnosti a osobní svobody je zabezpečena za cenu rozbíjení klíčových rodinných vazeb.

Značná mediální pozornost byla v Německu věnována soudnímu rozhodnutí ve věci manželství uzavřeného mezi německou státní příslušnicí marockého původu a jejím marockým manželem podle islámských předpisů. Poté, co ji muž začal fyzicky týrat, žena žádala o okamžitý rozvod. Podle německého práva lze manželství víceméně standardně rozvést po uplynutí určité lhůty, během které manželé žili odděleně. V případě souhlasu obou manželů s rozvodem platí lhůta jednoho roku, ve sporných případech tři let. Výjimečně však lze manželství rozvést před uplynutím dané lhůty, pokud by trvání manželství bylo pro žalující stranu neúnosné z důvodů, které tkví v osobě manžela.⁵²

V daném případě se tedy žena dovolala této výjimky. Příslušná soudkyně ve Frankfurtu však její žádost o urychlený rozvod odmítla s tím, že v marockém kulturním okruhu, ze kterého oba manželé pocházejí, údajně není fyzické násilí ze strany manžela neobvyklé. Soudkyně přitom dokonce doslovně citovala výrok z koránu, podle kterého muž stojí nad ženou a má právo ji bít. Dospěla k závěru, že trvání manželství (do doby uplynutí jednoho roku) nebylo v daném případě možné považovat za neúnosné.⁵³

Není divu, že toto rozhodnutí vyvolalo vlnu protestů a diskusí nejen mezi německými právníky. V přehnaných reakcích bylo dokonce namítnuto, že německý soud poprvé postavil korán nad německou ústavu a ochranu lidských práv. O takovém excesu však ani nemohla být řeč. Již dříve totiž žena před soudem do-

šla pro svého manžela zákazu vstupu do společného bytu a přiblížení se na méně než 50 metrů. Veškerá emoční debata však názorně demonstrovala, nakolik je téma kulturních konfliktů aktuální a promítá se do roviny aplikace právních norem ze strany soudních orgánů.

4. Závěr

Cílem tohoto příspěvku bylo, na pozadí intenzivních filozofických a politických diskusí o integraci příslušníků přistěhovaleckých komunit a specifických náboženských komunit a respektování jejich kulturní odlišnosti, představit právní dimenzi kulturních konfliktů. Jedná se o velmi aktuální problematiku, jejíž význam do budoucna jistě poroste současně s nárůstem počtu přistěhovalců z jiných kulturních okruhů do evropských zemí.

V první části studie bylo představeno právní pojetí kulturního konfliktu, které se orientuje podle výkladu a aplikace základních lidských práv a svobod. Klíčovým momentem je spojení argumentu kulturní odlišnosti s právním nárokem, přičemž v praxi příslušníci přistěhovaleckých komunit nejčastěji odkazují na svobodu náboženství. V kulturním konfliktu naráží kulturní a náboženská odlišnost na některé klíčové momenty právního a kulturního rámce, se kterým se identifikuje většinová společnost. Stěžejní normy evropské právní úpravy, a to zejména v oblasti ochrany základních práv, byly označovány za součást evropského *ordre public*.

V druhé části byly představeny různé situace a konstelace, ve kterých se kulturní konflikty promítly do právních, a to především soudních sporů. Analýza se zaměřila na případy, ve kterých příslušníci menšinových komunit prosazovali svoji kulturní odlišnost ve vztahu ke státu, a to jak v rámci zásady nediskriminace, tak i jako pozitivní nárok. Dále byly uvedeny také spory, ve kterých právo na kulturní odlišnost ovlivnilo také vztah mezi soukromými osobami.

Jak ukazuje soudní praxe v evropských státech, přístup ke konkrétním případům kulturní odlišnosti působí někdy nesourodě. Evropská migrační společnost by si však měla položit otázku, zda nad rámec obecných lidskoprávních principů má konkrétní úprava otázek, jako je např. nošení islámského šátku ve veřejných institucích a v soukromých podnicích, zůstat na jednotlivých státech. Bylo by vůbec žádoucí zformulovat jednotnou evropskou úpravu pro většinu problémů týkajících se postavení příslušníků etnických a náboženských komunit?

V této souvislosti je třeba připomenout také nejednotný přístup k tradičním národnostním či jazykovým menšinám v evropských státech. Ani v této problematice nevedly závazné mezinárodní úmluvy, jako např. Rámcová úmluva Rady Evropy o ochraně národnostních menšin, alespoň ke srovnatelnému standardu určujícího práva příslušníkům národnostních menšin

v Evropě. Mnohem méně pravděpodobná je politická shoda na společném přístupu k příslušníkům přistěhovaleckých komunit, které jsou v Evropě novými menšinami. Bez politické shody je ovšem přijetí závazné mezinárodní či evropské úpravy práv příslušníků odlišných etnických a náboženských skupin zcela ne-reálné.

Rozřešení konkrétních kulturních konfliktů tedy zůstane nadále především v rukou soudních orgánů v jednotlivých evropských státech a výjimečně také Evropského soudu pro lidská práva. Klíčem právního řešení bude určení správné rovnováhy mezi právem na kulturní odlišnost na jedné straně a ochranou klíčových hodnot demokratického státu na straně druhé. Ke vzniku standardů společných všem evropským státům však takto povede ještě velmi zdoluhavá cesta.

Summary

Cultural conflicts are a current problem the relevance of which will increase as the proportion of migrants from different cultures will increase as well. The key aspect of a legal notion of cultural conflict is the link between the cultural diversity argument on the one hand and concrete legal claims on the other. Cultural and religious diversity collides with such legal and cultural norms which are considered indispensable by the majority society. Such norms, especially in the field of fundamental rights, are conceived as part of the international ordre public.

Many cultural conflicts have found an expression in legal disputes before courts. Different cultural standards have been a legal argument in relation to state power, especially in the context of non-discrimination, but also with respect to positive state obligations. Court practice in Europe, however, has shown that the approach to concrete cases of cultural diversity is quite often inconsistent. In the European migration area the question is becoming more relevant whether besides general human rights principles also concrete issues, such as the wearing of the Islamic scarf in public institutions and private enterprises, should be regulated on the European level rather than on the level of individual states.

* Článek vznikl v rámci grantu GAČR 407/08/1287 a vychází z příspěvku předneseného dne 12. května 2008 na Právnické fakultě MU v Brně. Za organizaci přednášky bych chtěl poděkovat doc. PhDr. Tatianě Machalové, CSc.

** Doc. dr. iur. Harald Christian Scheu, CSc., Katedra evropského práva, PrF UK Praha

¹ Konference se zúčastnilo celkem 425 vybraných osobností ze světa politiky, vědy, umění a médií, jako např. předseda Evropské komise José Manuel Barroso, předseda Evropského parlamentu Josep Borrell, Vysoký zástupce pro společnou

zahraniční a bezpečnostní politiku Javier Solana, předsedové vlád Francie, Nizozemí, Finska, Lotyšska a Rakouska. Pro podrobnější informace o konferenci viz http://www.eu2006.at/de/The_Council_Presidency/Conference_The_Sound_of_Europe/index.html

² Viz transkript závěrečné diskuse ze dne 28. ledna 2006, str. 23-26 (http://www.eu2006.at/includes/Download_Dokument/transkript_schlussrunde.pdf)

³ Bassam Tibi, Der Islam und der EU-Beitritt der Türkei, *Europäische Rundschau*, 1/2006 (Sondernummer), 49-61, 57.

⁴ Poprvé k pojmu Leitkultur Bassam Tibi, Multikultureller Werte-Relativismus und Werte-Verlust, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 52-53/1996, 27-36. Pro podrobnější výklad viz Bassam Tibi, Europa ohne Identität? Die Krise der multikulturellen Gesellschaft, München, 1998.

⁵ A. N. J. den Hollander, Der Kulturkonflikt als soziologischer Begriff und als Erscheinung, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1955, 162. Citováno podle Axel Schulte, Multikulturelle Einwanderungsgesellschaften in Westeuropa. Soziale Konflikte und Integrationspolitiken, Bonn, 1998 (electronic edition) na stránkách <http://library.fes.de/fulltext/asfo/00801003.htm>

⁶ Ibidem.

⁷ Walter Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich, 2000, 24-25.

⁸ Viz podrobněji Zdeněk Kučera, Mezinárodní právo soukromé, 6. opravené a doplněné vydání, Brno, 2004, 193-197.

⁹ Zákon č. 97/1963 Sb. ze dne 4. prosince 1963, o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰ Srov. Vladimír Týč, Naděžda Rozehnalová, Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy, *Právník*, 6/2002, 634-661, 639.

¹¹ Viz podrobněji Patrick Kinsch, Sklavenbesitz, religiöse Ebehindernisse und entschädigungslose Enteignungen. Zur Vorgeschichte der Frage nach der Einwirkung der Grund- und Menschenrecht auf die Anwendung ausländischen Rechts, in: Heinz-Peter Mansel et alii (ed.), Festschrift für Erik Jayme, Band I, München, 2004, 419-435.

¹² Viz např. Ioanna Thoma, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Tübingen, 2007.

¹³ Juliane Kokott, Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public, in: Dagmar Coester-Waltjen/Herbert Kronke/Juliane Kokott, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Menschenrechte*, Bd. 38, Heidelberg 1998, S. 71ff.

¹⁴ Hannah Arendt, Vita Activa oder Vom tätigen Leben, 7. Aufl., München/Zürich 1992, S. 27-70. Podle Arendtové je charakteristický pro veřejnou sféru princip rovnosti, pro sociální sféru princip volné soutěže a pro soukromou sféru princip autonomie.

¹⁵ Hans-Rudolf Wicker, Multiculturalism and the Sphere Theories of Hannah Arendt and John Rex, in: Hans-Rudolf Wicker (ed.), Rethinking Nationalism and Ethnicity, The Struggle for Meaning and Order in Europe, Oxford/New York 1997, S. 143-162.

¹⁶ Viz podrobněji Kälin, op. cit. sub 8, 91-93.

¹⁷ Srov. Human Rights Committee, General Comment No. 18: Non-discrimination (10.11.1989).

¹⁸ Pro analýzu této problematiky ve světle Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod viz podrobněji Blanka Čechová, Rovnost a zákaz diskriminace v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva, in: Michal Bobek et alii (ed.), Rovnost a diskriminace, Praha, 2007, 155-174, 166-169.

¹⁹ Viz stanovisko Výboru pro lidská práva z roku 2003: Althammer et al. V Austria, Communication No. 998/2001 (CCPR/C/78/D/998/2001).

²⁰ Kristin Henrard, Gleiche Rechte oder Sonderrechte. Der Minderheitenschutz und das Diskriminierungsverbot, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft, 2007, 43-44.

²¹ D.H. a další v. Česká republika (stížnost č. 57325/00).

²² Ve své zprávě z roku 2006 Spolkový úřad na ochranu ústavy (Bundesamt für Verfassungsschutz) řadí IGMG mezi fundamentalistické organizace. Zpravodajská služba organizaci mimo jiné vytýká rigidní koncepci muslimské společnosti jako jediného správného politického a sociálního vzoru. Západní model demokracie bývá označován za „nesprávnou civilizaci“. Viz Bundesministerium des Innern (ed.), Verfassungsschutzbericht 2005, Berlin, 2006, 215-222. Zpráva je přístupná na stránkách http://www.verfassungsschutz.de/de/publikationen/verfassungsschutzbericht/vsbericht_2005/vsbericht_2005.pdf

²³ <http://www.igmg.de/muslime-recht/bekleidungsgebote-und-erziehungswesen/fotos-in-ausweispapieren.html>

²⁴ Verordnung zur Bestimmung der Muster der Reisepässe der Bundesrepublik Deutschland (BGBl. I 2000, 1165).

²⁵ Verwaltungsgericht Wiesbaden, 10.7.1984 (Az. VI/1 E 596/82).

²⁶ Verwaltungsgericht Berlin, 18.1.1989 (Az. 1 A 146/87).

²⁷ Verwaltungsgericht Kassel, 4.2.2004 (Az. 3 G 1916/03).

²⁸ Verwaltungsgerichtshof Hessen (Az. 7 TG 448/04).

²⁹ Kälin, op. cit. sub 8, 123-126.

³⁰ Thomas Lemmen, Melanie Miehl, Islamisches Alltagsleben in Deutschland, Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2001, 55-56.

³¹ Jiří Raimund Tretera, Právní postavení islámské menšiny v České republice, in: Náboženská sloboda a jej aspekty. Islám v Európe, Bratislava, 2005, 109-115, 114.

³² Pro podrobnější informace Spolkového ministerstva vnitra o cílech konference viz http://www.bmi.bund.de/nn_1018358/Internet/Content/Nachrichten/Pressemitteilungen/2006/Einzelseiten/Islamkonferenz__Kurzinfor.html

³³ Viz Migration und Bevölkerung, Newsletter, 3/2008 (http://www.migration-info.de/migration_und_bevoelkerung/archiv/ausgaben/ausgabe0803.pdf).

³⁴ K tomuto případu viz podrobněji Stefan Muckel, Islam in Germany, in: Richard Potz, Wolfgang Wieshaider (ed.), Islam and the European Union, Leuven: Peeters, 2004, 41-77, 55-57.

³⁵ Srov. Kälin, op. cit. sub 8, 140-147.

³⁶ Martina Schmied, Islam in Österreich, in: W. Feichtinger, S. Wentker (ed.), Islam, Islamismus und islamischer Extremismus, Wien: Böhlau, 2008, 189-206, 197.

³⁷ BGE 123 I 296.

³⁸ Dahlab v. Švýcarsko (stížnost č. 42393/98).

³⁹ Srov. Kälin, op. cit. sub 8, 151.

⁴⁰ Rozsudek ze dne 24. září 2003, 2 BvR 1436/02.

⁴¹ Rozsudek Velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. listopadu 2005 (stížnost č. 44774/98).

⁴² Kälin, op. cit. sub 8, 178.

⁴³ LAG Hessen, rozsudek ze dne 21. června 2001 (3 Sa 1448/00).

⁴⁴ BAG, rozsudek ze dne 10. října 2002 (2 AZR 472/01).

⁴⁵ Spolkový pracovní soud explicitně uvedl zde zmíněný případ Dahlab v. Švýcarsko.

⁴⁶ Viz podrobněji Harald Christian Scheu, Trestní právo v napětí kulturního konfliktu, *Jurisprudence*, 5/2008, 3-7.

⁴⁷ Resolution 1468 (2005), Forced marriages and child marriages.

⁴⁸ Viz doc. 10590 (20.6.2005), rapporteur: Rosmarie Zapfl-Helbling.

⁴⁹ European Parliament Resolution on the Situation of Women from Minority Groups in the European Union (2003/2109 (INI)).

⁵⁰ Edwige Rude-Antoine, Forced marriages in Council of Europe member states. A comparative study of legislation and political initiatives, Strasbourg, 2005, 9.

⁵¹ <http://www.aftenposten.no/english/local/article1044225.ece>

⁵² Srov. ustanovení § 1564-1566 Bürgerliches Gesetzbuch.

⁵³ K okolnostem případu viz např. článek v Sueddeutsche Zeitung ze dne 22. března 2007, <http://www.sueddeutsche.de/tt514/deutschland/artikel/778/106672>.

Základní norma právní

(Pitamicův přínos a kritika ryzí nauky právní)*

Marijan Pavčnik**

Překlad: Jaromír Tauchen***

I.

Leonid Pitamic¹ (1885-1971) se nikdy netajil tím, že „jeho názory ovlivnil vídeňský profesor Kelsen a jeho škola“.² A nejen to: Pitamic náležel ke *Kelsenovým* prvním žákům a diskusním partnerům. Jak *Métall* uvádí, *Kelsen* začal ještě během první světové války s analýzou problémů suverenity a shromáždil kolem sebe okruh mladých lidí, kteří v soukromém semináři diskutovali o právně teoretických problémech. Nejdříve mezi ně náleželi někteří posluchači jeho přednášek z let 1911-1914 (*Adolf Merkl, Leonidas Pitamic a Alfred Verdross*).³ V krátkém článku, který byl uveřejněn u příležitosti *Kelsenových* 90. narozenin, popisuje *Leonid Pitamic*, nejstarší z ještě žijících *Kelsenových* žáků, tato setkání následovně: „S radostí vzpomínám na pravidelná nedělní setkávání osob zajímavých se o právní filosofii v jednom vídeňském bytě; po tom co byly proneseny referáty se následně rozvinuly velmi zajímavé diskuze.“⁴

Dále se dostane ke slovu sám *Pitamic*. Následující analýza má za úkol ukázat, do jaké míry i pro něj platí, že ryzí nauka právní byla „společným dílem kruhu teoreticky stejně zaměřených mužů, který se stále rozšiřoval“.⁵ Když toto tvrzení *Kelsen* vyslovil, ubíral se *Pitamic* v některých případech již „vlastními cestami“.⁶

Byly tyto a další cesty v souladu s ryzí naukou právní, představovaly s ní dialog, nebo vedly na hranice, když už ne za hranice toho, co lze ještě nazývat ryzí naukou právní?

Odpověď na tuto otázku bych chtěl v tomto příspěvku vyložit na příkladě základní normy právní, kde se nezřetelněji projevil *Pitamicův* přínos a jeho kritika ryzí nauky právní.

II.

Pitamic byl také kritikem ryzí nauky právní, přičemž poukázal na její slabá místa, částečně ovlivnil její

teoretické zdokonalení a v neposlední řadě se od ní vzdálil, přinejmenším co se týče jednoty hodnot. Co ho obzvláště znepokojovalo a s čím se nemohl ztotožnit již na počátku své teoretické dráhy, byla *Kelsenova* normativní ryzost. Již v pojednání *Myšlenkově ekonomické předpoklady právní vědy* z roku 1917 obhajoval názor, že jen sama normativní metoda nemůže být východiskem pro konkrétní právo, což zastávala nejprve *Kelsenova* ryzí nauka právní. *Pitamic* poukázal již v této době na to, že právo nabývá platnosti nejen v případě, když je nižší právní norma v souladu s právní normou vyšší, ale je nutno zohlednit i působení právního systému jako celku. Prosazoval vědecký princip, podle kterého musí být určen průběh normativní dedukce s ohledem na vývoj dění probíhající podle jiné (kauzální) metody, tedy s ohledem na faktické skutečnosti. Jak on sám říká: „při této volbě je nutno sledovat určitý ekonomický princip, a to jak u práva již neúčinného, tak i u práva platného v současnosti. Co se týče tohoto principu, odvolával se na filosofa a fyzika *Ernsta Macha*.⁷ Tento princip odhlíží úplně od subjektivní politické myšlenky a omezuje se na objektivní stanovení materiálních předpokladů pro konstrukci těch právních norem, které jsou v souladu s představami o tom, co má být, to znamená, které skutečně motivují lidi v oné oblasti a onom čase, a pro které chceme nalézat právo.“⁸

Zvláštní předností tohoto *Pitamicova* pojednání je skutečnost, že se vyslovil pro metodologickou jednotu a ryzost, aniž by viděl v předmětu právo a priori jen jeho normativitu a aniž by ho očistil od všech jeho nenormativních elementů. *Pitamic* ostře odlišuje deduktivně-normativní metodu od induktivně-kausální metody. První z nich nabízí jen způsob myšlení, prostřednictvím kterého „je nutno nalézat normy dané právní látky v jejich vztazích mezi sebou a používat je ve vztahu ke skutečnému dění.“⁹ Jádro této metody spočívá v normativní přičitatelnosti, která není nic jiného než „podřazení jedné skutkové podstaty pod jinou skutkovou podstatou na základě normy“.¹⁰ Obzvláště charakteristická je skutečnost, že ten, kdo používá deduktivně-normativní metodu, předpokládá existenci

určitého východiska pro jeho zkoumání, zatímco samo východisko (to znamená právní materiál jako předmět zkoumání) je možno definovat teprve za pomoci induktivně-kauzální metody. Druhá metoda hledá konkrétní východisko. To znamená, že usiluje o nalezení takového právního řádu, který člověk nalezne v jeho „konkrétním, časově a místně podmíněném obsahu.“¹¹

Právní věda se nemůže vyhnout tomuto metodologickému dualismu, což dokládá *Pitamica* velmi obrazně následujícím způsobem: „Pokud *Kelsen* vychází z jednoho daného stanoviska – souboru norem libovolného obsahu, ze kterého odvozuje čistě deduktivně důsledky, pak je možné jej přirovnat k vrcholu nějaké hory, ze kterého člověk vykročí směrem dolů; jak se ale dostane na vrchol, se již neptá. Jiní hledají teprve materiální předpoklady, aby získali východisko norem. Hledají tak teprve vrchol určité hory; razí si cestu nahoru, což je možné pouze prostřednictvím induktivní metody, protože se... jedná o konstatování psychologických představ o tom, co má být (sollen), které spadají do oblasti poznání toho, co je (sein).“¹²

Pitamica přesvědčivě vysvětluje, že člověk ve svých představách, které probíhají podle určité metody, nikdy nemůže vystoupit z nekonečné řady, když jeho představy neudrží rovnováhu, která probíhá podle jiné metody.¹³ Právní věda (a vůbec žádná jiná věda) se nemůže vzdát tohoto konečného určení. Z tohoto vyplývá nutnost „posledních právních předpokladů, které ale vždy mají jinou povahu myšlení než právní normy.“¹⁴ Tento „poslední předpoklad“ se nemusí již představovat „jako to, co má být (sein sollend), nýbrž to, co je (seiend).“¹⁵ Jak *Pitamica* sám říká, nejde mu o „skok (zvýraznil M.P.) přes propast, která logicky odděluje v nekonečné hloubce svět toho, co je (sein), od světa toho, co má být (sollen).“¹⁶ Krátce řečeno: jedná se o nevyřešený, snad dokonce o neřešitelný problém teoretického poznání, který snad může překonat lidský skok hodnot („hodnot“ doplnil M.P.), takže „je odfíz-nuta normativně probíhající dedukce s ohledem na skutečnost toho, co je (sein).“ (zvýraznil M.P.).¹⁷

Otázky, které kladl *Pitamica*, jsou důležité. Charakteristické pro ně je, že se týkají přinejmenším několika oblastí, které představují pro ryzí nauku právní klíčový význam, a do dnes jsou předmětem četných diskuzí. Hlavní otázka se věnuje vzájemnému vztahu mezi předmětem (objektem) a metodou, resp. mezi metodou a předmětem výzkumu.¹⁸ *Kelsenovo* stanovisko, že „specifická metoda určuje specifický předmět“¹⁹ je pro *Pitamica* nepřijatelná a ten ho vrací v mírně upravené podobě zpět. Podle něj také specifický předmět spoluvytváří specifickou metodu, prostřednictvím které je onen předmět zkoumán. Podle *Pitamica* musí existovat „něco, co je rozhodující pro volbu metody.“²⁰ Jasněji vyjádřeno: „Především musí být nějakým způsobem dán předmět již od počátku,“ to znamená, že je určující pro volbu metody, protože již volba sama předpokládá určitou „znanost“ či „poznatek“. Skutečnost, že použi-

vám deduktivně-normativní metodu, tedy znamená, že norma zde již je. Předmět, který zkoumám, se mně určitým způsobem nabízí, aniž bych to byl ale já, kdo tento předmět sám utvářel.²¹

Stejnou váhu má rovněž otázka, proč badatel zkoumá právě jeden určitý a ne nějaký úplně jiný předmět. *Pitamica* se ptá: „Proč předpokládám, že právě tato norma je platná, proč jí dovoluji existovat, proč vynáším rozsudek o povinnostech toho konkrétního člověka právě na základě této nebo jiné normy.“²² Je to dáno již povahou vědeckého bádání, že na tuto otázku nemůže být dána libovolná odpověď. Pro *Pitamica* jsou „psychologické skutečnosti ležící v sociální sféře“ ty, které ho určují, vymezují a „právě tyto předpokládají, že je platná právě tato a žádná jiná norma.“²³ A toto je také ten důvod, proč je induktivně-kauzální metoda pro právotvorbu rovněž bezpodmínečně žádoucí. Její úlohou je „vytvořit materiální předpoklady pro právní konstrukci.“²⁴

Pro *Pitamica* je aplikace induktivně-kauzální metody oprávněná a zcela „legitimní“. Jiný názor však zastávali *Kelsen* a *Weyr*, kteří *Pitamicevi* vytýkali, že použití induktivně-kauzální metody znamená „úplnou denuraci nalézání práva.“²⁵ *Pitamica* s touto kritikou však nesouhlasil, protože by se podle něj právní věda znemožnila, kdyby definovala právě onen předmět, který zkoumá prostřednictvím deduktivně-normativní metody. *Pitamiceva* bádání ukázala, že induktivně-kauzální metoda je nutná vždy, když „normativní svět práva“ (právo jako to co má být – sollen) je závislý na příslušných skutečnostech ze světa toho, co je (sein). V již zmíněném pojednání „*Kritické poznámky k pojmům společnost, stát a Bůh u Kelsena*“ (1922) přiřadil *Pitamica* k těmto skutečnostem rovněž otázku jazyka: „Normy se skládají z jazykových znaků a písmen, jejichž význam je čistě konvenční, a je nutné je zkoumat a zjišťovat jako skutečnost toho, co je (sein) (zvýraznil M.P.).“²⁶

V tomto smyslu je spor o metodu „úplně sterilním sporem“ (zvýraznil M.P.) již proto, že sám nerozlišuje mezi východisky zkoumání a normativního právního zkoumání.²⁷ Klíčovou otázkou není, zda je „povoleno“ dodatečné použití induktivně-kauzální metody, nýbrž jde o „nesměšování“ obou metod.²⁸ Jde o metodologickou jasnost a čistotu, a ne o čistotu předmětu, kterou je možno poznat pouze prostřednictvím deduktivně-normativní metody. Když bychom se zřekli induktivně-kauzální metody, znamenalo by to, že by právní věda přinejmenším přehlížela právo, které je dáno v určitém časovém a teritoriálním rozsahu. Nebo jak říká *Pitamica*, „vidíme tímto nutnost zohlednění toho nenormativního, jak při vzniku základních norem, tak i při interpretaci norem; toto ale nenáleží mezi prakticky nejvíce rozhodující momenty.“²⁹

III.

Kelsen částečně zohlednil *Pitamicovu* kritiku a napsal ve známé předmluvě ke druhému vydání díla *Hlavní problémy ústavního práva* (1923), že *Pitamic* ve svém pojednání *Myšlenkově ekonomické předpoklady právní vědy z roku 1917* podal „cenný příspěvek k otázce určení základní normy jako předpokladu tvorby práva“. ^{30 31} *Kelsen* samozřejmě předpokládal, že lze mluvit o pozitivním právu pouze v případě, když jsou jeho normy účinné ve společnosti přinejmenším v průměru, a pokusil se nalézt odpovídající politické řešení. Až do zmíněného *Pitamicova* pojednání se *Kelsenovi* nepodařilo definovat řešení, které by zůstalo v rámci hranic ryzí nauky právní. *Kelsen* se přiblížil problematice základní normy. ³² V pojednání „*Říšský zákon a zemský zákon podle rakouské ústavy*“ ³³ výslovně stanovil, že každá právní konstrukce musí „vycházet z určitých norem jako platných právních ustanovení“. ³⁴ Pro *Kelsena* je typické, že výběr těchto východisek není otázkou právní, nýbrž politickou, a z tohoto důvodu „musí mít z hlediska právního poznávání podobu libovůle“. ³⁵

Pitamic je přesvědčen o tom, že *Kelsen* převzal jeho myšlenky týkající se účinnosti práva a vyjádřil je ve změně normativizované formě: nejprve to byla norma v mezinárodním právu a poté to byl ještě obsah základní normy. *Pitamic* říká, že „*Kelsen* zmíněnou myšlenku doplnil, protože to, co jsem já navrhoval jen jako nalézací princip pro konkrétní státní (ústavní) právo, *Kelsen* začlenil jako normu do mezinárodního práva.“ ³⁶ *Kelsenův* teoreticky poznávací princip byl povýšen „na obsah právní normy, a měl tak fungovat jako právní princip“. Tím, že se „to faktické stalo obsahem normy“, dostane podle *Kelsena* „zcela jedinečnou změnu významu, je to tak řečeno denaturováno, převedeno do protikladu a stane se tím samo normativním“. ³⁷ *Pitamic* se však s tímto řešením nespokojil, protože se tím „základní teoreticko poznávací problém odsune pouze o krok zpět a opět se musí objevit v mezinárodním právu“. ³⁸

Vyjadřuje tutéž pochybnost také co se týče základní normy, tak jak ji formuloval *Kelsen* v prvním vydání svého díla *Ryzí nauka právní* (1934). ³⁹ *Pitamic* to komentuje následujícím způsobem: „Tento řád je tedy empirický materiál, který poskytuje právní význam. Tento materiál tedy musí již existovat předtím, než bude moci být aplikována základní norma, která čerpá konkrétní obsah z tohoto materiálu. Výkladový princip pro tento materiál není ale žádná norma, nýbrž skutečné lidské chování, tedy skutečnost (sein) nacházející se mimo normativní sféru. Proto neobsahuje také řád, který byl vytvořen na základě dříve zmíněné skutečnosti, žádnou právní povinnost (sollen) na sebe a pro sebe; tuto vlastnost jí má propůjčit teprve až základní norma. Hypotetická norma ale není schopna autorizovat skutečnosti (sein) jako mající povinnost nebo je odů-

vodnit, protože ony samy jako hypotetické vyžadují odůvodnění.“ ⁴⁰

Vývoj *Kelsenových* teoretických stanovisek potvrzuje přesnost *Pitamicových* tezí, že *Kelsen* (v určitém rozsahu) přijal jeho kritický závěr, jak by mohla být zdůvodněna účinnost práva způsobem, který by byl přijatelný a slučitelný s ryzí naukou právní. Nehledě na intenzitu tohoto vlivu na *Kelsena* ⁴¹ je skutečnost, že *Kelsen* tyto teze neprohloubil pouze v onom bodě, kde se prolíná normativní s faktickým a faktické s normativním, ⁴² ale také je přijal a upravil tak, aby zůstaly nedotknutelné jako výchozí bod ryzí nauky právní. ⁴³ V tomto kontextu stanovil již velmi určitě *Behrend*, že „bude-li přijat faktický moment efektivity do formulace základní normy“, nedojde k narušení a rozbití čistě normologického systému ryzí nauky právní, protože „platnost a účinnost právního řádu zůstane od sebe přísně oddělena“. ⁴⁴

IV.

Pitamicovy obavy směřovaly proti tomu, aby byl vypouštěn obsah u ryzí nauky právní. Již na počátku jeho teoretické cesty pochopil, že právo není a nemůže být jen sociální technika, protože jeho *technika* musí být *sociální*, aby byla právní. ⁴⁵ Nezajímal se jen o právo jako o vypilovanou a jemně vypracovanou normativní techniku, nýbrž viděl v něm také společensky účinný právní řád, kterému náleží kvalita práva, když chrání vnější chování člověka a obzvláště lidská práva (lidskost jako měřítko právnosti). Charakteristická je např. myšlenka, že „lidská práva a přirozené právo neztratí nic z jejich hodnoty jako jeden důležitý předpoklad (doplnil M.P.) pro existenci pozitivního práva. Neboť jen ty právní normy, které odpovídají přinejmenším podstatným a pro materiální a duchovní život lidí nezbytným potřebám, se mohou dlouhodobě udržet.“ ⁴⁶ „Předpoklady“ pozitivního práva se nenacházejí jen mimo něho samotného, ale jsou zároveň také „jiným, heterogenním (doplnil M.P.) systémem“, který zasahuje do právního systému, dává mu životní sílu a slouží mu jako opora při výkladu právních norem. Závislost na tomto „jiném heterogenním systému“ je nejcitelnější a nejzřetelnější při výkladu ústavy, která stojí na vrcholu pyramidy státního (ústavního) práva. ⁴⁷ Odtud je již jen malý krok ke konečnému „zúčtování“ se samouspokojující „právní dedukcí“. ⁴⁸ Východiskem pro „právní dedukci“ je právní norma, která není ani určená, ani objektivně platná, nýbrž je předpokládána. Její fiktivita je sice zmírněna, když se vztahuje na účinný právní řád; ale na druhou stranu je pravda, že „při této konstrukci rovněž zůstává nevysvětleno, proč má lidský rozum uznat právě takový účinný řád jako právní řád, proč má být základní norma navržena právě pro něj a ne pro jiný řád.“ ⁴⁹ Když *Pitamic* myslí tímto způsobem, sleduje přítom výklad, podle kterého se

pramen právní normativity nachází již v předmětu, který poznáváme, a nejen v našem rozumu: „Tak jak může být kauzalita nejen kategorií našeho rozumu, ale to objektivní musí být samo v předmětech, není také pramen právní normativity hypotetická norma, kterou předpokládá myslící subjekt, nýbrž musí to být objektivní norma nezávislá na tom, kdo vytváří právo.“⁵⁰

Návrat k předmětu znamená pro právo, že jeho objektivní platnost od nejnižšího k nejvyššímu stupni je odůvodněna jen v jedné objektivní platné normě: „Mají být vytvořeny takové normy a instituce, které umožní v nejvyšší míře mírové soužití a poklidný styk mezi státy nebo v nich seskupeným lidem, a skutečné provedení norem má být chráněno účinnými garancemi (také prostřednictvím donucovacích opatření).“⁵¹ Tato základní norma je objektivní, protože čerpá svůj obsah z člověka jako individuální a společenské bytosti – z člověka jako konečného objektu práva.⁵²

Povaha právního předmětu je taková, že obsah normy již není právní, resp. že se již nejedná o *právní* řád, když norma mine předmět v jeho podstatě: „Existují tedy zásady, které vycházejí z povahy lidí a které platí pro jednotlivé lidi a pro jejich nejrůznější sdružení. Tyto zásady tvoří základy a podstatu práva. Obsah těchto zásad je samozřejmě velmi všeobecný a připouští různé způsoby detailního určení (konkretizace). Tato určení musí zůstat v rámci hranic zásad a nesmí jim principiálně odporovat; jinak by ztratila právní charakter, ačkoliv si připisuje toto jméno.“⁵³ Tyto zásady označoval *Pitamic* nejprve jako přirozené právo, „nadřazený právní pramen“⁵⁴ později mluví o souboru reálných práv, který zahrnuje přirozené právo jako nadřazený pramen a k jeho ochraně vytvořené pozitivní a obyčejové právo,⁵⁵ až se nakonec vyčerpá podstata práva, která již k sobě připojí přirozené právo.⁵⁶

Sestup do práva a jeho povahy mu ukazuje, že jeho hlavními částmi jsou řád a lidské chování. ‚*Řád*‘ je pro právo to podstatné, protože „přestane být právem, když již není řádem. Když normy právního řádu nejsou trvale aplikovány, neslouží již řádu ve společenství, pro které jsou určeny; v tomto případě tam panuje zlořád, bezprávný stav případně se stal účinným jiný právní řád.“⁵⁷ Není přeci řád, který má takový význam pro právo, žádný vyprázdňený řád, nýbrž takový řád, který řídí chování a jednání lidí. Tato úprava musí přinejmenším „vyhovovat svému předmětu tak, aby mu nevzal jeho charakter. Aby zůstalo právem, smí právo nařizovat nebo připouštět jen vnější chování člověka, ne tedy jeho opak, což je ‚nelidské chování‘, nechce-li ztratit svou vlastnost práva.“⁵⁸

Řád, který je chráněn právem, ztrácí povahu práva, když jeho nelidskost ztratí míru, kde je ještě možná existence individualismu a lidského soužití. To je minimální obsah práva, který je nejvšeobecněji určen a přijatelný pro všechny, pro které je lidskost hodnotou: „Každý řád, který zabezpečuje účinně úpravou vnějšího lidského chování život *člověka* ve společnosti, a to

i prostřednictvím donucovacích opatření, má platit jako právní řád.“⁵⁹ V tom spočívá také společný jmenovatel, který je přijatelný bez ohledu na ideologii a základ, který má být rozveden a konkretizován ještě detailněji v jednotlivých pozitivních právech. Jde o společného jmenovatele, který má jít přes mnohohořemnost přirozenoprávních pojetí a přivést přirozené právo zpět kam patří – do práva a jeho podstaty.

V.

Při představení *Pitamicových pojednání* o otázkách základní normy právní a jejich vazeb na východiska ryzí nauky právní jsem se pokusil o vědecký přístup, dokud to jen bylo možné a „dovolil jsem si“ proto hovořit o *Pitamicovi* co možná nejbezprostředněji. Když jsem to činil tímto způsobem, zkusil jsem být sám disciplinovaný a upustit od poznámek na okraj, které vyvstaly při opakovaném čtení jeho děl. Přiznávám: podobenství (metaforu), že s induktivně-kauzální metodou zdolávám horu a normativně-deduktivní metodou kráčím z hory dolů, jsem musel několikrát odsunout. Při tom jsem se ptal častěji sám sebe – volens nolens – (chtě nechtě), zda není právo jako kulturně-civilizační fenomén podstatněji komplexnější a vnitřně strukturovanější, než jak to vychází z *Pitamicovy* metafory. Ptám se sám sebe, zda skutečně stačí, že právní věda zkoumá právo jen v onom rozsahu prostřednictvím induktivně-kauzální metody, když se jedná o určení jeho pozitivně právního východiska (to znamená cesty, která vede na vrchol), zatímco se spokojí na cestě dolů pouze s deduktivně-normativní metodou a jejím ryze normativním horizontem.

Pitamicovou zásluhou je, že již velice brzy pochyboval o této předmětné čistotě práva (jako předmět teorie práva), že se opřel o skutečnosti (sein), ve kterých se právo (norma) uskutečňuje a prostřednictvím jazyka ovlivňuje rovněž jeho pochopení, a že zdůvodnil, že induktivně-kauzální metoda je rovněž „slučitelná“ s deduktivně-normativní metodou, i když se s ní nesloučí. Když člověk připustí, že se tyto dvě metody o sebe „vzájemně opírají“, jak napsal *Pitamic* již v roce 1917: „Poté se nám může přiblížit onen cíl, o který usilujeme *všemi* prostředky: a to je *poznání*.“⁶⁰

Poznání, aby člověk musel rozlišovat mezi předmětnou a metodologickou čistotou práva, je naplněno velmi kreativně. Ryzí nauku právní vůbec nezajímá obsah práva, pro ní může být úplně lhostejný. *Pitamic* nebyl s tímto východiskem srozuměn. Vydává se na cestu, na které hledá most (spojení) mezi právem pozitivním a právem přirozeným.

Jednotné (nebo přinejmenším více jednotné) pojetí práva by zvítězilo důkladnějším propracováním metafory s horou. Pyramida právních norem (je odůvodněna základní normou na jejím vrcholu) je více vypovídající, když je postavena na hlavu.⁶¹ Jedná-li někdo tímto

způsobem, nachází se v tomto případě základní norma nejnižší a z toho poté vyplývají jednotlivé právní stupně: ústava, zákony, podzákonné právní akty, smlouvy, správní rozhodnutí, rozsudky a tak dále až k jednání, prostřednictvím kterého jsou právní normy uskutečňovány. Hora (pyramida) je nyní vlastně strom s hustými větvemi a kořeny zapuštěnými v základní normě.

Skutečným problémem teorie základní normy je odpovídajícím způsobem uchopit „přechod od toho, co je, k tomu, co má být (od sein k sollen)“.⁶² Kdo je pověřen tímto přechodem, je vždy ten, kdo rozhoduje o určité právní otázce, zatímco mezi úkoly teorie náleží zaujmout stanovisko k přechodu a kriticky zhodnotit jeho měřítko. Ryzí nauka právní váhala při definici základní normy,⁶³ celou dobu se pouze snažila zdůvodnit normativitu práva (právo jako systém *platných* norem) a nezabývala se jejím *obsahem*.⁶⁴ Ryzí nauka právní se zabývá jen pozitivním právem a jeho existencí.

VI.

Pro *Kelsena* představuje základní norma nezbytný předpoklad, u kterého musí hledat útočiště ryzí pozitivistické zdůvodnění pozitivního práva. Dle jeho názoru okolnost, že člověk přijímá základní normu a že nám tato norma umožňuje právně porozumět první ústavě a poté ještě nižším právním normám, nevychází z žádné metody, která by ve vědeckém světě již nebyla známá. Jde pouze o to, že ryzí nauka právní získá takový charakter, „který jí všichni právníci – přinejmenším nevědomky přisuzují, když rozumějí pod pozitivním právem platný řád ne jako pouhé faktum vzájemného vztahu motivací, nýbrž jako normu“.⁶⁵

Základní norma umožňuje nakládat s právními normami jako s platnými normami. *Kelsenova* základní norma je hypotéza, kterou *Kelsen* jako **vědec** potřebuje. Jak již bylo řečeno, metodologická čistota jeho teorie je tak velká, že předmět vědy nespoluurčuje metodu. Je tomu dokonce naopak; předmět vědy závisí na metodě a její poznávací teoretické orientaci. Jde o metodu, která určuje předmět, který ale není identický s reálným (skutečným) právem.

Kelsenova základní norma je v první řadě **základní norma pozorovatele**, která legitimuje teoreticko-poznávací předmět zkoumání. Jeho teorie se zabývá jen částečně tím, co dělá účastník (např. soudce). Tato strana práva je zajímavá pro *Kelsena* jako stupňovitý významový rámec, který účastníkovi při jeho rozhodování ponechá určitý prostor pro uvážení. Normativní síť, která dává právnímu rozhodování určitý rámec, představuje významové schéma, které je ale obsahově prázdné. Ryzí nauka právní určuje hranice této tvůrčí činnosti, kterou tvůrce právního rozhodování nesmí překročit.⁶⁶ Obsahová stránka práva se nachází mimo dosah *kelsenovské* základní normy.

VII.

Pitamic byl ryzí naukou právní ovlivněn a nadšen; přitahovala ho, obzvláště co se týče pojmové analýzy pozitivního práva a jeho normativní struktury. Brzy ale poznal, že metodologický přístup nemůže jednostranně určovat předmět zkoumání, protože on sám musí vycházet z předmětu a jeho povahy. Kritický postoj ho vedl k novému zkoumání a novým úvahám a umožnil mu současně přísněji zhodnotit význam normativní přičitatelnosti.⁶⁷ Velmi charakteristická je skutečnost, že viděl za každou komplexní strukturou člověka, který je nositel práva a pro nějž je samo právo určeno. Tato otázka je nejcitlivější u právnických osob (např. státu), za kterým se mohou „skrývat“ nejrůznější osoby. Pro *Pitamica* je otázka normativní (právní) přičitatelnosti vždy *také otázkou etickou*. „Nesmíme zapomenout na to,“ napsal ve svém pojednání *Kritiční pohledy na juridično osebo (Kritické úvahy o právnické osobě)*, „aby individuum bylo základem každé společnosti, aby bylo „omne jus hominum causa“ a aby nemohla existovat společnost bez základního principu morálky: aby byl člověk individuálně odpovědný za své jednání.“⁶⁸

Pitamicovo „omne jus hominum causa“ je tolerantní a nevnučuje svoji ideologii jiným. Do středu práva staví „pouze“ člověka a lidskost, pod kterou se skrývá kvalita člověka – lidskost je základní normou každého práva, lidskost je závazná pro každého, pro každý světový názor a pro každou ideologii.

Pitamicovo chápání základní normy se odlišuje od chápání *Kelsena*, který striktně rozlišuje morálku a právo. Pro *Kelsena* je obsahově nemorální právo pořád ještě právem, když je právo jako celek z velké části platné a je věcí jednotlivce jako morální osobnosti, jakým způsobem bude reagovat na nemorální právo. *Pitamic* se vydal jinou cestou. Spojuje v rovině základní normy podstatu a existenci práva. Podstata se již nenachází mimo existenci práva, které se rozpadá na přirozené a pozitivní právo, nýbrž podstata je jednoduše součástí každého práva, které je zde a je nyní aktivní. Existuje pouze jedno právo a to nelze uměle rozdělit na přirozené a pozitivní.

Povahou práva je, že zahrnuje otázky obsahové správnosti a pozitivní účinnosti právních rozhodnutí. Když bychom se zabývali pouze právem, které je správné, můžeme být utopičtí a opominout skutečnost. Když se zabýváme pouze pozitivním právem, nacházíme se sice ve středu skutečnosti, ale přesto můžeme opominout hodnoty, které odůvodňují naše jednání a dávají mu smysl. Právo je rovněž fenoménem hodnot a skládá se z hodnotových rozhodnutí, které nesmějí sklouznout pod odpovídající etické minimum, chtějí-li zachovat podstatu práva.

VIII.

Pitamicova bádání ukázala, že se i ta nejryzejší nauka právní nemůže zabývat pouze právem jako normativní konstrukcí. Když člověk chce, aby byla tato konstrukce aktivní a právně platná, musí spočívat na skutečnostech z oblasti *sein* a musí umožnit podle jejího obsahu existenci individua a lidské soužití. Samozřejmě že je to velmi „nestabilní“ rámec, v jehož mezích se má právo pohybovat, přesto je to rámec jasně hovořící o směru, který právo musí mít. *Pitamic* říká, že „jde tedy o to, aby všechny právní jevy ať jsou již abstraktní, nebo konkrétní, normy nebo aplikace norem ve všech formách od nejvyšší až k té nejnižší, nehledě na jejich soulad ‚s vyšším stupněm‘, musely odpovídat *podstatě práva* (doplnil M.P.), aby mohly být kvalifikovány jako právo“.⁶⁹

IX.

Kelsen a *Pitamic* zastávají různé pozice. *Kelsen* je zastánce teze o diferenciaci, zatímco *Pitamic* zastává stanovisko, že právo a morálka jsou nutně spojeny. Diferenciační teze může právní pozorovatel akceptovat. Zabývá se otázkou, „co a jaké je právo“, ne ale otázkou, „jaké by mělo být“.⁷⁰ Teze o sjednocení se zakládají na východisku pro právního účastníka, který rozhoduje v konkrétních případech. Praktická právní rozprava se nemůže vyhnout morálním otázkám, musí ale najít a následovat hranice, které zohledňují specifické zákonitosti práva. *Pitamic* se této problematice sice více nevěnuje, nechává ale otevřený prostor pro diskuse tohoto typu. Požadavek, aby právní rozhodnutí byla správná, je v souladu s *Pitamicovým* chápáním základní normy právní.

Summary

Kelsen and *Pitamic* reason from different starting points. *Kelsen* supports the thesis of separateness, while *Pitamic* argues that law and morals are necessarily connected (the connection thesis). The thesis separateness can be acceptable for legal observers, e. g. for researchers. The connection thesis is a necessary starting point for legal participants, e. g. for judges, who decide in concrete cases. The claim that legal decisions must be correct, i. e. *richtig*, is in accordance with *Pitamic's* understanding of the basic legal norm.

hranicích ryzí nauky právní). Vydavatel a autor úvodní studie: *Marijan Pavčnik*. Ljubljana 2005, s. 153-173.

** Prof. Dr. Marijan Pavčnik, Pravna fakulteta (Právnická fakulta), Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovinsko (Marijan.Pavcnik@pf.uni-lj.si).

*** Do českého jazyka přeložil JUDr. et Bc. Jaromír Tauchen, LL.M.Eur.Integration (Dresden) – soudní tlumočnick pro jazyk německý.

¹ Srov. *Adolf Merkl*: Prof. Dr. Leonidas Pitamic zum 70. Geburtstag, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (im Weiteren: ÖZÖR), 7 (1956), s. 145-147; *Gorazd Kušej*: Leonid Pitamic, in: Zbornik znanstvenih razprav (im Weiteren: ZZR), 29 (1959), s. 5-12; *Stanko Peterin*: Leonid Pitamic, in: Pravník, 26 (1971) 7-9, s. 374-377; *Ivan Tomšič*: Leonidas Pitamic in memoriam, in: ÖZÖR, 23 (1972), s. 201-203; *Robert Walter*: Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1810-1933, in: Juristische Blätter, 110 (1988) 10, s. 620, Fn. 90 a *Marijan Pavčnik*: Leonid Pitamic, in: Leonid Pitamic: Na robovih čiste teorije prava (Na hranicích ryzí nauky právní). Vydavatel a autor úvodní studie: Marijan Pavčnik. Ljubljana 2005, s.337-340.

² *Leonid Pitamic*: Država (Stát). Přetisk z roku 1927. Ljubljana 1996, viz předmluva.

³ *Rudolf Aladar Métall*: Hans Kelsen. Leben und Werk. Wien 1969, s. 29.

⁴ *Pitamic*: Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, in: ÖZÖR, 21 (1971), s. 262.

⁵ *Hans Kelsen*: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. 2. vydání. Tübingen 1923, s. XXIII. Pro druhé vydání připravil *Kelsen* novou předmluvu (Předmluva k druhému vydání, s. V-XXIII); první vydání tohoto díla pochází z roku 1911.

⁶ *Pitamic*: Država (Stát, Fn. 2), viz předmluva.

⁷ Vgl. *Pitamic*: Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, in: ÖZÖR, 3 (1917), s. 336-367 (Přetisk in: 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre. Hrsg. *Rudolf Aladar Métall*. Wien 1974, s. 297-322;

dále cituji podle přetisku tohoto díla). Viz poznámky pod čarou 1, 4, 5 a 11. Srovnej take *Ernst Mach*: Die ökonomische Natur der physikalischen Forschung, in: Allmanach der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, XXXII, Wien 1882, s. 302: „Tento cíl může být plným právem nazýván ekonomickým v případě, že člověk bude mít přehled o tomto odvětví při vynaložení co nejmenší námahy a bude reprodukovat všechny skutečnosti jedním myšlenkovým procesem.“ Viz také s. 301, 303, 305, 306 a 316.

⁸ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 321 und Nove smeri v pravni filozofiji (Neue Richtungen in der Rechtsphilosophie), in: ZZR, 1 (1921), s. 18. Viz také recenzi *Kelsenovy* knihy: Reine Rechtslehre (1934), in: Zeitschrift für öffentliches Recht (im Weiteren: ZÖR), 15 (1935), s. 414.

⁹ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 321. Za pomoci této metody se právní konstrukce realizuje výlučně prostřednictvím právních pojmů (s. 322).

¹⁰ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 300.

¹¹ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 301.

¹² *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 301.

¹³ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 311-312.

¹⁴ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 312.

¹⁵ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 312.

¹⁶ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 312.

¹⁷ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 312.

* Tento článek částečně vychází z úvodní studie k dvoujazyčné knize: *Leonid Pitamic*: Na robovih čiste teorije prava (Na

¹⁸ Z nejnovější literatury zvláště *Günther Winkler*: Rechts-
theorie und Erkenntnislehre. Wien, New York 1990, s. 175
a násl.

¹⁹ Viz *Kelsen*: Der soziologische und der juristische Staats-
begriff. Tübingen 1922, s. 106.

²⁰ *Pitamic*: Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-,
Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen, in: ZÖR, 3 (1922),
s. 531-544 (přetisk in: 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre.
Verlag Rudolf Aladár Metall. Wien 1974, s. 339-359; dále
cituji podle přetisku tohoto díla), s. 343.

²¹ *Pitamic*: Kritische Bemerkungen (Fn. 20), s. 343. Viz. stej-
né místo na této straně: „Není mým úkolem konstruovat tuto
nomu nebo jí předpokládat, neboť tato metoda by potom
závisela pouze na způsobu mého pozorování nebo jiného
badatele. Ona se musí nacházet i v představách jiných lidí
v případě, že se jedná o skupinu svázanou normami.“

²² *Pitamic*: Kritische Bemerkungen (Fn. 20), s. 346.

²³ *Pitamic*: Kritische Bemerkungen (Fn. 20), s. 346.

²⁴ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 322.

²⁵ *Kelsen*: Recenze *Pitamicovy* knihy: Die parlamentarische
Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich, in: ÖZÖR, 2
(1915-1916), s. 258. Rovněž také *Franz Weyr*: Recenze
Pitamicovy knihy: Die parlamentarische Mitwirkung bei
Staatsverträgen in Österreich, in: Archiv des öffentlichen
Rechts, 35 (1916), s. 346.

²⁶ *Pitamic*: Kritische Bemerkungen (Fn. 20), s. 352. Srovnej
také s. 353: „Změna ve významu řeči je odvislá opětovně od
změny názorů ve společnosti, tedy od sociálních skutečností.“
K tomu viz také: Die Abhandlung Interpretation und Wort-
bedeutungswandel, in: ZÖR, 18 (1938), s. 426 a násl.

²⁷ Srovnej *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 302.

²⁸ *Pitamic*: Denkökonomische (Fn. 7), s. 322.

²⁹ *Pitamic*: Kritische Bemerkungen (Fn. 20), s. 353. Viz také
recenze *Kelsenovy* knihy: „Das Problem der Souveränität und
die Theorie des Völkerrechts“ a „Der soziologische und der
juristische Staatsbegriff“, in: ZÖR, 7 (1928), s. 641 a násl.
a „Reine Rechtslehre“ (1934, Fn.), s. 413 a násl.

³⁰ *Kelsen*: Hauptprobleme, 2. vydání. (Fn. 5), s. XV. Na tomto
místě byla citována následující *Pitamicova* pojednání: Denkö-
konomische (Fn. 7); Eine „Juristische Grundlehre“, in:
ÖZÖR, 3 (1918), s. 734-757; Plato, Aristoteles und die Reine
Rechtstheorie, in: ZÖR, 2 (1921), s. 683-700 a Kritische Be-
merkungen (Fn. 20). – Příspěvek „Eine ‚Juristische Grund-
lehre‘“ je recenzí díla, jehož autorem je *Felix Somló*: Juristische
Grundlehre. Leipzig 1917; tento příspěvek je přetištěn
v *Felix Somló*: Schriften zur Rechtsphilosophie. Hrsg. *Csaba*
Varga. Budapest 1999, s. 77-96.

³¹ Vgl. *Robert Walter*: Entstehung und Entwicklung des Ge-
dankens der Grundnorm, in: Schriftenreihe des Hans Kelsen-
Instituts. Band 18. Wien 1992, s. 52 a *Michael Pawlik*: Die
Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts. Ein
kritischer Vergleich. Berlin 1993, s. 168, Fn. 109: „Argument,
že základní norma je *Kelsenův* prostředek pro zjištění
předmětu zkoumání, dal poprvé *Pitamic* do diskuze
s odvoláním se na Macha v díle: *Pitamic*, Denkökonomische
Voraussetzungen, s. 303 a násl. Ze starších děl viz např.
Alfred Verdross: Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem,
in: Zeitschrift für Völkerrecht, 12 (1923), s. 405-438 (cito-
váno podle přetisku v: Die Wiener rechtstheoretische Schule.
Verlag. *Hans Klecatsky*, *René Marcic* und *Herbert Scham-
beck*. Band 2. Salzburg, München 1968): „Pouze z meta-
právních důvodů, aby mohl být totiž (poměrně) hodnotně
poznán řád vyvozený ze zvolených předpokladů jako měřítko
hodnot pro co možná pro nejvíce skutkových podstat a od-

povídající normám. Tímto se Kelsen připojuje k *Pitamicově*
tezi (na tomto místě viz. Fn. 20, která odkazuje na *Pita-
micovo* pojednání Denkökonomische Voraussetzungen der
Rechtswissenschaft, in: ÖZÖR, 1917, s. 341 a násl. – poz-
námka M. P.), že je nutno vycházet při fixaci původní hy-
potézy z hodnotově ekonomického principu, proto je nutno
zvolit původní hypotézu, aby mohla postihnout co možná
nejvíce aktů jako právních aktů. Abychom tedy mohli kva-
lifikovat *faktické chování* pokud možno jako právní chování,
měla by být původní hypotéza tvořena s ohledem na
skutečnost.“ Srovnej také *Margit Kraft-Fuchs*: Kelsens
Staatstheorie und die Soziologie des Staates, in: ZÖR, 11
(1931), s. 402-415 (citováno podle přetisku v 33 Beiträge zur
Reinen Rechtslehre. Verlag. *Rudolf Aladár Metall*. Wien
1974, s. 197-211). Viz. obzvláště s. 205 a násl.

³² *Walter*: Entstehung und Entwicklung des Gedankens der
Grundnorm (Fn. 31), s. 49.

³³ *Kelsen*: Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreicher-
scher Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 32
(1914), s. 202-245, s. 390-438.

³⁴ *Kelsen*: Reichsgesetz und Landesgesetz (Fn. 33), s. 216.

³⁵ *Kelsen*: Reichsgesetz und Landesgesetz (Fn. 33), s. 217.
Viz. také s. 413-414: „Je to také metaprávní, politická otázka,
na kterou člověk nahlíží jako na poslední nebo nejvyšší, aby
se vzdal dalšího odůvodňování její platnosti. Někde musí
každá právníková úvaha narazit na takový konečný bod, na
kterém se zakládá celý systém právní konstrukce, podporující
jej z venčí.“ Srovnej také s. 435 a násl.

³⁶ *Pitamic*: Nove smeri (Nové směry, Fn. 8), s. 18. Srovnej
také recenzi *Kelsenovy* knihy: Das Problem der Souveränität
und die Theorie des Völkerrechts (Fn. 29), s. 641-642.

³⁷ Srovnej *Kelsen*: Das Problem der Souveränität und die
Theorie des Völkerrechts. Tübingen 1920, s. 99 in s. 240-24:
„Jako poznávací teoretický princip zde bylo uvedeno
následující: vystupuje zde zásada, jejíž původní normu je
třeba zvolit. Z jejího deduktivního rozvoje vychází právní řád,
který je v souladu se skutečným chováním lidí, jejichž jednání
tvoří obsah právního řádu, - protože je povýšena na obsah
právní normy. Neboť se *faktické* stalo obsahem právní normy,
dochází ke zcela ojedinělé změně významu. Je tak řečeno
denaturováno, obrací se v opak a samo se stane normativním.“

³⁸ *Pitamic*: Nove smeri (Nové směry, Fn. 8), s. 18. Viz také
kritické poznámky (Fn. 20), s. 351.

³⁹ *Kelsen*: Reine Rechtslehre. Leipzig und Wien 1934, s. 65
a násl.

⁴⁰ *Pitamic*: Čista pravna teorija in naravno pravo (Ryzí právní
teorie a přirozené právo), in: Razprave pravnega razreda
Akademije znanosti in umetnosti in Ljubljani, 1 (1941), s. 180.
Viz také recenze *Kelsenovy* knihy: Reine Rechtslehre (1934,
Fn. 8), s. 414.

⁴¹ Vgl. *Pitamic*: Frage der rechtlichen Grundnorm, in: Völker-
recht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred
Verdross. Wien 1960, s. 210. Viz také *Jürgen Behrend*:
Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolfs Merkl's und Hans
Kelsens. Berlin 1977, s. 94: „Kelsenova výpověď, že základní
norma jako hypotetický druh myšlení se vztahuje jen na
takové právní řady, které uznávají ti, kteří jsou podřízeni
právu, a tím jsou v podstatě účinné, odpovídá *Pitamicově*
myšlenkově ekonomickému principu.“ Viz také s. 73 a násl.
Rovněž *Rudolf Thienel*: Kritischer Rationalismus und Juris-
prudenz. Wien 1991, s. 117-118: „*Kelsen* odůvodňoval s vý-
slovným odvoláním se na *Pitamica* právě výběr těch
efektivních řádů jako právních řádů s tím, že tyto odpovídaly
zásadě nalézací ekonomie, protože tím člověk zahrne ony
řady, které nastanou ve skutečnosti.“

- ⁴² Vgl. *Pitamic*: Recenze *Kelsenovy* knihy: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (Fn. 29), s. 642.
- ⁴³ Srovnej s *Kelsenovými* formulacemi základní normy v jeho pozdějších dílech; viz. obzvláště *General Theory of Law and State*. Cambridge (Massachusetts) 1945, s. 116-117, *Reine Rechtslehre*. 2. Vydání. Wien 1960 (přetisk 1983), s. 209 a *Allgemeine Theorie der Normen*. Vydav. *Kurt Ringhofer* a *Robert Walter*. Wien 1979, s. 203 a násl. Viz také Fn. 65.
- ⁴⁴ *Behrend*: Untersuchungen (Fn. 41), s. 94. Srov. k tomu také *Robert Walter*: Wirksamkeit und Geltung, in: *ÖZÖR*, 11 (1961), s. 536 a násl..
- ⁴⁵ *Pitamic*: Čista pravna teorija (Ryzí právní teorie, Fn. 40), s. 188.
- ⁴⁶ *Pitamic*: Država (Stát, Fn. 2), s. 203.
- ⁴⁷ *Pitamic*: Pravo in revolucija (Právo a revoluce). Ljubljana 1920, s. 14. Viz také s. 18: „Vztah mezi právním řádem a uskutečňováním práva, když to člověk důsledně probere,... je podobný symbolu, který byl zvolen pro filosofii - totiž hadovi, který se kouše do vlastního ocasu.“
- ⁴⁸ *Pitamic*: Ustava in zakon (Ústava a zákon), in: *Slovenski pravnik*, 36 (1922), s. 9.
- ⁴⁹ *Pitamic*: O ideji prava (O ideji práva), in: *ZZR*, 19 (1943), s. 195.
- ⁵⁰ *Pitamic*: Čista pravna teorija (Ryzí právní teorie, Fn. 40), s. 184. Srovnej také otázku základní normy právní (Fn. 41), s. 211: „*Kant* na jednom místě ve své *Kritice* praktického rozumu sám říká, že je pro nás daný předmět pozorování pouze tehdy, když ‚cit‘ působí určitým způsobem. Cit prostřednictvím předmětu je také jeho působení, jehož příčina sama spočívá v předmětu. Je tedy nutno přiznat příčinné působení ještě předtím, než lidské příčinné kategorie vstoupí do funkce, protože ty poslední jsou vymazány teprve nekategorickým kauzálním působením, totiž rovněž zmíněným ‚citem‘“. Rovněž již v *Čista pravna teorija* (Ryzí právní teorie, Fn. 40), s. 183. Viz rovněž v místě, kde se *Pitamic* odvolává na *Kanta*: „... cit působí určitým způsobem“ (*Immanuel Kant*: *Kritik der reinen Vernunft*. 1.-2. vydání. Vydavatel. *Wilhelm Weischedel*. WA III. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1990, B. 33, 34).
- ⁵¹ *Pitamic*: Čista pravna teorija (Ryzí teorie práva, Fn. 40), s. 185.
- ⁵² *Pitamic*: Čista pravna teorija (Ryzí teorie práva, Fn. 40), s. 185-186.
- ⁵³ *Pitamic*: O ideji prava (O ideji práva, Fn. 49), s. 198. Srov. *Čista pravna teorija* (Ryzí teorie práva, Fn. 40), s. 189.
- ⁵⁴ *Pitamic*: Čista pravna teorija (Ryzí teorie práva, Fn. 40), s. 189.
- ⁵⁵ *Pitamic*: O ideji prava (O ideji práva, Fn. 49), s. 200.
- ⁵⁶ *Pitamic*: *Naturrecht und Natur des Rechtes*, in: *ÖZÖR*, 7 (1956), s. 206: „Spokojili jsme se se společným základem, totiž právním pojmem vycházejícím z jeho všeobecnosti, aby jsme popsali a vzájemně uvážili jeho obě základní části - ‚řád‘ a ‚lidské chování‘. Předtím než bude člověk hledat jiné prameny, musí nejdříve zcela vyčerpat následující pramen, což je právní pojem sám. Pokud to udělá důkladně, tak se ukáže, že podstata základních všeobecných právních zásad, tzv. primární přirození právo (na tomto místě Fn. 20, ve kterém uvádí *Verdrossovo* stanovisko vztahující se k obsahu primárního přirození práva – poznámka M.P.) je obsažena již v povaze práva a nemusí se hledat v ‚přirozeném právu‘, které se vznášá vedle nebo nad pozitivním právem.“
- ⁵⁷ *Pitamic*: *Naturrecht und Natur des Rechtes* (Fn. 56), s. 192.
- ⁵⁸ *Pitamic*: *Naturrecht und Natur des Rechtes* (Fn. 56), s. 194. Srovnej také *Alfred Verdross*: *Abendländische Rechtsphilosophie*. 2. vydání. Wien 1963, s. 296.
- ⁵⁹ *Pitamic*: *Frage der rechtlichen Grundnorm* (Fn. 41), s. 216. Srovnej také *Alfred Verdross*: *Statisches und dynamisches Naturrecht*. Freiburg 1971, s. 70.
- ⁶⁰ *Pitamic*: *Denkökonomische* (Fn. 7), s. 322.
- ⁶¹ Srovnej *Lothar Philipps*: *Friedrich Lachmayer – Magier und Ministerialbeamter. Zum sechzigsten Geburtstag*, in: *Zwischen Rechtstheorie und e-Government*. Vydavatel *Erich Schweighofer*, *Thomas Menzel*, *Günter Kreuzbauer*, *Doris Liebwald*. Wien 2003, s. 5.
- ⁶² *Robert Alexy*: *Begriff und Geltung des Rechts*. München 1992, s. 197.
- ⁶³ Viz přehled *Walter*: *Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm* (Fn. 31), s. 47a následující. – Srovnej také např. s následujícími díly, které se věnují otázce základní normy: *Alexy*: *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 62), s. 154 a násl.; *Peter Warta*: *Die Grundnorm als logisches Problem*, in: *Rechtstheorie*, 28 (1997), s. 383-386; *Stanley L. Paulson*: *On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm*, in: *Ratio Juris*, 13 (2000) 3, s. 279-293; *Uta Bindreiter*: *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine*. The Hague, London, New York 2002; *Alexander Peczenik*: *Scientia Juris. Legal Doctrine as Knowledge and as a Source of Law*. Dordrecht 2005 (s. 87-90, 90-92, 137-139) a *Stanley L. Paulson*, *Michael Stolleis* (Vydavatel): *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen 2005.
- ⁶⁴ Viz také druhá kapitola tohoto pojednání a v ní uvedená *Kelsenova* díla. Viz také výstižná analýza *Winkler*: *Rechtstheorie und Erkenntnislehre* (Fn. 18), s. 103 a násl..
- ⁶⁵ *Kelsen*: *Reine Rechtslehre* (1934, Fn. 39), s. 67. Viz také *Kelsenova* díla, které jsou citována u poznámky Fn. 43. Viz rovněž *Kelsenova* pojednání *On the Basic Norm*, in: *California Law Review*, 47 (1959) 1, s. 107-110 a *What is the Pure Theory of Law*, in: *Tulane Law Review*, 34 (1960) 2, s. 276: “This norm, which is not a positive norm – not a norm created by an act of human or superhuman will, but only presupposed in juristic thinking – is the reason for the validity of a positive legal order. It is called the *basic norm*. Its presupposition is the condition under which every coercive order established by acts of human beings and by and large effective, may be interpreted as a system of objectively valid norms.”
- ⁶⁶ Srovnej *Marijan Pavčnik*: *Juristisches Verstehen und Entschenden*. Wien, New York 1993, s. 5-7. Srovnej také *Meinrad Handstanger*: *Die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die Rechtspraxis*, in: *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2004/38, s. 621 a násl. a *Clemens Jabloner*: *Stufung und “Entstufung” des Rechts*, in: *ZÖR*, 60 (2005), s. 163 a násl.
- ⁶⁷ Vgl. *Pitamic*: *Nove smeri* (Nové směry, Fn. 8), s. 247 a násl. a *Kritiční pohledy na juridicko osebo* (Kritické úvahy o právnické osobě), in: *ZZR*, 4 (1925), s. 226 a násl.
- ⁶⁸ *Pitamic*: *Kritiční pohledy na juridicko osebo* (Kritické úvahy o právnické osobě, Fn. 67), s. 242.
- ⁶⁹ *Pitamic*: *Naturrecht und Natur des Rechtes* (Fn. 56), s. 206-207.
- ⁷⁰ *Kelsen*: *Reine Rechtslehre* (1934, Fn. 39), s. 1.

Vypořádací podíl v bytovém družstvu v souvislosti s převodem bytu do vlastnictví

Milan Pekárek*

Podnětem k následujícím úvahám je usnesení Krajského soudu v Brně, jímž tento soud, již jako soud odvolací, rozhodl ve věci žaloby podané bývalým členem proti stavebnímu bytovému družstvu na vyplacení vypořádacího podílu po té, co členský vztah žalobce k družstvu zanikl v důsledku převodu bytu z vlastnictví družstva do vlastnictví tohoto člena¹.

Podnětem nebyl jen samotný do jisté míry originální názor soudu na způsob stanovení výše vypořádacího podílu v této poněkud specifické situaci, ale navíc i skutečnost, že samotný soud na toto své usnesení odkazuje i účastníky dalších soudních řízení v podobných případech. Jinými slovy řečeno, soud aktivně usiluje o to, aby se jeho usnesení stalo pro řešení podobných případů precedentem.

Dřív, než se seznámíme s uvedeným názorem soudu a pokusíme se k němu zaujmout stanovisko, připomeneme si nejprve, jak popsanou situaci řeší právní úprava.

Obecný právní režim majetkového vypořádání mezi bývalým členem družstva a družstvem (včetně družstva bytového) je obsažen v § 233 obchodního zákoníku. V jeho prvním odstavci je zakotven nárok bývalého člena (jeho právních nástupců²) na vypořádací podíl.

V odstavci druhém je upraven způsob stanovení vypořádacího podílu. Zákon zde říká, že „vypořádací podíl se určí poměrem splaceného členského vkladu dosavadního člena násobeného počtem ukončených roků jeho členství k souhrnu splacených členských vkladů všech členů násobených roky jejich členství“.

V odstavci třetím téhož ustanovení zákon stanoví, co je základem pro stanovení výše vypořádacího podílu. Zákon stanoví, že „pro určení vypořádacího podílu je rozhodný stav vlastního kapitálu družstva podle účetní závěrky za rok, v němž členství zaniklo.“ Nepřihlíží se přitom ke kapitálu v nedělitelném fondu, případně, jestliže to určují stanovy, tak ani ke kapitálu v jiných zajišťovacích fondech družstva a také ke vkladům členů, jejichž členství ke dni účetní závěrky, z níž se vychází, netrvalo ještě ani jeden rok.

Konečně pátý odstavec říká, že odst. 2 až 4 tohoto ustanovení zákona (rozuměj § 233 obchodního zákoníku) se použijí jen pokud stanovy neurčují jinak.³

Zánik členství, k němuž dochází v souvislosti s převodem družstevního bytu do vlastnictví člena družstva je situací zvláštní, a proto ji neupravuje přímo obchodní zákoník, ale ve vztahu k němu zákon zvláštní. Je jím

stejný zákon, který upravuje samotný převod vlastnictví bytu (tzv. bytové jednotky) z bytového družstva na člena družstva, tzn. č. 72/1994 Sb. (ve znění pozdějších předpisů), který uvedenou problematiku řeší v § 24, a to v jeho odstavcích 9 a 10.

Odstavec devátý stanoví, že převodem jednotky (bytu nebo nebytového prostoru v domě prohlášeného do režimu uvedeného zákona) zaniká členství nabyvatele v družstvu, a to bez práva na vrácení členského podílu připadajícího na převedenou jednotku (byt nebo nebytový prostor), případně na vrácení základního členského vkladu, pokud byly tyto formy majetkové účasti člena v družstvu zdrojem financování domu, v němž se převedená jednotka nachází. Členství by uvedeným způsobem nezanklo, pokud by i po převodu členství majetková účast člena družstva dosahovala alespoň výše základního členského vkladu.

Odstavec desátý odkazuje na obchodní zákoník, když říká, že vypořádací podíl nabyvatele jednotky (bytu) se stanoví podle jeho § 233. Pokud stanovy družstva nestanoví jinak, postupuje se podle odstavců 2 až 4 tohoto paragrafu. Tento postup jsme popsali výše.

Již v tomto okamžiku si pozorný čtenář jistě všiml toho, že v devátém odstavci § 24 zákona 72/1994 Sb. se nejprve říká, že nabyvateli vlastnictví k bytu nevzniká právo na vrácení členského podílu připadajícího na převedený byt a vzápětí nato v odstavci následujícím zákon upravuje způsob stanovení výše vypořádacího podílu. Vychází tedy nepochybně z toho, na vrácení členského podílu bývalý člen nárok nemá, na vypořádací podíl ano.

Zákonodárce zde evidentně rozlišuje mezi členským podílem a podílem vypořádacím. V tomto směru činí stejně jako obchodní zákoník, který však nehovoří o členském podílu, ale o členském vkladu. Zdá se, že používání těchto pojmů – členský podíl, členský vklad a vypořádací podíl - vedle sebe v uvedených souvislostech vyvolává nejasnosti, které vyžadují určité vysvětlení.

Pojem „členský podíl“ je tradičním a tudíž i vžitým označením majetkové účasti člena v družstvu. V tomto smyslu byl používán i v právní úpravě družstevnictví v období do přijetí současného obchodního zákoníku, a to přesto, že v socialistických družstvech všech typů, pokud v nich vůbec existovala⁴, byla sice takto označovaná majetková účast člena v družstvu jedním z předpo-

kladů vzniku členství v družstvu, avšak jako projev jednoho z tradičních principů družstevnictví, ale pokud šlo o její výši, měla význam spíše jen symbolický. Jedinou výjimkou byla stavební bytová družstva.⁵ V nich členský podíl představoval především právě formu účasti občanů na družstevní bytové výstavbě. Byl jedním ze tří zdrojů financování výstavby družstevních bytů. Prvním byl členský podíl, druhým státní příspěvek, třetím bankovní úvěr, který ovšem, včetně úroků z něho, členové po převzetí bytu do družstevního užívání postupně spláceli v měsíčních splátkách. Členský podíl pak měl dvě části. První, označovaná jako *členský vklad*, činila vždy a ve všech případech 3.000,- Kč (její výše byla stanovena vzorovými stanovami stavebních bytových družstev závaznými pro všechna stavební bytová družstva) a byla jedním z předpokladů vzniku členství v družstvu. Zbývající část členského podílu nenesla zvláštní označení. Její výši oznámilo družstvo členovi spolu s oznámením, že byl zařazen do pořadníku členů na přidělení bytu sestaveného a schváleného družstvem pro určitý rok spolu s výzvou k zaplacení stanovené částky. Jejím zaplacením vznikl členovi nárok na přidělení konkrétního bytu.

Po účinnosti obchodního zákoníku, který zrušil do té doby existující družstevní zákony a sám upravil obecný režim družstev, se v něm označení „členský podíl“ nevyskytuje. S jedinou výjimkou, a to v § 226 odst. 1 písm. d), kde obchodní zákoník říká, že stanovy družstva musí obsahovat (mimo jiné) i „...způsob... vypořádání členského podílu při zániku členství“. Ve všech ostatních případech obchodní zákoník pojem „členský podíl“ nahradil pojmem „*členský vklad*“. Ten, stejně jako předtím „členský podíl“, představuje (nyní ovšem již ne jen symbolickou) majetkovou účast každého z členů v družstvu za trvání členství v družstvu.

I obchodní zákoník členský vklad strukturuje. Především zná tzv. „*základní členský vklad*“. Jde o tu část členského vkladu, která představuje povinnou účast každého člena v družstvu jako předpoklad, aby jeho členství v družstvu mohlo vůbec vzniknout a trvat. Jeho výši určuje družstvo ve svých stanovách a zapisuje se do obchodního rejstříku. V důsledku jednoho z dalších tradičních principů družstevnictví – principu rovnosti uchazečů o členství a členů družstva – vyplývá, že tento „základní členský vklad“ musí být pro všechny členy stejný, a to dokonce i tehdy, jestliže družstvo ve svých stanovách připustí tzv. „smíšené členství“, t.j. členství fyzických osob spolu s osobami právními. V souvislosti s tématem našich úvah je třeba zdůraznit, že základní členský vklad v bytovém družstvu tedy musí být stejný jak pro bydlící členy družstva, tak pro členy nebydlící, za něž je třeba považovat i vlastníky bytů převedených na členy družstva v případě, že jejich členství v družstvu v důsledku tohoto převodu nezanklo.⁶

Vedle „základního členského vkladu“ mohou mít členové družstva případně ještě i tzv. „*další členský vklad*“, případně i několik těchto vkladů. Obchodní zá-

koník však „další členský podíl“ chápe nikoli jako povinnost, ale jako možnost, kterou nabízí družstvům a členům. To, jestli v konkrétním družstvu budou mít jeho členové kromě základního i další členský vklad, závisí nejprve na tom, zda družstvo tuto možnost vtělí do svých stanov, a když tak družstvo učiní, tak ještě i na tom, zda jednotliví členové této možnosti využijí a další členský vklad (nad rámec svého základního vkladu) do družstva vloží – srov. ust. § 223 odst. 3. obch. zákoníku.

Zákon č. 72/1994 Sb. o členském vkladu a podílu hovoří jen v již shora uvedeném ust. § 24 odst. 9 způsobem rovněž shora popsáním. V žádném případě však obsah těchto pojmů nevysvětluje, a protože neříká nic ani o tom, jak tyto formy majetkové účasti v družstvu vznikly a jaká je jejich funkce, nelze z tohoto ustanovení jejich obsah dovodit.

Je ale zřejmé, že oba pojmy vyjadřují totéž. Současným pojmem „členský vklad“ obchodní zákoník pojem „členský podíl“ nahradil. V cit. § 226 odst. 1 písm. d), kde se pojem „členský podíl“ v obchodním zákoně překvapivě a zcela ojediněle objevil, se tak evidentně stalo, máme-li to vyjádřit slovy k tvůrcům textu zákona šetrnými, nedopatřením. Tedy ze stejného důvodu, z jakého stejný výraz přetrvává i v již také zmíněném § 707 obč. zákoníku.

Rozdíl mezi členským podílem na straně jedné a členským vkladem na straně druhé nelze spatřovat ani v tom (jak se někdy uvádí), že členský podíl vyjadřuje míru práv a povinností člena, zatímco členský vklad majetkovou účast člena v družstvu. V případě členského podílu šlo až do účinnosti současného obchodního zákoníku o tradiční označení majetkové účasti v družstvu. Tedy o totéž, o co jde v případě členského vkladu, jímž obchodní zákoník pojem „členský vklad“ nahradil. Ani v minulosti ani dnes žádný z těchto pojmů neoznačoval míru práv a povinností člena v družstvu tak, jak v obchodních společnostech tuto míru vyjadřuje majetkový podíl společníka. I tímto se družstva, mimo jiné, odlišují od obchodních (kapitálových) společností. Je pravda, že obchodní zákoník připouští, aby družstvo ve svých stanovách určilo různou váhu hlasům jednotlivých členů na členské schůzi družstva. Pokud družstva tohoto ustanovení využijí, je to vždy právě ve vztahu k výši majetkové účasti člena v družstvu. Vzhledem k tomu, že základní členský vklad člena musí být pro všechny členy vždy stejný, rozdíl může mít jen podobu dalšího členského vkladu, jehož existenci v družstvu musí rovněž připouštět stanovy družstva. Výše dalšího členského vkladu, resp. jejich počet, pak stanoví počet hlasů člena při hlasování na členské schůzi. Pokud na toto řešení družstvo přistoupí, znamená to jeho odchýlení od tradičního pojetí družstva a jeho tradičních principů rovnosti a družstevní demokracie podle pravidla „jeden člen – jeden hlas“. Protože však tuto odchylku připouštěla právní úprava družstevnictví i v době, kdy znala jen pojem „členský podíl“, je zcela zřejmé, že

sama změna označení stejného vztahu z „členského podílu“ na „členský vklad“ nezměnila jeho obsah.

Posledním ze tří shora jmenovaných pojmů je pojem „vypořádací podíl“. Tento pojem předchází právní úpravy družstevnictví neznaly. Zavedl jej až současný obchodní zákoník. Představuje určitou část majetku družstva, na kterou při zániku členství vzniká bývalému členovi, případně jeho právním nástupcům, nárok. Vypořádání tohoto nároku pak představuje podstatnou část majetkového vypořádání mezi bývalým členem a družstvem. Jinými slovy řečeno obchodní zákoník při zániku členství v družstvu a s ním spojeným majetkovým vypořádání člena nevychází přímo z členského podílu (dřívější terminologií řečeno z členského podílu), ale z podílu vypořadacího, na který vzniká nárok v důsledku zániku členství a jehož výše se zjišťuje postupem podle stanov nebo zákona. Souvislost vypořadacího podílu s členským vkladem (členským podílem) vyplývá z obchodního zákoníku (§ 233), podle něhož sehraává nezastupitelnou roli při vyjádření poměru, v jakém se nakonec bude vyjadřovat podíl bývalého člena na majetku družstva – tedy vypořadací podíl. V případě, že způsob stanovení vypořadacího podílu upravují stanovy družstva, závisí na družstvu, zda a v jaké podobě tuto souvislost vyjádří.

Za tohoto, k vůli pochopení souvislostí poněkud obšírně popsaného současného i předchozího právního stavu, Krajský soud v Brně vyjádřil názor, který se stal předmětem těchto našich úvah. Krajský soud ve svém usnesení jimž rozhodl v řízení o určení výše vypořadacího podílu a povinnosti jej vyplatit, mj. vyslovil, že „...Postavení člena, jehož členství zaniklo ze zákona, neboť jeho majetková účast v družstvu nedosahuje výše základního členského vkladu, nemůže být jiné, než postavení člena, jehož členství z tohoto důvodu nezániklo a zůstává nadále členem družstva. U těchto členů je třeba předmětné ustanovení zákona č. 72/1994 Sb. vyložit tak, že jejich majetková účast v družstvu se rovná částce odpovídající rozdílu členského podílu evidovaného družstvem před převodem pronajatého družstevního bytu do vlastnictví člena družstva a hodnoty, kterým se na podílu podílí převedený družstevní byt. Tento rozdíl představuje majetkovou účast člena, jemuž družstvo převedlo byt do vlastnictví a jehož členství v družstvu ze zákona nezániklo a jenom tuto částku lze započítat po dodatečném zániku členství na základě jiných důvodů než podle ustanovení § 24 odst. 9 zákona č. 72/1994 Sb. jako jeho členský vklad pro účely výpočtu vypořadacího podílu.“ Až sem sahá první část textu odůvodnění soudu, které z důvodu jeho délky, přehlednosti jeho samotného a komentáře k němu, jsme se rozhodli rozdělit.

Už první věta této části odůvodnění je poněkud zavádějící, když v něm soud srovnává postavení dvou osob, které v obou případech označuje jako členy družstva, a které převodem získaly do svého vlastnictví do té doby družstevní byt. Nepochybně v případě první

osoby jde o bývalého člena, protože, jak soud uvádí, jeho členství v družstvu zaniklo převodem, zatímco druhá osoba i po nabytí vlastnictví k bytu členem bez přerušování zůstala členem družstva.

Soud v souvislosti s touto situací konstatuje, že ustanovení § 24 odst. 9 zákona č. 72/1994 Sb. je třeba v případě obou těchto osob vyložit tak, že jejich majetková účast v družstvu je rovná částce odpovídající rozdílu členského podílu evidovaného družstvem před převodem bytu a hodnoty, kterým se na členském podílu podílí převedený družstevní byt. Uvedený rozdíl podle soudu představuje onu majetkovou účast člena-vlastníka družstva, jemuž členství bezprostředně po převodu bytu do jeho vlastnictví v případě, že jeho členství v družstvu nezániklo. A jenom tuto částku lze, podle soudu, započítat po následném zániku členství z jiných důvodů než v důsledku převodu bytu.

Uvedený text bude snad pochopitelnější po určitém vysvětlení u uvedení věci na pravou míru. Soud se zde zatím nezabývá vymezením vypořadacího podílu, přestože o něj především v řízení šlo, ale výše popsaným rozdílem, který má představovat majetkovou účast v družstvu, která když dosáhne alespoň výše základního členského podílu určeného stanovami družstva, mu zajistí další nepřerušované trvání jeho členství, tentokrát již jako nebydlícího člena družstva.⁷ Problematickou, a o určitém nepochopení řešené problematiky ze strany soudu svědčící otázkou, která se v této souvislosti hned nabízí, je, z porovnání jakých hodnot soud tento rozdíl zjišťuje. Podle soudu to má být hodnota členského podílu člena evidovaného družstvem ve výši bezprostředně před převodem bytu, od níž se má odečíst hodnota, jimž se na členském podílu podílí převedený družstevní byt. Právě zmíněná odečítaná hodnota jeví se veličinou záhadnou. Je třeba si znovu připomenout, co jsme shora uvedli o úloze majetkové účasti (členského podílu) v bytových družstvech. Tato forma majetkové účasti byla jednou ze tří forem financování družstevní bytové výstavby. První byl členský podíl, druhou státní příspěvek, třetí bankovní úvěr. Bankou poskytnutý úvěr členové postupně spláceli v měsíčních splátkách (tzv. anuita) včetně úroků. V případě, že v době převodu bytu nejsou tyto anuity bankovního úvěru zcela splaceny, musí nabyvatel bytu dosud nesplacenou část úvěru splatit jednorázově. Potvrzení banky o splnění této povinnosti je předpokladem převodu bytu. Uvedené splátky úvěrů a úroků z nich, případně jednorázově splacený zbytek úvěru, se členovi do té doby postupně započítávaly na jeho členský podíl (členský vklad). Takže tři formy financování družstevní bytové výstavby byly vlastně dvě – členský podíl (vklad) a státní příspěvek (je tomu tak dosud, pokud stát příspěvky na družstevní bytovou výstavbu poskytuje). Státní příspěvek byl vždy považován za bezplatnou pomoc státu stavebním bytovým družstvům a jejich členům. Také zákon č. 72/1994 Sb. tuto jeho povahu nezměnil a proto není žádný legální důvod zmenšovat o něj hodnotu převáděného družs-

tevního bytu, případně členského podílu. Naopak, zmíněný zákon ve vztahu k členům bytových družstev stojí na principu bezplatného převodu jimi užívaných družstevních bytů. Tato bezplatnost není doslovná, protože členové za byt a podíl na společných částech domu „plátí“ právě svým členským vkladem (podílem). Proto také cit. zákon stanoví, že členský podíl člena, který do vlastnictví získal do té doby družstevní byt, zaniká.⁸ Zaniká proto, že se celý materializoval v převáděném bytu bez ohledu na jeho skutečnou či účetní hodnotu a bez ohledu na to, že určitou částkou na jeho pořízení přispěl i stát. Zjišťovat hodnotu, jakou se na členském podílu podílí převedený byt, tedy postrádá nejen smysl a logiku, ale i legální základ. To ovšem neznamená, že v určitém konkrétním případě nemá člen v bytovém družstvu, kromě členského vkladu (podílu), i další majetkovou účast, která, pokud by dosahovala výše základního členského vkladu mu zajistí zachování členství. Samotný zákon č. 72/1994 Sb. ani nenaznačuje, o jakou majetkovou účast, v jaké podobě nebo z jakých zdrojů by mohlo jít. Podle ust. § 24 odst. 7 tohoto zákona součástí převodní smlouvy musí být i vypořádání tam uveděných případných dalších majetkových vztahů (účasti) člena v družstvu - částky z nájemného určené na financování oprav a údržby domu, kladné zůstatky ze zisku bytového hospodářství připadající na převáděnou jednotku. Totéž ustanovení však upravuje i způsob tohoto vypořádání, takže případná dohoda, že budou započteny na jeho členský vklad nejspíš nepřichází v jejich případě v úvahu. Takže už jenom zbývají ustanovení obecné úpravy družstev obsažené v obchodním zákoníku, jmenovitě ustanovení o další majetkové účasti členů v družstvu (§ 223 odst. 4), pokud družstvo tuto formu další majetkové účasti upravilo *nad rámec členského vkladu* ve svých stanovách.

Jestliže by zůstatek majetkové účasti člena v družstvu po převodu bytu do jeho vlastnictví nedosahoval výše základního členského vkladu, pak by jeho členství zaniklo, a členovi by vznikl nárok na vypořádací podíl.

V dalším textu svého odůvodnění soud bezprostředně navazuje na shora cit. text a uvádí: „...Jestliže znalec použil při opakovaném výpočtu vypořádacího podílu žalobce jako výchozí položku členský podíl v rozsahu odpovídajícím před převodem bytu do vlastnictví, jsou všechny výpočty hodnoty vypořádacího podílu nesprávné bez ohledu na postup, kterým znalec ke stanovení jeho hodnoty dospěl. Výsledky dokazování znaleckým posudkem tak nelze v daném případě použít. Jak vyplývá ze stanov družstva, tehdy (v době ukončení členství v důsledku převodu bytu, t.j. v 31.7.1999 – poznámka autora) účinné stanovy určení vypořádacích podílů členů, kteří zůstali členy družstva po převodu bytu do vlastnictví, neupravovaly. Právní postavení těchto členů se nepromítlo do právní úpravy obchodního zákoníku ani stanov způsobem, který by vyjadřoval jejich skutečnou majetkovou účast v družstvu. Při absenci právní úpravy v zákoně nebo ve stanovách

zdejší soud zaujal k této otázce závěrečné stanovisko, podle kterého byla převodem bytu část účetní hodnoty členského podílu převedena v naturální podobě na nabyvatele bytu, lépe řečeno převodem bytu byla část podílu družstva spotřebována. Jak soud výše uvedl, lze pro účely výpočtu vypořádacího podílu použít jenom aktuální majetkovou účast žalobce v době zániku členství.“

V této části odůvodnění svého rozhodnutí se soud již zabývá vlastním majetkovým vypořádáním, t.j. vypořádacím podílem, resp. stanovením jeho výše. I zde však vychází z názoru, jehož nesprávnost jsme vysvětlili a doložili již výše, že převodem bytu na nabyvatele bytu byla převedena *jen část* účetní hodnoty členského podílu (byla členem spotřebována), a to v naturální podobě. Jak jsme již shora zdůraznili v důsledku převodu bytu *se vždy „spotřebuje“ beze zbytku celý členský podíl (vklad)*. Proto také zákon stanoví, že při zániku členství v důsledku převodu bytu (jednotky) nevzniká nárok na vrácení členského podílu (vkladu).

Na druhé straně však, i když v důsledku převodu bytu (jednotky) zanikne členovi jeho členství v družstvu, protože v něm nadále nemá majetkovou účast dosahující výše základního členského vkladu, vznikne bývalému členovi nárok na vypořádací podíl. Zvláštní zákon (zák. č. 72/1994 Sb. zde respektuje přístup obchodního zákoníku, který, jak jsme shora již uvedli, mezi členským vkladem (podílem) a vypořádacím podílem rozlišuje. Výše vypořádacího podílu se stanoví, pokud stanovy družstva neurčují způsob jiný, postupem popsáním v § 233 obch. zákoníku.

Jestliže způsob stanovení výše vypořádacího podílu stanoví stanovy družstva, je tento postup pochopitelně zavazující pro družstvo i bývalého člena a respektovat by jej i soud v případě, kdy by došlo ke sporu v této věci. To platí samozřejmě jen tehdy, pokud stanovami určený postup neodporuje zákonu nebo jej neobchází, pro což, vzhledem k v zákoně velmi široce formulovanému zmocnění pro vnitrodružstevní úpravu, nezbývá příliš mnoho prostoru. Kromě toho mají členové družstva možnost se proti pro ně nevýhodným ustanovením stanov navrhovaným vedením družstva bránit tím, že takový návrh stanov nepřijmou, anebo žalobou na neplatnost usnesení o schválení stanov pro rozpor s dobrými mravy, jestliže ve srovnání se způsobem stanovení vypořádacího podílu upraveným zákonem by je postup upravený stanovami výrazně poškozoval.

V této souvislosti a vzhledem ke komentovanému názoru krajského soudu je třeba uvést, že způsob stanovení vypořádacího podílu upravený v původním znění zákona č. 72/1994 Sb. byl odlišný od současné právní úpravy, jak jsme ji popsali shora. Ve svém původním znění z roku 1994 odst. 10 paragrafu 24 cit. zákona stanovil, že „Vypořádací podíl nabyvatele jednotky, jemuž byla převedena podle odstavců 1 až 5, se stanoví jako podíl na čistém obchodním jmění družstva podle účetní závěrky za rok, v němž členství zaniklo, včetně neděli-

telného fondu, s výjimkou.“ Následoval výčet výjimek, které se do čistého obchodního jmění družstva pro tento účel nezapočítávaly. I když byl tento výčet odlišný od výčtu v současné právní úpravě (důkazem je už skutečnost, že nedělitelný fond družstva mezi ně nepatřil, neuvádíme jejich výčet, protože pro náš případ nejsou podstatné. Text uvedeného odstavce pak pokračoval slovy, že „Ustanovení § 233 odst. 2 až 5 obchodního zákoníku se nepoužijí. Pro zjištění vypořádacího podílu nabyvatele jednotky, jemuž byla převedena jednotka podle odstavců 1 až 5, se členským vkladem podle § 233 odst. 2 obchodního zákoníku rozumí základní členský vklad.“

Z citovaného vyplývá, že v původní své podobě měl § 24 odst. 10 zákona č. 72/1994 Sb. od obchodního zákoníku odlišný režim stanovení výše vypořádacího podílu. Ten spočíval v tom, že základem pro stanovení výše vypořádacího podílu člena po té, co mu do vlastnictví byl převeden jím dosud užívaný družstevní byt a do podílového spoluvlastnictví společné části domu, byl vždy pouze základní členský vklad, a nikoli celý členský vklad (členský podíl). Přitom v případech bytů, ke kterým vzniklo členům právo na jejich přidělení do užívání ještě před účinností obchodního zákoníku, činil základní členský vklad vždy 3000.-Kč. To ještě samo o sobě nemuselo člena, jehož členství uvedeným způsobem v době této úpravy skončilo, při stanovení jeho podílu na majetku družstva znevýhodňovat. To proto, že i tehdy se tento podíl vyjadřoval poměrem jeho váženého členského vkladu k součtu vážených členských vkladů ostatních členů družstva, když i na jejich straně se členským vkladem v této souvislosti rozuměl pouze základní členský vklad.

Uvedená úprava platila do novely zákona č. 72/1994 Sb. z roku 1999 č. 97. S účinností této novely, t.j. od 25.5.1999 opustil tento zákon od obchodního zákoníku odlišný způsob stanovení výše vypořádacího podílu a naopak od té doby na něj v této věci odkazuje. To znamená, že od účinnosti uvedené novely se při stanovení výše vypořádacího podílu pracuje s členským vkladem a nikoli se základním členským vkladem, a to jak na straně člena, jehož členství v důsledku nabytí vlastnictví k bytu zaniklo, tak na straně ostatních členů.

Problém, který zde byl před touto novelou a zůstává dodnes i přes všechny další novely zákona 72/1994 Sb. i obchodního zákoníku, k nimž od té doby došlo, je problém spočívající v tom, jak oba zákony reagují na dvojí situaci, která v souvislosti s převodem vlastnictví k bytu může nastat.

První situace, se kterou se můžeme setkat nejpravděpodobněji, nastane tehdy, když dosavadní majetková účast člena v družstvu existující v podobě jeho členského vkladu (členského podílu) se spotřebuje právě v podobě bytu nabytého členem do vlastnictví. Bez majetkové účasti v družstvu nemůže členství takového člena trvat a zaniká - § 24 odst. 9 cit. zákona.⁹

Současně vzniká nárok na vypořádací podíl, který se stanoví shora popsáním způsobem.

Druhá situace se vyznačuje tím, že členství člena, který převodem získal byt do vlastnictví i nadále trvá, a to proto, že i po konzumaci členského vkladu v podobě převedeného bytu a spoluvlastnického podílu ke společným částem domu mu v družstvu zůstala zachována majetková účast ve výši odpovídající alespoň základnímu členskému vkladu.

V tomto případě tedy nekončí členství, a tedy nevniká ani nárok na vypořádací podíl.

Již z tohoto důvodu nemůže obstát výše uvedené konstatování soudu, že „Postavení člena, jehož členství zaniklo ze zákona, neboť majetková účast v družstvu nedosahuje výše základního členského vkladu, nemůže být jiné, než postavení člena, jehož členství z tohoto důvodu nezaniklo a zůstává nadále členem.“ Rozdíl je zřejmý na první pohled. Jen v prvním případě mu vznikl nárok na vypořádací podíl. To vyplývá nejen ze současné právní úpravy, ale i z původního znění zákona. Další rozdíl spočívá v tom, že v prvním případě při stanovování výše vypořádacího podílu, pokud se bude postupovat podle zákona, se bude pracovat s celým členským vkladem člena tvořeným jak základním členským vkladem, tak dalším členským vkladem, zatímco v případě druhém se jednak vypořádací podíl bude vypořádat až tehdy, jestliže členství následně zanikne na základě nějaké jiné zákonem stanovené skutečnosti (jiné než převodem bytu, protože ten už byl převeden), přičemž v té době bude členský vklad v družstvu představován jen základním členským vkladem, tedy hodnotou podstatně menší než členské vklady ostatních členů.

Jestliže tedy členství nezanikne hned v souvislosti s převodem bytu a nedojde tedy také hned k vypořádání vypořádacího podílu, ale později, proběhne vypořádání za podmínek pro člena mnohem nepříznivějších. Platná právní úprava totiž neříká výslovně nic o tom, který okamžik je rozhodující pro určení výše členského vkladu jako základu pro určení vypořádacího podílu.

Zatímco v první ze shora uvedených situací se nabízí jednoznačný závěr, že to bude výše členského vkladu v okamžiku zániku členství (a to díky neměnné výši členského vkladu člena po celou dobu trvání jeho členství i členství ostatních členů), v druhém případě, z důvodu diskontinuity trvání výše členského vkladu (byla razantně přerušena převodem bytu, který dosavadní členský vklad zcela spotřeboval a byl nahrazen jinou obvykle mnohem nižší majetkovou účastí člena, která převzala funkci jeho základního členského vkladu), to již není tak jednoznačné. Jednoznačnou odpověď v zákoně č. 72/1994 Sb. nenajdeme, protože ten se tímto problémem sám nezabývá. Pokud jde o stanovení výše vypořádacího podílu odkazuje na obchodní zákoník, a ten rozhodný okamžik stanoví jen pro určení stavu vlastního kapitálu družstva, nikoli však již pro určení výše členského vkladu. Dále proto, že obchodní zákoník pracuje s tzv. váženým členským vkladem, což je

členský vklad (o určité výši) násobený počtem roků členství. Zatímco v případě, kdy členství v důsledku převodu zanikne a hned následuje výpočet vypořádacího podílu, tento výpočet nečiní potíže, protože lze při tomto výpočtu bez problému pracovat se stále stejnou hodnotou – s hodnotou členského vkladu v době zániku členství. V uvedeném druhém případě, kdy členství zanikne nikoli v důsledku převodu bytu, ale až později, se sice rovněž zohlední všechny roky trvání členství, avšak hodnota členského vkladu se v průběhu členství změnila, přičemž byla po většinu těchto let podstatně vyšší než několik posledních let před zánikem členství. Zákon nedává pro tuto druhou situaci odpověď na otázku, z které ze dvou výší členského vkladu (zda z výše, které dosahoval před převodem bytu, anebo z jeho výše po převodu bytu) se má vycházet při výpočtu vypořádacího podílu. Přitom je zcela zjevné, že odpověď na tuto otázku má pro člena zásadní význam.

V každém případě je současná právní úprava nejednoznačná a do doby, než problém vyřeší zákonodárce, by neměl být soudy řešen na úkor členů družstev. V opačném případě nezbyvá než poradit členům uvažujícím o převodu bytu do svého vlastnictví, aby své členství v družstvu ukončili současně s převodem bytu.

Anotace

V článku se autor zabývá problematikou vypořádání majetkové účasti člena bytového družstva. Svou pozornost soustřeďuje především na situaci, kdy tento člen družstva získal byt do svého vlastnictví a jeho členství v družstvu zaniklo. Autor tak činí na pozadí jednoho rozsudku krajského soudu.

Summary

The article deals with the ownership interest settlement of a member of a housing association. Especially with the situation when a flat has become the part of the member's property and the membership become

extinguished. The author wrote the article against background of a judgement of a regional court.

* Doc. JUDr. Ing. Milan Pekárek, CSc., Právnická fakulta MU Brno

¹ Usnesení Krajského soudu v Brně ve věci 9 Cm 11/2005.

² Neplatí to při převodu členství, kdy převodce členství (členských práv a povinností) jemuž členství zaniká, nemá nárok na majetkové vypořádání vůči družstvu, ale vůči nabyvateli členství. Neplatí to ani v případě smrti člena, jestliže členství přejde na toho z dědiců, který zdědil členský podíl – srov. § 707 odst. 2 obč. zákoníku.

³ Čtvrtý odstavec § 233 obchodního zákoníku upravuje splatnost vypořádacího podílu, a protože je pro naše úvahy nepodstatný, nepovažovali jsme za nezbytné jeho doslovné znění uvádět.

⁴ V jednotných zemědělských družstvech (JZD) členský podíl v té době vůbec neexistoval.

⁵ Tato forma bytové výstavby byla uzákoněna v roce 1959 zákonem č. 27, když bylo konstatováno, že stát vlastními prostředky není schopen bydlení svým občanům zajistit.

⁶ Obchodní zákoník v § 223 odst. 3 ještě v rámci základního členského vkladu rozlišuje tzv. „vstupní vklad“. Je to část základního členského vkladu, kterou minimálně musí uchazeč o členství zaplatit, aby mu členství v družstvu vůbec vzniklo. Aby v konkrétním družstvu uchazeči o členství tuto možnost měli, musí ji družstvo připustit ve svých stanovách. Zbývající část základního členského vkladu musí zaplatit člen (tedy již po vzniku členství) ve lhůtě stanovené stanovami družstva, nejpozději do 3 let od vzniku členství. Nabídnutím možnosti vzniku členství již při zaplacení vstupního vkladu zákon usnadňuje, zejména fyzickým osobám, přístup k členství v družstvu.

⁷ Nebydlícího ve vztahu k bytovému družstvu, jehož zůstává členem, a to proto, že jeho bytová potřeba již není zajištěna družstevním bytem patřícím tomuto družstvu.

⁸ Ke stejnému závěru o zániku členského podílu v souvislosti s ukončením členství dochází i autoři kapitoly 13 věnované problematice družstva v učebnici Eliáš, Bartošiková, Pokorná a kolektiv: Kurs obchodního práva, Právnické osoby jako podnikatelé, 4. vydání, C.H. Beck, 2003, str. 395, poznámka pod čarou č. 17.

⁹ V původním svém znění zákon ještě členovi umožňoval zachovat si členství tím, že by do 30 dnů od převodu vložil do družstva základní členský vklad. Tuto možnost ukončila novela zákona č. 103/2000 Sb.

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

K vymezení rozsahu přezkumu v obnoveném řízení před Ústavním soudem

Jan Filip*

Ačkoli se pro aktualitu v tomto čísle nabízí mimo Lisabonské smlouvy celá řada dalších novinek (spor o stykový zákon a jeho dopady, návrhy vládních expertů na šest nových volební formule), zůstaňme přece jen u toho, co je třeba dokončit. V minulé aktualitě tento časopis informoval o prvních dvou vyhovujících rozhodnutích ve věci návrhu na obnovu řízení před Ústavním soudem podle § 119 až 119b zákona o Ústavním soudu.¹ Na tomto základě se tak mohl Ústavní soud vrátit v rámci obnoveného řízení ke dvěma ústavním stížnostem (*iudicium rescissorium*), které byly v roce 2001 odmítnuty jako návrhy zjevně neopodstatněné. Tato problematika tak nepřímou zpodává do probíhající diskuse nad Lisabonskou smlouvou a budoucím rozhodnutím Ústavního soudu v této věci, neboť se rovněž dotýká citlivé otázky státní suverenity, protože ukládání trestů (*potestas punitiva*) je jejím tradičním příznakem.² Ačkoli tyto dva případy nevyvolávají tolik diskusí³ a otázek jako řízení ve věci Lisabonské smlouvy,⁴ přesto mají velký význam, když na nich bude stavět nejen další judikatura Ústavního soudu, ale jak se pokusím ukázat, rovněž judikatura obecných soudů v trestních věcech. Proto není od věci podívat se blíže zejména na jeden z předmětných nálezů, kde se musel Ústavní soud vypořádat s několika otázkami, které pro něj byly nové a které nejsou pochopitelně řešeny ani v komentářové literatuře, neboť ta zatím mohla obsahovat jen názory *de interpretatione ferenda*.

1. Obnovovací řízení

Jen pro rekapitulaci připomínám, že v květnu 2008 v obnovovacích řízeních ve věcech Pl. ÚS 13/06 a Pl. ÚS 1/07 Ústavní soud řešil otázky, na které stávající právní úprava nedávala jednoznačnou odpověď,⁵ již proto, že v případě obnovy řízení se jedná o ustálený právní i právníkový pojem, který však zákon o Ústavním soudu (dále jen „ZÚS“) používá pro něco jiného, než jak obnovu chápou systémové procesní zákony.⁶ Kromě

této terminologické potíže vznikla celá řada jiných otázek, které ZÚS výslovně neřeší. Především se Ústavní soud přiklonil k názoru, že v obou řízeních (obnovovacím i obnoveném) je dána kompetence pléna především již z toho důvodu, že v těchto případech půjde zpravidla o nutnost změnit právní názor Ústavního soudu, což by mělo být *ex lege* vyhrazeno plénu (výslovně § 13 ZÚS). Bylo by totiž velmi těžkopádné, kdyby v obnoveném řízení o ústavní stížnosti rozhodoval senát, který by následně nutně dospěl k závěru jinému (nic jiného nelze prakticky očekávat, jak oba případy ukázaly více než názorně, byť se nejednalo o nutnost zrušit nález, nýbrž pouhé usnesení), než dosud Ústavní soud zastával. Po rozhodnutí pléna podle § 23 ZÚS by byl senát vlastně vázán „dvojitě“, neboť navíc by musel vycházet z názoru Evropského soudu pro lidská práva. Ústavní soud se pokusil napříště odstranit i pochybnosti z hlediska postupu ve věci možného akcesorického návrhu na zrušení zákona nebo jiného právního předpisu anebo jejich jednotlivých ustanovení, jejichž uplatněním nastala skutečnost, která je předmětem návrhu na obnovu řízení, jestliže podle tvrzení navrhovatele jsou v rozporu s ústavním zákonem, popřípadě se zákonem, jedná-li se o jiný právní předpis (§ 119 odst. 4 ZÚS). Nově přijaté usnesení o atrakci senátních věcí (Sdělení č. 185/2008 Sb.), vyhradilo plénu rozhodování i v těchto věcech, takže § 43 odst. 2 písm. b) je nyní prakticky nepoužitelný pro vše, co se týká obnovy řízení.⁷

Připomeňme dále, že Ústavní soud odpověděl na další otázku, kterou ZÚS výslovně neupravil, když rozhodl analogicky podle jiných soudních řádů a zvolil podle mého názoru správně formu usnesení, která výrok formulují tak, že se obnova řízení ve věci konkrétní ústavní stížnosti konkrétního stěžovatele⁸ povoluje, nikoli tedy tak, že návrhu se vyhovuje. Právní stav se povolením obnovy nemění, neboť není vyloučeno (§ 119b odst. 4), že bude rozhodnuto stejně, i když se to s ohledem na závazek ČR z čl. 1 odst. 2 Ústavy ČR a § 119b odst. 3 ZÚS dá obtížně předpokládat.⁹ Nebyla tak splněna jedna z kumulativních podmínek pro prohlášení návrhu za nepřijatelný, proto se již splněním další podmínky Ústavní soud nezabýval a nehodnotil,

zda konstatování porušení Evropské úmluvy ve výroku rozsudku ESLP je dostatečnou nápravou ve smyslu § 119a odst. 1 ZÚS.

2. Obnovené řízení ve věci Pl. ÚS 1/07

V této aktualitě se můžeme zabývat obnoveným řízením (*iudicium rescissorium*), neboť v obou případech již Ústavní soud nálezem v červenci 2008 rozhodl. V prvním nálezu (Pl. ÚS 1/07) v podstatě nezbylo než jen zrekapitulovat okolnosti případu a po zrušení odmítavého usnesení z roku 2001 také odklidit obě rozhodnutí obecných soudů. Tento případ upřesňuje postup soudů v oblasti důkazního řízení. Na základě tohoto nálezu je pro obecné soudy dána sice ne bezproblémová, a rozhodně ne vše řešící směrnice, jak třeba postupovat v případech, kdy výpověď spoluobviněného je prakticky jediným usvědčujícím důkazem (a spoluobviněný či spoluobžalovaný vypovídat odmítá). V dané věci ESLP dospěl k závěru, že porušení čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Evropská úmluva“) spočívalo v tom, že stěžovatel neměl možnost vyslechnout svého spoluobviněného, který využil práva nevypovídat, přičemž výpověď spoluobviněného učiněná před vyšetřovatelem byla jediným podkladem pro odsouzení stěžovatele. V této souvislosti ESLP vyslovil právní názor, podle kterého *„připouští-li vnitrostátní právo v případě, kdy spoluobviněný odmítne svědčit, možnost přeciť a použít u soudu výpověď, kterou učinil v průběhu přípravného řízení, není tato skutečnost důvodem pro to, aby byl obviněný zbaven práva, které mu zaručuje článek 6 odst. 3 písm. d), tedy přezkoumat nebo dát přezkoumat kontradiktorním způsobem veškeré zásadní důkazy proti sobě. Soud se domnívá, že v daném případě nic nebránilo odvolacímu soudu, aby vyhověl žádosti stěžovatele na předvolání L. Š., vyslovené poté, co rozsudek, jímž byl posledně jmenovaný odsouzen, nabyl právní moci.“*¹⁰ Na otázku, kterou si položil v roce 2001 Ústavní soud při odmítnutí původní ústavní stížnosti,¹¹ stejně jako vláda ČR ve vyjádření k ESLP, tedy k čemu by to vlastně vedlo, odpověď dána není. O to poučnější pro naše soudy ovšem věc je. Její význam pro jejich další postup spočívá totiž v tom, že ESLP konstatoval, že není podstatné, jak by se bývalý spoluobžalovaný zachoval (to označil za spekulaci), stejně jako to, že proti této výpovědi do té doby stěžovatel nic nenamítal. Podstatné je, že tuto možnost stěžovatel nedostal. Ústavní soud zde proto bez dalšího akceptoval (ve smyslu § 119b odst. 2 ZÚS) právní názor ESLP,¹² aniž tak zvažoval možnosti obecných soudů v situaci, kdy bývalý spoluobžalovaný odmítal vypovídat, což je jeho ústavně zaručenou svobodou ve smyslu čl. 40 odst. 4 Listiny základních práv a svobod.¹³

Konstatujeme pro tuto situaci, že rozsudek ESLP by v tomto případě zněl akademicky za podmínky, že by

žádosti o výslech bylo vyhověno. Protože se tak však nestalo, stěžovatel byl možností (byť teoreticky) zbaven, což vedlo ESLP k závěru, že čl. 6 Evropské úmluvy porušen byl. V tomto světle sice nevypadá porušení zmíněného ustanovení Evropské úmluvy tak závažně, nicméně mělo by to být směrnici, jak postupovat i v jiných případech, kdy se využití procesních prostředků v praxi předem jeví jako bezpředmětné, a navíc kolidující s jiným základním právem nebo svobodou.

3. Obnovené řízení ve věci Pl. ÚS 13/06

V ještě výraznějším světle toto poučení plyne z druhého případu vedeného pod sp. zn. Pl. ÚS 13/06. Na rozdíl od velmi stručného odůvodnění v první věci,¹⁴ se v něm Ústavní soud zabýval celou problematikou nového (obnoveného) řízení podstatně podrobněji. V této souvislosti vyslovil celou řadu závěrů, které mohou mít zásadní význam pro postup obecných soudů v trestních věcech, zejména pak v jejich neuralgickém bodu v podobě pokusů o protahování řízení a při posuzování otázek podjatosti. Dále je třeba na tento nálezh upozornit též proto, že představuje příklad soudcovského dotváření procedury řízení před Ústavním soudem.¹⁵ Je též příkladem prvního využití možnosti, kterou dává § 119 odst. 4 ZÚS, tj. akcesorického návrhu na zrušení ustanovení zákona, jehož uplatněním nastala skutečnost, která je předmětem návrhu na obnovu řízení, jestliže podle tvrzení navrhovatele jsou v rozporu s ústavním zákonem.¹⁶

Předmětem řízení v tomto případě byla otázka podjatosti soudců senátu vrchního soudu, o které bylo rozhodováno Nejvyšším soudem, a posléze také Ústavním soudem.¹⁷ Stížnosti v roce 2005 vyhověl ESLP rozsudkem ze dne 7. 6. 2005 č. st. 64935/01, když konstatoval porušení práva navrhovatele na nestranný soud podle čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy tím, že ve věci sp. zn. 11 To 170/99 rozhodoval soudce, který měl být vyloučen pro nedostatek tzv. objektivní nestrannosti.¹⁸

Ačkoli stěžovatel před ESLP napadl stížností rozhodnutí našich soudů v celém rozsahu, ESLP se v podstatě soustředil pouze na dvě okolnosti, které měly podle jeho názoru zásadní vliv na posouzení, zda Česká republika porušila závazky plynoucí z čl. 6 Evropské úmluvy. V řízení před vrchním soudem stěžovatel uvedl, že měl s předsedou senátu v roce 1996 intimní poměr. Vrchní soud předsedu senátu z rozhodování nevyločil, když dospěl k závěru, že se jednalo o procesní manévr, jehož cílem bylo protahovat řízení. Vyšel přitom z prohlášení předsedy senátu, podle něhož tento stěžovatele neznal, dokud se neseznámil s trestním spisem. Stížnost v této věci byla Nejvyšším soudem zamítnuta. Druhou okolností bylo podání žaloby na předsedu senátu z důvodu ochrany osobnosti, když stěžovatel tvrdil, že utrpěl morální újmu, když jej před-

seda senátu donutil účastnit se ústního jednání, přestože byl informován o anonymním udání, že se v budově soudu nachází výbušnina. Bezprostředně poté předseda senátu vrchního soudu uložil stěžovateli pokutu ve výši 50 000,- Kč z toho důvodu, že se stěžovatel ve svých živých tvrzeních dopustil urážky soudu, navíc s cílem protahovat řízení. Stěžovatel byl upozorněn, že další obdobný útok by v budoucnu mohl být považován za trestný čin.

Ani v tomto případě nebyla ESLP akceptována důkladná analýza případu předestřená vládou ČR, která uvedla, že se jednalo pouze účelový postup stěžovatele, takže postup vrchního soudu třeba považovat za jedině správný způsob, jak se nenechat vydírat jednáním stěžovatele a nepodlehnout jeho nátlaku. Jinak by byl dán snadný návod, jak mařit postup řízení. ESLP zrekapituloval svou judikaturu v těchto otázkách a připustil, že v daném případě nelze uznat tzv. subjektivní podjatost předsedy senátu. Konstatoval však, že je zde dána podjatost objektivní, pro což je určujícím, zda lze obavy dotyčné osoby považovat za objektivně odůvodněné, což podrobně rozvedl.¹⁹ S ohledem na okolnosti případu (soudce se cítil uražen, uložil pokutu na horní hranici možné výše, varoval stěžovatele před dalším podobným útokem pod pohrůzkou trestního stíhání) dospěl k rozhodujícímu závěru, že šlo o přehnanou reakci soudce na stěžovatelovo chování, navíc v kombinaci s probíhajícím řízením o žalobě na ochranu osobnosti, kterou stěžovatel podal proti předsedovi senátu, a které probíhalo souběžně s trestním řízením.

Zde již musel Ústavní soud vymezit bližší pravidla, jak v takových případech postupovat. První podstatný závěr spočívá v tom, že je třeba omezit se pouze na otázky, které řešil ESLP. Účelem obnoveného řízení je proto pouze otevření možnosti k případné změně rozhodnutí ve smyslu právního názoru ESLP, nikoli možnosti podat novou ústavní stížnost, popř. původní znovu projednávat v celém rozsahu.²⁰ Zde Ústavní soud zaujal správně restriktivní přístup, když konstatoval, že tím by byl rozšiřován již tak výjimečný zásah do konečného rozhodnutí učiněného orgánem svrchovaného státu. Lze tak konstatovat, že ústavním rámcem a posláním obnoveného řízení je poskytnutí ochrany ústavně zaručeným základním právům a svobodám stěžovatele (čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR *in fine*), avšak v této fázi již jen z hlediska potřeby zajistit respektování mezinárodních závazků ČR v oblasti její trestní jurisdikce (čl. 1 odst. 2 Ústavy ČR). Ústavní soud zdůraznil, že jen takový postup umožňuje současně respektovat v maximální míře další ústavní zásadu, která je v těchto případech ve hře, totiž že zdrojem veškeré státní moci v České republice je lid, který státní moc vykonává rovněž prostřednictvím orgánů moci soudní (čl. 2 odst. 1 Ústavy ČR).²¹ Tímto nálezem tak byl dán návod, jak postupovat v případech účelových průtahů a provokací v trestním řízení, nikoli jak naopak takové problémy vyvolávat. Právní věta nálezu v tomto směru

je více než instruktivní. Ústavní soud v tomto rozhodnutí proto neplnil pouze roli tzv. listonoše ze Štrasburku, nýbrž spíše roli prostředníka, která mu po právu náleží.

Summary

The article deals with the first two cases of reopening of proceedings decided before the Czech Constitutional Court in July 2008 on the background of two cases heard before the European Court of Human Rights (see Application no. 64935/01 and Requête no 1993/02). Both cases concern the petitions for rehearing of a proceeding and such reopened proceedings pursuant to §§ 119 to 119b of the Constitutional Court Act 1993 (as amended in 2004). According to the Art. 119 of that Act a petition for rehearing may be submitted, if the Constitutional Court have decided in a criminal (not civil case) matter, in which an international court found that, as the result of the encroachment of a public authority, a human right or fundamental freedom was infringed in conflict with an international treaty (in both cases was held, that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms). The author analyses practical problems that are connected with the entirely new proceedings and tries to find explanation for the decisions passed by the Constitutional Court on the background of the professional literature. The findings of the Constitutional Court are analyzed in terms of the provision of Art. 119b para. 4 of the Constitutional Court Act 1993 (as amended in 2004), demanding to proceed in new finding of the Constitutional Court on the basis of the international court's interpretation of obligations of the Czech Republic under international law. There was emphasized the need of restrictive interpretation of that provision and respect for maintaining of the Czech sovereignty (*potestas punitiva*).

* Prof. JUDr. Jan Filip, CSc., Právnická fakulta MU Brno.

¹ Filip, J.: První řízení ve věci obnovy před Ústavním soudem z důvodu rozsudků Evropského soudu pro lidská práva. Časopis pro právní vědu a praxi, roč. 2008, č. 1, s. 50-54.

² Za samozřejmé to považuje již autor samotné moderní koncepce suverenity - srov. počínaje Bodin, J.: Six Books of the Commonwealth. Oxford 1955 (kniha I. kap. X. a kniha V., kapitola IV. – německý překlad tuto část neobsahuje) a konče nejnovější literaturou jako Harel, A.: Why only state may inflict criminal sanctions: the case against privately inflicted sanctions. Legal Theory, roč. 2008, č. 1, s. 113n.

³ Kromě zmíněné aktuality v tomto časopise je to stručně pojednání Mikule, V.: Právní zpravodaj, roč. 2008, č. 8, s. 9-11, které je však zaměřeno na okolnosti zavedení obnovy řízení.

⁴ Návrh Senátu sp. zn. Pl. ÚS 19/08. Blíže k procesní problematice rozhodnutí viz Kust, J., Pítrová, L.: „Lisabonská smlouva“ a předběžná kontrola ústavnosti mezinárodních smluv. Právník, roč. 2008, č. 5, s. 471-5904 (komparativní pohled) a Filip, J.: Lisabonská smlouva za branami Ústavního soudu. Právní zpravodaj, roč. 2008, č. 10 a tam uvedená literatura.

⁵ Zčásti to bylo promítnuto do nového usnesení Ústavního soudu, kterým byla nově uspořádána problematika atrakce senátních věcí plémem Ústavního soudu – viz Sdělení č. 185/2008 Sb.

⁶ Zpravidla se jejím důvodem rozumí nová skutečnost, kterou bez vlastního zavinění nemohl účastník použít a která mohla mít podstatný vliv na rozhodnutí. Srov. správní řád (§ 62), daňový řád (§ 54), občanský soudní řád (§ 228), trestní řád (§ 278) nebo soudní řád správní (§ 111). Navíc § 119b odst. 3 ukládá Ústavnímu soudu respektovat právní názor mezinárodního soudu, což je institut typický pro nové řízení na základě odvolacího, popř. dovolacího rozsudku, kdežto při povolení obnovy se začíná „nanovo“.

⁷ Mimochodem jeden z nemnoha příkladů použití pravidla *lex inferior derogat legi superiori* v našem právním řádu.

⁸ V komentářové literatuře byl vyjádřen názor, že v řízení o obnově nelze uplatnit zásadu *beneficia cohaesionis*. Viz blíže Wagnerová-Dostál-Langášek-Pospíšil: Zákon o Ústavním soudu s komentářem. Praha: ASPI 2007, s. 541. V daných případech k této otázce Ústavní soud stanovisko nezaujal, neboť v případě, který by přicházel do úvahy (Pl. ÚS 13/06), byla věc stěžovatele vyčleněna a rozhodována samostatně.

⁹ V trestních věcech se výjimečně vyskytne situace, kdy se uplatní podmínky pro posouzení návrhu na obnovu jako nepřipustného ve smyslu § 119a ZÚS. Ústavní soud proto v obou případech návrhu na obnovu konstatoval, že nápravy může být dosaženo pouze novým posouzením původní ústavní stížnosti s přihlédnutím k závěrům, ke kterým dospěl ESLP. Následky případného porušení lidského práva nebo základní svobody ještě trvají, neboť na navrhovatele se hledí jako na pachatele trestného činu, který vykonal trest odnětí svobody.

¹⁰ Bod 33 rozsudku ve věci Balšán proti České republice (v originále *Requête no 1993/02* - dostupné z <http://cmiskp.echr.coe>, v českém překladu na adrese

<http://portal.justice.cz/ms/ms.aspx?j=33&o=23&k=390&page=4&d=113811>).

¹¹ Viz usnesení I. ÚS 131/01 dostupné v ASPI, popř. na adrese nalus.usoud.cz.

¹² V původním rozhodnutí konstatoval, že nemohl přisvědčit stěžovateli poukazu na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva (Saïdi proti Francii, Lüdi proti Švýcarsku, Unterpötinger z roku 1987 a další).

¹³ Pro oblast ústavního a trestního práva je to názorný příklad kolize základních práv a svobod.

¹⁴ Někdy se označuje jako tzv. koncepce Ústavního soudu – listonoše.

¹⁵ Zpravodajem byl v této věci soudce Jiří Mucha.

¹⁶ Návrh na zrušení § 31 trestního řádu byl ovšem Ústavním soudem odmítnut jako zjevně neopodstatněný (usnesení Pl. ÚS 20/08).

¹⁷ Viz usnesení II. ÚS 707/2000 dostupné v ASPI a na adrese nalus.usoud.cz.

¹⁸ Základní informaci o tomto rozsudku lze nalézt ve sbírce Přehled rozsudků ESLP, roč. 2005, č. 4, s. 181n. Plný text je k dispozici na adrese <http://portal.justice.cz/ms/soubor.aspx?id=25555>, avšak oni on nedává úplný přehled o složitosti celé záležitosti (soudní spis má více než 4 tisíce stran).

¹⁹ Např. *Ferrantelli a Santangelo proti Itálii*, rozsudek ze dne 7. srpna 1996, *Sbírka* 1996-III, § 58; *Morel proti Francii*, č. 34130/96, § 42, ESLP 2000-VI.

²⁰ To by bylo zjevně i v rozporu s čl. 89 odst. 2 Ústavy ČR.

²¹ Zde tak musím korigovat svůj názor z pojednání o obnovovacím řízení v minulém čísle tohoto časopisu. Ve vztahu k ESLP a mezinárodnímu právu hovoří Spolkový ústavní soud o „výhradě suverenity“ (usnesení 2 BvR 1481/04 známé jaké případ Görgülü). V případě Assanidzé proti Gruzii (viz Přehled rozhodnutí ESLP, roč. 2004, č. 3) dokonce velký senát Gruzii přímo nařídil (bod 14 výroku rozsudku) okamžitě zajistit propuštění stěžovatele. To vybočuje z ustálené judikatury, kdy ESLP vychází z toho, že je věcí členského státu, jak se vypořádá s rozsudkem. Jako příklad lze uvést rozsudky Saïdi proti Francii (1993) a Pellaohad proti Nizozemí (1994 – bod 44), kde ESLP konstatoval, že není v jeho jurisdikci naříditi vládě, aby bylo obnoveno řízení, takže nemůže návrhu Komise vyhovět (dostupné z <http://cmiskp.echr.coe.int>). Tyto rozsudky jsou citovány i v prvním případě, o kterém je v aktualitě pojednáváno.

Zabezpečovací prevod práva v Slovenskej republike po novom

Marek Števček*

Úvod

Zabezpečenie pohľadávok je témou latentne prítomnou v právnej i podnikateľskej praxi, a logicky je i predmetom odborných diskusií, ba v mnohom je táto problematika v ohnisku záujmu i právnej vedy. Je po-

merne málo inštitútov, ktoré v sebe tak dokonale skĺbia teoretické konotácie a praktickú využiteľnosť, ako práve zabezpečenie záväzkov.

Nie je zmyslom ani účelom tohto príspevku rozobrať širokospektrálnu problematiku zabezpečenia záväzkov, ale analyzovať konkrétny inštitút – tzv. zabezpe-

čovací prevod práva. Nie náhodou bol v minulosti práve tento inštitút podrobený dôkladnému rozboru, a to v českej i slovenskej odbornej právnickej spisbe¹. Prax i teória vygenerovali množstvo problémov, na ktoré však zákonodarca (aspoň čo sa týka Slovenskej republiky) reagoval až teraz. Novelou Občianskeho zákonníka publikovanou ako zákon č. 568/2007 novelizoval právnú úpravu zabezpečenia záväzku prevodom práva obsiahnutú dovtedy v jedinom ustanovení. Právna úprava účinná od 1. januára tohto roku sa teda pokúsila vyriešiť aplikačné problémy pri (ne)fungovaní tohto inštitútu v praxi, a to aj so zreteľom na geometrickým radom narastajúci počet prípadov, kedy práve v dôsledku, nazvime to benevolentnej právnej úpravy mnoho ľudí prišlo o strechu nad hlavou práve „skrže“ inštitút zabezpečovacieho prevodu práva.

Pokúsime sa poskytnúť analytický pohľad na to, ktoré problémy sa zákonodarcovi podarilo odstrániť, a ktoré naopak zrejme budú pretrvávajúť i naďalej. Pravdaže, chýba kritická reflexia v podobe empirickej verifikácie praxou, nakoľko od účinnosti uvedenej novely prešlo naozaj iba pár týždňov, čo pochopiteľne neumožňuje generalizovať akékoľvek závery pro futuro.

Východiská novej právnej úpravy

Východiská problematiky zostávajú v podstate rovnaké - zabezpečenie nadobúda v praxi prvoradý význam, a niekedy zatláča do úzadia samotný zabezpečovaný obligračný vzťah. Inak povedané, mnohokrát sa neriešia ako otázka prvoradé podmienky úveru, ale jeho zabezpečenie. Korene tohto fenoménu nie je ťažké vybadať: ak Ďurica hovorí o „kríze záložného práva v praxi“², tak v diapazóne komplexného riešenia garancie návratnosti poskytnutých investícií môžeme pokojne hovoriť o kríze zabezpečovacích inštitútov ako takých. Slovenská republika už dávnejšie prikrčila k reforme záložného práva ako priorizovaného prostriedku zabezpečenia úverových vzťahov, najmä z pohľadu bankových inštitúcií. Vôbec zaujímavým fenoménom, ktorý môžeme od reformy záložného práva pozorovať už s istou empirickou reflexiou, je skutočnosť, že čím podrobnejšia právna úprava inštitútu, tým menšia je „oblúbenosť“ tohto spôsobu zabezpečenia u rôznych nebankových subjektov. Spomínané prípady straty nehnuteľností v dôsledku realizácie zabezpečovacieho prevodu práva podľa starej úpravy boli napospol prípady, v ktorých sa realizovala tzv. „súkromná justícia“ – pod týmto pojmom chápeme komplex právnych vzťahov, v ktorých subjektom práva viac než konvenuje isté právne vákuum, v ktorom sa pohybujú na hrane zákona, a slabšej zmluvnej strane pri nedostatku právnej úpravy zostáva obrana len prostredníctvom prípadných súdnych korekcií výkonu práv silnejšej zmluvnej strany (spravidla sú tieto korekcií vedené cez prizmu rozporu

výkonu tohto práva s dobrými mravmi podľa ust. § 3 ods. 1 Občianskeho zákonníka).

Prvým poznatkom teda je, že zákonodarca „spodrobnil“ právnú úpravu zabezpečovacieho prevodu – namiesto doterajšieho jedného ustanovenia § 553 Občianskeho zákonníka teraz zabezpečovací prevod práva upravuje ustanovení šesť. Domnievame sa však, že počet ustanovení nemusí nevyhnutne generovať kvalitu právnej úpravy³.

Slovenský zákonodarca zvolil cestu podrobnej právnej úpravy pri záložnom práve, a ťažko povedať, či sa splnil zamýšľaný a v dôvodovej správe proklamovaný cieľ zefektívniť realizáciu záložného práva. Minimálne sa dosiahlo, že „seriózne“ subjekty preferujú, ako už bolo spomínané, akokoľvek formálne nedokonalú, ale podrobnú právnú úpravu, kým subjekty podnikajúce na hranici pokútництва naopak.

Druhým poznatkom pri novej právnej úprave zabezpečovacieho prevodu práva je to, že vlastne zo zabezpečovacieho prevodu práva je druhé záložné právo, z pohľadu jeho realizácie a istých vecnoprávných súvislostí, o tom však neskoršie⁴.

Novelizované znenie nezmenilo princípy, na ktorých je všeobecne zabezpečenie záväzkov vybudované, teda stále možno o zabezpečovacom prevode práva konštatovať, že ide o mechanizmus zabezpečenia záväzku, pričom pre všetky zabezpečovacie inštitúty je príznačná ich **akcesorita a subsidiarita** (táto skutočnosť nepochybne vyplýva zo systematického výkladu zaradenia zabezpečovacieho prevodu práva pod marginálnu rubriku „zabezpečenie záväzkov“, hlava prvá, časť ôsma Občianskeho zákonníka, a nikdy nebola spochybnená ani v teórii). Akcesorita zabezpečenia znamená, že zabezpečovací inštitút bezo zvyšku a nevyhnutne sleduje osud zabezpečenej pohľadávky (inak povedané, nemôže existovať samostatne). Subsidiarita zase zvyšuje skutočnosť, že zabezpečovací mechanizmus možno aplikovať výlučne vtedy, ak sa zabezpečená pohľadávka riadne a včas nesplní.

Aj pri rešpektovaní týchto zásad však legálna definícia zabezpečovacieho prevodu práva nepôsobí príliš vierohodne. Ustanovenie § 553 ods. 1 OZ: *Splnenie záväzku možno zabezpečiť dočasným prevodom práva dlžníka alebo tretej osoby v prospech veriteľa (ďalej len „zabezpečovací prevod práva“)*. *Pri zabezpečovacom prevode vlastníckeho práva sa dočasne prevádza vlastníctvo k prevádzanej veci podľa všeobecných ustanovení o nadobudnutí vlastníctva zmluvou*. Ako vidno, potvrdilo sa bezo zvyšku, že každá definícia v práve je potenciálne škodlivá – táto legálna definícia vlastne žiadnou definíciou nie je. Potvrdila len väčšinové názory teórie, že zabezpečovací prevod práva sa týka aj práva vlastníckeho⁵. Odkaz na všeobecné ustanovenia o nadobudnutí vlastníckeho práva zmluvou považujeme za nadbytočné, ale, konieckoncov, superfluum non olet.

Druhý odsek citovaného ustanovenia však už logiku určite nemá, a trúfame si prejedukovať jeho problematickosť v praktickej aplikácii - *Ak je prevádzané právo zapísané v katastri nehnuteľností alebo v inom verejnom registri, veriteľ je povinný oznámiť dočasnú prevodu práva v katastri nehnuteľností alebo v inom verejnom registri.* Po prvé a najmä, dočasnú prevodu vyplýva jednak z povahy veci, a jednak je pojmovým znakom či skôr „definičného“ vymedzenia zabezpečovacieho prevodu práva – ide teda o opätovnú duplicitu. Čo je však horšie, tomuto ustanoveniu chýba procesnoprávne krytie, príslušná správa katastra (či iný verejný register) jednoducho nemá ako „navyššie“ zapísať dočasnú prevodu. Podobná nezmyselnosť sa objavuje i v ustanovení § 553b ods. 1 - *až do zániku zabezpečovacieho prevodu práva veriteľ nie je oprávnený preveďené právo previesť ďalej na inú osobu ani ho inak zaťažiť v prospech inej osoby. Ak je predmetom zmluvy o zabezpečovacom prevode práva nehnuteľnosť, správa katastra túto skutočnosť vyznačí v katastri nehnuteľností.* O tomto ustanovení ešte bude ďalej reč v iných súvislostiach, avšak nateraz sa obmedzíme na kritické konštatovanie, že opätovne správa katastra jednoducho nebude mať ako vyznačiť tieto skutočnosti. Pravdepodobne bolo cieľom dostatočnou formálnou publicitou saturovať nízku úroveň právneho vedomia subjektov práva – avšak adresáti právnych noriem sa s nimi majú oboznámiť, publicita je zabezpečená uverejnením v Zbierke zákonov. Navyše táto „duplicitná“ publicita nemá dostatočné procesnoprávne krytie, nebude jednoducho vykonateľné a bude zrejme spôsobovať problémy.

Zmluva o zabezpečovacom prevode práva

Zmluva o zabezpečovacom prevode práva musí stále byť obligatórne písomná, avšak oproti pôvodnej právnej úprave zákonodarca obmedzil možnosť zmluvnej dispozície v mnohých smeroch. Z povahy veci nepochybne vyplýva, že väčšina ustanovení je kogentných, a len tam, kde to zákonodarca umožnil, môžu si zmluvné strany vymôcť úpravu odchýlnú od dikcie zákona.

Zákonodarca stanovil aj podstatné náležitosti tejto zmluvy. Sú nimi:

- vymedzenie zabezpečeného záväzku. Tu sa prejavuje spomínaná akcesorita zabezpečovacieho prevodu práva. V prípade, ak zabezpečenie poskytne iná osoba ako obligáčny dlžník, zmluva o zabezpečovacom prevode práva musí obsahovať aj označenie dlžníka (paralela so záložným právom je viac než zrejmé),
- označenie práva, ktoré sa prevádza v prospech veriteľa (porovnaj ďalšie výklady),
- práva a povinnosti účastníkov zmluvy k preveďnému právu počas trvania zabezpečovacieho

prevodu práva. Tu však treba zdôrazniť, že zákonodarca sám vymedzil isté práva a povinnosti zmluvných strán, a domnievame sa, že povaha týchto ustanovení, ku ktorým sa vrátíme neskôr, má kogentnú povahu. Je teda zrejme, že zmluvné strany sa od nich nemôžu odchýliť, a dispozičná autonómia sa uplatní len v prípadoch a situáciách, ktoré zákonodarca neupravil (napríklad poistenie sekundárneho predmetu zabezpečovacieho prevodu, veci, či povinnosť nakladať s ním osobitným spôsobom ak ide o umelecké dielo či iné špecifické predmety právnych vzťahov),

- jeho ocenenie v peniazoch. Toto ustanovenie zakotvuje síce ocenenie prevádzaného práva ako obligatórnu náležitosť zmluvy, avšak praktického významu tu niet – v prípade realizácie zabezpečovacieho prevodu práva môže už byť cena (ocenenie) iné ako na začiatku, a vôbec v prípade realizácie zabezpečovacieho prevodu práva je sporné, či predmetné ustanovenie má nejaký význam – ak by aj dlžník nesplatil len malú časť svojho záväzku, akokoľvek v nepomere k hodnote preveďného práva (poľažmo sekundárneho predmetu prevodu, spravidla veci), nebráni to veriteľovi pristúpiť k realizácii zabezpečovacieho prevodu práva – rovnako ako pri výkone záložného práva. Navyše, zákonodarca nestanovil metodiku ocenenia. S prihliadnutím na uvedené sa aj toto ustanovenie už od počiatku javí obsolentne,
- spôsob výkonu zabezpečovacieho prevodu práva. Opätovne, ak si strany nedohodnú nič, je to síce opomenutie podstatnej náležitosti zmluvy, avšak vzhľadom na dikciu ust. § 553c ods. 1 Občianskeho zákonníka, v zmysle ktorého veriteľ môže speňažiť preveďené právo na dražbe podľa osobitného predpisu, nespôsobuje absencia dohody o výkone zabezpečovacieho prevodu práva neplatnosť zmluvy,
- najnižšie podanie v prípade dobrovoľnej dražby. Tu nie je jasné, či zákonodarca chcel „napojiť“ toto ustanovenie na spomínané ocenenie prevádzaného práva, každopádne to však neurobil. Opomenutie tohto ustanovenia v zmluve už môže spôsobovať vážne problémy s prihliadnutím na režim dobrovoľných dražieb, možno totiž uvažovať o neplatnosti dražby.

Charakter zabezpečovacieho prevodu práva po novom

V teórii sa najväčšie spory viedli o charakter tohto inštitútu, a vonkoncom nešlo o akademické debaty, nakoľko od vyriešenia tejto otázky je podstatný spôsob realizácie uhradzovacej funkcie tohto inštrumentu. Pripomíname, že doktrína civilného práva nebola jednotná v názoroch na túto otázku, pričom sa v podstate vykryštalizovali tieto názory:

- a) ide o prevod s tzv. rezolutívnou podmienkou – teda zabezpečenie (prevedené právo) trvá len do momentu riadneho a včasného splnenia záväzku dlžníka, týmto momentom sa ex lege právo „prevedie“⁶ späť z veriteľa na dlžníka,
- b) zabezpečenie prevodom práva má charakter tzv. fiduciárneho prevodu, teda prevodu založeného na dôvere medzi dlžníkom a veriteľom, nakoľko po riadnom a včasnom splnení záväzku dlžníka je veriteľ povinný umožniť dlžníkovi znovu sa ujať fakтической držby, a pochopiteľne i právneho držania, svojho práva, resp. sekundárne svojej veci⁷.

Slovenská právna úprava sa vybrala cestou prevodu s rezolutívnou podmienkou. Uspokojením zabezpečenej pohľadávky prechádza právo späť na toho, kto ho previedol (ust. § 553 ods. 3 novelizovaného Občianskeho zákonníka). Rovnako sa domnievame, že kogentnosť tohto ustanovenia nepripúšťa ďalšie dohady o charaktere zabezpečovacieho prevodu práva, čo pochopiteľne nevyučuje aktivitu zmluvných strán povedzme v smere dohodnutia si zmluvy o budúcej zmluve, ktorou sa veriteľ zaväzuje previesť právo späť na dlžníka či bianko zmenky zabezpečujúcej splnenie tejto povinnosti, avšak spomínané riešenie zákonodarcu poskytuje dostatok právnych prostriedkov ochrany dlžníka v prípade riadneho a včasného splnenia záväzku.

Predmet zabezpečovacieho prevodu

Po viacerých diskusiách v odbornej verejnosti sa ustálil názor, že predmetom zabezpečovacieho prevodu práva môže byť akékoľvek **prevoditeľné majetkové právo**, teda právo, ktoré nie je viazané na osobu (príp. na určitý okruh osôb) a zákon pripúšťa jeho prevod na inú osobu – inak povedané právo, ktorého obsah by sa zmenou subjektu podstatne nezmenil. Môže ísť, a v praxi aj najčastejšie pôjde, o vlastnícke právo k veci (ak by išlo o vlastnícke právo k pohľadávke, a toto by podliehalo prevodu na osobu veriteľa z titulu zabezpečenia, išlo by už o pojmovo rozdielny inštitút upravený v ust. § 554 Občianskeho zákonníka)⁸.

Okrem primárneho predmetu (majetkové prevoditeľné právo) hovoríme aj o sekundárnom predmete, t. j. o predmete samotného prevádzaného práva, kde v zásade rozlišujeme:

- a) hnutel'nú vec,
- b) nehnuteľnú vec,
- c) cenné papiere (tie môžu byť predmetom prevodu, ak to zákon pripúšťa, napr. takýto prevod nebude možný zrejme pri zmenkách. Tento inštitút predstavuje tzv. repo operáciu s cennými papiermi a nebudeme sa ním bližšie zaoberať. Zákonodarcu sa obmedzil na odkaz na zákon o cenných papieroch.

Predovšetkým treba dôsledne rozlišovať sekundárny predmet zabezpečenia v závislosti na tom, či ide o vec hnutel'nú alebo nehnuteľnú.

Zabezpečenie prevodom vlastníckeho práva k hnutel'nej veci

Na základe obligatórne písomnej zmluvy o zabezpečovacom prevode vlastníckeho práva k hnutel'nej veci dochádza k prevodu a následnému prechodu vlastníckeho práva z dlžníka na veriteľa, pričom podstatnou dovŕšujúcou právnou skutočnosťou (tzv. modom) bude odovzdanie veci nadobúdateľovi (veriteľovi zo zabezpečovaného právneho vzťahu), **ak sa zmluvné strany nedohodnú inak**. Kvalitatívne tak môžu nastať dve situácie:

- a) predmet (sekundárny) zabezpečenia ostane v dispozičnej sfére veriteľa – čo je problematické predovšetkým v úverových vzťahoch, kedy je účelné, aby predmety (výrobné a technologické zariadenia, stroje a pod.) ostali v dispozičnej sfére dlžníka, aby prostredníctvom nich mohol produkovať a tak splácať svoj úver. Aj tu však zákonodarcu v novej úprave práv a povinností zmluvných strán počas existencie zabezpečovacieho prevodu práva pamätá aj na túto eventualitu (pozri ďalej),
- b) na základe dlžníkovho vyhlásenia (obsiahnutého v zabezpečovacej zmluve), tzv. constitutum possessorium, ostane hnutel'ná vec v dispozícii dlžníka, čím sa však navonok ťažko manifestuje, že subjektom vlastníckeho práva k veci je niekto iný ako dlžník. Dlžník tak bez väčších problémov môže vec previesť, zaťažiť atď., a veriteľovi zostane len obligáčny nárok na náhradu škody voči dlžníkovi. Toto vákuum je len do istej miery odstrániteľné označením predmetnej hnutel'nej veci viditeľným spôsobom demonštrujúcim vlastnícke právo veriteľa k veci – napr. štítkom z plastu., kovu apod. Rovnako možno odporučiť, aby všetka potrebná technická a právna dokumentácia bola umiestnená u veriteľa, a dlžníkovi by sa prípadne vydala len fotokópia viditeľne označená nápisom. Scudzenie veci dlžníkom by však bolo veľmi dubiózne a zrejme by naplnilo skutkovú podstatu niektorého z majetkových trestných činov.

Zabezpečenie prevodom vlastníckeho práva k nehnuteľnej veci

Opätovne rozlišujeme titul (obligatórne písomnú zmluvu) a modus ako dovŕšenie vecnoprávných účinkov zmluvy, ktorým je v tomto prípade právoplatné rozhodnutie príslušnej správy katastra o povolení vkladu.

Publicita prevodu je daná verejnosťou katastra nehnuteľností, takže problémy s nežiadúcimi scudzujúcimi či zaťažujúcimi úkonmi dlžníka odpadajú.

Práva a povinnosti zmluvných strán počas existencie zabezpečovacieho prevodu práva

Ako sme už spomenuli, počas existencie zabezpečovacieho prevodu práva, teda vzhľadom na jeho akcesoritu počas existencie hlavného, zabezpečovaného obligáčného vzťahu až do zániku zabezpečovacieho prevodu práva veriteľ nie je oprávnený preveďené právo previesť ďalej na inú osobu ani ho inak zaťažiť v prospech inej osoby. Ak je predmetom zmluvy o zabezpečovacom prevode práva nehnuteľnosť, správa katastra túto skutočnosť vyznačí v katastri nehnuteľností. Procesné problémy s nevykonateľnosťou tohto ustanovenia sme už naznačili. Ak by veriteľ napriek tomu túto povinnosť porušil, zodpovedal by samozrejme dlžníkovi za škodu tým spôsobenú. Prevod na tretiu osobu by bol absolútne neplatný, a dlžník by zrejme s úspechom mohol reivindikovať (ak by sekundárnym predmetom zabezpečenia bola vec, ak by išlo o právo, zrejme sa môže domáhať určenia, že napriek dubioznému prevodu na tretiu osobu je stále jeho nositeľom).

Problémy, ktorým sa zákonodarca zrejme chcel vyhnúť spomínanou zamýšľanou publicitou zákazu scudzovania, nastanú, ak tretia osoba je dobromyseľná. V obchodných záväzkových vzťahoch, ako je známe, možno nadobudnúť vlastnícke právo aj od nevlastníka, a to v bežnom obchodnom styku pri zachovaní dobromyseľnosti nadobúdateľa. A v občianskom práve existuje princíp ochrany dobromyseľne nadobudnutých práv (*iura quesita*), a úspech dobromyseľnej tretej osoby v súdnom spore nemožno celkom vylúčiť, hoci súdna prax sa skôr prikláňa k absolutizácii vlastníckeho práva. Nemienime sa teraz do tejto polemiky púšťať, obmedzíme sa na konštatovanie, že v princípe chvályhodný úmysel zákonodarcu bude zrejme v praxi neaplikovateľný.

Ďalšou zákonodarcom ustanovenou povinnosťou je povinnosť preveďenú vec chrániť pred poškodením, stratou a zničením, v prípade, a k zabezpečovací prevod práva spočíva v prevode vlastníckeho práva k veci a veriteľ je jej držiteľom. Ak je držiteľom veci dlžník, táto povinnosť platí pre neho obdobne. Toto všeobecné konštatovanie môžu (a zrejme to bude i účelné) zmluvné strany doplniť špecifikáciou závislou na charaktere konkrétnej veci, napr. ak si vec vyžaduje osobitnú starostlivosť, odborné zaobchádzanie a pod.

Realizácia zabezpečovacieho prevodu práva po splatnosti pohľadávky

Dlžník je v omeškaní, ak riadne a včas nesplní svoj záväzok, ktorý je zabezpečený prevodom vlastníckeho práva k veci. V tomto momente dochádza k realizácii uhradzovacej funkcie, k reálnemu uspokojeniu veriteľa.

V zmysle novozavedeného ust. §§ 553c ak zabezpečený záväzok nie je riadne a včas splnený, veriteľ je oprávnený začať výkon zabezpečovacieho prevodu práva a preveďené právo speňažiť spôsobom uvedeným v zmluve alebo dražbou podľa osobitného zákona. Preferovanou je teda zmluvná dohoda, dobrovoľná dražba upravená v osobitnom právnom predpise, zák. č. 527/2002 Z. z., je len subsidiárnym riešením. Dohoda o spôsobe realizácie zabezpečovacieho prevodu môže mať predovšetkým nasledovné formy (hoci nie sú výslovné v zákone spomenuté, vyplýva to z povahy veci):

- tzv. predaj z „voľnej ruky“, teda veriteľ scudzí preveďené právo (vec) za zmluvne dohodnutých podmienok, ide o realizáciu predaja inému, a to ktorémukolvek záujemcovi (s výnimkou dlžníka), pričom situácia závisí od zmluvného dojednania. Do úvahy preto prichádza stanovenie minimálnej kúpnej ceny (napr. znalecký posudok), v prípade nezájmu stanovenie ďalšej minimálnej kúpnej ceny, povedzme 2/3 ceny určenej znaleckým odhadom a pod.,
- predaj prostredníctvom tretej osoby, povedzme realitnej kancelárie,
- veľmi problematické exekučné speňaženie, teda prostredníctvom súdneho exekútora. Tento spôsob výkonu realizácie uhradzovacej funkcie zabezpečenia zákonodarca prezumuje i pri záložnom práve, avšak v praxi toto riešenie opätovne naráža na závažné procesnoprávne problémy⁹,
- klasické zabezpečenie si exekučného titulu prostredníctvom súdu a následná exekúcia (oproti predošlému spôsobu je potrebné predchádzajúce súdne konanie o uloženie povinnosti zaplatiť dlh),
- dohoda o uspokojení veriteľa v tom zmysle, že sa stane „nepodmieneným“ vlastníkom veci či nositeľom práva, ktoré sa naňho previedlo. Tu je potrebné upozorniť, že takáto dohoda môže byť uzavretá len po splatnosti veriteľovej pohľadávky, je neprípustná tzv. *klauzula lex commisoría*, obdobne ako pri záložnom práve (teda dohody, ktorých obsahom alebo účelom je uspokojenie veriteľa tým, že si natrvalo ponechá preveďené právo uzavreté pred splatnosťou zabezpečenej pohľadávky, sú neplatné.

Všetky uvedené spôsoby sú bezproblémové, ak sa vec nachádza v držbe veriteľa, ak to tak nie je, a dlžník vec dobrovoľne nevydá, musí sa mu odňať cestou žaloby o vydanie veci (s eventuálnym uplatnením pred-

bežného opatrenia znejúceho na zákaz disponovania s vecou).

Začatie výkonu zabezpečovacieho prevodu práva je veriteľ povinný písomne oznámiť osobe, ktorá zabezpečenie poskytla, a dlžníkovi aspoň 30 dní vopred. Chýba však ustanovenie, akým spôsobom sa má táto skutočnosť oznámiť, predpokladá sa však, že musí ísť o preukázateľný spôsob doručenia oznámenia pre prípad eventuálnej žaloby, tak aby sa veriteľ neocitol v dôkaznej núdzi.

Ak je dohodnutý iný spôsob výkonu zabezpečovacieho prevodu práva ako speňažením na dražbe podľa osobitného predpisu, veriteľ je pri výkone svojho práva povinný postupovať s náležitou starostlivosťou tak, aby právo previedol za cenu, za akú sa rovnaké alebo porovnateľné právo za porovnateľných podmienok zvyčajne prevádza, inak zodpovedá osobe, ktorá zabezpečenie poskytla, za škodu, ktorú tým spôsobí. Ak výťažok dosiahnutý vykonaním zabezpečovacieho práva prevyšuje zabezpečenú pohľadávku a jej príslušenstvo, veriteľ je bez zbytočného odkladu povinný vydať osobe, ktorá zabezpečenie poskytla, tú časť výťažku, ktorá po odpočítaní nevyhnutne a účelne vynaložených nákladov v súvislosti s výkonom zabezpečovacieho prevodu práva prevyšuje zabezpečenú pohľadávku a jej príslušenstvo.

Zánik zabezpečovacieho prevodu práva inak než realizáciou

Ako už bolo spomenuté, nová koncepcia zabezpečovacieho prevodu práva je postavená na existencii rezolútívnej podmienky, nie na fiduciárnom prevode. Preto v zmysle ust. § 553d Občianskeho zákonníka zánikom zabezpečovaného záväzku právo prechádza späť na osobu, ktorá zabezpečenie poskytla. Veriteľ je bez zbytočného odkladu povinný vec v jeho držbe vydať, a ak niet odlišnej dohody, spolu s tým, čo k nej pribudlo. Veriteľ má právo na náhradu nákladov účelne vynaložených v súvislosti s výkonom zabezpečovacieho prevodu práva.

V prípade neochoty veriteľa postupovať týmto spôsobom (vydať vec či akceptovať dlžníka ako nositeľa práva), nová právna úprava ochraňuje dlžníka v tom, že sa stáva zo zákona nositeľom prevedeného práva. Prípadná určovacia žaloba, ak sú splnené podmienky jej uplatnenia, či reivindikácia voči veriteľovi bude v praxi omnoho jednoduchšia.

Nevyriešené súvislosti

Nová právna úprava však vôbec nevyriešila výsostne praktické problémy, ktoré v súvislosti so zabezpečovacím prevodom práva vznikali a vznikajú. Záko-

nodarca tak vlastne konkludentne akceptoval „vyriešenie“ týchto problémov právnou praxou.

Ide napríklad o niektoré daňové súvislosti, a to v súvislosti s daňou z príjmov a daňou z pridanej hodnoty. Napríklad účtovné odpisovanie vecí tvoriacich sekundárny predmet zabezpečovacieho prevodu práva je veľkým problémom. Po počiatkových nejasnostiach sa prax ustálila na konštrukcii odpisov vecí (ako sekundárneho predmetu zabezpečovacieho prevodu) tak, že hnutelné veci môže odpisovať pôvodný vlastník (dlžník) za predpokladu, ak má vec vo faktickej moci prostredníctvom zmluvy o výpožičke, príp. zmluvy nájomnej. Ohľadom nehnuteľností zákon neobsahuje žiadnu špeciálnu úpravu, čo však neznamená, že by túto problematiku vôbec neriešil. Treba sa totiž stotožniť s názorom, že ak neexistuje špeciálna daňová úprava, platí všeobecná právna úprava odpisovania.

Rovnako určité nejasnosti neboli novelou odstránené čo do problematiky konkurzného a exekučného práva, tu však prax zaujíma pomerne konštantné stanoviská, ktoré zrejme budú platiť aj v budúcnosti.¹⁰

Záver

Novelizácia Občianskeho zákonníka v Slovenskej republike vyriešila niektoré v teórii sporné otázky, najmä ohľadom charakteru zabezpečovacieho prevodu práva a jeho realizácii. Súvisiace problémy však vyriešené nie sú, a aj samotná právna úprava od počiatku vykazuje isté zárodoky nestability. Bude preto zaujímavé pozorovať správanie sa tohto inštitútu v praxi, a prípadne sprostredkovať odbornej verejnosti závery z tohto pozorovania.

Resumé

Príspevok aktuálne reaguje na novelizáciu inštitútu zabezpečovacieho prevodu práva v Občianskom zákonníku. Konfrontuje novú právnu úpravu s doterajšou praxou a kriticky poukazuje na niektoré ustanovenia. Zabezpečovací prevod práva po novom predstavuje prevod s rezolútívnou podmienkou, po splnení dlhu sa právo zo zákona prevádza späť na dlžníka. Otvorenou však ostáva otázka niektorých daňových súvislostí, ako aj nepresné formulácie zákonodarcu, na ktoré článok kriticky poukazuje.

Summary

This article is a topical response to the amendment of the institute of securing transfer of rights in the Civil Code. It confronts the new legal regulation with the practice as it has been until now and points out some of its provisions. The new conception of the securing

transfer of right represents a transfer with a resolute condition where after the debt has been paid off, the right is transferred back to the debtor. However, the issue of certain tax connections as well as some inaccurate formulations by the legislators have been left open; and the article deals with these issues critically.

* JUDr. Marek Števec, PhD., Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Katedra občianskeho práva

¹ Porovnaj napr. Plank, K. a kol.: Občianske právo s vysvetlivkami, I. zväzok, IURA EDITION, 1996, str. 468a a nasl.,

Giese, E. – Dušek, P. – Koubová, J. – Dietschová, L.: Zajištění závazku v České republice, C.H.BECK Praha, 1999, str. 96 a nasl.,

Knapp, V. a kol.: Občanské právo hmotné, svazek II., CO-DEX Bohemia, Praha 1998, str. 130,

Lazar, J. a kol.: Základy občianskeho hmotného práva, 2. zväzok, IURA EDITION, 2000, str. 61,

Svoboda, J. a kol.: Občiansky zákonník, I. diel. Komentár, IV. vydanie, EUROUNION, 2000, str. 472,

Holub, M. – Fiala, J. – Bičovský, J.: Občiansky zákonník. Poznámkové vydání s judikaturou, 6. doplněné vydání, Linde Praha, a.s., 1998, str. 401 a nasl.,

Dědič, J. a kol.: Právo cenných papírů a kapitálového trhu, PROSPEKTRUM spol. s r.o., 2000, str. 406 a nasl.,

Mikeš, J. – Švestka, J.: Nad základními otázkami zajištění závazku převodem práva, in: Právní rozhledy č. 6/2001, C.H.BECK Praha, str. 249 a nasl.,

Plíva, S.: Zajišťovací převod práva, in: Právní praxe v podnikání č. 3/1997, BONUS, nakladatelství a vydavatelství s.r.o., str. 1 a nasl.,

Holeyšovský, M.: Zajištění závazku převodem práva, in: Právní rádce č. 2/1996, str. 8 a nasl.,

Čermák, K.: Je zajišťovací převod práva fiduciárním převodem?, in: Bulletin advokacie č. 3/1997, str. 11 a nasl.,

Macko, J.: Zabezpečovací převod práva a kataster nehnuteľností, in: Bulletin slovenskej advokácie, č. 6/1996, str. 29 a nasl.,

Sagál, I. – Kroft, M.: Několik poznámek k zajišťovacímu převodu vlastnického práva, in: Právo a podnikání č. 10/1998, str. 21 a nasl.,

Linhart, T. – Daubner, R.: Zajištění závazku převodem vlastnického práva a globální cese jako prostředky zajištění úvěru v České republice, in: Právní rozhledy č. 2/1993,

² Ďurica, M.: Kríza záložného práva v praxi (nevhodná právna úprava?), Justičná revue, 52, 2000, č. 1, s. 34 – 47.

³ ba skôr naopak...

⁴ Dokonca samotný zákonodarca v novozavedenom ustanovení § 553e Občianskeho zákonníka odkazuje na primerané použitie vybraných ustanovení o záložnom práve.

⁵ Pre úplnosť dodávame, že bol publikovaný i názor opačný, pozri Pavelková, B.: Zabezpečovací prevod práva – aj vlastnického? Justičná revue, 52, 2000, č. 6-7, s. 736-740. Nemožno však súhlasiť s takým reštriktívnym výkladom, ktorý vylučuje vlastnícke právo z okruhu predmetov zabezpečovacieho prevodu, navyše prevod akéhokoľvek iného práva by pojmovo takmer bezvýnimočne pokrývalo zabezpečenie postúpením pohľadávky podľa ust. § 554 Občianskeho zákonníka. Naopak, ťažko si predstaviť zabezpečenie prevodom iného práva než vlastnického. Každopádne túto dilemu odstránil zákonodarca.

⁶ V tejto súvislosti je potrebné upozorniť na časté pojmové zmätenie prevodu a prechodu práva, dokonca ani zákonodarca niekedy dôsledne tieto pojmy nerozlišuje (k tomu porovnaj, hoci v inej súvislosti publikovanú, ale v poslednom čase jedinú skutočne hlbokú analýzu tohto problému profesorky Pelikánovej (Pelikánová, I.: Problém převodu a přechodu práv. Právní rozhledy, 2001, č. 4, s. 141 a nasl). V kontexte uvažovaného problému skôr možno hovoriť o spätnom prechode práva späť na dlžníka.

⁷ V kontexte problému načrtnutého v poznámke 2 ide o klasický spätný prevod, vyžadujúci komisiívne konanie zo strany veriteľa.

⁸ Znova odkazujeme na menšinový a ojedinelý názor, ktorý sa pred novelizáciou v teórii vyskytoval, pozri poznámku č. 5.

⁹ Nedošlo k novelizácii Exekučného poriadku, takže tento spôsob exekúcie prakticky v procesnej rovine neexistuje, a podľa našich informácií sa ani neuplatňuje. To isté hrozí aj pri zabezpečovacom prevode práva.

¹⁰ Rozbor týchto parciálnych tém však značne transcenduje problematiku tohto príspevku, zasluhujú si osobitnú pozornosť.

INFORMACE PRO PRÁVNÍ PRAXI

Zájezd jako stěžejní právní pojem v podnikání v cestovním ruchu

Monika Bandúrová*

V rámci výkonu své koncipientské praxe jsem měla možnost v širší míře nahlédnout pod pokličku reálného podnikatelského života cestovních kancelářů a agentur. Chování podnikatelů i cestovatelů je často ovlivňováno či dokonce řízeno teoreticko-právními poznatky z této oblasti. Leckdy nejasná legislativa a její nepřesný výklad způsobují nejednotnost i v postupech státních orgánů. Z podnětu skutečně nastalé kontroverzní situace jsem se rozhodla považovat nad výkladem právního pojmu zájezd v cestovním ruchu a načrtnout jeden ze současných problémů.

Podmínky podnikání v oblasti cestovního ruchu jsou obecně regulovány zákonem č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), a podrobněji rozvedeny speciálním zákonem č. 159/1999 Sb., o některých podmínkách podnikání v oblasti cestovního ruchu (zákon o podnikání v cestovním ruchu). Živnostenský zákon zakotvuje všeobecné a zvláštní podmínky podnikání, stanoví obsah živností, jež se pojí s cestovním ruchem (těch je celkem pět: provozování cestovní kanceláře, provozování cestovní agentury, hostinská činnost, poskytování ubytovacích služeb a průvodcovská činnost). Zákon o podnikání v cestovním ruchu „jde hlouběji“, stanoví konkrétní práva a povinnosti při provozování dvou z uvedených živností, a to provozování cestovní kanceláře a cestovní agentury. Rozdíl v činnosti obou souvisí s vymezením pojmu zájezd, který činí v současnosti nejasnosti projevující se jak v praxi provozovatelů cestovních agentur, tak v postupu úřadů. Zákon o podnikání v cestovním ruchu dále novelizoval občanský zákoník, do něhož vložil úpravu cestovní smlouvy; v neposlední řadě však také zakotvil úpravu zákonného pojištění cestovních kancelářů.

Zákon o podnikání v cestovním ruchu je důležitý zejména z hlediska rozlišení možnosti podnikání formou cestovní agentury a cestovní kanceláře. Podnikatel si může podle práva na svobodnou volbu podnikání zvolit kteroukoli činnost. Cestovní agentura představuje obecně volnější způsob podnikání, je živností ohlašovanou volnou, kdežto provozování cestovní kanceláře je koncesní živností s povinným pojištěním proti úpadku. Výlučně cestovní kancelář je pak oprávněna nabízet a prodávat zájezdy a uzavírat cestovní smlouvy. Z toho

důvodu nese větší podnikatelské riziko, což se pak odráží v povinnosti platit pojistné stanovené zákonem.

Cestovní agentura může naopak prodej zájezdů pouze zprostředkovávat pro cestovní kanceláře a dále nabízet a prodávat jednotlivé služby cestovního ruchu (dopravu, ubytování, stravování, prodej letenek apod.) Na druhé straně však nemá pojišťovací povinnost, což v praxi znamená, že ceny svých produktů není nucena navyšovat na rozdíl od pojištěné cestovní kanceláře.

Dělicím mezníkem mezi tím, kdy je činnost prováděná subjektem podnikajícím v cestovním ruchu provozováním cestovní agentury, a kdy již naplňuje znaky cestovní kanceláře, je výklad právního pojmu „zájezd“.

Zájezd je podle zákonné definice obsažen v § 1 odst. 1 zákona o podnikání v cestovním ruchu (1) kombinace služeb, (2) sestavená předem nebo na základě individuálního požadavku zákazníka, (3) kombinuje-li alespoň dvě ze služeb doprava, ubytování nebo jiná jednotlivá služba představující minimálně 20 % z hodnoty zájezdu, (4) je-li prodávána za souhrnnou cenu, a (5) poskytována po dobu přesahující 24 hodin nebo zahrnuje ubytování přes noc. Uvedená tzv. *pozitivní definice zájezdu* je postavena na pěti znacích.

Odstavec druhý téhož ustanovení naopak stanoví, co zájezdem není. *Negativní definice* z tohoto pojmu vyjímá zájezd zprostředkovaný (písm. a), čímž dává prostor k zprostředkování i cestovními agenturami, a zájezd nabízený a prodáváný způsobem, jež nevykazuje znaky podnikání (písm. b). Jestliže zájezd může prodávat jenom cestovní kancelář, pak cestovní agentura může nabízet jenom to, co zájezdem není, čili právě uvedené výjimky.

Představená koncepce zájezdu platí od účinnosti novely zákona o podnikání v cestovním ruchu předpisem č. 214/2006 Sb., tj. od 1. 8. 2006. Do té doby byla jednou z výjimek i kombinace sestavená na základě individuálního požadavku zákazníka (tzv. forfait). Cestovní agentury mohly do účinnosti novely prodávat jak jednotlivé služby cestovního ruchu, tak jejich libovolnou kombinaci podle pokynů a přání zákazníka. Novela však tuto výjimku odstranila a tyto kombinace jasně zařadila pod pojem zájezd, který může nyní prodávat jenom cestovní kancelář. Od účinnosti novely jsou tedy cestovní kanceláře omezeny co do nabídky služeb a jsou oprávněny nabízet pouze jednotlivé služby.

Zajímavý problém však nastane, jestliže kombinace služeb nebude vytvořená ze strany prodávající cestovní agentury, ale ze strany samotného klienta, který si „zájezd“ vytvoří sám. Mám na mysli případ, kdy si kupující jeden den objedná u cestovní agentury službu dopravy, druhý den ubytování a třetí den služby průvodce s tím, že si provedení všech záměrně koncentruje do jednoho dne. V tomto případě se podle mne nejedná o kombinaci služeb, jež by byla sestavená ze strany cestovní agentury, protože ona sama zájezd nevytváří podle požadavků klienta, naopak leckdy o množství a druhu poskytnutých služeb ani nemusí vědět. Kombinací služeb, ať již sestavenou předem nebo na základě požadavků, se v zákonné dikci myslí pravděpodobně kombinace sestavená ze strany prodávajícího subjektu. Ustanovení zákona by se mělo vykládat s ohledem na vůli subjektu, jež takovou kombinaci činí. Jestliže bychom připustili, že i uvedený souhrn služeb, byť prodán cestovní agenturou, sestavený však z vůle klienta, je zájezdem (se všemi důsledky pro prodávající subjekt), dospěli bychom k nelogickému závěru výkladu *ad absurdum*. Takový výklad by upíral cestovní agentuře možnost prodeje jednotlivých služeb cestovního ruchu těmto klientovi, třeba i s časovým odstupem, a tím de facto právo na podnikání. Právo na svobodnou volbu povolání a právo podnikání je dáno v článku 26 Listiny základních práv a svobod. Podmínky výkonu tohoto práva a jeho obsah v oblasti cestovního ruchu dle čl. 26 odst. 1 Listiny by pak byly dány vnitřně rozporným či nejasným zákonem. Nelogický závěr výkladu zákona, že i souhrn nakoupených služeb je zájezdem, je nutno odmítnout jako výklad *ad absurdum*. Uvedené umožňuje metoda logického výkladu zákona tzv. *reductionis ad absurdum*, což znamená, že výklad zákona, který povede k zjevně nepřijatelnému či absurdnímu závěru, je nutno odmítnout a přijmout výklad jiný, možný.

Novela, která zákon „upravila“ do stávající podoby, byla přijata z podnětu evropského prostředí, konkrétně na základě rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci Club-Tour, Viagens e Turismo SA versus Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido, vedené jako C – 400/00. Rozsudek vyložil pojem „*předem sestavená kombinace*“ a definoval jej pomocí doby vzniku kombinace. Moment sestavení zájezdu ukotvil na moment uzavření smlouvy mezi prodávajícím a klientem. Uvedený výklad tedy ponechával prostor pro to, aby zájezd zahrnoval kombinace sestavené předem i kombinace sestavené až na základě individuálního požadavku. Smlouva k prodeji kombinace se bude vždy vztahovat na výsledný balík služeb. Naproti tomu, v případě cestovní agentury, jak jsem uvedla výše, není v době prodeje služby prodáván celý balík služeb, ani neexistuje povědomí o jeho budoucím vytvoření.

Dle mého názoru je v tomto případě důležité posouzení vůle. Ta byla při kombinování služeb projevena ze strany klienta, nikoli ze strany cestovní agentury. Pouze

na straně klienta je záměr koncentrovat všechny služby k jednomu datu a tak si vytvořit „zájezd“. Zákon měl dle mého názoru na mysli vytváření kombinací vždy ze strany cestovní kanceláře, i když to výslovně nestanovuje. Důraz na vůli v zákoně chybí.

Dalším argumentem pro výklad ve prospěch cestovních agentur je jednání. Chování zákazníka nelze přičítat k tíži cestovní agentury v tom smyslu, že i v případě prodeje souhrnu služeb bez vědomí jejich kombinace, by měla být cestovní agentura pojištěna, jinými slovy měla by mít oprávnění k provozování cestovní kanceláře. Cestovní agentura tak prodejem souhrnu služeb bez vlastního kompozičního prvku nenaplnuje podmínky zákona pro podnikání formou provozování cestovní kanceláře – zájezd sama nenabízí ani nevytváří.

Odpovědnost cestovní kanceláře je dle současné právní úpravy nastavena jako odpovědnost za splnění všech smluvních povinností v rámci zájezdu, i když jejich plnění zajistí třetí osobou. Uvedené je výrazem toho, že cestovní kancelář zájezd vytvořila, nese tedy za něj odpovědnost. Odpovědnost cestovní agentury však není možno posuzovat stejně jako odpovědnost cestovní kanceláře. Agentura je odpovědná jenom za každou jednotlivou službu zvlášť, nikoli již za jejich vzájemné „sladění“ apod. Bylo by nelogickým závěrem vykládání zákona, aby prodejci vznikla povinnost pojistit se a stát se cestovní kanceláří z důvodu vůle a jednání třetího subjektu – klienta. Podle stávající právní úpravy platí autonomie vůle a rozhodování, kdy následky jednání subjektu zpravidla nenesou ostatní. Uvedený příklad není tedy příkladem porušování zákona, jenom věcně všetečností člověka přemýšlejícího jak ušetřit. Zákazník totiž nakoupí jednotlivé služby v cestovní agentuře zpravidla za nižší cenu, vzhledem k tomu, že agentura nemá povinné pojištění a ceny svých produktů nenavyšuje na rozdíl od cen cestovní kanceláře. Druhou stranou mince je, že zákazník za kompozici a sladění zájezdu nese odpovědnost sám.

Jestliže se tedy v praxi vyskytují případy, kdy je zákon šikovně obcházen, je zřejmé, že existuje vícero způsobů výkladu zákona. Rozličné způsoby postupu podle zákona o podnikání v cestovním ruchu, jsou již v praxi uplatňovány, a to i ze stran orgánů se stejnou věcnou působností avšak odlišnou místní příslušností. Výklad, který by považoval prodej souhrnu jednotlivých služeb za prodej zájezdu, není ve prospěch ani podnikatelů v cestovním ruchu ani spotřebitelů. Uvedené by tedy mělo být podnětem k sjednocení výkladu zákona ve prospěch obou.

Summary

According to legislation valid at days of writing the article (June 2008) and having in mind that according to that legislation a travel package organized upon request of a customer is also regarded as travel package, this

article deals with absurd situation when the package combination is being created by mere random choice of customer on a day by day basis without any awareness of the travel agency.

* Mgr. Monika Bandúrová, AK Kulhánek Legal Consulting, Brno.

Ukladanie trestov po rekodifikácii v Slovenskej republike

Jozef Záhora*

Problematika trestov a ukladanie trestov patrí medzi základné otázky trestného práva. Pri rekodifikácii slovenského Trestného zákona,¹ reforma výrazne zasiahla aj do tejto problematiky, kde sa zmenili aj pravidlá pri ukladaní trestov. V nasledujúcej časti sa zameriam na niektoré problematické otázky pri ukladaní trestov, najmä trestu odňatia slobody.

Účel trestu

Významné zmeny sa dotkli aj účelu trestu. Účelom trestu v starom Trestnom zákone² bolo „*vychovať ho k tomu, aby viedol riadny život*“. Ukázalo sa že úspech pri prevýchove páchatel'a nezáleží len na spoločnosti. Dospelo sa k záveru, že páchatel' nemôže byť len objektom výchovného pôsobenia, ale musí byť aj jeho aktívnym účastníkom a sám sa podieľať na pozitívnych zmenách svojej osobnosti. V novom Trestnom zákone je účelom trestu vytvorenie podmienok na výchovu odsúdeného k tomu, aby viedol riadny život. Má sa tým na mysli pôsobenie na procesy ľudského učenia a socializácie. Vzhľadom na to, že význam výchovy v účele trestu dospelého páchatel'a sa chápe ako pôsobenie na procesy ľudského učenia a socializácie s cieľom pretvoriť človeka. Pojem „*výchova odsúdeného*“ na tomto mieste nie je najhodnejšia, prikláňam sa k názoru, že vhodnejším pojmom by bolo „*vytvoriť podmienky na nápravu a resocializáciu*“.³

Novým prvkom pri účele trestu je aj morálne odsúdenie páchatel'a. Morálne odsúdenie páchatel'a spoločnosťou nastáva už vyslovením viny a následným uložením primeraného trestu. Spoločnosť vníma toto konanie páchatel'a ako niečo protispoločenské, nemorálne, niečo, čo sa vymyká z bežného rámca. Vyslovením viny a uložením trestu spoločnosť vyjadruje zavrhnutiehodnot' trestného činu, teda že páchatel' pácha niečo protispoločenské a nemorálne. Aj toto znevažujúce vyjadrovanie o páchatel'ovi musí byť primerané závažnosti činu.

Zásady pre ukladania trestov

Okrem všeobecne uznávaných zásad pre ukladanie trestov rekodifikovaný Trestný zákon zaviedol aj dve nové zásady:

Zásada nezlučiteľnosti určitých druhov trestov má vylúčiť neopodstatnené kumulovanie trestov rovnakej alebo podobnej povahy u jedného páchatel'a trestného činu. Bráni aj kumulácii určitého druhu trestu a jeho alternatívy. Nezlučiteľnosť niektorých druhov trestov je vyjadrená v § 34 ods. 7 Trestného zákona.

Popri sebe nemožno uložiť trest

- odňatia slobody a domáceho väzenia,
- odňatia slobody a povinnej práce,
- peňažný a trest prepadnutia majetku,
- prepudnutia veci a trest prepadnutia majetku,
- zákazu pobytu a trest vyhostenia.

Nezlučiteľnosť niektorých z týchto trestov je daná tým, že sú alternatívou trestu odňatia slobody alebo sú logicky vylúčené svojim charakterom.

Zásada samostatnosti trestu. Trestný zákon v § 34 ods. 6 stanovuje, že tresty uvedené v § 32 možno uložiť samostatne, alebo možno uložiť viac týchto trestov popri sebe. Aj napriek uvedenej zásade uloženie niektorých trestov ako samostatných neprichádza do úvahy. Ide o trest straty čestných titulov a vyznamenaní a trest straty vojenskej alebo inej hodnosti. V obidvoch prípadoch sa môže uložiť iba popri treste odňatia slobody, nikdy nie ako samostatný.

Pol'ahčujúce a priť'azujúce okolnosti

Z dôvodu prechodu na formálne chápanie trestného činu sa pri pol'ahčujúcich a priť'azujúcich okolnostiach

prešlo z demonštratívneho výpočtu týchto okolností na taxatívny výpočet. Ide o pätnásť, resp. trinásť okolností. Znamená to, že súd môže a zároveň musí pri ukladaní trestu brať do úvahy iba okolnosti, ktoré sú explicitne vymenované v trestnom zákone. Ďalšou výraznou zmenou v tejto oblasti je, že zákon zaviedol „matematické“ sčítavanie týchto okolností s následným znižovaním alebo zvyšovaním trestu. Význam poľahčujúcich a pritŕažujúcich skutočností spočíva v tom, že súd musí prihliadať na pomer a mieru závažnosti poľahčujúcich a pritŕažujúcich okolností⁴.

Vzájomný pomer poľahčujúcich a pritŕažujúcich skutočností má nasledovné dôsledky:

a) Ak prevažuje pomer **poľahčujúcich okolností**, horná hranica zákonom ustanovenej trestnej sadzby sa znižuje o jednu tretinu.

b) Ak prevažuje pomer **pritŕažujúcich okolností**, dolná hranica zákonom ustanovenej trestnej sadzby sa zvyšuje o jednu tretinu.

Úhrnný trest

Keď páchateľ spácha dva a viac trestných činov predtým, ako ho súd odsúdi za niektorý z nich, súd sa pri ukladaní trestov za tieto trestné činy spravuje osobitnými zásadami. **Pri trestaní súbehu sa uplatňujú tri špecifické zásady**, a to v rôznych podobách a modifikáciách.⁵

a) **Zásada kumulačná** (sčítacia) vychádza z pravidla - koľko trestných činov, toľko trestov (*quot delicta, tot poenale*). Okrem takejto „čistej“ podoby sa môžu vyskytovať aj v určitej modifikovanej podobe s určitými obmedzeniami, najmä pokiaľ ide o maximálnu výšku trestnej sadzby.

b) **Zásada absorpčná** (pohlcovacia), ktorej obsahom je pravidlo, že vyšší trest pohlcuje trest nižší (*poena maior absorbet minorem*). Je opakom kumulačnej zásady a jej uplatnenie je východiskom pri privilegovanom trestaní súbehu. Vyskytuje sa v troch formách, t.j. ako absorpcia trestných činov, absorpcia trestných sadzieb, absorpcia trestov. Páchateľ sa potrestá a trest sa mu uloží iba za trestný čin najprísnejšie trestný.

c) **Zásada asperačná** (zostrovacia) znamená, že trest vymeraný v rámci trestnej sadzby, ktorá je ustanovená za trestný čin najprísnejšie trestný, sa určitým spôsobom zosťrie (*poena maior cum exasperatione*) a trest môže byť uložený aj nad hornú hranicu činu najprísnejšie trestného.

V slovenskej právnej úprave sa pri ukladaní trestov za viac trestných činov uplatňuje tak zásada absorpčná, ako aj zásada asperačná. Nemožno povedať, že asperačná zásada bola do Trestného zákona zavedená v rámci rekodifikácie. Táto zásada bola do starého Trestného zákona zavedená už v roku 2003.⁶ Umožňo-

vala v prípade spáchania viacerých trestných činov spáchaných viacerými skutkami uložiť úhrnný trest, pri ktorom sa zvýšila horná hranica trestnej sadzby odňatia slobody trestného činu z nich najprísnejšie trestného o jednu tretinu a pri obzvlášť nebezpečnom recidivistovi o jednu polovicu; súd uložiť páchateľovi trest v hornej polovici takto určenej trestnej sadzby odňatia slobody.

Navrhovateľ odôvodnil zavedenie tejto zásady nasledovne: „V slovenskom trestnom práve sa pri spáchaní niekoľkých trestných činov uplatňuje tzv. absorpčná zásada pre ukládanie trestu, ktorá znamená, že páchateľ môže dostať trest len vo výške trestnej sadzby najťažšieho spáchaného trestného činu. Táto zásada neumožňuje v žiadnom prípade prekročiť pri ukladaní trestu hornú hranicu trestnej sadzby za najprísnejšie sankcionovateľný trestný čin. Páchateľ teda nie je za ďalšie spáchané trestné činy de facto potrestaný. Domnievame sa, že súd by mal mať možnosť v prípadoch reálnej konkurencie úmyselných trestných činov (spáchanie niekoľkých úmyselných trestných činov viacerými skutkami) zvýšiť hornú hranicu trestnej sadzby najťažšieho trestného činu o jednu tretinu a v prípade obzvlášť závažného recidivistu o jednu polovicu (v jeho prípade bude potom vylúčená možnosť zvýšenia hornej hranice trestnej sadzby podľa § 42 – bod 9 návrhu). Súčasná právna úprava umožňuje situáciu, kedy páchateľ, ktorý spáchal vo viacčinnom súbehu X trestných činov, ktoré už odôvodňujú trest na hornej hranici sadzby najťažšieho trestného činu, môže páchať ďalšie rovnaké alebo menej závažné delikty už de facto bez trestu. Bez trestu páchanie trestných činov v právnom štáte považujeme za nespravodlivé. Sme presvedčení, že zločinec má za každý spáchaný trestný čin dostať spravodlivý trest.“⁷

V takomto duchu bola táto zásada prevzatá aj do nového Trestného zákona. V novele, ktorá bola schválená ešte pred nadobudnutím účinnosti Trestného zákona⁸, sa asperačná zásada modifikovala v tom smere, že umožňuje použiť asperačnú zásadu v prípade viacčinného súbehu trestných činov, z ktorých aspoň jeden je zločinom. Uvedená zmena bola odôvodnená nasledovne: „Táto zmena zmierňuje súčasný prísny dopad na postih tých páchateľov, ktorým súd ukladá úhrnný trest, napr. za dva bagatelné trestné činy (podľa nového Trestného zákona prečiny). V zmysle terajšej úpravy takýmto páchateľom, a to aj prvotrestaným, hrozí pri aplikácii asperačnej zásady uloženie prísneho trestu odňatia slobody, v niektorých prípadoch aj bez možnosti podmieneného odloženia jeho výkonu.“⁹

V súčasnosti sa ukládanie úhrnného trestu za dva alebo viac trestných činov sa spravuje **absorpčnou zásadou** uvedenou v § 41 ods. 1 Trestného zákona. Môže ísť o súbeh jednočinný alebo viacčinný, rovnorodý alebo rôznorodý. Pri viacčinnom súbehu sa však vyžaduje, aby všetky skutky boli prečinnými. Páchateľovi sa uloží trest podľa toho zákonného ustanovenia, ktoré

sa vzťahuje na trestný čin z nich najprísnejšie trestný. Popri treste prípustnom podľa takého zákonného ustanovenia možno v rámci úhrnného trestu uložiť aj iný druh trestu, ak by jeho uloženie bolo odôvodnené niektorým zo zbíhajúcich sa trestných činov. Ak sú dolné hranice trestných sadzieb trestov odňatia slobody rôzne, dolnou hranicou úhrnného trestu je najvyššia z nich..

Ukladanie úhrnného trestu za dva alebo viac úmyselných trestných činov, z ktorých aspoň jeden je zločinom, spáchaných dvoma alebo viacerými skutkami, sa spravuje asperačnou zásadou uvedenou v § 41 ods. 2 Trestného zákona. Páchatelovi súd určí trest odňatia slobody tým spôsobom, že hornú hranicu trestnej sadzby odňatia slobody trestného činu z nich najprísnejšie trestného zvýši o jednu tretinu; súd páchatelovi uloží trest nad jednu polovicu takto určenej trestnej sadzby odňatia slobody. Horná hranica zvýšenej trestnej sadzby nesmie prevyšovať dvadsaťpäť rokov a pri mladistvých sedem, resp. pätnásť rokov (§ 117 ods. 1 alebo 3 Trestného zákona). Popri treste odňatia slobody možno v rámci úhrnného trestu uložiť aj iný druh trestu, ak by jeho uloženie bolo odôvodnené niektorým zo súdených trestných činov. V tomto prípade sa všeobecná prítťažujúca okolnosť podľa § 37 písm. h) Trestného zákona – „páchatel spáchal viac trestných činov“ nepoužije.

Zásada „tri krát a dost“

Za ďalší reformný krok možno považovať aj zavedenie zásady „tri krát a dost“. Táto zásada nebola prvýkrát na Slovensku do Trestného zákona zaradená v rámci rekodifikácie, ale už v roku 2003.¹⁰ Podľa dôvodovej správy k tomuto zákonu¹¹ táto zásada „predstavuje jednu z foriem prísnejšieho postihu recidivistov, teda osôb opakovane páchajúcich trestnú činnosť. Je založená na pravidle, na základe ktorého súd pri treťom odsúdení za násilný trestný čin povinne ukladá trest odňatia slobody na doživotie. Návrh predpokladá uloženie trestu relatívneho doživotia, t.j. s možnosťou podmieneného prepustenia po výkone 25 rokov trestu. Je založená na predpoklade, že pri opakovanej recidíve je prevýchovný účinok trestu minimálny. Dôkazom tohto predpokladu je fakt, že predchádzajúce právoplatne uložené tresty nemali žiaden vplyv na prevýchovu páchatel'a. V týchto prípadoch teda musí nastúpiť represívny účinok trestu spočívajúci v dlhodobej (trvalej) izolácii takýchto páchatel'ov. Aplikácia inštitútu „tri krát a dost“ však okrem represívneho účinku pôsobí aj preventívne na potenciálnych páchatel'ov násilnej trestnej činnosti.

Podľa súčasnej právnej úpravy ju uloženie trestu odňatia slobody na doživotie **obligatórne**, t.j. súd ho „musí“ uložiť aj bez splnenia podmienok uvedených

v § 47 ods. 1 Trestného zákona z dôvodov uvedených v § 47 ods. 2 Trestného zákona.

Pre použitie tohto pravidla musia byť splnené štyri podmienky:

- ide o trestné činy taxatívne vymenované v § 47 ods. 2 Trestného zákona,
- trestný čin dospel do štádia dokonania,
- páchatel bol za takého trestného činu, hoci aj v štádiu pokusu, dvakrát potrestaný nepodmienečným trestom odňatia slobody,
- páchatel nespĺňa podmienky na mimoriadne zníženie trestu.

Ustanovenie § 47 ods. 2 Trestného zákona sa vzťahuje aj na osobu, ktorá bola potrestaná za niektorý z trestných činov uvedených v § 43 ods. 1 Trestného zákona č. 140/1961 Zb. v znení neskorších predpisov, ak osoba spáchala ďalší trestný čin uvedený v § 47 ods. 2 po 1. januári 2006¹².

Úvahy de lege ferenda

V legislatívnom procese je novela Trestného zákona,¹³ ktorá upravuje aj túto problematiku. Vzhľadom na to, že sa v navrhovanej novele posilňuje materiálne chápanie trestného činu¹⁴, predkladateľ navrhuje upraviť aj pravidlá na posudzovanie poľahčujúcich a prítťažujúcich okolností uvedených nasledovne: „Na okolnosť, ktorá je zákonným znakom trestného činu, vrátane okolnosti, ktorá podmieňuje použitie vyššej trestnej sadzby, nemožno prihliadnuť ako na poľahčujúcu okolnosť, prítťažujúcu okolnosť, okolnosť, ktorá umožňuje uloženie trestu pod dolnú hranicu trestnej sadzby ustanovenej týmto zákonom, alebo ako na okolnosť, ktorá podmieňuje použitie vyššej trestnej sadzby, ak sa na okolnosť, ktorá podmieňuje použitie vyššej trestnej sadzby, prihliadlo ako na okolnosť, ktorá je zákonným znakom trestného činu, z iného dôvodu. Na okolnosť, ktorá podmieňuje použitie vyššej trestnej sadzby, sa prihliadne ako na prítťažujúcu okolnosť, ak sa na ňu neprihliadne podľa § 8 ods. 2.“¹⁵ Podľa dôvodovej správy ustanovuje sa zákonný príkaz prihliadnuť na okolnosť podmieňujúcu použitie vyššej trestnej sadzby ako na prítťažujúcu okolnosť, ak sa v dôsledku aplikácie nového § 8 ods. 2 Trestného zákona na túto okolnosť podmieňujúcu použitie vyššej trestnej sadzby neprihliadne.¹⁶

Ďalšou zmenou, ktorá sa v oblasti ukladania trestov navrhuje, je opätovne sa vrátiť k demonštratívne výpočtu poľahčujúcich a prítťažujúcich okolností. Do príslušných ustanovení (§ 36, 37 Trestného zákona) sa navrhuje vložiť slovo „najmä“. Podľa dôvodovej správy súčasná úprava taxatívneho vymedzenia poľahčujúcich a prítťažujúcich okolností nie je typická pre

kontinentálne trestné právo. Jej účelom je viazať sudcu na zákonom výslovne predvídané okolnosti a následne po zvážení pomeru poľahčujúcich a priťažujúcich okolností modifikovať trestnú sadzbu.

Vzhľadom na to, že sa navrhuje znovu vrátiť k demonštratívne výpočtu poľahčujúcich a priťažujúcich okolností, navrhuje sa vypustiť aj „matematické“ pravidlá pre určenie výšky trestu pod vplyvom poľahčujúcich alebo priťažujúcich okolností. Navrhovaná právna úprava má za cieľ odstrániť prísne matematické a zároveň nesmierne komplikované vypočítanie trestu, a v niektorých prípadoch sa prekryla dolná hranica s hornou hranicou. Sudcovia boli nútení používať špeciálne vytvorené vzorce na výpočet trestnej sadzby.

Po zavedení asperačnej zásady odborná verejnosť poukazovala na nedostatky právnej úpravy pri sčítavaní trestov.¹⁷ Z toho dôvodu v už spomínanom legislatívnom¹⁸ materiáli je návrh na vypustenie asperačnej zásady. Navrhovateľ zákona to odôvodňuje nasledovne¹⁹: „Upresňujú sa podmienky uloženia súhrnného trestu tak, aby bolo jednoznačne zrejmé, že sa týkajú aj jednočinného aj viacčinného súbehu. Vypadáva pôvodný odsek 2 zakotvujúci neprímerane prísnu asperačnú zásadu, ktorá zvyšovala zákonnú hornú hranicu trestnej sadzby pri súbehu s aspoň jedným zločinom. Ide o návrat k výlučnosti absorpčnej zásady pri súbehu trestných činov. Podľa § 37 písm. h) je súd povinný použiť spáchanie viacerých trestných činov ako priťažujúcu okolnosť. Pri súčasných vysokých trestných sadzbach je preto odôvodnené vypustenie asperačnej zásady pri súbehu trestných činov. Zároveň súčasný odsek 3 sa stáva odsekom 2 a upresňuje sa v ňom, že ak sú iné tresty ako je trest odňatia slobody pri pôvodnom rozsudku, tak sa v rozsudku o spoločnom treste za pokračovací trestný čin povinne uložia znovu za rovnakých podmienok ako sa ukladajú pri súhrnnom treste.“

Menšie úpravy sa týkajú aj takzvanej zásady „tri krát a dost“. Navrhuje sa vypustiť zo zásady tri krát a dost základnú skutkovú podstatu trestného činu lúpeže podľa § 188 ods.1 spáchanú bez obzvlášť priťažujúcich okolností, ako je použitie zbrane a pod., a základnú skutkovú podstatu týranie blízkej osoby a zverejnenie osoby podľa § 208 ods. 1.

Abstrakt

Štúdiá sa zaoberá zmenami pri ukladaní trestu odňatia slobody najmä po rekonštrukcii trestného práva. Prvá časť sa zaoberá účelom trestu, kde novým prvkom účelu trestu je aj morálne odsúdenie. V ďalších častiach sa zaoberá zásadami pre ukládanie trestov a poľahčujúcimi a priťažujúcimi okolnosťami. Najväčšie zmeny sa dotkli ukládania trestu pri súbehu trestných činov a zavedení zásady „tri krát a dost“. V závere autor poukazuje aké zmeny sa pripravujú pri ukladaní trestov.

Summary

The study deals with Slovak changes in legislative tools in connection with sentencing. The first part of the study concentrates on the purpose of the punishment, where there is a new purpose of the punishment – moral condemnation. In the other parts of the study, the author focuses on principles of sentencing and mitigating and aggravating circumstances. The greatest changes arose from sentencing in concurrency and introducing of the principle “Three strikes and you're out”. In the last part the author focuses on an upcoming legislation in connection with sentencing.

* Jozef Záhora, Fakulta práva, Bratislavská vysoká škola práva

¹ Zákon č. 300/2005 Z. z. v znení neskorších predpisov

² Zákon č. 140/1961 Zb. v znení neskorších predpisov

³ Ivor J., a kolektív, Trestné právo hmotné, všeobecná časť. Iura edition Bratislava, 2006, s. 349

⁴ § 38 ods. 2 Trestného zákona č. 300/2005 Z. z. v znení neskorších predpisov

⁵ Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. Obecná část. Praha, Linde 2004, str. 378

⁶ zákon č. 171/2003 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 140/1961 Zb. Trestný zákon v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov

⁷ Dôvodová správa k zákonu, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 140/1961 Zb. Trestný zákon v znení neskorších predpisov, č. p. t 151, s 7

⁸ zákon č. 650/2005 Z.z. o vykonaní príkazu na zaistenie majetku alebo dôkazov v Európskej únii a o zmene a doplnení zákona č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon, zákona č. 301/2005 Z.z. Trestný poriadok a zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov

⁹ Spoločná správa výborov Národnej rady Slovenskej republiky č. 1317a o prerokovaní vládneho návrhu zákona o vykonaní príkazu na zaistenie majetku alebo dôkazov v Európskej únii (tlač 1317) vo výboroch Národnej rady Slovenskej republiky v druhom čítaní

¹⁰ zákon č. 171/2003 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 140/1961 Zb. Trestný zákon v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov

¹¹ Dôvodová správa k zákonu, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 140/1961 Zb. Trestný zákon v znení neskorších predpisov, č. p. t 151

¹² § 437 ods. 5 Zákona č. 300/2005 Z. z. v znení neskorších predpisov

¹³ Návrh zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení zákona č. 650/2005 Z.z. a zákona č. 692/2006 Z.z. predložený na pripomienkové konanie 7. 9. 20087, číslo materiálu 5572/2007-120

¹⁴ Do definície trestného činu v § 8 sa navrhuje doplniť ods. 2 s nasledovným textom „Na okolnosť, ktorá podmieňuje použitie vyššej trestnej sadzby, sa neprihliadne, ak vzhľadom na význam chráneného záujmu, ktorý bol činom dotknutý, spôsob vykonania činu a jeho následky, okolnosti, za ktorých bol čin spáchaný, osobu páchatela, mieru jeho zavinenia a jeho

pohnútka spôsobuje iba nepatrné zvýšenie závažnosti trestného činu“.

¹⁵ Bod 11 Návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení zákona č. 650/2005 Z.z. a zákona č. 692/2006 Z.z. predložený na pripomienkové konanie 7. 9. 20087, číslo materiálu 5572/2007-120

¹⁶ Dôvodová správa k Návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení zákona č. 650/2005 Z.z. a zákona č. 692/2006 Z.z. predložený na pripomienkové konanie 7. 9. 20087, číslo materiálu 5572/2007-120 str. 14

¹⁷ ŽILINKA, M.: K uplatňovaniu asperačnej zásady. In: Justičná revue: časopis pre právnú prax. ISSN 1335-6461. č.2/05, s. 225

SOJKA, S.: Asperačná zásada a nezodpovedané otázky. In: Justičná revue: časopis pre právnú prax. ISSN 1335-6461. č.1/06, s. 21

BARGEL, M.: Asperačná zásada a mladiství páchatelia trestných činov. In: Justičná revue: časopis pre právnú prax. ISSN 1335-6461. č.1/06, s. 24

ŠAMKO, P.: Znižovanie a zvyšovanie trestných sadziieb pri ukladaní trestu odňatia slobody. In: Justičná revue: časopis pre právnú prax. ISSN 1335-6461. č. 8-9/06, s. 1111

BALÁŽIKOVÁ, A.: Asperačná zásada v slovenskom trestnom práve. In: Justičná revue : časopis pre právnú prax. ISSN 1335-6461. č.11/06, s. 1593

ŠAMKO, P.: Spoločný trest v Trestnom zákone a úprava pokračujúceho trestného činu v Trestnom poriadku. In: Justičná revue: časopis pre právnú prax. ISSN 1335-6461. č.2/07, s. 173

¹⁸ Body 19, 20 Návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení zákona č. 650/2005 Z.z. a zákona č. 692/2006 Z.z. predložený na pripomienkové konanie 7. 9. 20087, číslo materiálu 5572/2007-120

¹⁹ Dôvodová správa k Návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení zákona č. 650/2005 Z.z. a zákona č. 692/2006 Z.z. predložený na pripomienkové konanie 7. 9. 20087, číslo materiálu 5572/2007-120 str. 16.

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Licenční smlouva

Jiří Sláma*

V poměrech současného obchodu a vzájemné konkurence mezi jednotlivými podnikateli hraje významnou roli dovednost jednotlivých podnikatelů vytvářet co nejefektivnější řešení pro uplatnění jejich výrobků na trhu, a to jak prostředky propagačními, tak pomocnými nástroji zdokonalujícími produkci jednotlivých výrobků. Mnozí podnikatelé proto investují nemalé peněžní prostředky do výzkumných a vývojových prací v této oblasti. Na druhou stranu je mezi nimi velká část těch, kteří si riziko spojené s výše zmíněným investováním nemohou dovolit, kdy časové a peněžní náklady takového postupu převyšují jejich možnosti. Navíc investice do již vytvořeného řešení se jeví jako nevýhodná. Proto je těmto subjektům dána možnost uzavřít s původci daného předmětu licenční smlouvu, jejíž prostřednictvím lze toto zajímavé řešení získat ihned, v mnohých případech již vyzkoušené za cenu odlehčenou od rizikových investic.

Licence znamená výjimečné povolení nebo oprávnění k nějaké činnosti nebo výkonu. V oblasti průmyslových práv považujeme za licenci povolení k využívání chráněného, utajovaného, či nezveřejněného technického řešení nebo práva na označení (ochranné známky), které majitel za úhradu poskytuje. Konkrétněji lze tuto smlouvu podle současné právní úpravy použít pro práva chráněná patenty na vynálezy, pro užité vzory, pro průmyslové vzory, ochranné známky, topografie polovodičových výrobků, nové odrůdy rostlin a plemena zvířat. K využívání jiných práv, než shora uvedených se použije úpravy smlouvy nepojmenované. V rámci problematiky licenčních smluv dochází k neshodám. Ježek k tomu uvádí: „V posuzování právní povahy licenční smlouvy nedochází v doktrinálním výkladu k názorové jednotě. Podle jednoho z názorů prezentovaných v české odborné literatuře se jedná v případě licenční smlouvy o konstitutivní převod práv, jejichž povaha vylučuje převod translativní“.¹ S tímto názorem

se ztotožňují, neboť v případě licenční smlouvy bude majitel poskytovat vždy jen určité odvození z jeho originálního práva. Z řady srovnání jde o smlouvu blízkou smlouvě nájemní. Jde však o dílčí převod práv, ze kterého se vyvinul zvláštní typ smlouvy sui generis nazývaný licenční smlouva. Licenční smlouva je svolením majitele průmyslového práva k využití nehmotného statku třetí osobou, např. vynálezu chráněného patentem nebo ochranné známky.

Podle rozsahu poskytovaných práv může být licence výlučná nebo nevýlučná. Vandělková, J. a Smejkal, V. pak považují za základní kritérium pro rozlišení licencí vztah účastníků této smlouvy k jejímu předmětu.

Na základě tohoto kritéria pak rozlišují licencí aktivní, a to v případě, že předmět licence poskytujeme a licencí pasivní, v případě, že předmět licence nabýváme.² Takové dělení je sice zajímavé, ale z hlediska rozlišení základních podob licence vcelku bezvýznamné. Stejně tak volba označení tohoto kritéria za základní se mi jeví přinejmenším jako nešťastná. S ohledem na výše zaujaté stanovisko, potažmo na právní úpravu licenční smlouvy samotné setrvám raději u klasického dělení licence na výlučnou a nevýlučnou. Výlučnou je tedy licence poskytnutá jedinému nabyvateli práva. Ten je potom výlučně oprávněn k využívání poskytovaného řešení na určitém území. Není zde tedy možnost poskytnout toto oprávnění někomu jinému. Názory na to, zda se k osobám neoprávněným k užívání řadí v případě výlučné licence i její poskytovatel se různí. Zastávám názor, že pokud má být licence označena jako výlučná, není s jejím předmětem oprávněn nakládat ani jeho poskytovatel. V tom mě utvrzuje i dispozitivní ustanovení § 511 odst. 1) obchodního zákoníku, ve kterém je stanovena možnost poskytnutí výkonu práv jiným osobám i oprávnění k jejich samotnému výkonu společně, což představuje podobu nevýlučné licence. Je sice možné smluvně upravit vyloučení pouze jedné z těchto možností, v tomto případě už však půjde o určitou modifikaci oprostění od výše zmíněného ustanovení. Čistě výlučnou licencí pak bude, dle mého názoru, pouze smlouva oprostěná od celého ustanovení § 511 odst. 1) obchodního zákoníku. Speciálním případem je poté možnost poskytnutí několika výlučných licencí k jednomu průmyslovému právu, k takové možnosti dochází v případě, že je například ochranná známka v rejstříku zapsaná pro více výrobků či služeb, pak je majitel oprávněn poskytnout i několik výlučných licencí, každou z nich pro jiné výrobky či služby. Nevýlučná licence udělována více nabyvatelům je tedy podle výše zmíněného výchozí podobou právní úpravy tohoto typu smlouvy. Licenční smlouva by měla dále vymezovat předmět a rozsah licence, práva a povinnosti obou stran, způsob řešení sporů, placení licenčních poplatků atd.

Systém právní úpravy licence v ČR

Právní úprava licenčních smluv není pouze záležitostí obchodního zákoníku, ale právní řád České republiky ji dělí do tří skupin.

Do první patří autorské smlouvy o šíření díla, zejména smlouva nakladatelská. Tyto smlouvy upravuje autorský zákon. Ačkoliv povahu licenčních smluv nepochybně mají, označení licence neuvádějí.

Druhou skupinu tvoří licence, které nemají obchodní povahu a netýkají se autorských děl. Používá se pro ně úprava občanského zákoníku, v němž však licenční smlouva jako samostatný smluvní typ chybí a jedná se proto o smlouvu nepojmenovanou. Této úpravě se však lze vyhnout a volbou zákona vztáhnout tento vztah na úpravu obchodního zákoníku v souladu s ustanovením § 262 obchodního zákoníku, čímž vlastně výše zmíněné vztahy mohou spadat do třetí skupiny.

Tu tvoří výše zmíněné tzv. obchodní smlouvy licenční upravené jako samostatný typ v § 509 až 515 obchodního zákoníku. Na rozdíl od předchozích dvou skupin jde o jedinou širěji vymezenou právní úpravu v našem právním řádu. Tento smluvní typ je tzv. relativním obchodem, který se použije na případy splňující podmínky § 261 odst. 1 a 2 obchodního zákoníku, přičemž je možné v souladu s ustanovením § 262 obchodního zákoníku nahlížet na tuto smlouvu také jako na fakultativní obchod, na němž se strany dohodly.

Podstatné části licenční smlouvy

Při výčtu podstatných částí této smlouvy je třeba na prvním místě zmínit identifikaci stran, kterými jsou v tomto případě poskytovatel a nabyvatel. Vedle této části je to dále určení práv z průmyslového vlastnictví a vymezení rozsahu jejich využití. Další je poté úplata v podobě licenčních poplatků, jednorázové částky nebo jiné majetkové hodnoty jako protiplnění. Pro licenční platby Čada doporučuje požadovat otevření neodvolatelného akreditivu vystaveného prvotřídní bankou s podmínkami jeho otevření a dílčích splátek v návaznosti na ustanovení licenční smlouvy.³

Smlouva musí mít dále písemnou formu, stanovenou kogentním ustanovením § 508 odst. 2. K otázce formy změny takové smlouvy se v jedné ze svých prací vyjadřuje Marek, K., a to následovně: „Pokud by smluvní strany chtěly, aby i změny smlouvy byly prováděny jen písemně, musí si to ve smlouvě, vzhledem k textu ustanovení § 272 obchodního zákoníku, výslovně sjednat“.⁴ S tímto názorem se zcela neztotožňuji, výklad výše zmíněného ustanovení je sice naprosto správný, nicméně pro smlouvy jako dvoustranné právní úkony, u kterých zákon předepisuje písemnou formu se použije též výklad ustanovení § 40 odst. 2 občanského zákoníku, podle něhož se může jejich změna udát

rovněž pouze písemně. K tomuto výkladu prezentovaného Eliášem, K. se přikláním.⁵

Z tohoto hlediska se jeví ustanovení § 272 obchodního zákoníku jako přebytečné a sám Marek upozorňuje na skutečnost, že jeho vypuštěním by došlo ke zlepšení situace.

Práva a povinnosti obou stran upravuje zejména jejich dohoda ve smlouvě. Teprve při absenci dohody některých práv a povinností je možné využít podpůrné úpravy v dispozitivních ustanoveních zákona.

Problematika právní úpravy licenční smlouvy v obchodním zákoníku

Ve většině literárních pramenů jsou nejčastěji skloňovány dva problémy právní úpravy licenční smlouvy v obchodním zákoníku. Tím prvním je příliš malý soubor vztahů, které daný typ smlouvy zahrnuje. Podle současné právní úpravy totiž nelze licenční smlouvu, jako smluvní typ upravený obchodním zákoníkem, uzavírat jinak než k předmětům průmyslového vlastnictví. Jiné smlouvy tohoto druhu je pak možné uzavírat pouze jako smlouvy nepojmenované, na něž se daná ustanovení obchodního zákoníku o licenční smlouvě nevztahují, není-li to dohodnuto stranami. Marek k tomu uvádí: „Je možno zvážit, zda by bylo možno dnešní licenční smlouvu upravit tak, aby zahrnovala širší okruh vztahů.“⁶ V případě, že tedy dojde ke změně právní úpravy licenční smlouvy zní Markův návrh takto: „Doporučujeme změnu základního ustanovení tak, aby se smluvní typ licenční smlouvy nevztahoval pouze na předměty průmyslového vlastnictví.“⁷ V jiné práci pak dodává: „V ustanoveních § 509 až 515 obchodního zákoníku není nutno změnit vůbec nic, změny by si vyžádalo jen ustanovení § 508 odst. 1.“⁸

Mírně kritičtější je v dané oblasti Telec, I., který trojí rozdílnost licenčního smluvního práva označuje jako příspěvek k nepřehlednosti a nesrozumitelnosti právního řádu právního státu a vítá legislativně politický záměr sjednocení licenční smlouvy v připravovaném novém českém občanském zákoníku, které má zohlednit jak různá práva vyplývající z autorského zákona, tak různá práva průmyslového vlastnictví.⁹ V tomto případě zastávám názor bližší Markovi a doporučil bych rozšíření vztahů, na které se použije obchodní licenční smlouva, a to zejména z toho důvodu, že valná většina těchto vztahů bude mít obchodní charakter. Proti takovému záměru vystupuje Švarc s argumentací podporující současnou právní úpravu takto: „Licenční smlouvy mají mnoho typů s velmi rozdílným obsahem. Není proto snadné (ani vhodné) stanovit v zákoně jednotný režim, vyhovující licencím všech typů na všechny druhy nehmotných statků. Společná úprava licenční smlouvy jako takové by byla příliš obecná. Omezení úpravy § 508 až 515 obchodního zákoníku pouze na licence k předmětům průmy-

slového vlastnictví vyplývá ze společných prvků, např. jejich ochrany na základě rozhodnutí státního orgánu (např. registrace), což další nehmotné statky nemají.“¹⁰ K takové argumentaci lze samozřejmě přihlídnout, nicméně si myslím, že je veskrze neopodstatněná, a to zejména namítání přílišné obecnosti, která je naprosto běžným znakem právní úpravy jednotlivých typů smluv, včetně současné podoby smlouvy licenční. Bez obecnosti by se jejich právní úprava musela několikanásobně rozšířit. Odlišný znak ochrany na základě rozhodnutí státního orgánu pak není nutné nikterak speciálně upravovat, neboť je již obsažen v současné podobě licenční smlouvy prostřednictvím ustanovení o registraci § 509 odst.1) obchodního zákoníku.

Druhým problémem je poté absence úpravy převodu práv, neboť obchodní licenční smlouva upravuje pouze výkon práv, který je touto smlouvou nabyvateli poskytnut.

Pokud si tedy strany budou chtít dojednat převod práv, budou mezi sebou muset uzavřít smlouvu nepojmenovanou. V tomto případě by tedy byla přínosná samostatná obchodněprávní úprava tohoto typu smluv.

Licence na ochrannou známku

Svým způsobem zvláštním typem obchodních smluv licenčních je licence na ochrannou známku. Ta se sice zásadně neodlišuje od ostatních licencí k průmyslovým právům, ale podoba, ve které je uzavírána může být často ojedinělou. Zajímavým je zejména výše zmíněné sjednání několika výlučných licencí pouze k jednomu průmyslovému právu.

Uzavřením takové licenční smlouvy vlastník poskytuje právo užívat ochrannou známku podle zvláštního právního předpisu pro všechny výrobky a služby, pro které byla zapsána. Stejně tak je možné dohodnout užívání této známky jen pro některé ze zapsaných výrobků a služeb. Licence může být v tomto případě poskytnuta jak výlučně tak nevýlučně, obvykle však výlučná není, neboť by jinak poskytovatel ztratil možnost využít její popularitu, a pro nabyvatele by se tak stala naopak příznačnou. „Dříve byla licence na ochrannou známku většinou udělována spolu s licencí patentovou nebo na know-how. Dnes již tomu tak není, v některých zemích je její udělení velmi obtížné, zejména tam, kde je vázaný převod ochranné známky spolu s podnikem.“¹¹

Podle práva některých zemí je také nabyvatel povinen uvést na výrobcích, že byly vyrobeny v licenci na známku. U nás taková podmínka stanovena není, je však možné, aby si ji strany ve smlouvě stanovily. Úvahy o možném zakotvení této podmínky do naší právní úpravy by měli jít, dle mého názoru, stranou, neboť možnost jejího sjednání ve smlouvě je v tomto případě dostatečná.

Závěrečné shrnutí

Závěrem je nutno uvést, že v oblasti licenčních smluv je třeba, aby došlo k rozšíření okruhu vztahů, na které jsou sjednávány, a to zejména smluv, jejichž předmětem je know-how, zahrnující např. technologické postupy nebo materiálové složení přísad zboží, které nejsou chráněné průmyslovými právy. Rozšíření možného předmětu licenční smlouvy by se, dle mého názoru, mělo týkat i označení původu a zeměpisných označení, u kterých to s ohledem na jejich vázanost na určité území právní úprava nepřipouští. Samotné teritoriální omezení produkce takového výrobku podle mne jen brzdí možnosti podnikání v tomto odvětví. Pokud podnikatel produkuje výrobek ve stejném složení a se stejným postupem, které získal licenční smlouvou, nevidím důvod k zamezení získání označení tohoto výrobku, i když je označením zeměpisným. Nemůže být po něm žádáno, aby přemístil svoji výrobu na dané území jen proto, aby získal jeho výrobek označení, které mu dle jeho složení patří. Samotná zvláštnost přičítaná danému zeměpisnému prostředí nehraje v mnoha případech takovou roli, jaká je jí přisuzována, nehledě na to, že pokud jsou jeho vlastnosti ovlivněny daným prostředím, nebude vůbec možné vyrábět totožné zboží na jiném místě. Zastávám tedy názor co největšího rozšíření výčtu možných předmětů licenčních smluv, včetně označení původu a zeměpisných označení.

V případě ustanovení § 272 obchodního zákoníku se připojuji k názorům požadujícím jeho zrušení, neboť by se tímto postupem vyřešilo mnoho výkladových sporů a neshod. Použila by se poté vzhledem k ustanovení § 1 odst. 2) obchodního zákoníku občanskoprávní úprava, a to bezvýhradně.

K problematice sjednocení v jednotnou úpravu, která by přispěla k lepší srozumitelnosti a přehlednosti právního řádu, tak jak ji prezentuje Telec, I., nezaujímám sice souhlasné stanovisko, nicméně samotná myšlenka obecného sjednocení smluvní úpravy je velmi zajímavou. Tento postup vedoucí ke sjednocení úpravy licenční smlouvy do jednoho kodexu, následovaný stejným postupem u jiných typů smluv by pak mohl vést k jednotné úpravě obligačního práva tak, jak jsme ho svědky například ve Švýcarsku.

Vzhledem k tomu, že názor na jednotnost obligačního práva převládá v současné době i v rámci EU, lze očekávat jeho postupné prosazování.

Licenční smlouvě by mělo být podle mne věnováno více pozornosti, kterou si jako nejčastější prostředek k legálnímu transferu nehmotných statků zasluhuje, a to v oblasti teorie i praxe, neboť nezkušenost s ní může vést k řadě omylů a nedopřání. V konečném důsledku

pak není daný smluvní typ na našem území dostatečně využíván v případech, pro které je stanoven, přičemž se hodí i na mnoho výše zmíněných případů, pro které jeho právní úprava absentuje. Zvýšení právního vědomí v této oblasti pak povede ke zkvalitnění těchto smluvních vztahů a k postupnému zvyšování jejich podílu na vztazích mezi podnikateli.

Summary

Current legal regulations of licence contract within the Czech system of law was evaluated for some deficiencies. It was alerted and there was supplied suggestion of their solution. This solution can serve as the base to discussion. The aim was first of all the evaluation of regulation of licence contract in commercial code, because this regulation is the largest. Deficiencies of this regulation are primarily too small set of relations, which includes this type of contract and absence the regulation transfer of rights. These rights are executed only through licence contract. In the first case I prefer enlargement eventually object of this contract up to section mark of origin and geographical mark. In the second case I prefer creation of the separated regulation contract of transfer of rights in Commercial code.

* Jiří Sláma, Budkov 39

¹ Bejček J., Eliáš K., Raban P.: Kurz obchodního práva – obchodní závazky, C.H.Beck, Praha, 2007, str. 345.

² Vandělíková J., Smejkal V., Licence a franšízing, Právní rádce, 2000, č.5.

³ Horáček R., Čada K., Hajn P.: Práva k průmyslovému vlastnictví, C. H. Beck, Praha, 2005, str. 286.

⁴ Marek K.: Obchodněprávní smlouvy, Masarykova univerzita, Brno, 2004, str. 87.

⁵ Bejček J., Eliáš K., Raban P.: Kurz obchodního práva – obchodní závazky, C.H.Beck, Praha, 2007, str. 16.

⁶ Marek K.: Smluvní obchodní právo kontrakty, Masarykova univerzita, Brno, 2007, str. 209.

⁷ Marek K.: Obchodněprávní smlouvy, Masarykova univerzita, Brno, 2004, str. 89.

⁸ Marek K.: Smluvní obchodní právo kontrakty, Masarykova univerzita, Brno, 2007, str. 209.

⁹ Telec I.: Přehled práva duševního vlastnictví 1, Doplněk, Brno, 2002, str. 95.

¹⁰ Švarc Z. a kol.: Úplné znění zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník s výkladem, Ekonomický a právní rádce podnikatele, č.12-13/1996, s. 174.

¹¹ Malý J.: Obchod nehmotnými statky, C.H.Beck, Praha, 2002, str. 79.

Volba práva v evropském justičním prostoru - současnost a budoucnost

Martin Crha*

Tento příspěvek si klade za cíl zaměřit se na základní aspekty volby práva v Evropském společenství (dále jen „ES“ nebo „Společenství“). Národní úpravy v jednotlivých právních řádech členů ES byly „vytěsněny“ postupným přijetím Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy¹ (dále jen „Úmluva“ či „Římská úmluva“), která začala platit 1. 4. 1991². Z hlediska formy pramene lze tuto úmluvu charakterizovat jako mezinárodní smlouvu uzavřenou, ke které mohou přistoupit jen členské státy ES. V současné době je připravována transformace Úmluvy do komunitárního instrumentu – tzv. nařízení Řím I., jehož přijetí lze očekávat v horizontu několika let.³ Pozornost tak bude věnována i změnám na poli institutu volba práva v návrhu nařízení Řím I.⁴

Zároveň je však nutné upozornit, že přes vysoký stupeň unifikace zaručený Římskou není v současné době tento institut upraven ani v evropském justičním prostoru jednotně. Na mysli zde máme příklad směrem k mezinárodní kupní smlouvě, kdy v některých členských státech ES⁵ platí v oblasti kolizní unifikace mezinárodní kupní smlouvy Haagská úmluva o právu aplikovatelném na mezinárodní kupní smlouvy hmotných věcí movitých (dále jen „Haagská úmluva z roku 1955“). Vztah obou úmluv je na základě čl. 21⁶ Římské úmluvy vztahem obecného a zvláštního.

1 Koncepce volby práva v Úmluvě

Základní pravidlo je obsaženo v čl. 3 Úmluvy a zahrnuje následující podoblasti: rozsah volby práva a její limity, způsob a časová charakteristika jejího učinění, dépeçage a účinky volby práva. Volba práva byla v MPS tehdejších členských států EHS upravena již před vstupem Úmluvy v platnost⁷, čl. 3 Úmluvy je tak jistým odrazem tohoto právního stavu.

1.1 Rozsah volby práva

Čl. 3 odst. 1 lapidárně stanoví, že smlouva se řídí právem, které si strany zvolí. Ve své základní podobě tak volba práva v čl. 3 odst. 1 Úmluvy odpovídá koncepci kolizní neomezené volby práva. Předmětný člá-

nek jako jediný v Úmluvě hovoří „pouze“ o právu, avšak dle stávajících názorů v literatuře⁸ i s ohledem na systematický výklad Úmluvy (čl. 2, čl. 3 odst. 3, čl. 4, čl. 5 odst. 2 a čl. 7) za toto „právo“ nelze považovat pravidla nestátní povahy typu Principy evropského smluvního práva či Principy UNIDROIT. Úmluva se navíc výslovně v žádném svém ustanovení o anacionálním právu nezmiňuje.

Co se týče lex mercatoria, přicházejí obecně do úvahy tři teorie použití. Odmítnutí tzv. teorie rovnocenného postavení sahá již do fáze přípravných prací k Úmluvě. Logicky tak můžeme vyloučit tzv. teorii přednostního postavení. Zbývá nám tzv. teorie subsidiárního použití. Úmluva připouští volbu lex mercatoria pouze v rámci kogentních norem určitého právního řádu členského státu Společenství. Volbu lex mercatoria tak nelze v rámci Úmluvy chápat jako pouhý neomezený kolizní odkaz.⁹

Průlom do rozsahu volby práva přináší návrh nařízení. Formulace příslušné pasáže čl. 3 má dle důvodové zprávy umožnit volbu Principů UNIDROIT a Principů evropského smluvního práva, případně i dalšího nástroje, který bude uznáván na úrovni mezinárodní či na úrovni Společenství.¹⁰ Postup, kdy příslušná otázka nebude principy řešena, je stanoven stejně jako v čl. 7 Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží.¹¹ Dle důvodové zprávy k návrhu bude dále zakázána volba lex mercatoria, který není dostatečně přesný. Převládly tak do jisté míry názory upozorňující na neurčitost tohoto souboru.

Čl. 1 odst. 1 návrhu také posiluje propojení volby sudiště a volby práva konstatováním, že pokud bude učiněna dohoda o výběru soudu členského státu, který bude rozhodovat případné spory vyplývající ze smlouvy, pak se má za to, že strany rovněž zvolily právní řád tohoto členského státu. V evropském justičním prostoru se tak v tomto směru vzájemně zohlední připravované nařízení Řím I. a existující nařízení č. 44/2001 (ES), o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále jen „Brusel I.“)

1.1.1 Omezení volby práva

Omezena může být volba práva v následujících případech:

1.1.1.1 Omezení daná předmětem Úmluvy samé

Úmluva ze své aplikace vylučuje materie, které svou povahou podléhají zvláštním kolizním pravidlům:

1) čl. 1 odst. 2 písm. a): osobní statut

Na otázky osobního stavu nebo způsobilosti fyzických osob k právům a právním úkonům se Úmluva nevztahuje (bez dotčení čl. 11, který chrání dobrou víru při jednání s druhou fyzickou osobou na území téhož státu). Je zde patrné prosazení koncepce vlastní státům kontinentálního právního systému, kde se statusová problematika nepovažuje za otázku týkající se smlouvy samé.

2) čl. 1 odst. 2 písm. b): otázky osobní

Vyňaté osobní otázky zahrnují smluvní závazky týkající se závětí a dědění, majetkových vztahů mezi manželi, práv a povinností z rodinných vztahů, rodičovství, manželství nebo z příbuzenství vzniklého manželstvím, včetně vyživovací povinnosti k dětem nemanželského původu. Pokud bude právní základ vzniku a obsahu vyživovací povinnosti smluvní, bude Úmluva aplikována.

3) čl. 1 odst. 2 písm. c): převoditelné (obchodovatelné)¹² cenné papíry

Vyloučeny jsou zde závazky ze směnek, šeků a směnek vlastních a jiných převoditelných cenných papírů v rozsahu, v jakém závazky z těchto převoditelných cenných papírů vyplývají z jejich převoditelnosti (obchodovatelnosti). Pro směnečné a šekové právo existuje unifikovaná úprava úmluvami vzešlých z Ženevské konference.¹³ Dále je poukazováno na fakt, že v některých členských státech jsou tyto závazky kvalifikovány jako mimosmluvní, jejichž úprava by vyžadovala komplikovaná ustanovení¹⁴ nevhodící se k začlenění vzhledem k rozsahu smluvní volnosti v Úmluvě.

4) čl. 1 odst. 2 písm. d): procesní smlouvy

Vyňaty jsou rozhodčí smlouva a smlouva o volbě soudu, a to včetně utváření konsensu, účinnosti a platnosti. V průběhu přípravných porad se vykrystalizovaly dva názory¹⁵: První upozorňuje na spíše procesněprávní povahu takových ujednání. Podle názoru druhého, obzvláště pak Velké Británie, by úprava v Úmluvě byla žádoucí, neboť existující úmluvy výslovně neřeší otázku aplikovatelného práva na tato ujednání. Nakonec se prosadilo pojetí první s ústupkem,

že po vyhotovení Úmluvy se bude o problému znovu diskutovat.

Vyloučení procesních smluv vede k štěpení obligačního statutu: na rozhodčí či prorogační smlouvu se užije národní neunifikované kolizní právo, na smlouvu hlavní kolizní normy Úmluvy.

5) čl. 1 odst. 2 písm. e): společenstevní právo

Vyloučeny jsou zde otázky týkající se práva obchodních společností, sdružení a právnických osob, přičemž demonstrativně jsou jmenovány některé z nich. Důvodem pro vynětí je vysoký stupeň harmonizace právními instrumenty komunitárního práva.¹⁶ Na předběžná jednání a smlouvy mezi budoucími zakladateli společností se vynětí nevztahuje.

6) čl. 1 odst. 2 písm. f): zastupování

Písmeno f) vylučuje část otázek týkajících se zastoupení, a to problematiku způsobilosti zástupce zavazovat zastoupeného ve vztahu k třetí osobě.¹⁷ Důvod pro vyloučení lze spatřovat v ochraně vztahu zmocnitel → třetí osoba, naproti tomu vztah zmocnitel → zmocněnec zvláštní ochrany nevyžaduje.¹⁸

7) čl. 1 odst. 2 písm. g): trust a srovnatelné instituty kontinentálního právního systému

V tomto případě jde o institut známý jen v common law. Dle Zprávy mohou být instituty kontinentálního práva postaveny soudcem na roveň trustu, pokud vykazují obdobné znaky.

8) čl. 1 odst. 2 písm. h): dokazování

Vyňatá otázka dokazování a řízení samého spadá do dosahu národního práva. Výjimku tvoří čl. 14 dopadající na právo aplikovatelné na právní domněnky nebo určení důkazních břemen týkající se smlouvy nebo právního úkonu.

9) čl. 1 odst. 3 a 4: pojistné smlouvy a smlouvy o zajištění

Odstavec 3 dopadá na pojistné smlouvy, které pokrývají pojistná rizika na území členských států ES. Důvodem je existence směrnic¹⁹ obsahujících mimo jiné kolizní normy. Naopak zajišťovací smlouvy pod Úmluvu spadají stejně jako pojistné smlouvy pokrývající rizika vně Společenství.

1.1.1.1.1 Vyloučené otázky a návrh nařízení

Věcný rozsah Úmluvy nemůže být stranami měněn, tudíž musí být aplikován vždy, kdy je při splnění dalších podmínek aplikace naplněn. Tak činí i návrh nařízení.

Písm. e) návrhu potvrzuje vynětí arbitrážních a progačních dohod. Většina reakcí na Zelenou knihu měla za to, že v prvním případě je úprava dostatečně kryta mezinárodními úmluvami²⁰, zatímco v případě druhém je dána nařízením Brusel I.²¹ Písm. e) a druhé souvětí písm. f) byly sloučeny do jediného písm. f) návrhu. První věta čl. 1 písm. f) Úmluvy byla vypuštěna z důvodu nového čl. 7 návrhu nařízení, který obsahuje kolizní normy pro institut zastoupení²². Tento již není vyloučen, v čl. 23 návrhu je stanovena i přednost budoucího nařízení Řím I. před Haagskou úmluvou o právu použitelném pro zprostředkování a zastoupení z roku 1978.

Ve vyloučených materiích návrhu přibývá písm. i) dopadající na závazky předmluvní. Tyto mají být posuzovány jako deliktivní a spadat pod budoucí nařízení Řím II.²³

1.1.1.2 Omezení z titulu tzv. vnitrostátně kogentních norem²⁴ (čl. 3 odst. 3)

Čl. 3 odst. 3 dopadá na vnitrostátní vztahy, u nichž by samotnou volbou práva mohl být uměle vytvořen mezinárodní prvek. V této situaci, kdy všechny ostatní okolnosti (prvky) vztahu v okamžiku volby souvisejí pouze s jednou zemí, nesmí dojít k vyloučení imperativních, lépe řečeno tzv. vnitrostátně kogentních norem této země. Je tak reagováno na obcházení zákona v mezinárodním právu soukromém. Naopak v případě existence mezinárodního prvku nic nebrání „odsunout“ celý právní řád jako celek, tzn. včetně jeho (vnitrostátně) kogentních norem.

Zajímavý je v tomto směru nový odst. 5 článku 4 návrhu, který konstrukci stávajícího čl. 3 odst. 3 (v návrhu nařízení v nezměněné podobě) „přenáší“ na právo ES, a zabraňuje tak obcházení zákona v evropském mezinárodním právu soukromém²⁵.

1.1.1.3 Omezení u smluv spotřebitelských a individuálních pracovních (čl. 5 a 6)

V případě čl. 5 a 6 hovoříme o materializaci kolizních norem, neboť tyto na sebe přebírají ochranné cíle práva materiálního. Předmětné články poskytují tzv. minimální standard ochrany zvláštní systematikou imperativních (ochranných) ustanovení, což můžeme demonstrovat na následujícím příkladě: Stranami byl zvolen právní řád A. Normy poskytující ochranu spotřebitelů či zaměstnanců z právního řádu B určeného

kolizní normou nesmí být ovšem opomenuty. Právní řád A se aplikuje, pokud poskytuje stejný stupeň ochrany jako B nebo vyšší stupeň ochrany. Naproti tomu pokud A poskytuje nižší stupeň ochrany, aplikuje se bez dalšího B.

Rozdíl oproti čl. 3 odst. 3 spočívá právě v tom, že ochranné normy čl. 5 a 6 mohou být volbou práva vyloučeny, pokud zvolený právní řád bude poskytovat alespoň stejný minimální standard ochrany.

1.1.1.4 Omezení daná až v rovině aplikace práva, a to omezení z titulu rozporu s veřejným pořádkem fóra

Problematika veřejného pořádku zahrnuje jak oblast práva kolizního (v Úmluvě čl. 16²⁶) a hmotného (tzn. příslušné normy v jednotlivých právních řádech členů ES), tak i oblast práva procesního (v dosahu evropského justičního prostoru upravena v nařízení Brusel I.). Z pohledu cílů, resp. funkcí, které má příslušná norma splňovat, některé doktríny a autoři rozlišují²⁷:

1. tzv. negativní veřejný pořádek (pasivní funkce veřejného pořádku) – v této zjevně nejstarší podobě je veřejný pořádek propojen na výhradu veřejného pořádku²⁸ jako institut mezinárodního práva soukromého, konkrétně kolizního práva, a
2. tzv. pozitivní veřejný pořádek (aktivní funkce veřejného pořádku) – v tomto případě je určitý veřejný zájem obsažen v normách imperativních.

Veřejný pořádek a imperativní normy mohou v praxi splývat, ale také nemusí. S ohledem na již zmíněnou složitost systematiky imperativních ustanovení považujeme toto členění za smysluplné a nutně žádoucí, neboť pomáhá ke správnému zacházení s těmito normami a výhradou veřejného pořádku.

Pro aplikaci předmětného ustanovení musí být kumulativně splněny následující podmínky:

3. Především bude nutné vrátit se k čl. 1 a podmínkám aplikace Úmluvy samé (vyloučené otázky, soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem). Ze znění čl. 16 vyplývá povinnost aplikace zahraničního práva, na které odkazuje příslušné ustanovení Úmluvy.
4. Volbou práva či náhradním kritériem dojde k určení a zjištění obsahu rozhodného práva.
5. V následné aplikační fázi bude zjištěn zjevný (zřejmý)²⁹ rozpor s veřejným pořádkem fóra. Na základě tohoto rozporu bude konkrétnímu ustanovení právního řádu zjištěného dle ad 2) odepřena aplikace.
6. Ustanovení hovoří o pouhé možnosti odepření.

Některé otázky nám však z předmětného ustanovení nevyplývají:

- a) Není zmíněno, co je obsahem veřejného pořádku. Zpráva uvádí, že zahrnuti jsou i evropské hodnoty.³⁰ V literatuře se lze setkat s alternativami výčtu hodnot, dle jedné z nich do evropského veřejného pořádku patří³¹:
- I. zákazy dohod narušujících soutěž ve smyslu čl. 81 a 82 SES,
 - II. pět základních svobod (volný pohyb osob, zboží, osob, služeb a kapitálu) jednotného vnitřního trhu ES,
 - III. všechna ustanovení SES týkající se diskriminace postavené na národnosti nebo pohlaví,
 - IV. náhrady obchodního zástupce ve smyslu čl. 19 směrnice č. 86/653/EHS.
- Zajímavé v této souvislosti bude sledovat judikaturu ESD. Například v rozhodnutí *Eco Weiss China Time Ltd. V. Benneton International* bylo konstatováno, že čl. 81 SES je částí evropského veřejného pořádku.³²
- b) Není řešena otázka náhradního práva tam, kde dojde k vyloučení. Dle názoru Kučery³³ přichází v úvahu použití odpovídající normy tuzemského práva, přičemž nelze vyloučit ani použití normy některého třetího státu, k němuž by případ měl výrazně užití vztah než k tuzemsku. Posledně jmenovaná možnost však může vést k uspokojivým, ale i neuspokojivým výsledkům. Jinou možností dle zmíněného autora představuje také užití zásad vyvozených ze širšího rámce právní oblasti (např. zásady charakteristické pro common law či kontinentální právní systém). Za nejschůdnější pak považuje adaptaci čili přizpůsobení rozhodného hmotného práva neobvyklé situaci.
- c) A konečně nejsou řešeny otázky typu nutné intenzity vztahu k právu fóra jak z pohledu teritoriálního, tak z pohledu časového apod.

1.1.1.5 Omezení z titulu aplikace norem imperativních

Imperativní normy obecně představují zvláštní kategorii norem, které³⁴:

- a) vynucují svou aplikaci mimo kolizní právo a nemohou být v rámci právního řádu, je-li rozhodováno na území státu, kde byla tato norma vydána, nahrazeny normami jiného státu, byť na jeho právní řád odkazuje tuzemská kolizní norma, či
- b) v případě nezohlednění dopadu jejich účinků na soukromoprávní vztah, je-li rozhodováno mimo území jejich vydání, nelze spravedlivě posoudit chování stran či strany. „Odtržení“ hodnocení chování stran od právního řádu, který toto chování zásadním způsobem ovlivnil, vede ke zkreslení rozhodování a může vést ke zcela absurdním výsledkům.

Než po této úvodní charakteristice přistoupíme k další analýze, bude nutné pozastavit se nad terminologií Úmluvy. V anglickém znění Úmluvy jsou v čl. 3 odst. 3 normy tzv. vnitrostátně kogentní a v čl. 7 normy imperativní (mezinárodně kogentní) označeny stejným termínem „mandatory rules“³⁵ (v německé mutaci v podstatě také stejně – v čl. 3 „zwingende Bestimmungen“ a nadpis čl. 7 „zwingende Vorschriften“³⁶ a v textu čl. 7 opět „zwingende Bestimmungen“). Oficiální český překlad hovoří v případě čl. 3 odst. 3 o „právních ustanoveních, o nichž se podle práva dotyčné země nelze smlouvou odchýlit („imperativní ustanovení““ a v čl. 7 o „imperativních ustanoveních“. Závorkou „imperativní ustanovení“ v čl. 3 odst. 3 je terminologie obou článků také více či méně ztotožněna. Po tomto přehledu je možné konstatovat, že oficiální český překlad trpí obdobným neduhem jako německý (v stávající podobě Úmluvy, v návrhu nikoli) či anglický (i v návrhu). Autor příspěvku dochází k závěru, že pro běžného právníka z praxe bude nutné při práci s Úmluvou se vždy při užití čl. 3. odst. 3, čl. 5 odst. 2, čl. 6 odst. 1, čl. 7 a čl. 9 odst. 6 zamyslet a uvědomit si povahu oněch norem. U českého překladu tak lze hovořit jako u anglosaské oblasti o „vícevýznamovém“ termínu imperativní ustanovení.

Co se týče samotné charakteristiky imperativních ustanovení³⁷ obsažených v čl. 7 Úmluvy, z jejího textu vyplývají některé závěry³⁸:

- A. O jejich povaze (kvalifikaci) rozhoduje právo státu vydání. Názorem tohoto právního řádu je soud rozhodující spor v otázce kvalifikace norem vázán.
- B. Normy si vyžadují svou aplikaci.
- C. Do úvahy pro hodnocení toho, zda normy vyžadují svou aplikaci, je třeba vzít charakter, účel, následky použití či nepoužití těchto norem.

Dále užití čl. 7 není vázáno na skutečnost, zda *lex causae* bylo určeno na základě volby práva či náhradních kritérií. S ohledem na aplikační problémy (norma nezaměnitelná × zaměnitelná) je možné tato imperativní ustanovení z pohledu MPS rozdělit dle místa vydání na³⁹:

- 1) normy, které jsou součástí legis fori (čl. 7 odst. 2 Úmluvy), a
- 2) normy, které jsou součástí jiného právního řádu (čl. 7 odst. 1 Úmluvy).

V jejich rámci lze rozlišovat v dosahu některých názorů a úprav situace, kdy tyto normy⁴⁰:

- a) jsou součástí legis causae zvoleného stranami smlouvy nebo určeného v dosahu Úmluvy náhradními kritérii
- b) jsou součástí právního řádu třetího státu.

Ad 1) Jak jsme se zmínili výše, tzv. vnitrostátně kogentní normy v čl. 3 odst. 3 mohou být odsunuty s určitým právním řádem, jehož jsou součástí, jako celek (s výjimkou právě v předmětném článku stanove-

nou – tento má zabránit situaci, aby jediným mezinárodním prvkem, volbou práva, nebyl tento právní řád vyloučen). Imperativní normy legis fori v čl. 7 odst. 2 takto vyloučit nelze. Pokud jde o normy svou povahou veřejnoprávní, z většiny konstatování z dosahu kontinentálního práva vyplývá, že by tento typ norem byl v převážné většině případů i v případě neexistence výslovné úpravy aplikován.⁴¹ Problémy nastávají u norem soukromoprávních svou podstatou však nezaměnitelných. Zpráva v této souvislosti poukazuje na skutečnost, že některé delegace chtěly výslovně chránit normy fóra v některých speciálních oblastech (kartelové právo, soutěžní právo, ochrana spotřebitele, některá ustanovení týkající se přepravy).⁴²

O koncepčně ne zcela jasném vztahu imperativních norem legis fori v čl. 7 odst. 2 a čl. 5 a 6 jsme se zmínili v příslušných kapitolách.

Ad 2) Možnost aplikace norem zahraničního původu v případech soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem je připuštěna zjevně všemi moderními právními řády.⁴³ V tomto případě si tyto normy ony samy nenárokují svou přímou aplikaci, ale pouze „zasahují“ některý z prvků soukromoprávního vztahu.⁴⁴

Problémy nastávají při rozčleňování těchto norem na soukromoprávní a veřejnoprávní. Akademické stanovisko se objevilo již v roce 1975 v rezoluci Institutu mezinárodního práva. Zde bylo řečeno, že veřejnoprávní původ normy není zásadní překážkou pro její aplikaci. Toto stanovisko je pak možné interpretovat tak, že je praktičtější chápat odkaz na cizí právo jako odkaz na toto právo jako celek (tzn. kolizní přístup v nakládání s těmito normami), nikoli jako odkaz na určitou skupinu norem, které přímo regulují soukromoprávní vztah. Dalším možným přístupem k těmto normám je přístup materiální, kdy se přihlédne k účinkům těchto norem na daný právní vztah v rovině hmotného práva, přičemž rozlišovat je možné situace, kdy a) soudce je povinen za určitých podmínek k těmto normám přihlédnout, nebo b) může po svém zvážení přihlédnout či zohlednit účinky.⁴⁵

Pokusme se shrnout podmínky pro aplikaci těchto norem: Jak jsme uvedli na začátku, kvalifikace těchto norem se provádí podle právního řádu, ze kterého pocházejí. V rámci tohoto jsou pak ve stanoveném rozsahu aplikovány bez ohledu na právo jinak rozhodné. Další podmínkou, která musí být pro dosažení výsledku splněna, je, aby právní řád státu, jehož jsou tyto normy součástí, byl s požadovanou situací úzce spojen. Tato podmínka je považována autory z evropské oblasti za kolizní kritérium.⁴⁶ Konečně při rozhodování, zda mají být taková ustanovení použita, je třeba vzít v úvahu jejich povahu a účel, jakož i důsledky, které by mohly z jejich použití či nepoužití vyplynout. I státy, které učinily výhradu k čl. 7 odst. 1, tak neučinily pro nesouhlas se zněním normy, ale spíše pro interpretační dohady o jejím významu.⁴⁷

V praxi by použití těchto norem přicházelo v úvahu např. při zákazu dovozu či vývozu určitého zboží, nutnost udělení licence, devizová opatření, soutěžní právo, ale i platnost včlenění obchodních podmínek do smlouvy, neboť řada států může mít zvláštní zákony, které budou chránit slabší strany smlouvy před zneužitím ekonomicky silnější stranou.

1.1.1.5.1 Imperativní ustanovení a návrh nařízení

Český překlad návrhu nejde cestou terminologického rozlišení, což mimo jiné navrhoval v reakci na Zelenou knihu Max Planck Institut.⁴⁸ Anglické znění také v novém čl. 3 odst. 4 a čl. 8, stejně jako v čl. 6 pro individuální pracovní smlouvy, obsahuje termín *mandatory rules*.

Naproti tomu německé znění návrhu vyhovuje stanovisku Max Planck Institutu, když v čl. 3 odst. 4 a čl. 6 hovoří o *“zwingende Bestimmungen“*, v čl. 8 o *„Eingriffsnormen“* (i v nadpisu). V případě České republiky se pak i do budoucna patrně budeme muset smířit s tím, že jeden termín, imperativní ustanovení – český překlad Úmluvy patrně vznikl v těsné interakci s návrhem nařízení – zůstane i nadále termínem označujícím více problematik a jeho bližší hlubší analýza v kontextu celé Úmluvy zůstane na odborné literatuře.

Posun v systematizaci předmětných norem lze však v návrhu spatřovat v nové definici norem imperativních čili těch, které jsou pro stát při ochraně jeho politického, společenského a hospodářského uspořádání zásadní do té míry, že se vyžaduje jejich použití na jakoukoliv situaci, která spadá do jejich oblasti působnosti bez ohledu na to, jaké je podle návrhu nařízení právo jinak rozhodné pro smlouvu. Komentář k čl. 8 pak uvádí, že tato definice se opírá o rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci *Arblade*.⁴⁹ Odstavec 3 předmětného článku dále zpřesňuje kritéria použití zahraničních imperativních ustanovení.

1.1.1.6 Omezení z titulu mezi obligačního statutu

Otázka mezi obligačního statutu je vzhledem ke své povaze (dílní otázky apod.) určena dle jiných hraničních určovateli než obligační statut samotný, nebo naopak hraniční určovatel *lex causae* vede opět k použití obligačního statutu. Základní otázkou je, kam až sahá právní řád určený podle čl. 3 až 6 – na fázi prekonsensuální či (i) na fázi účinků. Předmětná problematika není ani teorií, ani praxí, ani jednotlivými právními řády řešena jednotně.

Z pohledu kolizního se setkáváme se dvěma koncepcemi:

a) koncepce tzv. jednotného obligačního statutu

Dle této koncepce se fáze prekonsensuální i fáze účinků má řídit stejným právním řádem.

b) koncepce štěpeného obligačního statutu

Zde se statut štěpí na statut vzniku a statut účinků.

Zatímco v šedesátých letech převládla koncepce jednotného statutu, v dalších letech byla situace jiná, zejména v evropské literatuře se objevují tendence, že dosah obligačního statutu by měl být ve fázi utváření smluv omezen.⁵⁰

K *materiální platnosti* (čl. 8) lze zařadit otázky týkající se formování smlouvy – problematika nabídky a jejího přijetí a potažmo dovolenost předmětu smlouvy, náležitost vůle a jejího projevu, otázka shody vůle stran.

Dle čl. 8 odst. 1 se existence a platnost smlouvy nebo některého ustanovení smlouvy určuje podle práva, které by se na základě této Úmluvy použilo, kdyby byla smlouva nebo ustanovení smlouvy platné. Je zde patrná preference jednotného obligačního statutu určeného volbou práva (čl. 3) či náhradními kritérii (čl. 4, resp. 5 a 6).

Štěpení však připouští následující odstavce, který obsahuje výhradu ve prospěch tuzemského práva: Vyplyvá-li z okolností, že by nebylo přiměřené určovat účinky chování strany podle práva uvedeného v odstavci 1, může se strana za účelem zjištění, že neprojeví souhlas, odvolat na právo země, v níž se nachází její obvyklé bydliště. Předmětný odstavec má dle Zprávy především ošetřit mlčení při uzavírání smlouvy. Na významu může tento odstavec nabýt např. u on-line smluv, které obsahují obchodní podmínky obsahující doložku o volbě zahraničního právního řádu.

Předmětné ustanovení se v návrhu nařízení vyskytuje v totožné podobě v novém čl. 9.

Konstrukce platnosti z pohledu formy (čl. 9) je odlišná. Toto ustanovení dopadá na⁵¹:

- a) dvoustranné právní úkony – smlouvy
- b) jednostranné právní úkony vztahující se ke smlouvě

Pojem forma je blíže vymezen Zprávou: Formou je každý vnější projev vyžadovaný na straně osoby vyjadřující vůli být právně vázán, při absenci kterého takovýto výraz vůle nemůže být považován za plně účinný.⁵²

Konstrukce předmětného ustanovení je následující: obecně lze říci, že postačí vyhovět požadavkům formy dle legis causae. U dvoustranných právních úkonů osob nacházejících se v téže zemi se platnosti právního úkonu z pohledu formy lze rovněž dovolat práva země, v níž byla smlouva uzavřena (čl. 9 odst. 1 druhá věta). U smluv uzavřených mezi osobami, které se nacházejí v různých zemích, je nutné splnit formální požadavky alespoň jedné z těchto zemí (odst. 2). U smluv uzavřených zmocněncem se bude brát v úvahu právo země, v níž zmocněnec činí právní úkony (odst. 3).

U jednostranných právních úkonů vztahujících se k uzavřené či zamýšlené smlouvě, stačí dle odst. 4 vyhovět právu země, v níž byl tento učiněn.

Zvláštní režim dopadá na (některé) smlouvy spotřebitelské (odst. 5) a smlouvy, které se týkají nemovitostí (odst. 6): pro první je rozhodné právo země, v níž má spotřebitel obvyklé bydliště; pro druhé je forma určena dle hraničního určovatele *lex rei sitae* {právní řád místa polohy nemovitosti včetně jeho imperativních (kogentních) ustanovení}. Zvláštní režim je odůvodněn výraznější potřebou předvídatelnosti právního řádu u těchto smluv.

Předmětnému ustanovení je v souvislosti s návrhem nařízení vyčítána přílišná restriktivnost vzhledem ke zvyšujícímu počtu uzavíraných on-line smluv. I Max Planck Institut upozorňuje, že se otázka, kde se smluvní strany nachází v okamžiku uzavírání smlouvy, stává vzhledem k moderním formám komunikace stále méně a méně významnou.⁵³

Nový čl. 10 návrhu zavádí sérii tří alternativních hraničních určovatelů. Smlouva pak dle těchto bude formálně platná, pokud splňuje formální náležitosti práva země:

- a) kterým se podle tohoto nařízení věcně řídí, nebo
- b) v níž se nachází jedna nebo druhá strana nebo její zmocněnec při jejím uzavírání, nebo
- c) v níž jedna nebo druhá strana má v té době obvyklé bydliště.

Obdobně jsou stanoveny hraniční určovatelé pro formální platnost jednostranných právních úkonů. Tyto budou považovány za formálně platné, pokud budou splňovat formální náležitosti podle práva země:

- a) které se na smlouvu použije, nebo
- b) které by se na ni použilo podle tohoto nařízení, nebo
- c) v níž byl tento úkon učiněn, nebo
- d) v níž osoba, která jej vypracovala, měla v této době obvyklé bydliště

Alternativní kritéria mají dle důvodové zprávy usnadnit formální platnost smluv a jednostranných právních úkonů.

Zvláštní režim pro spotřebitelské smlouvy a smlouvy týkající se nemovitostí zůstává zachován. U posledně jmenovaných je závěr souvětí změněn:

1) Úmluva (...) na smlouvu, jejímž předmětem je věcné právo k nemovitosti nebo právo užívání nemovitosti, (se) vztahují imperativní ustanovení práva země, v níž se nemovitost nachází, která upravují formu, *pokud se podle tohoto práva uvedená ustanovení použijí bez ohledu na místo uzavření smlouvy a na právo, které je jinak pro smlouvu rozhodné.*

2) Návrh: (...) na smlouvu, jejímž předmětem je věcné právo k nemovitosti nebo právo užívání nemovitosti, (se) vztahují imperativní ustanovení práva země, v níž se nemovitost nachází, která upravují formu, *pokud se podle tohoto práva jedná o imperativní usta-*

novení ve smyslu čl. 8 (imperativní normy, pozn. aut.) tohoto nařízení.

U některých autorů je nová formulace předmětem kritiky. Mankowski upozorňuje na to, že normy týkající se formální platnosti nespádají do okruhu norem mezinárodně kogentních. Na úseku nemovitostí mají tyto normy ze své podstaty varovnou funkci („Warnfunktion“). Zmíněný autor doporučuje ponechat předmětnou část souvětí ve stávající podobě.⁵⁴ Po prostudování českého překladu však můžeme konstatovat, že situace je již nyní dost komplikována tím, že stávající Úmluva používá v čl. 9 odst. 6 opět překlad „imperativní ustanovení“.

Co se týče rozsahu obligačního statutu, obsahuje čl. 10 demonstrativní výčet materií, na které tento dopadá:

- a) výklad (interpretace smlouvy),
- b) plnění závazků vyplývajících ze smlouvy,
- c) důsledky úplného nebo částečného porušení těchto závazků včetně stanovení škody, jsou-li stanoveny právem a v rámci pravomoci přiznaných soudu jeho procesním právem,
- d) různé způsoby zániku závazku, včetně promlčení a zániku práv v důsledku uplynutí doby,
- e) důsledky neplatnosti smlouvy.

Ad a) Stanoviska k rozdílům v interpretaci v oblasti common law a kontinentálního právního systému se dnes sblíží, nicméně zůstávají např. u adhezních smluv a u penále.⁵⁵

Ad b) V tomto případě dopadá obligační statut na jeden ze způsobů zániku závazku. Úmluva nevymezuje rozdíl mezi plněním a způsoby plnění, dle Zprávy tento rozdíl bude dán jediné právním řádem fóra.

Ad c) Některé z institutů spadající pod předmětné písmeno spadají v různých zemích do oblasti práva procesního či materiálního. Problémy může způsobovat i limitace náhrady škody – dle Zprávy je soud povinen při stanovení výše náhrady škody vzít v úvahu ekonomické a sociální aspekty v příslušném státě. Existují případy, kdy je výše náhrady škody stanovena porotou (Jury) či metodami, které ale neuznávají jiné státy. Pro oblast přepravy pak může být stanovena mezinárodními smlouvami.⁵⁶

Ad d) Promlčení je v common law tradičně chápáno jako institut práva procesního, v kontinentálním právním systému jako institut práva materiálního. V Anglii nastal určitý posun přijetím Foreign Limitation Periods Act 1984. Tento umožňuje pod výhradou ordre public, aby před anglickými soudy byly aplikovány normy týkající se promlčení, které jsou součástí legis causae.⁵⁷

Ad e) Opět se i zde střetly odlišné pohledy common law a kontinentálního právního systému. V common law se do následků neplatnosti smlouvy zahrnuje i otázka vrácení získaných hodnot, zaplacení určité částky apod. – z toho důvodu byla dána k čl. 10 odst. 2

písm. e) možnost výhrady.⁵⁸ V dosahu anglického práva spadá tato problematika do oblasti restitucí.

2 Způsob učinění volby práva – volba výslovná a konkludentní

Na tuto problematiku dopadá čl. 3 odst. 1 věta druhá. Volbu práva lze uzavřít buď výslovně nebo konkludentně⁵⁹, přičemž oba způsoby se zakládají na skutečně projevené vůli účastníků – přípustnost konkludentní volby neznamená imputaci vůli účastníků.

Výslovná volba práva je dána za podmínky projevu skutečné vůle stran bezprostředně směřujících k určení rozhodného práva. Konkludentní volba musí „s dostatečnou jistotou“⁶⁰ vyplývat z ustanovení smlouvy nebo z okolností případu.⁶¹ Slovní spojení „s dostatečnou jistotou“ vymezuje hranici mezi přípustnou konkludentní volbou práva a nepřípustnou hypotetickou volbou práva. Jako indicie pro naplnění pojmu „s dostatečnou jistotou“ mohou dle Zprávy sloužit: vazba standardních obchodních podmínek na určitý právní řád (např. Loydův pojišťovací řád a anglické právo⁶²), volba práva byla učiněna výslovně v předchozí smlouvě a okolnosti případu neindikují změnu postoje stran (text nové smlouvy nutně nemusí obsahovat zmínku o volbě práva, usuzuje se tak „z okolností případu“), úvahy o nevýslovné volbě práva při současně učiněné volbě fóra, odkaz smlouvy samé na instituty typické pro určitý právní řád.⁶³ Není-li volba práva určena alespoň „s dostatečnou jistotou“, vstupují do hry náhradní hraniční určovatelé.

3 Dépeçage

Jev zvaný dépeçage označuje možnost zvolit si pro jednotlivé části smlouvy různé právní řády. Lze se domnívat, že toto štěpení obligačního statutu smlouvy bylo připuštěno i z toho důvodu, že Úmluva není obsahově zamýšlena (s výjimkou definovaných smluv spotřebitelských a smluv individuálních pracovních) k aplikaci jen na určité smluvní typy, nýbrž obecně k aplikaci na závazky ze smluv. Dle Zprávy bude štěpení statutu logicky omezeno tam, kde by podřízení smlouvy vícero právním řádům vedlo k rozporuplným, neudržitelným výsledkům. Pokud se tak stane, bude nutné povolovat náhradní kritéria. Dále není možné volbu práva učiněnou pro část smlouvy rozšířit na její zbytek, který byl určen na základě náhradního určovatele.⁶⁴

V praxi se dépeçage s výjimkou zvláštního režimu náhrady škody neobjevuje často. Literatura jej doporučuje jen tam, kde existuje více ekonomicky ucelených a propojených, nicméně právně samostatných vztahů.⁶⁵

4 Časová charakteristika učinění volby práva

Strany mohou mít rozmanité důvody změnit jednou zvolený právní řád (změna volby práva) nebo tento zvolit dodatečně až po uzavření smlouvy hlavní (dodatečná volba práva). Širokou škálu možností otevírá čl. 3 odst. 2: strany se na volbě práva mohou dohodnout kdykoli. Podle převažujících názorů je to možné až do okamžiku, než soudce (rozhodce) začne jednat ve věci samé.⁶⁶ Popisované změny můžeme vztáhnout na celou smlouvu nebo – při štěpení obligatorního statutu – na její část, obdobně i způsob učinění volby. Účinky změn volby práva působí *ex tunc*.⁶⁷ V souladu s druhou větou odst. 2 se účinky obou změn nedotknou platnosti smlouvy z pohledu formy dle článku 9, ani práv osob třetích. Vyrovnává se tak široká smluvní volnost stran garantovaná Úmluvou na straně jedné a ochrana zájmů třetích osob na straně druhé.

5 Účinky volby práva

Pouze platná volba práva může vyvolat kýžené právní účinky a v rámci smluvní volnosti stran tak bude patřit ke stěžejním otázkám. Platnost volby práva může ztroskotat obzvláště na nedostacích v projevu vůle (typicky omyl, výhrůžka). Je-li takto volba práva zneplatněna, nastoupí opět náhradní kritéria. Vztah ujednání o volbě práva a smlouvy hlavní je označován jako vztah separátní, autonomní.⁶⁸ Obě ujednání, byť obsaženy v jednom dokumentu, se tak budou posuzovat jako dvě samostatné dohody. Nezbytnost tohoto dělení je logická, neboť pokud bude volba práva platná, můžeme přistoupit k dalšímu kroku, a to zjistit právo rozhodné pro smlouvu hlavní včetně určení toho, zda tato je platná. Určení platnosti volby práva tak ve vztahu ke smlouvě hlavní lze označit za předběžnou otázku.

Na existenci (vznik) a platnost souhlasu stran s volbou rozhodného práva se vztahuje čl. 3 odst. 4, který odkazuje na články 8, 9 a 11. Vznik a platnost volby se tak posuzuje podle stejných ustanovení, která dopadají na vznik a platnost smlouvy hlavní. Ačkoli, jak jsme uvedli, jsou smlouva hlavní i ujednání o volbě práva separátní smlouvy, v případě otázek vzniku a platnosti je z důvodu vnitřní harmonie naopak zachován jednotný statut. Tak i v návrhu nařízení v čl. 3 odst. 6, který odkazuje na čl. 9, 12 (materiální platnost a nezpůsobilost k právům a právním úkonům – oba v nezměněné podobě) a čl. 10 (platnost z pohledu formy – modernizovaný⁶⁹).

Dle čl. 8 odst. 1 se vznik a platnost smlouvy hlavní (kteréhokoli jejího ustanovení) řídí právem určeným na základě Úmluvy (*lex causae*) za předpokladu, že smlouva nebo její ustanovení jsou platné.⁷⁰ Ujednání o volbě práva se bude řídit dle čl. 3 odst. 4 ve spojení s čl. 8 tzv. hypotetickým *lex causae*.⁷¹ Pokud je volba

práva dle hypotetického *lex causae* neplatná, bude nutné hlavní smlouvu navázat náhradními kritérii. Při autonomním charakteru obou smluv tak nezávisí platnost jedné dohody na druhé. Lze si dále představit situaci, kdy podle právního řádu určeného na základě platné volby práva bude smlouva hlavní neplatná. I toto by mohlo být důsledkem autonomie vůle stran, neboť při volbě určitého právního řádu bude zapotřebí dobře znát jeho obsah a potažmo dopad na obligatorní statut smlouvy.

6 Koncepce volby práva dle Haagské úmluvy z roku 1955

Konstatovali jsme, že vztah Římské úmluvy a Haagské úmluvy z roku 1955 představuje poměr obecného a zvláštního. Přijetí Haagské úmluvy z roku 1955 stálo na modelu, kdy se smluvní státy zavázaly, že do svého vnitrostátního právního řádu převezmou určitá ustanovení – konkrétně čl. 1–6, které tak představují vlastní kolizní ustanovení.

Dle čl. 1 se úmluva aplikuje na mezinárodní kupní smlouvy hmotných věcí movitých⁷². Úmluva se nevztahuje na koupi cenných papírů, registrovaných lodí a letadel jakož i koupi na základě rozhodnutí soudu včetně soudcovského zástavního práva. Dále se úmluva nevztahuje na způsobilost k právům a právním úkonům, formu smlouvy, přechod vlastnického práva (pro nesení rizika je však preferován jednotný statut) a na účinky vůči třetím osobám. Konečně je pamatováno i na vymezení mezinárodního prvku, v němž nacházíme typickou snahu o zamezení obcházení zákona v mezinárodním právu soukromém: Prohlášení strany o aplikovatelném právu nebo pravomoci soudce či rozhodce nepostačuje samo o sobě k tomu, aby kupní smlouvě byla přiznána povaha mezinárodní kupní smlouvy ve smyslu prvního odstavce. V čl. 6 je stanoveno, že právo určené na základě této úmluvy, tj. včetně volby práva, může být vyloučeno z titulu veřejného pořádku.

Konstrukce volby práva (čl. 2) je následující: Kupní smlouva podléhá národnímu právnímu řádu, který označí smluvní strany. Je tak zřejmá koncepce kolizní neomezené volby práva, což byl v době přijetí velký posun. Takové označení musí být dále výslovně dohodnuto nebo nepochybně⁷³ vyplývat z textu smlouvy. Není tak připuštěna konkludentní volba práva. Podle takto stranami zvoleného práva se posuzuje i smluvní konsens (projevy vůle), který vedl k jeho určení. Lze hovořit o zmíněném tzv. hypotetickém *lex causae*. Není dále přípustná částečná volba práva.

7 Závěr

Jak je patrné z tohoto příspěvku, volba práva je výrazný fenomén v oblasti kolizního závazkového práva.

Návrh nařízení Řím I. přináší revoluční změnu – možnost volby nestátních pravidel. I když se v teorii objevují pochybnosti ohledně zvolené formulace, je nutné uvědomit si, že obdobné formulace jsou výsledkem kompromisu.⁷⁴ Úpravu volby práva v Římské úmluvě lze hodnotit jako moderní, pružně reagující na potřeby praxe. Naproti tomu úprava v Haagské úmluvě z roku 1955 je v některých ohledech zastaralá (nemožnost konkludentní a částečné volby práva). Budoucí nařízení Řím I. výslovně stanoví přednost před touto úmluvou, pokud se všechny věcné aspekty situace v době uzavírání smlouvy nalézají v jednom nebo více členských státech. Dostáváme tak k problematice v teorii mezinárodního práva soukromého často diskutovaných erga omnes a inter partes účinků. Haagská úmluva z roku 1955 tak bude z intrakomunitárních vztahů (např. pro dvě obchodující společnosti mající sídlo ve Švédsku a Norsku) vytěsňena. Je otázkou, jak na tento dualismus zareagují výše uvedené země. Lze možná očekávat ve stylu Belgie vypovězení. V této souvislosti je nutné upozornit obecně i na vztah právních aktů (především nařízení a směrnic) Evropského společenství a mezinárodních smluv, které vypracovává Haagská konference mezinárodního práva soukromého. Objevovaly se názory, že ES nabourává činnost Haagské konference. Patrně však na tomto poli dojde k obratu, neboť Evropské společenství se po změně statutu Haagské konference stalo této 3. 4. 2007 členem. Dualismus erga omnes a inter partes účinků by tak měl být odstraněn či snad alespoň zmírněn, neboť i přes zřejmou snahu o kompletní unifikaci otázek mezinárodního práva soukromého v rámci ES nemusí tato dvojsečnost vždy nepřispívat k právní jistotě.

Summary

This article deals with the choice of law. The national regulations in the European Area were replaced by the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. This convention is an international treaty form and is now considering to be transformed into a Community regulation (so called Rome I. regulation).

The limits of the choice of law are mentioned, including the mandatory rules as well as the *ordre public*. We can see a revolutionary change in the proposal for the Rome I. regulation – the thing is that this enables the choice of a non-State body of law like UNIDROIT principles or the Principles of European Contract Law. Thus, many questions are arising with it. Article 4 (applicable law in the absence of choice) contains newly fix rules, which are good for the practice. The definition of the consumer contract is no more restrictive. Online shopping will be made easier. Article 8 of the regulation tries to define the mandatory rules. Terminological problems in particular language versi-

ons are continuing. It could be added, that this can be eliminated by the interpretation of the European Court of Justice.

*Martin Crha, doktorand katedry mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

¹ V ČR č. 64/2006 Sb.

² V současné době je platná pro 25 z 27 členských států ES. Přijetí Bulharskem a Rumunskem je otázkou času.

³ Uvědomíme-li si, že Zelená kniha s množstvím návrhů na reformu stávající Úmluvy byla předložena 14. 1. 2003, samotný návrh nařízení Řím I. pak až 15. 12. 2005. Původní horizont přijetí nařízení Řím I. – rok 2006 - nebyl dodržen.

⁴ Návrh nařízení Řím I. [citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/site/cs/com/2005/com2005_0650cs01.pdf.

⁵ Pro Dánsko, Finsko, Francii, Itálii a Švédsko, z nečlenů ES pak pro Norsko, Švýcarsko a Nigérii. Belgie tuto úmluvu vypověděla.

⁶ Čl. 21 (Vztah k jiným úmluvám): Touto úmluvou není dotčeno použití mezinárodních úmluv, jejichž smluvní stranou smluvní stát je nebo se jí stane.

⁷ Giuliano-Lagardeho Zpráva [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: www.rome-convention.org.

⁸ ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 65.

⁹ Dále také nejsou možné případy, aby závazek byl regulován jen smlouvou samou, tj. stranami by nebylo zvoleno žádné národní právo. Tak rozhodnutí *Augusta S.p.a. v. Renganeschi, Pittana, Bison* (Itálie, Corte di Cassazione, 27. 3. 1996, 2756) [Citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: www.rome-convention.org.

¹⁰ Návrh nařízení Řím I. [citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/site/cs/com/2005/com2005_0650cs01.pdf. Srov. k tomu MANKOWSKI, P. *Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung*. IPRax, 2006, č. 2. Zmíněný autor v této souvislosti upozorňuje na následující otázky: Kdy jsou takové principy na mezinárodní či komunitární úrovni dostatečně uznány? Kdo je ono osudné „mezinárodní společenství“, jehož pozitivní sankcionování tyto principy zušlechťuje a zvelebují? Musí toto „mezinárodní společenství“ zahrnovat státní soudy nebo postačí přeshraniční užívání účastníky v určité branži? Jako příklad pak uvádí principy ERA, které jsou na mezinárodní úrovni uznávány v bankovníctví, nespádají však pod sankční mechanismus státu, jsou sjednávány jako pouhé obchodní podmínky. Spíše než mezinárodní uznání pak požaduje stanovení materiálních kritérií, jmenovitě, že tyto principy budou pocházet od nezávislé a nestranné instituce a splňovat minimální požadavky vyváženosti a fairness.

¹¹ Čl. 7 této úmluvy (č. 160/1991 Sb.) stanoví:

(...)

(2) Otázky spadající do předmětu úpravy této úmluvy, které v ní nejsou výslovně řešeny, se řeší podle obecných zásad, na nichž úmluva spočívá, nebo, jestliže takové zásady chybějí, podle ustanovení právního řádu rozhodného podle ustanovení mezinárodního práva soukromého.

¹² Autor tohoto příspěvku v některých případech uvádí v závorkách neoficiální překlad Úmluvy učitelů Katedry

mezinárodního a evropského práva, neboť jej považuje za ústrojnější.

¹³ Ženevská konference se konala v roce 1930. Jednání se zúčastnilo 31 států včetně tehdejšího Československa. Výsledkem konference byly tři úmluvy: 1) *Úmluva o jednotlivém zákonu směnečném a její dvě přílohy*, 2) druhá - *Úmluva o střetech zákonů* řešící kolizní problematiku směnečného práva a 3) *Úmluva o směnečných poplatcích* – bez většího významu. Obsah ženevských dohod byl do našeho právního řádu inkorporován zákonem směnečným a šekovým č. 191/1950 Sb. (ZSŠ), *Úmluva o střetech zákonů* pak v ustanoveních § 91 až 98 ZSŠ. Srov. KOTÁSEK, J. *Úvod do směnečného práva*. Brno : Masarykova univerzita, 2002, s. 15 an. Srov. k tomu i rozhodnutí z Německa, strany nezveřejněny (Německo, Bundesgerichtshof, 5. 10. 1993, XI ZR 200/92) [Citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: www.rome-convention.org.

¹⁴ Guiliano-Lagardeho zpráva [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: www.rome-convention.org.

¹⁵ Guiliano-Lagardeho zpráva [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: www.rome-convention.org.

¹⁶ Především harmonizační směrnice práva akciových společností a společností s ručeným omezením; dále nařízení Rady č. 2137/85, o evropském hospodářském zájmovém sdružení; nařízení Rady č. 2157/2001, o statutu evropské společnosti (societas europa); nařízení Rady č. 1435/2003, o evropském družstvu. Srov. blíže TICHÝ, L., ARNOLD, R., SVOBODA, P., ZEMÁNEK J., KRÁL, R. *Evropské právo*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006. s. 646 - 653 nebo TÝČ, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 4. vydání. Praha: Linde, 2004, s. 189 - 192.

¹⁷ Srov. k tomu případ z Německa, strany nezveřejněny (Německo, Oberlandsgericht Karlsruhe, 8. 5. 1998, 10 U 259/97) [Citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: www.rome-convention.org.

¹⁸ Guiliano-Lagardeho zpráva [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: www.rome-convention.org.

¹⁹ Srov. k tomu především směrnice o životním a neživotním pojištění. Vyrovnání národních standardů v oblasti pojištění práva se však ukázalo jako velmi obtížný úkol, důsledkem snah Společenství je částečná harmonizace pojištění smluvního práva. Srov. TICHÝ, L., ARNOLD, R., SVOBODA, P., ZEMÁNEK J., KRÁL, R. *Evropské právo*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006. s. 661 - 665.

²⁰ Především Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (tzv. Newyorská úmluva) – v ČR č. 74/1959 Sb.

²¹ Návrh nařízení Řím I. [citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: http://europa.eu.int/lex/lex/LexUriServ/site/cs/com/2005/com2005_0650cs01.pdf.

²² Zůstává ale vyloučena otázka ze společenstevního práva → zda orgán společnosti, sdružení či právnické osoby může tyto zavazovat ve vztahu k třetí osobě. Vyplývá to z písm. f) návrhu, poslední souvětí.

²³ Návrh nařízení Řím I. [citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: http://europa.eu.int/lex/lex/LexUriServ/site/cs/com/2005/com2005_0650cs01.pdf.

²⁴ Jelikož odlišné typy norem upravené v čl. 3 odst. 3, čl. 5 a 6 a čl. 7 jsou v českém překladu označeny jedním pojmem – imperativní ustanovení, uvádíme jako pomůcku pomocná pojmenování v duchu učebnice *Evropský justiční prostor v civilních otázkách* autorů Rozehnalová/Týč. Dle této je pak možné užívat následující termíny:

a) tzv. vnitrostátně kogentní normy – čl. 3 odst. 3 – mohou být odsunuty s právní řádem jako celek,

b) tzv. ochranné normy – čl. 5 a 6 - tento termín lépe vyjadřuje sociálně politické motivy ochrany slabších stran kontraktu,

c) „skutečně“ imperativní normy (také označovány jako mezinárodně kogentní) – čl. 7 – tyto normy si vynucují svou aplikací.

²⁵ Pod pojem evropské mezinárodní právo soukromé lze zařadit následující okruhy: 1) otázka práva rozhodného pro soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem; 2) otázku pravomoci, resp. tzv. mezinárodní příslušnosti civilních soudů určitého členského státu ES v přeshraničních sporech; 3) uznání a výkon soudních a dalších rozhodnutí v jiných členských státech ES v soukromoprávních věcech. Srov. PAUKNEROVÁ, M. *Perspektivy mezinárodního práva soukromého a procesního v Evropské unii*. Právník, 2005, č. 12, s. 1422 - 1424.

²⁶ Čl. 16 (Veřejný pořádek): Použití některé normy práva určeného na základě této úmluvy může být odmítnuto pouze za předpokladu, že je toto použití zjevně neslučitelné s veřejným pořádkem země, v níž má soud sídlo.

²⁷ S odkazem na Krophollera ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 126 nebo KAPITÁN, Z. *Teorie veřejného pořádku a kritéria jeho použití*. Časopis pro právní vědu a praxi, 2004, č. 3 (1. část.), s. 225-226. Posledně zmíněný autor doporučuje hovořit aktivní a pasivní funkci veřejného pořádku.

²⁸ Srov. rozhodnutí k čl. 16 Úmluvy: *Filvem s. r. l. v. Governo della Repubblica Federale di Negeria* (Itálie, Corte d'Apello di Milano, 6. 2. 1998) [citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: www.rome-convention.org; *Augusta S.p.a. v. Renganeschi, Pittana, Bison* (Itálie, Corte di Cassazione, 27. 3. 1996, 2756) [Citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: www.rome-convention.org nebo rozhodnutí z Německa, strany nezveřejněny (Německo, Bundesarbeitsgericht, 24. 8. 1989, 2 AZR 3/89) [Citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: www.rome-convention.org.

²⁹ Offensichtlich, manifestly incompatible.

³⁰ Guiliano-Lagardeho zpráva [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: www.rome-convention.org, komentář k čl. 16.

³¹ S odkazem na Schlossera ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 129.

³² ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 129.

³³ KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*. 6. vydání. Brno: Doplněk, 2004, s. 197.

³⁴ TÝČ, V., ROZEHNALOVÁ, N. *Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy*. Právník, 2002, č. 6, s. 644.

³⁵ Literatura z anglosaské oblasti však hovoří v kontextu Úmluvy o dvojitým významu tohoto termínu. Tak ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 74.

³⁶ Mnohem lepší by v německé verzi čl. 7 Úmluvy byl nadpis „Eingriffsnormen“ jako normy imperativní. Ostatně komentář k Úmluvě od autorů Kresbach/Rathkolb, který se zabývá Úmluvou a rakouským právním řádem, rozlišuje „fremde Eingriffsnormen“ (cizí mezinárodně kogentní normy) a „eigene Eingriffsnormen“ (tuzemské mezinárodně kogentní normy). KRESBACH, G., RATHKOLB, G. *Das europäische Schuldvertragsübereinkommen EVÜ 1980*. Wien: Linde Ver-

lag, 1999, s. 62 an. Stejně termíny jsou obsaženy i v německé mutaci návrhu nařízení.

³⁷ Srov. rozhodnutí z Německa, strany nezveřejněny (Německo, Bundesarbeitsgericht, 24. 3. 1992, 9 AZR 76/91) [Citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: www.rome-convention.org nebo rozhodnutí rovněž z Německa, strany nezveřejněny (Německo, Oberlandsgericht Düsseldorf, 9. 6. 1994, 13 U 173/92) [Citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: www.rome-convention.org.

³⁸ TÝČ, V., ROZEHNALOVÁ, N. *Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy*. Právník, 2002, č. 6, s. 653.

³⁹ *ibidem*, s. 645 a 655

⁴⁰ Řada komentářů však toto ustanovení spojuje jen s normami třetího státu. Normy, které jsou součástí legis causae jsou potom hodnoceny bez nutnosti výslovné úpravy. Srov. TÝČ, V., ROZEHNALOVÁ, N. *Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy*. Právník, 2002, č. 6, s. 655.

⁴¹ TÝČ, V., ROZEHNALOVÁ, N. *Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy*. Právník, 2002, č. 6, s. 655.

⁴² Guiliano-Lagardeho zpráva [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: www.rome-convention.org, komentář k čl. 7 odst. 2.

⁴³ ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 136.

⁴⁴ TÝČ, V., ROZEHNALOVÁ, N.: *Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy*. Právník, 2002, č. 6, s. 648.

⁴⁵ ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 139.

⁴⁶ TÝČ, V., ROZEHNALOVÁ, N. *Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy*. Právník, 2002, č. 6, s. 657.

⁴⁷ *ibidem*, s. 649

⁴⁸ Odpověď Max Planck Institutu na Zelenou knihu [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: <http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Froschung/laufendeProjekte/CommentsGreenPaper.pdf>.

⁴⁹ Konkrétně bod 31 zmíněného rozsudku. Pfeiffer nedoporučuje převzít formulaci rozhodnutí Arblade. Vyčítá rozhodnutí Arblade spíše popisný než definiční charakter. Připouští, že není možná vyčerpávající definice imperativních norem, protože tato vždy představuje politická rozhodnutí národního zákonodávce – ten rozhoduje, které národní normy mají působit „imperativně (mezinárodně kogentně)“. Z této filozofie dle něj vychází i současné znění čl. 7: „... soweit diese Bestimmungen nach dem Recht des letztgenannten Staates ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt.“ Srov. PFEIFFER, T. *Stellungnahme zu einigen Aspekten über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie seine Aktualisierung* [citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/universitat_heidelberg_de.pdf. Obdobně i MANKOWSKI, P. *Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung*. IPRax, 2006, č. 2, s. 109-110. Tento autor hodnotí rozhodnutí Arblade jako snahu vypořádat se s komunitárními mezemi imperativních norem.

⁵⁰ ROZEHNALOVÁ, N. *Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě*, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1991, s. 26.

⁵¹ ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 113.

⁵² *ibidem*.

⁵³ Odpověď Max Planck Institutu na Zelenou knihu [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: <http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Froschung/laufendeProjekte/CommentsGreenPaper.pdf>.

⁵⁴ MANKOWSKI, P. *Der Vorschlag für die Rom I - Verordnung*. IPRax, 2006, č. 2, s. 110.

⁵⁵ ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno : Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 118.

⁵⁶ Guiliano-Lagardeho zpráva [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: www.rome-convention.org.

⁵⁷ ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 120.

⁵⁸ *ibidem*.

⁵⁹ Srov. např. rozhodnutí *Société Lorraine des Produits Métallurgiques (SPLM) c/ SA Banque Paribas Belgique Korenmarkt et Soc. BVBA Finecco* (Francie, Cour d'appel de Paris, 10. 11. 1993) [citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: www.rome-convention.org nebo rozhodnutí z Německa, strany neuvedeny (Německo, Bundesgerichtshof (BGH), 22. 1. 1997, VIII ZR 339/95) [citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: www.rome-convention.org. V tomto případě bylo ve smlouvě o obchodním zastoupení v bodě 7 explicitně sjednáno použití zákona bývalé NDR o mezinárodních hospodářských smlouvách (GIW). Soud konstatoval, že německé právo (současné SRN) nemůže být použito pro zjištění, zda byla učiněna konkludentní dodatečná volba práva. Právě s ohledem na bod 7 smlouvy toto ani nemůže vyplývat „s dostatečnou jistotou“ z textu smlouvy.

⁶⁰ V této souvislosti jsou často srovnávány jazykové mutace. Termínu „s dostatečnou jistotou“ odpovídají německé „mit hinreichender Sicherheit“ a anglické „with reasonable certainty“. Naproti tomu francouzské „de facon certaine“ je silnější. V německém znění by pak podle francouzského mělo být „mit Sicherheit“. Srov. JAYME, E. *Die Vergemeinschaftung des Europäischen Vertragsübereinkommens (Rom I)*. In *Europäisches Kollisionsrecht*, Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004, s. 6.

⁶¹ Srov. k tomu rozhodnutí *SA CIEC c/ M. Piriou* (Francie, Cour de Cassation, 28. 10. 1997, 94-42.340 40 35 P.) [citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: www.rome-convention.org. V daném případě byly Kasačním soudem potvrzeny následující okolnosti pro aplikaci francouzského práva: smlouva byla uzavřena ve Francii mezi francouzským technikem a francouzskou společností, mzda byla vyplácena ve francouzských francích, smlouva nabyla platnosti ve Francii před odchodem zaměstnance do Pákistánu.

⁶² Srov. k tomu rozhodnutí z Německa, strany neuvedeny (Německo, Bundesgerichtshof, 14. 1. 1999, VII ZR 19/98) [citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: www.rome-convention.org. V tomto rozhodnutí bylo obdobně usouzeno na konkludentní volbu německého práva, neboť strany souhlasily s aplikací obecných německých standardů pro konstrukční práce (DIN) a aplikací německých smluvních pravidel pro stavebnictví (VOB).

⁶³ Guiliano-Lagardeho zpráva [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: www.rome-convention.org, komentář k čl. 3. Srov. k tomu německé rozhodnutí, strany nezveřejněny (Německo, Bundesgerichtshof, 7. 12. 2000, VII ZR 404/99) [citováno 15. 10. 2007]. Dostupné z: www.rome-convention.org. Odvolací soud konstatoval, že soud nižší instance nezohlednil jako okolnost svědčící pro konkludentní volbu práva „úzkou hospodářskou spojitost obou smluv“.

⁶⁴ Guiliano-Lagardeho zpráva [citováno 15. 10. 2007]. Dostupná z: www.rome-convention.org, komentář k čl. 3.

⁶⁵ ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 70.

⁶⁶ *ibidem*, s. 71.

⁶⁷ *ibidem*.

⁶⁸ Srov. rozhodnutí *Glencore International A.G. v. Commerciale Alluminio Nord s.p.a.* (Itálie, Corte di Cassazione, 28. 7. 1998, S.U. 7398) [citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: www.rome-convention.org.

⁶⁹ Srov. s. 33 an.

⁷⁰ Srov. k tomu rozhodnutí z Německa, strany neuvedeny (Německo, Bundesgerichtshof, 15. 12. 1986) [citováno 15. 10. 2007]. Dostupný z: www.rome-convention.org. Soud konstatoval, že pokud je platná doložka o volbě práva obsažená v obchodních podmínkách v nákladním listu svědčící právu Srí Lanky, bude toto právo rozhodné i pro smlouvu hlavní.

⁷¹ Handout k přednášce prof. Rozehnalové z MPS I. na podzim 2004 při charakteristice metody *lex causae* vysvětluje tento pojem následovně: *Lex causae* - právní řád, kterým se řídí základ, podstata, právního vztahu. Příklad: Strana A

a strana B uzavřely smlouvu. V ní je obsažena doložka o volbě práva, a to práva polského (toto právo je *lex causae* dané smlouvy). Spor probíhá v ČR (ČR je fórum, české právo je *lex fori*). Soudce kvalifikuje vztah mezi stranami jako smlouvu o dílo dle polského práva (např. polského občanského zákoníku). Smlouva je podřazena pod příslušnou kolizní normu - § 9 ZMPS (tzn. v našem případě pod čl. 3 Úmluvy, pozn. aut.) a je konstatováno, že bylo možné uzavřít doložku o volbě práva. POZOR!!! Hypotetické *lex causae*!!!! Proč??????? Protože *lex causae* máme zjistit! A my dle něj již kvalifikujeme a poté ho potvrzujeme. Tento rozpor se odstraňuje postupem, kdy předmětem kvalifikace není skutkový stav, ale právní norma. Jde o rozporuplný postup. Varianty *lex causae* jsou různé, někdy velmi obtížné. Dále k hypotetickému *lex causae* ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ V. *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 110.

⁷² Autor při překladu využil oficiální německé znění platné ve Švýcarsku dostupné na serveru <http://www.admin.ch>.

⁷³ Unzweifelhaft. Autor využil při překladu oficiální německé znění platné ve Švýcarsku, dostupné na serveru <http://www.admin.ch>.

⁷⁴ Srov. i obdobně formulované ustanovení - čl. 8 Vídeňské úmluvy o smlouvách o mezinárodní koupi zboží a podmínky, za nichž se připouští použití obchodních zvyklostí - i zde řada autorů (Kanda, Huber) tyto podmínky kritizovala.

HISTORIE A SOUČASNOST

Posmrtné uzavření manželství – jeden z institutů národně socialistického rodinného práva

Jaromír Tauchen*

Anotace:

Tento článek se zabývá posmrtným uzavřením manželství, jakožto jedním ze zvláštních právních institutů národně socialistického rodinného práva. Tato forma byla připuštěna v průběhu druhé světové války a přinesla s sebou mnoho komplikací. Byla určena ženám, jejichž snoubenci padli na frontě. Jejím účelem bylo především naplnění cílů populační politiky národního socialismu. Autor se v této souvislosti rovněž v tomto příspěvku zabývá uzavřením manželství na dálku, což je

institut podobný a z dnešního pohledu rovněž neobvyklý.

1. Úvod

Institut posmrtného uzavření manželství se zdá z dnešního pohledu jako něco zcela nemožného, neboť popírá jednu ze základních zásad občanského práva, kterou je autonomie vůle. Národní socialisté však v průběhu své vlády neporušili jenom zásady právní, ale

i základní zásady lidské humanity. V období druhé světové války však patřil posmrtný sňatek spolu s uzavřením manželství na dálku ke dvěma neobvyklým formám uzavření svazku manželského.

Institut manželství plnil v období Třetí říše především rasové a populačně politické cíle nacistické ideologie.¹ Uzavíráno bylo v zájmu národního společenství, kdy národní socialisté usilovali o zvýšení počtu sňatků a narozených dětí.² Bezdětné manželství bylo nežádoucí, protože smysl manželství byl spatřován pouze v dědičně zdravém potomstvu.³ Z tohoto důvodu se stát snažil zvýšit „vůli mladých Němců ke vstupu do manželství“ za pomoci nejrůznějších metod a stimulů: daňového znevýhodnění, které platili svobodní občané či manželských půjček, jejichž výše, úrok a doba splácení závisely na počtu potomků.

Svobodná volba partnera nebyla možná, neboť podle představ národních socialistů láska nehrála žádnou důležitou roli. Účelem manželství bylo přivést na svět dědičně zdravé potomstvo, k čemuž měly dopomoci rasistické a diskriminující právní předpisy jako byly Norimberské zákony či zákon o dědičném zdraví.⁴

2. Uzavření manželství na dálku

Základní právní normou v oblasti rodinného práva ve Třetí říši tvořil zákon o manželství z 6. července 1938,⁵ který zakotvoval princip obligatorního civilního sňatku. Nebylo-li manželství uzavřeno před matričním úředníkem, ale např. před duchovním či notářem, jednalo se o manželství zdánlivé. Před uzavřením manželství bylo povinností snoubenců podat tzv. ohlášku, která zanikla, pokud nedošlo k uzavření manželství do šesti měsíců od jejího podání. Oba snoubenci museli projevit svou vůli vstoupit do svazku manželského před matričním úředníkem osobně a současně. Nebyla-li tato forma dodržena, vedlo to k neplatnosti manželství.⁶ Z požadavku, aby byli oba snoubenci při svatebním obřadu přítomni, byla však připuštěna výjimka. Nařízení o osobním stavu příslušníků Wehrmachtu ze 4. listopadu 1939⁷ zavedlo možnost uzavření sňatku na dálku (*Ferntrauung*), tj. bez současné přítomnosti snoubenců.

Pokud se příslušník Wehrmachtu účastnil válečných operací a opustil proto své trvalé bydliště, mohl svou vůli vstoupit do manželství projevit do protokolu, který vedl velitel praporu, přičemž tento projev vůle byl neodvolatelný. Své platnosti však pozbyl, pokud žena do dvou měsíců před matrikářem neprohlásila, že chce rovněž vstoupit do manželství. Byl-li voják umístěn v lazaretu či v nemocnici, převzal vedoucí lékař funkci velitele praporu v záležitostech uzavírání manželství na dálku. Protože na základě manželského zákona a zákona na ochranu dědičného zdraví⁸ existoval zákaz uzavřít manželství některým skupinám německého obyvatelstva, musel protokol vedený velitelem praporu obsahovat informace o původu a zdravotním stavu muže.

Jednalo se o údaje týkající se rasové a náboženské příslušnosti jeho rodičů a prarodičů. Rovněž musel muž uvést, zda trpí nebo trpěl nějakou dědičnou chorobou, pohlavní nemocí či alkoholismem. Tyto údaje nebylo nutno nijak doložit, stačilo pouze čestné prohlášení muže. Velitel praporu zaslal protokol matričnímu úředníkovu, který byl místně příslušný podle trvalého bydliště snoubenky. Manželství bylo uzavřeno v okamžiku, kdy žena projevila před matrikářem svou vůli vstoupit do manželství.

Zvláštností při této formě uzavírání manželství bylo, že manželství bylo platně uzavřeno i v případě, že v okamžiku, kdy žena projevila svou vůli, muž již nebyl na živu. Manželství tak bylo uzavřeno dnem, kdy byl zanesen projev vůle muže vstoupit do manželství do protokolu. V tomto případě tak poprvé došlo k zákoněmu uznání posmrtného uzavření manželství.⁹

Pokud nebylo manželství uzavřeno prostřednictvím sňatku na dálku, usilovali národní socialisté o to, aby v některých vztazích byla snoubenka padlého příslušníka Wehrmachtu považována za jeho manželku. Konkrétně mohlo nést její dítě příjmení otce a pokud měla dítě, byl jí přiznán status válečné vdovy. V těchto případech dostačoval důkaz o vážně míněném úmyslu vstoupit do manželství.¹⁰

3. Posmrtné uzavření manželství

V případě, že příslušník Wehrmachtu padl, mohla jeho snoubenka požádat o posmrtné uzavření manželství (*nachträgliche Eheschließung*). Právní základ tvořil tajný výnos Vůdce z 6. listopadu 1941,¹¹ ve kterém Hitler zmocnil ministra vnitra, aby umožnil posmrtné uzavírání manželství, pokud bylo doložitelné, že před smrtí existoval vážný úmysl vstoupit do manželství. Přestože tento výnos Vůdce nebyl uveřejněn v říšské sbírce zákonů, zpráva o této možnosti se rychle mezi veřejností rozšířila především prostřednictvím tisku, ve kterém byla uveřejňována oznámení o uzavření posmrtného manželství. Počet žádostí o uzavření této formy sňatku během války neustále narůstal. Na podzim roku 1941 bylo podáno pouze 80 žádostí, v květnu 1943 již bylo již bezmála 25 tisíc.¹²

Účel posmrtného uzavření manželství spatřovali národní socialisté v přiznání postavení válečné vdovy ženě padlého vojáka. Tento institut měl dále rovněž přispět k udržení nálady mezi německými ženami, jejichž vyhlídky na uzavření sňatku se z důvodu války výrazně zmenšily.

Žádosti o uzavření posmrtného manželství podala žena u příslušného správního úřadu, který postoupil žádost ministerstvu vnitra. Ministr vnitra pověřil místně příslušný matriční úřad, aby v konkrétním případě prověřil, zda byly splněny podmínky pro uzavření této formy manželství. Pokud došlo k jejich naplnění a neexistovaly jiné překážky, ministr vnitra vydal souhlas

a svatební obřad proběhl stejným způsobem jako u běžné formy sňatku. Matriční úředník se zeptal nevěsty, zda chce vstoupit do svazku manželského se svým snoubencem, který padl. Po vyslovení jejího souhlasu prohlásil matrikář jménem Německé říše a na základě nařízení ministra vnitra manželství za právoplatně uzavřené s účinky ke dni, který předcházel dnu smrti manžela. Svědci byli při obřadu přítomni a uzavřený sňatek se zanesl do matriky.

Pro posuzování, zda byly splněny podmínky pro posmrtné uzavření manželství, vydal ministr vnitra důvěrný oběžník¹³ určený správním orgánům, ve kterém byl stanoven postup a zásady podle nichž měli úředníci při této činnosti postupovat. Nejdůležitější podmínkou pro nařízení tohoto způsobu uzavření sňatku bylo prokázání vážného úmyslu padlého muže vstoupit do manželství. Samozřejmě prokázání tohoto úmyslu nebylo jednoduché, ale podle příkazu ministra vnitra se mělo při posuzování postupovat velkoryse především v případech, kdy měla žena s padlým vojákem dítě nebo dítě čekala. Jako důkaz byly připuštěny všechny důkazní prostředky, které by doložily vážně míněný úmysl muže uzavřít sňatek. Zpravidla se dokazoval vždy svědeckou výpovědí nejbližších příbuzných, přičemž jejich souhlas nebyl vyžadován. Dalšími důkazními prostředky byly např. potvrzení známých či frontových kamarádů muže nebo dopisy z fronty. Ministr vnitra nevydal povolení v případě, že by toto manželství bylo nežádoucí či snoubenka by nebyla sňatku s padlým vojákem hodna. Jednalo se o případy, kdy by uzavření manželství bylo v rozporu s tzv. norimberskými zákony, zákonem na ochranu dědičného zdraví, byla-li žena výrazně starší než muž nebo spáchal-li muž sebevraždu, která nebyla důsledkem nevyléčitelného zranění způsobeného ve válce. Hodna posmrtného způsobu uzavření manželství nebyla žena, která v období od zasnub měla pohlavní styk s jiným mužem nebo bylo-li dokázáno, že se chovala jinak asociálně či měla nemanželské dítě s jiným mužem.

Tato forma manželství mohla být uzavřena, pokud byl padlý muž příslušníkem složek Wehrmachtu (pozemního vojska, válečného loďstva, letectva), Zbraní SS dále pak příslušníků policie, říšské pracovní služby a organizace Todt, pokud byl nasazen na frontě. Za padlého se považoval i pohřešovaný voják, jehož smrt prohlásil Wehrmacht za velmi pravděpodobnou.

Z pohledu dědičného práva byl velmi důležitý okamžik uzavření manželství, kterým byl den předcházející dnu, kdy muž na frontě padl. Ve výše citovaném oběžníku vyzval ministr vnitra dotčené úřady, aby v případech, kdy zemřelý disponoval majetkem větší hodnoty a nesespal poslední vůli, působili na dědice a přiměli je ke vzájemné dohodě. Neměla-li žena s mužem padlým na frontě společné dítě, byla vyzvána, aby se dědictví zřekla.¹⁴

Vedle dědičného práva byl manželce přiznán nárok na pozůstalostní důchod, děti byly legitimovány a záro-

veň zde existovala vyživovací povinnost prarodičů vůči svým vnukům.

4. Posmrtné uzavření manželství po druhé světové válce

Po skončení druhé světové války byli němečtí právníci postaveni před otázku, jak právně posoudit institut posmrtného uzavírání manželství. Tato možnost byla definitivně odstraněna z německého právního řádu v roce 1946, problémem však bylo, jak nahlížet na již tímto způsobem uzavřená manželství.¹⁵ Diskutovány byly především dva problémy: zda náleží ženě zákonné dědičné právo a zda existuje vyživovací povinnost prarodičů z otcovy strany vůči nezletilým dětem?

Často byla zpochybňována platnost těchto manželství, neboť jejich právním základem nebyl říšský zákon, nýbrž jen tajný výnos Vůdce a důvěrný oběžník ministra vnitra, které měnily ustanovení manželského zákona z roku 1938 a připustily tak další formu uzavření manželství. Tento výnos Vůdce a ministerský oběžník měly tedy obsah zákonných norem. Ve Třetí říši byly zcela běžně řazeny výnosy Vůdce mezi zákonodárné akty, takže o jejich existenci jako pramene práva by nemělo být sporu. Problémem však byla jejich platnost, protože nikdy nebyly zveřejněny v říšské sbírce zákonů. Tím, že bylo během války uzavřeno tisíce posmrtných manželství, se však vytvořil právní obyčej a tento institut nebyl zákonným ale obyčejovým právem.¹⁶

V roce 1950 byl vydán spolkový zákon o uznání nouzových manželství,¹⁷ který řešil právní uznání těch manželství, která nebyla během války nebo krátce po ní řádně uzavřena tak, jak to předepisoval manželský zákon. Jednalo se o manželství, která byla uzavřena na Německem obsazených územích či naopak na územích, které již nepodléhaly německé správě. Místo příslušného matričního úředníka byl úmysl vstoupit do manželství učiněn před bývalým matrikářem, úředníkem vojenské justice, nejstarším v táboře či pouze před duchovním. Tyto sňatky byly neplatné. Byly-li však uzavřeny mezi 1.1.1945–1.8.1948, mohly konvalidovat. O jejich zápis do matriky však museli dotčení požádat. V případě, že jeden z manželů byl již po smrti, stačilo, aby žádost podal druhý manžel. V případě, že oba manželé již nežili, mohly o zápis jejich manželství do matriky požádat jejich děti.¹⁸

5. Závěr

Institut posmrtného uzavření manželství byl již během druhé světové války předmětem značné kritiky německých právníků, protože vzhledem ke způsobu jakým byl uzavírán, hrozilo jeho zneužití.¹⁹ Právní úprava této formy uzavírání manželství by mohla vzbu-

dit dojem, že jejím účelem byla pouze ochrana zájmů a potřeb žen, které ztratily na frontě svého snoubence. Ale uplatňovaná zásada, že je nutno při posuzování splnění podmínek pro uzavření manželství postupovat velkoryse, zvláště pokud má žena dítě,²⁰ dává tušit, že vůbec nešlo v tomto případě o ženy a jejich zájmy, nýbrž převážně o naplnění cílů populační politiky národního socialismu. Je tedy možné, že tato možnost uzavření manželství měla být podnětem ženě k tomu, aby během pobytu muže na frontové dovolené s ním zplodila potomka a sloužila rovněž ke zlepšení pozice nemanželských dětí.

Posmrtné uzavření manželství nenechalo matku a dítě po smrti muže bez ochrany, ale poskytlo ženě vdovský důchod a dědičné právo. Tato forma však ve skutečnosti znamenala zneužití a popření právního institutu manželství, neboť sledovala jiné cíle, které byly manželství cizí a pouze vyvolávala zdání, že se jedná o pravé uzavření manželství.

Summary

This article deals with the concept of Solemnization of Marriage “post mortem”, which is a special legal concept of Nazi Family Law. This sort of marriages was allowed during the World War II and it brought a lot of complications. Its purpose was to give a chance to women, whose fiancés died on the battlefields, and to fulfill the goals of Nazi population policies. In this respect, the author of this article also explains the connotation of “distance marriage contracts”. This concept is related to the abovementioned questions and is very unusual from today’s point of view too.

* JUDr. et Bc. Jaromír Tauchen, LL.M. Eur. Integration (Dresden), autor je interním doktorandem na Katedře dějin státu a práva Právnické fakulty Masarykovy Univerzity, Brno a soudním tlumočnickem.

¹ K institutu manželství, jeho funkci a právu manželskému v období národního socialismu podrobně: Tauchen, J. Žena v právním řádu Třetí říše. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno : Masarykova univerzita, 2008, č. 1, s. 108.

² Wogowitsch, M. Das Frauenbild im Nationalsozialismus. Linz : Rudolf Trauner Verlag, 2004, s. 26.

³ Kannappel, P. Die Behandlung von Frauen im nationalsozialistischen Familienrecht. Marburg : Hessische historische Kommission, 1999, s. 7.

⁴ Podstatu institutu manželství formuloval A. Hitler následovně: *Také manželství nemůže být samoučelné, nýbrž musí sloužit k rozmnožování a udržování druhu a rasy. Pouze to je jeho smyslem a úkolem.*“ Viz. Hitler, A. Mein Kampf. Přeložil Slavomír Michalčík. Pohořelice: Otakar II., 2000, s. 182.

⁵ Zákon o sjednocení právních předpisů upravující uzavírání a rozvod manželství v zemi rakouské a na ostatním území Říše z 6. července 1938 (RGI. I. S. 807).

⁶ Beitzke, G. Familienrecht. 23. vydání. München: C.H.Beck, 1983, s. 37.

⁷ Třetí nařízení k provedení zákona o osobním stavu (nařízení o osobním stavu příslušníků Wehrmachtu) z 4. listopadu 1939 (RGI. I. S. 2163).

⁸ Zákon na ochranu dědičného zdraví německého lidu z 18. října 1935 (RGI. I. S. 1246).

⁹ König, C. Die Frau im Recht des Nationalsozialismus. Frankfurt am Main : Verlag Peter Lang, 1988, s. 127.

¹⁰ Nařízení k doplnění zákona o sociální péči pro nasazené z 3. dubna 1941 (RGI. I. S. 194).

¹¹ Výnos Vůdce adresovaný říšskému ministrovi vnitra z 6. listopadu 1941; otištěn v: Schubert, W. Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus. Ausgewählte Quellen. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1993, s. 917.

¹² Viz dopis říšského ministra a vedoucího říšského kancléřství z 11.5.1943 vedoucími kanceláři strany M. Bormannovi; otištěn v: Schubert, W. Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus. Ausgewählte Quellen. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1993, s. 920.

¹³ Důvěrný oběžník ministra vnitra z 15. června 1943 o posmrtném uzavření manželství adresovaný vyšším a nižším správním orgánům; otištěn v: Schubert, W. Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus. Ausgewählte Quellen. Paderborn : Ferdinand Schöningh, 1993, s. 924.

¹⁴ Dölle, H. Die nachträgliche Eheschließung. in: Deutsche Rechts-Zeitschrift, 1947, s. 40.

¹⁵ Beitzke, G. Familienrecht. 23. vydání. München: C.H.Beck, 1983, s. 38.

¹⁶ Dölle, H. Die nachträgliche Eheschließung. in: Deutsche Rechts-Zeitschrift, 1947, s. 42; opačně Schätzel, W. Nochmals die nachträgliche Eheschließung. in: Deutsche Rechts-Zeitschrift, 1947, s. 214.

¹⁷ Spolkový zákon o uznání nouzových manželství z 2. prosince 1950 (BGBI. I S.778).

¹⁸ Dölle, H. Familienrecht. Karlsruhe: F. C. Müller, 1964, s. 223.

¹⁹ Bernard, U. Frauen in der Geschichte des Rechts. München: C.H.Beck, 1997, 869.

²⁰ Bod 2, důvěrného oběžníku ministra vnitra z 15. června 1943 o posmrtném uzavření manželství adresovaný vyšším a nižším správním orgánům; otištěn v: Schubert, W. Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus. Ausgewählte Quellen. Paderborn : Ferdinand Schöningh, 1993, s. 924.

RECENZE

PhDr. Jan Váně, Ph.D.: *Proměny spravedlnosti. Pokus o typologii.*

Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2007, 174 stran

ISBN 978 80-7383-053-6

Dana Zapletalová*

PhDr. Jan Váně, Ph.D. vyučuje na katedře sociologie Fakulty Filozofické ZČU v Plzni. Ve svých publikacích se věnuje problematice sociální spravedlnosti a politické filozofii v moderních a postmoderních teoriích. Základem knihy *Proměny spravedlnosti* je autorova disertační práce, kterou modifikoval věcnými poznámkami v kontextu s oponentskými připomínkami.

Vlastní text knihy je členěn do pěti kapitol včetně úvodu a závěru, jednotlivé kapitoly jsou pak členěny do dalších podkapitol v souvislosti s šíří a hloubkou předmětné problematiky. Struktura členění textu má tři úrovně. V závěru knihy je uveden velmi rozsáhlý seznam použitých pramenů a literatury (četné odkazy na tyto zdroje jsou přímo ve vlastním textu) a rovněž jmenný rejstřík, který zde má zajisté své opodstatnění, protože v textu knihy se setkáváme s velmi rozsáhlým počtem osobností, jejichž názory a teoriemi se autor zabývá.

Spravedlnost je fenomén, který je věcným tématem diskusí, vědeckého bádání, pokusů o vypracování všeobecně uznávaných principů a pokusů o vytvoření základní teorie spravedlnosti. Autor, jak sám uvádí, se pokusil o vlastní typologii spravedlnosti, tedy pokusil se vytvořit dílo, ve kterém provádí třídění teorií a principů spravedlnosti na typy, vyhledává antagonistické rozdíly či naopak shody v jednotlivých ideologiích spravedlnosti, zabývá se jejich vzájemnými vztahy a souvislostmi.

Jak sám autor poznamenává, „žádná kultura ani žádná epocha se nechce a snad ani nemůže dobrovolně zřít snahy o uchopení spravedlnosti. Nepřekvapí proto, uvažuje-li se o spravedlnosti jako o možné antropologické konstantě, avšak jejímu definitivnímu určení brání neutuchající spor o stanovení principů a relevantních kritérií spravedlnosti.“ (str. 11)

Snad právě proto, že neexistuje jediná teorie spravedlnosti, která by nevyvolávala alespoň dílčí pochybnosti, podává autor ve své knize ucelenou deskripci vývoje teorií spravedlnosti, vybírá ty nejvýznamnější autory teorií, přičemž provádí shrnutí jimi uznávaných principů a jejich zdůvodnění. Ty následně

podrobuje komparaci s ostatními uváděnými autory a jejich teoriemi. Každou teorii a metodu doplňuje rovněž vlastními kritickými poznámkami a upozorňuje na případné nezodpovězené otázky, mezery, a naopak zdůrazňuje největší přínosy jednotlivých teorií a jejich autorů pro následný a rovněž současný náhled na spravedlnost.

Nejrozsáhlejší třetí kapitola knihy nazvaná *Teorie spravedlnosti a principy ospravedlnění v dějinných etapách* je věnována popisu geneze teorií spravedlnosti, přičemž konkrétně se zabývá již egyptským a izraelským (respektive hebrejským) pojetím mravních principů, se kterými je spojeno chápání spravedlnosti. Pro obojí pojetí je typické, že je spjata s božstvem.

Následuje antické (tedy i metafyzické) pojetí spravedlnosti, které je pro tuto epochu typické. Autor věnuje pozornost nejvýznamnějším představitelům antických teorií spravedlnosti, ke kterým patří především Platón a Aristoteles, k nimž se neustále vrací i pozdější myslitelé a autoři teorií v období středověku i novověku. Středověké postoje ke spravedlnosti rozděluje autor do dvou fází, z nichž první je představována Augustinem a druhá pak „znovuobjevením“ Aristotela. Nejvýznamnějším představitelem druhé fáze je Tomáš Akvinský.

Novověk je charakteristický především vnímáním spravedlnosti v kontextu s právem, zákonem, případně i Boží mocí. Hlavními představiteli teorií spravedlnosti jsou zejména Hobbes, Lock a Kant, dále Machiavelli, Spinoza, Pufendorf.

V části věnované moderní společnosti upozorňuje autor na vzrůstající odmítání spravedlnosti jako normativního jevu a také na rostoucí význam filozofie dějin. Významným myslitelem a novátorem tohoto období je Hegel, který se především pokouší o jednotný výklad světa a o spravedlnost se zmiňuje jen nahodile a označuje ji jako „morální vlastnost individua“. Odlišný postoj zaujímají utilitaristé, jejichž hlavním představitelem je Jeremy Bentham. Utilitaristé jsou přesvědčeni, že kritéria spravedlnosti podléhají principu všeobecného maximálního užitku a štěstí, spravedlnost se stává

„pouhým“ nástrojem pro vytvoření institucí. Marxovo pojetí spravedlnosti je konkrétní filozofií dějin, Nietzsche především odmítá pojetí viny, se kterou je spojen pocit provinilosti a špatného svědomí, což je podle něj proti lidské přirozenosti. Autor konstatuje, že Nietzscheův koncept platí jen pro úzký okruh silných individuí.

Představitelem pozitivizmu je Kelsen, který se ve svých úvahách primárně věnuje funkci práva.

V kapitolách věnovaných dvacátému století se snaží autor postihnout spor o teorii spravedlnosti, který se stává hlavní doménou konfrontace mezi liberalisty a komunitaristy. Představitelem liberalistů je Rawls, který provedl redefinici Kanta, liberalismus se však vyskytuje v řadě modifikací. Dalšími významnými představiteli jsou Nozick a Dworkin. Představiteli komunitaristů jsou Sandel, MacIntyre, Walter či Taylor.

Autor v díle dále přibližuje i další koncepty teorií spravedlnosti dvacátého a jednadvacátého století.

V kapitole čtvrté nazvané *Spravedlnost a její predikáty – o co se vede nejčastější spor* poukazuje autor na hlavní podstatu sporů o legitimitu teorií spravedlnosti. Dochází k závěru, že konfliktní zóny jednotlivých teorií jsou právě ty principy, které jsou rozdílné u představitelů různých teorií. Mimo jiné tvrdí, že „maximální pozornost by se měla proto upírat k tomu, jaký je případný vztah mezi etickými, právními, sociálními normami daného společenství a jeho vědeckými pravdami včetně otázek po tom, jaké důsledky plynou z postulovaných norem spravedlnosti a jak se to projevuje na mocenských poměrech“ (str. 125-126). V následujících podkapitolách popisuje a řeší jednotlivé principy a konflikty mezi nimi, které vyplývají z různých teorií.

V závěru autor zdůvodňuje premisy, které ho přivedly k vlastní typologii spravedlnosti. Mimo jiné předkládá tezi, že sociální realita zachycuje přesněji to, čím je koncept spravedlnosti ospravedlněn lépe, nežli kombinace „metafyzicko-kvazináboženských“ postupů. Sociální realita totiž podle autora odráží podmínky života, které jsou lidskému subjektu známy a s nimiž umí či se snaží nějakým způsobem nakládat (str. 163-164).

Kniha *Proměny Spravedlnosti* je nepochybně velmi zajímavým dílem, které lze doporučit všem čtenářům, především odborníkům a studentům z oborů filozofie, práva, ale i dalším, kteří se snaží nalézt odpovědi na otázky spjaté s představami a pojetím spravedlnosti. Jde o dílo, které čtenáři nabízí koncentrovaný pohled na vývoj a současný stav teorií a principů spravedlnosti včetně vlastního návrhu autora na řešení konceptu spravedlnosti z hlediska její typologie v kontextu s deskripcí, která přechází v preskripci a následnou komparaci známých teorií.

Autor se seznámil s velmi rozsáhlým množstvím literatury a studií, které mu posloužily jako podklady pro sepsání vlastního textu. Sympatické je také to, že vybírá do úvodů některých kapitol citace klasiků, které slouží k představě o tom, co bude kapitola řešit a již v úvodu tedy přivádí čtenáře velmi nenásilnou formou k vlastnímu zamyšlení nad slovy klasiků.

Vytknout lze snad jen to, že především v úvodních a závěrečných kapitolách autor až přespříliš (dle mého názoru) v textu využívá terminologie čistě filozofické, která však lze v mnoha případech nahradit běžně používanými termíny českými, přesto plnohodnotnými a někdy i přesnějšími pro účel, který mají v textu plnit. Mnohé filozofické termíny totiž mají více významů a zejména v úvodní kapitole mohou čtenáři zkomplikovat situaci, protože není dosud dostatečně zorientován v problematice, která je teprve následně podrobněji rozebírána. Jestliže předpokládáme, že každý autor slovesného díla má zájem na tom, aby zaujal co nejširší obec čtenářů, musím konstatovat, že právě zmíněný problém by mohl tento účel nepatrně zkomplikovat, což, s ohledem na všeobecně vysokou kvalitu knihy, by bylo škoda.

* JUDr. Dana Zapletalová, Ústav práva a humanitních věd, Provozně ekonomická fakulta MZLU v Brně.

Michel Villey: La formation de la pensée juridique moderne

Paris: Presses Universitaires de France 2006, 640 stran.

Jiří Baroš*

V pařížském nakladatelství *Presses universitaires de France* vyšla v roce 2006 v dalším vydání kniha jednoho z největších francouzských právních filosofů 20. století Michela Villeyho (1914-1988) o zrodu moderního právního myšlení. Jde o nové vydání zápisků z kurzu, který Villey vedl na (asi nejprestižnější francouzské právnické) univerzitě Paříž II – Panthéon-Assass v letech 1961-1966. Tyto kurzy ovlivnily celou generaci francouzských právníků a (kritickou) odezvu našly i v anglosaském světě, byť žádné větší dílo Villeyho do angličtiny, na rozdíl od dalších významných evropských jazyků, přeloženo nebylo. Největší pozornosti bylo věnováno Villeyho tezí o vzniku moderní koncepce (subjektivních) práv, jejichž kořeny hledal ve středověkém nominalismu (Vilém z Occamu), zatímco jiní autoři je hledají například v teologii Jeana Gersona (např. harvardský profesor Richard Tuck), či u kanonistů 12. a 13. století (což je jedna z hlavních tezí profesora na Cornellově univerzitě Briana Tierneyho). V této recenzi bych se rád pokusil představit některé hlavní myšlenky této Villeyho precizní, ačkoliv velice sporné, práce. Kniha je rozdělena do tří částí, z nichž první se věnuje filosofii práva u křesťanských teologů, druhá představuje spojení mezi křesťanskými teologií a moderním právním myšlením, zatímco třetí část rozebírá moderní právní myšlení od humanistů po Thomase Hobbesa.

Po prezentaci Villeyho kurzu od profesora Stéphan Riase začíná první část knihy krátkým úvodem do filosofie práva, resp. do dějin filosofie práva. Důvodem existence filosofie práva je podle Villeyho to, že právo spočívá na určitých zakládajících principech, které představují specifický přínos filosofie právu, protože byly formulovány filosofy a právo je pak jen přejalo. V samotném úvodu práce můžeme vidět naznačeno, jak bude Villey při rozboru jednotlivých relevantních myslitelů evropské myšlenkové tradice většinou postupovat: nejprve Villey rozebírá definici práva u jednotlivých filosofů (*právní ontologie*), aby se následně zabýval jeho prameny (*metodologie*). Vhodnou metodou pro úvod do filosofie práva je studium historie jednotlivých filosofických doktrín, neboť se musíme bránit „pokrokařskému předsudku“, protože pokrok v myšlení o principech, které představuje filosofie (a tedy i filosofie práva), neexistuje. Villey odmítá uvažovat o právu z hlediska jednoho filosofického systému, naopak chce před-

stavit a konfrontovat různé filosofické školy (Villey rozhodně ve své studii není neutrální, ale za nejrozměnější koncepcí považuje ty Aristotelovy a Tomáše Akvinského), aby ukázal, jak s nástupem modernity mohlo určité vnímání principů, na kterých stojí právo, převládnout. Pro splnění tohoto úkolu vychází i ze solidní znalosti teologie, neboť v průběhu historie byly mnohé velké právní otázky právě spojeny s teologií.

Vlastní historický výklad začíná rozbohem vzniku filosofie práva ve starověkém Řecku, který obsahuje zajímavé shrnutí hlavních tezí Platóna a Aristotela. V základu Platónovy teorie stojí myšlenka spravedlnosti (*suum cuique tribuere*), která se podle něj má aplikovat jak ve sféře individuální morálky, tak na úrovni polis. Je velkou zásluhou Aristotela, že od sebe diferencuje morálku a právo: předmětem spravedlnosti je podle Aristotela distribuce věcí, resp. rovnováha realizovaná (ve vztazích) mezi různými občany polis. Villey se dále věnuje koncepci přirozeného práva u Aristotela i jeho teorii pozitivních práv. Rozbor filosofických základů římského práva je pak poměrně kusý, protože podle Villeyho vychází římské právo z aplikace Aristotelovy doktríny. Představení hlavních tezí sv. Augustina a sv. Tomáše Akvinského je naopak velice pečlivé, protože jde o dva hlavní křesťanské myslitele, kteří se zabývali právem. Svůj výklad doktríny sv. Augustina odvíjí od dvou protikladných principů jeho filosofie, totiž že zákony profánního původu si nemohou nárokovat spravedlnost, neboť jsou samou svou podstatou nespravedlivé, ale přesto musí být zachovávané. Následuje rozbor křesťanské spravedlnosti, která si udržuje svůj primát. Od sv. Augustina vzešel celý proud tzv. „*politického augustinianismu*“, jehož cílem bylo to, aby se pozemská obec stala pomocníkem, předchutí, kopií nebeského města. Vrcholem scholastické revoluce pak byla jistě doktrína sv. Tomáše Akvinského, kterou Villey rozebírá v první části, tak na začátku druhé části své knihy, kde mluví o modernitě právní doktríny sv. Tomáše. Rád bych se ale věnoval více částem, které patří ve Villeyho díle k nejzajímavějším, tj. jeho rozboru františkánské školy, Dunse Scota a Viléma z Occamu.

Nejspecifičtější charakteristiky moderního právního myšlení vycházejí z františkánské školy, jejíž představitel Duns Scotus se podle Villeyho pokusil nahradit aristotelsko-tomistickou filosofii novou filosofii. Na

rozdíl od Tomáše Akvinského není východiskem jeho filosofie to obecné, ale jeho svět je světem osob, individuí. Scotova filosofie je také založena na primátu vůle, z čehož vyplývá, že právo již není třeba hledat v přirozeném řádu věcí, ale v Boží vůli, která se projevuje v jednotlivých Božích ustanoveních. Protože Boží příkázání neregulují vše, tak je dán dostatečný prostor lidskému pozitivnímu zákonodárství. Byl to ale především Occamův nominalismus, který podle Villeyho stojí za zrodem právního pozitivizmu a myšlenky subjektivního práva. S Occamem se začíná měnit celá povaha práva. V jádru nominalismu stojí myšlenka, že existují jen individua, zatímco univerzálie nejsou nic jiného než znaky. Za prameny práva pak Occam nemůže uznat nic jiného než zákony, jež vycházejí z individuálních vůlí, nikoliv přirozený řád věcí. Také pojem subjektivního práva, který vyjadřuje určitou schopnost či moc subjektu, je logickým vyústěním nominalismu. Zatímco Aristoteles a sv. Tomáš Akvinský se pokoušeli založit právní vědu na vesmírném řádu (právník tak objevuje právo pozorováním řádu obsaženém v přirozeném sociálním těle), „moderní“ myslitelé ji zakládají na přirozenosti člověka, na jeho subjektivním právu. V Occamově koncepci právo přestává vyjadřovat dobro, která (nám) náleží z hlediska spravedlnosti (*id quod iustum est*), ale naopak označuje konkrétní moc jednotlivce, kterou má nad věcí. V Occamově koncepci prostě nemůže existovat žádný přirozený zákon dedukovaný z přirozeného řádu věcí, protože přirozený řád je nominalismem *a priori* odmítnut, ale právní řád nemůže než vycházet z vůle jednotlivce. Může existovat jen *pozitivní zákon* uložený Bohem, nebo panovníkem. Celý právní řád pak vychází z absolutní Boží vůle (*potestas absoluta*), z níž vyplývá celé pozitivní božské zákonodárství. Nicméně Bůh umožnil člověku možnost přivlastňovat si jednotlivé věci a také ustanovovat si časné vládcy, kteří touto delegací obdrželi také zákonodárnou pravomoc. Tyto lidské zákony pak jsou tu jen pro to, aby lidem garantovaly subjektivní práva.

Ve svém dalším výkladu pokračuje Villey rozborem protestantské reformace, která byla poznamenána velkou nedůvěrou k právu a k právníkům. Účelem práva, které je založeno jen na pozitivních zákonech, je zachovat alespoň trochu řádu v pozemském světě a být nástrojem vynucení náboženské morálky. Po té následuje zajímavý výklad španělské scholastiky (salamancká škola spojená především se jmény jako dominikán Vitoria, či jezuita Suarez) z hlediska toho, jak v ní došlo k překroucení tradiční tomistické koncepce práva, resp. k jejímu smíchání s jinými konkurujícími doktrínami. Třetí část práce pak začíná rozsáhlým pojednáním o renesanci helénistických filosofických systémů (stoicismu, Ciceronova eklekticismu, skepticismu a epikureismu) během období humanismu a o humanistické jurisprudenci, aby Villey dále přešel k základním filosofickým systémům 17. století (Bacon, Pascal a Descartes) a prvním systémům „racionalismu“

v právu (Althusius, Grotius) a završil svou práci rozborem vítězství právního pozitivizmu u Thomase Hobbesa.

Filosofie Thomase Hobbesa představuje např. oproti dílu Hugo Grotia, které bylo ještě prosáknuto humanismem a stoickou morálkou, opravdovou novinku, protože Hobbes chce svou filosofii vytvořit na zcela jiných principech než jeho předchůdci tak, aby mohla být alternativou koncepcí Aristotelově. Vzorem mu je moderní věda, která je výrazně prakticky (tedy již ne spekulativně) a utilitaristicky orientována. Byl též výrazně ovlivněn nominalismem, neboť také pro něj neexistuje svět složený z něčeho jiného než z individuí. Kolektivní útvary tak nejsou ničím přirozeným, ale jsou naopak umělými výtvoři lidí. Neexistuje již přirozený řád společností, ale vše vychází z *moci* individuí. Namísto toho, aby Hobbes vnímal harmonický řád lidských společností, analyzuje společnost od jejích základních atomů. To je jedním z teoretických zdrojů hypotézy *přirozeného stavu*, ve kterém jsou lidé odděleni a osvobozeni od jakéhokoliv sociálního pouta. A přirozený stav je mu také východiskem pro definování pojmu subjektivního práva. Je to přirozené právo každého jednotlivce, na čem Hobbes zakládá svůj systém práva, neboť z individuálních práv může vycházet možnost uzavření jakékoliv (tedy i společenské) smlouvy. Tím převrací radikálně na Aristotelově koncepci založenou právní vědu, pro kterou byl primární přirozený zákon zakládající právní řád. Přirozený zákon byl nepsaný a tedy nekodifikovatelný v nějakých manuálech přirozeného práva a nalézání jeho obsahu představovalo pro právníky permanentní předmět hledání.

Bylo by jistě možné dále pokračovat ve Villeyho velice zajímavé tematizaci právní filosofie Thomase Hobbesa, což ale přesahuje možný rozsah této recenze. V této recenzi jsem se pokusil jen vyjádřit některé hlavní body Villeyho práce, která rozhodně nepozbyla na aktuálnosti. I autorům, jejichž důležitost ve svém díle Villey zvláště zdůraznil a kterými jsem se také ve své recenzi nejvíce zabýval, tj. Vilém z Occamu a Thomas Hobbes, je v současnosti věnována opravdu velká pozornost, a to jak ve francouzském, tak v anglosaském prostředí. Za klíčového autora považují Hobbesa ve svých pracích na pomezí politické filosofie a filosofie dějin třeba francouzští filosofové Marcel Gauchet, či Pierre Manent. Podle Manenta představuje dílo Hobbesa dokonce společnou matici moderní demokracie a liberalismu. Profesor na Kolumbijské univerzitě v New Yorku Mark Lilla ve své knize *The Stillborn God*, která podle *The New York Times Book Review* patří mezi sto nejlepších knih publikovaných v roce 2007, mluví o Hobbesově Leviathanu jako o velkém útoku na celou tradici křesťanské politické teologie, která ovládala středověk (připomínám jen, že toto historické období by rozhodně nemělo být podceňováno, protože právě ze středověkého politicko-teologického problému se zrodilo mnoho základních pojmů souvi-

sejících s moderní státem). A nominalismu věnuje v současnosti velkou pozornost proud tzv. *radikální ortodoxie* v teologii (např. John Milbank), který chápe moderní sociální vědy (a vůbec zrod *sekulární modernity*) jako zvláštní případ intelektuální deviace od ortodoxní křesťanské teologie. Myslím, že i do této debaty o povaze modernity má Michel Villey co říct a to ze specifického úhlu autora zabývajícího se dějinami filosofie práva. Kniha nabízí mnohé pronikavé myšlenky a také zcela jiný pohled na právo než ten, na který jsme zvyklí. Je založena na kritickém promyšlení moderní koncepce práva a je v ní obsažen implicitní požadavek

po smíření této koncepce s klasickým realismem, který jsme opustili. Villey právo dává do souvislosti s filosofickými systémy, které je zakládají, a také pro radost z jasného a čistého pojmového myšlení se vyplatí tuto knížku i dnes číst.

* Mgr. et Mgr. Jiří Baroš, doktorand na Katedře politologie FSS MU v Brně.

Marek, K.: Smluvní obchodní právo, kontrakty

Masarykova univerzita, Brno 2007, 3. vydání

Karel Beran*

V situaci, kdy se připravuje nový kodex soukromého práva, jež by měl odstranit dvojkolejnost úpravy závazkových vztahů obchodně právních a občanskoprávních, se může zdát zbytečným, zabývat se právní úpravou obchodních závazkových vztahů v podobě, jakou ji nabízí v současnosti platný obchodní zákoník. Monografie docenta obchodního práva Karla Marka je však důkazem, že tomu tak není a že právě teoretické zamyšlení nad některými aspekty současné právní úpravy, může být klíčem jak k pochopení úpravy budoucí, tak možná i „zkratkou“ jež umožní připravované právní úpravě vyhnout se problémům, se kterými se potýká ta dnešní.

Markova monografie se člení do patnácti kapitol, přičemž svoji systematikou do značné míry (i když ne zcela) vychází z obchodního zákoníku. V první kapitole se zabývá nejprve obecně smluvním obchodním právem a jeho specifiky, na což navazuje ve druhé kapitole pojednáním o zadávání veřejných zakázek. Následující kapitoly se pak již zabývají jednotlivými smluvními typy. Předposlední kapitola se věnuje závazkovým vztahům v mezinárodním obchodu a poslední kapitola, jež plní funkci závěru, obsahuje závěrečné poznámky autora.

V první kapitole se K. Marek nejprve zabývá východisky právní úpravy obchodních závazkových vztahů, zejména rozebírá otázku vztahu občanského a obchodního práva a taktéž se zamýšlí nad „efektivností“ obchodního práva. Jedním z nejvýznamnějších problémů obecné části je otázka, zda-li je stále namísto klasi-

fikovat smluvní typy na tzv. absolutní obchody, relativní obchody a absolutní neobchody v situaci, kdy ustanovení § 262 odst. 4 Obch.Z. stanoví, že : „...*ustanovení občanského zákoníku nebo zvláštních právních předpisů o spotřebitelských smlouvách, adhezních smlouvách, zneužívajících klauzulích a jiná ustanovení směřující k ochraně spotřebitele je však třeba použít vždy, je-li to ve prospěch smluvní strany, která není podnikatelem.*“ Právě z toho ustanovení plyne pochybnost, zdali je namísto používat i nadále pojmu „absolutního obchodu“. K. Marek používání tohoto termínu nevylučuje v zájmu kontinuity zavedené terminologie, avšak požaduje, aby byly zdůrazněny důsledky výše citovaného ustanovení Obch.Z. Sám však pojem „absolutního obchodu“ bez dalšího neužívá a pro označení této třídy obchodních závazků používá pojmu navrženého prof. Bejčkem – „typové obchody“. V další části první kapitoly se K. Marek zabývá otázkou: co tvoří prameny obchodního práva v ČR a v jakém vzájemném vztahu tyto prameny stojí. Jako odpověď předkládá grafické schéma jež ukazuje vzájemný vztah mezi kogentními a dispozitivními ustanoveními obchodního zákoníku a občanskoprávních předpisů, jakož i vztah k obchodním podmínkám, zvyklostem a vykládacím pravidlům. Na problém kogentních a dispozitivních ustanovení K. Marek naráží také v souvislosti se situací, kdy dispozitivní ustanovení odkazuje na kogentní. Vzniká tak teoreticky zajímavá otázka, zdali i dispozitivní ustanovení, jež odkazuje na kogentní, máme taktéž za kogentní považovat. K. Marek takovému řešení přisvědčuje

a tato ustanovení označuje jako „zprostředkovaně“ (odvozeně) kogentní ustanovení. V závěru první kapitoly se autor zabývá promlčením obchodních závazků a to nejprve obecně, následně pak rozpracovává spornou, avšak pro praxi velmi důležitou otázku promlčení práva na vydání bezdůvodného obohacení v obchodněprávních vztazích. K této otázce existuje rozsudek Nejvyššího soudu z 18.6.2003 35 Odo 619/2002-232, podle kterého se na promlčení práva na vydání bezdůvodného obohacení v obchodních vztazích má použít „především právní úprava obsažená v obchodním zákoníku.“ (Ke shodnému závěru došel Nejvyšší soud v rozsudku 29 Odo 813/2001-172). K Marek se s tímto závěrem Nejvyššího soudu neztotožňuje. Domnívá se, že pokud smlouva (ze které vyplynulo bezdůvodné obohacení) nebyla řádně uzavřena, závazkový vztah z ní nevznikl a neměla by být tedy podřízena obchodnímu zákoníku. Nicméně vznikla povinnost – bylo-li plněno – bezdůvodné obohacení vydat. Používá se přitom § 451 Obč.Z., neboť Obch.Z. příslušnou právní úpravu neobsahuje. Ohledně promlčení nároku vydat bezdůvodné obohacení K. Marek vyvozuje svůj závěr ze systematického výkladu ustanovení § 397 Obch.Z: které říká, že „Nestanoví-li zákon jinak, obecná promlčecí lhůta činí čtyři roky.“ K. Marek přitom klade důraz na slovo „zákon“ a táže se, zda-li „zákonem“ je myšlen obchodní zákoník či zákon obecně. Zde dochází k závěru, že správný výklad je, že jde o zákon (zákon obecně), nikoli snad jen o obchodní zákoník. Tam, kde totiž u promlčení měl zákonodárce na mysli jen obchodní zákoník, použil slov „tento zákon“, jak to učinil např. v § 391.“ (str. 57) Míni, že tímto jiným zákonem ve smyslu § 397 Obch.Z. je Obč.Z. tedy § 107 odst.1 a 2. K Marek však považuje za správné i použití § 107 odst.3 Obč.Z. Upozorňuje, že ani nejvyšší soud ve svém rozsudku použití Obč.Z. zcela nevyloučil (použije se především úprava obchodně právní). Argumentuje také tím, že § 107 odst. 3 Obč.Z.: „*Jsou-li účastníci neplatné nebo zrušené smlouvy povinni vzájemně si vrátit vše, co podle ní dostali, přihlédne soud k námítce promlčení jen tehdy, jestliže by i druhý účastník mohl promlčení namítat.*“ obsahuje ochranu účastníka, která by měla být zachována i v obchodněprávních vztazích a Obch.Z. nemá v tomto směru žádnou speciální právní úpravu, která by mohla mít přednost.

Ve druhé kapitole K. Marek zabývá právní úpravou zadávání veřejných zakázek, tedy zákonem č. 137/2006 Sb o veřejných zakázkách, který nahradil zákon č. 40/2004 Sb. Za hlavní důvod nové úpravy K. Marek uvádí zajištění transpozice směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES do českého právního řádu a snahu odstranit některé nedostatky dosavadní úpravy. Na podkladě výše uvedené právní úpravy K. Marek výstižně popisuje proces zadávání veřejných zakázek v ČR a jeho jednotlivé instituty. Svůj výklad vhodně doplňuje schémata, grafickými znázorněními a tabulkami. Za zajímavou a důležitou pak považují argumentaci K. Mar-

ka jež se vztahuje na výběr projektů v rámci grantových řízení. Podle K. Marka se zákon o veřejných zakázkách na tato řízení nevztahuje, neboť grantová schémata nenaplňují definici veřejné zakázky uvedenou v zákoně. Je tomu tak proto, že potenciaální dodavatel neposkytuje reciproční plnění potenciaálnímu zadavateli, ale toto plnění poskytuje ve veřejném zájmu ve prospěch třetí osoby.

Třetí kapitola se věnuje kupní smlouvě. Právě na této kapitole lze demonstrovat, že si je K. Marek plně vědom skutečnosti, že právní věda je vědou praktickou. Způsob podání celé materie naznačuje, že jeho cílem je jednak srozumitelný a pro praxi použitelný výklad právní úpravy kupní smlouvy, dalším cílem je pak řešení teoretických otázek způsobem, jež budou opět pro praxi přínosná. Výklad K. Marka je tak oproti jiným dílům tohoto typu mnohem více návodný. K. Marek totiž jakoby prováděl kupujícího a prodávajícího celou transakcí, přes její jednotlivé instituty, počínajíc u základních náležitostí smlouvy, přes dodání zboží, doklady vztahující se ke zboží, množství a jakost, dopravu atd. až po vady a škodu, která může nastat a možnost řešení této situace. Důraz na praktickou stránku věci se projevuje např. v tom, že hned v úvodu upozorňuje na základní náležitost kupní smlouvy podle obchodního zákoníku, jíž je převod vlastnictví. Podle K. Marka totiž nelze souhlasit „s názorem zastávaným pracovníky některých obchodních útvarů, že pokud smlouva o převodu vlastnictví neobsahuje tuto část smlouvy, nemá to na vznik kupní smlouvy vliv, neboť to podle nich vyplývá ze zákona. Ze zákona totiž jen vyplývá, jak bude vlastnictví převedeno (kdy přejde), pokud podmínky převedení nestanoví smlouva.“ (str. 120) Právě tento problém však K. Marek v závěru pojednání o kupní smlouvě navrhuje řešit de lege ferenda vypuštěním části základního ustanovení „a převést na něho vlastnické právo k této věci“ a nahradit jej ustanovením tohoto znění: „*Prodávající umožnit kupujícímu nabytí vlastnického práva ke zboží v souladu se smlouvou a tímto zákonem.*“ (str. 139).

Z praktického hlediska je taktéž přínosná pasáž, která porovnává jednotlivá ustanovení právní úpravy kupní smlouvy v obchodním zákoníku s jednotlivými články Úmluvy OSN (č. 160/1991 Sb.) o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (str. 103). Takové srovnání, jak upozorňuje K. Marek, může být důležitým argumentem jak přesvědčit druhou smluvní stranu při volbě práva, že právní úprava v českém nebo slovenském obchodním zákoníku vychází „z obsahově známé a moderní úpravy“. Stejně tak považují za přínosné, že text obsahuje výklad o mezinárodních dodacích doložkách přijatých Mezinárodní obchodní komorou v Paříži (tzv. International Commercial Terms- INCOTERMS). Souhlasím s K. Markem, že „*Ize jen doporučit, aby podnikatelé text platných doložek, zejména doložek INCOTREMS měli k dispozici a znali význam jejich použití. Dříve se doložky používaly v mezinárodních vztazích,*

nyňi se užití některých doložek, které lze vhodně uplatnit i v tuzemsku, rozšiřuje i ve smlouvách uzavíraných mezi tuzemskými subjekty“ (str. 105.

Čtvrtá kapitola se zabývá smlouvou o prodeji podniku a následně i smlouvou o nájmu podniku. Dispozice s podnikem, jakožto věci hromadnou sestávající z mnoha různorodých složek je transakcí, jež s sebou nese mnohé komplikace. Navíc je smlouva o prodeji podniku stejně jako smlouva o nájmu podniku složitá právě tím, že podnik je věcí specifickou a dispozice s ním velmi často úzce souvisejí s právní úpravou obchodních společností. K. Marek upozorňuje na možná úskalí prodeje podniku, která souvisí s přechodem práv a závazků s podnikem spojených. Konkrétně se věnuje v literatuře diskutovaným problémům, např.: právního nástupnictví u práv z nájemní smlouvy týkající se nájmu nebytových prostor, otázce, zda-li je možná dohoda, že nebudou přecházet veškeré pohledávky spojené s podnikem, stejně jako judikaturou vyřešenému problému indosace cenných papírů, jež jsou součástí převáděného podniku. Z praktického hlediska je jistě namístě rada, aby smlouva o prodeji podniku obsahovala samostatný článek, ve kterém budou uvedeny a specifikovány všechny nemovitosti, které spolu s podnikem přecházejí na kupujícího. V souvislosti s nemovitostmi opět stojí za zmínku řešení situace, jak postupovat v případě odstoupení od smlouvy o prodeji podniku právě ve vztahu k nemovitostem resp. k postupu, jakým má být navráceno vlastnické či jiné věcné právo prodávajícího v katastru nemovitostí.

Předmětem páté kapitoly je smlouva leasingová a smlouva o koupi najaté věci. K. Marek hned v úvodu tvrdí že tyto dva smluvní typy nelze ztotožňovat. V čem však spočívá onen podstatný rozdíl není z jeho výkladu zcela zřetelné. Pojednání o leasingu se totiž spíše zabývá teoretickou klasifikací typů leasingových smluv, do kterých lze zřejmě vtěsnat jak smlouvu o leasingu, tak smlouvu o koupi najaté věci. Základní členění pak K. Marek činí na leasing finanční a operativní, přičemž lze dovodit, že finanční leasing má blíže k smluvnímu typu leasingové smlouvy, operativní leasing se pak více přibližuje smlouvě o koupi najaté věci. V literatuře se někdy uvádí, že rozdíl mezi leasingem (jímž se zjevně rozumí leasing finanční) a smlouvou o koupi najaté věci spočívá v povinnostech pronajímatele. V případě pronájmu s následnou koupí má pronajímatel všechny povinnosti pronajímatele, tj.: pečovat o věc, jež je předmětem pronájmu a zabezpečovat její funkční chod a opravy. V případě smlouvy leasingové poskytovatel předmětu leasingu takové povinnosti nemá. Je možná škoda, že K. Marek k tomuto odlišování nezaujal jednoznačnější stanovisko, i když ze způsobu zpracování této kapitoly plyne, že je spíše příznivcem rozlišování, jež není tak vyhraněné a umožňuje smluvní úpravu podle potřeb smluvních stran. I v takovém případě by však stálo za to stanovit, právě v zájmu nalezení režimu, podle kterého má smlouva řídit ony základní náležitosti, podle kterých

lze zcela jednoznačně určit, zdali jde o typovou smlouvu o „koupi najaté věci“ nebo smlouvu nepojmenovanou, na kterou lze použít ustanovení smlouvy o koupi najaté věci pouze výjimečně a to ještě jen per analogiam legis.

V úvodu šesté kapitoly se K. Marek věnuje pojmu úvěru, druhům úvěrů a zásadám úvěrování spíše z ekonomického, než právního hlediska. To však má své opodstatnění, neboť ekonomický účel úvěru se výrazným způsobem projevuje v jeho právní úpravě. První problém, na který K. Marek upozorňuje spočívá v nutnosti použít ustanovení o spotřebitelských a dalších smlouvách je-li smlouva uzavírána s osobou, jež není podnikatelem. V této souvislosti je možná škoda, že K. Marek tuto problematiku blíže nerozpracoval a např. neuvedl ustanovení bankovních podmínek, která by z tohoto pohledu mohla být neplatná. Další zajímavý problém, na který, K. Marek naráží se týká lhůty k poskytnutí nároku na úvěr. Nezodpovězená otázka, jež se zde vynořuje, zní: Bylo plněno podle smlouvy o úvěru, jestliže dlužník požádal o poskytnutí prostředků po smlouvou stanovené lhůtě a věřitel mu tyto prostředky poskytl? Pokud by tomu tak nebylo, jednalo by se o bezdůvodné obohacení se všemi důsledky (včetně promlčení) z toho plynoucími. Stejně tak zajímavé jsou otázky související se zajištěním úvěru, kde K. Marek, „*vzhledem k některým judikátům...*“ doporučuje začlenit do smlouvy ustanovení o tom, „*že zajištění trvá i v případě oprávněného odstoupení od smlouvy.*“

Seďmá kapitola se věnuje licenční smlouvě k předmětům průmyslového vlastnictví. Podle K. Marka vyvolává zamyšlení „*dnešní řazení tohoto smluvního typu do relativních obchodů*“, přičemž je podle něj na místě uvažovat o zařazení této smlouvy mezi absolutní (typové) obchody podle obchodního zákoníku. Další problém, jež se v souvislosti s licenční smlouvou vynořuje, je její předmět, kterým mohou být de lege lata pouze práva k předmětům průmyslového vlastnictví, de lege ferenda je však na místě zvažovat úpravu licenční smlouvy tak, aby zahrnovala širší okruh vztahů (např. know-how). V závěrečných poznámkách k této smlouvě pak K. Marek upozorňuje na skutečnost, že licenční smlouva může být sjednána jak na dobu určitou tak neurčitou. Právě tato otázka by neměla zůstat stranou pozornosti a v návaznosti na ní je vhodné sjednat i možnost výpovědi a dobu trvání výpovědní lhůty.

V osmé kapitole K. Marek názorně srovnává smlouvu o uložení věci a smlouvu o skladování, přičemž se však neomezuje jen na „úplatnost“ jako zásadní rozdíl mezi oběma smluvními typy. Větší pozornost však logicky věnuje smlouvě o skladování, kde zejména rozebírá obsahové náležitosti skladního listu. Za zajímavé považují pojednání o zemědělských skladních listech, jako formy zajištění úvěrů zemědělcům.

Devátá kapitola patří, vedle kapitoly o smlouvě kupní, mezi nejrozpracovanější partie recenzované monografie. Není tomu tak náhodou, neboť pojednává o vel-

mi významném smluvním typu - smlouvě o dílo. V úvodních partiích této kapitoly se K. Marek zabývá odlišením smlouvy o dílo od smlouvy kupní a mandátní a dále odpovídá na otázku, co všechno z možné škály plnění, bude spadat pod předmět této smlouvy, přičemž nevýznamnější předmět plnění lze nepochybně považovat zhotovení stavby. Z toho důvodu se K. Marek zhotovení stavby v následujících částech podrobně věnuje. To se projevuje již v doporučení definovat obsah pojmů, jež budou příslušné smlouvy obsahovat. V této souvislosti uvádí, co se obvykle rozumí pod stavbou, stavební částí, nebo technologickou částí stavby. Stejně tak popisuje různé modely dodavatelských systémů, jež zároveň graficky znázorňuje. Při sepisování smlouvy o dílo přisuzuje K. Marek velký význam zařazení článku: „Význam a účel smlouvy“. Důvodem pro to může být např. případná škoda způsobená nesplněním smluvního závazku, jejíž výše se bude odvíjet od posouzení, zdali taková škoda byla či nebyla z hlediska škůdce předvídatelná. (§ 379). Předvídatelnost škody je však možno odvodit z účelu, ke kterému smlouva směřuje. Kromě toho však K. Marek doporučuje uvádět i další údaje o účastnících výstavby a o stavbě samotné a vysvětluje důvody, proč zařadit to či ono ustanovení. Za důležitou partii této kapitoly považují pojednání o možnosti limitovat rozsah náhrady škody, jež může vzniknout nesplněním smluvního závazku. K. Marek nejprve konstatuje, že k této otázce dosud existuje toliko judikatura Vrchního soudu v Praze. (Po vydání recenzované monografie však bylo vyneseno i rozhodnutí Nejvyššího soudu 32 Odo 235/2006, jež možnost limitace náhrady škody připouští). Dále pak cituje J. Vícha, M. Tomsu a S. Plívu, kteří v souladu s judikaturou Vrchního soudu možnost limitace náhrady škody připouštějí. K tomuto závěru se přiklání i K. Marek a to proto, že ustanovení § 379 obchodního zákoníku zakazuje vzdání se nároku na náhradu škody, nikterak však nevylučuje její omezení. Ba dokonce toto omezení připouští v případě smluvní pokuty.

V souvislosti s jakostí provedení díla upozorňuje K. Marek, že se mnozí podnikatelé mylně domnívají, že právní předpisy stanovující jakost není třeba respektovat, resp. takové předpisy nepovažují za závazné. V této souvislosti proto autor vyzdvihuje ustanovení § 759 ObchZ, jež závaznost těchto předpisů stanoví a to nejen pro smlouvu o dílo, nýbrž i pro smlouvu kupní. Jak již bylo řečeno, K. Marek smlouvu o dílo velmi podrobně a pečlivě rozpracovává a z jeho výkladu je patrné, že s tímto smluvním typem má bohaté a dlouholeté zkušenosti. Předmětem desáté kapitoly je smlouva mandátní a smlouvy komisionářská. Kromě notoricky známého rozdílu mezi těmito smluvními typy spočívajícím v jednání jménem zastoupeného na jeho účet v případě smlouvy mandátní a jednání vlastním jménem na účet komisionáře v případě smlouvy komisionářské zdůrazňuje K. Marek i další rozdíl spočívající v tom, že mandátní smlouvu je třeba považovat „za smlouvu o vyna-

ložení úsilí“, kdy úplata náleží mandatáři bez ohledu na to, zda byl dosažen kýžený výsledek, přičemž u smlouvy komisionářské je zaplacení úplaty právě vázáno na dosažení výsledku. Z hlediska budoucí právní úpravy se K. Marek zamýšlí nad možností částečného sjednocení právní úpravy těchto smluvních typů– „pokud by byly oba smluvní typy (mandátní i komisionářský) zachovány, bylo by možno obdobnou úpravu v nich tzv. stanovit před závorku a vytvořit jim společnou část.“ Dále se zamýšlí nad potřebností tolika smluvních typů, když se např. smlouva obstaratelská a komisionářská či příkazní a mandátní v tolika směrech překrývají, přičemž jejich redukce by nevytvořila právní mezeru. Závěrem této pasáže autor nabádá k tomu, aby kontrahenti nepoužívaly smlouvu mandátní v případech, kdy je na místě uzavřít smlouvu o kontrolní činnosti. Taková praxe je podle něj bohužel obvyklá. Smlouvou o kontrolní činnosti a jejími specifiky se pak zabývá v následující dvanácté kapitole. U této smlouvy pak zdůrazňuje skutečnost, že „vystavení kontrolního osvědčení vůči objednateli kontroly – jehož stejnopis může být předán prodávajícímu zboží – nemůže nahradit oznámení vad kupujícím, nemůže obecně ani nahradit prohlídky zboží kupujícím. (str. 298).

Dvanáctá kapitola pojednává o smlouvách k přepravě. Konkrétně jde o smlouvu zasilatelskou (§ 601-609), smlouvu o přepravě věci (§ 610-629), smlouvu o nájmu dopravního prostředku (§ 630-637) a smlouvu o provozu dopravního prostředku (§ 638-641). Největší prostor věnuje K. Marek prvním dvěma jmenovaným smluvním typům. Podstatnou částí zasilatelské smlouvy je závazek zasilatele vlastním jménem na účet příkazce obstarat přepravu věci, přičemž se však očekává, že zasilatel bude postupovat s odbornou péčí a se znalostí problematiky zasilatelství. Z tohoto hlediska pak K. Marek kritizuje českou úpravu živnostenského zákona, která připouští, provozování zasilatelství jako volné živnosti, tedy prakticky osobami bez kvalifikace, od kterých lze očekávat odbornou péči jen stěží (str. 306). Pokud se týče smlouvy o přepravě věci, kde se dopravce zavazuje odesílateli, že přepraví věc z určitého místa do místa jiného, upozorňuje K. Marek na právní vztahy s cizím prvkem. Konkrétně na situaci, kdy převzetí zboží a místo dodání zboží se nacházejí ve dvou cizích státech. V takovém případě se totiž bude dotýčný právní vztah (bez ohledu na to, že oba jeho subjekty jsou tuzemské) řídit Úmluvou o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční nákladní dopravě (CMR) a nikoli obchodním zákoníkem.

Ve třinácté kapitole je vyložena smlouva zprostředkovatelská a smlouva o obchodním zastoupení, přičemž větší pozornost je věnována druhému smluvnímu typu. Jedním z důvodů je možná i skutečnost, že smlouva o obchodním zastoupení doznala významné změny tzv. harmonizační novelou obchodního zákoníku č. 370/2000 Sb. přičemž důvodem harmonizace byla směrnice 86/653/EHS. Původní úprava totiž více vy-

cházel ze zákoníku mezinárodního obchodu a nebyla tak zcela kompatibilní s úpravou evropskou. V souvislosti se smlouvou o obchodním zastoupením zaujímá K. Marek stanovisko k otázce, zdali se zákaz, aby obchodní zástupce nebyl osobou, jež může zavazovat právnickou osobu, nebo společníkem nebo členem podle zákona zmocněným zastupovat ostatní společníky (§652 odst. 3), vztahuje na kterékoliv společnosti, nebo pouze na společnosti, jež jsou stranou příslušné smlouvy. Podle K. Marka se tento zákaz vztahuje pouze na smluvní strany a nikoli obecně, neboť v obecné rovině je tato otázka řešena zákazem konkurence u obchodních společnostech.

Ve čtrnácté kapitole K. Marek vykládá smlouvu o tichém společenství. Tohoto smluvního typu se významně dotkla tzv. harmonizační novela, jež mimo jiné stanovila, že podíl tichého společníka na zisku a ztrátě musí být stejný. Předchozí úprava umožňovala, aby podíl na ztrátě byl nižší než na zisku. K. Marek však upozorňuje, že se v praxi realizovala „opačná smluvní řešení“: „Zdá se tedy, že současná úprava přinesla posílení ochrany tichého společníka. Kromě toho se K. Marek vyslovuje i k dalším sporným otázkám, např. zda je možné, aby měl jeden podnikatel více tichých společníků, nebo zda vklad tichého společníka může spočívat v osobních výkonech.“

Ve čtrnácté kapitole pojednává K. Marek o smlouvách bankovních služeb, mezi které řadíme smlouvu o otevření akreditivu (§682 až §691), smlouvu o inkasu (§ 692 až § 699), smlouvu o bankovním uložení věci (§ 700 až § 707), smlouvu o běžném účtu (§ 708 až § 715) a smlouvu o vkladovém účtu (§ 716 až § 719b). Pro platební styk mezi podnikateli je velmi významná smlouva o akreditivu, zejména pak akreditivu dokumentárním. Právě tomuto smluvnímu typu věnuje K. Marek zvýšenou pozornost a rozebírá jednotlivě druhy akreditivů. V souvislosti s platebním stykem se zabývá i otázkou fakturace. Vzhledem k tomu, že se platná právní úprava této otázky téměř nevěnuje, dopo-

ručuje K. Marek otázku fakturace smluvně upravit. De lege ferenda pak považuje za vhodné tuto otázku upravit i právním předpisem.

V poslední kapitole, jež je nazvána poznámky závěrem, K. Marek instruuje potenciální kontrahenty, jak postupovat při uzavírání smluv, jaká ustanovení zařadit a které otázky neopominout. V závěru se taktéž vyjadřuje k současným kodifikačním procesům a doporučuje, aby „příprava nového občanského a nového obchodního zákoníku by pak měla probíhat koordinovaně, a to i při návazném projednávání návrhů v zákonodárném sboru.“

Přestože monografie K. Marka vyšla v teoretické řadě ACTA UNIVERSITATIS MASARYKIANAE BRUNESIS IURIDICA jedná se o publikaci, která může velmi dobře posloužit praktickým potřebám právníků aplikujících právo. Výklad K. Marka je orientován na pochopení jednotlivých institutů a následné řešení pro praxi významných otázek. Právě svým praktickým zaměřením a velmi srozumitelným výkladem se Markova monografie odlišuje od srovnatelných prací učenického typu, jež byly v ČR publikovány. Pro další vydání, jichž se tato monografie nepochybně dočká, by možná stálo za úvahu, zda jednotlivé kapitoly nedoplnit i příslušným smluvním vzorem. To by tuto publikaci činilo zcela unikátní, neboť doposud jsou na trhu pouze publikace, jež obsahují buď jen teoretický výklad, nebo pouze smluvní vzor bez výkladu. Je však třeba konstatovat, že se již nyní jedná o publikaci, jež je cennou součástí literatury obchodního práva a lze tedy jen doufat, že si tato svým vzhledem nenápadná kniha najde cestu do knihoven široké právnícké veřejnosti.

* JUDr. Karel Beran, Ph.D., PrF UK, Praha, Katedra teorie práva.

Zdeněk Kühn, Michal Bobek, Radim Polčák (eds.):

Judikatura a právní argumentace

Auditorium, Praha, 2006, 234 stran.

Ondřej Moravec*

Nakladatelství Auditorium vydalo v polovině roku 2006 první komplexní česky psanou publikaci zabývající se funkcí judikatury v českém právním prostředí a způsobům práce s ní. Autorsky se na této práci podílelo celkem sedm odborníků z různých pracovišť. Vůdčí trio Zdeněk Kühn, Michal Bobek a Radim Polčák je přitom na přebalu označeno jako editoři, takže je otázkou, zda se jedná skutečně o ucelenou monografii na předem dané téma, nebo zda před sebou máme sborník samostatných, byť tematicky souvisejících, statí.

Systematicky je práce rozčleněna na čtyři části. První je označena jako obecná a teoretická. Zdeněk Kühn se v ní zabývá komparací působení judikatury v kontinentálním systému práva s koncepcí angloamerickou (část o precedentu v systémech common law zpracoval Marc Gillis). Kühn zřetelně navazuje na svou bohatou publikační činnost především na poli nových koncepcí pramenů práva a normativního působení judikatury. Tak jako v předešlých pracích se hlásí k pravidlům práce s judikaturou v kontinentálních právních systémech definovaných R. Alexym (tj. 1. povinnost soudu použít precedent, pokud je řešena obdobná otázka a 2. povinnost odůvodnit, proč soud tuto otázku řeší odchylně). Výsledkem komparace je závěr o nezpochybnitelné normativní funkci judikatury, a to i v kontinentálních právních systémech.

Druhá část je označena jako „Dílčí studie pro jednotlivé země a nadnárodní systémy“. Ve skutečnosti je čtenář konfrontován se způsoby působení rozhodovací praxe soudních institucí různých druhů v českém právu. První kapitola (Z. Kühn) se zabývá obecnými aspekty působení judikatury v českém právu. Je zde víceméně rozveden závěr o nesporném normativním působení judikatury v českém právním prostředí, téma je však dále strukturováno. Autor poukazuje např. na rozhodnutí Ústavního soudu označující postup obecného soudu, který se v rámci odůvodnění nevypořádá se závěry učiněné v publikované judikatuře, za jurisdikční libovůli¹ a obdobný názor Nejvyššího soudu, dle něhož je oslabena přesvědčivost odůvodnění tehdy, pomine-li soud judikaturu, na níž je účastníkem řízení upozorněn. Takový postup nepřipustně oslabuje předvídatelnost soudního rozhodování a nelze jej tolerovat² (strana 41). Kühn si dále všímá, že judikatura netvoří homogenní masu

a že každé rozhodnutí je nadáno schopností normativního působení různou měrou. Některé faktory jsou nesporné (místo soudní instance v hierarchii soudů, obsazení soudu – senát nebo plénum, příp. stáří precedentu), jiné vyvolávají pochyby. Za nejspornější považují otázku relevance způsobu publikace rozhodnutí (oficiální sbírka či privátní iniciativa). Něco jiného je stav faktický (tj. zda soudce spíše sáhne po oficiální sbírce soudních rozhodnutí než do odborného časopisu) zjistitelný a popsitelný metodami sociologickými a něco jiného stav žádoucí. V posléze uvedeném smyslu bych se spíše přikláněl k závěru, že není normativně relevantní, zda rozhodnutí bylo příslušnými orgány schváleno jako žádoucí k publikaci v oficiální sbírce soudních rozhodnutí.³

Autorem dalších kapitol druhé části je Michal Bobek, který se věnuje působení rozhodovací praxe mezinárodních a nadnárodních orgánů soudního typu v českém právu (ESD, ESLP a WTO). Nejzávažnější je otázka judikatury Evropského soudního dvora (bez judikatury ESD není komunitárního práva – s. 72), kterou autor označuje za závaznou a ESD za tvůrce práva se vším všudy (s. 77). Naproti tomu judikatura Evropského soudu pro lidská práva působí jako autoritativní výklad Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a svobod, kdy soud je oprávněn zaujmout odlišný názor, pokud bude jeho stanovisko řádně odůvodněno. Jak v případě ESD tak ESLP se však vnucuje otázka, zda je po českém soudci možné požadovat, aby se z vlastní iniciativy seznamoval s judikaturou těchto institucí, obzvláště, pokud není dosažitelná v českém jazyce. V rovině faktické tak stoupá význam fundované právní pomoci ze strany advokátů. Michal Bobek považuje absenci českých překladů palčivější v případě judikatury ESD, a to i z toho důvodu, že Evropský soud pro lidská práva důsledně řeší spory mezi jednotlivcem a státem, takže ve vztazích horizontálních je její působení omezeno. Takový závěr je však poněkud diskutabilní. Například v případě kolize svobody projevu a ochrany osobnostních práv rozhodnutí ESLP, že uložení povinnosti stěžovateli vyplatit odškodné (či zadostiučinění v českých poměrech) dotčené osobě představuje porušení svobody projevu chráněné čl. 10 Úmluvy, samo o sobě znamená imperativ českému obecnému soudu, aby se

ve sporu na ochranu osobnosti, který sám rozhoduje, obdobného porušení vyvaroval.

Na výše uvedené otázky plynule navazuje třetí část publikace věnující se praktickým aspektům práce s judikaturou – Používání judikatury v procesu autoritativní aplikace práva. Zde se Zdeněk Kühn zabývá problematikou nízké úrovně citační kultury v České republice, která není jen na újmu elementární štábní kultuře podání či rozhodnutí, ale také ztěžuje doktrinární kritiku soudní praxe a v některých případech nese i své nežádoucí důsledky v praktické rovině zejména v podobě snížení přesvědčivosti soudního rozhodnutí v krajním případě ústící až v nepřezkoumatelnost samotného rozhodnutí. Další kapitola se zabývá problémem ještě tíživějším, a sice otázkou publikace soudních rozhodnutí. Tu autor považuje za nedostatečnou, obzvláště v kontextu jednoduchosti technického řešení umožňující publikaci judikatury v elektronické podobě. Autor vyslovuje názor o zákazu argumentace nepublikovanou judikaturou. Obzvláště znepokojivý je však závěr o protústavnosti současného stavu, kdy státní zástupce má v trestním řízení, na rozdíl od obhájce, přístup evidenci judikatury, která nebyla publikována, což je v rozporu s principem rovnosti zbraní (s. 137).

S možnou námitkou nebezpečí informačního zahlcení, kterou může být argumentováno proti širší publikaci judikatury, se vypořádává Radim Polčák v další kapitole věnované právním informačním systémům pro práci s judikaturou. Čtenář je unikátním způsobem seznámen s praktickým způsobem práce s dnes dostupnými právními systémy, včetně vyhledávačů ESLP (HUDOC) a ESD. Domnívám se, že je významným úkolem právní informatiky předejít nebezpečí informačního zahlcení a že tato námitka by neměla odrazit tlak na efektivnější publikaci co nejširšího okruhu soudních rozhodnutí.

Poněkud odlišně je koncipována čtvrtá část publikace. Ta je věnována specifikům působení judikatury v jednotlivých právních odvětvích. Je zpracována odborníky z vrcholných soudních institucí. Na rozdíl od kompaktních úvodních tří částí se jedná spíše o mozaiku prokazující názorovou pestrost ve vztahu k předloženým otázkám. Liší se i metodou zpracování. Milan Pokorný (občanskoprávní část) poukazuje na široký záběr občanského práva a možnou kontinuitu s předlistopadovou judikaturou. Miloš Tomsa (obchodní právo) se soustředí na řešení některých sporných otázek, se kterými se obchodní kolegium Nejvyššího soudu muselo vypořádat. Karel Hasch (trestní právo) nabízí zcela odlišný pohled na řešení otázek, na něž hledá celá publikace odpověď, když některá navrhovaná řešení jsou zcela protichůdná vůči koncepci, kterou zaujali editoři publikace. Vyšší soudy, v čele se soudem, nejvyšším jsou vykresleny jako instituce vykonávající i funkci pedagogickou a výchovnou ve vztahu k nižším soudům tím, že analýzou a evidencí vlastní judikatury osvětlují nižším soudům pravý a správný význam zákonného textu. Živelnou publikaci bez editační a evidenční práce považuje

je Hasch za vyloučenou (s. 188). Pavel Molek si ve vztahu ke správnímu právu (jeho příspěvek naopak zapadá beze zbytku a svým způsobem zpracování mezi ostatními příspěvky jasně vyniká) všímá nejen působení judikatury Nejvyššího správního soudu (jde o profesní působiště autora) ve vztahu ke krajským soudům a správním orgánům, ale též a především se věnuje působení externích zdrojů (Ústavní soud, ESLP) na činnost Nejvyššího správního soudu. V závěrečné kapitole pak M. Gillis shrnuje otázku precedenční závaznosti nálezů Ústavního soudu. Cenné je především, že tak činí dynamicky a ve vývoji, když poukazuje na zprvu opatrné formulace ústící ve striktní konstatování závaznosti erga omnes a všímá si i postupného tlaku na obecnou justici, aby lépe slyšela na ochranu ústavně garantovaných práv již v nalézacím řízení.

Oklikou se vracíme k v úvodu položené otázce, zda se jedná o ucelenou monografii, či sborník. Jednotná koncepce je zachována v prvních třech částech, čtvrtá je zcela odlišná. Nutno říci, že spíše než o roztržitost se jedná o pestrost, práce jako celek netrpí. Naopak kontrast ve zpracování jednotlivých kapitol závěrečné části dokonce podtrhuje myšlenky prezentované v částech úvodních. Vnucuje se především otázka, zda způsob zpracování částí, jejichž autory jsou představitelé Nejvyššího soudu, nesvědčí o obecném sebepečetí Nejvyššího soudu v systému aplikace práva, když jeho funkce jsou vymezeny zcela jednostranně – tj. Nejvyšší soud jako dárcé a sjednotitel žádoucích názorů pro každodenní praxi nižších soudů a jen velmi vlašný vztah k působení judikatury jiných soudů (nálezy Ústavního soudu působí silou přesvědčivosti, příp. efektivitu, tj. strachu z kasačního nálezu, rozhodnutí ESLP nejsou relevantní vůbec a Nejvyšší správní soud je ignorován zcela). Právě editační činnost Nejvyššího soudu a působení takzvaných sjednocujících stanovisek, tedy výkladů bez případu, byly opakovaně kritizovány především Zdeňkem Kühnem.⁴

Zapadnout by neměl ani apel, byť nevyslovený, na akademickou sféru, jejímž úkolem by měla být i systematická práce s judikaturou, její třídění a systemizace, tedy de facto vytváření onoho servisu pro soudce, kterému by měla usnadňovat každodenní rozhodovací činnost. Otevřená akademická diskuse by mohla a měla doplnit (nebo snad i nahradit) uzavřený systém gremiálních porad třídící zrna (použitelná a doporučeníhodná rozhodnutí) od plev (zahrnující rozhodnutí vysloveně chybná, ale též odvážná, přinejmenším diskutabilní). Široká publikace soudních rozhodnutí je základním předpokladem.

Autoři předkládají čtenáři v českých podmínkách ojedinelý pohled na judikaturu ve všech dimenzích. Setkáme se s názory teoretické povahy (bez nichž to nelze), řešením právních otázek (působení judikatury ESLP, ESD a zcela unikátní WTO), příspěvkem ze sféry právní metodologie a štábní kultury (citace a publikace judikatury), práce obohatí praktické dovednosti

(právní informační systémy a metody efektivního vyhledávání v nich) a poskytne obrázek o panující realitě v prostředí vrcholných soudních institucí. Jako taková je publikace optimálním doplňkem učebnic teorie práva pro studenty (problematizuje výčtovou podobu pramenů práva v ČR) i vítaným pomocníkem praktikujícím právníkům (advokátům i soudcům).

* JUDr. Ondřej Moravec, externí doktorand na katedře ústavního práva a politologie Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně a advokátním koncipientem Advokátní kanceláře Hartmann, Jelínek, Fráňa a partneři v Hradci Králové.

¹ Sb.n.u. sv. 16, s. 203, nález sp. zn. III. ÚS 470/97.

² Usnesení NS ze dne 27.4.2006, sp.zn. 29 0do 551/2006, www.judikatura.cz.

³ Obdobný názor srov. Šimíček, V.: Ústavní stížnost, 3. vydání, Linde, Praha, 2006, s. 314.

⁴ Srov. Kühn, Z.: Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. C. H. Beck, Praha, 2005, s. 136.

Patakyová, M. a kol.: Itinerár budúceho právníka - profesionála (klinika práva)*

**Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Vydavateľské oddelenie,
Bratislava 2004, Strán 124**

Alena Pauličková**

Vydavateľské oddelenie Univerzity Komenského v Bratislave, Právnická fakulta ešte v roku 2004 vydali pod vedením doc. JUDr. Márie Patakyovej, CSc. z Katedry obchodného, hospodárskeho a finančného práva učebné texty, ktoré nie sú tradičným skriptom. Vyžiadala si ich sama právna prax a tiež samotné požiadavky študentov právnických fakúlt. Dlhodobejšie sa poukazuje na potrebu komplexnej reformy štúdií s poukazom na skutočnosť, že pretrváva absencia prepojenia právnických štúdií na prax. Túto medzeru sa autorský kolektív (PhDr. Zuzana Kurucová, JUDr. Mária Nováková, JUDr. Andrea Moravčíková, PhD., JUDr. Ingrid Mencerová, PhD., JUDr. Marek Mihálik, PhD., JUDr. Katarína Škultétyová a JUDr. Marek Števec) pod vedením Doc. JUDr. Márie Patakyovej, CSc. snažil aspoň čiastočne vyplniť súborným predmetom „Právna klinika“. Tento súborný predmet je predstavený syntézou „Kliniky obchodného práva I. a II.“ a „Praktických štúdií z občianskeho práva“ a nových trendov klinickoprávneho vzdelávania, ktoré v západnej Európe i zámorí a v poslednom čase i v postsocialistických krajinách predstavujú zásadný obrat vo výučbe práva.

Podstata a novum spočíva v maximálnom možnom priblížení sa praxi formou bezplatnej právnej pomoci študentami právnických fakúlt pod dohľadom pedagógov, teda formou tréningu právnických zručností na

konkrétnom klientovi, s konkrétnym problémom, ktorý treba vyriešiť. Treba poukázať na skutočnosť, že od prvého kontaktu s klientom je študent konfrontovaný s naozajstnou kauzou, ktorá nie je simuláciou skutočnosti, ale skutočnosťou samou. Ide o konkrétne poskytovanie právnej pomoci.

Predkladaná učebná pomôcka je prispôbená predovšetkým podmienkam výberových predmetov, avšak v oveľa širších súvislostiach právnických štúdií. Autori si za cieľ dali predovšetkým výchovu profesionálneho právníka, výukou praktických zručností budúceho a začínajúceho právníka. Tomu podriadili metódu výkladu, štýl i jazyk.

Práve preto hneď na začiatku v rámci cieľov a zmyslov vzdelávania v právnej klinike si kladú viacero otázok, na ktoré si zároveň odpovedajú (Aký má byť právník? Akým spôsobom má právník tieto činnosti vykonávať? atď. Celé dielo je rozdelené na tri časti a to: Všeobecnú, osobitnú a komunikačnú spôsobilosť právníka.

V rámci všeobecnej časti autori poukazujú na imidž právníka, etické aspekty právneho poradenstva, interview s klientom, právny rozbor, právne poradenstvo a tiež dohodovanie a mediácia v právnickej praxi.

Osobitná časť obsahuje právo neziskových organizácií v rámci systematického právneho úvodu do prob-

lematiky tretieho sektora, zamestnávajú v neziskových organizáciách a tiež poukazujú na základy trestnej zodpovednosti v treťom sektore.

Nie menej zaujímavá je i tretia časť publikácie s názvom „Komunikačné spôsobilosti právnik“, ktorá obsahuje komunikačný proces, neverbálnu komunikáciu, emocionálnu inteligenciu, empatickú asertivitu a konflikty.

Obohatením všetkých troch častí je odporúčaná literatúra ku každej z nich. Je zaujímavé hodnotiť túto publikáciu aj uplynutím troch rokov z toho pohľadu, že pedagógovia i študenti právnických fakúlt sú s ňou veľmi spokojní a môžu ju odporučiť všetkým, ktorí sa s ňou ešte nestretli aj z toho pohľadu, že ide o dielo, ktoré im umožní lepšie uplatnenie v praxi. Nestačí už len byť vyzbrojený teoretickými poznatkami, ale i byť

prakticky zručný tak, ako mnoho absolventov iných európskych, či svetových univerzít.

* Doc. JUDr. Mária Patakyová, CSc. pôsobí na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave. Od roku 1994 spolupracuje s viacerými slovenskými mimovládnyimi organizáciami, ako aj s medzinárodnými nadáciami ABA/CEELI a NOS/OSF pri etablovaní a rozvoji klinického vzdelávania študentov právnických fakúlt. Počnúc rokom 2001 vedie kliniku In-House pre Not-for-Profit organizácie, ktorá svoju činnosť realizuje v právnej forme občianskeho združenia Centrum praktického vzdelávania právnikov (CePeVePe).

** Doc. JUDr. Alena Pauličková, PhD., Fakulta práva Janka Jesenského, Vysoká škola v Sládkovičove

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Konference k problematice státní moci v současném světě

Jan Filip*

Ve dnech 8. až 10. května 2008 proběhla ve známém krkonošském středisku Szklarska Poręba (Polsko) velká mezinárodní konference na nesmírně aktuální a závažné téma „Moc v současném státu. Pokus o nové vymezení v době integrace a globalizace“ (Władza w państwie współczesnym. Próba nowego określenia w dobie integracji i globalizacji). Konferenci uspořádala právnická fakulta agilní soukromé Vysoké manažerské školy, která tak naplňuje své ambice obnovit univerzitní tradice v Legnici, kde vznikla před 500 sty lety druhá nejstarší univerzita v Polsku. Téma konference se ukázalo jako více než vhodně zvolené, neboť umožnilo prezentovat názory domácích i zahraničních referentů a diskutujících na jednu z nejaktuálnějších otázek současnosti, tj. státní moc a její vlastnosti, popř. jejich změny v rámci procesů globalizace ve světě a integračních procesů v Evropské unii po sjednání Lisabonské smlouvy. Konference byla zahájena vystoupením zakladatele vysoké školy v Legnici, Ing. W. Demeckého a děkana Právnické fakulty této školy prof. S. Pajączkowského. Poté již následovala pracovní část, ve které nejdříve zazněl referát dr. Młynarské (Univerzita Lodž) k problematice vymezení pojmu státní moci, jejím vlastnostem a funkcím v současné politické filosofii a teorii státu. Následovalo vystoupení prof. M. Malisku (Federální

univerzita Paraná, Brazílie) k zásadní otázce suverenity v době globalizace a integrace, věnované této otázce jak z hlediska historie a současnosti Jižní Ameriky a zvláště Brazílii, tak z hlediska vnějšího pohledu na vývoj Evropské unie. Jednalo se o velmi zajímavou analýzu poměrů v Brazílii, kde se právě otázky globalizace (např. zájem o ochranu deštných pralesů) a státní moci (zvláštní oblasti se slabým vlivem státu) ukazují jako názorný příklad pro demonstraci závěrů teorie v této oblasti. Zcela odlišný aspekt státní moci byl analyzován v referátu dr. A. Rakowské (spoluautor prof. K. Skotnicki, oba Univerzita Lodž) k problematice voleb a jejich legitimační funkce z hlediska jednotlivých principů volebního práva a složek volebního systému. Z jiných stránek se k této problematice vyjádřil děkan Právnické fakulty Univerzity v Toledu (Španělsko) prof. F. Revorio, když poukázal na rozdíly v právní úpravě a financování politických stran ve Španělsku a jiných státech EU. Zcela jinak postavil problém v referátu soudce Nejvyššího soudu Polské republiky prof. J. Sobczak (Univerzita Poznaň), jinak známý odborník na mediální právo, podle kterého nejsou média čtvrtou mocí ve státě, ale jedinou hlavní (a neodpovědnou) mocí. Referát poslance Evropského parlamentu R. Czarneckého na téma evropské integrace byl pouze uložen

do protokolu, protože referent se konference nemohl zúčastnit. K problematice evropské integrace a Evropské unie byl věnován aktuální rozbor změn v postavení národních parlamentů v návrhu Lisabonské smlouvy, který přednesl dr. R. Balicki (Wrocław). J. Filip (Masarykova univerzita) se ve svém referátu věnoval otázkám funkcí, úkolů a účelů státu v rámci změn, které v 21. století vyvolává globalizace a členství v Evropské unii včetně klasifikace funkcí, jejich praktického uplatňování a teze, že kde je třeba úpravy mocenských poměrů, uplatňuje se zákon „zachování moci“ v té podobě, že pasivní stát je zastupován jinými silami (drogoví dealeri, pouliční gangy). Přehled úpravy státních orgánů a jejich fungování podala prof. S. Amandyková (Univerzita Karaganda, Kazachstán). Zde zaujalo zejména vylíčení situace v této dosti vzdálené zemi a její pokusy o přejetí západoevropských řešení a jejich sladění s národními tradicemi z před roku 1917. Prof. D. Dudek (Katolická univerzita Lublin) si položil otázku, zda odpovědnost státní moci není ve skutečnosti fikcí a podrobil kritice ústavní úpravu a praxi v Polsku. Výrazným znakem konference byla bohatá diskuse ke každé-

mu referátu, neboť jednotlivé aspekty státní moci představují nejen základní otázku práva, ale všech společenských věd. Šlo tak o téma, které je společné všem státům světa. Diskuse vedla k položení nových otázek a hledání dalších aspektů problematiky státní moci, pojetí svrchovanosti státu, legitimacy státní moci. Ukázala rovněž nové pohledy na existenci moci obecně a na konkurenci jednotlivých forem státní moci s mocí státní (např. zajímavá byla informace o čtvrtích měst v Brazílii, kde ministr potřeboval povolení ke vstupu od drogového bose, který takovou čtvrť - favelu ovládá). Všechny referáty budou publikovány ve sborníku konference spolu s dalšími příspěvky, které organizátoři obdrželi. Vznikne tak velmi zajímavý materiál koncentrovaný na otázku, která byla sice předmětem každé analýzy evropské integrace, avšak nikoli takto specializovaně.

* Prof. JUDr. Jan Filip, CSc., Katedra ústavního práva a politikologie PrF Masarykovy univerzity, Brno

50. sjezd kateder ústavního práva v Polsku k otázkám soudní moci

Jan Filip*

Ve dnech 24. až 26. dubna 2008 proběhl v Gdyni jubilejní 50. sjezd kateder ústavního práva Polské republiky. Již samotný počet sjezdů, které se konají nepřetržitě od roku 1959 bez ohledu na politickou situaci v Polsku a politickou orientaci polských konstitucionalistů, svědčí o významu této akce. Účast na ní si nenechá ujít nikdo, kdo v Polsku v oboru ústavního práva něco znamená. V podstatě se tato akce začíná pomalu blížit sjezdům německých (rozuměj německy hovořících) učitelů státního práva, které mají ještě delší (předválečnou) tradici. Organizace polských sjezdů se německému protějšku dosti podobá. I zde je zvoleno nějaké aktuální téma oboru, jsou vybráni referenti a jejich vystoupení, stejně jako diskuse k nim, se publikují ve sborníku sjezdu.

Tento sjezd měl proto mimořádný bod programu, když jednání jubilejního 50. sjezdu kateder ústavního práva zahájeno slavnostním referátem prof. Działochoy (Wrocław), který podrobně analyzoval historii sjezdů od roku 1959, kdy se zástupci kateder poprvé setkali ve Wroclavi. Od té doby se jako jediné pracoviště bez ohledu na výkyvy politické situace, různost politických názorů a pozic dokázali scházet bez přetržky, což nemá

ani v jiných státech obdoby. Bylo poukázáno i na přínos doporučení sjezdů pro rozvoj některých institucí ústavního práva v Polsku (zejména pro zavedení ústavního soudnictví). Následující dva dny probíhalo vlastní jednání 50. sjezdu, které bylo poprvé v historii speciálně věnováno tématu „Třetí moc – soudy a tribunály v Polsku“ (Trzecia władza – sądy i trybunały w Polsce“). Toto téma přitáhlo zvláštní pozornost z mnoha ohledů, mimo jiné proto, že se v médiích právě řešil útok polského ombudsmana na soudce a soudcovský stav, což mělo vzápětí odezvu v rozhodnutí představitelů třetí moci neúčastnit se oslav výročí vzniku instituce ombudsmana.

Zvláštností konference bylo to, že referáty již byly předem vytištěny, takže to na jedné straně zvyšovalo nároky na vystupující, na druhé straně to usnadňovalo diskusi. Sborníky z jednání sjezdu (referáty a diskuse) tentokrát vyjdou dva – první k programu jednání, druhý k stavu polské vědy ústavního práva. Vlastním tématem byly otázky soudní moci, která je v Polsku v ústavě pojata odlišně od České republiky. Tomu odpovídal i počet referátů, které se postupně věnovaly problematice tzv. třetí moci. Problematice Ústavního tribunálu (referent prof. M. Granat – soudce Ústavního tribunálu) byl

věnován první bod pořadu, diskuse k němu však probíhala po celou dobu sjezdu s ohledem na zásadní témata, která byla v referátu postavena (politizace ústavního soudnictví, střet pozitivismu a přirozeného práva v rozhodování, otevření se hodnotám od roku 1997, možnost odložení vykonatelnosti rozsudku a další platnost neústavního předpisu, reforma ústavní stížnosti, zpochybnění státní suverenity po přistoupení k Evropské unii). Zvláštní instituce Státního tribunálu (referent prof. M. Zubik) větší pozornost nevyvolala s ohledem na rozpačitou praxi. Naopak v prostředí konstitucionalistů vyvolala značný ohlas strukturální analýza pojmu soudní moci (referent prof. W. Sanetra – předseda senátu Nejvyššího soudu). Oceněn byl přínos Nejvyššího správního soudu (referent prof. J. Trzciński – předseda Nejvyššího správního soudu), který probíjával cestu pro zavedení ústavního soudnictví. Zcela zvláštní pozornost byla věnována Celostátní radě soudnictví (dokonce dva referenti - prof. P. Tuleja a prof. P. Sarnecki), která představuje v praxi to, o co usilují soudci i v ČR. Konečně dosti opomíjené roli prokuratury (referentka prof. H. Zięba-Zalucka), která není v polské ústavě ani speciálně upravena, byla věnována poslední část jednání. Referát na téma Evropského soudu pro lidská práva byl pouze písemný, neboť soudce tohoto soudu prof. L. Garlicki se nemohl uvolnit. V této souvislosti třeba zdůraznit kvalitní výběr referentů, neboť každé téma bylo uvedeno specialistou v dané oblasti. Neméně významná byla i diskuse. S ohledem na přítomnost špiček polského ústavního práva byla obsahově nesmírně bohatá a podněcující, když se jí účastnili nejvýznamnější odborníci teorie a praxe (často současně ve vedoucích funkcích institucí, které byly předmětem jednání). Např. diskuse o problémech východisek judikatury Ústavního tribunálu (positivismus, přirozené právo, hodnoty) se

účastnili (s různými názory předseda a další čtyři soudci tohoto tribunálu (prakticky každý s jiným názorem). Diskutovalo se tak nejen pohledem z vnějšku, nýbrž i zevnitř. Český diskusní příspěvek byl zaměřen na srovnání s polskými zkušenostmi jako jsou společné problémy v oblasti politizace kontroly ústavnosti v řízení před Ústavním soudem, na nebezpečí zavedení závazného výkladu ústavy Ústavním tribunálem (návrh doc. Jarosze), srovnání naší a polské ústavní stížnosti, rozdílnost v chápání pojmu soudcovské samosprávy (v rámci státní moci nelze o samosprávě hovořit), zavedení možnosti obnovy řízení před Ústavním soudem (v Polsku nezavedeno), problematice jmenování soudců (spor o jmenování soudních čekatelů v ČR) a srovnání rozhodnutí na stejné téma (evropský zatýkácí rozkaz a squeeze-out) v Polsku a v ČR. O zájmu o účast na této prestižní akci (170 účastníků) svědčí i to, že pořadatelé museli část zájemců odmítnout, nicméně část zájemců se přesto zúčastnila soukromě. Potěšujícím faktem je, že se stále více rozvíjí zájem o konfrontaci polských a českých, popř. slovenských zkušeností v oblasti ústavního práva. Roste též počet mladých polských konstitucionalistů, kteří se snaží zvládnout český jazyk. Je podivuhodné, jak tento zájem zvýšil I. Mládek s jeho Jožinem z bažin. Pro oblast ústavního práva proto jen dodám, že nás by se určitě pobavila jeho polská verze, ve které ovšem „kačer z bažin“ místo Pražáků žere politiky a lékem na něj je hrdina Donald.

* Prof. JUDr. Jan Filip, CSc., Katedra ústavního práva a politikologie PrF Masarykovy univerzity, Brno

Evropský kongres pracovního práva a sociálního zabezpečení

Zdeňka Gregorová*

Ve dnech 16. – 19. září 2008 se konal IX. Evropský kongres Mezinárodní společnosti pro pracovní právo a sociální zabezpečení, jehož pořadatelem byla národní německá Společnost pro pracovní právo a sociální zabezpečení a hostitelem Univerzita Alberta Ludwiga ve Freiburgu, Spolková země Bádensko-Würtembersko. Jednání kongresu se zúčastnilo téměř tři sta specialistů v oblasti pracovního práva a sociálního zabezpečení jak z teoretických pracovišť, tak i ze státní správy nejen z evropských zemí, ale i ze Severní a Jižní Ameriky, Austrálie, Japonska a Koreje.

Program jednání byl tradičně zaměřen jak do oblasti pracovního práva, tak i do oblasti práva sociálního zabezpečení a jeho předmětem byly otázky, které se týkají v současné době důležitých a aktuálních problémů, zajímavých nejen pro evropské země.

Na pracovníprávním poli byla hlavní pozornost zaměřena na následující oblasti:

- Implementace principu rovného zacházení v zaměstnání a povolání v Evropské unii a v členských

státech ES (generální zpravodaj Irene Asschler-Vonk, Nizozemí) a

- Status a ochrana migrujících pracovníků (generální zpravodaj Ruth Nielsen, Dánsko).

Pracovněprávní oblast jednání byla doplněna dalšími zajímavými tématy, která byla předmětem diskusí u kulatého stolu:

- Vliv informačních a komunikačních technologií v oblasti pracovního práva,
- Odpovědnost zaměstnavatele v korporativních strukturách,
- Systém donucení v pracovním právu.

Zprávy přednesené generálními zpravodaji v obou hlavních tématech vycházely ze zobecnění národních zkušeností a postupů jednak při implementaci komunitárního práva do národního zákonodárství v oblasti promítnutí principu rovného zacházení a zákazu diskriminace v povolání a zaměstnání a jednak při provádění komunitárního práva v oblasti volného pohybu zaměstnanců.

Je samozřejmé, že právní úpravy v jednotlivých členských státech promítají princip rovného zacházení a zákazu diskriminace do pracovního zákonodárství různým způsobem. Z generální zprávy i z diskusních příspěvků však jednoznačně vyplynulo, že přes řádnou a úplnou implementaci komunitárního práva, v němž je vyjádřen princip rovného zacházení a zákazu diskriminace, efektivnost národních úprav je závislá zejména na nástrojích, které jsou zaměstnancům k dispozici pro prosazení svých práv a k ochraně proti diskriminačnímu zacházení, ale také na výchově k respektování uvedených principů. Ukazuje se, že přes „dokonalost“ právní úpravy skutečné rovné zacházení ve všech předpokládaných oblastech (přístup k zaměstnání, pracovní a mzdové podmínky, kvalifikační růst a kariérní postup) závisí především na přístupu účastníků pracovního procesu k těmto pravidlům, jejich vůli tato pravidla dodržovat a v nemalé míře i na rychlosti a efektivnosti „donucovacích prostředků“ v nejširším smyslu.

Postavení a ochrana migrujících zaměstnanců byla předmětem druhé generální zprávy. Hlavní pozornost byla zaměřena na rozlišení postavení zaměstnanců, kteří vykonávají právo volného pohybu ve smyslu čl. 39 Smlouvy o Evropských společenstvích, od postavení

zaměstnanců, kteří jsou vysláni k výkonu služeb na území jiného členského státu ve smyslu čl. 49 této smlouvy. V návaznosti na tyto dva kanály, jimiž se realizuje „volný pohyb“, byla věnována pozornost i migraci osob z tzv. třetích zemí, a to jak osob, které přímo z třetí země přicházejí do některého členského státu, tak i osob z třetí země, které jsou zaměstnány v jednom členském státě a odtud jsou vysílány v rámci poskytování služeb do jiného členského státu. Diskuse vedla zejména k zamyšlení, zda rozdíly, které se v postavení různých skupin vyskytují, jsou opodstatněné.

Posledním tématem, jemuž se kongres věnoval, bylo téma z oblasti sociálního zabezpečení. Jednalo se o téma, které je aktuální a velmi palčivé v celé Evropě – Vliv demografických trendů na systémy starobních důchodů v Evropě. V evropských důchodových systémech (starobní důchody) je jednoznačně základním problémem stárnutí populace, což působí negativně na fungování důchodových systémů založených na průběžném financování. Obvyklými kroky ke zlepšení této situace je jednak zvyšování důchodového věku, což je tendence společná všem členským státům Evropské unie, ale také přesun k dalším způsobům financování důchodových systémů (kapitálové financování) a hledání vhodných poměrů mezi státem regulovaným a garantovaným důchodovým systémem a doplňkovými důchodovými systémy postavenými především na kolektivních smlouvách.

Závěrem lze konstatovat, že jednání IX. Evropského kongresu nemohlo samozřejmě přinést zázračná řešení v projednávaných oblastech, avšak porovnání různých cest řešení těchto obecných problémů může v jednotlivých evropských státech přinést posun jak v teoretickém zkoumání, tak i v praktickém promítnutí v právních úpravách.

* doc. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc., katedra Pracovního práva a sociálního zabezpečení Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

**ČASOPIS
PRO PRÁVNÍ VĚDU
A PRAXI**

**Ročník XVI
číslo 2/2008**

Redakční rada

Předseda

prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

Členové

JUDr. PhDr. Stanislav Balík

prof. Ing. JUDr. Mgr. Alexander Bělohávek, CSc.

prof. zw. Dr. hab. Leonard Etel

prof. JUDr. Josef Fiala, CSc.

doc. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.

JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.

JUDr. Jiří Mucha

prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc.

doc. JUDr. Petr Průcha, CSc.

prof. zw. Dr. hab. Krzysztof Skotnicki

JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.

prof. JUDr. Vladimír Týč, CSc.

prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.

doc. JUDr. Marián Vrabko, CSc.

Vydává: Masarykova univerzita, Brno • Adresa redakce: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Veveří 70, 611 80 Brno • Tajemník redakce: Mgr. J. Michlová, tel. a fax 549 495 937, e-mail: Jirina.Michlova@law.muni.cz • Tisk: Tribun EU s.r.o., Gorkého 41, 602 00 Brno • Rozšiřuje, objednávky přijímá a vyřizuje: Ediční oddělení Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Veveří 70, 611 80 Brno; tiskopis objednávky je dostupný na adrese: www.law.muni.cz/edicni/cpvp/php; e-mailová adresa: ves@law.muni.cz

Předplatné na rok 2008 - 380,- Kč • Cena jednoho čísla 95,- Kč • Vychází 4x ročně v české mutaci

Toto číslo bylo dáno do tisku v říjnu 2008

ISSN 1210 - 9126

Texty příspěvků jsou publikovány se souhlasem recenzenta.

Pokyny pro autory:

Časopis pro právní vědu a praxi vydává Právnická fakulta MU jako recenzovaný odborný čtvrtletník formátu A4. Rukopisy redakce přijímá v elektronické podobě nebo na disketě. Bližší informace jsou uvedeny na adrese

www.law.muni.cz/edicni/cpvp/php

ČLÁNKY

Miloš Večeřa: Vladimír Kubeš, právní filosof, právník a pedagog	105
Naděžda Rozehnalová: Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci - dvě stránky jednoho problému	112
Harald Christian Scheu: Právní koncepce kulturního konfliktu a její praktická aplikace	122
Marijan Pavčnik: Základní norma právní	132
Milan Pekárek: Vypořádací podíl v bytovém družstvu v souvislosti s převodem bytu do vlastnictví	140

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

Jan Filip: K vymezení rozsahu přezkumu v obnoveném řízení před ústavním soudem	146
Marek Števíček: Zabezpečovací převod práva v slovenskej republike po novom	149

INFORMACE PRO PRÁVNÍ PRAXI

Monika Bandúrová: Zájezd jako stěžejní právní pojem v podnikání v cestovním ruchu	156
Jozef Záhora: Ukládanie trestov po rekonifikácii v Slovenskej republike ...	158

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Jiří Sláma: Licenční smlouva	162
Martin Crha: Volba práva v evropském justičním prostoru - současnost a budoucnost	166

HISTORIE A SOUČASNOST

Jaromír Tauchen: Posmrtné uzavření manželství – jeden z institutů národně socialistického rodinného práva	177
--	-----

RECENZE

Dana Zapletalová: PhDr. Jan Váně, Ph.D.: Proměny spravedlnosti. Pokus o typologii	181
Jiří Baroš: Michel Villey: La formation de la pensée juridique moderne ...	183
Karel Beran: Marek, K.: Smluvní obchodní právo, kontrakty	185
Ondřej Moravec: Zdeněk Kühn, Michal Bobek, Radim Polčák (eds.): Judikatura a právní argumentace	190
Alena Pauličková: Patakyová, M. a kol.: Itinerár budúceho právníka - profesionála (klinika práva)	192

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Jan Filip: Konference k problematice státní moci v současném světě	193
Jan Filip: 50. sjezd kateder ústavního práva v Polsku k otázkám soudní moci	194
Zdeňka Gregorová: Evropský kongres pracovního práva a sociálního zabezpečení	195

**LEGAL STUDIES
AND PRACTICE
JOURNAL**

**Volume XVI
Number 2/2008**

Editorial board

Chairperson

prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

JUDr. PhDr. Stanislav Balík
prof. Ing. JUDr. Mgr. Alexander Bělohávek, CSc.
prof. zw. Dr. hab. Leonard Etel
prof. JUDr. Josef Fiala, CSc.
doc. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.
JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.
JUDr. Jiří Mucha
prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc.
doc. JUDr. Petr Průcha, CSc.
prof. zw. Dr. hab. Krzysztof Skotnicki
JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.
prof. JUDr. Vladimír Týč, CSc.
prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.
doc. JUDr. Marián Vrabko, CSc.

Published by: Masaryk University, Brno • The
Masaryk University - the Faculty of Law, Veveří
70, 611 80 Brno • Printed by: Tribun EU s.r.o.,
Gorkého 41, 602 00 Brno • Distributed by:
Editorial Centre of the Faculty of Law the
Masaryk University, Veveří 70, 611 80 Brno • tel.
and fax: 549 495 937

2008's subscription - CZK 380 • Price per one
number/copy - CZK 95 • Issued 4 times a year

This number was put into printing in October 2008

ISSN 1210 - 9126

This manuscripts should be sent to the editors and
on a floppy disc. Legal Studies and Practice
Journal printed the Faculty of Law of Masaryk
University in Brno and script by was review.
More information by adress [www.law.muni.cz/
edicni/cpvv/php](http://www.law.muni.cz/edicni/cpvv/php)

ARTICLES

- Miloš Večeřa:** Vladimír Kubeš, Legal Philosopher, Jurist
and Educationist..... 105
- Naděžda Rozehnalová:** The principle of autonomy and the principle
of competence-competence – two sides of one problem 112
- Harald Christian Scheu:** The Legal Concept of Cultural Conflict and its
Practical Application..... 122
- Marijan Pavčnik:** The Basic Legal Norm 132
- Milan Pekárek:** Settlement share in household cooperative in relation
with transfer of flats to private ownership..... 140

CURRENT TOPICS FOR LEGAL PRACTICE

- Jan Filip:** On delimitation of extend of Constitutional Court's review
in an reopened proceeding..... 146
- Marek Števec:** Transfer of rights in the Civil Code Slovak republic
in the new legal regulation 149

INFORMATION FOR LEGAL PRACTICE

- Monika Bandúrová:** The travel package as a fundamental legal notion
in the travel agencies law 156
- Jozef Záhora:** Sentencing after recodification in Slovak republic..... 158

STUDENTS' CONTRIBUTIONS

- Jiří Sláma:** Licence contract..... 162
- Martin Crha:** Selection of law in the European judicial space –
the present and the future 166

HISTORY AND PRESENT DAYS

- Jaromír Tauchen:** Solemnization of Marriage "post mortem" – one
of the legal concepts of Nazi Family Law 177

REVIEWS AND ANNOTATIONS

- Dana Zapletalová:** PhDr. Jan Váně, Ph.D.: Changes of justice.
An attempt at typology 181
- Jiří Baroš:** Michel Villey: La formation de la pensée juridique moderne ... 183
- Karel Beran:** Marek, K.: Contractual commercial law. Contracts 185
- Ondřej Moravec:** Zdeněk Kühn, Michal Bobek, Radim Polčák (eds.):
The jurisprudence and legal argumentation 190
- Alena Pauličková:** Patakyová, M. and others: Itinerary of future lawyer -
professional (law clinic) 192

FROM THE WORLD OF LEGAL STUDIES

- Jan Filip:** Conference on the issues of state's power in contemporary
world 193
- Jan Filip:** 50th convention of departments of constitutional law
on the issues of judicial power in Poland 194
- Zdeňka Gregorová:** European congress on labour law and social
security..... 195