

# ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI



Ročník XXIX, číslo 1/2021

MASARYKOVA  
UNIVERZITA

# ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

ročník XXIX, číslo 1/2021

## Redakční rada

**Předseda:** prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

**Šéfredaktor:** doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.

**Externí členové:** doc. JUDr. Michal Bartoň, Ph.D.; doc. JUDr. Kristián Csach, PhD.; prof. JUDr. Jozef Čentěš, PhD.; doc. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.; prof. JUDr. Josef Fiala, CSc.; doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD.; Mgr. Michal Králík, Ph.D.; JUDr. Ján Matejka, Ph.D.; prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc.; JUDr. František Púry, Ph.D.; JUDr. Michal Ryška; doc. JUDr. PhDr. Miroslav Slašťan, PhD.; Dr. Gábor Sulyok; JUDr. David Uhlíř

**Interní členové:** Ing. Mgr. Jaroslav Benák, Ph.D.; doc. JUDr. Marek Fryšták, Ph.D.; doc. JUDr. Pavel Koukal, Ph.D.; JUDr. Tereza Kyselovská, Ph.D.; doc. JUDr. Petr Lavický, Ph.D.; prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.; doc. JUDr. Ing. Michal Radvan, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D.; doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.; doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.; doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M. Eur.Int.; prof. JUDr. Vladimír Týč, CSc.; prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.

Vydává: Masarykova univerzita, Brno ♦ Adresa redakce: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Veveří 70, 611 80 Brno, e-mail: redakce.cpvvp@law.muni.cz ♦ Administrace: Mgr. Jana Kledusová, tel. 549 495 489, e-mail: jana.kledusova@law.muni.cz ♦ Tisk: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno ♦ Objednávky vyřizuje Ekonomické oddělení Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Veveří 70, 611 80 Brno. Formulář je dostupný na adrese: <http://cpvp.law.muni.cz/>; vyřizuje Zdenka Matášová; e-mailová adresa: [zdenka.matasova@law.muni.cz](mailto:zdenka.matasova@law.muni.cz)

Předplatné na rok 2021 je 1200 Kč ♦ Cena jednoho čísla 350 Kč ♦ Vychází 4x ročně v češtině s anglickým summary, příležitostně v anglické mutaci.

Toto číslo bylo dáno do tisku v březnu 2021.

ISSN 1210-9126 (Print), 1805-2789 (Online)

MK ČR E 6667

Časopis zařazený do Seznamu recenzovaných neimpaktovaných periodik vydávaných v České republice a je indexován v databázích SCOPUS a ERIH PLUS.

Texty publikované v ČPVP jsou zpřístupněny se souhlasem autorů pro následné šíření zpracovaných dat v právních informačních systémech ASPI, Beck-online a CODEXIS.

**Články jsou anonymně posuzovány minimálně dvěma nezávislými recenzenty (double-blind review). Konečné rozhodnutí o publikaci všech příspěvků je v kompetenci redakční rady. Identita autorů není členům redakční rady známa až do finálního rozhodnutí o příspěvku.**

Časopis pro právní vědu a praxi je vydáván jako recenzovaný odborný čtvrtletník. Rukopisy redakce přijímá v elektronické podobě. Bližší informace jsou uvedeny na adrese <http://journals.muni.cz/cpvvp/about/editorialPolicies>

# JOURNAL OF JURISPRUDENCE AND LEGAL PRACTICE

Volume XXIX, Number 1/2021

## Editorial Board

**Chairperson:** Prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

**Editor in Chief:** Assoc. Prof. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.

**External Members:** Assoc. Prof. JUDr. Michal Bartoň, Ph.D.; Assoc. Prof. JUDr. Kristián Csach, Ph.D.; Prof. JUDr. Jozef Čentěš, Ph.D.; Assoc. Prof. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.; Prof. JUDr. Josef Fiala, CSc.; Assoc. Prof. JUDr. Monika Jurčová, Ph.D.; Mgr. Michal Králík, Ph.D.; JUDr. Ján Matejka, Ph.D.; Prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc.; JUDr. František Púry, Ph.D.; JUDr. Michal Ryška; Assoc. Prof. JUDr. PhDr. Miroslav Slašťan, Ph.D.; Dr. Gábor Sulyok; JUDr. David Uhlíř

**Internal Members:** Ing. Mgr. Jaroslav Benák, Ph.D.; Assoc. Prof. JUDr. Marek Fryšták, Ph.D.; Assoc. Prof. JUDr. Pavel Koukal, Ph.D.; JUDr. Tereza Kyselovská, Ph.D.; Assoc. Prof. JUDr. Petr Lavický, Ph.D.; Prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.; Assoc. Prof. JUDr. Ing. Michal Radvan, Ph.D.; Assoc. Prof. JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D.; Assoc. Prof. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.; Assoc. Prof. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.; Assoc. Prof. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M. Eur.Int.; Prof. JUDr. Vladimír Týč, CSc.; Prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.

Published by: Masaryk University, Brno ♦ Masaryk University, Faculty of Law, Veveří 70, 611 80 Brno, Czech Republic, e-mail: redakce.cvpv@law.muni.cz ♦ Administration: Mgr. Jana Kledusová, tel. 549 495 489, e-mail: jana.kledusova@law.muni.cz ♦ Printed by: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno ♦ Orders are handled by Economic Office Faculty of Law, Masaryk University, Veveří 70, 611 80 Brno. E-mail: zdenka.matasova@law.muni.cz

Subscription for year 2021 is 1200 CZK ♦ Price per volume is 350 CZK ♦ Published 4 times a year in Czech with English summary; occasionally in English version.

This number was put into print in March 2021.

ISSN 1210-9126 (Print), 1805-2789 (Online)

MK ČR E 6667

Journal of Jurisprudence and Legal Practice was added to the list of reviewed periodicals published in the Czech Republic and into SCOPUS and ERIH PLUS index databases.

Texts are published with the permission of the authors for the subsequent dissemination of processed data in legal information systems ASPI, Beck-online a CODEXIS.

**Submitted texts are reviewed anonymously by two independent reviewers (double-blind peer review). The final decision about the publication of all papers is in the competence of the Editorial Board. The identity of the author is not disclosed to the members of the Editorial Board before the final decision.**

Journal of Jurisprudence and Legal Practice is published quarterly as a peer-reviewed academic journal. Manuscripts should be sent to the head editors in the electronic version. For more information visit <http://journals.muni.cz/cvpv/about/editorialPolicies>

---

# Obsah

<b>EDITORIAL</b> .....	3
------------------------	---

## ČLÁNKY / ARTICLES (recenzováno – reviewed)

### **Štěpán Paulík**

The Rule of Law Framework and its Effectiveness .....	7
---	---

### **Ivo Smrž, Tomáš Doležal**

Nemajetková újma při ublížení na zdraví a její vyrovnání prospěchem / Benefit Deduction from Damages for Personal Injury .....	27
---	----

### **Pavel Záliš**

Původ bipartity legisakčního řízení / Origin of Bipartite <i>legis actio</i> Procedure .....	55
--	----

### **Katarína Šipulová, Marína Urbániková, David Kosař**

Nekonečný příběh Nejvyšší rady soudnictví: Kdo ji chce a proč ji pořád nemáme? / The Neverending Story of the Council for the Judiciary: Who Wants It and Why We Do Not Have It? .....	87
--	----

### **Helena Pullmannová**

Mezinárodní soudní pravomoc ve sporech z porušení práva k obchodnímu jménu / International Jurisdiction in Trade Name Infringement Disputes .....	123
--	-----

### **Sabina Čamdžićová**

Právo dítěte být slyšeno jako základní participační právo / The Right to Be Heard as a Fundamental Part of Children's Participation .....	137
--	-----

### **Andrej Beleš**

Trestné činy súvisiace s verejným obstarávaním / Related Criminal Offenses to Public Procurement.....	153
--	-----

**RECENZE A ANOTACE / BOOK REVIEW AND ANNOTATIONS****Martin Floreš**

DURAČINSKÁ, Jana. Povinnosť lojality (fiduciárne povinnosti) spoločníkov kapitálových spoločností.....177

**NEKROLOG / OBITUARY****Ladislav Vojáček**

Za prof. JUDr. Jozefem Klimkem, DrSc. (10. 2. 1942–24. 1. 2021)..... 185

**POKYNY PRO AUTORY** .....189

**JOURNAL GUIDELINES**.....193

# EDITORIAL

V buchlovských kopcích jste si možná všimli nápisu u cesty: Dršť'ková Koleno. Neumělý, ručně vyvedený text asi nevstoupí do dějin marketingu, ale já bych jeho efekt nepodceňoval. Projíždějícím sděluje nejen dvě zásadní položky z menu té restaurace (či spíše stánku? – nikdy jsem tam nebyl), ale grafika „billboardu“ a jeho umístění, jakož celá ta neumělá lapidárnost perfektně sdělují, co může návštěvník očekávat (a co naopak nedostane).

Hned je například jasné, že o michelinskou restauraci nepůjde, takže náročnější klientela ani nepřibrzdí. A vegani přidají plyn. Na druhou stranu: neevokuje nápis „Dršť'ková Koleno“ jistý druh rutinní solidnosti české/rakouské kuchyně? V duchu možná vidíme ty příbory ze školních jídelen z 80. let (pokud tedy nejsou plastové a neservíruje se v plastových miskách či na papírových táccích). Čekáme lehce odměřenou obsluhu, která nepřerušuje hovor s místními štamgasty, ani když nám servíruje jídlo. Ve vzduchu v místnosti s nízkými stropy se mísí vůně česneku, papriky a majoránky s pečeným vepřovým a štiplavou vůní hořčice a křenu (ten bude ale za příplatek, stejně jako další porce chleba). A tu dršť'kovou a koleno čekáme v poctivé a roky ustálené kvalitě. Slušný výkon od jedné zaprášené cedule s geniálně prostou dvouslovnou zkratkou, což?

Při volbě názvu odborného příspěvku se nám něco takového povede jen málokdy, jistě také proto, že předmět konzumace je diametrálně odlišný (snad mi autoři prominou, že jejich tvůrčí výkony tu přirovnávám k dršť'kové). Podobně jako u té restaurace ovšem platí, že titulek je významnou součástí hry a neměli bychom jej podceňovat. Zejména u začínajících autorů často rozhoduje o jeho úspěšnosti (čtenosti). Tak jako cedule u cesty, může název čtenáře (hosta) hladového po informacích (jídle) přilákat, navnadit, odradit, ale také nudit nebo zklamat. Titulek prostě *je* důležitý.

Zvolit dobrý titulek je dovedností svého druhu; naštěstí není žádným uměním, z čehož plyne, že se dá naučit, či alespoň dobře okopírovat. Rozhodnutí o zdařilosti názvu je ale nakonec v rukou čtenáře, stejně jako potenciálního návštěvníka restaurace. Elektronické verze časopisů či pokladny restaurací ostatně umožňují tento úspěch i měřit: za jídlo platíme penězi a za článek (zejména) svým časem a pozorností.

Pokud bych měl uvést jen dva typické rysy, kterými se vyznačují názvy příspěvků v českých právnických časopisech (zvláště ve srovnání s vyspělejšími zahraničními), uvedl bych tyto: vágnost a skromnost.

K té vágnosti: Jednání naší redakční rady (a to i u jinak vynikajících příspěvků) často končí výzvou autorovi, aby svůj článek přejmenoval. Apel rady většinou doprovází konkrétní doporučení, či přímo návrh lepšího znění. Zvláštní kategorií titulků, na které je naše redakční rada obzvláště citlivá a důsledně je reklamuje, představují právě titulky

vágní: tematicky neurčité a mlhavé názvy („Započtení pohledávek“), které by slušely spíše šestisetstránkové monografii než desetistránkovému článku.

Vrcholnou a dosud nepřekonanou ukázkou tohoto žánru představuje příspěvek, který byl před dvaceti lety publikován v časopise *Správní právo*. Nazván byl „Nad jedním rozhodnutím“. Bohužel, redakční rada *Správního práva* neudržela nervy a ve výročním přehledu publikací tento úžasný název (informačně výživný asi jako návod k vysavači v čínštině) doplnila textem v závorce „zdánlivé manželství – poznámka redakce“, čímž celou zábavu tak trochu pokazila. Titulek tohoto druhu můžeme totiž při troše dobré vůle považovat za promyšlený produkt a dokonalou ukázkou tzv. strategie vágnosti (asi jako kdyby na lístku restaurace byla položka „Jídlo teplé – 189 Kč“).

Vzhledem k tomu, že článek „Nad jedním rozhodnutím“ vyšel v právnickém odborném časopise, vytušíme, že půjde o rozhodnutí nějakého soudu či správního orgánu, a nikoliv třeba o rozhodnutí majitele zahrady, že navečer poseká trávu. Ale to je tak vše, co z názvu zjistíme – a tato mlhavost atakuje naši fantazii podobně, jako by ji oslovil článek nazvaný třeba... „Článek“. Vágnost může paradoxně přitáhnout více čtenářů, než by přilákal jasnější titul – zvědavě čekáme, co za pokrm se z té páry pod pokličkou nakonec vynoří.

Vtipnou variací a zároveň ukázkou dokonalé strategické vágnosti s dovedně skrytou tematickou informací (a navíc doprovázenou nepřímým odkazem na klasický francouzský román), je proslulý Knappův článek „Devadesát devět“<sup>1</sup> věnovaný nájemním smlouvám s dobou nájmu na devadesát devět let (či jinou neúměrnou dobu). Vágnost tak může mít specifitější a zábavnější podobu titulků obrazných, metaforických, založených na pořekadlech, příslovích, názvech filmů, knih či písní nebo na hře se slovy. Pozornost čtenáře obvykle přitáhne tam, kde jsou kombinovány alespoň s náznakem obsahu – což je případ uvedeného Knappova článku. V posledních letech jsou takové titulky častější, což po neslaných nemastných názvech začínajících slovy jako „K některým aktuálním otázkám...“ čtenáři určitě vítají.

A k té skromnosti: V knize „Jak napsat odborný text“ autoři na více místech<sup>2</sup> uvádějí, že český styl vědeckých pojednání charakterizuje nižší stupeň formulační razance i přesvědčivosti: „Zjišťujeme vysokou frekvenci výrazů s funkcí oslabovat asertivnost tvrzení a omezovat jeho obecnou platnost, tj. s funkcí tzv. ‚hedging‘ (Myers, 1989). Těmito výrazy autor vědeckého pojednání např. předjímá výtky možného oponenta, připouští neúplnost, resp. předběžnost svého tvrzení, rezignuje na definitivnost svých závěrů a jejich obecné přijetí.“<sup>3</sup>

1 KNAPP, V. Devadesát devět. *Právní praxe*, 1994, roč. XLII, s. 570 a násl.

2 ČMEJRKOVÁ, Světlá, František DANEŠ a Jindra SVĚTLÁ. *Jak napsat odborný text*. Praha: Leda, 1999, s. 28, 53, 101 a 196.

3 *Ibid.*, s. 28.

Autorský *bedging* se neprojevuje jen ve vlastním textu, tj. při formulaci odborných závěrů. Demonstruje se také, a to velmi často právě u právnických publikací, skromností a uměřeností v titulcích. Statistiku nemáme, ale bylo by zajímavé zjistit, kolik článků publikovaných za posledních padesát let v právnických časopisech začíná opatrnými slovy „K některým aspektům...“, „K vybraným otázkám...“, „Poznámky k...“, „Malá úvaha nad...“, „Nad rozhodnutím Nejvyššího soudu k...“, „Zamyšlení nad...“ nebo jen uvádí předmět článku s předložkami „K...“ nebo „O...“ či „Nad...“

Autorský titulkový *bedging* (často nevědomý) bereme už jako český standard a jeho upejpavá vágnost nás neirituje tak, jako je tomu u jídla; („Tajemství šéfkuchaře“ nebo „Mexické šílenství“ nebo „Něco na cibulce“ možná u někoho budí zvědavost, ale nemyslím, že toto jsou dobré názvy pro jídlo).

Přesněji zacílené titulky jsou u nás méně časté, nemluvě o titulcích s rematickou informací, tj. s informací o výsledku bádání. Ty jsou u nás opravdu mimořádnou výjimkou, přitom čtenáři přinášejí nejvíce informací: takový název v rafinované kombinaci třeba s hříčkami či metaforickými a dalšími netradičními obraty představuje asi tu nejlepší podobu titulku.

Skeptik by možná podotknul, že česká autorská skromnost v titulcích obvykle nebývá falešná, naopak je zcela na místě. V zahraničí obvyklý formát důkladných analytických studií o rozsahu menší knihy u nás totiž není zaveden. České časopisy obvykle preferují příspěvky do limitu 20–25 normostran a v takovém případě opravdu nezbyvá než podat výběr z problematiky. Lehce povadlé a nevyživné názvy typu „K některým otázkám...“ tak nakonec odpovídají skutečnosti. Negativní roli možná hrají i pravidla hodnocení vědy a předpoklady akademických povýšení, které stále zčásti bazírují na kvantitativních ukazatelích. Taktickým rozsekáním studie do menších článků tudíž autor získává více bodů.

Tak či onak, standardní vágnost i skromnost (často v kombinaci, ve které se vzájemně ještě zesilují) vedou českého čtenáře k relativně ležérnímu přístupu k titulcům a k jejich podvědomému podceňování. Čtenáři nevdají záměrně zamlžený název příspěvku, neboť je uvyklý hledat konkrétnější informace o obsahu jinak – např. letným přehlednutím článku. Anebo své rozhodnutí, zda článek vůbec začit číst, učiní podle jiného kritéria.

Nejlepším a nejjistějším titulkem se tak nakonec zdá být... dobré jméno autora. Jako ve vynikající restauraci se špičkovým kuchařem: můžeme objednávat (číst) zcela náhodně a nikdy se nezklameme. Tvůrcům s takovou pověstí můžeme jen gratulovat – asi tak, jako gratulujeme šéfkuchaři k získání michelinské hvězdy.

Zdá se, že pro právnícké publikace žádný michelinský průvodce není. On ale svým způsobem existuje, vytvářen námi všemi jako sbírka kolektivní zkušenosti. Tento neviditelný Průvodce se – a to je nadějí i varováním pro všechny *kuchaře* bez ohledu na hodnost – neustále aktualizuje.



# ČLÁNKY

## The Rule of Law Framework and its Effectiveness

Štěpán Paulík\*

### Abstract

*The article gathers information about the Rule of Law Framework and analyzes the Rule of Law Framework and its implementation. It starts by introducing the Framework itself. It further maps out its implementation via the Recommendations made against Poland. The Recommendations are set within their context, and their reception by Poland follows. Building on the experience, the European Commission opened a discussion on the future of the Framework and its potential improvement. The discussion is touched upon in the article as well. The article analyzes the effectiveness of the Framework in a case study in Poland. It concludes that the Framework was ineffective with regard to achieving its three functions.*

### Keywords

*Rule of Law; Rule of Law Framework; Article 7 TEU; Poland; Foundational Values.*

### Introduction

Art. 2 Treaty on the European Union (“TEU”) stipulates that the European Union (“EU”) is founded on the values of (...) democracy, the rule of law and respect for human rights. The rule of law has become of central importance as it is a prerequisite for effective application of EU law and for mutual trust among the Member states.<sup>1</sup> The recent affairs, especially in Poland and Hungary, have triggered concerns about the presumption of adherence of all Member states to the rule of law and about the EU’s ability to enforce the values. The EU wields several instruments to enforce the Art. 2 TEU values: Art. 7 TEU procedure, the infringement procedure, and, more recent additions, the Rule of Law Framework and the Annual Rule of Law Cycle. They are together

---

\* Štěpán Paulík, student, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Student, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 458801@mail.muni.cz

<sup>1</sup> “Strengthening the Rule of Law within the Union: A blueprint for action“ (Communication from the commission to the European Parliament, the European Council, and the Council) COM(2019) 343 final. *European Commission* [online]. 2019, p. 1 [cit. 22. 2. 2020]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM%3A2019%3A343%3AFIN>

referred to as a ‘EU rule of law toolbox’.<sup>2</sup> This article analyzes and discusses the Rule of Law Framework because the first two instruments of enforcement have enjoyed ample attention,<sup>3</sup> whereas the Framework has gone more or less unnoticed<sup>4</sup> and the last one has been put to use very recently and only once.<sup>5</sup>

The aim of this article is to analyze the Framework and its implementation. Building on the analysis, an assessment of the Framework’s effectiveness in the form of a case study follows.

The Framework is firstly comprehensively introduced and analyzed in Part 2. Part 3 goes through the state of the art of legal scholarship concerning the Framework. Building on the preceding analysis, an overview of how the Framework was put into practice follows in Part 4. In that part, all Recommendations issued on the basis of the Framework are introduced and discussed. Part 5 contains a case study of Poland. The aim of the case study is to assess the effectiveness of the Framework. Part 6 concludes.

## 1 The Rule of Law Framework and the State of the Art

The European Commission came up with a new mechanism to enforce rule of law, the new EU Framework to strengthen the Rule of Law (‘Rule of Law Framework’ or ‘Framework’) to complement its rule of law toolbox. The Commission announced the Framework in the communication to the European Parliament and Council on 11 March 2014.<sup>6</sup>

The Rule of Law Framework’s objective is to ‘ensure an effective and coherent protection of the rule of law (...) where there is *a systemic threat to the rule of law*.’

While the Framework leaves the definition of the concept of rule of law open, it provides a non-exhaustive list of six principles that define its core meaning. Those principles

---

<sup>2</sup> L. Pech offers a chronological overview of all the rule of law enforcement mechanisms that the EU wields currently. PECH, L. The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox. *Reconnect Working Papers* [online]. 2020 [cit. 16. 10. 2020]. Available at: <https://www.ssrn.com/abstract=3608661>

<sup>3</sup> BESSELINK, L. The Bite, the Bark, and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives. In: *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*. Oxford: Oxford University Press, 2017; GORMLEY, L. W. Infringement Proceedings. In: *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*. Oxford: Oxford University Press, 2017; WENNERÅS, P. Making effective use of Article 260 TFEU. In: *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*. Oxford: Oxford University Press, 2017; PECH, op. cit., 2020.

<sup>4</sup> Apart from the fragmentary contributions summarized in the chapter Doctrinal reflection.

<sup>5</sup> Too Little, Too Late. *Verfassungsblog* [online]. 2. 10. 2020 [cit. 26. 11. 2020]. Available at: <https://verfassungsblog.de/too-little-too-late/>

<sup>6</sup> “A new EU Framework to strengthen the Rule of law“ (Communication from the Commission to the European Parliament and the Council) COM(2014) 158 final. *European Commission* [online]. 2014 [cit. 13. 2. 2020]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52014DC0158>

include legality, which implies a transparent, accountable, democratic and pluralistic process for enacting laws; legal certainty; prohibition of arbitrariness of the executive powers; independent and impartial courts; effective judicial review including respect for fundamental rights; and equality before the law.<sup>7</sup> The rule of law is juxtaposed to the principles of democracy and respect for fundamental rights.<sup>8</sup> The listed principles suggest adherence to the thin notion of the concept of rule of law by the Commission.<sup>9</sup> The inclination towards the thin notion of the rule of law is rather advisable, for the thick notion of rule of law has been criticized for blurring the lines between the concept of rule of law and the good law (including democracy etc.),<sup>10</sup> thus opening up the Commission for criticism of enforcing other values contained in Art. 2 TEU under the auspices of the rule of law. Be it as it may, the Commission's definition reflects the European consensus on the content of rule of law that the Reconnect scholars suggest there is in Europe.<sup>11</sup>

The Framework admits that there currently exists a gap in the effective mechanisms that the EU wields against the systemic threat to the rule of law. While Art. 258 TFEU infringement proceedings may be ineffective for a plethora of reasons, the Framework expressly points out the necessity of finding a breach of a specific provision of EU law. And although Art. 7 TEU procedure contains both preventive and sanctioning mechanisms,<sup>12</sup> the threshold for activating, especially the latter, is very high.<sup>13</sup> The Framework thus fills a gap concerning constitutional crises where there is a systemic threat to the rule of law without the existence of a 'clear risk of serious breach' or 'serious and persistent breach' as required by Art. 7 TEU.

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 4.

<sup>8</sup> Perhaps most clearly in the new Rule of Law Report. See COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS 2020 Rule of Law Report The rule of law situation in the European Union COM(2020) 580 final. *European Commission* [online]. 30. 9. 2020.

<sup>9</sup> The thin concepts of rule of law limit themselves to formal properties of laws and legal institutions, that are purported to constitute the rule of law. The thick concepts of rule of law require substantive elements from a larger vision of a good society and polity – democratic, free-market, human rights respecting, or some such – to be present. KRYGIER, M. Rule of Law (and Rechtsstaat). *UNSW Law Research Paper No. 2013-52* [online]. 2013, p. 8 [cit. 20. 3. 2020]. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2311874](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2311874)

<sup>10</sup> Joseph Raz clearly points out that rule of law should not be confused with other virtues such as democracy, respect for human rights, human dignity and alike. RAZ, J. *The authority of law: Essays on law and morality*. Oxford University Press, 1979, p. 211.

<sup>11</sup> PECH, L. et al. Meaning and Scope of the EU Rule of Law. *Reconnect Deliverables*, 2020, pp. 38–42.

<sup>12</sup> Art. 7 TEU enforces compliance with the values enumerated in Art. 2 TEU. It has a three part structure consisting of the determination of "a clear risk of a serious breach", "a serious and persistent breach", and imposition of sanctions in case of the determination of the latter. The threshold for determination of "a serious and persistent breach" is unanimity in the European Council. BESSELINK, 2017, op. cit., pp. 129–133.

<sup>13</sup> KOCHENOV, D. and L. PECH. Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation. *Journal of Common Market Studies*, 2016, no. 5, pp. 1065–1066.

The Framework is a preventative mechanism that precedes triggering Art. 7 TEU seeking to prevent the emergence of a threat to the rule of law that could develop into a ‘clear risk of a serious breach’. This objective underlines the whole mechanism.

The Commission is the body to trigger the procedure under the Framework. At what point should the Commission trigger the Framework procedure? The Framework is ‘not designed to be triggered by individual breaches of fundamental rights or by a miscarriage of justice’; it can only be triggered against threats to the rule of law which are of *a systemic nature*. The Framework builds on the presumption that Member states comply with the rule of law, thus individual breaches of the principle do not fall within the scope of the Framework.<sup>14</sup>

The Commission hints that threats are considered to be systemic when ‘national “rule of law safeguards” do not seem capable of effectively addressing those threats.’ On this basis, Sadurski argues that the collapse or absence of effective self-correction mechanisms are symptoms and/or cause of a systemic threat.<sup>15</sup>

I, for one, do not see a clear relationship between systemic threats to the rule of law and a clear risk of a serious breach under Art. 7 TEU. Once the rule of law is systematically threatened in the way the Commission describes it, i.e. the domestic authorities are incapable of addressing those threats, then it is reasonable to suppose that there is also a clear risk of a serious breach of the rule of law. There are hardly more risks of a serious breach than the inability of domestic institutions to address the severe situation.

Once the Framework is triggered, a three-stage process of a dialogue with the Member state concerned ensues. First, the Commission assesses whether there are clear indications of a systemic threat to the rule of law by collecting and examining all relevant information. As a result of the assessment, if the Commission becomes of the opinion that there is such a threat, it sends the Member state a ‘rule of law opinion’ substantiating its concerns. A back-and-forth play of responses follows. Second, if the Member state fails to resolve the situation and the systemic threat to the rule of law remains, the Commission may issue a ‘rule of law recommendation’ in which it will indicate the causes of the threat and a recommended action to address them within a fixed time limit. Third, the Commission will monitor the compliance of the Member state with the recommendation. If there is no satisfactory resolution, the Commission may have the recourse to one of the mechanisms set out in Art. 7 TEU.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> BOGDANDY, A. V., C. ANTPOHLER and M. IOANNIDIS. Protecting EU Values: Reverse Solange and the Rule of Law Framework. In: *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 226.

<sup>15</sup> SADURSKI, W. *Poland’s Constitutional Breakdown*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2019, p. 218.

<sup>16</sup> COM(2014) 158 final (n 1), pp. 7–8.

## 2 State of the Art

Now that the Framework has been introduced, I turn to the state of the art of legal scholarship dedicated to the Framework. The literature on the Rule of Law Framework is rather scarce. Moreover, all but one articles precede the latter 2016 and both 2017 activations of the Framework by the Commission against Poland. Hence only the Framework itself and its first activation have so far mainly been taken into account. Hence a more detailed and in-depth analysis of the effectiveness of the Framework is desirable.

In 2016, Kochenov and Pech assessed the Rule of Law Framework. Although a step in the right direction, the authors found a couple of shortcomings. First, because a structured dialogue between the Commission and the Member state concerned took centre stage, Kochenov and Pech doubt the presumption that a discursive approach will be effective against countries where the ruling elite had made a deliberate choice to implement measures clearly in breach of EU values. Second, adding a legally non-binding step before the non-automatic recourse to Art. 7 increases the likelihood of protracted discussion. Protracted discussion may only allow the recalcitrant government to entrench and further legal measures that are incompatible with the Art. 2 TEU values, thus leading to ineffective outcomes. Both authors are aware that the validity of their criticism can be tested against time. The Commission's double standards against Poland and Hungary weren't left uncriticized either.<sup>17</sup>

Bogdandy, Antpohler, and Ioannidis also left the question of the effectiveness of the Framework up for the test of time. On the one hand, the authors expressed cautious optimism due to the potential to exert 'considerable political pressure' on the Member state via activation of the Framework. On the other hand, the authors remain sceptical regarding the dominant role of the Commission. The effectiveness could be undermined by the Commission's double standards and its politicizations, both of which had been used as a counterargument by Eurosceptics against its Rule of Law initiatives. That is why the authors suggest establishing an independent Systemic Deficiency Committee that would replace the Commission.<sup>18</sup>

The only author to take into account all four recommendations was Sadurski. After an analysis of the Recommendations, Sadurski concludes that the only substantive result of the implementation of the Framework was the equalization of the lowered retirement age from 67 to 65 for both genders. Other changes were cosmetic, or there were in the majority of cases no changes at all.<sup>19</sup> Yet his analysis does not differentiate between the functions the Framework could serve and does not offer an in-depth analysis of its effects.

---

<sup>17</sup> KOCHENOV, PECH, 2016, *op. cit.*, pp. 1066–1067.

<sup>18</sup> BOGDANDY, ANTPOHLER, IOANNIDIS, 2017, *op. cit.*, pp. 228–229.

<sup>19</sup> SADURSKI, 2019, *op. cit.*, p. 222.

### 3 The Implementation of the Framework

An overview of how the Framework was put into practice ensues. There have so far been made four recommendations on the basis of the Framework. All four were aimed at Poland.

#### 3.1 The First Recommendation

The Commission first opened a dialogue with Poland in December 2015. Following an exchange of letters, the Commission adopted the first Rule of Law Opinion on 1 June 2016. Because the Polish government did not comply, the Commission adopted the Rule of Law Recommendation on 27 July 2016.<sup>20</sup>

Prawo i Sprawiedliwość ('PiS'), immediately after coming into power in 2015, engaged in court packing the Constitutional Tribunal ('CT'). The previous government had, in October 2015, before the election, appointed five judges, 2 of which were appointed unlawfully as they had been appointed prematurely. PiS disregarded the appointment of all five judges, including the lawfully appointed trio, and in December, appointed its five judges. The three 'December' judges improper appointment and the law stipulating that they replace the three 'October' judges were on 3 December 2015 and 9 December respectively declared unconstitutional by the CT.<sup>21</sup>

On top of the court-packing, PiS bombarded the CT with numerous amendments of the statute on the CT. The government tried to approbate its meddling with the three judges and to remove the President and Vice-President of the CT. The CT struck down the whole statute on the CT in its judgment from 9 March 2016.<sup>22</sup> The government's reaction was not to publish the judgment, a condition for its bindingness, arguing that it was delivered in violation of the new statute.<sup>23</sup>

The government went to re-enact similar amendments in the statute on the CT from 22 July 2016. Notwithstanding that there was a slight improvement of the law on the CT between the 2015 amendment and the new 2016 law following, the statute was on 11 August 2016 found unconstitutional by the CT.<sup>24</sup>

The first Recommendation addressed the invalidity of the appointment of the 'December' judges, the 'October' judges not taking up their office, the lack of publication and implementation of the 9 March 2016 Constitutional Tribunal judgment concerning the amendment of the law on the CT and all the consequent decisions, the 22 July 2016 law on the CT,

---

<sup>20</sup> Commission Recommendation (EU) 2016/1374 regarding the rule of law in Poland. *European Commission* [online]. 2016.

<sup>21</sup> For more detailed description see SADURSKI, 2019, op. cit., pp. 61–65.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 70–72.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp. 75–77.

<sup>24</sup> Hence after the first recommendation had been issued. *Ibid.*, p. 71.

the lack of effective constitutional review concerning other major legal changes.<sup>25</sup> The Commission recommended that the Polish authorities:

- Implement the judgments of the CT of 3 and 9 December, which require that the ‘November’ judges take up their position and that the ‘December’ judges nominated by PiS without a valid legal basis do not take up their position.
- Publish and implement the judgments of the CT of 9 March 2016 and its subsequent judgments, ensure that the publication is automatic.
- Ensure the effectiveness of the CT’s constitutional review is not undermined.
- Refrains from actions and public statements that could undermine the legitimacy and efficiency of the CT.<sup>26</sup>

The Commission set a three months time limit to implement the recommended action. In sum, the first Recommendation addressed mainly the attack on the CT while leaving the door open for widening the scope by including the ineffectiveness of constitutional review of many other laws.

As Sadurski rightly notices, the Polish government waited until the last day of the limit with its response to the first Recommendation.<sup>27</sup> The response struck a passive-aggressive note by indicating that the Polish government ‘welcomes openly any suggestions on how to improve the work of the constitutional court’, while simultaneously accusing the Commission of not adhering the principles of ‘objectivism, or respect for sovereignty, subsidiarity, and national identity’ and of basing its ‘unwarranted’ conclusions on incorrect assumptions and incomplete knowledge of the Polish legal system.<sup>28</sup> It claimed that the ongoing political dispute about the rules on the CT did not amount to a systemic threat without providing any grounds for such a claim. The Polish government deemed the first Recommendation groundless.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> New media law, Civil Service Act, amendments of the Law on the Police, the Law on the national Council of Media, and new anti-terrorism law.

<sup>26</sup> Commission Recommendation (EU) 2016/1374, para. 74.

<sup>27</sup> SADURSKI, 2019, op. cit., p. 2019.

<sup>28</sup> Kochenov and Bard list four strategies of authoritarian populists to deflect European criticism. Among these are invocation of national sovereignty when undermining national institutions, the second is appeal to constitutional identity. They are both obviously present in the Polish government’s answer. KOCHENOV, D. and P. BARD. Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement. *Reconnect Working Papers* [online]. 2018, pp. 9–12 [cit. 16. 10. 2020]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3221240>

<sup>29</sup> MFA statement on the Polish government’s response to Commission Recommendation of 27. 7. 2016. *Ministerstwo Spraw Zagranicznych* [online]. [cit. 18. 2. 2020]. Available at: [https://www.msz.gov.pl/en/p/msz\\_en/news/mfa\\_statement\\_on\\_the\\_polish\\_government\\_s\\_response\\_to\\_commission\\_recommendation\\_of\\_27\\_07\\_2016](https://www.msz.gov.pl/en/p/msz_en/news/mfa_statement_on_the_polish_government_s_response_to_commission_recommendation_of_27_07_2016) [The Polish Ministry of Foreign Affairs webpage underwent major reconstruction between the time I submitted the article and its publication. None of the links works now, and the articles with the responses have not been transferred to the new webpage. They were not archived either. Hence, the Polish government’s responses are now unavailable – auth. comment]

Not only did the Polish government not substantiate its counterarguments in the response, but it is also plainly wrong that a non-binding dialogue-based recommendation may in any way imperil the sovereignty or national identity of the Polish Republic.

### 3.2 The Second Recommendation

The second Rule of Law Recommendation ensued shortly after the first when it was clear that the Polish government would stick to its guns. The Commission issued a second complementary Recommendation on 21 December 2016.<sup>30</sup>

At this point, it is important to stress out that the original communication did not account for the multiplicity of recommendations. Only one is presumed by the communication before the triggering of Art. 7 TEU is justified. While the Commission's second triggering of the Framework may have easily been turned against it, it was not, as will be shown later, in the responses of the Polish government to the Recommendations.

The Commission repeated its concerns about the lack of implementation of the judgments finding the appointment of the 'December' judges unconstitutional and the inaction of the Polish government about the appointment of the 'October' judges. The Polish government still refused to publish and implement the 9 March 2016 and onwards decision(s) of the CT on the basis that it had the power to review the lawfulness of the judgments.<sup>31</sup>

The combined effect of various measures on the effectiveness of the constitutional review remained. Although the Polish government made some changes to the law on the CT and cosmetically improved the situation, it failed to acknowledge and implement the majority of the concerns of the Commission from the first Recommendation. Interestingly, the Polish government amended the law instead of publishing an 11 August 2016 CT judgment which had declared some of the provisions of the law on the CT unconstitutional. The Polish government had, in the meantime, introduced a new batch of worrisome measures. The law on the status of judges gave the President of the Republic the power to initiate disciplinary proceedings against CT judges, the government created an incentive for CT judges to retire early and introduced some new requirements of the judges of the CT, including a declaration of assets and declaration on the activity of their spouses. The CT was internally reorganized by creating two new chambers. The majority of the provisions entered into force the day after their publishment without any *vacatio legis*.<sup>32</sup>

As a consequence of these changes, new legislative acts, often passed through the accelerated legislative procedure, could not be effectively reviewed. The laws not effectively reviewed by the CT include the law on the Ombudsman, on the Public Prosecution

---

<sup>30</sup> Commission Recommendation (EU) 2017/146 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendation (EU) 2016/1374. *European Commission* [online]. 2016.

<sup>31</sup> *Ibid.*, para. 15.

<sup>32</sup> *Ibid.*, paras. 32–33; SADURSKI, 2019, *op. cit.*, p. 33.

office, the Civil Service Act, the budgetary law on top of the laws mentioned in the first Recommendation. A number of them raise concerns on their own about the rule of law and fundamental rights. The ineffectiveness of constitutional review was addressed by the Commission.

The Commission lastly addressed the rochade on the position of the President of the CT. The new Law on the organization and proceedings created a position of an acting President of the CT tasked with temporarily carrying out the role of the President of the CT, hence effectively negating the function of the Vice-President. The acting President of the CT is appointed by the President of the Republic without the requirement of the nomination by the CT's general assembly.<sup>33</sup> Moreover, the selection procedure of the President of the CT had been amended so that the participation of the unlawfully elected 'December' judges was required.

The changes were immediately put into practice so that PiS-selected judge Julia Przyłębska had first been appointed as the acting President. Only to be later selected as the President of the CT by a General Assembly with only six judges present. What's more, three of the present judges were the unconstitutionally appointed 'December' judges, plus the whole procedure was mired in irregularities.<sup>34</sup>

The Commission dedicated more space and effort to finding the 'systemic threat' than in the first Recommendation. On top of the recommended actions that had been made in the first Recommendation, the Commission recommended that the Polish authorities in the 2 months limit:

- Ensure that the CT can review the constitutionality of the law on the status of judges, the law on the organization and proceedings and the implementing law, and its decisions are published and implemented fully,
- Ensure that no appointment of the President of the CT takes place as long as the three unlawfully appointed judges to participate and as long as the judgments of the CT on the constitutionality of the new laws had not been published and implemented fully,
- Ensure that the Vice-President, not the acting President temporarily carries out the function of the President of the CT.<sup>35</sup>

As the crisis of the CT worsened from the first Recommendation, the second Recommendation again addressed mainly the changes made to the CT, other laws being only implied under the lack of effective constitutional review.

---

<sup>33</sup> As required when selecting the President of the CT.

<sup>34</sup> For more detailed description of the whole election procedure see SADURSKI, 2019, op. cit., pp. 65–66.

<sup>35</sup> Commission Recommendation (EU) 2017/146 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendation (EU) 2016/1374. *European Commission* [online]. 2016, p. 62.

The Polish government yet again waited until the last day of the limit for its response to the second recommendation. It insisted that all the changes to the CT and the replacement of the President were in line with the European standards and made in order for the CT to operate properly. The government, on top of reiterating its accusations, sharpened its tone by singling out comments made by the Vice-President of the Commission Frank Timmermans. The government even called Timmermans to stop with his comments.<sup>36</sup>

The lack of good faith on the government's part is further corroborated by its claim that it took into account a number of recommendations made by the Venice Commission, while simultaneously publicly attacking its recommendations for extreme one-sidedness.<sup>37</sup>

### 3.3 The Third Recommendation

The Commission adopted a third Recommendation complementary to the first two on 26 July 2017.<sup>38</sup> The scope of the Recommendation considerably widened beyond the changes to the CT as a reaction to further proposed changes to the judiciary.

The Recommendation starts by observing that none of the recommended actions regarding the CT and the constitutional review had been complied with. That the three 'December' judges still carry out their function, that the President was replaced by the acting President Julia Przyłębska, that the judgments from 9 March 2016 onwards had not been published, and that the specified laws had not been subject to constitutional review. The Polish government did not stop at capturing the CT. It presented a set of new laws and new amendments threatening the independence of the judiciary, including the ordinary judiciary and the Supreme court.

The new law on Ordinary Court Organization granted the Minister of Justice the power to appoint and dismiss court presidents without being bound by concrete criteria. The court presidents have a double role of being the court manager and a judge plus they have strong managerial position vis-à-vis other judges.<sup>39</sup> The potential dismissal

<sup>36</sup> MFA statement on the Polish government's response to Commission Recommendation of 27.7.2016. *Ministerstwo Spraw Zagranicznych* [online]. [cit. 18.2.2020]. Available at: [https://www.msz.gov.pl/en/p/msz\\_en/news/mfa\\_statement\\_on\\_the\\_polish\\_government\\_s\\_response\\_to\\_commission\\_recommendation\\_of\\_27\\_07\\_2016](https://www.msz.gov.pl/en/p/msz_en/news/mfa_statement_on_the_polish_government_s_response_to_commission_recommendation_of_27_07_2016)

<sup>37</sup> Minister Waszczykowski: the Venice Commission report is extremely one-sided, PAP dispatch from 14 October 2016. *Ministerstwo Spraw Zagranicznych* [online]. [cit. 18.2.2020]. Available at: [https://www.msz.gov.pl/en/news/they\\_wrote\\_about\\_us/minister\\_waszczykowski\\_the\\_venice\\_commission\\_report\\_is\\_extremely\\_one\\_sided\\_pap\\_dispatch\\_from\\_14\\_october\\_2016](https://www.msz.gov.pl/en/news/they_wrote_about_us/minister_waszczykowski_the_venice_commission_report_is_extremely_one_sided_pap_dispatch_from_14_october_2016)

<sup>38</sup> Commission Recommendation (EU) 2017/1520 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendation (EU) 2016/1374 and (EU) 2017/146. *European Commission* [online]. 2017.

<sup>39</sup> For a more extensive debate on the role of the court presidents, see KOSARĚ, D. and A. BLISA. Court Presidents: The Missing Piece in the Puzzle of Judicial Governance. *German Law Journal*, 2018, no. 7. Available at: <https://is.muni.cz/publication/1479897/en/Court-Presidents-The-Missing-Piece-in-the-Puzzle-of-Judicial-Governance/Kosar-Blisa> [cit. 11.3.2020].

or reappointment could threaten their and other judges' independence.<sup>40</sup> The new laws allowed the assistant judges, who do not have the same guarantees of independence as the ordinary judges, to act as single judges in district courts.

The National Council of the Judiciary ("KRS") did not go unchanged either as the Polish government considered mainly its judicial component as an obstacle to its reform. The KRS is a body of judicial self-governance that safeguards judicial independence and has an impact on individual judges as regards their promotion, transfer, disciplinary proceedings, dismissal, or early retirement. Before the amendment and according to the Constitution, out of the 25 members KRS, 15 judges-members were appointed by their peers.

The amendment of the law on the KRS stipulates that the 15 judges-members would be chosen and potentially reappointed by Sejm. In total, 23 out of 25 members of the KRS would be elected either by Sejm or Senate. That would have significantly hiked the influence of Sejm over the KRS and indirectly threatened the independence of judges. Moreover, the mandates of all the current judges-members would be prematurely terminated despite the length of the mandate being Constitutionally guaranteed.<sup>41</sup> The Recommendation also addressed the internal restructuring of the KRS, and it pointed out the potential unconstitutionality of the amendment and recalled the unavailability of effective constitutional review.<sup>42</sup>

The last batch of proposed changes involved the Supreme court. The major concern of the Commission was the forcible termination of mandates and retirement of all judges of the SC the day following the entry of force of the new law on the SC. They could be possibly reappointed upon a decision of the President of the Republic on the basis of an indication of the Minister of Justice and a consultation with the KRS.

The retirement age of the SC would be lowered from 67 to 65 years for male judges and from 67 to 60 years for female judges. The Minister of Justice would gain the power to extend the mandate upon a request from an individual judge, thus increasing the influence of the Minister could exert over individual judges and threatening their independence. The Recommendation concluded that the combination of lowering the retirement age with the power of the Minister to extend the mandates undermines the principle of irremovability of judges, which is a crucial element of independence of the judiciary. The Recommendation also addressed the changes made to the disciplinary proceedings against judges. A new disciplinary chamber was to be established, the disciplinary proceedings could be initiated by the Minister of Justice, plus their role would be further

---

<sup>40</sup> Paras. 18–23.

<sup>41</sup> SADURSKI, 2019, *op. cit.*, pp. 99–102.

<sup>42</sup> Commission Recommendation (EU) 2017/1520 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendation (EU) 2016/1374 and (EU) 2017/146. *European Commission* [online]. 2017, paras 24–30.

strengthened in the proceedings. The changes to the disciplinary proceedings would further undermine the independence of judges.

The Commission also pointed out the fast tracking and lack of discussion during the legislative process.

On top of the recommended actions that had been made in the first two Recommendations, the Commission recommended that the Polish authorities in the 1-month limit:

- Ensure that the laws on the KRS, on Ordinary Court Organization and on the SC do not enter into force and that the law on the KRS complies with the Constitution and the European standards,
- Refrain from any measures interfering with the mandate of the SC judges,
- Ensure that any justice reform upholds the rule of law and complies with the EU standards on judicial independence,
- Refrain from actions and public statements that could undermine the legitimacy and efficiency of the CT, the SC, the ordinary courts, and the judiciary as a whole.<sup>43</sup>

The Polish government published a statement the day the third recommendation was issued. The government accused the Commission of using ‘a language of ultimatums’, calling the non-binding recommendation as a premature ‘interference with the legislative process in Poland’ because the reform of the Polish judiciary had yet not been carried out. The government attacked the Commission for its partiality, lack of understanding of the fundamental and substantive aspects of the reform, and its lack of competence.<sup>44</sup> The government asked for further clarification,<sup>45</sup> only to attack the Commission for its absence of willingness to engage in a dialogue and insufficient concreteness of its reply.<sup>46</sup> After asking for one more clarification, the government corroborated its claims about the lack of a constructive dialogue by pointing out that Timmermans’ position coincided with the stance of the Polish opposition.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> MFA statement following the European Commission’s Recommendation of 26 July 2017 regarding the rule of law in Poland . *Ministerstwo Spraw Zagranicznych* [online]. [cit. 18.2.2020]. Available at: [https://www.msz.gov.pl/en/news/mfa\\_statement\\_following\\_the\\_european\\_commission\\_s\\_recommendation\\_of\\_26\\_july\\_2017\\_regarding\\_the\\_rule\\_of\\_law\\_in\\_poland\\_](https://www.msz.gov.pl/en/news/mfa_statement_following_the_european_commission_s_recommendation_of_26_july_2017_regarding_the_rule_of_law_in_poland_)

<sup>45</sup> Letter of Polish Foreign Minister to European Commission’s First Vice-President. *Ministerstwo Spraw Zagranicznych* [online]. [cit. 18.2.2020]. Available at: [https://www.msz.gov.pl/en/news/letter\\_of\\_polish\\_foreign\\_minister\\_to\\_european\\_commission\\_s\\_first\\_vice\\_president\\_](https://www.msz.gov.pl/en/news/letter_of_polish_foreign_minister_to_european_commission_s_first_vice_president_)

<sup>46</sup> MFA communique following reply from Commission First Vice-President to Polish Foreign Minister’s letter. *Ministerstwo Spraw Zagranicznych* [online]. [cit. 18.2.2020]. Available at: [https://www.msz.gov.pl/en/news/mfa\\_communique\\_following\\_reply\\_from\\_commission\\_first\\_vice\\_president\\_to\\_polish\\_foreign\\_minister\\_s\\_letter\\_1](https://www.msz.gov.pl/en/news/mfa_communique_following_reply_from_commission_first_vice_president_to_polish_foreign_minister_s_letter_1)

<sup>47</sup> Communique following European Commission reply to MFA letter. *Ministerstwo Spraw Zagranicznych* [online]. [cit. 18.2.2020]. Available at: [https://www.msz.gov.pl/en/news/communique\\_following\\_european\\_commission\\_reply\\_to\\_mfa\\_letter](https://www.msz.gov.pl/en/news/communique_following_european_commission_reply_to_mfa_letter)

The accusation of premature interference is quite ironical in the perspective of the Framework being a preventative mechanism, not one aimed at resolving already inflicted damage to the rule of law. It is only logical that the Commission would intervene before any harmful changes of the judiciary are implemented. The rest of the response only reflects the paranoia and lack of good will at the side of the Polish government.

### 3.4 The Fourth Recommendation

The last Recommendation was issued on 20 December 2017 following a number of legal changes of the judiciary.<sup>48</sup> The Polish government went through with several changes despite the previous recommendations. In the new law on the SC from December 2017, the retirement age of the SC judges was lowered to 65,<sup>49</sup> forcibly retiring around 37 % judges. The forced retirement would entail the premature termination of the mandate of the SC President. The new law gave power to the President of the Republic upon request of the judges to prolong their mandate. The President was not bound by any criteria, nor timeframe. The early retirement, the prospect of request for prolongation of the mandate, the implied far-reaching personal recomposition in combination with the changes to the KRS threatened judicial independence and raised the issues of unconstitutionality.<sup>50</sup>

The new law also introduced an extraordinary appeal procedure. The SC could review any decision from the past 20 years delivered by a Polish court, thus undermining the principle of legal certainty, a key component principle of the rule of law under the Framework. The grounds for the appeal were indeed very broad.<sup>51</sup> The law also amended the disciplinary procedure.

The second batch of criticism was addressed against the changes made to the KRS. The Polish government went through the changes, prematurely terminated mandates of all the judges-members and changed the appointment procedure so that the judges-members would be appointed by Sejm *en bloc*. Again, concerns regarding judicial independence and the constitutionality of the changes were raised.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Commission Recommendation (EU) 2018/103 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendation (EU) 2016/1374, (EU) 2017/146 and (EU) 2017/1520. *European Commission* [online]. 2017.

<sup>49</sup> The first proposal contained an unequal retirement age of female and male SC judges. The government bent to the pressure and equalized it to 65. SADURSKI, 2019, op. cit., p. 222.

<sup>50</sup> Commission Recommendation (EU) 2018/103 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendation (EU) 2016/1374, (EU) 2017/146 and (EU) 2017/1520. *European Commission* [online]. 2017, paras. 5–17.

<sup>51</sup> SADURSKI, 2019, op. cit., p. 114.

<sup>52</sup> Commission Recommendation (EU) 2018/103 regarding the rule of law in Poland complementary to Recommendation (EU) 2016/1374, (EU) 2017/146 and (EU) 2017/1520. *European Commission* [online]. 2017, paras. 22–35.

The Commission mainly reiterated its recommended actions from the previous Recommendations and made 2 novel recommended actions concerning the new laws. The Polish authorities should in three months:

- Ensure amendment of the law on the SC so that the lowered retirement age does not apply, the discretionary power of the President of the Republic to prolong mandates is removed, the extraordinary appeal procedure is removed,
- Ensure that mandates of the judges-members of the KRS are not prematurely terminated and that they are appointed by their peers.<sup>53</sup>

The government did not respond to the last Recommendation as it saved up its arguments for the response to the reasoned proposal.<sup>54</sup>

### 3.5 The reasoned proposal

The last Recommendation was issued along with the reasoned proposal under Art. 7(1) TEU.<sup>55</sup> The reasoned proposal is required to trigger the preventative mechanism of Art. 7 TEU. The proposal must be ‘reasoned’, i.e. it must contain information and the basis for the conclusion reached by the reasoned proposal.

The reasoned proposal lodged by the Commission heavily builds on the first three Recommendations. The explanatory memorandum attached to the proposal explicitly refers to the Recommendations for more detailed information on the development in Poland as the proposal contains ‘an overview of the main developments’.<sup>56</sup>

The proposal contains an implicit evaluation and a brief evaluation of the effectiveness of the preceding dialogue under the Framework. The reasoned proposal is presented as ‘a new phase of dialogue formally involving the European Parliament and the Council’ after that two years of dialogue with Poland had not led to results and had not prevented further deterioration of the situation.<sup>57</sup> To me, calling a potential determination of ‘a clear risk of a serious breach of the rule of law’ as a new phase of dialogue is a major understatement of the gravity of the situation.

While the reasoned proposal admits the ineffectiveness of the prior dialogue, it also submits that all the Recommendations played an important role in supplementing

<sup>53</sup> Ibid., paras. 22–35.

<sup>54</sup> MFA statement on the European Commission’s decision to launch the disciplinary process against Poland laid out in Article 7 of the TEU. *Ministerstwo Spraw Zagranicznych* [online]. [cit. 18. 2. 2020]. Available at: [https://www.msz.gov.pl/en/p/msz\\_en/news/mfa\\_statement\\_on\\_the\\_european\\_commission\\_s\\_decision\\_to\\_launch\\_the\\_disciplinary\\_process\\_against\\_poland\\_laid\\_out\\_in\\_article\\_7\\_of\\_the\\_teu](https://www.msz.gov.pl/en/p/msz_en/news/mfa_statement_on_the_european_commission_s_decision_to_launch_the_disciplinary_process_against_poland_laid_out_in_article_7_of_the_teu)

<sup>55</sup> Proposal for a Council decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law COM(2017) 835 final. 2017. *European Commission* [online]. [cit. 13. 2. 2020]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1555065725694&uri=CELEX%3A52017PC0835>

<sup>56</sup> Explanatory memorandum of the Proposal, para. 6.

<sup>57</sup> Explanatory memorandum of the Proposal, para. 184.

the Commission with sufficient information to issue a reasoned proposal under Art. 7(1) TEU. Moreover, the failure to comply with the Recommendations is used as a justification for the proposal.<sup>58</sup> It is important to keep in mind that the Commission admits that the Framework failed all its roles, but the information-gathering role.

### 3.6 The future of the Framework

The last two documents in which the Recommendation figures are the 2019 Commissions communications on the future of the rule of law within the Union<sup>59</sup> and the blueprint for action.<sup>60</sup>

The first document presents a self-reflection on the numerous rule of law instruments the EU wields and on their usage. When shifting the focus to the future, the document discusses possibly promotion, prevention, and enforcement of the value of the rule of law. The communication again stresses the importance of establishing an effective dialogue as a solution to the rule of law crises and Framework's key role in creating the knowledge base in further action from the Union.

The communication ponders several potential improvements: a greater involvement of other institutions (the EP, the Council, the Venice Commission, the CoE), underpinning the dialogue with specific action plans and technical support, and strengthening consequences if a Member state fails to remedy the situation. The document concludes by inviting relevant stakeholders for a debate.

The blueprint for action is the follow up on the first document. It builds on the debate that had been led in the meantime. The Commission would in the future involve other EU institutions more regularly when implementing the Rule of Law Framework.<sup>61</sup> Moreover, the Framework would come with clearer procedures and timelines.<sup>62</sup> The document does not specify what exactly does that mean. Lastly, perhaps more implicitly, the Commission vowed that the EU action would be objective, proportionate, and non-discriminatory.<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> Proposal for a Council decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law COM(2017) 835 final. *European Commission* [online]. 2017, para. 31 [cit. 13. 2. 2020].

<sup>59</sup> "Further strengthening the Rule of Law within the Union: State of play and possible next steps" (Communication from the commission to the European Parliament, the European Council, and the Council) COM(2019) 163 final. *European Commission* [online]. 2019. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0163>

<sup>60</sup> "Strengthening the Rule of Law within the Union: A blueprint for action" (Communication from the commission to the European Parliament, the European Council, and the Council) COM(2019) 343 final. *European Commission* [online]. 2019, p. 1 [cit. 22. 2. 2020].

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 3.

#### 4 Case-study: Poland

In this part, I critically assess whether the Framework was effective in achieving its goals. I argue that the Framework aimed at achieving three objectives: eliciting a change of national law or practice concerning rule of law, gathering information related to rule of law for future use, and mobilizing internal actors other than the government encroaching upon rule of law. Keeping in mind that the Framework is a case of soft-law mechanism with weakened dimension of obligation and precision,<sup>64</sup> the goal of eliciting a change of law or of practice (or preventing such change) flows from the Framework's text itself (see Part 1). The goal of gathering information follows from its ensuing implementation (see Part 3.5) and the official debate surrounding it (Part 3.6). The effectiveness of the Framework will now be assessed against the background of these three goals.

The first goal of eliciting change in law and in practice could be understood in two terms. First, the objective could be understood in broader terms as aiming at eliciting a profound change of legal culture and adoption of new patterns of political behaviour in Member states. Second, the objective could be understood in more limited terms as aiming to force certain legislative changes in Member states.<sup>65</sup> Since the Framework is a soft-law mechanism and the Recommendations have always identified concrete issues, its effectiveness will be measured against the more limited understanding of the objective.

Hence in terms of the first objective, the effectiveness of the Framework is assessed as the impact of the Framework upon the issues identified in the implementing recommendations. For more clarity, I created a table of the chronological development of the recommended actions made by the Commission addressed to Poland.

Table 1: The chronological overview of the issues identified sorted by the recommendations (x stands for non-implementation and new signals the issue appearing for the first time).

Issue	1st	2nd	3rd	4th
full implementation of 3 and 9 December 2015 CT judgments (three 'October' judges can take up their post, while three 'December' judges cannot)	new	x	x	x
publish and implement the CT judgments from 9 March onwards	new	x	x	x
any reform of the Law on the CT respects the case-law of the CT	new	x	x	x

<sup>64</sup> ABBOTT, K. W. and D. SNIDAL. Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, 2000, no. 3, p. 422.

<sup>65</sup> GOLDNER LANG, I. *The Rule of Law, the Force of Law and the Power of Money in the EU*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3545940> [cit. 20. 12. 2020].

Issue	1st	2nd	3rd	4th
the effectiveness of the CT is not undermined	new	x	x	x
the CT can review the compatibility of the new law on the CT	new	x	x	x
refrain from actions and public statements that could undermine the legitimacy and efficiency of the CT	new	x	x	x
the CT can review the Law on the status of judges, on organization and proceedings and the Implementing law		new	x	x
no appointment of the President of the CT takes place as long as the judgments have not been fully published and implemented and as long the October judges haven't taken up their function	new	x	x	
ensure that the acting President does not replace the President of the CT		new	x	x
the law on the KRS, Ordinary Courts Organization, on the SC do not enter into force, the law on the KRS is withdrawn/amended not to violate the Constitution and European standards	new	x		
any justice reforms respects the rule of law and complies with EU law and European standards,			new	x
the law on the SC is amended not to apply lowered retirement age, the discretionary power of the PotR to prolong the mandate is removed, the extraordinary appeal procedure is removed	new			
the law on the KRS is amended so that the mandate of judge-members is not terminated and new appointment regime removed			new	
refrain from actions and public statements that could undermine the legitimacy of the CT, ordinary courts and the judiciary as a whole			new	
<b>Time limit</b>	3 months	2 months	1 month	3 months

Source: Author

The table quite clearly corroborates the claim of the ineffectiveness of the Framework with regard to changing the course of action of the rule of law backsliding in Poland. The ineffectiveness of the Framework in terms of the first goal can be further illustrated on the reaction of the Polish government to the individual recommendations. In my view, they also prove that a more systemic and profound change is unlikely to result from the Framework.

The reactions of the Polish government only show its unwillingness to engage in a constructive dialogue with the Commission. The government failed to substantiate its accusations and arguments, and its rhetoric grew more aggressive and harsher. A change of law or of practice could not be expected by an actor, the government, using such harsh rhetoric and disregard for good faith dialogue. It only corroborates Kochenov and Pech's conclusion that a government intentionally undermining the rule of law and unwilling to enter into a dialogue in good faith cannot be expected to change its practice under a dialogue-based mechanism.

In terms of the second goal, I argue that the Framework was a success. The information gathered in the recommendations was put into practice in the latter reasoned proposal (see Part 3.5). The downside of the information-gathering function is that it only works with regard to the Member state that is already on track to rule of law backsliding. The issue of potential discrimination and partiality may be in future resolved by the upcoming Annual Rule of Law Cycle, which applies to all Member States. The implementation of the Cycle, in turn, undermines the information gathering purpose of the Framework as it would be better served by a different tool.

In terms of the third goal, it hard to track down the impact of the Framework upon the internal actors. The judiciary reforms have repeatedly sparked massive protests, for example, massive protests against the reforms effectively capturing the ordinary judiciary and the KRS.<sup>66</sup> The Framework's most tangible appearance is the joint Open Letter to the College of Commissioners regarding the situation in Poland sent by a plethora of international and Polish NGOs. According to the signatory NGOs, the Framework was a welcome addition to the EU rule of law toolbox, and the NGOs expressed a fondness of the Commissions follow up Art. 7 TEU activation. Yet, the NGOs remained concerned about the development of rule of law backsliding in Poland.<sup>67</sup>

The signing NGOs include NGOs focused on LGBT+ rights (Stowarzyszenie Queerowy Maj), on human rights (Helsinkińska Fundacja Praw Człowieka), or civic society (Sieć Obywatelska Watchdog Polska). Hence the Framework reached out at least to some segments of the non-legal community. For a legal tool to reach the non-legal community can, in my eyes, be considered a success.

## Conclusion

The Rule of Law Framework was the centrepiece of this article. So far, it has escaped close attention, and the majority of it came before or around its first implementation.

---

<sup>66</sup> SADURSKI, 2019, op. cit., p. 99.

<sup>67</sup> Open Letter to the College of Commissioners regarding the situation in Poland. *Amnesty International and other NGOs* [online]. 2017 [cit. 26. 11. 2020]. Available at: <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR3756842017ENGLISH.PDF>

Around six years have elapsed between now and the Framework's establishment. That is more than sufficient time to analyze its effectiveness. Building on the detailed and thorough analysis carried out in this article, it is now possible to conclude that the Framework was only effective in its information-gathering function. It failed in eliciting almost any change in law or the political practice of a Member state.

As the rule of law situation in Poland and Hungary is arguably worsening, the need to evaluate the effectiveness of EU law's current mechanisms is even more pressing to improve them, building upon the experience. The Commission is well aware of the need to evaluate and potentially change its approach. That's why it at the beginning of 2019 opened a discussion on the current state and the future of the rule of law within the EU. The question of whether legal instruments can solve the rule of law crises across the Member states underlies the whole discussion and cannot be avoided in the future.

What is perhaps even more striking is the Commission's lack of self-reflection and overreliance on soft-law dialogue-based mechanisms, given their apparent ineffectiveness. Their ineffectiveness has been admitted by the Commission itself (see above) and pointed out by scholars.<sup>68</sup> Information gathering is the only role Framework. Similarly, the Justice scoreboard has successfully played, which cannot in itself warrant the expectation that they will halt the rule of law backsliding. As Kochenov and Bard point out, the invention of new soft-law procedures cannot justify the EU's inactivity and engagement with other mechanisms.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> KOCHENOV, BARD, 2018, *op. cit.*, pp. 16–17.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 16.



# Nemajetková újma při ublížení na zdraví a její vyrovnání prospěchem (*compensatio lucri cum damno*)\*

Benefit Deduction from Damages for Personal Injury  
(*compensatio lucri cum damno*)

Ivo Smrž\*\*, Tomáš Doležal\*\*\*

## Abstrakt

*Předmětem článku je problematika vyrovnání újmy prospěchem (compensatio lucri cum damno) v civilním deliktním právu v souvislosti s náhradou nemajetkové újmy při ublížení na zdraví, tedy v českém právu s bolestným, náhradou za zřížení společenského uplatnění a za další nemajetkové újmy. Nejprve bude v článku pojednáno obecně o úskalích souvisejících s vyrovnáním nemajetkové újmy na zdraví nabytým prospěchem. Následovat bude rozbor jednotlivých doktrinárních a judikatorních názorů a kritérií, podle nichž je možné relevantní případy posuzovat, včetně dostupné (německé a rakouské) judikatury. Závěr článku bude věnován typickým skupinám případů této oblasti v návaznosti na relevantní kritéria pro jejich posuzování.*

## Klíčová slova

*Náhrada škody; újma; vyrovnání újmy prospěchem.*

## Abstract

*The article focuses on the tort law concerning the deduction of benefits from damages for personal injury (compensatio lucri cum damno), i.e. in the Czech law in relation to the compensation for pain and suffering, deteriorated social position and other non-pecuniary harm. At first, the article deals in general with problematic aspects associated with benefit deduction from damages for personal injury. This will be followed by an analysis of the various doctrinal and judicial opinions and the criteria according to which the relevant cases could be assessed and solved, including the available (German and Austrian) case law. The conclusion of the article will be aimed at typical groups of cases in connection with the relevant criteria for their assessment.*

## Keywords

*Damages; Personal Injury; Benefits; Deduction.*

## Úvod – teorie vyrovnání újmy prospěchem

Problematika vyrovnání újmy prospěchem představuje v teorii i praxi civilního deliktního práva jednu z klíčových otázek, která má významné dopady pro chápání celého systému

\* Tento článek byl vypracován s podporou GAČR v rámci grantového projektu 20-27258S.

\*\* JUDr. Ivo Smrž, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v.v.i. / Institute of State and Law of the CAS, Czech Republic / E-mail: smrz@ilaw.cas.cz

\*\*\* Doc. JUDr. Tomáš Doležal, Ph.D., LL.M., Ústav státu a práva AV ČR, v.v.i. / Institute of State and Law of the CAS, Czech Republic / E-mail: tomas.dolezal@ilaw.cas.cz

náhrady škody. O tom svědčí například velké množství zdrojů dostupných pro německé<sup>1</sup>, rakouské<sup>2</sup>, anglické<sup>3</sup> či americké právo<sup>4</sup>. Je tudíž až s podivem, že se v českém právu této problematice doposud nikdo podrobněji nevěnoval<sup>5</sup>, a to přesto, že se jedná o oblast nejen s výrazným teoretickým, ale i praktickým potenciálem. Slovy Richarda Lewise<sup>6</sup> nejde o hledání odpovědí na otázky „zda“ (nahradit), nýbrž na praktické otázky „kolik“ (nahradit).

V zahraničí bývá tato problematika souhrnně označována latinským výrazem *compensatio lucri cum damno*. V německy hovořících zemích se užívá rovněž termínu *Vorteilsausgleichung*<sup>7</sup>, v angloamerickém právu jde mj. o problematiku tzv. *collateral benefits*.<sup>8</sup> V České republice se většinou používá termínu *vyrovnání újmy prospěchem*, ale s ohledem na relativně nízkou frekvenci používání tohoto institutu se nedá hovořit o zavedené terminologii.

Oč v případě vyrovnání újmy prospěchem jde? Obecně řečeno, v případě vyrovnání újmy prospěchem se jedná o situace, v nichž událost vyvolávající povinnost k náhradě újmy nezpůsobí toliko újmu, nýbrž dá současně vzniknout určitému prospěchu (výhodě, užitku) na straně poškozeného.<sup>9</sup> Oertmann<sup>10</sup> ve svém vlivném díle již před více jak sto lety vymezil tuto problematiku jako oprávnění škůdce započíst za určitých předpokladů prospěch, který získal pro poškozeného, proti újmě, již má nahradit.

Klíčová otázka, se kterou se tato oblast práva vypořádává, zní, zda je přípustné a obecně vůbec vhodné prospěch nabytý v důsledku škodní události při stanovení výše újmy zohlednit. Jinak řečeno, zda je zapotřebí prospěch, který poškozený škodní události nabyt, odečíst od celkové náhrady újmy, či poškozenému přiznat nejen celkovou náhradu

<sup>1</sup> Pro přehled zdrojů viz např. LANGE, H. a G. SCHIEMANN. *Schadensersatz*. 3., přepracované vyd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, s. 486.

<sup>2</sup> Viz např. KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*. 3., přepracované vyd. Wien: Manz, 1997, s. 326.

<sup>3</sup> LEWIS, R. *Deducting Benefits from Damages for Personal Injury*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>4</sup> Restatement of torts, Restatement Of The Law, Second, Torts § 920.

<sup>5</sup> V odborné literatuře lze nalézt, velmi zřídka, statě, které se této problematice dotýkají, avšak toliko velmi obecně, spíše lze říci přehledově. Zmínit je možné pasáže v monografii Štefana Lubyho *Prevenca a zodpovednosť v občianskom práve* čítající čtyři strany: LUBY, Š. *Prevenca a zodpovednosť v občianskom práve*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1958, s. 353–357; Či obdobně podkapitolu Filipa Melzera v komentáři k občanskému zákoníku čítající šest stran: MELZER, F., P. TÉGL a kol. *Občanský zákoník – veľký komentár. Svazek IX. § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018, s. 943 a násl.

<sup>6</sup> LEWIS, R. *Deducting Benefits from Damages for Personal Injury*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. vii.

<sup>7</sup> Z rakouské doktríny viz např. KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*. 3., přepracované vyd. Wien: Manz, 1997, s. 326 a násl.; Z německé pak LANGE, H. a G. SCHIEMANN. *Schadensersatz*. 3., přepracované vyd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, s. 486 a násl.

<sup>8</sup> Viz např. The Law on Damages. *Consultation Paper*, CP 9/07, 04/05/2007, s. 44 a násl. Dostupné z: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/consult/damages/cp0907.pdf>

<sup>9</sup> Viz např. LANGE, H. a G. SCHIEMANN. *Schadensersatz*. 3., přepracované vyd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, s. 486.

<sup>10</sup> OERTMANN, P. *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Rechte*. Reprint 2018 (1. April 1901). Berlin: De Gruyter, 2018, s. 12.

újmy, ale také mu ponechat nabytý prospěch. A to primárně z důvodu, aby se poškozený skrze poskytnutou náhradu a prospěch bezdůvodně neobohatil a současně aby škůdce nenahradil méně, než kolik činí skutečně způsobená újma.

Položenou otázku není vždy snadné zodpovědět. Nahlédneme-li do českého právního řádu, zjistíme, že obecně použitelné pravidlo neobsahuje, i když na některých místech se zohledněním prospěchu počítá, viz např. oblast explicitně zakotvených regresních nároků zdravotních pojišťoven<sup>11</sup> či zákonnou cesi zakotvenou v ustanovení § 2820 OZ<sup>12</sup>.

A není to ostatně nic neobvyklého, při pohledu kupř. do německého práva si byl zákonodárce při tvorbě německého občanského zákoníku<sup>13</sup> nemožnosti podchycení této problematiky univerzálním zákonným ustanovením vědom, v důvodové zprávě (materiálech) k BGB proto uvádí, že její řešení ponechal doktríně a rozhodovací praxi soudů. Finální verdikt, zda bude třeba konkrétní újmu vyvážit určitým prospěchem, nelze uspokojivě řešit apriorně pro všechny případy, jelikož tento verdikt vyžaduje zohlednění komplexu pravidel, zejména posouzení toho, co je třeba rozumět újmou v daném konkrétním případě.<sup>14</sup>

Inherentní této problematice je její závislost na hodnotovém úsudku (*wertende Betrachtung, value judgment*). Při řešení jednotlivých případů (zohlednění/odmítnutí prospěchu) je třeba vzít v potaz například funkce deliktního práva, pravidla způsobu výpočtu výše nahrazované újmy, přiměřenost a spravedlnost náhrady atd. Trefně shrnuje Gottfried Schiemann<sup>15</sup>, že vyrovnání újmy prospěchem je branou pro užití hodnot v jinak čistě početním a technicky chápaném právu náhrady újmy.

Například německé právo se snaží koncepčně vypořádat s problematikou vyrovnání újmy prospěchem již více jak sto let. Nárůst zájmu nastal na přelomu devatenáctého a dvacátého století. Jak uvádí Kuhn<sup>16</sup>, zpočátku se snaha doktríny i judikatury nesla ve znamení hledání univerzálního pravidla, což ale bylo marné. Jakýkoliv komplexní princip byl buď vystavěn na řadě výjimek, nebo naopak tak široce (neurčitě) formulován, že v důsledku trpěl absencí kýžené vypovídací hodnoty. Zmíňme například Thieleho<sup>17</sup> a jeho „nerozlučné spojení“ (*„unlösbarer Zusammenhang“*) či Cantzlera<sup>18</sup> a započtení prospěchu, který

<sup>11</sup> Podle ustanovení § 55 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen „ZVZP“.

<sup>12</sup> Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen „OZ“.

<sup>13</sup> Dále jen „BGB“. Dostupné z: <https://www.gesetze-im-internet.de>

<sup>14</sup> MUGDAN, B. *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band.* Berlin: R.v. Decker's Verlag, 1899, s. 10.

<sup>15</sup> SCHIEMANN, G. *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts.* München: C. H. Beck, 1981, s. 122.

<sup>16</sup> KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht.* Bern-Stuttgart: Paul Haupt Bern und Stuttgart, 1987, s. 2 a násl.

<sup>17</sup> THIELE, W. Gedanken zur Vorteilsausgleichung. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1967, roč. 167, č. 3.

<sup>18</sup> CANTZLER, K. Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, roč. 156, č. 1.

znamená podporu porušené smluvní povinnosti nebo zasaženého právního statku. O konkrétnější pravidla se jistě jedná, avšak jak posoudit, zda mezi prospěchem a újmou existuje nerozlučné spojení, anebo prospěch podporuje zasažené hodnoty, bohužel jinak než kazuisticky nejde. Mladší doktrína a současně i rozhodovací praxe soudů stává na tvorbě skupin případů (*Fallgruppen*) s obdobnými rysy rozhodnými pro jejich posouzení. Jedná se tedy o snahu ještě určitého zobecnování kazuistiky.<sup>19</sup>

Předmětem předkládaného článku není oblast problematiky vyrovnání újmy prospěchem jako celek, nýbrž její relativně ucelená část týkající se specifík vyrovnání nemajetkové újmy při ublížení na zdraví nabytým prospěchem. Nebude se tedy jednat o oblast majetkové újmy, pro niž jsou kritéria pro posuzování jednotlivých případů primárně vytvořena, ale o oblast újem ideálních. S tím úzce souvisejí problematické aspekty vyrovnání nemajetkové újmy nabytým prospěchem odvislé od povahy nemajetkové újmy jako takové, se kterými je třeba se rovněž vypořádat.

Zatímco u vyrovnání majetkové újmy jde o rozhodování, zda zohlednit, či nezohlednit výhody v podobě materiálních statků, jako například různé dávky sociálního zabezpečení, pojistná plnění, finanční dary apod., v případě vyrovnání nemajetkové újmy se do popředí dostávají hodnoty ideální, což implikuje obtíže spojené s jejich vyčíslováním v penězích.

Tyto teze lze demonstrovat na případu z české soudní praxe. Ústavní soud řešil spor<sup>20</sup>, v němž šlo o zohlednění příspěvku na péči při náhradě nákladů na léčení (nákladů vynaložených na zajištění pomoci při základních životních úkonech a na zajištění chodu domácnosti). Ústavní soud dospěl k závěru, že je třeba příspěvek od náhrady nákladů odečíst. Bude-li například náklad na léčení činit 20 000 Kč a příspěvek na péči 12 000 Kč, pak bude škůdce povinen nahradit majetkovou škodu v rozsahu 20 000 Kč minus 12 000 Kč, tedy 8 000 Kč. Pekuniární vyčíslení výhody a její zohlednění oproti nevýhodě (majetkové újmě) zde nečiní problém.

Oproti tomu lze předestřít případy projednávané rakouskými soudy a tam uvedené nemajetkové výhody, jež žalovaní požadovali zohlednit (odečíst) od náhrady nemajetkové újmy v podobě bolestného, tedy od náhrady za způsobenou nemajetkovou újmu na zdraví. Jednalo se například o bolesti „ušetřené“<sup>21</sup> neprovedením operace<sup>22</sup> či bolesti „ušetřené“ neprovedením porodnického výkonu v podobě císařského řezu<sup>23</sup> či konečně o vyléčení nemoci.<sup>24</sup> Obtíže spojené s vyčíslováním těchto „výhod“ v penězích jsou naprosto zřejmé.

<sup>19</sup> Uvedťme autory jako Thüssing, Kuhn, Lange a Schiemann či Koziol.

<sup>20</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 28. 1. 2020, sp. zn. III. ÚS 4194/18.

<sup>21</sup> „*Ersparte Schmerzen*“.

<sup>22</sup> Rozhodnutí OGH ze dne 13. 1. 2004, 5 Ob 242/03d. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at>

<sup>23</sup> Rozhodnutí OGH ze dne 10. 6. 2008, 4 Ob 78/08m. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at>

<sup>24</sup> Rozhodnutí OGH ze dne 27. 5. 2004, 6 Ob 54/04s. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at>

Problémy související s *pekuniárním* vyčíslením ideálních výhod nejsou jedinými, zmínit lze dále kongruenci majetkových a nemajetkových výhod s ideální nevýhodou (újmou), aplikaci neurčitých právních pojmů jako přiměřenost, spravedlnost, rovnost, dále nutnost stanovení určitého minimálního prahu, od něhož je třeba výhody zohledňovat<sup>25</sup> a zda vůbec určitou výhodu zohlednit<sup>26</sup>, či konečně obavy z nedostatečného odčinění nemajetkové újmy při zohlednění některých výhod.

Cílem článku je proto zanalyzovat a vypořádat se se specifiky vyrovnání nemajetkové újmy při ublížení na zdraví nabytým (ideálním) prospěchem. Nejprve budou uvedeny argumenty svědčící pro a proti zohlednění výhod při odčinění nemajetkových újem na zdraví. Následovat bude rozbor jednotlivých doktrinárních a judikatorních názorů a kritérií, podle nichž je možné relevantní případy zohledňování výhod posuzovat, včetně dostupné (německé a rakouské) judikatury. Závěr článku bude věnován shrnutí relevantních kritérií v návaznosti na příslušné skupiny případů (tzv. „*Fallgruppen*“), a jejich využití v českém právu, které koncepčně tuto problematiku dosud nepostihuje.

V článku je ve značné míře pracováno s německou a rakouskou doktrínou i judikaturou, jak lze seznat již z úvodních pasáží. Je tomu tak nejen proto, že se při tvorbě OZ a právní úpravy deliktního práva zákonodárce oběma jurisdikcemi inspiroval a mnoho tam zakotvených pravidel, i když s vybranými změnami, převzal (viz např. ustanovení § 2910 OZ ve srovnání s ustanovením § 823 BGB), ale také z důvodu, že se tyto právní řády z koncepčního hlediska problematikou vyrovnání újmy prospěchem zabývají dlouhodobě, což umožňuje robustní a provázanou doktrinární diskusi, včetně autoritativního výkladu ze strany soudní praxe. V neposlední řadě je třeba rovněž zmínit kulturní i geografickou blízkost a s tím související vliv na formování práva českého.

## 1 Vyrovnání újmy prospěchem při odčiňování nemajetkové újmy při ublížení na zdraví?

Na mnoha místech *v rámci* německé i rakouské doktríny se setkáme s názorem, že v případě vyrovnání nemajetkové újmy prospěchem při ublížení na zdraví o aplikaci teorie vyrovnání újmy prospěchem (*Vorteilsausgleichung*) v jejím původním smyslu vůbec nejde. Lange s Schiemannem<sup>27</sup> například poukazují na skutečnost, že bolesti nelze štěpit (jako v případě majetku)<sup>28</sup>, jednoduše není možné nejprve vyčíslit výši bolestného za způsobenou újmu a následně ryze matematicky odečítat peněžní hodnotu té které nemajetkové výhody.

<sup>25</sup> Obdobně viz např. SMRŽ, I. Duševní újmy na zdraví a jejich odčiňování v civilním právu. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2019, roč. 9, č. 2, s. 23.

<sup>26</sup> Typicky u výhod v podobě narození dítěte v tzv. „*wrongful birth*“/„*wrongful life*“ případech.

<sup>27</sup> LANGE, H. a G. SCHIEMANN. *Schadensersatz* 3., přepracované vyd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, s. 497.

<sup>28</sup> THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*. München: C. H. Beck, 2001, s. 37.

I přesto v rámci rakouské i německé doktríny převažuje názor, že je třeba výhody oproti způsobené nemajetkové újmě (bolestnému) zohledňovat<sup>29</sup>, i když nikoliv přísně podle teorie vyrovnání újmy prospěchem.<sup>30</sup> Například německá doktrína podpořená judikaturou BGH pro toto tvrzení vychází z dikce ustanovení § 253 odst. 2 BGB<sup>31</sup>, podle něhož může být za nemajetkovou újmu při ublížení na zdraví požadováno *spravedlivé odškodnění* v penězích. A právě odkaz na *spravedlnost* odškodnění znamená zohlednění všech v potaz přicházejících okolností případu, kterými jsou zřetelně i z protiprávního jednání vzniklé výhody.<sup>32</sup> V českém právu v této souvislosti srov. druhou větu ustanovení § 2958 OZ<sup>33</sup>, navazující odškodnění za nemajetkovou újmu při ublížení na zdraví na zásady *slušnosti*, které směřují k zohlednění všech okolností jednotlivého případu.<sup>34</sup>

Pouhý odkaz na spravedlnost v rámci peněžitého odškodnění ale nevyřeší otázku, jaké, a v jaké míře, výhody vzniklé protiprávním jednáním zohlednit; i výše bolestného jako takového (při absenci výhod) vyžaduje odůvodnění, které neobsahuje pouze prázdné fráze, ale je věcné a pro účastníky řízení srozumitelné. Spravedlnostní úvahy v rámci odůvodnění musí vždy být důkladné a vztahené ke konkrétnímu případu.<sup>35</sup> U vyrovnání nemajetkových výhod prospěchem to platí dvojnásob, i proto je třeba relevantní doktrinnární a judikatorní kritéria teorie vyrovnání újmy prospěchem vztáhnout i na tuto oblast. Přestože se většina názorů kloní k zohlednění výhod při odčítování nemajetkových újem způsobených ublížením na zdraví, objevují se i argumenty proti takovému zohlednění.

---

<sup>29</sup> Podrobněji viz dále.

<sup>30</sup> DANZL, K. H., K. GUTIÉRREZ-LOBOS a O. F. MÜLLER. *Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht*. 9. vyd. Wien: Manz, 2008, s. 279; KERSCHNER, F. *Schmerzengeld. Kommentar und Judikatur*. Verlag Österreich: Wien, 2013, s. 133; ERM, D. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzengeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadensersatzrechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013, s. 237; PLETZER, R. *Vorteilsausgleich beim Schmerzengeld? Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 423; SCHIEMANN, G. In: HUBER, Ch., D. JAEGER a J. LUCKEY. *Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag*. Luchterhand Verlag, 2014, s. 413.

<sup>31</sup> „Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.“ [Má-li být v důsledku zásahu na těle, zdraví, svobodě nebo sexuálním sebeurčení poskytnuta náhrada újmy, může být i za újmu, která není újmou majetkovou, požadováno spravedlivé odškodnění v penězích.]

<sup>32</sup> Viz rozhodnutí BGH ze dne 6. 7. 1955, GSZ 1/55: „Bei der Festsetzung dieser billigen Entschädigung dürfen grundsätzlich alle in Betracht kommenden Umstände des Falles berücksichtigt werden...“ [Při stanovení tohoto spravedlivého odškodnění mohou být v zásadě zohledněny všechny v úvahu připadající okolnosti případu...]. Dostupné z: <https://dejure.org>

<sup>33</sup> Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen „OZ“.

<sup>34</sup> Podrobněji viz DOLEŽAL, T. In: MELZER, F., P. TÉGL a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894\_3081*. Praha: Leges, 2018, s. 998.

<sup>35</sup> SCHIEMANN, G. In: HUBER, Ch., D. JAEGER a J. LUCKEY. *Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag*. Luchterhand Verlag, 2014, s. 412.

První tkví v zásadní nevyčíslitelnosti nemajetkových výhod, jinak řečeno, v obtížnosti (objektivní nemožnosti) jejich převodu na peněžní hodnotu, což může vést k nejasným, netransparentním a paušálním soudům při zvažování všech faktorů determinujících výši odškodnění (bolestného).<sup>36</sup> S tím úzce souvisí i obava z nedostatečného odškodnění (*Unterkompensation*) způsobené nemajetkové újmy. Pokud bude nemajetková výhoda ohodnocena příliš vysoko, dojde na straně poškozeného k odečtení více, než skutečně činí újma.<sup>37</sup>

Proti předestřeným námitkám lze primárně uvést, že i ideální nevýhody jsou zásadně v penězích nevyčíslitelné, včetně zdraví, viz odkaz na římskoprávní zásadu „*liberum corpus nullam recipit aestimationem*“.<sup>38</sup> Přesto moderní právní řády vycházejí z možnosti kompenzovat újmu na zdraví penězi, čímž nepřímo připouštějí její vyčíslitelnost. Avšak kompenzace tohoto typu újmy a její pravidla jsou pouhým normativním konstruktem, který vznikl v důsledku nedostatku jiných možností odškodnění, a to prostřednictvím pořízení jiných výhod.<sup>39</sup> S ohledem na zásadu rovnosti není možné odmítat „vyčíslení“ nemajetkových výhod a současně připustit opak u nemajetkových nevýhod, tedy nemajetkových újem.<sup>40</sup>

Odmítnutí vyrovnání nemajetkové újmy prospěchem poukazem na obavu z nedostatečného odškodnění může být relativizováno excesem na druhé straně, a to nadměrným odškodněním.<sup>41</sup> Bude-li paušálně jakákoliv nemajetková výhoda při stanovení výše bolestného pomínuta, může poškozený obdržet v konečném důsledku nejen bolestné jako takové, ale také nemajetkovou výhodu. Obě krajní situace zřetelně nekonvenují kompenzační funkci náhrady nemajetkové újmy a nelze jimi odůvodňovat akceptaci či odmítnutí vyrovnání újmy prospěchem.

Další protiargument spočívá v potírání preventivní, resp. represivní funkce civilního deliktního práva a konkrétně i náhrady za způsobenou nemajetkovou újmu. Dojde-li k nespravedlivému zohlednění výhody při stanovení výše bolestného na straně škůdce, bude takový postup odporovat preventivním, resp. represivním prvkům. Motivace škůdce nepůsobit negativně na (ideální) statky bude patrně snížena.

Pletzer<sup>42</sup> poměrně jednoduše kontruje. Dojde-li k zohlednění kongruentních ideálních výhod, zůstanou preventivní i represivní prvky odčinění zachovány, jelikož, za předpokladu zachování celistvosti bolestivého stavu, působí výsledná výše bolestného na škůdce obsahující jak negativní, tak i pozitivní faktory, *per se* preventivně i represivně.

<sup>36</sup> ERM, D. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadensersatzrechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013, s. 231.

<sup>37</sup> THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*. München: C. H. Beck, 2001, s. 459.

<sup>38</sup> Gaius D. 9,3,7.

<sup>39</sup> DOLEŽAL, T. Jak odškodňovat nemateriální újmy na zdraví? Principy a východiska. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2016, roč. 6, č. 1, s. 45.

<sup>40</sup> ERM, D. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadensersatzrechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013, s. 243.

<sup>41</sup> PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 419.

<sup>42</sup> PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 422.

Lze shrnout, že i v případě nemajetkové újmy při ublížení na zdraví je třeba nemajetkové výhody oproti způsobené nemajetkové újmě (bolestnému) zohledňovat, dalo by se říci, přiměřeně podle teorie vyrovnání újmy prospěchem. Následující pododdíly jsou proto zaměřeny na relevantní doktrinární a judikatorní kritéria pro posuzování těchto případů.

## 2 Reprezentativní judikatura případů vyrovnání bolestného nemajetkovými výhodami

V rámci tohoto pododdílu budou představeny vybrané<sup>43</sup> případy z německé a rakouské judikatury, které se problematikou vyrovnání bolestného výhodami zabývaly. Judikatura je tvořena především v oblasti zdravotnického práva, konkrétně v rámci vztahu lékaře a pacienta, jelikož je zde obecně pravděpodobné, že postup lékaře, i když protiprávní, dá na straně pacienta vzniknout nemajetkové výhodě, například v podobě již zmíněných „ušetřených“ bolestí nebo zlepšení zdravotního stavu eliminací určitého onemocnění.

Před nastíněním jednotlivých případů je důležité upozornit na dvě důležitá specifika německého i rakouského práva. Prvé spočívá ve skutečnosti, že nárok na náhradu nemajetkové újmy na zdraví je celistvý (jde o tzv. „*Schmerzensgeld*“, bolestné)<sup>44</sup>, netvoří jej jednotlivé dílčí nároky jako v právu českém dle ustanovení § 2958 OZ<sup>45</sup> – bolestné, náhrada za ztížení společenského uplatnění a za další nemajetkové újmy. Druhé specifikum tkví ve skutečnosti, že jakýkoliv zákrok lékaře bez informovaného souhlasu pacienta naplní příslušnou skutkovou podstatu povinnosti k náhradě újmy na zdraví, přičemž tím pacientovi vznikne právo na bolestné.<sup>46</sup>

### 2.1 OGH 10 Ob 209/02m<sup>47</sup>

V posuzovaném případě šlo o medicínsko-právní spor mezi zubním lékařem (žalovaným) a jeho pacientkou jako žalobkyní. Patientka byla dlouhodobě v péči žalovaného,

<sup>43</sup> Soudní rozhodnutí byla vybrána zejména s ohledem na skutečnost, že s nimi rakouská i německá doktrína pravidelně pracuje, přičemž současně významným způsobem reflektují zkoumanou problematiku. Rovněž se jedná o rozhodnutí nejvyšších soudních instancí, která mají potenciál sjednocovat judikaturu soudů nižších stupňů, a tudíž i formovat právní názory na jednotlivé případy vyrovnání újmy prospěchem.

<sup>44</sup> Viz ustanovení § 253 odst. 2 BGB a § 1325 rakouského občanského zákoníku (dále jen „ABGB“). Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at>; GRÜNEBERG, Ch. In: PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78., přepracované vyd. München: C. H. Beck, 2019, s. 328; HARRER, F. In: SCHWIMANN, M. *ABGB Praxiskommentar. Band 6. §§ 1293–1502 ABGB*. 3., přepracované vyd. Wien: LexisNexis ARD Orac, 2006, s. 437.

<sup>45</sup> Což potvrdila judikatura Nejvyššího soudu: usnesení Nejvyššího soudu ze dne 1. 11. 2017, sp. zn. 25 Cdo 2245/2017.

<sup>46</sup> SPRAU, H. In: PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78., přepracované vyd. München: C. H. Beck, 2019, s. 1486; HARRER, F. In: SCHWIMANN, M. *ABGB Praxiskommentar. Band 6. §§ 1293–1502 ABGB*. 3., přepracované vyd. Wien: LexisNexis ARD Orac, 2006, s. 172.

<sup>47</sup> Rozhodnutí OGH ze dne 18. 7. 2002, 10 Ob 209/02m. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at>

přičemž byla třeba zcela zásadní renovace jejího chrupu. Zubní lékař provedl mnoho zákroků (ošetření kořenových kanálků, nasazení korunek či můstků atd.). Pacientka po lékaři požadovala mj. bolestné, a to za nedostatečné poučení před samotnými zákroky spočívající v absenci informací o alternativách a rizicích zákroků, zejména co do možnosti hnisání po ošetření kořenových kanálků. Žalovaný lékař proti nároku na bolestné požadoval započíst (zohlednit) veškeré „ušetřené“ bolesti pacientky spojené s tvrzeným alternativním zákrokem – zřízením protézy celého chrupu.

Soud v rozhodnutí poměrně detailně rozebral teorii vyrovnání újmy prospěchem, zhusta přitom odkazoval na doktrínu (např. Koziol, Harrer, Danzl, Karner, Reischauer):

- teorie vyrovnání újmy prospěchem primárně směřuje na materiální škodu, soud při tom argumentoval mimo jiné účelem civilního deliktního práva (vyrovnávací funkcí)<sup>48</sup>;
- soudy již zdůraznily, že zohlednění výhody musí odpovídat smyslu civilního deliktního práva a současně nesmí docházet k nespravedlivému zvýhodnění škůdce<sup>49</sup>;
- funkce bolestného spočívá v odškodnění způsobené nemajetkové újmy a má sloužit k „opatření“ si radosti ze života a překonání pocitů nelibosti;<sup>50</sup>
- doktrína i judikatura započtení majetkové výhody proti nemajetkové nevýhodě neuznává.<sup>51</sup>

Po teoretické pasáži následovalo samotné posouzení věci, avšak nikoliv věcně ve vztahu k problematice vyrovnání nemajetkové újmy prospěchem. Soud totiž odmítnul skutkové tvrzení žalovaného lékaře, že alternativním zákrokem bylo zhotovení úplné zubní náhrady zahrnující i extrakci všech zubů. Podle soudu byla alternativou pouze částečná

<sup>48</sup> „Der Zweck der Ersatzpflicht eines allfälligen Haftpflichtigen ist es, den im Vermögen des Geschädigten entstandenen Schaden auszugleichen. Daraus ist ableitbar, dass dem Geschädigten der gesamte ihm entstandene Schaden zu ersetzen ist. Da aber andererseits eben nur der entstandene Schaden ausgeglichen werden soll, sind grundsätzlich auch alle Vorteile in Betracht zu ziehen und vom Schaden abzurechnen.“ [Účel povinnosti odškodnit újmu osobou zavázanou k náhradě spočívá ve vyrovnání újmy vzniklé v majetku poškozeného. Z toho lze dovodit, že poškozenému má být nahrazena celá mu vzniklá újma. Ale vzhledem k tomu, že má být odškodněna pouze vzniklá újma, musí být vzaty v potaz všechny výhody a tyto od újmy odečteny.]

<sup>49</sup> „In der Rechtsprechung wird auch betont, dass die Anrechnung eines Vorteils dem Zweck des Schadenersatzes entsprechen muss und nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen darf.“ [V judikatuře je také zdůrazňováno, že započtení výhody musí odpovídat účelu náhrady škody a nesmí vést k nespravedlivému zproštění škůdce nahradit škodu.]

<sup>50</sup> „Das Schmerzengeld ist kein Ersatz für Vermögensschäden, sondern eine Entschädigung für einen ideellen (immateriellen) Schaden. Es soll dem Verletzten einen Ausgleich für erlittene Schmerzen und entgangene Lebensfreude bieten und dadurch zur Überwindung seiner Unlustgefühle beitragen.“ [Bolestné není náhradou majetkové újmy, ale odškodněním imateriální (nemajetkové) újmy. Bolestné by mělo poškozenému poskytnout vyrovnání za vytrpěné bolesti a ušlou radost ze života a tím přispět k překonání jeho pocitů nelibosti.]

<sup>51</sup> „Es ist daher in Lehre und Rechtsprechung herrschende Auffassung, dass eine Ersparnisanrechnung als Vermögensvorteil nur gegenüber einem Vermögensschaden erfolgen kann und daher gegenüber dem Schmerzengeld als Entschädigung für einen immateriellen Schaden die Anrechnung eines Vermögensvorteiles nicht stattzufinden hat.“ [Je tedy v doktríně i judikatuře panujícím názorem, že zohlednit lze ušetřené náklady jako majetkový prospěch pouze vůči majetkové újmě, a proto vůči bolestnému, jako prostředku k odčinění nemajetkové újmy, nemůže být provedeno započtení majetkového prospěchu.]

protéza, tudíž neexistuje výhoda, která by se dala zohlednit proti požadovanému bolestnému. Nejvyšší soud se tedy obecně k možnosti zápočtu nemajetkových výhod proti bolestnému nevyjádřil.

## 2.2 OGH 5 Ob 242/03d<sup>52</sup>

Skutkově se jednalo o žalobu pacientky na zdravotnické zařízení kvůli chybnému lékařskému postupu spočívajícímu v opožděné diagnóze a na to navázaném opominutí včasného operačního zákroku, v důsledku čehož došlo u pacientky ke ztrátě hybnosti prstů (tzv. ztuhlý palec). Proti nároku žalobkyně na bolestné požadovalo zdravotnické zařízení započíst nemajetkovou výhodu – ušetření bolesti z včas neprovedené operace, která by byla provedena, nebýt vadné (opožděné) diagnózy.

Soud obdobně jako v případě 10 Ob 209/02m zrekapituloval některé aspekty teorie vyrovnání újmy prospěchem, přičemž dodal, že při posuzování těchto případů je třeba, aby škodní událost byla příčinou jak způsobené nevýhody (újmy), tak i výhody.<sup>53</sup>

Požadavek kauzality vyložil Nejvyšší soud ve vztahu ke konkrétním okolnostem tohoto sporu v tom smyslu, že v případě újmy na zdraví jde o výhodu v podobě ušetření operačního zákroku, pokud je zdravotní stav pacienta po chybném postupu lékaře srovnatelný s (hypotetickým) stavem, kdy k žádné chybě v péči nedošlo. Jelikož v posuzovaném případě nešlo o dva srovnatelné stavy (hybnost palce kontra ztráta hybnosti palce), soud zohlednění výhody odmítnul.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Rozhodnutí OGH ze dne 13. 1. 2004, 5 Ob 242/03d. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at>

<sup>53</sup> „Voraussetzung für eine Vorteilsausgleichung ist die Kausalität des haftbar machenden Ereignisses für den Nachteil und einen entstandenen Vorteil.“ [Předpokladem pro vyrovnání újmy prospěchem je, že událost, jež vedla ke vzniku odpovědnosti, byla příčinou vzniku jak nevýhody (újmy), tak současně i výhody.]

<sup>54</sup> „Wie bereits oben dargelegt, ist Voraussetzung für einen Vorteilsausgleich, dass aus demselben schädigenden Ereignis ein Schaden und ein Vorteil für den Geschädigten entstanden ist. Damit überhaupt im Gesundheitsbereich – wie hier bei einem Behandlungsfehler – von einem Vorteil durch Ersparen von operativen Eingriffen – und damit von Schmerzzuständen – gesprochen werden kann, müsste jedenfalls trotz Fehlbehandlung ein vergleichbarer körperlicher Zustand wie ohne Fehlbehandlung erzielt worden sein. Das heißt, ein Vorteilsausgleich ‚erlittener‘ Schmerzen gegen ‚ersparte‘ Schmerzen kann überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn bei der Beurteilung der ‚Vor- und Nachteile‘ in Form von Schmerzzuständen von zwei vergleichbaren körperlichen Zuständen ausgegangen werden kann (etwa: mit und ohne Fehlbehandlung ein steifer Daumen oder ein bewegungseingeschränkter Daumen). Nur in dem Fall könnte geprüft werden, ob bei dem, durch das schädigende Ereignis verursachten ‚Endzustand‘ (wie bei Vermögensschäden) auch anrechenbare ‚Vorteile‘ entstanden sind. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall.“ [Jak bylo uvedeno shora, je předpokladem pro vyrovnání újmy prospěchem skutečnost, že újma a výhoda poškozeného vznikly ze shodné škodní události. Proto, aby v oblasti zásahů do zdraví – jako zde při chybném lékařském postupu – bylo možno hovořit o výhodě vzniklé v důsledku ušetřených operačních zákroků, a tím i o bolestivých stavech, by musel být navzdory chybnému zákroku docílen srovnatelný tělesný stav jako bez chybného zákroku. To znamená, že vyrovnání „vytrpěných“ bolestí proti „ušetřeným“ bolestem může připadat v úvahu pouze tehdy, pokud při hodnocení výhod a nevýhod ve formě bolestivých stavů lze vyjít ze dvou srovnatelných tělesných stavů (například: s chybným ošetřením a bez něj ztuhlý palec nebo palec s omezenou hybností). Pouze v tomto případě by mohlo být zjištěováno, zda při „výsledném stavu“ (jako při majetkové újmě), který vznikl v důsledku škodní události, vznikly také započitatelné „výhody“. To zde ale není tento případ.]

Odůvodnění tohoto rozhodnutí podléhá doktrinární kritice.<sup>55</sup> Požadavek na srovnatelné stavy je podle ní nerelevantní. Pokud by jak po skutečném, tak i hypotetickém zákroku zůstal palec nehybný, nebyl opominutý zákrok pro nehybnost palce kauzální. A naopak, pokud by hybnost palce zůstala, nenastala by žádná újma, a tudíž by nebylo co proti čemu zohledňovat.

### 2.3 OGH 6 Ob 558/91<sup>56</sup>

Nejvyšší soud zde posuzoval spor týkající se kosmetické operace. Pacientka požadovala náhradu nemajetkové újmy (bolestně) pro nedostatečné poučení o výsledku kosmetické operace. Oproti očekávání pacientky totiž nedošlo ke kýženému rozšíření dolního rtu, i když část výsledku v podobě zmenšení brady se dostavila. Operace jako taková byla provedena *lege artis*.

Proti nároku na bolestné soud započel nemajetkovou výhodu v podobě alespoň částečného zlepšení vzhledu žalobkyně – zmenšení brady. Odůvodnění zápočtu však bylo velmi kusé: stručně řečeno, podle soudu je *spravedlivé* a v souladu se zásadami teorie vyrovnání újmy prospěchem zohlednit nemajetkovou výhodu snížením nároku na bolestné, což odpovídá zásadě civilního deliktního práva, že poškozený nemá být v lepším postavení než před způsobením újmy.<sup>57</sup>

### 2.4 OGH 4 Ob 78/08m<sup>58</sup>

I zde byl předmětem řízení medicínsko-právní spor, tentokrát z oblasti gynekologie a porodnictví. Lékař se dopustil *non lege artis* postupu, jelikož neprovedl porod císařským řezem. Pacientka požadovala bolestné za bolesti způsobené skutečněným porodem a za způsobenou psychickou újmu.

<sup>55</sup> Viz např. DANZL, K. H., K. GUTIÉRREZ-LOBOS a O. F. MÜLLER. *Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht*. 9. vyd. Wien: Manz, 2008, s. 282; shodně PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzengeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 427.

<sup>56</sup> Rozhodnutí OGH ze dne 4. 7. 1991, 6 Ob 558/91. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at>

<sup>57</sup> „Es ist jedoch ein tragender Grundsatz des Schadenersatzrechtes, daß der Geschädigte sich den aus dem schädigenden Ereignis entstandenen Vorteil anrechnen lassen muß. Er soll nicht besser gestellt sein als vor dem Schadenseintritt. Nach den Feststellungen war das Ziel der Klägerin, eine Reduktion der Kinnpartie und damit ein besseres Aussehen zu erreichen. Dies ist zwar nicht in dem in Aussicht genommenen und von ihr erhofften Umfang, aber doch zu einem sehr wesentlichen Teil gelungen. Es erscheint daher billig, nach dem Grundgedanken der Vorteilsausgleichung diesen ihr zugute kommenden Vorteil im Sinne des § 273 ZPO durch eine Reduktion der Ersatzansprüche auf die Hälfte angemessen zu berücksichtigen. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes erweist sich daher im Ergebnis als richtig.“ [Nosnou zásadou práva na náhradu škody je, že u poškozeného musí být zohledněna výhoda vzniklá ze škodní události. Poškozený nesmí být uveden do lepšího postavení, než byl před vznikem škodní události. Podle provedených zjištění bylo cílem žalobkyně provést zmenšení partíí brady, a tím dosáhnout lepšího vzhledu. To ovšem nenastalo v míře a rozsahu žalobkyně předpokládané, ale přesto toho bylo z velké části dosaženo. Proto se jeví jako spravedlivé, v souladu s vůdčí ideou vyrovnání újmy prospěchem, zohlednit jí ku prospěchu vzniklou výhodu ve smyslu § 273 ZPO prostřednictvím ponížení nároků na náhradu újmy na polovinu. Rozhodnutí odvolacího soudu se proto ukazuje ve výsledku jako správné.]

<sup>58</sup> Rozhodnutí OGH ze dne 10. 6. 2008, 4 Ob 78/08m. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at>

Soud se zabýval otázkou, zda je třeba při výpočtu bolestného zohlednit bolesti ušetřené tím, že pacientka reálně nemusela podstoupit porod císařským řezem (při alternativním jednání v souladu s právem by jej musela podstoupit).

Zohlednění nemajetkové výhody v podobě ušetřených bolestí soud nepřipustil, jelikož v případě porodu hypotetického by na straně žalobkyně došlo k týmž tělesným bolestem jako v případě skutečně uskutečněného porodu. V takové situaci žalovaný za újmu neodpovídá (absentuje příčinná souvislost), a není tedy jakékoliv zohlednění prospěchu na místě.<sup>59</sup>

Srovnáme-li odůvodnění tohoto rozhodnutí s odůvodněním rozhodnutí 5 Ob 242/03d výše, je zřejmé, že navzájem kolidují. V rozhodnutí 5 Ob 242/03d soud jako východisko pro přípustění vyrovnání újmy prospěchem vyžadoval srovnatelný výsledný zdravotní stav poškozeného. Jak již bylo ale uvedeno, doktrína tuto podmínku kritizuje, jelikož v případě srovnatelných stavů absentuje příčinná souvislost mezi protiprávním jednáním a újmou. A právě v rozhodnutí 4 Ob 78/08m dle soudu srovnatelný výsledný stav nastal a soud (shodně s názorem doktríny a odlišně od rozhodnutí 5 Ob 242/03d) vyrovnání újmy prospěchem odmítnul poukazem na absenci příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním a újmou.

## 2.5 BGHZ 86, 240<sup>60</sup>

V posuzovaném případě lékař nerozpoznal, že těhotná pacientka onemocněla spalničkami, přičemž se jí v důsledku této nemoci narodila těžce postižená dcera. Pacientka tvrdila, že pokud by o onemocnění spalničkami věděla, podstoupila by interrupci. Po zdravotnickém zařízení požadovala mj. bolestné za provedený císařský řez.

<sup>59</sup> „Die Ermägungen in Literatur und Rechtsprechung zum Ausgleich ‚ersparter‘ Schmerzen bei der Zuerkennung von Schmerzensgeld bedürfen im vorliegenden Fall keiner Erörterung. Es steht nämlich fest, dass in jedem Fall eine Entbindung stattfinden musste und die Zweitklägerin zufolge Nichtvornahme des indizierten Kaiserschnitts nicht mehr Schmerzen erdulden musste, als sie im Fall einer von Anfang an geplanten Entbindung mittels Kaiserschnitts hätte erleiden müssen. Die Zweitklägerin hätte demnach bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Beklagten die gleichen körperliche Schmerzen wie bei der konkreten Behandlung gelitten. Damit hat der Behandlungsfehler des Beklagten aber nur ein Maß an körperlichen Schmerzen verursacht, das mit dem im Fall sachgerechter Behandlung identisch ist. Bei dieser Sachlage hat der rechtswidrig Handelnde nach herrschender Auffassung für den Schaden nicht einzustehen (Karner in KBB<sup>2</sup> § 1295 ABGB Rz 14 mwN; Harrer in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1301 Rz 51, 54 mwN). Er haftete nur für ein Mehr an Schmerzen. Reischauer in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 1312 Rz 19a).“ [Úvahy obsažené v literatuře a judikatuře týkající se vyrovnání „ušetřených“ bolestí při přiznání bolestného nepotřebují v projednávaném případě bližší zmínku. Je postaveno nájisto, že porod se musel odehrát v každém případě a druhá žalobkyně v důsledku neprovedení indikovaného císařského řezu nemusela snášet větší bolesti, než by musela snášet v případě od počátku plánovaného porodu císařským řezem. Druhá žalobkyně by tedy i v případě alternativního jednání žalovaného v souladu s právem utrpěla shodné tělesné bolesti jako při konkrétním ošetření. Pochybení žalovaného způsobilo pouze takovou míru tělesné bolesti, která by v případě správného postupu byla shodná. Za těchto skutkových okolností není podle převládajícího názoru protiprávně jednající škůdce za takovou újmu odpovědný (Karner in KBB<sup>2</sup> § 1295 ABGB Rz 14 mwN; Harrer in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1301 Rz 51, 54 mwN). Ale odpovídá pouze za bolesti způsobené nad tento rámeček. Reischauer in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 1312 Rz 19a).]

<sup>60</sup> Rozhodnutí BGHZ ze dne 18. 1. 1983, 86, 240 (241). Dostupné z: <https://dejure.org>

Soud dospěl k názoru, že při určování výše nároku na bolestné je třeba zohlednit nemajetkovou výhodu v podobě ušetřeného interrupčního zákroku.<sup>61</sup>

## 2.6 BGHZ NJW 1995, 2412<sup>62</sup>

Ve zdejším sporu žalobkyně otěhotněla, avšak lékař těhotenství nerozpoznal (přehlédl) a současně pacientce předepsal léky, které mohly způsobit těžké poškození plodu. Pacientka mimo jiné požadovala náhradu za bolesti způsobené psychickou zátěží spočívající v obavě, že se jí narodí postižené dítě.

Nemajetkovou výhodou, kterou soudy posuzovaly, byl ušetřený interrupční zákrok. Nejvyšší soud zohlednění nemajetkové výhody oproti požadovanému bolestnému odmítnul, a to poukazem na skutečnost, že pacientka bolestné požadovala za způsobené psychické bolesti (a nikoliv za bolesti způsobené porodem dítěte).<sup>63</sup> Z hlediska doktrinárního zařazení kritérií posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem lze odůvodnění tohoto rozhodnutí zařadit pod kategorii „vnitřního vztahu“ (kongruence) mezi nevýhodou (újmou) a výhodou.

## 2.7 OLG Köln 5 U 86/08<sup>64</sup>

V řízení se jednalo o požadavek pacientky na náhradu nemajetkové újmy – bolestné – z důvodu provedení operace v širším rozsahu, než pro jaký pacientka udělila informovaný souhlas. Zákrok měl spočívat toliko v antirefluxní plastice, lékař však pacientce rovněž

<sup>61</sup> „Bei der Bemessung dieses Schmerzensgeldes könnte allerdings wiederum in Betracht zu ziehen sein, daß der Mutter so ein – wie jedenfalls behauptet – nicht ganz einfacher Abtreibungseingriff erspart worden ist, dem sie sich bei vertragsmäßigem Verhalten des Beklagten unterzogen hätte.“ [Při stanovení bolestného může být opět vzato v úvahu, že matka – jak je v každém případě tvrzeno – byla ušetřena nikoliv zcela jednoduchého potratu, kterému by se při jednání žalovaného v souladu se smlouvou byla nucena podrobit.]

<sup>62</sup> Rozhodnutí BGH ze dne 30. 5. 1995, NJW 1995, 2412. Dostupné z: <https://dejure.org>

<sup>63</sup> „Im Ergebnis zu Recht wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht der Klägerin Schmerzensgeld auch deshalb versagt hat, weil ihr ein Abtreibungseingriff erspart geblieben sei... Die Klägerin stützt nämlich den Schmerzensgeldanspruch nicht auf die Unterlassung eines Abbruchs, sondern nur auf die oben zu 1. erörterten besonderen Belastungen durch das späte Erkennen der Schwangerschaft... Der erkennende Senat hat diesen Gesichtspunkt in der in BGHZ 86, 240, 248 f. abgedruckten Entscheidung (übrigens auch nur als einen denkbaren Bemessungsfaktor) nämlich lediglich für solche Fälle in Betracht gezogen, in welchen sich bei durch ärztliches Fehlverhalten unterbliebenem Schwangerschaftsabbruch ein Schmerzensgeld aus besonderer Schmerzbelastung ergeben kann, die schadensbedingt die mit einer natürlichen, komplikationslosen Geburt verbundenen Beschwerden übersteigt. Eine derartige Schmerzbelastung wird jedoch von der Klägerin nicht geltend gemacht.“ [Ve výsledku se dovolání oprávněně obrací proti tomu, že odvolací soud žalobkyni nepřiznal bolestné i z toho důvodu, že byla ušetřena potratu... Žalobkyně totiž neodůvodňuje svůj nárok na bolestné opomenutím provedení potratu, ale pouze na základě shora uvedených zvláštních obtíží vzniklých v důsledku pozdě diagnostikovaného těhotenství... Předmětný senát tento aspekt uvedený ve vydaném rozhodnutí BGHZ 86, 240, 248 f. (ostatně také pouze jako v úvahu přicházející hodnotící faktor) zohledňuje totiž toliko v takových případech, v nichž nárok na bolestné plyne ze zvláštních obtíží způsobených opominutím provedením potratu, které v důsledku způsobení škody převyšují přirozené se vyskytující obtíže spojené s běžným porodem bez komplikací. Takové bolesti (obtíže) žalobkyně ale neuplatnila.]

<sup>64</sup> Rozhodnutí OLG Köln ze dne 1. 12. 2008, 5 U 86/08. Dostupné z: <https://dejure.org>

odstranil část ledvin, která vykazovala onemocnění. Operace proběhla zdárně (*lege artis*), nicméně důsledkem jejího rozšíření byl vznik rizika dalších onemocnění (infekce, vysoký krevní tlak, ledvinové kameny atp.).

Výhodou, která měla být zohledněna proti újmě spočívající v prodloužení doby operace, bylo odstranění nebezpečí plynoucí z onemocnění ledvin. Soud dospěl k závěru, že uvedená výhoda plně převáží způsobenou újmu, pročež nárok žalobkyně na bolestné nepřiznal.<sup>65</sup> Soud při porovnávání odkázal na nutnost hodnotového úsudku (*wertende Betrachtung*).<sup>66</sup>

## 2.8 Shrnutí

Z uvedené judikatury lze vysledovat následující kritéria, podle nichž soudy posuzovaly přípustnost zohlednění nemajetkové výhody oproti nároku na bolestné:

- příčinná souvislost (škodní událost jako příčina nevýhody i výhody);
- určitý vnitřní vztah mezi výhodou a nevýhodou (kongruence);
- funkce, smysl a účel civilního deliktního práva (kompenzace, prevence);
- „obecný“ hodnotový úsudek (spravedlnost, přiměřenost atp.).

## 3 Doktrína a jednotlivá kritéria vyrovnání nemajetkové újmy při ublížení na zdraví ideálními výhodami

Více než sto let se nejen doktrína snažila hledat univerzální pravidlo pro posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem. Snažení to bylo marné. Jakékoliv komplexní pravidlo bylo buď vystavěno na řadě výjimek, nebo naopak tak neurčitě formulováno, že v důsledku trpělo absencí nutné vypovídací hodnoty.<sup>67</sup> Jednoznačná a dogmaticky odolná kritéria se najít nepodařilo, shoda nicméně panuje na tom, že mezi výhodou a nevýhodou musí existovat jistá spojitost, vnitřní vztah.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> „Eine Ersatzpflicht der Beklagten besteht jedenfalls deshalb nicht, weil die Beseitigung der doppelten Nierenanlage links nicht zu einem Schaden der Klägerin geführt hat. Die Erweiterung der Antirefluxplastik um die Entfernung des oberen Anteils der linken Niere war medizinisch indiziert und ist erfolgreich verlaufen. Die Verlängerung der Operationsdauer, auf die die Klägerin allein zu verweisen vermag, begründet aus den im Senatsbeschluss vom 3.11.2008 bereits dargelegten Gründen keinen Schaden. Ein hierin liegenden Nachteil wird dadurch kompensiert, dass die Klägerin nicht mehr mit den aus dem Fortbestehen einer doppelten Nierenanlage resultierenden Gefahren belastet war und ist.“ [Povinnost žalovatele k náhradě nevzniká, protože odstranění zdvojené ledviny vlevo nevedlo k újmě žalobkyně. Rozšíření antirefluxní plastiky o odstranění vrchní části levé ledviny bylo medicínsky indikované a proběhlo úspěšně. Prodloužení doby operace, na které je žalobkyně schopna odkázat, nepředstavuje újmu, a to z důvodů již uvedených v rozhodnutí senátu ze dne 3.11.2008. V důsledku toho je vzniklá nevýhoda kompenzována tím, že žalobkyně není nadále zatěžována nebezpečími spojenými s další existencí zdvojené ledviny.]

<sup>66</sup> „Schon die Befreiung von den gesundheitlichen Risiken ist bei wertender Betrachtung als ein die verlängerte Operationsdauer aufwiegender Vorteil anzusehen.“ [Již pouhou eliminací zdravotních rizik je z hodnotícího pohledu nutno posuzovat jako výhodu vyrovnávající prodlouženou dobu trvání operace.]

<sup>67</sup> KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*. Bern; Stuttgart: Paul Haupt Bern und Stuttgart, 1987, s. 2 a násl.

<sup>68</sup> PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzengeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 417.

Přesto, jak bylo uvedeno v předchozím oddílu, určitá kritéria vytvořena byla, i když ne vždy obecně použitelná a kýženě odolná. Právě na rozbor těchto kritérií samostatně a ve vzájemném vztahu se zaměřuje následující text.

### 3.1 Ekvivalence příčinné souvislosti

Prvotním determinantem přípustnosti zohlednění nemajetkové výhody oproti nemajetkové újmě na zdraví je teorie ekvivalence v rámci posuzování příčinné souvislosti.<sup>69</sup> Nejde zde o nic jiného než o aplikaci *conditio sine qua non* testu<sup>70</sup>, viz např. čl. 3:101 PETL<sup>71</sup>, jenž zní: „*Jednání nebo opomenutí (dále jen jednání) je příčinou škody poškozeného, jestliže by při neexistenci takového jednání škoda nevznikla.*“<sup>72</sup> Test je vystavěn na metodě tzv. fiktivní eliminace jevů, přičemž fiktivně eliminujeme výhody, a nikoliv nevýhody (újmy).

Uvedme jednoduchý příklad inspirovaný judikaturou. Chirurg provádí operační zákrok pacientovi v břišní dutině, spočívající v odstranění slepého střeva, chirurgický zákrok jako takový je proveden *lege artis*, nicméně po jeho skončení operatér v břiše zapomene tampon, což vedle zánětu vede k dalším komplikacím a nutnosti reoperace. Pacient po lékaři nárokuje bolestné. Lékař požaduje oproti nemajetkové újmě zohlednit nemajetkovou výhodu v podobě řádně resektovaného slepého střeva.

Námítku lékaře je třeba odmítnout. Příčinou vzniku nemajetkové výhody není chyba lékaře spočívající v zanechání tamponu v operační ráně, nýbrž samotná resekce slepého střeva. Jinak řečeno, odmyslíme-li chybu lékaře, nemajetková výhoda stejně nastane. Metodou faktické eliminace jsme tudíž zjistili, že nemajetková výhoda nevznikla v důsledku chyby lékaře, a proto ji není možné zohlednit při zjišťování výše bolestného za komplikace způsobené zanecháním tamponu v operační ráně.

### 3.2 Adekvátnost příčinné souvislosti

Teorie adekvátnosti kauzálního nexu slouží v deliktním právu k redukcí jinak relativně bezbřehé kauzality zjišťované na základě teorie ekvivalence. Omezení přičitatelnosti se děje za pomoci objektivních determinantů, škůdce neodpovídá za atypické újmy

<sup>69</sup> SCHIEMANN, G. In: HUBER, Ch., D. JAEGER a J. LUCKEY. *Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag*. Luchterhand Verlag, 2014, s. 413.

<sup>70</sup> ZIMMERMANN, R. In: WINIGER, B., H. KOZIOL, B. KOCH a R. ZIMMERMANN (eds.). *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation*. New York: Springer Wien New York, 2007, s. 99.

<sup>71</sup> Principy evropského deliktního práva. Dostupné z: <http://www.egtl.org/PETL.Czech.html>

<sup>72</sup> Obdobně nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 312/05: „*Východiskem zjištění právně relevantní příčinné souvislosti je tedy zásadně prokázání příčinné souvislosti v přísně přírodovědném smyslu. Abychom mohli hovořit o takovém kauzálním vztahu mezi dvěma skutečnostmi, je nutné, aby skutečnost, která má být příčinou, byla nutnou podmínkou (conditio sine qua non) tobo, že se následek uskutečnil právě tak, jak se uskutečnil, tj. daným způsobem, v daném čase a v daném místě. Pro výsledek je příčinou taková událost, kterou si nelze odmyslet, aniž by nutně odpadl i sám výsledek (škoda).*“

nastalé za výjimečného (neobvyklého) spojení jevů.<sup>73</sup> Základním kritériem, ze kterého vychází teorie adekvátnosti, je předvídatelnost škodního následku.<sup>74</sup> To vše za účelem garance objektivní možnosti pro škůdce zabránit škodnímu následku.<sup>75</sup>

Tuto teorii však nelze převzít bez dalšího na případy vyrovnání újmy prospěchem. Ten nezákladnější princip deliktního práva zní: *casum sentit dominus*, přičemž přesun břemene nést újmu na někoho jiného než poškozeného vyžaduje v soukromém právu bilaterální justifikaci.<sup>76</sup> Jednotlivé skutkové podstaty civilního deliktního práva pak tuto kautelu naplňují, včetně požadavku na adekvátnost kauzálního nexu. To platí právě pro přesun újem, ale zřejmě nikoliv pro přesun výhod. Vznikne-li totiž výhoda, jedná se o štěstí, které se připisuje osobě, v jejíž sféře vznikla<sup>77</sup>, což pravidelně nebývá škůdce, nýbrž poškozený. Stejně tak při zohledňování výhod nedochází k přímé regulaci chování škůdce, není tedy třeba garantovat škůdci objektivní možnost vyhnout se způsobení škodnímu následku prostřednictvím předvídatelnosti.

U případů vyrovnání újmy prospěchem tedy nelze princip adekvátní příčinné souvislosti užít jako pozitivní kritérium pro určení přípustnosti zohlednění výhody oproti újmě, jinak řečeno, adekvátnost způsobení výhody neznačí automatickou přípustnost jejího zohlednění oproti nevýhodě. Německá i rakouská judikatura a doktrína jej ale připouští jako negativní determinant, tedy že neadekvátní výhody se nezohledňují, a pokud je výhoda adekvátní, neznamená to obecně její zohlednění, nýbrž toliko „postup do dalšího kola“, tedy nutnost aplikace dalších kritérií. Jinak řečeno, teorie adekvátnosti je dalším, ale nikoliv posledním filtrem přípustnosti zohlednění určité výhody proti újmě.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> HARRER, F. In: SCHWIMANN, M. *ABGB Praxiskommentar. Band 6. §§ 1293–1502 ABGB. 3.*, přepracované vyd. Wien: LexisNexis ARD Orac, 2006, s. 59.

<sup>74</sup> Viz např. nález Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2007, sp. zn. I. ÚS 312/05.

<sup>75</sup> LANGE, H. a G. SCHIEMANN. *Schadensersatz* 3., přepracované vyd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, s. 493.

<sup>76</sup> BYDLINSKI, F. In: TICHÝ, L. (ed.). *Causation in Law. Praha 2007*. Beroun: IFEC, 2007, s. 24–25.

<sup>77</sup> SCHIEMANN, G. In: HUBER, Ch., D. JAEGER a J. LUCKEY. *Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag*. Luchterhand Verlag, 2014, s. 413 a násl.

<sup>78</sup> Viz např. PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 414; Rozhodnutí BGH ze dne 17. 5. 1984, VII ZR 169/82. Dostupné z: <https://dejure.org>

„Die im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, daß dem Geschädigten – jedenfalls in gewissem Umfang – diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; das wäre ein unbilliges Ergebnis. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet.“ [Základní zásady vyrovnání nevýhod prospěchem vytvořené v oblasti práva na náhradu škody spočívají v myšlence, že poškozenému jsou – vždy v určitém rozsahu – přičitatelné takové výhody, které mu vznikají v adekvátní příčinné souvislosti se škodní událostí. Mělo by být dosaženo spravedlivé rovnováhy mezi protikladnými zájmy vznikajícími způsobením škody. Poškozený nesmí být uveden do lepší pozice, než ve které by se nacházel bez škodní události; jednalo by se o nespravedlivý výsledek. Naproti tomu ne všechny výhody způsobené škodní událostí mají být započteny proti nároku na náhradu újmy, ale pouze takové, jejichž započtení se shoduje s příslušným účelem nároku na náhradu újmy; tzn. pro poškozeného je přijatelné a současné škůdce nepřiměřeně nezprošťuje povinnosti k náhradě.]

### 3.3 Specifický vnitřní vztah mezi výhodou a nevýhodou (kongruence)

Dalším z doktrinárních i judikatorních kritérií, které lze užít pro posuzování případů zohlednění výhod oproti nemajetkové újmě při ublížení na zdraví, je kategorie určitého specifického vztahu mezi výhodou a nevýhodou.<sup>79</sup> Právě tento determinant umožňuje vytvořit skupiny obdobných případů (*Fallgruppen*), podle kterých se v současnosti dominantně případy vyrovnání újmy prospěchem posuzují.

Podle Cantzlera<sup>80</sup> tento vztah existuje, pokud výhoda současně podporuje zasažený právní statek, v tomto případě zdraví. A to proto, že zákonodárce spojuje odpovědnost (povinnost k náhradě újmy) s porušením právem chráněných statků. Logicky se pak výhoda, která zasažený právní statek podporuje, musí ve prospěch škůdce zohlednit.

Thiele<sup>81</sup> v této souvislosti vychází z myšlenky nerozlučného vztahu, ať už v podobě organické nebo hospodářské. Rakouská judikatura<sup>82</sup> požaduje věcnou a časovou kongruenci, ta existuje například mezi ušetřenými náklady na domácnost (výhoda) a náhradou za náklady spojené s pobytem v nemocnici (léčením).

Požadavek na *shodný druh* výhody a nevýhody je v německém právu zakotven i v zákoně, konkrétně například v první větě ustanovení § 116 I SGB<sup>83</sup>, která upravuje zákonnou cesi práva na náhradu újmy v případě poskytovatelů sociální pomoci.

Problematická je určitost tohoto kritéria při posuzování jednotlivých případů, jelikož značně odvisí od hodnotového úsudku osoby posuzující předmětné výhody a nevýhody. Dalo by se říci, že toto kritérium určuje kýžený stav, ale už nepopisuje, jak k němu dospět. Inherentní je mu interpretační rozkolísanost.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> HARRER, F. In SCHWIMANN, M. *ABGB Praxiskommentar. Band 6. §§ 1293–1502 ABGB*. 3., přepracované vyd. Wien: LexisNexis ARD Orac, 2006, s. 403; GRÜNEBERG, Ch. In: PALANDT, O. (Hrsg.) *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78., přepracované vyd. München: C. H. Beck, 2019, s. 298.

<sup>80</sup> CANTZLER, K. Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, roč. 156, č. 1.

<sup>81</sup> THIELE, W. Gedanken zur Vorteilsausgleichung. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1967, roč. 167, č. 3.

<sup>82</sup> Rozhodnutí OGH ze dne 23. 11. 1971, 8 Ob 298/71. Dostupné z: <https://www.ris.bka.gv.at>: „Die Berücksichtigung der Haushaltsersparnis unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung kommt nur gegenüber sachlich und zeitlich kongruenten Schadensersatzansprüchen des Geschädigten, worunter die von ihm zu zahlenden Spitalskosten fallen, in Betracht.“ [Zohlednění ušetřených výdajů na domácnost z pohledu vyrovnání nevýhod prospěchem přichází v úvahu pouze oproti věcné a časově kongruentním nárokům na náhradu škody poškozeného, mezi něž patří i náklady hrazené poškozeným na pobyt v nemocnici.]

<sup>83</sup> Dostupné z: [https://www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_10/\\_116.html](https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_10/_116.html): „Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Eingliederungshilfe oder der Sozialhilfe über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadensersatz beziehen.“ [Nárok na náhradu škody zakládající se na jiném právním předpisu přechází na pojistitele nebo poskytovatele dávky na začlenění nebo sociální pomoci, pokud tento je povinen v důsledku škodné události poskytnout sociální dávky (plnění), které slouží k napravení škody shodné povahy a které se vztahují ke stejnému časovému období jako škůdce poskytnutá náhrada škody.]

<sup>84</sup> PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 415.

Příkladem lze uvést, že kongruence bude existovat mezi bolestným za újmu na zdraví a výhodou v podobě zlepšení zdraví, což jsou již výše zmíněné judikatorní příklady. Jak u výhody, tak nevýhody, jde o zasažení a podporu shodného právního statku. Naopak kongruence jistě nebude existovat mezi újmou na zdraví a náhradou za ztrátu na výdělku, zde jsou oba právní statky zcela jiného charakteru, navíc imateriálního a materiálního.

Úzce související kategorií s požadavkem na kongruenci výhod a nevýhod je účel normy, resp. smlouvy<sup>85</sup>, na základě které partikulární výhoda vzniká, typicky jde o různé dávky sociálního zabezpečení či pojistná plnění. Inspirací pro tuto kategorii je pro deliktní právo inherentní ochranný účel normy.<sup>86</sup>

V případě účelu normy, na základě které výhoda vznikla, zkoumáme jeho vztah k nevýhodě (újmě). Příkladem lze poukázat na české rozhodnutí Ústavního soudu<sup>87</sup>, resp. soudu Nejvyššího<sup>88</sup>. Skutkově se jednalo o případ, v němž poškozená požadovala náhradu újmy v podobě účelně vynaložených nákladů na léčení podle ustanovení § 449 odst. 1 občanského zákoníku z roku 1964<sup>89</sup>, konkrétně náhradu nákladů vynaložených na zajištění pomoci při základních životních úkonech a na zajištění chodu domácnosti. Soudy se musely vypořádat s otázkou, zda je třeba od této náhrady odečíst příspěvek na péči poskytovaný podle ustanovení § 7 zákona o sociálních službách<sup>90</sup>. V odůvodnění zvažovaly ve vztahu k této kategorii dvě skutečnosti, proč příspěvek na péči při stanovení výše náhrady zohlednit. Za prvé, smysl a účel výhody podle normy ji upravující („... *jejím účelem, jak vyplývá z textu zákona i z důvodové zprávy, je umožnit osobě, jejíž dlouhodobě nepřiznivý zdravotní stav vyžaduje péči jiných osob, zajištění potřebné pomoci při péči o vlastní osobu a při zajištění soběstačnosti...*“), a za druhé, smysl a účel výhody ve vztahu k normě regulující povinnost k náhradě újmy („... *Poškozenému tedy příspěvek na péči náleží ze stejného důvodu, jako je ten, na němž je založena případná povinnost škůdce nabradit škodu...*“).

Od účelu normy, na základě které došlo ke vzniku výhody, je třeba odlišovat účel (funkce) civilního deliktního práva, tedy včetně té které skutkové podstaty civilního deliktního práva upravující povinnost škůdce k náhradě újmy, viz následující pododíl.

<sup>85</sup> PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzengeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 415.

<sup>86</sup> Viz např. DOLEŽAL, A. a T. DOLEŽAL. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016, s. 100: „Zjednodušeně řečeno, vychází teorie o ochranném účelu normy z toho, že jak smluvní povinnosti, tak zákonné normy upravující odpovědnost za újmu a s nimi související konkrétní povinnosti opatrnosti (Verkehrspflichten) slouží ochraně pouze určitých zájmů. Ochrana těchto zájmů je v normách buď přímo vyjádřena, nebo ji lze teleologickým výkladem dovodit.“

<sup>87</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 28. 1. 2020, sp. zn. III. ÚS 4194/18.

<sup>88</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 9. 2018, sp. zn. 25 Cdo 3157/2018.

<sup>89</sup> Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>90</sup> Zákon č. 108/2006 Sb., o sociálních službách, ve znění pozdějších předpisů.

### 3.4 Funkce, smysl a účel civilního deliktního práva

Při posuzování případů vyrovnání nemajetkové újmy prospěchem je dále zapotřebí zohlednit funkce, smysl a účel civilního deliktního práva, resp. náhrady za způsobenou nemajetkovou újmu na zdraví. Výhodu je možné oproti nevýhodě zohlednit jen v případě, že je takový postup v souladu s těmito kritérii.<sup>91</sup>

#### 3.4.1 Kompenzační funkce

Primární funkcí civilního deliktního práva je kompenzace, resp. vyrovnání újmy.<sup>92</sup> To lze v českém právu vysledovat ihned z názvu interlineární rubriky, která tuto oblast práva uvozuje: „*Náhrada majetkové a nemajetkové újmy*.“ Shodně platí například i pro rakouské a německé právo.<sup>93</sup> Cílem kompenzace je vyrovnat veškerou způsobenou újmu a nikoliv více, tedy současně zabránit obohacení poškozeného poskytnutou náhradou (*Bereicherungsverbot*).<sup>94</sup>

V případě nemajetkové újmy se ale nehovoří ryze o kompenzační funkci náhrady. Podle ustanovení § 2951 odst. 2 OZ se nemajetková újma odčiní přiměřeným zadostiučiněním, a to i ve formě peněžitého plnění. V německém právu jde o tzv. spravedlivé odškodnění v penězích (*billige Entschädigung in Geld*).<sup>95</sup> Je tomu tak z důvodu zásadní nevyčíslitelnosti nemajetkových statků v penězích. I když je zřejmé, že peněžitá náhrada *stricto sensu* utrpěnou nemajetkovou újmu nevyrovná, užívá se jí v těchto případech z důvodu, že společnost, resp. právo nezná jiný vhodnější způsob odčinění tohoto druhu újmy. Vyrovnání nemajetkové újmy je pouhým normativním konstruktem,<sup>96</sup> cílem zadostiučinění je opatření si náhradních hodnot, které pomohou poškozenému překonat příkoří spojené se zásahem do nemateriálních statků. V případě újmy na zdraví jde primárně o znovunastolení rovnováhy osobnosti poškozeného.<sup>97</sup>

#### 3.4.2 Prevenční funkce

Prevenční, resp. odrazující funkci lze vymezit jako nástroj pro předcházení vzniku újem odrazující škůdce v negativním působení na právem chráněné statky.<sup>98</sup> V současnosti je tato funkce relativizována nejen zákonným, ale i smluvním pojištěním.

<sup>91</sup> GRÜNEBERG, Ch. In: PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78., přepracované vyd. München: C. H. Beck, 2019, s. 297 a násl.

<sup>92</sup> KOZIOL, H. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 75 a násl.

<sup>93</sup> Viz ustanovení § 1295 ABGB a 823 BGB.

<sup>94</sup> KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*. 3., přepracované vyd. Wien: Manz, 1997, s. 326 a násl.

<sup>95</sup> Viz ustanovení § 253 BGB.

<sup>96</sup> KARNER, E. *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*. Springer Verlag: Wien, 1999, s. 133.

<sup>97</sup> HARRER, F. In: SCHWIMANN, M. *ABGB Praxiskommentar. Band 6. §§ 1293–1502 ABGB*. 3., přepracované vyd. Wien: LexisNexis ARD Orac, 2006, s. 437.

<sup>98</sup> KOZIOL, H. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 75 a násl.

V rámci teorie vyrovnání újmy prospěchem to znamená, že nesmí docházet k nespravedlivému zvýhodnění škůdce zohledněním výhody, čímž by docházelo k oslabení preventivního působení na škůdce.<sup>99</sup>

S preventivní funkcí úzce souvisí i problematika sankční funkce civilního deliktivního práva. V českém, a ostatně i německém a rakouském právním řádu, se ale vždy sankční momenty projevují v mezích funkce kompenzační, což znamená, že na náhradě újmy poškozený nesmí obdržet více, než činí jeho skutečná újma.<sup>100</sup> Angloamerická doktrína *punitive damages* je v kontinentálním právu odmítána.

### 3.4.3 Shrnutí

Působení kompenzační a preventivní funkce civilního deliktivního práva v oblasti vyrovnání újmy prospěchem lze shrnout tak, že výhodu je možné zohlednit oproti nevýhodě jen v případě, že poškozený na náhradě újmy neobdrží více, než jaká mu byla skutečně způsobena újma, avšak současně ani méně. Jinak řečeno, poškozený ani škůdce nesmí být prostřednictvím náhrady újmy ani bezdůvodně obohacen, ani znevýhodněn.

## 3.5 Spravedlnost, přiměřenost

Posledními kritérii, která na tomto místě budou představena, jsou kautely spravedlnosti, přiměřenosti a další podobné. Požadavek, aby zohlednění výhody bylo spravedlivé a přiměřené, plyne nejen z judikatury,<sup>101</sup> ale i doktríny. Při posuzování jednotlivých případů to znamená, že na straně poškozeného musí být zohlednění výhody přiměřené a na straně škůdce zase nesmí dojít k jeho nespravedlivému zvýhodnění.

V rámci jednotlivých kritérií posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem se jedná pravděpodobně o nejvíce abstraktní kritéria, jinak řečeno jde o tzv. neurčité právní pojmy. Jejich obsah je vymezován až konkrétními okolnostmi jednotlivého případu, přičemž do popředí vstupuje hodnotový úsudek osoby, jež jejich obsah vykládá.<sup>102</sup> A v rámci teorie vyrovnání újmy prospěchem se jedná o zcela typická kritéria, která celou tuto oblast formují,<sup>103</sup> problematika vyrovnání újmy prospěchem je branou pro užití hodnot v jinak čistě početním a technicky chápaném právu náhrady újmy.<sup>104</sup>

<sup>99</sup> Viz výše rozhodnutí OGH 10 Ob 209/02m.

<sup>100</sup> MELZER, F., P. TÉGL a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018, s. 7.

<sup>101</sup> Viz např. výše rozhodnutí OGH 10 Ob 209/02m.

<sup>102</sup> Např. VELTEN, W. *Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß: ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung*. Baden-Baden: Nomos, 2001, s. 38–39.

<sup>103</sup> PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzengeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 417.

<sup>104</sup> SCHIEMANN, G. *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts*, München: C. H. Beck, 1981, s. 122.

Ve vztahu k posuzování konkrétních případů je jejich zřejmým úskalím právě jejich neurčitost. Výstižně uvádí Thüssing<sup>105</sup>, že tato a obdobná kritéria jsou pouhými šiframi aplikace hodnotového úsudku, které toliko proklamují, že se hodnotový soud má učinit, nicméně již neříkají, jakým způsobem a s jakými závěry. „Jak“ závisí na další precizaci, jinak řečeno, na konkrétních okolnostech jednotlivých případů, jejichž odůvodnění bude více či méně přesvědčivé a racionálně pochopitelné.

### 3.6 Shrnutí

Kritéria pro posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem se historicky vyvíjela a formovala, a to ve světle snahy naleznout univerzální a dostatečně odolné pravidlo. To se v průběhu času ukázalo jako nemožné.<sup>106</sup> Postupně tak přibývala další kritéria, která určitým způsobem navazovala na kritéria předešlá, nebo je modifikovala (viz např. nejprve kritérium v podobě příčinné souvislosti a následně kritéria specifického vnitřního vztahu mezi újmou a výhodou). Současné snahy vycházejí z tvorby skupin případů (*Fallgruppen*), které se vyznačují obdobnými markanty, přičemž se ukazuje, že robustním a odolným způsobem jejich posuzování je aplikace nikoliv jednoho vybraného kritéria na konkrétní případ, nýbrž jejich komplexu, což rovněž ilustruje následující oddíl.

## 4 Typické skupiny případů

V návaznosti na výše zjištěné skutečnosti bude následující pododdíl zaměřen na typické skupiny případů zahrnující problematiku vyrovnání nemajetkové újmy při ublížení na zdraví nemateriální výhodou, a to v souvislosti s jednotlivými kritérii uvedenými v předchozím oddílu. Cílem je rozhodnout, zda danou výhodu oproti nevýhodě zohlednit, či nikoliv.

Skupiny případů jsou vystavěny na základě typu nemajetkových výhod.<sup>107</sup> První z nich se týká nemajetkové výhody v podobě zlepšení zdravotního stavu, druhá ušetřených bolestí.

### 4.1 Zlepšení zdravotního stavu

Nemajetková výhoda v této konstelaci spočívá, jak název napovídá, ve zlepšení zdravotního stavu, nejčastěji pacienta. Příčinou zlepšení zdravotního stavu je škodní událost, která dala současně vzniknout nemajetkové nevýhodě – újmě na zdraví. Primárně půjde o *non lege artis* postup lékaře.

<sup>105</sup> THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*. München: C. H. Beck, 2001, s. 45.

<sup>106</sup> KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*. Bern; Stuttgart: Paul Haupt Bern und Stuttgart, 1987, s. 2 a násl.

<sup>107</sup> Tedy návazně na skupiny vytvořené např. v PLETZER, R. *Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld? Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7; V doktríně se objevuje i odlišné třídění typických případů, viz ERM, D. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013, s. 395 a násl. a s. 401, jenž vytvořil celkem čtyři skupiny, nicméně stejně zdůrazňuje, že těžiště případů tkví ve skupinách uváděných Pletzer.

Pro další výklad je důležité, že porušení právní povinnosti lékaře může tkvět i v nedostatečném poučení pacienta s důsledkem absence informovaného souhlasu jako okolnosti vylučující protiprávnost zásahu do pacientovy integrity.

Jako příklad reálných skutkových okolností může sloužit již zmíněný případ OGH 6 Ob 558/91<sup>108</sup>, v němž rakouský Nejvyšší soud posuzoval spor plynoucí z kosmetické operace. Pacientka požadovala náhradu nemajetkové újmy (bolestné) pro nedostatečné poučení o výsledku kosmetické operace. Oproti očekávání pacientky totiž nedošlo ke kýžnému rozšíření dolního rtu, i když část výsledku v podobě zmenšení brady se dostavila. Vůči nároku na bolestné požadoval žalovaný zohlednit nemajetkovou výhodu v podobě alespoň částečného zlepšení zdravotního stavu žalobkyně – zmenšení brady.

Aby bylo možné výhodu zohlednit, musí být primárně splněno první kritérium v podobě ekvivalence příčinné souvislosti, tzn. že protiprávní jednání musí být současně příčinnou vzniku nemajetkové výhody. Jinak řečeno, nebýt porušení povinnosti, výhoda by nevznikla.<sup>109</sup>

Důsledně je třeba dbát na splnění tohoto kritéria v případech, v nichž protiprávní jednání lékaře spočívá v zásahu do pacientovy integrity bez udělení náležitého informovaného souhlasu.<sup>110</sup> Aby bylo vůbec možné takovým protiprávním jednáním vzniklou výhodu oproti nevýhodě zohlednit, musí být zřejmé, že by pacient při řádném poučení ze strany lékaře informovaný souhlas neudělil (a zákrok nepodstoupil). Pokud by ho totiž pacient udělil i tak, příčinná souvislost mezi protiprávním jednáním a výhodou absentuje, jelikož by výhoda vznikla i při řádném postupu lékaře.

Dále musí být příčinná souvislost adekvátní. To by však nemělo činit větší problémy. Pro lékaře je i z objektivního hlediska předvídatelné, že jeho zákrokem může dojít ke vzniku předmětné výhody, ostatně s tím zákrok lékař také prováděl.

Nejednoznačnost panuje ve vztahu ke kongruenci a funkcím civilního deliktního práva, pokud se jedná o případy zahrnující nedostatečné poučení ze strany lékaře, a to kvůli současnému zásahu do práva na sebeurčení člověka (*Selbstbestimmungsrecht*).<sup>111</sup>

<sup>108</sup> Viz pododdíl 2.3.

<sup>109</sup> Pokud výhoda vznikne v důsledku řádného plnění povinnosti, nelze ji oproti újmě zohlednit, jelikož není dána faktická příčinná souvislost mezi protiprávním jednáním a vznikem výhody, viz např. případ operátora uvedený v pododdílu 3.1, jenž v operační ráně ponechal tampon, přičemž za započítatelnou výhodu (nesprávně) považoval zdárný výsledek operace.

<sup>110</sup> V souvislosti s těmito případy je ale na samotném počátku posuzování zapotřebí určit, zda vůbec pacientovi vznikla odčinitelná újma (na zdraví), podrobněji viz DOLEŽAL, T. Právní povaha informovaného souhlasu a následky neúplného poučení z hlediska civilního práva. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2019, roč. 9, č. 1, zejména kapitola 5 Náhrada újmy a neúplné poučení.

<sup>111</sup> V této souvislosti je nutné opět připomenout specifika německé i rakouské judikatury, a to že nárok na náhradu nemajetkové újmy na zdraví je celistvý (jde o tzv. *Schmerzensgeld*, bolestné), netvoří jej jednotlivé dílčí nároky jako v právu českém a že jakýkoliv zákrok lékaře bez informovaného souhlasu pacienta naplní příslušnou skutkovou podstatu povinnosti k náhradě újmy na zdraví, čímž pacientovi vznikne právo na bolestné.

Nejde-li o ně, kongruenci mezi výhodou a nevýhodou lze spatřovat – oba statky jsou nemajetkového charakteru a oba se týkají zdraví člověka. Totéž platí i pro funkce civilního deliktního práva. Jelikož protiprávním jednáním došlo současně ke kompenzaci shodného statku, není dle našeho názoru preventivní funkce jakkoliv potírána. Nebudou-li přítomny další relevantní okolnosti určitého případu, které by odůvodňovaly opak (aplikace principů *spravedlnosti, přiměřenosti* atd.), lze kladně rozhodnout o přípustnosti zohlednění zlepšení zdravotního stavu oproti újmě na zdraví.<sup>112</sup>

Za další relevantní okolnosti určitého případu, které by odůvodňovaly opak, je možné považovat také absenci informovaného souhlasu ze strany pacienta. Rakouská a německá doktrína je při posuzování těchto případů poněkud rozkolísaná.

Kupř. Pletzer<sup>113</sup> a Karner<sup>114</sup> plédují primárně za zohlednění zlepšení zdravotního stavu oproti způsobené újmě na zdraví i při nedostatku v informovaném souhlasu. Odůvodnění spočívá v tom, že zásah do práva na sebeurčení je pro pacienta lehčí, pokud si uvědomí, že současně protiprávním zákrokem došlo k objektivnímu zlepšení jeho zdraví, že zákrok byl konec konců v jeho prospěch a že tyto okolnosti směřují alespoň k částečnému zadostiučinění (odškodnění) i za zásah do práva na sebeurčení.

Současně oba uvádějí, že v případech, v nichž došlo k výraznému zásahu do práva na sebeurčení pacienta, není možné výhodu oproti újmě zohlednit, typicky v případě hysterektomie, amputace údů apod. Zde totiž nemajetková výhoda v podobě zlepšení zdravotního stavu není takové intenzity, aby vyrovnala i tak těžký zásah do práva na sebeurčení a z toho plynoucí duševní strádání.

Naopak Erm<sup>115</sup> či Kerschner<sup>116</sup> jsou toho názoru, že v případě nedostatečného informovaného souhlasu nelze s ohledem na zásah do práva na sebeurčení nemajetkovou výhodu v podobě zlepšení zdravotního stavu proti bolestnému započítat, jelikož výhoda a nevýhoda nejsou navzájem kongruentní, účel normy regulující nezbytnost informovaného souhlasu zakazuje svévolné zásahy do integrity člověka a současně chrání i objektivně nerozumná rozhodnutí pacienta nenechat se léčit jako výraz respektu k autonomii vůle člověka, dále jelikož prevenční funkce civilního deliktního práva odrazující škůdce v zásahu do práva na sebeurčení je relativizována a konečně že při zohlednění výhody dojde na straně pacienta *de facto* k jejímu vnucení. To vše svědčí pro odmítnutí zohlednění výhody v těchto případech.

---

<sup>112</sup> Shodně např. KARNER, E. *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*. Springer Verlag: Wien, 1999, s. 122; PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 423.

<sup>113</sup> PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 423 a násl.

<sup>114</sup> KARNER, E. *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*. Springer Verlag: Wien, 1999, s. 122.

<sup>115</sup> ERM, D. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013, s. 401.

<sup>116</sup> KERSCHNER, F. *Schmerzensgeld. Kommentar und Judikatur*. Verlag Österreich: Wien, 2013, s. 135.

V příkladmo uvedené judikatuře OGH 6 Ob 558/91 týkající se případu, v němž absentoval informovaný souhlas pacienta, dospěl soud k závěru, že je spravedlivé a v souladu se zásadami teorie vyrovnání újmy prospěchem zohlednit nemajetkovou výhodu snížením nároku na bolestné.

V českém právu bude na rozdíl od práva německého a rakouského při posuzování obdobných případů nadto třeba zohlednit skutečnost, že náhrada při ublížení na zdraví se podle ustanovení § 2958 OZ „rozpadá“ do tří samostatných nároků, a to na bolestné (náhrada za vytrpěné bolesti), na náhradu za ztížení společenského uplatnění a náhradu za další nemajetkové újmy. Tato skutečnost ovlivní posouzení kongruence a účelu normy, včetně funkcí práva regulujícího povinnost k náhradě újmy, a to primárně ve vztahu k náhradě za zásah do práva na sebeurčení. Podle charakteru zlepšení zdravotního stavu v konkrétním případě bude moci být (s ohledem na výše uvedené) tato výhoda zohledněna při výpočtu bolestného či náhrady za ztížení společenského uplatnění. Dle našeho názoru ale nebude výhoda v podobě zlepšení zdravotního stavu kongruentní s nevýhodou v podobě zásahu do práva na sebeurčení. Přijmeme-li výklad<sup>117</sup>, že pod další nemajetkové újmy ve smyslu ustanovení § 2958 OZ lze podřadit i zásahy do dalších složek osobnosti člověka mimo zdraví, bude za zásah do práva na sebeurčení (část osobnosti člověka) náležet náhrada za další nemajetkové újmy při ublížení na zdraví dle § 2958 OZ, a nikoliv současně ostatní náhrady, tedy za vytrpěné bolesti a za ztížení společenského uplatnění. Z toho plyne, že výhoda v podobě zlepšení zdravotního stavu nemůže být způsobilá současně „vyrovnat“ nevýhodu (újmu) způsobenou zásahem do práva na sebeurčení.

## 4.2 Ušetřené bolesti

V případě ušetřených bolestí jde o případy, v nichž se nemajetková výhoda projevuje negativně, v absenci bolestivých stavů, které by, nebýt protiprávního jednání, nastaly. Shodně jako v pododdílu 4.1 se tyto výhody vyskytují primárně v oblasti medicínskoprávních sporů. Jednak může jít o případy, kdy v důsledku chybného postupu lékaře pacient „ušetří“ bolesti, které by v případě, že by k postupu (i když chybnému) vůbec nedošlo, musel vytrpět. Nemajetkovou výhodu v podobě ušetřených bolestí je zapotřebí posoudit vůči újmě na zdraví plynoucí z *non lege artis* postupu lékaře.

Pro reálné skutkové okolnosti této konstelace viz např. rozhodnutí OGH 4 Ob 78/08m uvedené v pododdílu 2.4. Lékař se zde dopustil *non lege artis* postupu, jelikož neprovedl porod císařským řezem. Pacientka požadovala bolestné mj. za bolesti způsobené skutečněným porodem. Soud se zabýval otázkou, zda je třeba při výpočtu bolestného zohlednit bolesti ušetřené tím, že pacientka reálně nemusela podstoupit porod císařským řezem, který by při alternativním jednání v souladu s právem musela podstoupit.

<sup>117</sup> Viz např. MELZER, F., P. TÉGL a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX.* § 2894–3081. Praha: Leges, 2018, s. 1004.

Na druhé straně se může jednat o případy spočívající v neprovedení určitého zákroku, který objektivně měl být proveden. Ušetřené bolesti plynou z neprovedení (jinak indikovaného) zákroku, přičemž posoudit je třeba jejich zohlednění vůči újmě na zdraví vzniklé právě pro neprovedení daného zákroku. Typické skutkové okolnosti lze nalézt například v rozhodnutí OGH 5 Ob 242/03d<sup>118</sup>, v němž se jednalo o žalobu pacientky na zdravotnické zařízení kvůli chybnému medicínskému postupu spočívajícím v opožděné diagnóze a na to navázaném opominutí včasného operačního zákroku, v důsledku čehož došlo u pacientky ke ztrátě hybnosti prstů. Proti nároku žalobkyně na bolestné požadovalo zdravotnické zařízení započíst nemajetkovou výhodu – ušetření bolesti z včas neprovedené operace, která by byla provedena, nebýt vadné (opožděné) diagnózy.

Odůvodnění závěru o přípustnosti, resp. nepřípustnosti zohlednění výhody v podobě ušetřených bolestí vůči újmě na zdraví způsobené *non lege artis* provedeným zákrokem dle skutkových okolností prve uvedené modelové situace je obdobné odůvodnění jako v pododdílu 4.1, a to včetně nezbytnosti rozlišování, zda se jedná o *non lege artis* postup lékaře v důsledku absence informovaného souhlasu, či nikoliv.

Co se týče druhé modelové kazuistiky, tedy případů vyznačujících se chybou lékaře spočívající v neprovedení určitého zákroku (*omise*), díky čemuž dojde na straně pacienta k ušetření určitých bolestí, opět v rámci doktríny a judikatury nepanuje jednota.

Podle Pletzer<sup>119</sup> vylučuje aplikaci pravidel vyrovnání újmy prospěchem samotná skutečnost, že bolesti ušetřené neprovedením zákroku nelze považovat za nemajetkovou výhodu, jelikož bolesti spojené s (hypotetickým) zákrokem vznikají za účelem zlepšení zdravotního stavu, pročež lze říci, že se jedná o „pozitivní“ bolesti. Pokud výskyt takových bolestí nelze považovat za újmu, nelze současně jejich absenci považovat za výhodu, kterou by bylo možno zohledňovat vůči reálně vzniklé újmě na zdraví.

S takovým odůvodněním nesouhlasí kupř. Erm<sup>120</sup>, podle kterého ušetřené bolesti z neprovedení zákroku představují určitý druh újmy, které bylo zabráněno právě kvůli jeho neprovedení. Bolesti by skutečně vznikly, pokud by nedošlo k porušení povinnosti na straně lékaře. S odmítnutím vyrovnání újmy prospěchem souhlasí, přičemž argumentuje odlišně než Pletzer. Do popředí staví osobnostní právo člověka na sebeurčení a ochranný účel normy jej chránící. V případě, že by za vylíčených skutkových okolností došlo k zohlednění ušetřených bolestí vzniklých kvůli neprovedení určitého zákroku, znamenalo by to v konečném důsledku vnucení takového zákroku, což odporuje právu pacienta (člověka) na sebeurčení. Erm tedy shodně jako Pletzer zapovídá vyrovnání újmy prospěchem v těchto případech, avšak argumentuje nenaplněním kritéria v podobě ochranného účelu normy.

<sup>118</sup> Viz pododdíl 2.2.

<sup>119</sup> PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzengeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 427.

<sup>120</sup> ERM, D. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzengeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013, s. 403.

Podle našeho názoru nebude v těchto případech relevantní zásah do práva na sebeurčení pacienta kvůli vnučení zdravotnického zákroku. Totiž tím, že pacient požaduje náhradu újmy na zdraví spočívající v nezlepšení zdravotního stavu kvůli opomenutí lékaře, současně projevuje vůli, že by opominutý zákrok podstoupil a vyslovil s ním souhlas. Kdyby tomu bylo naopak a pacient by souhlas nevyslovil, nevznikla by újma na zdraví a nebylo by tedy co výhodou vyrovnávat.

Soud, který tento případ ve skutečnosti posuzoval, vyrovnání újmy prospěchem také odmítnul, nicméně pro odlišné důvody než Erm a Pletzer. Dle názoru soudu absentovala příčinná souvislost.<sup>121</sup>

### 4.3 Shrnutí

Nastíněná kazuistika zřetelně demonstruje inherentní rysy problematiky vyrovnání újmy prospěchem, tím spíše, pokud se jedná o oblast ideálních právních statků jako je osobnost člověka. Absence univerzálního pravidla pro řešení těchto případů včetně nezbytnosti aplikace hodnotového úsudku zohledňujícího veškeré okolnosti má za důsledek značnou rozkolísanost jejich doktrinárního i judikatorního posuzování.

I když jsou závěry německých i rakouských vysokých soudů a doktríny vzájemně nejednotné, patrně se s problematikou vyrovnání nemajetkové újmy na zdraví nabytým prospěchem setkávají častěji než české soudy i doktrína. Proto lze v obou nám blízkých právních řádech hledat cenné poznatky a inspiraci pro výklad těchto případů podle práva českého, a to při respektování odlišností plynoucích z toho kterého právního řádu.

Vedle názorové nejednotnosti týkající se relevantních kritérií a jejich aplikace na výše uvedené případy je důležité si také uvědomit, že klíčové pro posuzování přípustnosti vyrovnání nemajetkové újmy na zdraví nabytým ideálním prospěchem (výhodou) je primárně rozhodnout, zda lze domnělou nemajetkovou výhodu považovat za takovou hodnotu, která je způsobilá újmu na zdraví (či jiném osobnostním právu) člověka vůbec vyrovnat. Pro zachování nezbytné objektivity je třeba hledat určitou „spodní hranici“. Paralelu lze dle našeho názoru vést shodně jako při rozlišování, co lze rozumět újmou na zdraví a co nikoliv<sup>122</sup>, proto i v případě nemajetkové výhody, jež má být zohledněna vůči nemajetkové újmě na zdraví, musí jít o výhodu, která bude určitým způsobem medicínsky zachytitelná. To bude zpravidla splněno například při existenci hybnosti prstů, ušetření bolestí neprovedením invazivního operačního zákroku či porodu. Naopak u výhod objevujících se v judikatuře i doktríně typu nalezení lásky v nemocnici, radosti z narození dítěte apod. bude rozhodnutí o poznání obtížnější a spíše odmítavé.

<sup>121</sup> Viz výše pododdíl 2.2.

<sup>122</sup> MELZER, F., P. TÉGL a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018, s. 992.

Přispívat při tomto rozhodování bude patrně také kritérium kongruence, jelikož v jeho rámci se zohledňuje povaha výhody.

## Závěr

Cílem článku bylo představit specifika vyrovnání nemajetkové újmy při ublížení na zdraví ideálními výhodami. Úvodem byly předestřeny argumenty, na základě kterých se lze přiklonit k závěru, že i v oblasti ideálních výhod a nevýhod (zde v souvislosti se zdravím člověka) je vhodné pravidla teorie vyrovnání újmy prospěchem *mutatis mutandis* aplikovat. Vybraná rakouská a německá judikatura ukázala, jakým způsobem posuzují tyto případy soudy, přičemž následoval doktrinární rozbor jednotlivých kritérií. Aplikace těchto kritérií byla následně demonstrována na specifických skupinách případů (*Fallgruppen*).

Z kazuistiky zřetelně vyplynuly inherentní znaky problematiky vyrovnání újmy prospěchem v oblasti nemajetkové újmy při ublížení na zdraví, stejně tak jako s tím související a poměrně logická názorová rozkolísanost posuzování jednotlivých případů.

I když lze stěží očekávat, že se v budoucnu vytvoří univerzální pravidlo, podle něhož by bylo možné tuto problematiku komplexně a jednotně obsáhnout, o což se doktrína marně pokoušela více jak sto let, poukazují jednotlivá nyní aplikovaná kritéria na přinejmenším jednu významnou skutečnost. A to, že si je třeba uvědomit, které všechny okolnosti daného případu jsou rozhodné, vypořádat se s nimi a dospět se zřetelem k nim k hodnotově vyváženému závěru, zda danou výhodu vůči nevýhodě v podobě újmy na zdraví zohlednit.

*„Reichlich schwer fassbare Formeln und Begriffe wie ‚Sinn und Zweck‘, ‚Zumutbarkeit‘ und ‚Billigkeit‘ prägen den Bereich der Vorteilsausgleichung.“<sup>123</sup>*

---

<sup>123</sup> „*Jsou to těžko uchopitelné kategorie jako ‚smysl a účel‘, ‚přiměřenost‘ a ‚spravedlnost‘, které utváří a formují problematiku vyrovnání újmy prospěchem.*“ PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzengeld? *Juristische Blätter*, 2007, roč. 129, č. 7, s. 417.



# Původ bipartity legisakčního řízení

## Origin of Bipartite *legis actio* Procedure

Pavel Zálíš<sup>\*</sup>

### Abstrakt

Článek se v první části věnuje teoriím zabývajícím se důvody a okolnostmi vedoucí k rozdělení legisakčního řízení do dvou fází, tj. *in iure*, jež se odehrávala před úředníkem a *apud iudicem*, v němž spor rozhodoval jmenovaný soudce. V základních rysech představuje ty teorie, které podstatným způsobem ovlivnily poznání a další směr výzkumu v této oblasti. V další části pojednává v kontextu zaměření tohoto článku municipálním zákonem *lex Irnitana*, který nabízí vbleď do reformovaného formulovaného procesu, který mimo jiné upravuje volnost sporných stran při výběru osoby soudce. Poslední část nabízí pohled z perspektivy právně-antropologických a etnografických výzkumů probíhajících v minulém století v moderních primitivních společnostech, které mohou pro účely studia římského práva poskytnout širší vbleď a napomoci ozřejmit motivace a důvody vedoucí k bipartitě římského procesu. Antropologické materiály totiž umožňují lépe pochopit právní i mimoprávní vazby, které jsou determinovány sociální strukturou archaických a primitivních komunit. Díky tomu můžeme identifikovat některé tradované omyly týkající se přístupu archaických a primitivních společností k právu.

### Klíčová slova

*Legis actio; in iure; apud iudicem; lex Irnitana; bipartita římského procesu; urovnávání sporů.*

### Abstract

The first part of the article deals with theories dealing with the reasons and circumstances leading to the division of the legislative procedure into two phases, ie *in iure*, which took place before the magistrate and *apud iudicem* in which the dispute was decided by the appointed judge. In its basic features, it presents those theories that have significantly influenced the knowledge and further direction of research in this area. The next part deals in the context of the focus of this article with the municipal law *lex Irnitana*, which offers insight into the reformed formulated process, which, among other things, regulates the freedom of the disputing parties in choosing the person of the judge. The last part offers a perspective from the perspective of legal-anthropological and ethnographic research conducted in the last century in modern primitive societies, which can provide a broader insight for the purposes of studying Roman law and help clarify the motivations and reasons leading to the bipartite Roman process. Anthropological materials make it possible to better understand the legal and non-legal ties that are determined by the social structure of archaic and primitive communities. Thanks to this, we can identify some traditional errors concerning the approach of archaic and primitive societies to law.

### Keywords

*Legis actio; in iure; apud iudicem; lex Irnitana; Bipartite Roman Process; Dispute Settlement.*

\* JUDr. Pavel Zálíš, doktorand, Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: [zalis@akzalis.cz](mailto:zalis@akzalis.cz)

## Úvod

Prostřednictvím Gaiových Institucí máme poměrně jasnou představu o průběhu legisakčního řízení, ovšem z pramenů se nám nedostává informací o jeho původu, zejména o tom, zda mu římscí králové předsedali, tak jak tvrdí tradice, nebo jaká skutečnost vedla Římany k rozdělení soudního řízení do dvou stadií apod.<sup>1</sup> Římská tradice připisuje původ rozdělení římského procesu šestému králi Serviu Tulliovi, který údajně dobrovolně omezil svou jurisdikční pravomoc tím, že nechal soukromé spory rozhodovat senátory.<sup>2</sup> Do té doby ji vykonávali římscí králové neomezeně,<sup>3</sup> jak informují antické zdroje, zejména Cicero,<sup>4</sup> Pomponius,<sup>5</sup> Dionýsios<sup>6</sup> a Livius.<sup>7</sup> Starší škola v čele s Theodorem Mommsenem a Paul F. Girardem odmítala akceptovat proklamované dobrovolné omezení královské moci, jelikož jej považovala za historicky nevěrohodné a nehodnotné.<sup>8</sup> Podle ní starověcí autoři v prvním století před naším letopočtem už neměli k dispozici spolehlivé informace o ústavním uspořádání státu v období monarchie a jejich tvrzení jsou více založená na konstruktivním myšlení než na skutečných historicky relevantních důkazech. Ostatně Cicero sám podle nich poskytuje vodítko, kde mohl získat představu o *iudicia regia*, když naznačuje, že druhý římský král Numa Pompilius převzal řecké zákony a kultu bohů, čímž do jisté míry připodobňuje římské krále k řeckým basileům.<sup>9</sup> Mommsen antickými autory vylíčený vývoj považoval za idealizovaný a za jakýsi předobraz ideálního

<sup>1</sup> Dio. Hal. 4.25, 36; Cic. *rep.* 5.3; D.1.2.2.1.

<sup>2</sup> Dio. Hal. 5.25, 36.

<sup>3</sup> Dionýsios na druhou stranu uvádí, že již Romulus delegoval část svého *iurisdictio* na senátory, kterým přenechal rozhodování méně závažných případů, zatímco sobě ponechal rozhodování v těch nejzávažnějších. Dio. Hal. 2.14.

<sup>4</sup> Cic. *rep.* 5.2.3: „... nihil esse tam regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio quod ius privati petere solebant a regibus. Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis sed omnia conficiebantur iudiciis regis.“ [„...nic nebylo tak královské jako vysvětlení spravedlnosti, v němž byl výklad práva, neboť právo si vyžadovali soukromníci od králů, a z té příčiny byla vymezována daleká a široká území pro pole, nivy, les a pastviny, jež měla být královským územím a měla být vzdělána bez práce králů, aby je neodváděla od záležitostí týkajících se lidu žádná starost o soukromý majetek. Žádný soukromník nebyl soudcem nebo rozhodčím nějaké pře, nýbrž všechno bylo vyřizováno královskými rozsudky.] CICERO, Marcus Tullius. *O věcech veřejných*. Praha: OIKOYMENH, 2009, s. 131.

<sup>5</sup> D.1.2.2.1: „Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur.“ [Na počátku naší obce začal národ nejdříve spravovat své záležitosti bez ustanoveného zákona a bez ustanoveného práva, a vše bylo řízeno rukou králů.] BLAHO, Peter et al. *Digesta, neboli, Pandekty: svazek I, kniha I–XV, vybrané části = Digesta, seu, Pandectae: tomus I, liber I–XV, fragmenta selecta*. Praha: Univerzita Karlova, 2015, s. 131.

<sup>6</sup> Dio. Hal. 5.25 a 10.1.

<sup>7</sup> Liv. 1.41.

<sup>8</sup> GIRARD, Paul Frédéric. *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*. Paris: A. Rousseau, 1901, s. 81–82; MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker and Humblot, 1899, s. 5–6.

<sup>9</sup> ARISTOTELES. *Politika*. 1285b.; WLASSAK, Moriz. *Römische Prozessgesetze*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1888, s. 12.

ústavního státu,<sup>10</sup> ve kterém došlo ke zrušení otroctví<sup>11</sup> a králi Serviovi Tulliovi leželo na srdci štěstí a blaho lidu, což se projevilo i v tom, že omezil své pravomoci ve prospěch obecného blaha.<sup>12</sup> Odmítneme-li ovšem antické tradiční podání o původu rozdělení soudního řízení na dvě části, jak můžeme vysvětlit tento specifický aspekt římského procesu, který nemá v jiných starověkých státech adekvátní paralelu? V tomto článku se pokusíme nabídnout možnou odpověď.

## 1 Teorie o původu bipartity

V moderní době budila bipartita legisakčního a navazujícího formulovaného procesu vždy značnou pozornost, a proto vzniklo nemalé množství teorií snažících se objasnit důvody a okolnosti vedoucí k rozdělení prvního soudního řízení do dvou natolik odlišných fází. Tyto teorie oscilují od těch vsutku vědecky sofistikovaných až po méně uvěřitelné, resp. nepravděpodobné, které se opíraly často pouze o jeden historický aspekt legisakčního nebo formulovaného procesu. Lze je v zásadě rozdělit do dvou základních kategorií podle toho, zda její zastánci vyzdvihují soukromý prvek (tj. soukromou arbitráž či obecné řízení před soudcem), nebo naopak upřednostňují prvek veřejný (tj. vliv státu, krále nebo úředníku v první fázi). Můžeme je ovšem také dělit dle primární premisy, na které jsou vystavěny: (1) Arbitrážní teorie vychází z předpokladu, že římské soudní řízení vycházelo z dobrovolné kmenové arbitráže, do níž v průběhu etatizace začal stát stále silněji regulativně zasahovat, (2) teorie státního původu založená na předpokladu dominantní moci státu, který delegoval část výkonu jurisdikce na soudce nebo jejich předchůdce, nejčastěji z důvodu uvolnění administrativní zátěže úředníků (Kaser mluví o tzv. „Entlastungstheorie“ – teorie úlevy),<sup>13</sup> dále (3) demokratická teorie vycházející z předpokladu, že v době přechodu království na republiku stát částečně ustoupil demokratickým tlakům, což se promítlo i v soudní sféře a konečně (4) teorie vlivu iracionálních technik, která předpokládá, že došlo k ovlivnění první fáze magickým a náboženským formalismem, což vedlo k rozdělení řízení na dvě části, formální *in iure* a neformální *apud iudicem*. Níže se seznámíme s těmi nejvlivnějšími v rámci každé kategorie, které hlouběji ovlivnily způsob nahlížení na raný římský proces.

### 1.1 Arbitrážní teorie

Zastánci tzv. arbitrážní teorie spatřují těžiště nejstaršího soudního procesu v řízení před soudcem či rozhodcem, přičemž jejich názor se v tomto směru nejčastěji opírá o druhou, víceméně neregulovatelnou, fázi *apud iudicem*, dále o možnost stran zvolit si osobu

<sup>10</sup> „... vermutlich spätrepublikanische Schilderung des idealen Rechtsstaates...“ MOMMSEN, 1899, op. cit., s. 5, pozn. 1.

<sup>11</sup> Dio. Hal. 4.9.

<sup>12</sup> Dio. Hal. 4.25.

<sup>13</sup> KASER, Max. Prator Und Judex im Römischen Zivilprozess. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1964, roč. 32, č. 3, s. 329–363.

soudce a v neposlední řadě i o smluvní charakter litiskontestace (*litis contestatio*), která první fázi završuje. Nepřehlédnutelným proponentem této teorie (známé také jako „Schiedsgerichtstheorie“) byl vedle Rudolfa von Jheringa rakouský romanista Moriz Wlassak. Podle něj *litis contestatio* v zásadě představuje smlouvu mezi stranami sporu učiněnou před praetorem a za přítomnosti předvolaných svědků. V této smlouvě sporné strany uvedly rozhodné skutečnosti, určily osobu soudce (*iudex*), který měl spor rozhodnout, a zavázaly se, že se jeho rozhodnutí podrobí.<sup>14</sup> Wlassak věřil v postupný vývoj jurisdikce v soukromých sporech,<sup>15</sup> kdy jednotlivé stupně tvořily: (1) svépomoc, (2) soukromé rozhodčí řízení, v jehož rámci se strany dohodly na základě smlouvy svěřit řešení sporu nestranné třetí straně, (3) polostátní řízení („der halbstaatliche Privatprozess“),<sup>16</sup> tedy řízení charakterizované postupným přebíráním kontroly státu nad soukromým rozhodčím řízením v podobě částečné participace na výkonu justice (resp. legisakční a formulované řízení) a (4) čistě státní řízení (kogniční řízení).

Podle něj tedy v nejstarší fázi římského civilního řízení řešili účastníci své spory prostřednictvím soukromé rozhodčí arbitráže, jež představovala primární formu rozhodování sporů v nejstarším období římských dějin. Soukromá arbitráž se následně dostala v rámci legisakčního řízení pod kontrolou státního soudnictví, tak jak v průběhu času vzrůstala moc státu, kterou vykonával prostřednictvím svých úředníků. Jedná se v podstatě o proces postupného zestátnění, resp. pronikání státní moci do soukromé arbitráže.<sup>17</sup> Wlassak spatřuje původ dichotomie římského řízení v rozhodčí smlouvě, kterou stát pravděpodobně zavedl jako povinnou již v době královské.<sup>18</sup> Stát v první fázi vývoje tuto rozhodčí smlouvu pouze zprostředkoval a dohlížel na její uzavření, ovšem nijak do samotného urovnávání sporu nezasahoval. V následujícím období polostátního řízení již došlo ke známému rozdělení římského procesu na státem kontrolovanou fázi *in iure* a soukromou část „*apud iudicem*“.

V dohodě stran na smírném řešení sporu prostřednictvím zvoleného arbitra spatřoval Wlassak základ pozdější litiskontestace, jež se promítla do následujícího období. Wlassakův

<sup>14</sup> WLASSAK, Moriz. *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*. Wien: In Kommission bei A. Hölder, 1921, s. 247.

<sup>15</sup> „*Mein Ziel war und ist es, eine haltbare Grundlage zu schaffen für die These: der römische Privatprozess hat seinen Ursprung im Schiedsgericht.*“ [Mým cílem bylo a je vytvořit pevný základ pro tezi: římské soukromé řízení pochází z rozhodčího řízení.] WLASSAK, Moriz. *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1905.

<sup>16</sup> WLASSAK, 1921, op. cit., s. 247.

<sup>17</sup> LEVY, Ernst. Ein Ergänzungsindex zu den Jura et Leges. In: *ZSS (RA)*, 1926, č. 46, s. 287–290: „*Das Verfahren in iure und damit die Anteilnahme des Staates an der Ziviljustiz wird in einer Zeit aufgekomen sein, in der der gesellschaftliche Zwang, einen Schiedsvertrag einzugeben und den vom Schiedsrichter gefüllten Spruch zu erfüllen, nicht mehr zureichte und deshalb der Ruf nach Staatshilfe laut wurde.*“ [Postup *in iure* a s ním účast státu v civilním soudnictví vznikne v době, kdy sociální nutnost uzavřít rozhodčí smlouvu a splnit verdikt vyneseny rozhodcem již nestačí, a proto byla výzva ke státní podpoře hlasitá.]

<sup>18</sup> WLASSAK, Moriz. *Die Litiskontestation im Formularprozess*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1889, s. 55.

přístup byl převratný v tom, že do zveřejnění jeho práce převládal názor, že litiskontestace odkazovala pouze na akt předvolání svědků (*contestari litem*), před nimiž byl obsah předchozího slyšení rekapitulován, čímž končila fáze *in iure*. Tito svědkové mohli v případě potřeby před soudcem dosvědčit, co bylo mezi stranami sporné.<sup>19</sup> Wlassak nicméně interpretoval pojem „*litis contestatio*“ v nejstarším legisakčním řízení (*legis actio sacramento*) mnohem širším způsobem. Předvolání svědků bylo podle něj pouze jedním z doprovodných jevů. Podstata litiskontestace spočívala v slavnostním vystoupení svědků před praetorem, kdy strany předložily spornou záležitost a dohodly se, že jejich spor bude urovnán vybraným soudcem, jehož rozhodnutí budou respektovat.<sup>20</sup> Na základě této interpretace Wlassak vyvodil závěr, že litiskontestace ve skutečnosti představovala smlouvu mezi stranami sporu, uzavřenou před praetorem a svědky prostřednictvím přísných forem nejstaršího právního jednání. Na základě této smlouvy byla předložena sporná věc vybranému soudci (*iudex*) k rozhodnutí. Obsah litiskontestace byl zvláště rozeznatelný ve struktuře formulovaného procesu (o litiskontestaci v legisakčním řízení se dochovalo jen málo informací), který postrádal přísný formalismus předchozího legisakčního řízení.<sup>21</sup>

S Wlassakovou arbitrážní teorií ovšem nesouhlasili všichni. Již jeho současník Paul F. Girard vyjadřoval pochybnosti ohledně arbitrážního charakteru nejstaršího římského řízení a smluvní povahy litiskontestace, tak jak ji Wlassak představil.<sup>22</sup> Věřil totiž, že král v době královské (podobně jako Mommsen, viz níže) disponoval svrchovanou pravomocí v oblasti vojenské, správní, náboženské a jurisdikční, což přímo odporovalo čistě soukromému pojetí nejstaršího římského procesu bez státní účasti.<sup>23</sup> Navzdory tomu měla Wlassakova rekonstrukce vzniku a vývoje římského občanského řízení významný vliv na studium římského procesního práva v první polovině 20. století, kdy se prakticky stala *communis opinio doctorum*.<sup>24</sup> Ovšem na konci první poloviny 20. století začalo docházet k odklonu od Wlassakovy „Schiedsgerichtstheorie“, které zejména Max Kaser vytýkal údajnou volnost sporných stran při výběru osoby soudce, jelikož tento koncept považoval z dobového kontextu za nereálný.<sup>25</sup> S ohledem na skutečnost, že *dare iudicem*

<sup>19</sup> Ibid., s. 59.

<sup>20</sup> Ibid., s. 80–82.

<sup>21</sup> Ibid., s. 69, 81.

<sup>22</sup> GIRARD, 1901, op. cit., s. 41–43; GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel elementaire de droit romain*. Paris, 1918, s. 1024, pozn. 4.

<sup>23</sup> GIRARD, 1901, op. cit., s. 14–15.

<sup>24</sup> BOHÁČEK, Miroslav. Ius dicere nejstaršího římského procesu. *Listy filologické / Folia philologica*, 1951, roč. 75, č. 1; PETRAK, Marko. Arbitration as the Primary Form of Civil Proceedings? Contribution to the Criticism of the Schiedsgerichtstheorie. *Croatian Arbitration Yearbook*, 2004, roč. 11, s. 83–98.

<sup>25</sup> Kaser spatřoval pouze dvě metody jako relevantní: buď žalobce navrhoval žalovanému jména soudců, dokud s nějakým nevyjádřil souhlas, nebo, pokud tento proces nebyl úspěšný, soudce byl vybrán z alba losem. Ať už se rozhodovalo jakoukoli z těchto metod, měly strany omezené právo na výběr soudce. KASER, Max. The Changing Face of Roman Jurisdiction. *Irish Jurist*, 1967, s. 129–143.

neobsahovala žádný odkaz na dohodu stran, předpokládal, že výběr soudce prováděl praetor, aniž by byl vázán návrhy či přáními stran.<sup>26</sup> Podle tohoto nahlížení měl praetor rozhodující slovo při jmenování soudce a *datio iudici* představuje v prvé řadě projev autority a moci praetora.<sup>27</sup> Později začal přání stran částečně zohledňovat, což také vedlo v pozdějším období ke svobodě stran při výběru soudce. Výběr soudce prováděl praetor z řad senátorů (později jezdců), kteří disponovali nejen značnou autoritou ale též potřebnými znalostmi (světskými i sakrálními) nezbytnými pro výkon této funkce.<sup>28</sup> Navíc Kaser upozorňoval na to, že slavnostní akt v podobě litiskontestace neodpovídá žádné známé římské smluvní formě, pod kterou by mohl být zahrnut.<sup>29</sup> Podobně Biscardi vyvrátil závěr, že by litiskontestace nabývala v legisakčním řízení smluvního charakteru.<sup>30</sup> Následná romanistická diskuse ohledně povahy *litis contestatio* byla významně ovlivněna právě závěry posledních dvou zmíněných autorů.

Rovněž problematicky vnímá Wlassakovo pojetí postupného pronikání státní moci do soukromé arbitráže Herbert Jolowicz, který předpokládal, že soukromoprávní řešení sporů nebylo nijak v rozporu se státním postupem. „*Od počátku je to proces, v němž orgány rodícího se státu běžně, ne-li nutně hrají svou roli, a není důvod předpokládat, že by se Římané v tomto ohledu nějak lišili od jiných národů, ani si představovat, že se musíme vypořádat se zásabem státu do soukromého řízení.*“<sup>31</sup> Jolowicz shledával Wlassakův pohled na raný římský proces za příliš idealistický, z důvodu předpokládaného dobrovolného a rozumového podrobení se racionálnímu řešení sporu, a to ještě před vznikem státu, jelikož to neodpovídalo rigiditě rané společnosti.<sup>32</sup> V otázce, zda si strany mohly zvolit libovolně ze seznamu soudců či jim byl magistrátem vybrán, zvažuje na jednu stranu Gaiův odkaz,<sup>33</sup> že žalobce žádal praetora, aby jim soudce přidělil, což nesvědčí o možnosti výběru, ovšem na stranu druhou poukazuje na Cicera, který poznamenal, že záměrem předků bylo, aby nikdo nepůsobil jako soudce, s výjimkou případů, kdy se na tom strany dohodly.<sup>34</sup> Na základě toho (trochu šalamounsky) dovozuje, že jmenování formálně provedl skutečně magistrát,

<sup>26</sup> KASER, 1964, op. cit.

<sup>27</sup> KASER, Max a Karl HACKL. *Römische Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, 1996, s. 79.

<sup>28</sup> KASER, 1964, op. cit.

<sup>29</sup> KASER, HACKL, op. cit., s. 79.

<sup>30</sup> BISCARDI, Arnaldo. Esquisse d'une critique de la litis cotestatio. *Revue historique de droit français et étranger*, 1955, roč. 33, s. 1–19.

<sup>31</sup> JOLOWICZ, Herbert Felix. Procedure in iure and apud iudicem: A Suggestion. *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bologna, 1935, roč. II, s. 59–81.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Srov. Gai. 4.17.

<sup>34</sup> Cic. *Cluent.* 120: „*Neminem voluerunt maiores nostri non modo de exstimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*“ Kaser tuto Cicerovu pasáž rovněž zmiňuje, ovšem na rozdíl od Jolowicze jí přikládá jen minimální význam, jelikož ji považuje za pouhé rétorické cvičení svědčící o ideologických principech jeho doby, ale rozhodně nikoli o ústavní realitě. KASER, 1967, op. cit.

ovšem v praxi mohl zohledňovat přání stran a nevnucoval sporné straně nechtěného soudce.<sup>35</sup>

Wlassakova teorie se ovšem rovněž dočkala kritiky i ze strany současných autorů. Petrak například nesouhlasí s jeho arbitrážní teorií zejména proto, že vycházela z Jheringovy svépomocné teorie („Selbsthilfetheorie“), která předpokládala „nulový bod“ dějin, pro nějž byla charakteristická válka všech proti všem a moc silnějšího představovala jediné právo („Recht des Stärkeren“).<sup>36</sup> Čerpala z naturalistických teorií druhé poloviny 19. století, primárně založených na darwinistických evolučních hypotézách. Jhering přenesl Darwinův princip přirozeného výběru, tj. myšlenku, že pouze nejodolnější druhy přežívají v nemilosrdném a nepřetržitém boji o život, do sféry práva („Kampf ums Recht“), a pojal jej jako jeden ze základních východisek pro své filozofické a právní názory. Jeho právní myšlení tak získalo obrysy „sociálního darwinismu“.<sup>37</sup> Podle Petraka vychází Jheringova teorie z mylného předpokladu, jelikož z žádných důkazů nevyplývá, že by existoval stav „nulového bodu“, jak vyplývá z archeologických nálezů i etnografických výzkumů, podle kterých i ty nejprimitivnější skupiny jsou sociálně organizované. Vzhledem k údajně ahistorické povaze Jheringových předpokladů, na které byla postavena i „Schiedsgerichtstheorie“, nemohou být podle Petraka Wlassakovy závěry správné.<sup>38</sup>

## 1.2 Teorie státního původu

Společný prvek teorií spadajících do této kategorie je předpoklad, že úloha soudce vznikla uměle jako nová instituce v době, kdy stát již disponoval dostatečnou mocí a potřebnou institucionální strukturou. Vycházejí z nadřazeného postavení státu a jeho představitelů (krále či praetora) ve vztahu k soukromému soudci, jehož pravomoc i oprávnění řešit spory se od nich přímo odvíjely. Bylo výhradně na státních představitelích, koho jmenovali soudcem, přičemž odmítají, že by si strany sporu mohly (alespoň v nejstarším období) zvolit v rámci litiskontestace osobu soudce, který jejich spor rozhodne. Každé rozhodnutí soudce je formálně projevem suverénního magistrátního impéria, což odpovídá i tomu, že stát považuje rozsouzenou věc (*res iudicata*) za rozhodnutí se všemi důsledky s tím spojenými a zároveň zajišťuje vymahatelnost takového rozhodnutí. Postavení soudce nijak nesnižovala skutečnost, že se jednalo o soukromou

<sup>35</sup> JOLOWICZ, Herbert Felix a Barry NICHOLAS. *A Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972, s. 178–179.

<sup>36</sup> PETRAK, op. cit.

<sup>37</sup> JHERING, Rudolph von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 1*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1852, s. 117–119.

<sup>38</sup> „V každém případě je toto paradigma vzhledem k jeho ahistorické povaze nepoužitelné jako metodologický model vysvětlující genezi práva a soudního řízení, jako například marxistická utopická vize beztřídní společnosti svobodných a rovných jedinců, jejíž rozpad vedl ke vzniku státu jako projevu třídní společnosti a nástroje třídního násilí.“ PETRAK, op. cit.

osobu nedisponující žádnou státní mocí, jelikož tu jí „propůjčil“ magistrát samotným jmenováním a pověřením spor rozhodnout (*iudicare iubere*) se všemi souvisejícími právy a povinnostmi. Magistrát tak tímto učinil budoucí rozhodnutí svým vlastním.<sup>39</sup>

Mommsen přesvědčen o tom, že římský král disponoval svrchovanou neomezenou mocí, zastával názor, že král vykonával veškerou jurisdikční pravomoc (trestní i civilní), kterou mohl dle potřeby nebo vlastního uvážení delegovat<sup>40</sup> na jednotlivce či kolegium, podobně jako mohl přenést výkon veškerých dalších pravomocí na jinou osobu, zvláště na městského prefekta (*praefectus urbi*), nacházel-li se mimo Řím, nebo na *duoviri perduellionis*, kolegium pomocných úředníků stíhajících zločiny proti státu (zvl. velezradu), nebo *quaestores parricidii* při vyšetřování vraždy.<sup>41</sup> V průběhu rané republiky došlo k ustálení těchto dříve dočasných ad hoc kolegií, jež vypomáhaly králi v jeho soudní činnosti, v podobě dvou pomocníků, které konzulové nominovali při svém nástupu do úřadu, a kteří zároveň s nimi končili své „funkční“ období. Postavení pomocníků se časem ustálilo, díky čemuž se z nich mohl postupem doby vyvinout úřad soudců. „*Ve skutečnosti se ještě nejednalo o nižší magistráty, přinejmenším nikoli v tom smyslu, jaký římská republika spojovala s úřady, jelikož pomocníci nevyšli z komičáckých volby; ale bezpochyby se jejich postavení stalo výchozím bodem pro institut podržčených soudců, která se poté rozvinula tak rozmanitým způsobem.*“<sup>42</sup>

V civilním řízení se tento vývoj podle Mommsena promítl do rozdělení řízení na dvě fáze, kdy v první se řešily před magistrátem otázky právní (*ius*) a v druhé před soukromou osobou nominovanou magistrátem otázky skutkové a důkazní (*iudicium*). „*Těto separaci vděčilo soukromé římské právo za jeho logickou jasnost a praktickou přesnost.*“<sup>43</sup> Podle Mommsena tak došlo k rozdělení soukromého procesu na dvě části z důvodu republikánské snahy diverzifikovat nejvyšší královskou pravomoc na více magistrátů, kterým vypomáhaly v rámci jurisdikční pravomoci soukromé osoby (soudci), odvíjející svou pravomoc od magistráta, jenž je jmenoval a jehož pokyny se při výkonu funkce soudce musely řídit.

Savigny zase předpokládal, že příčina rozdělení soudního řízení spočívala ve snaze ulehčit republikánským úředníkům (popř. králi) ve výkonu jeho jurisdikční pravomoci, zejména jak postupně narůstala početnost římské komunity a docházelo k nárůstu počtu případů k rozsouzení, což se projevilo v potřebě jmenovat soudce, kteří vypomáhali

<sup>39</sup> KASER, 1967, op. cit.

<sup>40</sup> Lenel nazývá *index privatus* „Stellvertreter des Prätors“ (zástupce praetora). LENEL, Otto. *Iudicium. ZSS (RA)*, 1927, č. 47, s. 29–38; „*Der Einzelrichter des Civilprocesses beruht auf dem Grundsatz, dass die in dem Beamten verkörperte Richtergewalt übertragen werden darf. Der Beamte kann wegen der Menge von Geschäften nicht selbst entscheiden; er wählt einen Stellvertreter aus dem regierenden Stande, der, um die Parteien zufrieden zu stellen, nach der Vereinbarung derselben bestimmt wird.*“ ZUMPTI, August Wilhelm. *Der Criminalprocess der Römischen Republik*. Leipzig: B. G. Teubner, 1871, s. 15.

<sup>41</sup> MOMMSEN, Theodor. *The History of Rome, vol. I*. London: Richard Bentley & son, 1894, s. 82–83.

<sup>42</sup> *Ibid.*, s. 321–322.

<sup>43</sup> *Ibid.*, s. 322.

úředníkům při řešení sporů, vyžádala-li si to situace, nejčastěji v případech, kdy se předpokládalo složitější nebo zdouhavější dokazování. Podle něj nemohli dva praetori (a tím spíše jediný král) zvládnout vyřizovat veškerou soudní agendu, a proto jim s nimi museli vypomáhat soudci. Římané tedy podle Savignyho zastávali obecný názor, že v občanskoprávních případech byla druhá fáze obvykle nařizována pouze k rozhodování sporných a důkazně náročných sporů (typicky v případech *actio finium regundorum* nebo *actiones familiae erciscundae* nebo *communi dividundo*<sup>44</sup>). V ostatních případech, tj. skutkově jasných, méně časově náročných nebo nesporných, rozhodoval magistrát (král) sám bez potřeby jmenovat soudce.<sup>45</sup> Záviselo tedy pouze na praetorovi (popř. králi), zda se v konkrétním případě rozhodl delegovat část své jurisdikční pravomoci na soudce.

Teorie založené na silném postavení krále (potažmo magistrátu) od jehož státní moci se odvíjelo postavení soudce, je v přímém rozporu s Wlassakovou „arbitrážní“ teorií, jelikož nelze současně v soudci vidět osobu pověřenou stranami sporu rozhodnout jejich spor a zároveň osobou pověřenou magistrátem ke splnění téhož úkolu. Jak sám Wlassak říká, můžeme věřit v postupný vývoj od soukromého rozhodčího řízení podporovaného státem, jako například v republikánských dobách, k čistě státnímu řízení, nikoli však ve vývoj opačným směrem.<sup>46</sup> Ačkoli Kaser připouštěl odůvodněnost předpokladu spočívající v delegování části jurisdikční pravomoci na soudce z důvodu zaneprázdněnosti magistráta a věřil, že má tato teorie rozhodně co nabídnout, na druhou stranu dle jeho názoru nepostačovala pro vysvětlení procesní bipartity ve všech případech.<sup>47</sup>

### 1.3 Demokratická teorie

Zastánci této teorie kladou primární důraz na racionalitu a demokratické pohnutky, které vedly k razantním změnám nejen ve společnosti, ale také v právu, v průběhu přechodu státního řízení z monarchie na republiku. Její zastánci spatřovali v zavedení institutu soudce (popřípadě tribunálů *decemviri* či *centumviri*) touhu po všelidové kontrole státních úředníků. V tomto případě zřízení tribunálů navazovalo na kolegiální princip, který byl zaveden v magistrátní sféře hned při vzniku republiky, a byl považován za dodatečnou pojistku ústavy a spravedlivého výkonu státní moci.<sup>48</sup> Tato změna bývá často dávana do souvislosti s právem lidu odvolat se k lidovému shromáždění (*ius provocationis*) v případech nejtěžších trestů, zejména proto, že se jedná o podobný druh ústupku ze strany státní moci vůči lidu. Boháček považoval vznik tohoto typu teorie za následek skutečnosti,

<sup>44</sup> KASER, 1964, op. cit.

<sup>45</sup> SAVIGNY, Fridrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Heuser, Otto Ludwig, 1847, s. 286–287; KELLY, John Maurice. *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*. Oxford: Clarendon Press, 1976, s. 104. pozn. č. 4.

<sup>46</sup> WLASSAK, Moricz. *Zum römischen Provinzialprozess*. Wien: A. Hölder, 1919, s. 12.

<sup>47</sup> KASER, 1964, op. cit.

<sup>48</sup> Srov. Dio. Hal. 4.25.

že ony dva hraniční typy (arbitrážní i státní teorie) neposkytovaly dostatečné vysvětlení ohledně povahy a obsahu původní, v té či oné podobě předpokládané jurisdikce.<sup>49</sup> Zatímco státní teorie podle něj předpokládá pro nejstarší období podobu řízení, kterou získalo dlouhým historickým vývojem až v řízení kogničním, tak arbitrážní teorie se spokojuje s konstatováním, že „*státní jurisdikce vznikla zároveň se zstátněním judikační činnosti rozhodčího a nevysvětluje, proč vlastně došlo k tomuto nepochybnému posílení veřejné moci konstituováním pravomoci soudní...*“<sup>50</sup>

Wenger, kterého můžeme považovat za jednoho z nejvýraznějších zastánců demokratické teorie, předpokládal, že v monarchickém období existoval kromě neomezené královské jurisdikce odpovídající absolutní (etruské) královské moci, také čistě soukromý, na králi nezávislý, systém rozhodčího (arbitrážního) řízení. V době nastolení republiky došlo ke sloučení obou systémů tak, že na jednu stranu mohl rozhodce (*iudex privatus*) jednat pouze se souhlasem a dle pokynů magistrátu, na který přešla jurisdikční pravomoc krále, ovšem na stranu druhou si strany směly zvolit svého rozhodce autorizovaného magistrátem, který vynášel rozsudky, čímž došlo k požadovanému omezení státního vlivu na výsledek sporu.<sup>51</sup> Při formulaci své teze vycházel z předpokladu procesu postupného omezování nejvyšší úřední moci (*imperium*) v průběhu republiky a nárůstu moci lidu a lidové kontroly v jurisdikční oblasti. Z pohledu Wengera se jednalo o kompromis mezi svrchovanou (dříve autoritářskou etruskou) mocí *imperium* a nově získanou lidovou suverenitou, se zřetelnou převahou monarchistického elementu přetrvávající v moci *imperium*, a přesto se zdánlivým občansko-soukromým panstvím v řízení před soudcem. Tento kompromis byl podle jeho názoru „*vsutku republikánský nebo spíše demokratická idea*“<sup>52</sup> a vedl k částečnému omezení svrchované úřední moci paralelně vedle zavedení práva provokace (*provocatio*) v trestních věcech. Wenger věřil, že tento koncept plně zapadal do parametrů vzniku římské republiky.

Wengerova teorie se nesetkala s širší akceptací v odborných kruzích, zejména z důvodu předpokladu, že rozdělení římského soudního procesu souvisí s republikánskou revolucí, která ovšem neměla demokratický charakter.<sup>53</sup> Jak říká Kaser: „... *takový názor*

<sup>49</sup> Boháček ovšem nepoužívá označení pro tento typ teorií „demokratická“, ale „kompromisní“ z toho důvodu, že předpokládají existenci rozhodčího řízení a státní jurisdikce v jeden čas vedle sebe paralelně a teprve pozdějším vývojem splynuly v jeden celek, tak jak jej známe z doby historické. BOHÁČEK, op. cit., s. 9.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. New York: Veritas Press, 1940, s. 25, pozn. 13.

<sup>52</sup> WENGER, Leopold. *Imperium Romanum*. *Deutsche Literaturzeitung*, roč. 37, s. 692–700.

<sup>53</sup> JOLOWICZ, 1935, op. cit.; BETTI, Emilio. La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano. In: *Studi Chiovenda*, Padova, 1927, s. 118, pozn. 5: „*Le considerazioni di Wenger hanno, a mio avviso, il torto di non distinguere fra indicatio penale-pubblico e iurisdictio in materia di diritto privato e di valutare in modo esagerato la portata della cosiddetta rivoluzione repubblicana.*“ [Podle mého názoru jsou Wengerovy úvahy mylné, když nerozlišuje mezi veřejnou trestní *iudicatio* a jurisdikcí v oblasti soukromého práva a zveličuje rozsah takzvané republikánské revoluce.]

je neudržitelny, neboť demokratické ideály dosud v Římě nemají místo.“<sup>54</sup> Pomineme-li poněkud anachronickou myšlenku oddělení soudní moci od moci výkonné, tak dle historických pramenů sami zakladatelé republiky patřili k etruské aristokracii a nijak by většinová populace nezískala na právech a svobodě, kdyby se magistrát (volený aristokracií) spojil ve výkonu spravedlnosti se soudcem, voleným z řad senátorů, tedy rovněž z aristokratických kruhů.<sup>55</sup> Navíc potencionální příkoří běžní občané spíše pocítovali v trestněprávní oblasti, kde neexistovala dvoufázovost řízení a vyjma provokace (*ius provocationis*) rozhodoval v této oblasti magistrát samostatně. Jolowicz rovněž zdůrazňuje, že k zavedení provokace došlo později než při vzniku republiky. Navíc republikánskou revoluci lze podle něj jen těžko nazvat demokratickou, jelikož kromě vyhnání krále a přechod jeho moci na dva volené úředníky nedošlo k žádné významnější změně v organizaci a distribuci státní moci. Stejně tak nerozumí tomu, jak by přispělo k demokratizaci spojení dvou fází řízení ovládaných aristokracií (magistrát i soudce patřili k patricijům), nehledě na to, že svoboda občanů je spíše spojena s trestním řízením, které kromě práva provokace (*ius provocationis*) nezaznamenalo žádnou změnu.<sup>56</sup>

Kaser založil svou teorii o původu bipartity soudního římského procesu na předpokladu, že i v nejranějším období legisakčního řízení existoval státní nátlak, který nutil strany podrobit se soudnímu rozhodnutí.<sup>57</sup> Magistrát v rané republice vystupoval jako státní autorita, jinými slovy zástupce státu a částečně politik, který využíval svou moc k vydávání příkazů, zákazů a omezení. I když měly tyto úkony právní základ, větší důraz byl kladen na uposlechnutí a naplnění úředníkovy vůle. Státní autorita vyžaduje poslušnost, i když právní základ rozhodnutí selhává nebo se dokonce jedná o příkazy či zákazy v obecné rovině nespravedlivé. Vynášení rozsudků tak bylo v řadě sporů soukromého práva pro praetora, vzhledem k jeho úředním povinnostem, naprosto cizím prvkem.<sup>58</sup> Nehledě na to, že i kdyby praetor spory sám rozhodoval, nemohl by vyloučit, že by strany alespoň občas zpochybnily jeho nestrannost, například z důvodu, že měl osobní či rodinné vazby na jednu ze stran nebo že patřil do stejné sociální třídy. Taková nedůvěra k nestrannosti soudce byla v raném období reálnější, vezmeme-li v úvahu, že osobní a příbuzenské vazby propustovaly celou tehdejší sociální strukturou.

<sup>54</sup> KASER, 1967, op. cit.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> JOLOWICZ, 1935, op. cit.

<sup>57</sup> „Ti, kdo v takové situaci myslí na rozhodčí soud, podceňují nepřítelství konfliktních stran a jejich nedůvěru, která byla v primitivních časech ještě větší než později. Na takové úrovni je mírové soužití nemyslitelné bez autority, ať už trvalé nebo dočasné, ať už jde o jednotlivce nebo celou skupinu. Vyzývá oběi k ochraně a v případě potřeby ji nutí, aby se podrobila vyšetřování a rozhodnutí. Nejedná se však o rozhodčí soud, nýbrž o nutnost následovat soud a v případě potřeby provést odčinění. Postačí zde říci, že postup, který si zaslouží být nazýván soudem, je nepředstavitelný bez minima autoritativní soudní autority.“ KASER, 1964, op. cit.

<sup>58</sup> Ibid.

Oproti tomu soudce jakožto soukromník nebyl zatížen podobnými obavami, jelikož jednak nepatřil mezi veřejně politicky činné osoby vybavené státní mocí a jednak si jej strany konsenzuálně vybraly pro rozhodnutí jejich sporu. Rozsudek vynášený soudcem (*iudices*, porota) a v důležitějších věcech senátem, nepředstavoval projev vůle, ale výron práva, právní názor (*sententia*), tedy výsledek duševní činnosti založené na vědomostech, vycházející z principu spravedlnosti.<sup>59</sup> Kaser předpokládal, že institut soudce, popřípadě vícečlenné soudní tribunály, vznikly z konsilií (*consilium*), tj. odborného poradního orgánu krále či praetora, kterých jakožto neprávnicků využíval k právním poradám. V nejstarším období tvořili jeho členy výhradně kněží<sup>60</sup> a později i právní odborníci, jak se zvyšoval stupeň laicizace práva.<sup>61</sup> Zdá se, že cílem této praxe bylo zajistit nestrannost soudců tím, že stranám umožní ovlivnit složení senátu, přinejmenším prostřednictvím omezeného práva na odmítnutí člena senátu a snad i osoby samosoudce.<sup>62</sup> Podle Kasera tak stát omezil v oblasti soudního řízení výkon své moci ve snaze předcházet její zneužívání tím, že strany měly určitý vliv na volbu soudce; přinejmenším do té míry, že by mohly odmítnout toho, na koho mají podezření ze zaujatosti.<sup>63</sup> Tím stát zajistil nestranné a spravedlivé řešení sporů.<sup>64</sup> To je nejzřetelněji demonstrováno dvěma procesními stádii, která nestranný a spravedlivý výkon soudnictví poskytla.<sup>65</sup> Kaserův pohled na nejranější fázi římského procesu se stal dominantním a obecně akceptovaným názorem zejména v druhé polovině 20. století.

Ačkoli Kaser vznášel námitky vůči Wengerově „demokratické“ teorii s poukazem na anachronismus demokratických tendencí v době přechodu římského státu na republiku, sám přitom zcela pominul, že požadavek justiční spravedlnosti a stupeň demokracie představují mnohdy vzájemně podmíněné hodnoty. Jinými slovy, aby lid mohl požadovat spravedlivý výkon soudnictví, musel disponovat nástroji, kterými by toho mohl dosáhnout.

<sup>59</sup> Coli rovněž nesouhlasil s jakýmkoli arbitrážním prvkem v římské monarchistické jurisdikci, jelikož král disponoval rozsáhlými pravomocemi, které jej opravňovaly nejen vydávat zákony (*leges regiae*), ale zároveň i rozhodovat soukromoprávní spory. Z jeho pohledu podobně jako u Kasera došlo k rozdělení soudního řízení na dvě stadia až v období republiky ve snaze uvést do rovnováhy suverenity lidu (*populus*) a suverenity jednotlivců. Zatímco jednotlivec měl právo vybrat si na základě dohody s druhou stranou sporu soudce, *populus* měl zase naopak zájem na tom, aby strany řešily spor bez použití síly (*vis*), tedy podle právního řádu, na kterém byla občanská smlouva založena a garantována občanská práva. Proto všechny spory musí primárně řešit magistrát jménem lidu, který zasedá na fóru, aby mohl zabránit případnému násilí a rozhodnout podle práva (*secundum ius*). COLI, Ugo. *Regnum*. Firenze: Apollinaris, 1951, s. 106, 138–139.

<sup>60</sup> Betti rovněž věřil, že římský král disponoval širokou jurisdikční pravomocí, nejen ve věcech veřejných, ale též ve věcech soukromých, které ovšem přímo nerozhodoval, nýbrž dbal na přesnou právní formulaci (*ius dicebant*) a samotné rozhodnutí přenechal rozhodcům z řad pontifiků. Král a pontifikové tak vystupovali jako znalci práva. BETTI, op. cit., s. 118.; KASER, 1967, op. cit.

<sup>61</sup> KASER, 1964, op. cit.

<sup>62</sup> KASER, 1967, op. cit.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> KASER, Max. *Römische Rechtsgeschichte*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, s. 36.

<sup>65</sup> KASER, 1964, op. cit.

To je obvykle možné teprve až tehdy, dojde-li společnost do stavu, kdy její členové disponují potřebnými právy a politickými nástroji k prosazení svých práv. Není pochyb o tom, že v době královské či na počátku republiky rozhodně lid nedisponoval ani takovými právy, ani mocenskými nástroji k jejich vynucení (snad vyjma osvědčené secese). Muselo by se tedy jednat o práva garantovaná samotným králem či aristokracií, což se s ohledem na dobový kontext jeví jako nereálné, podobně jako když tradice považuje Servia Tullia za dobrotivého krále, který dobrovolně omezil svou moc ve prospěch lidu.

Je zajímavé, že Kaser (možná tak trochu překvapivě) sám vznáší možnou námitku vůči své vlastní teorii, když se řečnický ptá, zda mohl existovat někdo, kdo by si mohl dovolit zpochybnit objektivitu krále, kdyby vykonával funkci soudce?<sup>66</sup> Dlužno poznamenat, že jeho odpověď je tak trochu vyhýbavá, když dovozuje, že i kdyby disponoval král v nejstarším období plnou jurisdikční pravomocí, tak římský monarcha spíše vystupoval v soudním řízení jako expert na nadpřirozené postupy spočívající v konzultaci s bohy než jako soudce.<sup>67</sup> Teprve ve chvíli, kdy se začal římský proces řídit převážně právními a méně náboženskými aspekty při rozhodování (k čemuž došlo podle Kasera v případě Říma velmi záhy), nastoupil požadavek spravedlnosti a s tím spojený právní prvek. Jak je patrné, jeho odpověď na vlastní námitku je značně spekulativní, kdy v podstatě předpokládá nezáměr krále o výkon soudnictví v raném období, což není podloženo žádnými důkazy a neodpovídá to ani římské tradici, která s králi spojuje téměř bezvýhradně plnou a neomezenou soudní pravomoc.

#### 1.4 Teorie vlivu iracionálních technik

Stěžejní myšlenka teorií založených na iracionálních rozhodovacích postupech nachází odraz v potřebě skloubit fázi *in iure*, pro niž je typický rituální formalismus, s neformální fází *apud iudicem*.<sup>68</sup> Vzhledem k tomu, že druhé stadium neobsahuje žádné známky formálních postupů, tak bylo nezbytné hledat podobné projevy ve fázi odehrávající se před magistrátem či králem. Vzhledem k tomu, že král kromě politického vedení vykonával funkci nejvyššího kněze, opravňovala jej tato funkce k vykládání vůle bohů vyjevované prostřednictvím věštných znamení, přísah a ordálů, jež byly nevyhnutelně spojené s formálními rituálními nábožensko-magickými technikami. Osoba krále v postavení nejvyššího kněze tak vytvářela spojnicu mezi formalismem a fází *in iure*.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> KASER, 1967, op. cit.

<sup>67</sup> Pro tento svůj závěr hledá oporu v germánském, řeckém a babylonském právu. Srov. Ibid.

<sup>68</sup> „Přitom se musí soudce řídit normami práva civilního. T. zvl. normy práva praetorského jakožto základ *actionis in factum*, excepce, nebo replikace a duplikace jsou závazné pro soudce jen nepřímou: soudci se tu ukládá, aby zjistil určité faktum a vyvodil z kladného zjištění ty a ty důsledky. Tedy soudce smí přiblížeti k normám práva praetorského jen na zvláštní poukaz...“, „Důkazy oceňoval soudce volně a nebyl přitom omezen žádnými zákonnými pravidly.“ VÁŽNÝ, Jan. *Římský proces civilní*. Praha: Melantrich, 1935, s. 68–69.

<sup>69</sup> „Právě v první části řízení především existovaly námi hledané spojitosti mezi právem a náboženstvím.“ SKŘEJPEK, Michal. *Ius et religio: právo a náboženství ve starověkém Římě*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 133.

Za hlavního představitele této teorie lze označit Jolowicze, který při konceptualizaci své teorie vycházel z toho, že Římané v nejstarších dobách užívali hojně (podobně jako jiné národy) iracionální nadpřirozené techniky (přísahy, ordály atd.),<sup>70</sup> jež jsou nevyhnutelně spojeny s náboženskými a magickými obřady, podléhajícími přísným pravidlům formy. Kdekoli dochází k užívání formálních důkazních prostředků, musí být zároveň v každém individuálním případě rozhodnuto, která iracionální metoda má být v daném případě užita.<sup>71</sup> Zároveň musela být pregnantně formulována otázka, na kterou mají nadpřirozené bytosti a soudce, popřípadě soudci, v rámci řešení sporu nalézt odpověď. Vzhledem k tomu, že král mimo jiné vykonával povinnosti nejvyššího kněze, bylo na něm, aby určil druh vhodné iracionální metody pro konkrétní případ.<sup>72</sup> První předběžnou fází řízení završoval tzv. mezitímní rozsudek („medial judgment“; v germánském právu „Beweisurteile“), který obsahoval zmíněný výběr nevhodnější nadpřirozené techniky (např. přísaha v *legis actio sacramentum*) a především jasně a precizně formulovanou otázku, která měla být předložena nadpřirozeným bytostem a soudnímu tribunálu k rozhodnutí. Technicistní formalismus a nezanedbatelná míra rigidity spojená s formulací této otázky se následně promítly i do stadia řízení *in iure*, které z této předběžné fáze vzešlo.<sup>73</sup>

V následující fázi soudci či skupina soudců (tribunál) rozhodovali spor nejen na podkladě prozatímního rozsudku, ale též na základě vlastních znalostí a zkušeností, podobně jako porota či tribunál v anglickém soudním systému.<sup>74</sup> Druhá fáze řízení tak nebyla zatížena žádnými formálními postupy, jako fáze první, což představuje důvod, z jakého nenacházíme v řízení *apud iudicem* žádné známky formalismu či systematictější regulace ze strany státu.<sup>75</sup> Došlo tak k rozdělení jurisdikčních pravomocí mezi krále, kterému byl spor předložen, a tribunál, který vydal konečné rozhodnutí. To podle Jolowicze umožňovalo sladit existenci postupu před soudcem s formálním charakterem primitivního sporného řízení a zároveň jeho teorie vysvětluje nutnost spolupráce státních orgánů a soukromých osob, aniž by muselo dojít k fúzi dvou původně samostatných typů řízení.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> „... kdekoli najdeme použití formálních důkazních prostředků, tak či onak musí být v individuálním případě rozhodnuto, kterou formální metodu má každá strana vykonat, jestli ordál nebo přísahu.“ JOLOWICZ, 1935, op. cit.

<sup>71</sup> JOLOWICZ, NICHOLAS, op. cit., s. 176–178.

<sup>72</sup> Ibid., s. 177.

<sup>73</sup> JOLOWICZ, 1935, op. cit.

<sup>74</sup> JOLOWICZ, NICHOLAS, op. cit., s. 176–178.

<sup>75</sup> SKŘEJPEK, 1999, op. cit., s. 133.

<sup>76</sup> Weber rovněž hledal původ formalismu římského procesu v magických a rituálních technikách, které musely být provedeny předepsaným způsobem, jinak došlo k zneplatnění celého úkonu. Vzhledem k tomu, že při aplikování této tradice bylo velmi obtížné rozšířit takovou přísnou formálnost na činnost soudců, vedlo to k bipartitnímu rozdělení řízení, jako je tomu v případě *legis actio*. První a formální část procesu obsahovala dřívější magický postup a dodržovala přísnou formalitu, zatímco druhá část byla bez forem a soustředila se na hodnocení důkazů. WEBER, Max. *Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1966, s. 761–764.

Podobná prozatímní rozhodnutí hledal i v jiných právních kulturách, kromě v již zmíněném raném anglickém právu, i v právu germánském, řeckém a babylonském.<sup>77</sup>

Na vrub této teorie je nezbytné připomenout, že se nedochovaly prakticky žádné konkrétní informace o tom, že by se ordály v římském prostředí, natožpak konkrétně v legisakčním řízení, užívaly.<sup>78</sup> Kaser sice nastínil možnost, že v nejranějším období bylo *sacramentum* spojeno s božským soudem, ale sám uznal, že to nelze s jistotou tvrdit, zvláště jedná-li se o období, z něhož se nedochovaly písemné prameny.<sup>79</sup> Můžeme z toho dovozovat, že buď Římané od tohoto způsobu „zjišťování pravdy“ upustili v rané fázi právního vývoje, nebo tuto techniku nikdy nevyužívali. S ohledem na běžnost praktikování ordálů v ostatních primitivních společnostech se spíše jeví pravděpodobnější první varianta, nicméně s ohledem na brzké upuštění od praktikování ordálů si lze jen těžko představit, že by ve vývoji římského procesu sehrávaly tak významnou roli, aby zapříčinily jeho rozdělení na dvě zcela naprosto odlišné fáze.

## 2 Lex Irnitana

Trochu nového světla do povahy soudního římského procesu vnesl nález *lex Irnitana* v roce 1981 ve Španělsku (poblíž Sevilly), po jehož prostudování musely být některé předchozí závěry přehodnoceny, jelikož zákon vykazoval mnohé prvky konsenzuálního charakteru římského soudního procesu.<sup>80</sup> Kromě řady záležitostí upravoval *lex Irnitana* mimo jiné otázku jmenování soudců, obsazenost tribunálů a vedení formulovaného soudního procesu (kapitoly 84 až 93). Jde-li o zmíněnou obsazenost, tak některé případy musel soudit jeden soudce-arbitr (*iudex arbiterve*) a některé senáty, v tomto případě se soudci nazývali rekuperátory.<sup>81</sup> Není bez zajímavosti, že zákon rozlišuje případy souzené jedním soudcem a případy souzené senátem složeným z rekuperátorů. Strany sice nemohly ovlivnit složení senátu, ovšem v případech souzených jedním soudcem poskytoval stranám významnou smluvní volnost v otázce výběru soudce, a to i když stranami zvolená osoba nebyla uvedena v seznamu soudců (*album iudicium*). To znamená,

<sup>77</sup> JOLOWICZ, 1935, op. cit.

<sup>78</sup> Snad nejdůkladnější revizi římských pramenů provedl Jobbé-Duval, který po pečlivém prostudování všech dostupných materiálů týkajících se formálních důkazních metod v primitivním právu musel konstatovat, že se mu nepodařilo nalézt žádný pramen, který by prokazoval užívání ordálů v římském prostředí. JOBBÉ-DUVAL, Emile. *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*. Paris: A. Rousseau, 1896, s. 31.

<sup>79</sup> KASER, Max. *Das Römische Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1955, s. 21.

<sup>80</sup> BIRKS, Peter. New Light on the Roman Legal System: the Appointment of Judges. *The Cambridge Law Journal*, 1988, roč. 47, č. 1, s. 36–60.

<sup>81</sup> Není bez zajímavosti, že *lex Irnitana* užívá výraz „*reciperatores*“ namísto „*recuperatores*“.

že pokud se strany dohodly na osobě soudce, mohl rozhodnout jejich spor. Tato svoboda volby byla pečlivě chráněna nejméně ve dvou kapitolách (č. 86 a 87).<sup>82</sup>

Můžeme tak předpokládat úzký vztah mezi právem v Římě a v municipalitách, jelikož si lze těžko představit, že by tvůrce *lex Irnitana* vytvářel právo nové, které neznal ze soudní praxe v Římě. Ovšem v této záležitosti nemusíme vycházet jen z pouhého předpokladu, protože *lex Irnitana* odkazuje v kapitole 91 na 12. kapitolu *lex Iulia*, jehož prostřednictvím provedl Augustus soudní reformu.<sup>83</sup> Jedná se o jeden ze dvou *lex Iulia*, o kterém hovoří Gaius, který uvádí, že tyto zákony sehrály klíčovou roli při konsolidaci formulovaného procesu.<sup>84</sup> V podstatě *lex Irnitana* poskytuje elementární vhled do reformované úpravy formulovaného procesu, který se stal procedurálním základem klasického římského práva. Svědčí to o živém propojení municipalit s metropolitní právní praxí.

*Lex Irnitana* do značné míry potvrzuje Wlassakův předpoklad spočívající ve smluvním charakteru litiskontestace a zejména v možnosti stran dohodnout se na osobě soudce či arbitra, dokonce i mimo *album iudicium*.<sup>85</sup> V podstatě toto zjištění odpovídá Cicerově zmínce: „*Neminem voluerunt maiores nostri non modo deiminatione cuiusquam, sed no pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios conisset.*“<sup>86</sup> Jak Birks poznamenal: „*Extrémní reakce proti Wlassakově konsensualismu, tj. proti názoru, že soudní řízení vedená římským soudem spočívala v zásadě na smluvním základu, se vztahovala k nemožnosti stran sporu obejít seznam soudců tak, že by zvolily soudce jiného, aniž by se musely omezovat na tato jména. Ale tento argument se již ukázal jako mylný, což lex Irnitana jasně potvrzuje. Respekt k dohodě mezi stranami nemůže být obecní zvláštností.*“<sup>87</sup> Ovšem nejen to, jak zmiňuje Gaius, tak funkci soudce mohli vykonávat dokonce cizinci, tedy smluvní volnost při výběru soudce zřejmě sahala mnohem dále, než Kaser a další kritici Wlassakovy arbitrážní teorie byli ochotni připustit.<sup>88</sup>

### 3 Právní antropologie

Na diskutovanou problematiku lze rovněž nahlédnout perspektivou právně-antropologických a etnografických výzkumů, které probíhaly zejména v minulém století v moderních primitivních společnostech minimálně ovlivněných západní civilizací. Ty totiž poměrně podrobně popisují způsoby a mechanismy urovnávání a řešení sporů v kmenových

<sup>82</sup> Lex Irni. Ch. 86, 9C.26-28: „*nene quern alium iudicem nene / arbitrum dato nene iudicare iubeto invito alterutro aut, / plures erunt, aliquo eorum inter quos quid quid ambigetur*“ a Ch. 87, 9C.43-49 „*aut, si de aliquo Municipal, qui offeri- / tus non sit, neque dis operam dare possit aut is annorum LXV maior erit et / ear it rem iudicare nolet, eum inter eos in earn rem iudi- / cem arbitrum dato addicito iudicare iubeto.*“ GONZÁLEZ, Julián. The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law. *Journal of Roman Studies*, 1986, roč. 76, s. 147–243.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Gai. 4.30.

<sup>85</sup> BIRKS, op. cit.

<sup>86</sup> Cic. *Cluent.* 120.

<sup>87</sup> BIRKS, op. cit.

<sup>88</sup> Gai. 4.105.

společnostech, které se svou sociální strukturou a komplexitou blížily sociální struktuře rané latinské společnosti rozvíjející se na římských pahorcích.<sup>89</sup> Z toho můžeme předpokládat, že v ní docházelo ke vzniku obdobných sporů, jejichž urovnávání vyžadovalo alespoň v těch nejzákladnějších rysech uplatňování obdobných právních, mocenských a sociálních mechanismů. Z metodologického hlediska klíčový problém spočívá v otázce, zda je možné aplikovat výsledky a závěry terénních etnografických výzkumů v primitivních společnostech a antropologických studií na rané římské právo. Nejde pouze o otázku obecné širší aplikovatelnosti, resp. komparativnosti právních systémů archaické římské společnosti a primitivních komunit, klíčová otázka spočívá v tom, zda je možné vyplnit známá fakta poznatky vyabstrahovanými z obecných právních principů primitivních komunit nacházejících se na podobné úrovni sociálního a právního vývoje.<sup>90</sup> Jistě je možné namítnout, že lze jen stěží plně aplikovat informace získané v moderních primitivních komunitách na římskou společnost šestého a pátého století před našim letopočtem, zejména s ohledem na časový odstup a odlišný socio-kulturní rámec těchto společností. S touto relevantní námitkou je nezbytné se zabývat a již na tomto místě je možné konstatovat, že podobný přístup bez hlubší a kritické analýzy by byl postupem chybným, a to i za předpokladu, kdy by teoreticky obě komunity vykazovaly z formálního hlediska naprosto shodné rysy. Musíme mít totiž neustále na mysli, že každá skupina a procesy v ní probíhající jsou determinovány do značné míry nejen geografickým umístěním, ale kulturním rámcem, ve kterém se vyvíjejí, kontinuitou sociálního vývoje, axiologickým systémem, historickým pozadím apod.

Na druhou stranu v případě, že je možné vytvořit ze závěrů srovnávacích antropologických studií soubor obecných vlastností přítomných ve všech empiricky zkoumaných společnostech (společní jmenovatelé kultur), můžeme předpokládat, že tyto aspekty byly přítomny i v jiných raných společnostech, nacházejících se na podobném stupni sociální komplexity.<sup>91</sup> Tematicky profilovaná hypotéza vychází z předpokladu,

<sup>89</sup> Podobnost sociální struktury raných Římanů a moderních primitivních komunit vyplývá mimo jiné z Van Niekerkovy analýzy, který provedl jejich podrobné srovnání: „*Sociální struktura ve staré Africe a archaickém Římě vykazuje mnoho společných rysů. V obou je rodina nejmenší právní jednotkou následovaná klanem (ward) v Africe a rodem (gens) v Římě. Spojení klanů v Africe utváří náčelnictví, zatímco sdružení rodů (gentes) v Římě zase kmen. Sdružení náčelnictví pak tvoří národ v Africe a sdružení kmenů v Římě představuje Římský stát. Každá z těchto hierarchických jednotek byly konstituovány jako mocenský orgán... jak v Africe, tak i v římské společnosti představuje patriarcha náboženskou, soudní (iudex domesticus), ekonomickou hlavu rodiny a rodina vykonává společné kultury a vlastní společný majetek.*“ NIEKERK, Gardiol van. A Comparative Analysis of African Judicial Procedure and the Legis Actio Procedure of Early Roman law. *De Jure*, 2010, roč. 43, č. 1, s. 1–19.

<sup>90</sup> HOEBEL, op. cit., s. 290.

<sup>91</sup> „*V tom se pak vydatným pomocníkem historiků stala tzv. komparatistika (srovnávací metoda), která spolehlivě prokázala, že lidská společnost po celém světě vykazuje zvláště na předstátních stupních vývoje také pozoruhodně podobnou, ne-li stejnou organizaci, že kombinací pramenných údajů lze vytvořit přímo modelový obraz zřízení prvotních předstátních pospolitostí a používat jej pak jako abstraktní měřítko pro interpretaci konkrétních údajů, popřípadě k hypotetickému doplňování mezer v pramenech těch komunit, které jsou historicky doložena jen nedostatečně.*“ KINCL, Jaromír, Valentin URFUS a Michal SKŘEJPEK. *Římské právo*. Plzeň: Beck, 1995, s. 1; MACCORMACK, Geoffrey. Revenge and Compensation in Early Law. *The American Journal of Comparative Law*, 1973, roč. 21, č. 1, 69–85.

že právní systémy primitivních společností vykazují v oblasti úpravy právních vztahů jisté prvky obsahové shody, které je možné vyabstrahovat a zobecnit. Pochopitelně nemůžeme očekávat, že bude možné do všech detailů podrobně znovu rekonstruovat instituty archaické římské společnosti z etnografického materiálu moderních primitivních společností, můžeme ale předpokládat minimálně následující: Zaprvé, mohou se ukázat jako neudržitelné nebo přinejmenším vysoce nepravděpodobné některé předpoklady, které byly aplikovány na archaické společnosti pouze z toho důvodu, že se jednalo o společnost „primitivní“. Zadruhé, pokud lze prokázat, že životní podmínky moderních primitivních společností jsou v zásadě podobné podmínkám života v archaické společnosti, a prokážeme, že takové podmínky v moderní společnosti nutně vyžadují fungování určitých pravidel, mechanismů a sociálních zákonitostí, můžeme s jistou dávkou obezřetnosti a kritičnosti tvrdit, že podobná pravidla musela působit i v archaické společnosti.<sup>92</sup>

I když existují zřejmé rozdíly v organizaci primitivních skupin, tak jejich společným rysem je skutečnost, že se velmi často jedná o tzv. „face-to-face“ společnosti (společnosti založené na vzájemném osobním kontaktu) a rovněž v nich dominují pokrevní příbuzenské vazby, s čímž souvisí i sdílení majetku rodinou či klanem. Ovšem nejen to, v primitivních společnostech se většina podílí na každodenních aktivitách, v jejichž rámci vznikají nejrůznější reciproční vazby. Nezbytnost spolupráce se projevuje ve vzájemné kooperaci, a to jak v hospodářské, tak osobní rovině. Život jednotlivce v kmenových společnostech zcela závisí na ostatních členech, alespoň do té míry, že na uspokojování životních potřeb jejich členů se podílí celá společnost, s čímž úzce souvisí povinnost vzájemné solidarity a spolupráce. Členové komunity ve svůj vlastní prospěch udržují vzájemný smír a zdržují se ve větší míře antisociálních projevů vůči sobě navzájem.

Každá společnost, aby mohla být dlouhodobě životaschopná, potřebuje konkrétní předem definovaný postup, jehož prostřednictvím může řešit vzniklé konflikty, spory a vzájemné kontroverze, ke kterým uvnitř ní nevyhnutelně dochází.<sup>93</sup> Neshody, jakmile začnou představovat hrozbu pro sociální kohezi, musí být řešeny nejlépe dohodou, zejména vznikne-li spor mezi komunitami příbuzensky svázanými nebo spolupracujícími v některé životně důležité ekonomické oblasti (nejčastěji v zemědělství). Jinými slovy, vznikne-li spor ve společnosti s multiplexními vztahy, existují značné tlaky na jeho rychlé

---

<sup>92</sup> MACCORMACK, 1973, op. cit.

<sup>93</sup> NADER, Laura a Harry TODD (eds). *The Disputing Process – Law in Ten Societies*. New York: Columbia Univ. Press, 1978, s. 8.

a pokud možno mírové urovnání;<sup>94</sup> v opačném případě hrozí nebezpečí rozpadu s fatálními následky pro každého člena. Nejde ovšem pouze o to rozhodnout spor, ale vyřešit jej smírem, který by obnovil sociální kohezi, snížil napětí nebo alespoň zajistil zachování smíru. Není-li možné spor vyřešit dohodou, existuje celospolečenský zájem na způsobu řešení představující co možná nejmenší zásah do mezilidských skupinových vztahů.

Tlak třetích osob na usmíření bude o to větší, čím menší bude možnost stran řešit konflikt alternativním způsobem.<sup>95</sup> Strany sporu nemohou zastávat svá procesní stanoviska bez podpory těch, kteří jsou s nimi nejbližší spřízněni, a to jednak proto, že se jich případně přijetí či odevzdání odškodnění přímo majetkově dotýká, jednak proto, že poskytují té straně sporu, ke které náleží, potřebnou fyzickou podporu.<sup>96</sup> Názor příbuzných představuje mnohdy významný korektiv jednání směrem k větší vůli přijmout návrh nabízené kompenzace nebo naopak k přiznání viny a nabídnutí odškodnění.<sup>97</sup> Zájem na udržení vzájemně prospěšných vazeb vede k tomu, že strana pachatele může být ochotna nabídnout více, než by tomu bylo v případě absence těchto vazeb, a naopak strana poškozená může být ochotna přijmout méně.<sup>98</sup> Zároveň ovšem vytváří tlak

<sup>94</sup> Hoebel s Llewellynem popsali v této souvislosti případ, kdy jeden člen kmene Čejenu zabil v opilosti druhého, a proto preventivně dobrovolně opustil kmen. Po třech letech se vrátil zpět ke kmeni s množstvím tabáku, který poslal k hlavním náčelníkům s žádostí, zda se může již vrátit. Náčelníci nechali rozdělit tabák mezi náčelníky jednotlivých vojenských bratrstev s pověřením, aby se vyjádřila, zda s návratem vraha souhlasí. Každé bratrstvo se sešlo a rozhodovalo o jeho žádosti. Mezi jednotlivými bratrstvy přecházeli zvědavci, kteří informovali o vývoji diskuse v ostatních skupinách. Nakonec jeden bojovník nahlas a bez okolků prohlásil, že by se měl vrátit, protože to byl vždy dobrý bojovník proti nepřítelům. Takto jednoznačně vyjádřený názor převládá mezi ostatními bratrstvy. Nakonec byl dotázán i otec zavražděného, jestli s návratem vraha souhlasí, jelikož se vědělo, že krátce po vraždě prohlásili příbuzní oběti, že zabijí vraha, jakmile jej dopadnou. Otec nakonec s ohledem na převažující veřejné mínění rovněž souhlasil s návratem, ale prohlásil, že nikdy nechce slyšet, že vrah zvedne hlas proti někomu jinému a rovněž nepřijal nabízený tabák. Nakonec se vrah vrátil a od té doby se vždy choval příkladně k ostatním. Hoebel a Llewellyn považovali tento případ za ukázkou síly veřejného mínění, které vytvářelo tlak na příbuzné oběti, aby se usmířili, nebo přinejmenším aby nevykonávali oprávněnou pomstu. Nabídka tabáku pak představovala výraz pokání a snahu alespoň částečně kompenzovat protiprávní jednání. LLEWELLYN, Karl Nickerson a Edward Adamson HOEBEL. *The Cheyenne Way*. Norman: University of Oklahoma Press, 1941, s. 12, 13, 139; BARTON, Roy Franklin. *Ifugao Law*. Berkeley: University of California Press, 1919, s. 95; SCHAPER, Isaac. *A Handbook of Tswana Law and Custom*. Oxford: James Currey, 1994, s. 48; GOLDSCHMIDT, Walter Rochs. *Sebei Law*. Cambridge: Berkeley, University of California Press, 1967, s. 84–85, 243–244.

<sup>95</sup> ECKHOFF, Torstein. The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-resolution. *Acta Sociologica*, 1967, roč. 10, č. 1–2, s. 148–172.

<sup>96</sup> POSNER, Richard Allen. A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law. *The Journal of Law & Economics*, 1980, roč. 23, č. 1, s. 29; SOKOL, Jan. *Moc, peníze a právo: esej o společnosti a jejích institucích*. Praha: Vyšehrad, 2015, s. 161.

<sup>97</sup> EVANS-PRITCHARD, Edward Evan. *The Nuer: A Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People*. New York: Oxford University Press, 1969, s. 91–92; GULLIVER, Philip Hugh. *Social Control in an African Society: A Study of the Arusha*. Literary Licensing, LLC, 2013, s. 235.

<sup>98</sup> MACCORMACK, Geoffrey. Roman and African Litigation. *The Legal History Review*, 1971, roč. 39, č. 2, s. 221–255.

na usmíření, jelikož brání-li se provinilec (nebo i oběť) smírnému řešení navzdory zvykovému postupu nebo veřejnému mínění, může obava ze ztráty podpory příbuzných vytvářet tlak na neochotnou stranu sporu. „*Kolektivní odpovědnost tak představuje důmyslné opatření, podobně jako absence soukromí, kterými primitivní společnosti nabrazují nedostatek možností veřejného vyšetřování.*“<sup>99</sup> Procesu řešení sporů významně napomáhá příbuzenská sociální struktura, bez jejíž podpory není ani jedna strana prakticky schopna prosadit své nároky. V primitivních společnostech není nejvyšší prioritou vyřešit spor spravedlivě nebo souladně s právem, ale smírně, resp. konsenzuálně.

Při výběru osoby arbitra či mediátora rozhodují konkrétní nároky, které každá společnost s výkonem této funkce spojuje. Většinou se bude jednat o jedince se speciálními dovednostmi v této oblasti nebo toho, kdo je z nějakého jiného důvodu uznán jako vhodný pro tuto roli.<sup>100</sup> Není výjimkou, kdy jsou preferovány osoby, které se již v minulosti při vyjednávání a mediaci osvědčily a disponují v této oblasti určitou mírou prestiže. Mediátor nebo arbitr může k dosažení cíle využít nejrůznějších prostředků, zejména může pracovat na představách stran ohledně priorit ve vzájemných recipročních vztazích nebo může hledat možnosti řešení, které samotné strany neobjevily a pokusit se je přesvědčit, aby s nimi souhlasily apod.<sup>101</sup> Samotná skutečnost, že návrh navrhuje nestranná třetí strana, může také v určitých případech stačit, aby se stal přijatelným. Mediátor nebo arbitr nemusí nutně usilovat o kompromisní řešení, ale z mnoha důvodů tak zpravidla učiní. Kompromis je často cestou nejmenšího odporu pro toho, kdo přiměje strany, aby se shodly na dohodě. Podmínky pro mediaci jsou nejlepší v případech, kdy obě strany mají zájem na vyřešení konfliktu. Čím silnější je tento společný zájem, tím větší důvod mají k předání konfliktu třetí straně a tím více budou motivovány k aktivní spolupráci při hledání řešení a k přizpůsobení se jejich požadavkům takovým způsobem, aby řešení bylo možné dosáhnout. Není-li některé strana sporu zpočátku motivována k vyřešení konfliktu smírně, může dojít ze strany ostatních členů společnosti k nátlaku, a to i pomocí hrozeb nebo sankcí.<sup>102</sup>

Etnografické studie tak jasně naznačují, že mechanismy, které moderní primitivní společnosti užívají pro urovnání vzniklých sporů, vykazují převažující aspekty typické pro mediační či rozhodčí řízení s minimálními prvky formálních či rituálních postupů. I když někteří antropologové hovoří o soudním řízení v souvislosti s primitivními společnostmi,<sup>103</sup> nejedná se o formalizované a sofistikované procesní postupy, tak jak

<sup>99</sup> POSNER, op. cit., s. 44.

<sup>100</sup> ROBERTS, Simon A. *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology*. New Orleans: Quid Pro Books, 2013, s. 51.

<sup>101</sup> Ibid., s. 51–53.

<sup>102</sup> ECKHOFF, op. cit. s. 148–172.

<sup>103</sup> GLUCKMAN, Max. *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*. Oxford: Basil Blackwell, 1965, s. 38–39, 43–44, 101–104, 124–126; SCHAPERA, Isaac. *Government and Politics in Tribal Societies*. London: C.A. Watts & Co. Ltd., 1963, s. 29–31, 43, 45–49, 58–61, 64–65; GOLDSCHMIDT, op. cit., s. 40, 42, 50, 56, 63–67, 89, 92, 105; GULLIVER, op. cit., s. 167–173, 267–275.

je chápeme v naší společnosti. Absence právní specializace v kmenových kulturách brání vytvoření rigidních a formálně náročných soudních pravidel a procesních mechanismů. Formálnost není vlastní primitivním kmenovým kulturám, jednoduše proto, že jich není zapotřebí, na rozdíl od komplexnějších společností. Primitivní společnosti ve skutečnosti potřebují, s ohledem na sociální strukturu a rozsah uspokojování potřeb, jen málo práva,<sup>104</sup> zvláště podílí-li se na sociální kontrole i jiné sociálně-normativní mechanismy. Z tohoto důvodu musí každý, kdo studuje a hodnotí společenské poměry v primitivních (potažmo archaických) kmenových či raněstátních společnostech, zvažovat při zkoumání práva právě neformální mechanismy sociální kontroly, které mohou poskytnout komplexnější a ucelenější obraz sociální reality.

Nezanedbatelnou úlohu v tomto ohledu hraje veřejné mínění naléhající na smírné řešení, jelikož každý spor znamená zvýšení sociálního napětí nebo významné ztížení vzájemného soužití a spolupráce. Všechny tyto aspekty sehrávají významnou roli a jsou přítomny, i když dojde k rozhodování právní autority, tam, kde selže smírné urovnání sporu.<sup>105</sup> Max Gluckman tak hovoří o „mobilizaci různých sociálních tlaků k dosažení vlastních zájmů“<sup>106</sup> nebo Karl N. Llewellyn a Edward E. Hoebel zase uvádí: „*Je úžasné pozorovat, do jaké míry neformální tlaky udržovaly i ty nejčastější přestupce v mezích. Veřejné mínění bylo skutečným názorem Čejenů; ve skutečnosti se jednalo o mnohem víc. [...] Neformální tlaky na dospělé byly nejen vokální, ale zvláště rychlé, aby získaly formu jednání nejen ve vztahu k zainteresovaným osobám, ale i nezaujaté veřejnosti.*“<sup>107</sup>

Je těžké nesouhlasit s Edwardem B. Tylorem, který tvrdil, že „jednou z nejdůležitějších věcí, které se můžeme naučit ze života hrubých kmenů, je to, jak může společnost fungovat, aniž by policisté udržovali pořádek.“<sup>108</sup> Jinými slovy v případě primitivních a archaických společností je nezbytné počítat v případě fungování práva a rozhodování sporů i s nepravními vlivy, které významně do právních procesů zasahují a ovlivňují je. Mezi takové vlivy patří zejména, vyjma příbuzenských vztahů, multiplexních vazeb a veřejného mínění, i obava z magie (zejména pak čarodějnictví) či náboženských trestů. Gulliver kromě toho k těmto vlivům řadí dále etické zásady, základní kulturní premisy, normy chování, zvyky, obyčeje, rozhodnutí a precedenty a rozumná očekávání atd.<sup>109</sup> Význam právní antropologie pro interpretaci římských pramenů si uvědomil italský historik Arnaldo Momigliano, který se pokusil pomocí antropologických výzkumů a analýz (konkrétně studiem děl

<sup>104</sup> HOEBEL, op. cit., s. 293.

<sup>105</sup> MACCORMACK, 1971, op. cit.

<sup>106</sup> GLUCKMAN, 1965, op. cit., s. 264.

<sup>107</sup> LLEWELLYN, HOEBEL, op. cit., s. 264–265.

<sup>108</sup> TYLOR, Edward Burnett. *Anthropology: An Introduction to the Study of Man and Civilization*. D. Appleton, 1894, s. 405.

<sup>109</sup> GULLIVER, Philip Hugh. *Case Studies of Law in Non-Western Societies*. In: *Law and Culture and Society*. Chicago: Aldine Publishing Company, 1969, s. 20.

antropologů Malinowského, Evanse-Pritcharda, Shapery, Fortese, Levi-Strausse) osvětlit původ římských kurií. I když nenašel v antropologické literatuře oporu a relevantní materiály pro své bádání, tak poznamenal: „*Moje selbání nesmí být vykládáno jako popření hodnoty srovnávacích studií. Srovnávací antropologie pravděpodobně naznačuje alternativní možnosti interpretace důkazů, které máme, než že by jejím prostřednictvím bylo možné doplňovat důkazy, které nemáme.*“ Užitečnost antropologie pro studium římských institutů následně krátce demonstroval na objasnění původu klientství.<sup>110</sup>

Nejstarším druhem římské arbitráže, pro který existují pramenné důkazy, je rozhodování sporů prostřednictvím *boni viri* (spravedlivých mužů), tj. soukromých osob, které si strany sporu zvolily poté, co zjistily, že nemohou vyřešit spor vlastními silami. Postup při takovém rozhodování byl zcela neformální, ať už se strany domáhaly čehokoli a arbitr byl ochoten takový spor rozhodnout, přičemž stát do tohoto řízení nebyl přímo zapojen. Neexistovala pro něj žádná fixní pravidla a jednalo se o ad hoc postup, to znamená, že se vytvářela pouze pro účely konkrétního řízení. Tento druh neformální mediace či arbitráže se zdá být přítomen ve všech komunitách v celé historii.<sup>111</sup> Nejranější informace o tomto způsobu rozhodování sporů pochází od Cata staršího, který ve své spisů „O zemědělství“ (*De agri cultura*)<sup>112</sup> zmiňuje tento způsob rozhodování na několika místech. Podobně Plautus ve svých hrách zmiňuje arbitráž prostřednictvím „spravedlivého muže“, přičemž v této souvislosti uvádí, že by takový rozhodce měl být v dobré víře, čímž zřejmě míní, že by měl rozhodovat spravedlivě a nestranně.<sup>113</sup> Z Justinianovy kompilace víme, že funkce spravedlivých mužů (*boni viri*) přetrvala až do doby poklasické, kde nacházeli své uplatnění zejména v rozhodování sporů rodinných<sup>114</sup> a obchodních.<sup>115</sup>

Horatius píše trochu vzletně, že *bonus vir* je ten, kdo se řídí zákony, nařízeními senátu a statuty, jeho rozhodnutí řeší množství žalob a jeho svědectví rozhoduje případy.<sup>116</sup> Římané očekávali, že arbitři použijí veškeré dostupné techniky k dosažení urovnání, které je pro strany přijatelné. Někdy zaměňovali pojmy *arbiter* a *index* a někdy trvali na rozdílu v těchto postech, tak jak to činíme dnes i my, ale každopádně vždy požadovali, aby ti, co rozhodovali spory, jednali jako *boni viri*.<sup>117</sup> Dobrá víra a důvěra vyjádřená

<sup>110</sup> MOMIGLIANO, Arnaldo. An Interim Report on the Origins of Rome. *The Journal of Roman Studies*, 1963, roč. 53, č. 1, s. 113.

<sup>111</sup> ROEBUCK, Derek a Bruno de Loynes de FUMICHON. *Roman Arbitration*. Oxford: Holo Books, 2004, s. 46.

<sup>112</sup> Cato, *Agri*. 149.1-2, 145.3, 144.2-3, 148.1.

<sup>113</sup> Srov. Plaut. *Curv.* 719-22; Plaut. *Rud.* 1038-43.

<sup>114</sup> Srov. D.32.43.

<sup>115</sup> Srov. D.17.2.6, D.17.2.75-76, 78, 80.

<sup>116</sup> Hor. *Epistles*. 1.16.40: „*Vir bonus est quis? 'qui consulta patrum, qui leges imaque servat, quo multae magnaque secantur iudice lites, quo res sponsore et quo causae teste tenentur.*“

<sup>117</sup> ROEBUCK, FUMICHON, op. cit., s. 64–65.

tím, že si účastníci sporu zvolili arbitra (tj. dali mu důvěru),<sup>118</sup> jak se zdá představovaly pro Římany nezbytné ctnosti, aby mohl být člověk považován za váženého a ctihodného, tedy kvalit, kterých si nejvýše cenili.<sup>119</sup> Sice nevíme, v jakém rozsahu byl tento způsob arbitráže využíván, ovšem skutečnost, že *arbitrium boni viri* mělo svou vlastní zkratku „ABV“ v Probově seznamu právních zkratk, ukazuje na běžnou součást rozhodovacích procesů.<sup>120</sup> Koncept *bonus vir* ovlivnil veškeré pozdější formy římských arbitráží a definoval základní parametry vyžadované při urovnávání soukromých sporů. Ať se jednalo o arbitry, rekuperátory či soudce, tak od nich Římané očekávali využití veškerých technik nezbytných k dosažení urovnání sporu a postup stejné kvality jako u *bonus vir*.<sup>121</sup>

Zákon XII desek v několika ustanovení rozlišuje mezi spory, které rozhodoval buď výhradně rozhodce (rozhodci), nebo alternativně rozhodce a soudce (nikoli však soudce samotný).<sup>122</sup> V Tab. 2.2. se konkrétně dovídáme, že se nesmělo konat řízení, pokud se soudce, rozhodce nebo žalovaný pro těžkou nemoc nebo pro jinou překážku nemohli dostavit k projednání sporu, Tab. 9.3. zase postihuje trestem smrti soudce a rozhodce, jestliže byl usvědčen z braní úplatků a Tab. 12.3. vyžaduje tři rozhodce v případě, že někdo odnese neoprávněně předmět sporu. Stejný počet rozhodců požaduje také Tab. 7.5b. v případě, že vznikne spor ohledně meze mezi pozemky.<sup>123</sup> Podobně Gaius píše (4.17), že podle Lincinniova zákona rozhodoval rozhodce spory týkající se společné věci anebo dělení pozůstalosti mezi spoludědici, zatímco žalobu *legis actio per iudicis postulationem* mohl rozhodovat nejen soudce, ale též rozhodce (4.17). Z četnosti odkazů na arbitry můžeme usuzovat, že rozhodčí řízení v době vzniku zákona XII desek převládalo nad soudním řízením.<sup>124</sup> Na podkladě právních (LDT, Gaia), ale i neprávních pramenů (Plauta, Cata nebo Horatia) můžeme usuzovat, že Římané v nejstarším období

<sup>118</sup> D.17.2.78: „*In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*“ [Ohledně tohoto případu však mám za to, že je třeba postupovat podle uvážení spravedlivého muže/rozhodce, a to o to více, že žaloba proti společníkovi je založena na dobré víře.] BLAHO, Peter et al. *Digesta, neboli, Pandekty: svazek II, kniha XVI–XXXV, vybrané části = Digesta, seu, Pandectae: tomus II, liber XVI–XXXV, fragmenta selecta*. Praha: Univerzita Karlova, 2019, s. 143.

<sup>119</sup> „*Právě na poctivosti, neposkvrněné občanské cti, si Římané vždy velmi zákládali. Není náhodné, že fides (čest) psali brzy s velkým počátečním písmenem a začali ji uctívat – došlo k její personifikaci v bohyni Fides.*“ SKŘEJPEK, 1999, op. cit., s. 48; ROEBUCK, FUMICHON, op. cit., s. 56.

<sup>120</sup> PROBUS, Marcus Valerius. On the Single Letters of Fragments. In: *De M Valerio Probo Berytio*. Bonn: Cohen, 1910; ROEBUCK, FUMICHON, op. cit., s. 64.

<sup>121</sup> Cic. *Caec.* 2.6.

<sup>122</sup> Bartošek spatřuje největší rozdíl mezi soudcem (*iudex*) a rozhodcem (*arbiter*) v tom, že rozhodce nebyl na rozdíl od soudce vázán žalobní formulí a mohl rozhodovat podle toho, co považoval za správné a spravedlivé. Disponoval tedy větší volností než soudce, zejména jde-li o hospodářské a technické okolnosti sporného případu. BARTOŠEK, Milan. *Škola právníckého myšlení*. Praha: Karolinium, 1991, s. 297–298.

<sup>123</sup> Girard dovozuje z typů řízení, které rozhodci rozhodovali, že v nich vystupovali nejen jako rozhodci, ale především jako techničtí odborníci znali problematiku, jež se stala předmětem sporu. GIRARD, 1901, op. cit., s. 82. pozn. 2.

<sup>124</sup> KINCL, Jaromír. *Gaius učebnice práva ve čtyřech knihách*. Brno: Doplněk, 1981, s. 204.

urovnávali své spory v rozhodčích řízeních, která postupně v době historické začal nahrazovat soudní typ řešení sporů.

Můžeme mít tedy za to, že relativně neformální fáze *apud iudicem* představuje s největší pravděpodobností reziduum kmenových arbitrážních řízení, jež probíhalo podobným způsobem a za podobných okolností a účelem jako v ostatních primitivních společnostech, tedy v duchu úsilí narovnat poměry ve společnosti a obnovit soulad mezi jejími členy.<sup>125</sup> Podobnosti jsou natolik nápadné, že se této analogii nelze ubránit. Nacházíme-li v římském procesu fázi podobající se zejména po obsahové stránce rozhodování v moderních kmenových kulturách (s podobnou sociální a ekonomickou strukturou), můžeme tedy mít důvodně za to, že se řízení *apud iudicem* vyvinulo právě z kmenové arbitráže či mediace. Greenidge považoval institut soudce za původní a latinským kmenům vlastní způsob urovnávání sporů, jak ostatně plyne z historického práva účastníků sporu zvolit si svého soudce. Nesouhlasil tedy s teoriemi, které viděly v soudci dodatečně vytvořený institut (viz Savigny).<sup>126</sup> Podle něj instituce soudce představovala dědictví z předstátního života klanů (*gens*) a vesnic (*vicus*). V takových komunitách náčelník předsedal periodickému slavnostnímu zahájení řešení sporů, po jehož vykonání si strany zvolily svého soudce (*iudex* nebo arbitra), který následně spor rozhodl.<sup>127</sup> Můžeme tedy konstatovat, že teorie o původu bipartity římského soudního řízení založené na silném postavení státu, krále anebo úředníka, jenž dodatečně jmenoval soudce, se jeví jako nepravděpodobná a ahistorická, jelikož antropologické analýzy ukazují, že určitá forma mediačního či arbitrážního rozhodování sporů existuje v nějaké formě ve všech primitivních kulturách. Antropologické výzkumy tak dávají (spolu s *lex Irnitana*) za pravdu Wlassakově arbitrážní teorii minimálně v tom ohledu, že nejstarší římský proces zřejmě vycházel z latinské kmenové arbitráže (popř. mediace), která stála na jeho počátku. V průběhu vývoje začal stát postupně do arbitrážních rozhodovacích procesů vstupovat a regulovat je spolu s narůstající tendencí monopolizovat výkon svrchované moci na svém území. Samozřejmě dnes již nevíme a nelze to ani dovodit z antropologických závěrů, kdy a jak k tomu došlo, zda postupně, spolu s postupně sílícími pravomocemi státních institucí, jak předpokládal Wlassak, nebo v důsledku konkrétní historické události.

Právní antropologie prakticky vyvrací Kaserův předpoklad spočívající v nezbytnosti silné autority schopné přimět strany sporu podrobit se soudnímu rozhodnutí.<sup>128</sup> Kaser totiž opomíjí nebo nepřikládá dostatečný význam mimoprávním vlivům, které v primitivních a archaických společnostech sehrávají na poli sociální normativní kontroly stěžejní úlohu

<sup>125</sup> BUCKLAND, William Warwick a Arnold D. McNAIR. *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 400–401.

<sup>126</sup> SAVIGNY, op. cit., s. 287.

<sup>127</sup> GREENIDGE, Abel Hendy Jones. *The Legal Procedure of Cicero's Time*. Oxford: Clarendon Press, 1901, s. 17–18.

<sup>128</sup> KASER, 1964, op. cit.

a účinně ovlivňují chování jejích členů. Jak jsme si již řekli, tak v primitivních a archaických společnostech spolupůsobí velké množství neformálních vlivů (zejména veřejné mínění, názor zainteresovaných příbuzných na způsob řešení sporu, obava z užití magie druhou stranou, obava z případné odvety apod.), přičemž všechny jednotlivě, častěji ve vzájemné koincidenci, dokážou ve většině případů strany sporu přimět, aby se snažily vyřešit spor smírně. Musíme si uvědomit, že kmenové kultury se vyznačují tím, co Gluckman nazývá multiplexními vztahy<sup>129</sup> a Laura Nader křížové vazby<sup>130</sup>, což je různé označení pro vazby mezi komunitami či jednotlivci založenými na příbuzenském, ekonomickém či jiném základu. Čím více existuje těchto vzájemných vazeb a čím více strany sporu sdílejí společných činností, tím je pravděpodobnější, že spor bude řešen smírněji než autoritativním způsobem.<sup>131</sup> Kaserovo pochybení lze tak spatřovat v nedocenění mimo-právních vlivů a jejich účinků na chování lidí v rámci procesu urovnávání sporů a přeceňování nepřátelství a nevraživosti mezi členy primitivních společností.

Jak Hoebel poznamenal, tak osobní tyranie v primitivních společnostech představuje naprosto vzácný, výjimečný a ojedinělý jev; hrubá síla jednotlivce rozhodně není upřednostňována.<sup>132</sup> Důvodem je skutečnost, že politické autority potřebují následovníky, kteří zároveň limitují jejich moc. V důsledku toho je politické vůdcovství již v primitivních komunitách do jisté míry trans-personalizované, jelikož spočívá v „úřadu“ a sociálním statutu než v konkrétní osobě.<sup>133</sup> Zvláště v případě neformálního vůdcovství typické pro nejprimitivnější komunity je podle něj představa tyransko-vykořisťovatelského vůdce pomýlená, neboť tyto vůdce postrádají jakékoli prostředky pro vykořisťování a útlak ostatních. Nejsou výslovně zvoleni do funkce; spíše vedou skupinu s tichým souhlasem svých následovníků a své vedení okamžitě ztratí, jakmile ostatní přestanou přijímat a respektovat jejich návrhy a začnou upřednostňovat návrhy jiného člena. Patriarchální tyran primitivní skupiny není ničím jiným než spekulací 19. století.<sup>134</sup>

Mýlil se i Jolowicz, pokud spojoval nadpřirozené techniky jako ordálie s přísně formálními postupy, které vtiskly legisakčnímu řízení jeho strohý formalismus.<sup>135</sup> Vycházel z předpokladu, že formalismus a symbolika představují znak primitivního způsobu myšlení, což na jedné straně ovlivnil zájem o magii a náboženství, pro které jsou tyto jevy typické, a na straně druhé to plyne ze symbolů identifikovaných v raných římských

<sup>129</sup> GLUCKMAN, Max. *Judicial Process Among the Barotse*. Manchester: Manchester University Press, 1973, s. 20–21.

<sup>130</sup> NADER, Laura. *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*. Redwood City: Stanford University Press, 1990, s. 36.

<sup>131</sup> GLUCKMAN, 1973, op. cit., s. 20–21.

<sup>132</sup> Gulliver rovněž uvádí, že autorita je vždy v primitivních komunitách omezená. GULLIVER, 1969, op. cit., s. 23.

<sup>133</sup> HOEBEL, op. cit., s. 277.

<sup>134</sup> HOEBEL, op. cit., s. 294.

<sup>135</sup> JOLOWICZ, 1935, op. cit.

právních institucích, které mohou být vysledovány v dřívější fázi vývoje práva.<sup>136</sup> Spojení magického jednání s formalismem primárně vychází z přesvědčení, že přísné dodržení předepsané formy představuje charakteristický rys magické formy, která zůstává i poté, kdy původně magický obsah vymizí, a zároveň, že slova mají samy o sobě magický „náboj“,<sup>137</sup> který se aktivuje pouze tehdy, když jsou pronesena správně, v požadovaném pořadí a bezchybně. Kouzelná interpretace formalismu je založena na řadě předsudků o přesvědčeních a praktikách primitivních národů pocházejících z takových prací, jako jsou Zlatá ratolest<sup>138</sup> nebo Myšlení člověka primitivního.<sup>139</sup>

V těchto pracích dominuje představa primitivního člověka bez ohledu na sociální skupiny nebo kmenové diference, ve kterých převládá zájem o magický nebo náboženský aspekt života. Získaný dojem spočívá v tom, že ani obyčejné každodenní činy nemohou být vykonávány, aniž by bylo nutné vyžádat si podporu nadpřirozených sil nebo odvrátit zlé síly pomocí patřičných rituálů. Z tohoto pohledu rovněž pramení představa o formalismu práva, které se neliší (ani lišit nemůže) od jiných aspektů života. Přirozeně takové pojetí života primitivního člověka budí dojem, že pro něj právo spolu s jeho dalšími aktivitami představuje sbírku aktů a vzorců určených k ovlivnění tajemných sil. Jak etnografické výzkumy a antropologické závěry ukazují, tak tyto představy nejsou opodstatněné, resp. právní formalismus není typický jak pro primitivní právní systémy, tak pro praktikování magie.<sup>140</sup> Ritualismus

<sup>136</sup> KUNKEL, Wolfgang. *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*. Oxford: Oxford, Clarendon P., 1966, s. 92; HÄGERSTRÖM, Axel. *Der römische Obligationsbegriff: Im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1927, s. 302–303; JÖRS, Paul, Wolfgang KUNKEL a Leopold WENGER. *Römisches Privatrecht*. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 1949, s. 19–20; KASER, Max. *Das Römische Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1955, s. 23.

<sup>137</sup> SKŘEJPEK, 1999, op. cit., s. 263–265.

<sup>138</sup> Srov. FRAZER, James George, Sir. *Zlatá ratolest*. Praha: Československý spisovatel, 2012.

<sup>139</sup> Srov. LÉVY-BRUHL, Lucien. *Myšlení člověka primitivního*. Praha: Argo, 1999.

<sup>140</sup> „Zandské rity nejsou formalizovanou záležitostí. Existují určité činnosti, které musí člověk vykonat, ale poslušnost těchto akcí závisí na logice obřadu a jinak nepodmiňuje jeho účinnost. Proto je jen zřídka, že člověk pozoruje konkrétní rituál, který se koná několikrát přesně stejným způsobem. Obvykle existují variace, často široké variace toho, co se říká a dělá, stejně jako pořadí slov a akcí. Poslušnost rituálních aktů je určena výhradně technickými potřebami a zdravým rozumem.“ EVANS-PRITCHARD, Edward Evan. *Witchcraft, Oracles, and Magic among the Azande*. Oxford: Clarendon Press, 1976, s. 177; „Procedura, stejně jako většina společenských akcí Tivů, je neformální.“ BOHANNAN, Paul. *Justice and Judgment among the Tiv*. New York: Harper & Row, 1971, s. 61; „Ve většině kmenových společností a stejně tak i v některých civilizacích mohou být soudní rozhodnutí i úloha soudní autority tak neformální a neceremoniální, že západně jednostranní antropologové by je zcela přehlédli nebo by je považovali za nelegální.“ POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*. Set Out, 1997, s. 35; „Čejenské právní způsoby postrádaly jakoukoli formu, formalismus nebo legalismus pro nedostatek pochopení těchto věcí a způsobu jejich užití.“ LLEWELLYN, HOEBEL, op. cit., s. 339; „Právní normy nejsou zdaleka tak rigidní, absolutní nebo vydávané ve jménu nadpřirozených bytostí. Naopak jsou udržována sociálními silami, chápány jako racionální a nezbytná, pružná a schopná přizpůsobení. Také jejich práva a povinnosti nejsou zdaleka výlučně skupinovou záležitostí, jsou v zájmu jednotlivce, který dokonale ví, jak se starat o své zájmy a uvědomuje si, že musí své závazky splatit. Ve skutečnosti jsem zjistil, že postoj domorodce vůči povinnostem a výsadám je téměř stejný jako v civilizované komunitě – do té míry, že se nejen napíná, ale také občas porušuje zákon.“ MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime and Custom in Savage Society*. New Brunswick, NJ: Rowman & Littlefield Publishers, 1985, s. 74.

a procedurální formalismus spojený s nadpřirozenými technikami tvoří jen velmi malou část primitivního práva, přičemž „*formalismus a ritualismus v právu představuje vedlejší produkt právní specializace v archaických a raných moderních právních systémech. Podobná specializace neexistuje mezi primitivními národy.*“<sup>141</sup>

Jak výstižně popsal neformálnost primitivního procesu MacCormack: „*Vedení žaloby před africkým soudem je velmi neformální záležitostí, ve které žalobce a žalovaný předkládají své případy libovolným způsobem a předkládají tolik materie, kolik si přejí. Je ponecháno na soudcích, aby postupně zjišťovali, o čem vlastně spor je, než vynesou rozhodnutí.*“<sup>142</sup> Etnografické výzkumy jasně ukazují, že průběh projednávání sporů v primitivních komunitách představuje velice neformální činnost, v jejímž rámci strany sporu předkládají svá tvrzení a přednášejí své důkazní návrhy libovolným způsobem bez požadavku konkrétní formy.<sup>143</sup> Je ponecháno na právní autoritě rozhodující spor, jakým způsobem vede vyšetřování nebo provádí důkazy a zda již nasbíral dostatek znalostí o povaze sporu, aby mohl rozhodnout. Samotné vynesení rozhodnutí rovněž zpravidla postrádá jakoukoli konkrétní formu.<sup>144</sup>

Nelze se tedy spoléhat na primitivní právo a víru v nadpřirozené magicko-náboženské techniky u primitivních národů při obhajobě formalismu v raném (nejen) římském právu. Základy, na nichž byla vystavěna představa o raném právním formalismu budou pravděpodobně nesprávné.<sup>145</sup> Formalismus totiž představuje spíše pokročilejší než primitivní právní techniku vyžadující od soudců či mediátorů zvláštní právní dovednosti a tím pádem i užší specializaci, které nemohou dosáhnout kmenoví náčelníci, pohlaváři či jiné právní kmenové autority. Teorie, jež vycházejí z premisy, že „čím je právo primitivnější, tím je formálnější“, zakládají své závěry nesprávných základech.<sup>146</sup> Budeme-li aplikovat tyto poznatky na předstátní římskou společnost, tak se zřejmě nevyhneme možné

<sup>141</sup> HOEBEL, op. cit., s. 257.

<sup>142</sup> MACCORMACK, 1971, op. cit.

<sup>143</sup> GULLIVER, Philip Hugh. *Social Control in an African Society: A Study of the Arusha*. Literary Licensing, LLC, 2013, s. 178, 228.

<sup>144</sup> Pospíšil popsal průběh rozhodování sporu u Kapauků následovně: „*Například kapaucký pohlavár, nazývaný tonovi, nenařizuje ‚soudní líčení‘, ale obvykle nepokrytě vstupuje do průběhu sporu, který je již ve značně pokročilém stádiu. Posadí se a naslouchá argumentům a nadávkám, ba dokonce se stává svědkem fyzického napadání, aniž by do něj zasáhl. Teprve když sám uzná, že nasbíral dostatek vědomostí o povaze sporu, pomalu zahájí své vlastní vyšetřování, a přitom neformálně klade otázky svědkům a navrhuje další kroky, jako slyšení jiných svědků, obhlédání místa činu nebo přivolání experta. Tím sbromažďuje své důkazy, které Kapaukové označují boko petai (hledání podstaty). Má-li pohlavár zato, že tuto podstatu sporu a relevantní fakta už zná, může svolat radu, složenou z dalších významných mužů či starších ‚právních expertů‘. Pak učiní vlastní rozhodnutí o způsobu řešení sporu a zahájí boko duwai (rozjetnutí podstaty), tj. vlastní vynesení rozsudku či rozsouzení věci (podle potřeby). Může shrnout důkazy, odvolat se na existující pravidla a říci stranám, co mají učinit.*“ POSPÍŠIL, op. cit., s. 35.

<sup>145</sup> MACCORMACK, Geoffrey. Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law. *The Legal History Review*, 1969, roč. 37, č. 3, s. 439–468.

<sup>146</sup> HOETINK, H. R. The Origin of the Dual Mode in Roman. *Seminar* 5, 1947, roč. 16, s. 16–30.

námítce, že právní formalismus (s ohledem na formalismus archaických hmotněprávních institutů, např. *sponsio*, *fideiussio*, *stipulatio* apod.) představuje v kontextu předstátního římského práva jisté specifikum. V takovém případě bychom ovšem zároveň museli připustit, že v kmenové římské (latinské) společnosti působili (na rozdíl od ostatních empiricky zkoumaných kmenových společností)<sup>147</sup> specialisté zabývající se výhradně rozhodováním sporů, v důsledku jejichž činnosti by mohlo docházet k formalizování práva a soudních procesů.

Římská kmenová společnost by tak představovala naprosté unikum vymykající se situaci v jiných primitivních komunitách, přičemž takový extrémní závěr by vyžadoval (alespoň částečně) oporu v dochovaných pramenech. V opačném případě nezbyvá než předpokládat, že se archaické předstátní způsoby řešení sporů odehrávaly prostřednictvím soukromé arbitráže (tak jako v jiných primitivních komunitách), které přešly do nejranějšího období římského státu. S procesem etatizace úzce souvisel nárůst komplexnosti společnosti a zvyšování úrovně sociální stratifikace, což se projevovalo ve stále větší potřebě právní jistoty a přesnosti. Právní úkony a dispozice s majetkem zřejmě obecně vyžadovaly zvláštní formu, což se odráželo zejména v ustanovení řady pregnantně definovaných žalobních nároků vyjádřených ve formalizovaných vzorcích.<sup>148</sup> Dalo by se ovšem očekávat, že se bude jednat o dlouhodobý proces reagující na narůstající potřebu právní preciznosti v návaznosti na postupný ekonomický rozvoj. Na druhou stranu, víme-li, že fáze *in iure* byla již v historickém období (resp. před vznikem zákona XII desek) proktnuta množstvím formalizovaných právních aktů,<sup>149</sup> muselo být římské právo vystaveno v relativně krátkém období intenzivnímu „formalizujícímu“ vlivu, který tento proces minimálně v některých aspektech notně urychlil.

Při těchto úvahách nemůžeme zcela pominout etruský vliv, který nepochybně sehrál významnou roli při formování římského městského státu, zvláště v období přelomu šestého a pátého století před naším letopočtem, kdy docházelo k silnému ovlivňování římské společnosti Etrusky, a to nejen v politické a kulturní oblasti, ale nepochybně i v oblasti práva. Na rozdíl od kmenového práva Latinů, usazených na římských pahorcích, bylo etruské právo plně rozvinuto a dozajista plně specializováno. Za předpokladu, že se právo etruských městských států vyznačovalo silným formalismem (čemuž by zejména napovídal důraz kladený na formálnost náboženských rituů),<sup>150</sup> tak ve spojení s politickým vlivem Etrusků na raný Řím, nelze vyloučit interakci primitivního latinského (římské) práva s rozvinutým právem etruským do té míry, že rané římské

<sup>147</sup> HOEBEL, op. cit., s. 257.

<sup>148</sup> Srov. D.1.2.2.6.

<sup>149</sup> Srov. Gai. 4.17.

<sup>150</sup> „Etruskové patrně přinesli do Říma rigoróznost a formálnost kultu, který se stal pro Římany posléze tak typický.“ SKŘEJPEK, 1999, op. cit., s. 48.

právo převzalo i jeho prvky formálnosti a rituálnosti.<sup>151</sup> Mocensky uplatňovaný etruský vliv (ať už přímý, či nepřímý)<sup>152</sup> mohl vést, ve snaze ovládnout římskou jurisdikci,<sup>153</sup> k „naroubování“ etruského právního formalismu (v podobě zavedení fáze *in iure*, kterou zajišťoval římský král etruského původu nebo jím pověřený úředník) na původní neformální latinskou kmenovou arbitráž (později fázi *apud iudicem*), což se v konečném důsledku mohlo promítnout do diametrálně odlišných parametrů obou fází legisakčního řízení. Tento přístup nám umožňuje alespoň částečně skloubit na první pohled kontradiktorní teorie o původu bipartity legisakčního řízení, jmenovitě pak Wlassakovu arbitrážní teorii s Mommsenovou teorií státního původu vycházející ze silného postavení krále disponujícího svrchovanými pravomocemi nejen v oblasti soudní, a koneckonců

<sup>151</sup> O skutečnosti, že staré latinské právo nebylo natolik formální může svědčit, že s uzavřením manželství římské právo nespojovalo žádné formální úkony ani neexistovala žádná závazná forma jeho uzavření. Ibid., s. 122–123.

<sup>152</sup> Vliv Etrusků na raný Řím se patrně neomezoval na pouhé nepřímé působení, nýbrž s vysokou mírou pravděpodobnosti etruská elita přímo latinsko-římské etnikum politicky ovládala, což ostatně nepopírá ani sama římská tradice. Králové L. Tarquinius Priscus a L. Tarquinius Superbus a první republikánští konzulové, tedy čelní představitelé římského státu v tomto období, patřili k etruskému etniku, zatímco překvapivě šestý král Servius Tullius byl dle tradice latinského původu. Skutečnost, že mezi dvěma etruskými králi vládli král latinského původu vždy vyvolávalo mnoha nejasností a pochybností. První pochybnosti pochází již z antiky, kdy císař Claudius (10 př. n. l.–54 n. l.), který se celý život věnoval (nejen) etruské historii (víme například, že napsal dnes již ztracené dílo pojednávající o historii Etrusků s názvem *Tyrrhenica*) a ovládal jako jeden z mála své doby etruštinu, poprvé veřejně zpochybnil při inauguraci galských senátorů v Lyonu skutečnost, že by Servius Tullius byl latinského původu a ztotožnil jej s etruským šlechticem Mastarnou (*Macstrna*). Tato informace nabývá obzvláště na významu v souvislosti s nálezem pařížského mědiryťce Alphonse Francoise, který v roce 1857 v etruské hrobce poblíž města Vulci objevil nástěnné fresky znázorňující vítězství bratří Vibennů (po Caeliovi Vibennovi byl pojmenován jeden z římských pohorků *Caelius*) a Mastarny nad nepřátelskou koalici tvořenou Římem (Cneve Tarchunies Rumach, zřejmě se jedná o krále Tarquinia Prisca) a etruskými městy Volsiniami (Laris Papatnas Velznach) a Sovanou (Pesna Arcmsnas Sveamach). Historický původ bratří Vibennů je navíc doložen nejen nálezem etruského zrcadla z okolí Bolseny, na kterém jsou oba vyobrazení, ale též zlomek vázy z poloviny 6. st. př. n. l., na které je etrusky psané jméno Avile Vipiennas, tedy druhého ze dvou bratrů. (CORNELL, Tim. *The Beginnings of Rome. Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c. 1000–264 BC)*. Oxon: Routledge, 1995, s. 134–141). To by znamenalo, že by poslední tři římské králové nejen patřili k etruskému etniku, ale také že římský trůn byl uchváten násilím etruským Mastarnou, který si mohl dovolit vládnout o poznání autoritativněji než jeho tradičně volení předchůdci, jejichž moc limitovali ostatní představitelé římských rodů (*patres*). Není bez souvislosti, že samotná římská tradice připisuje Serviovi Tulliovi rozsáhlé reformy, kterými od základu změnil ústavu římského státu (Liv. 1.42-45) a hojnou legislativní činnost (podle Dionýsia vyhlásil údajně padesát zákonů; Dio. Hal. 4.13), čehož by zřejmě těžko dosáhl, kdyby nedisponoval tomu odpovídající mocí.

<sup>153</sup> V tomto ohledu je možné odkázat na Wengera, který etruský vliv na římské právo pozdního království prosazoval. Nebyl ovšem jediný. Již v roce 1931 F. Leifer ve své práci *Zur Vorgeschichte des Römischen Führeramtes* předpokládal, že mohlo dojít pod vlivem etruských Tarquinů k přeměně původně latinsko-indogermánského patriarchálního království v despoticke vykonávanou vládu orientálního typu, přičemž koncept absolutního a neomezeného impéria, kterým disponovali etruští králové, byl přímým důsledkem tohoto vývoje. Tomu ostatně odpovídala jeho neomezená jurisdikční pravomoc. SCULLARD, Howard Hayes. *A History of the Roman World*. London: Routledge, 2013, s. 54; MOMMSEN, 1894, op. cit., s. 157–161.

i s Wengerovou demokratickou teorií, zejména pak v části předpokládající rozdílné pravomoci latinských a etruských králů vládnoucích v královském Římě.

## Závěr

Odlišnost obou fází řízení vždy vyvolávala množství otázek, na které se snažili mnozí najít odpověď, ovšem žádná z nich se nesesetkala s obecnou akceptací. Důvodem je skutečnost, že žádná plně neodpovídá veškerému souboru informací, které se nám v pramenech o povaze nejstarší formy římského procesu dochovaly. Největší zájem a pozornost vyvolávají zejména diametrální odlišnosti obou fází řízení natolik se lišících, že budí dojem pozdějšího spojení dvou dříve samostatných řízení. To se projevilo v logické snaze vytyčit a definovat podmínky včetně socio-politických okolností, za kterých mohlo k takto radikální změně dojít. Stěžejní otázka, která se k této problematice rovněž váže, spočívá v nejasnosti ohledně možné ingerence státu do soudního systému, zejména (1) zda a do jaké míry jej státní moc ovládala a (2) zda mohli představitelé státní moci donutit účastníky sporu podřídit se soudnímu řízení.

Mnozí romanisté a historikové se snažili vysvětlit původ bipartity soudního římského procesu nejružnějším způsobem, přičemž se pokoušeli najít at' už historickou, sociální nebo právní okolnost, která tuto dichotomii zapříčinila. Zatímco Mommsen, Savigny nebo Kaser vycházeli ze silného postavení státu a jeho orgánů, které delegovaly část své jurisdikční pravomoci na soudce nebo na jejich předchůdce, tak Wlassak nebo Jhering spíše věřili, že původ římského soudního procesu spočívá v soukromé arbitráži, jíž se účastníci sporu dobrovolně podrobili. Wenger zase označoval za tuto klíčovou událost republikánskou revoluci, která poskytla vhodné prostředí pro „demokratizaci“ justičního systému, díky čemuž došlo posílení lidové kontroly v oblasti soudnictví. Jolowicz na druhou stranu spatřoval původ rozdělení soudního řízení na dvě části v praktikování iracionálních nábožensko-magických praktik, které jsou nevyhnutelně spojeny s formalizovanými rituálními postupy, jež se promítly do fáze řízení před úředníkem a dříve králem jakožto nejvyšším knězem.

Závěry právní antropologie však vyvrací některé předpoklady, ze kterých tito autoři vycházeli, zejména pokud jde o formalismus vztahů v primitivních komunitách. Etnografické výzkumy ukazují, že formalismus v jakékoli podobě není vlastní primitivním společnostem, a proto nelze odkazovat na primitivní právo při snaze odůvodnit rituální formalismus raného římského (či jiného archaického) práva, jelikož postrádá užší oborovou specializaci, ze které vychází, resp. představuje jeho elementární předpoklad. Stejně tak antropologie vyvrací představu rané společnosti zmítající se ve vzájemné antagonii a nepřátelství, kde vládne právo silnějšího, který si uzurpuje právo autoritativně ovládat ostatní členy společnosti. Dokonce i v těch nejcentralizovanějších primitivních komunitách se prakticky nevyskytují náčelníci schopní autoritativně rozhodovat o společenských akcích bez nezbytné podpory ostatních významných členů komunity, kteří

zároveň limitují jeho moc. Autoritativní a neomezené rozhodování je tak nevyhnutelně spjato s mocí státní, která disponuje (za určitých specifických okolností) takovým rozsahem a silou, že si může monopolizovat výkon násilí na vlastním území.<sup>154</sup>

Za přispění právní antropologie a etnografie si lze učinit představu o parametrech nejranějšího římského procesu, které se ve svých základních rysech blíží Wlassakově „Schiedsgerichtstheorie“ (arbitrážní teorii), pro kterou je typická smluvní volnost v otázce výběru osoby rozhodce a dohoda mezi stranami sporu, která se časem změnila v litiskontestaci, tak jak ji známe v legisakčním řízení. Kromě právní antropologie podporuje arbitrážní původ římského soukromého procesu i *lex Irnitana*, který obsahuje pasáže zaručující vysokou míru dispozitivnosti, zejména při výběru osoby soudce. Můžeme se tedy celkem důvodně domnívat, že nejstarší podoba římského procesu se podobala kmenové arbitráži, která stále více nabývala formalizované podoby, přičemž tento vývoj uspíšil buď přímo či nepřímo etruský element v návaznosti na politické ovládnutí raného Říma Etrusky. Etruské právo v šestém století před naším letopočtem zcela jistě disponovalo potřebnou specializací projevující se důrazem kladeným na řádnou formu. To následně vedlo k bipartitě soudního řízení, kdy na jedné straně existovala fáze řízení *in iure* vyznačující se od Etrusků převzatým (nebo mocensky indoktrinovaným) formalismem a fází řízení *apud iudicem* představující reziduum latinské kmenové neformální arbitráže.

---

<sup>154</sup> Srov. CLAESSEN, Henry J. M. a Peter SKALNIK. *The Early State*. Haag: Mouton Publishers, 1978, s. 586–587.



# Nekonečný příběh Nejvyšší rady soudnictví: Kdo ji chce a proč ji pořád nemáme?\*

The Neverending Story of the Council for the Judiciary: Who Wants It and Why We Do Not Have It?

Katarína Šipulová\*\*, Marína Urbániková\*\*\*, David Kosar\*\*\*\*

## Abstrakt

*I přesto, že diskuse o Nejvyšší radě soudnictví (NRS) trvá už několik dekad, komplexní analýza toho, jaké postoje ke zřízení NRS zastávají klíčoví aktéři, kterých se samospráva soudnictví týká – soudci, politici a praktikující právníci – doposud chybí. Cílem tohoto textu je tuto mezeru vyplnit a na základě rozhovorů se zástupci českých právnických, soudcovských a politických elit zmapovat argumenty, které rozdělují zastávce a odpůrci NRS. V článku si klademe tři hlavní otázky: 1) Jak se zástupci právnických, soudcovských a politických elit staví ke zřízení NRS a jakými argumenty svou pozici zdůvodňují? 2) Jakou by měla mít správa soudnictví podle nich ideální podobu? 3) Co tyto tři skupiny od vzniku NRS očekávají?*

*Hlavní zjištění jsou následující. Soudci, politici a právníci identifikovali stejné dva klíčové problémy stávajícího systému: ministerstvo nemá kapacitu ani vizi, jak soudnictví spravovat, a mnohé kompetence proto deleguje na předsedy soudů. Příliš silné postavení předsedů soudů však vede k fragmentaci správy soudnictví a obrožuje vnitřní nezávislost řadových soudců. Elity se nicméně liší v tom, zda zřízení NRS tyto problémy vyřeší. Většina soudců vznik NRS podporuje a očekává od ní sjednocení správy soudnictví a odbřemenění předsedů soudů. Část politiků by souhlasila s ustanovením slabého modelu NRS, pokud by kontury systému pořád nastavovalo ministerstvo spravedlnosti. Zároveň však tvrdí, že fragmentovaná správa je lepší zárukou proti ovládnutí soudnictví jednou skupinou. Právníci pak vidí v zřízení NRS více rizik než pozitiv a obávají se zapouzdření soudní moci. Klíč k řešení problémů vidí spíše v otázce právníckého vzdělávání a zvýšení kvality soudního rozhodování. Současné debaty o správě soudnictví ani poslední novely zákona o soudech a soudcích však bobužel na tyto klíčové problémy identifikované respondenty dosud nereagovaly.*

\* Výzkum, který vedl k tomuto článku, byl financován prostředky Evropské výzkumné rady v rámci programu Evropské unie pro výzkum a inovace 2020 (grant no. 678375 JUDI-ARCH ERC-2015-STG).

\*\* Mgr. et Mgr. Katarína Šipulová, Ph.D., M.St., Ústav pro otázky soudnictví (JUSTIN), Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / JUSTIN – Judicial Studies Institute, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: [katarina.sipulova@law.muni.cz](mailto:katarina.sipulova@law.muni.cz) / ORCID: 0000-0002-3593-3594

\*\*\* Mgr. et Mgr. Marína Urbániková, Ph.D., odborná asistentka, Katedra mediálních studií a žurnalistiky, Fakulta sociálních studií, Masarykova univerzita, Brno; Ústav pro otázky soudnictví (JUSTIN), Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Assistant Professors, Department of Media Studies and Journalism, Faculty of Social Studies, Masaryk University, Brno, Czech Republic; JUSTIN – Judicial Studies Institute, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: [urbaniko@fss.muni.cz](mailto:urbaniko@fss.muni.cz) / ORCID: 0000-0003-1640-9823

\*\*\*\* Doc. JUDr. David Kosar, Ph.D., LL.M., J. S. D., vedoucí, Ústav pro otázky soudnictví (JUSTIN), Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / head, JUSTIN – Judicial Studies Institute, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: [david.kosar@law.muni.cz](mailto:david.kosar@law.muni.cz) / ORCID: 0000-0001-5025-1367

**Klíčová slova**

*Soudnictví; Nejvyšší rada soudnictví; soudcovská samospráva.*

**Abstract**

*Establishment of the judicial council has been debated for decades in Czechia. However, we still miss a comprehensive understanding of the positions and arguments of key actors involved in judicial governance: judges, politicians and lawyers. This article fills this gap and maps the existing arguments in favour and against a judicial council. It poses three research questions: (1) Do elites support the establishment of a judicial council and how do they justify their position? (2) What form of judicial governance do they perceive as ideal? (3) What are their expectations from the judicial council?*

*Judges, politicians and lawyers identify the same two core challenges of the current system: The ministry of justice lacks the vision and capacity to govern the courts, and thus it informally delegates majority of its competences on court presidents. Too strong court presidents in turn make the system fragmented and endanger internal independence of rank-and-file judges. Elites however disagree whether the establishment of a judicial council can solve these issues. Majority of judges support the judicial council and hope for the unification of judicial governance across the country. Some politicians are willing to accept a weak model of judicial council if the ministry of justice can still determine the contours of judicial governance. At the same time, politicians consider the current fragmented system of judicial governance as more resistant against the capture of the judiciary. Lawyers see judicial council as a risky model which might encapsulate the judiciary. The key solution of the current problems, according to lawyers, rests in the reform of legal education and enhancing the quality of the judicial decision-making. Unfortunately, the neither recent policy debates nor the pending bills on the Law on Courts and Judges have addressed the key challenges raised by our interviewees.*

**Keywords**

*Judicial Governance; Judicial Council; Courts; Judges; Ministry of Justice; Court Presidents; Separation of Powers; Judicial Politics.*

**Úvod**

Od prvního pokusu tehdejšího ministra spravedlnosti Otakara Motejla o ustanovení Nejvyšší rady soudnictví (dále též „NRS“) uplynulo již přes 20 let. Motejlův návrh na posílení soudcovské samosprávy<sup>1</sup> neprošel. Od té doby žádný návrh Nejvyšší rady soudnictví nepostoupil tak daleko, aby se dostal v paragrafovaném znění do parlamentu. Debata o reformě správy soudnictví však neutichla. Zejména představitelé justice, včetně obou nejvyšších obecných soudů, totiž vytrvale volají po vytvoření „representativního orgánu“, který by „dloubodobě, efektivně, kontinuálně a kompetentně zajišťoval chod státní správy soudnictví a vytvořil institucionalizované prostředí pro kontakt s veřejností i s dalšími složkami moci“<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Pojem „soudcovská samospráva“ považujeme za nepřesný termín a souhlasíme s Janem Kyselou, že „v diskusích o správě soudnictví nejde o ‚samosprávu‘, nýbrž o správu s podílem soudců“ (srov. KYSELA, Jan. Na okraj debat o modelu správy soudnictví v České republice. In: KYSELA, Jan (ed.). *Hledání optimálního modelu správy soudnictví pro Českou republiku*. Praha: Kancelář Senátu, 2008, s. 156). Pojem „soudcovská samospráva“ se však v českém i zahraničním právním diskurzu natolik usadil, že si jej dovolíme používat i v tomto článku.

<sup>2</sup> Zelená kniha justice. *Nejvyšší soud* [online]. Dostupné z: [http://www.nsoud.cz/Judikatura/ns\\_web.nsf/Zelen%C3%A1%20kniha%20justice.pdf](http://www.nsoud.cz/Judikatura/ns_web.nsf/Zelen%C3%A1%20kniha%20justice.pdf)

Česká justice rozhodně není ve volání po emancipaci osamocená. Judicializace, rostoucí vliv soudů a politický vývoj po pádu železné opony zvýšil poptávku po zárukách soudcovské nezávislosti, v jejímž jádru stojí odstínění vlivu exekutivy na výběr a kariérní postup soudců.<sup>3</sup> Ve střední a východní Evropě se po roce 1989 výrazem tohoto odstínění stalo zřizování nejvyšších rad soudnictví.<sup>4</sup> Chvíli se zdálo, že akademická i politická sféra našly vzácný konsenzus na nejhodnějším modelu správy soudnictví, který by zajistil dostatečnou nezávislost soudců na vnitřních i vnějších politických vlivech.<sup>5</sup> Silnou NRS jako jediný vhodný model správy soudnictví svorně doporučovala i řada mezinárodních institucí<sup>6</sup> a Evropská komise v přístupovém procesu. V posledních letech se k nim přidaly i oba evropské nadnárodní soudy, Evropský soud pro lidská práva<sup>7</sup> a Soudní dvůr Evropské unie.<sup>8</sup>

Za posledních pět let se však mnohé změnilo. Populistické útoky na soudní nezávislost v Polsku a Maďarsku, politizace soudnictví probíhající v Rumunsku, Turecku či na Ukrajině, jakož i rozkrytí hluboké korupční sítě uvnitř slovenské justice potvrdily, že politici, kteří usilují o ovládnutí soudní moci, mají eminentní zájem získat kontrolu nad výběrem soudců a složením vrcholných soudů. Tyto útoky rovněž ukázaly, že NRS jsou křehkými orgány, jež bez podpory právního státu ze strany odborné a širší veřejnosti nedokážou politizaci samy odolat. Svým způsobem se tak potvrdily obavy vznesené již dříve řadou akademiků,

<sup>3</sup> GINSBURG, Tom a Nuno GAROUPA. Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence. *The American Journal of Comparative Law*, 2009, roč. 57, č. 1; A také EPSTEIN, Richard. The Independence of Judges: The Uses and Limitations of Public Choice. *Brigham Young University Law Review*, 1990, č. 827; LANDES, William a Richard POSNER. The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective. *Journal of Law and Economics*, 1975, roč. 18, č. 3, s. 875–901; MALLESON, Kate a Peter RUSSELL (eds.). *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*. Toronto: University of Toronto Press, 2006, 450 s.

<sup>4</sup> NRS se ale po vzoru Itálie a Francie hojně šířily také v zemích Latinské Ameriky. Srov. i BEERS, Daniel. Judicial Self-Governance and the Rule of Law. *Problems of Post-Communism*, 2012, roč. 59, č. 5, s. 50–67.

<sup>5</sup> RENOUX, Thierry-Serge. *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*. La Documentation Française, 1999, 319 s.; GUARNIERI, Carlo Guarnieri a Patrizia PEDORZOLI. *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 248 s.; VOERMANS, Wim Voermans a Pim ALBERS. *Councils for the Judiciary in EU Countries*. Štrasburk: European Commission for the Efficiency of Justice, CEPEJ, 2003, 129 s.; AUTHERMAN, Violaine a Sandra ELENA. Global Best Practices: Judicial Councils: Lessons Learned from Europe and Latin America. *IFES Rule of Law White Paper Series* [online]. 2004, č. 2 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/12/authemaandelena2004judicialcouncilslessonslearnedeuropelatinamerica.pdf>

<sup>6</sup> Srov. Organization for the Security and Cooperation in Europe (dostupné z: <https://jobs.osce.org/vacancies/expert-judicial-self-governance-vnodic00667>), the European Committee on Legal Co-operation (dostupné z: <https://www.coe.int/en/web/cdcj/co-operation-projects/judicial-self-governance-trainingazerbaijan>); a International Commission of Jurists (dostupné z: <https://www.icj.org/new-icj-report-analyses-the-transition-to-judicial-self-governance-in-serbia>).

<sup>7</sup> Srov. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. září 2018, *Denisov vs. Ukrajina*, č. 76639/11; a rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 6. listopadu 2018, ve spojených věcech *Ramos Nunes de Carvalho e Sá vs. Portugalsko*, č. 55391/13, 57728/13 and 74041/13.

<sup>8</sup> Srov. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 25. července 2018, *Minister for Justice and Equality vs. LM*, věc C-216/18 PPU; a rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 24. června 2019, *Evropská komise vs. Polská republika*, věc C-619/18.

kteří upozomňovali, že mezi NRS a úrovní soudcovské nezávislosti či dokonce efektivity soudního rozhodování existuje přinejlepším jen velmi nepřímý vztah.<sup>9</sup>

V české debatě prozatím hlubší reflexe role NRS ve srovnání s jinými modely soudcovské (samo)správy chybí.<sup>10</sup> Na první pohled se zdá, že český diskurz se dostal do patové situace, neboť justice volá po zřízení NRS coby výrazu své nezávislosti, zatímco politici projevují nevoli toto volání vyslyšet. Ve skutečnosti nám však hlubší porozumění postojům a argumentům obou skupin chybí. Relativně dobře známé jsou pouze medializované názory justičních špiček<sup>11</sup> a vybraných ministrů spravedlnosti.<sup>12</sup> Zcela však absentují hlasy řadových soudců okresních a krajských soudů, kterých by se proměna modelu správy soudnictví dotkla možná nejvíce. Ještě útržkovitější informace máme o postojích politiků a praktikujících právníků. Stejně tak v debatě chybí i hlubší analýza důvodů, které jednotlivé aktéry vedou k podpoře či odmítání NRS.

<sup>9</sup> GINSBURG, GAROUPA, supra n. 4; BOBEK, Michal a David KOSARĚ. Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe. *German Law Journal*, 2014, roč. 15, č. 7, s. 1257–1292; VOIGT, Stefan. Determinants of judicial efficiency: a survey. *European Journal of Law and Economics*, 2016, roč. 42, s. 183–208; SMILOV, Daniel. EU Enlargement and the Constitutional Principle of Judicial Independence. In: CZARNOŤA, Adam, Martin KRYGIER a Wojciech SADURSKI (eds.). *Spreading Democracy and the Rule of Law: The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy, and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*. Dordrecht: Springer, 2006, s. 323–325; POPOVA, Maria. Can a leopard change its spots? Strategic behavior versus professional role conception during Ukraine's 2014 court chair elections. *Law & Politics*, 2020, roč. 42, č. 4, s. 365–381.

<sup>10</sup> Pro výjimky srov. např. KOSARĚ, David. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, 295 s.; KYSELA, 2008, supra n. 1; nebo ŠÁMAL, Pavel a Katarína DEÁKOVÁ. Teoretické a praktické aspekty spojené se správou justice. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2017, roč. 15, č. 3, s. 521–543.

<sup>11</sup> Srov. interní dokument k návrhu NRS, který Lidovým novinám poskytl Josef Baxa: Nejvyšší správní soud. Interní pracovní text k možné úpravě Nejvyšší rady soudnictví („NRS“) na úrovni Ústavy a podústavní roviny (leden 2013). *Lidovky* [online]. 2013 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: <https://www.lidovky.cz/galeriedokumentu.aspx?dg=237>; KRAMER, Jaroslav. Nejvyšší soudci Baxa a Šámal chtějí radu soudnictví. Došla nám trpělivost, říkají. *Hospodářské noviny* [online]. 2. 11. 2015 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: <https://archiv.ihned.cz/c1-64805730-nejvyssi-soudci-baxa-a-samal-chteji-radu-soudnictvi-dosla-nam-trpelivost-rikaji>; SCHABU, Martin. Iva Brožová: Problémem soudů není rychlost... *Česká pošta* [online], 20. 2. 2015 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: [https://ceskapozice.lidovky.cz/tema/iva-brozova-problemem-neni-rychlost-ale-duveryhodnost-soudu.A150217\\_145438\\_pozice-tema\\_kasa](https://ceskapozice.lidovky.cz/tema/iva-brozova-problemem-neni-rychlost-ale-duveryhodnost-soudu.A150217_145438_pozice-tema_kasa); Česká televize. Soudci chtějí reprezentativní radu, Šámal připouští i vliv politiků. *CT24* [online]. 25. 1. 2015 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: <https://ct24.ceskatelevize.cz/domaci/1496682-soudci-chteji-reprezentacni-radu-samal-pripousti-i-vliv-politiku>; Aktuálně.cz. Rychetský: Nemůžeme žít s předpisy ze 60. let. Nutné jsou komory, aby se odborník nestal neumětel. *Aktuálně.cz* [online]. 11. července 2018 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: <https://zpravy.aktualne.cz/domaci/rychetsky-nemuzeme-zit-s-predpisy-ze-60-let-nutne-jsou-komor/r~441a492a84d811e8a6210cc47ab5f122/>

<sup>12</sup> ŠTEFAN, Václav. Vznik Nejvyšší rady soudnictví by mohl vést k zakonzervování justice, myslí si ministr. Unie to odmítá. *iRozhlas.cz* [online]. 21. 10. 2018 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: [https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/nejvyssi-rada-soudnictvi-jan-knezinek\\_1810211918\\_pj](https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/nejvyssi-rada-soudnictvi-jan-knezinek_1810211918_pj); KRAMER, Jaroslav. Ministr Pelikán chce snížit počet exekutorů. Nejvyšší radě soudnictví se nebrání. *Hospodářské noviny* [online]. 12. 11. 2015 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: <https://domaci.ihned.cz/c1-64855520-ministr-pelikan-chce-snit-pocet-exekutoru-nejvyssi-rade-soudnictvi-se-nebrani>; Premiér podporuje vznik Nejvyšší rady soudnictví. *Vláda České republiky* [online]. 21. 7. 2011 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: <https://www.vlada.cz/scripts/detail.php?id=86226&tmplid=50>

Náš článek má za cíl tuto mezeru v debatě o zřízení NRS vyplnit. Na základě rozhovorů se zástupci českých právnických a politických elit mapuje argumenty, které rozdělují zastánce a odpůrce NRS. V článku si klademe tři klíčové otázky: 1) Jak se zástupci soudcovských, právnických a politických elit staví ke zřízení NRS a jakými argumenty svou pozici zdůvodňují? 2) Jakou by měla mít správa soudnictví podle nich ideální podobu? 3) Co tyto tři skupiny od vzniku NRS očekávají?

Za účelem zodpovězení těchto otázek jsme oslovili tři skupiny aktérů – vysoce postavené politiky, soudce a právníky. Logika výběru právě těchto tří skupin byla následující. Soudci reprezentují skupinu, které se správa soudnictví bezprostředně týká. Politici zastupují elitu, která tvoří legislativní rámec správy soudnictví a následně správu soudnictví skrze ministerstvo spravedlnosti i realizují. Praktikující právníci a zejména advokáti pak představují uživatele systému, neboť zastupují klienty soudního systému.<sup>13</sup> Rozšířením respondentů nad rámec představitelů justice se lišíme od většiny českých i zahraničních výzkumů,<sup>14</sup> jež se zaměřují výhradně na soudce. Tím získáváme širší společenský náhled na fungování správy soudnictví v České republice a na NRS. Zapojení politiků a právníků zároveň slouží jako pojistka proti příliš soudcoveckému pohledu na správu soudnictví.

Celkem jsme hovořili s 27 respondenty. Šlo o špičkové reprezentanty soudů (včetně tehdejších a bývalých soudních funkcionářů); představitele významných pražských i regionálních advokátních kanceláří (včetně tehdejších a bývalých zástupců vedení České advokátní komory), právníky se zkušenostmi ve vedoucích pozicích ve státním zastupitelství a akademiky věnující se soudnictví; a též o tehdejší a bývalé ministry spravedlnosti a klíčové představitele největších politických stran, kteří se specializují na oblast justice.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Podmínkou začlenění osoby mezi respondenty jedné ze tří skupin bylo angažování se v problematice (samo)správy soudnictví. Zejména v případě politiků jsme proto volili pouze osoby, které se přímo podílely na rozhodování o soudnictví (například v pozici ministra spravedlnosti) nebo se touto problematikou zabývaly (například v ústavněprávním výboru nebo ve své politické agendě). Většina respondentů z řad soudců (66 %) pak měla zkušenost s výkonem funkce předsedy/předsedkyně soudu. U respondentů, kteří v minulosti vykonávali různé funkce jak v soudnictví, tak v advokacii, na státním zastupitelství nebo v politice, jsme volili jejich zařazení podle poslední aktuální funkce.

<sup>14</sup> Srov. např. Independence and Accountability of the Judiciary. *European Network of Councils for the Judiciary* [online]. 2019. Dostupné z: <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/pwk-web-encj2017-p/Reports/Data%20ENCJ%202019%20Survey%20on%20the%20Independence%20of%20judges.pdf>

<sup>15</sup> Respondenti byli vybráni záměrným výběrem na základě znalosti situace v České republice. Nikdo z oslovených respondentů žádost o rozhovor neodmítl. Celkově nám rozhovor poskytlo 9 soudců (z toho 6 se zkušeností s funkcí předsedy soudu), 10 právníků (z toho 2 z nich mělo zkušeností z politiky a 1 ze soudnictví); a 8 politiků (z nichž 2 měli bezprostřední zkušenost s prací na soudě). Namísto je i drobná stylistická poznámka: rozhovory nám poskytli jak muži, tak ženy. Pro zjednodušení nicméně dále používáme pouze sumární označení „respondenti“, ač jsme si vědomí všech problémů spojených s používáním generického maskulina.

Pomocí metody polostrukturovaných rozhovorů<sup>16</sup> jsme zjišťovali, jak tito respondenti hodnotí současný systém správy soudnictví a jeho problémy, nakolik považují soudcovskou samosprávu za důležité téma, proč by zavedení NRS podpořili či naopak nepodpořili, a jak by podle nich mělo vypadat ideální rozdělení pravomocí mezi mocí výkonou a mocí soudní. Rozhovory se uskutečnily od podzimu 2017 do konce roku 2019.<sup>17</sup> V této souvislosti dodáváme, že u každé skupiny jsme se snažili o maximální diverzitu respondentů,<sup>18</sup> nicméně jejich pohled nelze automaticky zobecnit na všechny soudce, politiky a právníky, a proto v dalším textu používáme označení „*oslovení* soudci, politici a právníci“. Pohled našich respondentů však podle nás poskytuje věrný a plastický obrázek hlavních argumentů a úvah, jež v českém prostoru k otázce NRS za poslední dvě dekády zazněly.

V samotném textu článku pak pracujeme s anonymizovanými úryvky z doslovných přepisů jednotlivých rozhovorů. Článek tím respektuje zaužívanou praxi kvalitativního výzkumu postaveného na polostrukturovaných nebo hloubkových rozhovorech,<sup>19</sup> kdy se výpovědi respondentů upravují a editují pouze v minimální nutné míře (typicky v zájmu srozumitelnosti).<sup>20</sup> Citované úryvky tedy zachycují autentický mluvený jazyk, který od toho psaného může být odlišný ve větné skladbě nebo stylistice. Tento autentický projev je tak mnohdy vzdálený učenému textu novinářského rozhovoru po opakovaném redigování a autorizaci.

Na tomto místě musíme rovněž zdůraznit, že v článku pracujeme se širokým pojeticím konceptu soudcovské samosprávy,<sup>21</sup> který vybočuje z doposud zaužívaného českého názvosloví.<sup>22</sup> Naším cílem nicméně není samoučelně přijít s novým pojmem,

<sup>16</sup> K této metodě srov. RUBIN, Herbert a Irene RUBIN. *Qualitative Interviewing: The Art of Hearing Data*. 3. vyd. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, 2011, 288 s.

<sup>17</sup> Všechny rozhovory byly nahrány, přepsány a následně kódovány za pomoci software ATLAS.ti. Metodou analýzy dat byla tematická analýza, „metoda pro identifikaci, analýzu a popis vzorců (témat) v rámci dat“ (BRAUN, Virginia a Victoria CLARKE. Using Thematic Analysis in Psychology. *Qualitative Research In Psychology*, 2006, roč. 3, č. 2, s. 79).

<sup>18</sup> Hovořili jsme proto s ministry spravedlnosti z různých částí politického spektra, se soudci vyšších i nižších soudů (včetně soudních funkcionářů a představitelů Soudcovské unie) ve správní i obecné větvi soudnictví a s advokáty ve velkých i menších advokátních kancelářích. Samozřejmostí byla i geografická, věková, genderová a oborová diverzita.

<sup>19</sup> CORDEN, Anne a Roy SAINSBURY. *Using Verbatim Quotations in Reporting Qualitative Social Research: Researchers' Views*. York: The University of York, 2006, s. 18.

<sup>20</sup> Důvodem minimalizace zásahů je fakt, že přímé citace z rozhovorů slouží v rámci výzkumu jako důkaz, ilustrace nebo vysvětlení, takže není žádoucí, aby byly měněny (jakákoliv změna totiž může posunout jejich význam). Respondenti navíc touto cestou dostávají prostor pro popsání vlastní perspektivy vlastními slovy; jakákoliv editace by tuto autenticitu nutně narušila.

<sup>21</sup> Srov. zvláštní číslo *German Law Journal* o „Judicial Self-Government in Europe“ (2018, roč. 19, č. 2, s. 1567–2188).

<sup>22</sup> Jsme si vědomi, že na takto široké definici „soudcovské samosprávy“ nepadají v české literatuře shoda. Srov. různé pohledy českých právníků na tento koncept v KYSELA, 2008, supra n. 1.

ale flexibilně reagovat na měnící se potřeby soudů a postihnout nové oblasti správy soudnictví, jejichž důležitost se v poslední době odhaluje společně s postupující digitalizací soudnictví či s diskusemi nad soudcovskou etikou. Pod správu soudnictví proto zahrnujeme nejen personální oblast (tedy výběr a kariérní postup soudců), oblast kárných řízení, rozpočtovou oblast, otázku administrativy v užším slova smyslu (zahrnující správu budov apod.), ale i vzdělávání soudců a justičních čekatelů, pravidla soudcovské etiky a oblast digitalizace soudnictví.<sup>23</sup> Soudcovská samospráva pak vypovídá o tom, do jaké míry se na správě těchto oblastí podílejí samotní soudci.<sup>24</sup>

Článek má následující strukturu. Nejprve v části 1 představuje klíčové debaty o NRS a shrnuje návrhy stěžejních reform soudnictví v novodobé české historii. V části 2 prezentuje názory našich respondentů z řad soudců, politiků a právníků na klíčové problémy, kterým podle nich české soudnictví aktuálně čelí, a zda mezi ně náleží i soudcovská samospráva, resp. neexistence NRS. Část 3 je jádrem celého článku. V návaznosti na předchozí zjištění nejdříve analyzuje, jaké výhody a nevýhody má podle našich respondentů současný model správy soudnictví, přičemž ukazuje, že podle elit tkví největší problém v nastavení pravomocí předsedů soudů a v pasivitě ministerstva spravedlnosti. Dále tato část odpovídá na hlavní výzkumnou otázku, zda a proč zástupci elit podporují nebo odmítají NRS, a analyzuje jejich představy o složení a kompetencích NRS. V závěru pak článek nabízí srovnání postojů k NRS napříč jednotlivými skupinami respondentů. Soudci, politici i právníci shodně volali po větším otevření justice vůči jiným právnickým profesím, kritizovali příliš silné postavení předsedů soudů a hrozby pro vnitřní nezávislost soudců. Lišili se nicméně v úvahách o tom, zda zřízení NRS tyto problémy vyřeší. Většina soudců vznik NRS podporovala a očekává od ní sjednocení stávajícího fragmentovaného systému. Část politiků by souhlasila s ustanovením slabého modelu NRS, pokud by kontury systému pořádku nastavovalo ministerstvo spravedlnosti. Zároveň však tvrdili, že fragmentovaná správa je lepší zárukou proti ovládnutí soudnictví jednou skupinou. Právníci pak viděli v zřízení NRS více rizik než pozitiv a obávali se zapouzdření soudní moci. Za klíč k řešení problémů považovali spíše otázku právníckého vzdělávání a zvýšení kvality soudního rozhodování. Zdůrazňujeme, že stávající úvahy o podobně NRS, a dokonce ani aktuální novely zákona o soudech a soudcích na klíčové problémy identifikované respondenty prozatím nereagují. Náš text proto pobízí k otázce, zda by se debata o reformě soudcovské samosprávy neměla posunout od otázky NRS ano či ne právě k hledání řešení, jak identifikované nedostatky odstranit.

---

<sup>23</sup> KOSAŘ, David. Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe. *German Law Journal*, 2018, roč. 19, č. 2, s. 1567–1612.

<sup>24</sup> Srov. KYSELA, 2008, supra n. 1.

## 1 Shrnutí stavu poznání o nejvyšších radách soudnictví

Na rozdíl od mezinárodních dokumentů,<sup>25</sup> které automaticky počítají s jediným modelem NRS (soudcovská většina a rozhodující vliv NRS na jmenování a kariéru soudců), soudní (samo)správy existující napříč Evropou jsou daleko rozmanitější co do formy i sledovaných cílů.<sup>26</sup>

Nejenže samotné NRS mají různé složení a kompetence (od tzv. „silného modelu“ v Itálii a Slovensku po „slabý model“ v Nizozemsku),<sup>27</sup> ale řada evropských zemí místo NRS ustavila jiná soudní tělesa, která se věnují pouze vybranému segmentu kompetencí spadajících do soudcovské samosprávy. Typickým příkladem jsou například tzv. court service v Irsku a Dánsku.<sup>28</sup> Dokonce i ministerský model v Německu a Rakousku obsahuje alespoň dílčí prvky soudcovské samosprávy, jako například *presidia (Präsidenten)* v Německu.<sup>29</sup> Jinými slovy, model silné NRS doporučovaný evropskými institucemi se v důsledku moderované transformace a tlaku evropských institucí v průběhu přístupového procesu uchytil spíše v zemích střední a východní Evropy, a i tam ne ve zcela jednotné podobě.

Co se týče cílů sledovaných zřizováním NRS, mezinárodní dokumenty obvykle pojí jejich vznik s principem soudcovské nezávislosti a dosažením lepší rovnováhy mezi nezávislostí a odpovědností soudů.<sup>30</sup> Ustanovování NRS napříč Evropou zase obvykle deklarovalo tři základní cíle:<sup>31</sup> 1) nezávislost<sup>32</sup> a odstínění politizace soudnictví,<sup>33</sup> 2) odpovědnost soudní moci<sup>34</sup> a 3) efektivitu soudního rozhodování.<sup>35</sup> Podpůrně pak řada států

<sup>25</sup> Srov. např. doporučení č. 10(2007) CCJE (Consultative Council of European Judges, což je poradní orgán Rady Evropy), z 8. plenárního zasedání konaného ve Štrasburku ve dnech 21.–23. listopadu 2007; nebo zpráva Benátské komise z 82. plenárního zasedání (12.–13. března 2010).

<sup>26</sup> BOBEK, Michal. Pět poznámek k debatě o Nejvyšší radě soudnictví. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 17, s. 598–600.

<sup>27</sup> KOSAŘ, 2018, supra n. 23.

<sup>28</sup> The Judicial Appointments Advisory Board in Ireland (srov. O'BRIEN, Patrick. Never let a Crisis go to Waste: Politics, Personality, and Judicial Self-Government in Ireland. *German Law Journal*, 2018, roč. 19, č. 7, s. 1871–1900).

<sup>29</sup> Srov. WITTRECK, Fabian. German Judicial Self-Government – Institutions and Constraints. *German Law Journal*, 2018, roč. 19, č. 7, s. 1931–1950.

<sup>30</sup> KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*. New York, NY: Cambridge University Press, 2016, 488.

<sup>31</sup> Srov. URBÁNIKOVÁ, Marína a Katarína ŠIPULOVÁ. Failed Expectations: Does the Establishment of Judicial Councils Enhance Confidence in Courts? *German Law Journal*, 2018, roč. 19, č. 7, s. 2105–2136.

<sup>32</sup> Zřízení NRS v Nizozemí a subsidiární reformy NRS v Itálii, Irsku, Maďarsku a Polsku.

<sup>33</sup> Itálie a Francie, GINSBURG, GAROUPA, 2008, supra n. 3.

<sup>34</sup> Nizozemí, srov. také GINSBURG, GAROUPA, 2008, supra n. 3.

<sup>35</sup> Nizozemí a Belgie, potřeba zvýšit efektivitu se pak objevuje také v návrzích reformy NRS ve Francii, Irsku nebo Polsku.

očekávala, že zvýšení těchto hodnot povede také ke zvýšení důvěry veřejnosti v soudnictví, a tím i zvýšení jeho legitimacy.<sup>36</sup>

Akademická reflexe fungování NRS je výrazně opatrnější. Pokud jde o dosažení nezávislosti, v ukazovateli si lépe vedou zejména ty země, které mají slabé modely NRS nebo které NRS vůbec nezavedly.<sup>37</sup> Empirické výzkumy naznačují, že existence NRS nevede k vyšší nezávislosti soudců,<sup>38</sup> ani nedokáže úplně odstranit přímý či nepřímý politický vliv na soudnictví.<sup>39</sup> Tzv. euromodel NRS<sup>40</sup> navíc ignoruje i otázku vnitřního vlivu předsedů soudů a soudních funkcionářů ve směru k řadovým soudcům,<sup>41</sup> a to zejména v zemích s hierarchickou strukturou kariérního soudnictví.<sup>42</sup> Naopak, zmínky o neblahém vlivu NRS na vnitřní autonomii řadových soudců se již dokonce objevily i ve studii Evropské sítě Nejvyšších rad soudnictví (European Network of Councils for the Judiciary)<sup>43</sup> a nejnovější literatuře.<sup>44</sup>

Příklady ze Slovenska,<sup>45</sup> Polska, Maďarska<sup>46</sup> či Rumunska<sup>47</sup> upozorňují na další rizika spojená s NRS. Nejen, že NRS nejsou neprolomitelnou zárukou systémové nezávislosti

<sup>36</sup> URBÁNIKOVÁ, ŠIPULOVÁ, 2018, supra n. 31.

<sup>37</sup> Ginsburg a Garoupa například zjistili, že mezi existencí silné NRS a skórem de facto soudní nezávislosti neexistuje vztah (GINSBURG, GAROUPA, 2008, supra n. 3, s. 35); BOBEK, KOSAŘ, 2014, supra n. 9; SEIBERT-FOHR, Anja (ed.). *Judicial Independence in Transition*. Berlin: Springer, 2012, 1378 s.

<sup>38</sup> HALEY, Jo. Judicial Reform: Conflicting Aims and Imperfect Models. *Washington University Global Studies Law Review*, 2006, roč. 5, č. 1, s. 81–97; BOBEK, KOSAŘ, 2014, supra n. 9.

<sup>39</sup> GINSBURG, GAROUPA, 2008, supra n. 3, s. 19. Ginsburg a Garoupa dokonce pozorovali, že v období mezi 1996 a 2005 státy, které ustanovily NRS, zaznamenaly úpadek v skóre indikátorů právního státu; Srov. i AUTHERMAN, ELENA, 2004, supra n. 5.

<sup>40</sup> K tomu srov. BOBEK, KOSAŘ, 2014, supra n. 9.

<sup>41</sup> KOSAŘ, 2016, supra n. 30.

<sup>42</sup> POPOVA, 2020, supra n. 9.

<sup>43</sup> ORTIZ, Pablo José Castillo. Councils of the Judiciary and Judges' Perceptions of Respect to Their Independence in Europe. *Hague Journal on the Rule of Law*, 2017, roč. 9, s. 315–336.

<sup>44</sup> Srov. SILLEN, Joost. The concept of 'internal judicial independence' in the case law of the European Court of Human Rights. *European Constitutional Law Review*, 2019, roč. 15, č. 1, s. 104–133; a KOSAŘ, David. Politics of Judicial Independence and Judicial Accountability in Czechia: Bargaining in the Shadow of the Law between Court Presidents and the Ministry of Justice. *European Constitutional Law Review*, 2016, roč. 13, č. 1, s. 96–123.

<sup>45</sup> SPÁČ, Samuel, Katarína ŠIPULOVÁ a Marína URBÁNIKOVÁ. Capturing the Judiciary from Inside: The Story of Judicial Self-Governance in Slovakia. *German Law Journal*, 2018, roč. 19, č. 7, s. 1741–1768; a BOBEK, KOSAŘ, 2014, supra n. 9, s. 1283–1290.

<sup>46</sup> POKOL, Béla. *Judicial Power and Democratization in Eastern Europe, in Proceedings of the Conference Europeanisations and Democratisation: the Southern European Experience and the Perspective for the New Member States of the Enlarged Europe*. Florence: European Press Academic Publishing, 2005, s. 165.

<sup>47</sup> PARAU, Christina. The Drive for Judicial Supremacy. In: SEIBERT-FOHR, Anja (ed.). *Judicial Independence in Transition*. Berlin: Springer, 2012, s. 619–666; anebo COMAN, Ramona a Cristina DALLARA. Judicial Independence in Romania. In: SEIBERT-FOHR, Anja (ed.). *Judicial Independence in Transition*. Berlin: Springer, 2012, s. 835–884.

soudnictví, ale v řadě států navíc vedly i ke „skleníkovému efektu“ – zapouzdření soudní moci,<sup>48</sup> vytváření klientelistických sítí a vzniku systémů vnitřní závislosti řadových soudců na soudních funkcionářích. Zvýšení nezávislosti soudů je občas také vykoupeno další judicializací veřejné politiky.<sup>49</sup>

V České republice se úvahy o NRS prvně objevily ve druhé polovině 90. let, a to zejména v souvislosti se snahou reformovat postkomunistické soudnictví a zefektivnit výkon spravedlnosti.<sup>50</sup> Komunistická minulost a role, jakou soudy sehrály v udržování komunistického režimu,<sup>51</sup> přispěla k vůli dosáhnout důsledného oddělení soudnictví od moci výkonné.<sup>52</sup> I v akademickém prostředí se o emancipaci soudnictví mluvilo jako o výrazu rovnováhy státních mocí a nezávislosti soudnictví, které dokáže lépe garantovat základní práva jednotlivců.<sup>53</sup> V duchu návratu do západního demokratického světa se referenčními body staly také různé mezinárodní dokumenty,<sup>54</sup> které předpokládaly svěřeni rozhodování o výběru a kariéře soudců do rukou orgánu nezávislého na výkonné moci. Tyto prameny v 90. letech silně ovlivnily i část soudců na půdě Soudcovské unie, která si od zřízení NRS slibovala jak posílení nezávislosti v systémové rovině, tak zlepšení kvality soudního rozhodování.<sup>55</sup>

První a de facto dosud jediný vážný pokus o ustavení NRS ministra spravedlnosti Otakara Motejla stavěl právě na výše zmíněných post-tranzitních idejích.<sup>56</sup> Motejl v roce 1999 předložil návrh na zřízení NRS jako součást širšího balíku justičních reform, <sup>57</sup> který se skládal z novely Ústavy a dvou zákonů, zákona o soudech a soudcích a zákona o kárné

<sup>48</sup> Tzv. zapouzdření, tedy uzavření a izolace instituce, je jedním z rizik, které literatura pojí se vznikem silných NRS, v nichž převažuje složení z řad soudců. Srov. např. BOBEK, Michal. Pět poznámek k debatě o Nejvyšší radě soudnictví. In: *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference 13.–14. května 2015*. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 94.

<sup>49</sup> BURBANK, Stephen. Judicial Independence, Judicial Accountability and Interbranch Relations. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2007, č. 98. Dostupné z: [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/98/](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/98/)

<sup>50</sup> Srov. BAXA, Josef. Odkud, kam, kudy a jak dál česká justice? *Právní rozhledy*, 1999, č. 5, s. 1. Obdobné závěry vyplynuly také z rozhovorů.

<sup>51</sup> KOSAŘ, 2016, supra n. 30.

<sup>52</sup> PIPKOVÁ, Hana a Michal MAZANEC. Soudcovská imunita a kárná odpovědnost soudců. *Právní rozhledy*, 1999, č. 5, s. 278–283; Srov. však i odlišný postoj proti NRS jako orgánu soudcovské samosprávy, třeba v GERLOCH, Aleš. Nad připravovanými změnami Ústavy. *Právní rozhledy*, 1999, č. 8, s. 9–17.

<sup>53</sup> Supra n. 51, 53; nebo MOKRÝ, Antonín. Státoprávní a ústavněprávní aspekty postavení soudní moci v České republice a připravovaná reforma soudnictví. *Právní rozhledy*, 2000, č. 2, s. 45–49.

<sup>54</sup> Zejména Valné shromáždění OSN, 29. listopadu 1985, Základní principy nezávislosti soudnictví nebo Doporučení Rady Evropy č. R(94) 12 o nezávislosti, efektivnosti a roli soudů ze dne 13. října 1994 (Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers on the independence, efficiency and role of judges).

<sup>55</sup> VÁVRA, Libor. Soudcovská samospráva. *Soudní rozhledy*, 1999, č. 7, s. 213–217.

<sup>56</sup> Srov. Ministerstvo spravedlnosti. Zásady reformy soudnictví. *Právní rozhledy*, 1999, č. 5, s. 2.

<sup>57</sup> Návrh koncepce reformy soudnictví, rozhodnutí č. 686 ze dne 7. července 1999. Osnova návrhu byla publikována také v časopisu *Právní rozhledy*, 1999, roč. 5, č. 1, s. 1–8.

odpovědnosti soudců. Motejl chtěl po vzoru doporučení evropských institucí nahradit stávající model státní správy soudů nejvyšší radou soudnictví, jež by centralizovala doposud roztržité pravomoci soudcovské samosprávy a přebrala řadu kompetencí od ministerstva spravedlnosti i od soudních funkcionářů. Návrh počítal s paritním orgánem, v němž by zasedalo 8 soudců a 8 zástupců jiných právních profesí volených na 5 let. NRS měla mít pravomoci zejména v oblasti výběru a jmenování nových soudců, ustanovování a odvolávání soudních funkcionářů a vzdělávání soudců. Motejlova ústavní reforma však nakonec v květnu 2000 nenašla v Poslanecké sněmovně potřebnou podporu.<sup>58</sup> Sám Motejl později za důvod neúspěchu své reformy uváděl nejen absenci politické podpory, ale i „soudní oligarchii“, do níž řadil zejména soudní funkcionáře, která se podle něj obávala zpochybnění svého mocenského postavení.<sup>59</sup>

Debaty o vytvoření NRS však zcela neustrnuly. V roce 2002 do ní vstoupil Ústavní soud v nálezu, v němž přezkoumával ústavnost částí nového zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích, které se týkaly periodického hodnocení odborné způsobilosti soudců orgánem moci výkonné.<sup>60</sup> V závěru zrušujícího nálezu se Ústavní soud výslovně vyjádřil pro posílení samosprávného elementu v českém soudnictví s tím, že „*současný stav, kdy ústředním orgánem státní správy soudů je ministerstvo spravedlnosti a soudní moc sama nemá vlastní reprezentativní orgán na jeho úrovni (kterýžto orgán by mohl být orgánem povoláním převzít úlohu ministerstva ve věcech personálních včetně dohledu nad odbornou úrovní soudcovského sboru, případně i v dalších oblastech řízení a výkonu správy soudnictví) [...] dostatečně nevylučuje případné možnosti nepřímého ovlivňování soudní moci moci výkonnou (např. prostřednictvím přidělování rozpočtových prostředků a kontrolou jejich využívání)*.“<sup>61</sup> Kritiku stávající situace Ústavní soud rozvinul ještě dále v roce 2006 vlastní analýzou možných modelů správy soudnictví. Mezi řádky nálezu Pl. ÚS 18/06 týkajícího se odvolání tehdejší předsedkyně Nejvyššího soudu Ivy Brožové se dalo vyčíst, že Ústavní soud považoval za nezbytné stávající ministerský systém změnit.<sup>62</sup> Tento závěr pak ovlivnil některé špičky justice a v debatách o soudcovské samosprávě posílil motiv zvýšení nezávislosti justice.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> Za návrh hlasovali ve druhém čtení pouze poslanci ČSSD.

<sup>59</sup> MOTEJL, Otakar. Pohled ministrů spravedlnosti. In: KYSELA, Jan (ed.). *Hledání optimálního modelu správy soudnictví pro Českou republiku*. Praha: kancelář Senátu 2008, s. 14.

<sup>60</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 18. června 2002, sp. zn. Pl. ÚS 7/02.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Srov. nález Ústavního soudu ze dne 11. července 2006, sp. zn. Pl. ÚS 18/06.

<sup>63</sup> Například bývalá předsedkyně Nejvyššího soudu Iva Brožová se původně přikláníla k ustanovení NRS právě z důvodu, že takový závazek plyne ze závěru Ústavního soudu. Srov. Justiční špičky: Iva Brožová. *Epravo.cz* [online]. 3. 6. 2013 [cit. 15. 1. 2021]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/aktualne/justicni-spicky-iva-brozova-91600.html>; nebo HVÍŽDALA, Karel. *Vlčice: Rozhovory s Magdou Vašáryovou a Ivou Brožovou*. Praha: Mladá fronta, 2017, 288 s.; Také několik respondentů v průběhu našich rozhovorů identifikovalo nález Ústavního soudu jako jeden z důvodů, proč přetrvávají ideje o NRS a proč je nutné se o nich bavit. Nezávislost justice byla v této době skloňována i v akademické literatuře, srov. třeba KOLBA, Jan. Nezávislost soudní moci – fikce, nebo realita? *Právní rozhledy*, 2007, č. 23, s. 860.

Podpora soudcovské samosprávy však u ministrů spravedlnosti oscilovala mezi oběma póly. S doposud posledním legislativním návrhem na vznik samosprávného tělesa přišel ministr spravedlnosti Jiří Pospíšil v roce 2012. Návrh počítal s vytvořením smíšených komisí pro výběr soudců. Komise se měly skládat ze zástupců ministerstva spravedlnosti a soudní moci, a vybírat měly jak soudce, tak předsedy soudů. Pospíšil byl však odvolán dřív, než návrh stihl předložit parlamentu, a jeho nástupci v tak radikální změně nepokračovali. Koaliční smlouva mezi ČSSD, ANO 2011 a KDU-ČSL z roku 2014 deklarovala zřízení samosprávného tělesa pro správu soudnictví jako jednu ze svých priorit, avšak bez navazujících kroků. Po jistém útlumu pak debatu znovu oživila ministryně spravedlnosti Válková v roce 2015. Její mandát však opět skončil dřív, než stihla svůj pohled přetavit v jakýkoliv legislativní počin. Řada dalších ministrů, zejména Robert Pelikán, naopak Nejvyšší radu soudnictví rezolutně odmítala a k posílení soudcovské samosprávy obecně se stavěla rovněž vlažně.

Vyjma legislativních návrhů však diskuse o vytvoření NRS pokračovaly na jiných fórech a absenci dostatečné politické vůle začali zčásti kompenzovat samotní soudci. Obzvláště aktivní roli v tomto ohledu sehrála Soudcovská unie a různá neformální seskupení vrcholných představitelů justice jako například tzv. „justiční šestka“<sup>64</sup> či trio předsedů českých vrcholných soudů. Živá debata probíhala také v akademických kruzích. Motejlůva snaha o emancipaci soudnictví byla v tuzemských právních časopisech prezentována jako výraz rovnováhy státních mocí a nezávislosti soudnictví, které pak dokáže lépe garantovat základní práva jednotlivců.<sup>65</sup> Po vstupu do Evropské unie se začaly častěji objevovat odkazy na mezinárodní standardy.<sup>66</sup> Obnovil se diskurz o tom, co soudcovská samospráva znamená<sup>67</sup> a proč je nutné český systém reformovat. Jako argument zaznívala především nezávislost soudců a odstínění výběru soudců a soudních funkcionářů od výkonné moci.<sup>68</sup> Část autorů poukazovala na zastaralost státní správy soudů, která má kořeny v rakousko-uherské vizi osvíceného panovníka a v současnosti již odporuje standardům běžným v zemích Evropské unie.<sup>69</sup> Nejčastěji zmiňovaným zdrojem inspirace byla nizozemská reforma justice.<sup>70</sup> Až na výjimky se akademické příspěvky stavěly

<sup>64</sup> Justiční šestka je neformální instituce tvořená předsedy obou nejvyšších obecných soudů, Nejvyšším státním zástupcem, zástupcem předsedů krajských soudů, zástupcem Soudcovské unie a zástupcem Unie státních zástupců.

<sup>65</sup> Supra n. 51, 53; nebo MOKRÝ, 2000, supra n. 53, s. 45.

<sup>66</sup> Srov. MALENOVSKÝ, Jiří. Nakousnuté sousto nezávislosti soudní moci na moci výkonné zůstává na stole. *Právní rozhledy*, 2008, č. 8, s. 271–277.

<sup>67</sup> KYSELA, 2008, supra n. 1.

<sup>68</sup> Ibid.; Srov. i LICHOVNÍK, Tomáš. Nová úprava správy soudnictví. *Ad Notam*, 2010, č. 1, s. 14; KUČEROVÁ, Pavla. Nezávislost a odpovědnost soudců. *Právní rozhledy*, 2011, č. 10, s. 356–365; KOPA, Martin. Cesty (samo)správy soudů v České republice. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2011, č. 1, s. 40–49.

<sup>69</sup> LICHOVNÍK, 2010, supra n. 68.

<sup>70</sup> SVÁČEK, Jan. Proč je nizozemská justice efektivnější než česká? *Právní rozhledy*, 2004, č. 15, s. 588–594.

za emancipaci soudnictví, ať již v podobě NRS, nebo posílení podílu soudců na správě soudnictví.<sup>71</sup>

Volání po NRS zaznělo na řadě konferencí, v nichž se angažovaly zejména oba nejvyšší obecné soudy, Soudcovská unie a justiční šestka. K poslednímu velkému střetu mezi zástupci soudnictví a exekutivy došlo v letech 2015 až 2016. V květnu 2015 Nejvyšší soud zorganizoval mezinárodní konferenci k dalšímu osudu soudcovské samosprávy v České republice, která si kladla za cíl reagovat na „diskontinuitu priorit Ministerstva spravedlnosti“<sup>72</sup> s výše uvedenou koaliční smlouvou ČSSD, ANO 2011 a KDU-ČSL. Konference, která vyústila ve sborník,<sup>73</sup> nabídla empirické zkušenosti s různými modely soudcovské samosprávy v Evropě, nicméně také nabídla názorovou konfrontaci mezi tehdejšími klíčovými zástupci justice,<sup>74</sup> ministrem spravedlnosti<sup>75</sup> a akademiky. Kromě nesouhlasu mezi zástupci justice, kteří se vyjádřili ve prospěch NRS,<sup>76</sup> a ministrem, zazněly v průběhu konference i kritické hlasy, které poukazyvaly na rizika spojená s NRS jako zapouzdření (tj. izolace a uzavření),<sup>77</sup> nebo nejasnost co přesně by zřízení NRS českému systému přineslo, jaká by tato NRS měla být, a nakolik by dokázala reagovat na kritiku soudců vůči Ministerstvu spravedlnosti.<sup>78</sup>

Výměna názorů mezi justicií a ministerstvem pokračovala i v dalších letech a vyvrcholila v roce 2016, kdy Nejvyšší soud v reakci na připravovanou reformu justice ministra Roberta Pelikána (tzv. Bílá kniha), která nereflekovala soudcovskou samosprávu a nepočítala s vytvořením NRS, vydal vlastní Zelenou knihu justice.<sup>79</sup>

71 Příkladem lze zmínit zapojení řadových soudců do tvorby rozvrhů práce. Srov. KOSAŘ, David. Rozvrh práce: klíčový nástroj pro boj s korupcí soudců a nezbytný předpoklad nezávislosti řadových soudců. *Právník*, 2014, roč. 153, č. 12, s. 1049–1076.

72 *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference 13.-14. května 2015*. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 14.

73 Ibid.

74 Mezi tyto představitele patří zejména předseda Nejvyššího soudu Pavel Šámal, předseda Nejvyššího správního soudu Josef Baxa, předseda Ústavního soudu Pavel Rychetský a prezidentka Soudcovské unie Daniela Zemanová.

75 Ministr spravedlnosti Robert Pelikán.

76 Důvody preference NRS se přitom mezi zástupci justice lišily od argumentů pragmatických (problémy ministerstva v současném modelu správy soudnictví), přes potřebu posílení institucionální nezávislosti a odpovědnosti soudní moci, až po odkaz na nutnost naplnění ústavního principu dělby moci a ochrany základních práv a svobod soudy. Supra n. 72.

77 A to zejména u silných NRS, u nichž se koncentrují rozhodovací pravomoci v rukou soudců, srov. BOBEK, Michal. Pět poznámek k debatě o Nejvyšší radě soudnictví. In: *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference 13.-14. května 2015*. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 93–104.

78 KYSELA, Jan. Jinak, anebo jinak a lépe? Malá reflexe velkého tématu. In: *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference 13.-14. května 2015*. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 126–133.

79 „Zelená kniha“ justice. *Nejvyšší soud* [online]. 2016. Dostupné z [http://www.nsoud.cz/Judikatura/ns\\_web.nsf/Zelen%C3%A11%20kniha%20justice.pdf](http://www.nsoud.cz/Judikatura/ns_web.nsf/Zelen%C3%A11%20kniha%20justice.pdf)

Na druhou stranu, až na výjimky<sup>80</sup> se úvahy o organizaci soudní samosprávy zužovaly na otázku, zda NRS ustanovit, nebo nikoliv. Z debaty se postupně vytratila jasnější artikulace důvodů, proč by měla být NRS vytvořena a jak bude reflektovat a napravovat nedostatky stávajícího systému.<sup>81</sup> Opomíjela se rovněž otázka, jaké chyby současný systém vykazuje, co by mohla konkrétně NRS vyřešit a zlepšit a co sama o sobě změnit nemůže. Místo toho se debaty koncentrovaly na technické otázky nastavení NRS, zda bude ukotvena v ústavě, jaké má mít složení a jaké kompetence jí budou svěřeny. V odborném diskurzu navíc zcela absentuje otázka, jakou povahu by NRS měla mít – zda má jít o orgán reprezentující zájmy soudní moci, nebo o těleso zapojené do správy soudnictví, které bude fungovat na principu brzd a protívah a vyvažovat zájmy a vliv zástupců nejen širší právnické obce, ale také všech složek státní moci. Přitom právě tyto otázky jsou klíčové pro nastavení NRS, a to nejen z hlediska jejich kompetencí, ale také z hlediska otázky legitimacy a výběru členů NRS a očekávání, koho budou tyto členové na půdě NRS reprezentovat.

V tomto článku navazujeme na výzvu Michala Bobka, aby se debata o NRS lépe strukturovala.<sup>82</sup> Prvním nezbytným krokem pro naplnění této výzvy je podle nás analýza názorů zástupců českých právních a politických elit na NRS. Proto si v textu pokládáme tři klíčové otázky: (1) jaké jsou důvody, které vedou oslovené elity k prosazování nebo odmítání NRS, (2) jaká očekávání případně pojí s jejím vznikem, a (3) jak si představují ideální model soudcovské (samo)správy?

## **2 Vnímají elity otázku soudcovské samosprávy jako důležitý problém současného českého soudnictví?**

Téma soudcovské samosprávy a případné zřízení NRS nepatří dle právnických a politických elit ke stěžejním problémům české justice. Když jsme se respondentů ptali na tři největší současné výzvy české justice, výrazně převládala otázka kvality soudců a způsobu jejich výběru,<sup>83</sup> následovaná výtkou vůči jejich přílišnému formalismu a důrazu na procedurální stránku sporu, a dále pak zastaralost procesních předpisů. Forma správy soudnictví, včetně otázky soudcovské samosprávy a neexistence NRS, následovala až s odstupem za výše zmíněnými třemi výzvami. To znamená, že právnické i politické elity mají jasnou a navíc velmi podobnou představu, jaké problémy soudnictví je třeba řešit, ale již podstatně méně se zabývají tím, kdo by to měl mít na starosti a jaké by při tom mělo být zapojení samotných soudců.

<sup>80</sup> Příkladem lze zmínit zapojení řadových soudců do tvorby rozvrhů práce. Srov. KOSAŘ, 2014, supra n. 71; nebo ŠÁMAL, DEÁKOVÁ, 2017, supra n. 10.

<sup>81</sup> Kritika stávající akademické reflexe se objevila např. v BOBEK, 2015, supra n. 26.

<sup>82</sup> BOBEK, 2015, supra n. 26.

<sup>83</sup> Způsob výběru soudců může být i otázkou soudcovské samosprávy, ale respondenti takto problém výběru soudců nerámovali a zastávali názor, že problematická jsou kritéria výběru, a až sekundárně to, kdo je vybírá.

Kvalitu soudcovského stavu, která byla v rozhovorech obecně identifikována jako největší problém české justice, tematizovali častěji právníci než soudci nebo politici. Zpravidla přitom nešlo ani tak o kritiku špatné úrovně současných soudců (i když i ta se opakovaně vyskytla), ale spíše o obecnější úvahy o tom, jak zabezpečit, aby se do soudnictví dařilo vybírat inteligentní a kompetentní zájemce s dostatečnou morální integritou a s určitými životními zkušenostmi. S tím souvisely i přidružené otázky kárných řízení a způsobů, jak systematicky poskytovat zpětnou vazbu soudcům a řešit jejich případné prohřešky a selhání. Jeden z oslovených právníků popsal klíčový význam personální stránky soudnictví a svá očekávání od soudců následovně:

*Největší problém té justice vždycky je a asi bude personální. Prostě aby byla obsazena lidmi, kteří jsou dostatečně schopní, mají osobnostní integritu, jsou nějak normální a vždycky bude nejlépe záležet na těch lidech. To se bude promítat do všech otázek.<sup>84</sup>*

S kvalitou soudcovského stavu souvisí i druhý nejčastěji identifikovaný problém, kterým je nastavení výběrových řízení na funkci soudce. Ten ve zhruba stejné míře otevírali soudci, právníci i politici. Upozorňovali, že soudnictví by mělo být otevřeným systémem přitahujícím ty nejlepší právníky a právničky z různých oblastí života (akademie, advokacie atd.) a že v současnosti je způsob výběru nejasný, roztržštěný a bez jednotných kritérií a podmínek, což může část kvalitních uchazečů odrážet. Objevovala se i výtky vůči přílišné zapouzdřenosti systému a silné preferenci justičních čekatelů před uchazeči z jiných právnických profesí a rovněž výtky vůči malým životním zkušenostem některých soudců a soudkyň (opět zejména ze strany právníků).

Následující často zmiňovaný problém, přílišný formalismus při rozhodování, také částečně souvisí s kvalitou soudcovského stavu. Tento problém zdůrazňovali zejména soudci a právníci, v menší míře pak politici. Upozorňovali, že část soudců se vyhýbá rozhodování skutečného jádra sporu a místo toho se soustředí zejména na jeho procesní stránku, a to proto, aby nemuseli řešit klíčové substantivní právní otázky. Jeden z respondentů tento problém pojmenoval jako „procesualistickou posedlost“:

*No a obecný neduh českého soudnictví, ale možná, že to platí pro všechny soudn[í systémy], hlavní vlastnost soudce, víte, jaká je? [...] Pokud možno nesoudit! Hledat důvod, proč, buďto, že to má soudit jiný soudce, jiný soud, nemám věcnou, místní [příslušnost], prostě nesoudit. To je hlavní vlastnost. Ale když se soudí, tak katastrofa českého soudnictví je, já to nazývám procesualistická posedlost. Prostě úplně jde stranou to materiální právo, který je předmětem řízení.<sup>85</sup>*

S tím volně souvisí i další často pojmenovávaný problém, jenž opět uváděli zejména soudci a právníci – zastaralost a přílišná byrokratičnost procesních předpisů. Opakovaně se objevovalo volání po jejich změně, a to v oblasti civilního, trestního i správního procesu.

<sup>84</sup> Rozhovor s právníkem L3CZ ze dne 21. března 2018.

<sup>85</sup> Rozhovor se soudcem J3CZ ze dne 5. března 2018.

Až na pátém místě (u soudců však společně se způsobem výběru soudců na místě prvním) se objevovala otázka správy soudnictví a absence nejvyšší rady soudnictví. Respondenti upozorňovali, že justice a soudy postrádají jasný, transparentní, kvalifikovaný a efektivní způsob řízení. Jde nejen o absenci pravidel, včetně již zmiňované úpravy výběru soudců, ale i o otázku digitalizace a automatizace nebo o promyšlenou reformu soudní soustavy (například snížení počtu okresních soudů, zavedení tříčlankové soustavy soudů apod.). Jeden ze soudců shrnul problémy s řízením justice následovně:

*A část těch potíží, část těch potíží soudnictví je i v tom, že tady není... justice dobře řízena a spravována. Že vlastně tady není nikdo, kdo by kompetentně, kontinuálně a prostě s jakousi pamětí, institucionální [a] historickou, věděl, co jsou problémy justice. Nejenom, co jsou problémy, ale jaké jsou příčiny [těchto] problémů a nabídnul potom nějaká řešení.<sup>86</sup>*

Zejména soudci, a v menší míře také právníci (na rozdíl od politiků) zároveň upozorňovali, že ministerstvo spravedlnosti promyšlené a koncepční správy soudnictví není schopno, a to nejen kvůli chybějící expertize, ale i kvůli tomu, že má dost možná určitý ostych do soudnictví zasahovat, aby nebylo obviňováno z pokusů o omezování nezávislosti soudní moci. To pak dle nich vede ke stagnaci, absenci pravidel i nedostatku vize. Dalším argumentem byl také politický cyklus, který dle některých soudců neposkytuje ministroví nebo ministryni spravedlnosti dostatek času na přípravu a provedení potřebných reforem. I kdyby dostatek času k dispozici byl, v rozhovorech se objevil také názor, že není vhodné, aby ministr zaváděl reformy, které přesahují dobu jeho mandátu, což naznačuje silnou nechuť vůči samotnému ministerskému modelu správy soudnictví:

*My máme v ČR tzv. ministerský model. To znamená, že ministerstvo spravedlnosti je tím orgánem, který má analyzovat činnost justice, má se zabývat tím, jaké jsou tam nedostatky, a jak je případně řešit. A ministerstvo spravedlnosti na tuto úlohu rezignuje [...]. Dělá to proto, že ministerstvo jako takové má jiné úkoly. V současné době převažují jiné politické úlohy, které ten ministr plní. A je pro něj de facto nemožné a z politického hlediska i nezodpovědné, aby se věnoval otázkám, které naprosto jasně přesahují dobu jeho mandátu.<sup>87</sup>*

Oslovení soudci (a v menší míře i právníci) spatřují řešení právě v ustanovení NRS, která by disponovala nejen hlubokými znalostmi o fungování justice, ale zabezpečovala by i určitou kontinuitu a zároveň by garantovala, že navrhované kroky a reformy by se neděly čistě v područí moci výkonné. Právě v neexistenci nejvyšší rady soudnictví vidí oslovení soudci hlavní problém správy justice, který se pak promítá do dílčích otázek, jako je například absence jasných pravidel pro výběr soudců. Argumentují, že v současnosti na centrální úrovni neřešené personální otázky, včetně povyšování, přestupů a stáží soudců nebo kontroly práce soudních funkcionářů, by NRS mohla mít na starosti. U některých soudců se k těmto praktickým argumentům pro zřízení nejvyšší rady soudnictví přidávaly také argumenty normativní, opřené o jejich představy o nezávislosti

<sup>86</sup> Rozhovor se soudcem J9CZ ze dne 10. července 2018.

<sup>87</sup> Rozhovor se soudcem J5CZ ze dne 5. dubna 2018.

soudní moci. Soudní moc dle nich nesmí být řízena mocí výkonnou, protože součást její nezávislosti považují také nezávislost administrativní. Dle jednoho ze soudců je současné nastavení, kdy soudní moc spravuje zejména ministerstvo spravedlnosti, dokonce v rozporu s ústavním pořádkem:

*Tak na prvním místě samozřejmě budu jmenovat neexistenci nejvyšší rady soudní moci. [...] Takže myslím, že to je z hlediska dělby moci první problém. To znamená administrativní závislost soudnictví. Aby to nevyznělo špatně, já jsem přesvědčen o tom, že soudnictví je nezávislé. Ale bavíme se o rozhodovací činnosti. Ale vedle toho máme taky termín administrativní nezávislosti. [...] A takže do té doby, dokud bude soudní moc řízena mocí výkonnou, jsem přesvědčen, že v rozporu s ústavním pořádkem, tak to budu vždycky označovat jako první a hlavní problém fungování soudnictví v České republice.<sup>88</sup>*

Celkově se na základě rozhovorů jeví, že na pojmenování největších problémů českého soudnictví se hlavní aktéři shodnou, ale nad širší otázkou, kdo a jak by je měl řešit, již konsensus nepanuje. Zatímco soudci zpravidla spojují tyto problémy s kritikou nekonceptního a nesystematického způsobu správy soudnictví ze strany ministerstva spravedlnosti, a druhým dechem obvykle dodávají, že toto dlouhodobé selhávání by nejvyšší rada soudnictví pomohla napravit, právníci a politici se soustřeďují na věcnou stránku pojmenovaných problémů, bez preference toho, zda by je mělo řešit ministerstvo spravedlnosti, nebo potenciální nejvyšší rada soudnictví.

Nad rámec již řečeného lze na základě rozhovorů ještě dodat, že samotná správa soudnictví nemá dle právnických a politických elit přímý vliv na důvěryhodnost justice jako takové. Nejvyšší rada soudnictví by dle některých soudců mohla pomoci tomu, aby měla justice své jasně identifikovatelné představitele a silný hlas, ale jinak převládala představa, že posílení role soudců v oblasti správy soudnictví by mělo vliv na důvěru veřejnosti pouze v případě, že by vedla k lepšímu a efektivnějšímu systému řízení než současný ministerský model.

### 3 Potřebuje české soudnictví NRS?

Přesto, že většina oslovených soudců, politiků a právníků neidentifikovala formu správy soudnictví jako klíčový problém, který musí aktuálně justice řešit, jednotlivé problematické oblasti jako je výběr a kvalita soudců nebo nedostatky na straně ministerstva spravedlnosti se správou soudnictví přímo souvisí. V následující části se proto podíváme blíže na to, jak oslovené elity hodnotí současný model správy soudnictví a zda vidí nedostatky v rozdělení moci mezi soudci a politiky. Na základě toho pak přiblížíme, jak se zástupci jednotlivých elit stavějí k zřízení nejvyšší rady soudnictví, a proč by případně její vznik podpořili, nebo proti němu naopak brojili.

<sup>88</sup> Rozhovor se soudcem J6CZ ze dne 27. dubna 2018.

### 3.1 Systémové problémy ve stávajícím modelu správy soudnictví

Oslovené elity společně identifikovaly řadu problémů a nedostatků, ale i pozitivních charakteristik, které se týkají působení dvou klíčových aktérů správy soudnictví: ministerstva spravedlnosti a předsedů soudů (Tabulka 1).

Tabulka 1: Přehled negativ a pozitiv identifikovaných zástupci elit v současném systému správy soudů

	Ministerstvo	Předsedové soudů
<b>Negativa</b>	Neschopnost řídit	Nedostatek kvalifikace
	<i>chybí odbornost</i>	Zdvojení rolí a konflikt zájmů
	<i>chybí kontinuita</i>	Absence kontroly a roztržičnost
	<i>chybí vize</i>	Snižování vnitřní nezávislosti soudců
	<i>chybí vůle</i>	Absence politické legitimacy
	Závislost na výsledcích voleb	Zapouzdření justice
	Riziko snadné politizace	
	Absence komunikace se soudci	
<b>Pozitiva</b>	Zajištění materiálních podmínek fungování = odlehčení agendy soudců	
	Přímá politická odpovědnost	

Zdroj: autoři

Co se týče role ministerstva spravedlnosti, respondenti identifikovali celkem čtyři nedostatky: funkční neschopnost řídit správu soudnictví, závislost na výsledcích voleb, riziko snadné politizace a absenci komunikace se soudci (Tabulka 1). Je důležité zdůraznit, že tato negativa respondenti identifikovali bez ohledu na to, zda podporovali zřízení NRS, či nikoliv.

Nejkritičtější se k roli ministerstva stavěli soudci, u nichž se objevily všechny čtyři typové argumenty. Z těchto čtyř argumentů pak nejčastěji upozorňovali na funkční selhávání ministerstva. Soudci ministerstvo shodně označovali za silné, ale neschopné efektivně soudy řídit, ať již z důvodu nedostatku kapacity, odbornosti, nebo z nedostatku politické vůle navrhovat a realizovat dlouhodobá koncepční řešení. Ministerstvo podle oslovených soudců postrádá expertizu, a proto se soustředí pouze na parciální problémy. „Nedělá to [...] ze dvou důvodů. Zaprvé, nechce být obviněno z toho, že zasahuje do nezávislosti justice. A zadruhé, až tak tomu úplně teda nerozumí.“<sup>89</sup>

Kritika způsobu řízení na straně ministerstva zaznívala také z řad právníků, kterým podobně jak soudcům vadilo, že ministerstvo nemá dlouhodobější vizi, chybí mu kontinuita a směřování: „Je nepřijemné, [...] že ministerstvo vlastně nemá žádný systém. Z mého pohledu,

<sup>89</sup> Rozhovor se soudcem J8CZ. Tento závěr podpořil také jeden oslovený právník, který vztah ministerstva k předsedům soudů přirovnal k tzv. hře s nulovým součtem: „někomu přidá, a někomu ubere“.

*kyž jako to chce řešit ministerstvo a politika, tak ať to řeší systémově. Oni tam přece nejsou od toho, ať to rozhodují ad hoc.“<sup>90</sup>*

Druhý a třetí argument, který opět zazníval zejména z řad soudců, byla vázanost činnosti ministerstva na výsledky voleb a latentní hrozba snadné politizace soudnictví. Zde tedy již soudci upozorňovali nejen na pragmatickou rovinu nevhodného způsobu, jakým ministerstvo správu vykonává, ale zpochybňovali podstatu a legitimitu přidělení kompetencí v této oblasti politickému orgánu. Podle soudců by „soudnictví v demokratické společnosti mělo být nezávislé na výsledku voleb“.<sup>91</sup> Zároveň soudci upozorňovali, že ministerstvo soustřeďuje ve svých rukou tolik moci, a to zejména v personální oblasti, že justice má vlastně „velké štěstí, že tam není ministr, který by chtěl těchto [pravomocí] využívat“.<sup>92</sup> Zde se nicméně názory soudců rozcházely. Jiný dotázaný soudce například kontroval pozorováním, že ke zneužití pravomocí ministerstva nikdy nedošlo a naopak, model české soudcovské správy svěřil velkou moc do rukou předsedů soudů:

*Ten model, kde to je soustředěný všechno v rukách ministra spravedlnosti [...] všechna jmenování všech státních zástupců, všech soudců [...] Dokonce tenkrát [v 90. letech] se skládal slib ne do rukou prezidenta, ale do rukou ministra [...] prezident jmenoval, ale slib se skládal do rukou ministra spravedlnosti. [Přesto] ve skutečnosti nedošlo k tomu, že by nějaký ministr spravedlnosti zneužil tu pravomoc a ovlivňoval soudnictví. Ten model ve skutečnosti vytvořil obrovský prostor pro předsedy krajských soudů. A ti vládli justici a vládou dodneška. Protože, jak jsem říkal, soudcovská práce se stala velmi atraktivní. Ty záruky nezávislosti, královský platy [...] prostě soudci získali obrovský podmínky.<sup>93</sup>*

Čtvrtý kritický argument jsme zaznamenali naopak u politiků. Ti zčásti sdíleli praktické výtky k nedostatkům a selháním na straně ministerstva spravedlnosti (zejména absentující vizi kam směřovat další reformy), avšak také upozornili, že jednou z příčin neefektivního řízení je nedostatečná komunikace mezi exekutivou a soudci. Jeden z politiků upozornil, že český systém počítá s předsedy soudů coby prodlouženou rukou ministerstva, ti nicméně ministerstvo vnímají jako svého oponenta: „Předsedové se nechápu jako prodloužená ruka ministerstva, což ale ideální model předpokládá. Jsou spíše v opozici, byť otevřeně nikdy nerevoltovali.“<sup>94</sup>

Je důležité také zdůraznit, že právníci a politici se s oslovenými soudci rozcházeli právě v systémové kritice ministerstva spravedlnosti. Podle soudců by mělo ministerstvo pouze vytvářet materiální podmínky pro rozhodování a uvolnit tak ruce přehlaceným předsedům soudů – nicméně tak nedělá a kompetence na předsedy naopak deleguje. Právníci a politici sice uznávali praktické nedostatky, ale zdůrazňovali, že ze systémového hlediska

<sup>90</sup> Rozhovor s právníkem L2CZ ze dne 21. března 2018.

<sup>91</sup> Supra n. 88.

<sup>92</sup> Rozhovor se soudcem J9CZ ze dne 31. května 2018.

<sup>93</sup> Supra n. 85.

<sup>94</sup> Rozhovor s politikem P8CZ ze dne 15. listopadu 2018.

na vrcholu správy soudnictví musí stát politický aktér, jelikož jedině ministerstvo, nikoliv samosprávný soudní orgán, může nést přímou politickou odpovědnost:

*...dnes tedy to poslední slovo má exekutiva. To že poslední slovo nevyužívá, je jedna věc, ale jaksi jsem rád, že tím nominátorem, nebo legitimizátorem, je někdo, kdo přece jenom vzešel z voleb.<sup>95</sup>*

Konečné slovo ministerstva funguje jako *systém brzd a protiváb*<sup>96</sup> proti příliš silnému soudnictví. Podle dalšího právníka „*z hlediska ideálního nastavení společnosti by měly pravomoci vycházet od poslanců, byť se ukazuje, že zákonodárce není v současné době premiantem akčních postupů*“.<sup>97</sup>

Druhá velká skupina identifikovaných nedostatků systému správy soudnictví se dotýkala postavení předsedů soudů. Zástupci všech tří elit nejčastěji upozorňovali na nesoulad de facto a de jure stavu, v němž politická odpovědnost a legitimita náleží ministerstvu spravedlnosti, to ale de facto výkon správy soudnictví deleguje na předsedy soudů. Celkově se mezi respondenty objevilo šest kritických argumentů vůči silnému postavení předsedů soudů: (1) nedostatek kvalifikace v určitých oblastech správy soudnictví, (2) zdvojení rolí a konflikt zájmů, (3) negativní vliv na vnitřní nezávislost řadových soudců, s čímž souvisí také (4) absence nezávislé kontroly, jak kvalitně předsedové správu ve skutečnosti vykonávají. Silné a autonomní postavení předsedů vede také k (5) fragmentaci celého systému a (6) k zapouzdření soudnictví vůči vnějšími světu (Tabulka 1).

Oslovené elity se shodly na tom, že předsedové soudů mají příliš silné postavení, které přináší zejména negativa. Za prvé soudcům vadila přetíženost předsedů soudů, a to zejména u kompetencí, ke kterým nemají potřebnou kvalifikaci. Podle soudců předsedové nejsou kvalifikováni přijímat rozpočtová rozhodnutí a nést odpovědnost za jakoukoli správu nad rámec běžného provozu soudu: „*Předsedové nejsou odborníci, radě věci vůbec nemůžou rozumět...*“. Stávají se proto téměř závislími na ředitelích správy, „*dokonce nes[ou] za jeho práci odpovědnost*“.<sup>98</sup> I podle politiků a právníků by předsedové neměli nést odpovědnost za velká investiční a ekonomická rozhodnutí,<sup>99</sup> jelikož nemají potřebné vzdělání ani zkušenosti. Výkon těchto kompetencí proto zbytečně vede ke kárným řízením.<sup>100</sup>

Za druhé, mezi soudci se objevil argument, že z povahy postavení předsedů soudů se ve správě soudnictví musí nutně projevovat konflikt zájmů a dochází u nich ke „*zdvojení jejich rolí*“.<sup>101</sup> Jsou totiž souběžně v pozici subjektů i vykonavatelů správy soudnictví. Nutně proto u nich dochází ke střetu zájmů:<sup>102</sup> „*předsedové jsou pouze hráči na poli, jejich zájmy*

<sup>95</sup> Rozhovor s právníkem L6CZ ze dne 14. března 2018.

<sup>96</sup> Rozhovor s právníkem L3CZ ze dne 21. března 2018.

<sup>97</sup> Rozhovor s právníkem L5CZ ze dne 21. března 2018.

<sup>98</sup> Supra n. 88.

<sup>99</sup> Rozhovor s politikem P6CZ ze dne 23. listopadu 2018 a P4CZ ze dne 8. listopadu 2018.

<sup>100</sup> Respondenti to demonstrovali zejména na příkladu Jaroslava Pořízka a kárného řízení kvůli Justičnímu paláci v Brně.

<sup>101</sup> Supra n. 87.

<sup>102</sup> Tato argumentace se objevovala zejména u soudců, kteří prosazovali zřízení NRS.

*jsou nutně různé. Chybí [jim] jednotná koncepce.*<sup>103</sup> Předsedové budou mít podle respondentů vždy problém reprezentovat celou soudní moc a hlas soudců, kteří jsou vůči nim zároveň v zaměstnaneckém vztahu. Ač se to podle nich v praxi zatím často neděje, soudci si uvědomovali, že příliš silné postavení předsedů soudů může vést k závislému postavení řadových soudců.

Třetím často kritizovaným důsledkem současné dělby pravomocí byl nedostatek koordinace mezi předsedy soudů navzájem. Každý předseda vládne autonomně (jeden ze soudců označil předsedy krajských a okresních soudů za „*neomezené feudální pány*“<sup>104</sup>) a nastavuje jiná pravidla („*je evidentní, že máme krajské právo ve správě, to znamená, že jsou obrovské rozdíly mezi tím, jak postupuje jeden předseda krajského soudu a jak druhý*“<sup>105</sup>), což vede k velké fragmentaci systému, tedy roztržitosti a nejednotnosti způsobu, jakým je správa vykonávána, jelikož „*předsedové krajských soudů jsou zcela svébytnými a neodvolatelnými hráči*“.<sup>106</sup> To zároveň vede ke čtvrtému negativnímu jevu, a to snižování vnitřní nezávislosti řadových soudců. Model se silnými předsedy, v jejichž rukou spočívá veškeré de facto rozhodování o personálních otázkách, navíc bez politické kontroly, vede k velké vnitřní závislosti řadových soudců okresních a krajských soudů na svých předsedech. Na rozdíl od soudců, kteří tvrdili, že silné postavení předsedů představuje hrozbu, ale nedochází k jeho zneužívání, právníci otevřeně upozorňovali na situace, kdy „*soudci mají z [...] předsedy strach*“.<sup>107</sup> U právníků se tak objevovalo implicitní tvrzení, že soudci nemají dostatek záruk vnitřní nezávislosti ve vztahu k vlastním předsedům a dalším soudním funkcionářům. Zatímco tedy podle oslovených institucionální nezávislost soudců posiluje, vnitřní nezávislost s rostoucím vlivem předsedů oslabuje. Zejména politici přitom zdůrazňovali, že kontrola výkonu pravomocí předsedů není „*zasahování politické moci do té moci soudní, ale že nad každým, kdo vykonává nějakou práci, musí být nějaký dohled*“.<sup>108</sup>

Pátý argument, který respondenti zmínili, se dotýká teoretických principů dělby moci a vyvažování jednotlivých mocí. Předsedové soudů podle oslovených soudců na rozdíl od ministerstva postrádají politickou odpovědnost, sice disponují velkým vlivem a pravomocemi, ale jen v de facto rovině. Většina oslovených soudců se ale rovněž vyjádřila, že pouhé formalizování současného stavu, tedy přesun výkonu pravomocí z ministerstva spravedlnosti na předsedy soudů, také není řešením, a to jednak kvůli chybějící legitimitě, a zároveň kvůli nedostatku kvalifikace např. v rozpočtových otázkách a také nepřiměřenému vlivu předsedů na řadové soudce.

<sup>103</sup> Supra n. 92.

<sup>104</sup> Supra n. 85.

<sup>105</sup> Rozhovor s politikem P5CZ ze dne 23. listopadu 2018.

<sup>106</sup> Rozhovor s politikem P1CZ ze dne 14. března 2018.

<sup>107</sup> Supra n. 95.

<sup>108</sup> Supra n. 99.

Konečně, šestou výtkou, která zaznívala napříč třemi elitami, a panovala na ní shoda i mezi zastánci a odpůrci NRS, byla zapouzdřenost justice, k níž podle oslovených přispívají právě silní předsedové soudů. Autonomie předsedů v personálních otázkách vede podle nich k nedostatečné transparentnosti a formování systémů, které dovnitř justice nevpustí právní experty z jiných odvětví.

Z reflexe současného způsobu, jakým je správa soudnictví v ČR organizována, tak plyne, že se stávajícím stavem není nikdo z oslovených zcela spokojen. Kritické výtky se pohybovaly buď v rovině funkční (jak daní aktéři správu vykonávají), nebo systémové (zda by správu vůbec vykonávat měli). Překvapivě se soudci s politiky shodli na tom, že více než systémové problémy a neblahý dopad na nezávislost soudnictví zdůrazňovali pragmatické nedostatky na straně ministerstva spravedlnosti. Právníci také kritizovali způsob, jakým ministerstvo správu soudnictví řídí, většina z nich by však rozdělení pravomocí nepřeskupovala.

Ještě silnější konsenzus mezi oslovenými elitami panoval ohledně příliš silného postavení předsedů soudů. Soudci, kteří kritizovali přílišnou přetíženost, roztržštěnost a autonomii předsedů, z vzniklého stavu vinili ministerstvo spravedlnosti. Politici a právníci převážně tvrdili, že chyby, které systém vykazuje třeba v podobě zapouzdření justice, nesouvisí s dělbou kompetencí mezi soudce a politiky. Obě skupiny by kompetence spíše nepřeskupovaly. Pokládaly však za klíčové, aby systém vyvažoval zájmy a vliv moci soudní, která však nesmí být závislá na ad hoc rozhodnutích ministra, a moci výkonné. Je to dle nich totiž exekutiva, kdo má demokratickou legitimitu, a proto by měla také nastavovat kontury jednotného systému.

### 3.2 Dokázala by NRS vyřešit systémové nedostatky správy soudnictví?

S ohledem na systémové problémy, které respondenti identifikovali v současném modelu správy soudnictví, jsme se dále zaměřili na otázku, zda by NRS byla jejich řešením. Ptali jsme se proto, zda zástupci elit podporují vytvoření NRS, a pokud ano, jakou by měla mít podobu a jaká od ní mají očekávání.

Celkově se mezi oslovenými zástupci elit objevilo sedm typů argumentů (Tabulka 2), z nichž čtyři zdůrazňují pozitiva zavedení NRS: 1) jednotná koncepce správy, 2) reprezentace soudnictví, 3) odlehčení agendy předsedů soudů, potažmo jejich oslabení, 4) prevence ingerencí moci výkonné. Tři argumenty naopak upozorňují na rizika NRS, a to konkrétně 5) křehkost NRS a náchylnost k politizaci, 6) zapouzdření soudnictví a 7) nedostatek odpovědnosti soudců. Jak jsme zmínili v části 1, NRS vznikající v zahraničí obvykle jako klíčový cíl deklarovaly posílení nezávislosti soudní moci, zvýšení odpovědnosti soudců a zlepšení efektivity výkonu spravedlnosti. Je proto zajímavé, že u českých elit byla nezávislost zdůrazňována minimálně. Argument nezávislosti se vyskytl pouze nepřímou u soudců, kteří poukazovali na latentní hrozbu, že ministerstvo spravedlnosti zneužije velkou koncentraci de jure pravomocí. NRS by podle nich mohla fungovat

jako lepší prevence zásahů do soudcovské nezávislosti a brzda proti hrozbě ovládnutí soudní moci. Tento názor byl ve střetu s postojem politiků, jejichž část se naopak domnívala, že právě skutečnost, že současný český systém správy soudnictví je roztržštěný a figuruje v něm řada aktérů s protichůdnými zájmy, garantuje, že je relativně rezistentní a že soudní moc nelze lehce ovládnout jediným hráčem.

Tabulka 2: Výhody a rizika spojená se zřízením NRS

	<b>Výhody</b>	<b>Rizika</b>
<b>Soudci</b>	jednotná koncepce	křehkost (politizace)
	reprezentace	
	odlehčení agendy předsedů soudů	
	prevence ingerencí exekutivy	
<b>Politici</b>	reprezentace	křehkost (politizace)
	sjednocení personální politiky	zapouzdření
		absence legitimacy
		absence poptávky
<b>Právníci</b>	reprezentace	absence poptávky
	oslabení předsedů soudů	zapouzdření
		křehkost (politizace)

Zdroj: autoři

V souladu s naším očekáváním měla NRS největší podporu mezi soudci. Zatímco politici i právníci vyjádřili obavy, že zřízení NRS by soudce (a zejména předsedy soudů) ještě více posílilo a dále tak prohloubilo zapouzdření justice, soudci samotní tvrdili, že nárůst pravomocí a posílení vůči ostatním složkám moci není účelem snah o NRS. V NRS spatřují soudci řešení ryze funkčních otázek: jak soudnictví řídit, jak zajistit kontinuitu a jednotnost systému, jakož i reprezentaci soudnictví vůči dalším dvěma složkám moci (Tabulka 2). Někteří oslovení soudci, kteří měli zkušenost s postavením soudních funkcionářů, také uvedli, že zřízení NRS by umožnilo odbřemenit předsedy soudů od administrativních úkolů spojených se správou soudnictví. Klíčovou rolí soudců by mělo být souzení, nikoliv vedení soudu. Přínos ve smyslu reprezentace soudní moci připouštěli také politici, nicméně u většiny z nich to nebyl dostatečný argument na to, aby se klonili ke zřízení NRS.

Politici a část právníků se po vzoru příkladu ze Slovenska, Maďarska či Polska také obávali, že NRS bude příliš křehkým a lehce ovládnutelným orgánem, jenž bude náchylný na politizaci. Někteří soudci tuto kritiku připustili, nicméně trvali na tom, že u NRS budou převažovat pozitiva, zejména pokud se dobře nastaví její složení. Pouze jeden oslovený soudce vyjádřil obavu, že NRS neodvratně povede k rozmělnění odpovědnosti. V další části podrobněji rozebereme argumenty vznesené jednotlivými skupinami respondentů.

### 3.2.1 Očekávání soudců

Jak jsme již uvedli, většina soudců zřízení NRS podporovala. Čtyři klíčové argumenty, kterými soudci potřebu NRS odůvodňovali, byly 1) efektivita řízení správy soudnictví, 2) kvalita soudního rozhodování, 3) reprezentace soudnictví a 4) otázka nezávislosti, nicméně pouze v systémové a preventivní rovině.

Klíčový důraz na zlepšení efektivity správy soudnictví plynul právě z nespokojenosti s tím, jak správu soudnictví vykonává ministerstvo spravedlnosti. NRS by podle soudců přinesla jasnou vizi, větší kontinuitu a institucionální zastřešení soudní moci, a odstranila by závislost justičních reforem na politickém rozhodování, které soudnictví coby jedné ze složek státní moci nepřisluší.<sup>109</sup>

Bezprostředně s efektivitou soudci pojili druhý argument, a to že zřízení NRS povede ke zvýšení kvality soudního rozhodování, protože soudcům poskytne kvalitnější a koncepční řízení, „přinese dialog a kontrolu reforem“<sup>110</sup> čilepší „komunikaci s médii i navenek“.<sup>111</sup> Soudci se domnívali, že NRS dokáže „odstranit současné problémy s výběrem soudců a soudních funkcionářů“,<sup>112</sup> resp. zajistí lepší a více transparentní a otevřený model výběru. Jiný oslovený však naopak upozornil, že NRS není automaticky všelékem a může současné problémy vyřešit pouze v závislosti na tom, „jak bude koncipována a kdo se tam dostane, koho tam zvolí“.<sup>113</sup>

I v rámci třetího očekávání, reprezentace, soudci zdůrazňovali, že jádrem soudcovských snah o zřízení NRS není posílit justici, nýbrž zajistit její jednotnou reprezentaci. NRS proto „nemá mít mocenské kompetence, ale reprezentovat, o to jde“.<sup>114</sup>

Čtvrtý argument, dopad na nezávislost, byl zajímavý a rozděloval nejen jednotlivé skupiny respondentů, ale i samotné soudce. Na jednu stranu by zřízení NRS podle části soudců „pomohlo ustát ingerence výkonné moci do soudnictví“.<sup>115</sup> Jak jsme již ale zmínili, tyto argumenty byly doplněné také konstatováním, že soudci se cítili de facto nezávislí. Lze je interpretovat tedy i tak, že potenciální problémy a „příležitosti“ ovlivňovat nezávislost soudců viděli právě v systémové rovině. Na druhou stranu jeden z oslovených soudců také upozornil, že NRS může naopak vést k rozmělnění odpovědnosti, jelikož soudci

<sup>109</sup> Respondenti z řad soudců tvrdili, že je nutno odlišit řízení soudnictví (ministerstvem spravedlnosti) od jiných ministerských resortů. Byť ta také vyžadují dlouhodobé koncepce a řešení, soudnictví se odlišuje právě tím, že představuje jednu ze složek státní moci.

<sup>110</sup> Rozhovor se soudcem J9CZ ze dne 10. července 2018.

<sup>111</sup> Supra n. 110.

<sup>112</sup> Supra n. 87.

<sup>113</sup> Supra n. 92.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Supra n. 87.

nenesou žádnou politickou odpovědnost a v NRS by se navíc mohli ukrýt za kolektivní orgán.<sup>116</sup>

Převážná většina argumentů, jež soudci vznesli ve prospěch NRS, se tak netýkala rozdělení kompetencí mezi mocí soudní a mocí výkonnou, ale reálných schopností ministerstva zajistit efektivní správu soudnictví.<sup>117</sup> Rada soudců například uvedla, že zavedení NRS ani nemá za cíl a priori zvýšit nezávislost soudnictví: „*I v Nizozemí se soudní rada nezavedla pro zlepšení nezávislosti, ta již byla dobrá. Spíše jako pojistka do budoucna.*“<sup>118</sup>

Podle dalších soudců navíc útoky na soudy v Maďarsku, Polsku a na Slovensku ukázaly, že ani NRS není neprůstřelná pojistka nezávislosti do budoucna. Jedna z oslovených soudkyň dokonce uvedla, že rizika spojená s NRS, která se odhalují v sousedních zemích, vedla u ní ke změně názoru na NRS:

*Vliv formy správy soudnictví na kvalitu justice se přeceňuje. Soudní radu bych již nepodpořila, ne po ukázkách z Maďarska, Polska a Slovenska. Nechrání nezávislost. Naopak, vede k rozmělnění odpovědnosti, jelikož je těžké pojmenovat, kdo je odpovědný, kdo stojí za jednotlivými kroky. Projevuje se zde nevýhoda kolektivního orgánu oproti individuálnímu.*<sup>119</sup>

Pokud jde o formu, kompetence a složení NRS, soudci, kteří NRS podporovali, se shodli na pěti kritériích, která do značné míry kopírovala také doporučení mezinárodních orgánů: paritní složení, široké kompetence v personální oblasti a běžné správě, možnost hodnotit soudce, připomínkování zákonů a reprezentace soudnictví navenek.

Složení představovalo pro soudce nejdůležitější otázku. Pravděpodobně v návaznosti na to, že české soudnictví viděli jako uzavřený systém, zdůrazňovali také, že NRS nesmí být „*odborářským orgánem nebo justiční pevností*“<sup>120</sup> a to i přes paritu nebo malou převahu soudců ve složení NRS:

*Takže já jsem zase za to, aby třeba předseda [NRS] byl z řad soudců, aby to vlastně byl opravdu ten orgán soudní moci. Ale spíš bych se přikláněla k paritě, a pokud by to nebylo možné [kvůli riziku sudého počtu a nepřijetí rozhodnutí], tak aby o jeden nebo velmi minimálně ten počet soudců převládal. Ale jenom proto, aby ten orgán byl akceschopný.*<sup>121</sup>

<sup>116</sup> Rozhovor se soudcem J4CZ ze dne 16. března 2018.

<sup>117</sup> Výjimkou byli pouze politici, kde naopak argument týkající se dělby moci a z ní plynoucí politické odpovědnosti, kterou soudnictví nemůže nést, zazníval relativně často.

<sup>118</sup> Rozhovor se soudcem J7CZ ze dne 6. dubna 2018; Srov. i MAK, Elaine. Judicial Self Government in the Netherlands: Demarcating Autonomy. *German Law Journal*, 2018, roč. 19, č. 7, s. 1801–1838. Ve skutečnosti zřízení nizozemské NRS sledovalo kromě zefektivnění soudnictví také cíl posílení nezávislosti soudů a omezení vlivu politiků na jejich rozhodování. Srov. LANGBROEK, Philip. Organization Development of the Dutch Judiciary, between Accountability and Judicial Independence. *International Journal for Court Administration*, 2010, roč. 2, č. 2, s. 21.

<sup>119</sup> Supra n. 116.

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> Ibid.

Zásadním proto podle respondentů bude zajistit kvalitní personální obsazení NRS:

*A v tuto chvíli [...] zásadní bude zajistit vlastně osobní, personální obsazení toho orgánu tak, aby tam skutečně byly osoby, které budou chtít naplňovat ty úkoly, a ne zneužívat moc. A vždycky je nutno si říci: „Konstituujeme orgán, který bude mít velký vliv. Bude to přitahovat osoby, které budou mít opačné zájmy. A i uvnitř v soudnictví je jich plno.“<sup>122</sup>*

Jedna respondentka v souvislosti s tím uvedla, že kvalitu obsazení by mohl zajistit systém volitelů:

*Já bych preferovala ten systém, protože z mého pohledu eliminuje takovou tu populistickou a zavádějící kampaň a přeci jen těch osob, které se zajímají o organizaci justice a které jsou schopné definovat, že toto, tento návrh třeba nemůže vést k ničemu, tento je populistický a tento naopak ne, tak těchto osob zas tolik není. Takže z mého pohledu snížení toho rizika by bylo způsob volby volitelů.<sup>123</sup>*

Nutno říci, že při otázkách na složení NRS se soudci většinou omezovali na příslušnost členů ke skupině soudců a nesoudců, nikoliv na to, kdo by měl kterou část členů vybírat a jak. Jinými slovy, zdá se, že respondenti automaticky předpokládali, že soudci sedící v NRS by reprezentovali zájmy soudnictví bez ohledu na to, kdo by je do NRS vybral. Přitom to, v jakém vztahu vystupují volení zástupci soudců, se ukázalo klíčovým faktorem na Slovensku, kde standardně do NRS jmenují soudce i orgány moci výkonné. V Soudní radě Slovenské republiky proto měli soudci vždy výraznou většinu, ačkoliv úmysl ústavodárce byl odlišný – parita.<sup>124</sup>

Co se týče kompetencí, oslovení soudci se jednomyslně shodli na tom, že klíčovým úkolem NRS by měla být personální politika, tj. výběr soudců a jejich profesní postup. Tento argument souvisí hned se dvěma negativy, které soudci ve stávajícím systému identifikovali: nízkou kvalitou soudců a uzavřeností systému, který je navíc nejednotný a netransparentní, a tím zakládá prostor ke zneužití a „ovlivňování soudnictví“.<sup>125</sup>

Většina soudců se také shodla na tom, že přirozenou pravomocí NRS by měl být také výběr soudních funkcionářů: „v současnosti je zde riziko, že soudní funkcionáři mohou být poplatní exekutivě. Proto by [jejich výběr] měla dělat soudní rada; Systémově je chybné, že funkcionáři jsou jmenováni exekutivou. Proto by měla existovat soudní rada“.<sup>126</sup>

Soudci se na druhou stranu neshodli v tom, zda by NRS měla mít nějakou pravomoc v kárném řízení se soudci. Zde byli někteří respondenti skeptičtí a raději by ponechali kárné stíhaní soudců výlučně na obecných soudech (resp. kárných senátech). Na druhou stranu se ale respondenti z řad soudců shodli na tom, že NRS by měla zastupovat soudnictví na veřejnosti, tedy i v komunikaci s médií a veřejností: „Já vůbec netoužím po tom,

<sup>122</sup> Supra n. 87.

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> SPÁČ, ŠIPULOVÁ, URBÁNIKOVA, 2018, supra n. 45.

<sup>125</sup> Supra n. 85.

<sup>126</sup> Ibid.

*aby ta, pokud by se zřídila nějaká nejvyšší rada soudnictví, měla mocenské pravomoci. O to nejde. Jde o to, aby sjednotila zájmy justice a hledala to společný [...] To, co jako je důležité pro tu justici.*<sup>127</sup> Dále by bylo důležité, aby NRS hodnotila stav soudnictví, což se podle jednoho z oslovených soudců v současnosti v důsledku absence NRS „*vůbec v ČR nedělá, protože v současnosti by to dělala výkonná moc a to nejde, od nich to soudci nevezmou*“.<sup>128</sup> Jako poslední okruh soudci zmínili pravomoc připomínkovat legislativu týkající se soudnictví, včetně rozpočtu, a to zejména po italském vzoru.

Takto nastavená NRS by podle soudců měla pozitivní dopad zejména na transparentnost soudnictví (komunikaci nejen s veřejností a médií, ale i ministerstvem) a na kontrolu jeho efektivitu. Dále by zajistila lepší kontinuitu a know-how, umožnila vytvoření jednotné koncepce pro výběr soudců a promyšlení větších institucionálních reforem, které soudnictví čekají.<sup>129</sup> Rovněž tak soudci očekávali, že by NRS pomohla justici více se otevřít vnějším vlivům, a to zejména v oblasti personálního obsazení. Na druhou stranu, jak již bylo uvedeno, i soudci preferující NRS přiznali, že její zřízení s sebou nese jistá rizika, a byli si vědomi závislosti na personálním složení NRS. Také však zdůraznili, že „*každý model má své výhody a nevýhody, závisí to na kontextu, reáliích, nepřenositelné zkušenosti*“.<sup>130</sup>

### 3.2.2 Očekávání politiků

Obecně řečeno, většina oslovených politiků nebyla NRS nakloněna. Pouze jeden respondent považoval (slabou formu) NRS za vhodný model pro Českou republiku, a dva další uvedli, že zřízení NRS si dokážou představit, pokud by klíčové slovo a odpovědnost zůstaly exekutivním orgánům. Tito respondenti se shodli na tom, že pokud by se nějaká NRS vytvořila, musela by být založená na paritním principu, s kompetencemi v personální oblasti – zejména co se týče výběru funkcionářů, rozhodně ale ne v oblasti fiskální. NRS by navíc fungovala pouze jako poradní hlas pro ministerstvo spravedlnosti. Stojí za zmínku, že v tomto směru se představy politiků, kteří připouštěli vznik NRS, nijak významně nelišily od ideálního modelu propagovaného soudci.

Celkem jsme identifikovali tři základní argumenty proti NRS: 1) politickou legitimitu a odpovědnost musí nést exekutivní orgán, jako je ministerstvo spravedlnosti; 2) současný systém je nastavený dobře, změny jsou nutné spíše v praktické úrovni; 3) zkušenosti ze zahraničí varují před nejvyššími radami soudnictví, neboť NRS ingerence moci výkonné nezastaví a podle některých činí ovládnutí justice dokonce ještě snazším.

Mezi respondenty z řad politiků tak převládaly skeptické a negativní postoje vůči NRS, přičemž většina z nich se odvolávala na principy dělby moci. Zdůrazňovali, že řízení

<sup>127</sup> Supra n. 92.

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> Zmíněné bylo především překreslení tzv. soudní mapy České republiky, tj. změna počtu a obvodů obecných soudů.

<sup>130</sup> Supra n. 92.

vyžaduje přímou politickou legitimitu vzešlou z voleb. Jeden z respondentů například za ideální označil sdílení personálních kompetencí mezi mocí soudní a exekutivou, která by fungovala jako politická kontrola: „*To si myslím, že by byl systém, který by [...] eliminoval různá nebezpečí, která plynou z toho, že vybírají předsedy soudů jenom politici anebo že je to pouze v rukou soudců. To je kombinovaný model jmenování, rozdělení mezi politikou a justiční jakoby moc mně připadá, že je všdycky neefektivnější*“.<sup>131</sup>

Část politiků se navíc shodovala na tom, že současný systém správy soudnictví funguje dobře, a to zejména díky nálezům Ústavního soudu o platech soudců nebo o zavedení časově omezeného mandátu soudních funkcionářů.<sup>132</sup> Výhodou současného systému je, že „*eliminuje riziko, že ho někdo ovládne*“.<sup>133</sup>

Politici uznávali, že NRS může mít pozitivní vliv na kontinuitu a jasné nastavení pravidel, nicméně její dopad na kvalitu justice na rozdíl od soudců zpochybňovali. „*Já osobně si myslím, že neplatí teze, že tam, kde je samospráva justice, tam prostě [justice] funguje lépe. Pokud by zde [samosprávný orgán] byl, já bych jeho pravomoc vnímal v personální úrovni, ale nemyslím si, že to je spasitelné a že by to mělo velký vliv na výkonnost justice v krátkodobém měřítku. Já si třeba myslím, že větší vliv na výkon justice mají třeba předsedové soudů*“.<sup>134</sup>

Dva z politiků také poukázali na to, že NRS by pouze subjektivně soudní moc uklidnila a dala soudcům pocit, že mají v rukou více pravomocí. NRS by však vůbec nedokázala vyřešit klíčové problémy, kterým aktuálně české soudnictví čelí, jako fragmentace (zejména v oblasti výběru soudců) a nedostatek kontinuity. Tyto problémy by se navíc podle politiků daly řešit jinými institucionálními modely a zejména posílením spolupráce mezi ministerstvem a předsedy soudů coby reprezentanty soudnictví. Respondenti byli toho názoru, že současný stav počítá s tím, že ministerstvo sdílí řadu kompetencí se soudci přes předsedy soudů, nicméně ti vnímají politiky a ministerské úředníky jako své nepřátele, nikoliv jako spojence.

*Ústavní soud nepřímo volal po zavedení prvků soudcovské samosprávy v okamžiku, kdy prostě říkal, že hodnocení soudců v současném modelu správy justice není možné...to je jeden prvek, kdy se volá po samosprávě. Druhý prvek je v případech, to se objevilo zas v nálezech ve věci platů soudců, kdy Ústavní soud zmiňoval potřebu reprezentativního orgánu, který by soudcovskou moc rovnocenně zastupoval vůči vládě a parlamentu při vyjednávání...S těmito důvody jsem se ztotožňoval. Ale dokážu si představit, [...] i řešení jiná než Ústavní soud naznačuje. Řešení jiná v tom smyslu, že nemusí být nutně zavedená soudcovská samospráva. A i tu rovnocennost soudní reprezentace s exekutivou vůči vládě, vůči parlamentu [...] lze docílit faktickými postupy a mechanismy komunikace.*<sup>135</sup>

<sup>131</sup> Rozhovor s politikem P3CZ ze dne 26. března 2018.

<sup>132</sup> Srov. náleze Ústavního soudu ze dne 14. října 2010, sp. zn. Pl. ÚS 39/08.

<sup>133</sup> Supra n. 105.

<sup>134</sup> Supra n. 131.

<sup>135</sup> Supra n. 94.

Konečně, podle politiků vývoj v sousedních středoevropských zemích naznačuje, že model NRS se neosvědčil v postkomunistickém prostředí, kde je stále mnoho vysoko postavených funkcionářů zatížených komunistickou minulostí nebo neformálními vzorci chování: „*Ten předseda Nejvyššího soudu mě prostě sám od sebe varoval před tím, abychom něco takového zavaděli, že to prostě způsobuje jenom problémy. A že výbody to nemá žádné.*“<sup>136</sup>. Soudní rady fungující na Slovensku, v Maďarsku a v Polsku ukazují, že nejsou zárukami nezávislosti a nedokážou účinně odstínit zásahy exekutivy do soudní moci: „*a zejména jsem nezaznamenal, že by to vedlo k nějakému odstínění soudců od politických vlivů*“.<sup>137</sup>

Spíše naopak, podle respondentů z řad politiků NRS s sebou často přináší zvýšení politizace, a to zejména když se kandidáti z řad soudců ucházejí o nominaci v NRS, zejména u politických navrhovatelů. Zde je nutno doplnit, že ač politici často poukazovali na to, že NRS nemusí zvýšit nezávislost justice, soudci, kteří NRS podporovali, také uváděli, že vztah mezi NRS a nezávislostí není přímý a že o její zřízení usilují z jiných, spíše pragmatických důvodů.

Lze tedy uzavřít, že podle většiny oslovených politiků rizika zřízení NRS daleko převyšují nad potenciálními přínosy. Krom toho, pokud by se model NRS ukázal jako defektní, jeho negativní důsledky pro nezávislost soudnictví by byly dalekosáhlé. Řada politiků se u NRS také obávala dalšího zapouzdření a uzavření justice do sebe. Ačkoliv politici připouští, že současný model správy soudnictví je v oblasti personální politiky nestabilní a fragmentovaný, zároveň podle nich tyto jeho vlastnosti jej činí odolnějším a méně náchylným k tomu, aby soudní moc mohla ovládnout jediná politická skupina.

### 3.2.3 Očekávání právníků

U respondentů z řad právníků také převažovaly vůči NRS negativní postoje, které jsme seskupili do čtyř typových argumentů: 1) absence poptávky po NRS, 2) riziko dalšího zapouzdření justice, 3) negativní zkušenosti sousedních států. Právníci naopak viděli potenciální přínos v 4) odstínění současného vlivu předsedů soudů.

Co se týče prvního argumentu, absence poptávky, většina právníků se domnívala, že zřízení NRS není nezbytné, jelikož neodpovídá na současné problémy českého systému a ani mezi soudci neexistuje jednoznačná poptávka: „*K čemu by byla? Maximálně by blokovala legislativní nápady v extrémních situacích.*“<sup>138</sup> Další z právníků také pochyboval o tom, nakolik jsou aktuální výzvy řešitelné přes NRS:

*Je otázka, co by měla dělat [NRS] a jestli je vůbec zapotřebí. Protože pokud jde o takovou tu striktní státní správu ve smyslu správa budov, personální politika [...] tak tam by justici nějaký korektiv ze strany výkonné moci prospěl a není důvod se ho vzdávat [...] A prostě když*

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Supra n. 90.

*říkám, že se to zapouzdřuje, tak nedává smysl veškerý vstup zvenčí odbourávat. A co se týče participace na procesu jmenování soudců, tak tam by [samospráva] své místo asi měla. Ale je otázkou, jestli na to potřebujeme institucionalizovanou radu soudnictví, anebo jestli se dá sáhnout do řad soudců bez toho, aniž by vznikla rada soudnictví.<sup>139</sup>*

Přitom většina oslovených, i když připustili možnost NRS, stále preferovala jiný systém správy: „u výběru by to byla lepší alternativa, než co máme nyní, ale ideální je, aby výběr řídila exekutiva a legislativa“.<sup>140</sup>

Ve srovnání se soudci ale právníci nehodnotili současný systém správy soudnictví tak negativně. Problémy shledávali spíše v dostupnosti vhodných kandidátů pro výkon funkce soudce než v samotném systému výběru, což je podle nich důsledkem nekvalitního vzdělávání a uzavřenosti justice.

Podobně jako soudci, i právníci vnímali zapouzdřenost a nízkou kvalitu soudců jako problém justice, nicméně v otázce, zda by NRS tento problém vyřešila, měli blíže k politikům. NRS podle nich může vést k ještě výraznějšímu zapouzdření celého systému:

*Velmi bych uvažoval o tom, jestli ta nejvyšší rada soudnictví nemůže posílit zapouzdření justice. A jestli ty přínosy, které ochrání justici před nějakými negativy ve smyslu nežádoucího ovlivňování výkonnou mocí, síkama soudce, vytváření vlivových koalic a tak podobně, tak jestli náhodou ta rizika nejsou ještě větší.<sup>141</sup>*

Jako třetí riziko se u respondentů objevoval důraz na negativní zkušenosti ze sousedních států. Právníci konkrétně poukazovali na to, že NRS s sebou nese daleko více rizik, než pozitiv:

*Slovensko je ukázkou, že ani lepší institucionální design nemusí fungovat. Třeba způsob výběru není tak důležitý jako kvalita jednotlivých soudců. Spíše závisí na kvalitě právníků, z nichž se vybírá.<sup>142</sup>*

Často se proto objevoval argument, že „instituce jsou důležité, ale pouze pokud jsou dobře personálně obsazené“.<sup>143</sup> Vznik NRS by „přinesl riziko, že soudci by dělali politiku“,<sup>144</sup> nebo by „přítahovala soudce, kteří chtějí dělat politiku, byť to do soudnictví nepatří“.<sup>145</sup> Individuální kvality jednotlivých soudců jim připadaly celkově důležitější než rozpravy o systémovém nastavení výběru.

Podobně jako soudci a politici, ani právníci neidentifikovali jako hlavní cíl existence NRS zvýšení nezávislosti soudců: „nezávislost není dobrým argumentem. Politici tvrdí, že soudci

<sup>139</sup> Rozhovor s právníkem L4CZ ze dne 14. března 2018.

<sup>140</sup> Supra n. 90.

<sup>141</sup> Supra n. 139.

<sup>142</sup> Supra n. 95.

<sup>143</sup> Rozhovor s právníkem L7CZ ze dne 18. července 2018.

<sup>144</sup> Supra n. 90.

<sup>145</sup> Rozhovor s právníkem L8CZ ze dne 15. května 2018.

*nemůžou být zcela nezávislí, proto i soudci chodí na téma soudní rady s opatrným argumentem, že by to [NRS] dělala lépe než ministerstvo, ne s tím, že by posílila nezávislost“.<sup>146</sup> Zmínili, že NRS ani neodstíní útoky na soudnictví a „není to garance větší stability“.<sup>147</sup>*

Pokud jde o potenciální pozitiva zřízení NRS, ti právníci, kteří vytvoření NRS připouštěli, také očekávali, že by mohla odstínit silný vliv předsedů krajských soudů, kteří jsou v současnosti vybírání výkonou mocí: „*Smyslem té rady [soudnictví] je, aby dala nějaký rozumný rámec obsazování justice na základě pravidel, které definuje zákonodárce a ne předsedové krajských soudů a odstínila politický a hospodářský zájem*“.<sup>148</sup> Podle jiných respondentů by však NRS i tak primárně jen vykonávala pravidla stanovená zákonodárcem a řešila systémové nastavení typu „*kde je kolik personálu, kde by měli sedět a soudit soudci, čím psát, atd.*“<sup>149</sup>

Co se týče kompetencí a složení NRS, tato skupina právníků preferovala slabý model NRS s pravomocemi v personální oblasti (a naopak, rozhodně ne ve fiskální), založený na paritním členství a dostatečném zastoupení nesoudců. Podle právníků se „*nabízí, aby to bylo pestré*“<sup>150</sup> a nesoudci by tak mohli zahrnovat nejen politiky, ale i „*státní zástupce, zastoupená by měla být i advokacie a akademická sféra*“.<sup>151</sup> Třeba u výběru soudců jeden respondent uvedl, že by si „*dovedl představit participaci profesních komor: advokátská, notářská, exekutorská. Dovedl bych si koneckonců představit i participaci akademických pracovišť*“.<sup>152</sup> Silně zastoupený byl názor, že rozhodnutí nestojí v rovině, zda NRS ano, nebo ne, ale jaké by NRS měla atributy a jak by byla obsazená: „*[vše] závisí na tom, v jaké podobě bychom [NRS] zaváděli [...] v první řadě si musíme uvědomit, že je to přesun moci. Vznik nejvyšší rady soudnictví je přesun moci. Z jednoho mocenského centra, které máte na Věžebradské 16, přesunete tu moc na Nejvyšší radu soudnictví. S tím jsou spojena všechna úskalí*“.<sup>153</sup>

### 3.2.4 Shrnutí

Je zajímavé, že mezi soudci a politiky existuje velký průsečík v tom, jak by NRS měla být nastavená, a to i přesto, že většina politiků NRS odmítá. O aspektu NRS, kterému se v české debatě věnuje tolik prostoru, tj. jejímu složení, mezi našimi respondenty panovala vzácná shoda (Tabulka 3). Pokud by NRS měla vzniknout, většina zástupců tří skupin si NRS představovala jako paritní orgán. V debatě však prozatím chyběly jiné otázky, které aktuálně rezonují v zahraničí. Jde zejména o to, do jaké míry by mělo být členství otevřené expertům, tj. právníkům, akademikům nebo státním zástupcům. Rovněž tak

<sup>146</sup> Supra n. 90.

<sup>147</sup> Supra n. 97.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Supra n. 153.

<sup>150</sup> Supra n. 96.

<sup>151</sup> Supra n. 97.

<sup>152</sup> Supra n. 139.

<sup>153</sup> Rozhovor s právníkem L1CZ ze dne 4. dubna 2018.

výrazně absentují úvahy o tom, koho má NRS vlastně zastupovat, jestli by členové NRS měli reprezentovat soudce, kteří je zvolili, nebo by měli tvořit nezávislý orgán správy soudnictví.

Tabulka 3: Představy respondentů o vhodném modelu NRS pro Českou republiku

Ideální model NRS			
	Soudci	Politici	Právníci
<b>Zřízení</b>	spíše ano	spíše ne	spíše ne
<b>Složení</b>	parita, spíše bez soudních funkcionářů	parita, bez soudních funkcionářů	parita, bez soudních funkcionářů
<b>Kompetence NRS</b>	personální, běžná správa, hodnocení kvality soudců, připomínky k legislativě, reprezentace a komunikace navenek	personální, běžná správa, hodnocení kvality soudců, připomínky k legislativě, reprezentace a komunikace navenek	personální, běžná správa, připomínky k legislativě
<b>Kompetence MinS</b>	výběr funkcionářů, kárná řízení, rozpočet	rozpočet	rozpočet

Zdroj: autoři

Z analýzy rozhovorů se tak zdá, že mnohem důležitější je otázka, jaké cíle by NRS měla plnit – od nichž by se pak měla odvíjet i debata o jejím nastavení. Jak jsme již zmínili, hodnoty, k jejichž posílení NRS obvykle v prohlášeních a mezinárodních dokumentech vede, v odpovědích našich respondentů spíše chyběly. Nezávislost soudnictví se objevila pouze u soudců, a to ještě velmi nepřímou. Politici a právníci se naopak spíše obávali zhoršení a větší míry politizace NRS, než je tomu u ministerstva spravedlnosti. Politici také poukazovali na negativní dopad na již vychýlené vztahy vnitřní nezávislosti soudců na předsedovi soudu.

Zatímco soudci přiznali, že model NRS je křehký, a netvrdili, že jde o systém výrazně odolnější vůči ingerencím moci výkonné, politici a právníci shledávali v ustanovení NRS spoustu rizik spojených s její možnou politizací. Často upozorňovali také na to, že v postkomunistických zemích se tento model projevuje jako disfunkční.<sup>154</sup> Zajímavé je, že i když všichni respondenti identifikovali jako současný problém zapouzdření justice, navrhovali velmi odlišná řešení. Soudci se domnívali, že NRS zapouzdřenost odstraní, protože umožní, aby se na výběru soudců podíleli i zástupci jiných profesí. Politici a právníci se naopak obávali, že NRS by soudní moc ještě více izolovala.

<sup>154</sup> Nejčastěji uváděli jako příklad Slovensko.

Zajímavý názorový střet se týkal také politické odpovědnosti. Zatímco většina soudců argumentovala, že předsedové nemají politickou odpovědnost za správu soudnictví, a proto ji ani nemohou z pověření ministerstva de facto vykonávat, politici i právníci viděli negativa spíše v rovině přenosu kompetencí na NRS, pokud by hlavní politickou odpovědnost nadále neslo ministerstvo. I proto při úvahách o možném modelu NRS volili výlučně slabý model, v němž by NRS vysloveně fungovala jako poradní orgán ministerstva.

Celkově nejčastěji zmíněné očekávání spojené se zřízením NRS, zvýšení kvality soudců, kvality soudního rozhodování a celkové kvality řízení správy soudnictví, se objevilo mezi soudci i politiky. Politici však (společně s právníky) částečně zpochybňovali, zda je NRS k naplnění tohoto cíle nutná. Pokud je problémem selhávání ministerstva ve funkční rovině, tj. protože nemá dostatečné kapacity, finance a odbornost, řešením by podle politiků mohlo být svěřením správy soudnictví jinému nezávislému, ale pořád exekutivnímu orgánu. Takové řešení by umožnilo lepší komunikaci mezi ministerstvem a předsedy soudů bez rizika politizace, a také snadnější řešení koncepčních otázek, které v současném systému nemůže nikdo uchopit:

*... v okamžiku, kdy by v čele toho orgánu nebo úřadu nebyl člen vlády, nebyl by ani vázán usneseními vlády, tím pádem celkově by mohla odpadnout ta politická rovina v okamžiku, kdy by jeho místo bylo termínováno, tzn. naopak by byly řekněme těžší podmínky nebo obtížnější podmínky pro jeho odvolání atd. atd. Tam si myslím, že by i ta justice to mohla vnímat o něco otevřeněji.<sup>155</sup>*

## **Závěrem: Existuje mezi elitami konsenzus?**

Český diskurz zaznamenal již několik vln, v nichž se do hledáčku návrhy na zřízení NRS vracely a následně zase upadaly v zapomnění. Ve skutečnosti však otázky spojené s jednotlivými aspekty soudcovské samosprávy prostupují každodenní realitu fungování soudů a diskutují se pořád, byť to není třeba tolik vidět. Jak ukázala i naše analýza rozhovorů se zástupci soudců, politiků a právníků, debata o tom, jak nastavit správu soudnictví nekončí u černobílého rozhodnutí, zda NRS ustanovit, či nikoliv. Právě naopak. Klíčové problémy, které jsme v rozhovorech identifikovali, tedy netransparentní a fragmentovaný způsob výběru nových soudců, příliš silné postavení předsedů soudů či absence vize ve způsobu, jakým soudnictví řídí ministerstvo spravedlnosti, to všechno jsou otázky bezprostředně související se soudcovskou (samo)správou a v zásadě nezávislé na konkrétním modelu nejvyšší rady soudnictví.

V tomto článku jsme reagovali na výzvu Michala Bobka, který v roce 2015 konstatoval absenci hlubšího akademického diskurzu o povaze a účelu NRS,<sup>156</sup> a předložili detailní

<sup>155</sup> Respondent jako příklad uváděl potřebu regulace etického soudcovského jednání zejména ve vztahu k pedagogickým, autorským a jiným mimopracovním aktivitám soudců. Rozhovor s politikem PČZ ze dne 15. listopadu 2018.

<sup>156</sup> BOBEK, 2015, supra n. 26.

konceptuální analýzu postojů zástupců soudců, politiků a právníků ke zřízení NRS. Naším cílem přitom bylo nejen zmapovat podporu ustanovení NRS, ale také lépe strukturovat argumenty a hlavní problémy, které elity ve fungování správy soudnictví vnímají. Rozklíčování důvodů, které vedou tyto aktéry ke snaze o změnu systému, je jádrem jakékoliv budoucí úspěšné reformy správy soudnictví. Skromně však také doufáme, že do celé debaty vneseme více světla a poznání postojů dotčených profesních skupin.

V článku jsme proto položili otázku, zda zástupci z řad soudců, politiků a právníků podporují založení NRS, jakou by podle nich měla mít podobu a jaké pojí s jejím vytvořením očekávání. Ve srovnání s cíli deklarovanými v mezinárodních dokumentech stojí současná česká debata o NRS na převážně pragmatických argumentech. Dva klíčové kritické body, na kterých se překvapivě shodli soudci i politici, byly 1) kritika stávajícího ministerského modelu, resp. způsobu, jakým ministerstvo spravedlnosti správu vykonává, a 2) neúměrné posilování předsedů soudů, na něž ministerstvo mnohé kompetence neformálně deleguje.

Oba problémy mají dopad na dělbu moci a přerozdělení kompetencí mezi soudci a politiky. Soudci vidí soudy jako nezávislé a důvěřují jim, nicméně ministerstvo spravedlnosti podle nich výkon správy soudnictví nezvládá a nedokáže produkovat dlouhodobá řešení a koncepční vize. Soudcům vadí, že chyby na straně ministerstva vedou k přílišnému zatížení předsedů soudů. Neformální delegování správy na předsedy podle soudců vede ke třem negativním jevům: (1) ke zdvojení rolí a následnému oslabení vnitřní nezávislosti řadových soudců na předsedech soudů, (2) k fragmentaci systému správy soudnictví a (3) ke vzniku odpovědnosti za oblasti, které stojí mimo specializaci předsedů – jako třeba velká finanční rozhodnutí spojená se správou budov. Většina dotazovaných soudců vidí odpověď právě ve zřízení samosprávného orgánu, ideálně NRS, byť jejich hlas není zcela jednotný. NRS vnímají jako platformu pro jednání s ostatními složkami státní moci. Shodují se na tom, že NRS musí mít kompetence v personální oblasti (výběr, kariérní postup a kárná stíhání soudců) a zajistit minimálně paritu soudních a nesoudních členů.

Podle politiků jsou kontury současného modelu správy soudnictví nastaveny dobře. Systém je sice fragmentovaný, ale díky tomu dokáže garantovat nezávislost soudů a odrazit pokusy o jejich ovládnutí. Přesto politici vnímají nedostatky spočívající v pasivitě ministerstva spravedlnosti. Podobně kriticky se vyjadřovali na adresu postavení předsedů soudů, nicméně vinu viděli ve vzájemné dynamice. Model delegace podle politiků počítá s tím, že předsedové jsou prodlouženou rukou ministerstva. Ti se tak však necítí ani nechovají. Z pragmatických (nedostatek odbornosti) i normativních důvodů (dělba moci) by předsedům přiznali jen personální pravomoci ovlivňující kariérní postup soudců. Přesvědčení kompetencí ponechaných na předsedech soudů totiž podle nich vede ke fragmentaci a zapouzdření soudní moci.

Část politiků by dokázala zřízení slabého modelu NRS připustit, pokud by kontury celého systému nadále nastavovalo ministerstvo. Politici zdůrazňovali, že soudci se nesmí dostat

do pozice, v níž by byli nuceni vyjednávat s exekutivou – proto jim například nelze svěřit pravomoci v rozpočtové oblasti. NRS podle politiků sama o sebe koncepční problémy českého soudnictví nevyřeší, vše závisí na tom, jaké by bylo její složení, kdo by členy vybíral, nebo jaké by měla pravomoci. Navíc k řešení největších výzev, na nichž se shodli se soudci (fragmentovaný výběr soudců), ani není potřebná. Odmítání NRS politici běžně opírali i o snadné zneužití NRS k ovládnutí justice v okolních evropských zemích. Na neschopnost ministerstva spravedlnosti vykonávat správu soudnictví poukazovali i někteří právníci. Ve srovnání se soudci a politiky se však zaměřovali na praktičtější problémy, jako je uzavřenost soudnictví, kvalita soudního rozhodování a kvalita soudců. Tyto otázky však viděli propojené spíše s nastavením systému vzdělávání než s koncepcí správy soudnictví. Odlišný úhel pohledu se objevil v tom, jak právníci problematizovali vnitřní nezávislost soudců – kterou konstatovali i v de facto rovině (tedy nikoliv jako pouhou možnost do budoucna). Na rozdíl od soudců se právníci domnívali, že tyto problémy změna ministerského modelu na NRS nevyřeší. Podobně jako politici se obávali, že NRS s sebou nese více rizik než pozitiv.

V analýze úvah respondentů o eventuálním složení NRS nás překvapil ještě jeden moment. Respondenti se zpravidla zabývali složením a obsazením NRS (poměrem soudců a nesoudců), nicméně opomíjeli kreační pravomoc aktérů, kteří by soudce a nesoudce do NRS vybírali. Respondenti tak téměř bez výjimky pracovali s představou, že soudcovští členové NRS by automaticky reprezentovali zájmy soudnictví, bez ohledu na to, zda byli do NRS vybráni mocí výkonnou nebo mocí soudní, a nesoudci by zase hájili zájmy exekutivy.<sup>157</sup> Otázka, kdo by měl vybírat členy NRS v České republice a koho by tyto členové měli zastupovat, tak překvapivě stojí stále na okraji odborného diskurzu, a to i přes to, že na finální podobu a jednání NRS právě z hlediska dělby moci může mít zásadní dopad.

Rámcové problémy soudnictví, které respondenti identifikovali a na kterých panovala víceméně shoda (překvapivě zejména mezi soudci a politiky), vybízejí také k otázce, zda je NRS opravdu jediným možným řešením a zda by pro stávající systém správy soudnictví nebylo prospěšnější, pokud by se dotčení aktéři oprostili od binární debaty, zda NRS ano, či ne, a namísto toho hledali cestu, jak identifikované nedostatky odstranit. Vzácným pozorováním, které vyplynulo z analýzy rozhovorů, je totiž zjištění, že soudci, politici i právníci vnímají ve fungování soudnictví velmi podobné výzvy a problémy.

---

<sup>157</sup> Tento pohled je navíc v rozporu se zkušenostmi mnohých zemí, v nichž přetrvaly nepřímé politické vlivy a klientelistické sítě mezi politiky a soudci v NRS. K tomu srov. například situaci na Slovensku (ŠPÁČ, ŠIPULOVÁ, URBÁNIKOVÁ, 2018, supra n. 45), v Polsku (ŚLEDZIŃSKA-SIMON, Anna. The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition. *German Law Journal*, 2018, roč. 19, č. 7, s. 1839–1870) anebo ve Španělsku (TORRES PERÉZ, Aida. Judicial Self-Government and Judicial Independence: the Political Capture of the General Council of the Judiciary in Spain. *German Law Journal*, 2018, roč. 19, č. 7, s. 1839–1870).

Zřízení slabého modelu NRS, na němž existuje jistý konsenzus, má určitě potenciál odstranit fragmentaci výběru soudců. Doposud představené návrhy však nepracovaly ani s výše zmíněným problémem volitelů odpovědných za výběr členů NRS, ani s problémem zapouzdření justice, který vnímaly stejně negativně všechny elity. Rovněž tak současná debata neposkytuje řešení na problematice postavení a velké pravomoci předsedů soudů od krajské úrovně nahoru. Tato otázka přitom snad ani nemůže být aktuálnější. Jen v roce 2020 došlo k obměně na Vrchním soudu v Praze a pěti z osmi křesel předsedů krajských soudů, a to v těsném sledu poté, co se vyměnil předseda Nejvyššího soudu a předseda Vrchního soudu v Olomouci, a těsně předtím, než se bude vybírat nový předseda Nejvyššího správního soudu. České soudnictví tak v průběhu necelých dvou let dozná téměř kompletní obměny na klíčových funkcionářských postech, což v kombinaci s modelem, kdy ministerstvo spravedlnosti vykonává správu právě přes předsedy soudů, poskytuje současné exekutivě nebývalý vliv. Zkušenosti z jiných zemí se silně zakořeněným hierarchickým kariérním modelem soudnictví navíc naznačují, že institucionální změny samy o sobě nedokážou odstranit vliv předsedů soudů dovnitř justice, aniž by souběžně doznaly změny profesní normy a (sebe)reflexe role soudců.<sup>158</sup>

Na nejpalčivější problémy českého soudnictví neposkytuje řešení ani stávající novela zákona o soudech a soudcích z pera ministerstva spravedlnosti připravená ve spolupráci s předsedy krajských soudů. Důkazem je třeba poslední návrh změny výběru soudců,<sup>159</sup> který zcela ignoruje volání po větší názorové pluralitě a prostupnosti mezi právníckými profesemi. Stávající návrh jde přesně opačným směrem. Posiluje totiž socializaci velmi mladých právníků uvnitř soudnictví, a tím možnost zástupců jiných právníckých profesí ucházet se o funkci soudce výrazně komplikuje. Do jisté míry lze říci, že i přes četné kulaté stoly k této problematice konečný návrh novely zákona o soudech a soudcích nereflektuje názory nejen řady soudců, ale i obavy politické elity a praktikujících právníků, že české soudnictví se uzavírá do sebe a tím přichází o kvalitu.

---

<sup>158</sup> POPOVA, 2020, supra n. 9.

<sup>159</sup> Poslanecká sněmovna, sněmovní tisk 630, novela zákona o soudech a soudcích. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/historie.sqw?o=8&T=630>

# Mezinárodní soudní pravomoc ve sporech z porušení práva k obchodnímu jménu

## International Jurisdiction in Trade Name Infringement Disputes

Helena Pullmannová\*

### Abstrakt

*Článek přináší odpověď na otázku, (i) u soudů kterého státu může poškozený podnikatel, do jehož práva k obchodnímu jménu bylo zasazeno, žalovat rušitele svého práva, (ii) zda u takto určeného soudu může poškozený podnikatel žalovat na náhradu vzniknuvší škody v celém jejím rozsahu (tedy i v částech, jež vznikly na území jiných zemí) a (iii) zda může poškozený podnikatel žalovat několik rušitelů, kteří způsobili vzniklou škodu společně a kteří jsou domicilováni v různých zemích, v jednom řízení u jednoho soudu.*

*Závěrem přináší článek srovnání zjištěných kritérií pro určení mezinárodně příslušných soudů státu Evropské unie pro spory z porušení práva k obchodnímu jménu dle nařízení Brusel I bis (včetně kritérií formulovaných judikaturou SDEU) s CLIP Principles.*

### Klíčová slova

*Právo k obchodnímu jménu; kvalifikace; mezinárodní pravomoc; mimosmluvní závazek; náhrada škody; společné řízení; CLIP Principles.*

### Abstract

*The paper answers the question (i) in the courts of which State the injured entrepreneur whose right to the trade name has been infringed may sue the infringer of his right, (ii) whether, in such a court, the injured entrepreneur may sue for damages in whole (including parts incurred in other countries also); and (iii) whether the injured entrepreneur can sue several infringers who have caused the damage jointly and who are domiciled in different countries, in one proceeding at one court.*

*In closing the paper compares the identified criteria for determining the internationally competent court of the European Union for disputes arising from a violation of the right to trade name under the Brussels I bis Regulation (including criteria formulated by case law of the CJEU) with the CLIP Principles.*

### Keywords

*Right to Trade Name; Qualification; International Jurisdiction; Non-contractual Obligation; Damages; Joint Procedure; CLIP Principles.*

---

\* Mgr. Bc. Helena Pullmannová, doktorandka, Katedra občanského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Civil Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: [helena.pullmannova@mail.muni.cz](mailto:helena.pullmannova@mail.muni.cz)

## Úvodem

Budování dobrého obchodního jména (označení, pod nímž podnikatel vykonává svou podnikatelskou činnost na daném území)<sup>1</sup> stojí podnikatele úsilí, čas a finanční prostředky. Parazitování na tomto označení je tak jejich majiteli pochopitelně nevídané a v situaci, kdy dochází k porušování práv podnikatele k jeho obchodnímu jménu, je důležité znát odpověď na otázku (i) u soudů kterého státu se může podnikatel domáhat ochrany, podniká-li např. na území vícera zemí Evropské unie, (ii) zda může takto určený soud rozhodnout o uplatněném nároku na náhradu škody v celém rozsahu (tedy i o škodách vzniknuvších na území jiných států), a (iii) zda se lze domáhat ochrany práva k obchodnímu jménu proti několika rušitelům zároveň u soudů jednoho státu, či nikoli.

Tyto otázky jsou rozebrány zejména optikou nařízení Brusel I bis a zde uvedená kritéria, rozhodná pro určení mezinárodní příslušnosti soudů pro řízení z porušení (či ohrožení) práva k obchodnímu jménu, jsou následně porovnávána s kritérii uvedenými v CLIP Principles.

Článek je uvozen obecnou úvahou o důležitosti kvalifikace zkoumaného jednání v právu za účelem jeho podřazení pod kategorii mimosmluvních závazkových vztahů z porušení práva k obchodnímu jménu jako práva průmyslového vlastnictví, což může být rozhodným aspektem pro správné určení mezinárodně příslušných soudů konkrétního státu k uplatnění nároků podnikatele.

### 1 Kvalifikace rušeného práva jako práva k průmyslovému vlastnictví

Na počátku zkoumání odpovědi na první otázku, a to u soudů kterého státu se může podnikatel domáhat ochrany, podniká-li např. na území vícera zemí, je nutné si uvědomit, že právo k obchodnímu jménu je (absolutním) právem k průmyslovému vlastnictví, a nikoli právem k názvu právnické osoby, ani právem ke jménu fyzické osoby (když jejich smyslem a účelem je sloužit k označení osoby nejen při výkonu její podnikatelské činnosti), byť mohou být označení, k nimž se tato práva mohou v určitých případech vztahovat, identická. Rozlišování uvedeného je velmi důležité s ohledem na námi zkoumané otázky (viz níže).

Je-li zasaženo do jakéhokoli práva, je v prvé řadě potřeba tento protiprávní skutkový stav nejprve právně kvalifikovat<sup>2</sup> (posoudit pohledem práva), a to dle metody kvalifikace, kterou preferuje právní řád, v jehož kontextu tuto otázku řešíme.

<sup>1</sup> Srov. např. bod 21 rozhodnutí Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 11. září 2007, *Céline SARL vs. Céline SA*, věc C17/06. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0017>; Ve vztahu k obchodnímu jménu v poměrech českého práva srov. též rozsudek občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 8. 3. 2017, sp. zn. 31 Cdo 3375/2015.

<sup>2</sup> ROZEHNALOVÁ, N., K. DRLIČKOVÁ, T. KYSELOVSKÁ a J. VALDHANS. *Úvod do mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, s. 86–88.

Abychom však byli schopni učinit kvalifikaci předmětného skutkového stavu, musíme určit, pravděpodobně příslušné soudy státu pro řešení tohoto sporu dle subsumpcie (podřazení) zkoumaného skutkového stavu pod příslušné normy mezinárodního práva soukromého státu, na jehož území by se měla podat žaloba na ochranu porušeného práva. De facto je potřeba provést určitou pracovní (prvotní) kvalifikaci zkoumaného skutkového stavu (např. optikou práva sídla poškozeného podnikatele) a pro takto kvalifikované (protiprávní) jednání určit, které soudy jsou mezinárodně příslušné. Tímto způsobem učiněný závěr (o mezinárodní příslušnosti soudů určitého státu) poté ověříme v kontextu právního řádu státu, jehož soudy jsme určili jako mezinárodně příslušné, zdali byla naše prvotní kvalifikace správná (tj. zda i právo *lex fori* pohlíží na jednání rušitele jako na jednání porušující právo k obchodnímu jménu)<sup>3</sup>. Jinak řečeno, zda soudy tohoto státu mají dle pravidel *lex fori* vskutku mezinárodní pravomoc k řešení tohoto sporu.

Problémů v právě nastíněném (úvahovém) postupu se může vyskytnou hned několik. Uveďme si modelový případ: na území Polska je zasaženo neoprávněným užíváním označení „Peter Čiko – Čičí koffí“ do práva k obchodnímu jménu slovenského podnikatele českým podnikatelem (optikou slovenského práva). Slovenský podnikatel se chce domáhat ochrany svého práva a podá negatorní a restituční žalobu proti českému podnikateli v České republice (u soudů země, v níž je rušitel domicilován; viz níže). Avšak při podání žaloby je slovenský podnikatel nemile překvapen, neboť mu dle českého práva (rozhodného práva pro konečnou kvalifikaci; byť by bylo právem rozhodným pro posouzení důvodnosti uplatněných nároků polské právo dle hraničního určovatele *lex loci protectionis*) nesvědčí k označení „Peter Čiko – Čičí koffí“ právo k obchodnímu jménu jako nezapsanému (neregistrovanému) označení podnikatele do českého obchodního rejstříku, neboť takové právo český právní řád nezná.<sup>4</sup> Jeho nárok tedy bude kvalifikován českým soudem jako nárok z porušení zákazu nekalosoutěžního jednání. Tato skutečnost by mohla vést k jinému závěru o mezinárodní příslušnosti soudů státu, byly-li by dle českého mezinárodního práva soukromého k rozhodování sporů z porušení zákazu nekalé soutěže mezinárodně příslušné např. soudy státu, na jehož území došlo

<sup>3</sup> KESSEDJIAN, C. Current International Developments in Choice of Law: An Analysis of the ALI Draft. In: BASEDOW, J., J. DREXL, A. KUR a A. METZGER (eds.). *Intellectual Property in the Conflict of Law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, s. 24.

<sup>4</sup> Termín „obchodní jméno“ české právo od 1. ledna 2001, kdy byl nahrazen termínem „obchodní firma“ v § 8 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, nezná. Tímto dnem došlo zároveň k zúžení ochrany „práva k obchodnímu jménu“ na našem území, neboť „právo k obchodní firmě“ bylo nově přiznáváno pouze podnikatelům zapsaným do obchodního rejstříku a nikoli všem podnikatelům. Právo k obchodnímu jménu dnes český právní řád (pod pojmem právo k obchodní firmě) obdobně přiznává pouze podnikatelům zapsaným do obchodního rejstříku; viz § 423 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku. Z uvedeného tedy plyne mimo jiné závěr, že termín „právo k obchodnímu jménu“ je v poměrech českého práva významově širším pojmem než termín „právo k obchodní firmě“, neboť zahrnuje právo k označení podnikatele zapsaného i nezapsaného v obchodním rejstříku. Blíže viz PULLMANNOVÁ, H. Právo k obchodnímu jménu zahraničního podnikatele na území České republiky v mezinárodních souvislostech. *Právní rozhledy*, Praha: C. H. Beck, 2020, roč. 28, č. 6, s. 216–222.

k narušení soutěže. V uvedeném případě tomu tak však není a český soud je oprávněn spor projednat a rozhodnout.

Uvedený případ má demonstrovat situaci, kdy v případě prvotní kvalifikace můžeme dojít k závěru, že jde o mimosmluvní porušení práva k průmyslovému vlastnictví, avšak optikou následně provedené kvalifikace dle *lex fori* (resp. dle kvalifikační metody místa sudiště) je možné, že dospějeme k závěru, že mezinárodní soudní pravomoc tomuto státu nesvědčí a žalobce bude odkázán se svým nárokem k soudům jiného státu. Obdobně může nastat i situace, kdy pohledem pracovní kvalifikace učiníme závěr, že došlo (pouze) k porušení zákazu nekalosoutěžního jednání, avšak optikou kvalifikace podle *lex fori* nakonec uzavřeme, že jde o porušení neregistrovaného práva k průmyslovému vlastnictví a soud vysloví nedostatek své pravomoci k rozhodování v dané věci.

Z uvedeného tak plyne, že je důležité být si vědom nezávaznosti pracovní kvalifikace a rozhodujícího vlivu (konečné) kvalifikace dle *lex fori* při řešení otázky, u soudů kterého státu se má poškozený podnikatel domáhat ochrany. Nadto při kvalifikaci konkrétního protiprávního jednání za účelem jeho podřazení pod rozsah norem unijního práva musíme zohlednit též nutnost autonomního výkladu pojmů obsažených v těchto normách.<sup>5</sup>

S ohledem na právě uvedené vycházíme níže z předpokladu, že absolutní právo k obchodnímu jménu podnikatele v právním řádu, dle něž činíme kvalifikaci, existuje a je zároveň řazeno mezi práva výlučně majetkové povahy (tedy nikoli práva osobnostní, ani smíšené povahy).<sup>6</sup> Ve většině zemí světa by měl být tento předpoklad díky čl. 8 Pařížské úmluvy na ochranu průmyslového vlastnictví realitou.

V případě použití unijních norem pro určení sudiště ve sporech z porušení práv k průmyslovému vlastnictví, resp. při použití nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále jen „nařízení Brusel I bis“), však výše nastíněný *kvalifikační problém* nenastává, neboť v případě sporů z mimosmluvních vztahů vyplývajících z porušení práv k duševnímu vlastnictví neobsahuje nařízení Brusel I bis v tomto směru žádnou speciální normu, jež by měla mít přednost před obecnými pravidly určující sudiště ve sporech z deliktálních a kvazideliktálních jednání s mezinárodním prvkem (viz dále).

## 2 Rozhodující kritéria pro určení sudiště

Co je tedy pro podnikatele důležité znát, popř. zjistit, aby správně určil soudy státu, u nichž se může domáhat ochrany vůči rušiteli jeho práva k obchodnímu jménu?

<sup>5</sup> ROZEHNALOVÁ, DRLIČKOVÁ, KYSELOVSKÁ, VALDHANS, op. cit., s. 93–95.

<sup>6</sup> K osobní, majetkové a smíšené povaze práva a vlivu této skutečnosti na nakládání s tímto právem srov. PULLMANNOVÁ, H. Název podnikatele jako věc a převod práv k němu se vztahujících. *Obchodní právo*, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, roč. 28, č. 10, s. 2–10.

Rozhodujícím faktorem pro určení mezinárodně příslušných soudů optikou českého práva, v němž normativně působí i nařízení Evropské unie (čl. 288 věta druhá Smlouvy o fungování Evropské unie)<sup>7</sup>, jejichž základní vlastností je aplikační přednost<sup>8</sup> před národní právní úpravou, není s největší pravděpodobností okolnost, na jakém území zahraniční podnikatel, jehož právo k obchodnímu jménu bylo porušeno (či ohroženo), vyvíjí svou podnikatelskou činnost, ale naopak skutečnost, kde má bydliště rušitel (brzy žalovaný) uvedeného práva.<sup>9</sup> Jde o projev klasické zásady *actor sequitur forum rei*, tj. že žalobce následuje žalovaného k jeho soudu.<sup>10</sup>

S největší pravděpodobností pro určení mezinárodně příslušných soudů totiž vyjdeme právě z nařízení Brusel I bis, budou-li naplněny podmínky pro jeho použití<sup>11</sup> (tj. osobní, věcná, časová a místní působnost; viz čl. 1, čl. 4, čl. 25, čl. 26, čl. 81 nařízení Brusel I bis).

Na území členských států Evropské unie by mohly mít aplikační přednost před nařízením Brusel I bis normy mezinárodního původu, jež by námi zkoumanou otázku upravovaly v postavení *lex specialis* vůči nařízení Brusel I bis, a to i v případech, že by byly tyto normy uzavřeny výlučně mezi členskými státy Evropské unie (čl. 71 odst. 1 nařízení Brusel I bis). Existenci takových mezinárodních smluv je potřeba ověřit vždy v konkrétně řešených případech.

Ostatní mezinárodní smlouvy uzavřené mezi členskými státy a nečlenskými státy Evropské unie lze použít přednostně před nařízením Brusel I bis pouze ve vztahu mezi členským státem a nečlenským státem Evropské unie, avšak nikoli mezi členskými státy Evropské unie navzájem (čl. 351 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie).<sup>12</sup> Stejně tak není dotčena nařízením Brusel I bis použitelnost dvoustranných úmluv a dohod uzavřených mezi členským a nečlenským státem Evropské unie přede dnem 1. března 2002 v otázkách upravených nařízením Brusel I bis (čl. 73 odst. 3 nařízení Brusel I bis).

<sup>7</sup> Srov. též TOMÁŠEK, M. a V. TÝČ. *Právo evropské unie*. 2. vyd. Praha: Leges, 2017, s. 94–95, 107–108.

<sup>8</sup> Srov. rozhodnutí Soudního dvora ze dne 15. července 1964, *Flaminio Costa vs. E.N.E.L.*, věc 6/64. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:61964CJ0006>

<sup>9</sup> Srov. bod 52, 55, 57, 62 rozhodnutí Soudního dvora (šestého senátu) ze dne 13. července 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA vs. Universal General Insurance Company (UGIC)*, věc C412/98. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:61998CJ0412>

<sup>10</sup> MAGNUS, U.; MANKOWSKI P. (eds). *Brussels I Regulation (European Commentaries on Private International Law)*. München: Sellier, 2007, s. 71, 94, 193; KONO, T (ed). *Intellectual Property and Private International Law. Comparative Perspectives*. Eford and Portland: Hart Publishing, 2012, s. 24–26; ROZEHNALOVÁ, N., K. DRLIČKOVÁ, T. KYSELOVSKÁ a J. VALDHANS. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 181.

<sup>11</sup> Ve vztahu k Dánsku použijeme nařízení Brusel I bis s ohledem na Dohodu mezi Evropským společenstvím a Dánským královstvím o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech z roku 2013. Dostupné z: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:22013A0321\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:22013A0321(01))

<sup>12</sup> Srov. též čl. 64 až čl. 68 Luganské úmluvy.

V případech aplikace norem mezinárodního práva soukromého *lex fori*, které by nevedly k aplikaci nařízení Brusel I bis, lze polemizovat i s premisou učiněnou výše, a to, zda je pro určení mezinárodní soudní pravomoci státu rozhodujícím faktorem (zejména) umístění bydliště rušitele (žalovaného). V konkrétních případech totiž mohou příslušné právní normy jako určujícího kritéria použít i jiných faktorů.

V dalších částech článku se nicméně autorka věnuje již jen nařízení Brusel I bis jako souboru norem mezinárodního práva soukromého, který aplikujeme ve většině sporů z porušení práva k obchodnímu jménu vyskytnuvších se na území Evropské unie.

Kritérium bydliště je uvedeno v čl. 4 odst. 1 nařízení Brusel I bis. Pro jeho interpretaci platí následující závěry.

Pro určení bydliště rušitele *fyzické osoby* použije soud, u něhož je podána žaloba, právo státu, v němž má mít tato osoba bydliště (čl. 62 nařízení Brusel I bis). Přičemž není vyloučeno, aby měl žalovaný bydliště ve vícero zemích Evropské unie.

Pro určení bydliště rušitele *právníké osoby* je nutné vyjít z autonomního výkladu čl. 63 nařízení Brusel I bis, který vypočítává možnosti, kdy má rušitel právnická osoba bydliště na území určitého státu. Jedná se o situace, kdy má tato osoba v zemi (i) sídlo ve smyslu rejstříkového sídla, (ii) ústředí, tj. rozhodující management společnosti či hlavní řídicí orgány společnosti, nebo (iii) hlavní provozovnu, tj. centrum svých ekonomických, průmyslových a obchodních zájmů, či místo, z něž je řízena většina obchodních vztahů společnosti, popř. místo, kde vykonává závislou práci většina zaměstnanců společnosti a kde je umístěn její majetek.<sup>13</sup>

Z právě uvedených závěrů mimo jiné vyplývá, že určení bydliště rušitele spadá *de facto* v jeden okamžik s okamžikem učinění (ověření) závěru o aplikaci nařízení Brusel I bis v rozsahu jeho osobní působnosti (tj. že žalovaný má bydliště na území Evropské unie), nevycházíme-li z předpokladu o aplikaci nařízení Brusel I bis na základě jeho čl. 25, který upravuje možnou prorogaci stran sporu, a čl. 26, který hovoří o tzv. tiché prorogaci (viz níže).

Máme-li tedy určeno základní kritérium (bydliště rušitele) pro určení státu, jehož soudy jsou mezinárodně příslušné k řešení sporu z porušení práva k obchodnímu jménu, můžeme přistoupit k aplikaci konkrétních právních norem nařízení Brusel I bis určujících mezinárodní soudní pravomoc k řešení námi zkoumané množiny sporů.

Základním pravidlem pro určení mezinárodně příslušných soudů nařízení Brusel I bis je jeho čl. 4 odst. 1, reflektující základní zásadu *actor sequitur forum rei*. V alternaci k tomuto pravidlu však může žalobce (poškozený podnikatel) využít pravidla uvedeného v čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis (odhlédněme opět od možnosti využít čl. 25 a čl. 26 nařízení Brusel I bis; k nim později). Přičemž na vůli žalobce je, které z právě uvedených

<sup>13</sup> STONE, P. *Private International Law in the European Union*. 4. vyd. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2018, s. 101–103.

ustanovení při podání žaloby preferuje.<sup>14</sup> Může tak tedy volit mezi soudy států, v nichž má (i) žalovaný fyzická osoba bydliště, či žalovaný právnická osoba sídlo/ústředí/hlavní provozovnu, nebo (ii) ve kterém došlo nebo může dojít ke škodné události – což pokrývá jak místo *delicti commissi*, tak místo *damni infecti*.<sup>15</sup>

K využití pravidla uvedeného v čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis může žalobce přikročit dokonce i v situaci, kdy soud, u kterého podal žalobu, nemá za prokázáno, že rušitel – občan některého členského státu Evropské unie – má bydliště mimo území Evropské unie, *avšak* ani za prokázáno, že by měl rušitel bydliště v některém členském státě Evropské unie; v těchto případech se pohlíží na rušitele jako by měl bydliště v Evropské unii, jen jej nelze přesně určit (a využít tak pravidla v čl. 4 odst. 1 nařízení Brusel I bis).<sup>16</sup> Pojem škodná událost, jenž představuje (další) určující kritérium čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis (vedle umístění bydliště rušitele na území Evropské unie), je potřeba vykládat autonomně a se zohledněním vyvíjející se judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) k této otázce.

Škodná událost se může realizovat díky porušení chráněného zájmu (v našem případě práva k obchodnímu jménu) v prostředí internetu v mnoha zemích zároveň.<sup>17</sup> Zde poté platí, dle judikatury SDEU, že soudy, jež by byly určeny jako příslušné pro spor z porušení práva k obchodnímu jménu dle místa *delicti commissi*, by mohly rozhodovat o nároku žalobce na náhradu škody, která by žalobci vznikla na území i vícera zemí (tedy o škodě v celém jejím rozsahu), avšak soudy, jež by byly určeny jako příslušné pro spor z porušení práva k obchodnímu jménu dle místa *damni infecti*, by mohly rozhodovat (jen) o nároku žalobce na náhradu škody, jež vznikla na území tohoto státu, neboť ve vztahu k jinde vzniknuvší škodě zde není dostatečně úzký vztah, jenž by odůvodňoval odchýlení se od základní zásady *actor sequitur forum rei*.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Jde o legitimní prostor pro uvážení žalobce, které *lex fori* v úvahu přicházejících jurisdikcí pro něj bude v případě podání žaloby příznivější (*forum shopping*). Srov. MALACKA M. a L. RYŠAVÝ. *Mezinárodní právo soukromé: zásady obecné a zvláštní části*. Praha: Leges, 2019, s. 48–49.

<sup>15</sup> Srov. rozhodnutí Soudního dvora ze dne 30. listopadu 1976, *Handelskekerij G. J. Bier BV vs. Mines de potasse d'Alsace SA*, věc 21-76. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:61976CJ0021>

<sup>16</sup> Viz Body 37–42 rozhodnutí Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 15. března 2012, *G vs. Cornelius de Visser*, věc C-292/10. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0292>

<sup>17</sup> Jaká kritéria mohou být rozhodná pro závěr, zda došlo k užití určitého označení na území konkrétního státu, je-li předmětné označení použito na internetu, rozebírá čl. 2 a 3 Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet (with Explanatory Notes). *World Intellectual Property Organization* [online]. 2002. Dostupné z: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_845.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_845.pdf)

<sup>18</sup> Srov. rozhodnutí Soudního dvora ze dne 7. března 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL a Chequepoint International Ltd vs. Presse Alliance SA*, věc C68/93. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:61993CJ0068>

Nicméně jelikož judikatura SDEU v oblasti práva k duševnímu vlastnictví nevyžaduje, aby bylo předmětné protiprávní jednání jakkoli „zaměřeno na území státu“, v němž došlo ke vzniku škody zásahem do práva žalobce (jinak řečeno v němž je umístěno místo *damni infecti*),<sup>19</sup> může být takových míst velmi mnoho, resp. tolik, v kolika zemích svědčí poškozenému právo k obchodnímu jménu, předmětné protiprávní jednání je zde dostupné prostřednictvím sítě internet a došlo zde v důsledku dostupnosti předmětného protiprávního jednání prokazatelně ke vzniku škody.<sup>20</sup>

Domáhání se ochrany práva k obchodnímu jménu může být pro podnikatele v uvedených případech neúměrně časově a ekonomicky náročné, rozhodli-li by se jít cestou (několika) míst *damni infecti*, a proto lze očekávat, že v případě, kdy využije poškozený podnikatel možnosti zažalovat rušitele dle čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis, bude preferovat určení sudiště dle místa *delicti commissi*.<sup>21</sup>

Později byly vlivem judikatorního vývoje procesní možnosti žalobce (poškozeného podnikatele) doplněny o další možné sudiště, a to soudy státu, na jehož území má poškozený „centrum svých zájmů“, přičemž tyto soudy mohou (též) rozhodovat o celém nároku na náhradu škody – tedy i o škodách vzniknuvších na území jiných států.<sup>22</sup> Uvedené kritérium však jako silně nepředvídatelné a vybočující z do té doby zastávaného názoru (zdůrazňujícího právní jistotu a restriktivní výklad výjimek ze zásady *actor sequitur forum rei*) jak doktrínou, tak samotným SDEU, bylo podrobeno nemalé odborné kritice.<sup>23</sup>

Nesouhlas odborné veřejnosti SDEU zohlednil v bodech 23–25 rozhodnutí *Wintersteiger*, když uvedl, že kritérium „centra zájmů poškozeného“ považuje za nikoli vhodné ve sporech z porušení práv k registrovaným právům k duševnímu vlastnictví, když bylo vytvořeno v kontextu porušení osobnostních práv, jež jsou chráněna ve všech členských státech

<sup>19</sup> Srov. bod 43 rozhodnutí Soudního dvora (čtvrtého senátu) dne 3. října 2013, *Peter Pinckney vs. KDG Mediatech AG*, věc C170/12. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0170>

<sup>20</sup> Srov. rozhodnutí Soudního dvora (čtvrtého senátu) dne 22. ledna 2015, *Peř Hejduk vs. EnergieAgentur.NRW GmbH*, věc C441/13. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0441>

<sup>21</sup> Srov. LUTZI, T. *Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach. International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, 2017, roč. 66, č. 3, s. 691–693. DOI: 10.1017/S0020589317000240

<sup>22</sup> Srov. rozhodnutí Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 21. října 2011, *eDate Advertising GmbH a další vs. X a Sociétés MGN LIMITED*, věc C509/09 a C-161/10. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/?uri=CELEX:62009CJ0509>

<sup>23</sup> Např. KRÁLÍČEK, J. *Proszazování práv k duševnímu vlastnictví a pravomoc dle nařízení Brusel I*. Disertační práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014, s. 157–160, 180–182; KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní příslušnost soudů ve sporech z porušení práv právnické osoby zveřejněním údajně nesprávných informací na internetu. Revue pro právo a technologie*, Masarykova univerzita, 2017, roč. 8, č. 16, s. 116. DOI: 10.5817/RPT2017-2-6; a literatura zde citovaná.

Evropské unie bez potřeby učinění formálního úkonu.<sup>24</sup> Jelikož je ale právo k obchodnímu jménu právem s neformálním okamžikem vzniku, přiklání se autorka k závěru, že uvedeného kritéria lze využít v případech porušení práva k obchodnímu jménu jako neregistrovanému právu k duševnímu vlastnictví.<sup>25</sup> Za centrum zájmů poškozeného by pak v souladu s judikaturou SDEU bylo rozuměno místo „hlavní podnikatelské činnosti“ žalobce jako poškozeného podnikatele.<sup>26</sup>

Ve vztahu k vymezení hranice mezi aplikací čl. 7 odst. 1 a čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis lze uvést, že v případech, kdy rušitel převezme např. v licenční smlouvě na sebe výslovně závazek, že neporuší právo k obchodnímu jménu v jiných zemích, než v nichž získal od druhé strany právo užívat (takto licencované) označení, lze porušení této převzaté povinnosti subsumovat pod čl. 7 odst. 1 nařízení Brusel I bis; v ostatních případech se bude jednat o deliktní jednání a aplikujeme čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis.<sup>27</sup> Třetí možnost není dána.<sup>28</sup>

Jak již bylo naznačeno výše, podmínka bydliště žalovaného v zemi Evropské unie, za účelem aplikace nařízení Brusel I bis, nemusí být splněna v případě existence materiálně platné (prorogační) dohody stran sporu o tom, které soudy členského státu Evropské unie budou mít pravomoc jejich spor projednat a rozhodnout jej (viz čl. 25 nařízení Brusel I bis). Materiální platnost takového dohody se přitom posuzuje podle práva státu, v němž má být spor řešen (bod 20 preambule nařízení Brusel I bis). V tomto případě se aplikuje nařízení Brusel I bis bez ohledu na umístění bydliště rušitele (žalovaného).

K obdobnému výsledku vede i čl. 26 nařízení Brusel I bis, jenž hovoří o „tiché prorogaci“, což znamená, že žalovaný se dobrovolně účastní řízení u soudu, jenž je podle jiných ustanovení nařízení Brusel I bis mezinárodně nepřislušným k projednání a rozhodnutí o věci, a nenamítá jeho nepřislušnost (čl. 26 nařízení Brusel I bis).

Pro úplnost, abychom zmínili všechny v úvahu připadající pravidla určující mezinárodně příslušné soudy ve sporech z porušení (či ohrožení) práva k obchodnímu jménu s mezinárodním prvkem, je vhodné zmínit, že aplikace čl. 24 bodu 4. nařízení Brusel I bis není

<sup>24</sup> Srov. rozhodnutí Soudního dvora (prvního senátu) ze dne 19. dubna 2012, *Wintersteiger AG vs. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, věc C523/10. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0523>

<sup>25</sup> KRÁLÍČEK, op. cit., s. 167–168, 182; Srov. rozhodnutí Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 17. října 2017, *Bolagsupplysningen OÜ a Ingrid Iisjan vs. Svensk Handel AB*, věc C194/16. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0194>

<sup>26</sup> Bod 41 rozhodnutí SDEU uvedeného v předcházející poznámce pod čarou.

<sup>27</sup> Srov. rozhodnutí Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 27. září 1988, *Athanasios Kalfelis vs. Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst and Co. and others*, věc C189/87. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61987CJ0189>; rozhodnutí Soudního dvora (sedmého senátu) ze dne 13. března 2014, *Marc Brogitter vs. Fabrication de Montres Normandes EU RL a Karsten Fräjsdorf*, věc C548/12. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0548>

<sup>28</sup> MAGNUS, MANKOWSKI, op. cit., s. 184–186; Srov. též VALDHANS, J. *Právní úprava mimosmluvních závazků s mezinárodním prvkem*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 18–41.

namíste [nehledě na skutečnost, že tato výlučná příslušnost se vztahuje pouze na spory týkající se otázky existence (platnosti) práv k duševnímu vlastnictví]<sup>29</sup>, neboť právo k obchodnímu jménu vzniká neformálně<sup>30</sup> prvním veřejným užitím označení v obchodním styku svým nositelem, tj. bez nutnosti udělení či zápisu práva do veřejného seznamu v dané zemi. Způsob vzniku práva k obchodnímu jménu tak představuje výjimku z pravidla formálního vzniku průmyslových práv k nehmotným statkům.<sup>31</sup> Ve sporech z porušení práva k obchodnímu jménu tak není žalobce vystaven potenciálnímu „torpédování“ svých snah (i) námitkami (prosení obranou) neexistence (neplatnosti) práva k obchodnímu jménu žalobce, jež by musely být projednávány u soudů (vždy konkrétního jednoho) státu, v němž je obchodnímu jménu poskytována ochrana; či dokonce podáním (ii) určovací žaloby na neexistenci práva k obchodnímu jménu žalobce ve státě, v němž je obchodnímu jménu poskytována ochrana.<sup>32</sup>

Nicméně může nastat situace, kdy má rušitel bydliště mimo území členských států Evropské unie a neexistuje zde ani platná prorogační dohoda ve prospěch země Evropské unie. V těchto případech aplikuje soud<sup>33</sup>, u něhož podnikatel podá žalobu pro zodpovězení otázky, zda má mezinárodní soudní pravomoc pro řešení daného sporu (jiné) normy svého mezinárodního práva soukromého – tedy nikoli nařízení Brusel I bis (srov. čl. 6 odst. 1 nařízení Brusel I bis).

V případě České republiky by se jednalo o § 6 odst. 1 zákona č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém (dále jen „ZMPS“), ve spojení s § 6 zákona č. 221/2006 Sb., o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví a ochraně obchodního tajemství, a § 39 odst. 2 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů

<sup>29</sup> KONO, op. cit., s. 38–39.

<sup>30</sup> HAJN, P. a I. TELEČ. Czech Republic. In: LANGE, P. (ed.). *International Trade Mark and Signs Protection, A Handbook*. München: C. H. Beck a Portland: Hart Publishing, 2010, s. 281; Těž ŠKREKO, A. Priemyselné práva v informačnej a poznatkovo orientovanej spoločnosti. In: ŠVIDROŇ, J. (ed.). *Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva*. Bratislava: VEDA, 2009, s. 581; BOHÁČEK, M. Obchodní jméno (firemní označení). In: BOHÁČEK, M. a kol. *Právo průmyslového a jiného duševního vlastnictví*. Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze, 1994, s. 66, 70.

<sup>31</sup> Jednou z dalších výjimek, která se uplatňuje u práva k obchodnímu jménu, je specifická doba trvání tohoto práva, neboť právo k obchodnímu jménu zaniká okamžikem, kdy přestane jeho nositel pod daným označením vykonávat podnikatelskou činnost. Co do času není právo k obchodnímu jménu jinak omezeno ani podmíněno (např. placením udržovacích poplatků). Srov. též KYSELOVSKÁ, T. a P. KOUKAL. *Mezinárodní právo soukromé a právo duševního vlastnictví – kolizní otázky*. Brno: Masarykova univerzita, 2019, s. 109–110.

<sup>32</sup> Blíže srov. KRÁLÍČEK, op. cit., s. 211–262; KONO, op. cit., s. 39–42, 100–103.

<sup>33</sup> Přičemž v případě podání žaloby u soudu ve Švýcarsku, Norsku, či na Islandu použijeme pravidla v zásadě obdobná těm, která nalezneme v nařízení Brusel I bis, díky Úmluvě o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech ze dne 30. října 2007 z Lugana (dále jen „Luganská úmluva“), neboť tato úmluva obsahově odpovídá předchozí „verzi“ nařízení Brusel I bis, a to nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech.

a o změně některých dalších zákonů, nebylo-li by tu jiné právní normy požívající aplikační přednost před zákonem, např. ve dvoustranné či vícestranné mezinárodní smlouvě (srov. čl. 1 odst. 2 a čl. 10 Ústavy České republiky a § 2 ZMPS).

Kvalifikoval-li by však český soud v žalobě specifikované protiprávní jednání jako porušení zákazu nekalosoutěžního jednání, a nikoli jako zásah do práva k průmyslovému vlastnictví, dovodili bychom pravomoc českých soudů dle § 6 odst. 1 ZMPS ve spojení s § 9 odst. 2 písm. h) a § 84 a násl. zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu.

### 3 Mnohost rušitelů (žalovaných)

Jako dílčí otázkou k této problematice se lze zabývat také tím, zda v případě, že vícero rušitelů (domicilovaných v různých státech) zasáhne (či ohrozí) práva k obchodnímu jménu na území vícera zemí, se lze domáhat ochrany těchto práv u soudu jednoho státu vůči všem rušitelům zároveň, anebo zda je potřeba žalovat rušitele vždy samostatně (i) v jednotlivých státech, kde škoda vznikla, (ii) kde vznikla událost vedoucí ke vzniku škody, či (iii) kde jsou tyto osoby domicilovány. Jinak řečeno, zda je nutné domáhat se ochrany práva k obchodnímu jménu vždy v několika samostatných řízeních, či nikoli.

Jak již bylo uvedeno výše, totožnou mezinárodní příslušnost soudů pro několik sporů z porušení práv k duševnímu vlastnictví (tedy bez ohledu na bydliště rušitelů) lze založit využitím institutu prorogace, popř. tzv. tiché prorogace. Přičemž následně, umožňuje-li to procesní právo *lex fori*, je teoreticky možné spojit řízení o sporech, jež spolu souvisí optikou procesního práva *lex fori* ke společnému projednání. Tím by dosáhl žalobce výše uvedeného cíle. Obdobně může žalobce dosáhnout stejného výsledku, zažaluje-li rušitele (všechny domicilované v Evropské unii) v místě škodné události jako důsledku společného protiprávního jednání těchto osob, či v místě centra svých zájmů (viz čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis).

Spojení řízení proti vícero rušitelům (všem domicilovaným v Evropské unii)<sup>34</sup> z jednoho deliktního jednání podáním žaloby k soudu členského státu Evropské unie, v němž má alespoň některý z nich bydliště, je možné dle čl. 8 bodu 1. nařízení Brusel I bis. Žalobou ale musí být uplatněny nároky, jež spolu natolik úzce souvisí, že je účelné projednat je společně (vykládáno autonomně), což znamená, že takové spojení bude možné pouze v případě, že spojení věcí usnadní řádný výkon spravedlnosti, minimalizuje možnost souběžných řízení, předejde situaci, kdy by mohlo dojít k vydání vzájemně

<sup>34</sup> Nelze založit mezinárodní příslušnost soudu členského státu Evropské unie pro řízení proti žalovanému, který nemá domicil na území Evropské unie na základě čl. 8 bodu 1. nařízení Brusel I bis. Srov. bod 55 rozhodnutí Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 11. dubna 2013, *Land Berlin vs. Ellen Mirjam Sapir a další*, věc C-645/11. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0645>. Uvedené však nevyklučuje možnost spojit řízení vedené proti několika rušitelům domicilovaných v Evropské unii s řízením proti rušiteli domicilovanému mimo Evropskou unii podle procesních norem *lex fori*.

si odporujících rozhodnutí a případná rozdílná rozhodnutí musí spadat do téže faktické a právní situace.<sup>35</sup> Uvedeným postupem lze tak vychýlit základní zásadu *actor sequitur forum rei* vůči rušitelům nedomicilovaným ve státě soudu zvoleného žalobcem v řízeních, která spolu velmi úzce souvisí.

Vhodné je ale také dodat, že jelikož lze uvedeným postupem nerespektovat základní zásadu *actor sequitur forum rei* uvedenou v čl. 4 odst. 1 nařízení Brusel I bis ani alternativní pravidlo uvedené v čl. 7 odst. 2 nařízení Brusel I bis, měl by být využíván spíše zřídka, neboť se jedná o výjimku z primárních pravidel, která má být z povahy věci vykládána restriktivně.<sup>36</sup>

#### 4 Srovnání s CLIP Principles

V oblasti mezinárodního práva soukromého a jeho aplikace ve vztahu k porušování práv k duševnímu vlastnictví existuje několik akademických vzorových úprav fungujících jako *soft law* pro státy a vyšší integrační celky v této oblasti právní úpravy.<sup>37</sup> Jednou z nich jsou CLIP Principles<sup>38</sup> publikované v roce 2011 z pera European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property.<sup>39</sup>

Pravidla, jež určují poškozenému podnikateli mezinárodně pravomocné soudy státu, u nichž se může domáhat ochrany svého práva k obchodnímu jménu, obsažená v nařízení Brusel I bis a „dotvořená“ judikaturou SDEU, autorka v následující části článku srovnává s pravidly uvedenými v CLIP Principles (s pravidly, jež by preferovala akademická obec evropských států), a to za účelem ověření závěru, že unijní úprava ve sledované oblasti je ve stávající podobě nastavena flexibilněji ve prospěch majitelů práv k duševnímu vlastnictví, než by preferovala doktrína.

Dle pravidel obsažených v druhé části CLIP Principles má pravomoc k řešení sporů z porušení práv k duševnímu vlastnictví dle základního pravidla stát, v němž má žalovaný (rušitel) obvyklé bydliště (čl. 2:201).

Pojem obvyklé bydliště je vykládán pohledem CLIP Principles stejně jako v kontextu nařízení Brusel I bis krom toho, že u rušitele *fyzické osoby* podnikatele je místem obvyklého bydliště *také* místo, ze kterého vykonává tato osoba svou hlavní podnikatelskou

---

<sup>35</sup> Srov. bod 84 rozhodnutí Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 1. prosince 2011, *Eva-Maria Painer vs. Standard Verlags GmbH a další*, věc C-145/10. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0145>; rozhodnutí Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 12. července 2012, *Solvay SA vs. Honeywell Fluorine Products Europe BV a další*, věc C-616/10. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0616>

<sup>36</sup> KRÁLÍČEK, op. cit., s. 73–77.

<sup>37</sup> KYSELOVSKÁ, KOUKAL, op. cit., s. 30–32.

<sup>38</sup> Dostupné z: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final\\_Text\\_1\\_December\\_2011.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final_Text_1_December_2011.pdf)

<sup>39</sup> KYSELOVSKÁ, KOUKAL, op. cit., s. 31.

činnost, a nelze-li určit ani jedno místo obvyklého bydliště u rušitele *právníké osoby*, může být tato osoba žalována ve státě, ve kterém byla založena, popř. ve státě, podle jehož práva byla založena (čl. 2:601).

Alternativně příslušnými na základě čl. 2:202 CLIP Principles jsou pak soudy státu místa *damni infecti*. Přičemž soudy takto určené primárně rozhodují pouze o náhradě škody, která vznikla (se projevila) na území tohoto státu (čl. 2:203 odst. 1 CLIP Principles). Aby mohl soud, jehož pravomoc je založena na základě čl. 2:202, rozhodnout o celém nároku žalobce na náhradu škody, muselo by se jednat o škodu způsobenou prostřednictvím všudypřítomného média (jako je síť internet) a jednání vedoucí ke vzniku této škody by nesmělo mít podstatný účinek ve státě, kde má žalovaný obvyklé bydliště a na území takto rozhodujícího státu (o celé škodě) by musely být provedeny podstatné činnosti podporující předmětné protiprávní jednání, či škoda vzniknuvší na území takto rozhodujícího státu (o škodě v celém jejím rozsahu) by musela být ve vztahu k předmětnému protiprávnímu jednání podstatná (čl. 2:203 odst. 2 CLIP Principles).

Co se týče společného řízení proti vícero žalovaným (z jednoho protiprávního jednání), může být řízení zahájeno proti všem z nich u soudu státu, na jehož území má alespoň jeden z nich obvyklé bydliště a jednotlivá řízení jsou tak úzce propojena, že je vhodné je společně projednat a vyhnout se tak riziku vydání neslučitelných rozhodnutí (čl. 2:206 CLIP Principles). Tyto spory spolu musí fakticky i právně souviset (srov. blíže čl. 2:206 odst. 2). Nicméně nepřislušným bude takto určený soud pro řízení proti žalovanému, jehož příspěvek je ve vztahu k předmětnému sporu (v celém jeho rozsahu) nepodstatný, či jenž je rezidentem v zemi, v níž se nachází takto určený soud, a nárok směřující proti němu je zjevně nepřijatelný (čl. 2:206 odst. 3 věta druhá). Stejně tak další odchylku od výše uvedeného pravidla v čl. 2:206 představuje závěr, že koordinoval-li (řídil-li) jeden z rušitelů hlavní protiprávní činnost ostatních žalovaných, jsou příslušné pro řízení proti všem takto zainteresovaným osobám pouze soudy v zemi, ve které má tento „řídící“ žalovaný obvyklé bydliště (čl. 2:206 odst. 3 věta první).

Základní pravidlo pro určení mezinárodně příslušného soudu je tedy dle CLIP Principles i nařízení Brusel I bis stejné, a to kritérium (obvyklého) bydliště žalovaného, což odpovídá klasické zásadě *actor sequitur forum rei*. Srovnáme-li ale alternativní pravidla pro určení mezinárodně příslušného soudu ve sporech z mimosmluvního porušení práva k duševnímu vlastnictví, dávají CLIP Principles přednost kritériu soudu místa *damni infecti*. Nařízení Brusel I bis v této otázce ponechává pro žalobce na výběr dvě možnosti, a to jak soud místa *damni infecti*, tak soud místa *delicti commissi*.

V otázce, které soudy mohou rozhodnout o nároku na náhradu škody v celém jeho rozsahu, CLIP Principles ve srovnání s nařízením Brusel I bis lépe reflektují ideu, že takovým soudem by měl být ten, který se nachází v zemi, v níž má žalovaný bydliště, mělo-li jednání vedoucí ke vzniku škody v této zemi podstatný účinek, a až poté (jako výjimka ze základního pravidla) by takovým soudem mohl být ten soud, u něhož bude řízení

vedeno efektivněji s ohledem na umístění relevantních skutečností pro vedení řízení (tj. tam, kde byly provedeny podstatné činnosti podporující předmětné protiprávní jednání), nebo s ohledem na nejbližší vztah soudů k předmětnému sporu (tj. tam, kde škodu vzniknuvší z předmětného protiprávního jednání na daném území lze hodnotit jako podstatnou ve vztahu ke škodě jako celku).<sup>40</sup> Přičemž tuto možnost – rozhodnout o nároku na náhradu škody jako celku – umožňují CLIP Principles pouze v případě, že škoda byla způsobena při využití všudypřítomného média (např. internetu, mezinárodního televizního vysílání), a nikoli např. při vydání novinového článku na území vícera zemí (srov. rozhodnutí SDEU v případě *Fiona Shevill*).

Uvedená kritéria jsou dle názoru autorky zároveň předvídatelnější pro (oba) účastníky řízení z pohledu toho, kde může být vedeno řízení, oproti kritériu „centra zájmu poškozeného“, jenž SDEU „vytvořil“ v reakci na svůj předcházející závěr formulovaný v rozhodnutí *Pinckney*, a to, že žalobce se může domáhat náhrady škody proti žalovanému *de facto* u soudů v každém jednotlivém státě světa, vznikla-li mu zde protiprávním jednáním žalovaného škoda, a to ve vztahu k náhradě škody vzniknuvší na území každého jednotlivého státu (tzv. mozaikovitým způsobem). Momentální přístup SDEU a ani jeho předcházející řešení tak není dle autorky úplně nejšťastnější.<sup>41</sup>

## Závěrem

Článek rozebírá jednotlivá kritéria nařízení Brusel I bis, na základě nichž lze určit mezinárodně příslušný soud pro řízení z mimosmluvního porušení (či ohrožení) práva k obchodnímu jménu. Zohledněny jsou přitom zejména závěry vyplývající z judikatury SDEU v této oblasti, a to se zdůrazněním povahy práva k obchodnímu jménu jako neregistrovaného práva k duševnímu vlastnictví.

U rozhodných kritérií způsobilých určit mezinárodní soudní pravomoc státu, včetně těch, jež vzešly z judikatury SDEU, je zodpovězena též otázka, zda se u takto určeného sudiště může žalobce domáhat nároku na náhradu škody v celém jejím rozsahu, tj. i v částech vzniknuvších na území jiných zemí, či nikoli.

Vymezeny byly typově též situace, kde nepoužijeme nařízení Brusel I bis k určení mezinárodně příslušných soudů pro spory z porušení (ohrožení) práva k obchodnímu jménu, ale jiných norem mezinárodního práva soukromého *lex fori*.

V závěru článku pak bylo učiněno srovnání rozhodných kritérií pro určení sudiště pro spory z mimosmluvního porušení práva k obchodnímu jménu obsažených v nařízení Brusel I bis s pravidly uvedenými v CLIP Principles, z čehož vyplynulo, že unijní úprava je nastavena flexibilněji ve prospěch majitelů práv k (neregistrovanému) duševnímu vlastnictví, než preferuje evropská akademická obec, resp. CLIP Principles.

<sup>40</sup> KONO, op. cit., s. 58–59.

<sup>41</sup> Srov. též LUTZI, op. cit., s. 687–696.

# Právo dítěte být slyšeno jako základní participační právo\*

## The Right to Be Heard as a Fundamental Part of Children's Participation

Sabina Čamdžicová\*\*

### Abstrakt

*Článek se věnuje problematice účasti a zapojení nezletilého v civilním soudním řízení, konkrétně v řízení péče soudu o nezletilé, které se ho úzce dotýká a které má vliv na jeho budoucí život. Nezletilý není účastníkem řízení s plnou procesní způsobilostí a proto tato řízení a jeho participační práva vykazují mnoho odlišností od řízení, kterého se účastní pouze dospělí.*

### Klíčová slova

*Nezletilý; participační práva; péče soudu o nezletilé; právo být slyšeno.*

### Abstract

*The article deals with the issue of participation and involvement of a minor in civil court proceedings, specifically in family law matters, which closely affect minor's rights and which affects his future life. Minor is not a party to the proceedings with full procedural competence and therefore these proceedings and his participation rights report many differences from adult-only proceedings.*

### Keywords

*Child; Juvenile; Child Care Proceedings; Child's Participation Rights; Child's Right to be Heard.*

## Úvod

Problematika participačních práv nezletilého dítěte, tedy problematika toho, jakým způsobem má být dítě zapojeno do řízení, které se ho týká, a jaká práva má mít dítě možnost v řízení před soudem přímo uplatnit, je v posledních letech často skloňována. Nejčastěji v souvislosti s právem dítěte být slyšeno.

V minulosti byla Česká republika kritizována<sup>1</sup> Výborem pro práva dítěte za to, že v praxi nedochází k aplikaci všech práv, která dítěti zaručuje Úmluva o právech dítěte<sup>2</sup>, ačkoli

\* Tento článek vznikl za podpory prostředků poskytnutých studentskou grantovou soutěží Univerzity Palackého v Olomouci IGA Právnická fakulta 2019 „Zásahy státu do péče o dítě“ č. projektu IGA\_PF\_2019\_014.

\*\* Mgr. Sabina Čamdžicová, advokátní koncipientka, Toman & Partneři, advokátní kancelář / Associate, Toman & Partneři attorneys at law / E-mail: camdzicova@iustitia.cz

<sup>1</sup> Srov. ZÁVĚREČNÁ DOPORUČENÍ VÝBORU OSN PRO PRÁVA DÍTĚTE přijata po projednání Třetí a čtvrté periodické zprávy České republiky o plnění závazků vyplývajících z Úmluvy o právech dítěte v Ženevě dne 31. 5. 2011.

<sup>2</sup> Sdělení o sjednání Úmluvy o právech dítěte č. 104/1991 Sb.

tato byla řádně implementována do vnitrostátních předpisů. To se týká mimo jiné dítěti garantovaných práv procesního charakteru, neboť v České republice nadále mělo přetrvávat pojetí dítěte spíše jako objektu, o jehož osudu rozhodují dospělí, a nikoli jako subjektu práv, když navíc ne všechna soudní řízení umožňovala přímé zjištění názoru dítěte, a to nezávisle na jeho právním zástupci či opatrovníku. Konkrétně vyslovil Výbor znepokojení, že nedochází k výslechu dítěte v řízeních, ve kterých se rozhoduje o jejich svěřeni do péče či o odebrání dítěte z jeho rodinného prostředí. Od roku 2011 uběhlo již nepochybně mnoho času, kdy mimo jiné česká civilní legislativa prošla zásadními změnami v souvislosti s rekodifikací soukromého práva, která se projevila nejen přijetím tzv. nového občanského zákoníku, ale také zásadní novelizací civilně procesního práva v podobě přijetí nového zákona upravujícího primárně tzv. nesporná řízení, tj. zákona o zvláštních řízeních soudních. V obou těchto předpisech se počítá s aktivním zapojením dítěte do řízení.

S participací dětí na řízeních, která se jich týkají, však i nadále vyvstávají problematické otázky, se kterými se obecné soudy a další subjekty musí vypořádat. Nejedna takový případ však nakonec končí až před Ústavním soudem<sup>3</sup>, který i dnes mnohdy shledá v postupu obecných soudů taková pochybení, kterými je zasaženo do ústavně zaručených práv nezletilých účastníků, potažmo v některých případech i jejich rodičů. Problematika účasti nezletilých na řízení je tak dle mého názoru stále aktuální a vhodná k rozboru.

Dítě je třeba z pohledu soudního řízení vnímat jako plnohodnotného člověka, byť je nezbytné kompenzovat mu neúplnou vyspělost, a je také plnohodnotný účastník řízení, ať už v jakémkoli procesním postavení – dítě může být žalobcem nebo žalovaným ve sporném řízení, může být i navrhovatelem řízení nesporného, případně účastníkem nesporného řízení, o jehož právech a povinnostech se v řízení jedná (nebo o kterém to zákon výslovně stanoví). S účastenstvím souvisí mnohé procesní nástroje a postupy. S ohledem na koncepci procesní způsobilosti, která je odvislá od způsobilosti dítěte k jednotlivému právnímu jednání, může být například problematická otázka, zda dítě může samo (aniž by bylo zastoupeno) svým vlastním úkonem zahájit řízení a činit další procesní úkony.

Dostatečná míra zapojení nezletilého do řízení je žádoucí a odpovídá také mezinárodním závazkům České republiky. Nejvíce se projevuje v právu dítěte být slyšeno ve věci, která se ho týká, neboť se jedná nejen o prostředek zapojení dítěte, ale současně o důležitý podklad pro rozhodnutí soudu, čímž ovlivňuje také spravedlivé rozhodování a práva a povinnosti dalších účastníků, nejčastěji rodičů dítěte. Zapojení dítěte do řízení je však s ohledem na jeho neúplnou vyspělost složitější než u dospělých, protože je třeba v každém jednotlivém případě zohlednit mnoho faktorů. Od rozumové a volní vyspělosti dítěte související s jeho schopností pochopit, o co se v řízení jedná, až po vyhodnocení psychického rozpoložení daného dítěte a tomu přízpůsobený způsob výslechu. To však klade rozsáhlé požadavky – a to i mimoprávní – na osobu soudce.

<sup>3</sup> Což samozřejmě souvisí také s omezenou možností podat rodně v právních věcech dovolání k Nejvyššímu soudu.

## 1 Nezletilé dítě jako účastník řízení

Aby mohl nezletilý uplatňovat participační práva garantována mu právními předpisy, je nezbytné, aby se nejprve stal účastníkem řízení, proto považují za nezbytné zabývat se v tomto článku také procesní subjektivitou a procesní způsobilostí nezletilého alespoň v obecné rovině. Jedním ze základních (obecných) předpokladů účastenství na řízení je způsobilost být účastníkem řízení, tj. právní způsobilost být nositelem procesních práv a povinností<sup>4</sup>. Tzv. procesní subjektivita je podmínkou řízení, jejíž nedostatek je neodstranitelný, a jejíž absence je důvodem pro zastavení řízení<sup>5</sup>. Podle § 19 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OSŘ“) platí, že způsobilost být účastníkem řízení má ten, kdo má právní osobnost, jinak ten, komu ji zákon přiznává. Způsobilost být účastníkem řízení je tak podmíněna právní osobností. Právní osobnost je dle § 15 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“) způsobilost mít v mezích právního řádu práva a povinnosti. Právní osobnost má člověk od narození až do své smrti (§ 23 OZ), přičemž není možné se jí vzdát (§ 16 OZ). Nezletilé dítě tak nabývá způsobilosti být účastníkem řízení už z pouhého faktu, že je člověkem s právní osobností, kterou nabývá narozením. Je-li to v souladu s principem zájmu dítěte, je připuštěno, aby za určitých okolností mělo právní osobnost také počaté dosud nenarozené dítě (viz § 25 OZ). I nasciturus tak může mít za splnění dalších zákonných předpokladů způsobilost být účastníkem řízení.

Ve vztahu k procesním právům a povinnostem a zejména ve vztahu k jejich uplatňování je pak velmi významný pojem procesní způsobilosti, který zakotvuje § 20 OSŘ, podle kterého platí, že každý může před soudem samostatně jednat v tom rozsahu, v jakém je svéprávný. Procesní způsobilostí tak rozumíme schopnost samostatně, tj. vlastními procesními úkony, před soudem jednat, přičemž její rozsah odpovídá rozsahu dosud nabyté svéprávnosti, což je právě u nezletilých účastníků řízení klíčové. Svěprávnost určuje schopnost jednotlivce právně jednat, tj. nabývat pro sebe vlastním jednáním práva a zavazovat se k povinnostem (§ 15 odst. 2 OZ). Svěprávnosti se nabývá postupně, přičemž plné svéprávnosti nabývá člověk dosažením zletilosti, tj. 18 let věku (§ 30 odst. 1 OZ). Před nabytím zletilosti lze plné svéprávnosti nabýt soudním rozhodnutím nebo uzavřením manželství (§ 30 odst. 1 OZ). Ust. § 31 OZ pak stanoví, že nezletilý, který nenabyl plné svéprávnosti, je způsobilý k právním jednáním co do povahy přiměřeným rozumové a volní vyspělosti nezletilých jeho věku. Způsobilostí k právním jednáním se tak nabývá postupně, přičemž věk dítěte hraje určité objektivní hledisko<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> WINTEROVÁ, Alena, Alena MACKOVÁ a kol. *Civilní právo procesní – Část první: Řízení nalézací*. 7. vyd. Praha: Linde Praha, 2014, s. 130.

<sup>5</sup> DOLEŽÍLEK, Jiří. In: DRÁPAL, Ljubomír, Jaroslav BUREŠ a kol. *Občanský soudní řád I. § 1 až 200za. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 108.

<sup>6</sup> KNAPPOVÁ, Marta a Jan DVORÁK. In: ELIÁŠ, Karel a kol. *Občanský zákoník. Velký akademický komentář, 1. svazek, § 1–487*. 1. vyd. Praha: Linde Praha, 2008, s. 84.

Primárně se svéprávnost ke konkrétnímu právnímu jednání posuzuje objektivně podle toho, jaká vyspělost obvykle odpovídá „průměrné osobě“ daného věku, nicméně jsem přesvědčená, že je třeba vždy konkrétní případ posoudit také dle okolností s přihlédnutím k rozumové a volní vyspělosti konkrétního dítěte<sup>7</sup>. K tomuto závěru ostatně opakovaně došel také ÚS, který uzavřel, že „je potřeba individuálně posuzovat vyspělost nezletilého a jeho způsobilost uzavřít určitou smlouvu“<sup>8</sup>. Lze se však setkat i s názorem, že se jedná o hledisko čistě objektivní povahy, a je třeba primárně vycházet při posuzování přiměřenosti rozumové a volní vyspělosti ve vztahu ke všem nezletilým jeho věku<sup>9</sup> s tím, že případné odchylky je třeba prokázat.

Koncept procesní způsobilosti v civilním právu je tedy postaven na odkazu do hmotného práva a závisí na míře svéprávnosti, které nezletilý dosáhnul. Zákon výslovně neupravuje, zda se má míra svéprávnosti posuzovat ve vztahu ke hmotněprávnímu jednání, o které se v řízení jedná, anebo zda ve vztahu k jednotlivým procesním úkonům, které může učinit účastník řízení, nicméně odborná literatura i judikatura se již shodla na tom, že rozhodující je hmotněprávní jednání. S tímto závěrem se plně ztotožňuji. Jak uvádí Šínová<sup>10</sup>, i sám procesní předpis počítá s tím, že může nastat situace, kdy je sice nezletilý způsobilý samostatně právně jednat (a tudíž by měl být procesně způsobilý jednat samostatně před soudem), avšak předseda senátu může s ohledem na okolnosti případu rozhodnout, že má být nezletilý (resp. jiná osoba, která není plně svéprávná) v řízení zastoupen<sup>11</sup>. Vychází se z toho, že procesní úkony jsou odlišné od úkonů hmotněprávních<sup>12</sup> – složitější, a dítěti je třeba kompenzovat neúplnou vyspělost.

V zákoně č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZŘS“) je pak zahrnuto několik specifických řízení, ve kterých je nezletilému přiznána plná procesní způsobilost přímo ex lege, aniž by soud zkoumal způsobilost nezletilého k danému právnímu jednání ani k jednání před soudem. Tím je vlastně rozšířena procesní způsobilost nad rámec svéprávnosti. V těchto řízeních by se tak nemělo užívat ani ust. § 23 OSŘ, jehož uplatněním by byla fakticky omezena možnost nezletilého jednat před soudem samostatně. Výjimkou však může být řízení o osvojení, ve kterém lze nezletilému rodiči jmenovat opatrovníka dle § 23 OSŘ, tento však není oprávněn udělit

<sup>7</sup> Srov. ŠÍNOVÁ, Renáta. Procesní způsobilost nezletilých účastníků řízení (s přihlédnutím k právní úpravě svéprávnosti v novém občanském zákoníku). *Právní rozhledy*. Praha: C. H. Beck, 2011, č. 17, s. 617.

<sup>8</sup> Srov. nález Ústavního soudu ze dne 8. 1. 2019, sp. zn. IV.ÚS 1639/18, ve kterém ÚS řešil otázku způsobilosti nezletilé účastnice ve věku 17 let uzavřít smlouvu o ubytování.

<sup>9</sup> Srov. TINTĚRA, Tomáš. In: KRÍVÁČKOVÁ, Jana, Klára HAMULÁKOVÁ a Tomáš TINTĚRA. *K pojetí člověka a věci v novém soukromém právu*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 14.

<sup>10</sup> ŠÍNOVÁ, Renáta. Procesní způsobilost nezletilých účastníků řízení (s přihlédnutím k právní úpravě svéprávnosti v novém občanském zákoníku). *Právní rozhledy*. Praha: C. H. Beck, 2011, č. 17, s. 617.

<sup>11</sup> Tzv. „pojistka předsedy senátu“ podle § 23 odst. 1 OSŘ.

<sup>12</sup> ŠÍNOVÁ, Renáta. Procesní způsobilost nezletilých účastníků řízení (s přihlédnutím k právní úpravě svéprávnosti v novém občanském zákoníku). *Právní rozhledy*, Praha: C. H. Beck, 2011, č. 17, s. 617.

souhlas s osvojením<sup>13</sup>. Stejně tak lze uvažovat o výjimečné aplikaci pojistky předsedy senátu v případě nezletilého, který sice dosáhne zákonem předvídaného věku (typicky 16 let), nicméně zjevně nedosahuje takového stupně rozumové a volní vyspělosti jako průměrné osoby stanoveného věku. V takovém případě by nejspíš bylo vhodnější chránit procesní práva nezletilého prostřednictvím opatrovníka, nikoli za každou cenu trvat na procesní způsobilosti nezletilého.

Konkrétně mezi tato řízení patří řízení o povolení uzavřít manželství dle § 367 a násl. ZŘS, ve kterém je přiznána plná procesní způsobilost nezletilému, který dosáhl věku 16 let a který hodlá uzavřít manželství (§ 367 ZŘS). Další řízení, ve kterém je nezletilému, který dosáhl věku 16 let, přiznána plná procesní svéprávnost, je řízení ve věcech ochrany proti domácímu násilí dle § 400 a násl. ZŘS. Podle § 431 odst. 2 ZŘS je pak plně procesně způsobilý nezletilý rodič v řízení o osvojení jeho dítěte. Ust. 481 odst. 2 ZŘS pak stanoví, že v řízení o navrácení dítěte v případě mezinárodního únosu je plně procesně způsobilý také rodič dítěte, který dosáhl věku 16 let. Třetí odstavce téhož ustanovení stanoví, že nezletilý rodič dítěte, který není plně svéprávný a nedosáhl věku 16 let, musí být v řízení zastoupen zákonným zástupcem, pokud soud dospěje k závěru, že jeho rozumová a volní vyspělost mu neumožňuje jednat v řízení samostatně. To znamená, že i rodič mladší 16 let může být v tzv. návratovém řízení teoreticky plně procesně způsobilý, pokud soud nedospěje k opačnému závěru. Z povahy věci je logické, že plná procesní způsobilost je přiznána také nezletilému v řízení o přiznání svéprávnosti a nezletilému v řízení o přivolení souhlasu a odvolání souhlasu zákonného zástupce k samostatnému provozování obchodního závodu nebo k jiné obdobné výdělečné činnosti (§ 469 odst. 2 ZŘS ve spojení s § 466 písm. r) a s) ZŘS).

## 2 Participační práva nezletilého v civilním soudním řízení

V českých překladech materiálů UNICEF dostupných na internetu<sup>14</sup> jsou „participation rights“, která mají být vedle dalších práv dítěti garantována, přeložena jako právo na začlenění nebo také jako právo na zapojení do společnosti, přičemž konkrétní články Úmluvy o právech dítěte, kterými mají být tato práva garantována, jsou uvedeny heslem: „Právo na začlenění: *blas, který je slyšet*“<sup>15</sup>.

Takovou definici lze vlastně převést i do civilního soudního řízení. Podstatou toho, že byla i nezletilým přiznána procesní participační práva, je to, že je dítě do řízení přímo zapojeno a má možnost ovlivnit svými vlastními úkony jeho průběh a výsledek, protože, jak opakovaně uvedl Ústavní soud, platí, že „*dítě (účastník řízení) není pouhým objektem rozhodování a není ani důvod upírat mu (jako účastníku řízení) právo být přítomen jeho projednávané věci*“

<sup>13</sup> SVOBODA, Karel, Šárka TLÁŠKOVÁ, David VLÁČIL, Jiří LEVÝ, Miroslav HROMADA a kol. *Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, s 696.

<sup>14</sup> <https://www.unicef.cz/aktualne/82292-umluva-o-pravech-ditete>

<sup>15</sup> [https://www.unicef.cz/odkazove\\_zdroje\\_textove\\_materialy/prava\\_deti/participace.pdf](https://www.unicef.cz/odkazove_zdroje_textove_materialy/prava_deti/participace.pdf)

(čl. 38 odst. 2 Listiny, čl. 12 Úmluvy o právech dítěte, čl. 3 Evropské úmluvy o výkonu práv dětí, § 100 odst. 3, o. s. ř., § 867 občanského zákoníku).“<sup>16</sup>

Participační práva dítěte v řízení slouží tedy k zapojení dítěte do procesu rozhodování, dítěti poskytují větší vliv na rozhodovací činnost. Participace dítěte na řízení je možná za splnění několika podmínek<sup>17</sup>. První z nich je rozumová schopnost dítěte utvořit si vlastní názory. Další podmínkou je věk dítěte, který však nelze chápat jako klíčové objektivní hledisko<sup>18</sup>. To lze ostatně dovodit i ze skutečnosti, že ani Úmluva o právech dítěte, ani Evropská úmluva o výkonu práv dětí<sup>19</sup> nespojují práva dítěte s žádnou věkovou hranicí. Poslední podmínkou je dosažení určitého stupně zralosti dítěte, tj. schopnost dítěte porozumět tomu, co se v řízení zrovna děje, v takovém rozsahu, aby bylo schopno nejen pochopit situaci, ale také vyhodnotit možné důsledky vlastních rozhodnutí do budoucna, případně také vyhodnotit rozhodnutí dalších osob, zejména rodičů nebo orgánů<sup>20</sup>.

Dá se říci, že hovořit o participačních právech dětí je fenoménem posledních let, který nepochybně souvisí s politicko-spoločenskýmizměnami v společnosti. Z minulého režimu nebylo zapojení nezletilého do procesu rozhodování o jeho právech a povinnostech považováno za nutné, protože v duchu socialistické ideologie měla probíhat výchova dětí ve prospěch společnosti a současně dle zákona o rodině<sup>21</sup>; platilo, že „o výchovu dětí pečují v nerozlučné jednotě rodiče, stát a společenské organizace, zejména Československý svaz mládeže a jeho pionýrská organizace“ (§ 30). Je zřejmé, že participace nezletilého se s takovými principy úplně neslučuje. Spolu se změnou politického režimu došlo samozřejmě k upuštění od ideologického smýšlení v duchu socialismu a výchovy dětí ku prospěchu společnosti, nicméně nelze očekávat, že všichni změní své myšlení a přístupy ze dne na den. Paternalistický přístup k dětem<sup>22</sup> je tak v naší společnosti dlouhá léta zakořeněný a projevuje se také v přístupu úřadů, vč. orgánu sociálně právní ochrany dětí (dále jen „OSPOD“) a soudů. Považuji proto za naprosto přirozený vývoj, že k obecnému přijetí myšlenky, že i dítě je plnohodnotným účastníkem řízení, kterému náleží všechna práva jako ostatním účastníkům, dochází až v posledních letech. V této souvislosti je nutné pozitivně vyzdvihnout judikatorní činnost Ústavního soudu, která právo dítěte podílet se na rozhodování o své věci plně respektuje.

<sup>16</sup> Srov. nález Ústavního soudu ze dne 19. 6. 2018, sp. zn. III.ÚS 1265/16.

<sup>17</sup> PTÁČEK, Lubomír. In: MELZER, Filip, Petr TĚGL a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IV. Díl 2. § 794–975*. 1. vyd. Praha: Leges, s. r. o., 2016, s. 1413.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 54/2001 Sb. m. s.

<sup>20</sup> PTÁČEK, Lubomír. In: MELZER, Filip, Petr TĚGL a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IV. Díl 2. § 794–975*. 1. vyd. Praha: Leges, s. r. o., 2016, s. 1413.

<sup>21</sup> Zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, v původním znění.

<sup>22</sup> HOFŠNEIDEROVÁ, Anna. Participační práva dětí mladších 15 let v řízení o činu jinak trestném. In: CIRBUSOVÁ, Martina a Zdeněk KAPITÁN (eds.). *Tradiční jery a nové tendence v oblasti ochrany práv dětí praxe participačních práv a kyberšikana*. Brno: Tribun EU, 2015, s. 59.

### 3 Právo dítěte být slyšeno jako základní participační právo

Jedním ze základních a nejspíš i nejdůležitějších procesních participačních práv dítěte je právo dítěte být slyšeno. Realizace práva být slyšeno umožňuje dítěti vyjádřit svůj názor či přání ve věci, která se ho týká, a to způsobem, který odpovídá jeho rozumové a volní vyspělosti. Jedná se tak o faktickou možnost účastnit se řízení, aniž by na tento úkon byly kladeny jakékoli speciální procesní formální požadavky. Od určitého věku (nebo lépe řečeno stadia vývoje) je tak schopno ho využít téměř každé dítě, aniž by potřebovalo jakékoli znalosti (v konečném důsledku dítě nemusí umět ani číst a psát, aby bylo schopno se vyjádřit). Právu dítěte být slyšeno, které chápu jako procesní způsob zjišťování názoru nezletilého, je proto níže v tomto článku věnován široký prostor.

Je nezbytné také úvodem konstatovat, že právo dítěte být slyšeno je skutečně právem, nikoli povinností. Součástí participačních práv dítěte je také právo volby zůstat pasivní a na řízení se nikterak nepodílet. Ačkoli je právo dítěte být slyšeno jeden z vůdčích principů civilního procesu, kterého se nezletilé dítě účastní, existují výjimky, kdy jej soud nemusí v řízení aplikovat, tedy kdy nemusí být dítě slyšeno. Jednak jsou to případy, kdy je s ohledem na osobu dítěte<sup>23</sup> (at' už s ohledem na rozumovou a volní vyspělost anebo s ohledem na jiné okolnosti případu) efektivnější výslech prostřednictvím jiné osoby – např. prostřednictvím OSPOD nebo prostřednictvím jiné osoby (§ 100 odst. 3 OSŘ, § 867 odst. 2 OZ). Soud je také oprávněn od slyšení dítěte upustit úplně. Může tak učinit v situaci<sup>24</sup>, kdy je z aktuální procesní situace zřejmý nedostatek dalších důkazů, které by soudu umožnily ve věci rozhodnout tak, aby se rozhodnutí jakkoli dotklo práv dítěte. Výslech dítěte by v takovém případě byl nadbytečným.

Soud je oprávněn opustit od slyšení dítěte také v situaci, kdy by výslech byl v rozporu s nejlepším zájmem dítěte. To mohou být situace, kdy by výslech mohl pro dítě znamenat nepřiměřenou psychickou zátěž. V této souvislosti je tak třeba dát za pravdu Ústavnímu soudu, který uzavřel, že „[a]čkoli je výslech dítěte před soudem mnohdy důležitou součástí zjišťování podkladů pro spravedlivé rozhodnutí [...], nemůže a nesmí představovat absolutní povinnost, ale naopak musí být předmětem pečlivého posouzení [...]“.<sup>25</sup>

#### 3.1 Právo dítěte být slyšeno v mezinárodních předpisech

Právo dítěte být slyšeno v řízení, které se týká jeho práv a povinností, je mu garantováno jak na mezinárodní, tak národní úrovni. Podle čl. 12 odst. 1 Úmluvy o právech

<sup>23</sup> Srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 30. 5. 2014, sp. zn. I ÚS 1506/13, kde ÚS konstatoval, že „v daném případě, zejména s ohledem na nízký věk dítěte [6 let – pozn. aut.] a jeho hluboké citové vazby k oběma rodičům, tak ani Ústavní soud nepovažuje procesní výslech nezletilé před soudem za vhodný a potřebný“.

<sup>24</sup> PTÁČEK, Lubomír. In: MELZER, Filip, Petr TÉGL a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IV. Díl 2. § 794–975*. 1. vyd. Praha: Leges, s. r. o., 2016, s. 1414.

<sup>25</sup> Srov. nález Ústavního soudu ze dne 12. 9. 2014, sp. zn. I. ÚS 2643/2013.

dítěte musí stát zabezpečit dítěti, které je schopno formulovat své vlastní názory, právo tyto názory svobodně vyjadřovat ve všech záležitostech, které se jej dotýkají, přičemž se názorům dítěte musí věnovat patřičná pozornost odpovídající jeho věku a vyspělosti. Toto právo má být realizováno zejména poskytnutím možnosti být slyšeno v každém soudním nebo správním řízení, které se jej dotýká, a to buď přímým slyšením dítěte, anebo prostřednictvím zástupce nebo příslušného orgánu, vše v souladu s vnitrostátními procesními předpisy (čl. 12 odst. 2 Úmluvy).

Evropská úmluva o výkonu práv dětí pak obsahuje ustanovení, která mají dětem zaručovat možnost vykonávat svá práva ve svém nejlepším zájmu, za tímto účelem jim poskytnout procesní práva a usnadnit jejich výkon tím, že bude zabezpečeno, aby děti, přímo nebo prostřednictvím jiných osob nebo orgánů, získaly příslušné informace o soudních řízeních, která se jich týkají, a mohly se jich účastnit<sup>26</sup>. Článek 3 EÚVPD stanoví, že „*dítě, které má podle vnitrostátních předpisů dostatečnou schopnost chápat situaci, bude mít v soudním řízení, které se jej týká, zaručena následující práva nebo bude mít možnost se těchto práv domáhat, přičemž mezi tato práva patří právo dostávat příslušné informace, právo být konzultováno a moci vyjádřit svůj názor, a právo být informováno o možných důsledcích vyhovění jeho názoru a o možných důsledcích jakéhokoliv rozhodnutí.*“ V souladu s článkem 6 EÚVPD musí soudní orgán před tím, než rozhodne v řízení, které se týká dítěte, primárně posoudit, zda má dostatečné informace, aby mohl rozhodnout dle nejlepšího zájmu dítěte, a dále, což je rozhodující v kontextu tohoto článku, pokud se podle vnitrostátních předpisů má zato, že dítě dostatečně chápe, o co se v řízení jedná, zabezpečit, aby dítě obdrželo všechny příslušné informace, ve vhodných případech dítě vyslechnout, je-li to třeba, neveřejně, buď přímo nebo prostřednictvím jiných osob nebo orgánů způsobem, který je přiměřený chápání dítěte, pokud to není ve zjevném rozporu s nejlepšími zájmy dítěte, umožnit dítěti vyjádřit svůj názor; a v neposlední řadě vzít názor dítěte náležitě v úvahu.

Právo dítěte být slyšeno rovněž představuje jeden z principů, na kterých má stát řízení týkající se dítěte podle Pokynů Výboru ministrů Rady Evropy o justici vstřícné k dětem<sup>27</sup>, které i jako nezávazné soft law představují cenný zdroj práva, pokud jde o postavení nezletilých v soudních řízeních. Tento praktický nástroj mimo jiné stanoví, že vyjádření stanoviska je právem dítěte, nikoli jeho povinností<sup>28</sup>. Dítě by mělo mít možnost tohoto práva využít, kdykoli projeví vůli být slyšeno, a na jeho stanovisko by pak měl

<sup>26</sup> KOVÁČOVÁ, Anna a Ondřej SPÁČIL. Slyšení dítěte v rámci rodinné mediace. *Právní rozhledy*, 2014, roč. 21, č. 10, s. 353–358.

<sup>27</sup> Pokyny Výboru ministrů Rady Evropy o justici vstřícné k dětem (Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice), přijaté Výborem ministrů Rady Evropy dne 17. 11. 2010, a důvodová zpráva. Dostupné z: <https://rm.coe.int/16804ba0fb> [cit. 10. 12. 2020].

<sup>28</sup> ŠIMÁČKOVÁ, Kateřina a Kristýna MOLKOVÁ FOUKALOVÁ. Právo dítěte účastnit se soudního řízení jako jedno z participčních práv dětí pohledem judikatury Ústavního soudu. In: CIRBUSOVÁ, Martina a Zdeněk KAPITÁN (eds.). *Tradiční jery a nové tendence v oblasti ochrany práv dětí – praxe participčních práv a kyberšikana*. Brno: Tribun EU, 2015, s. 78 a 80.

být brán patřičný zřetel odpovídající jeho věku a úrovni. Dítěti má být vysvětleno, jakou váhu jeho stanovisko má a také to, že mu nakonec nemusí být vyhověno a následně zejména v těchto případech (kdy přání dítěte soud nevyhoví) by mu mělo být dostatečně srozumitelně vysvětleno i konečné rozhodnutí, vč. odůvodnění<sup>29</sup>.

Výše uvedené mezinárodní prameny pak shodně zavazují státy ve své jurisdikci k tomu, aby zaručily dítěti možnost účastnit se všech řízení, která se jej týkají, a to takovým způsobem, který odpovídá schopnostem dítěte pochopit, o co se v řízení jedná, to znamená takovým způsobem, který odpovídá vyspělosti dítěte. Je tak plně respektováno, že dítě se vyvíjí postupně, a vzhledem ke svému věku a rozumové vyspělosti se tak postupně mění (rozšiřuje) schopnost dítěte samostatně v řízení vystupovat, vč. schopnosti formulovat a vyjádřit svůj názor. Posouzení, zda je dítě schopno náležitě pochopit situaci, je pak nezbytné činit vždy ve vztahu ke konkrétnímu dítěti, takový závěr nelze objektivizovat pouze na základě věku.

Z výše uvedeného pak jednoznačně vyplývá, že státy jsou povinny zajistit, aby v průběhu řízení, kterého se účastní dítě, které dostatečně chápe situaci, aniž by byla stanovena konkrétní věková hranice, mohlo vyjádřit svůj názor, aby také mohlo uplatnit své právo být ve vhodných případech vyslechnuto a aby dítěti byly poskytovány relevantní informace způsobem odpovídajícím rozumové vyspělosti konkrétního dítěte, tak aby bylo schopno vytvořit si na věc názor, a také aby mohlo dostatečně pochopit, o co se v řízení jedná a jaké pro něj bude mít řízení důsledky.

### 3.2 Právní rámec práva dítěte být slyšeno v české úpravě

Zákonný rámec práva dítěte být slyšeno v českém civilním soudním řízení představují zejména ust. § 100 odst. 3 OSŘ, ust. § 20 odst. 4 ZŘS a ust. § 867 OZ.

Podle § 100 odst. 3 OSŘ platí, že „*V řízení, jehož účastníkem je nezletilé dítě, které je schopno formulovat své názory, soud postupuje tak, aby byl zjištěn jeho názor ve věci. Názor nezletilého dítěte soud zjišťí výsledkem dítěte. Názor dítěte může soud ve výjimečných případech zjišťit též prostřednictvím jeho zástupce, znaleckého posudku nebo příslušného orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Výsledek dítěte může soud provést i bez přítomnosti dalších osob, lze-li očekávat, že by jejich přítomnost mohla ovlivnit dítě tak, že by nevyjádřilo svůj skutečný názor; přítomnost důvěrníka dítěte, který není jeho zákonným zástupcem a o jehož účast u výsledku dítě požádá, může soud vyloučit jen tehdy, je-li jeho přítomností mařen účel výslechu. K názoru dítěte soud přiblíží s přiblížením k jeho věku a rozumové vyspělosti.*“ ZŘS dále doplňuje, že „*v řízení, jehož účastníkem je nezletilý, který je schopen pochopit situaci, soud postupuje tak, aby nezletilý dostal potřebné informace o soudním řízení a byl informován o možných důsledcích vyhovění svému názoru i důsledcích soudního rozhodnutí.*“ ZŘS tak jako lex specialis k OSŘ výslovně stanovuje povinnost soudu poskytnout dítěti potřebné informace o daném řízení a důsledcích jednání nezletilého dítěte v průběhu tohoto řízení.

<sup>29</sup> Ibid., s. 80.

V řízeních vedených dle ZŘS tak zákonodárce zvýšil ochranu participačních práv dítěte výslovným zakotvením podrobnější poučovací povinnosti soudu. Není však pochyb o tom, že i v řízeních, na které se ZŘS nevztahuje, čili primárně v tzv. sporných řízeních, má soud vůči nezletilému dítěti určité pozitivní povinnosti. Autoři komentáře<sup>30</sup> k tomu dále uvádějí, že nezletilý nepochybně požívá zvýšené míry procesní ochrany i ve sporných řízeních, když ust. § 100 odst. 3 OSŘ zůstalo zachováno i poté, co řízení ve věcech péče soudu o nezletilé byla přenesena do ZŘS. Výslovně to stanoví také § 867 OZ, který ve svém prvním odstavci stanoví, že „*před rozhodnutím, které se dotýká zájmu dítěte, poskytne soud dítěti potřebné informace, aby si mohlo vytvořit vlastní názor a tento sdělit*“. Druhý odstavec tohoto ustanovení dále upravuje situace, kdy se dítě není schopno na řízení samo přímo podílet a také stanovuje právní domněnku, že dítě starší 12 let je schopno informaci přijmout, vytvořit si vlastní názor a tento sdělit.

Česká právní úprava tak obsahuje komplexní, byť v určitém ohledu zbytečně roztržštěnou<sup>31</sup>, právní úpravu zajišťující úplné provedení čl. 12 Úmluvy a také EÚVPD v civilním soudním řízení, když je ve všech řízeních, která se týkají dítěte, kladen důraz na přímé slyšení nezletilého, je-li to s ohledem na jeho věk a rozumovou vyspělost možné a vhodné, resp. je-li to v zájmu nezletilého, aby bylo v řízení vyslechnuto. Lze uzavřít, že do dovršení dvanáctého roku dítěte má soud individuálně posoudit u každého dítěte, zda je schopno formulovat své názory, přičemž jejich obsah nebo hodnota by však patrně neměly být rozhodující pro uplatnění práva být slyšeno jako takového. Je-li dítě schopno svůj názor formulovat, má dále právo, aby mu soud poskytl veškeré relevantní informace, dítě má také právo se dotázat na případné nejasnosti, právo svůj názor vyjádřit a současně být poučeno o všech důsledcích spojených s vyjádřeným názorem, v neposlední řadě má dítě také právo na informaci, proč bylo či nebylo jeho názoru (přání) vyhověno a jaké důsledky pro něj bude mít rozhodnutí ve věci. Soud je povinen aktivně jednat tak, aby dítě mohlo být přiměřeně svému věku a rozumové úrovni v největší možné míře zapojeno do řízení. Přímý výslech dítěte může být v případech, kdy dítě není schopno svůj názor formulovat, nahrazen výslechem třetí osoby, která je schopna hájit zájmy dítěte a její vlastní zájmy nejsou v rozporu se zájmy dítěte (viz § 867 odst. 2 OZ a § 100 odst. 1 OSŘ). Upustit od zjišťování názoru dítěte soud může jen zcela výjimečně, pokud by to bylo v rozporu s jeho zájmem.

Důležité je konstatovat, že právo dítěte být slyšeno (a obecně právo uplatňovat svá participační práva) musí být vykládáno v kontextu čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod<sup>32</sup> (dále jen „LZPS“), tedy že každý má mimo jiné právo na to, aby byl přítomen

<sup>30</sup> SVOBODA, Karel, Petr SMOLÍK, Jiří LEVÝ, Renáta ŠÍNOVÁ a kol. *Občanský soudní řád. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 343.

<sup>31</sup> Mám za to, že by bylo vhodnější, aby byla právní úprava koncentrována do jediného obecně platného předpisu, tak aby byla použitelná ve stejném rozsahu na všechna řízení dotýkající se nezletilého dítěte.

<sup>32</sup> Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

při projednání své věci a aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům, neboť dítě i přes svou neúplnou vyspělost je úplným účastníkem řízení, kterému náležitý veškerá práva a povinnosti jako dospělým účastníkům řízení. Nedostatek věku a rozumové vyspělosti je dítěti třeba kompenzovat procesními nástroji, a to právě s ohledem na potřeby daného konkrétního dítěte. Dítěti a jeho právům je třeba poskytnout zvýšenou ochranu, aby samo sobě nemohlo pro nedostatečnou vyspělost uškodit. Na druhou stranu zvýšená ochrana nerovná se vyloučení možnosti aktivně se na řízení podílet jen proto, že dítě je dítě. Jak opakovaně konstatoval Ústavní soud, „*i dítě má právo být důležitým subjektem a účastníkem řízení, nikoliv jen objektem ochrany a pasivním pozorovatelem rozhodování o své záležitosti*“<sup>33</sup>.

### 3.3 Proces a průběh zjišťování názoru nezletilého

Z výše uvedeného pak jednoznačně vyplývá, že účastní-li se řízení dítě, které je schopno posoudit situaci a formulovat své názory, je soud povinen takové dítě vyslechnout. Ve většině případů se bude jednat o každé dítě starší 12 let<sup>34</sup>. Zákon tedy stanovuje pozitivní povinnost soudu postupovat v řízení tak, aby byl zjištěn názor nezletilého, který je schopen formulovat své názory. Soudce by měl primárně vyslechnout dítě sám přímo (tzv. přímé slyšení dítěte). Ve výjimečných případech je možné zjistit názor dítěte prostřednictvím jeho zástupce, znaleckého posudku nebo příslušného orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Soud postupuje tak, aby nezletilý dostal potřebné informace o soudním řízení a byl informován možných důsledcích vyhovění svému názoru i důsledcích soudního rozhodnutí. Postup soudu musí být tedy takový, aby nezletilý byl schopen pochopit svou situaci a všechny důsledky probíhajícího řízení, vč. důsledků toho, co v řízení (ne)řekne. Podstatné je také to, že dítě má právo vyjádřit svůj názor svobodně<sup>35</sup>, tedy v největší možné míře bez ovlivnění jinými osobami.

Právem dítěte být slyšeno se ve své judikatuře opakovaně zabýval také Ústavní soud ČR. V jednom ze svých aktuálních rozhodnutí<sup>36</sup> pak Ústavní soud formuloval názor, že je to soud, kdo je odpovědný za to, aby ke zjištění názoru dítěte došlo v souladu se zákonem. Ústavní soud v citovaném rozhodnutí dovedl, že součástí práva být slyšeno je nejenom samotné právo dítěte vyjádřit se v řízení, ale také právo na všechny relevantní informace. Ústavní soud tak konstatoval, že „*právo dítěte být slyšeno v řízení, které se jej týká, ve smyslu čl. 12 Úmluvy o právech dítěte se neomezuje na pouhé zjištění názoru dítěte na projednávanou*

<sup>33</sup> Srov. např. náleží Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2009, sp. zn. II. ÚS 1945/2008, nebo náleží Ústavního soudu ze dne 8. 10. 2018, sp. zn. II. ÚS 725/18.

<sup>34</sup> HRUŠÁKOVÁ, Milana, Zdeňka KRÁLÍČKOVÁ, Lenka WESTPHALOVÁ a kol. *Občanský zákoník II. Rodinné právo* (§ 655–975). 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 1392 s.

<sup>35</sup> PTÁČEK, Lubomír. In: MELZER, Filip, Petr TĚGL a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IV. Díl 2. § 794–975*. 1. vyd. Praha: Leges, s. r. o., 2016, s. 1414.

<sup>36</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 8. 10. 2018, sp. zn. II. ÚS 725/18.

*záležitost, ale zahrnuje také další komunikaci s dítětem a informování jej o řízení, včetně toho, jak nakonec bylo rozhodnuto v záležitosti dítěte a jak byl zohledněn jeho zjištěný názor (vyjádřilo-li jej dítě). Za dodržení tohoto práva odpovídá soud. Je-li dítě způsobilé být v řízení vyslechnuto přímo soudem a není-li to rozporné s jeho nejlepším zájmem, pak by to měl být rovněž přímo soud, kdo dotčenému dítěti přístupnou formou vysvětlí, jak v jeho záležitosti bylo rozhodnuto a jak přitom byl zohledněn jeho názor.“*

Ústavní soud tak tímto rozhodnutím na rámec zákona také definoval pozitivní povinnost soudu vysvětlit dítěti způsobem odpovídajícím jeho potřebám a schopnostem i to, jakým způsobem ve věci rozhodl a proč. Ústavní soud tak učinil ve výrokové části, jedná se tak o závaznou část rozhodnutí. Pokud tedy soud takto napříště neučiní, dopouští se dle Ústavního soudu porušování ústavně zaručených práv dítěte. S tímto závěrem vyslovil nesouhlas soudce Vojtěch Šimíček ve svém odlišném stanovisku, když uvádí, že je samozřejmě správně, pokud soudce dítěti výsledek řízení vysvětlí, nicméně nelze bez dalšího říci, že pokaždé, kdy tak neučiní, dopouští se porušení ústavně zaručených práv.

Není pochyb o tom, že má dítě právo vědět, jak řízení skončilo a zda a jakým způsobem byl zohledněn jeho názor a případně proč nebyl. Na druhou stranu nejsem přesvědčena, že za všech okolností by to měl být soud, kdo dítěti výsledek řízení sdělí, resp. zda je třeba takovou povinnost generálně závazně dotvářet. Ne vždy se například soudci musí povést navázat s dítětem vztah důvěry. V takovém případě by bylo dle mého názoru spíše kontraproduktivní, aby soud dítěti vysvětloval, jak rozhodl a proč tak rozhodl, zejména v případech, kdy rozhodne odlišně od jeho přání.

Pokud jde o samotný průběh zjišťování názoru nezletilého, tak v zásadě není třeba dodržení formálních postupů, které jsou neodmyslitelné při výslechu dospělých účastníků řízení nebo svědků. Průběh slyšení nezletilého by měl vždy odpovídat potřebám daného konkrétního dítěte. Slyšení dítěte může probíhat i mimo jednání, a také mimo soudní síň (ať už ve speciálních výslechových místnostech pro nezletilé nebo například v kanceláři soudce). Pokud lze očekávat, že by přítomnost dalších osob mohla ovlivnit dítě tak, že by nevyjádřilo svůj skutečný názor, lze přítomnost takových osob vyloučit, typicky se bude jednat například o rodiče dítěte. Dítě má však právo na přítomnost svého důvěrníka, kterým může být třeba třídní učitelka nebo jiná osoba, ke které má dítě důvěru. Důvěrníkem nesmí být ten, jehož zájmy mohou být v kolizi se zájmy nezletilého. Samotný výslech má pak probíhat komplexně, zejména prostřednictvím nepřímých otázek, je nutné vyvarovat se zavádějících otázek typu „U koho bys chtěl/a bydlet?“<sup>37</sup> V průběhu výslechu je proto úkolem soudu mimo jiné dítěti vysvětlit právní stav a následky možného rozhodnutí i z dlouhodobého hlediska – dá se chápat jako velmi široká poučovací povinnost soudu, související s povinností chránit práva nezletilého.

<sup>37</sup> ROGALEWICZOVÁ, Romana. Možnosti aktivního zapojení dítěte do řízení. *Právní rozhledy*, 2018, roč. 25, č. 8, s. 267–275.

Soud je povinen věnovat patřičnou pozornost informacím získaným od dítěte, neboť je to soud, kdo je nakonec dává do kontextu celého řízení a kdo je musí vyhodnotit.

Názorem zjištěným od dítěte soudce není vázán, neboť v souladu s čl. 3 Úmluvy musí být rozhodnutí dotýkající se práv dítěte primárně v souladu s jeho zájmy tak, aby bylo dosaženo blaha dítěte. Soudce by proto měl i na tuto skutečnost dítě upozornit a vysvětlit mu, že každé jeho přání nemusí vždy odpovídat jeho zájmům. To pak také souvisí s popsanou povinností vysvětlit dítěti, jak bylo v řízení rozhodnuto a proč.

Ze všeho, co bylo výše uvedeno, jednoznačně vyplývá, že v souvislosti s vedením výsledku nezletilého, resp. v souvislosti se zjišťováním názoru nezletilého, je na soudce, kteří vedou dané řízení, kterého se účastní nezletilé dítě, kladeno mnoho požadavků. V první řadě by to měl být soudce, kdo posoudí, zda je konkrétní dítě schopno formulovat svůj názor a zda by měl přistoupit k jeho výsledku. Je to také soudce, kdo musí posoudit, zda je v zájmu nezletilého, který je schopen formulovat svůj názor, aby byl slyšen přímo soudem, či zda má být spíše zjištěn názor nezletilého nepřímo, a v neposlední řadě je to pak také soudce, kdo musí výsledek nezletilého efektivně provést, a jak vyplývá mimo jiné z poslední citovaného judikátu ústavního soudu, jehož výrok je precedenční; soudce je také povinen poskytnout dítěti veškeré informace o řízení, o jeho průběhu i výsledku. V duchu citovaného rozhodnutí Ústavního soudu je to soudce, kdo je odpovědný za splnění všeho, co bylo výše uvedeno.

Aby soudce dostal všem požadavkům, měl by být za všech okolností schopen dostatečně empatie a citlivého přístupu k dítěti. Soudce by měl být schopen posoudit také psychologický stav dítěte a jeho náladu. Každé dítě je ale jiné, a to minimálně s ohledem na věk a stupeň rozumové vyspělosti, ale také s ohledem na psychologický stav a možná traumata, která dítě může v souvislosti s řízením prožívat. Soudce by proto měl také znát různé způsoby vedení rozhovoru a mít nepochybně aspoň základní znalosti psychologických/pedagogických znalostí (např. vývojová specifika dle věkových skupin).

### 3.4 Návrh de lege ferenda

Nesmíme zapomínat, že soudce je „jenom“ právník. Je nepochybné, že dítě je třeba chránit a přitom mu současně garantovat jeho procesní práva, je však otázkou, zda je opravdu správné řešení, aby odpovědnost opravdu plněm rozsahu ležela na soudu, resp. potažmo na konkrétním soudci. V tomto směru bych navrhovala spíše zajištění efektivního zastoupení nezletilého dítěte. Díky inspiraci v zahraničních úpravách si troufám tvrdit, že dobrým řešením de lege ferenda by tak mohlo být zavedení samostatné nové funkce (profese) kolizních opatrovníků dětí v řízení.

Podle § 158 německého zákona o řízeních ve věcech rodinně právních a v záležitostech nesporného soudnictví<sup>38</sup> může soud dítěti jmenovat opatrovníka – pomocníka v řízení, který by měl mít právní nebo psychologické vzdělání a v řízení má jedinou roli, a sice pomáhat dítěti v řízení<sup>39</sup>.

Podobné pojetí zastoupení nezletilého dítěte v soudním řízení zastává také australský právní řád. V rodinně právním řízení může soudce ze své iniciativy, případně k návrhu k tomu oprávněných osob, nezletilému dítěti ustanovit (na všech procesních stranách) nezávislého právního zástupce<sup>40</sup>. Úkolem nezávislého právního zástupce dítěte je chránit nejlepší zájmy dítěte, informovat dítě o postupu v řízení, zjišťovat jeho názor a ten reprezentovat v soudním řízení. Zástupce může také navrhnout důkazy a klást otázky účastníkům řízení. Má také zajišťovat, aby řízení představovalo pro dítě co nejmenší trauma. Nezávislý právní zástupce dítěte musí mít právní vzdělání, čímž je garantována také odborná stránka zastoupení dítěte v řízení před soudem<sup>41</sup>.

Také v Izraeli funguje institut zástupců dítěte („guardian ad litem“<sup>42</sup>), kteří jsou organizováni ministerstvem spravedlnosti a jsou mu současně odpovědní ze své činnosti. Na něm vzniklo oddělení právní pomoci, jehož součástí jsou také zástupci dítěte. V řízení, ve kterém se upravují poměry dítěte, je dítěti zástupce soudem jmenován v případě, že se jeho rodiče na budoucím uspořádání neshodnou. Tato úprava byla v Izraeli přijata po přistoupení tohoto státu k Úmluvě v roce 1991, což zdejší justici vedlo k povinnosti vyložit některé právní pojmy. K novelizaci zdejší úpravy tak vedla Úmluva, která je závazná i pro Českou republiku, což mě ubezpečuje v závěru, že by podobná úprava fungovala i v českém prostředí. Výsledkem bylo přijetí úpravy, která soudcům umožňuje jmenovat dítěti v rodinných řízeních zástupce<sup>43</sup>. Jak uvedl ve svém příspěvku na konferenci Children's Rights and Interests ISFL Regional Conference v prosinci 2019 advokát Eytan Lipskier, který působí také jako zástupce nezletilých před soudy, v izraelské soudní praxi se stále více ukazuje, že právě institut nezávislého zastoupení dítěte je klíčem k plné

<sup>38</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zákon o řízení ve věcech rodinněprávních a v záležitostech nesporného soudnictví, ze dne 17. 12. 2008 (BGBl. I s. 2586, 2587 ff), ve znění pozdějších předpisů. Dostupné z: <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/BjNR258700008.html> [cit. 7. 3. 2021].

<sup>39</sup> ŠÍNOVÁ, Renata a kol. *Řízení ve věcech rodinněprávních v České republice, Slovenské republice a Německu a jejich aktuální problémy*. 1. vyd. Praha: Leges, s. r. o., 2010, s. 96.

<sup>40</sup> PARASHAR, Archana a Francesca DOMINELLO. *The Family In Law*. 1. vyd. Melbourne: Cambridge University Press, 2017, s. 295.

<sup>41</sup> SHEEHAN, Rosemary, Allan BOROWSKI a kol. *Australia's Children's Courts Today and Tomorrow*. 1. vyd. Victoria, Australie: Springer, 2013, s. 37.

<sup>42</sup> MORAG, Tamar. Children's Rights in Israeli Case Law: A Spiral Progression. In: *Israel Studies Review, Winter*, New York: Berghahn Books, 2013, roč. 28, č. 2, s. 282–299.

<sup>43</sup> Tyto informace jsou čerpány z oficiálních webových stránek izraelského ministerstva spravedlnosti. Dostupné z: <https://www.justice.gov.il/En/Units/LegalAid/ResponsibilityAreas/SubjectResponsibility/Pages/CHILDREN%20AND%20YOUTH.aspx> [cit. 7. 3. 2021].

ochraně participačních práv dítěte ve smyslu Úmluvy. Dítěti je totiž dle jeho názoru poskytnuta nejen ochrana jeho práv odborníkem, ale současně je mu v řízení po celou dobu po boku osoba, na kterou se může kdykoli obrátit a jejíž povinností je věnovat pozornost názoru dítěte a tento před soudem prezentovat. Zástupci jsou povinni absolvovat pravidelná školení a vzdělávat se také v oblasti komunikace s dítětem.

Jsem přesvědčena, že zavedení podobné funkce v českém právním řádu a s tím spojená systémová změna kolizního opatrovnictví by vedla nejen ke zvýšení standardu ochrany procesních (a jejich prostřednictvím i hmotněprávních) práv nezletilých účastníků řízení, ale také ke snížení stávající zátěže kladené výhradně na soud. Kolizní opatrovník by měl mít právní vzdělání doplněné alespoň o základy dětské psychologie či pedagogiky. U takto vzdělané osoby lze předpokládat, že bude skutečně schopna s dítětem pracovat, zjistit jeho názor, vysvětlit mu všechna jeho práva a povinnosti.

Na takovou osobu by také měla být zákonem přenesena odpovědnost za zajištění všech těchto úkolů. Napříště by tak tato odpovědnost nemusela být na soudci. Soudce by však měl nést odpovědnost za zajištění účinného zastoupení v případech, kdy je to vhodné. Jmenování speciálního opatrovníka dítěti by totiž nemělo být dle mého názoru nutné v každém řízení. Například je-li dítě ve věku, kdy prozatím není schopno formulovat svůj názor, je zcela dostatečná účast OSPOD jako garanta nejlepšího zájmu dítěte<sup>44</sup>.

## Závěr

Tento článek byl věnován problematice participačních práv dítěte v civilním soudním řízení, tedy otázce práva dítěte zúčastnit se řízení, které se ho týká. Jedná se o téma, které je v posledních letech často skloňováno jak odbornou tak laickou veřejností, a se kterým se často vypořádává také Ústavní soud. Jednou z nejdůležitějších složek participačních práv dítěte, nebo možná odrazem participačních práv dítěte, je právo dítěte být slyšeno a vyjádřit svůj názor.

Právo dítěte být slyšeno a právo, aby bylo k jeho názoru přihlíženo, je jedno z velmi důležitých práv, které výrazně posiluje právní postavení dítěte<sup>45</sup>, neboť dítěti umožňuje v míře odpovídající jeho vyspělosti podílet se na rozhodování o záležitostech, které se ho týkají. V judikatuře Ústavního soudu lze sledovat nepochybnou snahu naplňovat

<sup>44</sup> Za předpokladu, že nedostatečnost zastoupení nezletilého prostřednictvím OSPOD nevyplývá z jiných okolností kauzy. Pokud by se mělo jednat například o nestandardně složité řízení ve věcech péče soudu o nezletilého, je určitě namístě jmenování speciálního opatrovníka i dítěti, které není schopno své názory formulovat. Hledání nejlepšího zájmu nezletilého bude mnohdy spočívat ve vyřešení složitých právních otázek, které pomohou rozklíčovat spory mezi rodiči. V takových případech se v praxi zcela jasně projevuje, že OSPOD není schopen poskytnout právům dítěte dostatečnou ochranu, neboť mu chybí jednak právní vzdělání a současně jednoduše nemá dostatečný časový prostor, když kolizní opatrovnictví je jednou z činností OSPOD.

<sup>45</sup> HRUŠÁKOVÁ, Milana, Zdeňka KRÁLÍČKOVÁ a Lenka WESTPHALOVÁ. *Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655–975). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 852.

principy nejlepšího zájmu dítěte, a to mimo jiné prostřednictvím širokého práva být slyšeno vztahujícího se opravdu na všechna řízení, která mohou ovlivnit právní poměry dítěte<sup>46</sup>.

V souvislosti se slyšením nezletilého v soudním řízení jsou však naprosto nepochybně kladeny obrovské požadavky na osobu soudce, který je i v duchu aktuální judikatury Ústavního soudu zodpovědný za efektivní realizaci práva dítěte být slyšeno, a to vč. všech atributů, které toto právo zahrnuje (tj. včetně práva dítěte, aby mu byly poskytnuty informace nezbytné k tomu, aby si mohlo utvořit svůj názor, práva dítěte na to, aby se dozvědělo, jakým způsobem bylo v řízení rozhodnuto atd.). Při přímém slyšení dítěte soudcem je také nezbytné, aby tento byl schopen s dítětem skutečně promluvit, neboť hovor s dítětem vždy nemusí probíhat tak, jako s dospělým člověkem. Soudce by měl mít ideálně i základy psychologického nebo pedagogického vzdělání, což jsou samozřejmě mimoprávní znalosti a schopnosti.

I tyto závěry mě vedou k názoru, že *de lege ferenda* je nezbytné uvažovat o systémové změně pojetí zastoupení nezletilého v civilním soudním řízení, a to nejlépe po vzoru německé, australské či izraelské úpravy zavedením nové procesní funkce – zástupce (opatrovníka) dítěte, který by měl mít příslušné vzdělání, a jehož úkolem by měla být primárně ochrana zájmů dítěte a reprezentace jeho názorů v řízení, a s tím související také práce s nezletilým (poskytování informací o řízení, o výsledku řízení, vysvětlení jednotlivých procesní fází, důsledků jednotlivých procesních kroků apod.).

---

<sup>46</sup> Ústavní soud aktuálně například dovedl právo nezletilého vyjádřit se ke změně svého příjmení (srov. náleze Ústavního soudu ze dne 22. 10. 2019, sp. zn. IV. ÚS 1002/19).

# Trestné činy súvisiace s verejným obstarávaním\*

## Related Criminal Offenses to Public Procurement

Andrej Beleš\*\*

### Abstrakt

*Autor sa v štúdiu zameriava na komparáciu slovenskej a českej právnej úpravy trestných činov súvisiacich s verejným obstarávaním. Komparácia pozostáva z bližšej analýzy trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 až 268 slovenského Trestného zákona a trestných činov zjednaní výhody pri zadaní verejnej zákazky, pri verejnej súťaži a verejnej dražbe podľa § 256 českého Trestného zákonníka a pletich pri zadaní verejnej zákazky a pri verejnej súťaži podľa § 257 českého Trestného zákonníka. V komparácii je zohľadnená aj rozhodovacia činnosť vnútroštátnych súdov, resp. Súdneho dvora EÚ.*

### Klíčová slova

*Machinácie; pletichy; verejné obstarávanie; zadanie verejnej zákazky; trestný čin.*

### Abstract

*The author focuses on the comparison of Slovak and Czech legal regulation of criminal offenses related to public procurement. The comparison consists of a closer analysis of the crime of machinations in public procurement and public auction according to Sections 266 to 268 of the Slovak Criminal Code and criminal offenses of obtaining an advantage in awarding a public contract, public tender and public auction according to Section 256 of the Czech Criminal Code and machinations in public procurement and a public tender pursuant to Section 257 of the Czech Criminal Code. The comparison also takes into account the decision-making activity of national courts, resp. Court of Justice of the EU.*

### Keywords

*Machinations; Public Procurement; Award of Public Contract; Criminal Offense.*

## Úvod

Trestné činy súvisiace s verejným obstarávaním sú mimoriadne závažným druhom ekonomickej kriminality a zároveň často súčasťou organizovaného zločinu. Organizovaný zločin sa tradične zameriava na obchodovanie s komoditami, s ktorými nakladanie je právne reprobované, čiže ide o nezákonné uspokojovanie dopytu na trhu – typicky obchodovanie s určitými druhmi zbraní, obchodovanie s ľudmi, s ľudskými orgánmi s omamnými a psychotropnými látkami a pod.

\* Príspevok spracovaný v rámci projektu APVV č. APVV-17-0641: „Zefektívnenie právnej úpravy verejného obstarávania a jej aplikácie v kontexte práva Európskej únie“.

\*\* JUDr. Andrej Beleš, PhD., odborný asistent, Ústav európskeho práva, Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave / Assistant Professor, Institute of European Law, Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovak Republic / E-mail: [andrej.beles@flaw.uniba.sk](mailto:andrej.beles@flaw.uniba.sk) / ORCID: 0000-0001-8418-0106

Súčasťou organizovaného zločinu sú však aj aktivity, ktoré sa nezameriavajú na substitúciu trhu, ale ich jediným cieľom je protiprávne odčerpávať prostriedky z verejných zdrojov. Formy týchto aktivít sa menia v závislosti od ekonomického a hospodárskeho štádia vývoja spoločnosti, v minulosti išlo najmä o tzv. privatizačnú trestnú činnosť a tzv. tunelovanie privatizovaných obchodných spoločností.<sup>1</sup> V súčasnosti sú takými rozšírenými aktivitami daňové trestné činy, predovšetkým daňové podvody, ktorých podstatou je neoprávnené uplatňovanie nároku na vrátenie dane z pridanej hodnoty alebo spotrebnej dane (§ 277a TZ<sup>2</sup>), podvody a korupcia spojená s tzv. eurofondami, teda poškodzovanie finančných záujmov Európskej únie a súvisiace trestné činy (§ 261 až 263 TZ), ako aj machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe (§ 266 až 268 TZ).<sup>3</sup>

Tieto trestné činy sa v súlade s paradigmou zvyšovania sofistikovanosti ekonomickej kriminality náročne objasňujú vzhľadom na zapojenie typicky mimotrestných právnych inštitútov, najmä civilnoprávných, obchodnoprávných a administratívoprávných do skutkových zistení orgánov činných v trestnom konaní. Podstatou trestnoprávne relevantného konania je totiž najmä porušenie týchto mimotrestných právnych noriem, čiže ide o „podvod“ voči zákonne ustanovenému režimu. Tento fakt vystihuje aj samotný pojem *machinácie*, česky *pletichy*, ktorý pomenováva podvodné, úskočné konanie.<sup>4</sup>

Problém machinácií pri verejnom obstarávaní z kriminologicko-ekonomického hľadiska vyvstáva z faktu, že štát prostredníctvom svojich orgánov verejnej moci často nekoná ako „dobrý hospodár“. Na správu súkromného vlastníctva sú vynakladané intelektuálne schopnosti a individuálne snaženie vlastníka, aby bol dosiahnutý maximálny zisk pri minimálnych nákladoch, alebo aspoň aby hodnota majetku bola zachovaná. Pri verejnom vlastníctve je pluralita zdrojov intelektuálnych schopností a individuálneho snaženia jednotlivých súkromných vlastníkov nahradená „správcou“ verejného majetku, ktorý nie vždy spravuje verejný majetok riadne, a to z rôznych dôvodov – pre neschopnosť obsiahnuť viac než len potreby úzkeho okruhu ľudí<sup>5</sup>, príp. s motívom získať

<sup>1</sup> ŠANTA, Ján. *Machinácie pri verejnom obstarávaní podľa Trestného zákona Slovenskej republiky*. Dostupné na: [https://www.ja-sr.sk/files/Machinacie\\_JUDr\\_Santa.pdf](https://www.ja-sr.sk/files/Machinacie_JUDr_Santa.pdf) [cit. 1. 12. 2020].

<sup>2</sup> Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov. Na zákon je v texte odkazované skratkou TZ alebo slovenský TZ.

<sup>3</sup> K ekonomickej kriminalite: STRÉMY, Tomáš. Vymedzenie pojmu ekonomická kriminalita. *Justičná revue*, 2010, roč. 62, č. 3, s. 378–385; Ďalej tiež STRÉMY, Tomáš. Nové trendy v ekonomickej kriminalite. In: *Páchateľ hospodárskej kriminality v Slovenskej republike*. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2009, s. 24–37.

<sup>4</sup> Etymologicky je potrebné sa zamerať na latinské *machinatio*, *machinatus*, čo znamená strojiť, chystať, vymýšľať, odvodené od latinského *machina* – stroj, valec, obliehací stroj, ľstivý výmysel, úskok. KRÁLÍK, Eubor. *Stručný etymologický slovník slovenčiny*. Bratislava: Veda, vydavateľstvo SAV, 2015, s. 339.

<sup>5</sup> Problém kolektivismu a kolektívneho spravovania majetku vystihol Hayek: „*Veľmi dôležitý je základný fakt, že žiadny človek nemôže získať prehľad o tom, čo presahuje isté obmedzené pole, uvedomovať si naliehavosť potrieb, ktorých počet by prekročil istú obmedzenú veličinu. Či sa už jeho záujmy sústreďujú okolo jeho vlastných fyzických potrieb, alebo či sa úprimne zaujíma blahobyt každej ľudskej bytosti, ktorú pozná, ciele ktorými sa môže zaoberať budú tvoriť vždy len nekonečne malý zlomok potrieb všetkých ľudí.*“ HAYEK, Frídrih August. *Cesta do nevolníctva*. Bratislava: Nadácia F. A. Hayeka, 2012, s. 71.

vlastný majetkový prospech. Obohacovanie úradníkov z verejných zdrojov je imanentnou súčasťou fungovania orgánov verejnej moci, s čím sa dlhodobo snaží právny poriadok vyrovnat'.<sup>6</sup> Zo súčasného pohľadu to môže okrem trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe viesť k spáchaniu trestného činu porušovania povinností pri správe cudzieho majetku alebo trestných činov korupcie.

## 1 Machinácie pri verejnom obstarávaní v slovenskej a českej právnej úprave

Porušovanie právnych predpisov súvisiacich s verejným obstarávaním, ktoré dosahuje trestnoprávnu relevanciu, je v slovenskom právnom poriadku postihované trestným činom machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 až 268 slovenského TZ. V českom právnom poriadku – v zmysle českého TZ<sup>7</sup> – je toto protiprávne konanie trestnoprávne riešené dvomi trestnými činmi: *zjednání výboby při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě* podľa § 256 českého TZ, resp. *pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži* podľa § 257 českého TZ.<sup>8</sup>

Trestný čin machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe pozostáva z troch základných skutkových podstát:

1. prvá z nich (§ 266 slovenského TZ):
  - a) postihuje **konanie v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe** (prvá alinea objektívnej stránky), pričom týmito predpismi sú zákon o verejnom obstarávaní<sup>9</sup> a zákon o dobrovoľných dražbách<sup>10</sup>,
  - b) postihuje **dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok** niektorému súťažiteľovi alebo účastníkovi verejnej dražby na úkor iných súťažiteľov alebo účastníkov verejnej dražby (druhá alinea objektívnej stránky), pričom v oboch prípadoch musí byť daná súvislosť s verejným obstarávaním a verejnou dražbou;

<sup>6</sup> GREGOR, Martin. Rímski magistráti a trestné činy proti verejnému majetku. In SALÁK, Pavel jr. a Lucie MRÁZKOVÁ. Ius Honorarium-římské magistratury a jejich činnost: sborník z konference. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2019, s. 21–43.

<sup>7</sup> Zákon č. 40/2009 Sb. Trestní zákonník v znení neskorších predpisov. Na zákon je v texte odkazované skratkou český TZ.

<sup>8</sup> V ďalšom ustanovení český TZ kriminalizuje *pletichy při veřejné dražbě* (§ 258 českého TZ), čo sa ako trestnoprávne relevantné konanie z pohľadu slovenského TZ subsumuje pod trestný čin machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 a nasl. slovenského TZ. Keďže je však tento príspevok zameraný na problematiku verejného obstarávania / *veřejných zakázek*, nebudeme sa trestnému činu *pletichy při veřejné dražbě* bližšie venovať.

<sup>9</sup> Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

<sup>10</sup> Zákon č. 527/2002 Z. z. o dobrovoľných dražbách a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov.

- verejným obstarávaním sa podľa § 2 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní rozumejú postupy podľa tohto zákona, ktorým sa zadávajú zákazky, koncesie a súťaže návrhov,
  - definícia verejnej dražby je ustanovená v § 2 písm. a) zákona o dobrovoľných dražbách;
- c) obsahuje okrem implicitného úmyselného zavinenia explicitne vyjadrený motív, ktorý sa vyjadrením stáva obligatórnou súčasťou subjektívnej stránky trestného činu: ide o motív spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech,
- d) má stanovenú sankciu – trest odňatia slobody vo výmere šesť mesiacov až tri roky,
- e) viaže na seba dve kvalifikované skutkové podstaty (§ 266 ods. 2 a 3 TZ) s trestnými sadzbami dva roky až osem rokov, resp. sedem rokov až dvanásť rokov, pričom obzvlášť prít'azujúcimi okolnosťami, čiže okolnosťami podmieňujúcimi použitie vyššej trestnej sadzby sú:
- spôsobenie značnej škody [ods. 2 písm. a)], teda najmenej 26 600 € (§ 125 TZ),
  - spáchanie činu z osobitného motívu [ods. 2 písm. b)], čo je bližšie špecifikované v § 140 TZ,
  - funkcia páchatel'a ako vyhlasovateľ'a alebo usporiadateľ'a verejnej súťaže alebo verejnej dražby, člena privatizačnej komisie, licitátora [ods. 2 písm. c)],
  - žiadanie, prijatie alebo prijatie sľubu majetkového alebo iného prospechu [ods. 2 písm. d)], čiže páchatel' koná ovplyvnený korupciou,
  - spáchanie činu závažnejším spôsobom konania [ods. 2 písm. e)], čo je bližšie špecifikované v § 138 TZ,
  - spôsobenie škody veľkého rozsahu [ods. 3 písm. a)], teda najmenej vo výške 133 000 € (§ 125 TZ),
  - konanie páchatel'a ako člena nebezpečného zoskupenia [ods. 3 písm. b)], čiže zločineckej alebo teroristickej skupiny (§ 141 TZ);
2. druhá a tretia základná skutková podstata trestného činu (§ 267 a 268 slovenského TZ) postihujú z hľadiska objektívnej stránky machinácie v súvislosti s verejným obstarávaním alebo verejnou dražbou, pričom:
- a) pozostávajú z troch alternatívne vyjadrených druhov konaní:
- prinútenie iného – závažnejším spôsobom konania – aby sa zdržal účasti na verejnom obstarávaní alebo podávaní návrhov verejnej dražbe [§ 267 písm. a) a § 268 písm. a)], v ktorom prípade môže ísť o konanie adekvátne vydieraniu,
  - poskytnutie, ponúknutie alebo sľúbenie majetkového alebo iného prospechu inej osobe za to, že sa táto osoba zdrží účasti na verejnom obstarávaní alebo podávaní návrhov na verejnej dražbe [§ 267 písm. b) a § 268 písm. b)], čo je adekvátne podplácaniu,

- žiadanie alebo prijatie majetkového prospechu za to, že sa páchatel' zdrží účasti na verejnom obstarávaní alebo podávaní návrhov na verejnej dražbe [§ 267 písm. b) a § 268 písm. b)], čo je adekvátne prijímaniu úplatku.
- b) z hľadiska subjektívnej stránky sa vyžaduje úmyselné zavinenie, avšak nie je špeci-  
ficky vyjadrený motív,
- c) stanovenou sankciou je trest odňatia slobody na jeden rok až päť rokov, čiže ide  
o prečin,
- d) kvalifikované skutkové podstaty trestného činu nie sú stanovené.

V súvislosti s rozborom slovenskej právnej úpravy zohľadňujeme aj legislatívny návrh zmien v zákone o verejnom obstarávaní, ktorý sa nachádza v medzirezortnom pripomienkovom konaní a ktorého účelom je zjednodušiť systém verejného obstarávania a aplikovať jeho súdnu kontrolu. Úrad pre verejné obstarávanie (ÚVO) uplatnil voči návrhu pripomienku,<sup>11</sup> v ktorej navrhol aj zmenu ustanovenia § 266 slovenského TZ (ďalej len „Pripomienka ÚVO“).<sup>12</sup>

Podľa **českej právnej úpravy** trestný čin *zjednaní výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě* podľa § 256 českého TZ pozostáva z jednej základnej skutkovej podstaty s nasledujúcimi atribútmi (z ktorých pre českého čitateľa ako kontrast voči slovenskej právnej úprave vyberáme len tie najdôležitejšie):

- a) postihuje sa konanie, ktorým je **dojednanie prednosti** alebo **výhodnejších podmienok** niektorému dodávateľovi, súťažiteľovi alebo účastníkovi dražby na úkor iných dodávateľov alebo súťažiteľov,

<sup>11</sup> Priebeh medzirezortného pripomienkového konania aj s pripomienkou Úradu pre verejné obstarávanie, podľa ktorej sa majú novelizovať aj ustanovenia slovenského TZ. Dostupné z: <https://www.slov-lex.sk/legislativne-procesy/SK/LP/2020/624> [cit. 10. 3. 2021]. Nie je jasné, či vôbec, kedy a v akej podobe sa tento legislatívny návrh s pripomienkami stane súčasťou platnej a účinnej právnej úpravy.

<sup>12</sup> Súčasťou právnej úpravy § 266 slovenského TZ podľa Pripomienky ÚVO má byť najmä zvýšenie trestných sadziieb a rozšírenie trestného činu na tri základné skutkové podstaty, pričom sa rozlišujú machinácie pri verejnom obstarávaní (ods. 1) a verejnej dražbe (ods. 3) a novou skutkovou podstatou trestného činu (ods. 2) sa má postihovať spôsobenie väčšej škody, ak ide o zákazku, koncesiu alebo súťaž návrhov, na ktorú sa nevzťahuje všeobecne záväzný právny predpis o verejnom obstarávaní. Nová skutková podstata trestného činu by mala byť formulovaná relatívne komplikovane ako zložená a kumulatívna skutková podstata, so zachovaním zásady subsidiarity trestnej represie (väčšia škoda): „*Rovnako ako v odseku 1 sa potrestá osoba podieľajúca sa na zadávaní zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom alebo inou osobou, ktorá má povinnosť postupovať podľa všeobecne záväzného právneho predpisu o verejnom obstarávaní ak a) ide o zákazku, koncesiu alebo súťaž návrhov, na ktorú sa nevzťahuje všeobecne záväzný právny predpis o verejnom obstarávaní a b) zadávaním zákazky, koncesie alebo uskutočnením súťaže návrhov spôsobí verejnemu obstarávateľovi alebo obstarávateľovi alebo inej osobe, ktorá má povinnosť postupovať podľa všeobecne záväzného právneho predpisu o verejnom obstarávaní väčšiu škodu s cieľom zadozvožiť sebe alebo inému prospech.*“

- b) konanie sa musí uskutočňovať v súvislosti **so zadaním verejnej zákazky, verejnou súťažou alebo verejnou dražbou** (objektívna stránka), čiže ide o postup:
- podľa *zákona o zadávaní verejných zákaziek*<sup>13</sup>, ak ide o *verejnú zákazku*, čiže verejné obstarávanie, alebo
  - podľa *zákona o verejných dražbách*<sup>14</sup>, príp. podľa osobitných predpisov o prevode vlastníctva štátu alebo
  - podľa § 1772 a nasl. *Občianskeho zákonníka*<sup>15</sup> (*verejná súťaž*), avšak pojem *verejná súťaž* nemožno chápať zužujúco len v súvislosti s uvedenými ustanoveniami *Občianskeho zákonníka*, ale ide o akúkoľvek verejnú súťaž, ktorá je verejne vyhlásená a na ktorej sa môže zúčastniť neobmedzený okruh subjektov<sup>16</sup>;
- c) z hľadiska subjektívnej stránky sa vyžaduje úmyselné zavinenie s explicitne vyjadreným motívom (škoda, prospech), avšak na naplnenie skutkovej podstaty nemusí skutočne prísť k spôsobeniu škody alebo k zaobstaraniu prospechu – ide o znak tzv. úmyslu, ktorý presahuje objektívnu stránku trestného činu (tzv. *obmysl, dolus coloratus*)<sup>17</sup>,
- d) na základnú skutkovú podstatu **nadväzujú tri kvalifikované skutkové podstaty** trestného činu [§ 256 ods. 2 písm. a), b), c), resp. ods. 3 a 4 českého TZ].

Taktiež trestný čin s názvom *pletichy pri zadaní verejnej zákazky a pri verejnej súťaži* podľa § 257 českého TZ pozostáva z jednej základnej skutkovej podstaty s nasledujúcimi atribútmi:

- a) postihujú sa *pletichy* (machinácie) v súvislosti so *zadaním verejnej zákazky* alebo s *verejnou súťažou*, ktoré spočívajú v niektorom z nasledujúcich alternatívne vymenovaných konaní:
- prinútenie iného hrozbou násilia alebo inej ťažkej ujmy, aby sa zdržal účasti v zadávacom konaní alebo verejnej súťaži [§ 257 ods. 1 písm. a) českého TZ], čo je konanie adekvátne vydieraniu,
  - poskytnutie, ponúknutie alebo sľúbenie majetkového alebo iného prospechu inej osobe za to, že sa zdrží účasti v zadávacom konaní alebo verejnej súťaži [§ 257 ods. 1 písm. b) českého TZ], čo je adekvátne podplácaniu,
  - žiadanie alebo prijatie majetkového alebo iného prospechu za zdržanie sa účasti v zadávacom konaní alebo verejnej súťaži [§ 257 ods. 1 písm. c) českého TZ], čo je adekvátne prijímaniu úplatku,
  - vyvíjanie činnosti smerujúcej k zadaniu verejnej zákazky za neprímerane vysokú alebo inak nevýhodnú cenu, a to na základe dohody s iným uchádzačom alebo

<sup>13</sup> Zákon č. 134/2016 Sb. *o zadávaní verejných zákaziek* v znení neskorších predpisov.

<sup>14</sup> Zákon č. 26/2000 Sb. *o verejných dražbách* v znení neskorších predpisov.

<sup>15</sup> Zákon č. 89/2012 Sb. *Občiansky zákonník* v znení neskorších predpisov.

<sup>16</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020, bod 16.

<sup>17</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 23. 11. 2015, sp. zn. 5 Tdo 1475/2015, publikované ako R 14/2018.

záujemcom [§ 257 ods. 1 písm. d) českého TZ], čo je konanie adekvátne uzatváraaniu zakázaných dohôd v rámci ochrany hospodárskej súťaže,

- b) stanovenou sankciou je trest odňatia slobody až na tri roky, resp. trest zákazu činnosti, čiže trestný čin je prečinom,
- c) na základnú skutkovú podstatu **nadväzujú dve kvalifikované skutkové podstaty** [§ 257 ods. 2 písm. a), b) a ods. 3 písm. a), b) českého TZ].

Okrem uvedených trestných činov je potrebné vziať do úvahy aj trestný čin *porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže* podľa § 248 ods. 2 druhá alinea českého TZ, ktorým sa trestnoprávne postihuje v rozpore s *právním předpisem o veřejných zakázkách* porušenie pravidiel *žadávacího řízení* závažným spôsobom.

## 2 Paralelné a divergentné atribúty skúmaných ustanovení

Slovenský aj český zákonodarca z historického hľadiska vychádzali zo spoločného základu právnej úpravy, pretože trestnoprávny postih protiprávneho konania spojeného s verejným obstarávaním bol už súčasťou federálnej právnej úpravy po novele Trestného zákona z roku 1961 (TZ 1961)<sup>18</sup> zákonom č. 557/1991 Zb. Touto novelou bol zavedený trestný čin machinácií pri verejnej súťaži a verejnej dražbe (*pletichy při veřejné soutěži a veřejné dražbě*) podľa § 128a až 128c TZ 1961. Zámerom zákonodarcu bolo reagovať na negatívne javy, ktoré sa vyskytli v súvislosti s transformáciou riadenej ekonomiky na trhovú ekonomiku a nevyhnutnou kolíziou verejného a súkromného sektora, resp. s prechodom štátneho majetku do vlastníctva súkromných osôb prostredníctvom privatizácie.<sup>19</sup>

Tento trestný čin mal prakticky totožnú štruktúru ako súčasná slovenská právna úprava po rekodifikácii trestného práva hmotného v roku 2005, pozostával z troch základných skutkových podstat, z ktorých prvá postihovala dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok jednému súťažiteľovi alebo účastníkovi dražby na úkor iných súťažiteľov a ďalšie dve základné skutkové podstaty trestného činu trestnoprávne reprobovali tri rôzne alternatívy machinácií (*pletich*) v súvislosti s verejnou súťažou alebo verejnou dražbou. Český zákonodarca taktiež prebral pri rekodifikácii prvky z pôvodnej právnej úpravy s určitými korekciami.

Na právnú úpravu verejného obstarávania v Slovenskej i Českej republike v súčasnosti významne vplyva právo Európskej únie, najmä prostredníctvom **smernice o verejnom**

<sup>18</sup> Zákon č. 140/1961 Zb. *Trestný zákon v znení neskorších predpisov*.

<sup>19</sup> „Do druhé skupiny patří ty změny, jež souvisejí s probíhajícími změnami právního řádu, zejména v oblasti ekonomiky. Jsou to ustanovení reagující na některé negativní jevy, jež se už v praxi vyskytly a na další, jež v budoucnu možno očekávat. Zejména zaslouží pozornosti jednání, jemuž se v obchodních kruzích říká insider trading (§ 128), dále pletichy při veřejné soutěži a dražbě, které se již vyskytují a dále zřejmě budou vyskytovat v rámci privatizace (§ 128a až 128c) [...]“ Dôvodová správa k zákonu č. 557/1991 Zb. Dostupné z: [https://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t1002\\_01.htm](https://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t1002_01.htm) [cit. 25. 11. 2020].

**obstarávaní**<sup>20</sup> a niektorých ďalších aktov sekundárneho práva EÚ<sup>21</sup>. Tieto predpisy však neukladajú členským štátom povinnosť ustanoviť trestnosť protiprávneho konania v súvislosti s verejným obstarávaním. Nepriamo táto povinnosť vyplýva v súvislosti s poškodzovaním finančných záujmov EÚ podľa čl. 3 ods. 2 písm. b) **smernice o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie**<sup>22</sup>, podľa ktorého majú členské štáty povinnosť zabezpečiť, že podvod poškodzujúci finančné záujmy Únie, pokiaľ ide o výdavky súvisiace s verejným obstarávaním, predstavuje trestný čin. Tento podvod je v smernici špecifikovaný konkrétnymi tromi alternatívami konania<sup>23</sup>. V tomto zmysle je možný aj jednočinný súbeh trestných činov, ktorých objektom je ochrana riadneho priebehu verejného obstarávania (§ 266 až 268 slovenského TZ, § 256, 257 českého TZ), a trestných činov, ktorých objektom je ochrana finančných záujmov EÚ.<sup>24</sup>

## 2.1 Ustanovenia § 266 ods. 1 slovenského TZ a § 256 a 248 ods. 2 českého TZ

Základná skutková podstata trestného činu *zjednáni výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě* podľa § 256 českého TZ je z hľadiska znakov objektívnej stránky (dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok) i subjektívnej stránky (úmysel a vyjadrený motív) adekvátna základnej skutkovej podstate trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 slovenského TZ. Oba trestné činy nadväzujú svojím obsahom na predchodcu v ust. § 128a TZ 1961.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 28. 3. 2014).

<sup>21</sup> Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/25/EÚ z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES (Ú. v. EÚ L 94, 28. 3. 2014) a ďalšie.

<sup>22</sup> Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1371 z 5. júla 2017 o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie, prostredníctvom trestného práva (Ú. v. EÚ L 198, 28. 7. 2017).

<sup>23</sup> Čl. 3 ods. 2 písm. b) smernice o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie: „Na účely tejto smernice podvod poškodzujúci finančné záujmy Únie predstavuje: [...] b) pokiaľ ide o výdavky súvisiace s verejným obstarávaním, aspoň pokiaľ k nemu došlo v úmysle získať pre páchatela alebo inú osobu neoprávnený prospech, a to poškodením finančných záujmov Únie, akékoľvek konanie alebo opomenutie týkajúce sa:

i) používania alebo predkladania falšovaných, nesprávnych alebo neúplných výkazov alebo dokladov, ktoré majú za následok spreneverenú alebo neoprávnené zadržovanie finančných prostriedkov alebo aktív z rozpočtu Únie alebo z rozpočtov spravovaných Úniou, alebo v jej mene;

ii) neposkytnutia informácií v rozpore s konkrétnou povinnosťou, a to s rovnakým následkom; alebo

iii) zneužitia takýchto finančných prostriedkov alebo aktív na iné účely, než na ktoré boli pôvodne poskytnuté, ktoré poškodzuje finančné záujmy Únie; [...]“

<sup>24</sup> Pozri ŠANTA, Ján. *Ochrana a poškodzovanie finančných záujmov Európskej únie*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2018, s. 118 a nasl. a tam citované rozhodnutia.

<sup>25</sup> K tomu pozri uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, bod 75: „V zásade šbodné znaky obsahovala základní skutková podstata ustanovení § 128a odst. 1 tr. zákona, přestože neobsahovala výslovně pojem ‚veřejná zakázka‘. Pachatelem trestného činu pletichy při veřejné soutěži a veřejné dražbě mohl být ten, kdo v souvislosti s veřejnou soutěží nebo veřejnou dražbou v úmyslu způsobit jinému škodu nebo opatřit sobě nebo jinému prospěch z jednal některému soutěžiteli nebo účastníku dražby přednost nebo výhodnější podmínky na úkor jiných soutěžitelů.“

Z hľadiska vyjadreného motívu a absencie znaku spôsobenej škody v základnej skutkovej podstate teda postačuje, aby úmysel páchatel'a len smeroval k spôsobeniu škody alebo zadováženiu prospechu, pričom toto nemusí skutočne nastať. V tom sa obe právne úpravy zhodujú.<sup>26</sup>

Zhodnosť právnych úprav má však svoje výnimky, najmä v objektívnej stránke skutkovej podstaty trestného činu.

Predmetná česká právna úprava – na rozdiel od svojho slovenského pendanta – obsahuje alternatívu konania v rámci objektívnej stránky, ktorá spočíva v **bližšie nešpecifikovanom konaní, ktoré je v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom** o verejnom obstarávaní pri inom trestnom čine, ktorým je trestný čin *porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže* podľa § 248 ods. 2 druhá alinea českého TZ. Česká právna úprava ako znak skutkovej podstaty požaduje porušenie pravidiel záväzným spôsobom, čím sa odlišujú menej závažné porušenia zákona č. 134/2016 Sb. o *žadování veřejných zakázek*, ktoré nie sú trestnoprávne relevantné, od závažných porušení tohto zákona, ktoré majú trestnoprávnu relevanciu. Rozlišovacím kritériom je, že závažným porušením je také porušenie, ktoré sa podstatne odchyľuje od stavu vyžadovaného týmto zákonom.<sup>27</sup>

V slovenskej právnej úprave je možné pod konanie v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe znak objektívnej stránky subsumovať prakticky akékoľvek porušenie osobitného zákona, ktoré však dosahuje **úroveň trestnoprávnej relevancie** a zároveň je spojené s motívom získania prospechu alebo spôsobenia škody. Na tejto právnej úprave zotráva aj navrhované nové znenie § 266 slovenského TZ podľa Prípomienky ÚVO, ktorá dokonca počíta s rozšírením trestnej represie tým, že dokonaným trestným činom má byť pokus konania v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní.<sup>28</sup>

V prípade českej i slovenskej právnej úpravy ide o alternatívu konania, ktorá z hľadiska rozsahu kriminalizácie trpí značným stupňom neurčitosti, keďže zákonodarca jasne nevymedzil, aké konkrétne konanie (porušenie osobitného zákona) naplňa znak skutkovej podstaty trestného činu, a teda aký charakter a spoločenskú závažnosť musí mať porušenie osobitného zákona. Prijateľnosť takejto právnej úpravy je hraničná z hľadiska možného porušenia zásady *nullum crimen sine lege certa*. Problém tzv. kaučukových

<sup>26</sup> Napr. uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 23. 11. 2015, sp. zn. 5 Tdo 1475/2015, publikované ako R 14/2018; Resp. ŠANTA, Ján. *Machinácie pri verejnom obstarávaní podľa Trestného zákona Slovenskej republiky*. Dostupné z: [https://www.ja-sr.sk/files/Machinacie\\_JUDr\\_Santa.pdf](https://www.ja-sr.sk/files/Machinacie_JUDr_Santa.pdf) [cit. 1. 12. 2020].

<sup>27</sup> ŠÁMAL, Pavel. § 248. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2494–2539.

<sup>28</sup> Podľa Prípomienky ÚVO má mať ustanovenie § 266 ods. 1 slovenského TZ nasledujúce znenie: „(1) Kto v súvislosti s verejným obstarávaním v úmysle spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť si sebe alebo inému prospech  
a) koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo sa o to pokúsi alebo  
b) dojedná niektorému hospodárskemu subjektu prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných hospodárskych subjektov alebo sa o to pokúsi, potrestá sa odňatím slobody na šesť mesiacov až päť rokov.“

ustanovení v trestnom zákone<sup>29</sup>, ktoré je možné účelovo nat'ahovať do rôznych rozmerov, tak môže nadobudnúť až ústavnoprávny rozmer, pričom sa v trestnom zákonodarstve vyskytoval pred rokom 1989<sup>30</sup> i neskôr.

Mantinelom aplikácie trestnej represie pri takto formulovanej alternatíve objektívnej stránky skutkovej podstaty trestného činu je výlučne zásada subsidiarity trestnej represie, resp. postavenia trestného práva ako prostriedku *ultima ratio*<sup>31</sup>, teda jeho uplatnenie ako najostrejšieho meča<sup>32</sup> medzi právnymi odvetvami. Pri hospodárskych trestných činoch sa rozsah trestnoprávnej represie má obmedzovať na nevyhnutnú kultiváciu podnikateľského prostredia a posilnenie spoľahlivosti rozhodovania vlastníkov, štatutárnych orgánov a manažmentu.<sup>33</sup> Na základe toho je možné prísť k záveru, že niektoré porušenia zákona o verejnom obstarávaní nie sú natoľko závažné, že by zakladali trestnoprávnu zodpovednosť. Napokon, zásadu subsidiarity trestnej represie potenciálne je možné uplatniť aj pri naplnení druhej alternatívy objektívnej stránky – dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok, pričom možno do úvahy brať rôzne kritériá závažnosti činu: napr. predchádzajúci pracovnoprávny (regresný) postih, súbeh viacerých trestných činov atď.<sup>34</sup>

Známe stanovisko *Nejvyššího soudu ČR* vo veci aplikácie zásady subsidiarity trestnej represie je dobre použiteľné na postih protiprávnych aktivít v súvislosti s verejným obstarávaním tak v českých ako i slovenských právnych podmienkach: „Zásadne tedy platí, že každý protiprávní čin, který vykažuje všechny znaky uvedené v trestním zákoníku, je trestným činem a je třeba vyvodit trestní odpovědnost za jeho spáchání. Tento závěr je však v případech méně závažných trestných činů korigován použitím zásady subsidiarity trestní represe ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zákoníku, podle níž trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního

<sup>29</sup> Napr. k tomu SOLNAR, Vladimír. *Systém československého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972, s. 55: „Přesné a jasné skutkové podstaty trestných činů jsou důležitou zárukou zákonnosti v trestním právu. [...] Jsou ovšem značně rozdíly mezi skutkovými podstatami kaučukovými bez jasných hranic a skutkovými podstatami přesně a konkrétně vymezenými.“

<sup>30</sup> Napr. znak živenia sa nekalým spôsobom pri trestnom čine príživníctva podľa § 203 TZ 1961 do roku 1990, resp. znaky skutkových podstat trestných činov špekulácie podľa § 117 TZ 1961, podvracania republiky podľa § 98 TZ 1961 a ďalších.

<sup>31</sup> Napr. TIBITANZLOVÁ, Alena a Jiří MULÁK. Ještě několik poznámek na téma zásady subsidiarity trestní represe. *Trestněprávní revue*, roč. 17, 2018, č. 5, s. 115–120; Ďalej ČENTĚŠ, Jozef a Ján ŠANTA. Princíp ultima ratio a vybrané aspekty ekonomickej kriminality. In: *Trestné právo ako ultima ratio – hmotnoprávne a procesnoprávne aspekty. Zborník príspevkov z 1. sekcie medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum*, Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2016, s. 31–41.

<sup>32</sup> K tejto metafore ROSTALSKI, Frauke. *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 16.

<sup>33</sup> NETT, Alexander. Ke změnám trestního práva na úseku hospodářské trestné činnosti a k zásadě ultima ratio. *Bulletin advokacie*, 2009, č. 10, s. 77–81.

<sup>34</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 22. 4. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1532/2019, bod 39.

*predpisu.*<sup>35</sup> V tomto zmysle, ak ide o posúdenie trestnoprávnej relevancie konania v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ, je potrebné najmä zvažovať zodpovednosť za správny delikt podľa § 182 zákona o verejnom obstarávaní, resp. za priestupok podľa § 182a zákona o verejnom obstarávaní. Naopak, spoločenská závažnosť sa zvyšuje, ak páchatel' zabráňuje súťaženiu o zákazku niekoľkými navzájom si konkurujúcimi subjektmi, aby obstarávateľ mohol uzavrieť skutočne najvýhodnejšiu zmluvu.<sup>36</sup>

Trestnoprávnu relevanciu budú mať teda najmä **vážne porušenia základných povinností verejného obstarávateľa a obstarávateľa** podľa § 10, resp. 11 zákona o verejnom obstarávaní. Predovšetkým pôjde o vážne porušenia princípu rovnakého zaobchádzania, princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípu transparentnosti, princípu proporcionality a princíпов hospodárnosti a efektívnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Tieto princípy sú v zákone ustanovené na základe transpozície čl. 18 smernice o verejnom obstarávaní a na ich výklad sa vzťahuje rozhodovacia činnosť Súdneho dvora Európskej únie.

Verejní obstarávatelia sú v celom konaní povinní dodržiavať tieto princípy.<sup>37</sup> Osobitne dôležitý je **princíp rovnakého zaobchádzania**, teda zákazu diskriminácie, ktorý vyžaduje rovnaké podmienky pre všetky súťažiacie podniky z hľadiska podávania ponúk, teda rovnakú príležitosť formulovania znenia ponúk.<sup>38</sup> Rovný prístup k verejným zákazkám je sprevádzaný rovnosťou možného úspechu vo verejnom obstarávaní a prejavuje sa v rovných podmienkach pre všetkých uchádzačov, ktorí spĺňajú podmienky

<sup>35</sup> Stanovisko Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 301/2012, publikované ako R 26/2013.

<sup>36</sup> Adekvátne k tomu uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020, bod 18: „Naopak je spoločenská škodlivosť zvyšovaná tým, že obvinení **zabránili vôbec vzniku jakéhokoli náznamu soutěžení o veřejnou zakázku**, v níž by o její předmět vážně usilovalo několik navzájem si konkurujících subjektů tak, aby zadavatel mohl uzavřít skutečně pro něho nejvýhodnější smlouvu na provedení soutěžního díla. V podstatě nenastala ani teoretická možnost, aby se tak stalo, neboť spoluobvinění od počátku vzali průběh celého zadávacího řízení do vlastních rukou a oslovení dodavatele představující tzv. „křoví“ nevykazovali jakýkoli vážný zájem o vítězství v soutěži. Lze připustit, že **menší společenská škodlivosť manipulovaného zadávacího řízení by mohla nastat například v situaci, v níž by zadavatel sdělil některému uchazeči neveřejnou informaci, která nebude pro zadání veřejné zakázky stěžejní**, což však rozhodně nebyl daný případ. Spoluobvinění nejprve určili vítězného dodavatele a následně organizovali zadávací řízení jemu na míru zásadně v rozporu se zásadou transparentnosti a rovného zacházení s současného předstírání, že po formální stránce byla veřejná zakázka zadána v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, resp. jeho obecnými zásadami. Při výkladu a aplikaci ustanovení § 12 odst. 2 tr. zákoníku bylo rovněž významné, že posuzovaným skutkem spoluobvinění naplnili znaky dvou trestných činů, což rozhodně nesvědčí o výjimečných okolnostech, které by mohly vyloučit potřebu uplatnit prostředky trestního práva a z něj vyplývající principu „ultima ratio““ [Pozn.: vyznačil autor].

<sup>37</sup> Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 20. 9. 2018, *Montte SL*, C-546/16, ECLI:EU:C:2018:752, bod 38.

<sup>38</sup> „Zásada rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi, ktorej cieľom je podporovať rozvoj zdravej a účinnej hospodárskej súťaže medzi podnikmi, ktoré sa zúčastňujú na verejnom obstarávaní, prikažuje, aby všetci uchádzači mali rovnaké príležitosti pri formulovaní znenia svojich ponúk, a preto vyžaduje, aby tieto ponuky podliehali rovnakým podmienkam pre všetky súťažiacie podniky [...]“ Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 12. 3. 2015, *eVigilo*, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, bod 33.

obstarávateľa.<sup>39</sup> Nediskriminačné zaobchádzanie a transparentnosť konania sú spojené aj s technickými špecifikáciami pri vyhlasovaní verejného obstarávania – so spôsobom ich formulovania a ich výberom; technické špecifikácie musia umožňovať rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov a nesmú vytvárať neopodstatnené prekážky.<sup>40</sup> Prísne posudzovanie povinnosti rovnakého zaobchádzania je zdôraznené aj tým, že k zvýhodneniu (resp. znevýhodneniu) súkromného podniku nesmie prísť ani spoluprácou medzi verejnými obstarávateľmi.<sup>41</sup>

Taktiež dôležitým je **princíp transparentnosti**, ktorý znamená povinnosť verejného obstarávateľa – v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podmienkach – formulovať podmienky a postupy zadania zákazky jasne, presne a jednoznačne, aby boli pre uchádzačov zrozumiteľné a aby boli ponuky uchádzačov preskúmateľné z hľadiska splnenia kritérií obstarávania.<sup>42</sup> Transparentnosť predpokladá zaistenie čo najvyššej miery informovanosti účastníkov, obstarávateľov, ale aj verejnosti o priebehu verejného obstarávania.<sup>43</sup> Tieto princípy vo svojom súhrne vyžadujú objektivnosť zadávacích kritérií, objektivnosť porovnania a vyhodnotenia ponúk tak, aby bola zaručená účinná hospodárska súťaž. Tieto kritériá teda nesmú dávať verejnému obstarávateľovi neobmedzenú slobodu výberu.<sup>44</sup> To znamená, že tak, ako je v záujme zachovania princípu právnej istoty nevyhnutné formulovať dostatočne určitým spôsobom znaky skutkovej podstaty trestného činu, tak je potrebné dostatočne určitým spôsobom formulovať kritériá výberu pri verejnom obstarávaní, avšak na druhej strane určitá formulácia nesmie neodôvodnene vylučovať subjekty, nesmie byť diskriminačná.

K predmetným princípom *Nejvyšší soud ČR* uviedol, že ich uplatňovanie má zabrániť páchaniu trestnej činnosti spojenej s verejným obstarávaním v jej typických formách: „Právě průběh zadávacího řízení ovládaný těmito třemi základními zásadami má zabránit posuzovanému druhu trestné činnosti, jejíž podstatou bývá účelový výběr předem určeného vítěze pachatelem či spolupachatelem a nastavení takových podmínek zadávacího řízení tak, aby bylo dosaženo tohoto cíle, k čemuž bývá nutná součinnost tzv. nastrčených soutěžitelů, uchazečů, kteří jsou obeznámeni se svou rolí předstíraného zájmu o vítězství, často za finanční odměnu či příslib jiné výhody, např. subdodavateľské služby, vítězství v jiné veřejné soutěži, apod.“<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, bod 77.

<sup>40</sup> Rozsudok Súdneho dvora z 10. 5. 2012, *Komisia vs. Holandsko*, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, bod 62.

<sup>41</sup> Rozsudok Súdneho dvora z 28. 5. 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH*, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395, bod 76.

<sup>42</sup> Rozsudok z 10. 5. 2012, *Komisia vs. Holandsko*, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, bod 109 a tam citovaná judikatúra.

<sup>43</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, bod 77.

<sup>44</sup> Rozsudok Súdneho dvora z 10. 5. 2012, *Komisia vs. Holandsko*, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, bod 87.

<sup>45</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020, bod 14.

Porušenie týchto princípov sa prejaví v porušení ďalších základných povinností verejného obstarávateľa a obstarávateľa, napr. postupy verejného obstarávania sa nesmú vykonávať s motívom nedovoleného uplatnenia výnimky zo zákona o verejnom obstarávaní alebo narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých subjektov (§ 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní). Nediskriminácia, rovnaké zaobchádzanie a transparentnosť – ako základné a ťažiskové princípy európskej i vnútroštátnej právnej úpravy – môžu byť závažným spôsobom porušené **postupom v rozpore s ustanoveniami zákona, ktorých účelom je zabezpečiť verejnú výzvu**.

V tomto zmysle je potrebné v slovenských podmienkach poukázať na prípad známy ako tzv. *nástenkový tender*, teda verejnú obstarávanie na Ministerstve výstavby a regionálneho rozvoja SR s celkovou hodnotou zákazky viac ako 97,6 milióna €, pre ktorý boli právoplatne podľa § 266 ods. 1, ods. 3 slovenského TZ odsúdení dvaja exministri výstavby. Súd identifikoval celý rad protizákonných postupov odsúdených. Obstarávanie sa vykonávalo bez odborne spôsobilé osoby<sup>46</sup>. Výzva mala byť podľa skutkovej vety rozsudku „zverejnená“ na informačnej tabuli za zamknutými dverami na chodbe neprístupnej verejnosti, ako uviedol Najvyšší súd SR: „[...] v rozpore s § 99 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. zväčša neverejnili Výzvu na predkladanie ponúk, pričom v rozpore so skutočnosťou deklarovali ako miesto jej zverejnenia informačnú tabuľu na I. poschodí budovy ministerstva, a to v období štyroch pracovných dní - od 17. do 22. mája 2007, čím znemožnili účasť vo verejnej súťaži neobmedzenému počtu uchádzačov a záujemcov, v dôsledku čoho sa KONZORCIUM stalo jediným sťažiteľom v takto vyhlásenom verejnom obstarávaní [...]“<sup>47</sup>. Takýto postup mal viesť – ako správne Najvyšší súd ČR vyššie vystihol podstatu a charakter tejto trestnej činnosti – k účelovému výberu vopred určeného víťaza, teda len k „fingovaniu“ skutočného verejného obstarávania: „[p]odľa mienky odvolacieho súdu, v posudzovanom prípade išlo od začiatku o vedomú, úmyselnú a systematickú činnosť, ktorá smerovala k úplnému eliminovaniu súťažného prostredia. Laicky povedané, obžalovaní spolu s ďalšími osobami proces verejného obstarávania len fingovali, keďže zákazka bola od začiatku určená pre KONZORCIUM.“<sup>48</sup> „Dokonalosť“ zločinu manipulovaného,

<sup>46</sup> V rozpore s § 116 ods. 1 vtedy účinného zákona č. 25/2006 Z. z.

<sup>47</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5To/2/2018, s. 3. Rozhodnutie získalo ocenenie Judikát roka 2019. „Zverejnenie“ sa však podľa skutkových zistení nevykonalo ani na tejto nástenke: „Výzva na predkladanie ponúk, ale aj ďalšie podklady [...] vypracované v procese verejného obstarávania boli vytvárané a pripomienkované dávno po tom, ako mala byť Výzva na predkladanie ponúk zverejnená, dokonca po tom, ako mala byť podpísaná Zmluva o poskytovaní služieb [...]. Zo zaistených súborov tiež plynie, že v čase, keď malo byť verejnú obstarávanie ukončené, ešte nebol pripravený menovací dekrét pre členov hodnotiacej komisie a dokonca ani ponuka KONZORCIA [...]. Je teda evidentné, že v deklarovanom období od 17. - 22. mája 2007 predmetná výzva na nástenke, ale ani nikde inde visieť nemohla.“ Ibid., s. 36–37.

<sup>48</sup> Ibid, s. 30.

resp. predstieraného verejného obstarávania bola v predmetnom prípade zvýraznená aj tým, že jeho kontrolu mala vykonávať osoba, ktorá ho pripravovala.<sup>49</sup>

Na druhej strane nie každé porušenie základných povinností verejného obstarávateľa musí mať trestnoprávnu relevanciu. Ako príklad možno uviesť nesplnenie alebo len čiastočné splnenie povinnosti verejného obstarávateľa „*po skončení kalendárneho štvrtého roka uverejniť v profile súhrnnú správu o zmluvách so zmluvnými cenami vyššími ako 1 000 €*“ podľa § 10 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní a množstvo ďalších menej významných porušení zákona.

Porušenie uvedených základných princípov, teda konanie v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní môže zároveň viesť aj k súčasnému naplneniu druhej alternatívy objektívnej stránky skutkovej podstaty trestného činu podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ – **dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok**.<sup>50</sup>

V porovnaní s uvedeným je tento znak jedinou formou konania podľa § 256 ods. 1 českého TZ a jeho naplnenie sa taktiež viaže na porušenie *zásad zadávání veřejných zakázek* podľa § 6 *zákonu o zadávání veřejných zakázek*. Pojmy prednosť a výhodnejšie podmienky sa v českej a slovenskej právnej úprave vykladajú v zásade rovnako. Prednosťou je akékoľvek zvýhodnenie, ktoré sa týka časového predstihu, napr. oznámenie rozhodujúcich termínov pri verejnom obstarávaní pred ich verejným vyhlásením. Výhodnejšími podmienkami sa myslia akékoľvek iné podmienky, ktoré zvýhodňujú súťažiteľa pred inými, napr. oznámenie údajov o obsahu návrhov – realizačných a cenových ponúk iných súťažiteľov.<sup>51</sup> Vytvorenie výhodnejších podmienok môže spočívať aj v potlačení súťažného prostredia, teda obmedzením účasti dodávateľov, ktorí by v danom čase a priestore spĺňali podmienky na realizáciu súťažného diela.<sup>52</sup>

V tomto zmysle stanovuje česká právna úprava **užší rozsah** kriminalizácie (len jedna alternatíva konania) s jeho **presnejším vymedzením** ako slovenská právna úprava, teda obmedzuje sa len na dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok. Na druhej strane právna úprava podľa § 256 českého TZ poskytuje **širší rozsah** kriminalizácie z hľadiska

<sup>49</sup> Ibid., s. 44: „*A hoci predmetná žiadosť bola formálne adresovaná JUDr. V. ako vedúcej odboru kontroly ÚVO [pozn. – Úrad pre verejné obstarávanie], doručená bola JUDr. M.B., vtedajšej vedúcej služobného úradu ÚVO, ktorá s výkonom kontroly nemala mať nič spoločné. Ide pritom o tú istú osobu, s ktorou sa mala obžalovaná Ing. E.F. na popud JUDr. L. podieľať na príprave podkladov pre verejné obstarávanie (viď nižšie ke zrušujúcej časti obžalovanej Ing. E.F.). Inými slovami, kontrola verejného obstarávania bola pod dohľadom osoby, ktorá sa takmer s určitosťou na jej príprave podieľala.*“

<sup>50</sup> Pozri právnu vetu výroku predmetného rozsudku Najvyššieho súdu SR: „[...] obžalovaní Ing. A.B. a Ing. PhDr. C.D. spoločným konaním v súvislosti s verejným obstarávaním v úmysle zadovážiť inému prospech konali v rozpore so všeobecne záväzným predpisom o verejnom obstarávaní a dojednali niektorému súťažiteľovi výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov a tento čin spáchali ako vyblasovateľ (Ing. A.B.) a usporiadateľ (Ing. PhDr. C.D.) verejnej súťaže a spôsobili tým škodu veľkého rozsahu [...]“.

<sup>51</sup> ŠÁMAL, Pavel, § 256. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2618–2627; Porovnaj ŠANTA, J. *Ochrana a poškodzovanie finančných záujmov Európskej únie*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2018, s. 120.

<sup>52</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020, bod 17.

vecnej pôsobnosti ochrany: slovenská právna úprava poskytuje ochranu riadnemu priebehu verejného obstarávania a verejnej dražby, zatiaľčo česká právna úprava poskytuje ochranu riadnemu priebehu širšieho okruhu procesov: *žadání veřejné zakázky, veřejná soutěž a veřejná dražba*. Ochrana podľa § 266 slovenského TZ sa nevzťahuje<sup>53</sup> na verejnú súťaž podľa § 847 a nasl. slovenského Občianskeho zákonníka<sup>54</sup> a obchodnú verejnú súťaž podľa § 281 a nasl. slovenského Obchodného zákonníka<sup>55</sup>. Navyše pojem *veřejná soutěž* sa vykladá širšie než len podľa ustanovení *Občianskeho zákonníka*<sup>56</sup>, čo rozsah ochrany – kriminalizácie ešte zväčšuje. Z hľadiska použitých pojmov „*v súvislosti s verejným obstarávaním*“ a „*v súvislosti se žadáním veřejné zakázky*“ je možné konštatovať **rovnaký rozsah** kriminalizácie, hoci v Českej republike sa vyskytli názory o užšom chápaní pojmu, ktoré boli judikatúrou odstránené.<sup>57</sup> V tejto súvislosti *Nejvyšší soud ČR* uviedol, že predmetné ustanovenie nie je blanketovou, ani odkazovacou skutkovou podstatou, pretože sa ani všeobecne, ani konkrétne neodvoláva na mimotrestný právny predpis, ktorého porušením je podmienená trestná zodpovednosť.<sup>58</sup> Týmto sa však – vzhľadom na vyššie uvedené – slovenská a česká právna úprava odlišujú, pretože prvá alternatíva konania v objektívnej stránke „*koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe*“ podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ priamo odkazuje na konkrétne mimotrestné právne predpisy a nie je možné identifikovať taký výklad, ktorý by výpočet týchto predpisov rozširoval na neurčitý okruh. Výnimku tu tvorí len kvalifikovaná skutková podstata podľa § 266 ods. 2 písm. c) slovenského TZ, ktorá používa pojem verejná súťaž, ktorý je pojmom širším ako verejné obstarávanie a zahŕňa súťaže realizované aj podľa iných zákonov.<sup>59</sup> Ide však len o nepresnosť formulácie pri rekodifikácii.

<sup>53</sup> Pozri KORDÍK, Marek. § 266. In: BURDA, Eduard, Jozef ČENTÉŠ, Juraj KOLESÁR, Jozef ZÁHORA a kol. *Trestný zákon. Osobitná časť. Komentár. II. diel*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 735–736.

<sup>54</sup> Zákon č. 40/1964 Zb. *Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov*.

<sup>55</sup> Zákon č. 513/1991 Zb. *Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov*.

<sup>56</sup> Pozri vyššie.

<sup>57</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 29. 3. 2017, sp. zn. 5 Tdo 1106/2016, publikované ako R 1/2019; Ďalej uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 31. 5. 2017, sp. zn. 5 Tdo 1364/2016, publikované ako R 6/2018; podobne aj uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020.

<sup>58</sup> Ibid., R 1/2019: „Ustanovení § 256 tr. zákoníku o trestném činu zjednání výhody při žadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě není normou s blanketní, ani s odkazovací skutkovou podstatou, neboť se nedovolává ani obecně, ani konkrétně mimotrestního předpisu, který by bylo třeba užít nebo jehož porušením je podmíněna trestní odpovědnost.“; Rovnako uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, bod 78.

<sup>59</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5 To 2/2018, s. 63–64: „**Legálny pojem ,verejná súťaž‘ je totiž omnoho širší a popri súťažiach realizovaných formou ,verejného obstarávania‘ podľa zákona č. 25/2006 Z. z., zahŕňa aj verejnú súťaž podľa § 847 a nasl. Obč. zák., resp. obchodné verejnú súťaž podľa § 281 a nasl. Obch. zák.** O uvedenom svedčí aj historický vývoj skutkovej podstaty, ktorá bola do § 128a zákona č. 140/1961 Zb. *Trestný zákon zavedená zákonom č. 557/1991 Zb. s názvom machinácie pri verejnej súťaži a verejnej dražbe*. [...] Z ústavnoprávných dôvodov sa však zákonodarca rozhodol pre širšiu formuláciu, tak aby dopadala na akékoľvek ovplyvňovanie verejnej súťaže, bez ohľadu na to, či sa týka majetku štátu alebo iného subjektu. [...] **Až rekodifikáciou Trestného zákona (prijatím zákona č. 300/2005 Z. z.) zákonodarca v ods. 1 zúžil rozsah chránených ,verejných súťaží‘ len na tie, ktoré boli realizované formou ,verejného obstarávania‘ podľa osobitného predpisu.** Túto zmenu však opomenul premietnuť do kvalifikovanej skutkovej podstaty v ods. 2, ktorá naďalej (obsoletne) prísnejšie trestá aj iných vyhlavosateľov / usporiadateľov verejných súťaží.“

Pri skúmaní **kvalifikovaných skutkových podstát** vo vzťahu k základným skutkovým podstatám trestných činov podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ a § 256 českého TZ obsahujú tieto ustanovenia navzájom adekvátne prvky, ktoré sú okolnosťami podmieňujúcimi použitie vyššej trestnej sadzby. Obe právne úpravy ustanovujú ako obzvlášť prít'azujúce okolnosti, ak páchatel' spácha čin ako vyhlasovateľ alebo usporiadateľ verejnej súťaže, verejnej dražby, resp. ako licitátor a slovenská právna úprava do tohoto výpočtu zaraďuje aj postavenie člena privatizačnej komisie. Pri osobách v uvedenom postavení nie je vylúčené okrem postihu podľa predmetnej kvalifikovanej skutkovej podstaty naplnenie znakov skutkovej podstaty trestného činu porušovania povinností pri správe cudzieho majetku podľa § 237 slovenského TZ<sup>60</sup>, resp. § 220 českého TZ.

Česká právna úprava obsahuje v tomto výpočte prvej kvalifikovanej skutkovej podstaty (§ 256 ods. 2 českého TZ s trestnou sadzbou dva roky až osem rokov) aj **postavenie páchatel'a ako člena organizovanej skupiny**, čo slovenské ustanovenie zaraďuje až do najprísnejšej kvalifikovanej skutkovej podstaty [§ 266 ods. 3 písm. b) slovenského TZ, člen nebezpečného zoskupenia] s podstatne vyššou trestnou sadzbou (sedem rokov až dvanásť rokov).

V oboch právnych úpravách sa ako okolnosť podmieňujúca použitie vyššej trestnej sadzby posudzuje aj korupčný prvok – teda inak znaky trestných činov korupcie: žiadanie, prijatie alebo prijatie sľubu majetkového alebo iného prospechu. Z tohto dôvodu je tak rovnako ako podľa českej právnej úpravy, tak aj podľa slovenskej právnej úpravy vylúčený jednočinný súbeh s prijímaním úplatku. Zákonomdarca by mal v prípade českého TZ i slovenského TZ zvážiť, či by postačoval postih korupčných aktivít podľa všeobecných skutkových podstát trestných činov korupcie. Postup pri verejnom obstarávaní / *žadání veřejné zakázky* je obstarávaním všeobecného záujmu (§ 331 ods. 1 českého TZ, resp. § 329 ods. 1 slovenského TZ).<sup>61</sup> Tým by sa umožnil jednočinný súbeh s trestnými činmi korupcie, ktoré navyše umožňujú diferencovaný postih podľa závažnosti, najmä podľa rozsahu činu v kvalifikovaných skutkových podstatách.<sup>62</sup>

Slovenská právna úprava, na rozdiel od českej právnej úpravy ako kvalifikačné znaky ustanovuje aj osobitný motív a závažnejší spôsob konania. Pri predmetnom trestnom čine ako osobitný motív prichádza do úvahy spáchanie činu na objednávku [§ 140 písm. a) slovenského TZ], resp. ako závažnejší spôsob konania prichádza do úvahy spáchanie činu porušením dôležitej povinnosti vyplývajúcej z páchatel'ovho zamestnania alebo uloženej mu podľa zákona [§ 138 písm. h) slovenského TZ], spáchanie činu organizovanou skupinou [písm. i)] – adekvátne

<sup>60</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5 To 2/2018, s. 68–69.

<sup>61</sup> K širokému výkladu tohto pojmu pozri BELEŠ, Andrej. Korupcia v súvislosti s obstarávaním vecí všeobecného záujmu. *Justičná revue*, 2017, č. 8–9, s. 1009–1020.

<sup>62</sup> Pri slovenskej právnej úprave je okrem toho nekonceptne ustanovená nižšia trestná sadzba pri § 266 ods. 2 TZ (dva roky až osem rokov) ako pri prijímaní úplatku (v súvislosti s obstarávaním vecí všeobecného záujmu) v základnej skutkovej podstate podľa § 329 ods. 1 TZ (tri roky až osem rokov).

ako podľa § 256 ods. 2 písm. a) českého TZ<sup>63</sup>; menej pravdepodobné je použitie verbálneho násilia na spáchanie činu [písm. d)], príp. využitie podriadenosti [písm. g)].

Ak ide o spáchanie činu nie organizovanou skupinou<sup>64</sup>, ale zločineckou skupinou<sup>65</sup>, ide o kvalifikáciu podľa najprísnejšej kvalifikovanej skutkovej podstaty trestného činu (§ 266 ods. 3 slovenského TZ). Spáchanie činu organizovanou zločineckou skupinou (§ 129 českého TZ) český kódex ako okolnosť podmieňujúcu použitie vyššej trestnej sadzby neustanovuje. V prípadoch, akým bol tzv. *nástenkový tender* so zapojením ministrov – členov vlády ako páchatel'ov zločinu je potrebné osobitne skúmať možnú existenciu zločineckej skupiny, pretože „obchod“ v uvedenom objeme 97,6 milióna eur je náročné spáchať na „*vlastnú päť*“, bez ďalšieho politického krytia, resp. možnosti úspešne legalizovať výnos z trestnej činnosti. Aj Najvyšší súd SR uviedol, že išlo o systematickú činnosť smerujúcu k fingovaniu verejného obstarávania, pričom vo svojich funkciách sa nachádzali na základe politických nominácií: „*Tak obžalovaný Ing. A.B., ako aj obžalovaný Ing. PhDr. C.D. boli do svojich funkcií inštalovaní na návrh vtedajšieho predsedu Slovenskej národnej strany (ďalej len „SNS“), Ing. J.S. (viď výpoveď obžalovaného Ing. A.B.; [...]).*“ V súvislosti s týmto prípadom bola v samostatnom konaní podľa § 266 ods. 1, ods. 2 písm. c), ods. 3 písm. a) slovenského TZ odsúdená osoba, ktorá poskytovala odborné poradenstvo a udelila súhlas na použitie svojho mena ako odborne spôsobilej osoby. Odsúdená považovala za „diskriminačné“, že bola uznaná vinnou ako „neskorší článok“ reťaze, avšak „skoršie články“, ktoré s odsúdenými exministrami pripravovali podklady, a najmä osoby, ktoré z verejného obstarávania profitovali, neboli ani trestne stíhané, ani odsúdené. Najvyšší súd SR potvrdil, že obžalovaná bola uznaná vinnou v tomto zmysle skutočne „diskriminačne“, avšak poukázal na zásadu *nemo iudex sine actore*.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> „Organizovanou skupinou se rozumí sdružení více osob, v němž je provedena určitá dílba úkolů mezi jednotlivé členy sdružení a jehož činnost se v důsledku toho vyznačuje plánovitostí a koordinovaností, což zvyšuje pravděpodobnost úspěšného provedení trestného činu, čímž jsou umocněny jeho škodlivé dopady pro společnost. Skupina nemusí mít trvalejší charakter a tímto způsobem lze spáchat i jen ojedinělé, jednorázový trestný čin.“ ŠÁMAL, Pavel. § 152. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1601–1607.

<sup>64</sup> Podľa § 129 ods. 2 slovenského TZ je organizovanou skupinou „*spolčenie najmenej troch osôb na účel spáchania trestného činu, s určitou delbou určených úloh medzi jednotlivými členmi skupiny, ktorej činnosť sa v dôsledku toho vyznačuje plánovitosťou a koordinovanosťou, čo zvyšuje pravdepodobnosť úspešného spáchania trestného činu.*“

<sup>65</sup> Zločineckou skupinou sa podľa § 129 ods. 4 slovenského TZ rozumie „*štruktúrovaná skupina najmenej troch osôb, ktorá existuje počas určitého časového obdobia a koná koordinovane s cieľom spáchať jeden alebo viacej zločinov, trestný čin legalizácie výnosu z trestnej činnosti podľa § 233 alebo niektorý z trestných činov korupcie podľa ôsmej hlavy tretieho dielu osobitnej časti na účely priameho alebo nepriameho získania finančnej alebo inej výhody.*“

<sup>66</sup> „*V tomto smere treba dať za pravdu obhajobe, že obžalovaná N. W. bola odsúdená „diskriminačne“; túto „diskrimináciu“ ale nespôsobili súdy, ktoré rozhodujú len o tých veciach, v ktorých im bola podaná obžaloba, ale orgány činné v trestnom konaní, ktoré napriek relevantným podozreniam voči takýmto osobám nevedli vyšetrovanie dostatočne razantne tak, aby im trestnú činnosť preukázali (napr. sa neuskutočnili prebliadky iných priestorov a pozemkov na MVaRR SR [Pozn. – Ministerstvo výstavby a regionálneho rozvoja SR], ÚVO, u členov víťazného konzorcia, domové prebliadky u podozrivých osôb; nebolo vykonané sledovanie osôb, resp. použité informačno-technické prostriedky atď.).*“ Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 21. 11. 2019, sp. zn. 5 To 6/2019, s. 16.

Kvalifikácia podľa najprísnejšej skutkovej podstaty trestného činu sa – podľa slovenského TZ – uplatní aj v prípade, ak je činom spôsobená škoda veľkého rozsahu, teda najmenej 133 000 €. Z hľadiska tohto znaku je slovenský TZ podstatne prísnejší ako český TZ, pretože ak je spáchaná škoda rádovo v miliónoch eur (bez naplnenia iných kvalifikačných znakov), zakladá to dôvod na aplikáciu § 266 ods. 3 slovenského TZ so sadzbou sedem až dvanásť rokov, zatiaľčo česká právna úprava stanovuje len kvalifikačný znak spôsobenia značnej škody alebo získania značného prospechu podľa § 256 ods. 2 písm. b) a c) českého TZ s trestnou sadzbou dva roky až osem rokov. Aj v uvádzanom prípade tzv. *nástenkového tendra* boli exministri výstavby odsúdení na úhrnné tresty odňatia slobody 11 rokov, resp. 9 rokov, avšak pre úplnosť je potrebné dodať, že skutky boli u prvého z nich kvalifikované ako jednočinný súbeh zločinu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe spolupáchateľstvom podľa § 20, § 266 ods. 1, ods. 2 písm. c), ods. 3 písm. a) slovenského TZ a obzvlášť závažného zločinu zneužívania právomoci verejného činiteľa podľa § 326 ods. 1 písm. a), ods. 4 písm. b) slovenského TZ.<sup>67</sup>

Z hľadiska naplnenia kvalifikačného znaku spôsobenia **škody** veľkého rozsahu (ods. 3), resp. značná škoda (ods. 2) vznikla v podmienkach SR polemika, či za spôsobenú škodu je potrebné považovať celú hodnotu zákazky alebo len tú časť hodnoty, ktorá je ujmou iného subjektu, teda by predstavovala zisk následkom splnenia zákazky, keby verejné obstarávanie nebolo manipulované. V takom prípade je podiel zisku potrebné určiť znaleckým dokazovaním. Prvý názorový prúd vychádza z toho, že chráneným objektom je záujem na riadnom a zákonnom priebehu verejného obstarávania, a teda zákonné ustanovenie má zabrániť tomu, aby súťažiteľia machináciami nezískali zákazku ako takú, nie len čistý zisk. Z pohľadu druhého názorového prúdu je to irelevantné, pretože zákon vyžaduje preukázanie spôsobenej škody, ktorej výška nezodpovedá celej zákazke.<sup>68</sup>

Najvyšší súd SR sa už dlhší čas prikláňa k druhému názorovému prúdu.<sup>69</sup> Predmetným trestným činom sa totiž trestá dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok na úkor iných súťažiteľov, preto poškodeným subjektom nie je verejný obstarávateľ, ale iní, potenciálni súťažiteľia alebo účastníci, a to platí aj v prípade prvej alternatívy objektívnej stránky. Súd v prípade tzv. *nástenkového tendra* k tomu uviedol: „Pre vyčíslenie takto spôsobenej škody  **bude potrebné ustáliť, aký zisk by neúspešný súťažiteľ / uchádzač mohol dosiahnuť nebyť trestnej činnosti páchatela. I keď zákon výslovne používa termín ‚ujma na zisku‘, najvyšší súd kvôli doterajšej nejednotnej rozhodovacej praxi konštatuje, že pri jej vyčíslení nemožno vychádzať z celého objemu zákazky. Ziskom súťažiteľa / uchádzača nie je celý objem zákazky, bez ohľadu na to, aké by mal súťažiteľ / uchádzač v súvislosti s verejným obstarávaním / dražbou náklady. Zisku je treba rozumiť (zjednodušene) ako rozdielu medzi výnosmi**

<sup>67</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5 To 2/2018.

<sup>68</sup> Blížšie ŠANTA, Ján. *Machinácie pri verejnom obstarávaní podľa Trestného zákona Slovenskej republiky*. Dostupné z: [https://www.ja-sr.sk/files/Machinacie\\_JUDr\\_Santa.pdf](https://www.ja-sr.sk/files/Machinacie_JUDr_Santa.pdf) [cit. 1. 12. 2020].

<sup>69</sup> Uznesenie Najvyššieho súdu SR zo dňa 6. 11. 2013, sp. zn. 1Tost 21/2013.

*a nákladmi súvisiacimi s realizáciou predmetu zákazky [...]*<sup>70</sup>. Navrhovaná legislatívna zmena podľa Pripomienky ÚVO počíta s nahradením pojmu škoda ako kvalifikačného znaku pojmom rozsah. Pojem rozsah by mal byť špeciálne pre trestný čin definovaný v § 125 ods. 1 slovenského TZ ako „*zmluvná cena dojednaná zadáním zákazky alebo koncesie; ak táto zmluvná cena nebola dojednaná, rozsahom činu sa rozumie predpokladaná hodnota zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov. Ak predpokladaná hodnota zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov nie je stanovená alebo je zjavne podhodnotená alebo nadhodnotená, určí sa na základe znaleckého posudku alebo odborného vyjadrenia.*“ To by v porovnaní s uvedeným výkladom Najvyššieho súdu predstavovalo sprísnenie trestnej represie, pretože páchatelovi by sa ako kvalifikačný znak na t'archu pripísala celá (dojednaná alebo predpokladaná), **hodnota zákazky**, nie len rozdiel medzi výnosmi a nákladmi súvisiacimi s realizáciou. Návrh sa tak prikláňa k výkladu podľa prvého názorového prúdu uvedeného vyššie.

V porovnaní s tým, je situácia v zmysle českého TZ jednoduchšia: na naplnenie kvalifikovanej skutkovej podstaty nie je nevyhnutné preukázanie spôsobenia značnej škody [§ 256 ods. 2 písm. b)], pretože postačuje preukázanie získania značného **prospechu** pre seba alebo pre iného [§ 256 ods. 2 písm. b) českého TZ], čo predstavuje 1 000 000 Kč (cca 38 000 €). Tým sa česká právna úprava približuje výkladu podľa Najvyššieho súdu SR a je voči páchatelovi benevolentnejšia ako návrh podľa Pripomienky ÚVO. Prospech je možné vypočítať ako **možný zisk** z realizovanej zákazky, avšak do prospechu je možné započítať aj **imateriálny prospech** zo získania zákazky – teda získanie prostriedkov na chod spoločnosti, vylepšenie renomé jej úspešnou realizáciou a pod. Pre naplnenie kvalifikačného znaku potom postačuje len orientačný výpočet materiálneho prospechu.<sup>71</sup> Takýto postup v podmienkach slovenského TZ nie je možný, pretože

<sup>70</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5 To 2/2018, s. 66–67: „Z týchto úvah potom najvyšší súd vychádzal, keď postupom § 326 ods. 5 Tr. por., § 295 ods. 2 Tr. por., § 268 Tr. por. v spojení s § 142 a nasl. Tr. por. doplnil dokazovanie o výsluch znalkyne - Ing. M.Š. Ph.D., aby zistil, že **minimálna hodnota čistého zisku iného potencionálneho súťažiteľa by v prípade riešeného verejného obstarávania nemohla byť nižšia ako 3.563.795 €.**“

<sup>71</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, body 92 a 93: „**Imateriální prospěch** spatřoval krajský soud v možnosti vůbec realizovat zakázku, neboť v takových případech má obchodní společnost jako vítězný dodavatel práci pro své zaměstnance a na svůj provoz tak získá prostředky, byť by pouze pokryla vlastní náklady, jež by bez jiného využití svých zdrojů musela beztak vynaložit. Dalším pozitivem, výhodou, tedy prospěchem, který samotné získání zakázky přináší, je **zvýšení obrátu** obchodní společnosti, který často bývá v praxi jedním z kvalifikačních kritérií ve výběrových řízeních na vítězného uchazeče o veřejnou zakázku. Obdobně lze hovořit také o **snazším prokazováním technické způsobilosti** [...], pro případnou další účast v zadávacích řízeních. Možnost realizovat veřejné zakázky nezřídka znamená pro dodavatele také profit ve formě **další reference zvyšující její kredit na obchodním trhu**, v případě úspěšné realizace si dodavatel vylepšuje renomé apod. [...] Ovšem při pohledu na konkrétní finanční objemy, za něž byly vysoutěženy veřejné zakázky [...], je zcela zjevné, že pro naplnění znaku značného prospěchu odpovídajícímu tedy zisku ze zakázky ve výši minimálně 500 000 Kč, postačoval dokonce ještě nižší zisk odvozený procentem z hodnoty předmětu jednotlivých zakázek. Nejnižší hodnota veřejné zakázky, které jsou předmětem trestního stíhání obviněných, totiž činila 33,4 milionů Kč v případě veřejné zakázky ‚kuchyně XY‘ u obviněného D. H. a s uvažovaným minimálním ziskem ve výši 500 000 Kč by to znamenalo pouze 1,5% zisk pro dodavatele.

je nereálne do výpočtu vzniknutej škody započítavať aj potenciálny ušlý imateriálny prospech neúspešných konkurentov.

## 2.2 Ustanovenia § 267 a 268 slovenského TZ a § 257 českého TZ

Taktiež ustanovenia § 267 a 268 slovenského TZ trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe obsahujú adekvátne znaky ako trestný čin *pletichy pri zadávaní verejnej zákazky a pri verejnej súťaži* podľa § 257 českého TZ – s určitými výnimkami.

Spoločnými prvkami sú:

- a) Postih konania, ktorým páchatel prinúti iného, aby sa zdržal účasti na verejnom obstarávaní / *v zadávacím řízení* alebo *ve veřejné soutěži*, a to závažnejším spôsobom konania<sup>72</sup> (slovenský TZ), alebo *lstí nebo pobruškou násilí nebo jiné těžké újm*y (český TZ), čo je však málo pravdepodobné, pretože ekonomická kriminalita sa pácha najmä ako kriminalita bielych golierov, čiže „džentlenská“ kriminalita, pri ktorej sa verbálne alebo fyzické násilie používa až ako prostriedok *ultima ratio*; predmetné ustanovenie je rezíduom zo začiatku 90-tych rokov, keď ekonomická kriminalita organizovaného charakteru sa prejavovala aj primitívnejšími násilnými formami, ako uvádzala aj dôvodová správa k zákonu č. 557/1991 Zb.: „[...]  *kde návrh vycházel z poznatekú o narušování rovnosti podmínek veřejné soutěže, kdy je privatizace prováděna touto formou, o narušování podmínek dražby, kdy v rámci malé privatizace dochází k nátlaku na účastníky dražby, k vybrožování nebo zastrasování, popř. k nabídkám úplatků, byl návrh Výboru pro lidská práva akceptován.*“<sup>73</sup> Uvedené ustanovenie v slovenskej a českej právnej úprave je teda možné kriticky skúmať, či je obsolentné a efektívnejšia by bola jeho redukcia len na kvalifikačný znak: spáchanie činu závažnejším spôsobom konania v slovenskom právnom prostredí. Alebo by v českom TZ aj slovenskom TZ zákonodarcia pristúpil k úplnému vypusteniu uvedeného ustanovenia a potenciálne by sa takéto prípady mohli kvalifikovať ako súbeh s trestným činom vydierania.
- b) Postih korupčného konania – aktívnej i pasívnej korupcie, ktorá súvisí so zdržaním sa účasti vo verejnom obstarávaní / *v zadávacím řízení* alebo *ve veřejné soutěži* – skutková podstata trestného činu je naplnená bez ohľadu na to, či osoba, ktorá prijme

...

*Ostatní veřejné zakázky, na jejichž protiprávním ovlivnění se obvinění podíleli, nebo k takovému jednání poskytli pomoc, dosahovaly vyšších hodnot. Z procentuálního hlediska vyjadřujícího poměr mezi celkovou cenou zakázky a částkou 500 000 Kč jako spodní hranici značného prospěchu by se tedy jednalo o ještě nižší finanční příjem. Nejvyššímu soudu se nejeví jako reálné, aby uchazeč o veřejnou zakázku kalkuloval při stanovení cenové nabídky s méně jak 2% ziskem, a to mimo jiné i s ohledem na tzv. vedlejší výdaje (odměny spřízněným osobám), jež byly spojeny s manipulovanými zadávacími řízeními.*“ [Pozn.: vyznačil autor]. Výpočet značného prospěchu vo výške 500 000 Kč sa viaže na právny stav podľa § 138 českého TZ pred účinnosťou novelizácie zákonom č. 333/2020 Sb., následkom čoho boli jednoznačne výšky úrovni škôd ako kvalifikačných pojmov zdvojnásobené.

<sup>72</sup> Podľa § 138 slovenského TZ, najmä písm. d), f), g): násilím, hrozbou bezprostredného násillia alebo hrozbou inej ťažkej ujmy, lst'ou, príp. využitím neskúsenosti.

<sup>73</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 557/1991 Zb. Dostupné z: [https://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t1002\\_01.htm](https://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t1002_01.htm) [cit. 25. 11. 2020].

majetkový prospech za to, že sa zdrží účasti, skutočne disponuje potrebnými predpokladmi, teda ide o predčasne dokonaný trestný čin<sup>74</sup>. V slovenskej i českej právnej úprave ide o špeciálnu úpravu trestnoprávneho postihu korupcie voči všeobecným ustanoveniam trestných činov korupcie. Napriek tomu, že ide o špeciálne ustanovenia a je daný vyšší spoločenský záujem práve na ochrane verejného obstarávania pred korupčnými aktivitami, táto špeciálna právna úprava v zmysle slovenského TZ i českého TZ určuje – paradoxne – nižšie trestné sadzby v porovnaní so všeobecnými ustanoveniami korupčných deliktov, resp. nediferencuje vyššiu spoločenskú závažnosť podplácania ako prijímania úplatku.<sup>75</sup> Preto zostáva pre zákonodarcu na uváženie zvýšenie trestných sadzieb pri špeciálnych ustanoveniach, zníženie trestných sadzieb pri všeobecných ustanoveniach, príp. diferenciacia trestných sadzieb pri formách pasívnej korupcie (s vyššou závažnosťou) a aktívnej korupcie<sup>76</sup>.

Medzi rozdielne prvky právnych úprav patrí:

- a) skutočnosť, že ochrana podľa § 257 českého TZ – na rozdiel od slovenskej právnej úpravy – sa netýka verejnej dražby,
- b) slovenská práva úprava neobsahuje kvalifikované skutkové podstaty, čiže nerozlišuje závažnosť trestného činu napr. podľa rozsahu, v ktorom bol alebo podľa úmyslu páchatel'a mal byť trestný čin spáchaný – na rozdiel od toho § 257 ods. 2 a 3 českého TZ ustanovujú ako kvalifikačný znak motív získať pre seba alebo pre iného značný prospech alebo prospech veľkého rozsahu: napr. konateľ obchodnej spoločnosti ponúkne inému majetkový prospech za to, že sa zdrží účasti na verejnom

<sup>74</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 29. 4. 2020, sp. zn. 5 Tdo 319/2020, bod 37: „Byť by se později ukázalo, že by ovlivňovaný uchazeč o veřejnou zakázku byl se svou nabídkou stejně neúspěšný či by dokonce jeho nabídka byla vyřazena z formálních důvodů pro nesplnění zákonných požadavků nebo požadavků zadavatele, přesto by bylo možno dopustit se trestného činu pletich při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži, a to i dokonaneho. Právě ve sledované variantě postihující korupci při zadání veřejné zakázky (nebo v souvislosti s veřejnou soutěží) jde ve své podstatě o tzv. předčasně dokonaný trestný čin, protože k ovlivnění zadání veřejné zakázky (resp. veřejné soutěže) vůbec nemusí dojít, dokonce se ani nežadá, aby tzv. aktivním úplatkářstvím pachatel přiměl jiného (ovlivňovaného uchazeče o veřejnou zakázku) zdržet se účasti v zadávacím řízení (nebo veřejné soutěži), neboť postačí pouhé nabídnutí či slíbení úplatku se záměrem přimět jiného zdržet se takové účasti, aniž by bylo třeba, aby taková nabídka či slib byly druhou stranou akceptovány.“

<sup>75</sup> Trestná sadzba pri § 267 a 268 slovenského TZ je podstatne nižšia (jeden rok až päť rokov) ako pri prijímaní úplatku podľa § 328 ods. 1 TZ (dva roky až päť rokov) a najmä § 329 ods. 1 TZ (tri roky až osem rokov), resp. pri podplácaní, avšak až v kvalifikovanej skutkovej podstate (§ 333 ods. 2 TZ: dva roky až päť rokov, § 333 ods. 3 TZ: päť až dvanásť rokov). Taktiež trestná sadzba podľa § 257 ods. 1 českého TZ (až na tri roky) je nižšia ako trestná sadzba pri trestnom čine *přijetí úplatku* podľa § 331 ods. 1 českého TZ (až na štyri roky), resp. § 331 ods. 2 českého TZ (šesť mesiacov až päť rokov), resp. pri trestnom čine podplácaní, avšak až v kvalifikovanej skutkovej podstate podľa § 332 ods. 2 českého TZ (jeden rok až šesť rokov).

<sup>76</sup> V prípade úvahy o vypustení týchto špeciálnych ustanovení postihujúcich korupciu by bolo potrebné zvážiť, či tieto konania, ako je zdržanie sa účasti vo verejnom obstarávaní je možné subsumovať pod všeobecné skutkové podstaty trestných činov korupcie, najmä pod pojem obstarávanie vecí všeobecného záujmu. Príkladáme sa k názoru, že takáto právna kvalifikácia by nebola možná.

obstarávaní (*v zadávacím řízení*), aby získal pre svoju právnickú osobu (teda pre iného) značný prospech<sup>77</sup>;

- c) slovenská právna úprava neobsahuje trestnoprávny postih protizákonných dohôd medzi účastníkmi verejného obstarávania / *žadání veřejné zakázky* a konania smerujúceho k získaniu zákazky za neprimerane vysokú alebo inak nevýhodnú cenu – na rozdiel od § 257 ods. 1 písm. d) českého TZ.

V tomto poslednom bode sa česká právna úprava približuje trestnoprávnemu postihu konaní súvisiacich s verejným obstarávaním v Rakúsku a Nemecku. Rakúsky trestný zákonník StGB<sup>78</sup> totiž obsahuje trestný čin dohôd obmedzujúcich súťaž pri verejnom obstarávaní (*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren*) podľa § 168b rakúskeho StGB. Tento trestný čin postihuje podanie žiadosti o účasť na verejnom obstarávaní, zloženie ponuky alebo vedenie rokovaní, ak takéto konanie spočíva na protiprávnej dohode, ktorej účelom je pohnúť obstarávateľa / zadávateľa k prijatiu určitej ponuky.<sup>79</sup> Podnikatelia sa dohodnú, kto si bude účtovať koľko za dodávané tovary, resp. poskytované služby. Účelom dohody je najmä určiť obsah ponúk. Z dohody je zvyčajne jasné, kto dostane objednávku ako „najlepší uchádzač“.<sup>80</sup>

Podobne aj nemecký trestný zákonník StGB<sup>81</sup> taktiež ustanovuje trestný čin dohôd obmedzujúcich súťaž pri verejnom obstarávaní (*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*) podľa § 298 nemeckého StGB – len s jediným rozdielom, že v objektívnej stránke skutkovej podstaty je ako konanie stanovené len odovzdanie ponuky, ktorá spočíva na protiprávnej dohode. V rakúskej a nemeckej právnej úprave sa priamo osobitne verejného obstarávania týka len tento trestný čin (§ 168b rakúskeho StGB, resp. § 298 nemeckého StGB). Rakúsky ani nemecký trestný zákon teda nekriminalizujú machinácie pri verejnom obstarávaní v takom zmysle a tak rozsiahlo ako slovenská a česká právna úprava. Ak by prišlo ku korupčným aktivitám v súvislosti s verejným obstarávaním, tieto je možné postihnúť všeobecnými skutkovými podstatami trestných činov korupcie. Bližší rozbor predmetných úprav však presahuje zameranie predkladanej štúdie.

<sup>77</sup> Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 29. 4. 2020, sp. zn. 5 Tdo 319/2020, bod 36.

<sup>78</sup> Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) StF: BGBl. Nr. 60/1974 (NR: GP XIII RV 30 AB 959 S. 84. BR: S. 326. NR: Einspr. d. BR: Einspr. d. BR: 1000 AB 1011 S. 98.), ostatne v znení zákona BGBl. I Nr. 111/2019 (NR: GP XXVII RV 1 AB 14 S. 6. BR: AB 10276 S. 899.) [CELEX-Nr.: 32017L1371].

<sup>79</sup> Ust. § 168b ods. 1 rakúskeho StGB. Ust. ods. 2 voči uvedenej základnej skutkovej podstate trestného činu obsahuje osobitný dôvod zániku trestnosti činu.

<sup>80</sup> BERTEL, Christian a Klaus SCHWEIGHOFER. *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I. § 75 bis 168e StGB*. Wien: Springer-Verlag, 2010, s. 334.

<sup>81</sup> Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 9. Oktober 2020 (BGBl. I S. 2075) geändert worden ist.

## Záver

Forma a obsah trestnoprávneho postihu protiprávnych konaní v súvislosti s verejným obstarávaním / *žadáním verejné zákazky* zostali v slovenskej aj českej právnej úprave v zásade verné právnej úprave v zmysle TZ 1961 prijatej na federálnej úrovni začiatkom 90-tych rokov. Konvergentné prvky slovenskej a českej právnej úpravy posilňuje aj transpozícia štandardov verejného obstarávania z práva EÚ.

Napriek tomu je možné identifikovať niekoľko divergentných atribútov. Trestný čin machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe v základnej skutkovej podstate podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ si v porovnaní s trestným činom podľa § 256 českého TZ zachoval nedostatočne určitú alternatívu objektívnej stránky, ktorou je konanie v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní. Takúto adekvátnu – tiež nedostatočne určitú skutkovú podstatu trestného činu obsahuje ustanovenie § 248 ods. 2 druhá alinea českého TZ. V súlade so zásadou subsidiarity trestnej represie je možné túto alternatívu objektívnej stránky naplniť len tými najzávažnejšími porušeniami zákona o verejnom obstarávaní, ktoré najmä porušujú princípy rovného zaobchádzania, nediskriminácie a transparentnosti vyplývajúce zo smernice o verejnom obstarávaní. Pre českého zákonodarcu zostáva na uváženie, či takéto ustanovenie by malo byť systematicky priradené k trestným činom podľa § 256 a 257 českého TZ a či by nemalo byť spresnené tým, aké konkrétne porušenia osobitného zákona sú trestnoprávne relevantné. Požiadavka spresnenia ustanovenia sa týka adekvátne aj prvej aliney § 266 ods. 1 slovenského TZ.

Obsah týchto princípov je dostatočne zrejмый z rozhodovacej činnosti Súdneho dvora EÚ a vnútroštátnych súdov (najmä *Nejvyššího soudu ČR*). Tieto princípy majú zabrániť trestnej činnosti, ako je zadanie verejnej zákazky vopred určenému dodávateľovi rôznymi spôsobmi vylúčenia skutočnej súťaže, vrátane imitovania súťaže pomocou „nastrčených“ spriaznených obchodných spoločností.

Z hľadiska rozsahu kriminalizácie je táto v určitých aspektoch v podmienkach slovenského TZ širšia (dve alternatívy objektívnej stránky) a v určitých aspektoch užšia. Pojem verejná súťaž je širším pojmom ako verejné obstarávanie a základná skutková podstata podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ tento širší pojem nepoužíva; je uvedený len v kvalifikovanej skutkovej podstate (ods. 2), čo je obsoletné. Zaujímavým rozdielom je fakt, že § 256 ods. 1 českého TZ nepredstavuje blanketovú alebo odkazovaciu skutkovú podstatu, čo o ust. § 266 slovenského TZ nemožno tvrdiť.

Obe právne úpravy obsahujú navzájom adekvátne znaky kvalifikovaných skutkových podstát. Z hľadiska spáchania škody veľkého rozsahu je slovenský TZ podstatne prísnejší. V prípadoch páchania predmetných trestných činov vysokými štátnymi úradníkmi je potrebné osobitne skúmať naplnenie znakov spáchania činu organizovanou (zločineckou) skupinou, aby sa zabezpečil postih skutočných organizátorov zmanipulovaného

obstarávania, resp. recipientov výhod. V opačnom prípade sa trest len pre „neskoršie články“ reťazca nemusí javiť ako spravodlivý<sup>82</sup>. Výpočet značnej škody, resp. škody veľkého rozsahu je (v podmienkach SR) viazaný na zisk, ktorý by neúspešný súťažiteľ potenciálne mohol dosiahnuť, k čomu je potrebné vykonať znalecké dokazovanie. Česká právna úprava však obsahuje znak získania značného prospechu, ktorého výpočet nie je natoľko náročný a je možné do neho zaradiť aj imateriálny prospech. Pripomienka ÚVO navrhuje zmeniť v slovenských podmienkach kvalifikačný znak škoda na kvalifikačný znak rozsah, čo znamená sprísnenie trestnej represie.

Navzájom adekvátnymi trestnými činmi sú ust. § 267 a 268 slovenského TZ na jednej strane a ust. § 257 ods. 1 českého TZ na strane druhej. Rozhodovacia činnosť k týmto ustanoveniam je však podstatne menej rozsiahla. Zákonomdarca by mal zvážiť relevantnosť postihu hrozby násilím [§ 257 ods. 1 písm. a) českého TZ, § 267 písm. a), § 268 písm. a) slovenského TZ] a najmä relevantnosť postihu korupčného konania [§ 257 ods. 1 písm. b), c) českého TZ, § 267 písm. b), c) § 268 písm. b), c) slovenského TZ] – s možnosťou úpravy trestných sadzieb, aby neboli nižšie ako pri všeobecných ustanoveniach postihujúcich korupciu, resp. aby bola diferencovane prísnejšie postihovaná pasívna korupcia. Zaujímavým rozdielom je, že česká právna úprava trestnoprávne postihuje aj protiprávne dohody medzi záujemcami alebo uchádzačmi s motívom dosiahnutia neprimerane vysokej alebo inak nevýhodnej ceny, čím sa česká právna úprava približuje rakúskej a nemeckej.

---

<sup>82</sup> Spravodlivosť je v tomto význame potrebné chápať ako primeranosť ujmy spôsobenej páchatelovi za spáchaný trestný čin. Pozri KURILOVSKÁ, Lucia a Stanislav ŠÍŠULÁK. Spravodlivý trest. *Právny obzor*, 2020, roč. 103, č. 4, s. 281–296.

# RECENZE A ANOTACE

## DURAČINSKÁ, Jana. Povinnost' lojality (fiduciárne povinnosti) spoločníkov kapitálových spoločností\*

Bratislava: Wolters Kluwer, 2020, 160 s. ISBN 978-80-571-0223-6.

Martin Flores<sup>\*\*</sup>

### Úvod

V loňském roce vyšla ve slovenském nakladatelství Wolters Kluwer publikace Jany Duračinské<sup>1</sup> nesoucí název *Povinnosť lojality (fiduciárne povinnosti) spoločníkov kapitálových spoločností*. Publikace si klade za cíl odpovědět na otázku, zda jsou společníci absolutními pány své společnosti a zda, případně jak, povinnost lojality limituje jejich autonomii vůle. To nevyhnutelně vede k nutnosti (vy)řešit otázku vymezení zájmu společnosti, tedy zda má společnost vlastní zájem nezávislý na zájmu jejích společníků a co tento zájem determinuje. Vedle obsahu samotné povinnosti lojality pak publikace pojednává též o vztahu této povinnosti k dalším právním institutům a korektivům, které mohou regulovat jednání společníka vůči společnosti (institut stínového či faktického vedoucího, propichování korporátního závoje, dobré mravy, zákaz zneužití práva).

Lze říci, že řešená problematika patří k tradičním otázkám korporátního práva, přesto však dosud nebyla v podmínkách české či slovenské právní vědy uceleně zpracována. Vzhledem k tomu, že publikace pracuje s řadou zahraničních pramenů a představuje koncepty lojality společníka v prostředí kontinentálního práva (zejména německého a rakouského práva, ale též práva českého) i v prostředí common law (zejména práva amerického a britského, ale též s dílčími exkurzy do práva australského či novozélandského),

\* Recenze je výstupem projektu specifického výzkumu *Loajalita a zájmové konflikty v obchodní korporaci* (MUNI/A/1663/2020).

\*\* Mgr. Martin Flores, doktorand, asistent, Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Assistant, Department of Commercial Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: martin.flores@law.muni.cz

<sup>1</sup> Doc. JUDr. Jana Duračinská, PhD., je prorektorkou Univerzity Komenského v Bratislavě, kde se v loňském roce habilitovala. Recenzovaná publikace je jejím habilitačním spisem.

z čehož pak vychází při výkladu slovenského práva, mohou být její závěry přínosné též pro český odborný diskurs na toto téma.

Z toho důvodu považuji za vhodné na toto dílo upozornit a jeho stěžejní závěry na dalších řádcích alespoň ve stručnosti představit a zhodnotit.

## 1 Co je povinnost loajality a koho chrání

V první kapitole autorka vymezuje, co se rozumí povinností loajality, pojednává v obecné rovině o její funkci a povaze, přičemž ji zasazuje do širšího rámce fiduciárních povinností. Autorka si uvědomuje, že obsah a rozsah povinnosti loajality se liší napříč jurisdikcemi i v závislosti na statusu jejího nositele, přesto je však možno identifikovat funkci, kterou vždy plní, jíž je ochrana důvěry v obligačním vztahu a řešení předem neznámých konfliktů zájmů a zamezení nepředvídaných zneužití.<sup>2</sup> Lze souhlasit s tím, že toto chápání funkce povinnosti loajality je společné angloamerické i kontinentální právní vědě.<sup>3</sup> Uvedená funkce koreluje s jejím vymezením jako standardu, nikoliv pravidla. Pravidla dovolují nebo zakazují specifické jednání, na rozdíl od standardů, které stanovují všeobecná kritéria a ponechávají posouzení jejich dodržení na soudním rozhodnutí.<sup>4</sup>

Následně publikace vymezuje povinnost loajality v rámci jejího tradičního chápání jako fiduciární povinnosti. Uvádí přitom, že povinnost loajality je povinností konat nebo nekonat se správným motivem, tedy při sledování „správného“ zájmu.<sup>5</sup> Může být sporné, zda je vhodné k vymezení povinnosti loajality společníka přistupovat skrze vymezení povinnosti loajality fiduciáře, kterým je typicky člen voleného orgánu společnosti. Autorka však tento přístup volí vědomě s tím, že standard (ve smyslu intenzity) povinnosti loajality člena orgánu a společníka zpravidla nebude totožný, byť za určitých okolností totožný být může (např. u společníka, který vykonává vliv na řízení společnosti). Standard povinnosti loajality se tedy odvíjí od pozice jejího nositele, ale též od dalších okolností (vlastnická struktura společnosti).<sup>6</sup> To odpovídá autorčině tezi, že povinnost loajality je generální klauzulí, která nabývá konkrétní obrysy až v konkrétních situacích.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> S. 14 recenzované publikace.

<sup>3</sup> Nad rámec pramenů, na něž odkazuje autorka, lze namátkou uvést EASTERBROOK, Frank H. a Daniel R. FISCHER. *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1998, s. 92–93; či CAHN, Andreas. The Shareholders' Fiduciary Duty in German Company Law. In: BIRKMOSE, Hanne S. (ed.). *Shareholders' duties*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V, 2017, s. 347.

<sup>4</sup> S. 20 recenzované publikace. V české literatuře předkládá podobné rozlišování pravidel a standardů např. KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum, 2002, s. 78–81, 136–137.

<sup>5</sup> S. 18 a 28 recenzované publikace.

<sup>6</sup> S. 20–21 recenzované publikace.

<sup>7</sup> S. 27 recenzované publikace.

## 2 Samostatný zájem kapitálové společnosti jako předpoklad a vztažné kritérium povinnosti loajality společníka

Pokud autorka v úvodní kapitole vymezila povinnost loajality jako povinnost jednat se správným motivem, tedy sledovat zájem správného subjektu, je zjevné, že klíčovou se stává otázka vymezení vlastního zájmu kapitálové společnosti, neboť jen na jeho základě lze uvažovat o povinnosti loajality společníka vůči společnosti.<sup>8</sup> Této problematice se autorka postupně věnuje ve druhé a třetí kapitole (v obecné rovině) a následně znovu v sedmé kapitole, kde se věnuje specificky otázce samostatnosti zájmu jednoklasné společnosti s ručením omezeným. S ohledem na provázanost závěrů uvedených kapitol je v rámci této recenze představím společně.

Ve druhé kapitole autorka představuje tradiční (krajní) přístupy k vymezení zájmu společnosti, tedy model společnický (*shareholder primacy*) a model zainteresovaných skupin (*stakeholder theory*).<sup>9</sup> K tomu je třeba podotknout, že oba přístupy vznikly v rámci diskuse o tom, jaké zájmy mají sledovat a v rámci svého rozhodování zohledňovat členové orgánů společnosti. Autorka ostatně oba modely vymezuje odkazy na judikaturu, zejména z angloamerického prostředí, která se týká právě členů orgánů. To se s ohledem na zaměření práce může jevit jako diskutabilní, avšak autorka zřejmě vychází z toho, že ve výsledku by neměl být rozdíl, zda zájem společnosti vymezujeme pro účely posouzení jednání člena orgánu, nebo pro účely posouzení jednání společníka. I já se domnívám, že přístup k vymezení zájmu společnosti, zejména pokud jde o hlediska, která v rámci toho vezmeme v úvahu, by měl být v obou případech totožný.

V rámci druhé kapitoly autorka oba zmíněné krajní přístupy nejprve představuje v jejich ryzí podobě, načež poukazuje na to, že postupně se objevují přístupy hledající kompromis mezi oběma krajními póly. Děje se tak jak v kontinentálním, tak v angloamerickém právním prostředí, autorka zmiňuje kodex správy společností v Německu a přístup britského Companies Act 2006, které společně označuje jako „modely osvíceného společníka“ (v angličtině *enlightened shareholder value*, za přesnější bych považoval překlad jako „osvícený společnický model“), ale též již dřívější (1969) delawarský případ *Theodora Holding Corp. vs. Henderson*, ve kterém soud připustil zohlednění zájmů *stakeholderů*, je-li to z dlouhodobého hlediska v zájmu společníků.<sup>10</sup>

V druhé kapitole autorka převážně shrnuje závěry zahraničních doktrinálních diskusí a judikatury. Až v jejím závěru se pouští do úvah nad modelem, který se uplatňuje na Slovensku, přičemž s ohledem na znění § 135a a § 194 slovenského obchodního zákoníku, které zavazují členy statutárních orgánů jednat v zájmu společnosti a všech jejích společníků, dospívá k závěru, že jde o model společnický. To promítá též do úvah

<sup>8</sup> S. 53 recenzované publikace.

<sup>9</sup> S. 34–48 recenzované publikace.

<sup>10</sup> S. 44–46 recenzované publikace.

k otázce dobročinného darování, kde zdá se dovozuje odpovědnost člena statutárního orgánu za škodu tím způsobenou, avšak dodává, že v konečném důsledku bude pro rozhodnutí o uplatňování nároků vůči němu rozhodující „osvícenost“ společníků a jejich zájem na společenské odpovědnosti společnosti.<sup>11</sup>

Tyto posledně uvedené závěry autorky však nepovažuji za přesvědčivé. Aniž bych se chtěl pouštět do výkladu slovenského práva, nejsem si jist, zda lze závěr o uplatnění společnického modelu učinit pouze na podkladě toho, že právní oprava hovoří o „zájmu společnosti a všech jejích společníků“. To nám totiž nijak neodpovídá na otázku, co tento zájem společnosti determinuje, respektive jakou úlohu v tom hrají jiné než společnické zájmy. Naopak je myslím možno uvažovat, že pokud by zájem společnosti odpovídal zájmům všech společníků (jako skupiny), bylo by nadbytečné je v rámci citovaného ustanovení uvádět vedle sebe. Potom se naopak jeví jako smysluplnější závěr, že zájem společnosti musí (nebo alespoň může) zahrnovat i něco víc než jen zájem společníků. Tyto úvahy by se pak musely promítnout též do posouzení, zda dobročinné darování může být v zájmu společnosti bez ohledu na „osvícenost“ jejích společníků (ostatně autorkou citovaný delawarský případ *Theodora Holding Corp. vs. Henderson* se také týkal dobročinného darování, se kterým někteří „neosvícení“ společníci nesouhlasili).

Zajímavou otázku pak autorka nastiňuje v úplném závěru druhé kapitoly, když uvažuje o modifikaci společnického modelu v případě, kdy by společenská odpovědnost byla jako zájem společníků a účel společnosti formulovaná přímo v korporálních dokumentech. Odpověď však na tomto místě ještě nepodává.

Soustředěný čtenář se jí nicméně dočká později, když autorka uvádí, že zájem společnosti je daný jejím účelem a účel konkretizuje povinnost loajality.<sup>12</sup> Je-li tedy společníky v zakladatelském právním jednání vymezen jiný než ziskový účel, musí se od toho odvíjet i zájem společnosti. Pokud však takový účel vymezen není, nebude podle autorky možné, bez ohledu na jednotlivé teorie, opomenout zájem společníků, kterým (předpokládá se) bylo uspokojení jejich vlastních ekonomických zájmů.<sup>13</sup> V tomto smyslu je zájem společnosti jako umělé entity neschopné vytvořit a projevit vlastní vůli, a tedy ani definovat svůj vlastní zájem, vždy odvislý od zájmů společníků.<sup>14</sup>

Toto sepjetí se promítá i do úvah o samostatnosti zájmu společnosti s jediným společníkem, které se autorka dotýká na více místech, většinou s odkazem na německou a rakouskou doktrínu, ale následně též ve vztahu ke slovenskému právu.<sup>15</sup> Samostatnost zájmu jednočlenné společnosti autorka odmítá, vychází z jednoty zájmu společnosti a jejího

<sup>11</sup> S. 47 recenzované publikace.

<sup>12</sup> S. 59 a 64 recenzované publikace.

<sup>13</sup> S. 58 a 64 recenzované publikace.

<sup>14</sup> S. 61 recenzované publikace.

<sup>15</sup> S. 58, 60, 98–100, 119–132 recenzované publikace.

jediného společníka, čímž je vyloučen možný konflikt zájmů i povinnost loajality.<sup>16</sup> Vychází z premisy, že pokud jediný společník může rozhodovat o cílech a zájmech společnosti (třeba i změnou účelu v zakladatelském právním jednání), jeví se zvláštní přiznat společnosti samostatný zájem.<sup>17</sup> Na tom podle ní nic nemění ani fakt, že jednatel slovenské společnosti s ručením omezeným (na rozdíl od rakouské a německé) není vázán pokyny jediného společníka, čímž se slovenská společnost s ručením omezeným podobá spíše německé a rakouské akciové společnosti. Organizační struktura společnosti podle autorky nemá na samostatnost zájmu vliv.<sup>18</sup> Závěry činěné pro jednočlennou společnost s ručením omezeným se tedy zřejmě uplatní i pro akciovou společnost s jediným akcionářem.<sup>19</sup>

Nejsem si však jist, nakolik toto pojetí nesamostatnosti zájmu jednočlenné společnosti koreluje s dřívějším konstatováním autorky, že „zájem společnosti jako takové je spojen s jejím uznáním jako samostatné entity, oddělením její subjektivity (corporate personality) od jejích společníků, a to bez ohledu na teorii fikce nebo reality.“<sup>20</sup> Domnívám se, že právě majetková samostatnost, jako jeden z důsledků právní samostatnosti společnosti, determinuje i její samostatnost zájmovou. Má-li totiž fungovat oddělení majetku společnosti od majetku jejích společníků a má-li být korporace samostatně právně (a majetkově) odpovědná a její společníci chránění omezeným (příp. žádným) ručením, nelze zájem společníka a zájem korporace ztotožnit. Zájem korporace totiž v tomto směru zahrnuje též její zájem na plnění jejích závazků vůči věřitelům, neboť pouze v takovém případě může společnost udržitelně fungovat a z dlouhodobého hlediska plnit svůj ekonomický (případně jiný) účel.

### 3 Obsah povinnosti loajality společníka

Obsahu povinnosti loajality společníka se autorka věnuje v kapitole čtvrté ve vztahu k zahraničním právním řádům, v kapitole osmé pak ve vztahu ke slovenskému právu.

Autorka v první řadě konstatuje, že v případě společníka nejde o povinnost (aktivně) chránit zájmy společnosti. Společník smí sledovat vlastní zájmy, avšak nesmí společnosti škodit.<sup>21</sup>

Ve vztahu k britskému právu autorka uvádí, že společník není vázán povinností loajality vůči společnosti či jiným společníkům, vyjma situací, kdy je v pozici stínového

<sup>16</sup> S. 58 a 126–128 recenzované publikace. Autorka se silně hlásí k argumentům rakouského a německého diskursu, tudíž může být na první čtení obtížné odlišit, kdy pouze parafrázuje tamní diskusi a kdy již předkládá vlastní závěry aplikovatelné na slovenské právo. Na s. 128 je však její příklon k těmto názorům již nepochybný.

<sup>17</sup> S. 126 recenzované publikace.

<sup>18</sup> S. 127–128 recenzované publikace.

<sup>19</sup> S. 99 a 128 recenzované publikace.

<sup>20</sup> S. 57 recenzované publikace.

<sup>21</sup> S. 62 recenzované publikace.

vedoucího (*shadow director*).<sup>22</sup> Naproti tomu v USA se koncept povinnosti loajality společníka uplatňuje a spočívá především v loajalitě mezi společníky (akcionáři) a imperativu neodůvodněně ostatní společníky nepoškozovat<sup>23</sup>, který se přirozeně manifestuje hlavně v případě společníka majoritního, ale za určitých okolností dopadá i na společníky minoritní (např. má-li minorita možnost přijetí určitého rozhodnutí zablokovat<sup>24</sup>).

K německé právní úpravě autorka uvádí, že se povinnost loajality vztahuje na všechny společníky bez ohledu na to, zda jde o majoritního nebo minoritního společníka, i když takové postavení může mít vliv na intenzitu této povinnosti. Jde přitom o povinnost vůči společnosti (vertikální) i mezi společníky navzájem (horizontální).<sup>25</sup> Povinnost loajality vůči společnosti se odvozuje od povinnosti společníků sledovat společný účel stanovený ve společenské smlouvě.<sup>26</sup> Povinnost loajality představuje hranici výkonu práv jednotlivých společníků,<sup>27</sup> ale může se transformovat i na povinnost k aktivnímu jednání skrze povinnosti k součinnosti (*Mitwirkungspflichten*), mezi něž patří povinnost (určitým způsobem) hlasovat (*Stimmpflicht*),<sup>28</sup> byť pouze výjimečně, je-li to nezbytné pro zachování podstatných hodnot společnosti nebo odvrácení vážných ztrát.<sup>29</sup> Dále autorka uvádí konkrétní příklady neloajálních jednání společníka, kupř. hlasování pro zrušení společnosti s cílem získat závod likvidované společnosti; hlasování pro rozdělení zisku, ačkoliv to hospodářská situace společnosti neumožňuje; naopak hlasování pro vytvoření rezervy a nerozdělení zisku bez hospodářské potřeby a k tíži minoritního společníka; či odmítnutí udělení souhlasu s převodem podílu bez objektivních důvodů.<sup>30</sup> Je otázkou, zda je vhodné uvádět tyto příklady společně v rámci výkladu o vertikální povinnosti loajality, neboť pouze v prvních dvou případech jde dle mého názoru o porušení povinnosti hlasovat vyvěrající z povinnosti loajality vůči společnosti, ve druhých dvou není ve hře přežití společnosti, ale dochází k poškození zájmů konkrétních společníků, tedy jde spíše o porušení povinnosti loajality vůči těmto společníkům. Být je třeba připustit, že hranice mezi oběma světy mohou být nejasné, jak naznačuje též autorka ve vztahu k rozhodnutí ve věci *Grimes*.<sup>31</sup>

<sup>22</sup> S. 84–85 recenzované publikace.

<sup>23</sup> Autorka uvádí, že minoritní společník by měl demonstrovat, že tentýž cíl mohl většinový společník dosáhnout i jiným způsobem, který méně poškozuje zájmy minority (s odkazem na *Wilkes vs. Sringside Nursing Home, Inc.*), s. 79 recenzované publikace.

<sup>24</sup> Srov. případ *Smith vs. Atlantic Properties, Inc.* citovaný autorkou na s. 76 recenzované publikace.

<sup>25</sup> S. 86 recenzované publikace.

<sup>26</sup> S. 88 recenzované publikace.

<sup>27</sup> S. 87 recenzované publikace.

<sup>28</sup> S. 88 a 92 recenzované publikace.

<sup>29</sup> S. 98 recenzované publikace.

<sup>30</sup> S. 92–93 recenzované publikace.

<sup>31</sup> S. 106 recenzované publikace.

Konečně ve vztahu ke slovenskému právu autorka sama vymezuje povinnost loajality společníka jako povinnost sledovat zájem společnosti a v zásadě jí neškodit a současně povinnost zohledňovat zájmy dalších společníků a nezneužívat své postavení.<sup>32</sup> K tomu dodává, že jde o generální klauzuli, kterou bude třeba konkretizovat v závislosti na konkrétních okolnostech.<sup>33</sup> Je škoda, že se o to autorka alespoň typově nepokusila. Lze předpokládat, že čtenáře budou zajímat právě situace střetu práva společníka sledovat vlastní zájem<sup>34</sup> s jeho povinností společnosti neškodit. K odpovědi na otázku, co má převážít, bohužel autorka nenabízí žádná vodítka. Přitom na základě výkladů o zahraničních právních řádech by jejich formulace byla možná. Například v podobě, že společník smí upřednostnit vlastní zájem, ale nesmí to vést k poškození korporace nad míru nutnou k realizaci daného zájmu společníka, přičemž nikdy tím nesmí dojít k existenčnímu ohrožení společnosti.

K jednomu dílčímu projevu povinnosti loajality společníka se však autorka vyjadřuje. Je jím zákaz konkurence. K němu autorka uvádí, že přestože se zákaz konkurence na společníka kapitálové společnosti nevztahuje, je možné prostřednictvím povinnosti loajality takový zákaz dovést i v případě společníka kapitálové společnosti, pokud by konkurenčním jednáním způsoboval společnosti škodu.<sup>35</sup> To se mi však zdá až příliš zobecňující. Vždyť společník kapitálové společnosti ani nemusí vědět, že se do konkurenčního postavení dostává (zvláště akcionář, který v rámci svého investičního portfolia nabývá též akcie, jejichž skladba se však v čase relativně rychle mění). Je-li smyslem zákazu konkurence zabránit využití vnitřní informace ve prospěch konkurenčních entit, pak nevidím důvod tento zákaz dovozovat u osob, které nositelem těchto informací typicky nejsou (akcionáři).

## Shrnutí

Recenzovaná publikace se zabývá navýsost komplexním tématem povinnosti loajality společníka, které předkládá čtenáři v ucelené podobě. Nejprve shrnuje zahraniční diskuse i rozhodovací praxi a následně tyto poznatky aplikuje na slovenské právo. Tím se nejen pro slovenský, ale domnívám se, že též pro český odborný diskurs, (znovu) otevírá celá řada otázek, které dosud zcela uspokojivě zodpovězeny nebyly. Ve vztahu k mnohým z těchto otázek publikace nabízí vlastní řešení, které si zaslouží být reflektováno a co do své plauzibility testováno v dalších diskusích, jejichž možný směr jsem některými svými dílčími úvahami výše naznačil, u jiných ponechává prostor k hledání odpovědi právě těmto dalším diskusím a judikatuře. Jde o dílo, které si zaslouží pozornost i českého čtenáře.

<sup>32</sup> S. 140 recenzované publikace.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> S. 62 recenzované publikace.

<sup>35</sup> S. 140 recenzované publikace.



# NEKROLOG

## Za prof. JUDr. Jozefem Klimkem, DrSc. (10. 2. 1942–24. 1. 2021)

Ohlédnutí poněkud osobní

Ladislav Vojáček\*

Dolehla na mne těžká povinnost, které se však nemohu, ale hlavně nechci zříct: napsat o člověku, který před necelými třiceti lety rázně vstoupil do mého života a s nímž jsem v následujících letech strávil spoustu příjemných, a – i když to zní nepatřičně obřadně – pro mne nesmírně obohacujících a důležitých chvil. A který tu už bohužel není.

Jozef Klimko, rodák z Prievidze, byl válečné dítě. Narodil se jako nejmladší ze tří sourozenců manželům Emě (\*1898) a Jozefovi (\*1896) Klimkovým. Maminka byla učitelkou, otec pracoval v železničním nákladním skladu. Život Klimkovy rodiny rázně rozvrátily tragické události čtyřicátých let, kdy nejdříve v roce 1944 zemřel Jozefův bratr Stanislav a v letech 1948 a 1949 krátce po sobě i oba jeho rodiče. O sirotky Terezii a Jozefa se pak starala jejich teta, tehdy již důchodkyně. Jozef podle vlastních vzpomínek trávil většinu času v celodenní družině. Jistě to bylo právě těžké dětství, které v něm probudilo touhu tvořit a budovat a naučilo jej nevzdávat se ani ve zdánlivě beznadějných situacích.

Středoškolská studia nadaný hoch absolvoval v Prievidzi. Na jeho intelektuální vývoj měl v té době velký vliv rodinný přítel, známý slovenský chirurg, autor řady filozofických a beletristických děl MUDr. Pavol Strauss. Z vlastní zkušenosti vím, že s jeho rodinou – zejména synem a vnučkou – udržoval kontakt až do nedávné doby. Po skončení školy krátce pracoval jako lesní dělník a pak v hliníkárně v Žiari nad Hronom. Už v roce 1960 se však imatrikuloval na Právnické fakultě v Bratislavě, kterou úspěšně ukončil v roce 1965. Zájem o historii a výborné studijní výsledky mu zajistily místo asistenta na tamní Katedře dějin státu a práva. V následujícím roce nastoupil do externí aspirantury, kde jej nejdříve vedl prof. Martin Vietor a po jeho nuceném odchodu z fakulty doc. Leonard Bianchi. Jeho kontakt s fakultou nenarušila ani základní vojenská služba, neboť ji v letech 1966 až 1967 absolvoval na Vojenském obvodním soudě v Bratislavě. Titul kandidáta věd získal v roce 1977 a rok nato se stal docentem v oboru dějiny státu

\* Prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc., Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno / E-mail: Ladislav.Vojacek@law.muni.cz

a práva. Jeho odborné aktivity se nekoncentrovaly jen na fakultu. Jako tajemník působil též v právněhistorické sekci Slovenské historické společnosti SAV.

J. Klimko se na katedře soustředil na problematiku československých právních dějin. Podílel se na tvorbě učebních pomůcek a publikoval například v Právnických štúdiách nebo v Právněhistorických studiích. Monograficky debutoval prací *Slovenská republika rád: Pokus o socialistickú štátnosť* (1979). Pak svou pozornost obrátil k problematice vývoje československých státních hranic. Výsledkem se staly práce *Vývoj územia Slovenska a utváranie jeho hraníc* z roku 1980 a *Politické a právne dejiny hraníc predmníchovskej republiky (1918–1938)* z roku 1986. Na základě studia materiálů v západoněmeckých archivech napsal práci *Tretia ríša a ľudácky režim na Slovensku* (1986). Dlouhodobý studijní pobyt absolvoval též ve Würzburgu a na pařížské Sorbonně, kde se zaměřil na výzkum problematiky jednání pařížské mírové konference, resp. zejména na otázky spojené se stanovením československých hranic.

Začátkem sedmdesátých let se J. Klimko oženil s právničkou a „tanečnicou z Lúčnice“ Hanou, která se profesně věnovala problematice právní ochrany životního prostředí. Inicioval vytvoření stavebního družstva a spolu s přáteli si svépomocí vybudovali bytový dům na Slavíně. Syn Jozef vystudoval práva a pracuje jako advokát.

Plně uplatnit tvůrčí potenciál a organizační schopnosti profesoru Klimkovi umožnily politické změny roku 1989. Nelze však nezmínit, že jeho četné aktivity jej zároveň začaly odvádět od bádání v oboru. V prosinci 1989 se stal proděkanem, rok nato získal profesuru a titul doktora věd, stal se členem Slovenské komise pro udělování vědeckých hodností, dvakrát působil jako velvyslanec Slovenské republiky v Rakousku, po prvním návratu z Vídně po jistou dobu vedl katedru na PraF UK, stal se spoluzakladatelem a v roce 2008 krátce i rektorem Bratislavské vysoké školy práva (dnes Panevropské vysoké školy), usiloval o založení Goetheho univerzity, budoval tenisový oddíl Slávia Právnik... Pracoval v redakčních radách Právneho obzoru a Právněhistorických studií. Po skončení svého působení na PEVŠ se v roce 2017 vrátil na PraF UK, kde se zaměřil na podporu kvalifikačního růstu mladých právních historiků a romanistů.

Slíbil jsem „ohlédnutí poněkud osobní“ a začnu jej banálním, ale hluboce pravdivým konstatováním, že v životě člověka je potenciaálně důležitý každý okamžik. V každém se může změnit jeho osud – a v některých se tak skutečně stane. Pro mne se takovým zlomovým okamžikem stal červencový den roku 1992, kdy mi prof. Klimko tlumočil nabídku, abych se přihlásil do konkurzu na uvolněné místo na bratislavské katedře.

Bez ohledu na tehdejší situaci (shodou okolností právě v den, kdy jsem přijel do Bratislavy, aby mi prof. Florián Sivák a prof. Klimko vyložili, co od potenciaálního člena katedry očekávají, ve Slovenské národní radě slavnostně vyhlášovali Deklaraci o svrchovanosti Slovenské republiky) jsem bratislavskou nabídku bez váhání akceptoval. Po úspěšném konkurzu jsem pak začal dojíždět do ještě československé, ale brzy už jen slovenské

Bratislavy. Prof. Klimko se mne tam ujal jako svého žáka. Na fakultě, ale i v pohostinnějším prostředí, jsme si povídali o tom, co právě píšete, o dějinách, politice, životě, ... Pomohl mi získat stipendium na studijní pobyt v Augsburgu. Bral mne s sebou na některé své schůzky, a tak jsem se seznamoval s řadou nových tváří, případně tváří dříve známých jen z televizní obrazovky. Jezdili jsme spolu na tenisové kurty Slávie Právnik, navštěvovali jeho přátele, ve Sv. Petri chutnali dobré víno. Ale také jsme jeli do Maďarska pro léky pro jeho nemocného syna.

Láká to, vzpomínky se vynořují jedna za druhou, ale uzavřu tuto osobní pasáž konstatováním, že prof. Klimko se mi pro následující léta stal nejen starostlivým mentorem, ale brzy i blízkým přítelem. Intenzita našeho vztahu pochopitelně nebyla vždy stejná, zejména když jsem někdy v polovině minulého desetiletí přestal do Bratislavy jezdit pravidelně. Kdykoliv jsem však navštívil Bratislavu, vždy jsme si našli chvíli, abychom se potkali a popovídali si. Profesorovi jsem jeho péči snad alespoň zlomkem vynahradil tím, že jsem s organizační pomocí jeho syna editoval počtu k jeho 70. narozeninám.

Ještě jeden rys osobnosti prof. Klimka bych nechtěl opomenout. Jako člověk se zkušeností diplomata své postoje často vyjadřoval symbolickými gesty. Svým způsobem bylo takovým gestem i mé přijetí do Bratislavy: rozpadal se československý stát a v Bratislavě na fakultu přijali Čechy. Podobně symbolické bylo zorganizování posledního československého setkání kateder na bratislavském Draždiaku. Planoucí vášně a zarputilost veliká z konce roku 1992 způsobily, že se moc nepovedlo, ale na symbolice toho okamžiku to nic nemění. A byl to zase on, kdo brzy zorganizoval už mezistátní setkání slovenských a českých právních historiků a romanistů.

V kontextu toho, co se v neděli 24. ledna stalo, vidím jako silné gesto i drobnou příhodu z mé poslední služební cesty na Slovensko, kdy jsme se setkali naposled. V polovině června minulého roku jsem si fotil materiály v bratislavském univerzitním archivu na Starých Gruntech. Před mým odjezdem jsme se s profesorem tradičně sešli na fakultě. Ještě s romanistou a dnes již profesorem Róbertem Brtkem jsme seděli v profesorově bývalé pracovně. Napadlo mne, když mám fotoaparát, že si bratislavské kolegy vyfotím. Róbert se pak nabídl, že vyfotí i nás dva. Přemístil jsem se do jeho křesla vedle prof. Klimka. Když jsem se pohodlně usadil s rukama na opěrkách, profesor k mému překvapení pevně uchopil mou ruku a zvedl ji do poněkud nepřírozené polohy. Přiznám se, že mne to v té chvíli rozesmálo – vzpomněl jsem si na funkcionáře na tribuně při prvomájových oslavách. Teď mne ta fotografie neskutečně dojíhá a jsem velmi rád, že se stala i součástí Výroční zprávy Katedry dějin státu a práva za rok 2020.

Na starých slunečních hodinách se často skvěl nápis: *Omnes vulnerant, ultima necat.* / *Všechny zraňují, poslední zabíjí.* Ani ta poslední hodina však našťastí nedokáže zabít to, co zůstává v mysli a v srdci rodiny a přátel – a těch měl prof. Klimko nespočet.



# POKYNY PRO AUTORY

## Pravidla rubrik

### Články

Recenzováno

Doporučený rozsah 20–60 normostran.

V rubrice se uveřejňují původní, dosud nepublikované, odborné texty v oboru práva. Stati jsou adresovány primárně vědecké komunitě. Text musí dané téma uchopit komplexně. Nejsou vhodné příspěvky s názvy typu „vybrané problémy ...“ či „několik poznámek k ...“ s výjimkou případů, kdy se příspěvek týká zcela nového a zatím nezpracovaného právního jevu, kde komplexní přístup v takto raném stadiu zatím není možný. Vhodnější je zvolit užší téma a uceleně ho zpracovat. Texty musí reflektovat probíhající odbornou diskusi k danému tématu i relevantní judikaturu. Pokud je to s ohledem na téma rukopisu vhodné, měl by jeho autor uvést srovnání alespoň s vybranými zeměmi EU. Rukopis musí obsahovat nové myšlenky, na které budou moci navazovat další autoři.

Pokud je autorem příspěvku student magisterského nebo doktorského studia, dokládá spolu s rukopisem doporučující stanovisko svého školitele nebo profesora či docenta v příslušném oboru.

Je vhodné předem konzultovat s editorem, zda je zamýšlené téma a metoda zpracování příspěvku vhodná z hlediska zaměření časopisu.

### Aktuality pro právní praxi

Recenzováno

Doporučený rozsah 10–20 normostran.

Rubrika je určena pro dosud nepublikované přehledové články, které jsou věnovány aktuálním a diskutovaným otázkám legislativy a judikatury. Článek však musí představovat přínos i pro vědeckou komunitu. Nelze publikovat texty, které budou obsahovat pouhé anotace judikátů či shrnutí nově přijaté právní úpravy bez podrobnějšího komentáře a autorem zaujatého stanoviska.

### Recenze a anotace

Nerecenzováno

Doporučený rozsah 3–5 normostran.

Každá recenze musí obsahovat úplnou bibliografickou citaci recenzované publikace, jméno recenzenta a informace o něm (profesní působení, kontaktní e-mail). Smyslem recenzí a anotací je nejen informovat čtenáře časopisu o nově vydaných vědeckých publikacích v oboru práva, ale především přinést vlastní recenzentovo kritické zhodnocení, argumentaci a polemiku s autorem. Recenzované publikace nemají být starší tři let (posuzováno od okamžiku publikace recenze). Nebudou publikovány recenze na publikace učebnicového charakteru, sborníky či příručky pro právní praxi.

Je vhodné předem konzultovat s editorem výběr publikace, kterou zamýšlíte recenzovat.

## **Zprávy z vědeckého života**

Nerecenzováno

Doporučený rozsah 3–5 normostran.

Záměrem zprávy z vědeckého života je zpravidla informovat čtenáře časopisu o uskutečněné odborné akci v oboru práva. Zprávy je třeba zasílat co nejdříve po uskutečnění akce. Je vhodné předem konzultovat s editorem, ve kterém čísle přichází publikace zprávy v úvahu, a kdy budou uzavírány podklady pro toto číslo.

## **Obecná pravidla**

- Rukopis musí být psán v češtině, slovenštině nebo angličtině.
- Každý rukopis musí obsahovat jméno autora, údaje o jeho profesním působení, e-mailový kontakt na autora.
- Rukopisy zasílané do recenzovaných rubrik musí vždy obsahovat anotaci a klíčová slova v angličtině. V případě, že je samotný rukopis psán česky či slovensky, musí obsahovat též klíčová slova a anotaci v jazyku rukopisu.

## Citační standard

ISO-690

### Příklad citace knihy:

FILIP, Jan a Jan SVATONĚ. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 400 s. ISBN 978-807-3576-851.

### Příklad citace příspěvku ve sborníku:

OVESNÝ, Pavel a Jan NOVÁK. Finanční správa – součást realizace finančního práva. In: *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 227–234. ISBN 978-80-210-4733-4.

### Příklad citace odborného článku v tištěném časopise:

FILIP, Jan a Vojtěch ŠIMÍČEK. K některým otázkám členství v politických stranách po novelizaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 1995, roč. 3, č. 1, s. 109–119.

### Příklad citace elektronického článku:

GODERIS, Benedikt a Míla VERSTEEG. The Transnational Origins of Constitutions: Evidence From a New Global Data Set On Constitutional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, č. 010 [cit. 3. 5. 2014]. Dostupné z: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2216582](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216582)

### Příklad citace soudního rozhodnutí:

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 10. 2010, sp. zn. 33 Cdo 4272/2009.

Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 6. října 2009, *Komise Evropských společenství vs. Belgické království*, věc C-6/09. In: *Sbírka rozhodnutí*. 2009, s. I-00165.

## Odkazy na prameny

Na veškeré prameny je třeba odkazovat **průběžně** v poznámkách pod čarou. Seznam pramenů na konci rukopisu se **neuvádí**. Odkazy v poznámkách pod čarou musí být úplné, aby bylo možno zdroj podle takového odkazu identifikovat. Pokud autor do rukopisu zahrne seznam pramenů na konci rukopisu, bude takový seznam redakcí vymazán.

## **Původnost rukopisu**

Rukopisy nabízené k publikaci musí být původní, dosud neuveřejněné. Na překážku není předchozí publikace pracovní verze rukopisu ve fakultní edici working papers.<sup>1</sup>

## **Recenzní řízení**

Časopis pro právní vědu a praxi je recenzovaný vědecký časopis. Zasláné rukopisy jsou anonymně recenzovány nejméně dvěma externími recenzenty v rámci „double-blind“ review, tj. posuzovatel nezná jméno autora a autor nezjistí jméno recenzenta, tj. původ připomínek. Konečné rozhodnutí o publikaci všech příspěvků je v kompetenci redakční rady. Identita autorů není členům redakční rady známa až do finálního rozhodnutí o příspěvku. Orientační doba trvání recenzního řízení jsou tři měsíce. Bližší informace podá na požádání redakce.

---

<sup>1</sup> [Http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/](http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/)

---

# JOURNAL GUIDELINES

## Types of Submissions and Journal Policies

### Articles

Peer-reviewed

Recommended length is from 20 to 60 pages.

Any article submitted to this section must be an original work, not yet published<sup>1</sup> academic text in the field of law and legal practice. Legal texts – articles, are primarily addressed to the scientific and academic community. Articles must grasp the researched topic completely. We do not recommend article with titles such as “selected issues ...” or “a few remarks about ...”; except in cases where the topic relates to an entirely new and not yet published legal area; therefore, a comprehensive approach at such an early stage is not possible. Thus, it is preferable to choose a narrower topic and research it comprehensively. All texts must reflect ongoing discussion on the topic and relevant case law. If it is possible with regards to the content of the article, the topic must be compared with at least some selected EU Member States. The article must contain new ideas, which can be further followed and further developed by other authors.

Along with the text, if the author is Student or Ph.D. student, he must submit a recommendation from his/her supervisor (associate professor/docent or professor) in the relevant field.

It is advisable to consult in advance the topic and methods of the article with the editor; whether it is a suitable topic with regards to the focus of the journal.

### News from Legal Practice

Peer-reviewed

Recommended length is from 10 to 20 pages.

In this section, only unpublished and original contributions on current issues of legislation and case law will be published. Texts, however, must contain new information for legal and scientific community. Articles containing only annotations of case law or summaries on newly adopted legislation without any further comments and author's original opinions will not be published.

---

<sup>1</sup> Previous publication in the Working papers series is not a problem. For more information on the Working papers series, see <http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/>

## Reviews and Annotations

Not reviewed

Recommended length is from 3 to 5 pages.

Each review shall contain full biographic citation of the reviewed publication, reviewer's name and his/her affiliation (profession, contact e-mail). The purpose of the reviews and annotations is not only to inform readers of the journal about recently published legal scientific monographs, but also to present reviewer's own critical evaluation of the reviewed text, his argumentation or controversy with the author's views and conclusions. Reviewed books must not be older than three years (the relevant date is the publication date). Reviews of textbooks, manuals, conference proceedings or manuals for legal practice will not be published.

It is advisable to consult in the advance with the editor the publication you intend to review.

## News and Reports from Scientific Life

Not reviewed

Recommended length is from 3 to 5 pages.

The intention of the news and reports from the scientific life is to inform readers of the journal about current events in the field of law. The news and reports should be sent as soon as possible after the relevant event has occurred. It is advisable to consult in advance with the editor, in which issues the news and report could be published and when the due date for the relevant issue is.

## Author Guidelines

- Each text must be submitted in Czech, Slovak or English.
- Each text must contain name of the author, his/her affiliation (profession) and e-mail contact.
- Texts sent to the reviewed section must always include abstract and keywords in English. In case that the manuscript is written in Czech or Slovak language, it must also contain abstract and keywords in the language of the text.

## Citation standard

ISO-690

## Structure of citations – examples:

### Books

FILIP, Jan and Jan SVATONĚ. *Státověda*. 5. ed. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 400 p. ISBN 978-807-3576-851.

### Contribution in conference proceedings

OVESNÝ, Pavel and Jan NOVÁK. Finanční správa – součást realizace finančního práva. In: *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, pp. 227–234. ISBN 978-80-210-4733-4.

### Article in printed journal

FILIP, Jan and Vojtěch ŠIMÍČEK. K některým otázkám členství v politických stranách po novelizaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 1995, Vol. 3, no. 1, pp. 109–119.

### Electronic article

GODERIS, Benedikt and Mila VERSTEEG. The Transnational Origins of Constitutions: Evidence From a New Global Data Set On Constitutional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, no. 010 [cit. 3. 5. 2014]. Available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2216582](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216582)

### Case law

Judgment of the Supreme Court of 20. 10. 2010, no. 33 Cdo 4272/2009.

Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 6 October 2009, *Commission of the European Communities vs. Kingdom of Belgium*, case C-6/09. In: *OJ – C*. 2009, p. I-00165.

All sources must be referenced continuously in footnotes. Do not enclose list of sources at the end of the text, otherwise it will be deleted. Footnote references must be complete in order to be able to identify the relevant source.

## **Originality of the text**

Any texts submitted to the Journal must be original works. Previous publication of draft of the manuscript in the Working papers edition at the Faculty of Law is acceptable.<sup>2</sup>

## **Review Process**

Journal of Jurisprudence and Legal Practice is a peer-reviewed scientific journal. Submitted texts are reviewed anonymously by two independent reviewers (double-blind peer review). The final decision about the publication of all papers is in the competence of the Editorial Board. The identity of the author is not disclosed to the members of the Editorial Board before the final decision. Estimated length of the review process is three months. Further information may be requested from the editors.

---

<sup>2</sup> [Http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/](http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/)