

## ČLÁNKY

### Biojurisprudence – nový pohled na právo nebo jen nový směr právní vědy? (recenzní článek)\*

Jan Filip\*\*

Dějiny právní vědy před námi vstupují jako řada pokusů o nová řešení a nové přístupy, ať již z hlediska toho, čím by právo mělo být, co by mělo regulovat nebo jakým způsobem by mělo být poznáváno. Není to poprvé, kdy je pocíťována nedostatečnost jeho východisek, předmětu, pojmového aparátu a metodologického instrumentária. Podněty k přeměnám přicházely v historii z různých stran. V 90. letech minulého století se v této souvislosti na podkladě bioetiky, která se rozvinula zhruba o 20 let dříve, začaly rýsovat pokusy o stanovení závazných pravidel (zejména oblast léčení a práv pacientů) a brzy na tomto základě vznikly výukové předměty. Netrvalo dlouho a objevil se pokus vybudovat na tomto základě nejen nový obor práva, nýbrž dokonce nový směr právní teorie.<sup>1</sup> U jeho zrodu stál významný polský právní teoretik, axiolog a filosof Roman Tokarczyk, odborník na americké právo (studia u L. Fullera na Harvardu),<sup>2</sup> právní filozofii, komparatistiku<sup>3</sup> a v posledních letech právě na biojurisprudenci. Po řadě dalších pokusů v loňském roce vyšla další z jeho pionýrských a k zamyšlení provokujících prací. Autor se jí pokouší vymezit nové oblasti právní vědy a především nové přístupy k právu. K tomu zase nedochází tak často, a proto je třeba této nové práci věnovat speciální pozornost, protože bez ohledu na to, zda se prosadí názory v ní pertraktované, bude v každém případě významná nejen pro tradiční oblasti jako je zdravotnické či medicínské právo, regulaci výzkumné činnosti atd., nýbrž i pro pochopení rozvoje tak klíčové oblasti jako

jsou základní lidská práva, svoboda, důstojnost, autonomie člověka.

Jak plyne již z názvu práce, jedná se pokus formulovat nová východiska, ze kterých by právní věda odpověděla na výzvy 21. století, kdy podle autora přestává platit řada tradičních právních pojmů. Autor dokonce naznačuje potřebu opustit samotný pojem práva a nahradit ho pojmem biopráva (biolaw), což umožní, aby mohl být sledován v kontextu nových oborů jako je bioetika, biomedicína, biotechnologie, biopsychologie. Stejně tak je třeba znovu promyslet a do nového systému zařadit pojmy jako je právní norma nebo právní ustanovení (norm and provision), které rovněž dostávají v jeho pojetí nový význam (s. 106). Jedná se tak podle mého soudu o pokus o radikální odvrát od dogmatických přístupů k právu a o jeho propojení s živými organismy všeho druhu v podobě koncepce nejen nového právního oboru, nýbrž o nový pohled na právo, který by měl nově definovat jeho východiska z hlediska předmětu, epistemologie, metodologie, axiologie. Autor zřejmě dospěl k názoru, že vývoj v uvedených „bio“ oblastech již pokročil tak daleko, že je možné shrnout dosavadní výsledky a formulovat pevné základy nového oboru. Nejde jistě o pokus ani první, ani poslední,<sup>4</sup> je to však pokus seriózní a je třeba mu věnovat patřičnou pozornost i u nás v České republice (na stránkách našeho časopisu),<sup>5</sup> tak jako je tomu u prací R. Tokarczyka obvyklé v celém světě.

\* Současně recenze práce Tokarczyk, R. A.: *Biojurisprudence. Foundation of Law for the Twenty-First Century*. Lublin 2008, 113 s.

\*\* Prof. JUDr. Jan Filip, CSc., katedra ústavního práva a politikologie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno

<sup>1</sup> Roman Tokarczyk, R.: *Biojurisprudencja. Nowy Nurt Jurysprudencji*. Lublin: UMCS 1997.

<sup>2</sup> Viz jeho *Prawa wierne naturze: krytyka doktryny Lona Luvois Fullera*. Lublin: Wydawnictwo Lubelskie, 1980, dále *Prawo amerykańskie*. 10. vyd. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2009.

<sup>3</sup> Viz Tokarczyk, R.: *Komparatystyka prawnicza*. 9. vyd., Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2008.

<sup>4</sup> Konečně spolu s mými spolužáky jsem měl možnost poslouchat v prvním ročníku (1969-1970) znovuootevřené právnické fakulty v Brně přednášky nezapomenutelného prof. V. Kubeše, který se pokoušel rovněž o nový přístup na základě kritické ontologie Nicolaie Hartmanna s jeho pohledem na výstavbu světa (anorganická, organická, duševní a duchovní skutečnost či vrstva bytí), ve které hraje zvláštní roli právo ve vztahu k člověku, která je právě oním středobodem vývoje (Krone des Kosmos, Sinngerber der Welt). Mezitím vyšel i překlad *Nové cesty ontologie*. Bratislava: Pravda 1976. V Tokarczykově koncepci je východiskem život nejen člověka, což je zase reakcí na různé „eko“ směry ve vědě a politice.

<sup>5</sup> Česká republika je v práci zmíněna nepřímo pouze v předmluvě z pera amerického profesora W. J. Wagnera jako příklad ničení lesů znečištěným ovzduším.

Tokarczyk ve své poslední práci shrnuje výsledky svých dlouholetých výzkumů a výuky vědního oboru, k jehož zakladatelům se počítá.<sup>6</sup> V této rozsahem ve srovnání s jeho jinými pracemi<sup>7</sup> sice relativně stručné studii činí pokus vytvořit systém právní vědy, která bude vycházet nikoli z bezplodných dogmat (jeho tvrzení), nýbrž z toho nejreálnějšího, čím je právě život, existence živých bytostí (lidí, zvířat, živé přírody). Taková koncepce může vyvolat nejrůznější ohlasy<sup>8</sup> od naprosté skepse přes korektní kritiku až po naprostý nekritický obdiv. Protože však autor formuluje celou řadu závěrů výslovně pro „21. století“, je třeba blíže tento směr sledovat. Hned na počátku musím znovu připomenout (viz výše), že nyní vyšlá práce je určitým shrnutím studií předchozích, bez kterých by nemohla vzniknout. Prezentuje se v ní kostra oboru, zatím co jeho konkrétní obsah najdeme v pracích předchozích.<sup>9</sup>

Název biojursprudence, do češtiny obtížně přeložitelný, je označení pro budovaný nový vědní obor na pomezí více disciplín (viz níže),<sup>10</sup> který se z pohledu práva zabývá přirozeným rytmem každé formy života. Z toho se vyvozují její tři základní části:

- biojurgeneze (první část života od početí po narození),
- biojusterapie (nejobsáhlejší část zahrnující ochranu života a zlepšení jeho kvality od narození po smrt) a konečně
- biojustranatologie (problémy umírání člověka a zánik jiných druhů živých bytostí).

Tím je vymezen základní přístup k předmětu, který dále autor demonstruje na jeho prvcích, kterými jsou jako u každého vědního oboru ontologie, epistemologie, axiologie a metodologie biojursprudence. Především ontologická část nás přesvědčuje, že se nejedná pouze o život z hlediska tělesnosti, nýbrž z hlediska všech jeho forem (buněčný, organismální a sociální),

<sup>6</sup> Výuka biojursprudence jako samostatného výukového předmětu začala právě v Lublinu.

<sup>7</sup> Zejména *Prawa narodzin, życia i śmierci*. 8. vyd. Zakamycze 2006 (9. vyd. se připravuje v tomto roce); *Etyka prawnicza*. 3. vyd. Warszawa 2007; *Historia filozofii prawa*. 3. vyd. Kraków 2000; *Współczesne kultury prawne*. 7. vyd. Warszawa 2008; *Filozofia prawa*. 10. vyd. Lublin 2005 a další.

<sup>8</sup> Počty vydání prací autora a reakce v celém odborném světě dokazují, že se jedná o pokus, který se opírá se reálné podklady.

<sup>9</sup> Především práce *Prawa narodzin, życia i śmierci*. 8. vyd. Zakamycze 2006 je plná praktických problémů a příkladů jejich řešení. Zde je již rovněž obsažen přehled tezí a hypotéz nového vědního oboru (s. 19n.), v recenzované práci je však doplněn a rozšířen (s. 36-39).

<sup>10</sup> O novosti svědčí i to, že nejnovější a nejobsáhlejší (1100 stran) polská učebnice ji ještě nezahrnula do svých výčtu teorií a směrů (srov. Oniszczyk, J.: *Filozofia i teoria prawa*. Warszawa: C.H.Beck 2008).

což má význam zejména u člověka (duchovní, psychické, emoční, rozumové, sociální stránky) ve smyslu Hegelova chápání života jako všezahrnující totality (all-embracing totality, allumfassende Totalität v originálních textech Hegela). Důraz je kladen na odlišení pojmů „lidské bytosti“ a „osoby“, těla (které nyní vystupuje též jako fenomén obchodu a kultury) a ducha z pohledu různých kultur a náboženství (smrtnost, reinkarnace).<sup>11</sup> V případě člověka je zdůrazněn sociální život a jeho oblasti (náboženský, morální, politický, hospodářský, profesní, osvětový, kulturní atd.). Totéž se týká i smrti, její definice a druhů (včetně smrti biologické, mozkové, sociologické).

Samotný předmět ještě nepředstavuje až tak zásadní odlišnost od tradičního pohledu právní vědy na její předmět. Pokud bychom ovšem chtěli vyjít z toho, že jde o nový pohled na právo, došlo by nepochybně k jeho zúžení. Odlišnosti vystupují v případě epistemologie biojursprudence, která vychází z toho, že život je právě pranormou a prahodnotou všeho co existuje (pre-value, prenorm). Na rozdíl od přirozeného práva, které staví často na spekulaci, biojursprudence své poznání podle autora opírá o vědecké objevy (s. 23). Poznávací kategorií je zde proto pojem ontologické omezenosti života (finitude) oproti teologické myšlence života věčného. V této souvislosti autor rozebírá přístupy různých kultur, náboženství a vědních oborů a dospívá k zásadním závěrům ohledně nového směru poznávání v právu. Biojursprudence se podle něj může opírat o jedinou výchozí ontologickou zásadu prvotnosti života jako prahodnoty a pranormy, kdežto východisko své epistemologie dosud nenašla. To nemůže nalézt ani v bioetice jako daleko rozvinutějším oboru, který zde hledá východiska např. pro rozhodování různých etických a medicínských rad a komisí. Připomeňme proto význam této otázky právě pro oblast práva, neboť na rozdíl od bioetiky (ale i jiných oborů jako např. politologie) právní praxe musí hledat nejen možná řešení, ale musí prakticky rozhodnout. Stačí připomenout nedávné rozhodnutí (tuším ve Velké Británii) o tom, kterému z počatých dvojčat má být ukončen život, aby druhé mělo šanci na narození a přežití. Zde proto rozvoj medicíny a biotechnologií staví před právo úkol řešit problémy, nikoli jen spory, a to vše závazně regulovat.

V tomto směru lze dát autorovi za pravdu v tom, že tradiční právní pojmy v takových případech zklamou a je třeba hledat nová východiska. To ale podle mne neznamená zavržení původních, nýbrž pouze doplnění arzenálu práva o nový přístup. Pro právo to představuje nejen problém hledání řešení, nýbrž dokonce i hledání procedury, jak k nějakému vyhovujícímu řešení v takové radě, etické komisi nebo dokonce v soudním řízení

<sup>11</sup> Autor zde prezentuje kompartivní pohled nejen jako pouhý zdroj faktů a poznatků, nýbrž jako součást biojursprudence (s. 109).

dojít (a zda vůbec).<sup>12</sup> Zatím se tak lze opřít o tzv. four principles approach,<sup>13</sup> který je založen na respektování čtyř zásad – autonomie člověka,<sup>14</sup> nečinění zla (non-maleficence),<sup>15</sup> činění dobra (beneficence)<sup>16</sup> a spravedlnosti (fairness).<sup>17</sup> Zejména poslední princip není třeba z hlediska téměř bojů o reformu našeho zdravotnictví snad ani rozvádět. Již to ukazuje, že nejspornější oblastí biojursprudence bude její axiologie, jejíž hranice jsou logicky vymezeny dvěma krajnostmi – kultem života a kultem smrti. Život je sice pro biojursprudencei prahodnotou, nicméně jej lze hodnotit na základě stupnice jeho jakosti.<sup>18</sup> Není pominuta ani problematika Kantova kategorického imperativu, i když Tokarzcyk s ohledem na jeho přílišnou obecnost v něm neshledává velký praktický normativní význam. Co se týče práva na ži-

vot, je zmíněna i otázka hodnota života zvířat a rostlin opět v komparativním pohledu s kritikou antropocentrismu ve srovnání s biocentrismem A. Schweitzera. Zde se autor dotýká otázky právní subjektivity a možností konstruování práv zvířat. Zdůrazňuje rozdíl tvrdé (deep) a měkké ekologie (shallow ecology), když ta poslední pouze chrání přírodu z důvodu ochrany životních podmínek člověka.

V tomto kontextu vzniká rovněž otázka, co nového by mohla přinést metodologie takto budovaného nového oboru. Zcela nepochybně, a autor si je toho vědom, to bude vazba na metody bioetiky, biotechnologie a biomedicíny.<sup>19</sup> Zde autor formuluje celkem osm tezí a hypotéz,<sup>20</sup> které umožňují bližší pochopení celkové koncepce biojursprudence. Z nich plyne, že podle autora do vzniku biojursprudence byl rozvoj právní vědy určován jen přirozenými procesy života člověka a přírody, kdežto nyní je její předmět určován umělými zásahy biotechnologií, bioetiky a biomedicíny. Tyto zásahy jsou přitom stále větší, což vede k poklesu významu tradičních metod a růstu významu biojursprudence a biopráva. Tyto zásahy jsou hodnoceny různě, takže hodnocení je důležitou složkou nového oboru. To má vést k tomu, že ne vše, co je technicky možné, je axiologicky akceptovatelné a normativně přípustné. To má podle autora klíčový význam z hlediska konstrukce nových přístupů k tvorbě (bio)práva a jeho aplikace (s. 38).<sup>21</sup> To vede též k tomu, že se od původně spekulativních přístupů přechází ke zcela praktické orientaci biojursprudence. Protože však ještě nedokážeme dohlédnout všechny důsledky vývoje, může v budoucnosti dojít k zásadní reorientaci právní vědy. Pevných východiskem musí být pojetí života jako prahodnoty a pranormy. Z těchto tezí a hypotéz je potom učiněn pokus vybudovat systém biopráva s odvětvím, která regulují určitý aspekt života člověka, zvířat a přírody (s. 39). Východiskem by měly být instituty (autor hovoří o institucích?) práva narození, života a smrti, ovšem samotná odvětví se od současných odvětví nijak ve skutečnosti neliší (ústavní, správní, finanční atd.). Jediný rozdíl je v tom, že autor nehovoří o odvětvích práva, nýbrž o odvětvích života (s. 107 – branches of life). Z hlediska kategorie života je též možno vyřešit spor o to, zde lze hodnoty poznat (kognitivismus) či

<sup>12</sup> Ani to není pro právo nový problém. Stačí poukázat na pojem tzv. political question v podobě závěrů soudů, že určité otázky nejsou soudně judikovatelné a vymykají se soudní kognici (politické, ekonomické, umělecké, vědecké, lékařské). Z ústavního práva pak možno připomenout problém přípustného a nepřípustného předmětu referenda nebo tzv. rizikových rozhodnutí. Z mnohých prací na toto téma např. di Fabio, U.: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. Tübingen: Mohr Sibeck 1994 nebo úvahy R. Alexyho (Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; Bd. 61 Berlin; New York: de Gruyter 2002, s. 15n.) o strukturálních a epistemologických prostorech (Spielräume) pro rozhodování. První jsou dány nejednoznačností příkazů a zákazů, druhé problémy poznání.

<sup>13</sup> Podrobně lze odkázat právě na autory tohoto přístupu – viz Beauchamp, T. L., Childress, J. F.: Principles of Biomedical Ethics. 5. vyd., Oxford : Oxford University Press, 2001, s. 57-271. Autor se však ke kritériím v této praxi blíže nevyjadřuje. Poukazuje pouze na shodnost druhého a třetího principu rozhodování, i když s tímto názorem lze souhlasit jen částečně, jak plyne z právě citované práce (s. 114).

<sup>14</sup> Zahrnuje otázky jako způsobilost rozhodnout, dobrovolnost (předběžné podmínky), objasnění, doporučení, porozumění (prvky informační), rozhodnutí a jeho schválení (prvky souhlasu), problematiku náhradního souhlasu (surrogate decision) atd.

<sup>15</sup> Je výrazem staré maximy *primum non nocere* zahrnuje řadu požadavků jako nepůsobit škodu, předcházet jí, odstraňovat ji a činit dobro, což konkrétně zahrnuje problémy jako dobrovolného a povinného léčení, neléčení, euthanasie, usmrcování apod.

<sup>16</sup> Jako tradiční problém etiky (souběžný je pojem benvolence) zahrnuje otázky paternalismu (k tomu tradiční řešení u J. S. Milla v dile O svobodě), zvažování dobra a prospěchu (problém utilitarismu) atd.

<sup>17</sup> Zahrnuje takové prvky jako jsou férová šance, právo na přiměřenou (decent) minimální péči, pravidla přidělování léčebných prostředků, stanovení priorit při léčení pacientů, nedostatková péče atd.

<sup>18</sup> Zde zatím autor nabízí klasifikaci podle takových kritérií jako hrubý domácí produkt, délka života, politická stabilita, bezpečnost, počet rozvodů, účast na občanském životě, klima, zeměpisná poloha, zaměstnanost, politická svoboda, rovnost pohlaví atd.

<sup>19</sup> Nedovedu si představit, jak by se s tímto přístupem vyrovnali klasikové normativní teorie.

<sup>20</sup> V předchozí práci Prawa narodzin, zycia i śmierci. 8. vyd. Zakamycze 2006, s. 19 jich uvádí sedm.

<sup>21</sup> To považuji za jeden z klíčových závěrů a připomínám si zde diskuse např. nad problematikou budoucího § 167 nového trestního zákona (nedovolené nakládání s lidským embryem a lidským genomem) či nad zákonem č. 227/2006 Sb., o výzkumu na lidských embryonálních kmenových buňkách a souvisejících činnostech v souvislosti s Úmluvou na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíne (č. 96/2001 Sb.m.s.).

nikoli. To vede k postupu, kdy docházíme k hodnocení, na jeho základě ke stanovení povinností, poté na vyšším stupni ke stanovení zásad a konečně k normativním teoriím (rozuměj v podobě např. přirozeného práva, utilitarismu, deontologie Kanta apod.). Zde je zejména zajímavé, jak autor srovnává americký přístup, který je skeptický vůči hledání obecných řešení,<sup>22</sup> s přístupem evropským, který se o to naopak snaží. Podle Tokarczyka je přitom významné, že zatímco přístupy v bioetice se liší a navzájem soupeří, v biojurisprudenci je tomu naopak. To je ovšem pochopitelné, protože na rozdíl od teologů, etiků či politologů se právníci nakonec vždy na nějakém řešení musejí shodnout a věc ve prospěch určitého výsledku rozhodnout. Proto nelze souhlasit s autorem, že je to v důsledku toho, že biojurisprudence uznává život za prahodnotu a pranormu (s. 45). Plyne ze samotné povahy a funkce práva, jehož aplikace musí přinést rozhodnutí. Jestliže přitom najde jednotné východisko, tím lépe. Konečně S. Symotiak v předmluvě uznává, že právo má své autonomní požadavky (*dura lex sed lex*) a že bez toho by převládl kulturní relativismus a situacionalismus (s. 5). Na to autor navazuje ve svých úvahách o roli bioetických rad a výborů, jejichž posláním je najít základní východiska a shodu v řešení složitých životních situací a současně hledat směrnice pro zákonodárce. Zde autor spatřuje (s. 55) zajímavou spojnicí, když tvrdí, že přirozené právo je nezávislé na státní tvorbě práva, kdežto bioprávo je ovlivněno nejen státní tvorbou, ale právě také doporučeními oněch bioetických rad.

Druhá část práce (s. 47-65) je věnována dalšímu problému zmíněné deklarace nezávislosti, tj. vymezení se biojurisprudence vůči jiným právním směrům současnosti jako jsou především přirozené právo, právní pozitivismus a právní realismus. Kromě toho autor uvádí ještě další směry jako jsou hermeneutika, analytická filosofie práva, teorie právní regulace, procesní teorie spravedlnosti a ekonomická analýza práva. Východiskem je zde opět hledisko ontologie, epistemologie, axiologie a metodologie. Kromě komparace těchto směrů je zajímavá např. kritika koncepce Kelsenovy vyspekulované Grundnorm (s. 55) jako transcendentálně-logické podmínky tvorby, platnosti a aplikace práva oproti pranormě biojurisprudence, která je imanentní a zřejmá pro každého rozumného člověka. Zatímco pro přirozené právo je typický dualismus práva přirozeného a stano-

veného, biojurisprudence právo sjednocuje. Ontologicky vzato mají společný předmět, ale zatímco přirozené právo život chrání jako by zvnějšku, biojurisprudence jej chrání a zlepšuje zevnitř. Tato část zaujme nepochybně každého, neboť demonstrovuje autorovu tolikrát osvědčenou erudici v této oblasti. Naproti tomu část třetí (s. 67-81) nazvaná „Právo a moudrost“ je spíše přehledem různých koncepcí moudrosti a filosofických, morálních a náboženských přístupů k ní. Sama o sobě představuje jen jakýsi úvod do problematiky toho, co musí bioprávo řešit a co zatím přesahuje možnosti našeho poznání. Není přitom pochyb, že klasifikace na moudrost osobní, která určuje život jedince a moudrost sociální, která určuje skupinový život, má význam, stejně jako zásady rozvahy, diskrece, opatrnosti, solidnosti, solidarity. V této části popravdě bez vazeb na předmět biopráva hodně problémů spíše uniká. Z práce též neplyne, zda se jedná o nutnou část biojurisprudence či v jakém poměru k ní úvahy o moudrosti jsou.<sup>23</sup> Více zaujme až část budovaná na autorově právní etice, kde zkoumá jurisprudence jako právníckou modrost a její předpoklady na pozadí statutu právnícké profese.

K vlastní problematice předmětu a metod se autor vrací opět v části čtvrté (s. 83-104), ve které rozebírá velice zajímavě vazby biojurisprudence s jejími (těžko říci zda) pomocnými vědami, což jsou všechny vědní obory, které začínají předponou „bio“. Sleduje jejich předmět, vznik, strukturu a vztah k biojurisprudenci. Hlavní pozornost přitom věnuje zejména bioetice, což je pochopitelné, neboť pro právo jako celek slouží etika (pokud nejde o směr založený na axiologickém eticko-právním nihilismu) jako podnět pro rozvoj a hodnocení, ať již jde o etický redukcionismus – vazby jsou, ale být nemusí, normativismus – vazby jsou a jsou žádoucí nebo esencialismus – právo bez morálky není možné (s. 56). Na rozdíl od právního pozitivismu, který se řadí mezi první tři přístupy, biojurisprudence spolu s přirozeným právem stojí tedy na stanovisko esencialismu. Pro ni má pro bioetiku zásadní význam, neboť jí jaksi předpracovává takové otázky jako utilitarismus, určení hodnoty života, kontroly techniky, lékařství, forem uvažování o životě, hledání hranic mezi fakty a hodnotami. Stejně tak z ní bere biojurisprudence přirozené prameny, zatímco náboženství má své prameny v něčem nadpřirozeném. Zaujme též rozbor vztahu bioetiky a biopráva,<sup>24</sup> kde autor zdůrazňuje přednosti common

<sup>22</sup> Příkladem může být Barcelonská deklarace z roku 1998, zpracovaná kodaňským Centrem etiky a práva, založená na zásadách autonomie, důstojnosti, integrity a zranitelnosti, která je považována za jedinečný příklad filosofické a politické dohody expertů z oblasti bioetiky a biopráva. Podrobně viz rozbor v práci Peter Kemp, P., Rendtorff, J. D.: The Barcelona Declaration. Towards an Integrated Approach to Basic Ethical Principles. SYNTHESIS PHILOSOPHICA, roč. 46, 2008, č. 2, s. 239–251 (dostupné na [www.hrca.hr/file/58331](http://www.hrca.hr/file/58331)).

<sup>23</sup> Zde jen připomínám, že v posledních letech zavedl náš Ústavní soud při hodnocení obecně závazných vyhlášek obcí test čtyř kroků, jehož poslední složkou je test rozumnosti.

<sup>24</sup> Zde autor uvádí názor amerického badatele M. Caprona, podle kterého lze tento vztah znázornit tak, že bioetika je vlak s nákladem objevů biologie, techniky a lékařství, kdežto bioprávo je inženýrem kontrolujícím lokomotivu tohoto vlaku, který se pohybuje po kolejkách určených etikou a náboženstvím.

law pro tuto oblast, zejména pro oblast regulace zdravotnictví (medicínské právo).<sup>25</sup> Zdůrazňuje zejména tu jeho přednost, že jeho aplikace je současně jeho tvorbou (s. 108), zatímco v kontinentálním systému jde o dva zdoluhavé procesy.<sup>26</sup> Jiným takovým oborem je biotechnologie, s nesmírně dlouhou historií od fermentace, kvašení, hnití atd. přes molekulární biologii od konce 19. století k objevu struktury DNA, genetickému inženýrství, klonování, geneticky modifikovaným organismům atd.<sup>27</sup> To vede k potřebě právní regulace jak na úrovni státní, tak zejména mezinárodní<sup>28</sup> nebo Evropské unie.<sup>29</sup> Obdobně je pojednána problematika biomedicíny a základních právních instrumentů v této oblasti. Kromě toho autor rovněž poukazuje na takové obory jako bioantropologie, biopsychologie, biomechanika, biostatistika nebo z jiné stránky tzv. bioterorismus.

Jaký bude další vývoj biojurisprudence? Závěrečná část obsahuje výhledy biojurisprudence do budoucnosti, kde se autor pokouší naznačit základní směry vývoje z hlediska její struktury, pramenů, bioprávních vztahů a struktury z hlediska odvětví (tzv. odvětví života). Popravdě ale nějaký rozdíl oproti klasickému právu zde není vidět (myslím tím strukturu systému odvětví biopráva), to se ale netýká např. názoru o bezdůvodném (unjustifiably) zúžení okruhu subjektů práva na fyzické a právnické osoby a úvahy o postavení alespoň některých zvířat v této souvislosti (s. 107). Pochopitelně vytrženo z kontextu by takové tvrzení mohlo vzbudit odpor, v kontextu souboru poznatků, které nám práce R. Tokarczyka prezentují, to již vede k promyšlení nových konceptů. Teprve pokus o komplexní zpracování problematiky biopráva z pohledu biojurisprudence může přinést další odpovědi na množství otázek, které se při četbě této studie nabízejí. V čem tedy má tento

nový pohled na právo spočívat a jedná se skutečně o deklaraci nezávislosti nového oboru?<sup>30</sup> Stačí k tomu nové výzvy současnosti z oblasti genetiky, sexuologie, techniky a biotechnologií, psychologie, medicíny? Ztratily již skutečně tradiční pojmy práva, subjektivních práv, právního vztahu a jeho prvků, právních odvětví (mají být nahrazena specifickými oblastmi života) svůj význam a je třeba budovat nový systém právní vědy, tedy biojurisprudence s předmětem života a prameny biopráva místo dosavadního práva? Co vše je spjato s pojmem života, když jeho práce o právu rození, života a smrti pomíjí množství tradičních právních témat? Jak bude vypadat např. ústavní právo nebo správní právo (tedy odvětví ústavního života nebo správního života) v novém systému? Nedostane se nový směr do stejných problémů jako jeho opak, tedy normativní teorie, která se naopak snažila právní teorii očistit od života? Bude bioprávo národním právem nebo právem mezinárodním?<sup>31</sup>

To jsou otázky, na které bude třeba dát důkladnou odpověď. Zatím se jedná o pokus reagovat na civilizační pokrok v uvedených oblastech. Pochopitelně pokus formulovat nový přístup v takové oblasti vede k závěrům, které mohou vyvolávat pochybnosti (jsem skeptický v ohledu zcela nového pojetí práva). Nepochybně biojurisprudence nevyřeší všechny problémy tvorby, interpretace a aplikace práva, když jsem přesvědčen, že bioprávo nebude nikdy pokrývat celou oblast právní regulace.<sup>32</sup> Zejména je stěžejní přijatelný názor, že sjednocení východisek biopráva v pranormě a výchozí hodnotě či prahodnotě života povede k odstranění dosud podle Tokarczyka chimerické snahy dosáhnout úplnosti, jednoty a vnitřní nerozpornosti práva (s. 108). Konečně i prameny, ze kterých lze čerpat, ukazují, že se jedná zejména o filosofické, lékařské, přírodovědecké

<sup>25</sup> Jen opět poznamenávám, že by si ovšem zasloužila náležitou pozornost judikatura Evropského soudu pro lidská práva k čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, kterou se dohání problémy s bezprostřední aplikovatelností Úmluvy o biomedicině (č. 96/2001 Sb.m.s.).

<sup>26</sup> To ovšem znamená nutnost důkladné analýzy soudní judikatury a rozlišování mezi politikou, právem a etickými otázkami, jak to činí např. práce Dolgin, J. L., Shepherd, L. L.: *Bioethics and the law*. New York: Aspen Publishers, 2005 (v tomto roce vychází již 2. vydání rozšířené z 894 na 960 stran).

<sup>27</sup> Zde jen připomínám nedávno vyšlou vynikající práci J. Kerstena: *Das Klonen von Menschen : eine verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Kritik*. Tübingen : Mohr Siebeck 2004, kde je podrobně rozebírána problematika biotechnologií včetně regulace v komunitárním právu a Chartě základních práv EU.

<sup>28</sup> Zde se jedná o soubor pravidel pod zkratkou GMT (Good Microbiological Techniques) – viz např. v materiálech WHO Laboratory biosafety manual. 3. vyd. Geneva 2004 na adrese [http://whqlibdoc.who.int/publications/2004/9241546506\\_partI\\_V.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2004/9241546506_partI_V.pdf).

<sup>29</sup> Jen modul EU v rámci ASPI vykazuje více než sto pramenů.

<sup>30</sup> Tak označuje tuto práci v předmluvě S. Symotiuk.

<sup>31</sup> Problémy bioetiky, biomedicíny atd. ukazují, že bez sjednocení legislativy jednotlivých států by mohlo být dosti bezmocné na celé řadě úseků. To dokazují již ranější práce z této oblasti jako např. sborník *A legal framework for bioethics* (Mazzoni, C. M. editor). Hague: Martinus Nijhoff Publishers 1998 nebo též editor *Ethics and law in biological research*. Hague: Martinus Nijhoff Publishers 2002. V tomto směru lze očekávat především aktivní politiku ze strany Evropské unie. Jako příklad viz *EU Policy on Biotechnology*. 2. vyd., Luxembourg 2006 (dostupné na [ec.europa.eu/environment/biotechnology/pdf/eu\\_policy\\_biotechnology.pdf](http://ec.europa.eu/environment/biotechnology/pdf/eu_policy_biotechnology.pdf)), dále *Life sciences and biotechnology - A strategy for Europe*. COM (2002) 27 (dostupné na [ec.europa.eu/biotechnology/pdf/com2002-27\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/biotechnology/pdf/com2002-27_en.pdf)) a k tomu Sdělení Komise o střednědobém přezkumu strategie pro biologické vědy a biotechnologii (dostupné na [ec.europa.eu/biotechnology/docs/com\\_2007\\_175\\_cs.pdf](http://ec.europa.eu/biotechnology/docs/com_2007_175_cs.pdf)), které ukazují ještě širší dosah problému.

<sup>32</sup> V práci je bioprávo chápáno jako systém všech úprav, které se týkají ochrany života a zlepšení kvality života člověka a některých druhů zvířat a kde vazby norem, ustanovení, zásad a odvětví jsou dány charakterem života a soužití (s. 107).

odborné časopisy. I na naší univerzitě práce z těchto „bio“ oborů najdeme roztroušené po knihovnách všech fakult. Proto bez ohledu na fakt, že Roman Tokarczyk rozhodně razí nový směr a nové cesty k řešení aktuálních výzev, se kterými se bude muset právo 21. století vypořádat, jsem co se týče takových ambicí skeptický. Zda bude lékem na uváděné nedostatky současného práva a právní vědy právě „bioprávo“ a „biojurisprudence“, to se teprve ukáže. Zpracování takového projektu přesahuje síly jednoho člověka, i když autor s ohledem na svou pověstnou erudici v této oblasti plní roli budovatele základů nového přístupu k hledání nových cest v právu. Práci lze proto doporučit nejen jako úvod do nové problematiky, ale též jako příklad budování nového směru v právní vědě a současně též jeho propagace.

### Summary

The reviewing article deals with the first serious attempt to break a new field of law and to give rise for a new branch of legal science called biojurisprudence

founded by one of the most interesting and prolific Polish legal philosophers and comparativists R. Tokarczyk. He is attempting to build up on the ground of new legal complex branch of law called biolaw as a new legal discipline. More precisely he is aiming even at new understanding of law. The author however is hesitating if the subject of new discipline is coincides with whole material of law as we understood it nowadays. An interference of new scientific branches as bioethics, biomedicine, biotechnology etc. in the natural processes of life shall be undoubtedly regulated by law, but biojurisprudence in author's opinion is not able to solve all problems of legislation, interpretation and application of law as prof. Tokarczyk seems to promise. In any case it is very important experiment how to deal with ontology, epistemology, axiology and methodology of law and the endeavor of prof. Tokarczyk ought to be appreciated. Hitherto we are encountering only a first outline of such a new discipline with its starting points, pillars, methods etc. Nonetheless the reviewed book provides many interesting points not only for lawyers, but for physicians, philosophers, moralist, biologist and students of political science.

## Nesplnění smluvních povinností jako nekalá soutěž

Josef Kotásek\*

I. Otázka, zda nesplnění smluvních povinností představuje formu nekalé soutěže, patří k aktuálně diskutovaným otázkám na formálních i neformálních odborných fórech. V reakci na tyto probíhající diskuse se ve svém příspěvku pokusím prezentovat závěry, které v tomto směru přinesla zejména německá a rakouská doktrína a judikatura. Současně se pokusím zhodnotit i jejich přínos pro českou právní vědu.

Porovnání se zmíněnými státy není zvoleno náhodně. Česká právní úprava disponuje podobnou regulací a využívá obdobných legislativních technik (generální klauzule s navazujícím taxativním výčtem skutkových podstat nekalé soutěže). Letmý pohled do odborné literatury navíc naznačuje, že je to právě německá a rakouská teorie a praxe, která zásadním způsobem ovlivňuje českou odbornou literaturu a následně i aplikaci

práva<sup>1</sup>. Výjimkou není ani problematika rozebíraná v tomto příspěvku.

Odpověď na otázku, zda lze porušení smluvních povinností (a jeho důsledky) pojímat současně jako formu nekalé soutěže, má pro dotčené účastníky značný význam. Již v římském právu se setkáme se zásadou, že smlouva zakládá relativní závazkový vztah s právními účinky toliko *inter partes* (anglo-americká doktrína zde používá pojem "privity of contract"<sup>2</sup>). Obligace ze smlouvy je relativní závazkový vztah, který v zásadě

<sup>1</sup> Pominout nelze ani skutečnost, že obrovský německý trh je spolu s rozvinutým systémem ochrany spotřebitelských zájmů prostřednictvím spotřebitelských sdružení spolehlivou a trvalou „zásobárnou“ případů a sporů z nekalé soutěže. Na počátku většiny v článku citovaných rozhodnutí ostatně stála právě žaloba podaná spotřebitelskou organizací.

<sup>2</sup> Bernitz, U. Unzulässiges Eingreifen in Vertragsverhältnisse nach schwedischem Recht und in vergleichender Perspektive, GRUR Int, 1989, č. 11, s. 799 an.

\* doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., katedra obchodního práva PrF MU

nezasahuje do právních poměrů osob stojících mimo smluvní strany.

Pokud by však bylo nesplnění smluvně převzatých povinností (souběžně) klasifikováno jako nekalosoutěžní jednání ve smyslu generální klauzule proti nekalé soutěži, bude narušitele krom odpovědnosti za porušení samotné smlouvy stíhat i mimosmluvní odpovědnost z deliktu nekalé soutěže. Výhodnější postavení osoby, která se dovolává svých práv (také) z titulu porušení předpisů o nekalé soutěži, je patrné na první pohled z katalogu jeho nároků (srov. § 53 obchodního zákoníku<sup>3</sup>). Ten je širší než u porušení smlouvy a zahrnuje mj. i reparaci imateriální újmy, jež může mít i povahu peněžitého zadostiučinění.

U nároku na náhradu škody to bude zvláště významné v těch případech, kdy byla přípustným způsobem smluvně limitována výše náhrady škody vzniklá porušením sjednané povinnosti. Lze totiž mít za to, že škoda způsobená jinému soutěžiteli deliktem (tj. nekalou soutěží) není žádným ujednáním limitujícím rozsah odpovědnosti za škodu (např. ujednáním o smluvní pokutě<sup>4</sup>) dotčena<sup>5</sup>.

II. Právní úprava nekalé soutěže nemá primárně za cíl vynucení loajality smluvních stran. Směnné vztahy a jejich projevy v závazkových vztazích nelze automaticky podřadit pod vztahy v hospodářské soutěži, a to i když nepřímo budou mít na soutěžní poměry velmi často významný vliv<sup>6</sup>.

Dokumentovat to lze na následujícím příkladu. Dodavatel, který ve sjednané lhůtě nepředal určité dílo (např. aquapark), neboť své úsilí investoval do jiného, výnosnějšího a více urgentního projektu (nové obchodní centrum), jedná v rozporu se smlouvou a tedy protiprávně. Nedodržení smlouvy o dílo může samozřejmě mít nepřímo významný dopad na soutěžní poměry. Neprovedením díla např. nevznikne konkurence (či bude

<sup>3</sup> Dále jen „ObchZ“.

<sup>4</sup> Pokud se týká speciálně smluvní limitace náhrady škody skrze smluvní pokutu, lze tento závěr navíc podpořit i formálně - dikcí § 545 ObčZ, která pamatuje toliko na věřitele a dlužníka ze smlouvy a míří na porušení smluvních povinností. Při porušení povinnosti z úpravy nekalé soutěže jde ovšem o vztah rušitele a dotčeného subjektu. Současně platí, že limitace náhrady škody prostřednictvím smluvní pokuty na základě § 545 odst. 2 ObčZ je vlastně (na rozdíl od jiných smluvních limitací nespornou) výjimkou z obecné zásady, dle níž se není možno platně předem vzdát nároků, které mají vzniknout v budoucnu. Jako každá výjimka z obecné zásady by měla být proto vykládána co nejužší (tj. neměla by být vztahována i na deliktní odpovědnost).

<sup>5</sup> U škody způsobené úmyslně srov. Šilhán, J. Náhrada škody v obchodních vztazích a možnosti její smluvní limitace. Praha. C. H. Beck 2007.

<sup>6</sup> Srov. blíže Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Masarykova Univerzita, Brno, 2000, str. 35, 121 a 137.

oddálen její vznik), jistě k radosti provozovatele místního konkurenčního aquaparku. Jinak budou vnímat absenci konkurence návštěvníci, kteří platí vyšší vstupné. „Smluvní nevěra“ chladně kalkujícího zhotovitele se může (negativně) projevit i na vedlejších trzích. Tak například - viděno očima provozovatelů konkurenčních obchodních center - přibude „zbytečně rychle“ nový konkurent.

Právo proti nekalé soutěži ovšem není „superprávem“, které by se extenzivně vztahovalo na jakékoliv porušení povinností (smluvních či zákonných). Výše uvedené jednání zhotovitele nelze bez dalšího hodnotit jako jednání nekalosoutěžní dle § 44 odst. 1 ObchZ. Obecně to ovšem vyloučit nelze. Z případů prezentovaných dále bude patrné, že se v praxi mohou vyskytnout situace, kdy porušení smluvního závazku bude mít charakter jak soutěžního jednání<sup>7</sup>, tak jednání, které koliduje s dobrými mravy soutěže a bude způsobit přivodit újmu na straně soutěžitelů či spotřebitelů<sup>8</sup>.

III. Soutěžněprávní relevanci budou mít i taková jednání, která nebudou porušením smlouvy, ale budou v kolizi s „džentlmentskými“ dohodami či jinými neformálními a (z pohledu závazkového práva nevynutitelnými) přísliby.

Dokumentovat to lze na starším případě ze SRN, který se týkal reklamy na tabákové výrobky. V roce 1980 uzavřeli tabákoví producenti v rámci samoregulace dohodu o pravidlech označování cigaret slovem „mild“ (tzv. Mild-Abkommen). Podle této dohody bylo možno označení „mild“ použít mj. jen tehdy, pokud cigareta nepřekračuje určité limity nikotinu a dehtu. Jeden z významných výrobců v roce 1990 použil v reklamě na cigarety označení „mild“ („L a M Mild!“). Inzerované cigarety překračovaly dohodou stanovené limity.

Výrobce byl zažalován spotřebitelským sdružením pro nekalou soutěž na zdržení se šíření této reklamy, neboť je v rozporu s „Mild-Abkommen“. Žalovaný nepopíral, že svou reklamou výše uvedenou dohodu porušil, namítal ovšem, že sdružení nemůže uplatnit negatorní nárok na zdržení se šíření reklamy, neboť není účastníkem dohody. Soud prvního stupně této argumentaci přitakal a zamítnul žalobu mj. s tím, že dohoda o užívání označení „mild“ má účinky toliko mezi smluvními stranami a třetích stran se proto nedotýká.

Případ posuzoval německý nejvyšší soud (BGH)<sup>9</sup>. Je zajímavé, že BGH se v tomto případě podrobněji ne-

<sup>7</sup> Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Masarykova Univerzita, Brno, 2000, str. 273.

<sup>8</sup> Striktně viděno, nesplnění smlouvy není „jednáním“. Jednáním v soutěži ale rozumíme samozřejmě i omisivní chování, tj. opomenutí – za podmínky, že narušitel nejednal v situaci, kdy jednat měl (např. proto, že k tomu byl smluvně zavázán).

<sup>9</sup> Rozsudek BGH, I ZR 301/90, publikován in Wettbewerb in Recht und Praxis, 1993, s. 697.

zabýval otázkou klamavosti reklamního sdělení, která je tu nasnadě. Tento aspekt soud považoval v podstatě za nadbytečný, neboť rozhodujícím podle něj byla skutečnost, že výrobce porušil „Mild-Abkommen“. Uvedená smlouva podle BGH zachycuje obecný morální závazek („allgemeine sittliche Verpflichtung“) a má charakter obecného soutěžního omezení, které si tabákový průmysl sám uložil. Užití smluvně nedovoleného označení v reklamě bylo proto podle soudu v rozporu s generální klauzulí proti nekalé soutěži.

IV. Jak již bylo uvedeno v úvodu, pro řešení řady otázek z oblasti práva proti nekalé soutěži je přínosná komparace s doktrínou a judikaturou německou či rakouskou. V SRN i Rakousku může být porušení smluvních povinností formou nekalé soutěže, která je v obou zemích reprobována skrze generální klauzule proti nekalé soutěži. Jednání, kdy smluvní strana, která neplní či nespĺnla povinnosti plynoucí ze smlouvy, není v SRN nebo v Rakousku považováno za nekalosoutěžní automaticky<sup>10</sup>. Účastník sice jedná v rozporu se smlouvou, tj. protiprávně, nikoliv ale bez dalšího nekale ve smyslu generální klauzule proti nekalé soutěži<sup>11</sup>. Ochrana instituty práva proti nekalé soutěži se má uplatnit jen ve zvláštních a mimořádných případech a jen pokud porušení smluvní povinnosti doprovází další soutěžně relevantní okolnosti<sup>12</sup>. Z relativně bohaté rakouské a německé judikatury jsem vybral dvě rozhodnutí, které tyto okolnosti dobře demonstrují a budou přínosné pro aplikaci generální klauzule proti nekalé soutěži v českých podmínkách.

a. První rozhodnutí se týká porušení smlouvy uzavřené se třetími osobami (spotřebiteli) a v literatuře je obvykle citováno pod heslem „*Ausschank unter Eichstrich*“ (tj. „výčep pod míru“)<sup>13</sup>.

Žalobce, kterým bylo spotřebitelské sdružení, uplatňoval vůči žalovanému nároky na zdržení se závadného nekalosoutěžního jednání. To mělo podle žalobce spočívat v tom, že žalovaný jako provozovatel velké mnichovské pivnice s kapacitou 5 tisíc návštěvníků dlouhodobě nabízel máz piva (1 litr) za cenu 5 DM<sup>14</sup> a tuto cenu také od spotřebitelů inkasoval. Pivo ovšem čepoval

pod míru; skutečně servírovaný objem byl podstatně nižší než inzerovaný jeden litr. Tímto jednáním měl podle žalobce žalovaný v rozporu s pravidly soutěže klamat své zákazníky a současně si tím sjednával neoprávněnou výhodu oproti poctivě postupujícím hostinským.

Německý BGH vyšel z toho, že z porušení smluvních povinností vůči obchodnímu partnerovi spočívajících v daném případě ve vadném plnění (nápoj čepovaný pod míru), nelze bez dalšího dovodit zdržovací nároky spotřebitelského sdružení.

Podle soudu je vadné plnění resp. nespĺnění povinností ze smlouvy obecně jednáním v obchodním styku a výhody, které z toho obchodníkovi plynou, mají soutěžní relevanci. Jde ovšem o důsledky vypořádání konkrétního smluvního poměru, který se netýká jiných soutěžitelů a nemá také žádné vnější účinky na soutěž (trh). Není tedy možno učinit obecný závěr, že porušení smlouvy bylo jednáním k podpoře vlastního podniku. („*Handeln zur Förderung des eigenen Wettbewerbs*“).

Jinak je tomu ovšem podle soudu zejména v případě, že obchodník již dopředu zamýšlí šidit své zákazníky a opakovaně není ochoten vyhovět jejich reklamaci<sup>15</sup>, tj. v situaci, kdy je porušení smlouvy v podstatě obchodní strategií soutěžitele. Z výše uvedených důvodů dospěl BGH k závěru, že postup provozovatele pivnice byl v rozporu s generální klauzulí proti nekalé soutěži.

b. Z popisovaného případu, jakož i z další citované judikatury, je patrné, že nekalou soutěží může být za určitých podmínek porušení smlouvy uzavřené se třetí osobou (obvykle spotřebitelem).

Za nekalosoutěžní jednání je však považováno také porušení smluv mezi soutěžiteli samotnými (tj. ve vztazích, které můžeme označit za horizontální)<sup>16</sup>. Typicky jde např. o ujednání (ve smlouvách o obchodním zastoupení, pracovních smlouvách a smlouvách společenských), kterými byly sjednány konkurenční doložky a soutěžní zákazy a omezení výdělečné činnosti včetně možností propagace. Předpokladem reprobace je dle doktríny bezprostřední soutěžní význam porušovaných smluv („*Wettbewerbsbezogenheit*“)<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Srov. v. Jagow in Harte-Bawendamm/Henning-Bodewig a kol. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar. C. H. Beck 2004, s. 1003

<sup>11</sup> Srov. např. rozhodnutí BGH „*Ausschank unter Eichstrich I*“ publikované v časopise GRUR, 1983, s. 450 an., rozhodnutí stejného soudu „*Widerrufsbelehrung bei Teilzahlungskauf*“ publikované v časopise GRUR 1987, s. 180 an. nebo rozhodnutí „*Ziegelvorhangfassade*“ uveřejněn v GRUR, 1994, s. 640.

<sup>12</sup> Piper in Piper/Ohly, UWG, 4. vydání 2006, marg. č. 11/341.

<sup>13</sup> BGH, rozsudek ze dne 10. prosince 1986 - I ZR 136/84. Rozhodnutí je dostupné např. na adrese: <http://www.matutisstruck.de>.

<sup>14</sup> Příklad se udál v roce 1981.

<sup>15</sup> BGH konkrétně uvedl, že jde o situaci, „*wenn die Beklagte im Rahmen des Betriebs ihres Biergartens einen Minderausshank von Anfang an einkalkuliert hätte, um sich durch gezielte und planmäßig wiederholte Kundentäuschung Vorteile im Wettbewerb zu verschaffen*“.

<sup>16</sup> Potvrzuje to např. rozhodnutí BGH ze dne 29. 3. 2007 „*Änderung der Voreinstellung*“ (publikováno v časopise GRUR, ročník 2007, s. 987 an.), které se týká soutěžněprávní odpovědnosti při porušení smlouvy uzavřené mezi dvěma soutěžiteli (v daném případě telekomunikačními společnostmi).

<sup>17</sup> Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, PreisangabenVO, Unterlassungsklagengesetz. C. H. Beck, 22. vydání, § 1 marg. č. 695, s. 825 an.



Příkladem z rakouské judikatury je případ „Tennisshalle“<sup>18</sup>. Žalovaný provozoval tenisovou halu, kterou prodal za částku 5,5 mil. rakouských šilinků žalobci. Ve smlouvě bylo uvedeno, že se hala prodává s veškerým příslušenstvím<sup>19</sup> a také s veškerou klientelou (žáky), hráči apod. (nešlo přitom o smlouvu o prodeji podniku). Tenisová škola pravidelně organizovala tréninkový kemp v Itálii a v této tradici zamýšlel žalobce pokračovat. Žalovaný ovšem oslovil své bývalé žáky sám a uspořádal v Itálii vlastní tréninkový pobyt.

Podle rakouského nejvyššího soudu (OGH) je přetahování zákazníků v zásadě přípustné, a to i když probíhá vědomě a cíleně. O nekalou soutěž se bude jednat teprve za určitých zvláštních okolností, které narušují trh – pokud byl např. kontakt na zákazníky získán nekalým způsobem, jestliže dochází k přetahování v rámci služebního poměru nebo je při přetahování zákazníků očerňována konkurence či pokud je primárním cílem poškození konkurence.

Uvedené zásady mají podle soudu platit také pro porušení smluvně stanovených zákazů, které budou reprobovány cestou soutěžního práva pouze tehdy, pokud jednání nebude prostým porušením smlouvy, nýbrž bude také v rozporu s dobrými mravy.

Tak tomu podle soudu bylo i v daném případě. Žalovaný jako smluvní partner žalobce odlakával jeho zákazníky a mařil jeho obchodní šance, kterých se přitom sám vzdal v podobě vyšší kupní ceny za tenisovou halu. Žalovaný porušením smlouvy ztížil nebo v části dokonce úplně znemožnil výkon vlastních podnikatelských aktivit žalobce.

c. Obě dvě rozhodnutí jsou ukázkou dvou možných reprobujících přístupů práva proti nekalé soutěži k porušení smlouvy. U smluv uzavřených se třetími osobami vyplyne soutěžněprávní relevance z výhod, kterých soutěžitel porušením smluv uzavřených s konzumenty (obvykle dlouhodobě) dosahuje. U smluv uzavřených mezi soutěžiteli jak pak soutěžní rozměr (souvislost s hospodářskou soutěží) dán charakterem sjednaných povinností (může jít například jako ve výše citovaném případě o porušení konkurenční doložky sjednané ve smlouvě).

Judikatura potvrzuje i to, že není rozhodné, zda jsou nároky z titulu nekalé soutěže vznášeny z titulu nesplnění smlouvy uzavřené mezi soutěžiteli navzájem či mezi žalovaným soutěžitelem a třetí osobou (typicky spotřebitelem).

V. Z výše uvedeného lze učinit obecnější závěr: porušení soukromoprávních závazků, které souvisí s hospodářskou soutěží a dotýká se soutěžní pozice účastníků těchto závazků, lze postihnout podle generální klauzule proti nekalé soutěži. Česká judikatura – pokud je autorovi známo – doposud porušení smluvní povinnosti v kontextu práva proti nekalé soutěži neřešila. Obecné potvrzení možného souběhu postihů prostředky soukromého a veřejného práva ovšem v naší judikatuře najedeme.

Příkladem může být rozhodnutí Vrchního soudu v Praze R 3 Cmo 253/97<sup>20</sup>, podle kterého „při zkoumání podmínek naplnění generální klauzule nekalé soutěže není samo o sobě rozhodné, zda tvrzeným jednáním byly či nebyly porušeny předpisy z určitého odvětví práva jiného než té části, která upravuje horizontální vztahy při podnikání, tedy zda jsou porušovány předpisy veřejného práva či práva soukromého, rovněž není rozhodné, zda daná konkrétní oblast práva zároveň upravuje kontrolní mechanismy a prostředky k nápravě včetně sankcí, směřujících k porušovateli těchto předpisů. Rozhodné naopak je, zda tvrzené jednání, které je v rozporu s právními předpisy, má kauzální vztah k hospodářské soutěži a dopad v soutěži. Tedy, zda tvrzené jednání je porušením dobrých mravů soutěže, došlo k němu v rámci hospodářské soutěže a toto jednání je způsobilé vyvolat újmu jiným soutěžitelům či spotřebitelům, tedy zda jsou dány předpoklady kvalifikace jednání podle § 44 odst. 1 obchodního zákoníku“.

Pokud má být porušení smlouvy nekalou soutěží, musí splňovat kritéria generální klauzule proti nekalé soutěže v § 44 odst. 1 ObchZ. Těmito obecnými podmínkami jsou: jednání v hospodářské soutěži, rozpor s dobrými mravy soutěže a způsobilost přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům. Zatímco druhé a třetí kritérium bude porušení smlouvy zpravidla splňovat z povahy věci<sup>21</sup>, problematické bude naplnění základního předpokladu nekalé soutěže, tj. jednání „v hospodářské soutěži“.

Pohled do německé a rakouské judikatury naznačil, za jakých podmínek můžeme mít kritérium „jednání v hospodářské soutěži“ za splněné. Předně tomu bude v případech, kdy je porušení smlouvy v podstatě obchodní strategií soutěžitele. Poškozeným je tak nejen spotřebitel, ale také ten soutěžitel, který ve svých vztazích a v rámci své vlastní soutěže postupuje korektně. Druhým typem případů bude porušení smluv uzavřených mezi soutěžiteli, jejichž obsah se týká soutěže jako ta-

<sup>18</sup> Rozhodnutí ze dne 9. dubna 2002, 4 Ob 10/02b – Tennisshalle. Rozhodnutí je dostupné např. zde: <http://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/>.

<sup>19</sup> Dle odůvodnění „so wie dieses Kaufobjekt heute liegt und steht und mit dem gesamten rechtlichen und natürlichen Zugehör“.

<sup>20</sup> Cit. Dle Macek, J. Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. Praha. C. H. Beck 2000, s. 99.

<sup>21</sup> Rozpor s dobrými mravy soutěže ovšem bude dán nikoliv samostatně, nýbrž v kombinaci s prvním kritériem (tj. spolu s jednáním v hospodářské soutěži).

kové, resp. účasti v ní. Nekalosoutěžní tak může být porušení smluv kterými se upravuje budoucí (ne)účast na trhu<sup>22</sup>. To dle názoru autora zahrnuje nejen výše uvedenou konkurenční doložku (řešenou OGH), jež upravovala tržní poměry po opuštění trhu (resp. jeho segmentu). Spadat sem budou také smlouvy, které naopak přístup do soutěže teprve mají poskytnout, a to v nejružnějších možných podobách (např. formou koupě podniku, dohodami o výkonu hlasovacích práv, získáním podílu na významném soutěžiteli, aprobovanými kartelovými dohodami atp.).

<sup>22</sup> Samozřejmě za podmínky, že je v souladu s veřejnoprávní úpravou ochrany soutěže.

## Summary

Author deals with the question whether breach of contract may be considered to be unfair competition. On the basis of comparison with the German and Austrian practice of the courts the author came to a conclusion that breach of contract, related to the economic competition and affecting competitive position of participants of such contracts, could be prosecuted according to unfair competition regulation stipulated by the Commercial Code. Author formulates conditions of such a paralleling. Special attention is paid to the question of meeting one of the conditions of general clause of unfair competition regulation, i.e. acting in economic competition.

## Účel nadace a možnost jeho změny

Kateřina Ronovská \*

### I. ÚVODEM

Nadaci je možno definovat jako právnickou osobu, u níž právní subjektivita spočívá na projevem vůle zřizovatele vymezeném souboru majetku, který směřuje k určenému účelu.

Určení účelu nadace představuje jeden ze základních projevů tzv. *nadační svobody*, kterou je každý zřizovatel nadace nadán. Jedná se o nejdůležitější a zároveň nejobtížněji definovatelnou obligatorní obsahovou náležitost, jež je nutno zakotvit v nadační listině.

Evropské právní úpravy stanovují pro vymezení účelu nadace zřizovatelům různou míru volnosti. Odlišnosti právních úprav jsou dány řadou faktorů; plynou především z aktuálního stavu společnosti daného státu a úrovně jeho legislativy. Dále třeba vždy brát v úvahu historické a geografické aspekty, různost právních systémů a v neposlední řadě rozdílnosti ve vztahu stát - společnost a celkovou ekonomickou úroveň.

Toto pojednání je zaměřeno nad určování účelu nadace a možností jeho změny v širších „evropských“ souvislostech.

Hlavní pozornost je věnována aktuální české, nizozemské a švýcarské právní úpravě. Česká republika,

\* JUDr. Kateřina Ronovská, Ph.D., odborná asistentka na katedře občanského práva PrF MU Brno, tento článek vznikl jako součást věcného plnění fakultního výzkumného záměru „Evropský kontext českého práva po roce 2004“.

Nizozemské království i Švýcarská konfederace patří do rodiny zemí s kontinentální právní tradicí a je zde více či méně patrný vliv německé právní nauky. V Nizozemí a ve Švýcarsku je právní úprava nadací obsažena v občanských zákonících (nizozemský *Burgerlijk Wetboek*, švýcarský *Zivilgesetzbuch*), v Česku je určující zvláštní úprava obsažená v samostatném zákoně, přičemž občanský zákoník<sup>1</sup> obsahuje pouze subsidiárně použitelnou obecnou úpravu právnických osob.

V úvahách *de lege ferenda* se zaměřuji především na návrh nového českého občanského zákoníku a uvažovaný návrh Statutu Evropské nadace.

### II. ÚČEL NADACE

Co se týče vymezení účelu nadace, v evropském kontextu lze vyzorovat rozdílné přístupy, které pramení především z právní tradice a role, kterou nadace

<sup>1</sup> Všechny citované právní předpisy jsou uvažovány v aktuálním znění, citace návrhu nového občanského zákoníku viz <http://portal.justice.cz/ms/ms.aspx?o=23&k=381&j=33&d=40461>, citováno 13.3. 2009, podrobnější úvahy na toto téma v českém jazyce lze nalézt i Ronovská, Kateřina. *Soukromoprávní aspekty nadačního a spolkového práva v Čechách, ve Švýcarsku a v Nizozemí*. Vyd. 1. Brno: Masarykova univerzita, 2004.

ve společnosti sehrávají. Rozdíly se týkají jak charakteru účelu tak požadavků na přesnost jeho vymezení.

Přibližně polovina evropských právních řádů (např. francouzský, portugalský či právní řády většiny postkomunistických zemí) zužuje určení účelu nadace na výhradně veřejně prospěšný („*public benefit purpose*“). Specifické vymezení účelu lze zaznamenat ve finské právní úpravě, která připouští užitečný účel nadace („*useful purpose*“). V ostatních zemích je přípustný jakýkoli účel, který není v rozporu se zákonem či veřejným pořádkem („*any lawful purpose*“). V některých právních úpravách (např. v Rakousku či Belgii) lze nalézt rozlišování „veřejně prospěšných“ nadací a nadací „soukromých“.

Co se týče přesnosti či podrobnosti vymezení nadačního účelu, ve většině evropských zemí není tato problematika zákonem výslovně řešena. Při určování účelu je však nutno mít vždy na paměti, že čím podrobněji definovaný účel je, tím je větší riziko budoucí nutné změny takového účelu. Na druhou stranu, příliš obecně definovaný účel by mohl být ve zjevném rozporu s obecnou nadační zásadou, že správní rada je vlastně pouze vykonavatelem vůle zřizovatele nadace.

V České republice je v současné době přípustný pouze *obecně prospěšný účel* nadace, přičemž v ustanovení § 1 odst. 1 podává zákon č. 227/1997 Sb., o nadacích a nadačních fondech, v aktuálním znění (dále jen „nadační zákon“) demonstrativní výčet toho, co se považuje za obecně prospěšné. Jedná se „zejména o rozvoj duchovních hodnot, ochrana lidských práv nebo jiných humanitárních hodnot, ochrana přírodního prostředí, kulturních památek a tradic a rozvoj vědy, vzdělání, tělovýchovy a sportu“.

Dalšími, v zákoně nezduřazněnými účely mohou být např. rozvoj kultury, ochrana menšin apod. Pojem „obecně prospěšnosti“ definován není a jeho posouzení je ponecháno na soudní praxi, což lze považovat za vhodné. Nadace nejsou zřizovány, aby přímo obecně prospěšnou činnost vykonávaly, ale aby finančně podporovaly její realizaci. Určitým negativním vymezením účelu nadace je i ustanovení týkající se zákazu podílu nadačních subjektů na financování politických stran a politických hnutí (§ 21 odst. 6 nadačního zákona). Mimo určení vlastního účelu nadace je nutno vymežit i okruh destinátářů, jež z plnění nadačního účelu profitují.

Švýcarský občanský zákoník (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, z roku 1911, dále jen „ZGB“), neobsahuje žádná zvláštní zákonná omezení nadačního účelu. Tato „neohraničitelnost“ však není absolutní; vždy je nutno brát v úvahu obecný zákaz rozporu se zákonem a souladnost s dobrými mravy. Účel však nesmí být formulován příliš obecně a abstraktně a na úrovni jednotlivých kantonů existují předpisy, které stanovují dostatečnost určitosti formulace účelu nadace. V žádném

případě nemůže být rovněž nadace zřízena k hospodářským účelům.<sup>2</sup>

Ani v *Nizozemí* není účel nadace pozitivně vymezen, z čehož plyne, že nadace může být zřizována k nejrůznějším účelům. Opět platí obecný korektiv zákazu rozporu se zákonem a povinnost výkonu práv v souladu s dobrými mravy. Nizozemský občanský zákoník (*Burgerlijk wetboek*, dále jen „BW“) stanoví navíc v Knize 2, § 3 omezení v tom smyslu, že zakazuje možnost poskytování přímých plateb z nadačního jmění ve prospěch zřizovatelů nebo členů orgánů nadace a i jiných osob, ledaže se jedná o platby pro sociální nebo ideální účely.

České nadační právo tedy reguluje právní postavení pouze obecně (resp. veřejně) prospěšných nadací a nadačních fondů. Obecná prospěšnost je pojmovým znakem těchto subjektů. Jiný než obecně prospěšný účel není dovolen.

V celé řadě západoevropských právních úprav je problematika veřejné prospěšnosti pojímána odlišně a je řešena právem veřejným. Pokud nadace směřují k naplňování veřejně prospěšného účelu, mohou požívat daňových výhod, které poskytují jednotlivé předpisy fiskálního práva. Právní forma právnické osoby z pohledu civilně právního není rozhodující (např. i společnost s ručením omezeným nebo družstvo může získat status veřejné prospěšnosti).

Ve Švýcarsku věnují veřejné prospěšnosti pozornost daňové předpisy na svazové i kantonální úrovni v daňových předpisech. Tyto předpisy<sup>3</sup> shodně uvádějí, že: „od daňové povinnosti jsou osvobozeny právnické osoby, které sledují veřejné nebo veřejně prospěšné účely (cile), a svůj zisk výlučně a neodvolatelně věnují těmto účelům. Podnikatelské účely nejsou v zásadě veřejně prospěšné. Nabytí a správa určité majetkové účasti na podnikání jsou považovány za veřejně prospěšné, pokud zájem na udržení podniku je podřízen veřejně prospěšnému účelu a právnická osoba se nepodílí na jeho řízení“.

U ostatních daní je teoreticky kantonům dána nadále volnost, jaké předpoklady stanoví pro uznání veřejné prospěšnosti nadace, již pak poskytnou daňové výhody. Zpravidla však kantony užívají stejná kritéria pro posu-

<sup>2</sup> Pro zákonodárce byla nadace s hospodářským účelem něco tak nepřijatelného, že jej ani v zákoně nepovažoval za nutné vyjádřit výslovně, i když by výslovně zakotvení bylo vhodnější, blíže *Riemer, H. M: Personenrecht der ZGB, Studienbuch und Bundespraxis*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag Bern, 2001 str. 288.

<sup>3</sup> Především v § 56 písm g) svazového zákona o přímých daních (*Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*) a § 23 odst. 1 písm. f) spolkového zákona o harmonizaci přímých kantonálních a obecních daní. (*Bundesgesetz über Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden*).

zování, jako v případě daní přímých<sup>4</sup>. K výkladu a konkretizaci výše uvedeného ustanovení byl vydán oběžník (*Kreissreiben Nr. 12*<sup>5</sup>).

Až do roku 2001 nebylo nutné v Nizozemí žádat o oficiální uznání veřejné prospěšnosti a nadace či jiné právnické osoby byly daňově zvýhodňovány, pokud fakticky splňovaly určitá kritéria. Uznání statusu veřejné prospěšnosti ze strany daňových autorit bylo požadováno jen v konkrétních případech, např. při darování darů vysoké hodnoty či čerpání prostředků z veřejných rozpočtů. Obecně a velmi stručně je problematika veřejné prospěšnosti řešena v ustanovení § 24 odst. 4 zákona o dani dědické a darovací (*Successiewet z roku 1956*).<sup>6</sup>

Podle judikatury nizozemského nejvyššího soudu, organizace může být považována za veřejně prospěšnou, pokud její činnost a aktivity směřují k obecnému (veřejnému) zájmu minimálně z 50 %. Organizace je posuzována nejen podle svého statutárního účelu, ale podle činnosti, kterou provozuje<sup>7</sup>.

V roce 2001 došlo ke změně daňových předpisů, především z důvodů nutnosti zpřísnění dohledu nad těmito institucemi.<sup>8</sup> V současné době, pokud chce být nadace (či jiná právnická osoba) považována za veřejně

prospěšnou organizací, musí požádat o status veřejné prospěšnosti specializovaný finanční úřad<sup>9</sup> a splnit požadavky kladené zejména na účel, vnitřní organizaci, počet členů správní rady a jejich ustavování, naložení s likvidačním zůstatkem či změnu základních dokumentů<sup>10</sup>. Pokud nadace se statusem veřejné prospěšnosti nespĺňuje výše uvedené požadavky, status jí může být touto daňovou autoritou ze zákonem stanovených důvodů odejmut.

## ÚVAHA DE LEGE FERENDA

Návrh nového občanského zákoníku obsahuje vymezení účelu nadace ustanovení § 299<sup>11</sup> a volí „zlatou“ střední cestu. Nepřiklání se k velmi liberální úpravě, která je určující dnes např. v Nizozemí, Dánsku či Itálii; nicméně účel není striktně omezen na pouze veřejně prospěšný. Pojetí rozšiřuje možnost nadaci založit nadaci i pro účel *dobročinný*, spočívající v podpoře vymezeného okruhu osob. Tím by měl být umožněn vznik i tzv. rodinných nadací, což je trend, který lze zaznamenat v celoevropském měřítku. Návrh rovněž výslovně uvádí, že nadace nesmí být založena k výdělečným cílům. Za negativní vymezení účelu lze považovat výslovný zákaz založení nadace za účelem podpory politických stran a hnutí, či jiné účasti na jejich činnosti.

V souvislosti s možným rozšířením účelu nadace se rozproutila odborná diskuse i o změně koncepce přiznávání daňových a jiných výhod nestátním neziskovým organizacím v České republice a o vymezení právního rámce veřejné prospěšnosti. Za současného platného právního stavu je pro získání fiskálních i dalších výhod rozhodující především právní forma dané právnické osoby, nikoli její zaměření a činnost. Do budoucna by měly být zvýhodňovány pouze takové subjekty, které získají status veřejné prospěšnosti.

<sup>4</sup> Blíže Koller, T.: *Stiftungen und Steuer, Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis*, vydal H. M. Riemer, Europa Institut Zürich, Schulthess, Zürich 2001, str. 85.

<sup>5</sup> *Kreisschreiben (KS) Nr. 12 z roku 1994, Verwaltungsverordnung – oběžník vydaný vládním nařízením. Stanovuje předpoklady, které musí nadace splnit, aby mohla být osvobozena od daní z důvodů veřejné prospěšnosti.*

Obecnými předpoklady jsou:

- a) osobní a hospodářská příslušnost ke Švýcarsku,
- b) výlučnost použití finančních prostředků pro veřejně prospěšné účely,
- c) neodvolatelnost veřejně prospěšného užití finančních prostředků,
- d) hlavní činnost nadace směřující k veřejně prospěšnému účelu.

Dále nadace musí vyvíjet činnost v obecném zájmu a nesmí směřovat ku osobnímu prospěchu. Oběžník není obecně závazný, ale stal se výkladovým pravidlem jak pro svazové tak i kantonální potřeby, především pak pro soudní rozhodování.

<sup>6</sup> I když další daňové zákony obsahují obdobnou definici v zákoně o dani z příjmů (*Wet op Inkomstenbelasting, 2001*) a zákoně o dani obchodních společností (*Venootschapbelasting, 1969*); rozhodnutím Inspektora pro registraci a dědictví bylo stanoveno, že rozhodující (a obecně uznávaná) je definice obsažená v § 24 odst. 4 zákona o dani darovací a dědické. Je respektována i co se týče daně z obchodních společností (soudní rozhodnutí Hof's Gravenhage, z roku 1983, FED 1993/295 a z roku 1993, *VakstudieNieuws, 1994*).

<sup>7</sup> Aby bylo možno považovat právnickou osobu za veřejně prospěšnou, musí být zřízena za účelem církevním, založeným na životní filosofii, kulturním, vědeckým nebo jinak veřejně prospěšným.

<sup>8</sup> I v Nizozemí se objevila obecná obava z možné podpory terorismu prostřednictvím daňově zvýhodněných organizací.

<sup>9</sup> Jedná se o the Tax Administration Office Oost-Brabant/ Department of 's- Hertogenbosch.

<sup>10</sup> Ani tyto požadavky nejsou v daňových předpisech striktně stanoveny.

<sup>11</sup> Navrhované znění ustanovení § 299:

Nadace  
§ 299

(1) Zakladatel zakládá nadaci k trvalé službě společensky nebo hospodářsky užitečnému účelu. Účel nadace může být veřejně prospěšný, spočívá-li v podpoře obecného blaha, anebo dobročinný, spočívá-li v podpoře určitého okruhu osob určených jednotlivě či jinak.

(2) Zakazuje se založit nadaci za účelem podpory politických stran a hnutí nebo jiné účasti na jejich činnosti. Zakazuje se založit nadaci sloužící výdělečným cílům. Plní-li nadace zakázaný účel, soud ji i bez návrhu zruší a nařídí její likvidaci.

Návrh obecné části nového občanského zákoníku v ustanovení § 144<sup>12</sup> určuje, že do budoucna by měla mít právnická osoba právo, aby jí byl do veřejného rejstříku zapsán status veřejné prospěšnosti, pokud sleduje jako svůj cíl dosažení obecného blaha vykonáváním veřejně prospěšné činnosti nebo poskytováním veřejně prospěšné podpory za předem určených a rovných podmínek. Mimo to, taková právnická osoba musí, v souladu se zakladatelským právním jednáním, používat zisk (po zdanění) alespoň ze dvou třetin pro výkon veřejně prospěšné činnosti nebo poskytování veřejně prospěšné podpory, pro něž je ustavena. Status veřejné prospěšnosti by pak měl konstitutivně vznikat až zápisem do veřejného rejstříku.

Přestane-li však taková právnická osoba splňovat podmínky výše uvedené, soud jí status veřejné prospěšnosti může odejmout buď na návrh osoby, která na tom osvědčí zájem, nebo i bez návrhu.

Se statusem veřejné prospěšnosti by měla být, mimo daňových a jiných výhod, spojena i celá řada povinností. Proto může nastat situace, kdy právnická osoba dá přednost větší volnosti a statusu veřejné prospěšnosti se dobrovolně vzdá. Veřejná prospěšnost i její právní zakotvení je stále předmětem právně-politických diskusí. Hovoří se rovněž o vypracování zákona o veřejně prospěšných organizacích (resp. statusu veřejné prospěšnosti).

Téma účelu nadace je často diskutováno i na úrovni mezinárodní, resp. evropské, aktuálně v souvislosti s projektem, jehož výstupem je návrh Statutu Evropské nadace. Ten by mohl být základním materiálem pro nový typ „evropské“ právnické osoby, o který by se mohl rozrůst okruh právnických osob, jejichž právní režim je určen evropským právem.

V souvislosti s tímto projektem bylo přikročeno ke komparativní analýze účelu nadací jednotlivých členských zemí Evropské Unie. Návrh Statutu Evropské

<sup>12</sup> Aktuální znění ustanovení § 144 návrhu nového občanského zákoníku:

Veřejná prospěšnost  
§ 144

(1) Sleduje-li právnická osoba dosažení obecného blaha jako veřejně prospěšný cíl vykonáváním veřejně prospěšné činnosti nebo poskytováním veřejně prospěšné podpory za předem určených a rovných podmínek, a s tím, že má v souladu se zakladatelským právním jednáním povinnost používat zisk po zdanění alespoň ze dvou třetin pro výkon veřejně prospěšné činnosti nebo poskytování veřejně prospěšné podpory, pro něž je ustavena, má právo, aby jí byl do veřejného rejstříku zapsán status veřejné prospěšnosti.

(2) Přestane-li právnická osoba splňovat podmínky stanovené v odstavci 1, soud jí status veřejné prospěšnosti odejme na návrh osoby, která na tom osvědčí zájem, nebo i bez návrhu.

(3) Právnická osoba se může statusu veřejné prospěšnosti vzdát.

(4) Status veřejné prospěšnosti vzniká zápisem do veřejného rejstříku a zaniká výmazem z veřejného rejstříku.

nadace vychází z pojetí, že účel Evropské nadace může být pouze *veřejně prospěšný*, přičemž obsahuje obsáhlý demonstrativní výčet oblastí, které za veřejně prospěšné považuje. Jedná se zejména o zájmový sport, umění, kulturu, náboženskou víru, péči o děti a mládež, zdraví, postižené, sociálně slabé, podporu občanských a lidských práv, ochranu spotřebitele, ekologii a ochranu životního prostředí, vědu a vzdělávání, zamezování diskriminace, pomoc uprchlíkům a imigrantům, pomoc při katastrofách, evropské a mezinárodní porozumění, podporu demokracie atd.<sup>13</sup>

Důvodem přijetí tohoto přísnějšího přístupu je jednak snaha o zajištění funkčnosti Evropské nadace a rovněž obava, že by ty státy, jejichž vnitrostátní úpravy znají pouze veřejně prospěšný účel, nepodpořili vznik a existenci nadačního subjektu, jež by připouštěl rozšíření takto stanovených limitů.

### III. ZMĚNA ÚČELU NADACE

Změna účelu nadace je zvláštním případem změny základního dokumentu nadace (nadační listiny). Z podstaty institutu nadace jednoznačně vyplývá, že nadace není nadána vlastní vůlí, proto nesmí měnit ani omezovat nadační účel určený zřizovatelem. Může však nastat situace, kterou zřizovatel nemohl předpokládat, a kdy je změna nadačního účelu nutná.

Jedná se o změnu nejdůležitějšího charakteristického znaku nadace, a proto by měl být účel nadace měněn pouze ve výjimečných případech a takovým způsobem, aby byl účel měněn co nejméně jak jen je to možné (*tzv. doctrine of cy-près*)<sup>14</sup>.

I v tomto případě by však měla být respektována vůle zřizovatele. Mělo by mu být umožněno, aby v nadační listině stanovil buď více jak jeden účel, předvídal možnou změnu účelu *pro futuro*, případně aby povolal správní radu (buď po konzultaci s dozorčí radou či zcela samostatně) k takové změně.

V zásadě lze rozlišovat tři základní přístupy k možné změně účelu nadace:

- 1) Změna účelu nadace zřizovatelem nebo vnitřním orgánem nadace bez jakékoli asistence veřejné moci; jedná se spíše o výjimečné případy a pokud je přípustná, většinou u soukromých nadací (např. v Rakousku);
- 2) Změna účelu nadace zřizovatelem nebo vnitřním orgánem nadace se souhlasem orgánu dohledu (ze

<sup>13</sup> Viz návrh Statutu Evropské nadace in: Hopt, K. J. Walz W. R., von Hippel, T., Then, V.: *The European Foundation, A new legal Approach*, Bertelsmann Stiftung Verlag, Gütersloh, 2005, str. 29-30.

<sup>14</sup> Pojem pochází z francouzského „*aussi près*“ – tak blízko, jak jen možno.

strany státu), s tím, že příslušný orgán posuzuje, zda byla změna provedena v souladu s vůlí zřizovatele; jedná se o převažující přístup (např. Německo, Itálie, Dánsko a další);

- 3) Změna účelu nadace orgánem dohledu samotným, zejména v případech, pokud nelze změny dosáhnout jinak.

Česká právní úprava je v evropském kontextu výjimkou, neboť neřeší problematiku změny účelu. Nepovolává žádný orgán ani subjekt k takové změně, což je nevyhovující. V původním návrhu zákona o nadacích a nadačních fondech byla zakotvena i působnost úřadu dohledu nad nadacemi, který měl být do změny účelu zapojen; vzhledem k opuštění této koncepce a skutečnosti, že dohled nad nadacemi nebyl institucionalizován, se poněkud při změnách, kterým zákon prošel v Poslanecké sněmovně, pozapomnělo i na možnou změnu účelu nadace.

Ve Švýcarsku, pokud je správní rada nadace přesvědčena o nutnosti změny, může ji navrhnout příslušnému úřadu dohledu nad nadacemi. Tento úřad musí podat návrh na změnu příslušnému kantonálnímu úřadu nebo svazovému úřadu<sup>15</sup>. Po té, po vyslechnutí správní rady nadace, může být změněn účel nadace, pokud původní účel nabyt zcela jiného významu nebo účelu, čímž by se nadace vzdálila vůli zřizovatele<sup>16</sup>. Za stejných podmínek může být nadační účel omezen či zrušen. Příslušné úřady tímto způsobem nahrazují absenci orgánu tvorby vůle, tak jak ji známe u korporací.

V Nizozemí je změna účelu možná, pokud je tak výslovně uvedeno ve statutu, na základě rozhodnutí správní rady nadace. Pro změnu je stanovena forma notářského zápisu a je nutnost zveřejnit ji v obchodním rejstříku, do kterého se nadace zapisují. Pokud změna účelu není ve statutu výslovně připuštěna, zřizovatel, správní rada nadace nebo státní zástupce mohou požádat soud o změnu účelu nadace<sup>17</sup>; ten tak učiní, pokud je to nezbytně nutné<sup>18</sup> a určí účel, co nejbližší původnímu. Při tomto rozhodování se soud nemusí držet navrženého účelu. Může rovněž změnit účel nadace, aby zabránil jejímu zrušení, pokud stávající účel není v souladu se zákonnou definicí nadace nebo pokud nedostačuje majetek plnění nadačního účelu. Proti rozhodnutím soudu prvního stupně je možno podat odvolání.

<sup>15</sup> Záleží, zda ze nadace pod dohledem kantonu nebo svazu; v praxi, na svazové úrovni, je úřad dohledu nad nadacemi zároveň úřadem změny; ač zákon stanoví dvě instance pro změnu statutu v případě kantonů, v některých kantonech je obdobně úřad dohledu zároveň úřad změny.

<sup>16</sup> Viz § 86 švýcarského ZBG.

<sup>17</sup> Viz § 294 Knihy 2 nizozemského BW.

<sup>18</sup> Pokud by zachování účelu v nezměněné podobě mělo následky, které nemohly být při zřizování důvodně předvídané.

## ÚVAHY DE LEGE FERENDA

Návrh nového občanského zákoníku obsahuje úpravu možné změny nadačního účelu v ustanovení § 309. Je ponecháno na vůli zřizovatele (resp. zakladatele), jakým způsobem ošetří možnou změnu účelu v nadační listině. Návrh však kogentně určuje, že změna veřejně prospěšného účelu nadace na dobročinný není možná.

K rozhodování o změně účelu nadace je povolán soud, který je při svém rozhodování povinen co nejvíce šetřit úmysl zřizovatele (zakladatele), který je zřejmý z nadační listiny.

V návrhu je rovněž stanoveno, že nezakazuje-li to nadační listina a souhlasí-li s tím správní rada i dozorčí rada, může nadace navrhnout, aby soud její účel změnil. Nadace zveřejní bez zbytečného odkladu po podání návrhu oznámení o navrhované změně, ve kterém uvede, u kterého soudu může každý, kdo na tom má oprávněný zájem, návrhu odporovat do jednoho měsíce od zveřejnění oznámení; oznámení nadace doručí i svému zřizovateli (zakladateli).

V případě, že dosažení určeného účelu nadace není možné nebo je obtížně dosažitelné z příčin zřizovatele (zakladatele) neznámých nebo pro něho nepředvídatelných, nahradí soud dosavadní účel nadace podobným účelem. I zde je však kladen důraz na projev vůle v nadační listině; pokud ten stanoví pro tento případ zvláštní režim (např. zrušení nadace), je nutno jej respektovat.

Při úvahách nad koncepcí právního zakotvení Evropské nadace byla pozornost věnována i možné změně účelu nadace<sup>19</sup>. Změna účelu by mohla být v případě Evropské nadace přípustná jednak v případě, že původní účel Evropské nadace získal zcela jiný význam nebo účinek, nebo pokud z jiných důvodů nesměřuje k veřejné prospěšnosti ve stávajícím stavu. Rovněž, pokud se nadace zjevně vzdálila původním záměru zřizovatele, může správní rada (a v případě, že jí není nebo je nečinná, státní orgán dohledu) změnit nadační listinu s písemným souhlasem orgánu dohledu tak, že změní účel nadace nebo zruší či změní podmínky, jež se účelu týkají. Nový účel musí být obdobný účelu původnímu.

V případě absence či nečinnosti správní rady může být účel nadace změněn i orgánem dohledu, pokud je to nezbytně nutné pro předejití hrozícím negativním následkům či zachování existence nadace. Takové rozhodnutí je na návrh správní rady soudně přezkoumatelné.

<sup>19</sup> Hopt, K. J. Walz W. R., von Hippel, T., Then, V.: The European Foundation, A new legal Approach, Bertelsmann Stiftung Verlag, Gütersloch, 2005, str. 36

## IV. ZÁVĚR

Účel představuje jeden z nejdůležitějších a zároveň nejobtížněji definovatelných údajů, který je nutno zakotvit v nadační listině. Je dána přímá úměra mezi přesností stanovení nadačního účelu a nadějí na dlouhý život nadace. Proto je třeba formulaci nadačního účelu věnovat značnou pozornost, neboť jeho změna je za současného platného právního stavu velmi problematická.

Existuje zásadní rozdíl mezi úzkým pojetím nadačního účelu v Česku, který musí být vždy obecně prospěšný, a liberálním pojetím, spočívajícím v neohraněnosti účelu v jiných evropských zemích. Tato rozdílnost je dána historickým vývojem a souvislostmi.

Do budoucna by mělo v Česku dojít<sup>20</sup> k rozšíření možného okruhu účelů nadací z výlučně obecně (veřejně) prospěšného i na účel dobročinný. Tím by mělo být umožněno i zakládání např. tzv. rodinných nadací. I když návrh směřuje k jistému uvolnění, co se týče vymezení nadačního účelu, i tak se nedává cestou absolutně liberálního pojetí. Zdůrazňuje však pozici zřizovatele (zakladatele), jehož pozice je oproti stávající úpravě posílena i v jiných ohledech<sup>21</sup>.

Návrh obsahuje i obecné vymezení účelu společné pro všechny právnické osoby, včetně definice „veřejně prospěšnosti“<sup>22</sup>.

V současné době se diskutuje rovněž o návrhu zákona o veřejně prospěšných organizacích. Nejedná se

však (naštěstí!) o nový typ právnické osoby, jak by se mohlo na první pohled zdát, ale o právní normu, která by měla řešit podrobněji podmínky a postavení právnických osob se statusem veřejné prospěšnosti. Aktuálně je tato problematika ve fázi přípravy věcného záměru zákona s předmětem vědeckých i právně-politických diskusí.

Co se týče změny účelu nadací, platné právo nepovolává žádný orgán ani osobu oprávněnou rozhodovat o takové změně, což není vyhovující a v praxi přináší řadu problémů. Návrh nového občanského zákoníku na tento nedostatek reaguje a ke změně účelu povolává soud, s tím, že je v maximální míře kladen důraz na vůli projevenou v zakladatelském právním jednání.

## Summary

This article deals with the purpose of foundation and possibility of its change. In the Czech Republic foundations has to pursue only a public benefit purpose. In the current Czech legal regulation of foundation law is missing possibility to change purpose of foundation. It has a historical reason and it costs a lot of practical problems.

All Member States of EU require that the endowment is dedicated to a specified purpose. However, there are differences between regulations as to the nature of that purpose. There are three main kinds of purposes: “public benefit”, “useful” purpose and “any lawful” purposes. The aim of the European Foundation Project is to develop the legislative draft for the legal form - The European Foundation which should promote also a public benefit purposes only. The possible change of the purpose is stated in the draft of European foundation statute.

<sup>20</sup> Po vzoru italské, německé, švýcarské platné úpravy i rakouské úpravy z roku 1974 (dnes platí v Rakousku zákon o soukromých nadacích z roku 1993).

<sup>21</sup> Blíže *Eliáš, K.*: Důvodová zpráva k nové úpravě občanského zákoníku, dostupné na [www.justice.cz](http://www.justice.cz), citováno 13.3. 2009.

<sup>22</sup> Viz zejména ustanovení § 144 návrhu obecné části občanského zákoníku.

## Právní zásady v rozhodnutích ve věci veřejných zakázek

Michaela Poremská\*

### Úvod

Je možné se často setkat s otázkou, jak v konkrétních případech aplikovat právní zásady uvedené v ustanovení § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále také „zákon“ nebo „zákon o veřejných zakázkách“ nebo „ZVZ“), a to zvláště v případech veřejných zakázek malého rozsahu, které veřejný zadavatel<sup>1</sup> sice není povinen podle § 18 odst. 3 ZVZ zadávat postupem podle uvedeného zákona (§ 17 písm. m) ZVZ), ale vždy (čili nejenom u veřejných zakázek malého rozsahu) je povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zákon uvedené zásady detailněji nerozvádí, nestanovuje postup, jakým veřejnou zakázku zadat a ponechává tak volnost při jejich aplikaci.

Konkrétní použití zásad může v praxi vyvolávat řadu otázek. Je proto vhodné sledovat rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále také „Úřad“) a soudů, která ovšem jen zřídka proniknou k laické veřejnosti zabývající se veřejnými zakázkami, o čemž jsem se již několikrát přesvědčila v praxi. Dovoluji si proto již v úvodu vyslovit názor, že znalost rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je i přes svou vzrůstající komplikovanost pro správnou aplikaci uvedených zásad nezbytná, stejně jako povědomí o otázkách obecnějších, například co se vůbec rozumí právní zásadou, zda při postupu podle zákona o veřejných zakázkách je nutné dodržovat pouze zásady uvedené v ustanovení § 6 ZVZ.

K často se vyskytujícímu názoru praktiků bez právního vzdělání, že pokud není jasné (z jejich pohledu „nikde napsáno“), jak aplikovat zásady v praxi, a tudíž řídit se jimi je nadbytečné, je třeba (eufemisticky) označit za nedomyšlené. Bohužel se ale takový jejich názor vyskytuje poměrně často, případně se v této souvislosti na aplikaci právních zásad zcela zapomíná. Zmínit tuto svou zkušenost tudíž vnímám v tomto textu na úvod jako vhodnou, i když není pro rozbor v odborném časopise na místě.

### *K pojmům právní princip a právní zásada*

Základem je třeba si uvědomit, že existuje buď pojem právní princip nebo pojem právní zásada, které se v mnohých pramenech obsahově rozlišují<sup>2</sup> nebo naopak sjednocují. Například v Právnickém slovníku od kolektivu autorů pod vedením prof. Hendrycha<sup>3</sup> se právní princip vysvětluje pomocí zásad tak, že principy jsou „vůdčí zásady, regulativní ideje, které představují východiska práva nebo určitého právního odvětví“.<sup>4</sup>

Za právní principy můžeme považovat např. svobodu či rovnost. Právní principy působí často proti sobě, což je způsobenou vyšší mírou jejich abstraktnosti. Kupříkladu dva výše uvedené principy se mohou snadno střetnout: jsou-li lidé svobodní a sobě rovní, vystává otázka mezí jejich svobody mezi sebou – proto svoboda jednotlivce končí (mimo jiné) tam, kde začíná svoboda jiného.<sup>5</sup> Právní principy jsou zpravidla vyjád-

\* JUDr. Michaela Poremská, právnička Rektorátu Masarykovy univerzity a doktorandka Právníké fakulty Masarykovy univerzity.

<sup>1</sup> Veřejným zadavatelem je podle § 2 odst. 2 ZVZ:

- a) Česká republika,
- b) státní příspěvková organizace,
- c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
- d) jiná právní osoba, pokud:

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

<sup>2</sup> Podrobněji viz např. Pinz, J. Právní principy, zásady a legis ratio. In Sborník z konference „Právní principy,“ Pelhřimov: Vydavatelství 999, s. 109 an.

<sup>3</sup> Hendrych, D. a kol. Právní slovník. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 711.

<sup>4</sup> V uvedené definici nelze chápat použití pojmů princip a zásada promiscue. V pozn. 1 citovaný Pinz taktéž definuje právní princip jako „výchozí normativně vůdčí zásady,“ přičemž pojmy rozlišuje.

<sup>5</sup> Čl. 30 Všeobecné deklarace lidských práv: „Nic v této deklaraci nemůže být vykládáno, jako by dávalo ... kterékoli ... osobě jakékoli právo vyvíjet činnost nebo dopouštět se činů, které by směřovaly k potlačení některého z práv nebo některé ze svobod v této deklaraci uvedených.“



řeny v právních předpisech tzv. vyšší právní síly (Ústava České republiky – ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Listina základních práv a svobod – usnesení č. 2/1993 Sb., mezinárodní smlouvy),<sup>6</sup> někdy jsou dovozovány judikaturou či odbornou literaturou ze znění právních předpisů či z jiných zdrojů (rozum, morálka).<sup>7</sup>

Oproti tomu právní zásada je pak konkretizovaným projevem právního principu. Např. rovnost jako právní princip se v oblasti veřejných zakázek projevuje jako zásada rovného zacházení. Právní zásady mohou být vyjmenovány v právních předpisech (např. § 6 ZVZ, § 2 až 8 zákona č. 150/2002 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále také „SŘS“) nebo jsou dovozovány z právní úpravy.

Zájemce o podrobnější pojednání o rozdílech a vztazích mezi právním principem a zásadou odkazují na příslušnou literaturu.<sup>8</sup>

V zákoně o veřejných zakázkách jsou právní zásady explicitně uvedeny v ustanovení § 6 ZVZ (podrobněji k jednotlivým zásadám viz níže). Zásady ovšem nemusí být vždy vyjádřeny jen v daném předpisu, například při zadávání veřejných zakázek se aplikují kromě zásad v § 6 ZVZ dále například zásady volného pohybu zboží či služeb aj.<sup>9</sup>

Existence právních principů a zásad je (nejenom) při zadávání veřejných zakázek podstatná pro výklad práva. Ústavní soud v jednom ze svých nálezu ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96, uvádí, že „soud přitom není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jenž mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku. Je nutno se přitom vyvarovat libovůle; rozhodnutí soudu se musí zakládat na racionální argumentaci.“

Výstižný je v této souvislosti názor Dr. Osiny,<sup>10</sup> podle kterého „účel a smysl zákona nelze přitom hledat jen ve slovech a větách právního předpisu, neboť v právním předpisu jsou a musí být vždy obsaženy i principy uznávané demokratickými právními státy.“

<sup>6</sup> Svoboda a rovnost např. v čl. 1 Listiny základních práv a svobod: „Lidé jsou svobodní a rovní v důstojnosti i v právech...“

<sup>7</sup> Osina, P. In Kubů, L., Hungr, P., Osina, P.: Teorie práva. 1. vydání. Praha: Linde, 2007, s. 279. 2/2009.

<sup>8</sup> Jsem názoru, že zvláště podnětný a zajímavý v této věci je sborník z konference „Právní principy,“ vydaný v Pelhřimově Vydavatelstvím 999, 231 s.

<sup>9</sup> Podrobněji viz Bernášek, M., Vácha, M. Veřejné zakázky malého rozsahu. Právní rádce, 2007, č. 1, s. 44.

<sup>10</sup> Osina, P. In Kubů, L., Hungr, P., Osina, P.: Teorie práva. 1. vydání. Praha: Linde, 2007, s. 284-285.

## **Zásada transparentnosti**

Jedna ze zásad přímo uvedená v zákoně o veřejných zakázkách, jejíž výklad zvolíme pomocí popisu jejího porušení v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, je zásada transparentnosti: „K porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení může dojít tehdy, pokud by v zadavatelské postupu byly shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným nebo nepřehledným, případně jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“

Zásadu transparentnosti lze tedy hledat například v ustanovení § 49 odst. 1 až 3 ZVZ o dodatečných informacích. K jejímu porušení by došlo například v případě, pokud by zadavatel odeslal (poskytl) dodatečné informace jen některým dodavatelům, kteří požádali o poskytnutí zadávací dokumentace nebo kterým byla zadávací dokumentace poskytnuta, protože prostě neevidoval všechny dodavatele v dané veřejné zakázce v seznamu, který by mu pomohl při komunikaci s dodavateli, a tudíž by nebylo zřejmé, kterým dodavatelům je poskytl. Takový úkon je nepřezkoumatelný, a tudíž netransparentní.

Tímto svým jednáním by rovněž zajistil výhodu některým dodavatelům, a proto lze v tomto chování zadavatele ve vztahu k dodavatelům spatřovat i porušení další zásady, a to rovného zacházení.

## **Zásada rovného zacházení**

Podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, zásada vyjadřuje, „aby všichni uchazeči měli při vypracování znění jejich nabídek stejné příležitosti. Předpokládá se tedy, že nabídky všech soutěžitelů podléhají stejným podmínkám.“ Je třeba si uvědomit, že zásada rovného zacházení má být aplikována ve všech úkonech nejenom těch směřujících k podání nabídky, i když ten je v řízení, podle mého názoru, úkonem stěžejním.

Dále rozhodnutí specifikuje, že nelze „odhlížet ani od judikatury ESD, z níž vyplývá, že zásada rovného zacházení implikuje povinnost transparentnosti, aby mohlo být ověřeno, zda je tato zásada dodržována. Jejím cílem je v zásadě vyloučit existenci rizika upřednostňování a svévole zadavatele. Implikuje, že všechny podmínky a pravidla zadávacího řízení jsou jasně, přesně a jednoznačně stanoveny ve vyhlášení zakázky nebo v zadávací dokumentaci.“

## Zásada zákazu diskriminace

Podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, je zásada zákazu diskriminace „v podstatě odvrácenou stranou zásady rovného zacházení“. Lze ji najít například při stanovení požadavků zadavatele na kvalifikaci (podle § 50 an. ZVZ pro veřejného zadavatele a podle § 63 an. ZVZ pro sektorového zadavatele).

Co se rozumí „diskriminací“ ve veřejných zakázkách podrobně popsal Nejvyšší správní soud v uvedeném rozhodnutí, přičemž vychází z evropského práva, nejenom judikatury Soudního dvora ES, ale uvádí i příklady z Německa a Francie.

Podle uvedeného rozhodnutí „zákaz diskriminace uvedený v § 6 ZVZ zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů (poznámka autorky – rozhodnutí se týká otázky stanovení přiměřených technických kvalifikačních předpokladů zadavatelem), které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.“

### Postup při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu podle zásad

Každý zadavatel<sup>11</sup> má obecnou povinnost při postupu podle zákona dodržovat zásady stanovené v § 6 ZVZ, kterými jsou zásada transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, přičemž veřejný zadavatel<sup>12</sup> podle § 18 odst. 3 ZVZ není povinen zadávat ve-

<sup>11</sup> Za zadavatele veřejné zakázky se pro účely zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel (§ 2 odst. 1 ZVZ).

<sup>12</sup> Zadavatelé není zákonem stanoveno zadávat veřejnou zakázku malého rozsahu, veřejný zadavatel má však povinnost dodržet zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

řejné zakázky malého rozsahu<sup>13</sup> podle zákona,<sup>14</sup> avšak je povinen dodržet zásady uvedené v § 6 ZVZ.<sup>15</sup>

Vyjma uvedených zásad se aplikují, jak již bylo uvedeno, i zásady plynoucí přímo ze Smlouvy o založení Evropského společenství, např. zásada volného pohybu zboží, zásada volného pohybu služeb, zásada proporcionality atd.

K použití zásad v praxi je vhodné sledovat rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a soudů, a to i Evropského soudního dvora, neboť „nadřazenost (primát, supremacy, primauté) práva Společenství nad vnitrostátními právními řády členských států je dalším důležitým principem práva Společenství.“<sup>16</sup>

Lze doporučit, aby v případě veřejných zadavatelů byl stanoven jednotný vnitřní postup platný pro zadávání veřejných zakázek malého rozsahu. V případě neodborné veřejnosti pracující pro zadavatele tak bude srozumitelnější, co je aplikací právních zásad v praxi.

Vedle tohoto doporučení lze přímo používat Metodiku zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a metodiku zadávání zakázek financovaných ze zdrojů Evropské unie, kterou vydalo Ministerstvo pro místní rozvoj<sup>17</sup> nebo lze vycházet z interpretačního sdělení Komise (ES) č. 179/2006 ze dne 1. srpna 2006 o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek. Uvedené dokumenty nejsou závazné na rozdíl od platných právních předpisů. Dále si

<sup>13</sup> Veřejnou zakázkou malého rozsahu se rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosáhne v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby 2000000,- Kč bez daně z přidané hodnoty nebo v případě veřejné zakázky na stavební práce 6000000,- Kč bez daně z přidané hodnoty (§ 12 odst. 3 ZVZ).

<sup>14</sup> Je třeba upozornit na § 26 odst. 5 ZVZ, podle kterého veřejné zakázky malého rozsahu je zadavatel povinen zadávat podle zákona, zahájil-li jejich zadávání postupem platným pro podlimitní veřejné zakázky.

<sup>15</sup> Je třeba si uvědomit, že sektorový zadavatel zadává podle zákona o veřejných zakázkách pouze nadlimitní veřejné zakázky (§ 19 odst. 1 ZVZ) a dotovaný taktéž (§ 2 odst. 3 ZVZ).

<sup>16</sup> Týč, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 4. vydání. Praha: Linde Praha, 2004, s. 95. K tomu viz otázku právních principů v evropském právu v Harvánek, J. a kol. *teorie práva*. 1. vydání. Plzeň: vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 288 nebo Tichý, L. *Problematika právních zásad v evropském právu*. In *Sborník z konference „Právní principy“*, Pelhřimov: Vydavatelství 999, s. 199 an.

<sup>17</sup> Metodika zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a metodika zadávání zakázek financovaných ze zdrojů Evropské unie - aktuální znění po novelách zákona o veřejných zakázkách [citováno 3. června 2009]. Dostupný z: <http://www.portal-vz.cz/Metodiky---stanoviska/Metodicke-pokyny/Metodika-zadavani-verejnych-zakazek-podle-zakona-c-137-2006-sb-o-verejnych-zakazkach-a-metodika-zadavani-zakazek-financovanych-ze-zdroju-evro-pske-unie>.

myslím, že je vhodné proces zadávání zahájit uveřejněním informací o veřejné zakázce, i když není postupováno podle zákona o veřejných zakázkách, a tudíž není dána povinnost vyhlášení. Důvodem je povinnost dodržovat právní zásady, např. z hlediska jednotného vnitřního trhu by se mohlo jednat o diskriminaci zahraničních dodavatelů, kteří nemají možnost sledovat národní trh bez uveřejnění informací. Způsob uveřejnění by měl upravovat jednotný vnitřní postup platný pro zadávání veřejných zakázek malého rozsahu. Metodika zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a metodika zadávání zakázek financovaných ze zdrojů Evropské unie doporučuje uveřejnění na internetových stránkách zadavatele.

Otázkou ovšem je, zda i při nepostupování podle zákona v případě veřejných zakázek malého rozsahu je potřeba mít atestované nástroje. Domnívám se, že výkladem zákona dojdeme k závěru, že v souladu s účelem zákona o veřejných zakázkách se nejedná o jiné než atestované nástroje a prostředky.<sup>18</sup> Zadavatel by si tedy měl před atestací odpovědět na otázku, zda-li se mu vyplatí vynaložit náklady na atestační řízení u veřejných zakázek na dodávky a na služby do 2000000,- Kč bez daně z přidané hodnoty a veřejných zakázek na stavení práce do 6000000,- Kč bez daně z přidané hodnoty.

Současně je třeba připomenout, aby zadavatel uchovával veškerou dokumentaci vzniklou v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky malého rozsahu, a to zejména pro účely případné kontroly prováděné podle zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě, ve znění pozdějších předpisů, nebo vzhledem k pravomocem Nejvyššího kontrolního úřadu dle zákona č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu, ve znění pozdějších předpisů, stejně jako u veřejných zakázek podlimitních či nadlimitních. Žádá-li zadavatel o dotaci ze strukturálních fondů EU, měl by dokumentaci uchovávat i v souladu s Pravidly pro výběr dodavatelů v rámci konkrétního operačního programu.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Srov. „Elektronické nástroje, které jsou používány pouze k vybírání dodavatelů na plnění veřejných zakázek malého rozsahu, proto nepodléhají povinnosti atestace podle § 149 ZVZ.“ Elektronické nástroje pro zadávání a vyhodnocování veřejných zakázek malého rozsahu [citováno 22. září 2007]. Dostupný z: <http://www.portal-vz.cz/modules/faq/question.php?id=487>.

<sup>19</sup> Strukturální fondy [citováno 6. června 2009]. Dostupný <http://www.msmt.cz/strukturalni-fondy>.

### **Právní zásady v námitkovém řízení u veřejných zakázek malého rozsahu**

U veřejných zakázek malého rozsahu by bylo dobré, aby si (poznámka autorky: veřejný zadavatel, který je podle § 18 odst. 3 ZVZ povinen postupovat v souladu se zásadami uvedenými v § 6 ZVZ) zadavatel stanovil, že je možné podávat námitky. Přestože stanovení tohoto práva dodavateli se může jevit jako nepotřebné, je možné se daným krokem vyhnout řízení u Úřadu pro hospodářskou soutěž, protože dojde k vysvětlení úkonů zadavatele a zvýšení transparentnosti. Z praxe vyvozují, že zadavatel v současné době již nemůže podceňovat tento postup dodavatelů.

Pravomoc, která Úřadu sice není při přezkumu úkonů zadavatele při zadávání zakázek malého rozsahu dána,<sup>20</sup> každopádně nebrání dodavatelům, aby podali (byť jen anonymní) podnět Úřadu, který se podle svého vyjádření, bude každým podnětem zaobírat.<sup>21</sup>

### **Právní zásady v rozhodnutích ÚOHS či rozhodnutích předsedy ÚOHS**

Podle § 112 odst. 1 ZVZ Úřad přezkoumává zákonost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle § 6 ZVZ.

Již mnohokrát Úřad posoudil, že postup zadavatele není v souladu se zásadami, například v rozhodnutí, které se týká se předcházejícího zákona č. 40/2004 Sb., ze dne 11. 1. 2007, č. j.: R127/2006/02-00249/2007/300-Hr, předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže potvrdil rozhodnutí prvního stupně, ve kterém byla udělena pokuta ve výši sto tisíc korun českých, poté co město vyloučilo soutěžní prostředí tím, že nekonalo zadávací řízení, a tudíž porušilo zásady transparentnosti a zákazu diskriminace.

<sup>20</sup> Podle rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k zákonu č. 137/2006 Sb. ze dne 23. 7. 2007, č. j. S159/2007/VZ-13474/2007/540-MČ, jsou veřejnými zakázkami i zakázky malého rozsahu (tj. do 2 mil. Kč nebo do 6 mil. Kč u stavebních zakázek), avšak takovými, které zadavatel nezadáva ve smyslu definic § 17 písm. k) a m) zákona. Z tohoto důvodu není dána ani pravomoc přezkumu Úřadu, neboť tomu podléhají pouze postupy při zadávání veřejných zakázek.

<sup>21</sup> ÚOHS se vždy bude zabývat všemi podněty a stížnostmi [citováno 20. října 2008]. Dostupný z: <http://www.compet.cz/verejne-zakazky/aktuality-z-verejnych-zakazek/uohs-se-vzdy-bude-zabyvat-vsemi-podnety-a-stiznostmi/>.

Podle názoru města, který se v praxi začíná vyskytovat stále častěji, a který není, podle mého, marginální, ale právě naopak, se nejednalo o veřejné prostředky, a proto nebylo postupováno podle zákona o veřejných zakázkách. Výše uvedené rozhodnutí k tomu mimo jiné uvádí, že „zadavatel dle svého tvrzení uhradil realizaci veřejné zakázky až z finančních prostředků, které získal prodejem předmětných pozemků, a tedy že jeho rozpočet nebyl úhradou veřejné zakázky fakticky přímo zatížen. Není proto rozhodné, že úhrada veřejné zakázky zřejmě fakticky nezatížila finanční poměry zadavatele, neboť po právní stránce se jednalo o veřejné prostředky plynoucí z rozpočtu zadavatele, a tedy argumentace zadavatele je v tomto smyslu nepravdivá.“

Netransparentní postup při zadávání veřejné zakázky byl potvrzen i v rozhodnutí ze dne 23. 1. 2007, č. j. R118/2006/02-01645/2007/300-Hr. Byla udělena pokuta ve výši osmdesát tisíc korun českých statutárnímu městu, které si vyžádalo zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, ale nepostupovalo při tom transparentně. Další obec nedodržela zásadu transparentnosti při omezování počtu uchazečů losem, když neveřejné losování uskutečnila bez účasti notáře a i bez zástupců všech zájemců (rozhodnutí ze dne 11. ledna 2008, č. j. R161/2007/02-00327/2008/310-Hr). Předseda potvrdil rozhodnutí prvního stupně a udělení pokuty ve výši padesát tisíc korun českých.

Úprava omezení počtu zájemců podle § 40 zákona č. 40/2004 Sb. byla nedostatečně precizní na rozdíl od omezení počtu zájemců v platné úpravě, které je podrobně popsáno v ustanovení § 61 a 66 ZVZ. Zřejmě nejvíce medializovanou kauzou poslední doby byla tzv. karlovarská losovačka. Svým rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. R191/2007/02-04304/2008/310-Hr, potvrdil pokutu ve výši půl miliónu korun za netransparentní omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení. Dále bylo potvrzeno, že nebylo postupováno v souladu se zásadami rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 3. 2008, č. j. S310/2007/VZ-00803/2007/ 530/BM, podle kterého nemocnice postupovala netransparentně, když nezákonně rozdělila předmět veřejné zakázky. Byla udělena pokuta sedmdesát tisíc korun českých.

Pro zajímavost dodávám, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže udělil prozatím ve veřejných zakázkách nejvyšší pokutu ve výši pět milionů korun českých Moravským naftovým dolům, s. p. (viz rozhodnutí ze dne 5. listopadu 2007, č. j. R182,183/2007/02-20179/2007/310-Hr). Při likvidaci státního podniku nebyl transparentně zvolen druh zadávacího řízení. Bylo zvoleno jednací řízení bez uveřejnění z důvodu krajně naléhavého případu. Prokázalo se ovšem, že naléhavost nebyla dána.

Jedno z posledních rozhodnutí (ovšem ještě k zákonu č. 40/2004 Sb.), ve kterém bylo potvrzeno, že nebylo postupováno v souladu se zásadami a potvrzena pokuta ve výši tři sta tisíc korun českých je rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 4. 2009, č. j. R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc. Bylo konstatováno porušení zásady zákazu diskriminace proto, že pro prokázání finanční a ekonomické způsobilosti zadavatel požadoval doložení výše obrátu více než dvacetkrát vyšší než je roční hodnota veřejné zakázky. Jednalo se o tzv. skrytou formu diskriminace.

Z uvedených rozhodnutí, která jsou vzorkem rozhodování o zásadách ve veřejných zakázkách, podle mého názoru vyplývá, že při zadávání veřejných zakázek je nejprve třeba posoudit, zda jakýkoliv krok v postupu zadavatele není v nesouladu se zásadami.

Aktuální rozhodnutí ve věci právních zásad doporučuji sledovat na internetové stránce Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ([www.compet.cz](http://www.compet.cz)), odkaz veřejné zakázky, sbírky rozhodnutí.

## Rozhodnutí soudů

Kromě rozhodování Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže či předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je vhodné sledovat rozhodnutí soudů.

Proti rozhodnutí předsedy Úřadu lze podat podle § 65 an. SŘS žalobu ve správním soudnictví, a to do dvou měsíců ode dne doručení písemného vyhotovení rozhodnutí u Krajského soudu v Brně, v jehož obvodu je sídlo Úřadu. Proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu je možné u tohoto soudu podat kasační stížnost podle § 102 an. SŘS, a to do dvou týdnů po doručení rozhodnutí. Krajský soud se po podání stížnosti v souladu s § 108 odst. 1 SŘS stará o odstranění jejích vad, o její rozeslání účastníkům řízení a vyhotovení stanoviska, přičemž tyto úkony jsou součástí spisu, který předkládá Nejvyššímu správnímu soudu, který o stížnosti rozhoduje.

Jak již bylo výše uvedeno, nelze judikaturu ve věci principů ve veřejných zakázkách omezit pouze na česká rozhodnutí, ale je vhodné vycházet i z rozhodnutí soudů Evropského společenství. Doporučuji proto sledovat nejenom domácí zdroje judikatury, ale i Evropského soudního dvora zvláště. Kromě tradičních elektronických zdrojů s rozhodnutími Evropského soudního dvora (<http://curia.eu.int> aj.), je možné si vyzkoušet například placený přístup na stránce <http://caselex.com/>.

Co se týče právních principů, Evropský soudní dvůr rozhodoval v této věci již mnohokrát.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Např. viz jedno z rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci porušení právních zásad ze dne 26. 4. 2007, C-195/04.

Na vztah české a evropské judikatury upozorňoval i Nejvyšší správní soud, například v již zmíněném rozhodnutí ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008–152, když uváděl jak rozhodnutí Evropského soudního dvora, tak rozhodnutí národních soudů členských zemí Evropské unie. 21 Např. viz jedno z rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci porušení právních zásad ze dne 26. 4. 2007, C-195/04.

## Závěr

Právní zásady jsou pro postup podle zákona o veřejných zakázkách podstatné, a tudíž rozumět co se jimi vůbec myslí považují za základ při aplikaci daného zákona, přičemž je třeba si uvědomit, že v praxi zákon vykládají zejména laici. Laici si tedy musí primárně uvědomit, že právní zásady nejsou v postupu podle zákona sekundární a právníci by jim ve výkladu právních principů v tomto ohledu měli pomoci.

Z uvedeného pojednání, si dovoluji vyslovit závěr, že je zřejmé, že otázka právních principů nejenom ve veřejných zakázkách, je zvláště složitá mnohdy až nerosozumitelná, a proto je vhodné sledovat rozhodovací praxi konkrétních sporů, která by měla usměrňovat rozhodování zadavatele při jeho postupu podle zákona

o veřejných zakázkách. Na druhou stranu stále platí, že rozhodnutí nejsou v kontinentálním právu závazná na rozdíl od anglo-amerického právního systému, každopádně jejich význam roste, neboť, podle mého názoru, jednotnost rozhodování prokazuje vyspělost země a přináší s sebou vyšší právní jistotu. Mimo jiné může, podle mého mínění, význam judikatury potvrdit například dodržování povinnosti Nejvyššího správního soudu sjednocovat podle § 12 SŘS rozhodovací praxi správních soudů vlastní judikaturou.

## Summary

The article follows the question how to apply the legal principles stated in the Par. 6 of the Act No. 137/2006 Coll., about tenders, subsequently amended.

It analyses what is legal principle in general and what are legal principles of transparency, of equal treatment and of non-discrimination in public procurement. It is concerned with public procurement of tenders below 2 mil. for supplies and services or 6 mil. for works from the view of legal principles. It introduces some of decisions of the Office for the protection of competition or its chairman and of courts.

# Nad fikcí výpovědi (odvolání) plné moci a restrikcí počtu zmocněnců v civilním procesu

Petr Lavický\*

## I. Úvodní poznámky

Podle § 28 odst. 3 o. s. ř. platí, že pokud si zastoupený účastník zvolí jiného zmocněnce, vypověděl tím také plnou moc zástupci dosavadnímu. Toto ustanovení souvisí s poslední větou § 24 odst. 1 o. s. ř., podle níž může mít účastník současně jen jednoho zvoleného zástupce. Pokud by se omezení počtu zmocněnců v civilním řízení soudním na jediného neuplatňovalo, nebylo by ani zapotřebí pravidla upraveného v § 28 odst. 3 o. s. ř.

Citovaná ustanovení však nejsou zdaleka bezproblémová, jak ostatně ukazuje literatura.<sup>1</sup> Spornou se v prvé řadě ukazuje otázka, zda výpověď plné moci, dovozovaná z udělení plné moci zmocněnci jinému, je **fikcí či domněnkou**. Dále vznikají jisté **interpretační obtíže**, pokud jde o samotný obsah obou ustanovení, a konečně se klade otázka, jaký je vlastně **účel** omezení počtu zmocněnců v civilním procesu na jediného, zda jej lze považovat za legitimní, a zda obstojí i v dalších krocích testu proporcionality. V tomto pořadí se nastíhými problémy zabývá předkládaný článek.

\* Petr Lavický, autor je odborným asistentem na katedře občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity.

<sup>1</sup> Např. Myslík, S. Plná moc udělená více zmocněncům. Bulletin advokacie, 2002, č. 2, s. 26 až 28.

Předtím je však nutno učinit ještě jednu poznámku **terminologickou**: znění § 28 odst. 3 o. s. ř. není přesné, neboť občanský soudní řád v § 28 odst. 2 označuje **výpověď** za procesní úkon zástupce, zatímco jednostranný procesní úkon, jímž přivodí zánik zastoupení účastník, nazývá **odvolání** plné moci. Tuto terminologii respektuje i hmotněprávní úprava zastoupení [viz § 33b odst. 1 písm. a) a b) o. z.], čímž samozřejmě nehodláme hmotněprávní zastoupení se zastoupením procesním jakkoliv směřovat;<sup>2</sup> zde jde o stránku ryze terminologickou. Bylo by proto přesnější a důslednější, pokud by § 28 odst. 3 o. s. ř. hovořil o odvolání, a nikoliv výpovědi plné moci.

Nyní již přistupme k nastíněným třem okruhům problémů.

## II. Fikce či domněnka výpovědi plné moci?

Právní povaha pravidla obsaženého v § 28 odst. 3 o. s. ř. je zřejmě sporná. Podle důvodové zprávy má mít charakter domněnky, k čemuž se přiklání i část komentářové literatury.<sup>3</sup> Jiná část naproti tomu dovozuje, že analyzované ustanovení je fikcí.<sup>4</sup>

Přikláníme se ke stanovisku, že pravidlo, na základě něž se z udělení plné moci dalšímu zmocněnci dovozuje vypovězení plné moci zástupci dosavadnímu, má povahu fikce.

Pro **domněnky** je charakteristická existence užšího kauzálního nebo zkušenostního vztahu mezi skutečnostími zakládajícími domněnku a presumovaným právem či skutečností.<sup>5</sup> V tom se domněnka od fikce diametrálně liší, neboť **fikce** je právním institutem, jenž se zakládá na vědomém rozporu toho, co se finguje (skutečnosti či práva), s realitou. Na základě existence určitých skutečností, jež tvoří bázi fikce, zákon záměrně stanoví, že skutečnost či právo, které podle kauzálních zákonitostí a empirických poznatků existují, se mají považovat za neexistující, nebo naopak na neexistující skutečnosti či práva se má záměrně hledět jakoby existovaly.

<sup>2</sup> K důslednému rozlišování hmotněprávního a procesního zastoupení viz Fiala, J. – Švestková, I. Příspěvek k zastoupení v občanském procesním právu. Bulletin advokacie, 1983, s. 26 až 27.

<sup>3</sup> Winterová, A. in Winterová A. a kol. Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou. 2. vydání. Praha: Linde Praha, a. s., 2005, s. 59.

<sup>4</sup> Drápal, L. in Bureš, J. – Drápal, L. – Mazanec, M. Občanský soudní řád. Komentář. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2001, s. 118.

<sup>5</sup> Fasching, H. Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrecht. Wien: Manz Verlag, 1984, s. 415.

Nelze přitom přijmout názor, podle něž nevyvratitelné domněnky mohou **přecházet** ve fikce,<sup>6</sup> neboť se v něm směřují hlediska obecného a konkrétního v jeden nesourodý celek. Právní norma má z hlediska svého pojmového vymezení vždy obecnou povahu, a to nejen co do adresátů, ale i co do předmětu své úpravy.<sup>7</sup> Na její povahu je proto nutno usuzovat opět **pouze z obecného hlediska**, a nikoliv podle toho, zda to, co se jí obecně finguje či presumuje, je v konkrétním případě v rozporu nebo v souladu s realitou. Určité ustanovení zákona proto nemůže mít jednu povahu ustanovení upravujícího domněnku a podruhé fikci; platí buď první nebo druhé, a to podle kritéria obecného, a nikoliv konkrétního.

Na základě této stručné charakteristiky rozdílů fikce a domněnky lze konstatovat, že **§ 28 odst. 3 o. s. ř. upravuje fikci, a nikoliv domněnku**.

V prvé řadě je zcela zjevné, že **účastník vůbec žádný úkon spočívající ve výpovědi (odvolání) plné moci neučinil**. Účastník učinil zcela odlišný procesní úkon, jímž udělil plnou moc jiné osobě, a na základě tohoto jednostranného procesního úkonu zákon soudu ukládá, aby pokládal za existující též další procesní úkon, jenž spočívá ve výpovědi (odvolání) plné moci. Občanský soudní řád tedy s existencí jednoho procesního úkonu spojuje existenci procesního úkonu jiného, který účastník ve skutečnosti vůbec neučinil.

Nelze dále ani tvrdit, že by **obecným lidským zkušenostem** odpovídal poznatek, podle něž pokud někdo udělí plnou moc novému zástupci, nemá již zájem na tom, aby jej dosavadní zmocněnec dále zastupoval. Stejně tak dobře lze totiž tvrdit, že v těchto případech by účastník byl rád zastoupen oběma zmocněnci; občanský soudní řád (na rozdíl např. od trestního řádu – viz § 37 odst. 3 tr. ř., nebo zahraničních civilních řádů soudních) mu to však neumožňuje.

**O nejednoznačnosti zkušenostních závěrů**, které lze spojovat s udělením plné moci dalšímu zmocněnci, rovněž dostatečně svědčí rozporuplné názory komentářové literatury, vyslovované před novelou č. 30/2000 Sb.: zatímco komentář k občanskému soudnímu řádu z roku 1950<sup>8</sup> výslovně konstatuje, že vystavení plné

<sup>6</sup> Petschek, G. Der österreichische Zivilprozeß. Wien: Manz, 1963, s. 233 (po smrti Petscheka v roce 1947 připravil k vydání F. Stigel).

<sup>7</sup> Viz Knapp, V. in Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde Praha a. s., 1998, s. 34.

<sup>8</sup> Rubeš, J. a kol. Komentář k občanskému soudnímu řádu. Díl první. Praha: Orbis, 1957, s. 199. Autor kapitoly neuveden.

Srov. též R 36/1953: „Podal-li za účastníka opravný prostředek jiný zmocněnec, než který ho dosud v téže věci zastupuje, jde o vadu, která brání věcnému vyřízení opravného prostředku, neodůvodňuje však jeho odmítnutí, aniž byl předem učiněn pokus k odstranění vady podle § 45 o. s. ř.“

moci pozdějšímu zástupci nelze vykládat jako konkludentní čin, kterým se dříve udělená plná moc odvolává, pozdější komentáře vyjadřují – při obdobném znění zákona – názor právě opačný.<sup>9</sup> Toto řešení akceptovala i judikatura, jež však závěr o konkludentním odvolání plné moci vyjadřovala ještě mnohem pochybněji konstatováním, že „*zastoupení podle dřívější plné moci zaniklo konkludentně*“;<sup>10</sup> **konkludentní** nemůže být samozřejmě zánik zastoupení, ale **nanejvýš úkon**, s nímž je zánik zastoupení spojen; je ale přinejmenším **krajně pochybné**, zda i před novelou č. 30/2000 Sb. bylo možno učinit odvolání plné moci, coby jednostranný procesní úkon zmocnitele (účastníka), konkludentně. Tato otázka již dnes nemá praktický význam. Přikláníme se však k závěru, že o konkludentním odvolání plné moci nebylo možno uvažovat. Jak uvádí Steiner, konkludentní procesní úkony jsou pouze výjimkou, která nastupuje toliko tam, kde ji procesní právo připouští a blíže upravuje (např. § 110, § 101 odst. 3, tj. nyní odst. 4).<sup>11</sup> Možnost konkludentního odvolání plné moci však občanský soudní řád nijak nepředpokládal. Z tohoto hlediska považujeme za správnější stanovisko vyjádřené v komentáři k občanskému soudnímu řádu z roku 1950 (viz shora).

Pravidlo obsažené v § 28 odst. 3 o. s. ř. nelze proto vydávat za jakousi zobecněnou lidskou zkušenost, ale – jak bylo v samotném úvodu řečeno – ve skutečnosti vnitřně souvisí s tím, že podle § 24 odst. 1 o. s. ř. **může v téže věci účastník mít jenom jednoho zvoleného zástupce**;<sup>12</sup> nebýt této restrikce počtu zmocněnců, nebyl by zde jediný důvod, proč zmiňované pravidlo do občanského soudního řádu vůbec zavádět.

Omezení počtu zmocněnců na jednoho přitom přinesl teprve § 30 občanského soudního řádu z roku 1950. Civilní řád soudní z roku 1895 žádné obdobné

pravidlo neobsahoval, což uznávala i tehdejší literatura. Podle Hory plná moc udělená několika osobám neznamená, že by všichni zmocněnci museli jednat společně; každý z nich může jednat zcela samostatně a s plným účinkem pro procesní stranu. Pokud si procesní úkony zmocněnců odporují, má to stejný význam, jako by si odporovaly projevy strany samotné, a je úkolem soudu, aby tyto rozpory vhodným způsobem odstranil nebo aby jejich význam posoudil podle § 272 civilního řádu soudního,<sup>13</sup> tj. podle volného uvážení.

**Důvod odklonu** od této úpravy **není vůbec zřejmý**. Důvodová zpráva k občanskému soudnímu řádu z roku 1950 o něm mlčí, stejně jako důvodová zpráva k občanskému soudnímu řádu z roku 1963, jež omezení počtu zmocněnců na jediného v § 24 převzal. Jediným vodítkem je text v komentáři z roku 1950, který tuto úpravu vysvětluje **zásadou hospodárnosti**.<sup>14</sup> Pojem hospodárnosti je ovšem značně široký. Může zahrnovat snahu o odstranění situací, kdy si procesní úkony několika zmocněnců budou navzájem odporovat, nebo záměr ulehčit soudu doručování písemností,<sup>15</sup> případně se za zásadou hospodárnosti mohou skrývat motivy související s tehdejší organizací advokacie. Právě nejasnost v otázce, co je vlastně účelem omezení počtu zmocněnců na jediného, vedla ke značně protichůdným názorům na otázku, jaké důsledky má toto pravidlo mít; k tomu stačí nahlédnout do citovaných komentářů a srovnat výklady, které se v nich podávají.

Při novelizaci občanského soudního řádu, jež byla provedena zákonem č. 30/2000 Sb., **zákonodárce místo toho, aby odstranil pochybné omezení počtu zmocněnců v § 24 odst. 1 o. s. ř., jal se napravit pochyby tím, že stanovil fikci výpovědi (správně odvolání) plné moci v případě, že si účastník zvolil jiného zástupce**. Tím vlastně rádoby důsledně<sup>16</sup> rozvinul pravidlo, jehož účel není zcela zřejmý a jehož legitimita je krajně pochybná. Proč bránit účastníku, aby se nechal zastupovat několika zmocněnci, může-li si to finančně dovolit a má-li zato, že pluralita zmocněnců přinese větší úroveň ochrany jeho práv? Žádný skutečně vážný argument proti tomu shledat nelze; problémy, o nichž byla řeč výše, jsou snadno řešitelné. Kdyby existovaly skutečně závažné důvody, které by bránily zastupování několika zmocněnci, sotva by se k takovému řešení

<sup>9</sup> Rubeš, J. in Rubeš, J. a kol. Občanský soudní řád. Komentář. Díl I. Praha: Orbis, 1970, s. 109.

Handl, V. – Rubeš, J. Občanský soudní řád. Komentář. I díl. Praha: Panorama, 1985, s. 173.

<sup>10</sup> Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 10. 2004, sp. zn. 29 Odo 466/2002, publikované v časopise Soudní judikatura pod č. 227/2004.

<sup>11</sup> Viz Steiner, V. Základní otázky občanského práva procesního. Praha: Academia, 1981, s. 247.

<sup>12</sup> Procesní plná moc udělená současně dvěma advokátům je podle judikatury „*neplatná*“ (např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 24. 10. 1996, sp. zn. 2 Cdon 1007/96, publikované v časopise Soudní judikatura pod č. 36/1997). Podle obecně uznávaných teoretických názorů je ovšem hrubě nesprávné u jednostranných procesních úkonů uvažovat o jejich platnosti nebo neplatnosti; místo toho se uplatňují především kategorie účinnosti nebo neúčinnosti, vadnosti nebo bezvadnosti, přípustnosti nebo nepřípustnosti. Srov. Macur, J. Důvody neplatnosti rozhodčí smlouvy. Právní rozhledy, 2001, č. 12, s. 580. Steiner, V. Základní otázky občanského práva procesního. Praha: Academia, 1981, s. 245. Štajgr, F. Některé teoretické otázky civilního práva procesního. Praha: AUCI, 1969, s. 62.

<sup>13</sup> Hora, V. Československé civilní právo procesní. Díl II. Řízení před soudy první instance. 2. vydání. Praha: nákladem vlastním, 1928, s. 63.

<sup>14</sup> Rubeš, J. a kol. Komentář k občanskému soudnímu řádu. Díl první. Praha: Orbis, 1957, s. 198.

<sup>15</sup> Obojí je přitom snadno řešitelné. Ohledně prvního problému srov. citovanou úvahu Horovu, ohledně druhého § 37 odst. 3 trestního řádu.

<sup>16</sup> Kvalitu celé úpravy jenom podtrhuje již několikrát zmiňovaná záměna výpovědi a odvolání plné moci.

mohly uchylovat zahraniční civilní řády soudní<sup>17</sup> nebo český trestní řád.

### III. K některým interpretačním úskalím § 24 odst. 1 a § 28 odst. 3 o. s. ř.

Ač fikce výpovědi (odvolání) plné moci měla odstranit pochybnosti praxe, učinila tak pouze na první pohled. Krom nesprávné terminologie s sebou přinesla i jiné interpretační problémy.

V prvé řadě **nepříliš přesně identifikuje moment, k němuž mají účinky fikce nastoupit**. Ta se zjevně nemůže uplatnit již v okamžiku, kdy účastník jinému zmocněnci udělil plnou moc, ale teprve tehdy, jakmile o tomto procesním úkonu účastník nebo zmocněnec informoval soud (§ 28 odst. 2 o. s. ř.).

Daleko složitější problém však vzniká při hledání odpovědi na **otázku, zda bázi fikce naplňuje udělení jakékoliv plné moci**. Např. dle Drápal<sup>18</sup> je druh plné moci nerozhodný, a proto i procesní plná moc zaniká, předloží-li účastník soudu později prostou plnou moc udělenou jinému zmocněnci. S takovým závěrem však nelze souhlasit, neboť se opírá pouze o doslovný jazykový výklad § 28 odst. 2 o. s. ř., a zjevně postrádá jakékoliv věcné zdůvodnění. Nepřijatelnost uvedeného závěru lze demonstrovat pomocí redukce *ad absurdum*: účastník je zastoupen advokátem, jemuž udělil procesní plnou moc; zároveň však udělí někomu dalšímu prostou plnou moc pouze k tomu, aby tato osoba šla nahlížet do spisu. Nelze nijak zdůvodnit, proč by měla pozdější plná moc, udělená k nahlížení do spisu, znamenat výpověď (odvolání) předchozí plné moci procesní. Jsme proto naopak toho názoru, že s **pozdější plnou mocí lze spojit fikci výpovědi (odvolání) předchozí plné moci pouze tehdy, pokud obě vedle sebe nemohou obstát**. To je obzvlášť praktické u procesní plné moci, u níž

bude možno na fikci její výpovědi (odvolání) usuzovat pouze tehdy, pokud účastník udělí někomu jinému další procesní plnou moc; pozdější prostá plná moc však fikci výpovědi (odvolání) dřívější procesní plné moci odůvodnit nemůže.

### IV. Omezení počtu zmocněnců z hlediska testu proporcionality

Pochybnosti vznikající nejen ohledně obsahu, ale především stran smyslu a účelu omezení počtu zástupců v civilním procesu (a na něj navazujícího pravidla fikce výpovědi, resp. odvolání plné moci) jsou natolik zásadní, že se klade otázka, zda vůbec je tato restrikce v souladu s ústavním pořádkem. K posouzení ústavní konformnosti zákona či jeho ustanovení se tradičně používá **testu proporcionality**, jenž obecně vyjadřuje požadavek, aby přijaté opatření bylo přiměřené a nezbytné k dosažení cíle, který je jím sledován.<sup>19</sup> Vlastní obsah testu proporcionality se liší nejen soud od soudu, ale také v rámci jednoho soudu v závislosti na tom, v jakém druhu řízení je používán. Nejpráhlednější je test proporcionality, jenž se sestává ze tří kroků a jenž ve své judikatuře používá český Ústavní soud (z poslední doby srov. sp. zn. Pl. ÚS 83/06, odstavec č. 271, nebo sp. zn. Pl. ÚS 2/06, odstavec č. 93 a judikaturu tam citovanou), jakož i Evropský soudní dvůr.<sup>20</sup> Uvedené tři kroky zahrnují nejprve posouzení vhodnosti ustanovení zákona (včetně zkoumání existence legitimního cíle), poté nezbytnosti či potřebnosti a konečně přiměřenosti v úzkém slova smyslu.

Začít nelze jinde než u **otázky, zda cíl, který právní úprava sleduje, lze považovat za legitimní**. Je tedy nutno nejprve posoudit legitimnost cíle pravidla, podle něž může mít účastník v řízení současně pouze jednoho zmocněnce.

Již shora bylo řečeno, že pravidlo omezující počet zmocněnců současně zastupujících účastníka na jediného zavedl teprve občanský soudní řád z roku 1950. Důvodová zpráva tento krok nijak nevysvětlila, a bližší vysvětlení nepřinášejí ani nové procesní řády: např. soudní řád správní i nový správní řád toto pravidlo převzaly, ale v důvodových zprávách o něm zcela mlčí. Zřejmě se tak ustanovení o souběžném zastupování toliko jediným zmocněncem stalo během let něčím, o čem se vůbec nepochybuje.

**Princip hospodárnosti**, o němž se zmiňuje komentář k občanskému soudnímu řádu z roku 1950, tak zůstává jediným explicitním vysvětlením účelu omezení počtu zástupců na jediného. Zahrneme-li pod něj jednak

<sup>17</sup> O rakouském civilním řádu soudním již byla řeč. V německém civilním řízení, jak uvádí C. von Mettenheim, se může procesní strana nechat zastupovat libovolným počtem zmocněnců; viz von Mettenheim, C. in Rauscher, T. – Wax, P. – Wenzel, J. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. München: C. H. Beck, 2008, komentář k § 84, marginální č. 2. Samo ustanovení § 84 ZPO zní: „Více zmocněnců je oprávněno zastupovat stranu společně nebo jednotlivě. Odchylně ustanovení plné moci nemá vůči odpůrci žádné právní účinky.“ Odchyly od pravidla uvedeného ve větě první tak mají význam jenom ve vnitřním vztahu; viz Weth, S. in Musielak, H. J. et al. Kommentar zum Zivilprozessordnung. 6. vydání. München: Verlag Franz Vahlen, 2008, komentář k § 84, marg. č. 3.

Je zajímavé, že naproti tomu v německém trestním procesu je podle druhé věty § 137 odst. 1 trestního řádu počet zvolených obhájců omezen na tři.

<sup>18</sup> Drápal, L. in Bureš, J. – Drápal, L. – Mazanec, M. Občanský soudní řád. Komentář. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2001, s. 118.

<sup>19</sup> Srov. Tridimas, T. The General Principles of EU Law. 2. vydání. New York: Oxford University Press, 2006, s. 139.

<sup>20</sup> Tamtéž.



snahu **usnadnit komunikaci soudu a zástupců procesních stran** při doručování písemností, a jednak úsilí o **odstranění potenciálně konfliktních situací**, vznikajících v důsledku protichůdných procesních úkonů několika zmocněnců. Lze tyto cíle dle našeho mínění považovat za **legitimní**. Zákonodárce se tím snaží dosáhnout rychlejšího průběhu řízení, což je nepochybně cíl žádoucí jak z obecného pohledu, tak i z hlediska samotných účastníků řízení.

Pravidlo, podle něž může mít účastník současně pouze jediného zástupce na základě procesní plné moci, obstojí i z hlediska otázky, zda použité prostředky jsou **způsobilé dosáhnout sledovaného cíle**. V tomto směru je odpověď jednoznačná. Chtěl-li zákonodárce odstranit shora naznačené problémy, jež pramení z toho, že účastník bude mít zároveň několik zmocněnců, pak pravidlo, podle něž může mít účastník současně zmocněnce pouze jediného, tyto problémy nepochybně odbourává zcela.

Omezení počtu zmocněnců tedy je řešením dané situace, avšak řešením razantním a radikálním; neuchyluje se k prostředkům mírnějším a volí zrovna ten nejdůraznější. Z tohoto hlediska pak **nemůže obstát v dalším kroku testu proporcionality, jímž je posouzení potřebnosti či nezbytnosti právní úpravy**, spočívající v hledání alternativních prostředků k dosažení téhož cíle a ve volbě toho z nich, jenž nejméně zasahuje ústavně chráněné hodnoty (*the least restrictive test*).

Dotčeným ustanovením ústavního pořádku je v této souvislosti především čl. 37 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, jenž každému zaručuje **právo na právní pomoc** v řízení před soudy, jinými státními orgány či orgány veřejné správy, a to od počátku řízení. Právo na právní pomoc v sobě bezpochyby zahrnuje též právo zvolit si kvalifikovaného<sup>21</sup> zástupce (zejména advokáta), který bude účastníka v řízení zastupovat. K plné realizaci tohoto práva patří, aby si účastník měl možnost zvolit toho zmocněnce, o němž je přesvědčen, že bude schopen nejlépe hájit jeho práva a zájmy v procesu; má-li účastník zato, že náležitou právní pomoc mu zajistí nikoliv jeden, ale několik zástupců, měl by mít možnost i takové volby. Ostatně v dnešní době stále složitějšího právního řádu a ruku v ruce s tím jdoucí prohlubující se specializací advokátů či jiných právních poradců nemusí být taková úvaha vůbec neracionální. Např. projednává-li se ve správním soudnictví složitá daňová věc, může k řádnému hájení práv účastníka přispět, bude-li zastoupen jak advokátem, tak i daňovým

poradcem; každý z nich totiž bude lépe ovládat jiné aspekty věci; § 35 odst. 7 s. ř. s. – obdobně jako občanský soudní řád – však něco takového neumožňuje.

Úskalí, která mohou pramenit z toho, že by účastník měl v řízení více zástupců, lze řešit **méně razantním zásahem do práva na právní pomoc**, než je naprosté vyloučení možnosti být souběžně zastupován několika zmocněnci.

Pokud jde o **problémy s doručováním**, lze odkázat na již citovaný § 37 odst. 3 trestního řádu, jenž obviněnému ukládá, aby orgánu činnému v trestním řízení oznámil, kterého obhájce zmocnil k přijímání písemností a k vyrozumívání o úkonech trestního řízení, s tím, že pokud tak neučiní, určí jej předseda senátu a v přípravném řízení státní zástupce, a své rozhodnutí oznámí všem zvoleným obhájcům. Není pochyb, že by bylo možno přijmout obdobnou úpravu i pro civilní řízení soudní. Jinou variantou je řešení přijímané v německém civilním procesu: dostačující je doručení jednomu zmocněnci a je nerozhodné, zda a kdy se o tom dozvěděli zmocněnci ostatní; bylo-li doručeno více zmocněncům, je pro počítání lhůt rozhodující doručení prvnímu z nich.<sup>22</sup>

Stejně tak lze řešit, jak bylo již zdůrazněno shora, i problémy plynoucí z toho, že zmocněnci učiní jménem účastníka **protichůdné procesní úkony**; zde stačí odkázat kupř. na citovaný Horův právní názor nebo opět na řešení této otázky v německém procesu: Jestliže několik zmocněnců učinilo současně procesní úkony, které si odporují, vede se v literatuře spor o to, zda jsou neúčinné, nebo zda je soud posoudí podle volné úvahy, popř. zda nerozlišovat mezi procesními úkony a skutkovými přednesy (např. S. Weth má zato, že soud má za této situace využít svého dotazovacího práva podle § 139 ZPO a pokusit se rozpor odstranit; nezdaří-li se mu to tímto způsobem, nelze k úkonu přihlížet, neboť riziko protichůdného jednání více zmocněnců má nést sama procesní strana). Následují-li protichůdné procesní úkony po sobě, lze na pozdější nahlížet tak, že ruší úkon dřívější, pokud je to samozřejmě možné (tak tomu není u procesních úkonů, jež nejsou volně odvolatelné, jako soudní doznání, uznání a vzdání se nároku nebo zpětvzetí opravného prostředku; zde platí pouze dřívější úkon). U doručování je dostačující doručení jednomu zmocněnci a je nerozhodné, zda a kdy se o tom dozvěděli zmocněnci ostatní; bylo-li doručeno více zmocněncům, je pro počítání lhůt rozhodující doručení prvnímu z nich.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 31. 10. 2006, sp. zn. III. ÚS 96/06: „Článek 37 odst. 2 Listiny základních práv a svobod nezaručuje právo na jakékoliv zastoupení účastníka řízení, nýbrž na zastoupení kvalifikované (právní pomoc); rozhodl-li se účastník řízení pro zastoupení tzv. obecným zmocněncem, pak na ústavněprávní úrovni ochrany nepožívá, a takové zastoupení lze posuzovat jen z hledisek vyjádřených v ustanovení § 27 o. s. ř.“

<sup>22</sup> K tomu viz von Mettenheim, C. in Rauscher, T. – Wax, P. – Wenzel, J. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. München: C. H. Beck, 2008, komentář k § 84, marginální č. 2. Weth, S. in Musielak, H. J. et al. Kommentar zum Zivilprozessordnung. 6. vydání. München: Verlag Franz Vahlen, 2008, komentář k § 84, marg. č. 3.

<sup>23</sup> Viz díla citovaná v předchozí poznámce pod čarou.

Je samozřejmě možné inspirovat se i jinými přístupy či úpravami. V každém případě je ale zjevné, že **existují mírnější alternativy**, na základě nichž lze odstranit problémy, které vyplývají ze zastupování účastníka souběžně několika zmocněnci, než naprosté vyloučení takové možnosti. Z tohoto důvodu **nemůže poslední věta § 24 odst. 1 o. s. ř. obstát v testu proporcionality**. Nevyhovuje-li toto ustanovení, pak v důsledku toho **nemůže uspět ani fikce výpovědi (odvolání) plné moci, upravená v § 28 odst. 3 o. s. ř., jež pouze základní (protiústavní) pravidlo rozvádí**.

## V. Závěrem

Z podaného rozboru vyplývá, že omezení počtu zmocněnců v civilním procesu na jediného představuje nepřipustný zásah do práva na právní pomoc, garantovanou čl. 37 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Toto právo není účastníku upřeno zcela, avšak podstatně jej omezuje, přestože k dosažení téhož cíle (hospodárnosti) lze užít i prostředků mírnějších.

Nad omezením počtu zmocněnců by bylo možno se zamýšlet nejen z úhlu pohledu účastníka a jeho ústavně garantovaných práv, ale též z pohledu zmocněnců. Nabízí se kupř. otázka, do jaké míry je uvedená restrikce koncepčně slučitelná se společným výkonem advokacie [§ 11 odst. 1 písm. b) zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii], zavedeného zákonem o advokacii a dále prohloubeného novelou provedenou zákonem č. 79/2006 Sb. To je ale již téma na jiný článek.

## Summary

According to § 24 par. 1 and § 28 par. 3 of the Civil Procedural Code (CPC) can each party be simultaneously represented only by one elected representative; if a party, which already has a representative, elects another one, then CPC stipulates that this party withdraws from a present power of attorney. This article deals with both provisions and concludes that § 28 par. 3 is a legal fiction, because the party didn't withdraw from a present power of attorney; it only elected a new representative. At the same time it is not possible to treat election of a new representative as an intention to finish existing representation by another representative; we can as well say that a party wants to be represented by both representatives. Therefore the article explores reasons for restriction of number of elected representatives in the Czech civil procedure. The reason is according to some older literature the principle of a (procedural) economy; it probably contains effort to avoid problems with servicing of documents to several representatives and to beware of situations, when a procedural act of one representative is in contrariety to a procedural act of another representative of the same party. This aim is legitimate, but there exists least restrictive means to reach it (a party may be obliged to choose one representative for receiving documents or service of a document to only one representative may be sufficient; contradictory acts can a court deliberate within his discretionary powers etc.). Hence the restriction of number of representatives under § 24 par. 1 CPC fails in the test of proportionality.

# AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

## Neslučitelnost funkcí

Zdeněk Koudelka\*

Neslučitelnost funkcí zavádí Ústava a dále některé obyčejné zákony. Zdá se, že ústavní a zákonná ustanovení o neslučitelnosti jsou jasná. Praxe je však sporná. Je nutné vycházet nejen z taxativního výčtu zákonů, které konkrétní funkce jsou neslučitelné, ale též z obec-

ného principu zákazu neslučitelných funkcí, pokud to plyne z jejich povahy. V případě sporu o slučitelnosti funkcí rozhoduje zpravidla ten, kdo ustanovuje osobu do druhé funkce, o niž je pochybné, zda je s první funkcí slučitelná. Je však povinností toho, kdo se o veřejné

\* JUDr. Zdeněk Koudelka, Ph.D., Katedra ústavního práva a politologie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno

funkce uchází, aby jejich zbytečnou kumulací nevyvolával právní spory. Musí zvážit, které funkci dá přednost, a na jiné rezignovat. Cílem veřejného funkcionáře nemá být mnohoobročnictví.

## 1 Členové vlády

Ústava stanoví, že člen vlády nesmí vykonávat činnosti, jejichž povaha odporuje výkonu jeho funkce.<sup>1</sup> Jde o přímo aplikovatelné ustanovení ústavy.<sup>2</sup> Zákon má podle ústavního zmocnění stanovit podrobnosti, nemůže však ústavní definici neslučitelnosti, byť obecnou a neurčitou, zrušit či zúžit. Zákon o střetu zájmů výslovně zakazuje členu vlády vykonávat samostatnou výdělečnou činnost, členství v orgánech podnikajících právnických osob, pracovní či služební poměr. Výjimku zde je jen pracovní poměr v rámci výkonu vědecké, pedagogické, umělecké, sportovní či literární činnosti. Zpravidla však členové vlády nemají časový prostor pro jiné aktivity, nelze však vyloučit jejich pracovní vztah např. k Akademii věd, vysoké či jiné škole nebo divadlu a muzeu<sup>3</sup> či příjem z autorských honorářů a sportovních her, pokud se účastní jako aktivní soutěžící. Omezení výdělečných možností včetně podnikání se netýká manžela, byť existuje společné jmění manželů a výsledky podnikání jdou na účet společného jmění.

Zvláštní zákony neslučitelnost funkcí dále stanoví pro některé konkrétní veřejné funkce. Zpravidla jde o neslučitelnost v rámci obecného ústavního omezení pro členy vlády – členství v bankovní radě České národní banky, členství v Nejvyšším kontrolním úřadu,<sup>4</sup> neboť tyto orgány ze své povahy mají být nezávislé na vládě. Zákon stanoví neslučitelnost členství ve vládě s mandátem poslance Evropského parlamentu.<sup>5</sup>

Ústava připouští kumulaci funkcí poslance či senátora a člena vlády, ale zakazuje spojení funkcí člena vlády a parlamentních funkcionářů (členové výborů,

předsedové a místopředsedové komor).<sup>6</sup> Příkladem respektování této neslučitelnosti je rozhodnutí ministra Miloslava Výborného podat demisi na svou funkci, která byla 15. 7. 1998 přijata prezidentem, přestože bylo po volbách a vláda jako celek skončila již 22. 7. 1998. Důvodem byla jeho kandidatura na předsedu Mandátového a imunitního výboru Poslanecké sněmovny, jimž se stal 17. 7. 1998. Z obdobných důvodů prezident přijal 16. 7. 1998 demisi ministra financí Ivana Pilipa, který se neúspěšně ucházel o post místopředsedy Poslanecké sněmovny, a ministra práce a sociálních věcí Stanislava Voláka, který se 22. 7. 1998 stal členem Výboru pro sociální politiku a zdravotnictví.<sup>7</sup>

### 1.1. Členové vlády a profesní samospráva

Příkladem sporu o neslučitelnost funkcí při jmenování člena vlády na návrh premiéra je postoj prezidenta republiky Václava Klause z října 2005, který jmenování Davida Ratha ministrem zdravotnictví podmínil jeho rezignací na post předsedy České lékařské komory a do tohoto rozhodnutí odmítal premiérův návrh na jmenování. Davida Ratha jmenoval až 4. 11. 2005 po splnění svého požadavku. Věc byla přechodně řešena tak, že řízením ministerstva byl pověřen místopředseda vlády a ministr práce a sociálních věcí Zdeněk Škromach, který Davida Ratha jmenoval 1. náměstkem ministra zdravotnictví.

Profesní komory mají reprezentovat samosprávu jako správu profese oddělené od výkonné moci státu. Nesmí tedy vznikat personální unie mezi reprezentanty samosprávy a státu, přitom však nelze zakázat prosté členství v komoře pro všechny státní funkcionáře a je zde nutno přihlídnout ke konkrétní profesi. Ministr nebo držitel obdobné funkce však z povahy věci nesmí být člen orgánů komory. Veškerá samospráva by se totiž stala formální a bez skutečného obsahu, kdyby tentýž jedinec byl ministrem a předsedou příslušné komory. Často dochází ke střetům výkonné moci státu a zájmů profesní samosprávy, proto, i bez výslovného zákonného zákazu, podléhá pozice předsedy profesní komory neslučitelnosti s členstvím ve vládě na základě obecného ústavního zákazu. Neslučitelnost chrání obě strany. Komoru před vládními zásahy a vládu před ovlivňováním ze strany komory.

<sup>1</sup> JAN FILIP: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Brno 2004, s. 325-326. VLADIMÍR SLÁDEČEK, VLADIMÍR MIKULE, JINDŘIŠKA SYLOVÁ: Ústava ČR, Praha 2007, s. 514-519. Čl. 70 Ústavy Čech, Moravy a Slezska č. 1/1993 Sb.

<sup>2</sup> VÁCLAV PAVLÍČEK, JIŘÍ HŘEBEK: Ústava a ústavní řád, 2. vydání Praha 1998, s. 252.

<sup>3</sup> Výjimkou je jen pracovní poměr veřejného funkcionáře, pokud je vlastní funkce vykonávána v pracovním poměru (předsedové ostatních ústředních správních úřadů). Členové vlády však nejsou v pracovním poměru. § 4 ods. 1 písm. c) a ods. 2 zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů.

<sup>4</sup> § 6 ods. 6 zákona č. 6/1993 Sb., o České národní bance. § 10 ods. 6 a § 12 ods. 7 zákona č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu.

<sup>5</sup> § 52 ods. 2 písm. e) a § 53 ods. 2 písm. a) zákona č. 62/2003 Sb., o volbách do Evropského parlamentu.

<sup>6</sup> Čl. 32 Ústavy. § 33 ods. 3 zákona č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny. § 10 zákona č. 107/1999 Sb., o jednacím řádu Senátu.

<sup>7</sup> Prezident přijal demisi Výborného, Slovo 16. 7. 1998, s. 2. Prezident přijal demisi ministra Voláka a Pilipa, Lidové noviny 17. 7. 1998, s. 2.

## 1.2. Členové vlády a územní samospráva

Aby samospráva byla skutečnou samosprávou musí být také vykonávána osobami, které musí být odlišné od držitelů funkcí jiných, pokud může dojít ke střetu zájmů různých subjektů. Samospráva vznikla především jako nositelka veřejných práv vůči státní exekutivě. Proto není možné, aby titíž lidé vykonávali správu státu i samosprávy. To by bylo fakticky popření samosprávy. Na druhé straně musí být chráněn i zájem na dobrou reprezentaci státních zájmů a tedy nelze připustit, aby státní moc byla personálně provázána s konkrétní samosprávnou reprezentací. Proto je zavedena neslučitelnost funkcí nejen jako ochrana zájmů samosprávy před preferováním zájmů státu, ale i naopak jako ochrana zájmů státu před preferováním zájmů samosprávy. Zájmy státu musí hájit nositelé státních funkcí a zájem samosprávy musí hájit nositelé funkcí samosprávných. Z tohoto principu pak vychází obecné ustanovení právních předpisů o neslučitelnosti funkcí. Pro člena vlády je určující Ústava, zákon o volbách do zastupitelstev obcí a zákon o střetu zájmů.

Neslučitelnost funkcí resortního ministra a člena zastupitelstva kraje stanoví i zákon o volbách do zastupitelstev krajů.<sup>8</sup> Stanoví, že funkce člena zastupitelstva je neslučitelná s funkcí vykonávanou mimo jiné na ministerstvu, která je obsazována jmenováním. Přitom není omezena tato neslučitelnost jen na jmenování dle zákoníku práce, ale jakékoliv.<sup>9</sup> Ministr je jmenován do své funkce prezidentem republiky. Má zároveň dvojí postavení, neboť je členem vlády jako kolektivního orgánu, ale, je-li i rezortním ministrem (ne ministrem bez portfeje), je i součástí ústředního správního úřadu a je jeho vedoucím. Přitom ministerstvo je řízeno monokraticky a ministr může rozhodovat přímo o jakékoliv otázce řešené na ministerstvu, pokud zákon výslovně nestanoví jinak. I když nerozhoduje přímo, je zde princip hierarchické podřízenosti a ministři pokyny provádí jeho podřízením. Bylo by nelogické, aby zákon stanovil jen neslučitelnost úředníků na ministerstvu s funkcí člena zastupitelstva, ale nestanovil i neslučitelnost toho, kdo je jim nadřízen a může reálně ovlivnit rozhodování ministerstva o věcech týkajících se daného kraje. V opačném případě, by mohla nastat zcela nepří-

puštná situace, že by ministr vnitra zastával funkci člena zastupitelstva kraje a jako ministr měl provádět dozor nad výkonem působnosti kraje, včetně ústavnosti a zákonnosti jeho právních předpisů, přičemž se již dříve podílel na přijetí těchto rozhodnutí, což by jistě ovlivnilo jeho vztah k dozorové činnosti. Zde je jasná neslučitelnost již ze zásady, že kontrolující nesmí záviset na kontrolovaném. Nicméně nutno zdůraznit, že zatímco ústava stanoví obecně neslučitelnost funkce jakéhokoliv člena vlády, ustanovení volebního zákona stanoví neslučitelnost pro členy zastupitelstva kraje se sankcí zániku mandátu člena zastupitelstva se týká jen rezortních ministrů, kteří stojí v čele ministerstev jako ústředních správních úřadů. Netýká se ministrů bez portfeje, místopředsedů a premiéra, pokud nestojí zároveň v čele ministerstva.

Ztrátu mandátu vyslovuje zastupitelstvo na nejbližším zasedání poté, co se o důvodech zániku mandátu dozví. Nestane-li se tak, pak za tímto účelem požádá ministr vnitra o svolání zastupitelstva kraje tak, aby se konalo do 30 dnů od doručení žádosti. Není-li dosaženo vyslovení ztráty mandátu touto cestou, mandát zaniká okamžikem, kdy to vysloví ministr vnitra. Vyslovení ztráty mandátu se neprodleně doručí tomu, koho se týká, a zároveň se vyvěsí na úřední desce krajského úřadu, přičemž třetí den se považuje za den doručení rozhodnutí. Proti rozhodnutí o zániku mandátu má právo dotčená osoba a kandidující volební strana podat do dvou dnů žalobu na krajský soud.<sup>10</sup>

Pro rozhodování je rozhodující právní stav v době jednání zastupitelstva. Pokud tedy držel člen zastupitelstva neslučitelnou funkci, ale v době rozhodování druhou neslučitelnou funkci nedoručí, již jej nelze zbavit mandátu. Zde nutno upozornit na názor Ústavního soudu, který v případě zániku mandátu člena zastupitelstva obce z důvodu změny trvalého pobytu stanovil, že *i když zaniká mandát až vyslovením příslušným orgánem, tento by měl posuzovat, zda objektivně nastaly důvody ztráty mandátu bez ohledu na stav v době rozhodování. Tedy změnil-li zastupitel svůj trvalý pobyt mimo území obce, pak by měla být vyslovena ztráta jeho mandátu, i když v době rozhodování je již opět hlášen k trvalému pobytu na území obce, protože daná skutečnost nastala a nemůže být zhojena (konvalidována).*<sup>11</sup> Nicméně tento případ se týkal podmínky trvalého pobytu, která je nutnou podmínkou nejen pro zvolení, ale již i registraci kandidáta do voleb. V případě neslučitelnosti funkcí volební zákon připouští kandidaturu držitele neslučitelné funkce a dokonce i dočasné držení mandátů zároveň s neslučitelnou funkcí po zvolení, byť jako

<sup>8</sup> § 5 ods. 2 pís. a) a § 48 zákona č. 130/2000 Sb., o volbách do zastupitelstev krajů.

<sup>9</sup> Za nedostatečně srozumitelnou ve vztahu členství v zastupitelstvu kraje a postavení ministra označuje ustanovení o neslučitelnosti komentář k čl. 70 Ústavy - VLADIMÍR SLÁDEČEK, VLADIMÍR MIKULE, JINDŘIŠKA SYLLOVÁ: Ústava ČR, Praha 2007, s. 516. Otázkou zůstává, jak by mělo být jinak dle autorů deklarováno, že ministr jako jmenovaný funkcionář a vedoucí ústředního správního úřadu nemá být členem zastupitelstva kraje, pokud by situace neměla být řešena otročským taxativním výčtem všech v úvahu připadajících funkcí na různých správních úřadech.

<sup>10</sup> § 52 a 54 zákona o volbách do zastupitelstev krajů. § 91 soudního řádu správního č. 150/2002 Sb.

<sup>11</sup> Nález č. 145/2000 Sbírky nálezů a usnesení Ústavního soudu (IV.ÚS420/2000). Totožné je stanovisko Ministerstva vnitra např. obsažené ve vyjádření Okresního úřadu Pelhřimov z 18. 4. 2000, čj. MS/2-743/2000 o situaci v městě Humpolci.

přechodné opatření. Proto je možné připustit po přechodnou dobu držení neslučitelné funkce získané až během výkonu mandátu. Daná věc je limitována okamžikem rozhodování zastupitelstva o zániku mandátu z důvodu neslučitelnosti.

V roce 2008 byl znovu zvolen členem Zastupitelstva Středočeského kraje jeho předchozí hejtman Petr Bendl, který byl 23. 1. 2009 jmenován ministrem dopravy, aniž se vzdal mandátu člena zastupitelstva kraje. Následně zastupitelstvo jednalo ve věci zániku jeho mandátu z důvodu neslučitelnosti, ale pro rozporná stanoviska odsunulo své rozhodnutí. V mezidobí však Petru Bendlovi skončilo členství ve vládě 8. 5. 2009, neboť byla jmenována vláda nová. Petr Bendl jako ministr se vzdal mandátu člena zastupitelstva, přestože se dříve po svém zvolení hejtmanem vzdal mandátu poslance 28. 2. 2001, kde zákon výslovnou neslučitelnost nestanoví.

### 1.3 Členové vlády a jiné ústřední správní úřady

Střet zájmů se projevil i ve vztahu k předsedovi úřednické vlády, když jím byl 9. 4. 2009 jmenován předseda Českého statistického úřadu Jan Fischer. Jan Fischer si ponechal funkci předsedy statistického úřadu, jen od 28. 4. 2009 pověřil svým zastupováním v úřadu 1. místopředsedy Jiřího Křováka.

Jan Fischer následně navrhl na ministra předsedu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže Martina Pecinu, jenž byl také 8. 5. 2009 jmenován prezidentem republiky ministrem vnitra. Právní postavení obou úřadů je shodné, neboť jde o ústřední správní úřady dříve označované jako ostatní ústřední orgány státní správy, které nejsou ministerstvy. Zatímco většinu jejich vedoucích (předsedů) jmenuje a odvolává vláda, v případě uvedených dvou orgánů je zákonná úprava jiná.<sup>12</sup> Důvodem je snaha po větší autonomii těchto dvou orgánů na vládě, aby byla zaručena objektivita jejich činnosti ve vztahu k vládě. V případě statistického úřadu jde o veřejný zájem na objektivitě statistických výstupů, které v oblasti hospodářství mohou mít výrazný dopad na vládu. Každá vláda bude raději, když hospodářská statistika dokazuje úspěšnost hospodářství státu, než naopak. Obdobně Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je úřadem, který kontroluje zadávání veřejných zakázek, jejichž největším zadavatelem jsou vládní ministerstva nebo jejich podřízené orgány. Aby kontrola byla objektivní, pak kontrolující nemůže být závislý na kontrolovaném ustanovením do funkce. Z tohoto důvodu jsou předseda statistického úřadu i Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže jmenování a odvolávání prezidentem, vláda dává jen návrh.

Že jde o skutečnou ochranu výkonu funkce, dokazuje odmítnutí prezidenta Václava Havla odvolat na návrh vlády Miloše Zemana člena prezidia Komise pro cenné papíry Tomáše Ježka v březnu 2000. Právě odlišnost zákonné úpravy jmenování a odvolání členů tohoto, dnes již zrušeného, orgánu spolu s předsedy statistického úřadu a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, dokreslují zájem zákonodárce na větší personální nezávislosti těchto úřadů na vládě, tedy i personální neslučitelnosti funkcí.

Zajímavý je postoj prezidenta Václava Klause, který odmítl jmenovat Davida Ratha pro neslučitelnost funkcí, ale Jana Fischera jmenoval premiérem v obdobné situaci a ve vztahu k Martinu Pecinovi se vyjádřil, že u něj překážky pro jmenování ministrem nevidí, v době, kdy si Pecina chtěl ponechat funkci předsedy. Po dobu členství ve vládě chtěl jako předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže čerpat dovolenou nebo neplacené volno.<sup>13</sup> Nakonec však změnil stanovisko premiér Jan Fischer a na základě jeho postoje oznámil Martin Pecina, že se funkce předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vzdá do 30 dnů po jmenování ministrem. Svým zastupováním pověřil 5. 5. 2009 1. místopředsedy úřadu Roberta Nerudu. Ovšem sám premiér nadále ve funkci předsedy statistického úřadu zůstal. Nedůvodně se vytvořil v praxi jiný přístup pro neslučitelnost funkce člena vlády ve vztahu k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a předsedovi statistického úřadu, byť jejich právní úprava je totožná.

Funkce předsedy Úřadu pro hospodářskou soutěž i předsedy statistického úřadu je neslučitelná s pozicí člena vlády. Jejich neslučitelnost má dvojí povahu. Především ústavní, neboť jako předsedové úřadů vykonávají činnost, která z povahy věci může být konfliktní se zájmy vlády. Dále svou činnost vykonávají v pracovním poměru, což obecně pro členy vlády zakazuje zákon o střetu zájmů.

Pokud jsou prezidentem jmenovány osoby, které drží neslučitelnou funkci a této funkce se nevzdají, prezident se vystavuje odpovědnosti za tato jmenování, neboť nejde o akt kontrasignovaný.<sup>14</sup> Byť předsedové těchto úřadů nevykonávají svoji pozici v úřadě, a přenesli rozhodování na místopředsedy, tímto spojením funkcí narušili personální autonomii těchto úřadů na vládě, jelikož pověření místopředsedové z povahy věci budou vykonávat své pravomoci s ohledem na přání svého předsedy – ministra či premiéra, zvláště za situace, kdy se veřejně deklaruje, že po skončení členství ve vládě se předsedové svých pravomocí znovu ujmou. Navíc 30 denní lhůta dle zákona o střetu zájmů je určena pro držitele funkcí, kde není možné ihned se

<sup>12</sup> § 2 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a ostatních ústředních orgánů státní správy.

<sup>13</sup> PETR KOLÁŘ: Problém nové vlády: Pecina, Lidové noviny 24. 4. 2009, s. 1. JOSEF KOPECKÝ: Peciny se zastal Václav Klaus, MF Dnes 25. 4. 2009, s. 2. Klaus jmenuje vládu v Den vítězství 8. května, Právo 25. 4. 2009, s. 2.

<sup>14</sup> Čl. 62 písm. a) Ústavy.

funkce vzdát. Pokud však taková situace nenastává, je povinnost člena vlády se neslučitelné funkce vzdát ihned. Člen vlády jako každý veřejný funkcionář má právní povinnosti plnit bez zbytečného odkladu a nikoli hledat právní klíčky, jak se povinnosti vyhnout či ji odálit. Předsedové ústředních správních úřadů vykonávají svou funkci v pracovním poměru řídicí se zákoníkem práce, pokud zvláštní zákon nestanoví jinak. Pro rezignaci platí, že ji mohou podat kdykoli a je účinná druhým následujícím dnem, pakliže není dáno pozdější datum.<sup>15</sup> Byť rezignací nekončí pracovní poměr, končí tím zařazení ve vedoucí funkci v úřadě, který má být ve své činnosti chráněn před zásahy vlády - ústavní důvod neslučitelnosti. Jako běžný zaměstnanec může člen vlády skončit pracovní poměr dohodou či výpovědí. Tedy již ke dni svého jmenování do funkce člena vlády se mohli a měli tito předsedové svých funkcí vzdát s tím, že o nové jmenování do funkcí mohou po skončení svého členství ve vládě usilovat, nemají však na to právní nárok.

Obdobná situace při vytváření úřednické vlády nastala v roce 1997 ve vztahu k premiérovi Josefu Tošovskému, která však byla řešena ústavně správným způsobem. Josef Tošovský byl guvernérem České národní banky a této funkce se vzdal. Bylo mu však prezidentem Václavem Havlem přislíbeno, že jej do funkce znovu jmenuje po skončení jeho premiérství, což se stalo 22. 7. 1998. Po dobu vlády Josefa Tošovského funkce guvernéra nebyla obsazena a jeho pravomoci vykonával viceguvernér Pavel Kysilka.

Člen vlády se výkonem neslučitelné funkce vystavuje odpovědnosti za přešůpek, který projednává obecní úřad s rozšířenou působností místně příslušný dle jeho trvalého pobytu. Může dostat pokutu až do výše 50 000 Kč. Obecní úřad je povinen zahájit přešůpkové řízení z úřední povinnosti i bez návrhu.<sup>16</sup>

## 2 Členové Parlamentu

Ústava stanoví vzájemnou neslučitelnost funkce poslance a senátora i jejich další neslučitelnost s funkcí prezidenta republiky a soudce. Ústava umožňuje stanovení dalších neslučitelných funkcí zákonem, což je využito.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> § 1 ods. 7 zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. § 33 ods. 3 a § 73 ods. 1 a 5, § 201 zákoníku práce č. 262/2006 Sb.

<sup>16</sup> § 23 ods. 1, § 24-25 zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů. Dříve šlo o pokutu 500 000 Kč ukládanou soudem ve správním soudnictví dle § 22 zákona o střetu zájmů do novely zákonem č. 216/2008 Sb. - viz JOSEF VEDRAL: Zákon o střetu zájmů, komentář, Praha 2006, s. 160-162.

<sup>17</sup> JAN FILIP: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Brno 2004, s. 231-234. Čl. 21 a 22 Ústavy Čech, Moravy a Slezska č. 1/1993 Sb.

Ze zákona o střetu zájmů je neslučitelná funkce poslance a senátora s funkcí v pracovním nebo služebním poměru ve správním úřadě v pozici rozhodování ve věcech státní správy, ve státním zastupitelství, soudech, armádě, policii, Vězeňské službě, Bezpečnostní a informační službě, kancelářích prezidenta republiky, Poslanecké sněmovny, Senátu, veřejného ochránce práv a ve státních fondech.<sup>18</sup> Rovněž některé další zákony stanoví neslučitelnost funkcí (členství v bankovní radě České národní banky, Nejvyšším kontrolním úřadu, funkce státního zástupce).<sup>19</sup>

Mandát poslance a senátora zaniká z ústavy ujmoutím se neslučitelné funkce. V případě, že nově zvolený poslanec nebo senátor je v pracovním nebo služebním poměru v neslučitelné funkci, je po dobu výkonu mandátu z dosavadního poměru uvolněn. V případě sporu, zda jde o neslučitelnou funkci, rozhoduje Ústavní soud na návrh dotčeného poslance nebo senátora, příslušného předsedy komory Parlamentu nebo na návrh skupiny nejméně 20 poslanců, jde-li o poslance, či 10 senátorů, jde-li o senátora.<sup>20</sup> Ústavní soud v této věci zatím nerozhodoval.

## 3 Státní zástupci

Zákon stanoví neslučitelnost funkcí pro státní zástupce dvojím způsobem. Jednak přímo ze zákona funkce státního zástupce zaniká, pokud se ujme funkce soudce, poslance, senátora, člena zastupitelstva územního samosprávného celku či jiné funkce ve veřejné správě.<sup>21</sup> Široká definice funkcí ve veřejné správě zahrnuje i pozici ministra, neboť jde o vedoucí funkci v ústředním správním úřadu, jenž je složkou státní správy, která je součástí správy veřejné. Výjimkou je výkon státní správy v pozici vedoucího státního zástupce a jeho náměstka, kteréžto funkce vykonávají státní zástupci. Prezident může jmenovat státního zástupce ministrem, neslučitelnost funkcí řeší zákon tak, že dnem, k němuž je ministrem jmenován, zaniká ze zákona funkce státního zástupce, aniž by státní zástupce výslovně rezignoval.

Zákon dále dává další omezení, která stanoví exkluzivitu výkonu funkce státního zástupce jako výdělečné činnosti.<sup>22</sup> Státní zástupce nesmí vykonávat jiné výdě-

<sup>18</sup> § 5 ods. 3 zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů. JOSEF VEDRAL: Zákon o střetu zájmů, komentář, Praha 2006, s. 49-58.

<sup>19</sup> § 6 ods. 6 zákona č. 6/1993 Sb., o České národní bance. § 10 ods. 6 a § 12 ods. 7 zákona č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu. § 21 ods. 1 písm. d) zákona 283/1993 Sb., o státním zastupitelství.

<sup>20</sup> § 92-95 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudě.

<sup>21</sup> § 21 ods. 1 zákona 283/1993 Sb., o státním zastupitelství.

<sup>22</sup> § 24 ods. 5 zákona 283/1993 Sb., o státním zastupitelství.

lečné činnosti, aby se nedostal do střetu zájmů a též nebyl jinou činností rozptylován. Z této exkluzivity jsou umožněny výjimky činnosti pedagogické, literární, publicistické a umělecké. Státní zástupci mohou publikovat novinové články (publicistika) i knihy (literární činnost). Obvyklá je publikace především odborných právnických textů. Od roku 2003 vychází časopis Státní zastupitelství, kde převážně publikují odborné právní texty státní zástupci. Přípustná je i jiná literární tvorba např. v oblasti krásné literatury.<sup>23</sup> Rovněž je přípustná správa vlastního majetku. Státní zástupci mohou být členy bytových družstev a společenství vlastníků bytových či nebytových jednotek a jejich orgánů (výbory) a dostávat za to přiměřené (v praxi malé) odměny. Rovněž mohou pronajímat své nemovitosti – pole, lesy, garáže či byty. Mohou být vlastníky akcií či obchodních podílů, neměli by však být členy statutárních orgánů obchodních společností či jiných právnických osob zřízených za účelem podnikání.

Zákon umožňuje členství státních zástupců v orgánech nepodnikatelských subjektů, avšak státní zástupce nesmí pobírat za tuto činnost odměnu,<sup>24</sup> jestliže nejde o správu vlastního majetku. Možná je jen náhrada nákladů (cestovné, stravné). Pokud jde o členství v poradních orgánech vlády, ministerstev a parlamentních komor, za tuto činnost mohou pobírat odměnu. V praxi jsou státní zástupci členy Legislativní rady vlády.<sup>25</sup> Pokud jde o Parlament, přichází v úvahu členství v komisích Poslanecké sněmovny či Senátu.

Státní zástupce nemůže být poslancem Evropského parlamentu.<sup>26</sup> Pokud se jím stane, zaniká jeho funkce státního zástupce ze zákona, ale musel by tak stanovit v kárném řízení Nejvyšší správní soud jako kárný soud, neboť je porušen obecný zákaz jiné výdělečné činnosti. Naopak pokud je poslanec Evropského parlamentu jmenován státním zástupcem, zaniká jeho mandát ze zákona.

<sup>23</sup> Okresní státní zástupce v Jihlavě Arif Salichov je básník a spisovatel. Vydal řadu neprávnických knih – Soukromá záležitost (1992), Eropolit (1993), Blues pro Z.F. (1996), Když jdou kytky na popravu (2004), Pičky a gorodky (2005), Prstoklady (2008).

<sup>24</sup> V letech 2004–09 byl členem Dozorčí rady Vinařského fondu, což je nepodnikatelský veřejnoprávní subjekt zřízený zákonem, Zdeněk Koudelka, který se v roce 2006 stal náměstkem nejvyšší státní zástupkyně. Za členství nepobíral odměnu. Členy Dozorčí rady Vinařského fondu mohou být i soudci, byť se tak zatím nestalo - § 34 ods. 1 zákona č. 321/2004 Sb., o vinohradnictví a vinařství. Slučitelnost činnosti státního zástupce a člena Dozorčí rady Vinařského fondu potvrdila nejvyšší státní zástupkyně Renata Vesecká přípisem z 13. 11. 2007 čj. 9SPR 7/2007 i ministr spravedlnosti Jiří Pospíšil z 22. 4. 2009 čj. 120/2009-SNI-STIZ/10.

<sup>25</sup> Od roku 2006 je členem Legislativní rady vlády státní zástupce Nejvyššího státního zastupitelství František Vondruška.

<sup>26</sup> § 52 ods. 2 pís. e) a § 53 ods. 2 pís. f) zákona č. 62/2003 Sb., o volbách do Evropského parlamentu.

## 4 Soudci

V minulosti si s principem dělby moci nedělali příliš velké starosti, když právo výslovný zákaz kumulací funkcí pro soudce nestanovilo. Výstižný je případ Jaroslava Krejčího, který byl 1. 12. 1938 - 15. 3. 1939 ministrem spravedlnosti ve vládě Rudolfa Berana a současně předseda Ústavního soudu, v kteréžto funkci působil jako člen expertní skupiny pro řešení postavení německé menšiny, jejímž členem byl již od léta 1938 spolu s Emilem Háchou a Františkem Weyrem.<sup>27</sup> Po celé období okupace 16. 3. 1939 - 5. 5. 1945 působil jako ministr spravedlnosti protektorátní vlády. Zůstal i předsedou Ústavního soudu, v této funkci byl fakticky nečinný.<sup>28</sup> V období 26. 1. - 3. 2. 1940 řídil Ministerstvo zemědělství po útěku dosavadního ministra Ladislava Feierabenda.<sup>29</sup> Dne 3. 2. 1940 se stal po odvolání Jiřího Havelky náměstkem předsedy vlády divizního generála Aloise Eliáše. Po zatčení předsedy vlády Aloise Eliáše byl úřadujícím náměstkem předsedy vlády až do 19. 1. 1942, kdy byl jmenován předsedou vlády. Premiérem zůstal do 19. 1. 1945 a poté až do konce protektorátu byl opět náměstkem předsedy vlády. Jako premiér Krejčí často zastupoval i prezidenta z důvodu zhoršení jeho zdravotního stavu od konce roku 1943.

Určitým paradoxem je, když soudce byl zároveň prokurátorem. Byl jím Robert Houghwout Jackson, který byl v letech 1941–54 soudce Nejvyššího soudu USA. V letech 1945–46 zároveň působil jako hlavní americký prokurátor u Mezinárodního vojenského tribunálu v Norimberku. S prokurátorskou funkcí měl zkušenost, jelikož byl v letech 1940–41 generálním prokurátorem USA. Ovšem právo stanoví neslučitelnost v rámci určitého právního řádu např. konkrétního státu. Protože Norimberský tribunál byl mezinárodním soudem, nikoli americkým, je přípustné, aby prokurátorem

<sup>27</sup> VÍT MACHÁLEK: Prezident v zajetí, Praha 1998, s. 64 a 290. TOMÁŠ PASÁK: Emil Hácha (1938–45), upravené vydání 2007, s. 358.

<sup>28</sup> Ústavní soud prohlásil v době Protektorátu Čechy a Morava za neústavní část dvou zákonných právních předpisů z doby Československa a to zákonného opatření nálezem z 23. 5. 1939 zveřejněným vyhláškou předsedy vlády č. 134/1939 Sb. (Úst. 219/39-60/8) a jednoho zákona nálezem z 28. 6. 1939 zveřejněným vyhláškou předsedy vlády č. 187/1939 Sb. (Úst. 264/39-27/14). Obou těchto zasedání se Krejčí neúčastnil a předsedal jim místopředseda Ústavního soudu Josef Tuček.

<sup>29</sup> JUDr. Ladislav Feierabend (1891–1969). Jako člen agrární strany byl od 4. 10. 1938 ministrem zemědělství. V této funkci napojen na domácí odboj, člen odbojového Politického ústředí, setrval v období Protektorátu Čechy a Morava až do 26. 1. 1940, kdy jej krátce nahradil J. Krejčí. Zanedlouho emigroval a stal se státním ministrem, od 1941 ministrem financí v exilové vládě předsedy Jana Šrámka.

u něj byl držitel vnitrostátní soudní funkce. Samozřejmě je nemožné, aby byl prokurátorem a soudcem u téhož mezinárodního soudu nebo v rámci jednoho státu.

Problémová praxe v našem státě byla i v době, kdy již právo soudcům stanoví neslučitelnost funkcí. Pro soudce stanoví Ústava neslučitelnost s funkcí prezidenta, člena Parlamentu a s jakoukoliv funkcí ve veřejné správě.<sup>30</sup> Výjimkou je výkon státní správy v pozici předsedy či místopředsedy soudu, kteréžto funkce vykonávají soudci. V roce 1998 byl prvním náměstkem ministra spravedlnosti jmenován ministrem Otakarem Motejlem místopředseda Krajského soudu v Plzni Josef Baxa. Nově jmenovaný náměstek ministra se nevzdal funkce soudce, jen funkce místopředsedy krajského soudu. Zůstal soudcem, byť aktivně nesoudil. Pobíral plat soudce krajského soudu, který je vyšší než plat náměstka ministra, a přitom vykonával státní správu coby první náměstek ministra. Tedy působil ve významné funkci ve veřejné správě v rezortu spravedlnosti. Postoj Ministerstva spravedlnosti byl takový, že zákon umožňuje dočasné přidělení soudce k Ministerstvu spravedlnosti, aniž ztrácí funkci.<sup>31</sup> Toto zákonné ustanovení se však používalo pro přidělení soudců, kteří se podíleli jako odborníci na legislativních pracích k využití jejich zkušeností, nikoliv na přímém výkonu státní správy ve vedoucích správních funkcích. Výklad zákona je neústavní, pokud obchází ústavní zákaz spojení funkce soudce s jakoukoliv funkcí ve veřejné správě. Ústava neumožňuje obyčejnému zákonu toto pravidlo zmírnit, pouze zpřísnit. Tento stav trval do 31. 12. 2002 za období ministrů spravedlnosti Otakara Motejla (1998-2000), Pavla Rychetského (2000-01 a 2002) i Jaroslava Bureše (2001-02). Předseda Krajského soudu v Plzni Jiří Šilhavý se neústavní stav pokusil řešit tím, že podal kárnou žalobu na soudce Josefa Baxu. Ministr spravedlnosti Otakar Motejl však na jaře 1999 odvolal příslušného předsedu krajského soudu a jmenoval nového, který kárnou žalobu vzal zpět. Nikdo jiný pak již nemohl kárnou žalobu podat, kromě ministra a předsedy Vrchního soudu v Praze, kteří tak však neučinili.<sup>32</sup> Josef Baxa byl ministrem spravedlnosti

<sup>30</sup> Čl. 82 ods. 3 Ústavy č. 1/1993 Sb., § 74 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích umožňoval výjimku pro členství v poradních orgánech Ministerstva spravedlnosti, vlády (např. Legislativní rada), orgánů komor Parlamentu a dočasné přidělení k Ministerstvu spravedlnosti. Obyčejný zákon nemůže stanovit výjimku z ústavního zákazu bez ústavního zmocnění. Proto také Ústavní soud danou možnost zrušil nálezem č. 349/2002 Sb.

<sup>31</sup> § 41 ods. 2 písm. a) zákona č. 335/1991 Sb., o soudech a soudcích. Podle § 68 ods. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích to bylo možné maximálně na dobu 1 roku.

<sup>32</sup> § 6 ods. 2 zákona č. 412/1991 Sb., o kárné odpovědnosti soudců. Předsedou Vrchního soudu v Praze byl Antonín Mokřý a následně 2000-2001 Jaroslav Bureš blízký spolupracovník ministra Motejla, který byl na jeho doporučení 2001 jmenován jeho nástupcem v ministerské funkci po krátkém pře-

roku 2002 přidělen formálně jako soudce pro správní věci Vrchního soudu v Praze, byť nadále zůstal prvním náměstkem ministra spravedlnosti. Ze zákona 1. 1. 2003 byl přeložen na nově vzniklý Nejvyšší správní soud.<sup>33</sup> Ustanovení o přeložení ze zákona správních soudců vrchních soudů k nově zřízenému Nejvyššímu správnímu soudu bylo součástí vládního návrhu zpracovaného Ministerstvem spravedlnosti.<sup>34</sup>

Obdobný byl případ dalšího náměstka ministra spravedlnosti Aloise Cihláře (1998-2002), který byl soudcem a předsedou Okresního soudu Praha-východ. Ústavní zásada nezávislého a nestranného soudce obsahuje i požadavek na neslučitelnost funkcí vzhledem k teorii dělby státní moci.<sup>35</sup> V reakci na neústavní praxi Ústavní soud zrušil na návrh prezidenta ustanovení zákona o soudech a soudcích umožňující přidělení soudce k Ministerstvu spravedlnosti, což ve svém důsledku nejen znemožnilo neústavní výkon funkce náměstka ministra soudcem, ale omezilo i dosavadní účast soudců jako odborníků na přípravě návrhů zákonů Ministerstvem spravedlnosti.<sup>36</sup>

Následnou novelou zákona o soudech a soudcích bylo opět umožněno přeložení soudců k Ministerstvu spravedlnosti s jejich souhlasem na maximální dobu 1 roku.<sup>37</sup> Zákonodárce obnovil přesně to znění zákona, které Ústavní soud zrušil pro neústavnost. Šlo o přímé nerespektování nálezů Ústavního soudu. Zákon byl přijat 10. 6. 2003 na návrh vlády Vladimíra Špidly a v Parlamentu obhajován ministrem spravedlnosti Pavlem Rychetským, který se krátce na to stal předsedou Ústavního soudu. Předchozí neústavní stav se znovu

chodném ministrování Pavla Rychetského. Nově podle § 8 ods. 2 zákona č. 7/2002 Sb., o řízení ve věcech soudců a státních zástupců může podat kárnou žalobu vedle ministra vůči kterémukoliv soudci s výjimkou správních soudců též předsedkyně Nejvyššího soudu v Brně. Proti správním soudcům předseda Nejvyššího správního soudu v Brně, kterým se 2. 1. 2003 stal Josef Baxa.

<sup>33</sup> § 126 ods. 1 zákona č. 150/2002 Sb., o soudním řádu správním.

<sup>34</sup> § 134 ods. 1 vládního návrhu soudního řádu správního, tisk 1080, 3. volební období Poslanecké sněmovny - <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=29058>

<sup>35</sup> Slovenský Ústavní soud již konstatoval, že funkce generálního ředitele Sekce trestního práva Ministerstva spravedlnosti je funkce ve veřejné správě, která je neslučitelná s funkcí soudce, protože objektivně odůvodňuje obavu z nedostatku jeho nestrannosti. Nález č. 14/2000 Zbierky nálezov a uznesení Ústavného súdu SR.

<sup>36</sup> Nález Ústavního soudu č. 349/2002 Sb., který zrušil v § 68 ods. 1 zákona o soudech a soudcích slova „ministerstvu nebo“.

<sup>37</sup> § 68 odst. 1 zákona o soudech a soudcích ve znění zákona č. 192/2003 Sb., který v čl. I bodu 11 vložil znovu slova „ministerstvu nebo“. Původně šlo o bod 10 vládního návrhu zákona – tisk Poslanecké sněmovny 299, 4. volební období - <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=6596>. Novelou zákonem č. 314/2008 Sb. tato doba činí 3 roky.



opakoval, když soudce Nejvyššího správního soudu Jiří Vyvadil byl 2005-06 přidělen k Ministerstvu spravedlnosti a pověřen výkonem funkce náměstka ministra spravedlnosti Pavla Němce za vlády premiéra Jiřího Paroubka. Pro jeho vysokou politickou angažovanost včetně jednání na základě pokynů premiéra s nepravomocně odsouzeným podnikatelem Tomášem Pitrem předseda Nejvyššího správního soudu 27. 2. 2006 stáhl souhlas s působením soudce Jiřího Vyvadila jako náměstka ministra, neboť jeho aktivity zhodnotil jako neslučitelné s pozicí soudce a podal na něj 7. 3. 2006 kárnou žalobu k Vrchnímu soudu v Olomouci. Jiří Vyvadil následně na funkci soudce rezignoval, což vedlo k zastavení kárného řízení.<sup>38</sup>

Místopředseda Vrchního soudu v Praze Jaroslav Bureš<sup>39</sup> působí jako člen Legislativní rady vlády, což je její poradní orgán. Tento orgán nemá vlastní rozhodovací pravomoci a působí jako odborné právnícké pracoviště. Pokud je připuštěno působení soudců u Ministerstva spravedlnosti jako legislativních odborníků, je možné i jejich působení pro obdobnou činnost v Legislativní radě vlády. Nicméně i poradní orgány vlády jsou součástí exekutivy a může být otázkou, zda zde mají působit představitelé jiné moci. Vzhledem k tomu, že parlamentní demokracie je založena jen na relativním, nikoliv absolutním oddělení státních mocí, je přípustná tato činnost pro soudce, pokud nevykonávají žádné rozhodovací správní funkce.

Soudce nemůže být poslancem Evropského parlamentu.<sup>40</sup> Pokud se jím stane, nezaniká jeho funkce soudce ze zákona, ale musí tak stanovit v kárném řízení Nejvyšší správní soud jako kárný soud, neboť je porušen obecný zákaz jiné výdělečné činnosti.<sup>41</sup> Naopak po-

kud je poslanec Evropského parlamentu jmenován soudcem, zaniká jeho mandát poslance ze zákona.

## Shrnutí

Článek se zabývá neslučitelností veřejných funkcí člena vlády, člena parlamentu, státního zástupce a soudce. Reaguje na situaci při jmenování vlády na jaře 2009, kdy se jejími členy stali předseda statistického úřadu a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Vyjadřuje se k neslučitelnosti pozice ministra a člena zastupitelstva kraje. Užívá konkrétní příklady problémového spojení funkcí soudců a náměstků ministrů. Článek dospívá k závěru, že neslučitelnost je dána povahou možných rozdílných zájmů a nejen tam, kde to výslovně stanoví zákon. Držitelé veřejných funkcí je nemají kumulovat, tím se vyhnou možným právním sporům.

## Summary

The paper acquaints with an incompatibility of public offices of a member of the government, a member of the Parliament, public prosecutor and judge. The article reacts to the situation during an appointment of a government in the spring of 2009, when the chairman of the Statistical Office and the chairman of the Office for the Protection of Competition has become members of the government. The article deals with incompatibility of an office of minister and a member of region council. There are specific examples of problematic combination of offices of a judge and deputy ministers. The article arrives at the conclusion that incompatibility is given by the nature of possible different interests. Holders of public offices should not cumulate those, thereby, they avoid potential legal dispute.

<sup>38</sup> § 14 pís. b) zákona č. 7/2002 Sb., o řízení ve věcech soudců a státních zástupců. Do 2008 byly kárnými soudy vrchní soudy a Nejvyšší soud.

<sup>39</sup> Člen Legislativní rady vlády od roku 2006.

<sup>40</sup> § 52 ods. 2 pís. e) a § 53 ods. 2 pís. e) zákona č. 62/2003 Sb., o volbách do Evropského parlamentu.

<sup>41</sup> § 85 zákona o sodech a soudcích.

# STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

## Ke zdrojům suverénního státu jakožto politické kategorie

Jiří Baroš\*

Procesy globalizace a evropeizace vrhají nové světlo na základní formu politické organizace společnosti, kterou představuje moderní stát. Množí se úvahy, že stát v souvislosti s těmito procesy odumírá a svět se dostává pod nadvládu korporací. Proti této tezi někteří autoři namítají, že se stát nevyčerpává, ale stává se jen součástí komplexní struktury vládnutí, ve které kromě něj působí mnoho jiných aktérů. Ti největší pesimisté pak bijí na poplach, protože podíváme-li se do historie, tak jen antická obec a národní stát byly „dvě politické formy, které byly schopné, alespoň ve své demokratické fázi, dosáhnout těsného spojení civilizace a svobody.“<sup>1</sup> Právě tyto rozsáhlé společenské změny vedou k potřebnosti tázat se po specifčnosti moderního státu, po jeho kořenech a zdrojích, které umožnily, aby se moderní stát jako zvláštní politická jednotka objevil.

Pro naplnění tohoto úkolu je možné zvolit dvě perspektivy: inspirovat (a) se sociologií, zvláště její subdisciplínou – historickou sociologií, která v současnosti prožívá svou renesanci<sup>2</sup>, nebo (b) politickou teorií, která vychází z myšlenky, že moderní stát se rodí současně s pojmem suverenity a že stát, který není svrchovaný,

není skutečným státem.<sup>3</sup> V tomto článku budu sledovat perspektivu politické teorie a vyjdu z prací několika francouzských autorů, kteří své teorie zamýšleli dát do protikladu vůči marxismu a vůbec proti interpretacím, které kladou největší důraz na roli ekonomických faktorů při formování moderního státu. Především stručně rozeberu některé hlavní body politicko-teoretické perspektivy význačné francouzské filosofky Blandine Kriegelové, která byla blízkou spolupracovnicí Michela Foucaulta na Collège de France.<sup>4</sup> Její kniha *Stát a otroci (L'Etat et les esclaves)* se stala alespoň ve francouzském prostředí klasickou.<sup>5</sup> Kriegelová v ní upozornila na roli právníků na dvoře (francouzského a anglického) panovníka pro vznik moderního státu. Právníci vykonali na poli praktické politiky to stejné, co ve filosofii nepřesvědčivějším způsobem zformuloval Thomas Hobbes. Ten přišel s důsledně rozpracovaným projektem státu coby univerzálního politického *suveréna*, jenž sta-

<sup>3</sup> Srov. McShea, Robert J., *Stát*, in: Blackwellova encyklopedie politického myšlení, Ed. David Miller, Brno: Barrister & Principal, 2000, s. 500.

<sup>4</sup> Je zajímavé, že Kriegelová vychází z pohledu na pojem moci, který se Foucault pokusil překonat. Podle Foucaulta je spojení moci s právem typické pro monarchickou vládu, zatímco moderní společnost charakterizuje nový typ moci fungující ne na základě práva, ale na základě technik [moci], ne na základě zákona, ale na základě normalizace. Moc se snaží vždy vyjadřovat ve formě práva, ale její podstata je jiná, proto tuto asimilaci moci a práva Foucault kritizuje. Po období právního státu nastupuje období disciplín. Koncepte *právního státu* vychází ještě z monarchické reprezentace moci a z její diskursivně-právní koncepte, kterou ovšem podle něj nahradily nové procedury moci. Kriegelová se naopak snaží bránit suverénní stát, tj. stát založený na specifickém druhu moci, proti všem podobným útokům, protože stát garantuje nezanedbatelný prostor osobní svobody. Srov. Foucault, Michel, *Dějiny sexuality I. Vůle k vědění*, Praha: Herrmann & synové, 1999, s. 98nn. a Rouyer, Muriel, *Le politique par le droit, Raisons politiques*, n° 9, 2003, s. 74n.

<sup>5</sup> Kriegel, Blandine, *L'Etat et les esclaves*, Paris: Payot, 2003. Tato kniha vyšla poprvé v roce 1979, ve stejném roce jako asi nejreprezentativnější práce francouzské sociologie státu od politologů Bertranda Badieho a Pierra Birnbauma – viz Badie, Bertrand, Birnbaum, Pierre, *Sociologie de l'Etat*, Paris: Grasset, 1982. Tyto dvě knihy bývají od svého vydání spolu často srovnávány. Obě dvě byly přeloženy také do angličtiny.

\* Mgr. et Mgr. Jiří Baroš, doktorand na Katedře politologie Fakulty sociálních studií Masarykovy univerzity v Brně. Tento článek je přepracovanou částí diplomové práce obhájené na Katedře politologie FSS MU v červnu roku 2007.

<sup>1</sup> Manent, Pierre, *Proč existují národy*, Brno: CDK, 2008, s. 37.

<sup>2</sup> Srov. např. Šubrt, Jiří (ed.), *Historická sociologie*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, či Baroš, Jiří, *K základům společenskovední reflexe o státu*, *Global Politics*, 2-3, 2008. Sociologií Pierra Bourdieu jako vhodným vysvětlením konstrukce státu se ve svém příspěvku, který vyšel v jednom z posledních čísel *Časopisu pro právní vědu a praxi*, nechal inspirovat Jan Stejskal, jež dále svou analýzu aplikuje na současný stát, když popisuje erozi státního meta-kapitálu. Viz Stejskal, Jan, *Proměna současného státu*, *Časopis pro právní vědu a praxi*, 1/2008, s. 75-81. V této práci bych rád vyšel z autorů, kteří byli kritičtí k ikonám typu Lévi-Strauss, Foucault, či Bourdieu a kteří se pokusili o znovuoobnovení politické filosofie ve Francii. Ke kritice Bourdieu, jež se ve svém díle pokusil kombinovat různé myšlenkové školy (sociologii, marxismus a Bachelardovu epistemologii) a jehož determinismus nechává velice málo prostoru pro subjekt, jež má svá práva, viz Raynaud, Philippe, Bourdieu, in: *New French Thought. Political Philosophy*, ed. Mark Lilla, Princeton: Princeton University Press, s. 63-69.

noví konečnou platnost zákonů.<sup>6</sup> Snahou právníků bylo dostat krále z područí císaře Svaté říše římské a feudalismu, a proto vytvořili nový typ (právního) státu, který byl založen na vládě zákona (*État de droit*).

Perspektiva Kriegelové je zajímavá tím, že neklade vznik státu vůbec do souvislosti se vznikem moderního kapitalismu.<sup>7</sup> Historická proměna patrimoniálně či feudálně spravovaných impérií v moderní státy byla podle ní v podstatném ohledu spojena s prací právníků na dvoře panovníka. Kriegelová tak situuje svoji analýzu na úroveň práva a institucí. Zdůrazňuje limity ekonomických vysvětlení, které jsou indiferentní ke specifickým státním formám. Právně-institucionální formy, ke kterým je ekonomismus slepý, jsou pro pochopení charakteru moderního státu klíčové.<sup>8</sup> A zcela klíčový je také koncept suverenity, protože okolo něj se strukturuje celá koncepce moderního státu. Pro vysvětlení zrodu politické kategorie státu je proto nutné naznačit vztah mezi suverénní mocí panovníka a feudální mocí šlechty a imperiální mocí císaře. Právě v opozici vůči moci šlechty (resp. vyvlastněním moci feudálních pánů) a císaře se rodí centralizovaná moc panovníka. Moderní stát vyplynul až z obrovské praktické a teoretické práce *legistů* (tzv. *légistes*)<sup>9</sup> a objevil se mezi 17. a 18. stoletím.

<sup>6</sup> Právě na Hobbese navázal německý právní teoretik, Hobbes 20. století, Carl Schmitt, podle kterého je suverén ten, kdo rozhoduje o výjimce. Schmitt připomíná také klasické definice suverenity, podle nichž je suverenita nejvyšší, právně nezávislá a neodvozená moc. Srov. Schmitt, Carl. *Political Theology*, Cambridge and London: The MIT Press, 1985.

<sup>7</sup> Podle brněnského sociologa Radima Marady vznik relativně samostatné sféry politických institucí umožnila souběžná diferenciace dvou klíčových oblastí sociálního jednání a zkušenosti: (1) osamostatnění sféry ekonomiky a (2) privatizace náboženství. Obojí bylo součástí procesu formování moderních centralizovaných států a obojí lze charakterizovat i prohozením klíčových adjektiv. Srov. Marada, Radim, *Kultura protestu a politizace každodennosti*, Brno: CDK, 2003, s. 47. Těmto dvěma procesům se v tomto článku nebudu věnovat, existuje k nim bohatá literatura (k privatizaci náboženství viz především práce Marcela Gaucheta a nejnovější díla známého kanadského politického filosofa Charlese Taylora).

<sup>8</sup> Kriegel, op.cit., s. 134. Tak např. známý americký marxistický historik Perry Anderson je ve své analýze absolutistického státu podle Kriegelové zcela slepý ke specifčnosti státních forem, když rozdílné země podřazuje pod jedinou kategorii (absolutistického) státu vycházejícího z feudalismu.

<sup>9</sup> Legisté byli právníci pracující v královských službách již od konce středověku. Podle francouzského sociologa Pierra Bourdieu se království formovalo za podpory specifických zájmů právníků, kteří vytvářejí nejrůznější legitimizující teorie, podle nichž král představuje zájem všech a všem má za úkol zajišťovat bezpečnost a spravedlnost. Srov. Bourdieu, Pierre, *Teorie jednání*, Praha: Karolinum, 1998, s. 82.

## *Právní stát: suverenita versus imperium a dominium*

V jádru knihy Blandine Kriegelové je dichotomie mezi dvěma typy států. Na jedné straně (1) stojí *právní stát* (*État de droit*), který byl vypracován především francouzskými právními znalci – legisty, a na druhé straně (2) *despotický stát* (*État-despote*), jehož principy nalezneme v sociální filosofii 19. století a v německém romantismu.<sup>10</sup> Ve své knize Kriegelová konfrontuje klasické koncepce právního státu aplikované v západní Evropě s moderními koncepcemi despotického státu ztělesněnými v hitlerovském Německu a v komunistické východní Evropě.

Protože hlavním úkolem této práce je snaha uchopit zdroje politické kategorie státu, tak se budu zabývat jen zrodem právního státu, který splývá v teorii Kriegelové se vznikem státu v moderním slova smyslu. Kriegelová chápe stát jako specifickou politickou konstrukci, která by nevznikla bez snahy legistů vypracovat teoretické limity moci panovníka. Tato limitovaná moc měla stát v přímém protikladu vůči moci feudálních pánů. Zatímco lenní pán vlastní věci i osoby a čerpá svou moc ze síly a války, legitimní monarcha zakládá podle Kriegelové svou moc na zákoně, kterému je podřízen a jehož je strážcem. Legisté zkonstruovali stát založený na zákonech, které se prosazují i vůči samotnému panovníkovi. Právní stát se podle ní zrodil pod podobou republikánských monarchií a jeho hlavní charakteristikou bylo to, že se v něm politika stala předmětem práva. Díky němu se pak také rodí liberální právní řády zaměřené na ochranu negativních svobod.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Právní stát je sice podle Kriegelové jiným označením pro to, co se v historiografii označuje jako národní stát (Kriegel, op.cit., s. 35), přesto lze podle mého názoru Kriegelovou zařadit do proudu myšlení, které považují *nacionalismus* za cestu do neštěstí. Dává totiž nacionalismus do souvislosti s *anti-etatismem* a s protiprávní orientací (*anti-juridisme*). Tento diskurs je u některých intelektuálů stále rozšířen: Pavel Barša v tomto kontextu zmiňuje příklad Elieho Kedouriho, Hanse Kohna či Alaina Finkielkrauta, podle kterých je nacionalismus scestnou reakcí na modernizaci, falešnou odpovědí na proměny novověké Evropy, která má své hlavní zídlo v romantickém odporu proti liberálně-osvěcenské vizi světa. Srov. Barša, Pavel, *Národnostní konflikt a plurální identita*, in: Pavel Barša, Maxmilián Strmiska, *Národní stát a etnický konflikt*, Brno: CDK, 1999, s. 19. Pro seznámení s tímto přístupem je nejlepší konzultovat „filosofický bestseller“ Alaina Finkielkrauta *Destrukce myšlení*, ve kterém tento známý francouzský veřejný intelektuál hájí proti německé partikularistické tradici francouzský univerzalizmus. Viz Finkielkraut, Alain, *Destrukce myšlení*, Brno: Atlantis, 1993.

<sup>11</sup> Rouyer, op.cit., s. 74.

Za *právní stát* můžeme označit exkluzivně nový typ státu, ve kterém je moc podřízena právu a podrobena zákonu. Jeho vznik byl nesmírně dlouhým a komplexním procesem, kdy právo postupně proniklo do společnosti a podrobilo si stát.<sup>12</sup> Konceptualizace této zvláštní historie je nicméně velice obtížná, protože proti ní stojí celá moderní politická sociologie, která podceňuje právo a instituce.<sup>13</sup> Právní a institucionální historie byla eliminována ve prospěch sociální historie. Pokud ale nevezmeme v potaz právo a instituce, které vytváří specifické rozdíly typů státu, neexistuje pro nás historie státu, ale jen historie společností. Metoda Kriegellové pak spočívá ve znovupročítání textů legistů a přirozeně právních teoretiků. Na jejich základě můžeme rekonstruovat ideální typ právního státu.

Klasickou doktrínu moci můžeme shrnout jedním slovem: suverénní moc.<sup>14</sup> *Suprema potestas*, tak jak ji definují Bodin a Loyseau, je samotnou podstatou státu. Suverenita je forma, která dává bytí státu, je od státu neoddelitelná, že pokud jí by byl zbaven, tak by to již nebyl stát. Podle některých autorů politická teorie suverenity legitimuje a posvěcuje moc, kterou by ale bylo třeba daleko spíše omezovat. Ideologie suverenity podle této interpretace otevírá dveře despotickému rozvoji všemocného státu. Proti této tezi, která považuje ideologii suverenity za ospravedlnění absolutní moci, nicméně existují vážné námítky<sup>15</sup>: (1) teorie suverenity není spojena s absolutistickou epochou, ale nabízí naopak vizi racionální a legitimní moci a (2) samotní autoři, kteří vytvářeli teorii suverenity, označovali pod jmény tyranie nebo feudální panství (*seigneurie*) *despotismus*, který byl podle nich antitezí suverénní moci. Suverenita prostě není v žádném případě argumentem pro vládu ničím neomezené vůle jednoho člověka či více takových lidí, není argumentem pro absolutismus.<sup>16</sup>

Suverénní moc není despotická, kdy by jeden (despota) uchvátil vše a vládl by bez zákona a pravidel jen podle své vůle a svých rozmarů. S Montesquieum můžeme říct, že princip despotické vlády je strach. V despotismu je moc vším, kdežto politika ničím. Zatímco se ale podle Montesquieuho despotismus týká cizích vlád, které jsou geograficky vzdálené Evropě a sociálně naprosto odlišné od západní civilizace, pro teoretiky státu i teoretiky přirozeného práva je orientální despotismus

a *seigneurie* ekvivalentní.<sup>17</sup> Podle legistů bylo feudální panství přímou antitezí suverénního státu, stejně jako stál suzerén<sup>18</sup> v opozici vůči suverénu.

Přesto ale byla monarchie budována za pomoci a s využitím středověkých feudálních principů. Panovníci se snažili využít vazalských pout jakožto vhodného prostředku vlády a usilovali o zvětšování počtu svých vazalů. Vytvořila se struktura dvojí moci, kdy panovníci využívali jak svého titulu suzeréna, tak suveréna. Docházelo tak k paradoxní situaci: tak např. francouzští králové jako suzerénové vládli feudálnímu zřízení a jako suverénové je potírali. Koncept suverenity začal postupně konkurovat suzerenitě. Společenskou skupinou, která nejvíce obhajovala koncept suverenity a útočila na principy feudálního panství, byli legisté. Podle nich byla suverenita protikladem *seigneurie*, protože nebyla *imperium* ani *dominium*. Nebyla jako *imperium* prostě založena na vojenské moci, nebyla nicméně ani *dominium*<sup>19</sup>, protože nezakládala žádný vztah podrobení, který by napodoboval vztah mezi pánem a otrokem.

Římské *imperium* bylo založeno na plnosti moci, která se projevovala v právu řídit armádu, v právu vést válku a sjednávat mír (*jus belli ac pacis*), či v právu nad životem a smrtí (*jus vitae necisque*). *Imperium* bylo současně také císařstvím, které se snažilo svou moc prosadit v celém západním světě. Od dynastie Otónů pak docházelo ke snaze po obnovení impéria v podobě Sváté říše římské národa německého. Proti těmto pokusům stáli právníci na královském dvoře (tj. legisté), kteří velice pečlivě odlišovali suverénní moc od císařské moci<sup>20</sup>, království od impéria, aby ukázali, že suverénní stát není založen na válce, ale na míru, a že preferuje oproti „rachotu zbraní tichou konfrontací práv.“<sup>21</sup>

Doktrína suverenity, která byla vytvořena pro potřeby boje proti moci církve, císařství a *seigneurie*, jež ohrožovaly růst státu, se upevňovala velice pomalu. V průběhu času také změnila své protivníky: vnější nepřátelé (církve, císař) přenechali své místo vnitřním nepřátelům a obhájci suverenity začali svou polemiku vést

<sup>17</sup> Kriegel, op.cit., s. 50.

<sup>18</sup> *Suzerénem* je myšlen vladař. Suverenita spočívá na feudálním (lenním) vztahu mezi vladařem (tj. suzerénem) a suzerénovým vazalem.

<sup>19</sup> *Dominium* tak podle Kriegellové znamená specifický způsob vlády, ne pouhý (soukromoprávní) vlastnický vztah.

<sup>20</sup> Teorie suverenity nebyla nicméně vždy anti-imperiální, protože na konci středověku došlo k pokusu po přivlastnění pojmu *imperium* ve prospěch monarchů. To se stalo v průběhu sporu mezi duchovní a časnou mocí, kdy se panovníci, podřízení papežům (podřízení časné moci duchovní) a císařům Sváté říše římské (podřízení vazala suzerénu), snažili potvrdit svou královskou nejvyšší moc a nezávislost. Pojem *imperium* byl monarchy používán pouze defenzivně. K vítězství monarchií došlo za vlády Filipa Sličného, z jehož doby pochází slavná formule: „*francouzský král je císařem ve svém království*“. Srov. Kriegel, op.cit., s. 55.

<sup>21</sup> *Ibid.*, s. 54.

<sup>12</sup> Kriegel, op.cit., s. 36.

<sup>13</sup> *Ibid.*, s. 38.

<sup>14</sup> Suverenita představuje moderní formu časné vlády, jednotnou, nedělitelnou a nejvyšší moc přiznávanou státu. Liší se jak od římského od konceptů *dominium* a *imperium*, *potestas* i *majestas*. Srov. Beaud, Olivier, *Souveraineté*, in: *Dictionnaire de philosophie politique*. Dir. Philippe Raynaud et Stéphane Rials, Paris: Presses universitaires de France, 2005, s. 736.

<sup>15</sup> *Ibid.*, s. 45.

<sup>16</sup> Stankiewicz, W.J., *Politická teorie a současný svět*, Brno: CDK, 2003, s. 79.

proti *seigneurie*. Legisté se domnívali, že panská moc militarizuje politiku a individualizuje spravedlnost.<sup>22</sup> Suverénní moc se liší od feudálního panství, které je založeno na ztročení, kdy si pán přivlastňuje lidské tělo jako věc mu náležející. Feudální pouta závislosti byli konkrétní, přímá, lidská. Vrchnostenské ovládnutí ztročuje jednotlivce, naturalizuje člověka a privatizuje politiku. Z toho vyplývá několik hrozeb<sup>23</sup>: jednak můžeme poddané chápat jako otroky a vládnout svým poddaným jako pán svým otrokům. Další hrozbou je to, že můžeme chápat člověka jako věc (proti tomu legisté postavili koncepci nepřekročitelných individuálních práv). Konečně politický vztah může takto přesně napodobovat vlastnický vztah a směřovat veřejné vztahy individuů se soukromými vztahy člověka k věcem. Hlavní neřestí feudalismu bylo to, že zaměňoval vlastnictví a moc. Oproti panství, které bylo otroctvím, byl suverénní stát opravdovým osvobozením.<sup>24</sup>

Koncept suverenity spojuje tři dimenze vlastní státu: *vnější nezávislost, vnitřní soudržnost a nadřazenost zákona*.<sup>25</sup> Suverenita je jednak principem autonomie vůči cizím mocnostem. Pro uspořádání interakcí mocností se pak právníká škola ze Salamancy a Pufendorf snaží znovu promyslet základy *ius gentium*. Díky suverenitě dochází postupně k zajištění stav míru na daném teritoriu, na kterém vyrůstají orgány státní správy. Suverenita je tedy svrchovaná státní moc zajišťující soudržnost daného území. A co je podle Kriegelové nejdůležitější, suverénní moc je sice absolutní, ale zároveň je vždy limitovaná zákonem. Absolutní suverén nemá pouze práva, ale má také povinnosti.

### **Bodin, Hobbes a základy liberálně-demokratické politiky**

Povaha suverenity se stala podle kanadského filosofa W.J. Stankiewiczze předmětem velkého překrucování. Zdůrazňována bývá Bodinova definice, podle níž „*maiestas est summa in cives ac subditos legisbusque soluta potestas*“ („svrchovanost je nejvyšší mocí nad občany a poddanými, neomezená zákony“), ale zlehčovány je již Bodinovo upřesnění, že suverén je omezen přírodními a božskými zákony, jakož i zákony říše.<sup>26</sup> Podle

<sup>22</sup> Ibid., s. 56.

<sup>23</sup> Ibid., s. 60nn.

<sup>24</sup> Ibid., s. 64.

<sup>25</sup> Ibid., s. 67nn. Současná česká státověda uvádí trochu jiné charakteristiky suverenity: výsostnou povahou státní moci ve vztahu k danému území rozumí její (a) nezávislost na jiné státní moci, resp. veřejné moci jiných institucí, (b) výlučnost neboli fakt existence jedné státní moci a (c) neomezenost z hlediska jejího uplatňování. Viz Filip, Jan, Svatoň, Jan, Zimek, Josef, *Základy státovědy*, Brno: MU, 2000, s. 23.

<sup>26</sup> Stankiewicz, op.cit., s. 84nn.

Stankiewiczze to znamená přehlížet celý záměr této doktríny, jimž je učinit suveréna ne-absolutním.

Hobbesova koncepce pak bývá chápána podobně jako Bodinova: Hobbes prý neponechává žádné místo omezením moci suveréna ze strany přirozeného, anebo pozitivního zákona. Suverén nemůže být jako nejvyšší zákonodárce sám podřízen zákonu. Přesto je podstatné, že u Hobbese suverén nemůže učinit, cokoliv se mu zlíbí, protože nemůže porušit logiku *smlouvy*<sup>27</sup> – touhu po sebezáchově, jež smlouvu stále znovu obnovuje pro každého z nás, kdo jsme se narodili ve společnosti vybavené fungující vládou.<sup>28</sup>

Jakkoli ale bývá často Bodinova teorie suverenity označována za zakládající koncepci moderního státu, filosoficky je jistě důležitější teorie Thomase Hobbese. I proti františkánským nominalistům Bodinova koncepce znamená v jistém ohledu krok zpět, protože Bodin vychází z naturalistické metafyziky, která vztahuje jednotu suveréna ke kosmické harmonii.<sup>29</sup> Právě tato filosofická spojnice mezi nominalismem a Hobbesem je velice důležitá<sup>30</sup>: pro nominalisty (stejně jako pro Hobbese) neexistuje svět složený z něčeho jiného než z individuů. Kolektivní útvary nejsou něčím přirozeným, ale jsou naopak umělými výtvoři lidí.<sup>31</sup> Neexistuje již přirozený řád společností, ale vše vychází z *moci* individuů. K tomuto nominalistickému vlivu se u Hobbese připojuje vliv moderních věd, které mu umožňují chápat politiku novým způsobem. Namísto toho aby Hobbes vnímal harmonický řád lidských společností, společnost analyzuje od jejích základních atomů. To je jedním z teoretických zdrojů hypotézy *přirozeného stavu*, ve kterém jsou lidé odděleni a osvobozeni od jakéhokoliv sociálního pouta.

Přirozený stav je Hobbesem charakterizován jako válka všech proti všem<sup>32</sup>, život v něm je osamělý, ubohý, ošklivý, krutý a krátký a není v něm ani dobro ani zlo. Je to stav absolutní rovnosti, kde má každý právo

<sup>27</sup> Předobraz této logiky smlouvy jsme nalezneme již u františkánských nominalistů, u nichž ale nebyla spojena s přirozeným stavem, který pochází až od Hobbeseva předchůdce Hugua Grotia.

<sup>28</sup> Stankiewicz, op.cit., s. 85.

<sup>29</sup> Goyard-Fabre, Simone, Jean Bodin, in: *Dictionnaire de philosophie politique*. Dir. Philippe Raynaud et Stéphane Rials, Paris: Presses universitaires de France, 2005, s. 70.

<sup>30</sup> Zarka, Yves-Charles, *La décision métaphysique de Hobbes*, Paris: Vrin, 1987.

<sup>31</sup> Villey, Michel, *Seize essais de philosophie du droit*, Paris: Dalloz, 1969, s. 185.

<sup>32</sup> Existují asi dva hlavní výklady toho, co ovlivnilo formulaci přirozeného stavu u Hobbese, které nejsou ve vzájemném rozporu, ale mohou se doplňovat. Podle známější interpretace se Hobbes pokusil odpovědět na anglickou občanskou válku, podle druhé interpretace je třeba tematizovat s ohledem na historii metafyziky, díky které můžeme jasněji pochopit spekulativní strukturu zakládající jeho teoretickou originalitu. Srov. Zarka, op.cit.

na všechno. Neexistuje v něm nespravedlnost, protože v něm neexistuje ani zákon. Cílem ustavení státu skrze mechanismus společenské smlouvy je pak bezpečnost soukromých osob. Poslušnost státu je tak založena na vůli jednotlivců, kteří se kvůli strachu charakterizující přirozený stav dohodli vytvořit „umělého člověka“ – Leviathana.<sup>33</sup> Vstoupili jsme tak do období „artificialismu“: oproti založení suverenity podle božského práva (tj. v nějakém transcendentním zdroji moci) je u Hobbesa veřejná moc založena uměle na shodě zvláštních vůlí, které jsou vedeny soukromým zájmem a které jsou motivovány společnou obavou. Tento artificialismus se pojí s moderním individualismem.

*Moderní individualismus* je to, co odlišuje moderní společnost od většiny společností v lidských dějinách, které uznávaly jako nejvyšší hodnotu celek (*holismus*). Podle interpretace Blandine Kriegelové byl jeho *individualismus* také nezbytnou podmínkou pro formulaci moderní *koncepce lidských práv*. Aby se tato koncepce mohla prosadit, bylo třeba splnění třech podmínek: (1) aby byl člověk uznán jako hodnota, (2) aby jakožto hodnota získal právní status a (3) aby tento právní status byl garantován politickou autoritou.<sup>34</sup> Idea člověka je biblická, a proto nauka o člověku měla zprvu jen teologický status. Uznání individuálních práv bylo otevřeno františkánskými nominalisty, kteří čelili ideji přirozeného řádu uznáním hodnoty jedinečného individua a vypracováním doktríny subjektivních práv. Nominalisté byli v tomto ohledu předchůdci Thomase Hobbesa, který je opravdovým zakladatelem této doktríny.<sup>35</sup> Včlenění myšlenky nezczitelných individuálních práv do klasického politického práva bylo zásluhou anglických a francouzských legistů.

Práce francouzských legistů ukazují i k dalšímu adjektivu, kterým označujeme současný stát. Je-li platná teze Blandine Kriegel, že doktrína suverenity, která ustavila nadřazenost státu a legitimitu této nadřazenosti, nezakládá moc bez limitů, ale konstituje sebeurčující se moc, která nezná jiné břemeno než zákon, která neakceptuje žádné podřízení vycházející zvnějšku, ale donucuje a omezuje se přijetím právního řádu, na kterém závisí<sup>36</sup>, tak se před námi rodí *právní stát*. Suverénní stát je prostě podle Kriegelové zároveň právní stát, protože právo na bezpečnost a osobní svobodu nemohly být zaručeny jinde než v tomto zcela konkrétním typu právního státu.<sup>37</sup>

Hobbesovu teorii můžeme ocenit i z dalšího hlediska: Hobbes je autorem nové podoby moci v moderním státě. Ta spočívá v tom, že se vytváří „specializovaná instance, zaručující společenství subjektivitu, přičemž jí sjednocující působení panovníka pomáhá k všestranné shodě se sebou samou i se základním principem (paktém, jímž byla nastolena), který si nese bezvýhradně sama v sobě.“<sup>38</sup> Tato proměna se francouzskému filosofovi Marcelu Gauchetovi dokonce zdá být počátkem *zastupitelské* moci, protože panovník přestává ztělesňovat nějaký zákon přicházející zvenčí. Není pak podle něj náhoda, že právě v absolutistickém státě vznikl požadavek na bezprostřední a úplnou spolupráci mezi kolektivní vůlí a svrchovanou výkonnou mocí (Rousseau). *Demokratický* ideál se tak vyloupil z formy monarchie.<sup>39</sup> Prostřednictvím důsledně oddělené moci, za cenu změny podstaty královského majestátu podle Gaucheta vznikl, upevnil se a nakonec prosadil požadavek absolutní shody mezi mocí a společností. Jiný francouzský filosof Pierre Manent pak dokonce dílo Hobbesa považuje za společnou matici moderní demokracie a liberalismu<sup>40</sup>: Hobbes zakládá (a) myšlenku *demokracie*, protože vypracovává pojem suverenity založené na souhlasu každého, zakládá (b) i *liberalismus*, protože vypracovává myšlenku zákona jakožto něčeho umělého a vnějšího jednotlivcům.

## Závěr

V této četbě Hobbesa by bylo jistě třeba pokračovat dál a srovnat ji s autory (např. Locke, Montesquieu, či Rousseau), kteří se s fenoménem moderního státu snažili vyrovnat jiným způsobem. Podle mnoha interpretací totiž Hobbesova teorie „absolutního státu“ stojí v opozici vůči liberálnímu politickému myšlení (Locke<sup>41</sup>). Bylo by také třeba ukázat, čím také demokratické hnutí přispělo k proměně moderního státu.<sup>42</sup> Tato analýza by byla

umožňuje rozvoj individuálních aktivit, potvrzuje individuální subjektivitu a autonomii občanské společnosti) a (b) *demokracie* (ta vede k rozvoji demokratických, tj. politických svobod). Pokud se totiž liberalismus a demokracie nerozvíjí v rámci právního státu, vedou k anti-etatismu a k revolučnímu duchu politického jakobinismu. Ibid., s. 188.

<sup>38</sup> Gauchet, Marcel, *Odkouzlení světa*, Brno: CDK, 2004, s. 206.

<sup>39</sup> Gauchet, op.cit., s. 207.

<sup>40</sup> Manent, Pierre, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris: Calmann-Lévy, 1987, s. 77.

<sup>41</sup> Podle francouzského ústavního právníka Oliviera Beauda hlavní rozdíl mezi liberalismem a absolutismem Hobbesa se netýká ani tak finality (zajištění bezpečnosti) a obsahu bezpečnosti jako spíše prostředků, jak ji bránit. Srov. Beaud, op.cit., s. 741nn.

<sup>42</sup> Zajímavý pohled na demokracii nabízí francouzský politiký myslitel Claude Lefort, který definuje *demokracii* na rozdíl od monarchie a totality tím, že považuje místo symbolické re-

<sup>33</sup> Stát je totiž státem jen tehdy, když je skupina (přirozených) osob reprezentována osobou umělou. Srov. Dumont, Louis, *Essais sur l'individualisme*. Paris: Éditions du Seuil, 1991, s. 110nn.

<sup>34</sup> Kriegel, op.cit., s. 75n.

<sup>35</sup> Srov. Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris: Presses universitaires de France, 2006.

<sup>36</sup> Kriegel, op.cit., s. 72.

<sup>37</sup> Kriegel, op.cit., s. 89. A tento právní stát je pak podle Kriegelové předpokladem zdravého rozvoje (a) *liberalismu* (ten

nicméně velice komplexní, pokud vezmeme do úvahy celé spektrum variant liberalismu a demokratického myšlení. V této práci jsem se proto spokojil jen s tím, abych ukázal na příkladu některých autorů historický zlom, který představovala koncepce suverénního státu. A na základě této radikálně nové koncepce politické moci pak mohl vzniknout naše liberálně-demokratické politické režimy.

prezentace za prázdné. Jinak řečeno, *moderní demokracie* je tak režimem, kde absentuje monarchický, osobně ztělesněný a částečně exteriorní symbol moci, který organizuje společnost. Protože se demokracie vzdává tohoto králova těla, stává se centrální místo moci v demokracii „prázdným“. Srov. Lefort, Claude, *L'invention démocratique*, Paris: Fayard, 1981 a Lefort, Claude, *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris: Éditions du Seuil, 1986. Viz též Baroš, Jiří, *K příčinám krize sociálního státu podle Pierra Rosanvallon*, *Global Politics*, 2-3, 2007.

## Summary

The concept of the state is in the centre of debates in social sciences. This legitimizes the interest in the philosophical sources of the distinctive category of the modern state which is defined by its main attribute – the sovereignty. In the first part, this article presents the concept of the lawful state, elaborated in the celebrated work of French political theorist Blandine Kriegel, at one time a collaborator with Michel Foucault. The lawful state was based on the idea of sovereignty and was developed by the lawyers as an opposite to Roman concepts *dominium* and *imperium*. Until now it can be seen as the pre-condition of non-despotic politics and a major force for human liberty. Further, the article discusses the political philosophy of Jean Bodin and Thomas Hobbes. Bodin and Hobbes developed the doctrine of sovereignty. The analysis of Hobbes's artificialism is connected with the examination of the modern individualism. It is argued that Hobbes's theory could be seen as the suitable basis for the further development for the modern liberal and democratic state. Liberal democracies would have been impossible without the political basis provided by the lawful state.

## Několik poznámek ke smyslu ukládání trestu zákazu pobytu aneb krátké zamyšlení nad jedním „bezvýznamným“ rozhodnutím soudu prvního stupně

Ondrej Štefánik\*

### Úvod

V červnu roku 2008 byl Městským soudem v Brně vyhlášen jeden z mnoha, na první pohled ničím nevýjimečný rozsudek.<sup>1</sup> V konkrétním případě se jednalo o zcela obyčejnou a z pohledu teorie trestního práva nezajímavou kauzu dvou kapesních zlodějů. S ohledem na uvedené se v tomto článku otázkami jejich viny ani zabývat nebudu. V odůvodnění rozsudku však nalézáme

velice zajímavou pasáž týkající se zdůvodnění uložení trestu. Lépe řečeno, zdůvodnění jeho neuložení, když soud objasňuje, proč se v konkrétním případě rozhodl vedle dalších trestů neuložit také trest zákazu pobytu podle § 57a trestního zákona. Nutno dodat, že zmínovaný rozsudek byl následně, na základě odvolání státní zástupkyně, rozsudkem Krajského soudu v Brně<sup>2</sup> právě ve výroku o trestu zrušen, a bylo nově rozhodnuto, že se tento trest obžalovaným ukládá. Přesto, že se odvolací soud s názorem soudu prvního stupně neztotožnil, je vzhledem k zajímavé netradičnosti argumentace ob-

\* Mgr. Ondrej Štefánik, doktorand katedry trestního práva PrF MU

<sup>1</sup> Vyhlášen pod sp. zn. 3 T 59/2008.

<sup>2</sup> Vyhlášen pod sp. zn. 4 To 275/2008.

sažené v odůvodnění prvostupňového rozsudku vhodné se při něm pozastavit i z pohledu teorie trestního práva. Autor tohoto textu předeseilá, že jeho cílem za žádných okolností není dospět k závěru, který ze dvou níže uvedených názorů na ukládání trestu zákazu pobytu je správný či lepší. Cílem tohoto článku je spíše poukázat na to, že i na tak „samozřejmou“ věc, jako je ukládání trestu zákazu pobytu může přímo v soudní praxi vyvstat značně „nonkonformní“ názor, a na jeho základě se v teoretické rovině hlouběji zamyslet nad smyslem a účelem trestu zákazu pobytu, jeho potenciálu efektivně ovlivnit chování pachatelů a nad tím, zda a v jakých případech je vhodné tento trest ukládat.

### **Trest zákazu pobytu**

Předtím než budou prezentovány a rozebírány části odůvodnění shora zmiňovaných rozhodnutí, považuje autor za vhodné alespoň velice stručně připomenout trest zákazu pobytu, jak ho známé z platné právní úpravy.

„Trest zákazu pobytu je dalším trestem vedle trestu vyhoštění, který zasahuje do svobody pohybu a pobytu zaručené ustanovením čl. 14 Listiny základních práv a svobod a mezinárodními dokumenty.“<sup>3</sup>

Trest zákazu pobytu podle § 57a zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen TrZ), byl zaveden s účinností od 1. ledna 1970 jako nový druh trestu novelou k trestnímu zákonu z roku 1969 (zákonem č. 148/1969 Sb.). Zákonná úprava tohoto trestu neprodělala do současné doby žádných významných změn, na které by v rámci rozebírané problematiky bylo třeba poukázat. Realizaci výkonu trestu zákazu pobytu upravuje § 350a zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen TrŘ).

Podle § 57a odstavec 1 TrZ, *soud může uložit trest zákazu pobytu na jeden rok až pět let za úmyslný trestný čin, vyžaduje-li to se zřetelem na dosavadní způsob života pachatele a místo spáchání trestného činu ochrana veřejného pořádku, rodiny, zdraví, mravnosti nebo majetku; trest zákazu pobytu se nemůže vztahovat na místo nebo obvod, v němž má pachatel trvalý pobyt.*

Podle § 57a odstavec 5 TrZ, *trest zákazu pobytu záleží v tom, že se odsouzený nesmí po dobu výkonu tohoto trestu zdržovat na určitém místě nebo v určitém obvodu; k přechodnému pobytu na takovém místě nebo v takovém obvodu v nutné osobní záležitosti je třeba povolení.* Odstavce 2 až 4 rozebíraného ustanovení ob-

sahují další podmínky výkonu tohoto trestu, které jsou však z pohledu cílů tohoto článku méně podstatné.<sup>4</sup>

Z citovaných ustanovení je patrné, že tento trest může být ukládán pouze za úmyslný trestný čin. S přihlédnutím k poměrně velké represivnosti trestu zákazu pobytu by se vhodnost jeho ukládání za nedbalostní trestné činy dala odůvodnit jen velice ztěžl. Jeho ukládání pro trestné činy z nedbalosti je nemyslitelné také s ohledem na to, že trest zákazu pobytu se má ukládat pouze tehdy, vyžaduje-li se to s ohledem na dosavadní způsob života pachatele. Uvedeným samozřejmě nemá být naznačeno, že by nedbalostní trestné činy nebyly společensky nebezpečné, nicméně v drtivé většině případů je trestný čin spáchaný z nedbalosti spíše excesem z řádného života pachatele, než vyvrcholením jeho, společností netolerovatelného chování. „Uložení trestu zákazu pobytu bude odůvodněno zejména v případech, kdy předchozí život pachatele nelze hodnotit jako řádný. Bude tomu tak tehdy, jestliže se pachatel v minulosti již dopustil v místě nebo v obvodu, na něž se má trest zákazu pobytu vztahovat, úmyslného trestného činu, a to případně i opakovaně, jestliže zde trestnou činností dosud nespáchal, ale dopouštěl se v tomto místě nebo v obvodu přestupků anebo jiné občanské nekázně, přičemž nyní projednávaná trestná činnost představuje určité vyvrcholení negativního postoje pachatele k ochraně veřejného pořádku, rodiny, zdraví, mravnosti nebo majetku. Spáchaný trestný čin, za nějž má být uložen trest zákazu pobytu, pak lze hodnotit jako projev nebo důsledek pachatelova dosavadního závažného způsobu života.“<sup>5</sup>

„Zřetel k místu spáchaného trestného činu znamená, že spáchaný trestný čin souvisel s prostředím v místě nebo v obvodu, v němž má být pobyt zakázán. Toto místo tedy mělo pro spáchání trestného činu určitý význam. Tak např. u pachatelů krádeží<sup>6</sup>, vloupání do bytů, loupeží, znásilnění atd. to budou zejména velká městská centra, kde je značná koncentrace lidí spojená s vyšší mírou anonymity, u pachatelů zabývajících se nelegálním převáděním lidí přes hranice nebo pašováním zboží to budou místa v blízkosti státní hranice atd.“<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Popisují okolnosti, za kterých může být tento trest uložen jako trest samostatný; dávají soudu možnost uložit pachateli na dobu výkonu trestu zákazu pobytu přiměřená omezení a povinnosti směřující ho k tomu, aby vedl řádný život a řeší otázku vztahu trestu zákazu pobytu k trestu odnětí svobody (když stanoví, že trest odnětí svobody se do tohoto trestu nezačítává).

<sup>5</sup> Šámal, P., Púry, F., Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, s. 502.

<sup>6</sup> Zejména tento uvedený příklad je velice výstižný s ohledem na níže rozebírané rozhodnutí soudu.

<sup>7</sup> Šámal, P., Púry, F., Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, s. 503.

<sup>3</sup> Jelínek, J. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část. 1. vydání. Praha : Linde Praha a.s., 2005, s. 367.



Když trestní zákon v § 57a odstavec 1 mluví o ochraně veřejného pořádku, rodiny, zdraví, mravnosti nebo majetku, vymezuje nám zásadně trestné činy, u kterých tento trest připadá v úvahu podle jednotlivých hlav zvláštní části trestního zákona. Jak patrně, půjde o trestné činy proti pořádku ve věcech veřejných podle *hlavy třetí*; trestné činy hrubě narušující občanské soužití podle *hlavy páté*; trestné činy proti rodině a mládeži podle *hlavy šesté*; trestné činy proti životu a zdraví podle *hlavy sedmé*; trestné činy proti majetku podle *hlavy deváté* a částečně také trestné činy proti svobodě a lidské důstojnosti podle *hlavy osmé*.<sup>8</sup>

Poslední podmínka, kterou nám trestní zákon pro ukládání trestu zákazu pobytu stanovuje, spočívá v tom, že pachatel nelze uložit tento trest v místě nebo obvodu, v němž má pachatel trvalý pobyt. Na první pohled zcela jednoznačně vyznívající podmínka však v sobě skrývá jednu spornou otázku. Co rozumět pod pojmem trvalý pobyt? Ustanovení § 10 odstavec 1 zákona č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů (zákon o evidenci obyvatel) ve znění pozdějších předpisů, sice podává zcela jasnou odpověď: *Místem trvalého pobytu se rozumí adresa pobytu občana v České republice, kterou si občan zvolí zpravidla v místě, kde má rodinu, rodiče, byt nebo zaměstnání. Občan může mít jen jedno místo trvalého pobytu, a to v objektu, který je podle zvláštního právního předpisu označen číslem popisným nebo evidenčním, popřípadě orientačním číslem a který je podle zvláštního právního předpisu určen pro bydlení, ubytování nebo individuální rekreaci (dále jen „objekt“)*. Bude ale odpověď na tuto otázku tak jednoznačná i z pohledu trestního práva? V praxi jsou totiž případy, kdy se pachatel v místě, kde je k trvalému pobytu oficiálně přihlášen i zdržuje, spíše výjimkou. Vystává tedy otázka, zda je možné pachateli uložit trest zákazu pobytu vztahující se k místu, kde se třeba několik let nehlášeně zdržuje a má sociální a pracovní vazby. Odpověď nám poskytuje, byť „dobově“, ale z tohoto pohledu pořád aktuální, stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu Československé socialistické republiky k otázce ukládání trestu zákazu pobytu ((Rt) Tpjf 75/75), když uvádí: „Pro závěr o tom, zda pachatel má či nemá trvalý pobyt v místě nebo obvodě, v němž páchal trestnou činnost a na který se má trest zákazu pobytu vztahovat, není tedy rozhodující formální přihlášení k trvalému pobytu podle předpisů o hlášení obyvatelstva, ale to, kde skutečně má trvalý pobyt. Je proto třeba zejména zkoumat, kde má pachatel rodinu, popř. své rodiče, kde skutečně bydlí, kde navázal pracovní poměr a skutečně pracoval apod.“ Při ukládání trestu zákazu pobytu tedy nemůžeme vystačit s pouhým „papírovým“ trvalým pobytem osoby, na kterou trest dopadá, ale musíme zkoumat reálné místo, se kterým je pevně spjata.

<sup>8</sup> K uvedenému srov.: Tamtéž.

Ustanovení § 350a odstavec 1 TrŘ ukládá předse-  
dovi senátu povinnost uvědomit o uložení trestu zákazu pobytu obecní úřad a policejní orgán, na jejichž obvod se zákaz vztahuje, jakož i obecní úřad a policejní orgán, v jejichž obvodě má odsouzený trvalé bydliště.

V rámci rozebírané problematiky nemůže rovněž zůstat opomenuta skutečnost, že trest zákazu pobytu se ve smyslu zákona č. 328/1999 Sb., o občanských průkazech ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZOP), povinně vyznačuje v občanském průkazu odsouzeného, neboť podle § 3 odstavec 3 uvedeného zákona se jedná o tzv. povinný údaj. Ustanovení § 11 odstavec 1 písmeno d) ZOP pak výslovně uvádí, že platnost občanského průkazu skončí právní mocí rozhodnutí soudu, kterým byl občanu uložen trest zákazu pobytu, za předpokladu, že v něm tato skutečnost není vyznačena. Podle § 14 odstavec 1 písmeno c) bod 11. ZOP je občan povinen požádat o vydání nového občanského průkazu do 15 pracovních dnů po nabytí právní moci rozhodnutí soudu, kterým mu byl uložen trest zákazu pobytu, jinak se ve smyslu § 16a odstavec 1 písmeno c) ZOP dopustí přestupku, za který mu hrozí pokuta do výše 10.000,- Kč.

Po shora provedeném teoretickém exkurzu do problematiky ukládání trestu zákazu pobytu je na první pohled více než zjevné, že „bezprostředním účelem tohoto trestu je vyřadit pachatele z prostředí, s nímž jeho trestná činnost souvisela a které by mohlo v budoucnu ovlivnit nebo usnadnit páchaní nových trestných činů. Do popředí tak vystupuje zábranná funkce tohoto trestu.“<sup>9</sup> Vezmeme-li v potaz ustanovení § 23 odstavec 1 trestního zákona, které vymezuje účel trestu obecně, nacházíme u trestu zákazu pobytu také silně se projevující ochrannou funkci. K čemu jinému, než k ochraně společnosti koneckonců vedle znemožnění odsouzenému páchat další trestnou činnost směřuje.<sup>10</sup> Uvedený názor potvrzuje také již zmiňované stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu Československé socialistické republiky ((Rt) Tpjf 75/75), když uvádí, že „Rozšíření dosavadních druhů trestů o trest zákazu pobytu si vyžádala potřeba dalšího a účinnějšího prohloubení a posílení ochrany společnosti před trestnou činností asocíálních živlů, především recidivistů, výtržníků a příživníků.“ Otázkou zůstává, nakolik je trest zákazu činnosti schopen tyto své funkce reálně naplnit.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Šámal, P., Púry, F., Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha: C.H. Beck, 2004, s. 502.

<sup>10</sup> Preventivní působení tohoto trestu, jak z pohledu individuální tak generální prevence ustupuje do úzadí. Autor tohoto textu si jen stěží dovede představit, jak by mohl trest zákazu pobytu sám o sebe vychovat pachatele k tomu, aby do budoucna vedl řádný život. Rovněž představa výchovného působení této sankce na ostatní členy společnosti vyvolává přinejmenším pochyby.

<sup>11</sup> Viz níže.

## Pohled praxe

Po stručném teoretickém úvodu do problematiky ukládání trestu zákazu pobytu nic nebrání podrobněji se pozastavit u v úvodu tohoto článku zmiňovaného rozsudku.<sup>12</sup> V projednávaném případě se soud prvního stupně neztotožnil s návrhem státní zástupkyně, aby byl oběma obžalovaným uložen trest zákazu pobytu ve městě „A“<sup>13</sup> a považoval za „nezbytné se k důvodům tohoto vyjádřit i v širších souvislostech,“ byť se ztotožnil s názorem, že „posuzovaná věc je víceméně „učebnicovou“ ukázkou situace, kdy uložení takového trestu pachatelům trestné činnosti nic nebrání. Nemají žádné vztahy ani vazby k městu „A“, navíc oba spontánně doznali nezávisle na sobě, že do „A“ přijeli pouze a jedině s úmyslem zde někoho okrást.“

Prvostupňový soud okrajově argumentoval mimo jiné tím, že „v dnešní době by mělo být uložení takového trestu naprosto výjimečné, pokud vůbec nutné, kdy lze zpochybnit vůbec ústavní konformitu takového dosud existujícího ustanovení.“ Vytýkat trestu zákazu pobytu jeho nesoulad s listinou základních práv a svobod však podle názoru autora tohoto textu zrovna nejvhodnějším argumentem nebude. Je pravdou, že v čl. 14 odstavec 1 Listiny nalézáme ustanovení o tom, že *svoboda pohybu a pobytu je zaručena*. Avšak v ustanovení § 14 odstavec 3 Listiny se uvádí, že *tyto svobody mohou být omezeny zákonem, jestliže je to nevyhnutelné pro bezpečnost státu, udržení veřejného pořádku, ochranu zdraví nebo ochranu práv a svobod druhých a na vymezených územích též z důvodu ochrany přírody*.

Je nesporné, že každý trest představuje větší či menší zásah do práv a svobod osob, na které dopadá. Trest zákazu pobytu je tak s Listinou základních práv a svobod konformní přinejmenším stejně jako třeba trest odnětí svobody s právem na osobní svobodu (čl. 8 Listiny). Argumenty v „neprospěch“ trestu zákazu pobytu by tedy autor v tomto aspektu nehledal. K totožnému závěru dospěl koneckonců i odvolací soud, když v odůvodnění svého rozhodnutí výslovně uvádí, že „uložení trestu zákazu pobytu oběma obžalovaným, není v rozporu s Ústavou ani listinou základních práv a svobod.“

Shora uvedené však není stěžejním důvodem, který autora vedl k sepsání tohoto příspěvku a k hlubšímu zamýšlení se nad smyslem ukládání trestu zákazu pobytu v současné společnosti. Jiná situace však vyvstala,

když soud první instance uvedl, že „*trest zákazu pobytu ve smyslu § 57a trestního zákona je svým způsobem reliktem minulosti a předchozího společenského systému, kdy existovala minimální migrace obyvatelstva kvůli absenci potřeby měnit zaměstnání (jehož ohodnocení i pracovní úsilí v něm bylo v podstatě souměřitelné bez ohledu na vzdělání a schopnosti pracovníků), bydlení (dosti unifikovaného za obdobných podmínek), navíc znásobené často povinným umístěním pro zaměstnance různých profesí, dirigované nadřízenými orgány v plánovitě hospodářství. Pohyb osob po území České republiky byl v podstatě minimální, a proto spáchání trestné činnosti v jiném obvodu, než v obvodu trvalého bydliště a zaměstnání pachatelů, zadržovalo možnost (nikoliv nezbytnost) takovým tento trest ukládat. Zřejmě z důvodu ochrany obyvatel žijících v místě páchaní takové trestné činnosti před sem přicházejícími delikventy. Nemluvě o historických souvislostech, neboť tento trest vycházel z represe prováděné zejména na území Sovětského svazu, tehdejšího vzoru pro orgány i „zákonodárce“ ČSSR, kde existoval přímý zákaz opouštět některá místa, oblasti a lokality pro zde žijící obyvatele. V dnešní době podle názoru soudu uložení takového trestu by mělo být naprosto výjimečné, pokud vůbec nutné.*“

S uvedenou tezí, tj., že trest zákazu pobytu je ve své podstatě reliktem minulosti, se autor tohoto textu již více-méně ztotožňuje, přestože si plně uvědomuje skutečnost, že zůstává otázkou, zda soudu přináležejí argumentovat v prospěch neuložení trestu, tím že považuje zákon za nevhodný, resp. za zastaralý. V evropské kontinentální právní kultuře totiž soudy právo netvoří, ale nalézají. Autor tohoto textu by však přesto v takové argumentaci zásadní problém neviděl. Proč by soud nemohl zdůvodnit své rozhodnutí o neuložení trestu proto, že se vnitřně neztotožňuje se zákonnou úpravou a domnívá se, že daný trest svojí funkci nenaplní a s ohledem nato se rozhodnout pro volbu jiného trestu. Koneckonců v odůvodnění rozsudku soudu prvního stupně ani není uvedeno, že tento trest by se neměl ukládat za žádných okolností. Uvádí pouze, že by se měl využívat pouze výjimečně, čímž je zároveň naznačeno, že soud tento trest neodmítá v rovině obecné, jenom nepovažuje za vhodné jeho plošně ukládání. Necht' je jakkoliv, to co může být v justiční praxi předmětem sporu, je v akademickém světě zcela přípustné, ba až žádoucí. Podrobme tedy, s ohledem na rozebíranou argumentaci, trest zákazu pobytu teoretické kritice.

V prvé řadě je nutno vypořádat se s argumentem odvolacího soudu, že „*pokud by tento trest byl jak uvádí soud I. stupně reliktem minulosti, nepochybně by byl zrušen.*“ Podle názoru autora tohoto textu nemůže uvedená argumentace sama o sobě postačovat. Kdyby tomu tak bylo, co hledá třeba v ustanovení § 69 odstavec 3

<sup>12</sup> Ve snaze o anonymizaci zainteresovaných subjektů budou následující citace obou rozhodnutí (rozsudku soudu prvního stupně i rozsudku odvolacího soudu) mírně upravené, nicméně podstata rozebírané problematiky zůstane pečlivě zachována.

<sup>13</sup> Město, na které se měl trest zákazu pobytu v konkrétním případě vztahovat, bude označováno jako město „A“ a město, kde mají oba obžalovaní trvalý pobyt bude označováno jako město „B“.

trestního zákona poctivý poměr k práci, jako podmínka pro předčasné zahlazení odsouzení?<sup>14</sup>

Ted' se již můžeme zamyslet přímo nad smyslem a účelem ukládání této sankce. Vzhledem k tomu, že úprava trestu zákazu pobytu neprodělala od roku 1970 podstatnějších změn, vycházejme i dnes z dobového zdůvodnění jeho existence: „Rozšíření dosavadních druhů trestů o trest zákazu pobytu si vyžádala potřeba dalšího a účinnějšího prohloubení a posílení ochrany společnosti před trestnou činností asociálních živlů, především recidivistů a výtržníků.“<sup>15</sup> Má se tak dít tím, že se takovým osobám zamezí pobývat na území některého města nebo obvodu, čímž má být dosažena zábranná a ochranná funkce tohoto trestu. Je ale trest zákazu pobytu schopen tyto své funkce naplnit?

V odůvodnění svého rozsudku odvolací soud argumentuje zejména tím, že „*forma trestné činnosti, tzv. kapesní krádeže, je pak možná především ve velkých aglomeracích a je právě společensky nebezpečná migrace osob, které se tzv. kapesními krádežemi zabývají, neboť policejní složky, které objasňují tuto trestnou činnost, pachatele z jiných měst neznají. Uložený trest zákazu pobytu tak má zabránit v další trestné činnosti obžalovaným a je namístě i ochrana obyvatel, v tomto případě města „A“.*“ Uvedené je jednoznačně velice silným argumentem ve prospěch uložení tohoto trestu, neboť o jeho pravdivosti z pohledu objasňování této trestné činnosti pochybovat nelze. Zůstává však otázkou, do jaké míry je trest zákazu pobytu na území města „A“ schopen tento problém odstranit. Toho, že pachatelé budou snadněji odhaleni v jejich „domovském“ městě „B“, jsou si pravděpodobně vědomi i sami. Koneckonců, kdyby tomu tak nebylo, proč by se vypravili páchat tuto trestnou činnost do vzdáleného města „A“. Nelze tedy předpokládat, že by se pozornost pachatelů uložním trestu zákazu pobytu upínila na jejich „domovské“ město „B“, kde budou snadněji odhalitelní, ale spíše pak třeba na města „C“, „D“, „E“ atd., kde je nikdo nezná. Trest zákazu pobytu tedy problém kapesních krádeží z celospolečenského pohledu vyřešit nedovede. Ochrání obyvatele města „A“, avšak pouze za předpokladu, že tím zároveň ohrozí obyvatele města „C“, neboť městu „B“ se budou pachatelé s ohledem na shora uvedené pravděpodobně dobrovolně vyhýbat (co se týká krádeží). Aby bylo možné tuto situaci trestem

zákazu pobytu řešit, muselo by se odsouzeným zakázat pobývat v každém větším městě v republice, což je s ohledem na to, že tento trest se má ukládat pouze když se to mimo jiné vyžaduje i se zřetelem na místo spáchání trestného činu, téměř nemyslitelné. Pachatelům by tak musel být tento trest ukládán postupně s pácháním jejich trestné činnosti pro různá města a lze velmi dobře předpokládat, že než bychom pachatelům zakázali pobyt na území desátého většího města, uběhne trest zákazu pobytu na území města prvního. Octli bychom se pak v „začarovaném“ kruhu zakazování a „povolování“ pobytů, který by však v konečném důsledku k ničemu nevedl.

Soud prvního stupně pak uvedené argumenty o ochranné a zábranné funkci trestu zákazu pobytu v podstatě zhrnuje, když uvádí, že „*možná by šlo pochopit uložení takového trestu pro malou obec, kde občané žijí ve vzájemné pospolitosti, spíše sousedského charakteru, kam zavítá pachatel závažného trestného činu z města, využívaje přátelské atmosféry místních obyvatel a vnášející sem zlozvyky anonymních průmyslových a správních center. Aniž by potřeboval se do takové obce vrátit. Mezi městy „B“ a „A“ však v podstatě žádný rozdíl není. Jedná se o města a aglomerace s obdobným počtem obyvatel a rozsah i závažnost trestné činnosti lze předpokládat dost obdobný. Uložení trestu zákazu pobytu pachateli kapesní krádeže v „A“ znamená pouze a jen, že takový bude páchat trestnou činnost jinde, např. v „B“ (což také oba obžalovaní s úspěchem činí) a samotný trest zákazu pobytu je nijak neodradí od této činnosti, kterou mohou přirozeně jezdit provádět rovněž do města „C“, „D“ a podobných velkých měst.*“

V rámci shora naznačených úvah pak nelze opomenout, že se soud prvního stupně zamýšlí nad tím, jaký je tedy pravděpodobně skutečný důvod ukládání trestu zákazu pobytu: soudy „*však ukládají trest (trest zákazu pobytu - pozn. autora) pouze pro konkrétní města a soudu není znám příklad uložení takového trestu pro jiné než takové, kde se soud vynášející rozsudek nachází. Soudu samozřejmě nepřísluší hodnotit rozhodnutí jiných soudů, nicméně zřejmě jinak by své názory vedl při vědomí o uložení byť jediného trestu zákazu pobytu například u pachatele bydlícího v obvodu soudu vynášejícího rozsudek, který se však drtivě většiny trestné činnosti dopustil na území jiného města, tudíž by trest zákazu pobytu dopadal právě na takové místo. Za takové situace pak uložení tohoto trestu zavdává podezření, že soudy a orgány činné v trestním řízení vůbec, chrání spíše než konkrétní okruh poškozených (obyvatel dotčeného města) samy sebe před těmito pachateli, což přirozeně vybočuje ze základních zásad trestního řízení i ústavního pořádku ČR.*“

Stejně tak, jak správně uvádí prvostupňový soud, že mu nepřínáleží hodnotit rozhodnutí jiných soudů, ani autorovi tohoto textu (byť v ryze teoretické rovině) ne-

<sup>14</sup> Tato podmínka ve své podstatě znemožňuje využívat tento postup při zahlazení odsouzení u odsouzených, kteří jsou díky svým majetkovým poměrům dobrovolně nezaměstnaní a je velice spornou u zahlazování odsouzení u osob samostatně výdělečně činných. Přesto ji v trestním zákoně dodnes nacházíme a tento problém řeší až nový schválený trestní zákoník. (Blíže k uvedenému: Štefánek, O.: Zahlazení odsouzení jako restorativní institut. Státní zastupitelství. Lexis-nexis, 1/2009).

<sup>15</sup> Stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu Československé socialistické republiky k otázce ukládání trestu zákazu pobytu ((Rt) Tpjf 75/75).

přísluší „vzít se“ do pozice jednotlivých soudců a na základě nepodložených domněnek odhadovat důvody a příčiny jejich rozhodování, nicméně nelze přehlédnout skutečnost, že uložení trestu zákazu pobytu může svým způsobem představovat značné usnadnění práce orgánů činných v trestním řízení v oblasti, na kterou tento trest dopadá. Toto usnadnění však s největší pravděpodobností nebude spočívat výlučně v tom, že se odsouzený v daném místě po určitou dobu vůbec neobjeví, zejména s přihlédnutím k tomu, že mu v tom fyzicky nic nebrání. Půjde spíše o skutečnost, že odsouzeného postačí pouze „přichytit“ v místě, na které se trest zákazu pobytu vztahuje, čímž se bez dalšího dopustí trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí ve smyslu ustanovení § 171 odstavec 1 písmeno a) trestního zákona.<sup>16</sup> Nebude tedy nevyhnutné čekat na to, až se dopustí jakékoli jiné trestné činnosti a tuto následně objasňovat.

Z pohledu reálného naplnění účelu trestu (v daném případě dosažení jeho zábranné a ochranné funkce) se jako zajímavější řešení jeví zakázat odsouzeným pobyt ne v určitých městech nebo obvodech, ale na určitých místech v nejširším slova smyslu, tj. bez ohledu na to, v jaké lokalitě se nacházejí (třeba hospodská zařízení, sportovní stadiony<sup>17</sup>), na co poukazuje i soud prvního stupně, když uvádí:

*„Tento trest se i v současnosti ukládá dle poznatků soudu pouze pro konkrétní města. není tudíž využíván ve smyslu ustanovení § 57a odstavec 5 trestního zákona i pro určité místo. Kdy by bylo možno spíše v souladu s účelem trestu takto trest zákazu pobytu specifikovat při kreativním výkladu trestního zákona soudy.“*

Autor však nepovažuje za vhodné k tomuto dospět kreativním výkladem zákona (jak naznačuje soud prvního stupně), neboť jak již bylo uvedeno, v našich právních podmínkách soud právo nalézá, netvoří. Zejména pak v takovém postupu vidí nebezpečí užití analogie v neprospěch pachatele. Cesta k tomuto, z pohledu smyslu trestu rozhodně účelnějšímu řešení, by měla spíše vést přes tlak na zákonodárce, aby ukládání takového trestu zákonem připustil. Pochopitelně, můžeme vést polemiku nad výkladem pojmu „místo“ obsaženém v ustanovení § 57a trestního zákona, nicméně, vzhledem, k tomu, že na něho vždy navazuje konstrukce *nebo obvod* a zejména pak vzhledem k ustanovení

§ 57a odstavec 1 trestního zákona za středníkem, které říká, že *trest zákazu pobytu se nemůže vztahovat na místo nebo obvod, v němž má pachatel trvalý pobyt*, lze ale víceméně jednoznačně dovodit záměr zákonodárce, aby se tento trest ukládal výlučně ve vztahu k vymezeným geografickým lokalitám.

Určitou „vlastovku“ v tomto směru (byť ne v pravém slova smyslu) možná představuje nový, již schválený trestní zákoník<sup>18</sup>, který rozšiřuje katalog trestněprávních sankcí mimo jiné i o trest zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce, který může být ve smyslu § 76 trestního zákoníku uložen až na 10 let a spočívá v tom, že se odsouzenému po dobu výkonu tohoto trestu zakazuje účast na stanovených sportovních, kulturních a jiných společenských akcích.

Poněkud v menší souvislosti s rozebíraným případem, lze trest zákazu pobytu považovat za zastaralý také z důvodu masivního rozvoje prostředků komunikace. S ohledem na existenci každému dostupných mobilních telefonů a internetu, nelze předpokládat, že by se dnes jeho uložením (třeba v případě organizovaného zločinu) docílilo přetřhání vazeb pachatele na okolí, ve kterém páchá, resp. páchal trestnou činností.

Prvostupňový soud pak v závěru své stanovisko shrnuje slovy: *„občany města „A“ by takový trest chránil jen za cenu toho, že by se pozornost pachatelů zaměřila na obyvatele jinde, neboť tramvaje jezdí stejně tak v „A“ jako v „B“, kde všude lze nalézt dostatek obdobných terčů podobné trestné činnosti, jako v posuzované věci. Navíc nelze přehlédnout, že útok obou obžalovaných ve městě „A“ byl ojedinělý, další jejich trestná činnost zde nebyla prokázána, rovněž se nejedná o zvlášť závažný trestný čin, ale naprosto srovnatelný s tisíci obdobnými, páchanými zloději z města „A“. Nemluvě o tom, že i v důsledku dopravní infrastruktury je dosud město „B“ svým způsobem izolováno, tudíž delší cesty jejich obyvatel téměř kamkoliv jinam vedou přes „A“, tudíž by takový trest výrazně zasáhl do svobody pohybu a hledání pracovních příležitostí garantované ústavním pořádkem i Listinou základních práv a svobod. Pokud obžalovanému K.B. byla uložena povinnost ve zkušební době uhradit škodu, kterou svým jednáním způsobil a ke které se také ve své závěrečné řeči zavázal, nelze vyloučit, že by se s poškozeným chtěl spojit a peníze mu nahradit i jinak, než například prostřednictvím poštovní poukázky nebo převodem z účtu. Vzhledem ke všem těmto skutečnostem proto soud žádnému z obžalovaných trest zákazu pobytu ve městě „A“ neukládal.“*

Co se týká posledně uvedené úvahy, že uložení trestu zákazu pobytu je nevhodné, neboť omezuje odsouzeného v eventuální možnosti hledat si zaměstnání, tak tato nevyznívá jednoznačně, protože tento argument lze poměrně snadno vyvrátit již zmiňovanou skutečností, že

<sup>16</sup> Podle § 171 odstavec 1 písmeno a) trestního zákona, kdo maří nebo podstatně ztěžuje výkon rozhodnutí soudu nebo jiného státního orgánu tím, že bez povolení a bez vážného důvodu se zdržuje v místě nebo obvodech, na které se vztahuje trest zákazu pobytu, nebo nedodrжуje omezení, která mu byla soudem uložena v souvislosti s výkonem tohoto trestu, bude potrestán odnětím svobody až na šest měsíců nebo peněžitým trestem.

<sup>17</sup> Mnohem spornější by už ale byla přiměřenost trestu zákazu zdržovat se například v prostředcích městské hromadné dopravy nebo v nákupních centrech atd.

<sup>18</sup> Zák. č. 40/2009 Sb.

každý trest jistou mírou negativně zasahuje do života odsouzeného, což je v podstatě také jeho účelem. O co je pak z tohoto pohledu lepší třeba trest odnětí svobody. I trest obecně prospěšných prací omezuje pachatele v tom, že musí svůj volný čas věnovat výkonu trestu, peněžité tresty ho pro změnu omezuje v podobě odčerpání finančních prostředků, atd. S uvedeným rovněž souvisí i otázka, že trest zákazu pobytu ztěžuje eventuelní možnost odsouzeného uhradit poškozenému škodu. Opět lze položit otázku, v čem je toto omezení větší, jako třeba u trestu odnětí svobody nebo u do budoucna plánovaného domácího vězení. K obdobnému závěru pak koneckonců dospívá i odvolací soud, když uvádí, že „se nezotožnil se soudem prvního stupně, že osobám jako jsou obžalovaní, by mohlo být uložením trestu zákazu pobytu omezeno hledání pracovních příležitostí, případně možnost spojit se s poškozeným a uhradit škodu. To mohou, pokud by měly snad tento úmysl, provést i jiným způsobem“. Stejným argumentem „proti“ trestu zákazu pobytu tak zůstává skutečnost, že lze vyslovit pochybnosti o jeho potenciálu naplňovat účel trestu v současné společnosti.

Zběžné nahlédnutí do zahraničních právních úprav<sup>19</sup> autora utvrdilo v úvaze, že stávající podoba trestu zákazu pobytu v českém trestním zákoně „přežívá“ jako určitý pozůstatek z dob nedávno minulých. V zásadě totožná úprava tohoto trestu se vyskytuje v slovenském trestním zákoně (zákon č. 300/2005 Z.z., v znení neskorších predpisov)<sup>20</sup> a velice podobnou úpravu lze najít i v maďarském trestním zákoně z roku 1978 (s tím rozdílem, že v Maďarsku je možné trest zákazu pobytu uložit jen v zákonem stanovených případech, tj. třeba za trestný čin vydělávání si na živobytí prostitucí, organizování zakázaných hazardních her nebo výtržnictví). V maďarském trestním zákoně však autor nedohledal žádné omezení ukládání trestu zákazu pobytu v souvislosti s trvalým pobytem pachatele. Trest zákazu pobytu lze pak dohledat i v bulharském trestním právu, kde ho lze uložit až na tři roky s podmínkou, že se nesmí ukládat těhotným ženám nebo matkám nezletilých dětí (opět bez omezení týkajícího se trvalého pobytu). Velice zajímavou právní úpravu zákazu pobytu pak obsahuje polský trestní zákon,<sup>21</sup> i když ho zná pouze v podobě

trestního opatření, nikoliv trestu jako takového. V Polsku může soud jako trestní opatření mimo jiné uložit i povinnost nezdržovat se v určitém prostředí nebo na určitých místech v případě odsouzení za trestný čin proti sexuální svobodě a morálce spáchaný na úkor nezletilého a v případě odsouzení za trestný čin úmyslného násilí, včetně násilí proti osobě blízké, a to až na 15 let. Pro úplnost je však nutné dodat, že se autorovi nepodařilo dohledat trest zákazu pobytu v rumunské nebo slovinské<sup>22</sup> právní úpravě. Naproti tomu, tento trest se vyskytuje i v některých krajinách západní Evropy (lze ho najít třeba ve francouzském trestním zákoně<sup>23</sup>). Zjevně tedy nepůjde výlučně o dědictví totalitního režimu, nicméně podobnost úpravy trestu zákazu pobytu v některých postkomunistických zemích (Maďarsko) může posloužit jako podpůrný argument pro toto tvrzení.

S ohledem na vše shora uvedené se autor tohoto článku v teoretické rovině ztotožnil s názorem soudu prvního stupně v tom, že trest zákazu pobytu je svým způsobem reliktem dob nedávno minulých. Pro zachování objektivity je však nutné přiznat, že český zákonodárce tento názor zjevně nesdílí, neboť do nového trestního zákoníku byl tento trest převzat bez zásadních změn (v zásadě se pouze upravila horní hranice jeho výměry na 10 let)<sup>24</sup>. S přihlédnutím k této skutečnosti tedy bude nezbytné považovat názor o zastaralosti a neefektivnosti trestu zákazu pobytu do budoucna pořádek za menšinový.

## Závěr

Přes shora uvedené úvahy, které vyznívají spíše v neprospěch trestu zákazu pobytu, není rozumné jej zavrhnout. Jak je správně uvedeno v rozsudku odvolacího soudu, v odůvodněných případech je vhodné tento trest ukládat. Které případy to ale budou? Podle názoru autora tohoto textu je ukládání trestu zákazu pobytu rozumné spíše v případech, kdy se trestná činnost pachatele váže ke konkrétním osobám v podobě obětí. Jedná se např. o trestný čin týrání svěřené osoby, týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě, pohlavní

<sup>19</sup> Autor se s ohledem na vyslovenou hypotézu, že trest zákazu pobytu byl do českého trestního práva převzat v důsledku ovlivnění sovětskou právní úpravou, zaměřil především na postkomunistické státy integrované v Evropské unii, které však v minulosti nebyly přímo součástí Sovětského svazu (za předpokladu, že nebude níže uvedeno jinak, čerpal autor poznatky z anglických překladů trestních zákonů uvedených států, které jsou dostupné z [www.legislationline.org](http://www.legislationline.org)).

<sup>20</sup> Dostupný např. z [jasp.justice.gov.sk](http://jasp.justice.gov.sk).

<sup>21</sup> Plné znění polského trestního zákona (kodeks karny) je dostupné z <http://prawo.money.pl/akty-prawne/ujednoczone-akty-prawne/kodeksy/kodeks;karny;z;dnia;6;czerwca;1997;r.;1997,88,553,DU,410.html>. (kvůli omezeným znalostem polštiny využil autor webové služby [translate.google.com](http://translate.google.com)). Anglický

překlad polského trestního zákona je dostupný z [www.lexadin.nl](http://www.lexadin.nl), nicméně v anglickém překladu ustanovení § 41a, upravující trestní opatření související se zákazem pobytu zařazeno není.

<sup>22</sup> Anglický překlad slovinského trestního zákona je dostupný z: [km.undp.sk/uploads/public/File/AC\\_Practitioners\\_Network/Slovenia\\_Criminal\\_Code.doc](http://km.undp.sk/uploads/public/File/AC_Practitioners_Network/Slovenia_Criminal_Code.doc).

<sup>23</sup> Anglický překlad francouzského trestního zákona (code penal) je dostupný z [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>24</sup> Srov. § 75 nového trestního zákoníku (dostupný z [www.psp.cz](http://www.psp.cz) nebo [www.justice.cz](http://www.justice.cz)).

zneužívání, atd. V takovém případě bude vzdálením pachatele od obětí skutečně zabráněno jeho protiprávní činnosti. Nicméně, aby se tak mohlo stát, musely by být upraveny podmínky ukládání trestu zákazu pobytu (po vzoru polské právní úpravy), neboť pachatelé této trestné činnosti v drtivé většině případů žijí dlouhodobě na stejném místě jako jejich oběti, a jak bylo shora uvedeno, trest zákazu pobytu se nesmí vztahovat na místo nebo obvod, v němž má pachatel trvalý pobyt.

### **Summary**

The article deals with the problems of imposing the Prohibition of Residence as a punishment in Criminal law and tries to find out, if there is any reason to impose

this sanction nowadays. There is a theoretical excursus in the beginning of the article and a description of this punishment, as it's understood in the Czech criminal law. This excursus is followed by an analysis of one judgment of the court of first instance that was passed recently. The author of this article focuses on the arguments of the judge as to why he didn't impose the prohibition of residence, even though the public prosecutor suggested to. In the opinion of the judge, this punishment is useless and he considers it as an obsolete and unreasonable punishment. As to the view of criminal law theory, author of this article tries to find out, if this opinion is agreeable or not. In the end of the article, the representative foreign legislation connected to the prohibition of residence is mentioned as well.

## **Diferenciačné kritériá dispozitívnosti v českom civilistickom prostredí – časť I.**

Marián Rozbora\*

Za súčasného legislatívneho stavu civilistických odvetví nie je dostatočne určiteľná povaha jednotlivých právnych noriem, čo je dané mlhavosťou zákonného kritéria (in concreto „povaha věci“), a to ani z hľadiska právnej teórie, ani z hľadiska právnej praxe. Nakoľko sa jedná o dôležitú a aktuálnu tému, bude vhodné, pokiaľ sa pokúsime načrtnúť základné faktory determinujúce triedenie noriem na normy, od ktorých je možné sa dohodou účastníkov právneho vzťahu odchýliť, alebo od ktorých toto možné nie je.

Práca je rozdelená do trojdielneho seriálu. V rámci tunajšej prvej časti nemám v úmysli rozoberať samotný pojem dispozitívnosti, ale skorej uskutočniť pokus o teoretické zhrnutie a klasifikáciu diferenciačných kritérií ius cogens dovodzovaných českou civilistickou judikaturou a relevantnou odbornou literatúrou. Východiskom práce je teda súbor rozhodnutí českých súdov v oblasti civilistiky, najmä občianskeho práva hmotného, ktorý je integrálnou časťou civilistiky, a teda bude možné jeho uchopenie použiť mutatis mutandis i pre iné civilistické odvetvia.

V naväzujúcej druhej časti sa pokúsim naznačiť úvahy a postup pri posudzovaní konkrétnych inštitútov občianskeho práva, obsiahnutých v občianskom zákonníku. V poslednej tretej časti budú vyjadrené poznámky k zvláštnym predpisom súkromného práva, mezinárodné a evropské podnety pre prístup k diferenciačným kritériám a poznámka k súčasnému českému rekodifikačnému úsiliu.

### **1. Niekoľko poznámok k pojmu dispozitívnosti**

V teórii nie je venované veľa priestoru otázke vymedzeniu týchto pojmov, a to aj napriek recepcii rímskeho práva v podmienkach českého práva, ktoré taktiež poznalo normy dispozitívne.<sup>1</sup> Predmetné pojmy sa stali notoriou nutne nevyžadujúcou hlbšie teoretické analýzy, pričom hovoríme o „kategorických - kogentných normách (ius cogens) nepripúšťajúcich odchylný

---

\* Marián Rozbora, študent 5. ročníka Právnickej fakulty MU v Brně. Autor vyjadruje poďakovanie prof. JUDr. Janu Hurdíkovi, DrSc. za podnetné rady a pripomienky pri zpracovávaní tématu.

---

<sup>1</sup> Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M.: Římské právo. 2. vyd., Praha: C.H. Beck, 1995, s. 89.

prejav vôle či chovania subjektov, subjektom podmienene, alebo nepodmienené stanovujú práva a povinnosti, a to bez ohľadu na ich vôľu.”<sup>2</sup> Resp. o „dispozitívnych normách (ius dispositivum) umožňujúcich účastníkom právneho vzťahu určitú voľnosť voľného prejavu a chovania, aby si svoje práva a povinnosti upravili sami, vyjadrili svoju vôľu, v podstate ide o dohodnuté pravidlo majúce prednosť pred presným ustanovením normy.”<sup>3</sup>

Určité svetlo do problematiky vnáša V. Knapp<sup>4</sup>, ktorý rozlišuje jednak v jednej rovine pojmy ius cogens (právo donucujúce) a ius dispositivum (právo podporné), na druhej strane pojmy právo heteronómne (štátnou mocou oktrojované) a právo autonómne (v medziach zákona vytvorené účastníkmi vzťahov).

\* \* \*

Zreteľu hodná poznámka je skutočnosť nutnosti rozlišovania práva kogentného a dispozitívneho aj v rámci tzv. medzier práva. V skutočnosti (z pohľadu de lege lata) sa nejedná o medzery práva, ale o medzery právnej úpravy. Akákoľvek aplikácia práva musí nutne znamenať aplikáciu existujúcej normy (chovanie reprobované alebo aprobované – tertium non datur), inak by bolo narušené legitímne očakávanie a právna istota. Existencia normy teda vždy nie je obejktívno-zpoznateľne vyjadrená, avšak nutne má niektorú z dvoch protikladných pováh: dispozitívnosť - kogentnosť. Niekedy je mylne dovodzované (nakoľko „údajne“ ide o oblasť výslovne zákonom neregulovanú, a súčasne platí „Všet, čo není zakázáno, je dovoleno“) akoby na dispozitívnosť. Pravdou však je existencia „ius cogens“ v rámci medzier právnej úpravy, dosvedčená skutočnosťou postihnutelnosti jednaní obchádzajúceho zákon sankciou neplatnosti. Obchádzanie zákona totižto mimo iné zahŕňa prípad, kedy daná právna otázka nie je zákonom vôbec riešená (nie je teda možné naplniť hypotézu normy konkrétneho ustanovenia právneho predpisu), ale svojimi dôsledkami smeruje proti dispozícii konkrétnej kogentnej normy existujúceho ustanovenia. Pokiaľ subjekt vystupuje proti kogentným ustanoveniam (výslovnej úprave), tak koná contra legem. Pokiaľ však koná v medzerách právnej úpravy nemohli by sme jeho konanie klasifikovať inak ako dovolené, ledaže pripustíme existenciu kogentných noriem aj v priestore právnym predpisom neupraveným. Subjekt tak jedná proti účelu zákona (ktorý síce nie je lexikálne vyja-

drený), ktorý má normatívny charakter (inak by nemohol byť kritériom právneho hodnotenia spoločenských vzťahov).

\* \* \*

Oproti občianskemu zákoníku, v zákoníku obchodnom v tretej časti (záväzkové vzťahy) je poskytnutý taxatívny výčet kogentných ustanovení (ust. § 263), ale takisto je predmetná otázka riešená v ust. § 660 odst. 4, resp. § 662 odst. 3. V ostatných častiach obch.z. je nutné riešiť otázku dispozitívnosti podľa kritérií ust. § 2 odst. 3 obč.z., nakoľko kodexy sú vo vzťahu špeciality, resp. subsidiarity (ako párovej charakteristiky). Taktiež akýkoľvek iný právny predpis, resp. normy právnych predpisov charakterizovaných vo vzťahu k obč.z. ako lex specialis, je nutné posudzovať v zmysle chápania dispozitívnosti v občianskom zákoníku. Tento názor je takisto uznávaný aj súdnou praxou.<sup>5</sup> Tejto problematike a vôbec otázke dispozitívnosti významných (frekvenciou bežného používania) predpisov je venovaná samostatná časť.

Určitém protikladom subsidiarity je vzťah predpisov založený na delegácii a podobných odkazoch. Delegačná a blanketná norma v zmysle naväzujúcich úvah je kogentná, pokiaľ nie je zákonom výslovne uvedené inak. Potom je ale otázkou, či si môže delegovaná norma „zachovať“ svoju dispozitívnu povahu, pre prípad, že na ňu odkazuje norma kogentná. Pravdepodobne si svoju dispozitívnu povahu delegovaná norma so sebou „neprináša“, ale bude nutné ju pod novým zorným uhlom (zorným uhlom prostredia toho právneho inštitútu, kam sa delegovaná norma „preberá“ – deleguje) posúdiť autonómne. V tomto svetle azda nebude mať ani význam rozlišovania delegácie (popríklad blanketného odkazu) slovami „obdobne“ oproti „primerane“.

\* \* \*

Od dispozitívnosti, tj. možnosť subjektu tvorby vlastného modelu chovania je nutné odlišiť možnosť subjektu chovať sa v medziach zákonom dovoleného, resp. nezakázaného, tzn. najmä uskutočniť zákonom prepokladaný právny úkon. V tomto prípade spočíva podstata vo výkone zákonom predpokladaného práva, nie však tvorba normy – tj. samotného pravidla chovania účastníkov vzťahu. Som si vedomý ťažko identifikovateľnej hranice medzi ius dispositivum – modifiká-

<sup>2</sup> Harvánek, J. a kol.: Teorie práva, Masarykova univerzita v Brně, Brno, 2004, s. 163;

<sup>3</sup> Ibidem, s. 163;

<sup>4</sup> Knapp, V.: O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronómním a autnomním) in Právník, 1995, č. 1, str. 1 a násl.

<sup>5</sup> Rozsudok NS ČR sp. zn. 32 Odo 229/2004 zo dňa 15. 11. 2005: “Podle ustanovení § 2 odst. 3 občanského zákoníku, jež je obecným ustanovením pro oblast soukromoprávních vztahů (s výjimkou třetí části ObchZ), účastníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit.”

ciou dispozície normy, oproti *ius disponendi* – výkonom práva. Takisto priznávam malú významnosť rozlišovania tohto pre potreby praxe. No nemôžeme bez povšimnutia opustiť prípady z odbornej literatúry, ktorá tieto pojmy dôsledne nerozlišuje, a s ktorými sa preto naplno nestotožňujem.<sup>6</sup> Podstatu tohto problému vystihol J. Bejček za demonštrácie na ust. § 444 obch.z.<sup>7</sup> Oba javy totižto úzko súvisia s určením obsahu práv a povinností subjektov, kdežto *ius dispositivum* tým, že účastníci vytvoria vlastné pravidlo – tvoria nový model chovania – stanovujú nové práva a povinnosti; kdežto *ius disponendi stricto sensu* súvisí so slobodou konať právne úkony, ktorými vstupuje do právnych vzťahov, pochopiteľne obsahujúcich práva a povinnosti účastníkov.

Naopak úzke spätie slobody uskutočniť právny úkon so slobodou stanovenia obsahu právneho úkonu je zreteľná najmä pri pohľade na inomínatne zmluvy (ust. §§ 51, 491 obč.z., 269 odst. 2 obch.z., 18 zák. práce), a teda pri skúmaní nepomenovaných záväzkov pravdepodobne nebude vhodné tieto dve slobody odtrhnúť.

\* \* \*

Predložený koncept dozaista svojou netradičnosťou vzbudzuje mnohé otázky a pozorný čitateľ naisto objaví trecie plochy spochybňujúce tieto úvahy. Zmyslom vymedzenia tohto pojmového aparátu nie je vytvárať „nové“ teórie, ale zamyslieť sa nad stavom právno-teoretickým a právno-pozitivistickým. Dualizmus (možno latentný, možno nie?) je možné charakterizovať napr.

<sup>6</sup> Op. cit. sub 4, V. Knapp hovorí o dispozitívnosti civilného deliktneho práva, kedy „Zákon nenutí poškodeného a škúdce, aby chodili k soudu, nýbrž jim ponechá na vůli, aby se vyrovnali po dobrém.“ Tu s ohľadom na vyššie uvedené však neide o autonómne tvorenie normy - pravidla chovania sa účastníkov vzťahu. Podľa nášho názoru sa tu skôr jedná o možnosť uskutočniť úkon. Ide v podstate o „*ius disponendi*“, teda či svoje právo subjekt (účastník) vykoná - poškodený sa so škodcom dohodne, alebo podá žalobu atď.

Podobne ust. § 135b odst. 2 zakotvujúce normu umožňujúcu vlastníkovi veci žiadať o jej vydanie a navrátenie do predošlého stavu, pre prípad neuzatvorenia dohody spadá skorej do kategórie slobody uskutočniť právny úkon. Porov. Gregušová, D., Dilak, A., Chlípala, M., Susko, B.: Právo Informačných a komunikačných technológií. STU v Bratislave, 2005, s. 16.

Taktiež zmlúvna dohoda o konkrétnej forme istoty v zmysle ust. § 555 obč.z. je vzhľadom na demonštratívny výčet (zejména) pravdepodobne prejav slobody uskutočniť právny úkon, než prejav vylúčenia a plikácie dispozície v danom ustanovení obsiahnutej normy. Porov. Škárová in Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák a kol. Občanský zákoník II. § 460-880. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, str. 1474. Demonštratívny výčet nie je možné automaticky subsumovať pod otázku dispozitívnosti. (K tomu napr. Knapp, V.: Teorie práva, Praha, C.H.Beck, 1995, s. 124.)

<sup>7</sup> Bejček, J.: Nad přípustností smluvních odchylek od zákona, Právní praxe v podnikání, 1994, č. 9, s. 10.

ako „dispozitívnosť“ plynúcu zo samotnej povahy normy (splňa kritéria pre dispozitívnosť a je prípustné, aby si účastníci svojou dohodou upravili vzájomné práva a povinnosti); ďalej „dispozitívnosť“ plynúcu z naplnenia hypotézy normy, ktorá výslovne stanovuje možnosť odchylnej autonómnej úpravy; a konečne „dispozitívnosť“ plynúcu z faktu nemožnosti paralelného naplnenia hypotéz, kedy si samotný účastníci nevytvárajú vlastné autonómne pravidlo, ale len konkretizujú abstraktné pravidlo existentné v presne vymedzených zákonných konjunktiách, pričom aplikácia tohoto vylučuje iné (spísaním závetu nevytvárame nové pravidlo, len využívame pravidlo už existujúce). Potom ale v skutočnosti pravdepodobne nejde na mieste posledne uvedenom o „dispozitívnosť“, nakoľko si účastníci nevytvárajú autonómne - vlastné pravidlo, ale uplatňujú zákonné pravidlo, ktoré súčasne vylučuje aplikáciu iného zákonného pravidla. V takomto prípade sa asi nejedná o dispozitívnosť v doterajšom chápaní, ale skorej o prejav autonómie vôle spočívajúci vo stanovení obsahu právneho vzťahu, ale prostredníctvom slobody uskutočnenia právneho úkonu! Inak by neostávalo nič iné, ako charakterizovať napr. uzatvorenie nájomnej zmluvy ako uplatnenie „dispozitívnosti“ ustanovenia § 123 obč.z., nakoľko tým nie je nič iné ako stanovenie obsahu odlišne od zákonej normy (ale na druhej strane v súlade s inou), čo v súlade s cit. názorom V. Knappa svedčí o dispozitívnosti. Ten pravdepodobne chápal dispozitívnosť širšie – nielen ako možnosť tvorby vlastného pravidla, ale ako aj možnosť „vylúčenia“ zákonného pravidla, a to bez ohľadu na základe čoho sa tak deje, resp. „dsipozitívnosť“ (pravdepodobne) chápal ako autonómne stanovenie obsahu právneho vzťahu nielen modifikáciou dispozície normy, ale aj naplnením hypotézy. Azda je možné toto charakterizovať ako autonómne, cielené (v zmysle zámerne k takému dôsledku určené) vylúčenie dispozície zákonného ustanovenia. Ostatne asi práve preto vo svojich prácach hovorí na rozdiel od iných autorov o možnosti odlišného stanovenia „skutkovej podstaty“. V náväznosti na toto je však veľmi obtiažne stanoviť, od ktorej zákonnej skutkovej podstaty sa vlastne odchyľujeme, pokiaľ sú obe stanovené zákonom, a najmä ak práve v civilnej oblasti sa uplatňuje autonómia vôle tak široko, že reálne „dispozitívna norma“ vylučuje inú „dispozitívnu normu“.

Ostatne komplikovanosť predloženej otázky a jej pojmové vymedzenie nie je týmto vôbec vyčerpaná. Otázne napr. zostáva či je dispozitívnosť možné chápať aj ako stanovenie podmienky (hypotézy) po splnení ktorej nastane dispozícia – pravidlo – hoci aj zákonné, alebo výlučne len ako tvorbu samotného pravidla-dispozície. Toto je možné demonštrovať napr. na ustanovení § 344 Obch. zákoníku. V zmysle ustanovenia § 263 odst. 1 Obch. zákoníku je bez akýchkoľvek pochybností možné hovoriť o kogentnosti, na druhej strane výslovne znenie ust. § 344 Obch. zákoníka evidentne ponecháva značný priestor autonómii vôle účast-



nikov právneho vzťahu (...v prípadoch, ktoré stanoví smlouva), pričom je ale zrejme, že ak by si účastníci zmluvne nestanovili prípady (okolnosti, podmienky – súhrne hypotézu) kedy sa uplatní práve toto zákonné pravidlo vyjadrené v ust. § 344 a násl., tak by sa na tieto zmluvne stanovené prípady vzťahovalo pravidlo iné, možno aj iné zákonné, ktorého použitie je uplatnením autonómneho priestoru výslovne priznaného vylúčené.

\* \* \*

Pojem dispozitívnosti je teda teóriou používaný ako notorieta, žiaľ jeho vymedzenie nezodpovedá všetky vyvstávajúce otázky. Plne si uvedomujem nedostatky v pojmovom vymedzení (ktoré sa prima facie javí podľa súčasného stavu teórie za uspokojivé) v uvedených prístupoch, a nakoľko ťažisko práce je orientované skôr na problematiku stanovenia najčastejších kritérií diferencujúcich medzi normami, od ktorých použitie sa je možné dohodou účastníkov vzťahu odchyliť - alebo nie, je len na voľbe čitateľa, ktoré z uvedeného považuje za prijateľnejšie.

Každopádne – rekapitulované – z rýdzo teoretického hľadiska sú znakmi fenoménu dispozitívnosti tvorba pravidla, a to záväzného, primárne použiteľného, resp. aplikovateľného. Tvorbu pravidla je pochopiteľne aj derogácia niektorých inštitútov bez náhrady. Potom možno hovoriť o tvorbe vlastného - autonómneho pravidla s výslovnou (explicitnou) derogáciou, alebo tacitnou (resp. implicitnou). Pravdepodobne nebude možná konkludentná tvorba pravidla chovania v zmysle tvorby pravidla samotným faktickým výkonom práva (z určitého pohľadu sa týmto dostávame až k inštitútu praxe zavedenej medzi stranami), ale toto pravidlo musí byť formulované a priori.

## 2. Diferenciačné kritériá *ius cogens* a *ius dispositivum*

Ústavnoprávny základ *ius dispositivum* je daný čl. 2 odst. 4 Ústavy ČR a čl. 2 odst. 3 Listiny základných práv a slobôd v spojení s čl. 3 Ústavy ČR.<sup>8</sup> V rovine

<sup>8</sup> Samozrejme princípy základných práv a slobôd sa v zmysle ust. čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy ČR uplatňujú vo vertikálnej rovine; no teóriou i samotným Ústavným súdom ČR je pripúšťané „prozaňovanie“ do oblastí súkromného práva. Teda ako prostriedok k výkladu generálnych klauzúl súkromného práva (k tomu Filip, J.: Vybrané kapitoly ke štúdiu ústavného práva. 2. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 69);

„Orgány štátni moci jsou proto při aplikaci jednoduchého práva současně povinny normy tohoto práva, v nichž se odráží čl. 2 odst. 3 Listiny a čl. 2 odst. 4 Ústavy ČR jako objektivní ústavní princip, interpretovat rovněž tak, aby nezasáhly do subjektivního práva jednotlivce na autonomii vůle, jež garan-

občianskeho práva hmotného potom § 2 odst. 3 obč. zákoníka stanovuje možnosť účastníkov právneho vzťahu dohodou si vzájomné práva a povinnosti upraviť odchylné od zákona, pokiaľ to zákon výslovne nezakazuje a pokiaľ z povahy ustanovenia zákona nepvyplýva, že sa od neho nemožno odchyliť.

Prvý limit plynie už zo samotného ustanovenia, a je ním výslovný zákonný zákaz. Ostatné je treba dovodiť zo všeobecného, abstraktného (nie však neurčitého) pojmu povahy veci, a to na základe teoretických úvah a poznatkov, materiálnych prameňov práva a pochopiteľne funkcionálnych prameňov práva - typicky judikatury a i.<sup>9</sup>

Diferenciačné kritériá sú vyjadrené najmä nasledujúcimi kategóriami:

1) **výslovný zákonný zákaz:** kategória výslovne uvádzaná v ust. 2 odst. 3 o.z., a práve preto si zaslúži uviesť na prvom mieste. Súčasne je uvádzaný výslovne naproti zbernej kategórii (povaha veci) označený ako jediný, a taktiež ako prvý. Z tohto plynie akákoľvek nerozporovateľnosť tohto kritéria a bezvýhradná platnosť. Samotný občiansky zákoník obsahuje veľmi malé množstvo zákazov *expresiss verbis*. Napr. ust. § 433 odst. 3 zakazuje oprostene sa odpovednosti za škodu spôsobenú na vnesených alebo odložených veciach podľa § 433 odst. 1a 2, a teda ust. § 433 odst. 1, 2 a 3 sú v tomto smere *ius cogens*.

Pravdepodobne by bolo možné za výslovný zákaz považovať aj ust. § 263 odst. 1 obč.z., hoci sa to takto na prvý pohľad z gramatického hľadiska nejaví.

2) výslovný zákonný príkaz - **kategorický príkaz:** na základe gramatickej interpretácie zákonného ustanovenia obsahujúceho bezpodmienečný, kategorický príkaz klasifikujeme normu ako *ius cogens*. Nie je však možné toto kritérium ztotožňovať s klasifikáciou noriem na prikazujúce, zakazujúce a dovolujúce, ktoré všetky hypoteticky môžu byť normami *ius dispositivum*. Jedná sa typicky o slovné obraty „musí, nesmí, vyžaduje“ a pod.<sup>10</sup>

Význam tohto kritéria však v žiadnom prípade nemôžeme precenovať, nakoľko legislatívna technika zvolená zákonodarcom nutne vždy nevyjadruje jeho pravý úmysel - „ducha zákona“, či účel normy. Ko-

tuje také čl. 2 odst. 3 Listiny ve své druhé dimenzi.“ (I. ÚS 43/04 apod).

<sup>9</sup> S celkom odlišnou klasifikáciou „kategórií obmedzujúcich nástrojov slobody stanovit' obsah zmlúvneho vzťahu“ je možné sa stretnúť v rámci diskusií o evropskom zmluvnom práve. Matthias E. Storme: Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law in European legal harmony: goals and milestones, 10th anniversary Juridica international, Tartu, 2005. Nakoľko však tam uvedené delenie je východiskom k celkom odlišným potrebám, je pre naše potreby nepoužiteľná.

<sup>10</sup> K tomu napr. Alexander, J.: Ke smluvní volnosti v otázce úroků z prodlení. Právní rozhledy, 2006, č. 2, s. 69 a násl.

nečne, ak by sme vystačili s gramatickými kritériami a gramatickým výkladom, nebolo by potrebné používať výklady iné, napr. teleologické. Ostatne neúplnosť gramatického kritéria, nutného doplniť ďalším, vyjadril aj samotný Ústavný súd v náleze sp.zn. II. ÚS 87/04 zo dňa 11. 5. 2005: „Záver, že určitý právny úkon je neplatný pro rozpor se zákonem nebo proto, že zákon obchází, se musí opírat o rozumný výklad dotčeného zákonného ustanovení. Nelze vystačit pouze s gramatickým výkladem. Významnou roli zde hraje především výklad teleologický. Je proto nutné se vždy ptát po účelu zákonného příkazu či zákazu. ... V soukromoprávní sféře platí zásada, že co není zakázáno, je dovoleno. Proto každý zákonný zásah do této sféry je třeba vnímat jako omezení lidské svobody a proto je nutno vykládat ustanovení o neplatnosti právních úkonů pro rozpor se zákonem restriktivně a nikoli extenzivně. Opačný výklad by byl v rozporu s čl. 4 odst. 4 Listiny, podle kterého při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod (v tomto případě smluvní volnosti stran) musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu a taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.“

Do tejto skupiny zaraďujem aj tzv. delegačné a blanketné normy (napr. § 27/1, 517/2<sup>11</sup>), ktoré bezpodmienečne prikazujú použitie inej normy, nakoľko cielene budujú systém práva, pregnatnejšie: azda štruktúru zákona, ktorá by ich prípadnou dispozitívnosťou bola očividne narušená. Tým však automaticky nevylučujem možnú povahu delegovanej normy ako *ius dispositivum*. Pravdepodobne by bolo možné do tejto kategórie zaradiť aj využitie legislatívnych techník, akými sú taxatívne výčty, právne domnienky a fikcie. Z ich gramatického výkladu nutne nemusia vyplývať zákonodarcov príkaz, no vymedziť presný okruh právnych otázok, alebo postaviť naisto právne relevantné otázky, a týmto budovať právnu istotu subjektov práva; a práve gramaticky-dovoditeľný, kategorický zákonný imperatív je vhodným nástrojom budovania právnej istoty (napr. ochrany dobrej viery).

3) **sankcia neplatnosti**: je pochopiteľné, pokiaľ zákonodárca sankcionuje určitý právny úkon neplatnosťou, považuje určitý zájem chránený takouto sankčnou normou za zjavne dôležitý, a pokiaľ si má právo - zákon zachovať svoju preventívnu a represívnu funkciu, potom by strácalo zmysel dať účastníkom právneho vzťahu na uváženie viazanosť právnu normou. Toto by

nebolo koncepčné, zákon by strácal logiku, nakoľko by ipso iure nebol chránený spoločenský zájem a právo by sa stalo značne obmedzeným, neefektívnym, nevynúiteľným a azda aj zbytočným normatívnym systémom. Sankciu neplatnosti považuje za indikátor kogentnosti napr. aj nemecká právna teória (napr. ust. § 134 a 138 BGB).

Tento záver sa podľa môjho názoru plne uplatní v prípade absolútnej i relatívnej neplatnosti. V prvom prípade je zrejme vylúčenie možnosti účastníka právneho vzťahu vytvoriť si vlastný model žiadaného chovania, čo vyplýva napr. i z práva a povinnosti súdu *ex offio* absolútnu neplatnosť prehlásiť. V prípade relatívnej neplatnosti je síce pravdou, že vyslovenie súdu je viazané *conditio sine qua non* na návrh dotknutého subjektu, ale tento návrh nie je tvorbou normy - modelu chovania, ale samotným výkonom práva, ktorý je už určitou normou prepokladaný, ide teda o *ius disponendi*.

Sankciu neplatnosti ako indikátor *ius cogens* chápe aj Ústavný súd vo svojom náleze II. ÚS 236/97 zo dňa 4.11.1998. Dôležitá je nielen nemožnosť vylúčenia týchto ustanovení, ale aj nemožnosť dohodnúť ďalšie takéto (k tomu rozh. sp.zn. 33 Ca 24/95).

4) normy vyžadujúce **písomnú formu** právneho úkonu: občiansky zákoník stojí na zásade bezformálnosti právnych úkonov, čo je logicky dovoditeľné z potreby dynamickej zmeny hodnôt pre efektívne uspokojovanie jednotlivých záujmov. Napriek tomu je výslovne zákonom v nutných prípadoch vyžadované uskutočniť právny úkon v písomnej forme, a toto nedodržanie je zákonom sankciované neplatnosťou. Odôvodnenie je pomerne zjavné, a síce požadavok právnej istoty a preukázateľnosti existencie právneho úkonu. Pokiaľ zákonodárca v tomto duchu špecifikuje konkrétne situácie vyžadujúce písomnú formu (často navyiac využitím kategorických príkazov typu „musí“, „vyžaduje“ apod.), má evidentne záujem na bezvýhradnom dodržaní predpísanej formy. Z tohto je dovoditeľný parciálny záver o prednosti uplatnenia zásady právnej istoty pred zásadou dispozitívnosti. Podobne je možné rozumne očakávať, že zásah do niektorých zo zásad občianskeho práva bude stanovení prostredníctvom noriem kogentných, pretože ide predsa len o niečo netypické – nadštandardné. Jedná sa typicky o zásadu dobrej viery, ktorej zákonné užitie je v hojnej miere teóriou považované za kogentné. Tento myšlienkový prúd je v súčasnej dobe zjavný najmä v rámci kodifikačných úsilí európskeho zmluvného práva. Napr. v „Lando-vých“ princípoch ESP je výslovne zakotvená kogentnosť ustanovení o povinnosti každej strany zmluvy konať v súlade so zásadou dobrej viery a poctivého styku (čl. 1:201)<sup>12</sup> V českom právnom poriadku je sa

<sup>11</sup> Podobný názor zaujal Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 17.3.2005 sp. zn.: 33Odo 1117/2003: „...nenechává gramatický výklad tohoto ustanovení prostor pro úvahy, zda lze výši úroku z prodlení či poplatku z prodlení stanovit jinak, tedy ani dohodou účastníků.“ Gramatickou interpretáciu NS ČR doplnil v tomto prípade aj o systematickú (tak trochu násilnú) interpretáciu. K samotnej povahe normy stanovujúcej výšku úrokov z oneskrenia (prodlení) zaujímam stanovisko v naväzujúcej časti (in concreto 3.15).

<sup>12</sup> Lando O., Beale H. (eds.), Principles of European Contract Law. Parts I and II., Kluwer Law International, 2000.

s kogentnou ochranou dobrej viery možné stretnúť napr. v ust. § 446 obch.z. (arg. § 263 obch.z.)<sup>13</sup> Podobne na kogentnom charaktere zásady dobrej viery stojí aj nemecká civilistická teória.<sup>14</sup>

5) **viazanosť pojmovými znakmi právneho inštitútu:** pričom pojmový znak je práve podstatnou a nevyhnutnou štruktúrnou súčasťou inštitútu. Účastník právneho vzťahu je viazaný v tom zmysle, že zavádzaním nových inštitútov, alebo uplatnením zákonom predvídaných za súčasného sa odchýlenia od pojmového znaku nesmie narušiť podstatu právneho vzťahu. In concreto „vecné právo“ je „právom k veci“, teda účastník nemôže vzťahnúť typicky vecnoprávne účinky na iné predmety občianskoprávneho vzťahu, poprípade nutné (typické a smerodatné) vecnoprávne účinky vylúčiť.

V rovine záväzkového práva ex contractu hovoríme predovšetkým o tzv. essentialia negotii právneho úkonu, ktoré nesmú byť z ustanovení zákona dohodou vylúčené v smere odstránenia essentialia negotii de facto, alebo dohodou stanovené modely chovania definujúce de facto iný zmlúvny typ. V takomto prípade by sa vlastne jednalo o obchádzanie zákona (§ 39 OZ), v lepšom prípade konverziu právneho úkonu (§ 41a, popr. § 41 OZ).

Nejedná sa výlučne len o essentialia negotii, ale aj iné. Eliáš<sup>15</sup> napríklad uvádza pojmový znak tichého spoločenstva právo tichého spoločníka nahliadnuť do dokladov týkajúcich sa podnikania, na ktorom sa účastní. Z tohto dôvodu sa javí dispozitívnosť ust. § 675 obch.z. (arg. § 263 obch.z. a contrario) problematická.

Som si vedomí širokého záberu tohto kritéria, a to najmä u inominálnych zmlúv, a preto v snahe o materiálne dodržanie zásady autonómie vôle som názoru skôr o jej reštriktívne použitie.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> V tomto prípade navyše dochádza k prelomení ďalšej zásady, a síce „Nemo ad alien plus iuris transfere potest quam ipsa habet“. Ďalej je nutné uviesť aj vecno-právnu povahu ako správne zdôrazňuje Melzer, F.: Volba obchodného zákoníku a nabytí vlastníckeho práva od neoprávneného. Právni rozhledy, 2006, č. 7, s. 261-264.

<sup>14</sup> „Ku kogentným pravidlám patrí taktiež celé záväzkové právo ovládajúca zásada ust. § 242 BGB.“ Larenz, K.: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen rechts, 7., neuarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 1989, s. 428.

<sup>15</sup> Eliáš, K. in Bejček, Eliáš, Raban: Kurs obchodného práva. Obchodní závazky, 4. vyd., Praha: C.H.Beck, 2007, s. 14; rovnako Bejček, J.: Nad přípustností smluvních odchylek od zákona, právní praxe v podnikání, 1994, č. 9, s. 10 a násl.;

<sup>16</sup> Krásnym príkladom je zjednávanie nájomných a kúpnopredajných zmlúv so symbolickým plnením - typicky 1 koruna, ktorým sa vlastne účastníci vymaňujú z režimu pôžičok a darovacích zmlúv. Bejček k ekvivalenci protiplnení uvádza: „Rovněž naše právo zásadně preferuje subjektivní ekvivalenci (s pojistkou dobrých mravů a ev. zásad poctivého obchodního styku). (Bejček, J.: Existuje smluvní svoboda, Právni rozhledy, 1998, č. 12, s. 1017).

6) **systémové požiadavky:** chápem ako povahu vecí v užšom zmysle. Mám tým na mysli „charakter práva“, a potom rozlišujem medzi základnými systémovými jednotkami občianskeho práva, resp. občianskeho zákoníka. Povaha vecí je evidentná pre oblasť vecných práv, ktorá pôsobí svojou podstatou erga omnes, a teda zasahuje do práv tretích osôb. Nie je tak dobre možná tvorba odchýlného modelu chovania, pričom ius dispositivum sa uplatní len v prípade výslovného zákonného dovolenia (hoci aj mlčaním zákona, nie však obchádzaním). Naopak v prípade zmlúvneho záväzkového práva pôsobiaceho inter partes odpovedá rozumnému usporiadaniu vzťahov umožniť účastníkom ius dispositivum v podstatne širšom zábere.

„Jiné formy regulace budou nepochybně vyžadovat vztahy vlastnické, charakteristické tendencí po určité stabilitě dosaženého stavu, naopak při právní regulaci vztahů společenské směny bude třeba respektovat požadavek pružnosti a dynamiky realizace individuálních ekonomických zájmů subjektů.“<sup>17</sup> „Věcná práva vyjadřují jakousi „statickou“ stránku občianskoprávních vztahů a tendence v nich obsažená je tendencí zachovávat ekonomicko-právní status quo.“<sup>18</sup>

Z hľadiska štruktúry občianskeho zákoníka ako normatívneho právneho aktu bude žiaduce považovať všeobecné ustanovenia považovať za ius cogens, nakoľko sa nimi stanovuje napr. stavba civilistiky ako celku, stanovujú sa základné fundamentálne a nosné princípy, stanovujú sa otázky statusu subjektivity osôb - teda vôbec právnej existencie individua.

V prípade ustanovení o deliktach a kvazideliktach sa subjekt stáva účastníkom právneho vzťahu proti svojej vôli, pričom teda v podstate nemá zmysel uvažovať o dispozitívnosti predmetných noriem, a pravdepodobne aj tieto normy sú ladené skôr kogentne. Otázka dispozitívnosti spočívajúcej v možnosti zmluvnej limitácii náhrady škody je skorej otázkou obchodnoprávna a s ohľadom na iné dimenzie sa ňou nebudem ďalej zaoberať.

Pre oblasť noriem právneho nástupníctva bude takisto charakteristické využitie ius cogens, nakoľko právne nástupníctvo je prechodom práv a povinností ex lege v prípade naplnenia objektívnej poprípade subjektívnej právnej skutočnosti. Z toho logicky vyplýva snaha zákonodárcu za naplnenia hypotézy normy jednoznačne stanoviť spoločenské pomery. Konečne s ohľadom na charakter ustanovení zákona tohto inštitútu - ako jednostranného, adresovaného právneho úkonu mortis causa - je „dohoda účastníkov“ (§ 2 odst. 3 O.Z.) prakticky vylúčená. Iná situácia nastáva v prípade právneho nástupníctva založeného subjektívnou práv-

<sup>17</sup> Hurdík, J. in Fiala, J. a kol.: Občianske právo hmotné, 3. vyd., Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2002, s. 192;

<sup>18</sup> Ibidem, s. 194;

nou skutočnosťou. Tu bude odpovedať rozumnému usporiadaniu vzťahov určitá dávka *ius dispositivum*, keďže ide o právny úkon *inter partes*. Na druhej strane je evidentná vôľa zákonodarcu aj túto otázku právne riešiť jednoznačne použitím veľkého množstva *ius cogens* (§ 476 a násl. v spojení s § 263 obč.z.).

S ohľadom na charakter záverečných a prechodných ustanovení je nutné aj tieto považovať za *ius cogens*, a jedine v prípade výslovného dovolenia za *ius dispositivum*.

Značne o dispozitívnosti noriem zreteľne vypovedá ich zaradenie do subsystemu právneho odvetvia, alebo štruktúry normatívneho právneho aktu, a komparácia týchto subsystemov. To platí rozhodne aj pre iné civilistické odvetvia, napr. právo obchodné.

7) **systematické požiadavky**: založené na komparácii právnych otázok - inštitútov s ohľadom na ich zaradenie do subsystemu právneho odvetvia alebo štruktúry zákona (intraodvetvovej). Ďalej na komparácii interodvetvovej, komparácii z hľadiska historického (predstavujúcej fylogénu právneho inštitútu), a konečne z hľadiska geograficko-právneho. Tento požiadavok je úzko spätý s predchádzajúcim, obстоjí však sám, tak ho uvádzam samostatne.<sup>19</sup>

Prejavuje sa najmä v súvislosti s vyplňovaním medzier zákonnej úpravy. Napr. v úprave verejnej obchodnej spoločnosti v obchodnom zákoníku sa výslovné neupravuje prevoditeľnosť obchodného podielu. V literatúre sa objavujú názory odôvodňované čl. 2 Ústavy ČR prezentujúce realizáciu autonómie vôle.<sup>20</sup> Som však názoru opačného, nakoľko zákonodarca toto neupravil u tohto typu obchodnej spoločnosti, ale u iného áno, z čoho logicky v spojení s argumentom zaradenia v.o.s. do kategórie spoločnosti osobných (požadavok systémovosti), vyplýva nutnosť priestor pre autonómiu vôle odmietnuť. Z tohto plynie, že aj medzera právnej úpravy má svoje *ius cogens*.

8) **sociálne právo**: V občianskom práve bývajú za hlavné zásady považované zásada autonómie vôle, alebo zásada rovnosti účastníkov vzťahov<sup>21</sup>. Je zrejme,

že ku skutočne rovnému (chápané predovšetkým rovnosťou ekonomického potenciálu pri realizácii vôle účastníka vzťahu) postaveniu nedochádza vždy. V odbornej literatúre sa dokonca z tohto hľadiska hovorí o trializmu práva, kde spolu s verejným a súkromným koexistuje tzv. právo sociálne (Pawlovski). „Pod týmto právom rozumiť ... tu oblasť súkromného práva, ktorá není ovládaná v plnóm rozsahu princípem autonomie súkromné vôle, nýbrž svobodné rozhodování subjektu je v ní potlačeno a determinováno vnější donucující mocí.“<sup>22</sup> Naproti tomu teda stojí snaha zákonodarcu ekonomickú nerovnosť účastníkov premietajúcu sa do nerovnosti vôle v značnej miere kompenzovať. Je potom pochopiteľné, že práve v tejto oblasti je možné očakávať zvýšenie počtu noriem povahy *ius cogens*, a to z dôvodu ochrany slabšieho účastníka, hoci sa stále jedná o oblasť súkromnoprávnu. In concreto oblasť ustanovenia na ochranu spotrebiteľov, chránený nájom bytu, spoločný nájom bytu, neopomenuteľní dedičovia, ale aj v iných súkromnoprávných odvetviach minoritní akcionári<sup>23</sup>, zamestnanci, nezletilý, nesvojprávny, pacient, klient, pôvodca výtvoru. Značné zúženie priestoru uplatnenia *ius dispositivum* v oblastiach sociálneho práva je pochopiteľný zo zvýšeného záujmu ochrany týchto vzťahov, pričom záujem zvýšenej ochrany je bezesporu dovoditeľný aj z iných právnych odvetví. Pokiaľ nachádzame v trestnom práve ochranu spotrebiteľa pred neprimeraným pôsobením poskytovateľa (profesionála - podnikateľa), je to zjavný zámer zákonodarcu vyrovnáť metajuristické nerovnosti (najmä ekonomické, ale podobne akúkoľvek nerovnosť danú vzťahom závislosti – zneužitie závislého postavenia inej osoby je priťažujúca okolnosť pre páchatela), kompenzovať „zvýhodnením“ slabšej strany zabezpečením určitého okruhu subjektívnych práv, ktoré pochopiteľne nemôže silnejšia strana jednostranným vtlačením zmluvných (apod.) podmienok derogovať, lebo inak by táto zákonodarcom zamýšľaná kompenzácia nemala zmysel. V tradičnom duchu európskeho ochranárskeho štandardu slabšej strany sa k tejto problematike stavia podobne aj Európsky súdny dvor (Súdny dvor Európskych spo-

<sup>19</sup> Ostatne Ústavný súd ČR vo svojej praxi toto kritérium umiestňuje spolu s kritériom pojmových znakov a z časti i systémovým. K tomu náleží II. ÚS 236/97 zo 4.11.1998: „Na povahu ustanovení (kogentnosť-dispozitívnosť) je třeba usuzovat s ohledem na související ustanovení právního předpisu, popř. právního řádu, pokud není v takovém ustanovení zákaz vyjádřen výslovně ve spojení se sankcí neplatnosti (lex perfecta) nebo není v právním předpise obsažen výčet kogentních ustanovení.“

<sup>20</sup> Eliáš, K. Kurs obchodního práva. Právnícké osoby jako podnikatelé. 2 vyd. Praha: C.H.Beck, 1998, s. 64

<sup>21</sup> K tomuto Důvodová zpráva k návrhu nového občanského zákoníku, ktorej autor sa výslovné týmto zaoberá, pričom dáva zreteľne najavo uprednostnenie zásady autonómie vôle.

<sup>22</sup> Hurdík, J. in Úvod do soukromého práva, 3. vyd., Masarykova univerzita, Brno 2006, str. 17

<sup>23</sup> Aj túto skupinu subjektov (byť sa jedná o subjekty obchodného práva, v ktorom sa uplatňuje zásada profesionality apod.) je nutné vzhľadom na ich ekonomicky nerovné postavenie považovať za subjekty hodné ochrany prostredníctvom kogentných noriem. V tejto súvislosti uvádza Pelikánová k návrhu nového občianskeho zákoníku „Také vymezení principu dispozitivnosti ... se nezdá být vyhovující, jestliže připouští kogentnost ve vazbě na povahu ustanovení jenom s ohledem na veřejný pořádek. ... Otázka pojmu veřejný pořádek u nás není zdaleka jasná ... Ochrana menšinového akcionáře však nemohu považovat za ochranu veřejného pořádku.“ Pelikánová, I.: Kodifikace českého soukromého práva, zejména ve vztahu k úpravě obchodních vztahů in Bulletin advokacie, č. 3, ročník 2003, strana 50.

čeststiev).<sup>24</sup> Dokonalým zdrojom nám môže byť najmä nemecká odborná literatúra stanoviaci: „Predpisy na ochranu nájemníkov a ich rodinných príslušníkov nemôžu byť prostredníctvom nájomnej zmluvy, alebo iného ujednania zmenené v neprospech. Potiaľto sú kogentnými.“<sup>25</sup>

\* \* \*

V súvislosti s diferenciaciou *ius cogens* a *ius dispositivum* je potrebné upozorniť aj na špecifickú vlastnosť niektorých noriem – *jednosmernú dispozitívnosť*, resp. jednosmernú kogentnosť. Klasicky ide o situáciu, kedy zákonodarca v ustanovení zákona výslovne zmocňuje účastníkov vzťahu ku kvantitatívnej alebo kvalitatívnej zmene – tvorbe vlastného pravidla. Zákonodarca tým presne vymedzuje priestor *ius dispositivum*. Potom z tohto plynie logickým argumentom a *contrario*, že priestor práve opačne k priestoru *ius dispositivum*, musí byť *ius cogens*.<sup>26</sup> Zo slušnosti sa patrí pripomenúť prepracovanú nemeckú teóriu „Halbzwengende recht“, ktorá však pre potreby tohto príspevku nemá až taký zásadný význam, a preto nebudem čitateľa zbytočne unavovať.

\* \* \*

V odbronej literatúre je možné sa stretnúť i s názorom o tzv. sprostredkovanvej kogentnosti noriem<sup>27</sup>, demonštrovaného na dispozitívnom ustanovení § 554 odst. 5 obch.z., ktorý odkazuje mj. na kogentné ustanovenie § 444 obch.z. Podľa môjho názoru však logickým argumentom a *fortiori* – a *maior ad minus*, pokiaľ je možné dohodou účastníkov vylúčiť pôsobenie dispozitívneho ustanovenia v celom jeho rozsahu – a tým sa vymaniť z pôsobenia odkazovanej normy, odpovedá rozumnému usporiadaniu vzťahov vylúčenie tejto normy (*ius cogens*) v čiastočnom rozsahu. Výsledkom je teda naopak *sprostredkovaná dispozitívnosť* noriem. Samozrejme, tento názor značne nabúrava koncepcnosť zákona, príčinou však je nie veľmi šťastná legislatívna technika. V záujme prevencie takýchto negatívnych pôsobení by bola systematizácia odkazov noriem dispozitívnych výlučne na normy dispozitívne. Najvhodnejšie sa však javí stanoviť kogentný odkaz na predmetné

kogentné ustanovenia, nakoľko tie svojou povahou kogentnosť nekompromisne vyžadujú.

\* \* \*

Od problematiky diferenciacie *ius cogens* a *ius dispositivum* je nutné odlišiť problematiku *konfliktu potenciálnej dispozitívnosti noriem*, kedy primárna dispozitívna norma je materiálne obmedzená koexistenčnými kogentnými normami, ktoré môžu byť jednak v súkromnoprávných oblastiach a jednak vo verejnoprávných. Táto primárna norma zostáva i naďalej formálne normou *ius dispositivum*, takže k obmedzeniu autonómie vôle účastníkov dochádza len v materiálnej rovine. Odchýlenie sa od primárnej normy je plne v súlade s právom, samotný rozpor so zákonným ustanovením je daný až v posudzovaní otázky súladnosti dohody účastníkov so sekundárnou - kogentnou normou.

To je badateľné napr. v súvislosti s uzatváraním obchodnoprávnej zmlúvy ak by v zmysle *ius dispositivum* § 379 obch.z. strany škodu predstavuje len jedna zo zložiek (skutočná škoda alebo ušlý zisk), totižto potom by sa nutne uplatnilo *ius cogens* § 386 odst. 1 obch.z. zakazujúci vzdať sa nároku na náhradu škody už pred samotným porušením povinnosti vedúcej ku vzniku škody.

Ostatne je známa široká dispozitívnosť ustanovení stanoviacich príslušenstvo plnenia v obchodnoprávných vzťahoch, ktorá však v konkrétnych prípadoch môže vyústiť v rozpor s dobrými mravmi, alebo dokonca verejnoprávnou normou - trestný čin úžerníctva (lichvy), čo pochopiteľne obmedzuje *ius dispositivum*.

Z uvedeného je zrejmé, že sa jedná o obmedzenie *ius dispositivum* len v konkrétnych prípadoch, čo teda nemá dôsledok na zmenu povahy samotnej primárnej dispozitívnej normy, ktorá formálne je *ius dispositivum* stále. Konečne legislatívna zmena sekundárnej kogentnej normy, by len znamenala naplnenie formy matérieu.

## Summary

The work is divided into three parts. This 1<sup>st</sup> part is the attempt to find distinctive criterions of mandatory and non-mandatory rules. Author deals especially with civil (property and contracts) law, but not only. Criterions are usable also e. g. in commercial law or labour law. In the first chapter, however article doesn't describe itself non-mandatory rule, it was necessary to make some marks about this.

A ground of work is in the second chapter, which is called distinctive criterions between *ius cogens* and *ius dispositivum*. Author takes judicature of Czech's courts and relevant literature into accounts. Starting point for determination individual criterions is explanation of le-

<sup>24</sup> Týč, V: Základy práva EU pro ekonomy, 5. vyd., Linde Praha, 2006, s. 232;

<sup>25</sup> Larenz, K.: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen rechts, 7., neuarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 1989, s. 58.

<sup>26</sup> Toto dovodila aj judikatura ohľadom § 801 o.z. v znení účinnom do 1.1.2005. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25.2.2003, sp. zn. 32 Odo 180/2003.

<sup>27</sup> Marek, K.: Smluvní obchodní právo, kontrakty. Brno: Masarykova univerzita, 3. aktualizované a rozšírené vydání, 2007, s. 276 a násl.;

gal rule. Express prohibition and express (categorically) order follow from lingual explanation. Sanction of invalidity, request of written form, conceptual – characteristic feature and protectionist – „social“ law follow especially from teleological explanation. Systemic and

systematic criteria follow from systemic explanation. Given criteria on many occasions mediate the most important principles of private law, such as good faith, fair dealing etc.

## Geneze vázaného mandátu v prvorepublikovém Československu

Martin Hapla\*

*„Vkládáme do svého každodenního života a styků poněkud mnoho politického stranictví a zanášíme stranické zájmy i do oblasti, kam se to nepatří [...] Stranickost není politika, jistě ne politika pravá a rozumná.“*

Tomáš Garrigue Masaryk<sup>1</sup>

### §1 Úvodem

Dnešní doba má tendenci obracet se k první republice jako ke svému vzoru. To je jistě správné, státům pomáhá, pokud mají minulost, která se jim zdá být natolik dobrá a blízká, že by v jejím duchu chtěly dále pokračovat. Nesmí se však stát, že se tato minulost – tento vzor – idealizuje natolik, až se všechno, co s ním bývá spojováno, stává v očích lidí stejně dobrým a užitečným. Proto není ani přípustné hodnotit vázaný mandát jako něco pozitivního či přinejmenším přijatelného jenom z toho důvodu, že je spojován „právě“ s první republikou. „*Meziválečnou republiku nikdo nemůže považovat za nedemokratickou. Proč by tedy něco takového nemohlo platit také nyní?*“<sup>2</sup> uvažuje politik Michal Hašek, a já podotýkám, že zcela špatně. Taková úvaha by byla na místě pouze tehdy, jestliže bychom vázaný mandát mohli považovat za něco, co bylo pevnou, žádoucí a promyšlenou součástí ústavních základů první republiky. Potíž však nastává v tom, že to možné není.

Smyslem tohoto historického exkursu tedy bude v příštích řádcích ukázat, že se vázaný mandát ve skutečnosti zrodil v první republice jaksi neočekávaně (bráno z hlediska práva) a ze situace, jež byla diametrálně

odlišná od té dnešní. *Nebyl nikým zaveden, prostě se stal.* Byl ponejvíce výsledkem úsilí či spíše lhostejnosti mnoha nejrůznějších lidí, kterou jen náhodná souhra (ne)šťastných okolností spojila dohromady. Jako takový nemůže být posléze považován za něco, co by patřilo k ústavněprávním myšlenkám, na nichž byl budován náš první svobodný, demokratický a právní stát, který si proto ani nelze v tomto smyslu brát za argument. Páni politici necht' laskavě prominou.

### §2 Rakouské dědictví

Habsburskému Rakousku byl vázaný mandát zcela cizí, jeho ústavy jej vesměs zakazovaly. Jak *Pillersdorfova ústava* v §40, tak *Schmerlingova* v §15 a *Státní základní zákon č. 141/1867 ř.z.* v §16 hovořily o tom, že poslanci nesmějí přijímat instrukce od voličů. *Stadionova ústava* ve svém §53 dokonce zapovídala přijímat instrukce jakékoliv. Navíc se ani nenašel nikdo, kdo by chtěl tato ustanovení nějak obcházet či hledat způsoby, jak jednotlivé zákonodárce prostřednictvím práva někomu zavázat. Politické strany tehdy měly nad svými poslanci jen malou moc. Rakouské volební řády je koneckonců ani neznaly a hovořily jen o volebních skupinách<sup>3</sup>.

Člověk, který by se domníval, že takto letitá a ničím neporušená tradice mohla představovat nějaký pozitivní základ pro první republiku, ocitl by se však na omylu. Jen málokdo byl totiž ochoten vidět v rakouském státu nějaký, byť třeba dosti omezený, vzor. Československo

\* Martin Hapla, student právnické fakulty Masarykovy univerzity

<sup>1</sup> ČAPEK, Karel. *Hovory s T. G. Masarykem*. 1. soubor. vyd. Praha: Československý spisovatel, 1990. s. 386.

<sup>2</sup> KOUDA, Jiří, PRAVEC, Josef. *Ekonom: Zrádci z kola ven*. [online]. [cit. 2008-10-21]. Dostupný z WWW: <http://ekonom.ihned.cz/c1-26220950-zradci-z-kola-ven>.

<sup>3</sup> KLIMENT, Josef. *Demokracie a stát stran*. in MERTL, Jan, et al. *Volební reformy. I*. Praha: Nákladem Svazu národního osvobození, 1933. s. 88.

v tomto směru silně postrádalo blízkou minulost, ke které by se mohlo hlásit a svou demokracii tak muselo budovat na zelené louce. Právě díky této převládající historické zkušenosti, jež hodnotila Rakousko jako něco cizorodého a ve vztahu k nové demokracii nepatřičného, mohl *František Weyr* ve svém článku z 23. července 1923 v *Lidových Novinách* o ústavním zákazu vázaného mandátu napsat, že se dostal: „do právního řádu zřejmým nedopatřením zákonodárcovým, jež spočívá v našem případě v nekritickém převzetí ustanovení téhož obsahu z bývalého rakouského právního řádu.“<sup>4</sup> a Bohumil Baxa dokonce tvrdit, že volný mandát byl oprávněný jen do doby, kdy parlament musel svádět tuhé boje s panovnickou mocí, a že v demokratickém státě již postrádá svůj smysl<sup>5</sup>.

Když se tedy roku 1918 začínaly psát ústavní dějiny první Československé republiky, nebyla zde po ruce žádná negativní historická zkušenost s vázaným mandátem, známé byly spíše záporné stránky mandátu volného. Bezesporu to usnadnilo akceptování tohoto institutu většinou tehdejší společností. V dnešní době, po čtyřicetileté zkušenosti s komunistickou diktaturou, žijeme z tohoto hlediska v situaci přesně opačné (ovšem s pomínutím významu, který se v tomto směru mylně přikládá první republice).

### §3 Zásada poměrného zastoupení a vázané kandidátní listiny vstupují na scénu

Dvěma z klíčových prvků, o které prvorepublikoví právníci a politici později opírali svou argumentaci ve prospěch vázaného mandátu, byly i zásada poměrného zastoupení a vázané kandidátní listiny. Abychom pochopili, jak silný mohly představovat argument, musíme se krátce zastavit u některých událostí z počátku roku 1919.

Tehdy, konkrétně 31. ledna, byl po dlouhé debatě přijat zákon č. 75/1919 Sb. z. a n., kterým vydává se řád volení v obcích republiky Československé, který kromě toho, že u nás poprvé v obecních volbách zavedl rovné a všeobecné hlasovací právo (v Rakousku se do obcí nikdy nepřestalo volit podle práva výsadního!), rovněž prvně zakotvoval dva výše zmíněné prvky. Především zásada poměrného zastoupení, obsažená v §19, byla přijata s velkým jásotem, jenž zaznamenal novinář *Ferdinand Peroutka*: „[Zásadu poměrného zastoupení] většina sněmovny přijala jako velkou moderní vymoženost a zejména katolická strana se prohlašovala za vroučlou

*průznicve poměrnosti...*“<sup>6</sup> Může nás to jen sotva udivit, pokud si uvědomíme, nakolik byla první republika z hlediska svého národnostního a náboženského složení pestrým státem.

Jako mnohem problematičtější se však ukázaly ony vázané kandidátní listiny. Našla se totiž řada poslanců, která je halasně odmítala. Základní otázka, která s nimi souvisela, zněla: kdo spíše zajistí, aby byli voleni ti nejlepší lidé – strany nebo voliči? Například poslanec *Bohuslav Franta* v této věci argumentoval takto: „*Veletěné shromáždění, když se přijme zásada poměrného zastoupení, pak jsem také pro vázanost listin, a sice proto, že zájem všech stran toho vyžaduje, aby se každé straně měřilo stejně.*“<sup>7</sup> a dále dokonce pronesl: „[N]emá být znásilňováno celé mínění stran, nýbrž, když se má někdo znásilnit, má se znásilnit jen volič.“<sup>8</sup> Bezesporu silná slova, nicméně je třeba dodat, že právě toto pojetí nakonec v Revolučním Národním shromáždění převládlo. Hlavním důvodem nejspíše byla obava, že lid zdecimovaný předcházející světovou válkou bude velmi náchylný radikálním náladám. Otázkou však zůstává, nakolik oprávněnou zůstala i v následujících letech a zda nebylo přece jen možné nějakou byť mírnější formu volných kandidátních listin přece jen zavést. Řada kritiků kandidátní vázanosti – jako třeba *Bohumil Baxa*<sup>9</sup> či *Josef Kliment*<sup>10</sup> – se domnívala, že by to bylo nejen možné, ale i žádoucí.

Zajímavé ustanovení se do obecního volebního řádu ještě dostalo, když byl roku 1922 novelizován. Tehdy byl jeho §10 doplněn o normu, podle níž se mandát obecního zastupitele pozbývá již pouhým vystoupením nebo vyloučením ze strany, jež zvoleného kandidovala. *František Weyr*<sup>11</sup> to vykládal jako důsledné provedení zásady poměrného zastoupení. Tento případ nám vhodně ilustruje, že pokud šlo o „méně“ důležitý zákon, politici neváhali hovořit otevřeně, zatímco v případě ústav, jak již zanedlouho uvidíme, panoval určitý ostych, jako by takové ustanovení přece jen bylo něčím „nedemokratickým“ – jak napsal *Ferdinand Peroutka*: „*Nikdo neměl dost odvahy, aby se výslovně protivil proslu-*

<sup>4</sup> Citováno dle: STRÁNSKÝ, Jaroslav. K otázce ztráty poslaneckého mandátu výrokem volebního soudu. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1923, roč. VI, s. 187.

<sup>5</sup> Srovnej: BAXA, Bohumil. *Parlament a parlamentarismus*. Díl I. *Parlament, jeho vývoj, složení a funkce*. Praha: Jan Kocáček, 1924. s. 251–252.

<sup>6</sup> PEROUTKA, Ferdinand. *Budování státu. I – II. 1918–1919*. 4. vydání. Praha: Academia, 2003. s. 414.

<sup>7</sup> Tamtéž. s. 416.

<sup>8</sup> Tamtéž. s. 416.

<sup>9</sup> Podle názoru Václava Joachima byl Bohumil Baxa dokonce jejich „největším“ odpůrcem. Srovnej: JOACHIM, Václav. *Duch vázaných listin*. Rozšířený otisk z *Časopisu Svobodné školy politických nauk v Praze*. Praha: Státní tiskárna, 1934. s. 12–13.

<sup>10</sup> KLIMENT, Josef. *Demokracie a stát stran*. in MERTL, Jan, et al. *Volební reformy. I*. Praha: Nákladem Svazu národního osvobození, 1933. s. 95.

<sup>11</sup> WEYR, František. K otázce ztráty poslaneckého mandátu výrokem volebního soudu. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1923, roč. VI, s. 253.

*lým vzorům ze zemí, v nichž demokracie nabyla pověsti demokracie klasické.*<sup>12</sup>

V současné době, kdy je Česká republika stabilním unitárním státem, kde případné národnostní či náboženské rozdíly již zdaleka nehrají tak výraznou roli jako dříve, mají zásada poměrného zastoupení a míra vázanosti kandidátních listin, která je dnes ostatně ve srovnání s první republikou výrazně nižší, mnohem menší váhu.

#### §4 *Revoluční Národní shromáždění a první spor o mandáty*

Prozatímní ústava „vystoupení z politické strany“ jako důvod pro ztrátu mandátu neupravovala<sup>13</sup>, byť je pravdou, že se při její tvorbě vyskytly názory, které si přály do ní takové ustanovení zařadit<sup>14</sup>. Jakkoliv Revoluční Národní shromáždění bylo dílem kooptace a mohl se tedy tím více jako oprávněný jevit názor, že jednotliví poslanci jsou ve skutečnosti jen delegáti politických stran, převládá zde jakýsi neurčitý ostych a představa, že by něco takového být součástí ústavy nemělo. Přesto však, když došlo na lámání chleba, a dva poslanci Josef Hudec a František Modráček opustili svou stranu – sociální demokracii, byly nakonec svých mandátů zbaveni.

Rozhodně se tomu však nestalo cestou jednoduchou. Oba výše zmiňovaní byli totiž politici velmi zasloužilí a mnoho lidí (dokonce i ti, kteří si dříve přáli doušku o odvolatelnosti!) si myslelo, že by proto měli v shromáždění zůstat. Vyskytl se tedy původně návrh, že by byli pouze navíc delegováni dva poslanci za sociální demokracii. Souhrou řady dalších, s původním problémem snad ani nepřilíš souvisejících, politických okolností se tomu tak ale nestalo a došlo jen na to, že sociální demokracie získala své dva nové poslance. Pro Hudece s Modráčkem – proti nimž se už tehdy jejich mateřská strana oháněla jimi podepsanými reverzy – nezbylo ve shromáždění místo.

Velmi zajímavý je v této souvislosti postoj, který tehdy k otázce reverzů zaujal František Weyr, jenž byl v téže době rovněž poslancem. *Ferdinand Peroutka* o něm doslova píše: „*Brněnský profesor dr. Weyr [...] psal, že takový revers, i když existuje, představuje záva-*

*zek toliko soukromý a mravní, nikoliv ústavní; z ústavy neplyne, že je možno poslance donutit, aby se mandátu vzdal. Příznával však, že podle ducha ústavy by takové ustanovení do ní patřilo; přesto prohlašoval postup většiny výboru za nesprávný, poněvadž úkolem ústavního výboru není ústavu doplňovat a opravovat, nýbrž jen vykládat.*“<sup>15</sup> Jak ještě uvidíme, později slavný právník svůj názor v této otázce změnil. Snad se tak stalo částečně pod vlivem Antonína Švehly, který jej, podle Weyrových vlastních slov, měl přinejmenším v otázce vázaných listin přesvědčit o jejich užitečnosti<sup>16</sup>.

Tyto události nepochybně zanechaly v myslích prvorepublikových politiků a právníků své stopy. Hranice, bez toho poměrně tenká, byla prolomena. Ukázalo se, že lze zbavit poslance jeho mandátu bez toho, aniž by se s tím zhroutil svět. A snad právě toto vědomí, že už se to přece jednou stalo, bylo velice konstitutivní pro další chápání a praktické pojmání mandátu člena parlamentu, třebaže se podmínky, které jej „možná“ do jisté míry opravňovaly, již změnil. Není jistě bez zajímavosti, že Zákon o Volebním soudě, který byl pro další rozvoj vázaného mandátu v první republice tak zásadní, zpracovalo právě ono – kooptované – Revoluční Národní shromáždění.

#### §5 *Zákon o Volebním soudě*

*Ústava z roku 1920 se o vázaném mandátu vůbec nezmiňovala a dokonce ve svém § 22 zakazovala přijímat poslancům a senátorům instrukce od kohokoliv. Jako klíčový se tudíž pro další upevnování panství stran nad mandáty ukázal zákon č. 125/1920 Sb. z. a n., o Volebním soudě. Dal totiž nově vzniklé instituci významnou pravomoc rozhodnout o ztrátě mandátu člena Národního shromáždění, pokud „přestal býti z důvodů nízkých a nečestných příslušníkem strany, z jejíž kandidátní listiny byl zvolen.“*<sup>17</sup>

Ve skutečnosti to byla kompromisní formulace, která se zrodila neočekávaně coby náhlý popud poslanecké mysli. Původní vládní návrh totiž nepokrytě předpokládal, že by člen shromáždění ztrácel svůj mandát s tím, jakmile přestal být členem své strany<sup>18</sup>. Něco takového

<sup>12</sup> PEROUTKA, Ferdinand. *Budování státu. III–IV. 1920–1922*. 4. vydání. Praha: Academia, 2003. s. 85.

<sup>13</sup> O problematice spojené se ztrátou členství v Národním shromáždění podle ustanovení Prozatímní ústavy: HORA, Vladimír. *Volební soudnictví*. Praha: Nákladem Knihovny Sborníku věd právních a státních, 1938. s. 50.

<sup>14</sup> PEROUTKA, Ferdinand. *Budování státu. I–II. 1918–1919*. 4. vydání. Praha: Academia, 2003. s. 579.

<sup>15</sup> PEROUTKA, Ferdinand. *Budování státu. I–II. 1918–1919*. 4. vydání. Praha: Academia, 2003. s. 580.

<sup>16</sup> WEYR, František. *Paměti. 2. Za republiky. (1918–1938)*. 1. vydání. Brno: Atlantis, 2001. s. 26.

<sup>17</sup> Zákon č. 125/1920 Sb. z. a n., o Volebním soudě. §13, lit. b.

<sup>18</sup> Zmiňuje se o tom např. SVĚRÁK, František. Zákon ze dne 29. února 1920, č. 125 Sb. z. a n., o Volebním soudě s novelou ze dne 30. května 1924, č. 145 Sb. z. a n., a zákon ze dne 18. června 1924, č. 144 Sb. z. a n., o inkompatibilitě (neslučitelnosti). *Časopis pro právní a státní vědu*. 1924, roč. VII, s. 190–191.



se však zdálo většině členů ústavněprávního výboru až příliš tvrdé a nespravedlivé, a tak byl tento koncept výslovně zamítnut. Posléze se uvažovalo o tom, že by zákonodárce ztrácel svůj mandát s tím, pokud by jeho podřízení odporovalo politické morálce. Mnozí si však mysleli, že ona „politická morálka“ je až příliš neurčitý pojem. Nakonec tedy poslanec Václav Bouček navrhl onu pověstnou formulaci o důvodech nízkých a nečestných, která byla již přijata<sup>19</sup>.

Přesto všechno se ukázala tato úprava jako problematická. Ani jeden z pojmů, který §13, lit.b používal, nebyl nějak definován a to nejen z hlediska zákona samotného, ale vůbec celého právního řádu<sup>20</sup>. Bylo tedy výlučně na Volebním soudu, jak si příslušné pojmy vymezí. A právě Volební soud se ukázal být z hlediska ústavního systému prvkem značně pochybným. Poslanci a senátoři, kteří uznávali svou neobjektivnost v mandátních a obdobných otázkách, nechťeli tuto pravomoc vykonávat sami. Zároveň se však báli svěřit ji soudcům z povolání, a to pro nedostatek jejich shovívavosti a pochopení pro politické problémy. Z těchto důvodů byl proto vytvořen zvláštní volební soud, koncipovaný jako soudní orgán, jehož přísedící však volí poslanecká sněmovna (viz § 2 zmíněného zákona). Nakonec se naneštěstí ona volba přísedících vždy děla podle stranického klíče, takže volební soud byl nejen „téměř krev z krve a kost z kosti“<sup>21</sup> parlamentu, ale také „vůle z jeho vůle“<sup>22</sup>, jak trefně glosoval Ferdinand Peroutka. Co může být pro demokracii horšího, než naprosto ovládaný státní orgán, který se tváří jako nezávislost a nestrannost sama? Co je pro ni zhoubnějšího než tato „přetvářka institucí“?

## §6 První rozhodnutí Volebního soudu

První příležitost uplatnit ustanovení §13, lit.b v praxi se Volebnímu soudu naskytl již roku 1921. Spolu s tím rovněž poprvé vyvstala i otázka po skutečném obsahu pojmů nečestnosti a nízkosti, která se ukázala být mimořádně komplikovanou. Její řešení měl poskytnout *Nález volebního soudu č. 186 ze dne 17. 12. 1921*,

*Kosch. 72/II*. Volební soud v něm usoudil, že v pojmu „nečestnosti“ je již obsažen i pojem „nízkosti“. Jak ale poznamenává Zdeněk Peška: „*Tento názor však neodpovídal veřejnému mínění*.“<sup>23</sup> a vzbudil tak velkou kontroverzi. Nesouhlasila s ním i vláda a velká část politického spektra.

Postupem času však byl volební soud nucen vyjádřit se k ještě jedné, dokonce mnohem kontroverznější, věci – byly jí tolik proslulé reverzy. Volební soud se jejich platností musel zabývat v souvislosti s odchodem Bohuslava Vrbenského a několika dalších poslanců ze sociální demokracie. Ve svém nálezu posléze judikoval: „*Jak kandidát poslanectví, tak i poslanec může uzavřítí platnou dohodu se svojí volební skupinou o tom, že se vzdá výhody jemu §13, lit b) poskytnuté, t.j. výhody podržení svůj mandát i tenkrát, když svoji stranu, na jejíž účet mandát ten obdrží, resp. již přijal, opustí, i když se opuštění to neděje z důvodů nečestných a nízkých závazek z takové dohody jest závazkem právním a nárok vol. strany dohodou tou založený jest nárokem stíhatelným před vol. Soudem podle §13.*“<sup>24</sup>

Hlavní otázka, která se v souvislosti s reverzy řešila, spočívala především v tom, zda zakládají právní vztah a v návaznosti na to, zda je §13, lit.b zákona o Volebním soudě normou dispozitivní či kogentní<sup>25</sup>. Právní názor volebního soudu, který se v tomto opíral pouze o nepříliš přesvědčivou teleologickou argumentaci, vzbudil nesouhlas u velké části tehdejší právnické veřejnosti. Za chybný jej pokládal například Zdeněk Peška<sup>26</sup>, ale také Josef Kliment, Jaroslav Stránský, Karel Engliš a mnozí jiní. Jiří Hoetzel neváhal judikaturu, která potvrdila volební reverzy, označit za ostudnou<sup>27</sup>. Dokonce i František Weyr, který říkal, že by rozhodl stejně, vyjádřil ve svém již zmíněném článku pro Lidové noviny s odůvodněním rozhodnutí zásadní nesouhlas. Jinak však u něj došlo k jistě pozoruhodné změně názorů na výklad ústavy. Doslova totiž napsal: „[J]eví se stanovení zásady, že členové Národního shromáždění nesmějí od nikoho přijímatí příkazy, jako zřejmý poklesek, kterého dopustil se zákonodárce zcela nevědomky, t. j. Neuvědomiv si řádně, že k onomu povšechnému „duchu“ naprosto se nehodí. Jest tudíž správnější, když rozhodně se vykladač právního řádu pro onoho „du-

<sup>19</sup> PEROUTKA, Ferdinand. *Budování státu. III–IV. 1920–1922*. 4. vydání. Praha: Academia, 2003. s. 88–89.

<sup>20</sup> O analýze jeho jednotlivých pojmů a úskalích s tím spojených např. HORA, Vladimír. *Volební soudnictví*. Praha: Nákladem Knihovny Sborníku věd právních a státních, 1938. s. 147–158.

<sup>21</sup> Takto se měl podle Ferdinanda Peroutky o něm vyjádřit politik Ivan Dérer. Viz PEROUTKA, Ferdinand. *Budování státu. III–IV. 1920–1922*. 4. vydání. Praha: Academia, 2003. s. 84.

<sup>22</sup> Viz odkaz v pozn. č. 14.

<sup>23</sup> PEŠKA, Zdeněk. Ztráta mandátu výrokem volebního soudu. *Pravny Obzor*. roč. X, s. 55.

<sup>24</sup> Nález volebního soudu č. 383 ze dne 22. 6. 1923, *Kosch. 127/III*.

<sup>25</sup> Srovnej: STRÁNSKÝ, Jaroslav. K otázce ztráty poslaneckého mandátu výrokem volebního soudu. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1923, roč. VI, s. 175–190.

<sup>26</sup> Srovnej: PEŠKA, Zdeněk. Ztráta mandátu výrokem volebního soudu. *Pravny Obzor*. roč. X, s. 49–59.

<sup>27</sup> KLIMENT, Josef. *Demokracie a stát stran*. in MERTL, Jan, et al. *Volební reformy. I*. Praha: Nákladem Svazu národního osvobození, 1933. s. 90.

cha“, než pro literu zákona...“<sup>28</sup>. Snad jediný významný právník, kdo byl ochoten nálezu akceptovat jako celek, a to včetně jeho odůvodnění, byl Bohumil Baxa<sup>29</sup>. Drtivá většina politiků jej pochopitelně uvítala.

## §7 Novela zákona o Volebním soudě a jeho další praxe

Zákon o Volebním soudě byl za svou historii novelizován celkem dvakrát. Zatímco jeho druhá novela z roku 1934 obsahovala jen bezvýznamnou změnu jednoho paragrafu ohledně náhrad členům volebního soudu, ta první z roku 1924 jej proměnila zcela zásadním způsobem. Změnila formulaci „z důvodů nízkých a nečestných“ na „z důvodů nízkých nebo nečestných“, ještě více utužila závislost soudu na poslanecké sněmovně (zkrácením funkčního období přisedících z deseti let na funkční období poslanecké sněmovny) a také mu výrazně ztížila možnost rozhodovat v rozporu s jeho dřívější judikaturou, čímž vlastně fixovala dosavadní – pro politické strany – příznivý stav. K tomu všemu bychom však měli dodat, že se tato novela přece jenom nepřijímala dvakrát hladce, řada poslanců se proti ní postavila a podala pozměňovací návrhy, které však nakonec byly vesměs zamítnuty<sup>30</sup>.

Volební soud tedy znovu vyložil pojmy nečestnosti a nízkosti, tentokrát však již způsobem, jak si to představovali politici, kteří trvali na jejich vzájemné odlišnosti. Nejsrozumitelněji jejich nově formulovanou rozdílnost postihl František Svěrák: „Oba pojmy mají společný znak konání zla, majícího za následek ztrátu společenské bezúhonnosti a hanbu. U nízkosti jest tomu tak následkem vnitřního citění, u nečestnosti vzhledem ke světu, společnosti.“<sup>31</sup>

Snad to však ani nebylo potřeba. Vzhledem k tomu, že volební soud dále uznával, a vzhledem k výše zmínované novele příslušného zákona i de facto uznávat musel, platnost poslaneckých reverzů. V jednom ze svých judikátů o nich dokonce neváhal napsat: „Uplatňuje-li však strana volební svůj nárok z ujednání se svým příslušníkem uzavřeného, záleží jedině na skutečnosti, že člen Národního shromáždění přestal být členem své strany, a nezáleží nic na motivech, které ho pohuly, aby poměr svůj ke straně rozvázal...“<sup>32</sup>. To o jak špatné rozhodnutí se jednalo, pochopíme z komentáře Josefa Klimenta: „Rozpor mezi dobrým úmyslem zákona a pochybným stanoviskem volebního soudu jest v tomto případě patrný ze skutkového stavu případu, kde žalovaný poslanec se hájil proti zabavení mandátu tím, že opustil stranu proto, že byl nucen k nezákonným činům.“<sup>33</sup>

Posledním důležitým problémem, který musel volební soud ještě ve směru našich úvah řešit, byly některé otázky týkající se totožnosti volebních a politických stran<sup>34</sup>. Ty však již nejsou z našeho hlediska příliš důležité. Dodejme pouze, že je opět vyřešil k větší spokojenosti pánů politiků.

## §8 Vliv fašistických režimů na akceptaci vázaného mandátu

Významnou úlohu při akceptování vázanosti mandátů bezesporu sehrál i nástup fašistických režimů v následujících letech<sup>35</sup>. Ty zaváděly vesměs mandát vázaný, pokud se ovšem v jejich případech dalo o nějakých mandátech vůbec hovořit. Mnoha tehdejších právníků a politiků se tak mohlo zdát, že myšlenka volného mandátu je cosi, co je již na ústupu a již za nedlouho bude patřit výlučně historii.

## §9 Obecný postoj prvorepublikové právní teorie k reverzům a k vázanému mandátu

Právní teorie, jak ve věci reverzů, tak i vázanosti mandátu vůbec, zůstávala po celou dobu existence první republiky roztržštěná. V zásadě je možno říci, že teprve reagovala na vzniklou praxi, kterou se snažila objasnit, než že by jí svými názory předcházela a vedla. V podstatě žádný právník v době vzniku první republiky nepředpokládal, že se zde rozvine tak tuhá stranická disciplína a že mandát člena Národního shromáždění získá takovou povahu, jaká mu nakonec byla vlastní.

<sup>28</sup> Citováno dle: STRÁNSKÝ, Jaroslav. K otázce ztráty poslaneckého mandátu výrokem volebního soudu. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1923, roč. VI, s. 187.

<sup>29</sup> BAXA, Bohumil. *Parlament a parlamentarism. Díl I. Parlament, jeho vývoj, složení a funkce*. Praha: Jan Košťalka, 1924. s. 253–256.

<sup>30</sup> HORA, Vladimír. *Volební soudnictví*. Praha: Nákladem Knihovny Sborníku věd právních a státních, 1938. s. 57–58.

<sup>31</sup> SVĚRÁK, František. Zákon ze dne 29. února 1920, č. 125 Sb. z. a n., o Volebním soudě s novelou ze dne 30. května 1924, č. 145 Sb. z. a n., a zákon ze dne 18. června 1924, č. 144 Sb. z. a n., o inkompatibilitě (neslučitelnosti). *Časopis pro právní a státní vědu*. 1924, roč. VII, s. 194.

<sup>32</sup> Nález volebního soudu č. 144 ze dne 17. 11. 1928, Kosch. 253/V.

<sup>33</sup> KLIMENT, Josef. *Politické strany podle práva československého*. Praha: J. Kliment, 1936. s. 123.

<sup>34</sup> Tímto problémem se Volební soud zabýval např. ve svých judikátech: Nález volebního soudu č. 194 ze dne 25. 4. 1925, Kosch. 132/III. Nález volebního soudu č. 47 ze dne 8. 2. 1928, Kosch. 191/IV. Nález volebního soudu č. 144 ze dne 17. 11. 1928, Kosch. 253/V.

<sup>35</sup> O vlivu fašismu na tuto oblast byl přesvědčen i Ferdinand Peroutka. Srovnej: PEROUTKA, Ferdinand. *Budování státu. III–IV. 1920–1922*. 4. vydání. Praha: Academia, 2003. s. 91.

## §10 Závěrem

Tomáš Garrigue Masaryk jednou pronesl: „[N]eběží jen o slova zákonů, ale o to, jak jim rozumíme a jak je provádíme...“<sup>36</sup> a měl bezesporu pravdu. V případě vázaného mandátu a první republiky to totiž zdaleka nebyly samotné zákony, které jej zapříčinily. Skutečnost, že se zde vázaný mandát „stal“, byla mnohem spíše důsledkem jejich provádění. Kdo na něm měl vlastně podíl? Prvorepublikový právník Václav Joachim tvrdil, že: „Ztročení poslanců stranami je teprve dilem volebního soudu...“<sup>37</sup> Ano, volební soud měl na celý proces velmi významný vliv, ale celá pravda to také není. On samotný by totiž jistě zmohl jen málo, kdyby mu většina politiků neotevřela dveře a nepodporovala jej. Stejně tak i mnozí právníci, novináři, jako i značná část veřejnosti, stáli na jeho straně a myšlenku vázaného mandátu schvalovali, což mělo také nesporně svůj význam. Ostatně, z určitého hlediska můžeme říci, že zákony provádíme všichni.

Svou roli nesporně sehrála i konstrukce samotné ústavy, která se až možná příliš držela svých účtyhodných vzorů, namísto aby se snažila přiblížit realitě<sup>38</sup>. V uplatňovaných právních a politických teoriích toho vůbec mnoho chybělo – například neříkaly nic o politických stranách, které se tím spíše mohly nezřízeně rozrůstat a kazit demokracii. Vzhledem k této absenci je nemohlo rozumným způsobem upravit ani právo. „A tak se můžeme honosit kuriozitou, že jsme korporacním státem, jenž spočívá na korporacích, žijících mimo zákon.“<sup>39</sup> posteskl si v této souvislosti Josef Kliment. V podstatě jediným, kdo se pokoušel v oblasti stran o teoretickou reflexi a hlasitě volal po jejich ukotvení v právu, byl František Weyr<sup>40</sup>. V tomto případě se mu však bohužel nedostalo zásadnější odezvy.

Obrovský význam nakonec měly i takové malichernosti, jako skutečnost, že poměr poslanců ke straně se utužuje i jinde ve světě, anebo pocit, že už se něco takového jednou stalo. Je s podivem, jak právě takové „polaargumenty“, někdy i beze špetky rozumu, mohly mít na celý proces vliv. Nicméně zkušenost ukazuje, že tomu tak bylo a je, a to nejen v první republice.

<sup>36</sup> ČAPEK, Karel. *Hovory s T. G. Masarykem*. 1. soubor. vyd. Praha: Československý spisovatel, 1990. s. 194.

<sup>37</sup> JOACHIM, Václav. *Duch vázaných listin*. Rozšířený otisk z Časopisu Svobodné školy politických nauk v Praze. Praha: Státní tiskárna, 1934, s. 20.

<sup>38</sup> Často se o tom zmiňuje zejména Ferdinand Peroutka, např. v: PEROUTKA, Ferdinand. *Budování státu. III–IV. 1920–1922*. 4. vydání. Praha: Academia, 2003. s. 86.

<sup>39</sup> KLIMENT, Josef. *Demokracie a stát stran*. in MERTL, Jan, et al. *Volební reformy. I*. Praha: Nákladem Svazu národního osvobození, 1933. s. 90.

<sup>40</sup> Např. v: WEYR, František. K otázce ztráty poslaneckého mandátu výrokem volebního soudu. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1923, roč. VI, s. 250.

Výsledkem toho všeho bylo právo, které jako celek nikdo neschválil a v tomto smyslu za něj nikdo ani nebyl odpovědný. Nenašli bychom konkrétního člověka, na něhož bychom mohli ukázat a říci: „Ten to zavinil!“ Posledním kořenem vázaného mandátu v první republice tak byla nejspíše jakási „společenská nálada“ a příznivé, náhodou nakupené okolnosti, což jistě není nejlepší vizitkou.

## Resumé

Autor v příspěvku sleduje vývoj vázaného mandátu v době první republiky a snaží se postihnout příčiny, které jej umožnily. V tomto kontextu se zabývá především vlivem předcházejících rakouských právních úprav, činností Revolučního Národního shromáždění a Volebního soudu. Analyzuje i podíl, který měly na vývoji tohoto institutu zásada poměrného zastoupení a vázané kandidátní listiny. Na základě svých úvah a rozborů dospívá k názoru, že vázaný mandát nebyl pevnou, promyšlenou a žádoucí součástí ústavních základů první republiky a že okolnosti, které jej umožnily a případně do jisté míry omlouvaly, jsou výrazně odlišné od těch dnešních. Z těchto důvodů odmítá i argumentaci některých současných politiků, kteří svá tvrzení o demokratičnosti vázaného mandátu podpirají právě odkazem na první republiku.

## Summary

In the article author focuses on the progress of the imperative mandate in the First Czechoslovak Republic and tries to involve reasons that made it possible. In this context he mostly investigates influence of the previous Austrian legal regulations, activity of the Revolutionary National Assembly and the Election Court. He also analyses effect that principles of proportional representation and list of electors have on this institute.

Author holds an opinion that it was not only statutes which established the imperative mandate but very important was also the way by which these statutes were practised. First of all, the roles of Election Court was indispensable, but postures of many politicians, lawyers and journalists to this thing had an immense influence too. The great deal of public was supporting this positive opinion as well. One of the most significant points were unfortunate matters arising from the facts that a construction of the First Czechoslovak Republic's Constitution stood closer to respectable ideals than to real life and that neighbouring countries, which were not democratic states, considerably enhanced dependence of members of parliaments on political parties.

On the base of his reflections author persuades that imperative mandate was not solid, well-considered and desirable part of constitutional bases of the First Czechoslovak Republic and then situation which made it possible was very distinct from nowadays. For these

reasons author also refuses argumentation of some present-day politicians who base their arguments about democratic character of imperative mandate on references to the First Czechoslovak Republic.

## Noční práce z pohledu právních úprav některých evropských zemí

Leona Buzrlová\*

V některých případech a především z ekonomického hlediska a úspor nákladů je pro zaměstnavatele vhodnější rozvrhnout svým zaměstnancům práci tak, aby někteří z nich ji vykonávali v nočních hodinách. Většinou půjde o podniky, kde je výhodné, aby určité výrobní stroje a zařízení byly v provozu nepřetržitě, tedy i v noci. Jednotlivé právní úpravy evropských zemí s takovou možností počítají, nicméně stanoví určité podmínky, které je nutno s výkonem takové noční práce respektovat. Práce v nočních provozech může totiž vést k závažným fyziologickým a psychickým problémům, ponechává klade zvýšené požadavky na adaptaci se změnami v životním stylu. Při výkonu noční práce se mohou objevovat různé vegetativní potíže, pocity nedostatečného spánku a chronická únava, a proto je vhodné, aby noční práci nekonaly osoby se sklonem k psychosomatickým onemocněním a osoby trpící poruchami spánku, popř. osoby bydlící ve velké vzdálenosti od místa pracoviště. Lidskou přirozeností je totiž ve dne pracovat a v noci odpočívat. Střídáním spánku ve dne a v noci může dojít k rozladění biologických hodin. S výkonem noční práce jsou rovněž spojena i určitá společenská omezení, mezi které do určité míry především náleží omezení sociálních kontaktů s rodinnými příslušníky, omezení možnosti realizace společenských a kulturních zájmů apod. V souvislosti s výše popsanými charakteristikami a možnými riziky noční práce nejenom právní řád České republiky, nýbrž i právní řády jednotlivých evropských zemí stanoví určitá pravidla, která možností a postavení zaměstnavatele i zaměstnance v této oblasti právně upravují.

Dle statistických údajů Českého statistického úřadu z roku 2007 pouze 18,6 % pracujících v **České republice** má zkušenosti s prací v noci a také konalo v těchto hodinách tuto práci, přičemž podíl mužské populace na

této práci je asi o jednu třetinu vyšší než u populace ženské.<sup>1</sup> Nicméně noční práce zaměstnanců zůstává i nadále většinou jak z ekonomického hlediska a úspor nákladů, jak již bylo uvedeno výše, mnohdy důležitým nástrojem pro fungování ekonomiky. Pokud jde o **Českou republiku**, tak dle její právní úpravy *noční práce* představuje práci, která probíhá v noční době, tj. v době mezi 22.00 a 6.00 hodinou. Za zaměstnance pracujícího v noci je pak považován zaměstnanec, který v průběhu noční doby odpracuje alespoň *tři* hodiny ze své pracovní doby v rámci 24 hodin po sobě jdoucích. Současně však pracovní doba zaměstnance konajícího práce v noci nesmí překročit **8** hodin v rámci těchto 24 hodin po sobě jdoucích. Pouze v případě nemožnosti dodržení délky maximální osmihodinové noční práce z provozních důvodů, zákon stanoví tzv. *referenční období*, ve kterém průměrná délka směny nesmí přesáhnout 8 hodin. Referenčním obdobím je období 26 týdnů po sobě jdoucích. Při výpočtu průměrné délky směny zaměstnance pracujícího v noci se vychází z pětidenního pracovního týdne (zásada pětidenního pracovního týdne. Při úpravě délky pracovní doby v českém pracovním právu bylo totiž využito možnosti odchýlit se od úpravy provedené v čl. 8 směrnice ES č. 93/104/EC uvedené v čl. 17 odst. 2 této směrnice).

Podle *německé* právní úpravy dle *zákona o pracovní době z roku 1994* je noční dobou doba od 23.00 do 6.00 hodin, v pekárnách a cukrárnách pak doba od 22.00 do 5.00 hodin.<sup>2</sup> Zákon dále stanoví, že pracovní doba zaměstnanců konajících práce v noci nesmí přesáhnout **8** hodin. Může být prodloužena až na **10** hodin za předpokladu, že v rámci jednoho kalendářního měsíce nebo v rámci 4 týdnů nepřesáhne v průměru **8** pracovních hodin denně. U noční práce ve *Švýcarsku* naopak nesmí

\* Mgr. Leona Buzrlová, doktorandka katedry pracovního práva a sociálního zabezpečení PrF MU

<sup>1</sup> www.czso.cz/csu/2007edicniplan.nsf/F7003ED622/\$File/310107q445.

<sup>2</sup> Arbeitsgesetze. Arbeitszeitgesetz ( ArbZG) vom 6. Juni 1994. München: Beck-texte im dtv, 2002. s. 330. ISBN 3-423-05006-3.

denní pracovní doba u jednotlivého zaměstnance překročit **9** hodin. Tato musí být součástí časového úseku v délce trvání 10 hodin včetně přestávek. Bude-li zaměstnanec zaměstnán nejvýše ve třech ze sedmi po sobě jdoucích nocí, pak smí denní pracovní doba za předpokladů stanovených příslušným nařízením představovat 10 hodin. Musí však být opět součástí časového úseku v délce trvání 12 hodin včetně přestávek. Ve **Francii** je jakákoliv práce konaná mezi 21.00 hodinou a 6.00 hodinou považována za noční práci. Změna vymezení této doby je možná v rámci kolektivních smluv nebo podnikových dohod. V pracovním právu **Velké Británie**, konkrétně v *zákoně o regulaci pracovní doby z roku 1998 (Working Time Regulation Act 1998)* je noční práce vymezena jako časový pracovní úsek mezi 23.00 hodinou a 6.00 hodinou ranní. Za zaměstnance konajícího práce v noci je pak považován každý zaměstnanec, který pravidelně pracuje v noci alespoň 3 hodiny, a to mezi 23.00 hodinou a 6.00 hodinou ranní. Mimo tuto úpravu existuje speciální úprava týkající se zaměstnanců v letecké, námořní a silniční dopravě. Zaměstnanec pracující v noci by neměl pracovat v průměru více než **8** hodin ve 24 hodinách po sobě jdoucích. Tento průměr je počítán z období 17 týdnů. Limit nemůže být v žádném případě překročen. Pokud práce v noci je spojena s určitými riziky nebo těžkým fyzickým nebo duševním vypětím, zaměstnanec nesmí být nucen k práci přesahující **8** hodin v rámci 24 hodin po sobě jdoucích, a to i včetně přesčasové práce. Limity přesčasové práce neplatí pro výkon takových prací jako je zajištění bezpečnosti pomocí bezpečnostních agentur, pro odvětví vyžadující rychlou reakci na vzniklou situaci – jako například v zemědělství, turismu, pro odvětví s pohotovostním režimem, a tam, kde může docházet k nehodám a kde výkon práce je vyžadován po 24 hodin denně (nemocnice, železnice apod.). Zaměstnancům ve **Velké Británii** je povinnost konat práci v noci stanovena obvykle v pracovní smlouvě, pokud tam totiž tato povinnost uvedena není, pak zaměstnavatel za normálních okolností potřebuje ke změně pracovní doby zaměstnancův souhlas. Dohoda může být jak v písemné, tak i ústní formě. *Irský zákon o organizaci pracovní doby z roku 1997 (Organisation of Working Time Act 1997)* definuje noční práci jako dobu mezi půlnocí a 7.00 hodinou ranní následujícího dne. Noční práce znamená práci konanou během noční doby a za zaměstnance pracujícího v noci je pak považován ten zaměstnanec, který denně odpracuje alespoň **3** hodiny své pracovní doby během doby noční, přičemž počet jim odpracovaných pracovních hodin v noci se v každém roce rovná nebo přesahuje 50 % celkového počtu jim odpracovaných hodin v rámci jednoho roku.<sup>3</sup> Pro noční práci platí zásadně **48** hodinový pracovní týden, pokud by však s prací v noci bylo spojeno určité nebezpečí

nebo psychická zátěž, existuje absolutní limit práce v trvání **8** hodin během 24 hodin po sobě jdoucích. Zaměstnanec konající práce v noci smí překročit nejvyšší přípustnou hranici pracovní doby ve výši **8** hodin stanovenou pro jeden pracovní den jen tehdy, pokud v rámci vyrovnávacího časového období dvou měsíců nebo delšího časového období nepřekročí v průměru 8 hodin, přičemž musí být dodržena podmínka, aby byl uveden svým jménem v platné kolektivní smlouvě povolené příslušným *pracovním soudem*. V **Itálii** je práce v noci definována jako úsek práce konaný během nočních hodin, který představuje dobu alespoň *sedmi* po sobě jdoucích hodin zahrnující hodiny mezi 24.00 a 5.00 hodinou ranní. Zaměstnanci pracující v noci jsou zaměstnanci, kteří stráví alespoň **3** hodiny denně z jejich celkových pracovních hodin prací v noci nebo **80** pracovních dnů v roce. Noční práce je konaná jen stanovenými zaměstnanci. V kolektivních smlouvách jsou stanoveny požadavky na zaměstnance konající práce v noci a případy, kdy jsou z takového výkonu práce vyloučeni. Zákonný výnos č. 532/1999, který obsahuje zákonnou úpravu práce v noci stanoví, že práce v noci je přípustná pouze na *dobrovolném* základě nebo *po domluvě* se zaměstnancem. Zaměstnanci, kteří mají záměr konat práci v noci, museli takovou práci již někdy v minulosti konat, pokud by tomu tak nebylo, zaměstnavatel by měl povinnost z důvodu zavedení noční práce v podniku vést jednání se zástupci zaměstnanců podniku.<sup>4</sup> Práce v noci je v **Polsku** v každém podniku stanovena podle potřeby a organizace práce. Zákon pouze vyžaduje, aby práce v noci zahrnovala **8** hodin mezi 21.00 hodinou a 7.00 hodinou. Noční práce v **Portugalsku** je definována jako práce konaná mezi 22.00 hodinou v jednom dnu a 7.00 hodinou v den následující. Noční práce trvá minimálně **7** hodin a maximálně 11 hodin, včetně přestávek mezi 0.00 a 5.00 hodinou. V **Estonsku** jde právní úprava tak daleko, že rozlišuje dokonce mezi prací konanou *večer* a prací konanou *v noci*. *Večerní prací* je pak doba mezi 18.00 a 22.00 hodinou a *noční prací* pak doba mezi 22.00 a 6.00 hodinou ranní.

Dle platného **českého** pracovního práva pro výkon noční práce platí určitá omezení. Noční práce je především zakázána mladistvým zaměstnancům, a to zcela těm, kteří jsou mladší 16 let. Zaměstnanci starší 16 let mohou konat noční práce pouze v rozsahu nepřesahujícím *jednu* hodinu, pokud výkon této práce je potřebný pro jejich přípravu k povolání, a to pod dohledem zaměstnance staršího 18 let, je-li tento dohled pro ochranu mladistvého zaměstnance nezbytný. Noční práce musí však bezprostředně navazovat na práci konanou v denní dobu při respektování rozvrhu pracovních směn. Ve **Francii** po zaměstnancích, kteří jsou ve věku 13-14 let

<sup>3</sup> Kerr, Anthony. Employment Rights Legislation, Dublin: Round Hall Ltd., 2002. s. B-70. ISBN 1-85800-211-7.

<sup>4</sup> Henssler, Martin., Braun, Axel. Arbeitsrecht in Europa. Köln: Verlag Dr Otto Schmidt, 2003. s. 557. ISBN 3-504-42643-8.

a jsou ještě školou povinni, těhotných ženách a zaměstnancích, kterým není dovoleno konat noční práci na základě lékařského rozhodnutí nelze vyžadovat, aby pracovali večer. Doba od 20.00 do 22.00 hodiny platí jako *večerní práce* a není nutné k ní mít povolení, pokud jde o mladistvé zaměstnance. Mladiství od 16 let smějí konat práci maximálně do 22.00 hodin. Během noci (od 22.00 hodin až k začátku podnikové denní pracovní doby mezi 5.00 a 6.00 hodinou) nesmějí mladiství konat žádnou práci. Podle právních předpisů platných ve **Francii** je noční práce dovolena mladistvým pouze za předpokladu, že je rovněž nevyhnutná pro jejich přípravu na budoucí povolání. Toto musí být však upraveno smluvně. Otázkou mladistvých v **Německu** se zabývá *zákon na ochranu pracující mládeže z roku 1976*. Tento zákon platí pro zaměstnávání osob, které ještě nedovršily 18 let. Zákon vymezuje některé pojmy, mezi jiným pojem dítěte a mladistvého, přičemž za dítě ve smyslu tohoto zákona je považován ten, komu není 15 let a za mladistvého ten, komu sice je 15, ale nedosáhl ještě věku 18 let. Na mladistvé, které podléhají povinné školní docházce, se uplatní předpisy, které platí pro děti. Děti nesmí pracovat více než dvě hodiny denně, v zemědělských rodinných podnicích ne více než 3 hodiny denně, ne mezi 18.00 a 8.00 hodinou, a rovněž ne před školní výukou a během ní. *Zákon na ochranu pracující mládeže z roku 1976* rovněž stanoví úřední výjimky pro zaměstnávání dětí na různých akcích. Zákon rovněž určuje do kolika hodin v nočních nebo ranních hodinách mohou mladiství konat práci u určitých zaměstnavatelů (v pohostinství maximálně do 22.00 hodin, ve vícesměnných provozech do 23.00 hodin, v zemědělství od 5.00 hodin do 21.00 hodin, v pekárnách od 5.00 hodin apod.).<sup>5</sup> Taktéž i pro mladistvé ve **Velké Británii** jsou stanovena určitá omezení v souvislosti s výkonem noční práce. Zaměstnanci mladší 18 let, avšak mimo věk povinné školní docházky (zaměstnanec je věku povinné školní docházky do konce letního pololetí školního roku v němž dosáhne 16 let), jsou označováni jako mladiství. Ze zákona nejsou oprávněni pracovat v noci (za normálních okolností je to mezi 22.00 a 6.00 hodinou ráno, ale na základě dohody je možná i změna, a to od 23.00 hodin do 7.00 hodin ráno).<sup>6</sup> Zákon v **Irsku** rovněž vymezuje, co je míněno prací v noci u dětí (*Safety, Health and Welfare at work [Children and young Persons] Regulations 1998*), která pak představuje jakoukoliv práci mezi 20.00 hodinou v jakýkoliv den a 8.00 hodinou ráno dne následujícího.<sup>7</sup> Děti ve věku do 16 let nesmí být v **Irsku**

zaměstnávány mezi touto výše uvedenou dobou. Osoby starší 16 let, avšak mladší 18 let, pak mezi 22.00 a 6.00 hodinou následujícího dne.<sup>8</sup> Také po zaměstnancích v **Estonsku**, kteří jsou ve věku 13-14 let a jsou ještě školou povinni, těhotných ženách a zaměstnancích, kterým není dovoleno konat noční práci na základě lékařského rozhodnutí, nelze vyžadovat, aby pracovali večer.

Pro ženy dle **českého zákoníku práce** neplatí zákaz práce v noci, ani v případě, že se jedná o těhotné ženy nebo ženy pečující o malé děti. Ze zákona má však zaměstnavatel vůči těmto ženám stanovené povinnosti souvisejících s výkonem noční práce. Jednou z nich je i ustanovení § 239 odst. 1 *zákoníku práce*, které stanoví, že požádá-li těhotná žena pracující v noci o zařazení na denní práci, je zaměstnavatel povinen takové žádosti vyhovět. Stejnou povinnost má zaměstnavatel i vůči matkám do konce devátého měsíce po porodu a vůči ženám, které kojí. Toto ustanovení vychází ze směrnice Rady č. 92/85/EHS z 19.10.1992, o *zavedení opatření ke zlepšení bezpečnosti a ochrany zdraví těhotných žen, žen po porodu a žen kojících*.<sup>9</sup> *Zákon na ochranu výdělečně činných matek z roku 1997 v Německu (Mutterschutzgesetz 1997)* stanoví, že nastávající a kojící matky nesmějí být zaměstnávány pracemi přesčas v noci mezi 20.00 hodinou a 6.00 hodinou ráno a rovněž o nedělích a svátcích. Prací přesčas je zde každá práce, kterou konají ženy ve věku do 18 let nad 8 hodin denně nebo 80 hodin v souběhu dvou týdnů. Je jí taktéž i práce, kterou vykonávají ostatní ženy nad 8,5 hodin denně nebo 90 hodin v souběhu dvou týdnů. Do souběhu dvou týdnů se započítávají i neděle. Odchylně od zákazu noční práce uvedeného výše, nastávající matky v prvních čtyřech měsících těhotenství a kojící matky mohou být zaměstnávány, a to především v pohostinství a výcepech do 22.00 hodin, v zemědělství od 5.00 hodin ráno, jako umělkyně při divadelních představeních, hudebních akcích do 23.00 hodin. V dopravě, v pohostinství, pečovatelských službách, v divadlech apod. mohou nastávající matky a kojící matky být zaměstnány o nedělích a svátcích i odchylně od výše uvedené úpravy, pokud jim bude poskytnuta v každém týdnu alespoň jedenkrát nepřetržitá doba odpočinku minimálně v trvání 24 hodin v návaznosti na noční odpočinek.<sup>10</sup> Ve **Francii** je zaměstnavatel povinen nabídnout těhotným zaměstnankyním konajícím práci v noci dočasnou změnu výkonu práce z noční doby na dobu denní. Rovněž na žádost zaměstnankyně nebo na písemný pokyn zá-

<sup>5</sup> Arbeitsschutzgesetz 2004. München : Verlag C.H.Beck, 2004. s. 66-74, 76-83, 85-86,95. ISBN 3-406-51624-6.

<sup>6</sup> Directgov. Working at night [ citováno dne 27.5.2006 ]. <http://www.direct.gov.uk/Employment/Employees/WorkingHoursAndFamili...>

<sup>7</sup> Kerr, Anthony. Employment Rights Legislation, Dublin: Round Hall Ltd., 2002. s. F-104 ISBN 1-85800-211-7.

<sup>8</sup> Forde, Michael. Employment Law. Dublin: Round Hall Ltd., 2001, s. 88, ISBN 1-85800-188-9.

<sup>9</sup> Neumann, Daniela. Europäisches Arbeitsrecht. München: Sellier European Law Publishers, 2003. s. 386-388. ISBN 3-935808-16 X.

<sup>10</sup> Arbeitsgesetz. Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter vom 17.1. 1997, München:

Beck-Texte in dtv, 2002. s. 383-384, ISBN 3-423-05006-3.

vodního lékaře může být zaměstnankyně během jejího těhotenství nebo během trvání mateřské dovolené převedena na práci s pracovní dobou ve dne. Těhotné zaměstnankyně ve *Velké Británii* mají stanovenou povinnost informovat svého zaměstnavatele nejpozději 15 týdnů před plánovaným týdnem porodu, že jsou těhotné. Současně mu musí oznámit i termín, kdy hodlají nastoupit na mateřskou dovolenou a pobírat dávky s tím související. Těhotné ženy a kojící matky mohou požádat zaměstnavatele o převedení z noční práce na denní a ten je povinen jim vyhovět. *Zákon na ochranu mateřství z roku 1994 (Maternity Protection Act 1994)* stanoví, že jestliže je po zaměstnavateli požadováno převedení zaměstnankyně na jinou práci (ať již jako výsledek posouzení možných rizik nebo protože po zaměstnankyni nelze požadovat, aby pracovala v noci), avšak z technického nebo objektivního hlediska není pro zaměstnavatele proveditelné, aby převedl zaměstnankyni tak, jak vyžadují předpisy, popř. takové převedení nelze rozumně vyžadovat z řádně odůvodnitelných důvodů, anebo jiná práce, na kterou zaměstnavatel navrhuje zaměstnankyni převést není pro ni vhodná, je pak zaměstnankyni poskytnuto tzv. *volno ze zaměstnání*. Tato situace může nastat pouze v období od počátku těhotenství až do porodu, nebo popř. po dobu kojení. Za těhotnou je podle *irského zákona na ochranu mateřství z roku 1994* považována zaměstnankyně, která je těhotná a která informovala svého zaměstnavatele o svém stavu.<sup>11</sup> Pro ženy v souvislosti s výkonem noční práce platí zvláštní zákonná úprava. V každém případě nesmějí ženy od doby zjištění těhotenství nebo matky dětí do konce jejich 1. roku konat noční práci mezi 24.00 hodinou a 6.00 hodinou ranní. Práce v noci není zásadně povinná pro matky dětí do věku 3 let a i pro otce dítěte žijícího s matkou (rovněž do 3 let věku dítěte), dále pro osamělé zaměstnance ženského a mužského pohlaví, pokud sami vychovávají dítě ve věku do 12 let a zaměstnance pečující o osobu zdravotně postiženou. Pod ochranou žen rozumí *polský zákoník práce* zákaz zaměstnávání žen při obzvláště obtížných a zdraví škodlivých pracích, jejichž soupis byl stanoven v nařízení, jakož i pracovní ochranu v souvislosti s mateřstvím, obzvláště při těhotenství. Těhotná žena musí být uvolněna z výkonu práce, jedná-li se o práci zdraví škodlivou, práci v noci nebo přesčasovou práci, a práci, která má být konána trvale mimo pracoviště. Zaměstnankyně se však může dovolávat svých práv v souvislosti s těhotenstvím teprve tehdy, až o svém stavu vyrozumí zaměstnavatele. *Zákoník práce* v čl. 185 pamatuje na skutečnost, že těhotenství se má prokázat písemným potvrzením příslušného lékaře. Rovněž nastávajícím matkám je zakázána práce v noci, jakož i práce přesčas. Bez svého souhlasu taktéž nemůže být vyslána mimo své trvalé pracoviště. Zaměstnankyně, která pečuje o dítě ve

věku do 4 let, podle *polského zákoníku práce* zrovna tak nesmí být bez svého souhlasu zaměstnávána pracemi přesčas nebo v noci, a taktéž nesmí být vyslána mimo své trvalé pracoviště. Zaměstnavatel je povinen uložit těhotné zaměstnankyni jinou práci, pokud koná práci, která není nastávajícím matkám dovolena nebo doloží písemné potvrzení od lékaře, podle kterého nemůže vykonávat dosavadní práci z důvodu těhotenství. Pokud by mělo převedení na jinou práci za následek snížení mzdy, musí zaměstnavatel tuto dorovnat.<sup>12</sup>

Zaměstnavatel v *České republice* má však i řadu jiných povinností vůči ostatním zaměstnancům konajícím práci v noci, nejenom tedy vůči těhotným ženám a matkám. Zaměstnavatelé jsou především povinni zajistit, aby zaměstnanci konající noční práci byli vyšetřeni lékařem ještě před zařazením na tuto práci a poté pravidelně dle potřeby, nejméně však jednou ročně. Současně je jim stanovena povinnost zajistit toto vyšetření i kdykoliv během zařazení zaměstnance na noční práci, pokud o to zaměstnanec požádá. Stane-li se zaměstnanec pracující v noci nezpůsobilým k výkonu práce ze zdravotních důvodů, má zaměstnavatel povinnost ho převést na jinou práci.

V *Německu* je stanoveno, že zaměstnanci pracující v noci jsou oprávněni se před počátkem zařazení na tuto práci nechat lékařsky vyšetřit a poté vždy v pravidelných časových intervalech ne kratších než 3 roky. Po dovršení 50. roku věku mají tito zaměstnanci nárok na toto vyšetření každý rok. Náklady tohoto vyšetření jdou k tíži zaměstnavatele, pokud zaměstnavatel zaměstnancům pracujícím v noci tato vyšetření nenabídne bezplatně prostřednictvím svého podnikového lékaře nebo mezipodnikovou službou jiných podnikových lékařů. Nebrání-li tomu naléhavé potřeby podniku, má zaměstnavatel povinnost převést zaměstnance pracujícího v noci na základě jeho žádosti na jiné pro něho vhodné pracovní místo s pracovní dobou ve dne, jestliže na základě lékařského zjištění další případný výkon noční práce ohrožuje zaměstnance na jeho zdraví, dále žije-li v domácnosti zaměstnance dítě ve věku do 12 let, o které se nemůže starat žádná jiná osoba z téže domácnosti anebo má-li zaměstnanec na starosti příslušníka rodiny s mimořádnou potřebou péče, který nemůže být zabezpečen jiným v domácnosti žijícím rodinným příslušníkem. Pokud dle názoru zaměstnavatele převedení zaměstnance konajícího práci v noci na jiné pro něho vhodné pracovní místo s výkonem práce ve dne brání naléhavé podnikové potřeby, je nutno vyslechnout stanovisko podnikové rady nebo rady zaměstnanců. Podniková rada nebo i rada zaměstnanců může zaměstnavateli předložit návrhy týkající se převedení. Pokud neexistuje úprava v kolektivní smlouvě, má zaměstnavatel zaměstnanci poskytnout za odpracovanou pracovní do-

<sup>11</sup> Kerr, Antony. Employment Rights Legislation. Dublin: Round Hal Ltd., 2002, s. C-55. ISBN 1-85800-211-7.

<sup>12</sup> Henssler, Martin., Braun, Axel. Arbeitsrecht in Europa. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2003. s. 557. ISBN- 3-504-42643-8.

bu během noční práce přiměřený počet placených volných dnů nebo přiměřený příplatek k jeho mzdě.<sup>13</sup> Zaměstnanec ve *Švýcarsku*, který koná noční práci po delší dobu, má nárok na lékařské vyšetření svého zdravotního stavu. Podrobnosti lékařských prohlídek jsou stanoveny ve *Švýcarsku* příslušným nařízením. Pro určité skupiny zaměstnanců mohou být lékařské prohlídky stanoveny obligatorně. Jejich náklady včetně odborné lékařské konzultace nese zaměstnavatel, pokud je nehradí zdravotní pojišťovna nebo jiný pojistitel zaměstnance. Zaměstnavatel má povinnost převést zaměstnance na jinou vhodnou práci a pokud možno s výkonem práce přes den, jestliže byl uznán neschopným pro výkon noční práce ze zdravotních důvodů.<sup>14</sup> I ve *Velké Británii* má zaměstnavatel stanovenou povinnost nechat vyšetřit zaměstnance před zařazením na noční práci a poté pravidelně dle potřeby i v jejím průběhu. Pokud má zaměstnanec zdravotní problémy způsobené noční prací, má zaměstnavatel povinnost převést takového zaměstnance na základě lékařského vyjádření na práci konanou ve dne.<sup>15</sup>

Po dobu noční práce náleží zaměstnanci dle *českých* právních předpisů dosažená mzda a příplatek nejméně ve výši 10% průměrného výdělku, přičemž jinou minimální výši a způsob určení tohoto příplatku lze dohodnout jen v rámci kolektivní smlouvy. V kolektivní smlouvě je pak možné sjednat i nižší částku tohoto příplatku za noční práci než je stanoveno zákoníkem práce. Zaměstnanci, kteří jsou odměňováni platem mají nárok na příplatek ve výši 20% průměrného hodinového výdělku. Tento příplatek je stanoven zcela jednoznačně zákoníkem práce a nelze jeho výši odchýlně upravit ujednáním v rámci kolektivní smlouvy.

V *Německu* pokud neexistuje úprava v kolektivní smlouvě, má zaměstnavatel zaměstnanci poskytnout za odpracovanou pracovní dobu během noční práce přiměřený počet placených volných dnů nebo přiměřený příplatek k jeho mzdě. Zákon rovněž stanoví zaměstnavateli povinnost v zajištění stejného přístupu zaměstnanců konajícím práci v noci k dalšímu vzdělávání a rozvoji, jaký mají zbývající zaměstnanci.<sup>16</sup> Zaměstnavatel ve *Švýcarsku* poskytuje minimálně 25% mzdového příplatku i zaměstnanci, který vykonává noční práci pouze přechodně. Zaměstnanci konající noční práci trvale nebo pravidelně mají nárok na kompenzaci

10% doby, během které konali noční práci. Je zde poskytováno roční vyrovnávací období za účelem doby odpočinku. Pro zaměstnance, kteří pravidelně večer nebo v časných ranních hodinách pracují nejvýše jednu hodinu v noční době, může být toto vyrovnání doby odpočinku poskytnuto formou příplatku ke mzdě. Vyrovnávací doba odpočinku není poskytována, pokud průměrná podniková délka směny včetně přestávek nepřekročí 7 hodin nebo jedná-li se o osobu, která koná noční práci pouze ve čtyřech nočních směnách týdně. Za pracovní výkon v noční době má zaměstnanec v *Polsku* právo na dodatečnou odměnu ve výši 20% hodinové sazby, která se poskytuje z minimální mzdy. Od roku 2003 je minimální mzda každý rok stanovena trojstrannou komisí dle pokynů vlády a uveřejněna v úředním věstníku – *Monitor Polski*. Komise je složena ze zástupců jak vlády, tak i zástupců zaměstnavatele a zaměstnanců.<sup>17</sup> U zaměstnanců, kteří svou práci v noční době konají trvale mimo pracoviště, může být tato odměna poskytnuta ve formě paušálu. Výše tohoto paušálu musí odpovídat době trvání práce v noční době. Za noční práci v *Portugalsku* je poskytován příplatek ve výši 25 % k denní odpracované mzdě.<sup>18</sup> Učňům ve *Francii*, kteří odpracují méně než 25 nocí ročně náleží příplatek ke mzdě ve výši minimálně 25%. Učni, kteří trvale nebo pravidelně konají noční práci mezi 23.00 hodinou a 6.00 hodinou mají nárok na příplatek ve výši 10%, což je nejnižší hodnota příplatku i pro ostatní zaměstnance konající práci v nočních hodinách.

Na závěr je nutné podotknout, že byt' by právní úpravy noční práce v jednotlivých evropských zemích byly sebedokonalejší, práce v nepřetržitých provozech a způsob střídání směn kdekoli na světě je závažným fyziologickým, psychologickým a společenským problémem. Klade totiž zvýšené požadavky na adaptaci související se změnami v životním stylu. Dochází k postupnému ovlivňování biologického rytmu a při nevhodné rotaci a nastavení směn se mohou objevovat různé vegetativní potíže, pocity nedostatečného odpočinku, spánkový dluh, chronická únava. Navíc nerespektování ergonomických požadavků (*tj. faktory související s vybaveností a s výkonovou kapacitou člověka, kapacitou smyslových orgánů apod.*) může mít do jisté míry negativní vliv na zdraví zaměstnanců, což se může projevit zvýšeným počtem pracovních úrazů, neurotic-

<sup>13</sup> Arbeitsgesetze. Arbeitszeitgesetz (SrbZG) von 6. Juni 1994. München: Beck-Texte im dtv, 2002. s. 331-332 ISBN 3-423-05006-3.

<sup>14</sup> Schweizer Gesetzentexte online. [ citováno dne 4.6.2006 ] [http://www.gesetze.ch/sr/822.11/822.11\\_003.htm](http://www.gesetze.ch/sr/822.11/822.11_003.htm).

<sup>15</sup> Directgov. Working at night [ citováno dne 27.5.2006 ] <http://www.direct.gov.uk/Employment/Employees/WorkingHoursAndTimeOFF/Working...>

<sup>16</sup> Arbeitsgesetze. Arbeitszeitgesetz (SrbZG) von 6. Juni 1994. München: Beck-Texte im dtv, 2002. s. 331-332 ISBN 3-423-05006-3.

<sup>17</sup> Henssler, Martin., Braun, Axel. Arbeitsrecht in Europa. Köln:Verlag Dr. Otto Schmidt, 2003. s. 789. ISBN 3-504-42643-8.

<sup>18</sup> Arbeitsgesetze. Arbeitszeitgesetz (SrbZG) von 6. Juni 1994. München: Beck-Texte im dtv, 2002. s. 331-332 ISBN 3-423-05006-3.



kými příznaky a psychosomatickými onemocněními v důsledku monotonie, narušením sociálního klimatu či zhoršením výkonnosti pracovníků a jejich kvality práce. Podobně jako je tomu u práce přesčas, k výkonu noční práce by se tedy mělo bezesporu *přistoupit až tehdy, pokud je nepochybné, že výhody takového režimu zcela převáží nad nežádoucími efekty.*

### Summary

Our society can not function without people working around the clock. Nearly 20 per cent of the working population in Europe is engaged in shift work. In every european country there are certain regulations that apply to employees who works at night and extra legal protection for people classed as night workers. All european countries enactments follow almost the same

rules as for this matter, only in some small aspects they can vary. In every country it is first of all an employer's duty to comply with the night work regulations and create suitable working conditions for own workers. Generally stated, night workers generally should not work more than 8 hours in any 24 hour period and must be offered a free health assessment before they begin night work duties and on regular basis after that. Also workers under 18 are not permitted to work nights although there is an exception to this rule if they prepare themselves for their future occupation. There are also some other rules which should be followed in regard of the protection of night workers. It is also good to emphasized that night work should be used only extraordinally, because a human's body clock was designed to be awake during daylight hours and to sleep at night and many night workers experience difficulties in adapting to the changes in working at night and sleeping during the day.

## Opatření obecné povahy na úseku elektronických komunikací

Libor Kyncl\*

Cílem tohoto článku je analýza opatření obecné povahy zavedených do českého právního řádu s účinností od 1. ledna 2006 novým správním řádem. Opatření obecné povahy budou analyzována na úseku elektronických komunikací a telekomunikací, tedy především v souvislosti se správní činností Českého telekomunikačního úřadu.

### Úvod

Cílem tohoto článku je rozebrat opatření obecné povahy obecně a také ve spojitosti se správní činností Českého telekomunikačního úřadu jakožto ústředního orgánu státní správy a regulátora na úseku elektronických komunikací a telekomunikací<sup>1</sup>. V článku budu pracovat s aktuální právní úpravou i historickými souvislostmi, které předcházely jejímu přijetí. Vyjma obecného výkladu o opatřeních obecné povahy budou zmíněny i základy správněprávní regulace elektronických komunikací a pravomocí ČTÚ na tomto úseku. Dále

stručně načrtnu odlišnosti předmětné oblasti od obecné právní úpravy opatření obecné povahy.

Vydávání opatření obecné povahy správními orgány v České republice je komplexně upraveno zákonem od 1. ledna 2006, kdy nabyt účinnosti nový správní řád, zákon č. 500/2004 Sb. Opatření obecné povahy vydávaná ČTÚ však existovala již dříve, protože zmocnění k jejich vydávání vychází ze zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, který nabyt účinnosti již 1. května 2005.

### Opatření obecné povahy jako forma rozhodování

Opatření obecné povahy je definováno jako akt správního orgánu, který je směřován vůči předem neurčenému počtu subjektů, ale zároveň není normativním aktem. Zákon označuje opatření obecné povahy jako institut, který není právním předpisem ani rozhodnutím.<sup>2</sup> Leží tedy na pomezí mezi individuálním správním

\* Mgr. Bc. Libor Kyncl, katedra finančního práva a národního hospodářství, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno  
<sup>1</sup> Dále jen ČTÚ.

<sup>2</sup> Viz § 171 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů.

aktem a normativním správním aktem. Je výsledkem rozhodovacího procesu správního orgánu v určité oblasti, která spadá do pravomoci tohoto správního orgánu. Oprávnění vydávat opatření obecné povahy se zakládá zákonným zmocněním konkrétního správního orgánu pro konkrétní oblast. Opatření obecné povahy z hlediska teoretického lze definovat jako abstraktně-konkrétní nebo konkrétně-abstraktní akt správního orgánu, který je obecné povahy, není právním předpisem a není ani rozhodnutím.<sup>3</sup>

Opatření obecné povahy se tedy vyznačuje tím, že osoby dotčené nelze určit jmenovitě, ale lze je určit některými společnými rysy (např. jimi mohou být všichni motoristé jedoucí určeným místem na silnici, kde byla průjezdnost omezena opatřením obecné povahy).

Hendrych k opatřením obecné povahy uvádí, že v zahraničí se užívání opatření obecné povahy osvědčilo mimo jiné v oblastech místních dopravních omezení, dopravního značení a veřejného pořádku, přičemž český zákonodárce se inspiroval zejména právní úpravou v Německu a ve Švýcarsku, přičemž však česká úprava se od zmíněných odlišuje.<sup>4</sup> Hendrych zmiňuje německou legální definici všeobecného opatření v tamějším zákoně o správním řízení jako *správního aktu, který se zaměřuje na obecné znaky určitých nebo určitelných osob, nebo se dotýká veřejnoprávní věci nebo jejího užívání veřejnosti*.<sup>5</sup>

V každé oblasti, ve které jsou opatření obecné povahy vydávána, se správní orgán řídí při jejich vydávání právními předpisy. Platí zde obecná zásada *lex specialis derogat legi generali* a jednotlivé zvláštní zákony se ve svých úpravách mohou značně lišit, společné znaky opatření obecné povahy však zůstávají. Hendrych jako tyto znaky uvádí následující povinnosti správního orgánu:<sup>6</sup>

- (a) zveřejnit návrh opatření obecné povahy,
- (b) přijímat připomínky a námitky k danému návrhu opatření obecné povahy, zabývat se těmito připomínkami a námitkami a vypořádat se s nimi,
- (c) opatření vždy odůvodnit,
- (d) opatření zveřejnit formou veřejné vyhlášky nebo umožnit každému seznámení s jeho obsahem.

Opatření obecné povahy vydané jakýmkoli oprávněným orgánem jsou aktem správního orgánu, který je konečný a ke své platnosti po vydání nepotřebuje aprobaci žádného dalšího orgánu. Protože však není presu-

mována bezchybnost rozhodnutí žádného správního orgánu, OOP mohou být předmětem soudního přezkumu, kdy žalobu ve správním soudnictví může podat jakýkoli subjekt (v minulosti žaloby podávali např. telekomunikační operátoři).

Protože se nejedná o individuální rozhodnutí, není přípustné použití opravných prostředků typických pro individuální rozhodnutí (odvolání, rozklad atp.). Kromě zmíněného soudního přezkumu se přesto uplatňuje i správní přezkum, přičemž lze po zveřejnění opatření obecné povahy podat námitky ve lhůtě 30 dnů od zveřejnění. Osobami oprávněnými k podání námitek jsou:

- (a) vlastníci nemovitostí, jejichž práva, povinnosti nebo zájmy související s výkonem vlastnického práva mohou být opatřením obecné povahy přímo dotčeny,
- (b) jiné osoby, jejichž oprávněné zájmy mohou být opatřením obecné povahy přímo dotčeny, jestliže tak určí správní orgán,

O podaných námitkách rozhodne správní orgán, který vydal dané opatření.

Dále lze posuzovat soulad opatření obecné povahy s právními předpisy v přezkumném řízení, přičemž je možné vydat usnesení o zahájení přezkumného řízení nejpozději do 3 let od účinnosti opatření a přezkumné řízení vede obecně správní orgán nadřízený správnímu orgánu, který původní opatření vydal nebo vedoucí ústředního orgánu státní správy. Účinky rozhodnutí v přezkumném řízení nastávají ode dne jeho právní moci (lhůty pro nabytí právní moci se uplatňují obdobně jako v původním řízení).<sup>7</sup>

### **Pravomoc Českého telekomunikačního úřadu a její právní regulace**

Český telekomunikační úřad je ústředním orgánem státní správy a zároveň správním úřadem v oblasti elektronických komunikací. Dříve byla tato oblast nazývána jako telekomunikace, ale od 1. května 2005, tedy od účinnosti zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích došlo k přejmenování této oblasti v souladu s terminologií předpisů Evropského společenství na elektronické komunikace.<sup>8</sup> Jako takový ČTÚ vydává obecně závazné vyhlášky k provedení zákona o elektronických komunikacích,<sup>9</sup> dále ve správním říze-

<sup>3</sup> Více v Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2005, čj. 2 Afs 17/2004-92.

<sup>4</sup> Srovnej Hendrych, D. Právní předpisy a jiné abstraktní formy správní činnosti. In Hendrych, D. a kol. Správní právo, obecná část, 7. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009. ISBN 978-80-7400-049-2. s. 196.

<sup>5</sup> Citace z tamtéž, s. 197.

<sup>6</sup> Citace z tamtéž, s. 197.

<sup>7</sup> Viz také § 174 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>8</sup> Dřívější pojmenování vycházelo ze zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích a o změně dalších zákonů, který byl k 1. květnu 2005 zrušen právně zákonem o elektronických komunikacích.

<sup>9</sup> ČTÚ vydává prováděcí vyhlášky týkající se náhrady nákladů na provoz připojení tísňové linky do veřejné telekomunikační

ní rozhoduje individuální spory, poskytuje konzultace a vede i sankční řízení pro přestupky a jiné správní delikty právnických osob a podnikajících fyzických osob.<sup>10</sup> Dále též vyměřuje a vybírá správní poplatky, poplatky za právo využívat rádiové kmitočty a poplatky za právo využívat čísla.<sup>11</sup>

Zvláštní činností je vydávání Telekomunikačního věstníku, ve kterém uveřejňuje:

- a) opatření obecné povahy v plném znění, jeho změny a zrušení,
- b) rozhodnutí o ceně v plném znění, jeho změny a zrušení,
- c) výsledky analýzy relevantních trhů,
- d) vyhlášení, změny, ukončení a výsledky výběrového řízení konaného na základě zákona o elektronických komunikacích,
- e) sdělení o stanovených vydaných rozhodnutích Úřadu,
- f) síťové plány,
- g) sdělení o opravě tiskové chyby.<sup>12</sup>

Oblast elektronických komunikací tedy zasahuje jednak z pohledu soukromoprávního do práva obchodního, především co se týká ochrany soukromí a osobních údajů fyzických a právnických osob, hospodářské soutěže a úpravy smluv v oblasti elektronických komunikací. Dále je však nutné zdůraznit značnou ingerenci veřejného práva do této oblasti, kdy v mocenské pozici reprezentanta státu a regulátora na tomto úseku vystupuje právě ČTÚ.

ČTÚ sám jako své cíle vymezuje:

1. zajištění, aby uživatelé včetně zdravotně postižených uživatelů získali maximální výhody z hlediska možnosti volby služby, ceny a kvality,
2. zajištění, aby nedocházelo k narušování nebo omezení hospodářské soutěže v odvětví elektronických komunikací,
3. podpora efektivních investic do infrastruktury a inovací,

sítě, výše a způsobu úhrady efektivně vynaložených nákladů na odposlechy a záznamy zpráv a způsobu stanovení území pokrytého signálem televizního vysílání, metodu stanovení intenzity elektromagnetického pole a z toho odvozené pokrytí obyvatel signálem televizního vysílání ve stanoviscích vydávaných ČTÚ pro Radu pro rozhlasové a televizní vysílání. Srovnej § 33 odst. 5, § 97 odst. 6 a § 112 odst. 4 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>10</sup> Srovnej §§ 118-121 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>11</sup> Viz také § 133 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>12</sup> Dále též §§ 125-126 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

4. zajištění účinné správy a účelného využívání rádiových kmitočtů a čísel.<sup>13</sup>

Do vnitrostátní regulace elektronických komunikací byla transponována regulace komunitární obsažena ve směrnicích, mezi kterými zmiňují např.:

- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/19/ES o přístupu k sítím elektronických komunikací a přiřazeným zařízením a o jejich vzájemném propojení (přístupová směrnice).
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/20/ES o oprávnění pro sítě a služby elektronických komunikací (autorizační směrnice).
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací (směrnice o univerzální službě).
- Směrnice Komise 2002/77/ES o hospodářské soutěži na trzích sítí a služeb elektronických komunikací.
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/5/ES o rádiových a koncových telekomunikačních zařízeních a vzájemném uznávání jejich shody.

### ***Opatření obecné povahy vydávaná Českým telekomunikačním úřadem***

Pravomoc Českého telekomunikačního úřadu vydávat opatření obecné povahy zakládá zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích.<sup>14</sup> Tato pravomoc byla založena ještě před nabytím účinnosti nového správního řádu, kdy se způsob vydávání opatření obecné povahy ČTÚ řídil zejména dosavadní praxí vydávání opatření, které znal již předchozí zákon č. 151/2000 Sb.,<sup>15</sup> právní teorií v oblasti správního řízení a také judikaturou Nejvyššího správního soudu ohledně rozhodování správních orgánů. Doplňkově ČTÚ též používal platné, ale ještě neúčinné znění nového správního řádu, které bylo od 1. května 2005 již součástí Sbírkou zákonů. Ponechávám na úvaze čtenáře, nakolik bylo užívání dosud neúčinného předpisu v souladu s právem.

<sup>13</sup> Citace z Český telekomunikační úřad. Regulace e-komunikací – ČTÚ [citováno 7. ledna 2009]. Dostupný z: <http://www.ctu.cz/cs/regulace-e-komunikaci.html>.

<sup>14</sup> Srovnej § 124 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>15</sup> Viz § 95 odst. 1 písm. d) zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích a o změně dalších zákonů, ve znění před zrušením předpisu.

Opatření obecné povahy vydávané v oblasti elektronických komunikací jsou závazná pouze vůči právníkům a fyzickým osobám vykonávající takzvané komunikační činnosti, kterými se rozumí:

- a) zajišťování sítí elektronických komunikací,
- b) poskytování služeb elektronických komunikací,
- c) provozování přístrojů, tedy například telefonů, telefonních ústředí.<sup>16</sup>

Specifikem v oblasti elektronických komunikací jsou veřejné konzultace s dotčenými subjekty, tedy s odbornou, ale i laickou veřejností, které vždy musí předcházet vydání opatření obecné povahy ČTÚ. Dotčenými subjekty jsou například sdružení koncových uživatelů a spotřebitelů, včetně zdravotně postižených, sdružení výrobců a podnikatelů zajišťujících sítě anebo poskytujících služby elektronických komunikací.<sup>17</sup> Opatření jsou kromě už zmíněných dotčených subjektů, ať už českých či zahraničních, konzultována jedná s Komisí Evropského společenství a s jinými členskými státy, pokud dané opatření ovlivní obchod mezi členskými státy. Každé takové opatření musí být kromě zmíněné konzultace ex post oznámeno Komisi.<sup>18</sup> Účelem konzultací je, v souladu s naplněním zásad transparentnosti a objektivitě rozhodování veřejné správy, získání připomínek, stanovisek a názorů dotčených subjektů k návrhu opatření přijímaných ČTÚ. Tyto konzultace jsou tedy zvláštní podobou obecného řízení o návrhu opatření obecné povahy, jak je zná správní řád.<sup>19</sup>

V rámci odůvodnění opatření obecné povahy musí být obsaženo vypořádání se s připomínkami, které byly podány v rámci veřejných konzultací. Není povinností ČTÚ všechny připomínky přijmout, některé mohou být odmítnuty z důvodu spočívajícím ve správním uvážení ČTÚ (např. když nejsou neopodstatněné, ale ke každé jednotlivé připomínce musí být v OOP obsaženo vyjádření). Tato vyjádření jsou umístována obvykle do části Odůvodnění, přičemž přehled celých připomínek a jejich vypořádání může být umístěno v tabulce vypořádání připomínek na webu ČTÚ (na tzv. diskuzním místě).<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Srovnej § 124 a v něm odkazovaný § 7 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>17</sup> Srovnej § 130 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>18</sup> Viz § 131 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>19</sup> Srovnej § 172 odst. 3-6 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>20</sup> Seznam diskuzních míst otevřených v současnosti i v minulosti lze nalézt na Český telekomunikační úřad. Diskusní místo – ČTÚ [citováno 7. ledna 2009]. Dostupný z: <http://www.ctu.cz/ctu-online/diskuzni-misto.html>.

Další částí speciální úpravy je nabytí účinnosti, které nastává patnáctým dnem ode dne uveřejnění v Telekomunikačním věstníku. Tato doba je obdobná s obecnou dobou pro účinnost u opatření obecné povahy ve správním řádu, zde se však počítá přímo ode dne uveřejnění ve věstníku jakožto hlavního způsobu publikace opatření. Českému telekomunikačnímu úřadu však bylo navíc explicitně dáno moderační právo na stanovení dřívějšího počátku účinnosti (vyžaduje-li to veřejný zájem) nebo pozdějšího počátku účinnosti (důvod nemusí být stanoven).<sup>21</sup> S účinností opatření souvisí i jeho vymahatelnost v exekučním řízení, která je na úseku elektronických komunikací upravena zvlášť, ale shodně se správním řádem – povinnost stanovenou zákonem konkretizovanou opatřením obecné povahy nelze vymáhat v exekučním řízení přímo, ale pouze na základě vydaného individuálního rozhodnutí, které existenci této povinnosti prohlásilo a v němž byla povinná osoba jmenovitě uvedena.<sup>22</sup>

ČTÚ zatím vydal zhruba 25 opatření obecné povahy, která regulují především aktuální otázky v oblasti elektronických komunikací, jako byla například volná přenositelnost telefonních čísel.<sup>23</sup> K tomu se váže rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2005, č. 2 Afs 17/2004-92, který v opatření obecné povahy ČTÚ ze dne 27. 6. 2005, č. j. 27213/2005-610, č. OOP/10/07.2005-3, kterým se stanoví technické a organizační podmínky pro realizaci přenositelnosti telefonních čísel a zásady pro účtování ceny mezi podnikateli v souvislosti s přenositelností čísel, zrušil platnost článku 3 písm. d). Zmíněný rozsudek ve svém odůvodnění teoreticky určuje meze veřejnoprávní regulace, které nesmí být překročeny při vydávání opatření obecné povahy. ČTÚ v daném opatření vyjma ustanovení v souladu se zákonem zahrnuje i zrušené ustanovení, které narušovalo principy veřejnoprávní regulace v českém právu. Konkrétně stanovilo, že „okamžikem přenesení čísla pozbývá účinnosti smlouva mezi účastníkem a opouštěným operátorem. Tímto nejsou dotčeny závazky vzniklé na základě této smlouvy.“ Tímto ustanovením zmíněné opatření ingerovalo do práv a povinností, které jsou obsahem soukromoprávních smluv, čímž ČTÚ překročil zákonem stanovené pravomoce.

<sup>21</sup> Viz § 124 odst. 2 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>22</sup> Srovnej § 124 odst. 3 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů a § 173 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>23</sup> Srovnej Český telekomunikační úřad. Opatření obecné povahy – ČTÚ [citováno 7. ledna 2009]. Dostupný z:

<http://www.ctu.cz/predpisy-a-opatreni/opatreni-ctu/opatreni-obecne-povahy.html>.

Slovy soudu stanovení zániku závazku mezi účastníkem a opouštěným operátorem k okamžiku přenesení čísla totiž nelze považovat za technickou či organizační podmínku ani za zásadu účtování ceny mezi podnikateli.<sup>24</sup>

## Závěr

Tento článek se věnoval právní regulaci opatření obecné povahy na úseku elektronických komunikací, která je v současné době v praxi Českým telekomunikačním úřadem aplikována již tři roky a opatření obecné povahy v této oblasti napomáhají hladkému fungování elektronických komunikací jak v oblasti mobilních operátorů, tak i v oblasti pozemních telekomunikací a datových sítí. Český telekomunikační úřad opatření obecné povahy používal již před účinností nového

<sup>24</sup> Více v Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2005, čj. 2 Afs 17/2004-92.

správního řádu v souladu se zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, který opatření obecné povahy zaváděl a také k jejich vydávání ČTÚ zmocnil. Z analýzy prováděné při tvorbě tohoto článku vyplynulo, že přestože se v tomto případě jedná o řádově menší počet opatření obecné povahy, než kolik je vydáváno ve stavebním řízení nebo na úseku pozemních komunikací, tento typ rozhodování má své místo v praxi české veřejné správy.

## Summary

The aim of this article is to analyze measures of general nature brought into Czech law by the new Administrative Code with effectivity from 1<sup>st</sup> January 2006. Measures of general nature will be analyzed in the area of electronic communications and telecommunications, i.e. in connection to administrative activities of the Czech Telecommunication Office.

# INFORMACE PRO PRÁVNÍ PRAXI

## JCBRN Defence COE, aneb vznik první mezinárodní vojenské organizace na území České republiky

Zdeněk Hýbl\*

Cílem tohoto příspěvku je seznámit širokou veřejnost se vznikem první mezinárodní vojenské organizace na území České republiky a poukázat na složitosti zařazení této organizace do právního systému České republiky.

### 1. Úvod

Dne 31. července 2007 na území České republiky (dále jen ČR) vznikla první mezinárodní vojenská organizace – Joint Chemical, Biological, Radiological and Nuclear Defence Centre Of Excellence. Aby bylo mož-

né načrtnout právní aspekty s tím spojené, považuji za nutné nejdříve popsat okolnosti vzniku tohoto unikátního zařízení. Vycházím při tom z Koncepce výstavby a rozvoje Centra ochrany proti zbraním hromadného ničení (NBC Centre of Excellence) schválené Náčelníkem generálního štábu Armády České republiky generálporučíkem Ing. Pavlem Štefkou dne 12. října 2005, a informace pro Vládu České republiky o aktivaci mezinárodní vojenské organizace NATO „Joint Chemical, Biological, Radiological and Nuclear Defence Centre Of Excellence“ ve Vyškově vypracovanou ve spolupráci se Sekcí obranné politiky a strategie Ministerstva obrany České republiky.

\* Mgr. Zdeněk Hýbl, Právní poradce JCBRN Defence COE

V návaznosti na závěry summitu NATO v Praze, uskutečněného v roce 2002, byla v rámci pravidelného zasedání Výboru pro obranné plánování NATO a Skupiny pro jaderné plánování v Bruselu dne 12. června 2003<sup>1</sup> schválena na ministerské úrovni nová velitelská struktura NATO. Bylo stanoveno, že tato nová, optimalizovaná velitelská struktura umožní poskytovat masivní schopnosti v plánování a provádění operací, postupně zvyšovat modernizaci a prohlubovat interoperabilitu aliančních sil. Rovněž bylo rozhodnuto, že tato nová velitelská struktura bude podporována řadou národně či mnohonárodně financovaných center se specializací na určité aspekty vojenství (tzv. Centre of Excellence/COE), která však nebudou pevnou součástí této velitelské struktury (NATO Command Structure). To v praxi především znamená, že COE budou financována výhradně z příspěvků států účastnících se na jejich činnosti a nikoli z mnohonárodního rozpočtu NATO. Hlavním posláním COE bude zvyšování úrovně výcviku aliančních sil, prohlubování jejich interoperability, vytváření nových aliančních koncepcí, doktrín a standardů a jejich ověřování pomocí experimentování. V rámci NATO pak bude činnost COE koordinována a usměrňována Velitelstvím NATO pro transformaci v Norfolku v USA.

V rámci probíhající diskuse o restrukturalizaci velitelské struktury NATO se ČR rozhodla využít svých zkušeností v oblasti ochrany proti zbráním hromadného ničení (dále jen OPZHN) a navrhla zřídit na svém území COE specializovaného právě na tuto problematiku, tzv. Joint Chemical, Biological, Radiological and Nuclear Defence Centre of Excellence (JCBRN Defence COE). Vedle praktických důvodů, kterými jsou například zúžitkování zkušeností odborného personálu, kvalitních výsledků vědy a výzkumu a práce českého obranného průmyslu v oblasti OPZHN, sledovala ČR tímto krokem budoucí umístění vojenské instituce NATO na svém teritoriu, neboť COE může být Severoatlantickou radou po splnění určitých podmínek<sup>2</sup> přiznán statut mezinárodních vojenských organizací NATO podle článku XIV odst. 1 Protokolu o statutu mezinárodních vojenských velitelství ustavených podle Severoatlantické smlouvy (dále jen Pařížský protokol) přijatého v Paříži dne 28. srpna 1952 (vyhlášen byl pod č. 5/2002 Sb.m.s.).

Návrh ČR na zřízení JCBRN Defence COE byl v rámci NATO přivítán a v roce 2005 proběhla série jednání mezi českou stranou a představiteli Vrchního

velitelství NATO pro transformaci, během nichž byly české straně podrobně objasněny požadavky NATO na výstavbu tohoto centra a zejména podmínky jeho akreditace (tj. uznání, že centrum splňuje příslušné standardy NATO), která je nezbytným předpokladem aktivace centra jako mezinárodní vojenské organizace NATO. Na základě důkladného posouzení všech aspektů infrastruktury pro dislokaci JCBRN Defence COE na území ČR bylo také navrženo umístit toto centrum ve Vyškově.

V průběhu roku 2006 pak byly uskutečněny celkem tři mezinárodní konference za účasti představitelů států NATO, zaměřené na vypracování koncepce JCBRN Defence COE a přípravu mnohostranných dokumentů (tzv. memorand o porozumění). Ze států NATO se pro účast na výstavbě a činnosti tohoto centra nakonec rozhodly Itálie, SRN, Rumunsko, Řecko, Slovensko, Slovinsko a Velká Británie.

Dne 26. října 2006 pak byla v Norfolku (USA) podepsána memoranda o porozumění<sup>3</sup>, která stanoví základní pravidla pro činnost JCBRN Defence COE.

Jedná se o:

1) Memorandum o porozumění mezi účastnickými státy (ČR, Itálie, SRN, Rumunsko, Řecko, Slovensko, Slovinsko a Velká Británie) o zřízení, správě a činnosti JCBRN Defence COE (tzv. Operation MOU), jehož účelem je stanovit základní principy provozu JCBRN Defence COE, zejména zabezpečení poskytované hostitelským státem, společný rozpočet či personální obsazení;

2) Memorandum o porozumění mezi účastnickými státy a Vrchním velitelstvím NATO pro transformaci o funkčních vztazích JCBRN Defence COE (tzv. Functional Relationship MOU), jehož účelem je stanovit základní principy spolupráce JCBRN Defence COE s tímto strategickým velitelstvím NATO.

Memoranda o porozumění nemají podobu mezinárodní smlouvy a nezakládají žádná práva a povinnosti podle mezinárodního práva. Jedná se o dohodu smluvních stran na úrovni ministerstev obrany o vytvoření JCBRN Defence COE, jakožto společného pracoviště expertů v oblasti OPZHN. Na JCBRN Defence COE pak bude možno nahlížet jako na mezinárodní vojenskou organizaci, se všemi právními dopady, pouze v případě, že bude jako taková Severoatlantickou radou akreditována a aktivována.

<sup>1</sup> Dokument „Ministerial Meeting of the Defence Planning Committee and the Nuclear Planning Group – Final Communiqué“ z 12. června 2003.

<sup>2</sup> Podmínky přiznání statutu mezinárodní vojenské organizace jsou uvedeny v dokumentu NATO C-M (69) 22 „Procedures for the activation and reorganization in peacetime of NATO Military Bodies and rules for granting them international status and financing“, z 15. září 1969.

<sup>3</sup> Obě tato memoranda o porozumění mají charakter organizačně-technických ujednání, která se neřídí mezinárodním právem.

## 2. Akreditace, aktivace a přístup nových sponzorujících států

Podpisem Memorand o porozumění byla ukončena první etapa výstavby mezinárodní vojenské organizace. K dosažení konečného stavu bylo třeba projít akreditačním procesem<sup>4</sup>, který by završil tříletou snahu o vybudování tohoto zařízení na území ČR.

Bezprostředně po podpisu výše uvedených memorandum o porozumění bylo požádáno o zahájení akreditačního procesu, který byl završen doporučením Vojenského výboru NATO Severoatlantické radě o akreditaci JCBRN Defence COE a současně i aktivaci jako mezinárodní vojenské organizace NATO na základě čl. XIV odst. 1 Pařížského protokolu<sup>5</sup>. Severoatlantická rada rozhodnutí o akreditaci JCBRN Defence COE a současně o jeho aktivaci jako mezinárodní vojenské organizace NATO přijala dne 31. července 2007<sup>6</sup>.

Považuji za nutné podtrhnout rozdíl mezi akreditací a aktivací. Akreditace je chápána jako proces vzniku NATO COE, což znamená, že dané COE se stává součástí Aliance, nicméně na ně nelze vztáhnout ustanovení Pařížského protokolu. Na druhou stranu aktivací se rozumí rozhodnutí Severoatlantické rady ve smyslu čl. XIV odst. 1 Pařížského protokolu<sup>7</sup>, které znamená, že tento protokol či jeho části jsou vztaženy na kterékoli mezinárodní vojenské velitelství nebo organizaci, které byly ustanoveny podle Severoatlantické smlouvy.

V další kapitole bude pojednáno blíže o právních následcích akreditace a aktivace COE jako mezinárodní vojenské organizace.

Dalším aspektem, o kterém je nutné se zmínit, je možnost přístupu nových sponzorujících států do JCBRN Defence COE.

<sup>4</sup> Akreditační kritéria a postupy pro akreditaci byly stanoveny Vojenským výborem NATO a jsou uvedeny v dokumentu NATO IMSM-0416-04 „NATO Centres of Excellence Accreditation Criteria“ z 11. června 2004.

<sup>5</sup> Dokument NATO MCM-0038-2007 „Accreditation and Activation of the Joint Chemical, Biological, Radiological and Nuclear Defence Centre of Excellence (JCBRN Defence COE) as a NATO Military Body“ z 23. dubna 2007.

<sup>6</sup> Dokument NATO PO(2007)0072-AS1 „Accreditation of the Centre of Excellence (COE) Cold Weather Operations (COE-CWO) as a NATO COE, Activation and Accreditation of the Civil-Military Co-operation Centre of Excellence (CCOE) as a NATO Military Body, Activation and Accreditation of Joint Chemical, Biological, Radiological and Nuclear Defence Centre of Excellence (JCBRN Defence COE) as a NATO Military Body“ z 31. července 2007.

<sup>7</sup> Článek XIV odst. 1 Pařížského protokolu „Celý tento protokol nebo jeho část, jakož i Dohoda se může na základě rozhodnutí Severoatlantické rady vztahovat na kterékoli mezinárodní vojenské velitelství nebo organizaci (nezahrnuté v definicích uvedených v článku I odst. b. a c. tohoto Protokolu), které byly ustanoveny podle Severoatlantické smlouvy.“

V souladu s čl. 5 bod a) Konceptu COE<sup>8</sup> je účast v COE možná pouze pro členské státy NATO. Ty z členských států, které projeví zájem participovat na činnosti JCBRN Defence COE o svém záměru informují stávající členy, kteří posoudí případnou možnost účasti dalšího státu, jako státu sponzorujícího. Následuje podpis Nóty o přistoupení (Note of Joining) mezi přistupujícím státem a stávajícími sponzorujícími státy JCBRN Defence COE.

Prvním státem, který prošel výše uvedenou procedurou, se stalo Polsko, které dne 16. září 2008 podepsalo Nótu o přistoupení. Snahou JCBRN Defence COE zůstává, aby Polsko nezůstalo v této aktivitě osamoceno, a je proto intenzivně vyjednáváno s dalšími členskými státy NATO o jejich možné účasti. Svůj zájem pak projevil Francie, Maďarsko, Španělsko a USA.

## 3. JCBRN Defence COE jako právnícká osoba

Jak již bylo uvedeno výše, Severoatlantická rada akreditovala a aktivovala JCBRN Defence COE jako mezinárodní vojenskou organizaci podle čl. XIV Pařížského protokolu<sup>9</sup> s tím, že na JCBRN Defence COE byl vztažen celý Pařížský Protokol. V praxi to znamená, že JCBRN Defence COE se řídí i těmi částmi Pařížského protokolu, které upravují činnost „vrchních velitelství“<sup>10</sup>.

Zcela zásadními ustanoveními Pařížského protokolu jsou pak pro existenci JCBRN Defence COE jakožto mezinárodní vojenské organizace čl. X garantující právní subjektivitu, čl. XI umožňující být stranou sporu a čl. XII zakotvující oprávnění disponovat s vlastním rozpočtem.

Před akreditací a aktivací JCBRN Defence COE jako mezinárodní vojenské organizace byl nejvíce diskutován čl. X Pařížského protokolu<sup>11</sup>, který JCBRN Defence COE přiznává právní subjektivitu.

<sup>8</sup> Dokument NATO MCM-236-03 „MC Concept for Centre of Excellence“ z 4. prosince 2003.

<sup>9</sup> Článek XIV odst. 1 Pařížského protokolu „Celý tento protokol nebo jeho část, jakož i Dohoda se může na základě rozhodnutí Severoatlantické rady vztahovat na kterékoli mezinárodní vojenské velitelství nebo organizaci (nezahrnuté v definicích uvedených v článku I odst. b. a c. tohoto Protokolu), které byly ustanoveny podle Severoatlantické smlouvy.“

<sup>10</sup> Čl. I odstavec b. – „vrchní velitelství“ označuje Vrchní velitelství.

<sup>11</sup> Čl. X Pařížského protokolu „Každé vrchní velitelství bude mít právní subjektivitu, bude oprávněno uzavírat smlouvy, nabývat majetek a nakládat s ním. Přijímací stát však může podmítnit vykonávání tohoto oprávnění uzavřením zvláštního ujednání mezi ním a vrchním velitelstvím nebo kterýmkoli podřízeným spojeneckým velitelstvím oprávněným jednat jménem velitelství.“

Základní otázkou bylo, co přiznání statusu mezinárodní vojenské organizace a vztahení Pařížského protokolu na JCBRN Defence COE bude v praxi znamenat.

Při stanovení právní formy JCBRN Defence COE bylo vycházeno z úvahy, že JCBRN Defence COE je, s ohledem na Pařížským protokolem garantovanou právní subjektivitu, právní osobou ve smyslu ustanovení § 18 odst. 2 písm. d) zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, s tím, že zákon je v daném případě nahrazen mezinárodní smlouvou, Pařížským protokolem. Dá se předpokládat, že tento výklad uvedeného ustanovení občanského zákoníku povede k další diskuzi, nicméně v době příprav na akreditaci a aktivaci se tento postup jevil jako jediný možný. JCBRN Defence COE musí v českém právním řádu vystupovat a jednat jako samostatný subjekt schopný uzavírat smlouvy, a to nejen na národní úrovni, dále pak vlastnit majetek, disponovat s vlastním rozpočtem a v případě nutnosti být také stranou sporu.

Aby bylo JCBRN Defence COE vnímáno ostatními subjekty jako právní osoba, bylo nezbytné zažádat o přidělení identifikačního čísla (IČO). O přidělení IČO byl ve smyslu zákona č. 89/1995 Sb., o státní statistické službě, požádán Český statistický úřad. V návaznosti na předání IČO byl zřízen bankovní účet, jehož vlastníkem je JCBRN Defence COE, na kterém jsou alokovány prostředky mnohonárodního rozpočtu. Tento rozpočet je tvořen příspěvků států, které jsou signatáři memorand o porozumění.

#### 4. Mezinárodní smlouva

Pařížský protokol ve svém čl. VIII odst. 1 upravuje osvobození od daní a poplatků zřízení, výstavbu, údržbu a provoz spojeneckých velitelství. K naplnění tohoto ustanovení má smluvní strana tohoto protokolu mající na svém území spojenecké velitelství, v našem případě Česká republika, zahájit s tímto velitelstvím jednání za účelem uzavření ujednání, které by naplnilo uvedené ustanovení.

Toto ustanovení umožňuje, mimo jiné, aby velitelství nakupovalo zboží související s provozem a údržbou bez daní a poplatků. Toto ustanovení však nelze automaticky vztáhnout na příslušníky ozbrojených sil nebo civilní složky vyslané jednotlivými státy na takovémto velitelství. K umožnění osvobození fyzických osob od daní a poplatků by bylo třeba uzavření zvláštní mezinárodní smlouvy, která by tuto problematiku upravila, neboť automatický nárok na osvobození od daní a poplatků příslušníků zbrojených sil nebo civilní složky není obsažen ani v Pařížském protokolu ani v Dohodě mezi smluvními stranami Severoatlantické smlouvy o statutu jejich ozbrojených sil (dále jen NATO SOFA)

přijaté v Londýně dne 19. června 1951 (vyhlášena byla pod č. 1/2002 Sb.m.s.).

V současné době chybí jak zvláštní ujednání mezi Českou republikou a JCBRN Defence COE naplňující ustanovení čl. VIII odst. 1 Pařížského protokolu, tak i jakýkoli návrh smlouvy pokrývající příslušníky ozbrojených sil nebo civilní složky vyslané sponzorujícími státy k JCBRN Defence COE, nicméně Vláda ČR svým usnesením ze dne 27. června 2008 č. 760 uložila ministryni obrany přijmout opatření vedoucí k uzavření smlouvy mezi Českou republikou a Vrchním velitelstvím NATO pro transformaci a Vrchním velitelstvím NATO pro operace upřesňující podmínky působení mezinárodních vojenských organizací NATO na území České republiky, a to bezprostředně po vyjádření připravenosti orgánů NATO jednat s Českou republikou o takové smlouvě.

#### 5. Závěr

Jak jsem již předeslal v úvodu, cílem tohoto příspěvku nebylo podat vyčerpávající výklad ani odpovědět na všechny otázky, které jsou spojené se vznikem první mezinárodní vojenské organizace pod vlajkou NATO na území ČR, ale poukázat na základní problémy, se kterými jsme se v museli vypořádat.

Uze očekávat, že v průběhu následujících let bude třeba zodpovědět množství otázek a dořešit mnohé problémové oblasti, které vznik první mezinárodní vojenské organizace na území ČR zcela zákonitě doprovázejí.

#### Summary

The aim of this article is to inform public about establishment of the first NATO international military organization on the territory of the Czech Republic.

This article describes the history of Centers of Excellence establishment back to Prague Summit and provides basic information about accreditation and activation as a NATO international military organization.

There is a part dealing with JCBRN Defence COE as a legal entity and also there is mentioned need to take measures leading to conclusion of an Agreement between the Czech Republic and NATO on the specification of the conditions for the operation of NATO international military organizations on the territory of the Czech Republic.



# Zdanění nemovitostí v České republice a Polsku

Damian Czudek, Rafał Dowgier\*

## 1. Obecně k problematice daně z nemovitostí

Daň z nemovitostí patří spolu s daní dědickou, darovací, z převodu majetku<sup>1</sup> a z motorových vozidel do souboru majetkových daní. Majetkové daně, jak již vyplývá ze samotného názvu, postihují adresátův majetek a jsou typickými přímými daněmi. Poplatník tak zná jejich hodnotu, sám je odvádí a mnohdy je nucen si je sám spočítat.<sup>2</sup>

Na začátku si je nutné odpovědět na otázku, co je majetkem a co si pod tímto pojmem představujeme. Když pohlédneme napříč právními odvětvími, je zřejmé, že jednotlivá odvětví si definují pojem majetek rozdílně, podle svých potřeb. V oblasti majetkových daní lze definovat pojem majetek jako soubor peněží oceňitelných hodnot vázaných k určitému subjektu<sup>3</sup>. Stejné pojetí majetku najdeme rovněž v polské daňové teorii<sup>4</sup>.

Na zdaňování nemovitostí a tím i na systémy zdanění nemovitostí lze nazírat z několika úhlů. Neexistují zde obecně přijaté standardy, na základě kterých bychom mohli jednoznačně určit, jaké daně patří do souboru daní z nemovitostí. V evropském právu nenalezneme ani, tak jako u jiných daní<sup>5</sup>, nařízení, která by tuto oblast upravovala. Pokud však přistoupíme k analýze daňových systémů, nalezneme zde skupinu daní, která postihuje *vlastnictví k nemovitostem sensu largo*<sup>6,7</sup>. Proto také se český a polský systém zdaňování nemovitostí liší. Odlišnosti vychází z kulturních, společenských a hospodářských rozdílů. Čechy byly odjakživa státem

zaměřeným na průmysl, naproti tomu Polsko zemí zásadně zemědělskou. Odlišnosti jsou ale spíše formálního rázu, neboť se v podstatě zdaňují stejné druhy nemovitostí – jen je, z výše zmíněných důvodů, kladen větší důraz na různé druhy, a to na základě tzv. katastrálních systémů zdaňování nemovitostí<sup>8</sup>.

## 2. Český a polský systém zdaňování nemovitostí

A Daň z nemovitostí v České republice upravuje zákon č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů, který na základě ústavního zmocnění obsaženého v čl. 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod<sup>9</sup> zdaňuje výlučně pozemky a stavby, které se nachází na území České republiky<sup>10</sup>. Z toho vyplývá, že český systém zdanění nemovitostí se skládá ze dvou druhů daní, a to *daně z pozemků* a *daně ze staveb*, v rámci které jsou zdaňovány rovněž byty a nebytové prostory. Toto dělení má své opodstatnění, neboť často je osoba poplatníka u daně z pozemku odlišná od poplatníka daně ze staveb, a rozdíly najdeme i ve výpočtu daně a daňové sazbě.

B Polský daňový systém naopak počítá s *daní z nemovitostí*, která zahrnuje daň z pozemků, budov a ze staveb. Úpravu nalezneme v zákoně ze dne 12.1.1991, o daních a místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů<sup>11</sup>. Dalším druhem nemovitostní daně je *zemědělská daň*, upravená zákonem ze dne 15.11.1984, o dani zemědělské, ve znění pozdějších předpisů<sup>12</sup>. Posledním druhem daně je daň lesní, jejíž úpravu obsahuje zákon ze dne 30.10.2006, o dani lesní, ve znění pozdějších předpisů<sup>13</sup>. Z výše nastíněného dělení je patrné, jak jsem již uvedl, že je kladen větší důraz na

\* Mgr. Damian Czudek, katedra finančního práva a národního hospodářství PrF MU,

Dr. Rafał Dowgier, WP Uniwersita w Białymstoku

<sup>1</sup> Transferové daně

<sup>2</sup> Radvan, M. Zdanění majetku v Evropě, 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 1

<sup>3</sup> Mrkývka, P. Finanční správa. 1.vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, s. 30, 31.

<sup>4</sup> Dowgier, R., Etel, L., Kurzynka, T., Liszewski, G., Popławski, M., a Wróblewski, E., Reforma podatków majątkowych. 1.wyd. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC, 2004, s. 21.

<sup>5</sup> Daň z přidané hodnoty, daň z příjmu.

<sup>6</sup> *Vlastnictví sensu largo* – myšleno nejen vlastnictví k nemovitostem, ale také i využívání nemovitosti na základě jiných právních titulů, např. právo užívání.

<sup>7</sup> Etel, L., Ogólna charakterystyka systemów opodatkowania nieruchomości. In: Etel, L.(ed.). Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości. Warszawa : Wydawnictwo sejmowe, 2003, s. 7.

<sup>8</sup> Také nazývaný systém *ad valorem* – základem zdanění nemovitostí je její hodnota (tržní, hodnota na základě cenových map, hodnota na základě tzv. autovyměření základu daně).

<sup>9</sup> Zákon č. 2/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

<sup>10</sup> Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 2. díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004. s. 185.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 12.01.1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 121, poz. 844 ze zm.).

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 15.11.1984 r. o podatku rolnym (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 136, poz.969 ze zm.).

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 30.10.2002 r. o podatku leśnym (Dz.U. Nr 200, poz. 1682 ze zm.).

zemědělskou a lesní půdu, třeba pro větší podíl zemědělství na hrubém domácím produktu.

V polském právu zákon o daních a poplatcích, zákon o dani zemědělské a zákon o dani lesní tedy upravují zdaňování pozemku. Avšak z pozemku se platí pouze jedna z výše zmíněných druhů daní, a to podle charakteru pozemku. Je proto nadmíru důležité si uvědomit, jaký pozemek bude té které dani podléhat. Způsob zdanění pozemků tak závisí na druhu pozemku, jaký je uveden v katastru nemovitostí a na způsobu využití pozemku. Základní zásadou zdaňování je, že zemědělské pozemky jsou zdaňovány zemědělskou daní, lesy daní lesní a zbývající pozemky daní z nemovitostí. Současně také platí, že lesy a zemědělská půda, na kterých je provozována podnikatelská činnost, jsou zdaněny daní z nemovitostí.<sup>14</sup>

### 3. Konstrukční prvky nemovitostních daní

#### 3.1. Předmět nemovitostních daní

A Daň z pozemků, staveb, bytů a samostatných nebytových prostorů

Na určení toho, co lze považovat za objekt *zdanění daní z pozemků*, má nepochybně nesporný vliv Katastr nemovitostí, jenž slouží jako databáze informací určujících, jakou daní bude zdaněn ten či onen pozemek. Lze tedy říci, že předmětem daně z nemovitostí jsou pozemky, které se nacházejí na území České republiky a jsou evidovány v Katastru nemovitostí. Tato definice neplatí však absolutně. Zákon o dani z nemovitostí některé druhy pozemků vyjímá ze zdanění, a to především z důvodu účelu, kterému tyto pozemky slouží.<sup>15</sup>

*Předmětem daně z pozemků* tak je zemědělská půda, hospodářské lesy, rybníky, zastavěné plochy a nádvoří, stavební pozemky a ostatní plochy.

Další kategorií nemovitostních daní je *daň ze staveb*<sup>16</sup>. Za stavbu, která podléhá dani z nemovitostí, lze obecně v českém právním řádu považovat stavbu, která se nachází na území České republiky a je podle občanského zákoníku považována za nemovitost; je tedy spojená se zemí pevným základem. Takováto stavba musí tedy projít kolaudačním řízením nebo musí být pro ni vydán kolaudační souhlas, nebo musí být způsobilá k užívání na základě oznámení stavebnímu úřadu.

Za stavby ve smyslu zákona o dani z nemovitosti jsou rovněž považovány tzv. „černé stavby“<sup>17</sup>; stavby, které jsou užívány na základě časově omezeného povolení k předčasnému užívání stavby; stavby, u kterých se podle dřívější právní úpravy kolaudační rozhodnutí nevyžadovalo, ale podle následujících právních úprav stavebnímu řízení podléhaly, respektive podléhají (např. chaty postavené do roku 1957).

Je třeba připomenout, že pozemky pod „stavbami“, které nesplňují výše zmíněná kritéria, budou podléhat dani z pozemků.

B Daň z pozemků, budov, staveb, zemědělských pozemků, lesů

V Polsku je situace trochu odlišná. Jak jsem již uvedl výše, základním předpisem je zákon o daních a místních poplatcích. Předmět daně z nemovitostí sensu stricto nemůžeme určit pouze podle názvu – daň z nemovitostí, ale je ho zapotřebí stanovit v souladu se zákonným ustanovením. Daní z nemovitostí není tak pouze nemovitost v pojetí občanského zákona, ale jak vyplývá ze zákona a jeho čl. 2 – *pozemky, budovy a stavby*.<sup>18</sup> Předmětem daně z nemovitostí sensu largo budou zemědělské pozemky a lesy, úpravu kterých najdeme ve speciálních zákonech. Je tomu tak především kvůli důležité pozici zemědělství ve skladbě polského hospodářství, a to jak z historického hlediska, tak ze současného pohledu.

Ke správnému pochopení problematiky je zapotřebí si hned na začátku termíny pozemek, budova a stavba v pojetí zákona o daních a místních poplatcích osvětlit. Je tomu tak především proto, že polské pojetí termínu „stavba“ se výrazně liší od toho českého.

Definice *pozemku* nám nedělá větší problémy. Zda pozemek bude předmětem daně z nemovitostí stricto sensu nebo daně zemědělské, nebo lesní, bude odvislé od zápisu druhu pozemku v Katastru nemovitostí a také od způsobu jeho využití.<sup>19</sup>

Zákon o daních a místních poplatcích obsahuje novou definici *budovy*. Budovou je tak stavební objekt ve smyslu stavebního práva, z prostoru je vydělen stavebními příčkami<sup>20</sup>, a nyní nově musí být trvale spojen se zemí a mít základy a střechu.

Stavbou se rozumí<sup>21</sup> stavební objekt ve smyslu stavebního práva, který není budovou a není objektem ma-

<sup>14</sup> Čl. 2 odst. 2 zákona o daních a místních poplatcích.

<sup>15</sup> §2 odst. 2 zákona č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>16</sup> § 7 odst. 1 zákona č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>17</sup> Stavby, které jsou v rozporu se stavebněprávními předpisy užívány, ačkoliv na ně nebyl vydán kolaudační souhlas nebo kolaudační rozhodnutí.

<sup>18</sup> Etel. L., Prawo podatkowe, Warszawa: Difin, 2005, s. 435.

<sup>19</sup> Viz. výše.

<sup>20</sup> Je nutné, aby objekt obsahoval stěny.

<sup>21</sup> Čl. 1a §1 odst. 2 zákona o daních a místních poplatcích.

lé architektury<sup>22</sup>. Stavbami se tak rozumí letiště, pozemní komunikace, drážní cesty, mosty, tunely, volně stojící anténní zařízení, reklamní zařízení spojená se zemí, ochranné, zemní, obranné, hydrotechnická zařízení, atd. Stavbou je také stavební zařízení spojené se stavebním objektem – parkovací místa, místa pro popelnice... Stavby jsou ale zdaňovány pouze tehdy, když slouží k hospodářské činnosti.

### 3.2. Subjekt nemovitostních daní

A Poplatníkem daně z pozemků je zásadně vlastník pozemku, a to tehdy, když jsou vlastnické hranice pozemků vyznačeny v platných katastrálních mapách a jednoznačně vymezeny v terénu.<sup>23</sup> U pozemků, které vlastní Česká republika, je poplatníkem stát, respektive jeho organizační složka, která s předmětným pozemkem hospodáří. V některých případech je však povinen platit daň namísto vlastníka *nájemce* nebo *uživatel*. Je-li pozemek ve vlastnictví více osob, platí pro ně solidární povinnost a poplatníkem je kterýkoli z nich – tzv. *společný zástupce*.

Co se týče daně ze staveb, bytů a nebytových prostor, je zde situace obdobná. Poplatníkem je vlastník stavby (bytu, nebytového prostoru). Může jím být také organizační složka státu nebo státní organizace. V případě, že u těchto staveb ve vlastnictví státu došlo ke změně práva trvalého užívání na výpůjčku, je poplatníkem právnická osoba, které takovéto právo prospívá. O nájemcích a společných zástupcích platí totéž, co výše.

B Poplatníkem daně z nemovitostí *sensu stricto*, daně zemědělské a lesní je *osoba fyzická, právnická, organizační jednotka* a také *společnost bez právní subjektivity*, která je *vlastníkem*, „*użytkownikiem wieczystym*“<sup>24</sup>, *držitelem* (bez právního titulu), kterou vlastní stát nebo jednotka územní samosprávy (držitel, nájemce), vlastník nemovitosti bez právního titulu, která je ve vlastnictví státu nebo jednotky územní samosprávy (faktický uživatel). Obecně lze tak říci, že k určení

poplatníka u všech tří daní použil zákonodárce stejnou právní konstrukci. Poplatníkem je tak zásadně vlastník nebo držitel, kromě státních nebo komunálních nemovitostí, kde je poplatníkem ten, kdo má „faktickou moc“ nad pozemkem.<sup>25</sup>

### 3.3. Základ a sazba daně

A Jak by se mohlo na první pohled zdát, nejsou *pozemky* v České republice zdaňovány jednotně, ale existuje zde dvojitý způsob zdanění. Jedna část pozemků, kterou zákon vymezuje negativně, je *zdaňována jednotkově*, část druhá způsobem *ad valorem* – podle ceny pozemků. Podle druhu, způsobu využití a tím pádem i podle způsobu, jakým jsou pozemky zdaňovány, rozlišujeme 3 skupiny pozemků. První z nich tvoří *zemědělské pozemky*, kde se zdaňuje cena těchto pozemků, jež je součinem výměry pozemků a ceny stanovené vyhláškou č. 456/2005 Sb., kterou se stanoví seznam katastrálních území s přiřazenými průměrnými cenami zemědělských pozemků, ve znění pozdějších předpisů.<sup>26</sup> Když takto stanovený základ daně vynásobíme procentní sazbou ve výši 0,75%<sup>27</sup>, dostaneme výslednou daň. Do druhé skupiny patří *hospodářské lesy a rybníky s intenzivním a průmyslovým chovem*. Zde zákon počítá také s procentní sazbou ze základu daně, jejíž výše činí 0,25%. U této skupiny lze základ daně stanovit dvěma způsoby. Buď je jim cena pozemku stanovená na základě zákona č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku, ve znění pozdějších předpisů, a prováděcí vyhlášky Ministerstva financí, anebo cena 3,80 Kč za 1m<sup>2</sup> jejich výměry. Ve třetí skupině nalezneme *zastavěné plochy a nádvoří, stavební pozemky a ostatní plochy*, pro něž je sazba jednotková (pevná) a činí 0,1 Kč za 1m<sup>2</sup>, s výjimkou pozemků stavebních, kde zákon stanovuje sazbu ve výši 1 Kč za 1m<sup>2</sup>.<sup>28</sup> Základem daně u těchto pozemků je jejich výměra v metrech čtverečních. Základní sazba daně se pak násobí obecním koeficientem stanoveným na základě počtu obyvatel v příslušné obci.<sup>29</sup>

Základem pro stanovení *daně ze staveb* je výměra půdorysu nadzemní části stavby v m<sup>2</sup> podle stavu

<sup>22</sup> Sochy, pískoviště...

<sup>23</sup> Bakeš. A kol. Finanční právo, Praha: C.H.Beck, , str. 309.

<sup>24</sup> V českém právu se tento institut nevyskytuje. Jeho základ najdeme v římském právu. Je jedním ze tří věcných práv v polském právním řádu, stojící vedle vlastnictví a věcných práv k věcem cizím. Jeho smyslem je odevzdání do užívání státních nebo obecních pozemků na dobu 99 let (výjimečně kratší dobu). Toto právo vzniká na základě smlouvy ve formě notářského zápisu nebo katastrálních knih. Uživatel má obdobná práva jako vlastník. Může pozemek zcizovat, může také žádat o prodloužení smlouvy. Tato práva dlouhodobého užívání je právem placeným. Výše první platby, při podpisu smlouvy, stanoví zákon ze dne 21.8.1997, o hospodaření s nemovitostmi na 15–25% z ceny nemovitosti. Dále následují roční platby a to od 0.3 do 3% z ceny nemovitosti.

<sup>25</sup> Etel. L., O podatowanie nieruchomości – problemy praktyczne, Białystok: Temida 2, 2001, str. 38.

<sup>26</sup> Průměrné ceny jsou odvislé od bonity půdy a katastrálních území, kde pozemek leží.

<sup>27</sup> Výjimku tvoří trvalé travní porosty, pro které platí snížená sazba ve výši 0,25%.

<sup>28</sup> U daně ze stavebního pozemku nesmíme zapomenout na koeficient, o který se výsledná daň upravuje – viz. §6 odst. 4 zákona č. 388/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>29</sup> § 6 odst. 4 zákona č. 388/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

k 1. lednu zdaňovacího období. Základem daně z bytu nebo samostatného nebytového prostoru je tzv. upravená podlahová plocha<sup>30</sup>. Pro stanovení sazeb, které jsou sazbami pevnými, zákonodárce rozdělil stavby do šesti kategorií, a to na:

- ⇒ *obytné domy* (1 Kč za 1m<sup>2</sup>),
- ⇒ *stavby pro individuální rekreaci* (3 Kč za 1m<sup>2</sup>),
- ⇒ *garáže* (4 Kč za 1m<sup>2</sup>),
- ⇒ *stavby užívané pro podnikatelskou činnost* (1, 5, 10 Kč za 1m<sup>2</sup> podle druhu podnikatelské činnosti),
- ⇒ *ostatní stavby* (3 Kč za 1m<sup>2</sup>) a
- ⇒ *byty a ostatní samostatné nebytové prostory* (1 Kč za 1m<sup>2</sup> upravené podlahové plochy).

Je třeba připomenout, že tyto základní sazby se zvyšují o 0,75 Kč za každé další nadzemní podlaží. Zákon při stanovování daně ze staveb počítá s koeficientem, který závisí na počtu obyvatel v obci, ve které se předmětná nemovitost nachází.<sup>31</sup> V rámci své místní působnosti může obec ovlivňovat výši nemovitostních daní. Nástrojem je tzv. místní koeficient, na základě kterého je obec oprávněna závaznou vyhláškou stanovit pro všechny nemovitosti na území celé obce jeden místní koeficient ve výši 2, 3, 4 nebo 5. Tímto koeficientem je pak vynásobena daňová povinnost poplatníka za jednotlivé druhy příslušných nemovitostí.<sup>32</sup>

B Obecně u všech tří druhů daní z nemovitostí lze za základ daně považovat *výměru pozemku* v metrech čtverečních (výjimečně v ha), a to fyzickou výměru, jak je tomu u daně z nemovitostí sensu stricto nebo upravenou u daně zemědělské a lesní.<sup>33</sup> Tato výměra je stanovována na základě údajů z Katastru nemovitostí, a proto také, stejně jako v České republice, neodpovídá výsledná daň hodnota a poloze pozemku tak, jak by tomu v tržních podmínkách mělo být.

Obecně je základem daně výměra ve čtverečních metrech na základě údajů z Katastru. U daně zemědělské existují však drobné rozdíly. Pokud pozemek není součástí zemědělského družstva,<sup>34</sup> bude základem plo-

cha pozemku ve skutečných hektarech. Pokud pozemky splňují definici zemědělského družstva, základem daně bude hektar upravený. Základem *daně lesní* je výměra lesa v hektarech na základě údajů z Katastru nemovitostí.

V případě zdanění *budov* se za základ bere užitná plocha měřená v metrech čtverečních po vnitřním obvodu zdí na všech podlažích, kromě ploch schodišť a výtahových šachet.

*Stavby* jsou jedinou skupinou z předmětných nemovitostí (pokud nebereme v potaz stanovování sazeb u daně zemědělské a lesní, kde se výše sazby odvíjí od ceny žita/dřeva v konkrétním zdaňovacím období), které jsou zdaňovány ne na základě plochy, nýbrž na základě zůstatkové ceny<sup>35</sup> nebo tržní hodnoty stavby v případě, že se neodepisuje.

Sazby nemovitostních daní mají také podobnou konstrukci. Obecně lze říci, že sazby jsou stálé, jednotkové. Takovéto zdanění je však dlouhodobě nepraktické, například s ohledem na možnou vysokou inflaci, proto bylo nutno do konstrukce daně zavést určitý valorizační prvek – tak, jak je tomu u daně zemědělské a lesní. Sazby nemovitostních daní jsou určovány každoročně na základě vyhlášky zastupitelstva obce a nemohou být vyšší, než činí zákonná sazba.

U *pozemků* používaných k podnikatelské činnosti je stanovena sazba ve výši 0,71 zł za 1m<sup>2</sup>; plochy vodních nádrží a nádrží, na kterých jsou vodní elektrárny – 3,74 zł za 1m<sup>2</sup>; ostatní pozemky – 0,35 zł za 1m<sup>2</sup>. Výše sazeb za zdanění *budov* je poněkud složitější a rozmanitější. Zákon zde počítá s 5ti rozdílnými částkami: *obytných budov* - 0,59 zł za 1 m<sup>2</sup> užitkové plochy; u budov spojených s podnikatelskou činností a u obytných budov nebo jejich částí, které jsou používány pro podnikatelskou činnost - 19,01 zł za 1 m<sup>2</sup> užitkové plochy; u budov používaných pro podnikatelskou činnost – jako sklad osiva - 8,86 zł za 1 m<sup>2</sup> užitkové plochy; u budov používaných pro podnikatelskou činnost – zdravotnická zařízení - 3,84 zł za 1 m<sup>2</sup> užitkové plochy; u ostatních budov - 6,73 zł za 1 m<sup>2</sup> užitkové plochy. U staveb je situace přehlednější. Výše sazby činí 2% z hodnoty stavby a maximální sazby jsou každoročně valorizovány o inflaci. Zastupitelství obce může také měnit její výši v závislosti na poloze, technickém stavu, stáří stavby. V případě sazby u daně zemědělské je situace odlišná. Sazba je odvislá od průměrných cen výkupu žita, kterou vyhlásí předseda Statistického úřadu do 20 dnů po konci 3. čtvrtletí.<sup>36</sup> Zastupitelstvo obce může vyhláškou snížit cenu výkupu žita pro oblast, kde je místně příslušná pro stanovení zemědělské daně. Sazba zemědělské daně za daňové období činí: do 1 ha pozemků – ekvivalent k 5 metrákům žita; od 1 ha upravené plochy – ekvivalent k hodnotě 2,5 metráků žita.

<sup>30</sup> Upravenou podlahovou plochu vypočítáme jako součin výměry podlahové plochy bytu nebo samostatného nebytového prostoru v m<sup>2</sup> a koeficientu 1,2.

<sup>31</sup> § 11 odst. 3 zákona č. 388/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>32</sup> V podrobnostech ohledně sazeb daně viz. § 11 zákona č. 388/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>33</sup> Etel. L., *Opodatkowanie nieruchomości – problemy praktyczne*, Białystok: Temida 2, 2001, str. 39-40.

<sup>34</sup> Pro účely zemědělské daně se za *zemědělské družstvo* považuje zemědělské pozemky o celkové ploše nad 1ha nebo 1 ha upravený, které jsou ve vlastnictví fyzické osoby, právnické osoby nebo organizační jednotky bez právní subjektivity. Neberou se v potaz pozemky, které jsou používány pro podnikatelskou činnost.

<sup>35</sup> Cena stavby po odpisech.

<sup>36</sup> Pro rok 2008 – 58.28 ZŁ ZA 1 Q.

Při stanovování sazby daně lesní je situace obdobná. Lesní daň za 1 ha/rok činí ekvivalent k hodnotě 0,220 m<sup>3</sup> dřeva, který se stanoví na základě průměrné ceny dřeva za první tři čtvrtletí roku předcházejícího daňovému roku. Cenu vyhlásí předseda Statistického úřadu do 20 dne po skončení 3. čtvrtletí. I zde může zastupitelstvo obce snížit částku, která stanoví průměrnou cenu prodeje dřeva, která je základem pro výpočet daně, na svém území. Pro ochranné lesy a lesy v CHKO a NP se sazba snižuje na polovinu.

### 3.4. Vznik a zánik daňové povinnosti

A. Obecně podle českého právního řádu vzniká daňová povinnost okamžikem, kdy nastaly skutečnosti zakládající daňovou povinnost podle zákona 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, nebo podle zvláštních předpisů, jímž je v našem případě zákon o dani z nemovitostí. Tím, že se jedná o nemovitosti, je k nabytí práva rozhodující zápis v katastru nemovitostí. Je třeba připomenout, že právní účinky vkladu vznikají ke dni podání návrhu na vklad vlastnického práva do katastru nemovitostí. Rozhodnutí o povolení vkladu má pouze deklaratorní charakter a pouze osvědčuje skutečnosti ex tunc. Daňová povinnost vzniká k tzv. rozhodnému datu, kterým je 1. leden příslušného zdaňovacího období. Zdaňovacím obdobím je kalendářní rok nebo úsek času, který vymezují rozhodné skutečnosti způsobující vznik nebo zánik daňové povinnosti subjektu. Daň z nemovitostí se platí předem na příslušné zdaňovací období. Ke změnám skutečností rozhodných pro daňovou povinnost, které nastanou v průběhu kalendářního roku, se nepřihlíží. Budou mít vliv na daňovou povinnost až v následujícím zdaňovacím období.<sup>37</sup>

Daňová povinnost zaniká buď zánikem nemovitosti jako takové, jejím zcizením nebo zánikem subjektu. U fyzické osoby např. děděním, darováním, u osoby právnické zánikem společností, její přeměnou, atd. Daňová povinnost jako taková v podstatě zaniknout může pouze zánikem nemovitosti.

B. U daně z nemovitostí, zemědělské a lesní daně zásadně vzniká daňová povinnost k prvnímu dni následujícího měsíce po dni, kdy nastala okolnost zakládající vznik této povinnosti (např. nabytí pozemku). Výjimečně u daně z nemovitostí u novostaveb nebo staveb daňová povinnost vzniká k 1. lednu roku následující po roku, kdy byla stavba dokončena nebo začala být používána ještě před dokončením. Daňová povinnost vznikne také u ne zcela dokončených budov, a to i v případě, že vlastník bude využívat např. pouze podlaží z důvodu toho, že zbylá část budovy není dokon-

čená.<sup>38</sup> Daňová povinnost zaniká u všech daní ke konci měsíce, ve kterém nastala okolnost odůvodňující tento zánik (např. prodej).

### 3.5. Orgány správy daní

A. Orgánem správy daně z nemovitostí v České republice je místně příslušný finanční úřad, v jehož územní působnosti se nemovitost nachází. Ten je pak povinen sdělit potřebné údaje získané na základě šetření obecně místně příslušnému správci daně, stanovenému podle sídla (u právnických osob) nebo bydliště (u fyzických osob), eventuálně podle náhradních kritérií.<sup>39</sup>

B. V Polsku je situace odlišná. Zde zákon jako správce daně z nemovitostí, zemědělské a lesní určuje starostu obce, starostu města a primátora, který je místě příslušný podle polohy pozemku, budovy nebo stavby.

### 3.6. Informační povinnost daňových subjektů

A. V zásadě je povinností českého poplatníka podat příslušnému správci daně do 31. ledna zdaňovacího období daňové přiznání. Přiznání se nepodává, pokud již podal přiznání v některém z předchozích období nebo mu byla z moci úřední vyměřena a zároveň nedošlo ke změně okolností rozhodných pro samotné vyměření daně. Za rozhodnou okolnost se nepovažuje např. sazba daně a další okolnosti uvedené v § 13a odst. 2 zákona o dani z nemovitostí. V případě změny vlastnických nebo jiných práv poplatníka ke všem nemovitostem v obvodu místně příslušného správce daně nebo pokud tyto předmětné nemovitosti zanikly, musí poplatník tyto změny oznámit nejpozději do 31. ledna následujícího zdaňovacího období. Zákon dále poplatníkovi ukládá povinnost oznámit správci daně změnu ostatních údajů uvedených v daňovém přiznání, a to do 30 dnů ode dne, kdy nastaly.

B. Polská úprava rozlišuje mezi fyzickými a právnickými osobami. Fyzické osoby musí podávat informace na formulářích, které vydává obec, a to do 14 dnů ode dne, kdy nastala okolnost zakládající vznik nebo zánik daňové povinnosti. Takže pokud dojde k nabytí vlastnictví fyzickou osobou 5. září, je povinna do 20. září informovat správce daně o vzniku daňové povinnosti.<sup>40</sup> Právnické osoby a organizační jednotky bez právní subjektivity podávají každý rok daňová přiznání

<sup>37</sup> Bakeš a kol. Finanční právo, Praha: C.H.Beck, , str. 319.

<sup>38</sup> Etel, L., System opodatkowania nieruchomości w Polsce. In: Etel, L. (ed.). Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości. Warszawa : Wydawnictwo sejmowe, 2003, s. 215.

<sup>39</sup> Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa, 2. díl. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004. s. 201

<sup>40</sup> Etel, L., Prawo podatkowe, Warszawa: Difin, 2005, s. 442.

do 15. ledna daňového roku. Přiznání a informace by měly být doplněny a opraveny, pokud jsou zde v průběhu roku okolnosti zakládající změnu zdanění. Fyzická osoba je povinna tak učinit do 14 dnů od vzniku okolností zakládajících změnu zdanění.

### 3.7. Splatnost a způsob placení

A. Zákon o dani z nemovitostí rozlišuje mezi lhůtou pro podání daňového přiznání, již stanovuje na 31. ledna příslušného zdaňovacího období<sup>41</sup>, a termínem, ve kterém musí být daň uhrazena správci daně. Tímto termínem je 31. květen příslušného zdaňovacího období. Pokud je vypočítaná nebo stanovená daň vyšší než 5000 Kč, lze ji rozložit do několika splátek. Zákon sice rozlišuje mezi poplatníky provozujícími zemědělskou výrobu a chovajícími ryby a ostatními poplatníky, avšak termín je pro obě skupiny stejný, a to 31. květen a 30. listopad příslušného zdaňovacího období. Zákon také stanovuje osvobození pro poplatníky, jejichž celková daňová povinnost u jednoho místně příslušného správce daně je nižší než 30 Kč. Poplatník je povinen daň přiznat, daň se vyměří, ale nepředepíše.<sup>42</sup>

B. Podobně jako v případě informační povinnosti stanovuje polské právo i při placení daní jiné podmínky a lhůty pro fyzické osoby a jiné pro osoby právnické. Fyzické osoby platí na základě daňového výměru, který vydává správce daně, a to ve 4 splátkách k: 15.3., 15.5., 15.9. a 15.11. daňového roku. Právnické osoby a organizační jednotky bez právní subjektivity musí samy daň vypočítat a přiznat na daňovém přiznání do 15. ledna. Daň se platí ve 12ti splátkách do 15tého každého měsíce. Výše uvedené platí pro platby daně z nemovitostí sensu stricto a daně lesní. V případě daně zemědělské platí fyzické osoby na základě daňového výměru, který vydává správce daně, ve 4 splátkách a to k: 15.3, 15.5, 15.9, 15.11 daňového roku. Právnické osoby a organizační jednotky bez právní subjektivity musí samy daň vypočítat a přiznat na daňovém přiznání do 15. ledna. Daň se platí ve 4 splátkách, a to k: 15.3, 15.5, 15.9, 15.11 daňového roku. Daně mohou být vybírány prostřednictvím inkasistů (osoby určené ve vyhlášce obce, které jsou oprávněny daň vybrat a odvést správci daně).

### 3.8. Slevy a osvobození

A. Není cílem tohoto článku bezmyšlenkovitě opisovat zákon a vypisovat nekonečné seznamy osvobození od daně. Chtěl bych pouze poukázat na základní charakteristiku tohoto institutu. Obě části zákona obsahují

katalog osvobození. Důležité je říci, že v obou případech je osvobozeno vlastnictví státu, pozemků a staveb obcí na jejím katastrálním území, diplomatických misí, atd. Zvýhodněny jsou zde také školy, muzea, galerie, parky a jiná sportoviště, atd. Je zde vidět zájem státu a jeho preference určitých oblastí společenského a kulturního života.

B. Tak jako v českém právu, tak i v polském obsahuje každý ze zákonů výčet zákonných osvobození, např. pro školy, nemovitosti veřejných letišť, nemovitosti v rejstříku kulturních památek. Zastupitelstvo obce může vyhláškou zavést jiná osvobození, ale pouze věcného charakteru, ne osobního. U daně zemědělské zákon upravuje řadu daňových slev, např. slevu na stavbu nebo opravu hospodářských budov – sleva ve výši 25% z investičních nákladů. U daně zemědělské může zastupitelstvo obce vyhláškou zavést také jiné slevy.

Osvobození a slevy náleží subjektu ze zákona. Není potřeba vydávat nějaká rozhodnutí. Výjimkou jsou zvýhodnění u daně zemědělské, kdy musí subjekt žádat o osvobození nebo slevu a získat tak rozhodnutí správce daně.

## 4. Závěr

Jak z výše uvedeného vyplývá, že existují v české a polské právní úpravě určité rozdíly. Tato rozdílnost vychází z různých historických, zeměpisných, kulturních a společenských podmínek v jakých se oba státy rozvíjely. Nepochybně je zde patrný vliv socialistického hospodářství a centrálního plánování, na nichž oba státy stavěly – jednotná zemědělská družstva, společné vlastnictví, atd. V posledních desetiletích je zde patrný posun směrem ke zdaňování reflektující potřeby stávajícího tržního hospodářství. Jsou podnikány kroky směřující k reformám této oblasti zdaňování, ale narážejí na řadu překážek. Problematika zdaňování nemovitostí možná není jednou z nejcitlivějších ve společnosti a populisticky dobře využitelnou, avšak výše zdanění může přímo ovlivňovat bytovou výstavbu a územní rozvoj. Co se týče možnosti zásahů komunální politiky do výše sazby, je v obou úpravách ponechána určitá volnost, z čeho v Polsku je nepochybně mnohem širší a samospráva má zde větší pravomoci. Otázkou však je praktická aplikace těchto pravomocí, neboť komunální politika není anonymní, ba naopak, nepopulární kroky by vyřadily případného budoucího kandidáta ze hry. Co se týče hlediska zeměpisného, je zde vidět již od dob dávno minulých jiné směřování obou států. Země české, moravské a slezské se vždy orientovaly na nerostné su-

<sup>41</sup> Poplatník si je povinen daň sám vypočítat.

<sup>42</sup> §15 odst. 3 11 zákona č. 388/1992 Sb., o dani z nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů.

roviny, lehký a těžký průmysl. Z tohoto hlediska je Polsko, kromě jeho jihozápadní části – Horního Slezska, zemí v podstatě rovinatou a zemědělskou. Z toho pramení zvýšená orientace polské úpravy na vlastnictví zemědělské půdy jako takové a jejího zdaňování, jakožto podstatné části příjmů veřejných rozpočtů.

Podle našeho názoru by si tato problematika v obou zemích nepochybně zasloužila více pozornosti. Řešením by bylo ponechání větší volnosti samosprávě, aby mohla korigovat rozvoj na svých územích a reálně ho ovlivňovat. Přineslo by to také možnost ve větší míře rozhodovat o výši příjmů obecních rozpočtů, neboť nemovitostí daně jsou podle rozpočtového určení daní příjmem obecních rozpočtů. Polský model není sice dokonalý, ale na rozdíl od českého je mnohem pružnější a může lépe reagovat na místní situaci a potřeby.

Na jedné straně vidíme v obou úpravách značné množství rozdílů, na druhé straně lze říci, že jsou to pouze rozdíly kosmetické a že podstata problematiky zdaňování, jakož i oba systémy nemovitostních daní, jsou velice podobné.

## Summary

This article in the full consent to its title is primarily focused on the comparison and the evaluation of the Czech and the Polish legislation in the real estate taxation. The confrontation in this area seems to be very desirable, particularly for the absence of the binding European regulation and for the similarity in the Czech and the Polish real estate taxation.

The Czech legislation contains just one sole act regulating the real estate taxation but the Polish one takes into the account differences between individual realties by using wider legal base. The article construction follows the relevant status quo by highlighting different hierarchical classification of the Czech and the Polish real estate.

The majority effort was certainly focused on deep comparison of both systems of the real estate taxation, mainly by using the tax structural members. This method enables the proper analysis of this topic and the clarification of seemingly petty differences which could however, have very important impact on the practical execution of the taxation in both countries.

The result of this article is the overall survey and the comparison of the real estate taxation in the Czech Republic and in the Republic of Poland. The conclusion provides possible reciprocal changes and improvements in the Czech and the Polish real estate taxation.

## RECENZE

### Bělohávek, A. J.: Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo

Komentář, I. díl a II. díl, 1. vydání, C. H. Beck

Praha, 2008, 2408 s., ISBN 978-80-7400-096-6

Alena Paulíčková\*

Koncom roka 2008 vyšlo vo vydavateľstve C. H. Beck a práve teraz sa distribuuje do knihkupectiev veľmi zaujímavé dielo z pera skúseného teoretika i praktika prof. Dr. Alexandra J. Bělohávkova s názvom „Roz-

hodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář, I. díl a II. díl“.

Prof. Dr. Alexander. J. Bělohávek popri advokátskej praxi a pedagogickej činnosti zastáva množstvo

\* Doc. JUDr. Alena Paulíčková, PhD., Právnická fakulta Janka Jesenského, Vysoká škola v Sládkovičove, SR

funkcií, je členom niekoľkých významných zahraničných inštitúcií, združení a komisií. Je prezidentom Svetovej asociácie advokátov The World Association of Lawyers (so sídlom Washington D. C./USA), členom vedenia Svetovej asociácie právnikov The World Jurist Association (D. C./USA), členom IBA (International Bar Association).

Je rozhodcom na Rozhodcovskom súde pri Hospodárskej komore Českej republiky a Agrárnej komore Českej republiky pre vnútroštátne a zahraničné spory, Medzinárodného rozhodcovského súdu Hospodárskej komory Rakúska, Medzinárodného rozhodcovského súdu pri Obchodnej a priemyselnej komore Ukrajiny v Kyjeve, rozhoduje spory v rámci právomoci Medzinárodného rozhodcovského súdu ICC (Medzinárodnej obchodnej komory) v Paríži a podľa pravidiel UNCITRAL. Ďalej je tiež členom Švajčiarskej arbitrážnej asociácie (ASA), Rakúskeho združenia pre rozhodcovské konanie, Nemeckého inštitútu pre rozhodcovské konanie (DIS), členom Medzinárodnej obchodnej komory (ICC/International Chamber of Commerce), predsedom arbitrážnej komisie – ICC a pod.

Zámerom autora tejto publikácie bolo vytvoriť prácu, ktorá by spĺňala nároky ako z hľadiska akademického, tak z hľadiska praktického. Bolo by naivné očakávať, že možno nájsť celkom optimálny modus vivendi pre takýto prístup. Napokon určitá bariéra medzi akademickou sférou na jednej strane a sférou právnej praxe na druhej strane vždy existovala a celkom určite existovať bude a ide len o to v akom štáte, kedy a za akých okolností sa podarilo nájsť styčné plochy pre interakciu, koexistenciu a hlavne spoluprácu týchto sfér. Autor tejto publikácie s tým prichádza do styku každý deň takpovediac to pociťuje na vlastnej koži. Sám považuje aspoň pokus o sklbenie ako praktickej činnosti v oblasti aplikovaného práva, tak činnosti vedecko-pedagogickej za neuveriteľnú výhodu.

V každom prípade sa táto publikácia aspoň pokúša o taký prístup, ktorý by mal umožniť príslušný kombinovaný prístup a prezentovať danú materiu ako pre potreby sféry vedecko-výskumnej, tak pre sféru právnej praxe najširšieho rozsahu, hlavne pre prax súdnu, rozhodcovskú a advokátsku.

Tento pokus sa tiež prejavuje v titule tejto publikácie, ktorý by mohol evokovať určité pochybnosti o kompatibilite tém a spôsobe ich spracovania. Pokým totiž hlavný titul (rozhodcovské konanie, ordre public a trestné právo) by mal na prvý pohľad upútať hlavne právnu prax, podtitul ohľadne interakcie súkromno-právnej a verejnoprávnej sféry by naopak mohol zaujať skôr právnu teóriu.

Autor tejto publikácie vychádzajúc zo svojho pôvodného autorského zámeru zvolil na prezentáciu problematiky interakcie súkromného a verejného práva práve príklad prienikov problematiky rozhodcovského konania na jednej strane a trestného práva na strane druhej. Bolo by chybné sa domnievať, že táto publikácia

smeruje len do oblasti rozhodcovského konania, i keď je mu celkom určite venovaná podstatná časť rozpravy obsiahnutej v tejto knihe.

Celý rad záverov a dokonca snád' i väčšinu tak, ako k jednotlivým čiastočným záverom autor dospel, totiž možno aplikovať v najrôznejšej miere na civilný proces vôbec, t.j. na akékoľvek kontradiktórne nálezové konanie. Spomenieme už v úvode jeden príklad hovoriaci za všetky. Jednou z tém, ktorej autor venuje pozornosť je prípad tzv. inscenovaných, či fiktívnych rozhodcovských konaní, ktorých účelom je len získanie vykonateľného titulu pre plnenie inak bez právneho dôvodu. Bolo by chybné sa domnievať, že také prípady neexistujú a napokon taktiež medzinárodná literatúra o týchto situáciách začína hovoriť ako o určitom probléme, ktorého riešenie je viac ako komplikované. Na druhej strane sa také situácie veľmi dobre môžu stať a tiež sa stávajú v konaniach pred súdom, keď síce priestor pre také fiktívne konanie na základe dohody strán o inscenovanie konania je celkom určite väčšie práve v konaní pred rozhodcami, napriek tomu sa však priamo vnucuje možnosť zneužitia rovnako súdneho konania, teda pred orgánom moci verejnej (súdnej moci). Až po dôslednej analýze tohto problému z pohľadu rozhodcovského konania možno totiž dospieť k záveru, že vo vzťahu k nemu a k celému radu obdobných problematických situácií ide o riešenie spoločného problému zásadne všetkým druhom kontradiktórneho nálezového civilného konania ovládaného dispozičnou zásadou.

Pomerne širokou koncepciou tejto publikácie sa tak snaží autor ponúknuť platformu pre analýzu a snád' aj čiastkovým spôsobom pre riešenie týchto spoločných problémov ako v prípade konania pred rozhodcami, tak v prípade súdneho konania. I keď práve titul tejto publikácie a jej koncepcie, pokiaľ ide o problematiku rozhodcovského konania, môže odrádzať viacero odborníkov právnej praxe, ktorí s rozhodcovským konaním neprichádzajú do styku, pokúša sa autor i napriek tomu o rozpravu, ktorá by mohla byť využiteľná tiež vo sfére konania pred všeobecnými súdmi a nielen v súvislosti s rozhodcovským konaním.

Treba poukázať na skutočnosť, že judikatúra je citovaná niekoľkými spôsobmi. Niekde sú z existujúcich a dostupných judikátov vybrané právne vety, a to buď doslovne, alebo po vhodnej edičnej úprave, pretože často rozprava o širšom rámci konkrétneho právneho poriadku by zrejme presahovala rámec vecného zamerania tejto publikácie a mohla by dokonca pôsobiť skôr rušivo. V niektorých prípadoch, kde je to vhodné, je resumovaný tiež skutkový alebo právny stav a vývoj procesnej situácie v prípade daného konania. Vždy je tak zvažovaná účelnosť takej formy citácie obsahu rozhodnutia, alebo súvislosti, za ktorých bolo také rozhodnutie vydané. Citácie sú na niektorých miestach skracované pre lepšiu prehľadnosť.

Práca odráža stav prvej polovice roku 2008, najneskôr však k 31. júlu 2008, avšak kontrola aktuálnosti



niektorých prameňov bola ukončená ešte pred týmto dátumom. Autor sa však snažil zohľadniť v rámci možnosti tiež niektoré ďalšie skutočnosti predovšetkým legislatívneho charakteru po tomto dátume, a to v rámci technických a záverečných korektúr, napríklad zohľadnením novej právnej úpravy boja proti legalizácii výnosov z trestnej činnosti a boja proti terorizmu z júna 2008.

Je pomerne nesporné a zrejme každý, kto sa aktívne zaoberá nielen rozhodcovským konaním, ale akoukoľvek oblasťou aplikovaného práva, do ktorej ingeruje určitý kvalifikovaný medzinárodný prvok, jednoznačne potvrdí, že vďaka celému radu vplyvov (od multinationálnych a multikultúrnych cez zložitost' finančných a majetkových koncepcií, globalizačné tendencie a vplyvy najrôznejších kultúr a pod.) sú veci prejednávané v medzinárodných konaniach a hlavne tie, ktoré sú adresované na základe rozhodcovských zmlúv rozhodcom, stále zložitejšie a prípadov, v ktorých by bolo možné uplatniť základné pravidlá a postuláty tak, aby to postačovalo k riadnemu a spravodlivému prejednaniu a spravodlivému rozhodnutiu sporu, je dnes poskromne a skôr je ich možno označiť za výnimku.

Treba konštatovať, že ide o publikáciu, ktorá je komplexným, porovnávacím a analytickým prierezovým spracovaním oblasti interakcie verejného a súkromného práva z tuzemského a medzinárodného hľadiska, predovšetkým však v súvislosti s prienikom súkromnoprávneho typu konania (rozhodovacieho ko-

nania) a trestnoprávnej problematiky, ktorá sa v danej oblasti prejavuje na najrôznejších úrovniach. Okrem iného skúma trestnú zodpovednosť rozhodcov a problematiku trestne postihnutelných konaní spáchaných v priebehu a v nadväznosti na rozhodovacie konanie. Z procesného hľadiska sa ďalej publikácia venuje napr. otázke postavenia rozhodcov, dôvernosti a neverejnosti rozhodcovského konania vo vzťahu k prípadnému prelomeniu tejto dôvernosti a v nadväznosti na paralelné trestné konanie. Hlavnou časťou tejto publikácie je rozprava v oblasti ordre public – verejného poriadku, ktorá tematicky neodmysliteľne spája trestné a rozhodcovské konanie. Publikácia sa tiež zaoberá celým radom nadväzností, ktorými sú napr. osobitosti v oblasti investičných sporov, postavenie rozhodcovského konania v právnom systéme a v neposlednom rade problematikou zohľadnenia osobitného verejného záujmu, napr. v súvislosti s rozhodcovským konaním v oblasti pracovnoprávnych vzťahov. V diele sa cituje alebo podrobne analyzuje približne 1200 zahraničných a asi 100 tuzemských judikátov. Najviac sú zohľadnené právne poriadky Českej republiky, Rakúska, Švajčiarska, Nemecka, Francúzska, Veľkej Británie, USA a Poľska.

Publikáciu ocenia nielen rozhodcovia, sudcovia a ďalší právnici pôsobiaci v oblasti justície, ale aj študenti a akademickí pracovníci zaoberajúci sa problematikou rozhodcovského konania v širokom interdisciplinárnom zmysle slova.

## Adéla Čermáková-Vlčková a Vladimír Smejkal:

### Autorská díla v hromadných sdělovacích prostředcích

Praha: Linde Praha 2009, s. 146

Ivo Telec \*

V letošním roce byl český knižní trh publikací věnovaných právu duševního vlastnictví rozšířen o práci, která se věnuje pojetí autorského práva v hromadných sdělovacích prostředcích.

Knižní publikace je rozvržena do několika sourodě navazujících částí. První z nich je věnována obecného pohledu na hromadné sdělovací prostředky, zatímco

další je zaměřena na žánry v hromadných sdělovacích prostředcích. Další částí jsou již přímo věnovány autorským dílům ve sledované souvislosti a nakonec ochraně autorských děl podle občanského a trestního práva. Práce je doplněna literaturou včetně přehledu různorodých pramenů práva.

\* Prof. JUDr. Ivo Telec, CSc., katedra občanského práva PrF MU

Recenzovaná práce je zasazena do širšího kontextu nejen poskytování informací, ale též zábavy. Dříve se říkávalo i „povzbuzení“. Přehled jednotlivých uměleckých žánrů, běžně využívaných právě ve sdělovacích prostředcích, může vhodně navodit nezbytné širší souvislosti uplatňování práva autorského včetně jeho ochrany. Zřejmé je, a recenzovaná práce do plně dosvědčuje, že výkon a ochrana práva autorského se v praxi neobejde bez znalostí širšího zázemí a prostředí, v němž je toto právo uplatňováno. Nejedná se přitom jen o bezprostřední tvůrčí prostředí umělecké, ale též o poměrně různorodé prostředí uživatelské. I proto můžeme v knize nalézt myšlenky, které se týkají moderních informačních technologií a sdělovacích prostředků. Zde je výrazně patrný myšlenkový přínos *Smejkalův*, jenž se touto tematikou již dlouhodobě zabývá. Nemalá část díla je věnována elektronickým komunikacím, v nichž se v mnoha směrem odvíjí dnešní „život“ nejen autorského práva, ale duševního vlastnictví vůbec. A to nemluvě o všeobecném právu osobnostním. Ústrojně pak navazuje část věnovaná autorskoprávním a veřejno-právním záležitostem reklamy; byť se tak děje jen přehledově bez hlubšího právního rozboru. Za podrobnou zmínku by stálo například zakázané užívání díla, a to i již volného, způsobem snižujícím jeho hodnotu. Právně v reklamě k tomu totiž dochází asi nejčastěji. Možná, že autorská pozornost měla být soustředěna též na otázku objektivní hodnoty díla. Ta není spojována jen s osobnostními právy autorskými, nýbrž spočívá na ni též obecný zájem kulturní. Hodnota díla pak hraje klíčovou roli při zkoumání oprávněnosti změn díla. Změny díla totiž mohou hodnotu díla nejen snížit, ale mohou dílo i zlepšit anebo, do třetice, nemusí mít na hodnotu díla žádný vliv. Odvisí to zejména od toho, ja-

kých prvků, jimiž se dílo vyznačuje, se změny dotkly. Zda dominantních tvůrčích prvků, anebo prvků jen slabých či dokonce pouze věcně předurčených prvků.

Zásadní praktický význam má posuzování míry shody, přesněji asi „podobnosti“, mezi jednotlivými díly navzájem. Neboli jinak řečeno, způsoby odhalování plagiátorství, jimž je u nás v poslední době věnována podstatnější pozornost nežli tomu bývalo kdysi. Další částí, zasluhující pozornost, je pohled na změny díla, resp. na otázku nedotknutelnosti autorského díla. I v tomto případě se jedná o aktuální pohledy, které směřují k právnímu posouzení oprávněnosti změn díla. Jen podotýkám, že s těmito otázkami se setkáváme i mimo hromadné sdělovací prostředky, zejména pak v architektuře a výstavbě.

Stranou autorské práce nestojí ani judikatura. Pověštině se přitom jedná o česká judikaturou trestní. Vyplyvá to ovšem z nepřilíh šťastného faktického stavu, který u nás poměrně „zdomácněl“, a to v používání trestní represe u sporů, které jsou primárně civilními. Příčin tohoto jevu, jemuž čelí nový trestní zákoník výslovným poukazem na zásadu subsidiarity trestní represe, je celá řada. Od zbytečných průtahů civilního řízení až po snahu o snadné získávání důkazů na „náklady státu“ či po psychologické využívání (někdy až zneužívání) hrozby trestní represe vůči tvrzeným rušitelům soukromých práv.

Závěrem můžeme říci, že recenzované knižní dílo zdařile rozhojnilo český trh právnícké literatury věnované právu autorskému v jeho širším kontextu. Svým čtenářsky srozumitelným a čtivým stylem knížka zaujme hned na první pohled. Proto se stane vhodnou součástí odborné knihovny.

## Ján Čipkár: Úvod do právnej antropológie

**Košice: Právnická fakulta UPJŠ Košice, 2008, 234 s. ISBN 978-80-7097-726-2**

Miloš Večeřa\*

Právní antropologie u nás nepatří mezi speciální právní disciplíny, které by byly často zařazovány do studijních programů právnických fakult a i s literaturou věnovanou této problematice se setkáme na regálech knihoven jen občas. Čestnou, ale o to významnější vý-

jimkou byla v poslední době v českém překladu vydaná práce významného amerického právního antropologa českého původu Leopolda J. Pospíšila „Etnologie práva. Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy“ v nakladatelství SET OUT v roce 1997. Tématickým

\* Prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc., katedra právní teorie PrF MU

zaměřením se dané právně antropologické problematice práva přibližují pouze práce z oblasti právní komparatistiky pohybující se ale převážně pouze v časovém horizontu současnosti, jako kupř. slovenská práce Milana Štefanoviče „Svetové právne systémy“ (Žilina: EURO-KODEX, 2007). Je proto třeba ocenit počín pedagoga košické právnické fakulty Jána Čipkára, který s přispěním vědeckého projektu VEGA zpracoval práci k danému tématu, a to i jako studijní materiál pro nově ustavený povinně volitelný předmět. Autor, který působí na katedře právní teorie, v knize nezapře filosofickou erudici, vycházející z jeho odborného zaměření, což ale představuje obohacení daného tématu o obecnější právně filosofické závěry. Cenné je i to, že Čipkár své úvahy v práci centruje ke středoevropskému prostoru a k faktu postupující evropské integrace.

Práce je rozdělena do dvou samostatných částí. První část práce je věnována základním východiskům a úvahám filosofické a právní antropologie. Čipkár zde hledá a nalézá podstatu člověka, z níž vyrůstá jeho potřeba práva. Vztah člověka ke světu a jeho seberealizaci ukazuje v poloze průniku člověka do povahy práva a sleduje vznik a formování „*homo iuridicus*“ na problematice genotypu práva, tabu, totemu, mýtu a představy ideálního právního řádu. Vhodně to přitom dokládá na formování tradičních a náboženských právních systémů. Druhá část práce je zaměřena na antropologii současného pozitivního práva s orientací i na právo evropské. Čipkár se tak dostává k základům evropské právní kultury sledováním podílu práva ve vývoji lidského společenství. Z těchto jeho filosofických úvah a právně antropologických výkladů Čipkárovi postupně vyrůstá evropská právní tradice a kultura, mezinárodněprávní rozměr právního bytí člověka v mezinárodních standardech lidských práv a antropologické výzvy současné civilizaci.

V první kapitole první části práce se autor nejprve věnuje filosofickým základům antropologie od velkých myšlenek antického Řecka, přes křesťanské období starověku a novověku a renesanční pohled na člověka, až po antropologický obrat započatý Immanuelem Kantem spočívající v příklonu člověka k jeho konkrétní zkušenosti sebe samého. Druhá kapitola ukazuje základy právní antropologie položené velkými klasiky britské, francouzské a zejména americké právní antropologie, jako byly Edward B. Tylor, James G. Frazer, Lewis H. Morgan, Franz Boas či Bronislav Malinowski. Třetí kapitola se zaměřuje na formování „*homo iuridicus*“ od vzniku tabu, jako prototypu právního zákazu, k rituálům a obyčejovému právu. Navazující čtvrtá kapitola se pak dostává k vytváření dvou základních modelů právní re-

lementace, a to ke státnímu právu, založenému na pozitivním právu, a k modelu nábožensko-etickému, představovanému kupř. islámským právem. Právě zmíněné nestátní modely práva, tak netypické svou povahou pro západní právní kulturu, jsou pro právní antropologii vděčným studijním materiálem. Čipkár se zde proto obšířle zastavuje i u islámské, hinduistické, buddhistické, čínsko-japonské a africké právní kultury. V poslední páté kapitole první části knihy se autor zaměřuje na neodmyslitelnou oblast formování evropské právní kultury – na archaické právní kultury Mezopotámie, Egypta a Izraele a na archaické právo Keltů, Germánů a Slovanů.

Druhá část práce nám může být bližší svým zaměřením se na proces utváření evropské právní tradice, na formování evropského „*homo iuridicus*“. Autor zde v první kapitole analyzuje klíčové prvky, které tvořily evropské právní myšlení: řecké a římské právo, osvícenství, demokratické revoluce, velké kodifikace a právně pozitivistické myšlení. Navazuje pak zrodem a realizací ideje sjednocené Evropy v jejích sociokulturních, politicko ekonomických a zejména právních aspektech. V druhé kapitole se Čipkár dostává k formulování mezinárodních standardů lidských práv a mezinárodního humanitárního práva a k problematice subjektivity jednotlivce v mezinárodním a evropském právu. Poslední třetí kapitola autor orientuje k antropologickým limitům člověka, jež se nutně promítají do řady právních odvětví: od „virtuálních“ způsobů bytí v kyberprostoru, umožněných rozvojem informačních a komunikačních technologií, až po problém genového inženýrství, zásahů člověka do života a smrti, aplikace biotechnologií apod.

V závěru práce autor shrnuje funkce současné antropologie práva, která se stále více zaměřuje i na současné právní systémy, zejména z hlediska antropologických expertíz legislativní činnosti, průmětu antropologických limitů do aplikační činnosti a konfrontace sociálního a právního bytí člověka.

K celkovému hodnocení práce lze poznamenat, že Čipkárova práce vhodně zapadá do širších konceptuálních úvah k aktuálním změnám povahy práva nastavením antropologického rozměru práva a vystižením často opomíjené antropologické stránky práva. Práce tak vhodně doplňuje filosofické a sociologické pohledy na právo a představuje obohacení právně teoretických úvah. Lze ji proto doporučit každému, kdo se hlouběji zajímá o obecnější otázky práva. Kniha tak nalezne své čtenáře nejen mezi studenty práv, ale i mezi koncepčněji uvažujícími právníky z oblastí právní praxe.

# Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

## Konference k 60. výročí Rady Evropy a její roli ve střední Evropě v letech 1989-2009

Jan Filip\*

Ve dnech 16. až 18. dubna 2009 proběhla ve známém krkonošském středisku Szklarska Poręba (Polsko) velká mezinárodní konference na nesmírně aktuální téma „Střední a východní Evropa jako prostor demokracie, zákonnosti a lidských práv. Vliv Rady Evropy na systémové změny v letech 1989-2009.“ Jak plyne z názvu, konference byla organizována v souvislosti s 60. výročí Rady Evropy a 20. výročí změn ve střední a východní Evropě. Jejím úkolem bylo přinést zhodnocení vlivu Rady Evropy na systémové změny v tomto regionu za posledních 20 let. Konferenci uspořádala agilní soukromá Vysoká manažerská škola v Legnici (ač se jedná o soukromou školu, umístila se vloni již na 12. místě mezi vysokými školami v Polsku a na 3. místě mezi soukromými vysokými školami). Konkrétně se jednalo o akci jejího Mezinárodního centra práva a řízení. Jak vyplynulo ze sdělení generálního tajemníka Rady Evropy T. Davise, který na konferenci převzal čestný patronát, jednalo se o největší konferenci a akci k tomuto výročí v Evropě vůbec. Zúčastnilo se jí 180 účastníků z Polska a sousedních států až po Kazachstán. Ten představuje zajímavý problém, neboť část území Kazachstánu (14%) spadá do Evropy. Na rozdíl od Ruska však dosud k jeho přijetí do Rady Evropy nedošlo. Téma konference se ukázalo jako vhodně zvolené, neboť umožnilo prezentovat názory domácích i zahraničních referentů a diskutujících na aktuální otázky této klíčové organizace v oblasti rozvoje demokracie, ochrany lidských práv a právního státu. S ohledem na rostoucí pozici Evropské unie byla tato akce sledována s velkými sympatiemi, neboť díky svým aktivitám se Rada Evropy ukázala jako svého druhu „přípravka“ na přistoupení k Evropské unii a judikatura Evropského soudu pro lidská práva hraje klíčovou roli v rozvoji evropské právní kultury a vytváření evropského ústavního společenství. Obrovský zájem o účast na konferenci vedl k tomu, že jednání bylo rozděleno na plenární zasedání na téma:

- 1) RE a rozvoj systému ochrany lidských práv,
- 2) Standardy RE a rozvoj demokracie,

- 3) Problémy efektivnosti vlivu RE na přeměny ve střední a východní Evropě,
- 4) Zprávy z problémových panelů.

Dále proběhlo jednání ve čtyřech problémových panelech k tématům uvedených sub 1 až 3 a dále na téma Rady Evropy a posilování stability a bezpečnosti ve střední a východní Evropě. S ohledem na počet referátů a zpráv (téměř 50) není pochopitelně možné všechny uvádět. Konference byla zahájena vystoupením zakladatele vysoké školy v Legnici, Ing. W. Demeckého, následovala vystoupení vicemarášlka Sejmu, polského vyslance při Radě Evropy, dlouholetého člena Parlamentního shromáždění Rady Evropy, soudce Evropského soudu pro lidská práva atd. I složení oficiálních hostů ukazuje, o jak zdařilou akci se jednalo. Jen namátkou uvádím témata plenární části jako jsou evropská právní kultura (R. Tokarczyk), lidská práva a nadnárodní soudní komunikace (A. Tatham), monitorovací činnost Rady Evropy (J. Jaskiernia), nové demokracie před ESLP (L. Garlicki), vliv rozhodování ESLP na právní řád a soudní praxi členského státu (J. Filip), parlamentní diplomacie Rady Evropy (T. Iwiński), právní status politických stran a standardy Rady Evropy (M. Chmaj), evropské standardy svobody projevu (J. Sobczak), soudcovská nezávislost (M. Wyrzykowski) atd. Výrazným znakem konference byla bohatá diskuse, byť zčásti jen kuloárová, neboť obrovský zájem vystoupit k této problematice vedl k přeplnění programu. Teprve v rámci jednotlivých problémových panelů se již rozvinula živá diskuse mezi jednotlivými referenty a dalšími účastníky. Ukázalo se, že přes pesimistické názory o důsledku monopolizačních snah Evropské unie a klesajících finančních zdrojích, bude role Rady Evropy nadále významná. Diskuse vedla k položení nových otázek, jak by se měla Rada Evropy v takové situaci zachovat, zda je možné očekávat další rozšíření, jaké jsou problémy střetu různých kultur (zejména členství Turecka, Ázerbajdžánu a Ruska). Všechny referáty budou publikovány ve sborníku konference spolu s dalšími příspěvky, které organizátoři obdrželi. Vznikne tak velmi zajímavý materiál koncentrovaný na otázku, která byla předmětem každé analýzy evropské integrace.

\* Prof. JUDr. Jan Filip, CSc., katedra ústavního práva a politologie PrF MU

## Mezinárodní kongres k 60. výročí Základního zákona SRN

Jan Filip\*

Ve dnech 25. až 26. května 2009 se konal v Evropském sále Zastoupení Země Nordrhein-Westfalen v Berlíně velký mezinárodní kongres pod názvem „Základní zákon pro SRN v evropském ústavním sdružení“ (Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland im europäischen Verfassungsverbund). Mezinárodní kongres byl organizován Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung, která vedením pověřila jednoho z nejvýznamnějších evropských konstitucionalistů prof. Klause Stern z Univerzity v Kolíně nad Rýnem, který se v této roli osvědčil již v roce 1989 a 1999. Téma kongresu bylo zvoleno s ohledem na 60. výročí přijetí Základního zákona SRN a aktuální otázky vývoje Evropské unie v souvislosti s hodnocením ústavnosti Lisabonské smlouvy, stejně jako vlivu Rady Evropy a Evropského soudu pro lidská práva na rozvoj demokracie, lidských práv a právního státu. O zásadním významu kongresu svědčí jména a témata vystoupení hlavních referentů. Kongres zahájilo vystoupení prof. Sterna, který zhodnotil vývoj Základního zákona od roku 1949 a jeho význam pro současný vývoj konstitucionalismu v demokratické Evropě nejen z hlediska Evropské unie, nýbrž i Rady Evropy. Pozornost věnoval i otázce změn, vědecké kritiky, pokusům o revizi a otázce znovusjednocení v roce 1990 a jeho ústavním problémům. Na jeho vystoupení navázal skvělý a kritický referát prezidenta Spolkového sněmu prof. N. Lammerta, který podrobil analýze rovněž značný počet (již 53) změn Základního zákona. Značnou pozornost věnoval kritickému rozboru „evropského“ čl. 23 Základního zákona (SRN jako motor evropské integrace), totožnosti Lisabonské smlouvy a bývalé Ústavy pro EU, demokratickému deficitu EU, vztahu ústavy a politiky (co může legitimní většina změnit a kde už naráží na hranice). Z rakouského pohledu tuto problematiku předestřel dlouholetý prezident Spolkové rady Rakouska prof. H. Schambeck (vývoj rakouské ústavnosti, význam normativní teorie a působení H. Kelsena v Německu, potíže EU v současnosti. Naopak vystoupení předsedy

Evropského soudního dvora V. Skourise vyznělo vůči praxi evropských institucí daleko příznivěji (otázka ústavního patriotismu, národní identity, loajality, principu proporcionality v judikatuře ESD, vztah s jinými ústavními soudy). Přínosu německé vědy ústavního práva v oblasti budování právního konceptu lidských práv a srovnání judikatury v SRN a Evropského soudu pro lidská práva bylo věnováno vystoupení prof. Starcka (Göttingen), který se též kriticky vyslovil k úpravě volebního práva do Evropského parlamentu a čl. 23 Základního zákona. Naopak předseda španělského Ústavního soudu prof. P. Cruz-Villalón rozebral zásadní vliv německé teorie na rozvoj španělské ústavnosti a ústavněprávní judikatury jako „Verfassungspartnerschaft (legitimita, klauzule věčnosti, ústavní patriotismus, lidská důstojnost, bojovná demokracie, ústavní stížnost). Ve velmi složité situaci se ocitl prezident Spolkového ústavního soudu prof. H.-J. Papier, neboť tento soud má v blízké době rozhodnout otázku ústavnosti Lisabonské smlouvy pro SRN. Proto se věnoval obecnějším, avšak stejně citlivým otázkám vztahu Spolkového ústavního soudu k Evropskému soudu pro lidská práva, ESD a některým rozdílným právním názorům (Caroline von Hannover, Tanja Kralj atd.). Problému primárního práva EU (od Vand Gend en Loos) a rozvoji evropské ústavnosti („Verfassungsverbund ohne Verfassung“) se věnoval prof. J. Ziller (Padovia). Soudce polského Ústavního tribunálu prof. M. Wyrzykowski v instruktivním a příklady nabytém referátu výstižně nazvaném „Od ústavní recepce k dialogu“ nastínil význam Základního zákona pro vývoj střední Evropy po roce 1989. Analýzu vazeb judikatury dvou klíčových soudních institucí - Evropského soudu pro lidská práva a Spolkového ústavního soudu představil německý soudce ESLP prof. G. Ress. Na jednotlivé referáty navazovala diskuse zhruba 90 pečlivě vybraných účastníků z Itálie, Francie, Řecka, Maďarska, Španělska, Švýcarska a přirozeně především Německa (Badura, von Arnim, Classen, Merten, Ipsen, Grimm, Kotzur, Degenhart, Schulze, Weber, Wahl, Jestaedt, Horn, Püttner, Ossenbühl, Siekmann, Kempen a další). České diskusní vystoupení (J. Filip) bylo věnováno zvláštnostem německých ústavních vlivů na ústavní vývoj v ČR.

\* Prof. JUDr. Jan Filip, CSc., katedra ústavního práva a politiky PrF MU

## Max Planck Institut pro evropské právní dějiny

Jaromír Tauchen \*

„Aplikaci musí nejprve předcházet poznání“

Max Planck (1919)

Předmět a metody právně historického bádání bývají definovány různými způsoby. Tradičně je spatřována úloha právních dějin ve zkoumání a popisu právního vývoje určitého právního řádu, totiž toho, ve kterém právní historik žije. Tento přístup k právní historii spočívá na očekávání, že nám dějiny pomohou pochopit nejen právo současné, ale i poskytnou podporu při vytváření pravidel v budoucnosti a při řešení budoucích problémů.

K uskutečnění tohoto cíle výrazně přispívá Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (*Max Planck Institut pro evropské právní dějiny*) sídlící v německém Frankfurtu nad Mohanem, který se nezabývá jen právní historií jednoho národa, nýbrž se soustřeďuje na právní dějiny evropské. Na tomto institutu jsem strávil několik měsíců a proto bych chtěl toto špičkové vědecké pracoviště české právnické veřejnosti představit tak, aby i další zájemci nejen z oblasti právní historie mohli využít služeb tohoto institutu.

Max Planck Institut pro evropské právní dějiny je součástí veřejně prospěšné výzkumné organizace Maxe Plancka pro podporu věd (*Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V.*) se sídlem v Berlíně, která sdružuje kolem 80 Max-Planck institutů situovaných po celé Spolkové republice Německo a zaměřených převážně na přírodní, sociální a humanitní vědy. V této souvislosti by mohly vzbudit pozornost u české právní veřejnosti MPI zaměřené na právní oblast: MPI pro duševní vlastnictví (Mnichov), MPI pro majetková společenství (Bonn), MPI pro zahraniční a mezinárodní právo soukromé (Hamburg), MPI pro zahraniční a mezinárodní sociální právo (Mnichov), MPI pro zahraniční a mezinárodní trestní právo (Freiburg) a MPI pro zahraniční veřejné právo a právo mezinárodní (Heidelberg). Úlohou Společnosti Maxe Plancka je podporovat výzkumné cíle, které svou povahou zasahují do několika oborů nebo z důvodu jejich velmi vysoké nákladovosti nemohou být realizovány jinými výzkumnými pracovišti. Instituty Maxe Plancka spolupracují s univerzitami, ale jsou na nich zcela nezávislé. V Německu představují

vedoucí vědecké instituce a i v celosvětovém srovnání požívají pověsti předních vědeckých pracovišť.

Společnost Maxe Plancka byla založena v roce 1948 jako následnická organizace Společnosti císaře Viléma. Pojmenována byla po významném německém fyzikovi a nositeli Nobelovy ceny. Nejprve byla financována jednotlivými zeměmi ležícími v americké, britské a francouzské okupační zóně, po vzniku SRN se na financování podílí i německý stát (spolek).

Max Planck Institut pro evropské právní dějiny byl založen v roce 1964 a jeho prvním ředitelem se stal vynikající německý civilista a romanista Helmut Coing. V současnosti vede Institut prof. Michael Stolleis, který je jedním z předních odborníků na historii veřejného práva v období národního socialismu. Hlavním úkolem Institutu je postihnout evropský historický vývoj práva a umožnit, aby se realizovaly větší a dlouhodobější výzkumné projekty v této oblasti. Za tímto účelem umožňuje flexibilní výzkum a spojení více vědců různých národností a používajících odlišné vědecké metody. Těžiště činnosti Max Planck Institutu spočívá právě ve zprostředkování vědecké spolupráce jak na národní, tak i na mezinárodní úrovni. MPIER navštíví každoročně několik desítek zahraničních hostů a stipendistů, kteří rádi využívají vynikající podmínky pro jejich vědeckou práci, naváží kontakty a v knihovně nahlédnou do odborné literatury. Vedení institutu si zakládá na tom, aby vytvořilo pro své hosty co možná ty nejlepší podmínky. Na požádání zajistí ubytování přímo v hlavní budově a vědcům, kteří na Institutu stráví delší časové období dá k dispozici v prostorách Institutu vlastní pracovnu. MPIER vypisuje rovněž každoročně pro doktorandy až tříletá stipendia pro absolvování výzkumného pobytu za účelem dokončení jejich doktorské disertační práce. Podporování jsou mladí perspektivní vědci, kterým je umožněno realizovat vlastní právně historický výzkumný projekt.

Knihovna Max Planck Institutu pro evropské právní dějiny náleží se svou bohatou sbírkou právních pramenů a sekundární literatury vztahující se k vývoji prá-

\* 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

va v Evropě ke světově nejvýznamnějším právně historickým knihovnám. Obsahuje přes 320 tisíc svazků, z nichž polovina náleží k historickému fondu. Jejich počet narůstá ročně o 10 tisíc, přičemž prostřednictvím nákupů v antikvariátech je doplňován i starý fond. Co se týče časopisů, odebírá knihovna MPIER více než 370 titulů.

Jedinečnost knihovních fondů spočívá ve zpřístupnění více jak 60 tisíc disertací, disputací a menších akademických pojednání pocházejících z 16.–18. století z prostoru tzv. „staré říše“. Další jedinečnou sbírku tvoří více jak 30 tisíc disertačních prací obhájených na německých univerzitách ve dvacátém století, z toho asi 4 tisíce pochází z období národního socialismu.

Romanisté a právní historikové zabývající se středověkými dějinami jistě ocení sbírku 1600 latinských rukopisů týkající se římského práva až do roku 1230,

veřejnosti přístupnou na mikrofilmech. MPIER disponuje dalšími 1300 mikrofilmy zachycující nejdůležitější prameny kanonického práva a práva byzantského.

Jak jsem z vlastní zkušenosti poznal, je Institut Maxe Plancka pro evropské právní dějiny ve Frankfurtu nad Mohanem vzorovým vědeckým pracovištěm, mezi jehož filosofií náleží, aby se hostující vědec u něj cítil příjemně a usiluje proto o vytvoření ideálních podmínek pro jeho práci. Především musím ocenit přístup jeho zaměstnanců, kteří se zahraničnímu hostu snaží vyjít kdykoliv vstříc po všech stránkách. Z tohoto pozitivního přístupu by si měli vzít příklad někteří zaměstnanci univerzit, obdobných vědeckých institucí a archivů v České republice, neboť ti nejen že při výzkumu sami nepomohou, nýbrž ho mnohdy záměrně ztěžují.

Více informací o MPIER naleznete na internetových stránkách: [www.mpier.de](http://www.mpier.de).

## Právníké vzdělání na řece Regen

Radovan Dávid, Jaromír Tauchen\*

Tento příspěvek podává stručné informace o Právníké fakultě Univerzity Regensburg, která poskytuje kvalitní právníké vzdělání a patří mezi nejlépe hodnocené vysoké školy ve Spolkové republice Německo. Její poloha nedaleko od hranic z Českou republikou ji tak činí snadno dostupnou i pro české studenty.

Kvalitní akademické vzdělávání, mezi které spadá také perspektivní doktorské studium na českých vysokých školách, je nerozlučně spojeno s možností absolvování zahraničních pracovních či studijních cest akademických pracovníků a studentů. Proto jsme i v letošním roce využili bohaté nabídky studijních pobytů na zahraničních vysokých školách a v rámci tzv. „Výměnných pobytů na partnerské univerzitě“, resp. projektu MU „Podpora internacionalizace doktorského studijního programu a zahraničních zkušeností mladých pracovníků bezprostředně po získání titulu Ph.D.“ realizovali krátkodobý pobyt na Právníké fakultě Univerzity Regensburg. Vzhledem ke kvalitám, kterými se zdejší

Právníká fakulta vyznačuje, jsme se rozhodli ji představit širší odborné veřejnosti a zejména studentům právníkých fakult v České republice.

První zmínky o možnostech založení univerzity ve městě Regensburg se objevují už od 15. století, nicméně skutečného založení univerzity se město dočkalo v roce 1967, práce na výstavbě kampusu začaly už v roce 1962. V současné době univerzita zahrnuje celkem 12 fakult (mezi nimi např. fakulta právníká, lékařská či katolicko-teologická), na nichž studuje více než 17 tisíc studentů, a dále tři centrální oddělení, mimo jiné pak centrální knihovnu. Veškerá infrastruktura zdejší univerzity se pak rozléhá v klidné okrajové části města, výborně dostupné městskou dopravou, a vytváří tak jediný komplex univerzitního kampusu, v jehož blízkosti existují další možnosti ubytování v soukromí. Všude v areálu jsou pak další místa poskytující doplňkové služby. Zasazení kampusu do historického města Regensburg, které je známo mnoha památkami kolem řeky Dunaj a také výbornou dopravní dostupností, tak činí studium na této univerzitě velmi příjemným.

Právníká fakulta patří mezi první založené fakulty této univerzity. V současné době poskytuje možnost vzdělávání více než dvěma tisícům studentů, a to nejen ve standardním magisterském studijním programu, ale také v programu doktorském a LL.M.

\* JUDr. Ing. Radovan Dávid, autor je asistentem na Katedře občanského práva Právníké fakulty Masarykovy Univerzity, Brno

JUDr. et Bc. Jaromír Tauchen, LL.M.Eur. Integration (Dresden), autor je interním doktorandem na Katedře dějin státu a práva Právníké fakulty Masarykovy Univerzity, Brno a soudním tlumočnickem

Dostupnost vědeckých publikací i studijních pomůcek je skutečně nadstandardní. Systém knihoven odpovídá struktuře celé univerzity. Základní nabídku veškerých učebních textů i vědeckých zdrojů poskytuje centrální knihovna, která v dnešní době skýtá více než tři miliony publikací. Na speciální úrovni lze pak využít nabídky dvou knihoven právnické fakulty, kde se mimo jiné nachází také studovny, dnes již samozřejmě výborně vybavené pro možnosti zapojení vlastních přenosných počítačů s možností připojení se k síti internet. Právnická fakulta tak poskytuje skutečně ty nejlepší podmínky pro právnické vzdělávání. Tato skutečnost je také umocněna širšími možnostmi získání stipendia pro podporu studia na zahraničních univerzitách, tím spíše ve Spolkové republice Německo.

Vzhledem k velmi pozitivním zkušenostem z pobytu v letošním roce vřele doporučujeme studium, či alespoň krátkodobou stáž na této univerzitě, neboť poskytne vynikající příležitost pro studium cizího práva využitelného pro komparaci či přímo samostatný výzkum, a to jak pro účely studia magisterského, tak i doktorského a je rovněž velmi dobře využitelné pro stávající akademické pracovníky pro úroveň osobních konzultací a vytváření mezifakultních a mezikatedrových vazeb na mezinárodní úrovni.

Více informací naleznete na

<http://www.uni-regensburg.de>.



# ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

Ročník XVII

číslo 2/2009



**muni**  
**PRESS**

**ČASOPIS  
PRO PRÁVNÍ VĚDU  
A PRAXI**

**Ročník XVII  
číslo 2/2009**

**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.  
doc. 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](http://www.law.muni.cz/edicni/cpvp/php); e-mailová adresa: [ves@law.muni.cz](mailto:ves@law.muni.cz)

Předplatné na rok 2009 - 396,- Kč • Cena jednoho čísla 99,- Kč • Vychází 4x ročně v české a anglické mutaci

Toto číslo bylo dáno do tisku v červnu 2009

ISSN 1210 - 9126

Časopis pro právní vědu a praxi je zařazený do Seznamu recenzovaných periodik vydávaných v České republice.

**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](http://www.law.muni.cz/edicni/cpvp/php)

**ČLÁNKY**

- Jan Filip:** Biojurisprudence – nový pohled na právo nebo jen nový směr právní vědy? ..... 71  
**Josef Kotásek:** Nesplnění smluvních povinností jako nekalá soutěž ..... 76  
**Kateřina Ronovská:** Účel nadace a možnost jeho změny ..... 80  
**Michaela Poremská:** Právní zásady v rozhodnutích ve věci veřejných zakázek ..... 86  
**Petr Lavický:** Nad fikcí výpovědi (odvolání) plné moci a restrikci počtu zmocněnců v civilním procesu ..... 91

**AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI**

- Zdeněk Koudelka:** Neslučitelnost funkcí ..... 96

**STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY**

- Jiří Baroš:** Ke zdrojům suverénního státu jakožto politické kategorie ..... 104  
**Ondřej Štefánek:** Několik poznámek ke smyslu ukládání trestu zákazu pobytu aneb krátké zamyšlení nad jedním „bezzvýznamným“ rozhodnutím soudu prvního stupně ..... 109  
**Marián Rozbora:** Diferenciačné kritériá dispozitívnosti v českom civilistickom prostredí – časť I. .... 116  
**Martin Hapla:** Geneze vázaného mandátu v prvorepublikovém Československu ..... 124  
**Leona Buzrllová:** Noční práce z pohledu právních úprav některých evropských zemí ..... 130  
**Libor Kyncl:** Opatření obecné povahy na úseku elektronických komunikací ..... 135

**INFORMACE PRO PRÁVNÍ PRAXI**

- Zdeněk Hýbl:** JCBRN Defence COE, aneb vznik první mezinárodní vojenské organizace na území České republiky ..... 139  
**Damian Czudek, Rafal Dowgier:** Zdanění nemovitostí v České republice a Polsku ..... 143

**RECENZE**

- Alena Paulíčková:** Bělohávek, A. J.: Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo ..... 149  
**Ivo Telec:** Adéla Čermáková-Vlčková a Vladimír Smejkal: Autorská díla v hromadných sdělovacích prostředcích ..... 151  
**Miloš Večeřa:** Ján Čipkár: Úvod do právnej antropológie ..... 152

**Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA**

- Jan Filip:** Konference k 60. výročí Rady Evropy a její roli ve střední Evropě v letech 1989-2009 ..... 154  
**Jan Filip:** Mezinárodní kongres k 60. výročí Základního zákona SRN ..... 155  
**Jaromír Tauchen:** Max Planck Institut pro evropské právní dějiny ..... 156  
**Radovan Dávid, Jaromír Tauchen:** Právnické vzdělání na řece Regen ... 157

**LEGAL STUDIES  
AND PRACTICE  
JOURNAL**

**Volume XVII  
Number 2/2009**

**Editorial board**

**Chairperson**

prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

JUDr. PhDr. Stanislav Balík  
prof. Ing. JUDr. Mgr. Alexander Bělohávek, CSc.  
prof. zw. Dr. hab. Leonard Eteľ  
prof. JUDr. Josef Fiala, CSc.  
doc. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.  
doc. 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

2009's subscription - CZK 396 • Price per one  
number/copy - CZK 99 • Issued 4 times a year in  
Czech and English

This number was put into printing in June 2009

The Journal of Jurisprudence and Legal Practice is  
added to the list of reviewed periodicals published  
in the Czech Republic.

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/cvpv/php](http://www.law.muni.cz/edicni/cvpv/php)

**ARTICLES**

- Jan Filip:** Biojurisprudence – a new understanding of law or rather only  
a new research discipline? .....71
- Josef Kotásek:** Contractual obligations such as unfair competition .....76
- Kateřina Ronovská:** Purpose of the Foundation and its possible changes ....80
- Michaela Poremská:** Legal principles in decisions concerning tenders .....86
- Petr Lavický:** Above the fiction notice (appeals) proxy restrictions and  
the number of agents in civil procedure .....91

**CURRENT TOPICS FOR LEGAL PRACTICE**

- Zdeňk Koudelka:** Incompatibility of Offices .....96

**STUDENTS' CONTRIBUTIONS**

- Jiří Baroš:** The sources of a sovereign state as a political category ..... 104
- Ondrej Štefánik:** A Few Comments about the reasons for Imposing  
the Prohibition of residence alias a short Review of one „unimportant“  
Judgment of the Court of First Instance ..... 109
- Marián Rozbora:** Distinctive criterions of non-mandatory rules in Czech  
private law surroundings – part the 1st ..... 116
- Martin Hapla:** The Origin of the Imperative Mandate in the First  
Czechoslovak Republic ..... 124
- Leona Buzřlová:** Night work in regard of the enactments of some  
european countries ..... 130
- Libor Kyncl:** Measures of General Nature in the Area of Electronic  
Communications ..... 135

**INFORMATION FOR LEGAL PRACTICE**

- Zdeňk Hýbl:** JCBRN Defence COE, thus the establishment of the first  
international military organization on the territory of the Czech Republic ...139
- Damian Czudek, Rafal Dowgier:** Real Estate Taxation in the Czech  
Republic and Poland ..... 143

**REVIEWS**

- Alena Pauličková:** Bělohávek, A.J.: Arbitration, public policy and criminal  
law ..... 149
- Ivo Telec:** Adéla Čermaková-Vlcková, Vladimír Smejkal: Author's  
works in mass media ..... 151
- Miloš Večeřa:** J. Čipkár: Introduction to Legal Anthropology ..... 152

**FROM THE WORLD OF LEGAL STUDIES**

- Jan Filip:** Conference of the 60th anniversary of the Council of Europe  
and its role in Central Europe in the years 1989-2009 ..... 154
- Jan Filip:** International Congress of the 60th anniversary of the Basic  
Law, Germany ..... 155
- Jaromír Tauchen:** Max Planck Institute for European Legal History ..... 156
- Radovan Dávid, Jaromír Tauchen:** Legal education in the river Regen .... 157