

# ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

Č. 3 | 2022 | ROČ. XXX

## ČLÁNKY

Domínik Skočovský

Částečné odstoupení od smlouvy

Renáta Boráková

Vymezení okruhu trestných činů, jejichž pachatelům by měla být odebírána DNA pro účely budoucí identifikace a stanovení doby uchování profilu DNA v Národní databázi DNA

Ondřej Pavelek, Hana Adamová

Court of Justice of the European Union on Non-material Damage

Michal Grudecki

The Assessment of Permissibility of Using Non-Statutory Justifications in Czech and Polish Criminal Law

Filip Mazel

Role soudu při opravě přednesů stran – možnosti inspirace ve švýcarském civilním procesu

Klára Jelínková

Legal Symbolism in Fine Art

## ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Jaromír Tauchen

Krátké ohlédnutí za třicetiletou historií Časopisu pro právní vědu a praxi

# ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

---

Č. **3** | **2022** | ROČ. **XXX**

---



MASARYKOVA  
UNIVERZITA

**REDAKČNÍ RADA / EDITORIAL BOARD**

**Čestný předseda / Honorary Chair:** prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

**Šéfredaktor / Editor in Chief:** doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.

**Externí členové / External Members:** doc. JUDr. Michal Bartoň, Ph.D.; doc. JUDr. Kristián Csach, Ph.D.; prof. JUDr. Jozef Čentéš, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.; doc. 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; prof. JUDr. PhDr. Miroslav Slašťan, Ph.D.; Dr. Gábor Sulyok; JUDr. David Uhlíř

**Interní členové / Internal Members:** Ing. Mgr. Jaroslav Benák, Ph.D.; prof. JUDr. Marek Fryšták, Ph.D.; doc. JUDr. Pavel Koukal, Ph.D.; JUDr. Tereza Kyselovská, Ph.D.; doc. JUDr. Ing. Michal Radvan, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D.; doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.; doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M. Eur.Int.

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

Published by: Masaryk University, Brno • Masaryk University, Faculty of Law, Veveří 70, 611 80 Brno, Czech Republic, e-mail: redakce.cpvvp@law.muni.cz • Administration: Mgr. Jana Kledusová, tel. +420 549 495 489, e-mail: jana.kledusova@law.muni.cz • Printed by: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno

Předplatné tištěné verze na rok 2022 je 1600 Kč • Cena jednoho čísla 400 Kč • Vychází 4x ročně v češtině s anglickým summary.

Subscription for the printed version for year 2022 is 1600 CZK • Price per volume is 400 CZK • Published 4 times a year in Czech with English summary.

Toto číslo bylo dáno do tisku v září 2022 / This number was put into print in September 2022.

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

MK ČR E 6667

Časopis pro právní vědu a praxi je indexován v databázích SCOPUS a ERIH PLUS.

Journal of Jurisprudence and Legal Practice was added into SCOPUS and ERIH PLUS index databases.

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

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.

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.

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.

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 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/cpvvp/about/editorialPolicies>

Příspěvky zveřejňuje pod mezinárodní verzí licence Creative Commons 4.0 Attribution-NonCommercial-ShareAlike International.

Articles are published under the international version of the Creative Commons 4.0 Attribution-NonCommercial-ShareAlike International license.

## Obsah / Content

### EDITORIAL

Čtení na periferii: poznámky pod čarou .....	483
--	-----

### ČLÁNKY / ARTICLES (recenzováno – reviewed)

#### **Dominik Skočovský**

Částečné odstoupení od smlouvy / Partial Avoidance of Contract .....	489
--	-----

#### **Renáta Boráková**

Vymezení okruhu trestných činů, jejichž pachatelům by měla být odebírána DNA pro účely budoucí identifikace a stanovení doby uchování profilu DNA v Národní databázi DNA / Definition of the Range of Crimes whose Perpetrators should have their DNA taken for the Purpose of their Future Identification and the Determination of the Retention Period of the DNA Profile stored in the National DNA Database.....	523
--	-----

#### **Ondřej Pavelek, Hana Adamová**

Court of Justice of the European Union on Non-material Damage.....	547
--	-----

#### **Michał Grudecki**

The Assessment of Permissibility of Using Non-statutory Justifications in Czech and Polish Criminal Law.....	573
--	-----

#### **Filip Mazel**

Role soudu při opravě přednesů stran – možnosti inspirace ve švýcarském civilním procesu / Role of the Court when Removing the Defects of the Procedural Statements of the Parties – Possible Inspiration in the Swiss Civil Procedure .....	589
--	-----

#### **Klára Jelínková**

Legal Symbolism in Fine Art.....	605
----------------------------------	-----

### ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA / NEWS AND CONFERENCES

#### **Jaromír Tauchen**

Krátké ohlédnutí za třicetiletou historií Časopisu pro právní vědu a praxi.....	627
---	-----

#### **Jiří Novák**

Církev a stát 2022 .....	635
--------------------------	-----

## RECENZE A ANOTACE / BOOK REVIEW AND ANNOTATIONS

### **Jana Stehlíková**

NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, Alžběta. Podjatost soudců v rozhodovací praxi  
vrcholných soudů ČR.....639

### **Ondřej Klabačka**

HOFMANNOVÁ, Helena, ŘEPA, Karel, OTÝPKOVÁ, Laura. Lidská práva za mřížemi:  
Ústavněprávní aspekty omezování osobní svobody.....645

Pokyny pro autory .....657

Journal Guidelines .....661

## Čtení na periferii: poznámky pod čarou

Odborné právní články a knihy si dnes sotva představíme bez poznámek pod čarou. Ač jsou vysázené menším písmem a umístěné na periferii, mají poznámky nezanedbatelné důsledky<sup>1</sup>. Předně ovlivňují formální úpravu a styl publikace: umožňují „odbíhat“ do pasáží mimo zorné pole čtenáře, čímž odlehčují a zestručňují hlavní text. Pro vědeckou komunitu a její kulturu mají poznámky další význam: svědčí obvykle o renomé citovaných autorů, jsou důležité pro jejich akademický postup<sup>2</sup> a ovlivňují dialog mezi nimi.

V úvodu bude vhodné rozlišit, s jakými typy poznámek se v odborných textech setkáváme.

První skupinu tvoří **poznámky zdrojové**. Mohou být osobní – obsahují údaje o citovaném autorovi a jeho díle<sup>3</sup>. Mohou být i neosobní - typicky tehdy, když je zdrojový dokument anonymní (jde např. o důvodovou zprávu). Ty osobní ale převažují. Odborná právní publicistika je interakční, a tedy intertextuální; humanitní a sociální vědy jsou založené na dialogu a polemice, a text je tak potřeba propojit s jinými publikacemi v oboru. Jinak (a nikoliv objevně) řečeno, málokdy narazíme na zcela originální a doposud neřešenou právní otázku; odkaz, doporučení, polemika, vymezení či diskuse s autory jsou tak nutnou součástí každého vědeckého textu.

Druhou skupinu představují **poznámky věcné**. Tento typ je asi nejzajímavější a také nejvíce sporný. Představuje věcný doplněk hlavního textu. Mnohdy jde o poznámky úplně banální – odkazují např. na určité ustanovení zákona. Jindy však rozvíjejí či korigují myšlenky z pasáží „nad čarou“. V příručkách odborného psaní se doporučuje redukovat tento

<sup>1</sup> Fenomén poznámek pod čarou nešel pozornosti vědců, a tak najdeme vědecké studie věnované tomuto jevu (samozřejmě opatřené hojným poznámkovým aparátem). Příkladem může být brilantní analýza GRAFTON, A. *Die tragischen Ursprünge der deutschen Fußnote*. Taschenbuch-Verlag, 1995 či GIERLE, M. Gesicherte Polemik. *Historische Anthropologie*. 1998, č. 4, s. 267 a násl. DOI: <https://doi.org/10.7788/ha.1996.4.2.267>. K právní vědě srov. HÄBERLE, P. *Blankenagel, Fußnoten als Instrument der Rechts-Wissenschaft*. Rechtstheorie, 1988; SIEMS, M. M. Wie häufig werden Zeitschriften und Kommentare zum BGB in der Literatur zitiert? *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht*. 2008. V českém prostředí v populárnější formě např. BOBEK, M. Nepřečteš-li mě, nezahyneš, neocituješ-li mě, zahynu. *Jiné právo* [online]. Dostupné z: <https://jinopravo.blogspot.com/2007/05/nepete-li-m-nezahyne-neocituje-li-m.html>

<sup>2</sup> Směrnice děkana Právnické fakulty Masarykovy univerzity č. 10/2017, která stanoví požadavky a kritéria uplatňovaná v habilitačních řízeních a řízeních ke jmenování profesorem na Právnické fakultě Masarykovy univerzity, u docentů/profesorů požaduje minimálně 50/150 citací jejich děl.

<sup>3</sup> Pomínám přitom anglo-americký citační způsob (pro většinu závěrů u osobních zdrojových poznámek to ale bude nerozhodné).

typ věcných poznámek na úplně minimum. Čtenáře totiž odvádějí od výkladů v hlavním textu<sup>4</sup>, škodí přehlednosti díla<sup>5</sup> a vedou ke vzniku autonomních paralelních textů<sup>6</sup>.

Třetí skupinu bychom mohli označit za poznámky **autorské a editorské**. Jde o intratextové odkazy na jiné části díla („Více k tomu v kapitole 3“, „K nedostatkům k této argumentaci srov. kap. 2.1.1“) či reference na nějaký mimotextový aspekt – např. informace o autorovi, dedikace k určitému projektu či grantu nebo poděkování autora; zde v poznámce pod čarou č. 77.

Všechny tři typy se mohou prolínat a na jednom místě, tedy v jedné poznámce pod čarou, tak můžeme najít text, který zapadne do všech tří uvedených kategorií. Příkladem může být poznámka, v níž tvůrce vede věcnou polemiku s jiným autorem (osobní a věcné poznámky) a odkazuje přitom i na vlastní argumenty uvedené v jiné části díla (autorské poznámky).

## Přitažlivé zahraniční vzory?

Poznámkový aparát českých právnických článků se svým rozsahem nezadržitelně přibližuje „objemům“, které známe např. u publikací v zahraničí (zejména v německy mluvících zemích).

Přemíra poznámek všech typů vede k odsudkům. V německé literatuře se někdy označují jako „rakovina právní vědy“, „citační hřbitovy“, „textový plevel“ či „přehledka marnivosti“<sup>68</sup>. Není to tak úplně nezasloužené. Často tvoří poznámky pod čarou opticky i počtem znaků dominantní část textu (setkáme se s tím zejména u disertací). Krom poznámek zdrojových a autorských se totiž stále více prosazují rozsáhlejší poznámky věcné. Z hlavního textu se pak stává rozcestník, ukazatel, věšák, na kterém visí rozvíjející pasáže. Text jakoby kvetl do kořenů.

Narazíme na monografie, u nichž je problém umístit na stránku hlavní text, protože stále ještě neskončila poznámka přetékaající z předchozí strany. Specialitou jsou odkazy koncentrované v jednom místě, např. „*BGH tento koncept odmítnul*<sup>865, 866, 867, 868, 869</sup>“, což vypadá až parodicky. Čtenáři se neodbytně vnucuje podezření, že autoři vedou nevyhlášenou soutěž o to, kolik poznámek přilepených k jednomu slovu jim u editora ještě projde.

A některým milovníkům poznámek už chybí snad jen jedno: zavedení institutu poznámky k poznámce.

Nepřekvapí, že přístup k poznámkám pod čarou není jednoznačný. I jejich nadšení zastánci vnímají, že pro ně musí platit *nějaké* hranice (to se týká hlavně poznámek zdrojových a věcných).

<sup>4</sup> ŠANDEROVÁ, J., MILTOVÁ, A. *Jak číst a psát odborný text ve společenských vědách: několik zásad pro začátečníky*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2005, s. 99, Studijní texty (Sociologické nakladatelství).

<sup>5</sup> ČMEJRKOVÁ, S., SVĚTLÁ, J., DANĚŠ, F. *Jak napsat odborný text*. Praha: Leda, 1999, s. 224.

<sup>6</sup> KONRATH, Ch. *SchreibGuide Jus. Juristisches Schreiben für Studium und Praxis*. Videň: Manz Verlag, 2018, s. 89.

<sup>7</sup> Autor děkuje za inspiraci, podněty a připomínky Tomáši Sobkovi a Štěpánovi Janků.

<sup>8</sup> Srov. literaturu uvedenou in HAMANN, H. Die Fussnote, das unbekannte Wesen – Potential und Grenzen juristischen Zitationsanalyse. *Rechtswissenschaft*. 2014, č. 4, s. 501.

Všímá si toho literární vědec D. Schwantitz: „*Jaký je význam a účel poznámky pod čarou? [...] otázka, která trápí každého studenta prvního ročníku, když se poprvé ponoří do onoho podsvětí krátkých textů, které představuje kanalizaci, jež každému důležitému velkému vědeckému (a ke vědění vedoucímu) textu přináší oporu a dokumentaci a současně odplavuje odlišné doktrinní názory nekompetentních kolegů. Poznámky pod čarou představují obojí: způsobují výživou a jsou také jejím trávením, jsou hostinou i toaletou, banketem i vomitoriem (místem určeným ke zvracení). Stejně jako se moderní dům stává civilizovaným obydlím až díky elektrickému vedení, vodovodu, kanalizaci a odvozu odpadků, stává se text vědeckým až díky poznámkám pod čarou*“<sup>9</sup>. Ambivalentnost vyjádřená ironickou metaforou *banket* či *vomitorium* platí jistě i pro právní publikace.

## Banket

Přínosy osobních zdrojových poznámek jsou bez debat. Nesou informaci o tom, co o dané věci napsal určitý autor, případně údaje o dalších relevantních pramenech. Autor se v poznámkovém aparátu vymezuje vůči jiným vědcům, polemizuje s nimi nebo u nich hledá podporu. Oceňuje a propaguje výkony jiných. Osobní zdrojové poznámky tak umožňují měřit úspěšnost citovaných autorů a jejich vliv v komunitě. Totéž platí pro soudní rozhodnutí a jejich přijetí odbornou veřejností<sup>10</sup>.

Vidět své jméno v poznámce pod čarou (zvláště když není uvozeno slovy jako „zcela neobhajitelně...“ či „kuriózní závěr dovozuje...“ nebo „za správný nelze považovat názor...“) je takový *vědecký lajk* – generuje slušnou dávku dopaminu, podobně jako lajk u příspěvků na sociální síti.

Pro bujný poznámkový aparát (sestavující z personálních, ale i věcných poznámek) najdeme větší pochopení, jakmile si uvědomíme další jeho funkci, kterou z nedostatku lepšího nápadu označují jako „modalizační“. Autor se často až v poznámce pod čarou pustí do polemiky s konkurencí anebo rozvede myšlenku z hlavního textu do nových či spornějších závěrů (neodvážně na místě, které není tak na očích).

V právu obvykle dodržujeme obezřetné standardy komunikace. Interakce s jinými autory, pokud je vůbec vedena osobně, je většinou – ve srovnání s jinými obory – až přespříliš zdvořilá. Umístění do „textového podpalubí“ představuje další možnost, jak ubrat na síle polemičnosti a rezolutnosti.

Opatrný autor nachází bezpečnější místo. Z viditelné bitvy se stává utajená šarvátka v místech, kde končí papír a začíná stůl. Ze stejného důvodu se „pod čáru“ umísťují výhrady, ohrazení a limitace závěrů podávaných v hlavním textu, aniž by autor ztrácel licenci na „já to říkal první“, pokud se z kacířské poznámky pod čarou časem stane většinou přijímané stanovisko.

<sup>9</sup> SCHWANTITZ, D. Wie Streithähne die zum Kampf mal kurz auf die Strasse gehen. *Die Welt* [online]. 24. 1. 1998. Dostupné z: <http://www.welt.de/print-welt/article598108/Wie-Streithaeh-ne-die-zum-Kampf-mal-kurz-auf-die-Strasse-gehen.html>. V originále „wissen-schaftlich“, což je slovní hříčka laborující s významem slov „wissen“ (vědět) a „schaffen“ (tvorit).

<sup>10</sup> Viz podrobná analýza HAMANN, H. Die Fussnote, das unbekannte Wesen – Potential und Grenzen juristischen Zitationsanalyse. *Rechtswissenschaft*. 2014, č. 4. DOI: <https://doi.org/10.5771/1868-8098-2014-4-501>. Dostupné z: <http://www.nomos-elibrary.de/10.5771/1868-8098-2014-4-501.pdf>



V alibistické naději autora na částečnou neviditelnost se poznámky pod čarou stávají jakýmsi podvědomím a někdy dokonce (v jungiánském významu tohoto slova) Stínem textu. Čtenář, který vnímá poznámky stejně, začíná četbu právě od nich – neomylně jde po tom nejzajímavějším.

## Vomitorium

Kritizovat poznámky je snadné. Záplavě citací (osobních zdrojových poznámek), jsou například vytýkány zbytečně kompetitivní podněty, které nemají s reálnou vědou a jejími objektivními výsledky mnoho společného.<sup>11</sup>

Citační popularita ještě neznamená kvalitu. Často zmiňovaný text může být naopak velmi kontroverzní a jeho reference mohou být kritické či zcela odmítavé. Pokud je zvykem uvádět i opačné náhledy na danou věc (v německé literatuře obvykle pod zkratkou a.M. – *andere Meinung*) amplifikuje se minoritní stanovisko, třebaže bylo většinovým míněním (h.M. – *herrschende Meinung*) již dávno zavrženo a toto zavržení potvrdila judikatura vyšších soudů.

Opulentní poznámkový aparát je kritizován tam, kde plní funkce zdobné a předvádivé, kdy se autor honosí omračujícím literárním zázemím. Podobně to funguje na online schůzkách v MS Teams, pokud se dotyčný posadí před bohatě zásobenou knihovnu a nerozostří pozadí.

Tyto funkce manýristické a ornamentální je však těžké odsoudit, neboť mají v sobě něco dětsky dojemného a polidšťujícího – autor prostě neodolal pokušení ukázat nám svoji knihovnu, nebo (v lepším případě) vše, co přečetl.

Motivace k osobním citacím může být také scientometrická. Snaha zvýšit citační index spřátelené kolegyni nebo kolegovi pak vede k podivným odkazům, u kterých je samoučelnost poučenému čtenáři (ale bohužel nikoliv editorovi) zřejmá. Karikaturou takové citace může být odkaz ve stylu „*K tomuto problému se zcela překvapivě nevyjádřil [...] ve svém zásadním příspěvku věnovaném...*“ (tuto citaci jsem si nevymyslel, vtipek kdysi dávno prošel do článku bez zásahu editora).

A někdy je prostě zvykem citovat určitou autoritu v oboru tak nějak „automaticky“, bez věcného opodstatnění. Nejde pak vlastně o citaci, ale o oborový *meme*.

U věcných poznámek je to více sporné. Jejich přemíra narušuje koherenci textu. Tvoří paralelní text, který se příliš vzdaluje tomu hlavnímu. Čtenář se pak musí vypořádat s tím, že má před sebou dva různé texty, které spolu neladí – jakoby každou pasáž napsala odlišná část autorovy osobnosti.

A nejde jen o formální aspekt, nestrádané poznámky jsou vnějším znakem nekoncentrované argumentace. Kritizujeme-li tedy přemíru věcných poznámek pod čarou, často nemíříme

<sup>11</sup> AYRES, I., VARS, F. E. *Determinants of Citations to Articles in Elite Law Reviews*. Yale Law School, Program for Studies in Law, Economics and Public Policy, Working Paper No. 234, April 1999, s. 19. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.160310>. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=160310>

na jejich počet, ale na roztržitý a rozbíhavý způsob psaní. Tímto nedostatkem může trpět i text, který nemá ani jednu poznámku.

Pokud něco nepatří do hlavního textu, nepatří to většinou do textu vůbec. Na druhou stranu, není „podpalubí“, v jehož šeru se autor odvážil v rámci věcné poznámky pod čarou formulovat něco zcela nového a neproověřeného, nakonec to nejzajímavější?

## Řešení?

Hranice mezi *banketem* a *vomitoriumem* není ostrá, stejně jako není ostrá hranice mezi podnebními pásy; někde ale bude. V určité chvíli se poznámky prostě zvrhnou v balast, který ruší i své zapřísněné fanoušky. Namísto ozdobného kvítí jsou tu *květy z(b)la*.

Jak tedy určit správnou míru? Místo návodu, který by směřoval ke konkrétnímu výsledku, jen několik návrhů:

Za prvé: pokud je to možné, **vyřad'me z díla vše, co nebylo napsáno s myšlenkou na čtenáře** (toto zlaté pravidlo platí obecně – nejen pro poznámky pod čarou).

Za druhé: **důvěřujme vlastnímu zážitku** z textů, které nás iritovaly přebujelostí poznámek pod čarou. Které (osobní zdrojové) citace jen předvádějí sečtělou a rešeršní výkony autora a které mají upřímnou snahu informovat a inspirovat? Které (věcné) citace bylo možné přesunout do hlavního textu, či úplně vynechat?

Za třetí: **někteří čtenáři poznámky nečtou a nikdy číst nebudou**. Je to tak, rizikem textů v poznámkách je, že zůstanou nepovšimnuty. Část čtenářů od nich totiž čeká bibliografické informace o citovaných zdrojích nebo nepodstatné odbočky od hlavních informací: proč by je autor jinak umístil do periferního textu?

Za čtvrté: každou poznámku (zejména tu věcnou) je dobré psát s vědomím, že čtenář přichází o svůj *head-up* displej a **odskoky do textů pod čáru narušují proud jeho čtení**. S přímočarou naléhavostí tuto ztrátu vyjádřil anglický dramatik, skladatel a herec sir Noël Peirce Coward: „*Čtení poznámek pod čarou je jako když uprostřed milování musíte jít dolů otevřít dveře.*“

Vnímá-li někdo poznámky jako sir Coward, měl by se vystríhat čtení právnických odborných textů.

Josef Kotásek  
šéfredaktor



# Částečné odstoupení od smlouvy

## Partial Avoidance of Contract

Dominik Skočovský\*

### Abstrakt

Tento článek se zabývá problematikou částečného odstoupení od smlouvy. Pro lepší názornost autor zasazuje řešení jednotlivých teoretických otázek do kontextu skutečného případu posuzovaného Nejvyšším soudem. Příspěvek se nejprve věnuje vymezení částečného odstoupení od smlouvy a rozebírá jeho problematické aspekty. Zde je upozorňováno zejména na jednostrannou povahu odstoupení od smlouvy, s tím spojený problém oprávněného zájmu dlužníka na nedělitelnosti závazku a na otázku hospodárnosti částečného odstoupení. Dále článek analyzuje českou právní úpravu částečného odstoupení od smlouvy a v obecné rovině ji komparuje s právní úpravou v BGB, ABGB a CISG. Zatímco český občanský zákoník upravuje částečné odstoupení jen pro specifické situace předvídané § 2004 odst. 2 a 3, zahraniční úpravy umožňují částečné odstoupení pro širší množinu případů (např. při částečně vadném plnění, nebo v případech, kdy nebylo plněno vůbec). Největší pozornost je však věnována předpokladům pro částečné odstoupení. V příspěvku je uvažováno nad pěti základními předpoklady, které jsou v textu blíže rozebrány. Zřejmě nejvíce problematickým předpokladem je otázka dělitelnosti závazku. Autor se přiklání k posuzování dělitelnosti závazku inspirovaného pojetím v kontextu BGB a CISG. V souladu s rakouskou judikaturou pak dospívá i k závěru, že dělitelnost závazku není možné dovozovat oproti (oprávněným) zájmům dlužníka. Nakonec je věnována pozornost i problematice účinků částečného odstoupení od smlouvy.

### Klíčová slova

Odstoupení od smlouvy; dělitelnost závazku; částečné odstoupení od smlouvy; synallagmatický závazek; jednostranné právní jednání.

### Abstract

This article deals with the issue of partial avoidance. For the sake of clarity, the author places the discussion of individual theoretical issues in the context of an actual case decided by the Supreme Court. First of all, the article examines the definition of partial avoidance and discusses its problematic aspects. The unilateral character of the avoidance is brought into focus as well as the related problem of debtor's legitimate interest in the indivisibility of the obligation and the issue of the economy of the partial withdrawal. Furthermore, the article analyses the Czech law on partial avoidance and compares it in general terms with the regulation in the BGB, ABGB and CISG. While the Czech Civil Code enables partial avoidance only in specific situations specified in § 2004(2) and (3), foreign regulations allow for partial avoidance in a wider range of cases (e.g. in cases of partially defective performance or in cases where no performance occurred at all). However, most attention is dedicated

\* JUDr. Dominik Skočovský, doktorand, Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Commercial Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 434130@mail.muni.cz

to the prerequisites for partial avoidance. The paper considers five basic prerequisites, which are discussed in more detail in the text. Probably the most problematic prerequisite is the issue of the divisibility of the obligation. The author is inclined to construe the divisibility of the obligation based on inspiration provided by concepts within the context of the BGB and the CISG. In line with Austrian case law, the author also concludes that the inference regarding the divisibility of the obligation cannot be incongruous with the (legitimate) interests of the debtor. Lastly, attention is also paid to the effects of partial avoidance.

## Keywords

Avoidance of Contract; Divisibility of Obligation; Partial Avoidance of Contract; Synallagmatic Obligation; Unilateral Legal Act.

## Úvod

### Vymezení problematiky

Problematicke částečného odstoupení od smlouvy doposud nebyla v tuzemské doktríně věnována potřebná pozornost. Řada teoretických i praktických otázek však zůstává nezodpovězena. Obecná představa odstoupení od smlouvy je často spojována se zánikem celého obsahu závazku s účinkem *ex tunc* (s výjimkami uvedenými v § 2004 odst. 2 a 3 a § 2005 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, dále jen „OZ“). V kontextu nekonečné pestrosti smluvních (a zejména obchodních) závazkových vztahů však tento obvyklý účinek odstoupení od smlouvy nemusí být pro oprávněnou stranu (a koneckonců ani pro smlouvu porušující stranu) příliš výhodný. Na tento problém zákonodárce částečně reagoval právě v již zmiňovaných odstavcích 2 a 3 ustanovení § 2004 OZ.<sup>1</sup> Preference zachování části závazku namísto zániku celku může být však žádoucí i ve smlouvou či zákonem výslovně nepředpokládaných situacích (tj. mimo režim § 2004 odst. 2, 3 a § 2005 odst. 2 OZ). Typicky tomu tak může být v případech, kdy je vadná pouze část plnění, nebo též ve zvláštních případech, kdy plnění již bylo (byť vadně) připraveno k předání, ale k plnění (právně ani fakticky) nedošlo, neboť věřitel podle zákona či smlouvy nebyl povinen přijmout částečné nebo vadné plnění. V tomto směru se nabízí otázka, zda oprávněná strana může podle současné právní úpravy odstoupit od smlouvy i částečně a za jakých podmínek tak může<sup>2</sup> učinit. Tento příspěvek se bude zabývat především tím, za jakých podmínek lze částečně odstoupit od smlouvy v situacích, na které nedopadá zákonná úprava částečného odstoupení od smlouvy (zejména § 2004 odst. 2, 3 OZ), ani úprava smluvní. Jinými slovy, článek bude zkoumat, za jakých podmínek lze (a zda vůbec) odstoupit od smlouvy částečně v případě, že zákon ani smlouva částečné odstoupení explicitně nepředpokládá (zakládá jen „prosté“

<sup>1</sup> Zde se zakotvuje částečné odstoupení pro případ částečného plnění (resp. částečného prodlení, třebaže na stav prodlení není hypotéza normy navázána) a pro případy nepřetržité či opakované činnosti, ale zejména též pro případy smluv o postupných dílčích dodávkách (plněních).

<sup>2</sup> V tomto ohledu budu uvažovat nejen nad možností částečného odstoupení, ale i nad případnou „povinností“ odstoupit od smlouvy jen částečně (tj. nikoli v rozsahu celého závazku).

právo „odstoupit od smlouvy“).<sup>3</sup> Primárním cílem tohoto příspěvku proto není diskutovat vymezené otázky v souvislosti s výkladem § 2004 odst. 2, 3 OZ. Přesto je třeba se interpretací uvedených ustanovení (omezeně) zabývat, neboť je nutné negativně vymezit aplikační dosah těchto norem.

Článek si současně klade (s ohledem na nutnou omezenost jeho rozsahu) za cíl hledání odpovědí na vytyčené otázky, které budou zásadně uplatnitelně obecně. Nebude proto primárně řešit specifika některých závazkových vztahů, ať už z hlediska jejich subjektů (např. spotřebitelské vztahy, adhezní smlouvy atp.), či z hlediska konkrétního smluvního typu. Mimo hlavní oblast zájmu tohoto příspěvku pak zásadně stojí i otázky související se smluvní úpravou částečného odstoupení (a případnými limity smluvní svobody). Lze totiž usuzovat, že takové smluvní konstrukce budou v mezích obecných limitů smluvní svobody zásadně přípustné.<sup>4</sup> Některé závěry dovozované v tomto článku ve vztahu k (ne)možnosti částečného odstoupení od smlouvy v případě absence smluvní úpravy i aplikačního dosahu příslušného zákonného ustanovení (§ 2004 odst. 2, 3 OZ) nicméně mohou mít přesah i do těchto oblastí. Pokud se tedy na některých místech tohoto textu vyskytne exkurz i do těchto oblastí, není ambicí tohoto příspěvku (s ohledem na jeho omezený rozsah) načrtnuté problémy vyřešit ve vší komplexnosti.

Pokud si tedy v tomto článku budu klást otázku, zda je částečné odstoupení od smlouvy možné (případně za jakých podmínek), činím tak zásadně<sup>5</sup> v kontextu hlavního předmětu tohoto příspěvku, tedy pro účely situací, na které nedopadá zákonná úprava částečného odstoupení a u nichž současně nebyla možnost částečného odstoupení od smlouvy stranami (předem) ujednána.

### Případ z praxe na úvod

Nejsnáze se dá řešená problematika ilustrovat na následujícím případě, o němž Nejvyšší soud rozhodoval svým rozsudkem ze dne 25. 11. 2020, sp. zn. 32 Cdo 3345/2018, uveřejněným pod č. 61/2021 Sb. rozh. obč. (dále též jako „citované rozhodnutí“). Pro účely tohoto příspěvku lze skutkový děj zjednodušit zhruba následovně: Dva podnikatelé uzavřeli smlouvu o dílo, jejímž předmětem bylo zhotovení kovové montované haly. Strany si přitom nedohodly žádné dílčí plnění nebo plnění samostatné části závazku, ani nebylo sjednáno předávání díla po jednotlivých částech či etapách. Plněno i předáno tak mělo být dílo jako celek. Stranami byl dále sjednán zálohový způsob placení ceny díla, časově navázaný

<sup>3</sup> Mimo to se budu rovněž zabývat otázkou, zda lze částečně odstoupit i v případech, kdy důvod odstoupení není naplněn ve vztahu k celému závazku, nýbrž jen k jeho části.

<sup>4</sup> Pro zajímavost lze zmínit, že u smluvní úpravy se v praxi mnohdy vyskytují potíže související s tím, že si strany sice ujednají určitou formu částečného odstoupení (účinky, jaké má takové odstoupení nastolit), avšak opomenou ujednat následný způsob vypořádání, nebo jej ujednají tak, že nekoresponduje se sjednanými účinky odstoupení (dohodnou se na vypořádání jiných plnění, než které bylo podle sjednaných účinků odstoupení třeba vypořádat). V souvislosti s tím tak mohou vyvstávat zajímavé a právně komplikované otázky. Předmět tohoto příspěvku je nicméně vymezen odlišně a není zde tudíž prostor pro řešení těchto problémů.

<sup>5</sup> Tj. s výjimkou případů, kde se v textu budu zabývat výhradně výkladem § 2004 OZ, případně pokud bude v textu explicitně uvedeno, že příslušné závěry se vztahují (i) na případy částečného odstoupení předpokládaného zákonem či smlouvou.

na jednotlivé fáze realizace díla. Dílo bylo zhotovitelem zhotoveno vadně, avšak pouze v části týkající se zhotovení střešní krytiny (ve zbývajícím rozsahu neměl objednatel k plnění zásadních výhrad). Dílo ovšem mělo být protokolárně předáno jako celek, k tomu ale nikdy nedošlo. Navíc z chování zhotovitele bylo možné usuzovat, že se k řádnému zhotovení (resp. opravě) střechy příliš nemá. Objednatel se proto rozhodl odstoupit od smlouvy, neboť měl (po postupu podle § 2593 OZ) za to, že postup zhotovitele nepochybně povede k podstatnému porušení smlouvy. Byl si však zřejmě vědom skutečnosti, že krom střešní krytiny je dílo zhotoveno téměř bezvadně (resp. případné vady byly jen nevýznamného charakteru). Za této situace proto pro něj patrně nebylo odstoupení od celého závazku s následnou potřebou vypořádání již poskytnuvších plnění příliš praktické (ani ekonomicky výhodné). Rozhodl se proto odstoupit od smlouvy jen částečně, tedy jen v rozsahu příslušné části závazku týkající se zhotovení střešní krytiny. Mohl objednatel platně či účinně odstoupit jen od části obsahu závazku? Jaké musí být splněny předpoklady pro částečné odstoupení od smlouvy i pro samotný úkon odstoupení?

V následujícím textu budu dovozovat obecné závěry, k nimž hodlám dospět na podkladě právně-teoretické analýzy řešených problémů. Pro lepší názornost a praktickou uchopitelnost řešené problematiky poté budu příslušné obecně uplatnitelné závěry testovat právě na shora vymezeném konkrétním případě z praxe. Pro tento účel jsem záměrně vybral prozatím jediné rozhodnutí v poměrech nového občanského zákoníku, které se zabývá otázkou přípustnosti částečného odstoupení mimo režim § 2004 OZ. Význam uvedeného rozhodnutí spočívá totiž také v tom, že opouští v dosavadní judikatuře<sup>6</sup> (v poměrech zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, zrušeného ke dni 1. 1. 2014, dále též „obch. zák.“) zastávanou tezi, že ze slov „odstoupit od smlouvy“ (užitých v § 437 odst. 5 obch. zák.) lze dovodit, pokud nebylo ve smlouvě o dílo sjednáno plnění po částech, že objednatel je oprávněn při splnění stanovených podmínek odstoupit od celé smlouvy o dílo, nikoliv jen částečně (od vadně provedené části díla). Smyslem tohoto příspěvku je tak mimo jiné prozkoumat správnost Nejvyšším soudem v citovaném rozhodnutí nově zastávaných závěrů. Ve svých teoretických úvahách však budu nejprve postupovat zcela nezávisle na závěrech a argumentaci komentovaného rozhodnutí, přičemž teprve následně mnou dovozené závěry porovná s argumentací Nejvyššího soudu.

Komentované rozhodnutí přirozeně nepředstavuje typově jediný případ, v němž může nabývat na významu posuzovaná problematika. Konkrétní množství typových situací, na které v tomto textu řešená problematika dopadá, je pak negativně vymezena aplikačním rozsahem § 2004 odst. 2 a 3 OZ, jímž se budu podrobněji zabývat dále v textu. Dále v textu proto uvedu typizaci jednotlivých případů a na závěr v obecné rovině uvážím do jaké míry se mnou dovozované závěry uplatní i na ně.<sup>7</sup> Předběžně lze přitom formulovat hypotézu, že níže dovozované závěry budou (po zohlednění některých specifik a odchylek) platit univerzálně na všechny typové případy částečného odstoupení od smlouvy (v situacích

<sup>6</sup> Srov. např. závěry rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 30. 7. 2012, sp. zn. 23 Cdo 4560/2010.

<sup>7</sup> Pro názornost řešené problematiky postačí, když dovozované závěry budu důkladně testovat toliko na vymezeném případě posuzovaném Nejvyšším soudem. Ostatně omezený rozsah tohoto příspěvku není schopen pojmut detailní rozbor všech typových případů a individuální testování dovozovaných závěrů na každém z nich.

nepředvídaných zákonem nebo smlouvou). Vyskytne-li se u nějakého typu určitá odchylka, měla by být dále v textu zohledněna.

## 1 Částečné odstoupení a jeho problematické aspekty

Dříve než se začnu zabývat otázkou, zda je částečné odstoupení možné (případně za jakých podmínek), je třeba nejprve vymežit, co se rozumí pojmem částečného odstoupení, jakož i rozebrat povahu částečného odstoupení a jeho případné problematické aspekty.

Částečnému odstoupení od smlouvy lze definičně rozumět tak, že se jedná o odstoupení působící zánik pouze určité výšece obsahu závazku (resp. práv a povinností). Abych byl přesný, je třeba zdůraznit, že ani „obecné“ odstoupení od smlouvy (resp. od „celého“ závazku) nepředstavuje zánik úplně všech práv a povinností, které tvoří obsah závazku smluvních stran (k tomu srov. § 2005 odst. 2 OZ). O částečném odstoupení proto dále hovořím tehdy, má-li mít odstoupení od smlouvy za následek zánik užšího okruhu práv a povinností, než je tomu v obecné zákonné úpravě u „běžného“ odstoupení od „celé“ smlouvy (resp. závazku).<sup>8</sup>

### 1.1 Obecně k institutu odstoupení od smlouvy

Jelikož je částečné odstoupení svojí povahou stále odstoupením od smlouvy, je na místě zmínit též problematické aspekty, které jsou tomuto institutu obecně vlastní. Každé odstoupení od smlouvy je svojí povahou „změnou“ či spíše modifikací obsahu závazku, kterou jedna smluvní strana oktrojuje straně druhé. Nepovažuji přitom na tomto místě za nutné rozlišovat mezi zánikem a změnou obsahu závazku (či části jeho obsahu).<sup>9</sup> V obecném slova smyslu totiž každý zánik určité množiny práv a povinností (tvořící obsah závazku), představuje změnu oproti původní podobě obsahu závazku. Je proto v tomto slova smyslu nerozhodné, zda se změna obsahu závazku realizuje zánikem určité množiny práv a povinností tvořících obsah závazku, nebo zda se realizuje přeměnou původní množiny práv a povinností v množinu jiných práv a povinností.<sup>10</sup> Odstoupení od smlouvy proto představuje výjimku z jinak v soukromém právu silně se prosadivší zásady *pacta sunt servanda*.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Srov. též komentář J. Šilhána, který správně podotýká, že formulačně přesnější název uvedeného institutu by v poměrech OZ měl znít spíše „odstoupení od závazku“, neboť jím dochází (s výjimkami uvedenými v § 2005) k zániku závazku (nikoli obligační smlouvy jako takové). Viz ŠILHÁN, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1205–1214.

<sup>9</sup> V doktrinální terminologii představuje odstoupení od smlouvy (i částečné) zánik závazku. K tomu srov. např. HANDLAR, J. *Zánik závazků dohodou v občanském a obchodním právu*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 8–9.

<sup>10</sup> Podobně se k širšímu pojetí změny právního jednání vyjadřuje například M. Zuklínová. Viz ZUKLÍNOVÁ, M. In: ŠVESTKA, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek I: Obecná část (§ 1 až 654)*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2020, komentář k § 564. Dostupné z: *ASPI* [právní informační systém].

<sup>11</sup> Obdobně též HRDLIČKA, M. In: PRAŽÁK, Z. a kol. *Závazky z právních jednání podle občanského zákoníku: komentář k § 1721–2893 OZ podle stavu k 1. 4. 2017 ve znění zákona č. 460/2016 Sb.* 1. vyd. Praha: Leges, 2017, s. 642.



Nelze přitom pomíjet, že zásah do uvedené zásady se realizuje na základě vůle jedné ze smluvních stran. Tato skutečnost je ovšem obzvláště důležitá. Závazkové právo obecně jako výchozí hodnotu akcentuje konsensus obou (všech) smluvních stran. Jedna smluvní strana si zásadně nemůže vynucovat jiný než dojednaný obsah závazku proti vůli druhé strany. Dává-li tak zákon za určitých situací jedné straně natolik významné oprávnění jednostranně disponovat s obsahem závazku i proti vůli druhé strany, je třeba to vnímat jako výjimku z obecného pravidla. K odstoupení od smlouvy by proto měly zásadně vést výjimečné zákonem či smlouvou předvídané důvody.<sup>12</sup> Lze tedy uzavřít, že jakékoli odstoupení od smlouvy je z uvedených důvodů třeba chápat jako výrazný zásah do obsahu závazku, k němuž zpravidla dochází proti vůli druhé strany. Jinak řečeno, odstoupením od smlouvy dochází rovněž k jednostrannému narušení obecného pravidla vázanosti dohodnutým obsahem smlouvy (resp. bilaterálně dojednaným obsahem závazku), které vyvěrá ze zásady *pacta sunt servanda* a principu rovnosti. Připuštění takového jednostranně vnučovaného zásahu do oběma stranami dojednaného obsahu závazku proto nutně musí být doprovázeno obhajitelnými důvody zakládajícími jeho legitimitu.

Na straně druhé ovšem pochopitelně stojí zájmy strany, které má svědčit právo od smlouvy odstoupit. Třebaže zásada *pacta sunt servanda* je pro závazkové právo stěžejní, nemůže platit (a neplatí) absolutně. Skutečnost, že právo umožňuje prostřednictvím odstoupení od smlouvy (jakož i jiných jednostranných institutů) prolomit za určitých podmínek tuto zásadu, je legitimní a strážlivou reakcí na iluzorní (až utopické) představy o tom, že účastníci vstupující do smluvních závazkových vztahů své sliby vždy bezmezně splní. Přitom právě kupříkladu v situacích, kdy jedna ze stran sama porušuje své smluvní povinnosti, není spravedlivé, aby druhá smluvní strana byla nucena s takovým nespolehlivým partnerem ve smluvním vztahu setrvat. Nelze tudíž ani pozapomínat, že odstoupení od smlouvy na straně druhé představuje účinný a ospravedlnitelný nástroj, díky kterému má taková smluvní strana možnost opustit dysfunkční smluvní závazek. Legitimita odstoupení přitom nevyvěrá pouze z toho, že druhá smluvní strana smlouvu porušuje (na což povětšinou reaguje – zpravidla v situacích kdy porucha dosahuje určité intenzity – zákonodárce zakotvením zákonného práva odstoupit), nýbrž může pramenit též ze skutečnosti, že se strany na možnosti jednostranného odstoupení od smlouvy za určitých podmínek předem ve smlouvě dohodnou. Oprávnění smluvní strany za určitých podmínek jednostranně disponovat s obsahem závazku (prostřednictvím odstoupení od smlouvy) je tudíž vždy založeno buďto zákonem, nebo vyplývá z předchozího konsensu stran (tj. má zákonný nebo konsensuální základ).

## 1.2 Specifika částečného odstoupení

U částečného odstoupení od smlouvy je obecně třeba se zaměřovat na tři základní (problematické) aspekty, a to a) povahu částečného odstoupení jako unilaterálně vnučenou „změnu“ obsahu závazku, b) oprávněný zájem druhé strany na plnění celku (resp. alespoň určité části) a c) ekonomické dopady odstoupení od smlouvy.

<sup>12</sup> Přesto lze v mezích dispozitivní práva zřejmě vytvořit i smlouvy, v nichž má některá či každá ze stran právo odstoupit i při naplnění banálních důvodů nebo dokonce i bez jakéhokoli důvodu. U takových smluv se ovšem výrazně vytrácí jejich závaznost, což je však elementárním znakem jakéhokoli obligatorního vztahu.

Uvedené aspekty přitom spolu velmi úzce souvisí a mají leccos společného. Jejich případná porucha může totiž zásadně implikovat narušení obecného principu rovnosti, respektive poruchu ekvivalence, či smluvní rovnováhy.

### A) K povaze částečného odstoupení jako unilaterálně vnučené „změně“ obsahu závazku

Shora komentovaný aspekt povahy odstoupení od smlouvy jako jednostranně vnučené změny obsahu závazku se projevuje ještě výrazněji u částečného odstoupení od smlouvy. Zatímco při totálním odstoupení se strana může strana vstupující do smluvního závazku od počátku spolehnout na to, že bude plnit buď vše (v případě, že smluvní závazek nezakonečí jinak než splněním) nebo nic (v případě, že dojde k odstoupení), u částečného odstoupení od smlouvy se do uvedené zcela předvídatelné úvahy ještě vměšuje určitý prvek nejistoty. Strana smlouvy, které má být adresováno částečné odstoupení od smlouvy totiž zřejmě nebude moci předem předpokládat, v jakém rozsahu závazek zanikne (resp. jakou část plnění bude muset plnit, případně toliko za jakou část jejího plnění jí bude plnit druhá strana). Již výše bylo poznamenáno, že možnost jednostranné změny či (částečného) zrušení obsahu závazku odstoupením je výjimkou ze zásady, že obsah závazku si určují vždy konsensuálně smluvní strany. Uvedená zásada je nesporně projevem principu rovnosti (resp. nenadřazenosti jedné smluvní strany nad druhou) a je tudíž v rozporu s tímto principem, aby jedna strana na úkor druhé autoritativně rozhodovala o tom, že bude plnit něco jiného, než co bylo na základě vzájemně shodné vůle stran původně dojednáno. Právní řád proto poskytuje ochranu takovým jednostranným úkonům zásadně jen z opravdu pádných důvodů (typicky podstatné porušení smlouvy, či předchozí dohoda stran), které takto silně oprávnění jedné ze stran legitimizují. Přitom platí, že i v podstatném (koneckonců ale i v jakémkoli) porušení smlouvy druhou stranou lze současně spatřovat porušování zásady *pacta sunt servanda*. Skutečnost, že si smluvní strany mohou předem dohodnout možnost následného (jednostranného) odstoupení od smlouvy, pak proto plně odpovídá principům autonomie vůle a smluvní svobody. V těchto případech sice princip rovnosti stran částečně ustupuje do pozadí, neboť je do něj zasahováno jen omezeně (resp. z ospravedlnitelných důvodů)<sup>13</sup>, přesto jej však nelze zcela pomíjet.<sup>14</sup> Přitom je vhodné uvedený princip zohledňovat (nikoli však izolovaně přeceňovat) i v případech, kdy možnost odstoupení od smlouvy vzniká pouze ze zákona.

### B) K oprávněnému zájmu druhé strany na plnění celku

S výše popsánymi aspekty odstoupení od smlouvy pak souvisí skutečnost, že druhá strana (proti jejíž vůli je odstoupováno od smlouvy) může mít oprávněný zájem na tom, aby došlo

<sup>13</sup> Určité nerovné postavení mezi stranami projevující se v tom, že jedna strana má právo druhé straně bez jejího souhlasu vnútit změnu obsahu závazku, je totiž důsledkem předchozího konsensu (strana v nyní „horším“ postavení k takovému postupu dobrovolně svolila, resp. druhou stranu k němu „zmocnila“).

<sup>14</sup> Řečené se ovšem pochopitelně neprosadí v případech, kdy výklad smlouvy povede k závěru, že si strany ujednaly možnost odstoupit od smlouvy i jen částečně, nebo ji naopak vyloučily. V takových případech nedochází v textu rozebíranému problému, neboť možnost částečného odstoupení je zcela kryta nebo vyloučena na základě konsensu stran.

k realizaci plnění ze závazku. Obzvláště u částečného odstoupení je tento prvek akcentován i tím, že smluvní strana může mít navíc zájem i na plnění celku. Pro lepší názornost to lze demonstrovat na situacích, kdy je předmětem smlouvy o dílo například zhotovení rozsáhlého (časově i finančně náročného) díla. Odstoupila-li by protistrana částečně od smlouvy tak, že by v obsahu závazku přetrvávala povinnost zhotovitele zhotovit jen určitou nepatrnou část díla, lze si zajisté představit, že taková situace by nemusela vůbec odpovídat oprávněným zájmům zhotovitele, s nimiž do závazku na počátku vstupoval. Může totiž dojít k tomu, že náklady na zhotovení určité malé části díla budou nepoměrně vyšší, než jaké by zhotoviteli za takto vymezenou část díla vznikaly při zhotovení celého díla.<sup>15</sup> Obdobně pak v případech dodávek většího množství zboží často dochází ke sjednávání tzv. množstvího rabatu, kdy s rostoucím množstvím odebraného zboží klesá dojednaná cena za jednotku (kus) zboží. Dodávka jen části zboží, avšak za jednotkové ceny odvozené od sjednané ceny celé dodávky, by tak pro dodavatele nemusela být vůbec výhodná. S vědomím takové situace (tj. že nebude plněn celek, ale jen část) by pak druhá strana zřejmě do závazku na počátku ani nevstoupila. Proto je třeba mít při posuzování přípustnosti částečného odstoupení od smlouvy na zřeteli i oprávněný zájem druhé strany na „podobě“ původně dojednaného plnění.

Lze tedy uzavřít, že v situacích, kdy vůle jedné ze stran směřuje k plnění celku a rovněž i podmínky smlouvy tak byly dojednávány výhradně s přihlédnutím k celému plnění, by částečné odstoupení od smlouvy vedlo k tomu, že by druhá strana byla zbavena toho, co od smlouvy při jejím uzavírání důvodně očekávala. Jinými slovy, částečným odstoupením by došlo k porušení ekvivalence sjednaných plnění (či smluvní rovnováhy), neboť pokud by strana při uzavírání počítala s možností plnění části, pak by tyto úvahy reflektovala ve smluvních podmínkách, na které přistoupila (např. tím, že by zvýšila cenu). Částečné odstoupení proto v takových případech zbavuje druhou stranu možnosti svobodně si určit podmínky smlouvy ve vztahu jen k části plnění a tím i v konečném důsledku vede k porušení principu rovnosti.

### C) K ekonomickým dopadům odstoupení od smlouvy

Nezanedbatelný je pak konečně též ekonomický aspekt. V případě odstoupení od smlouvy se strany mají (obecně) vypořádat podle pravidel bezdůvodného obohacení. Tím však může dojít k z ekonomického hlediska iracionálnímu zmaření účelu smlouvy. V právu je třeba zásadně hledat ta řešení, která jsou ekonomicky výhodná, nikoli ta, která ekonomicky (i časově) zatěžují obě strany smluvního závazkového vztahu. Úplné (či částečné) odstoupení od smlouvy však v mnoha případech nemusí představovat hospodárná řešení. V závazkových vztazích může nepochybně docházet k situacím, kdy účinky odstoupení mohou bez racionálního podkladu mařit plnění ze smlouvy, přičemž následné vypořádání již poskytnutých plnění v takových případech může být značně ekonomicky nevýhodné (pro obě strany). Tato skutečnost sama o sobě přirozeně nemůže být argumentem pro nepřípustnost odstoupení od smlouvy jako takového. Přesto však tato skutečnost může představovat jeden

<sup>15</sup> To lze ilustrovat například na situaci, kdy náklady na výrobu některé součástky pro zhotovení díla výrazně klesají s vyšším množstvím vyrobených součástek, a naopak při nižším množství výrazně rostou (tak tomu může být typicky z důvodu kapacity a efektivity výrobní linky, při sériové výrobě atp.).

z argumentů ve prospěch preference částečného odstoupení před odstoupením v rozsahu celého závazku.<sup>16</sup>

Ekvivalenci vzájemných plnění (resp. smluvní rovnováze) přitom nejlépe vyhovují ta řešení, která vedou k naplnění účelu smlouvy, čímž se respektuje projevená vůle stran. Obecně řečeno, v situacích, kde alespoň zčásti bylo splněno na obou stranách řádně, není důvod v příslušné části proběhnuvší plnění mařit. Každá ze stran totiž v příslušné části plnila to, co měla a dostala to, co měla dostat (tj. došlo v dané části k naplnění účelu smlouvy). Mimo to ale mohou nastat situace, kdy účelu smlouvy vyhovuje spíše plnění celku. V takovém případě by tak účel smlouvy částečným plněním naplněn nebyl (ani zčásti). Porušení účelu smlouvy v tomto smyslu pak vede k poruše ekvivalence, smluvní rovnováhy a v konečném důsledku i k narušení principu rovnosti. V tomto ohledu se zde tedy odráží kombinace obou předchozích aspektů, podle kterých je třeba brát na zřetel jednostrannou povahu odstoupení od smlouvy a současně šetřit oprávněné zájmy druhé strany.

## 2 Zákonný podklad pro částečné odstoupení

### 2.1 Právní úprava v OZ

Odstoupení od smlouvy v zákonné úpravě reaguje na různé situace. Zpravidla tak představuje reakci na nastalé či hrozící porušení smlouvy nebo na nepředvídatelnou změnu okolností.<sup>17</sup> Nejčastější množinu („zákonných“) odstoupení od smlouvy pak představuje patrně první kategorie. V ní přitom můžeme rozlišovat tzv. *následné sankční odstoupení* (reagující již na nastalou poruchu) a *preventivní předběžné odstoupení* (reagující na potenciální, leč patrně již nevyhnutelnou, budoucí poruchu).<sup>18</sup>

Předně je třeba rovněž zdůraznit, že ve shora uvedeném případě posuzovaném Nejvyšším soudem byla řešena otázka (částečného) preventivního předběžného odstoupení od smlouvy. Jednalo se o odstoupení v režimu § 2593 OZ, který zakotvuje právo objednatele kontrolovat provádění díla. Pokud při kontrole objednatel zjistí, že zhotovitel porušuje své povinnosti, může po zhotoviteli požadovat zajištění nápravy a provádění díla řádným způsobem. Příslušné ustanovení však zakládá právo objednateli odstoupit od smlouvy, pokud by zhotovitel nezajistil nápravu ani v přiměřené době po jeho výzvě. Předpokladem odstoupení je však skutečnost, že postup zhotovitele by vedl nepochybně k podstatnému porušení

<sup>16</sup> Přitom je nabíledni, že uvedenou argumentaci lze vést oboustranně. V určitých případech tudíž může být ekonomicky výhodnější odstoupení od celku, což je naopak argumentem v neprospěch částečného odstoupení (ostatně to zohledňuje i zákonodárce v zákonné úpravě částečného odstoupení – srov. druhé věty v § 2004 odst. 2 a odst. 3 OZ).

<sup>17</sup> Zvláštním případem je pak tzv. spotřebitelské storno, tedy právo spotřebitele odstoupit od smlouvy bez uvedení důvodu ve lhůtě 14 dnů (srov. § 1829, § 1846, § 1861, § 1867 OZ). V podrobnostech k této problematice srov. HULMÁK, M. In: HULMÁK a kol., op. cit., s. 545–550. Za zmínku též stojí, že uvedený autor zde bez podrobnější argumentace dovozuje, že „odstoupit od smlouvy lze pouze obledně části plnění či některého z plnění i podle § 1829, a to tehdy, jestliže jde o plnění dělitelné, lze-li předpokládat, že by ke smlouvě došlo i bez zrušené části (srov. § 576), tzn. mimo jiné, že to není v rozporu s obsahem smlouvy (např. § 1727)“.

<sup>18</sup> K jednotlivým kategoriím viz ŠILHÁN, J. In: HULMÁK a kol., op. cit., s. 1186–1197, marg. č. 10–19.

smlouvy. Příslušné ustanovení však již nestanoví, zda objednatel může svého oprávnění využít jen zčásti. Touto otázkou je proto třeba se zabývat též na úrovni obecné úpravy odstoupení od smlouvy v občanském zákoníku.

### 2.1.1 K aplikačnímu dosahu § 2004 odst. 2 OZ

Jak již bylo výše naznačeno, zákonodárce upravil částečné odstoupení od smlouvy jen v § 2004 odst. 2 OZ. Toto ustanovení stanoví právo částečného odstoupení od smlouvy nicméně toliko pro případ, kdy dlužník již plnil zčásti. Odstoupit lze přitom pouze ohledně nesplněného zbytku plnění. Ohledně celého plnění je věřitel oprávněn odstoupit jen tehdy, pokud pro něj částečné plnění nemá význam.<sup>19</sup> Příslušné ustanovení předpokládá, že věřitel je povinen za podmínek § 1930 odst. 2 OZ částečné plnění přijmout.<sup>20</sup> Úprava částečného odstoupení nepochybně směřuje k minimalizaci zpětného *ex tunc* účinku odstoupení smlouvy a preferuje tak zachování těch práv a povinností, které mohou i po odstoupení přetrvat.<sup>21</sup> Zjednodušeně řečeno, zákonná úprava částečného odstoupení cílí na situace, kdy z celku byla plněna pouze část, a zakotvuje právo věřitele odstoupit pouze ohledně té části, která ještě dlužníkem plněna nebyla (ač plněná být měla, srov. § 1930 odst. 1 OZ). Jinými slovy, částečné odstoupení podle uvedeného ustanovení se může týkat jen té části závazku, ohledně které dlužník porušuje smlouvu (tj. té části plnění, kterou dosud neplnil, ač měl).<sup>22</sup> Jedná se proto o případ následného sankčního odstoupení. Je třeba také zdůraznit, že zákonodárce důrazně preferuje částečné odstoupení před odstoupením od celého závazku, neboť věřitel je oprávněn přistoupit k odstoupení od celého závazku pouze za situace, kdy pro něj (již poskytnuté) částečné plnění (objektivně s přihlédnutím k zájmu sledovanému smlouvou<sup>23</sup>) nemá význam.

Uvedené ustanovení přitom zřejmě nedopadá na situace, kdy sice bylo plněno zcela, avšak zčásti vadně, případně kdy k plnění (ani částečnému) vůbec nedošlo.<sup>24</sup> V takových případech by totiž nebyla naplněna hypotéza § 2004 odst. 2 OZ, která předpokládá částečné plnění. Dále usuzuji, že uvedené ustanovení nebude dopadat ani na situace, kdy sice bylo plněno zčásti, avšak poskytnuté částečné plnění je vadné, je-li výlučným důvodem pro odstoupení

<sup>19</sup> V podrobnostech k § 2004 odst. 2 OZ srov. komentářovou literaturu. Například ŠILHÁN, J. In: HULMÁK a kol., op. cit., s. 1205–1214, marg. č. 29–32.

<sup>20</sup> V podrobnostech k jednotlivým předpokladům částečného plnění srov. HANDLAR, J. In: PRAŽÁK a kol., op. cit., s. 434–437.

Pro zajímavost lze uvést, že kupříkladu v Německu byla zvolena opačná koncepce, kdy podle § 266 BGB je věřitel oprávněn částečné plnění odmítnout. K částečnému odstoupení (podle § 323 odst. 5 BGB, který představuje ne zcela totožnou obdobu § 2004 odst. 2 OZ) lze pak přistoupit pouze tehdy, pokud věřitel částečné plnění přijal (ač k tomu nebyl povinen). K tomu srov. ERNST, W. In: KRÜGER, W. a kol. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3. Schuldrecht – Allgemeiner Teil II.* 9. vyd. C. H. Beck, 2022, BGB § 323, Rn. 206. Dostupné z: *Beck-online.de* [právní informační systém]. (dále jen jako „MüKo BGB“)

<sup>21</sup> ŠILHÁN, J. In: HULMÁK a kol., op. cit., s. 1205–1214, marg. č. 29.

<sup>22</sup> Obdobně v německé literatuře ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 205.

<sup>23</sup> K tomu též srov. ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 209–215.

<sup>24</sup> Oproti tomu srov. § 323 odst. 5 BGB, který oproti české úpravě dopadá nejen na případy částečného plnění, ale i na případy jiných podstatných porušení smlouvy, či porušení jednotlivých smluvních povinností. Srov. ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 232–234, 276.

vadnost částečného plnění. Komentované ustanovení naopak lze aplikovat na případy, kdy je odstupováno z důvodu prodlení se zbylou částí plnění (srov. § 1977, 1978 OZ; případně z jiného důvodu), a to i přestože je částečné plnění vadné, neboť nevedou-li vady částečného plnění k možnosti odstoupení, neexistují důvody, proč by proběhnuvší částečné plnění (byť vadné) mělo být vyřazeno z působnosti § 2004 odst. 2 OZ. V takovém případě tak odstupující bude moci odstoupit toliko od nesplněného zbytku plnění, zatímco vady částečného plnění bude možné řešit prostřednictvím práv z vad. Vedle toho však může dojít i k souběhu důvodů pro odstoupení. Je-li tak možné současně odstoupit z důvodu částečného prodlení (či z jiného důvodu netýkajícího se částečného plnění) a současně též z důvodů vad částečného plnění, může oprávněný uplatnit svá práva libovolně podle své volby (nebude tak limitován povinností odstoupit jen částečně podle § 2004 odst. 2 OZ). Za podmínek dále uvedených v tomto textu tak bude moci odstoupit buďto od celého závazku, nebo jen od části týkající se vadného plnění, anebo jen od té části závazku, ohledně které dosud nebylo plněno.

V kontextu shora uvedeného tudíž lze uzavřít, že aplikovat § 2004 odst. 2 OZ tak na poměry vymezeného případu (posuzovaného Nejvyšším soudem) nelze – v dané věci se mělo plnit (tj. i předat) dílo jako celek, k čemuž nedošlo (tedy nebylo plněno ani zčásti, byť dílo fakticky zhotoveno již bylo<sup>25</sup>). Přesto má toto ustanovení nezanedbatelný význam, neboť z něj je patrné, že zákonodárce před zánikem celého závazku<sup>26</sup> preferuje zachování alespoň některých jeho částí, které mohou po odstoupení přetrvat a s nimiž není žádoucí spojit účinky odstoupení.<sup>27</sup>

### 2.1.2 K aplikačnímu dosahu § 2004 odst. 3 OZ

Vedle toho § 2004 odst. 3 OZ řeší situace, kdy je dlužník podle smlouvy zavázán k nepřetržité či opakované činnosti nebo k postupnému dílčímu plnění. V takových případech je věřitel oprávněn od smlouvy odstoupit jen s účinkem *ex nunc*, ledaže by pro něj již přijatá dílčí plnění sama o sobě neměla význam. Zde tak na rozdíl od předchozí situace nelze jednoduše určit, jaké druhy odstoupení lze pod toto ustanovení podřadit. Můžeme usuzovat, že uvedené ustanovení dopadá jak na případy následného sankčního odstoupení, tak i na případy preventivního předběžného odstoupení. V každém případě je však i zde zřejmá tendence zákonodárce k zachování těch částí závazku, které mohou přetrvat (odstoupením proto nejsou dotčena již přijatá dílčí plnění, či již provedené nepřetržité či opakované činnosti). I v tomto režimu se proto jedná o částečné odstoupení od smlouvy, byť určitým specifikem je zde skutečnost, že pro vyřešení otázky, která část závazku odstoupením může

<sup>25</sup> Srov. § 2586 odst. 1 ve spojení s § 2604 OZ. Podle těchto ustanovení je povinností zhotovitele „provést“ dílo. Zhotovitel tedy plní „provedením díla“. Dílo je však právní úpravou považované za provedené až za kumulativního splnění dvou podmínek – dokončení a předání. *Ergo* nedojde-li k předání díla, zhotovitel neplnil (ani zčásti), byť by dílo již fakticky bylo zhotoveno (dokončeno).

<sup>26</sup> Myšleno s výjimkami plynoucími z § 2005 OZ.

<sup>27</sup> Lze přisvědčit závěru Nejvyššího soudu vyslovenému v citovaném rozhodnutí, podle kterého „zákonná úprava směřuje k tomu, aby byly zásahy zpětných *ex nunc* účinků odstoupení od smlouvy pokud možno minimální a zrušení závazku se zbytečně netýkalo i těch jeho částí, které mohou po odstoupení přetrvat, tedy aby nedocházelo k neúčelnému zmaření smlouvy bez racionálního podkladu“.

zaniknout, je klíčové zjištění, jaká část závazku již byla plněna. Účinky odstoupení tak nemohou nastoupit zpětně a narušit již (řáděně) poskytnutá plnění. Pochopitelně ani toto ustanovení tak na řešenou věc nedopadá.

### 2.1.3 Dílčí závěr

Z provedeného výkladu lze tudíž usuzovat, že *ratio* obou shora analyzovaných norem (§ 2004 odst. 2, 3) spočívá především též v tom, že zákonodárce nechce účinky odstoupení vázat na ty části závazku, které již zanikly splněním (v případě odst. 2 částečným plněním, v případě odst. 3 dílčím plněním).<sup>28</sup> Je proto možné vyslovit tezi, že bylo-li již ohledně některé části závazku plněno, nelze ohledně této části od smlouvy odstoupit<sup>29</sup>, ledaže by byl dán důvod pro odstoupení i jen ohledně příslušné části plnění (typicky je poskytnuté částečné plnění vadné a představuje podstatné porušení smlouvy<sup>30</sup>).

## 2.2 Typizace možných případů částečného odstoupení

Z výše provedeného negativního vymezení aplikačního dosahu § 2004 odst. 2, 3 OZ je pak zřejmé, že zbývá nalézt řešení též kupříkladu pro situace, kdy dlužník poskytl částečné plnění (tj. je ve stavu částečného prodlení), které je nadto vadné, přičemž takové porušení spočívající v poskytnutí vadného plnění současně zakládá důvod od smlouvy odstoupit; a situace, kdy dlužník poskytl celé plnění (tj. není ve stavu prodlení), avšak jen (oddělitelná) část tohoto plnění je vadná. Vedle toho je rovněž sporná možnost částečného odstoupení v případech, kdy dlužník poskytl celé plnění a celé plnění bylo vadné.

Předestřené situace ovšem představují typické případy následného sankčního odstoupení. Pro účely posouzení shora vymezeného případu řešeného Nejvyšším soudem je tudíž zapotřebí zabývat se též otázkou, zda řešení dovozovaná pro případy následného sankčního odstoupení lze aplikovat i na případy preventivního předběžného odstoupení (tj. zda je částečné odstoupení za stejných podmínek přípustné i v těchto případech).

Ani těmito naznačenými situacemi se ovšem výčet možných typových případů částečného odstoupení (řešených tímto článkem) nevyčerpává. Pro lepší názornost a zpřehlednění řešené problematiky je proto vhodné jednotlivé typové případy taxativně vymezit na základě jasných hledisek. Jednotlivé typové případy částečného odstoupení se tudíž budou od sebe lišit v závislosti na důvodu pro odstoupení a na tom, zda a jak (v jakém rozsahu a kvalitě) již bylo plněno.

<sup>28</sup> Lze poznamenat, že v případě odst. 3 též zákonodárce konstruuje vyluku z účinků odstoupení pro již provedené či poskytnuté nepřetržité či opakované činnosti. Důvodem pro tyto vyluky může být mimo jiné též obtížné vypořádávání těchto (vzájemně již poskytnutých) plnění. Krom toho je však zde patrný akcent zákonodárce na minimalizaci zásahů do těch částí závazku, které již zanikly v důsledku (oboustranného) splnění. K posledně řečenému přiměřeně srov. též KINDL, T. In: ŠVESTKA, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek V: § 1721 až 2520*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2014, komentář k § 2004. Dostupné z: *ASPI* [právní informační systém].

<sup>29</sup> Obdobný přístup je (až na drobné výjimky) zastáván i v zahraničních úpravách, k tomu viz dále v textu.

<sup>30</sup> Důvod pro odstoupení ohledně částečného plnění může nastat i v jiných případech stanovených zákonem, ale i v případech dohodnutých smluvně.

Typicky jde o tři kategorie důvodů, lišící se v závislosti na tom, co vede k jejich naplnění:

- 1) *Důvodem pro odstoupení není porušení smlouvy (ani brožící).*
- 2) *Důvodem pro odstoupení je porušení smlouvy.*
- 3) *Důvodem pro odstoupení je teprve brožící (budoucí) porušení smlouvy.*

Pokud jde o rozsah a kvalitu plnění, tak mohou nastat situace následující:

- a) *Plněno dosud vůbec nebylo.*
- b) *Bylo poskytnuto celé plnění a celé je vadné.*
- c) *Bylo poskytnuto celé plnění, ale jen jeho část je vadná.*
- d) *Bylo poskytnuto jen částečné plnění, které je celé vadné.*
- e) *Bylo poskytnuto jen částečné plnění, které je jen zčásti vadné.*

Přitom platí, že k typizovaným situacím částečného odstoupení může docházet v různých variantách (resp. kombinací jednotlivých situací z obou výše vymezených skupin). Současně je z uvedeného členění zřejmé, že se bude jednat vždy o (synallagmatické) závazky, jejichž účelu má být dosaženo splněním (tj. splněním zanikajícím).

V kontextu výše uvedeného rozdělení příslušných situací je na místě okomentovat rovněž jejich vztah k následnému vypořádání. Jednotlivé typizované situace (v jejich kombinacích ad 1–3 a ad A–E) se od sebe budou rovněž odlišovat na základě kritéria, zda v důsledku odstoupení vyvstane potřeba následného vypořádání (části) závazku, či nikoli. Otázka potřeby následného vypořádání závazku přitom není zcela závislá pouze na tom, zda bylo plněno zcela, nebo zčásti. Může totiž docházet k situacím, kdy vyvstane potřeba vypořádání závazku, aniž by z právního hlediska došlo k plnění (byť i částečnému). K tomuto jevu typicky dochází u smluv o dílo, kde mnohdy bývá odstupováno v průběhu zhotovování díla (tj. aniž by bylo plněno<sup>31</sup>), které po odstoupení zůstane objednateli v nedokončeném stavu. Tento parametr je tak třeba zdůraznit zvláště v situaci ad A), neboť v situacích ad B–E) bude potřeba vypořádání po odstoupení spíše pravidlem (resp. bude obvykleji nastávat), ledaže by bylo částečně odstupováno od té části závazku, v rámci níž si strany ještě nic neposkytly. Je nicméně otázkou, nakolik budou jednotlivé parametry určující konkrétní typový případ hrát roli pro posouzení přípustnosti částečného odstoupení, resp. zda predeterminují existenci nějakých zvláštních konkrétních předpokladů (či vylučují nějaký předpoklad obecný), nebo zda se naopak obecné předpoklady částečného odstoupení (které budou v textu rozebrány) shodně uplatní na všechny typové případy.

### 2.3 Komparativní exkurz

Částečné odstoupení od smlouvy je řešeno i v zahraničních právních úpravách. Je proto namístě hledat inspiraci i v našem právnímu řádu blízkých právních úpravách. V tomto směru se přirozeně nabízí německé a rakouské právo, jakožto jedny z hlavních inspiračních zdrojů našeho občanského zákoníku (resp. úpravy závazkového práva). Nelze ale odhlížet ani od Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (dále jen „CISG“), která byla

<sup>31</sup> Pokud ovšem nebylo dohodnuto plnění (předávání) díla po částech.



nesporně rovněž inspirací k zákonu č. 513/1991 Sb., obchodnímu zákoníku, zrušenému ke dni 1. 1. 2014, jenž je současnou soukromoprávní úpravou rovněž reflektován.

**Německé BGB** upravuje částečné odstoupení od smlouvy především v § 323 odst. 5. Podle tohoto ustanovení, pokud dlužník plnil částečně, je věřitel oprávněn odstoupit od celé smlouvy jen tehdy, nemá-li na částečném plnění zájem.<sup>32</sup> Pokud dlužník neplnil v souladu se smlouvou (tj. plnil, ale vadně), nemůže věřitel od odstoupit od celé smlouvy v případě nepodstatného porušení.<sup>33</sup> Možnost částečného odstoupení se vztahuje i na případy částečně vadného plnění. Podstatnost porušení ve vztahu k příslušné vadné části plnění se posuzuje toliko s přihlédnutím k příslušné části plnění (tj. zda ohledně příslušné vadné části byl podstatně porušen zájem věřitele ze smlouvy). Pokud je vada ve vztahu k příslušné části podstatná, může oprávněný odstoupit jen ohledně příslušné dotčené části plnění. Jeho případné právo na úplné odstoupení od smlouvy je pak odvislé od skutečnosti, zda by i v případě částečného odstoupení zůstal nadále porušen jeho smluvní zájem (tj. zájem na celé smlouvě).<sup>34</sup>

V **CISG** je částečné odstoupení od smlouvy upraveno především v čl. 51 a čl. 73. Článek 51 dopadá na situace částečného plnění (prodávající dodá jen část zboží) nebo částečně vadného plnění (pouze část dodaného zboží není v souladu se smlouvou). V takovém případě může kupující odstoupit od celé smlouvy jen tehdy, jestliže částečné nesplnění nebo splnění neodpovídající smlouvě zakládá podstatné porušení (celé) smlouvy. Jinými slovy, čl. 51 směřuje primárně na odstoupení částečné, přičemž teprve tehdy, kdy by zúžení pohledu jen na vadnou nebo chybějící část plnění poškozovalo zájmy kupujícího, může kupující odstoupit i od celé smlouvy (čl. 51 odst. 2).<sup>35</sup> Odstoupení od celé smlouvy tak představuje výjimku z obecného pravidla, podle kterého má být odstoupeno zásadně částečně.<sup>36</sup> V případě prodlení zakládajícího nepodstatné porušení smlouvy má pak kupující právo stanovit dodatečnou lhůtu k plnění a odstoupit od smlouvy (částečně) po jejím marném uplynutí [čl. 49 odst. 1 písm. b)]. Za podstatné porušení je chápáno porušení smlouvy, které má za následek takovou újmu pro poškozenou stranu, že ji v podstatě připraví o to, co mohla od smlouvy

<sup>32</sup> Není však k totálnímu odstoupení povinen. Může si nadále vybrat částečné odstoupení (za předpokladu, že jsou obě oprávněná). K tomu srov. ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 216.

<sup>33</sup> ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 250. Lze v této souvislosti poznamenat, že podle § 323 BGB není zákonným důvodem pro odstoupení podstatné porušení smlouvy, jako tomu je v OZ. Právo odstoupit vzniká (zjednodušeně řečeno) tehdy, pokud dlužník neplní v souladu se smlouvou a současně marně uplyne dodatečná přiměřená lhůta, kterou mu věřitel poskytl k nápravě. Ustanovení § 323 odst. 2 BGB pak vymezuje situace, kdy stanovení dodatečné lhůty není nutné. Kategorie podstatnosti porušení má tak podle § 323 odst. 5 BGB význam jen pro to, zda může oprávněný odstoupit jen částečně, nebo i od celého závazku (v podrobnostech srov. ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323).

<sup>34</sup> ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 276. Proti tomu srov. též § 323 odst. 1 BGB, kde se podstatné porušení nevyžaduje, avšak odstoupení je možné až po marném uplynutí lhůty stanovené k nápravě. Odst. 1 tak na rozdíl od odst. 5 dopadá především na (nikoli částečné) prodlení dlužníka a na situace, kdy je jinak porušením dlužníka narušen zájem na úplném splnění v souladu se smlouvou (tj. porušení se netýká jen části závazku). K tomu srov. též ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 53.

<sup>35</sup> BACH, I. In: KRÖLL, S. a kol. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*. 2. vyd. München: Verlag C. H. Beck, 2018, CISG Article 51, Rn. 25. Dostupné z: [Beck-online.de](https://doi.org/10.5040/9781509923601) [právní informační systém]. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509923601>

<sup>36</sup> V podrobnostech BACH, I. In: KRÖLL a kol., op. cit., CISG Article 51, Rn. 3. Zde je mimo jiné poukazováno na duplicitu prostředků nápravy projevující se v čl. 49 odst. 1 písm. a) a čl. 51 odst. 2.

důvodně očekávat.<sup>37</sup> Vzhledem k tomu, že odstoupení od smlouvy je v CISG považováno za prostředek *ultima ratio*, je aplikační praxí upřednostňováno spíše částečné odstoupení a naplnění předpokladů pro úplné odstoupení (podstatnost porušení celé smlouvy) se posuzuje velmi restriktivně.<sup>38</sup> Vedle toho čl. 73 dopadá na smlouvy stanovící dílčí dodávky zboží. Nesplní-li jedna strana povinnosti týkající se jednoho dílčího plnění, a dané porušení je podstatné ohledně tohoto dílčího plnění, může druhá strana odstoupit od smlouvy ohledně tohoto dílčího plnění. Ohledně budoucích dodávek je pak možné odstoupit jen tehdy, pokud porušující strana vyvolá odůvodněné obavy, že dojde k podstatnému porušení ohledně budoucích dodávek (oprávněná strana přitom musí odstoupit v přiměřené době). Kupující, který již odstoupil od smlouvy ohledně kterékoli dodávky, může současně odstoupit od dodávek již uskutečněných nebo budoucích, jestliže vzhledem k jejich vzájemné závislosti by nebylo možno tyto dodávky použít k účelu, který strany zamýšlely při uzavření smlouvy.

V **rakouském právu** je částečné odstoupení od smlouvy upraveno v § 918 odst. 2 **ABGB**. Podle tohoto ustanovení je věřitel oprávněn v případě dělitelných plnění odstoupit z důvodu částečného prodlení pouze ve vztahu k příslušné části plnění, nebo ve vztahu ke všem zbývajícím dílčím plněním. Textace ustanovení primárně směřuje na smlouvy o postupném plněním či dílčích dodávkách. V nauce je však dovozováno, že se uvedené ustanovení aplikuje i na případy jiných smluv, v nichž se mají plnit dělitelná plnění.<sup>39</sup> Je nicméně zřejmé, že oproti německé úpravě a CISG se příslušné ustanovení vztahuje primárně na případy (částečného) prodlení, zatímco uvedené úpravy postihují i případy plnění poskytnutého v rozporu se smlouvou (tj. případy částečně vadného plnění).<sup>40</sup>

V obecné rovině lze **shrnout**, že ve zkoumaných právních úpravách se úprava částečného odstoupení od smlouvy v některých parametrech odlišuje od české právní úpravy. Případné závěry proto nelze přebírat bez důkladněji provedené komparace (kterou si tento článek s ohledem na jeho omezený rozsah neklade za cíl provadět) a bez poctivého uvážení všech shodných a odlišných prvků posuzovaných úprav. Přesto se shora uvedené úpravy (resp. z nich plynoucí přijímané doktrinální závěry) obecně shodují v tom, že úprava částečného odstoupení nedopadá jen na případy částečného prodlení, ale i na případy částečně vadného plnění. To však z naší právní úpravy *prima facie* dovodit nelze. Tato skutečnost tak může svědčit o určité nedostatečnosti české právní úpravy. Je proto třeba se zabývat tím, zda a za jakých podmínek jsou tyto případy částečného odstoupení možné v podmínkách české právní úpravy. Mám přitom za to, že není nezbytně nutné se vydávat cestou

<sup>37</sup> Podrobněji srov. BACH, I. In: KRÖLL a kol., op. cit., CISG Article 51, Rn 28–42.

<sup>38</sup> Ibid., Rn. 35.

<sup>39</sup> GRUBER, M. In: KLETEČKA, A., SCHAUER, M. a kol. *ABGB-ON. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. Manz Verlag, Stand 1. 8. 2019, ABGB § 918, Rn. 39–43. Dostupné z: [rdh.manz.at](http://rdh.manz.at) [právní informační systém].

<sup>40</sup> R. Reischauer ale podotýká, že § 918 ABGB se uplatní i v případech kvalitativních vad, neboť dlužník takto plnil v rozporu se sjednaným způsobem plnění. Přesto se ale tyto případy objevují jen zřídka, neboť vady jsou nejčastěji zjištěny až po předání zboží a v takovém případě je třeba uplatnit práva ze záruky. Uvedené ustanovení má tak význam např. ve stavebnictví, kde se stavba nemusí převzít z důvodu vady plnění. Viz REISCHAUER, R. In: RUMMEL, P. a kol. *ABGB-Kommentar*. 4. vyd. Manz Verlag Wien, 2021, ABGB § 918, Rn. 82. Dostupné z: [rdh.manz.at](http://rdh.manz.at) [právní informační systém].

rozšiřujícího výkladu § 2004 odst. 2 OZ, když toto ustanovení dopadá primárně na jiné situace a neřeší vůbec kvalitu poskytnutého částečného plnění, či v konečném důsledku ani konkrétní důvod, na základě kterého je odstupováno. Je v tomto ohledu zajímavé také zmínit, že zatímco v BGB a CISG zjevně existují podmínky i pro případný rozšiřující výklad, v ABGB textace zákona jasně dopadá na odlišné situace, a přesto se tamější doktrína rozhodla pro rozšiřující výklad<sup>41</sup> § 918 odst. 2. Jak jsem však již uvedl, v tuzemských podmínkách nepovažuji za vhodné se tímto směrem vydávat, neboť jsem přesvědčen, že přípustnost částečného odstoupení (v případech řešených tímto článkem) lze dovodit i bez nutnosti aplikace § 2004 odst. 2 OZ (ať už na základě analogie, či extenzivního výkladu, který zde podle mého mínění nepřípadá do úvahy).

### 3 Jednotlivé předpoklady pro částečné odstoupení

Jaké předpoklady je třeba tedy splnit, aby částečné odstoupení od smlouvy bylo přípustné a platně vyvolalo zamýšlené účinky?

#### 3.1 Určitost úkonu odstoupení

Samotný úkon odstoupení od smlouvy je svojí povahou jednostranným právním jednáním. Tak jako každé právní jednání proto musí splňovat náležitosti, které na ně klade zákon. Podle § 553 OZ je vadou právního jednání jeho neurčitost. Jak uvádí J. Handlar, „*právní jednání je projev vůle zaměřený na vyvolání právních následků. K tomu, aby vůle jednajícího mohla zamýšlené právní následky vyvolat, je nezbytné, aby byla projevována srozumitelně a určitě. Projev vůle je srozumitelný a určitý tehdy, je-li možno zjistit, jaké právní následky má projevovaná vůle způsobit, tedy jaká práva a povinnosti a jakým způsobem má právní jednání založit, změnit nebo zrušit*“.<sup>42</sup> V kontextu částečného odstoupení od smlouvy představuje určitost důležitý znak, jehož naplnění může být v řadě případů (podobně jako v případě v úvodu uvedeném) problematické. Z částečného odstoupení od smlouvy proto musí být patrné, jaká konkrétní vzájemná práva a povinnosti mají v důsledku odstoupení zaniknout (resp. jaký obsah závazku má po realizaci částečného odstoupení přetrvat).<sup>43</sup>

#### 3.2 Vzájemná podmíněnost

Synallagmatické vztahy jsou charakteristické podmíněností vzájemných plnění.<sup>44</sup> V synallagmatických vztazích je proto věřitel současně dlužníkem a dlužník současně věřitelem.

<sup>41</sup> Fakticky se zřejmě jedná spíše o analogii, byť jsem v citovaných textech nenalezl zmínku o tom, že by se příslušní autoři v tomto smyslu vyjadřovali.

<sup>42</sup> HANDLAR, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1977–1984.

<sup>43</sup> Obdobně Nejvyšší soud v citované věci sp. zn. 32 Cdo 3345/2018 konstatoval, že „*má-li částečné odstoupení vyvolat zamýšlené účinky, musí být v první řadě dostatečně určitým právním jednáním, to znamená, že v okamžiku, kdy je objednatel činí, musí být oběma stranám smlouvy zřejmé, jaká jejich konkrétní práva a povinnosti založená smlouvou mají ve smyslu ustanovení § 2005 odst. 1 o. z. tímto částečným odstoupením zaniknout (v jakém rozsahu) a jaká konkrétní práva a povinnosti (v jakém rozsahu) ze smlouvy mají přetrvávat nadále*“.

<sup>44</sup> K synallagmatickým vztahům srov. např. HURDÍK, J. *Vzájemnost práv a povinností plynoucích ze závazkových vztahů (synallagma). Jurisprudence, vynutitelnost práva a právní praxe*. 2001, roč. 3, č. 1, s. 29, nebo též ŠILHÁN, J. In: HULMÁK a kol., op. cit., s. 857–861.

Přesněji řečeno, s povinností (právem) jedné strany je vždy úzce spojena funkčně podmíněná povinnost (právo) strany druhé. Smluvní závazky přitom směřují vždy k realizaci nějakého stranami zamýšleného cíle. Synallagma je pak typické právě tím, že k této realizaci dochází podmíněně. Jinými slovy, zamýšleného cíle lze dosáhnout zpravidla jen tehdy, když každá ze stran splní své závazkové povinnosti. Tato vzájemná podmíněnost přirozeně existuje i v poměrech shora uvedeného případu. Zde se projevuje v tom, že povinnost zhotovitele provést dílo se na straně druhé pojí s povinností objednatele zaplatit cenu.

Výše popsaná vlastnost synallagmatických závazků zaujímá u částečného odstoupení od smlouvy nezanedbatelný význam.<sup>45</sup> Odstupující strana si proto nemůže libovolně zvolit, jaká práva a povinnosti ze závazku zaniknou, a jaká nikoliv. Nelze proto například připustit, aby se částečné odstoupení dotýkalo jen povinnosti dodání určité části zboží a neodrazilo se ve stejném poměru ve sjednané kupní ceně. Vzájemnou podmíněnost jednotlivých povinností je proto zapotřebí respektovat nejen pokud jde o jednotlivé povinnosti, jež mají být odstoupením dotčeny, nýbrž je třeba zachovat i ekvivalenci rozsahu jejich zániku.

Lze tedy uzavřít, že je vždy třeba posuzovat vzájemnou provázanost jednotlivých protipovinností a skutečnost, zda tyto povinnosti mají odstoupením zaniknout ve vzájemně ekvivalentním poměru.

### 3.3 Oddělitelnost

S právě řečeným přitom úzce souvisí otázka oddělitelnosti jednotlivých práv a povinností. Redukci účinků odstoupení od smlouvy pouze na určitou výšeč vzájemně provázaných práv a povinností ze závazku lze učinit jen v případě, kdy je možné realizovat zbývající část závazku nezávisle na části, ohledně které je odstupováno.<sup>46</sup> Příslušná část závazku (resp. výšeč práv a povinností) proto musí být oddělitelná od zbytku závazku.

Má-li tak vést částečné odstoupení k částečnému zániku (obsahu) závazku tak, že jím dojde k redukci předmětu plnění (tj. v řešeném případě zhotoviteli odpadne povinnost plnit odstoupením dotčenou část díla a objednateli povinnost zaplatit této části odpovídající cenu), je současně třeba, aby předmět plnění vůbec umožňoval takové rozdělení. V opačném případě by nebylo možné určit, jaká výšeč obsahu závazku (jednotlivých práv a povinností) má částečným odstoupením zaniknout.

Jak ale rozpoznat, zda lze jednotlivé části plnění oddělit od celých plnění (resp. zda lze poměrně krátit jednotlivé vzájemně podmíněné povinnosti vyplývající ze závazku)?

Tak například zahraniční nauka ve vztahu k **CISG** dovozuje, že pojem dělitelnosti plnění spočívá především ve fyzické a ekonomické nezávislosti. Pokud jsou tedy jednotlivé části fyzicky a ekonomicky dělitelné tak, že by mohly být prodány různým zákazníkům stejně jako ve své současné konfiguraci (tj. v celku), pak se jedná o dělitelné plnění. Dále je ovšem

<sup>45</sup> Vedle toho v asynallagmatických vztazích neexistuje vzájemná provázanost práv a povinností, případná otázka přípustnosti částečného odstoupení v takových vztazích tudíž pochopitelně na tomto kritériu nemůže záviset.

<sup>46</sup> Obdobně je to dovozováno i u čl. 51 Vídeňské úmluvy. Viz BACH, I. In: KRÖLL a kol., op. cit., CISG Article 51, Rn. 9–14.

upozorňováno, že hlavním účelem požadavku dělitelnosti je určit právní důsledky jednání odstupující strany.<sup>47</sup> Toto kritérium přitom souvisí s výše uvedenou vzájemnou provázaností jednotlivých povinností stran. Právní důsledky částečného odstoupení od smlouvy tak nebude možné zjistit v případech, kdy k příslušné (vadné) části plnění nebude možné přiřadit v ekvivalentním poměru příslušnou část ceny. Z právě řečeného je tak dovozován dvoudílný test spočívající v otázkách 1) fyzické a ekonomické nezávislosti jednotlivých částí, tj. zda mohou být jednotlivé části prodávány nezávisle na sobě; a 2) zjistitelnosti (přiřaditelnosti) ceny, tj. zda je cena vadné nebo nedodané části plnění prodávajícího pevně stanovena nebo ji lze zjistit z podmínek kupní smlouvy.<sup>48</sup>

Obdobně **německá** doktrína ve vztahu k částečnému odstoupení podle § 323 odst. 5 věty první BGB dovozuje jako jeden z předpokladů částečného odstoupení od smlouvy dělitelnost plnění. Pokud je plnění dlužníka z technických nebo právních důvodů, nebo podle shodné vůle stran, nedělitelné, nelze částečné odstoupení připustit (neboť by nebylo možné rozdělit závazek) a věřiteli zbývá jen úplné odstoupení od smlouvy. V tomto směru je rozlišována objektivní (faktická) nedělitelnost a nedělitelnost právní (založena smlouvou podle úmyslu či vůle stran).<sup>49</sup> Podobně je též dovozováno, že v rámci synallagmatických závazků lze odstoupit částečně jen v případech, kdy k jednotlivému smluvnímu závazku (části z „celkového smluvního závazku“ dlužníka) lze přiřadit určitelnou část protiplnění.<sup>50</sup>

Podobně i v **rakouské** literatuře se ve vztahu k odstoupení od smlouvy podle § 918 odst. 2 ABGB uplatní jako předpoklad částečného odstoupení oddělitelnost plnění pro obě strany smluvního vztahu.<sup>51</sup> Dělitelnost se posuzuje podle úmyslu stran. Plnění se považuje za dělitelné, pokud by strany za stejných podmínek uzavřely smlouvu i na část za přiměřeně nižší úplatu.<sup>52</sup> Přesněji řečeno je rozhodující, zda zájem stran na vzájemné výměně plnění, který vedl strany k uzavření smlouvy, je dán i pro případ výměny části plnění za odpovídající sníženou protihodnotu, resp. zda takový zájem v době uzavření smlouvy rozpoznatelný (nebo stranám znám). Pro posouzení dělitelnosti jsou proto zásadně rozhodující zájmy obou smluvních stran. Ani samotná faktická dělitelnost plnění není rozhodující, pokud není dán zájem stran na plnění části (resp. k částečnému plnění vůle stran nesměřovala).<sup>53</sup> Není-li úmysl stran zjistitelný (ani z jakýchkoli indicií), považuje se plnění podle judikatury OGH zásadně za nedělitelné.<sup>54</sup> Možnost částečného odstoupení od smlouvy nicméně může být vyloučena i v případě nedělitelnosti plnění jen na jedné straně. Doktrína v takových případech dovozuje, že svědčí-li nedělitelnost toliko zájmu věřitele, může si věřitel vybrat mezi úplným a částečným odstoupením od smlouvy. Pokud je ale naopak nedělitelnost toliko

<sup>47</sup> BACH, I. In: KRÖLL a kol., op. cit., CISG Article 51, Rn. 9–14.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 207–208.

<sup>50</sup> ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 232.

<sup>51</sup> Srov. GRUBER, M. In: KLETEČKA, SCHAUER a kol., op. cit., ABGB § 918, Rn. 42.

<sup>52</sup> Srov. např. rozhodnutí OGH ze dne 3. 11. 1987, sp. zn. 5 Ob 584/87.

<sup>53</sup> GRUBER, M. In: KLETEČKA, SCHAUER a kol., op. cit., ABGB § 918, Rn. 40.

<sup>54</sup> Srov. REISCHAUER, R. In: RUMMEL a kol., op. cit., ABGB § 918, Rn. 89. Srov. též rozhodnutí OGH ze dne 13. 7. 2006, sp. zn. 2 Ob 301/05m.

v zájmu dlužníka, podle judikatury OGH se právo věřitele v takových případech omezují pouze na úplné odstoupení od smlouvy. Část doktríny nicméně proti takovému závěru protestuje s tvrzením, že i věřitel by měl mít možnost považovat plnění za dělitelné i proti zájmům dlužníka (je přitom poukazováno na paralelu s částečnou nemožností plnění, kde § 920 věta druhá výslovně odkazuje pouze na zájmy věřitele).<sup>55</sup>

Domnívám se, že výše uvedené závěry z příslušných zahraničních úprav a z CISG lze *mutatis mutandis* převzít i do poměru české právní úpravy.<sup>56</sup> Obecně lze tak učinit konkluzi, že oddělitelnost předmětu plnění (díla) představuje jeden z předpokladů částečného odstoupení od smlouvy. Oddělitelnost je přitom zapotřebí posuzovat s přihlédnutím k synallagmatické povaze závazku. Jinými slovy oddělit předmět plnění půjde pouze tehdy, pokud část plnění může sama o sobě obstát nezávisle na celém plnění (tj. oddělení nebrání faktická či objektivní překážka) a současně lze s přihlédnutím k obsahu závazku (resp. s přihlédnutím ke shodně projevené vůli stran) k příslušné části plnění (díla) též přiřadit tomu odpovídající část protiplnění druhé strany (ceny). Sjedná-li si tak strany cenu s přihlédnutím k celému předmětu plnění a/nebo nejedná-li se současně o plnění, jež by bylo možné rozdělit ve vztahu k příslušnému protiplnění na poměrně si odpovídající části, o oddělitelné plnění (resp. oddělitelnou povinnost, jež spadá do souboru všech práv a povinností tvořících obsah závazku) se nejedná.<sup>57</sup>

### 3.3.1 Oddělitelnost proti zájmům dlužníka?

Zřejmě nejvíce sporné je však posouzení situace, kdy plnění dlužníka je při šetření jeho zájmu nedělitelné, zatímco plnění věřitele dělitelné je (tedy nedělitelnost plnění svědčí zájmu dlužníka). Může se v takovém případě věřitel dovolat dělitelnosti dlužníkovy plnění i proti jeho zájmům? Jedním z argumentů pro kladné posouzení tohoto problému může být skutečnost, že dlužník je přeci tím, kdo porušuje smlouvu, a tedy sám způsobil to, že k naplnění účelu smlouvy (vzájemného poskytnutí celého plnění) nedojde. Důvod pro odstoupení ovšem nemusí vždy reagovat. Další argument pak odkazuje na paralelu s částečnou nemožností plnění (v našich podmínkách srov. § 2007 OZ), kde se odkazuje explicitně toliko na zájmy věřitele a zájmy dlužníka zákon nešetří.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> GRUBER, M. In: KLETEČKA, SCHAUER a kol., op. cit., ABGB § 918, Rn. 41. Opačně v judikatuře např. rozhodnutí OGH ze dne 3. 11. 1987, sp. zn. 5 Ob 584/87.

<sup>56</sup> Pokud jde však o rakouské závěry o posuzování oddělitelnosti proti vůli dlužníka, přikláním se v českých podmínkách spíše k přenositelnosti závěrů judikatury OGH (tj. že proti vůli dlužníka oddělitelnost dovozo- vat nelze), nikoli tak výše vyložených opačných závěrů částí rakouské doktríny. Dále v textu o tom bude pojednáno blíže.

<sup>57</sup> O oddělitelné plnění se tak zásadně bude bez jakýchkoli problémů jednat například u kupní smlouvy, jejímž předmětem je dodání 100 ks zboží za celkovou cenu 100 000 Kč – při případném částečném odstoupení od smlouvy v rozsahu dodávky 40 ks zboží totiž nebude činit potíže určit této části plnění odpovídající část ceny (40 000 Kč). Jinak tomu ale právě bude u smlouvy o dílo, jejímž předmětem je zhotovení montované haly za sjednanou cenu (vztahující se zřejmě k celému dílu). V takovém případě je téměř nemožné určit, jaká část ceny díla připadá podle shodné vůle stran na část díla – zhotovení střechy.

<sup>58</sup> K tomu srov. výše citované závěry z rakouské nauky.

Domnívám se však, že takový přístup může vést až k disproporčnímu potrestání dlužníka za to, že se dopustil porušení smlouvy mající za následek vznik práva věřitele od smlouvy odstoupit. Teoreticky by sice bylo možné uvažovat o tom, že o disproporci by se nejednalo v případech, kdy k zájmům porušující strany můžeme (legitimně) přihlížet mírněji – např. pokud dlužník poruší svoji povinnost úmyslně, případně porušením smlouvy dojde k zásahu do zvláště chráněného zájmu druhé strany. Přesto mám však za to, že ani tyto argumenty samy o sobě nemohou obstát a obecně by patrně neměly hrát roli pro posouzení otázky, zda lze připustit částečné odstoupení i v případech, kdy je nedělitelnost závazku v zájmu porušující strany. Věřitel totiž může zpravidla disponovat i jinými mechanismy, které mu takto závažná porušení smlouvy mohou kompenzovat (typicky se tak může domoci kompenzace skrze náhradu škody, či smluvní pokutu). Šetření oprávněných zájmů dlužníka proto ani v takových případech nebude na újmu věřitele, neboť tomu se její případné náhrady dostane skrze jiné instituty.

Proti uvedeným závěrům by bylo možné namítnout, že zájmy dlužníka<sup>59</sup> lze zohlednit až při následném vypořádání. To by vedlo fakticky k tomu, že jakékoli plnění by mohlo být proti zájmům dlužníka považováno za dělitelné. Takto z pohledu dlužníka velmi invazivní závěr je podle mého mínění třeba odmítnout. Potřeba následného vypořádání závazku je přitom toliko důsledkem (částečného) odstoupení, nikoli jeho předpokladem. Navíc potřeba vypořádání mnohdy ani nemusí vyvstat. Na druhou stranu by navíc tímto způsobem bylo bez legitimního důvodu přenášena zvýšená míra insolvenčního rizika strany odstupující od smlouvy.<sup>60</sup> Navíc není jasné, jaké požadavky by v takovém případě byly kladeny na úkon částečného odstoupení (a jaké předpoklady by bylo potřeba splnit). Přípuštění takového závěru by pak mohlo vést též k tomu, že částečné odstoupení by bylo přípustné fakticky i v případech, kdy jím odstupující strana způsobí narušení ekvivalence vzájemných plnění (jinými slovy způsobí odstoupením zánik práv a povinností druhé strany v rozdílné míře, než v jaké měly zaniknout jeho vlastní práva a povinnosti ze závazku). Přihlížení k zájmům dlužníka až ve fázi vypořádání se tudíž z uvedených důvodů nejvíce jako vhodné (ostatně podle mnou zjištěných informací tento argument nezaznívá ani v zahraničním diskurzu).

V tuzemských podmínkách se mi proto jeví přiléhavější zvolit v tomto ohledu konzervativnější přístup a ohledně dělitelnosti plnění respektovat zájmy obou stran smluvního závazku (jak ostatně dovozuje v rakouských podmínkách též OGH). Opačný přístup podle mého názoru příliš narušuje ekvivalenci vzájemných plnění, smluvní rovnováhu stran, přičemž i v konečném důsledku zasahuje do principu rovnosti.

Nadto je třeba poznamenat, že z právní úpravy pravděpodobně nevyplývají obhajitelné důvody pro přípuštění takto silného (a závazek podstatně proměňujícího) oprávnění jedné ze stran. Třebaže paralela s částečnou nemožností plnění jistě má svoje *ratio* i v tuzemských podmínkách, sama o sobě podle mého soudu neobstojí. Nemožnost plnění je svojí povahou poněkud odlišný způsob zániku oproti odstoupení od smlouvy (kde plnění celku

<sup>59</sup> Jedním ze stěžejních zájmů dlužníka je přitom zpravidla zájem na ekvivalenci vzájemných plnění.

<sup>60</sup> Pokud by zájmy druhé strany šetřeny až při vypořádání, a nikoli při posuzování přípustnosti částečného odstoupení, nemusela by se druhá strana domoci vydání plnění v rozsahu zohledňujícím ekvivalenci vzájemných plnění.

možné je, avšak zpravidla z důvodu porušení smlouvy dlužníkem se věřitel svobodně rozhodne se ze smlouvy vyvázat). Krom toho je třeba podotknout, že úprava částečné nemožnosti plnění sice nešetří zájmy dlužníka stran toho, zda má závazek zaniknout i ohledně zbylé (objektivně splnitelné) části plnění, avšak lze zajisté přisvědčit závěrům J. Šilhána, podle něhož může na odpadnutí zaniklé části plnění navazovat aplikace ustanovení o podstatné změně okolností (§ 1765 a § 1766 OZ), když částečnou nemožností plnění může dojít k zásadnímu narušení smluvní rovnováhy. Pokud by tak mělo být dovozováno oprávnění věřitele dovolat se dělitelnosti plnění (a tedy i částečného odstoupení) i proti zájmům dlužníka, nelze současně odhlížet od toho, že aplikace pravidel o podstatné změně okolností se na případy odstoupení od smlouvy patrně neuplatní.<sup>61</sup>

### 3.4 Důvod pro odstoupení

#### 3.4.1 Obecně k důvodům pro odstoupení

Důvod pro odstoupení od smlouvy může vyplývat jen ze zákona nebo ze smlouvy. Zpravidla chrání určité zájmy strany, které v případě jeho naplnění má svědčit právo od smlouvy odstoupit. Právě z něj (resp. ze zájmu, který má chránit) tak vyvěrá legitimita odstoupení od smlouvy.

Jedním z předpokladů účinného odstoupení od smlouvy (nejen částečného) je i skutečnost, že důvod aktivující právo jedné ze stran odstoupit od smlouvy skutečně nastal. V opačném případě by takový úkon nemohl vyvolat zamýšlené účinky.

Sporná však může být i otázka, jaký důvod pro odstoupení od smlouvy musí být naplněn (resp. v jaké intenzitě). S tím pak souvisí rovněž otázka, zda naplnění jakéhokoli zákonného důvodu opravňuje stranu za splnění ostatních předpokladů odstoupit od smlouvy jen částečně, anebo zda naopak je částečné odstoupení u některých specifických důvodů vyloučeno.

#### 3.4.2 K některým aspektům podstatného a nepodstatného porušení

Jako klíčové se předně jeví zákonné rozlišení mezi podstatným a nepodstatným porušením. Podstatným porušením zákon rozumí takové porušení, o němž strana porušující smlouvu již při uzavření věděla nebo musela vědět, že by druhá strana smlouvu neuzavřela (§ 2002 odst. 1 věta druhá OZ). Stojí-li tak koncept podstatného porušení na předpokladu, že druhá strana by (s vědomím budoucího porušení) takovou smlouvu neuzavřela, bylo by patrně možné namítnout, že účinky odstoupení z důvodu podstatného porušení se musí týkat výlučně celého závazku z předmětné smlouvy (s výjimkami v § 2005 OZ). Pokud by se totiž týkaly jen části závazku z příslušné smlouvy, popíralo by to samotnou povahu „podstatnosti“ daného porušení. Takové úvahy ovšem z dále vyložených důvodů nepovažují za správné.

<sup>61</sup> Neboť s přihlédnutím k tomu, že za porušení smlouvy odpovídá právě dlužník, patrně nebude splněn předpoklad, že dlužník podstatnou změnu nemohl ovlivnit či předpokládat.



Předně kvalifikace porušení jako podstatného netkví v požadavku rozsahu porušovaných povinností ze smlouvy, nýbrž v požadavku intenzity (resp. závažnosti) porušení smlouvy. Za předpokladu oddělitelnosti jednotlivých povinností (jejich částí) pak není důvodu se ani domnívat, že by podstatné porušení mělo mít vždy vliv na celou smlouvu. Jinak řečeno, kritérium, zda by druhá strana při takovém porušení smlouvu (resp. její oddělitelnou část) neuzavřela, lze přeci posuzovat i jen ve vztahu k porušované oddělitelné části závazku. Dovození proto, že podstatné porušení se může týkat i jen oddělitelné části závazku a nedosahovat intenzity podstatného porušení ve vztahu k celému závazku (v takových případech by pak přirozeně druhá strana nebyla oprávněna k úplnému odstoupení od smlouvy, nýbrž jen k částečnému). Ostatně obdobně je podstatnost porušení podle některých autorů posuzována i v CISG.<sup>62</sup> Bývá přitom argumentováno, že zúžení pohledu jen na oddělitelnou část závazku přináší výhody oběma stranám závazku. Strana, které dodala z části vadné plnění se tak nemusí obávat, že se protistrana pokusí zpochybnit celé její plnění, když je vadná jen jeho část. Vedle toho strana, které bylo částečně vadné plnění poskytnuto, si zachovává mechanismy, které jí umožňují dosáhnout plný prospěch, který od smlouvy očekávala.<sup>63</sup> Lze tedy uzavřít, že intenzitu porušení jako podstatné či nepodstatné zřejmě lze posuzovat i jen s přihlédnutím k oddělitelné části závazku a toto posouzení není třeba vždy omezovat (resp. rozšiřovat) na celý závazek.

Dále se v této souvislosti nabízí otázka, zda podstatné porušení (zakládající právo odstoupit podle zákona) týkající se celé smlouvy vylučuje možnost částečného odstoupení od smlouvy. Domnívám se, že takový závěr bez dalšího učinit nelze. Je-li odstoupení od smlouvy právní úpravou zásadně pojímáno jako velmi přísný prostředek nápravy, který nejsilněji zasahuje do autonomie vůle stran (maří účel smlouvy)<sup>64</sup>, nedávalo by dobrý smysl částečné odstoupení v takových případech zapovídat. Ostatně právní úprava směřuje primárně k zásadě,

<sup>62</sup> I. Bach v kontextu posuzování možnosti aplikovatelnosti čl. 51 i na případy, na něž dopadá čl. 73, dovozuje, že neexistuje žádný důvod, který by ospravedlňoval odlišné zacházení s částečným plněním v rámci smlouvy na dílčí dodávky a v rámci běžné smlouvy. Přitom čl. 73 výslovně počítá s posuzováním podstatnosti porušení jen s ohledem na dílčí dodávku. Citovaný autor v tomto kontextu pak uvádí, pokud je z 1000 kusů dodaných aut 10 kusů nefunkčních, je právě těchto 10 kusů aut podstatným porušením smlouvy bez ohledu na to, zda byly dodány v jediné dodávce se zbývajícími 990 auty, nebo pouze v jedné dílčí dodávce s 90 dalšími vozy. Zřejmě tak v tomto ohledu spatřuje podstatnost porušení smlouvy toliko ve vztahu k vadné části dodávky (tj. jen ohledně 10 vozidel), nikoli podstatné porušení celé smlouvy na 1000 aut, které by opravňovalo k odstoupení od celku (srov. BACH, I. In: KRÖLL a kol., op. cit., CISG Article 51, Rn. 8).

Obdobně pak jednoznačněji stejný autor dále v citované publikaci výslovně uvádí: „... *If he insures only a portion of the goods, the buyer should be allowed to 'narrow his view' to the uninsured portion of the goods for remedies purposes. As a result, the buyer may either [...] or even partially avoid the contract if the failure to insure part of the goods amounts to a fundamental breach in regard to this part of the goods.*“ (BACH, I. In: KRÖLL a kol., op. cit., CISG Article 51, Rn. 17)

<sup>63</sup> BACH, I. In: KRÖLL a kol., op. cit., CISG Article 51, Rn. 2.

<sup>64</sup> Je zřejmé, že zákon akcentuje zásadu *pacta sunt servanda* a primárně nabízí i jiné (méně invazivní) prostředky nápravy, které směřují k zachování existence smlouvy, jakož i k naplnění jejího účelu. Že je odstoupení od smlouvy právní úpravou pojímáno spíše jako výjimečný (a velmi přísný) prostředek nápravy plyne i z toho, že právo odstoupení od smlouvy obecně vzniká pouze v případech podstatného porušení smlouvy (§ 2002 OZ). Obdobně tendence lze vysledovat i ze speciální úpravy v OZ (srov. např. úpravu koupě movité věci). Tato zvláštní role odstoupení mezi jinými prostředky nápravy je navíc podpořena tím, že za určitých podmínek toto právo jako jediné (oproti ostatním právům z vadného plnění) zaniká (srov. § 2106 odst. 3 ve spojení s § 2107 OZ, či § 2111 v kontextu § 2112 OZ).

že smlouvy se mají dodržovat (*pacta sunt servanda*). Přikláním se proto spíše k závěru, že podstatné porušení ohledně celé smlouvy nedává oprávněné straně právo odstoupit toliko od celé smlouvy (resp. věřitele nelimituje jen na totální odstoupení). Takový výklad by totiž šel k bezdůvodnému maření té části závazku, jejíž (*ex tunc*) zánik oprávněná strana odstoupením přivodit vůbec nezamýšlí, jakkoli by i k tomu byla s ohledem na charakter porušení smlouvy oprávněna.

S přihlédnutím k výše uvedeným závěrům lze mít též za to, že podle současné právní úpravy v OZ není za účelem posouzení přípustnosti částečného odstoupení od smlouvy třeba rozlišovat mezi tím, zda v daném případě došlo k podstatnému či nepodstatnému porušení smlouvy (či její oddělitelné části). Dojde-li ke vzniku práva odstoupit naplněním zákonných předpokladů, není pak kategorie podstatnosti porušení rozhodná. Částečné odstoupení tak bude možné připustit v případech podstatného i nepodstatného porušení (budou-li současně splněny i další předpoklady částečného odstoupení, které tento text blíže popisuje).

### 3.4.3 Ke zvláštním zákonným případům odstoupení<sup>65</sup>

Není potom přirozeně ani důvodu, aby se možnost zúžení pohledu jen na oddělitelnou část závazku neprosadila i ve zvláštních zákonných případech odstoupení od smlouvy. Odstoupení od smlouvy do určité míry představuje krajní prostředek nápravy, který působí zásah do zásady *pacta sunt servanda* (zbavuje strany povinnosti splnění toho, co si při uzavírání smlouvy vzájemně slíbily). I proto je třeba upřednostňovat výklad, podle kterého se tyto zásadní dopady do obsahu závazku (resp. závaznosti smlouvy v její původně dohodnuté podobě) minimalizují. Pro posouzení přípustnosti částečného odstoupení oproti odstoupení od celé smlouvy (závazku) tudíž obecně není podstatný důvod<sup>66</sup> vzniku práva odstoupit. Zpravidla by proto mělo být rovněž nerozhodné, od jakého konkrétního zákonného ustanovení se právo odstoupení odvozuje. Obecně nelze totiž *a priori* dovozovat, že by zákonodárce v nějakém zvláštním ustanovení zakládajícím právo odstoupit předpokládal toliko zánik celého závazku a oprávněné straně zakazoval omezit účinky odstoupení jen na jeho oddělitelnou část (opačný závěr by byl v rozporu s akcentem zákonodárce na zásadu *pacta sunt servanda* a výjimečnost jejího prolamování).<sup>67</sup> Přesto nelze vyloučit, že v nějakém konkrétním případě takový cíl zákonodárce skutečně sledovat bude. V souladu s právě řečeným mám však za to, že s přihlédnutím ke jmenovaným hodnotám, na nichž je závazkové právo v OZ postaveno, by takový záměr zákonodárce (tedy záměr k preferenci zániku celého závazku i v situacích, kdy může jeho část dále přetrvat) musel z konkrétně interpretované zvláštní normy vyplývat nepochybně.

<sup>65</sup> Tím jsou myšleny případy odstoupení od smlouvy upravené speciálními ustanoveními (tj. mimo obecnou úpravu v § 2001–2005 OZ).

<sup>66</sup> V tom smyslu, zda se jedná o podstatné či nepodstatné porušení smlouvy.

<sup>67</sup> I přesto však platí, že z důvodu problematických aspektů částečného odstoupení od smlouvy se nelze úvahy o ne/připustnosti částečného odstoupení v příslušných případech zprostit pouhým tvrzením, že zákonodárce takový postup nezakazuje. Je tudíž stále třeba vycházet z toho, že východiskem zákonné úpravy je totální odstoupení od smlouvy s tím, že možnost jeho omezení na částečné odstoupení nevylučuje. Přípustnost částečného odstoupení je ovšem vždy přirozeně podmíněna v tomto textu dovozovanými předpoklady.

V návaznosti na shora uvedené konečně zbývá posoudit otázku, zda se tato konkluze (o možnosti částečného odstoupení i ve zvláštních zákonných případech odstoupení od smlouvy) prosadí i na situace předběžného preventivního odstoupení od smlouvy. V těchto zvláštních případech se totiž právo odstoupení od smlouvy neaktivuje již v důsledku nastalé poruchy, nýbrž postačí, že tato porucha teprve hrozí. Takto silné právo ovšem zákonodárce zjevně neposkytuje s tím, aby se ho nadužívalo. O tom ostatně svědčí zcela jasně formulovaný požadavek, že ke vzniku tohoto práva nepostačuje pouze hypotetické budoucí (podstatné) porušení smlouvy, nýbrž takové budoucí porušení musí být nepochybné (srov. např. § 2002 odst. 2, či § 2593 OZ). Právě tento požadavek je přitom klíčový pro konstatování, že pro posouzení přípustnosti částečného odstoupení není v tomto ohledu patrně ani rozhodné, zda se má jednat o odstoupení předběžné preventivní či následné sankční. Je-li budoucí (potenciální) porucha skutečně nepochybná, je zjevné, že by v budoucnu opravdu za obvyklého běhu událostí nastala. Zákonodárce tak z racionálních důvodů pouze posouvá okamžik vzniku práva odstoupit ještě před okamžik samotného porušení smlouvy. Proto není namístě v tomto ohledu zacházet s předběžným preventivním odstoupením odlišně. Závěry dovozované v této části textu ve vztahu k následnému sankčnímu odstoupení se tudíž prosadí i na případy preventivního předběžného odstoupení od smlouvy.

### 3.4.4 Ke smluvním důvodům a roli interpretace právního jednání

Pravděpodobně velmi často mohou v praxi nastávat situace, kdy si strany ujednají pouze samotný důvod pro odstoupení, anebo „prostě“ právo odstoupit, aniž by z právního jednání současně bylo patrné, zda práva odstoupit může oprávněná strana využít i jen zčásti, či nikoli (tj. zda vůle stran směřovala pouze k totálnímu odstoupení, nebo pouze k částečnému odstoupení, nebo k oběma z nich). Primárním úkolem rozhodujícího orgánu bude v takovém případě provést řádnou interpretaci právního jednání (podle pravidel stanovených v § 555–558 OZ).

Je nicméně vhodné na tomto místě zmínit, že řádná interpretace právního jednání má mnohem větší význam, než bylo zmíněno v předešlém odstavci. Není tak omezena pouze na výklad příslušného smluvního ujednání (smluvně sjednaného důvodu, či práva odstoupit), neboť rozhodující orgán musí interpretovat smlouvu i v případech, kdy takové ujednání absentuje. Výklad právního jednání má tudíž nezastupitelnou roli i pokud jde o posuzování otázky dělitelnosti závazku. Pokud by (i přes absenci výslovného ujednání) bylo interpretací zjištěno, že vůle (úmysl) stran vylučuje částečné odstoupení od smlouvy, pak nebude možné částečné odstoupení připustit.

V řadě případů může být nicméně vůle stran jednoznačná. Bývá běžné, že si strany ujednají nejen důvody pro odstoupení, ale i možnosti dispozic s jeho rozsahem (či účinky). K tomu je potřeba jen zmínit, že ani v případech, kdy úmysl stran směřuje k částečnému odstoupení, nezabývá tato skutečnost rozhodující orgán povinnosti posouzení dalších předpokladů přípustnosti částečného odstoupení, o nichž blíže pojednává tento článek.<sup>68</sup>

<sup>68</sup> Jejich konkrétní posouzení (resp. potřeba jejich naplnění) se ovšem může do značné míry odvíjet od toho, co si strany ujednaly. Ostatně smluvní úprava může často vykazovat určité nedostatky, které mohou působit faktické překážky částečnému odstoupení. Tuto nedostatečnost pak může být vhodné napravit právě prostřednictvím v článku dovozovaných předpokladů.

### 3.4.5 K naplnění důvodu pro odstoupení jen u části závazku

Konečně lze též zmínit, že možnost zúžení pohledu jen na část závazku (tj. zkoumání naplnění důvodu odstoupení jen ve vztahu k části závazku), která byla shora dovozována ve vztahu k podstatnému porušení, přirozeně musí platit i pro situace, kdy právo odstoupit vzniká z jiných důvodů než z důvodu podstatného porušení. Obecně tak příslušné závěry budou platit na jakékoli (i hrozící) porušení, ale i na důvody, které jsou na porušení smlouvy nezávislé. Můžeme tedy uzavřít, že naplnění důvodu pro odstoupení lze zkoumat obecně jak s přihlédnutím k celému závazku, tak i k jeho oddělitelné části.

### 3.4.6 Dílčí závěr

Syntézou výše provedených závěrů lze uzavřít, že pro posouzení otázky, zda částečné odstoupení je či není přípustné, není rozhodné, o jaký konkrétní důvod pro odstoupení se jedná. Jinými slovy pro posouzení otázky přípustnosti částečného odstoupení je nerozhodné, zda byl naplněn důvod zákonný, či smluvní. Stejně tak nehraje roli, zda příslušný důvod spočívá v porušení (jakémkoli), hrozícím porušení, či zda je na porušení zcela nezávislý. Částečné odstoupení totiž může a nemusí být přípustné u každého z nich.

Obdobně na konkrétním důvodu nezávislý by měl být i závěr o možnosti zúžení pohledu na část závazku při posuzování naplnění důvodu pro odstoupení. Přesto je vhodné na tomto místě uvést, že shora zastávaný závěr o možnosti dovést naplnění důvodu pro odstoupení i jen k části závazku může být vnímán jako sporný (jak ve vztahu k posuzování podstatného porušení tímto způsobem, tak i ve vztahu k ostatním důvodům pro odstoupení). Přirozeně tak může být proti uvedenému závěru namítáno, že naplnění důvodu pro odstoupení (např. podstatnost porušení smlouvy) by mělo být posuzováno pouze s přihlédnutím k celému závazku, ledaže by to bylo sjednáno jinak. I takový výklad je sice možný, byť podle mého shora argumentovaného názoru není příliš vhodný (ostatně zpravidla není ani výhodný pro žádnou ze stran, jak bylo výše popsáno). V dalších částech textu proto vycházím z toho, že posuzování naplnění důvodu pro odstoupení je možné zkoumat i jen s přihlédnutím k příslušné oddělitelné části závazku.

Třebaže konkrétní důvod pro odstoupení není určující pro závěr o (ne)přípustnosti částečného odstoupení, neznamená to, že by byl zcela bez významu. V závislosti na konkrétním důvodu se totiž může lišit posuzování jiných předpokladů částečného odstoupení. O tom bude mimo jiné pojednáno v následující části textu.

## 3.5 Vztah souvislosti mezi důvodem a rozsahem odstoupení

Již z výše popsaných závěrů je zřejmé, že mezi důvodem a rozsahem částečného odstoupení musí existovat vztah souvislosti. Tento vztah je třeba posuzovat relativně v závislosti na konkrétním důvodu pro odstoupení (resp. v závislosti na konkrétním zájmu, který má tento důvod chránit). V tomto směru se zde projeví shora učiněné dělení důvodů pro odstoupení v závislosti na tom, zda k jejich naplnění je třeba porušení smlouvy, hrozící porušení

smlouvy, či zda jsou na případném porušení smlouvy nezávislé (k jejich naplnění dochází z jiných důvodů).

Vznikne-li tak oprávněné straně právo částečně odstoupit z důvodu porušení týkajícího se části závazku, může tato strana odstoupit jen od této porušením dotčené části závazku. Vznikne-li oprávněné straně právo částečně odstoupit z důvodu hrozícího porušení, může částečně odstoupit jen ohledně té části závazku, ohledně které porušení smlouvy hrozí. Pokud důvod odstoupení nespočívá v (hrozícím) porušení, může odstupující strana částečně odstoupit v tom rozsahu, v jakém byl dotčen jeho zájem chráněný příslušným důvodem pro odstoupení.<sup>69</sup>

Obecně řečeno je tudíž odstupující strana v rozsahu uplatněných účinků částečného odstoupení vázána rozsahem narušení zájmu chráněného důvodem pro odstoupení, který aktivoval její právo odstoupit. Jinak řečeno, odstupující strana si nemůže libovolně selektovat množiny vzájemných práv a povinností ze závazku, které částečným odstoupením zaniknou. Částečné odstoupení může vyvolávat účinky jen v rozsahu, v jakém se zanikající práva a povinnosti kryjí s porušovanými povinnostmi, hrozícím porušením, či s jiným důvodem zakládajícím právo odstoupit.

Právě rozebíraný požadavek lze jinými slovy vyjádřit tak, že rozsah částečného odstoupení musí být zásadně pokryt příslušným důvodem pro odstoupení. Pro lepší názornost si lze uvedený problém představit na následujícím příkladě:

Strany uzavřely smlouvu na zhotovení a dodávku 100 ks zboží za cenu 100 000 Kč. Dodavatel dodal 100 ks zboží, přičemž 40 ks dodal vadně (předpokládejme, že se jedná o plnění dělitelná). Odběrateli z důvodu tohoto porušení vznikne právo odstoupit od smlouvy. Pokud se rozhodne odstoupit částečně, může tak ve smyslu rozebíraného kritéria učinit pouze nanejvýš v rozsahu příslušných vadných 40 ks a jim odpovídající ceny 40 000 Kč. Do částečného odstoupení tak nemůže zahrnout ty části plnění, které zanikly řádně splněním, resp. přesněji řečeno ty části plnění, ohledně kterých není naplněn důvod pro odstoupení. Tyto části plnění mohou být zahrnuty maximálně do totálního odstoupení od smlouvy, což bude blíže rozebráno níže. Uvedené závěry platí obdobně i při důvodech pro odstoupení spočívajících v hrozícím porušení (v takovém případě bude možné odstoupit v tom rozsahu, ohledně něhož porušení hrozí), či na porušení nezávislých (u těchto důvodů bude třeba vždy interpretovat konkrétní zájem, který jimi má být chráněn, a tento poměřovat s rozsahem odstoupení).

### 3.5.1 Možnosti a limity určování rozsahu odstoupení

V tomto kontextu se nabízí též otázka, zda je oprávněná strana „povinná“ částečně odstoupit toliko v rozsahu přesně se kryjícím s důvodem pro odstoupení, anebo zda pouze postačí, že odstupovaná část je pokryta důvodem pro odstoupení, třebaže by příslušný důvod pokrýval **širší část závazku** než tu, ohledně které je odstupováno. Jinými slovy, zda se oprávněná strana v poměrech uvedeného modelového případu může při vymezení rozsahu

<sup>69</sup> Tím není vyloučena možnost totálního odstoupení od smlouvy za předpokladu, že důvod odstoupení (třebaže se týká jen části závazku) zakládá právo odstoupit od celého závazku. K uvedené problematice bude pojednáno dále v textu.

částečného odstoupení pohybovat kdekoli na škále od 1 do 40 kusů, nebo je „povinna“ částečně odstoupit pouze v rozsahu 40 ks (tj. tak, aby se zcela překrýval rozsah odstoupení i důvod pro odstoupení). S ohledem na teze vyslovené v tomto článku (zejména na preferenci zachování těch částí závazku, které mohou i po odstoupení přetrvat) se přikláním k závěru, že oprávněná strana si v tomto smyslu může libovolně zvolit rozsah částečného odstoupení (tj. v daném případě na škále od 1 do 40 kusů). Toto řešení ostatně efektivně zohledňuje i ekonomické aspekty částečného odstoupení, neboť si lze zajisté představit situace, kdy například z příslušných 40 kusů mohou různé kusy vykazovat různě závažné typy vad. Zatímco tak ohledně některých vadných kusů zboží může být výhodnější od smlouvy odstoupit, ohledně jiných vadných kusů může být naopak hospodárnější napravit příslušné porušení smlouvy prostřednictvím práv z vadného plnění a od smlouvy neodstoupovat.

Obdobně by se příslušné závěry měly prosadit i na situace, kdy právo odstoupit vzniká ve vztahu k **celému závazku**. Takové situace budou v praxi pravděpodobně velmi běžné, neboť zákonná úprava se (až na výjimky – § 2004 odst. 2 a 3 OZ) pouze na částečné odstoupení zásadně neomezuje, přičemž i účastníci smluvních vztahů si mnohdy ujednávají pouze důvody pro odstoupení či právo odstoupit obecně, aniž by ve smlouvě specifikovaly možnosti částečného odstoupení.<sup>70</sup> Typicky lze pak takové případy uvažovat též tehdy, kdy celé poskytnuté plnění trpí vadami, případně když je dlužník ohledně celého plnění v prodlení (srov. § 1977, 1978 OZ). Důvody pro připuštění částečného odstoupení i v těchto případech však zůstávají stejné. Nesporně si lze představit situace, kdy věřitel bude z celého prodlévaného plnění trvat pouze na dodání jeho oddělitelné části (která pro něj může být nezbytná), zatímco zbývající část plnění si může opatřit od spolehlivějšího dodavatele. Obdobně je představitelné, že ohledně určité části plnění bude pro věřitele výhodnější domoci se nápravy prostřednictvím práv z vadného plnění, zatímco ohledně zbývající části plnění pro něj bude efektivnější od smlouvy odstoupit a opatřit si řádné plnění jinde. Budou-li v takových případech splněny veškeré výše uvedené předpoklady, není potom důvodu bezmezně trvat na totálním odstoupení a mařit tak ty části závazku, které mohou odstoupením zůstat nedotčeny. I v případech zakládajících obecně právo odstoupit (tj. i ohledně celého závazku) se tak prosadí závěr, že částečné odstoupení od smlouvy je přípustné. Rozhodnutí oprávněné strany o částečném odstoupení by ovšem v takových případech nemělo nést znaky svévole či zneužití práva. Věřitel by tak částečným odstoupením neměl nepřiměřeně zasahovat do jemu známých oprávněných zájmů druhé strany. Na straně věřitele by proto měl zásadně existovat legitimní důvod spočívající ve skutečnosti, že odstoupení ohledně celého plnění by pro něj nemělo význam.

### 3.5.2 Povinnost, nebo právo odstoupit částečně?

Jak ovšem bylo výše nastíněno, s výjimkou speciálních zákonných ustanovení (§ 2004 odst. 2 a 3 OZ) tuzemská právní úprava nenutí věřitele odstoupit od smlouvy jen částečně v případech, kdy se porušení smlouvy (či jeho hrozba) týká pouze oddělitelné části závazku. V tom

<sup>70</sup> Ostatně může to být i shora uvedený případ, v němž nebylo specifikováno, zda příslušné porušení smlouvy ohledně 40 ks zakládá právo odstoupit částečně, anebo obecně právo odstoupit od smlouvy (tj. i ohledně celého závazku).

se česká právní úprava liší od některých zahraničních kodexů, které obecně limitují právo věřitele na možnost odstoupení jen v rozsahu porušením dotčené oddělitelné části závazku, ledaže by částečné plnění pro věřitele nemělo význam. Občanský zákoník ovšem – jak již bylo shora vylíčeno – zvláštní úpravu pro situace řešené v tomto článku neobsahuje. Proto se lze zřejmě v pochybnostech domnívat, že hledisko významu částečného plnění pro věřitele se patrně na tyto situace neuplatní, což vede k závěru, že věřiteli svědčí právo zvolit si, zda odstoupí jen částečně, nebo od celého závazku.<sup>71</sup>

Přesto je namístě poznamenat, že je teoreticky myslitelný i o výklad opačný (více rigidní), podle kterého by v nastíněných případech připadalo v úvahu toliko úplné odstoupení od smlouvy. Tím by se sice více chránila právní jistota druhé strany (věděla by, že při naplnění důvodu pro odstoupení může očekávat pouze totální odstoupení), avšak na straně druhé by se odstoupení stávalo příliš rigidním nástrojem, neumožňujícím zohlednit specifické potřeby různých závazkových vztahů. Jsem proto přesvědčen, že tyto přílišné zužující úvahy je třeba odmítnout.

### 3.5.3 K rozsahu odstoupení při porušení vedlejších povinností

Konečně zbývá též zodpovědět otázku, zda je [z hlediska vztahu mezi důvodem pro odstoupení (porušením) a rozsahem odstoupení] pro oprávnění částečně odstoupit relevantní, zda byla porušena povinnost hlavní nebo vedlejší. Jakkoli se bude jednat spíše o výjimečné situace, lze nesporně uvažovat, že ke vzniku práva odstoupit (i k podstatnému porušení smlouvy) může v některých případech dojít i v důsledku (hrozícího) porušení vedlejší závazkové povinnosti.<sup>72</sup> Může být proto sporné, zda lze odstoupit nejen v rozsahu dotčených vedlejších práv a povinností, nýbrž i v rozsahu hlavních povinností. I v těchto případech se ovšem prosadí výše prezentovaný závěr o potřebě věcné souvislosti porušovaných povinností s rozsahem odstoupení od smlouvy. Proto platí, že i v případech porušení vedlejší povinnosti zakládajícího právo odstoupit od smlouvy, je možné částečně odstoupit i v rozsahu příslušných hlavních povinností, které jsou s porušovanou vedlejší povinností vzájemně provázány. Jinak řečeno, má-li vedlejší povinnost ze závazku též v určitém rozsahu vliv na hlavní plnění, je třeba do posuzovaného vztahu zařadit i tu část závazku, která se týká hlavního plnění. Rozhodujícím kritériem zde tak opět bude zájem, který se má příslušným důvodem pro odstoupení chránit. Pokud tento má přesah i do hlavního plnění, není důvodu, proč by nebylo možné částečně odstoupit i v rozsahu příslušných provázaných hlavních práv a povinností.

<sup>71</sup> Teoreticky přesto mohou nastat situace, kdy porušení smlouvy nedosáhne takové intenzity, aby mohlo být považováno za podstatné s přihlédnutím k celému obsahu závazku. V takových případech pak pochopitelně právo odstoupení od celého závazku vzniknout nemůže. Mám nicméně za to, že tato skutečnost nevylučuje ani v tuzemských podmínkách možnost vzniku práva částečného odstoupení, pokud by byl důvod pro odstoupení naplněn toliko ve vztahu k oddělitelné části (k tomu srov. shora provedený výklad k důvodu pro odstoupení – ad 3.4).

<sup>72</sup> Obdobně v poměrech CISG srov. BJÖRKLUND In: KRÖLL a kol., op. cit., CISG Article 25, Rn. 42. Obdobně v poměrech BGB je dovozováno, že aplikace § 323 BGB (resp. vznik práva odstoupit) není odvislá od toho, zda byla porušena hlavní nebo vedlejší povinnost (srov. ERNST, W. In: MüKo BGB, op. cit., BGB § 323, Rn. 12).

Lze proto uzavřít, že obecně nehraje roli, zda ke vzniku práva odstoupit vedlo porušení hlavní nebo vedlejší povinnosti. Pro posouzení přípustnosti částečného odstoupení od smlouvy je ovšem vždy zapotřebí zkoumat, zda mezi důvodem pro odstoupení a rozsahem odstoupení (tj. zanikajícími právy a povinnostmi) je dán vztah vzájemné provázanosti (souvislosti).

### 3.6 Otázka dalších předpokladů

Nad rámec výše uvedených by zřejmě bylo možné uvažovat i nad dalšími předpoklady účinnosti částečného odstoupení. S přihlédnutím ke shora rozebraným problematickým aspektům částečného odstoupení je patrně namístě též při posuzování přípustnosti částečného odstoupení přihlížet k postavení strany smlouvy, jíž je proti její vůli vnucována „změna“ obsahu závazku. Částečné odstoupení proto pravděpodobně může být účinné jen tehdy, pokud by nebylo na újmu oprávněných zájmů druhé strany. V neprospěch částečného odstoupení tak může působit případná značná ekonomická nevýhodnost částečného plnění pro dlužníka, případně i jiné důvody, které mohou zakládat oprávněný zájem druhé strany na plnění buďto celého plnění, nebo vůbec žádného. Toto kritérium nicméně zřejmě není ničím jiným než konkretizací kritéria oddělitelnosti. Pokud by totiž odstoupení od části závazku mělo být na újmu druhé strany, nebude patrně možné uzavřít, že se v dané věci vskutku jedná o oddělitelnou část závazku. Přesto – jak již bylo shora uvedeno – část rakouské doktríny v rozporu se závěry OGH dovozuje možnost částečného odstoupení i proti vůli dlužníka. S přihlédnutím k jednostranné povaze odstoupení od smlouvy však takový závěr (jak bylo výše podrobněji rozebráno) považuji při nejmenším za krajně problematický a v podmínkách českého práva hodnotově jen stěží udržitelný.<sup>73</sup>

Náznak jakéhokoli dalšího předpokladu se pak nepodává ani z citovaného rozhodnutí Nejvyššího soudu. V citovaném rozhodnutí jsou totiž víceméně formulovány obdobné předpoklady, jaké jsou výše vyloženy pod body 3.1, 3.2, 3.3.<sup>74</sup> Nejvyšší soud přitom nad rámec výše uvedených požadavků zdůraznil, že k účinnosti částečného odstoupení je třeba, aby v okamžiku, kdy objednatel částečné odstoupení činí, bylo oběma smluvním stranám zřejmé, jaká konkrétní práva a povinnosti založená smlouvou mají ve smyslu § 2005 odst. 1 OZ zaniknout. Z této teze by zřejmě bylo možné dovozovat předpoklad, že k účinnosti částečného odstoupení nepostačuje pouhé určité a dostatečně konkrétní vymezení rozsahu zanikajících práv a povinností, pokud takový rozsah práv a povinností není (resp. objektivně nemohl být) současně zřejmý druhé straně. Uvedené kritérium (zřejmosti rozsahu zanikajících práv a povinností) se zcela překrývá s předpoklady popsány v bodech 3.1–3.3 a jako samostatný předpoklad by proto bylo redundantní. Popisuje totiž jen potřebu provázanosti mezi určitostí úkonu odstoupení a oddělitelností vzájemně provázaných (podmíněných) práv a povinností, jejichž zánik má být odstoupením způsoben. Jinak řečeno, uvedené kritérium dovozované Nejvyšším soudem dopadá na situace, kdy úkon odstoupení sice obsahuje

<sup>73</sup> Srov. citaci v poznámce pod čarou č. 38.

<sup>74</sup> V kontextu mnou dovozovaných závěrů lze tedy odůvodnění Nejvyššího soudu považovat v tomto ohledu za správné.



vyhovuje požadavkům určitosti právního jednání, nicméně jako takový nemůže vyvolávat právní účinky, neboť nevyhovuje obsahu smluvního závazku v požadavku oddělitelnosti a vzájemné provázanosti práv a povinností, které mají odstoupením zaniknout.

V kontextu § 564 OZ může být dále též zajímavou otázkou, v jaké formě musí být odstoupení od smlouvy učiněno. V doktríně doposud nepanuje absolutní shoda na tom, zda se uvedené ustanovení vztahuje toliko na právní jednání mající za následek změnu závazku, nebo i na právní jednání mající za následek jeho zánik (byť i jen částečný). Jelikož se však nejedná o otázku vlastní částečnému odstoupení, nýbrž odstoupení od smlouvy jako takovému, není v tomto příspěvku prostor k jejímu řešení. Na tomto místě si proto dovoluji alespoň odkázat na doposud nejednoznačné závěry doktríny. Ve prospěch aplikace § 564 OZ i na právní jednání rušící závazek se vyslovuje např. M. Zuklínová<sup>75</sup>, A. Bányaiová<sup>76</sup>, či F. Melzer<sup>77</sup>, zatímco opačný názor vyslovuje například J. Handlar<sup>78</sup> a proti obecné platnosti závěru se vymezuje též J. Šilhán<sup>79</sup>.

V návaznosti na právě provedené úvahy lze usuzovat, že již popsanými předpoklady se řešená problematika pravděpodobně vyčerpává. Jakákoli další kritéria budou nejspíše jen buďto konkretizací již popsaných předpokladů, anebo pouhým zájmem či parametrem, který je v rámci posouzení toho kterého předpokladu třeba zkoumat či zohledňovat.

#### 4 Aplikovatelnost dovozovaných závěrů na typizované situace

Jednou z úvodu vymezených otázek byla i ta, zda lze v článku dovozované obecné teoretické závěry aplikovat i na jednotlivé typizované situace.

Komentovaný případ posuzovaný Nejvyšším soudem spadá do kategorie případů 3A (srov. v části 3.2 učiněné vymezení). V textu dovozované závěry se na něj plně prosadí (do značné míry tento závěr koresponduje i se závěry citovaného rozhodnutí). Platí tak, že úkon odstoupení musí být dostatečně určitý, odstoupením mohou ve vzájemně ekvivalentním poměru zaniknout jen práva a povinnosti, která jsou vzájemně provázána (tj. cena díla odpovídající jeho příslušné části), vzájemná plnění musí být oddělitelná (tj. část díla, ohledně které bylo částečně odstoupeno, musí být dělitelná). Důvod pro odstoupení v daném případě patrně již byl naplněn (tato otázka již v dané fázi řízení zřejmě byla vyřešena). Stejně tak však musí existovat vztah souvislosti mezi důvodem a rozsahem odstoupení. I toto kritérium je zřejmě v dané věci splněno. Nejvyšším soudem zrekapitulovaný skutkový stav však nenaznačuje, že by byla naplněna první tři kritéria. Pokud by skutečně jakékoli z prvních tří kritérií nebylo v dané věci naplněno, nebude možno považovat učiněné částečné odstoupení za přípustné.

<sup>75</sup> ZUKLÍNOVÁ, M. In: ŠVESTKA a kol., 2020, op. cit., komentář k § 564.

<sup>76</sup> BÁNYAIOVÁ, A. Diskutované otázky zániku závazků v občanském zákoníku. *Advokátní deník* [online]. 23. 7. 2018 [cit. 10. 1. 2021].

<sup>77</sup> MELZER, F. In: MELZER, F., TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek III: § 419–654 a související společná a přechodná ustanovení*. Praha: Leges, 2014, s. 657.

<sup>78</sup> HANDLAR, J. In: LAVICKÝ a kol., op. cit., s. 1807–1815, marg. č. 7.

<sup>79</sup> ŠILHÁN, J. *Právní následky porušení smlouvy v novém občanském zákoníku*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 436.

Po provedené analýze jednotlivých předpokladů přípustnosti částečného odstoupení od smlouvy jsem nicméně dále přesvědčen, že v úvodu formulovaná hypotéza o aplikovatelnosti příslušných závěrů i na další typové případy se rovněž naplnila. Kritéria určitosti, vzájemné podmíněnosti, oddělitelnosti, důvodu pro odstoupení a vztahu souvislosti mezi důvodem a rozsahem odstoupení, tak jak byla vymezena v kapitole 3 (v bodech 3.1–3.5), se tak plně uplatní i na všechny typové případy. Možné jednotlivé odchylky pro různé typové situace byly v rámci analýzy každého konkrétního kritéria uvažovány. Z provedené analýzy se také podává, že otázka následného vypořádání závazku by na posouzení přípustnosti částečného odstoupení v jednotlivých typových případech pravděpodobně neměla mít vliv (jedná se spíše o důsledek odstoupení, nikoli jeho předpoklad). K výraznějším odchylkám v závislosti na typu případu pak dochází pouze v rámci kritéria popsaného pod bodem 3.5, tj. vztahu souvislosti mezi důvodem a rozsahem odstoupení. Zde bylo zdůrazněno, že tento vztah je potřeba interpretovat relativně k tomu, jaký byl důvod pro odstoupení (jaký zájem má chránit). Jinými slovy, i toto kritérium se prosadí na všechny typové případy. Lze tak uzavřít, že v obecné rovině neexistují důvody, pro které by uvedená kritéria neměla platit i na další typové případy.

## Závěr

Na základě výše provedeného výkladu lze shrnout, že částečné odstoupení od smlouvy by podle současné soukromoprávní úpravy mělo být možné i v případech, kdy tato možnost není explicitně předpokládána zákonem či smlouvou. Částečné odstoupení od smlouvy ovšem může být v takových případech přípustné jen za kumulativního splnění v textu rozebraných předpokladů účinnosti.

Požadavky na určitost úkonu odstoupení tak spočívají zejména v potřebě vymezení těch konkrétních práv a povinností, která mají odstoupením od smlouvy zaniknout (viz část 3.1). Současně v synallagmatických vztazích platí, že odstoupením od smlouvy mohou zaniknout pouze ta práva a povinnosti, která jsou ve vztahu vzájemné podmíněnosti (synallagmatu), případně ta (vedlejší) práva a povinnosti, která jsou k nim ve vztahu akcesority. Přitom je třeba respektovat i vzájemnou ekvivalenci práv a povinností, která mají zanikat (blíže viz část 3.2).

Dalším stěžejním předpokladem částečného odstoupení je pak oddělitelnost části závazku (plnění) ohledně které je odstupováno, od celého obsahu závazku (plnění). V tomto směru lze rozlišovat dělitelnost faktickou a právní. Jakkoli se jedná o otázky velmi sporné, faktická dělitelnost („hospodářská samostatnost“ oddělené části) plnění patrně k závěru o připuštění částečného odstoupení nepostačí. Dělitelnost závazku tak bude zřejmě zapotřebí posuzovat nejen s přihlédnutím k faktické dělitelnosti plnění, nýbrž zejména s přihlédnutím k oprávněným zájmům obou stran závazkového vztahu. Fundamentální význam tak v tomto ohledu bude zaujímat vůle jednajících stran, potažmo (dohodnutý) smysl a účel smluvního závazku (resp. vzájemně slíbených plnění). Proto se rovněž příkláním k opatrnému závěru, že nebude ani možné dovozovat dělitelnost závazku oproti (oprávněným)

zájmům dlužníka, neboť by tím docházelo k neodůvodněnému zásahu do principu rovnosti (k dělitelnosti blíže viz část 3.3).

V textu dále dospívám k závěru, že pro posouzení přípustnosti či nepřípustnosti částečného odstoupení od smlouvy nehraje roli, jaký konkrétní důvod pro odstoupení je naplněn [je nerozhodné, zda důvod pro odstoupení od smlouvy vyplývá ze zákona či smlouvy, či zda je reakcí na (hrozící) porušení smlouvy podstatné či nepodstatné, či zda vůbec představuje reakci na porušení]. Jinými slovy, konkrétní povaha důvodu pro odstoupení není určující pro závěr, zda částečné odstoupení je, či není přípustné. Vyplývá-li však důvod odstoupení ze zákona, bylo by pro závěr o nepřípustnosti částečného odstoupení nutné interpretací zákona dovodit, že účel příslušné normy směřoval toliko k totálnímu odstoupení. S přihlédnutím k zásadám, na nichž úprava soukromého práva (a obzvláště závazkového práva) spočívá, se nedomnívám, že by zákonodárce takový účel obvykle sledoval. I v případných pochybnostech o výkladu konkrétní normy bych se proto spíše přikláněl k závěru, že právní úprava částečné odstoupení nezakazuje. Vyplývá-li však důvod odstoupení ze smlouvy, je třeba vždy interpretací právního jednání zjišťovat, jaký byl úmysl stran, neboť tento může směřovat i jen k částečnému, či naopak totálnímu odstoupení. V této části textu rovněž dovozují, že posouzení, zda byl naplněn důvod pro odstoupení, lze omezit i pouze na část závazku. Důvod pro odstoupení tudíž nemusí být naplněn vždy ve vztahu k celému závazku, nýbrž (za předpokladu vzniku práva odstoupit) postačí, když bude naplněn jen k jeho části (blíže viz část 3.4).

Konečně pak musí být dána též věcná souvislost mezi důvodem odstoupení a rozsahem částečného odstoupení. Tento vztah by měl být posuzován relativně v závislosti na konkrétním důvodu pro odstoupení. Svévolná selekce práv a povinností ze závazku, které v důsledku částečného odstoupení zaniknou, je zásadně vyloučena. Obecně tak lze odstoupit jen v rozsahu té části závazku, ohledně které je odstoupení kryto příslušným důvodem pro odstoupení (porušením, hrozícím porušením, či jiným důvodem nezávislým na porušení). Odstupující strana je tak v rozsahu uplatněných účinků částečného odstoupení limitována rozsahem narušení zájmu chráněného důvodem pro odstoupení, který aktivoval její právo odstoupit. Přikláním se dále k závěru, že částečnému odstoupení obecně nebrání, pokud je důvodem pro odstoupení pokryta širší část závazku (nebo i celý závazek), než ohledně které je odstupováno. Za podmínek v článku uvedených jsem dovodil, že oprávněná strana si může zvolit, zda odstoupí od celého závazku nebo jen od jeho části (za předpokladu, že krom práva částečného odstoupení jí vznikne i obecné právo odstoupit od celého závazku). Důvodem (zpravidla smluvně sjednaným) pro odstoupení pak může být i porušení vedlejších povinností ze závazku. I v takovém případě lze podle mého názoru odstoupit od smlouvy i částečně. Účinky takového částečného odstoupení se pak mohou vztahovat i na hlavní (či ostatní) práva a povinnosti ze závazku, přičemž kritérium věcné souvislosti mezi důvodem a rozsahem odstoupení bude v takových případech naplněno tehdy, bude-li s vedlejší povinností příslušná hlavní povinnost (právo) funkčně svázána (blíže viz 3.5).

**Syntézou** výše uvedených závěrů lze tedy shrnout, že úkon odstoupení musí být dostatečně určitý, částečné odstoupení se může týkat jen vzájemně podmíněných práv a povinností

obou stran, zanikající povinnosti (části plnění) musí být oddělitelné od zbytku fakticky i právně (ve shodě s projevenou vůlí stran), dále musí být skutečně naplněn důvod vzniku práva odstoupit a musí být též dána věcná souvislost mezi důvodem a rozsahem částečného odstoupení (tj. zanikajícími právy a povinnostmi). Jedině za těchto podmínek může částečné odstoupení od smlouvy vyvolat zamýšlené účinky.

Z textu lze rovněž dovodit, že právě jmenované závěry (předpoklady částečného odstoupení) se prosadí na vymezený případ posuzovaný Nejvyšším soudem, ale i na jiné typové případy částečného odstoupení, které byly v článku vymezeny.

Pokud pak tyto předpoklady konkrétně aplikujeme na v úvodu vymezený ilustrativní případ, je zřejmé, že závěr o přípustnosti částečného odstoupení v dané věci nemůžeme dovodit, neboť pro takové posouzení absentují odpovídající skutková zjištění.<sup>80</sup> I přesto lze poznamenat, že dosavadní (v příslušném rozhodnutí zrekapitulovaná) skutková zjištění spíše nenasvědčují tomu, že by v dané věci bylo splněno kritérium oddělitelnosti. V pochybnostech se tedy v duchu výše popsaných závěrů bude třeba přiklonit k tomu, že příslušné plnění je nedělitelné. Aby bylo příslušné dílo spočívající ve zhotovení kovové montované haly možné považovat za dělitelné, muselo by v řízení vyjít najevo, jaká část ceny díla připadá na příslušnou část díla spočívající ve zhotovení střechy. Dokázat tuto skutečnost ovšem může být pro žalobkyni značně složité. Lze se proto spíše domnívat, že jakkoli Nejvyšší soud v citovaném rozhodnutí explicitně připustil možnost částečného odstoupení od smlouvy o dílo, v jím posuzované věci se nakonec o přípustné částečné odstoupení patrně jednat nebude.

<sup>80</sup> V podstatě ve stejném duchu pak Nejvyšší soud i rozhodl, když věc z těchto důvodů vrátil odvolacímu soudu k dalšímu řízení.



# Vymezení okruhu trestných činů, jejichž pachatelům by měla být odebírána DNA pro účely budoucí identifikace a stanovení doby uchování profilu DNA v Národní databázi DNA\*

Definition of the Range of Crimes whose Perpetrators should have their DNA taken for the Purpose of their Future Identification and the Determination of the Retention Period of the DNA Profile stored in the National DNA Database

Renáta Boráková\*\*

## Abstrakt

Článek se zabývá vymezením okruhu trestných činů, jejichž pachatelům by měla být odebírána DNA pro účely budoucí identifikace, a stanovením doby uchování profilu DNA v Národní databázi DNA u osob obviněných ze spáchání úmyslného trestného činu nebo u osob, kterým bylo sděleno podezření ze spáchání úmyslného trestného činu, a u osob ve výkonu trestu odnětí svobody za spáchání úmyslného trestného činu s ohledem na poměrně nedávný návrh na zrušení části zákona o Policii ČR, týkající se odběru biologických vzorků. Hlavním cílem je zhodnocení současné právní úpravy, poměrování proti sobě stojících legitimních cílů, návrh de lege ferenda a zhodnocení nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/18.

## Klíčová slova

DNA; profil; vzorek; trestný čin; právo na soukromí; recidiva; Národní databáze DNA.

## Abstract

The article deals with the definition of the range of crimes whose perpetrators should have their DNA taken for the purpose of their future identification and the determination of the retention period of the DNA profile stored in the National DNA Database for persons accused or suspected of committing an intentional crime, and for those serving a prison sentence for committing such a crime in respect of the relatively recent proposal to repeal the part of the Act on the Police of the Czech Republic relating to the collection of biological samples. The main objective is to evaluate the current legislation, weighing the legitimate objectives against each other, proposing the de lege ferenda and evaluating the decision Pl. ÚS 7/18.

## Keywords

DNA; Profile; Sample; Crime; Right To Privacy; Recidivism; National DNA Database.

\* Tato práce byla zpracována v rámci projektu IGA „Interpretace a aplikace Úmluvy o lidských právech a biomedicíně ve vztahu k lidskému genomu“ (IGA\_PF\_2020\_005).

\*\* Renáta Boráková, Právnická fakulta, Univerzita Palackého v Olomouci / Faculty of Law, Palacký University, Olomouc, Czech Republic / E-mail: renata.borakova01@upol.cz

## Úvod

Přirozeností každého spravedlivého člověka je touha, aby každé protiprávní jednání bylo náležitě potrestáno. S tím jde ruku v ruce požadavek efektivního vyšetřování páchané protiprávní činnosti. Efektivitu vyšetřování výrazným způsobem zvýšila identifikace pachatelů pomocí vzorků DNA nalezených na místě činu. Na druhou stranu má každý člověk právo na to, aby nebylo nepřiměřeně zasahováno do jeho práv a aby byla ctěna jeho důstojnost. Tyto dvě strany mince musí veřejná moc zkombinovat takovým způsobem, aby vznikl jeden funkční a spravedlivý celek. Je proto potřeba najít optimální rovnováhu mezi právem pachatele na ochranu soukromí a veřejným zájmem na dodržování veřejného pořádku.

Národní databáze DNA (dále jen „ND DNA“) slouží v České republice již od roku 2002 k usnadnění objasňování trestné činnosti, nicméně je s její existencí spojeno mnoho sporných otázek. Mezi nejčastější patří otázky ohledně možnosti zneužití uchovávaných informací, dále posouzení, jak velký zásah do základních práv a svobod databáze představuje, a také zda je vůbec způsobilá naplnit účel, ke kterému byla zřízena. Legitimní otázkou také nepochybně je, zda je stejně intenzivní zásah do práv osoby ospravedlnitelný u pachatelů všech trestných činů, nebo jen u některých, a dle jakého kritéria by mělo být mezi nimi rozlišováno. Důležitá je také otázka přístupu do ND DNA, uchovávání citlivých osobních informací, rozhodování o jejich likvidaci a stanovení, za jakých podmínek tak má být činěno. V neposlední řadě také to, zda mohou být vzorky DNA využity i k jiným účelům než jen ke stanovení profilu DNA, jako je například sestavení možné podobizny obličeje, určení barvy očí, geografického původu apod. Hlavním důvodem debaty nad těmito tématy je fakt, že tyto podstatné aspekty fungování ND DNA, ačkoliv jsou způsobilé závažným způsobem zasáhnout do lidských práv, nejsou přesně definovány žádným zákonem. Z tohoto důvodu je právní úprava fungování ND DNA považována za nedostatečnou.

Nedávno o ustanoveních představující právní základ ND DNA rozhodoval Ústavní soud (dále jen „ÚS“), na základě návrhu Městského soudu v Praze, na zrušení ustanovení § 65 odst. 1 ve slovech „a odebrat biologické vzorky umožňující získání informací o genetickém vybavení“ (dále jen „první část návrhu“) a § 65 odst. 5 (dále jen „druhá část návrhu“) zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o PČR“). O návrhu z roku 2018 bylo rozhodnuto nálezem ze dne 22. 3. 2022, sp. zn. Pl. ÚS 7/18, který byl vyhlášen dne 6. 4. 2022 (dále jen „Nálež“), a na který odborná veřejnost vzhledem k datu podání již netrpělivě čekala. V tomto příspěvku se věnuji jednak několika výše uvedeným podstatným aspektům fungování ND DNA, ale v závěru také zmíněnému Nálezu.

## 1 Národní databáze DNA

Úvodem lze uvést, že je nutné odlišovat vzorek DNA a profil DNA. Vzorek DNA je vzorkem biologického materiálu, který slouží ke stanovení profilu DNA.<sup>1</sup> Mezi nejčastěji

<sup>1</sup> VOBOŘIL, J., FERFECKI, V. DNA v policejní praxi. Analýza právní úpravy a praxe využívání DNA v sektoru policie. *Iuridicum Remedium* [online]. 2014 [cit. 20. 2. 2021]. Dostupné z: [https://www.slidilove.cz/sites/default/files/iure\\_DNA-studie\\_11-2014\\_cc.pdf](https://www.slidilove.cz/sites/default/files/iure_DNA-studie_11-2014_cc.pdf)

analyzované biologické stopy patří stopy krve, ejakulátu, slin, útržků tkání, odloupených buněk pokožky a úlomků kostí.<sup>2</sup> Musíme si uvědomit, že z těchto vzorků DNA lze o člověku získat mnohem více informací než z profilu DNA. Současná právní úprava ale vzorek a profil nijak nerozlišuje, což znamená, že ani nedochází k diferenciaci této odlišné míry zásahu do soukromí pachatelů. Profily DNA jsou uchovávány ve formě alfanumerického kódu, který je tvořen unikátní řadou písmen a čísel, ze kterých lze vyčíst podle PČR pouze pohlaví. To již ale není zcela pravda, jelikož odborníci zabývající se identifikační genetikou připouštějí, že z profilu DNA lze získat minimálně také informace o geografickém původu člověka.<sup>3</sup> Ze vzorku DNA lze určit s velkou přesností barvu očí, vlasů, původ, barvu kůže, nebo dokonce i morfologii obličeje pachatele<sup>4</sup>, ale i příslušnost ke geograficky vymezené populaci,<sup>5</sup> či dokonce predispozici k předčasnému plešatění.<sup>6</sup> Dle vlády je možné vyhledání příbuzných osob nositele zajištěné DNA či zjištění pravděpodobného rasového původu. Takový postup PČR dle vlády ale nevyužívá a k zjišťování dalších údajů o nositeli zkoumané DNA nemá technologii.<sup>7</sup> To se ale může časem změnit, a proto považují za vhodné, aby bylo v zákoně vymezeno, že žádné jiné údaje o osobě nesmějí být ze vzorku získávány, a jeho uchování omezit pouze pro účely provedení kontrolní analýzy v případě pochybností o bezvadnosti analýzy původní. I toto je však problematické, jelikož u uchování vzorku narážíme na problém degradace DNA, tj. situaci, kdy fyzikální či chemické vlivy (vlhkost, UV záření, vysoká teplota apod.) působící na DNA v kriminalistických stopách zapříčínují rozpad řetězce DNA. Tento fakt může kontrolní analýzu ztížit či znemožnit, jelikož je v některých případech, zejména u směsných stop (stopa, ve které je obsažena DNA více osob) vysoká pravděpodobnost, že výsledek nového zkoumání stopy přinese odlišné výsledky, které ale nemusí nutně znamenat předchozí pochybení.<sup>8</sup>

V ČR jsou v ND DNA uchovávány DNA profily obviněných a odsouzených osob, dále DNA profily neztotožněných osob, jejichž stopy DNA byly zajištěny na místě činu dosud neobjasněných trestných činů, a v neposlední řadě také DNA profily neznámých mrtvol. Naopak zde, dle vyjádření PČR, nejsou uchovávány profily osob podezřelých či poškozených. Po zproštění obvinění mají být DNA profily, na žádost orgánů činných v trestním řízení, Kriminalistickým ústavem v Praze, který je správcem ND DNA, likvidovány.<sup>9</sup>

Systém likvidace je ale dlouhodobě nefunkční. To ukázala např. i kontrola Úřadu pro ochranu osobních údajů (dále jen „ÚOOÚ“), při níž bylo přezkoumáno 20 náhodných profilů DNA.

<sup>2</sup> SUCHÁNEK, J. In: SUCHÁNEK, J. a kol. *Vybrané aktuální kriminalistické možnosti identifikace osob a věcí*. Praha: Policejní akademie České republiky v Praze, 2019, s. 12.

<sup>3</sup> KOŽINA, J. *Identifikační genetik v právní praxi*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 21.

<sup>4</sup> LÍZAL, P. Z DNA se dá poměrně přesně vyčíst i podoba člověka: V USA se nová metoda používá při hledání pachatelů vražd. Zatím s velkým úspěchem. In: *Magazín M* [online]. 5. 2. 2017 [cit. 22. 2. 2021]. Dostupné z: <https://www.em.muni.cz/vite/8791-z-dna-se-da-vycist-i-podoba-pachatele>

<sup>5</sup> LÍZAL, P. *DNA jako občanský průkaz*. Brno: Masarykova univerzita, 2019, s. 46.

<sup>6</sup> Ibid., s. 103.

<sup>7</sup> Nález ÚS ze dne 22. 3. 2022, sp. zn. Pl. ÚS 7/18, bod 28.

<sup>8</sup> KOŽINA, J. *Identifikační genetik v právní praxi*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 26.

<sup>9</sup> SCHIMMER, D. Národní databáze DNA. *Policie ČR* [online]. 17. 5. 2019 [cit. 25. 1. 2021]. Dostupné z: <https://www.policie.cz/clanek/zverejnene-informace-2019-narodni-databaze-dna.aspx>



U 5 z nich bylo zjištěno, že vůbec neměly být v ND DNA uchovávány. Jednalo se o profily osob zproštěných obžaloby, osoby obviněného po zastavení trestního stíhání, a dokonce o profil svědka.<sup>10</sup>

Pro představu, ke dni 20. 5. 2018 bylo v ND DNA celkem 245 392 profilů DNA. Za rok 2016 přibýlo 25 923 profilů DNA a za rok 2017 přibýlo 25 185 profilů.<sup>11</sup>

Ohledně efektivity ND DNA panují spory. Faktem je, že neexistuje žádná statistika objasněnosti trestných činů dle užitých kriminalistických metod, tudíž nelze vyloučit, že by činy, objasněné pomocí analýzy DNA, byly také objasněny za využití jiných kriminalistických metod. Dalším argumentem může být i to, že vyčíslení pravděpodobnosti spáchání trestného činu osobou, jejíž profil je zaveden v ND DNA, při kterém zanechá biologické stopy, které se podaří zajistit a vyhodnotit, je obtížné, či dokonce nemožné. V neposlední řadě je nutno zmínit i fakt, že celková dynamika vývoje kriminality je určována velkým počtem faktorů (mj. i populačními a sociálně-ekonomickými), takže izolovat vliv ND DNA je náročné, ne-li nemožné.<sup>12</sup>

Nesmíme také zapomínat na to, že i když se pomocí DNA analýzy najde osoba, které DNA z místa činu patří, tak se nutně ještě nemusí jednat o pachatele trestného činu. Vzorek DNA nevinné osoby mohl být na místo činu vnesen omylem<sup>13</sup> např. na podrážce boty, nebo mohl být dokonce podstrčen, a proto by se výsledky analýzy DNA měly vždy podrobit kritickému zhodnocení ve vztahu k ostatním důkazům.

Na druhou stranu jí nelze odepřít nezastupitelný přínos, jelikož se jedná o jeden z nejúčinnějších nástrojů k usvědčení pachatelů trestných činů, ale také je to stejně silný nástroj k prokázání nevinu. Nebýt ND DNA, jsou nevinné osoby často mnohem déle vyšetřovány se všemi souvisejícími negativními důsledky, než se prokáže jejich nevina pomocí jiných důkazů. Nelze ale připustit její bezbřehé použití, které nelze legitimně ospravedlnit. Pokud bychom každému člověku implantovali pod kůži čip, nemuseli bychom se žádnou analýzou DNA ani zabývat. I když by byl tento nástroj velice efektivní a maximálně by sloužil veřejnému zájmu na odhalování trestné činnosti, nelze ho z důvodu jeho nepřiměřeného zásahu do jiných základních lidských práv využít.

V roce 2011 byl v zahraničí proveden experiment,<sup>14</sup> kdy po odsouzení muže za znásilnění prověřovali důkaz, na základě něhož byl dotyčný odsouzen. Poslali směsku semene více mužů 17 laboratořím, které o případu nic nevěděly. Jen jedna z nich vyslovila stejný závěr z trestního řízení, a to, že „nelze danou osobu vyloučit“. Ostatní laboratoře vyslovily závěr jiný. Podle autorů spočíval problém v tom, že velmi malý vzorek DNA je často kontaminován či poškozen. Při analyzování malého vzorku se DNA „nakopíruje“, aby byl vzorek

<sup>10</sup> Výroční zpráva Úřadu pro ochranu osobních údajů za rok 2012. *Úřad pro ochranu osobních údajů* [online]. 2013 [cit. 5. 3. 2021]. ISBN 978-80-210-6179-8. Dostupné z: [https://www.uoou.cz/files/vz\\_2012.pdf](https://www.uoou.cz/files/vz_2012.pdf)

<sup>11</sup> VOKUŠ, J. Národní databáze DNA. *Policie ČR* [online]. 31. 5. 2018 [cit. 23. 2. 2021]. Dostupné z: <https://www.policie.cz/clanek/narodni-databaze-dna.aspx>

<sup>12</sup> KOŽINA, J. *Identifikační genetika v právní praxi*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 46.

<sup>13</sup> SMITH, N. M. a kol. A Systemic Analysis of Misleading Evidence in Unsafe Rulings in England and Wales. In: *Science & Justice* [online]. 2017 [cit. 17. 2. 2021]. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2017.09.005>

<sup>14</sup> DROR, I. E., HAMPOKIAN, G. Subjectivity and bias in forensic DNA mixture interpretation. *Sci Justice*. 2011, roč. 51, č. 54, s. 204–208. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2011.08.004>

dostatečně velký pro potřebu analýzy. Tímto způsobem sice zaručíme vědeckou platnost, resp. správnost, ale zcela pomineme kontext, tedy to, že ve skutečnosti se na místě činu nacházel jen malý vzorek DNA, který tam už jen s ohledem na samotnou velikost vzorku nemusel zanechat pachatel, ale mohl tam být jím nebo někým jiným pouze zanesen.<sup>15</sup>

Falešně negativní výsledek může vzniknout užitím nesprávného nebo méně vhodného laboratorního postupu. I když je ve všech forenzních laboratořích užíváno stejných postupů a velmi často i stejných přístrojů a chemikálií, existují rozdíly v dosahovaných výsledcích jak mezi jednotlivými laboratořemi, tak i mezi jednotlivými znalci stejného pracoviště. To je způsobeno rozdílností vlastních detekčních limitů každé laboratoře, což má za následek různou interpretaci výsledků, kdy toto ale není obecně považováno za chybu. Dále můžeme hledat příčinu rozdílných výsledků také v působení různých vlivů na biologický materiál, jako je například teplota či UV záření. Ke zpochybnění pozitivního výsledku z pohledu metody samotné nicméně ještě nikdy nedošlo.<sup>16</sup> Musíme se však mít na pozoru také z důvodu možnosti vzniku falešně negativního výsledku. V praxi není často s touto možností počítáno, a tak dochází k vyrazení osoby z okruhu podezřelých. V takovém případě pak analýza DNA zapříčiní více škody než užítku. Proto by se na tuto skutečnost mělo při vyšetřování každého trestného činu pamatovat.

Co se týče formální stránky, největším problémem je, že samotné fungování ND DNA neupravuje žádný zákon, ale toliko Pokyn policejního prezidenta č. 275/2016, o identifikačních úkonech (dále jen „Pokyn“), z čehož vyplývá, že zákonodárce *de facto* přenesl stanovení kritérií přiměřenosti zásahu do integrity a soukromí člověka na vnitřní předpisy PČR, případně na jednotlivého policistu. To ovšem nenaplnuje požadavky Listiny základních práv a svobod<sup>17</sup> (dále jen „LZPS“). Dle čl. 4 odst. 2 LZPS musí být zásah do základního práva (právo na ochranu na soukromí) dovolen zákonem. Hranice omezení základního práva by měly být tedy seznatelné již ze samotné právní úpravy<sup>18</sup> na úrovni zákona, k čemuž ale nedochází. Určitá omezení sice můžeme najít ve veřejně nepřístupném Pokynu, to ale není dostatečné, jelikož se nejedná o zákon (pramen práva) ve formálním smyslu, ani ve smyslu materiálním, protože dle právní teorie i Evropského soudu pro lidská práva<sup>19</sup> (dále jen „ESLP“), musí právo (zákon) splňovat kvalitativní požadavky dostupnosti, předvídatelnosti<sup>20</sup> a přesnosti, aby mu člověk mohl přizpůsobit své budoucí chování, což neveřejné interní instrukce nesplňují.<sup>21</sup> Účelem výhrady zákona je to, aby bylo výkonné moci znemožněno realizovat vlastní představy

<sup>15</sup> ZÁVORA, J. Příčiny obtížné přezkoumatelnosti znaleckých posudků. *Acta Iuridica Olomucensia*. 2017, roč. 12, č. 1, s. 132.

<sup>16</sup> HRADIL, R. In: PORADA, V. a kol. *Kriminalistika. Technické, forenzní a kybernetické aspekty*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2019, s. 697.

<sup>17</sup> Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>18</sup> WAGNEROVÁ, E. In: WAGNEROVÁ, E. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012, s. 287.

<sup>19</sup> Rozsudek ESLP ze dne 4. 5. 2000, *Rotaru proti Rumunsku*, č. 2831/95.

<sup>20</sup> HEJČ, D. In: HUSSEINI, F. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. 1. vyd. 1. aktualizace. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 189.

<sup>21</sup> Rozsudek ESLP ze dne 25. 3. 1983, *Silver a další proti Spojenému království*, č. 5947/72.

o tom, jak a v jaké míře lze omezit základní práva a svobody.<sup>22</sup> Tento názor přebírá i ÚS, který judikuje, že „zákon, který stanoví meze základních práv a svobod natolik obecně či vágně, že určení jejich obsahu fakticky přenechá práci státních orgánů či jiných subjektů, je v rozporu s výhradou zákona podle čl. 4 odst. 2“.<sup>23</sup> Z důvodu vágní úpravy v zákoně o PČR lze zde dojít ke stejnému závěru. Také Nejvyšší správní soud judikoval, že provádění identifikačních úkonů jen na základě interního pokynu, je považováno za nezákonný zásah, neboť PČR jde v takovém případě nad rámec (mimo meze) pravomoci, která jí byla, jako správnímu orgánu, zákonem svěřena.<sup>24</sup>

Co se týče využitelnosti získaných údajů, v současné zákonné úpravě není nijak stanoveno, co všechno lze z odebraného vzorku využít, a proto získání jakékoliv informace by nebylo v rozporu se zákonem. Tento nedostatek právní úpravy nemůže zhojit ani to, že „technicko-organizační opatření přijatá k zabezpečení před zneužitím jsou na maximální možné úrovni“,<sup>25</sup> jak tvrdí vláda, jelikož to nic nemění na tom, že meze základních lidských práv nejsou upraveny zákonem, tj. pokud by přece jen k takovému zneužití došlo, je otázkou, zda by se podařilo dovést trestní odpovědnost, nebo zda by bylo k takovému jednání soudy, při „správně“ zvoleném výkladu, přístupováno jako k jednání v mezích zákona.

Na úvod by bylo ještě vhodné podotknout, že musíme rozlišovat odběr biologického materiálu pachateli za účelem budoucí identifikace, tj. pro případ spáchání dalšího trestného činu v budoucnu (§ 65 zákona o PČR), a odběr biologického materiálu konkrétnímu podezřelému za účelem prokázání přítomnosti podezřelého na místě činu, tj. porovnání profilu DNA (§ 114 odst. 2 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, dále jen „trestní řád“). I u právní úpravy později jmenovaného postupu lze nalézt mnoho sporného. Jednak je to již zmíněná nedostatečná úprava ND DNA co do možnosti jejího využívání, tak i skutečnost, že v zákoně není vymezeno, u jakých trestných činů lze takto DNA odebrat. Z logiky věci se musí jednat jen o trestné činy, u kterých je analýza DNA relevantní, tzn. pachatele trestných činů, při kterých je DNA na místě činu zanechávána, jelikož v opačném případě není ND DNA způsobila usnadnit objasnění trestného činu. Pokud bychom se na danou problematiku podívali z pohledu kriminalistiky a jednotlivých metodik vyšetřování, zjistili bychom, že biologické stopy jsou zařazeny mezi typické stopy u vražd<sup>26</sup>, loupeží<sup>27</sup>, sexuálních trestných činů<sup>28</sup>, resp. obecně u trestných činů proti životu<sup>29</sup>. Dále se mohou vyskytovat u krádeží vloupáním. Co se týče ostatních typů krádeže, převažují spíše kamerové záznamy či stopy v paměti svědků.<sup>30</sup> Co se týče krádeží motorových vozidel, biologické

<sup>22</sup> WAGNEROVÁ, E. In: WAGNEROVÁ, E. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012, s. 128.

<sup>23</sup> Nález ÚS ze dne 30. 5. 2017, sp. zn. Pl. ÚS 3/15, bod 105.

<sup>24</sup> Rozsudek NSS ze dne 19. 4. 2018, sp. zn. 3 As 335/2017, bod 24.

<sup>25</sup> *Ibid.*, bod 30.

<sup>26</sup> KONRÁD, Z. In: MUSIL, J. a kol. *Kriminalistika*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 424–425.

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 441.

<sup>28</sup> *Ibid.*, s. 465–466.

<sup>29</sup> PORADA, V. In: PORADA, V. a kol. *Kriminalistika. Technické, forenzní a kybernetické aspekty*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2019, s. 1015.

<sup>30</sup> PORADA, V. In: KONRÁD, Z. a kol. *Kriminalistika: Kriminalistická taktika a metodiky vyšetřování*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2021, s. 170.

vzorky se nacházejí převážně ve vozidle, které bylo odcizeno.<sup>31</sup> Naopak např. u hospodářské kriminality, kybernetické kriminality, podvodů, korupčního jednání, domácího násilí, ekologické kriminality, finanční kriminality, trestných činů proti duševnímu vlastnictví, trestného činu legalizace výnosů z trestné činnosti a při vyšetřování požárů, výbuchů a havárií nelze o biologických stopách jako typických stopách vůbec hovořit. Proto není legitimní odebrat biologický materiál k odhalení pachatele, pokud se jedná např. o trestný čin úvěrového podvodu (§ 211), podplácení (§ 332), nepřímé úplatkářství (§ 333), zvýhodnění věřitele (§ 223), pletich v insolvenčním řízení (§ 226), způsobení úpadku (§ 224), soulože mezi příbuznými (§ 188), maření výkonu úředního rozhodnutí (§ 337), porušení chráněných průmyslových práv (§ 259), zkrácení daně (§ 240), úmyslného zanedbání povinné výživy (§ 196 odst. 2), dvojího manželství (§ 194), manipulace s kurzem investičních nástrojů (§ 250), poškození geodetického bodu (§ 278) atd. Odběr DNA při spáchání těchto a podobných trestných činů by byl bezúčelný, a tudíž neoprávněný.

Vzhledem k tomu, že v praxi je často formálně postupováno dle § 114 trestního řádu, i když by mělo být postupováno dle § 65 zákona o PČR, lze tento příspěvek vztáhnout do určité míry k oběma ustanovením, minimálně co do kvality právní úpravy omezující základní práva.

Otázkou také je, do jaké míry je možnost k donucení podstoupení odběru bukalního stěru v rozporu se zásadou zákazu sebeobviňování. Když se podíváme na vývoj judikatury k této problematice, zjistíme, že ani ÚS v tom neměl úplně jasno. Nejprve v roce 2006 došel I. senát ÚS k závěru, že donucení k opatření důkazu pachové stopy je v rozporu se zásadou zákazu sebeobviňování.<sup>32</sup> V roce 2007 došel III. senát ÚS ke stejnému závěru v případě donucení k sejmutí pachové stopy, provedení bukalního stěru či odběru vzorku vlasů.<sup>33</sup> Nakonec v roce 2010 dospělo plénum ÚS ke stanovisku, že na úkony dle § 114 trestního řádu, „*spočívající v sejmutí pachové stopy, odebrání vzorku vlasů a bukalního stěru, jejichž cílem je získání objektivně existujících důkazů pro forenzní vyšetření a které nevyžadují aktivní jednání obviněného či podezřelého, ale toliko strpění jejich provedení, nelze považovat jako na úkony, jimiž by byl obviněný či podezřelý donucován ke ústavně nepřijatelnému sebeobviňování.*“<sup>34</sup> Pokud se jedná o sejmutí pachové stopy a odběr vlasů, lze souhlasit s tím, že se jedná o pouhé strpění takového úkonu, jelikož osoba nemusí nic aktivně konat. Pokud se ale jedná o provedení bukalního stěru, daná osoba již musí aktivně otevřít ústa a po dobu odběru je neuzavřít. Pokud by se jednalo o odběr epitelových buněk stěrem z kůže, nebylo by asi možné ničeho namítat. Co se ale týče odběru DNA z otevřených úst, zde je již podřazení pod pouhé strpění sporné.

## 2 Právní úprava nakládání s DNA

Na ústavní úrovni je potřeba zmínit hlavně články týkající se výkonu státní moci a ochrany základních lidských práv a svobod, a to zejména čl. 2 odst. 3 Ústavy<sup>35</sup>, který stanoví, že „*státní*

<sup>31</sup> VÁVRA, J. In: NĚMEC, M. a kol. *Teorie a metodologie kriminalistiky*. Praha: ABOOK, 2019, s 128–130.

<sup>32</sup> Nález ÚS ze dne 22. 2. 2006, sp. zn. I. ÚS 671/05.

<sup>33</sup> Nález ÚS ze dne 23. 5. 2007, sp. zn. III. ÚS 655/06.

<sup>34</sup> Stanovisko ÚS ze dne 30. 11. 2010, sp. zn. Pl. ÚS-st. 30/10.

<sup>35</sup> Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

*moc lze uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon“*; a čl. 2 odst. 4 Ústavy, který stanoví, že „každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“ Dále je nutno zmínit i LZPS<sup>36</sup> a právo na ochranu soukromí, zejména čl. 7 odst. 1, ve kterém je zakotvena záruka nedotknutelnosti osoby, která představuje garanci práva na zachování tělesné a duševní integrity. Toto právo v sobě neoddělitelně obsahuje zákaz nedobrovolných zásahů do těla člověka a jeho vědomí (tento zákaz může být proložen pouze zákonem) a čl. 7 odst. 2, ve kterém je stanoven zákaz mučení a krutého, nelidského nebo ponižujícího zacházení. V souvislosti s vedením ND DNA je nutno zmínit čl. 10 odst. 2, který zaručuje ochranu soukromého a rodinného života a čl. 10 odst. 3, který stanovuje právo každého „na ochranu před neoprávněným sbíráním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě“ (právo na informační sebeurčení).

Na mezinárodní úrovni jsou relevantní ty mezinárodní smlouvy, které byly do právního řádu ČR začleněny na základě čl. 10 Ústavy a které se věnují ochraně lidských práv a svobod, jako je např. Evropská úmluva<sup>37</sup> včetně jejích protokolů. Zde je třeba zmínit čl. 5, dle kterého má každý právo na svobodu a osobní bezpečnost, dále čl. 6, který zakotvuje právo na spravedlivý proces, čl. 7, který cílí na řízení trestní, a v neposlední řadě také čl. 8, který stanovuje právo na respektování rodinného a soukromého života. Mezinárodní pakt o občanských a politických právech ve čl. 14 stanovuje minimální práva obviněných a v čl. 17 upravuje právo na zákonnou ochranu proti svévolnému zasahování do soukromého života. Dále lze jmenovat například Úmluvu o lidských právech a biomedicíně<sup>38</sup>, která vznikla jako reakce na vědecký pokrok v oblasti zkoumání lidského genomu a na související rozvoj medicíny, léčebných a diagnostických postupů.

V kontextu dané problematiky nelze opomenout ani legislativu Evropské unie (dále jen „EU“). Lze zmínit například Listinu základních práv Evropské unie<sup>39</sup>, které je přiznána stejná právní síla jako Smlouvám. Jedná se především o čl. 4 (zákaz mučení a nelidského či ponižujícího zacházení anebo trestu) a čl. 8 (právo na ochranu osobních údajů, které musí být zpracovány korektně, k přesně stanoveným účelům a na základě souhlasu dotčené osoby nebo na základě jiného oprávněného důvodu stanoveného zákonem). V souvislosti se zpracováním osobních údajů je nutné zmínit Směrnici Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/680<sup>40</sup> (dále jen „Směrnice“), která je součástí balíčku opatření EU pro reformu ochrany údajů. Vlastní normativní části Směrnice předcházejí obecná ustanovení (recitál). Recitál 33

<sup>36</sup> Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>37</sup> Sdělení č. 209/1992 Sb., Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Protokolů na tuto Úmluvu navazujících.

<sup>38</sup> Sdělení č. 96/2001 Sb. m. s., Ministerstva zahraničních věcí o přijetí Úmluvy na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně.

<sup>39</sup> Listina základních práv evropské unie: 2012/C 326/02 [online]. [cit. 19. 2. 2021]. Dostupné z: [http://www.euroskop.cz/gallery/6/2090-charta\\_zakladnich\\_prav\\_1.pdf](http://www.euroskop.cz/gallery/6/2090-charta_zakladnich_prav_1.pdf)

<sup>40</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/680 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů příslušnými orgány za účelem prevence, vyšetřování, odhalování či stíhání trestných činů nebo výkonu trestů, o volném pohybu těchto údajů a o zrušení rámcového rozhodnutí Rady 2008/799/SVV.

se vyjadřuje ke kvalitě právního předpisu, jímž má být Směrnice v jednotlivých státech provedena. Zde je zdůrazněno, že právní norma nemusí mít povahu legislativního aktu přijatého zákonodárným sborem, ale také je zde uvedeno, že taková norma musí splňovat požadavky na jasnost a přesnost legislativních opatření, ale také předvídatelnost pro osoby, na něž se vztahují. Z toho vyplývá, že interní akt policejního prezidenta, který není veřejně přístupný, není pro adresáty předvídatelný, a proto požadavkům Směrnice nevyhovuje.<sup>41</sup> V této Směrnici jsou podstatné zejména čl. 4, čl. 5 a čl. 10, ze kterých lze dovodit, že genetické údaje (DNA) jsou zvláštní kategorií osobních údajů, jejichž zpracování je možné pouze za přesně stanovených kumulativních podmínek, kterými jsou: nezbytnost zpracování, existence vhodných záruk práv a svobod subjektu údajů a současně jedna ze tří alternativních podmínek: (i) povolení právem EU či členského státu, (ii) ochrana životně důležitých zájmů subjektu údajů či jiné fyzické osoby, nebo (iii) zveřejnění samotným subjektem údajů.

Na vnitrostátní zákonné úrovni je ND DNA upravena zákonem o PČR, kde její právní základ tvoří § 65. Právní úpravu ochrany osobních údajů stanovuje na národní úrovni zákon o zpracování osobních údajů<sup>42</sup>, který reaguje na legislativu EU jako je např. Směrnice.

### 3 Test proporcionality

Pro posouzení, zda je současná právní úprava dostačující, je nezbytné zvážit, zda existuje zákonný základ omezení, který je ospravedlněn legitimním cílem, a provést test proporcionality (formulován ÚS<sup>43</sup>), jelikož zde proti sobě stojí na straně jedné právo na ochranu soukromí pachatele a na straně druhé právo každého na zajištění osobní bezpečnosti, resp. veřejný zájem na zajištění veřejného pořádku. Sekundárně stojí proti právu na ochranu soukromí pachatele také jednotlivá práva, do nichž by mohlo být trestnou činností pachatele zasaženo, jako např. právo na život, právo na osobní svobodu či majetková práva.

V tomto příspěvku se budu dále zabývat legitimnějším vymezením okruhu trestných činů pro účely budoucí identifikace a stanovení doby uchování profilu DNA v ND DNA u osob obviněných ze spáchání úmyslného trestného činu nebo u osob, kterým bylo sděleno podezření ze spáchání úmyslného trestného činu a u osob ve výkonu trestu odnětí svobody za spáchání úmyslného trestného činu, což bude v rámci testu proporcionality zohledněno.

Test proporcionality se skládá z kroku vhodnosti, potřebnosti a přiměřenosti v užším smyslu. U vhodnosti se zkoumá, zda daný prostředek (ND DNA) je vůbec způsobilý dosáhnout legitimního cíle, kterým je usnadnění objasňování trestné činnosti. U potřebnosti se zkoumá, zda neexistuje efektivnější prostředek, či prostředek stejně efektivní, ale šetrnější k právu stojícímu proti legitimnímu cíli. U přiměřenosti v užším smyslu se přistupuje k samotnému vyvažování proti sobě stojících práv.

<sup>41</sup> KOŽINA, J. *Identifikační genetika v právní praxi*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 66.

<sup>42</sup> Zákon č. 110/2019 Sb., o zpracování osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>43</sup> Nález ÚS ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

### 3.1 Zákonný základ omezení

Za obecný právní základ zřízení ND DNA se považuje § 65 zákona o PČR. Pro účely tohoto příspěvku jsou relevantní tyto části:

„(1) Policie může při plnění svých úkolů pro účely budoucí identifikace u

**a) osoby obviněné ze spáchání úmyslného trestného činu nebo osoby, které bylo sděleno podezření pro spáchání takového trestného činu,**

**b) osoby ve výkonu trestu odnětí svobody za spáchání úmyslného trestného činu,**

[...]

snímat daktyloskopické otisky, zjišťovat tělesné znaky, provádět měření těla, pořizovat obrazové, zvukové a obdobné záznamy a **odebírat biologické vzorky umožňující získání informací o genetickém vybavení.**

(5) Policie osobní údaje získané podle odstavce 1 zlikviduje, **jakmile jejich zpracovávání není nezbytné pro účely předcházení, vyhledávání nebo odhalování trestné činnosti anebo stíhání trestných činů nebo zajišťování bezpečnosti České republiky, veřejného pořádku nebo vnitřní bezpečnosti.**<sup>44</sup>

### 3.2 Legitimní cíl

Z § 65 odst. 5 zákona o PČR, lze dovodit, že smyslem ND DNA je předcházení trestné činnosti a usnadnění jejího objasňování. Je ovšem otázkou, zda je ND DNA vůbec způsobilá k naplnění takto vymezeného cíle. Uvědomí si vůbec osoba, která přemýšlí nad spácháním trestného činu, že je její profil DNA již v ND DNA zaveden, a bude to ten důvod pro to, aby od páchaní trestného činu upustila? Tento závěr nemůžeme samozřejmě vyloučit, je možné, že jistý preventivní účinek mít může, ale rozhodně nemůžeme tvrdit, že toto hledisko většina budoucích pachatelů zvažuje, jinak by byla podstatně menší míra recidivy. Dle mého názoru musí být téměř každý psychicky zdravý pachatel přesvědčen, že nebude dopaden, jelikož má vymyšlený „dokonalý zločin“, při kterém nezanechá jedinou stopu, protože v opačném případě by to totiž znamenalo, že by si dobrovolně vybral být odsouzen a nějakým způsobem potrestán.

Navíc je nutné zdůraznit, že nelze apriori předpokládat, že odběr vzorku DNA po spáchání jednoho trestného činu může kvalitně přispět k objasnění dalšího trestného činu v budoucnu, neboť nemůžeme vycházet z toho, že každý, kdo již spáchal trestný čin, spáchá v budoucnu další, a že bude odhalen pomocí analýzy DNA. Na okraj lze poznamenat, že pokud bychom se bavili o způsobu, jak předcházet trestné činnosti, měl by se dle mého názoru klást větší důraz na motivy trestných činů jednotlivých pachatelů, efektivnější vedení pachatelů k řádnému životu či poskytování terapeutické péče.

Pro ilustraci můžeme uvést empirické poznatky z kriminologického výzkumu sexuálního násilí v České republice, jehož výsledek byl zveřejněn v roce 2017. „U *neceých dvou pětín případů (308 deliktů) znásilnění bylo možno vysledovat na straně pachatele činnosti, které vypovídaly o snaze minimalizovat možnosti jeho následného dopadení. [...] Do jaké míry je ale v pozadí takového jednání,*

<sup>44</sup> Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

*kdy pachatel např. použije kondom nebo požaduje, aby se na něj oběť při souloži nedívala, snaha o utajení identity a zamezení vzniku stop, a nakolik jde o projev s jinou motivací (např. pachatel použije kondom z důvodu, že se bojí pohlavně přenosných chorob nebo je pro něj oční kontakt s obětí ‚inhibičním‘ prvkem v jeho sexualitě), je těžké pouze z popisu jednání ve znaleckém posudku či rozsudku rozpoznat.“<sup>45</sup>*

Jak můžeme z výsledků výzkumu vyčíst, jen necelé dvě pětiny pachatelů se snažily minimalizovat možnosti jejich následného dopadení. Dokonce se může jednat i o menší procentní zastoupení s ohledem na pochybnosti uvedené v citaci. To svědčí o tom, že vědomost budoucího pachatele o uchovávání jeho DNA profilu není velkou překážkou v opětném páčání trestného činu. K podobným závěrům lze určitě dojít i u trestné činnosti, která je páčána např. kvůli špatným majetkovým poměrům, z biologického či psychologického důvodu, jako jsou různé poruchy osobnosti apod., protože tito pachatelé jsou buď ve finanční nouzi, nebo jsou hnáni pudy, které nedokážou ovládat. Proto se domnívám, že účel, ke kterému ND DNA slouží, by měl být omezen na usnadnění objasňování trestné činnosti. Usnadnění objasňování trestné činnosti je způsobilé zvýšit osobní bezpečnost jednotlivců, jelikož bude zefektivněno pátrání po pachatelích trestných činů, kdy logickým následkem by měla být vyšší objasňenost trestné činnosti. Tento cíl lze nepochybně označit za legitimní, jelikož sleduje zajištění bezpečnosti ve společnosti a ochranu sekundárně zasažených práv, a proto jím lze ospravedlnit zásah do práva na soukromí pachatele.

### 3.3 Kritérium vhodnosti

Při zkoumání vhodnosti musíme posoudit, zda lze využitím ND DNA dosáhnout usnadnění objasňování trestné činnosti. Pokud bychom odebírali vzorky (a po neomezenou dobu uchovávali profily) DNA osobám pod písm. a) a b) v § 65 odst. 1, bez pochyb bychom dosáhli větší objasňenosti trestné činnosti, než kdyby takového postupu užito nebylo, jelikož množství profilů DNA zavedených v ND DNA po neomezenou dobu úměrně roste s množstvím spáchaných trestných činů. Čím více profilů DNA bude v ND DNA zavedeno, tím větší je pravděpodobnost odhalení při opakující se trestné činnosti.

### 3.4 Kritérium potřeby

Lze konstatovat, že efektivnější prostředek k usnadnění objasňování trestné činnosti neexistuje. Otázkou ovšem je, zda neexistuje alternativní prostředek, který by naplňoval legitimní cíl ve stejné nebo alespoň podobné míře, ale byl by šetrnější k právu na soukromí člověka.

Jako o možné alternativě by šlo uvažovat o daktyloskopických stopách a příslušné databázi. Při srovnání, odběru a uchování DNA se sejmutím a uchováním otisků prstů, se v případě DNA nepochybně jedná o citelnější zásah, jelikož z otisků prstů nelze získat takové informace jako z DNA (informace o zdravotním stavu člověka apod.). Otisky prstů mohou často posloužit stejně věrně jako DNA analýza, ale pouze za předpokladu, že se budou na místě činu nacházet oba druhy stop, což také u některého druhu trestné činnosti bývá

<sup>45</sup> BLATNÍKOVÁ, Š. a kol. Kriminologický výzkum o sexuálním násilí v ČR: empirické poznatky o trestných činech a odsouzených pachatelích. *Trestněprávní revue*. 2017, č. 6. ISSN 1213-5313.



pravidlem<sup>46</sup>(samozřejmě za předpokladu, že by se jednalo o otisky prstů, které již PČR má ve své evidenci). V takovém případě by se jednalo o prostředek, který by zasahoval do práva na soukromí méně. Problémem ale je, že na místě činu se zřídka kdy nacházejí perfektní otisky prstů. Úplný či alespoň dostačující částečný otisk prstů není tak častý jako výskyt vzorku DNA, a proto se ve výsledku jedná o prostředek méně efektivní a nelze ho jako dostačující alternativu k analýze DNA použít.

Jako další možná alternativa přichází na první pohled v úvahu odhalení pachatele pomocí pachových stop. Problematika pachových stop by vydala sama o sobě na samostatný článek, a proto jen v krátkosti uvedu to nejdůležitější. V současné době se kolem pachové identifikace za použití služebních psů PČR vede vášnivá debata, zejména díky činnosti spolku Šalamoun. Výhodou pachové identifikace je, že všechny látky uvolňují molekuly či atomy, charakteristické pro jejich složení.<sup>47</sup> Nevýhodou ale je jejich časově omezená trvanlivost a fakticky omezená použitelnost jen na uzavřené prostory.<sup>48</sup> Z tohoto důvodu nelze hovořit o tom, že by se jednalo o prostředek efektivní či stejně efektivní.

### 3.5 Kritérium přiměřenosti v užším smyslu

V tomto kroku jde o to, že „*újma na základním právu nesmí být nepřiměřená ve vztahu k zamýšlenému cíli, tj. opatření omezující základní lidská práva a svobody nesmějí, jde-li o kolizi základního práva či svobody s veřejným zájmem, svými negativními důsledky přesahovat pozitivní, která představuje veřejný zájem na těchto opatřeních.*“<sup>49</sup>

Jako vodítko lze použít Holländerovu vážicí formuli, i když v praxi ÚS byla použita jen párkrát<sup>50</sup>. V rámci zmíněné formule se zvažují empirické, systémové, kontextové a hodnotové argumenty. „*Empirickým argumentem lze chápat faktickou závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva.*“<sup>51</sup> Zde lze konstatovat, že páčání opakující se trestné činnosti, jejíž objasněnost má ND DNA zvyšovat, je dostatečně závažným jevem, kterým lze ospravedlnit zásah do práva na soukromí. „*Systémový argument znamená zvažování smyslu a zařazení dotčeného základního práva či svobody v systému základních práv a svobod.*“<sup>52</sup> Právo na soukromí se řadí do skupiny základních lidských práv a svobod, stejně jako práva, do kterých může být zasazeno trestným činem či právo na zachování veřejného pořádku. „*Kontextovým argumentem lze rozumět další negativní dopady omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného.*“<sup>53</sup> Jako negativní dopad se jeví to, že bez dostatečně přesného zákonného základu dochází k odběru DNA a zpracování osobních údajů. Jako průvodní jev je zde i riziko zneužití

<sup>46</sup> SCHÖN, D. Pomohla DNA i otisky prstů. *Policie ČR* [online]. 4. 2. 2013 [cit. 9. 4. 2021]. Dostupné z: <https://www.policie.cz/clanek/pomohla-dna-i-otisky-prstu.aspx>

<sup>47</sup> SUCHÁNEK, J. In: PORADA, V. a kol. *Kriminalistika. Technické, forenzní a kybernetické aspekty*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2019, s. 337.

<sup>48</sup> Ibid., s. 339.

<sup>49</sup> Nález ÚS ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02, část III.

<sup>50</sup> ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. Praha: Leges, 2021, s. 49.

<sup>51</sup> Nález ÚS ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, bod 3.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Ibid.

uchovávaných informací, jelikož není na zákonné úrovni vyjasněno, kdo má do ND DNA přístup. „Hodnotový argument představuje zvažování pozitiv v kolizi stojících základních práv vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.“<sup>54</sup> Bezpečnost ve státě je základní předpoklad pro harmonické fungování společnosti. Nicméně na druhé straně stojí stejně silné právo na soukromí člověka. Pokud se týká závažnosti ústavních hodnot, lze uzavřít, že ani jedno právo nelze zcela popřít na úkor druhého, tj. lze konstatovat, že se jedná o práva rovnocenná, jelikož ani jednoho si nelze každodenní život představit. Musí tedy dojít k takovému vyvážení, aby z každého práva bylo zachováno co nejvíce, tudíž je nutno konstruovat právní úpravu tak, aby byla nalezena spravedlivá rovnováha mezi kolidujícími právy. Musí tedy dojít k takovému nastavení, aby zásahy do práva na ochranu soukromí nepřinášely více negativ než pozitiv, jelikož přínosy bezbřehého užití analýzy DNA u každého pachatele nepřeváží nad nelegitimními zásahy do soukromí. Toto zhodnocení rozepíšu v následujících kapitolách jak ve vztahu k vymezení okruhu trestných činů, tak době uchování osobních údajů samostatně.

#### **4 Vymezení okruhu trestných činů pro účely budoucí identifikace u osob obviněných ze spáchání úmyslného trestného činu nebo u osob, kterým bylo sděleno podezření ze spáchání úmyslného trestného činu a u osob ve výkonu trestu odnětí svobody za spáchání úmyslného trestného činu**

Zákon o PČR vymezuje v § 65 odst. 1 písm. a) a b) jako hledisko odběru pro budoucí identifikaci spáchání (podezření ze spáchání) úmyslného trestného činu bez jakékoliv diferenciaci podle závažnosti trestné činnosti či pravidelné recidivy u jednotlivých trestných činů. Pokud je ND DNA navázána na pachatele úmyslných trestných činů, vychází se z předpokladu, že pokud se již někdo dopustil trestného činu, dopustí se trestného činu znovu, a to dokonce jakéhokoliv, čímž se dostáváme také do kolize se zásadou presumpce nevinny.

ND DNA nepochybně zaujímá nezastupitelné místo v objasňování trestné činnosti, nicméně odběr DNA je nutné řádně odůvodnit s ohledem na princip proporcionality. Na potřebu diferenciaci trestných činů poukazují již dlouhá léta jak Rada Evropy, ESLP, ÚS, ÚOOÚ, tak i řada lidskoprávních odborníků. Jako příklad lze uvést nezávazné doporučení Rady Evropy o využívání analýzy deoxyribonukleové kyseliny (DNA) v rámci systému trestní justice.<sup>55</sup> V něm se členským státům doporučuje, aby odebíraly DNA vzorky jen pachatelům dostatečně závažných trestných činů, a to podle jasně stanovených zákonných pravidel, které neposkytnou prostor pro zneužití a libovůli. Za „závažné“ trestné činy doporučení označuje trestné činy ohrožující život, zdraví nebo bezpečnost osob. Stejný názor má i ESLP, který judikoval, že právní úprava Spojeného království je v rozporu s čl. 8 Úmluvy. Shodně jako v ČR totiž právní úprava Spojeného království umožňovala uchovávání vzorků DNA

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Doporučení č. R (92) 1 Výboru ministrů členským státům Rady Evropy o využívání analýzy deoxyribonukleové kyseliny (DNA) v rámci systému trestní justice ze dne 10. 2. 1992.

obviněných bez ohledu na závažnost a typ trestné činnosti, míru podezření a bez časového omezení skladování vzorků DNA.<sup>56</sup>

V rozsudku *Aycaguer proti Francii*<sup>57</sup> ESLP také dospěl k závěru o nedostatečné právní úpravě, tentokrát Francie, ohledně shromažďování vzorků DNA. I zde bylo možné odebrat vzorky DNA odsouzeným, kteří se dopustili všech trestných činů bez přihlídnutí k jejich závažnosti. Podle ESLP nelze přistupovat k pachatelům závažných trestných činů (sexuálních, teroristických apod.) u nichž je odběr a skladování vzorků DNA bezpochyby legitimní, stejně jako k pachatelům méně závažných trestných činů, protože u nich nelze odůvodnit stejně silný zásah do soukromí, jako u pachatelů trestných činů závažnějších.<sup>58</sup> S tímto závěrem lze jednoznačně souhlasit. Francouzské právní úpravě bylo vytýkáno také to, že stanovila extrémně dlouhou dobu uchovávání DNA vzorků, konkrétně na dobu 40 let bez možnosti domáhat se vymazání údajů z ND DNA.

Hlavní myšlenkou ND DNA je, že v případě, kdy se člověk dopustí úmyslného trestného činu jednou, bude mu odebrána DNA, a při spáchání dalšího trestného činu ho již budeme moci snáze identifikovat skrze biologické stopy zajištěné na místě činu. Faktem je, že ne každý pachatel se dalšího úmyslného trestného činu dopustí. Problémem je také to, že když už se pachatel znovu dopustí trestného činu, nemusí se jednat o stejný trestný čin jako minule, a proto „*kriminální jednání nelze v konkrétních, jednotlivých případech spolehlivě předpovědět.*“<sup>59</sup> Jelikož nemůžeme vyloučit, že se pachatel trestného činu nedopustí typově odlišného trestného činu, nelze omezovat odběr DNA jen na ty trestné činy, u nichž se mezi typické stopy na místě činu řadí biologický materiál.

Na to, jak by se měl stanovit okruh trestných činů, jsou různé názory. Jako příklad lze kromě výše uvedené judikatury uvést stanovisko ÚOOÚ, který zastává názor, že by zde měly být zahrnuty přečiny podle hlavy I, krádeže z hlavy V a všechny zločiny<sup>60</sup>, nebo názor, který byl představen v návrhu novely zákona o PČR, předložené v roce 2017<sup>61</sup>. Podle tohoto návrhu by se mělo jednat o úmyslné trestné činy, za které trestní zákoník stanoví trest odnětí svobody

<sup>56</sup> Rozsudek ESLP ze dne 4. 12. 2008, *S. a Marper proti Spojenému království*, č. 30562/04 a 30566/04.

<sup>57</sup> Rozsudek ESLP ze dne 22. 6. 2017, *Aycaguer proti Francii*, č. stížnosti 8806/12.

<sup>58</sup> Městský soud v Praze. Návrh na zrušení ustanovení § 65 odst. 1 ve slovech „a odebrat biologické vzorky umožňující získání informací o genetickém vybavení“ a § 65 odst. 5 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky. In: *Ústavní soud* [online]. [cit. 31. 10. 2021]. Dostupné z: [https://www.usoud.cz/fileadmin/user\\_upload/Tiskova\\_mluvci/Navrhy/Pl\\_US\\_7-18.pdf](https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/Tiskova_mluvci/Navrhy/Pl_US_7-18.pdf)

<sup>59</sup> BLATNÍKOVÁ, Š., NETÍK, K. *Predikce vývoje pachatele*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2008, s. 7.

<sup>60</sup> Přípomínky Úřadu pro ochranu osobních údajů k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 341/2011 Sb., o Generální inspekci bezpečnostních sborů a o změně souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů. *ODOK* [online]. 16. 6. 2016 [cit. 27. 2. 2021]. Dostupné z: [https://apps.odok.cz/veklep-detail?p\\_p\\_id=material\\_WAR\\_odokkpl&p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-1&p\\_p\\_col\\_count=3&material\\_WAR\\_odokkpl\\_pid=KORNAA4HUVTJ&tab=remarks](https://apps.odok.cz/veklep-detail?p_p_id=material_WAR_odokkpl&p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=3&material_WAR_odokkpl_pid=KORNAA4HUVTJ&tab=remarks)

<sup>61</sup> Sněmovní tisk 1004, Novela z. o Policii ČR - EU: Vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 341/2011 Sb., o Generální inspekci bezpečnostních sborů a o změně souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů. *Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky* [online]. 2017, Sněmovní tisky [cit. 6. 3. 2021]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7&CT=1004&CT1=0>

s horní hranicí trestní sazby nejméně dva roky, nebo úmyslné trestné činy podle hlavy I, hlavy II dílu prvního, hlavy III, hlavy V, hlavy VII nebo hlavy X dílu pátého zvláštní části TZ. Stanovení okruhu trestných činů dle jejich závažnosti dává smysl v tom, že objekty chráněné trestním zákoníkem jsou různého charakteru a různou měrou zasahují do práv poškozených. Lze tvrdit, že pokud někdo zasáhne do práva na život nebo zdraví jiné osoby, bude takovou újmu tato osoba považovat za citelnější, než pokud bude zasaženo do práva na ochranu životního prostředí, čemuž také odpovídá nastavení horní hranice trestní sazby odnětí svobody jednotlivých trestných činů.

Vzhledem ke smyslu a účelu databáze DNA (usnadnění objasňování trestné činnosti recidivisty) je nutné se dívat na charakter trestné činnosti recidivisty páchané, tzn. ne trestná činnost specifická, výjimečně se vyskytující, ale trestná činnost spojená se závislostmi, majetkovým prospěchem, ublížením na zdraví či odplatou, jelikož člověk je tvor ovládaný pudy, kterými se nechá často ovlivnit.

Při procházení statistik<sup>62</sup> trestných činů za období od roku 2017 do roku 2021 jsem zjistila, že nejčastěji páchanými trestnými činy recidivistů jsou krádeže, trestné činy spojené s nedovolenou výrobou a držením psychotropních látek a jedů, maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání, zanedbání povinné výživy, ohrožení pod vlivem návykové látky a opilství, úmyslné ublížení na zdraví, neoprávněné opatření, padělání a pozměnění platebního prostředku, výtržnictví, porušování domovní svobody a nebezpečné vyhrožování. Jako hranici pro nejčastější trestné činy jsem pracovní nastavila počet 500 skutků za rok, tzn. cca 3 skutky každý měsíc v každém kraji. S touto hranicí by se dalo samozřejmě „hýbat“ oběma směry dle toho, co by bylo podle společenského konsenzu chápáno jako málo a co jako hodně. Mnou nastavenou hranicí v některých letech přesáhl také trestný čin podvodu (včetně pojistného a úvěrového), loupež či poškozování cizí věci. Společenskou škodlivost lze mj. stanovit také dle výše škody, která je trestnými činy způsobená.

Při úvahách jsem vycházela také z deskriptivní studie 27 880 odsouzených, u kterých byla zpracována Komplexní zpráva za období od roku 2012 do roku 2017. Z tohoto souboru byl téměř každý třetí trestný čin uvězněných pachatelů krádež. Polovina pachatelů násilné trestné činnosti se násilí dopustila již víckrát, tzn. že prediktorem spáchání další trestné činnosti je spáchání násilné trestné činnosti v minulosti. V podstatě každý třetí podmíněně propuštěný a každý třetí podmíněně odsouzený selhal a dopustil se trestné činnosti znovu.<sup>63</sup> Z celkového souboru odsouzených bylo u 57,2 % vyhodnoceno riziko opětovného návratu do výkonu trestu odnětí svobody jako vysoké a velmi vysoké.<sup>64</sup> Do pěti let od propuštění z výkonu trestu odnětí svobody či vazby hned 58,7 % vězňů skončí opět ve vězení.<sup>65</sup>

Pokud tedy zkombinuji všechny výše uvedené myšlenky, muselo by dojít k posouzení každého jednotlivého trestného činu, zda je u něho legitimní předpokládat, že jeho pachatel

<sup>62</sup> Statistické přehledy kriminality za rok 2021. *Policie České republiky* [online]. [cit. 30. 8. 2022]. Dostupné z: <https://www.policie.cz/clanek/statisticke-prehledy-kriminality-za-rok-2021.aspx>

<sup>63</sup> DRAHÝ, F. a kol. *SARPO Charakteristiky odsouzených v českých věznicích*. Vězeňská služba České republiky, 2018, s. 137.

<sup>64</sup> *Ibid.*, s. 49.

<sup>65</sup> *Ibid.*, s. 43.

by se mohl v budoucnu dopustit dalšího trestného činu, či nikoliv. Rozhodnutí pro zařazení mezi trestné činy, jejichž pachatelům by byla odebrána DNA, je možné založit jednak na tom, zda bylo při spáchání užito násilí, dále zda se jedná o trestné činy, kterých se pravidelně dopouští recidivisté. Dále lze trestné činy posuzovat dle škody, která trestným činem běžně vzniká, jelikož čím je škoda vyšší, tím vyšší je zájem společnosti na dopadení jejich pachatelů. Stejně závěry lze učinit u trestných činů z důvodu závislosti pachatele, jelikož v takových případech je jeho ovládací složka do jisté míry ovlivněna a je velice pravděpodobné, že se trestného činu souvisejícího s jeho závislostí dopustí znovu.

Např. u vražd lze argumentovat tím, že míra recidivy je velmi nízká (okolo 38 vražd spáchaných recidivistou ročně). Zbavení osoby života nelze nijak odčinit a jedná se o takový zásah, který nepochybně odůvodní zásah do práva pachatele na ochranu soukromí, jelikož život člověka je to nejcennější, co člověk má. V porovnání se zbavením života je právo na soukromí právem požívající nižší ochranu.

Samozřejmě je problematické takto generalizovat, jelikož nelze vyloučit, že spáchání trestného činu bylo pouze excesem jinak spořádaného člověka. Pro takové situace by bylo vhodné, kdyby byla možnost individuálního posouzení pachatele. Tzn. pokud by byly nastaveny podmínky, za kterých by byla možnost se před takovým odběrem bránit, jako by bylo např. poskytnutí „pozitivní“ zprávy o pověsti, zprávy ze zaměstnání, zprávy blízkých osob, v případě mladých pachatelů školní/studijní prospěch, jednalo by se o prvopachatele atp., které by mohl pachatel předložit a např. soud by posoudil, zda je pravděpodobné, že se jednalo pouze o exces, který se už nebude pravděpodobně opakovat, či zda je zde pravděpodobné opětovné spáchání trestného činu. Tento postup lze odůvodnit tím, že pokud dochází k zásahům do práv jednotlivců, které zřejmě nepřinesou legitimní výsledek, byl by takový postup neoprávněný.

Rozhodování, zda pachateli daného trestného činu odebrat DNA pro budoucí identifikaci, bych založila obecně na tom, jestli (i) pachatel trestným činem zasáhl do práva na život, zdraví či bezpečnost osob, (ii) se jedná o trestný čin, kterého se pravidelně dopouští recidivisté, (iii) případně zda se jedná o trestný čin, kterým je běžně způsobena vysoká škoda poškozeným. Dále bych zde zařadila také zvlášť závažné zločiny. Tím, že zákonodárce rozdělil trestné činy na přečiny a zločiny (kde zvláštní subkategorii jsou zvlášť závažné zločiny), jasně stanovil, které trestné činy považuje za méně a které za více, resp. nejvíce závažné, nebezpečné či společensky škodlivé.<sup>66</sup> Proto si myslím, že bychom měli toto dělení (hranici, která je výsledkem všeobecného konsensu společnosti) respektovat i zde a zahrnout do navrhovaného řešení také ta nejzávažnější provinění.

Z tohoto pohledu bych se tedy přikláněla k řešení, aby se okruh trestných činů zúžil na všechny úmyslné trestné činy podle hlavy I, hlavy II dílu prvního, hlavy III, hlavy VII zvláštní části trestního zákoníku a dále na všechny zvlášť závažné zločiny a v neposlední řadě také na ty nejčastější trestné činy páchané recidivisty. Které by to byly, záleží na posouzení, kolik trestných činů je ještě málo a kolik již ne. Podle mého názoru by mezi nimi neměly chybět krádež, ohrožení pod vlivem návykové látky, úmyslné ublížení na zdraví,

<sup>66</sup> ŠÁMAL, P. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 196.

porušování domovní svobody a nedovolená výroba a jiné nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy. Samozřejmě s možností individuálního posouzení z důvodu případného odstranění nepřiměřené tvrdosti zákona v konkrétních případech.

Ke koncipování právní úpravy vymezení okruhu trestných činů pro účely budoucí identifikace se také vyjádřil ÚS ve svém Nálezu, ve kterém konstatoval, že právní úprava je sice možná široká co do personální působnosti, nicméně nelze říci, že je neurčitá, nejasná nebo příliš abstraktní, jelikož obsah použitých formulací lze jasně vyložit pomocí trestněprávních předpisů. Např. lze jasně definovat, kdo se rozumí pod pojmem podezřelý, co se rozumí subjektivní stránkou trestného činu atp. ÚS tedy uzavřel, že neshledal nedostatky co do zákonného podkladu pro zásah do práva na ochranu soukromého života.<sup>67</sup> ÚS tedy přiznal širokou personální působnost předmětné právní úpravy, ale nijak víc se k ní nevyjádřil, ani o ní meritorně nerozhodl, jelikož by se již pohyboval za hranicemi návrhu (šlo by o postup *ultra petitum*).<sup>68</sup> Co se týče posuzované věci, nebyl Nález žádným přínosem co do vymezení relevantních trestných činů, nicméně alespoň nepřímo opět potvrdil to, že současná právní úprava je co do rozsahu *neodůvodněně* široká.

## 5 Stanovení doby uchování profilu DNA v ND DNA u osob obviněných ze spáchání úmyslného trestného činu nebo u osob, kterým bylo sděleno podezření ze spáchání úmyslného trestného činu a u osob ve výkonu trestu odnětí svobody za spáchání úmyslného trestného činu

Ve vztahu k době uchovávání vzorků odebraného biologického materiálu, resp. profilů DNA, lze uvést, že tato není na zákonné úrovni přesně stanovena. Zákon o PČR ve svém § 65 odst. 5 stanovuje jen velice vágní formulaci, která vyjadřuje pouze princip přiměřenosti, a likvidaci váže na potřebnost při plnění úkolů PČR. Ustanovení § 65 odst. 5 zjednodušeně říká, že osobní údaje jsou zlikvidovány, když už nejsou potřeba k plnění úkolů policie. Toto kritérium je velice obecné a „*přenáší posouzení přiměřenosti na vnitřní předpisy policie či aplikační praxi.*“<sup>69</sup>

§ 82 odst. 1 zákona o PČR upravuje problematiku prověřování potřebnosti zpracování osobních údajů, kde je uvedeno, že PČR nejméně jednou za 3 roky prověří, jsou-li osobní údaje nadále potřebné pro plnění úkolů PČR. Lze vycházet z běžné praxe PČR, že ve většině případů je dovozena potřebnost dalšího skladování pro účely plnění úkolů policie, jako je tomu např. u recidivistů, jelikož Pokyn stanoví, že u recidivistů se další prověřování ani neprovádí.

PČR obvykle vychází z toho, že v budoucnu není vyloučeno obdobné jednání. Jak ale správně uvádí Nejvyšší správní soud, logika věci je přesně opačná. „*Ne, že by nemělo být vyloučeno obdobné jednání v budoucnu, aby byl odůvodněn trvajícím zásahem do práv jedince, ale sama osoba pachatele,*

<sup>67</sup> Nález ÚS ze dne 22. 3. 2022, sp. zn. Pl. ÚS 7/18, body 96–98.

<sup>68</sup> Ibid., bod 92.

<sup>69</sup> KOŽINA, J. *Identifikační genetika v právní praxi*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 26.

*z působ páchání trestné činnosti, jeho trestní minulost a konkrétně zjištěné okolnosti musí podpořit závěr o tom, že opakování trestné činnosti naopak brozí či je lze očekávat a uchování vzorků DNA či jiných osobních údajů je pro posouzení této brozí trestné činnosti významné. Riziko opakování trestné činnosti či její eskalace totiž není vyloučeno nikdy, a to ani u pachatelů nedbalostní trestné činnosti. Kromě toho ne každý pachatel úmyslné trestné činnosti se dopustí recidivy, pročež je třeba učinit zcela logický závěr, že v případě takového pachatele další zpracování osobních údajů zcela jistě nezbytné pro naplnění úkolů policie nebylo.*<sup>70</sup>

Až Pokynem je stanoveno, že uschovací lhůta v případě, kdy je rozhodnuto, že je namístě další zpracování, se nastaví do 100 let věku. Takové omezení je *de facto* vyjádřením doby neurčité. Proto takové obecné vymezení není vlastně stanovení přesných mezí základního práva, na rozdíl od navrhovaného zavedení pevných časových úseků či hranic do zákona.

ÚS se již vyjadřoval k zásahům do soukromí osoby, kdy zdůraznil, že není možné akceptovat zákonný základ zásahů do práva na soukromí, který je natolik vágní, že nestanoví jasná kritéria, která by zaručila, že do soukromí jednotlivce bude zasaženo jen v nezbytném případě. V popisovaném případě se jednalo o problematiku spojenou s telekomunikačním provozem, ale podstata problému je v obou případech totožná. „*Pokud zákonodárce stanovil jako jedinou podmínku pro zjištění údajů o uskutečněném telekomunikačním provozu to, že musí vést k objasnění skutečností důležitých pro trestní řízení, vytvořil tím základ pro omezení základního práva na informační sebeurčení v takové míře, která zcela pomíjí požadavek nezbytnosti takového zásahu s ohledem na jím sledovaný cíl.*“<sup>71</sup>

K době uchování osobních údajů se vyjadřuje i nezávazné doporučení Rady Evropy o využívání analýzy deoxyribonukleové kyseliny (DNA) v rámci systému trestní justice v § 8, které uvádí, že u jednotlivých závažných trestných činů „*musí vnitrostátní předpisy stanovit přesnou dobu uchování.*“<sup>72</sup> Tyto závěry vyplývají i z judikatury ESLP, která zde již byla několikrát zmíněna, kdy Francii bylo vytýkáno, že stanovila extrémně dlouhou dobu uchování DNA vzorků (40 let), bez možnosti domáhat se vymazání údajů z ND DNA.<sup>73</sup> U právní úpravy Spojeného království bylo také konstatováno, že je v rozporu s právem na soukromí, protože umožňovala uchování vzorků DNA obviněných bez časového omezení<sup>74</sup>, neboť dle ESLP musí být zákonem stanoveny minimální požadavky na dobu uchování informací, což zcela neomezené uchování nespĺňuje.

V příloze č. 7 Pokynu jsou uvedena rozhodnutí, která mají vliv na likvidaci osobních údajů či na jejich další zpracování. V případě, že mají být podle přehledu rozhodnutí osobní údaje zlikvidovány, PČR prověřuje, jestli existuje jiný důvod pro jejich další zpracování. Za nadále potřebné je považováno zpracování osobních údajů obviněného, podezřelého a osoby neznámé totožnosti, jejíž totožnost byla zjištěna, jestliže tato osoba byla již v minulosti pravomocně odsouzena pro úmyslný trestný čin (v tomto případě se podle čl. 75 odst. 6

<sup>70</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 4. 2020, sp. zn. 2 As 164/2019, bod 27.

<sup>71</sup> Nález ÚS ze dne 20. 12. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 24/11, bod 25.

<sup>72</sup> Doporučení č. R (92) 1 Výboru ministrů členským státům Rady Evropy o využívání analýzy deoxyribonukleové kyseliny (DNA) v rámci systému trestní justice ze dne 10. 2. 1992.

<sup>73</sup> Rozsudek ESLP ze dne 22. 6. 2017, *Aycaguer proti Francii*, č. 8806/12.

<sup>74</sup> Rozsudek ESLP ze dne 4. 12. 2008, *S. a Marper proti Spojenému království*, č. 30562/04 a 30566/04.

písm. a) Pokynu již další prověřování potřebnosti ani neprovádí), nebo je osobou obviněnou či podezřelou v jiném trestním řízení vedeném pro úmyslný trestný čin (v takovém případě se podle čl. 75 odst. 6 písm. b) Pokynu prověření potřebnosti provádí znovu na základě rozhodnutí, kterým bylo toto jiné trestní řízení pravomocně skončeno). Prověřování potřebnosti se ale neprovádí u osob odsouzených, osob s uloženým ochranným léčením, osob s omezenou svéprávností a mrtvol neznámé totožnosti.<sup>75</sup>

Z výše uvedeného vyplývá, že ani převzetí právní úpravy z Pokynu do zákona by neřešilo stávající problém, jelikož úprava v něm uvedená není vyhovující. Dle mého názoru by nemělo docházet k paušálnímu vymezení doby vůči osobě, ale měl by se vhodně zohlednit zájem společnosti, protože čím člověk odůvodní, že doba uchování do 99 let věku je ještě přiměřená, ale ve 100 letech věku již ne? Z tohoto důvodu si myslím, že by bylo vhodné vázat uschovací lhůtu na horní hranici trestní sazby odnětí svobody za trestný čin, který byl spáchán, a její začátek navázat na okamžik, kdy by se odsouzený po vykonání trestu mohl opět dopustit trestného činu, tj. v případě trestu odnětí svobody až na propuštění z jeho výkonu, v případě výkonu trestu nespojeného s odnětím svobody, na právní moc rozhodnutí, jímž se obžalovanému ukládá trest. Do rozmezí trestní sazby jednotlivých trestných činů se promítá jeho závažnost. Horní hranice trestní sazby trestu odnětí svobody je (až na výjimečné situace) maximum, které je ještě ospravedlnitelné vzhledem k závažnosti trestného činu. Horní hranice trestní sazby odnětí svobody je dále vhodná proto, že je uvedena u každého trestného činu a z pohledu předvídatelnosti je navíc jasnou maximální hranicí, se kterou budoucí pachatel musí alespoň hypoteticky počítat.

Během výkonu trestu odnětí svobody by se tato uschovací lhůta stavěla, resp. by ani nezačala běžet. Mohlo by se zdát, že tato konstrukce je neproporcionální ve vztahu k odsouzeným, kterým by nebyl uložen trest odnětí svobody, nebo by byl uložen podmíněně, a kterým by proto uběhla tato doba dříve než těm, kteří by byli zbaveni svobody. Nicméně tomu musí být tak proto, aby se zjistilo, jestli se člověk polepšil, tzn. zda se znovu nedopustil další trestné činnosti. Pokud by se uschovací lhůta všem odsouzeným začala počítat stejně, např. od právní moci rozsudku, bez ohledu na to, zda trestnou činnost na svobodě páchat mohou, či nemohou, míjelo by se toto nastavení účinkem.

Někteří autoři navrhují jako řešení současné situace např. navázání na promlčení, na zahlázení odsouzení, na trestní sazbu uvedenou v trestním zákoníku, na rozlišení na přečiny/zločiny, resp. zvláště závažné zločiny nebo na trest uložený v konkrétním případě.<sup>76</sup> Dle mého názoru není ani jedno z uvedených řešení ideální. Podstatou institutu promlčení je, že postupem času slábne, až docela zaniká potřeba trestněprávní reakce na čin, zejména z hlediska prevence, a to jak generální (negativní ovlivnění společenského vědomí mizí a škodlivost činu

<sup>75</sup> ŽÁRSKÁ, L. Identifikační úkony. *Policie ČR* [online]. 26. 11. 2019 [cit. 23. 2. 2021]. Dostupné z: <https://www.policie.cz/clanek/identifikacni-ukony-601717.aspx>

<sup>76</sup> Přípomínky Úřadu pro ochranu osobních údajů k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 341/2011 Sb., o Generální inspekci bezpečnostních sborů a o změně souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů. *ODOK* [online]. 16. 6. 2016 [cit. 27. 2. 2021]. Dostupné z: [https://apps.odok.cz/veklep-detail?p\\_p\\_id=materiál\\_WAR\\_odokkpl&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-1&p\\_p\\_col\\_count=3&materiál\\_WAR\\_odokkpl\\_pid=KORNAA4HUVIJ&tab=remarks](https://apps.odok.cz/veklep-detail?p_p_id=materiál_WAR_odokkpl&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=3&materiál_WAR_odokkpl_pid=KORNAA4HUVIJ&tab=remarks)



se snižuje, až zcela mizí, jelikož lidé na trestný čin zapomínají), tak i individuální prevence („u pachatele, jenž nespáchal další trestný čin, který je stejně nebo přísněji trestný, se předpokládá pozitivní změna jeho osoby, která rovněž přestala být nebezpečnou“).<sup>77</sup> Nicméně to, že již netrvá potřeba potrestání pachatele neznámá, že již není zájem na jeho odhalení. Institut promlčení sleduje jiný účel, a tak lhůta nutná k promlčení není vhodná pro naše účely, jelikož nelze směřovat situace, kdy osoba dopadena byla a kdy nebyla. Stanovení doby uchování dle toho, zda se jedná o přečin, zločin, resp. zvláště závažný zločin, není dle mého názoru vhodné, jelikož se jedná o široce vymezené skupiny, které nedovolují podrobnější diferenciaci. Pokud by šlo o zločiny, došlo by k tomu, že by byly kladeny na roveň trestné činy např. s horní hranicí trestní sazby trestu odnětí svobody do 6 let a s horní hranicí trestní sazby do 9 let, což není zanedbatelný rozdíl. Ke stejnému výsledku s obdobným odůvodněním lze dojít i v případě zahlazení odsouzení, i když zde lze pozitivně hodnotit možnost dřívějšího zahlazení na základě individuální žádosti. Pokud se jedná o trest uložený v konkrétním případě, odpadl by problém neindividuálnosti řešení. Tato možnost by s sebou ale nesla jistou nesystematičnost a nepřehlednost a v neposlední řadě také větší administrativní zatížení. Samozřejmě to nemůže být hlavní argument pro odmítnutí takové konstrukce, jelikož nelze nastavovat hranice spravedlnosti podle toho, kolik financí navrhované řešení stojí. Nicméně v praxi je ukládán nižší trest např. z důvodu, že se pachatel doznal, což ale dle mého názoru nesnižuje závažnost samotného trestného činu. Každým trestným činem je zasaženo do práv poškozených různou měrou, tj. každý trestný čin vykazuje jinou společenskou škodlivost. Zásah do práva na ochranu soukromí (informační sebeurčení) pachatele by měl být adekvátní k odlišné společenské škodlivosti pachatelova zásahu do práv poškozených bez ohledu na to, jestli se k činu doznal účelově jen z důvodu nižšího trestu.

Jsem tedy toho názoru, že by doba uchování osobních údajů (profilů DNA) měla být nastavena dle závažnosti trestného činu, kterou vyjadřuje přesně stanovená horní hranice trestní sazby odnětí svobody. Jedná se o jistý způsob provedení zásady právní jistoty. Případné zohlednění okolností konkrétního případu a jednotlivých nepřiměřeností by řešila možnost individuální žádosti o výmaz osobních údajů.

## 6 Nález ÚS ze dne 22. 3. 2022, sp. zn. Pl. ÚS 7/18

Jak již bylo výše předestřeno, danou problematikou se nedávno zabýval Městský soud v Praze, který projednával žalobu proti nezákonnému zásahu PČR, spočívajícím v předvolání za účelem zjišťování tělesných znaků a odebrání daktyloskopických a biologických vzorků muže podle § 65 zákona o PČR. Tento muž byl obviněn ze spáchání zločinu porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže, jenž měl spáchat jako pomocník. Tento tvrdil, že v jeho případě nebylo odebrání biologických vzorků přiměřené, jelikož byl stíhán pro málo závažný trestný čin, který dokonce nijak nesouvisí s trestnou činností, kterou lze odhalit pomocí ztotožnění pachatele za pomoci jeho profilu DNA. Dle něj je zákonná úprava v zákoně o PČR nedostatečná, jelikož není přesně stanoveno, po jaké době mají být

<sup>77</sup> PŮRY, F. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 454.

vzorky zničeny,<sup>78</sup> a proto bylo cílem návrhu dosažení silnější ochrany základních lidských práv a svobod, aby nemohlo svévolně docházet k tak závažným zásahům do soukromí osoby, jako je neoprávněné zpracovávání osobních údajů. Bohužel lze konstatovat, že nález mnoho odpovědí nepřinesl, spíše naopak.

Ve vztahu k ustanovení § 65 odst. 1 zákona o PČR ve slovech „a odebírat biologické vzorky umožňující získání informací o genetickém vybavení“ ÚS návrh zamítl a ve vztahu k § 65 odst. 5 zákona o PČR návrh odmítl, tj. zabýval se meritorně jen první částí návrhu. Důvodem pro odmítnutí druhé části návrhu dle ÚS bylo to, že použití § 65 odst. 5, týkající se uchování (likvidace) osobních údajů získaných odebráním biologických vzorků, nebude při rozhodování navrhovatele, tj. Městského soudu v Praze, bezprostřední, ale bude spadat pouze do „širší souvislosti“ právní úpravy odběru, což pro přezkum ÚS nepostačuje.

Sám ÚOOÚ navrhoval vyhovění návrhu pro rozpor s právem na ochranu osobních údajů a soukromí, jelikož v zákoně o PČR není dán dostatečný právní základ ani přesnější podmínky pro vedení ND DNA (přesné lhůty pro uchovávání záznamů a podrobnější podmínky likvidace osobních údajů). Dále ÚOOÚ nesouhlasil s vymezením kritérií pro zařazení profilů do ND DNA, dle něho by měl být rozsah trestných činů zúžen v návaznosti na jejich závažnost, včetně rozlišování nedbalostního a úmyslného zavinění.<sup>79</sup>

ÚS z procesního hlediska v nálezu konstatuje, že argumentace navrhovatele, která směřuje také ke zrušení § 65 odst. 1 písm. a), se míjí s jeho petitorním požadavkem a jelikož je ÚS vázán petitem, nemůže rozhodnout o zrušení ustanovení v petitu neuvedených, pokud se nejedná o úzce navázané ustanovení, které by bez zrušeného ustanovení postrádalo smysl, o což se ale v daném případě dle ÚS nejednalo.<sup>80</sup> S takovou argumentací se nelze ztotožnit, neboť dle mého názoru jsou obě napadaná ustanovení vnitřně provázána, a jak správně uvedl soudce Pavel Šámala ve svém odlišném stanovisku, „dotčené osobě, která byla předvolána ke odběru vzorku a která se odmítá ke němu dostavit, nepochybně jde nejen o vlastní odběr takového vzorku, ale zejména o další nakládání s ním, a to včetně jeho uchování.“<sup>81</sup>

Z argumentace navrhovatele plyne, že se tedy návrhem na zrušení napadených ustanovení domáhal také přezkumu ústavnosti vymezení okruhu trestných činů, jejichž pachatelům je odebírána DNA pro účely budoucí identifikace a stanovení doby uchování osobních údajů získaných z odebraného biologického vzorku DNA, ačkoliv vhodně nevymezil petitorní požadavek. ÚS ale přistoupil k dané věci striktně formalisticky a zabýval se především přezkumem právní úpravy předvolání k odběru biologických vzorků a samotným odběrem (u nichž shledal ústavní souladnost), ačkoliv je zde naléhavá potřeba se meritorně zabývat argumenty obsaženými v odůvodnění návrhu, jelikož se o nedostatecích dané právní úpravy hovoří již léta a konečně mohlo dojít k její nápravě. Nález ÚS je tím spíše překvapivý, když

<sup>78</sup> Městský soud v Praze. Návrh na zrušení ustanovení § 65 odst. 1 ve slovech „a odebírat biologické vzorky umožňující získání informací o genetickém vybavení“ a § 65 odst. 5 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky. *Ústavní soud* [online]. [cit. 31. 10. 2021]. Dostupné z: [https://www.usoud.cz/fileadmin/user\\_upload/Tiskova\\_mluvci/Navrhy/Pl\\_US\\_7-18.pdf](https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/Tiskova_mluvci/Navrhy/Pl_US_7-18.pdf)

<sup>79</sup> Nález ÚS ze dne 22. 3. 2022, sp. zn. Pl. ÚS 7/18, body 32–35.

<sup>80</sup> Ibid., body 92–93.

<sup>81</sup> Ibid., odlišné stanovisko Pavla Šámala.

sám ÚS v závěru konstatuje, že je možné, aby v jednotlivých případech docházelo ke zneužívání, popř. nadužívání oprávnění policejního orgánu, a že dosti stručná právní úprava doplněná neveřejnými interními pokyny není ideální. ÚS svůj zdrženlivý postoj odůvodnil tím, že „v žádném případě nebudla zasahovat do oblasti vyhrazené moci zákonodárné.“<sup>82</sup> Nabízí se otázka, k čemu by tedy měla sloužit pravomoc ÚS jako negativního zákonodárce, pokud ne k ingerenci do moci zákonodárné? Možná byl tento postup způsoben obavou z možného nenaplňování mezinárodních závazků ČR, o kterých se ÚS zmiňuje v odůvodnění Nálezu. ÚS tvrdí, že výpadkem výslovného oprávnění PČR k odběru biologických vzorků by došlo k oslabení garancí plnění mezinárodních a unijních závazků ČR a možné destrukci „ústavní garance naplňování veřejného zájmu na předcházení, vyhledávání, odhalování a stíhání trestné činnosti (čl. 80 Ústavy) a zajišťování bezpečnosti státu v mezinárodním kontextu.“<sup>83</sup> Tento problém by mohl být nicméně vyřešen odkladem vykonatelnosti derogacího nálezů, jak ovšem ve svém odlišném stanovisku navrhuje soudce Vojtěch Šimíček, proto tento argument nelze považovat za nijak zvlášť přesvědčivý.

ÚS k Nálezu připojil také obiter dictum, ve kterém se již vyslovuje k samotné právní úpravě fungování ND DNA a popisuje, proč není ideální. Obsah obiter dicta tak v podstatě popírá výsledek řízení, resp. výrok rozhodnutí, na což je upozorňováno také v odlišných stanoviscích. Je v něm uvedeno, že „hlavním problémem současného stavu právní úpravy je nedostatečná seznatelnost (rozsahu) omezení základních práv, ke nimž odběrem biologických vzorků DNA dochází. Podle judikatury ESLP musí zásah do práva na soukromí respektovat kritérium nezbytnosti s dostatečnými zárukami pro jednotlivce proti riziku zneužití a svévole, jejichž parametry musí být stanoveny zákonem. Je-li úprava nakládání s genetickými informacemi v kontextu kriminalistických potřeb svěřena pouze internímu pokynu policie, je nedostupná veřejnosti [...] a nedovoluje jednotlivci, aby požadavkům vyplývajícím z této úpravy mohl přizpůsobit své chování“.<sup>84</sup> Tím zřejmě většina pléna naznačuje, že při shledání aktivní legitimize by mohlo přicházet v úvahu i zrušení této napadené právní úpravy.

Lze tedy shrnout, že nález bohužel vyvolává více otázek než odpovědí. O tom svědčí také odlišná stanoviska hned sedmi soudců ÚS. Soudci Josef Fiala, Vladimír Sládeček a Radovan Suchánek ve svém odlišném stanovisku zastávají názor, že návrh měl být odmítnut i ve vztahu k první části návrhu.<sup>85</sup> Dle Jana Filipa došlo předmětným nálezem ke zpochybnění dosavadní judikatury ve vztahu k tomu, co se rozumí pojmem zásah, resp. jiný zásah, jelikož v nálezě dochází ke ztotožňování přímého zásahu s pouhou možností zásahu. Dále také tvrdí, že když už se většina pléna neodhodlala přistoupit k meritornímu přezkumu druhé části návrhu, tak se meritorně rozhodovat nemělo vůbec.<sup>86</sup> Pavel Šámal ve svém odlišném stanovisku dochází k závěru, že ÚS měl shledat aktivní legitimize i ve vztahu ke druhé části návrhu a podrobit ho také věcnému přezkumu.<sup>87</sup> Dle Vojtěcha Šimíčka měla být také věcná legitimize shledána v celém návrhu a tomuto mělo být vyhověno z důvodu protiústavnosti

<sup>82</sup> Nález ÚS ze dne 22. 3. 2022, sp. zn. Pl. ÚS 7/18, bod 101.

<sup>83</sup> Ibid., body 66 a 70.

<sup>84</sup> Ibid., odlišné stanovisko Pavla Šámala.

<sup>85</sup> Ibid., odlišné stanovisko soudců Josefa Fialy, Vladimíra Sládečka a Radovana Suchánka, bod 1.

<sup>86</sup> Ibid., odlišné stanovisko soudce Jana Filipa, body 3–7.

<sup>87</sup> Ibid., odlišné stanovisko soudce Pavla Šámala.

napadených ustanovení pro rozpor s právem na nedotknutelnost osoby a právem na informační sebeurčení.<sup>88</sup>

## Závěr

Analýza DNA je v současné době nejúčinnější metodou<sup>89</sup>, která je při odhalování pachatele trestného činu využívána. Její přínos nelze zpochybňovat, ale na druhou stranu nesmíme tuto metodu nadužívat.

V tomto příspěvku jsem nastínila řadu problémů s fungováním ND DNA spojených. Analýzou DNA je zasahováno do práva na ochranu soukromí pachatelů, resp. jeho složek práva na nedotknutelnost osoby a práva na informační sebeurčení. Současná právní úprava, která zakotvuje možnost vedení a fungování ND DNA nesplňuje požadavky na kvalitu zákona. Podzákonný právní předpis nesmí sám vymezovat definiční znaky zásahů do ústavně chráněných práv, které ze zákona nevyplývají.<sup>90</sup> Pokud se takové omezení vztahuje na sekundární normotvorbu, tak se tím spíše musí vztahovat i na interní akty PČR. Jisté nelze akceptovat situaci, kdy policejní prezident stanoví meze zásahů do základních lidských práv dle své vůle v neveřejném pokynu, který může také libovolně měnit, aniž by se o tom veřejnost dozvěděla. Proto by měly být v zákoně zakotveny minimálně podrobné podmínky odběru vzorků určených k analýze DNA, dále to, kdo by byl oprávněn analýzu DNA provádět a kdo bude mít do databáze DNA přístup. I samotné zřízení (případně zanesení již fungující databáze DNA) a základní fungování databáze DNA by mělo být provedeno na zákonné úrovni. Dále také to, komu se vzorky DNA mohou odebrat, jak dlouho budou uchovávány vzorky a profily DNA, jaké další osobní údaje budou o nositeli DNA uchovávány, také úprava řádné likvidace údajů z databáze DNA (po jaké době a jakým způsobem, kdo by k tomu byl oprávněn), případně možnost požádat o předčasný výmaz (mimořádná likvidace údajů z databáze DNA). V neposlední řadě by mělo dojít ke zpracování osobních údajů zanesených do databáze DNA v souladu se Směrnicí.

Právní úprava ND DNA není souladná s ústavněprávními požadavky, k čemuž měl dospět ÚS při projednávání návrhu na zrušení dvou částí § 65 zákona o PČR, což se ale bohužel nestalo. Takový nedostatek je možné odstranit, a to přijetím souladnější právní úpravy na úrovni zákona, jelikož tento nedostatek nelze překlenout ani rozhodovací praxí soudů. Může se tak stát např. vytvořením komplexního zákona o veškerém zpracování DNA, vytvořením zákona o DNA pro účely trestního řízení či novelizací stávajících zákonů. Výběr nejlepšího způsobu si nepochybně zasluhuje hlubší analýzu, to ale není součástí tohoto příspěvku, a proto zvážení výhod a nevýhod jednotlivých možností přenechám ke zpracování ať již mně, či jiným autorům, do dalších prací.

<sup>88</sup> Ibid., odlišné stanovisko Vojtěcha Šimíčka, bod 10.

<sup>89</sup> MARTONÍK, J. Ještě k právní úpravě zpracování DNA. *Právní rozhledy*. Praha, 2017, č. 7, s. 256. ISSN 1210-6410.

<sup>90</sup> Nález ÚS ze dne 20. 6. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 36/11, body 50–51.

Ohledně toho, u jakých trestných činů má být dovoleno provádět odběr DNA pro účely pozdější identifikace, jsem došla k závěru, že by se nemělo jednat o veškeré úmyslné trestné činy, ale jen o takové, u kterých je takový postup odůvodněn jejich společenskou škodlivostí ať už z důvodu jejich závažnosti nebo z důvodu jejich četnosti. Jako možné řešení jsem navrhla, aby se jednalo o úmyslné trestné činy podle hlavy I, hlavy II díl první, hlavy III a hlavy VII zvláštní části trestního zákoníku a dále na všechny zvláště závažné zločiny a v neposlední řadě také na ty nejčastější trestné činy páchané recidivisty. Které by to byly, by záleželo na zhodnocení, kolik trestných činů je ještě málo a kolik již hodně. Podle mého názoru by mezi nimi neměl chybět trestný čin krádeže, ohrožení pod vlivem návykové látky, úmyslného ublížení na zdraví, porušování domovní svobody a nedovolené výroby a jiného nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy. Samozřejmostí by byla také možnost individuálního posouzení z důvodu případného odstranění nepřiměřené tvrdosti zákona v konkrétních případech.

Ohledně doby uchování profilů DNA jsem dospěla k závěru, že by měla být tato doba navázána na horní hranici trestní sazby odnětí svobody uvedené v trestním zákoníku u jednotlivých trestných činů. Tato doba by měla být koncipována jako maximální s případnou možností požádání o dřívější výmaz na základě individuálního posouzení každého případu.

Co se Nálezu týče, i vzhledem k uplynutí 4 let od podání návrhu, měla být projevena větší snaha o meritorní řešení nevhodně nastavené právní úpravy namísto řešení procesního.<sup>91</sup> ÚS měl z důvodu vnitřní provázanosti napadených ustanovení rozhodnout o tom, k čemu návrh směřoval, namísto posouzení zákonnosti předvolání k odběru a odběru biologického vzorku, či se alespoň vyčerpávajícím způsobem vyjádřit k jádru problému, aby moc zákonodárná měla jasná vodítka, jak novou právní úpravu konstruovat, když se ÚS rozhodl do jejich pravomocí nezasahovat. Jsem tedy toho názoru, že návrhu mělo být v celém rozsahu vyhověno a ustanovení § 65 odst. 1 ve slovech „a odebrat biologické vzorky umožňující získání informací o genetickém vybavení“ a § 65 odst. 5 zákona o PČR měla být jako protiústavní zrušena s přiměřeným odkladem vykonatelnosti. Dále měl ÚS v Nálezu vymežit, co by mělo být v zákoně zakotveno, aby byly respektovány ústavní, evropské i mezinárodní závazky ČR. Vzhledem k tomu, že se tak nestalo za pomoci moci soudní, nezbyvá nám nic jiného, než jen doufat, že se tak stane ze strany moci zákonodárné, např. z důvodu veřejné debaty nad rozporuplností nálezu ÚS ze dne 22. 3. 2022, sp. zn. Pl. ÚS 7/18.

Jako podnět k zamyšlení lze na závěr uvést, že odběry biologického materiálu jsou prováděny také ve zdravotnictví, a to bez zakotvení podrobné právní úpravy, jak s ním či s informacemi z něho získanými nakládat, např. v případě genetických laboratoří.

<sup>91</sup> Nález ÚS ze dne 22. 3. 2022, sp. zn. Pl. ÚS 7/18, odlišné stanovisko Vojtěcha Šimíčka, bod 4.

# Court of Justice of the European Union on Non-material Damage

Ondřej Pavelek\*, Hana Adamová\*\*

## Abstrakt

V mnoha případech rozhoduje o náhradě nemajetkové újmy Evropský soudní dvůr. Na základě analýzy současné zavedené praxe SDEU v oblasti náhrady nemajetkové újmy si tento příspěvek klade za cíl nalézt odpovědi na následující otázky: jaká je koncepce a formy nemajetkové újmy v současné zavedené praxi SDEU, tj. v ESD a GC, a jaký význam má pro rozhodnutí SDEU, jaké jsou různé druhy nemajetkové újmy v zavedené praxi SDEU a jaké jsou jednotlivé regulační oblasti rozhodování o náhradě nemajetkové újmy. Následně budou formulovány východiska pro rozhodování o nemajetkové újmě, aby se dospělo k závěru, zda je možné na základě současných soudních rozhodnutí formulovat obecné zásady soudních řízení před SDEU ohledně náhrady nemajetkové újmy. Tento příspěvek by rád přispěl k diskusi o otázkách týkajících se problematiky odškodnění za nemateriální věci, jak je uvedeno v soudních rozhodnutích SDEU.

## Klíčová slova

Nemajetková újma; náhrada; Evropský soudní dvůr.

## Abstract

In many cases, the European Court of Justice decides about compensation for non-material damage. Based on an analysis of the current CJEU established practice concerning compensation for non-material damage, the present paper aims to find answers to the following questions: what is the conception and forms of non-material damage in the CJEU current established practice, i.e., in ECJ and GC, and what meaning does it have for the decisions made by CJEU, what are the different types of non-material damage in the established practice of CJEU, and what are the individual regulatory areas of deciding on compensation for non-material damage. Subsequently, the points of departure will be formulated for decisions on non-material damage to conclude whether, based on the current judicial decisions, it is possible to formulate general principles of trials before CJEU concerning compensation for non-material damage. The present paper would like to contribute to a discussion on issues concerning problems of compensation for non-material as approached in the CJEU judicial decisions.

\* Mgr. Bc. Ondřej Pavelek, Ph.D., Ústav práva a humanitních věd, Provozně ekonomická fakulta, Mendelova univerzita v Brně / Department of Law and Social Sciences, Faculty of Business and Economics, Mendel University in Brno, Czech Republic / E-mail: [ondrej.pavelek@mendelu.cz](mailto:ondrej.pavelek@mendelu.cz) / ORCID: 0000-0001-5329-4039 / Scopus ID: 0000-0001-5329-4039

\*\* Mgr. Hana Adamová, Ph.D., Ústav práva a humanitních věd, Provozně ekonomická fakulta, Mendelova univerzita v Brně / Department of Law and Social Sciences, Faculty of Business and Economics, Mendel University in Brno, Czech Republic / E-mail: [adamova.hanka@gmail.com](mailto:adamova.hanka@gmail.com) / ORCID: 0000-0003-4322-623X

## Keywords

Non-material Damage; Compensation; European Court of Justice.

## Introduction

It would be a great error to think that issues concerning the compensation of non-material damage, receiving much attention in the legal orders of EU countries, have not appeared before the Court of Justice of the European Union (CJEU). It might seem surprising that the CJEU [the European Court of Justice (ECJ) or the General Court (GC)] should decide about, say, the compensation for non-material damage caused to the goodwill of legal entities<sup>1</sup> or the compensation in connection with psychic disorders of employees;<sup>2</sup> and even more unexpected could be the CJEU dealing with questions related to compensation for non-material damage in connection with a delay during writing a dissertation which has exposed the student to prolonged anxiety caused by the postponement of the start of his or her professional career due to the required documents being not available.<sup>3</sup> On the other hand, much less surprising are the judicial acts that concern compensation for non-material damage related to the EU institutions being liable for wrongful decisions.

As part of its decision-making activity, the CJEU formulates relevant points of departure that should be taken into account by the national courts and participants. Due to the generally accepted opinion that the CJEU does not deal with such matters, the judicial decisions in this area are not much known and receive insufficient attention. In this way, some important principles that might influence the decisions of national courts and the related practice tend to be overlooked. By way of an exception, there are, however, much-cited partial decisions. In the Czech legal space, the Haasová decision<sup>4</sup> or the TUI decision<sup>5</sup> concerning the compensation for non-material damage caused by loss of holiday delight may be seen as such exceptions.<sup>6</sup>

The reason why the judicial decisions concerning this area do not receive sufficient attention may be the generally accepted conviction that the CJEU powers are related to areas not or only weakly related to non-material damage. This view, however, is due to partial ignorance as decisions concerning compensation for non-material damage are included in a number of cases. Another reason might be that dominant are the decisions by the European Court of Human Rights (ECtHR) whose judicial decisions concerning the human rights, closely

<sup>1</sup> See e.g. *Post Bank Iran vs. Council of the European Union*, T-559/15, EU:T:2018:948, at [117].

<sup>2</sup> See e.g. *KF vs. The European Union Satellite Centre*, T-286/15, EU:T:2018:718, at [258]–[261]. In case C-14/19 P non-material damage was confirmed.

<sup>3</sup> *Athanasios Pitsiorlas vs. Council of the European Union and European Central Bank*, joined Cases T-3/00 and T-337/04, EU:T:2007:357 at [317]–[325]. Order of the Court (Second Chamber) of 3 July 2008, C-84/08 P, EU:C:2008:384: Inadmissibility.

<sup>4</sup> *Katarína Haasová vs. Rastislav Petřík, Blanka Holingová*, C-22/12, EU:C:2013:692, at [50].

<sup>5</sup> *Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, C-168/00, EU:C:2002:163, at [21]–[22].

<sup>6</sup> Case *Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, C-168/00, EU:C:2002:163, affected Czech practice to such an extent that the legislator decided to enshrine it in the Civil Code (§ 2543).

related exactly to compensation for non-material damage, receive much more prominence. Even the participants<sup>7</sup> and ECJ and GC<sup>8</sup> directly refer, after all, to the ECtHR judicial decisions particularly in relation to personal rights. A certain neglect and insufficient expert framework of the judicial decisions concerning compensation for non-material damage is also corroborated by the fact that these issues have not yet been dealt with by professionals even if there are numerous expert papers on compensation for non-material damage in the national context. As the primary impulse in this connection may be seen the paper, *Damages Liability for Non-material Harm in EU Case Law* by Katri Havu published in *European Law Review* 44 in August 2019, which we would like to partially continue.

There are of course many reasons why these judicial decisions and particularly the principles they offer should be taken into account. Pursuant to art. 19 TEU, the CJEU monitors the observation and interpretation of the EU law, which also incorporates the compensation for non-material damage. In this way, the CJEU comments on questions relating to compensation for non-material damage such as in connection with the interpretation and application of the Rome II Regulation (particularly in relation to car accidents often having international aspects) or with the relevant regulations concerning the protection of customers. This may bring about situations in which it would be necessary to submit a preliminary question concerning the Euro-conform interpretation of harmonized legislation on non-material damage. No doubt, free movement of persons may lead to legal relationships with a European element containing also the right to compensation for non-material damage, which is clear in the cases of damage to health<sup>9</sup> or of death,<sup>10</sup> but less so at first sight such as in cases of damage to goodwill of a legal entity; it is by far not only the questions of interpretation of conflict rules that are dealt with but also the substantive law. The CJEU thus decides on compensation for non-pecuniary damage on two levels. Firstly, it decides on claims against the EU institution; typically, these are for work-related injuries or for non-pecuniary damages on account of the institution's liability. The latter decides on the interpretation of national law. Particularly in the first level, it decides on quite ordinary compensation cases in a similar way to the national courts.

It should not be ignored that, by making decisions, the CJEU generates important principles that form the EU law thus influencing the national legislations of the EU Member States. If the principles of decision-making are clear, the predictability of the decisions will improve. The basic function of the principles is gap-filling.<sup>11</sup> Pursuant to art. 340 TFEU, “in the case

<sup>7</sup> *Kendrion NV vs. European Union*, T-479/14, EU:T:2017:48, at [111]. Appeal Case before the Court of Justice, C-150/17 P, EU:C:2018:1014. Or *Guardian Europe Sàrl vs. European Union*, T-673/15, EU:T:2017:377, at [142].

<sup>8</sup> *Post Bank Iran vs. Council of the European Union*, T-559/15, EU:T:2018:948, at [117], in the field of good repute of legal persons or *Janusz Korwin-Mikke vs. European Parliament*, T-352/17, EU:T:2018:319, at [46]–[49], in the field of freedom of expression.

<sup>9</sup> See e.g. well-known case *Ian William Cowan in Trésor public*, C-186/87, EU:C:1989:47, at [20], in connection with the prohibition of discrimination in the freedom to provide services.

<sup>10</sup> *Stefano Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, T-502/16, EU:T:2019:795, at [164]–[172]. Appeal Case before the Court of Justice C-54/20 P. As of 15. 2. 2021, not yet decided.

<sup>11</sup> See e.g. GUTIÉRREZ-FONS, J. A., LENAERTS, K. The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law. *Common Market L. Rev.* 2010, vol. 47, iss. 6, p. 1629–1669. DOI: <https://doi.org/10.54648/cola2010069>



of non-contractual liability, the Union shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties.” Thus, this article assumes that the CJEU as well, through its judicial decisions, will generate principles based on or at least respecting the rule common to all legal orders. However, unequivocal application is still missing of such principles to decisions about compensation to non-material damage. An important deed in the field of common principles of the tort law including compensation for non-material damage is *Principles of European Tort Law* (PETL). However, as this is not an EU piece of legislation, it can only be regarded as a non-binding source of inspiration.<sup>12</sup> Thus the CJEU judicial decisions, which, being not yet numerous, grow in number especially concerning specific areas such as those related to compensation for non-material damage caused by a decision being discharged, are given a considerable leeway in the Europeization of non-material-damage-related law. This clearly implies that the CJEU has claimed allegiance to the concept of compensation for non-material damage stressing its importance.

## 1 The Date and Methodology

The present paper aims to find answers to the following questions: what is the conception and what are the forms of non-material damage in the CJEU judicial decisions, i.e., in ECJ and GC, and what meaning does it have in the established practice of CJEU, what are the different types of non-material damage in the established practice of CJEU, and what are the individual regulatory areas in decisions on the compensation for non-material damage. Subsequently, the basis will be formulated for decisions concerning non-material damage to subsequently conclude whether, based on the current judicial decisions, it is possible to formulate general principles of trials before the CJEU on compensation for non-material damage.

## 2 Conception of Non-material Damage

There are basically two forms of damage distinguished in the legal orders of the EU countries. Basically, the legal orders of the European countries distinguish between damage to a person's property and debts and non-material damage. The damage to property can be measured by the quantitative difference between the person's property before and after the damage.<sup>13</sup>

To express the non-material damage is difficult, albeit necessary, as the damaged person has to describe such damage at least in outline. There are many definitions of non-material damage. According to Section 253, para. 2 of BGB, for example, non-material damage is defined as one “that is not damage to property (... ein Schaden, der nicht Vermögensschaden ist...)”. The German doctrine defines non-material assets as ones that, due to their nature, cannot be separated from

<sup>12</sup> After all, the Czech Constitutional Court repeatedly referred to PETL in connection with compensation for non-material damage (e.g. Pl.ÚS 16/04; 4/5/2005).

<sup>13</sup> E.g. material damage is thus defined in § 495 of the Czech Civil Code, in § 1293 of the Austrian ABGB or in § 294–254 of the German BGB. All these legal systems distinguish between compensation for material and non-material damage.

a person (such as health, privacy, and well-being);<sup>14</sup> non-material damage then being one that is caused by such assets being interfered with. According to the Austrian judicial decisions and doctrine, non-material damage can be qualified as an interference with a person's integrity that is also manifested by the discomfort or stress it brings about.<sup>15</sup> In the Czech judicial decisions, emphasis is also placed on the fact that non-material damage does not result in a decrease in the property but rather in an interference with a person's personal rights.<sup>16</sup>

In both theory and practice, however, to distinguish between the damage to property and the non-material damage is not much of a problem. The problems consist mainly in the objectivisation and quantification of non-material damage, that is, how much exactly should be paid and which part exactly is worth compensation and which is not.<sup>17</sup> In the past, this difficulty led to some legal orders refusing to deal with this problem (for a long time, for instance, the Soviet legal science refused compensation for non-material damage arguing that this was a "bourgeois relic" and an effort to quantify something which is non-quantifiable)<sup>18</sup> with some others taking a very restrained stance, the German legislation on compensation for the non-material damage caused in connection with the killing of a next of kin, for example, is rather new in BGB – being included in the legal order as late as 2018.<sup>19</sup> Because of the complex and often equivocal nature of compensation for non-material damage and its definition, some legal orders opt for a restrictive approach. This is driven by a concern that the sum of such compensation could be inadequate (risk of sums that are exorbitant) and unpredictable (conflicting with the principle of legitimate expectation).

Although, for the above reasons, the position of compensation for non-material damage is not good, it has still its place in the legal orders of the European countries.<sup>20</sup> The national legislations inspire each other. The Czech Civil Code, for instance, was strongly influenced in the field of compensation for non-material damage by the German and Austrian legislation;<sup>21</sup> with PETL<sup>22</sup>, the EU law, and the judicial decisions

<sup>14</sup> German case law concluded that the destruction of human bodily integrity is also the destruction of sperm in the sperm bank; see e.g. MARKESINIS, B., UNBEARTH, H. *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. 4. ed. Hart Publishing, 2002, p. 46. See also PAVELEK, O. *Nábrada nemajetkové újmy na zdraví a při usmrcení*. Praha: C. H. Beck, pp. 14–17.

<sup>15</sup> DANZL, K. H. *Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht mit Entscheidungsteil*. 10. ed. Wien: Manz Verlags, 2013, pp. 99–116.

<sup>16</sup> See e.g. Judgment of the Czech Supreme Court, 25 Cdo 5162/2008.

<sup>17</sup> In this context, for example, the principle has emerged that petty non-material damage is not compensated.

<sup>18</sup> LORENZ, E. *Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“*. Berlin: Duncker und Humboldt Berlin, 1981, pp. 56–57. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-44913-2>. This concept was to some extent also reflected in the Czech (Czechoslovak) law.

<sup>19</sup> JAEGER, L., LUCKEY, J. *Schmerzensgeld*. Luchterhand Verlag, 2018, pp. 143–144.

<sup>20</sup> DANZL, K. H. *Der Ersatz ideeller Schäden in Europa und im ABGB am Beispiel des Angehörigenschmerzensgeldes*, In: *Festschrift 200 Jahre ABGB*. Wien: Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 2011.

<sup>21</sup> Důvodová zpráva k občanskému zákoníku [Explanatory memorandum to the Czech Civil Code]: § 2894 a- 2899. *Ministry of Justice of the Czech republic* [online]. Available at: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>. Other Eastern European EU Member States are also influenced mainly by German doctrine, such as Estonia; See e.g. LAHE, J., KULL, I. Compensation of non-pecuniary damage to persons close to the deceased or to the aggrieved person. *International Comparative Jurisprudence*. 2016, Vol. 2, no. 1, pp. 1–7. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.icj.2016.03.001>

<sup>22</sup> See e.g. Judgment of the Czech Constitutional Court sp. zn. Pl. ÚS 16/04.

by CJEU<sup>23</sup>, however, being important sources of inspiration as well. Despite the EU law and the relevant judicial decisions of ECJ and GC having a major influence on the national legislations of the EU Member States, surprisingly, the judicial decisions related to compensation for non-material damage are being analysed very little even if the Europeization of national legislations could have a strong potential in their improvement. This trend is very strong, too. In the Czech Republic, for example, in connection with a reform of the Czech Private Law, the problem was dealt with of quantifying compensation for damage to health; As the CJEU decides on such matters as well, its established practice could have contributed to the efforts to improve the national legislation.

Compensation for non-material damage, as mentioned above, is a standard part of the legal systems of the EU Member States. EU law is not and cannot be an exception in this respect. However, compensation for non-material damage is not explicitly regulated in primary law, only in some regulations or directives in secondary law. This is mainly because compensation for non-pecuniary damage is related to protection of personality, which is mainly regulated in the civil law (Civil Codes) of the Member States. An exception is, for example, the protection of personal data (GDPR) or the prohibition of discrimination, which is regulated by EU law. There is also some indication, for example, in Article 340 TFEU, which deals with the harmonization of tort law. Then the non-material damage is regulated in some partial regulations. This is more or less discussed in Chapter VI. of this article. However, it is a question of what is meant by the term European tort law and how this term affects the private law of the Member States in the field of non-material damage. There are different views on this concept. We consider that this concept includes, in particular, the tort law of the EU and the tort law of the Member States. However, the case-law of the ECtHR cannot be left out because it significantly affects both the decision-making practice of the CJEU and the decision-making practice of the courts of the Member States. The highest courts in Germany and France also have an evident influence on the decision-making practice of courts in the Member States.<sup>24</sup> Europeanization of private law, as well as the importance of comparative law, is significantly accelerated by the process of European integration. Comparative law also has an undoubted influence on the law-making process in the EU and thus on tort law.<sup>25</sup>

The law for non-material damage varies from one Member State to another. The principles on which it is based on differing, e.g. the application of punitive damages or the method of determining the amount of compensation, e.g. in the area of compensation for non-material damage to health.<sup>26</sup> One of the reasons why non-material damage is not yet fully unified or harmonized at the EU level is the fact that it is based on very individual circumstances.<sup>27</sup> However, the case-law of the Member States is not fully available, and therefore mutual inspiration

<sup>23</sup> E.g. compensation for non-pecuniary damage in connection with the loss of holiday pleasure.

<sup>24</sup> GILIKER, P. *Research Handbook on EU Tort Law*. Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1–23. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781785365720>

<sup>25</sup> DAM, C. *European Tort Law*. Oxford University Press, 2014, pp. 15–16. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199672264.003.0002>

<sup>26</sup> WAGNER, G. *Tort Law and Liability Insurance*. Springer, 2005, pp. 8–11. DOI: <https://doi.org/10.1007/3-211-30631-5>

<sup>27</sup> DAM, C. *European Tort Law*, Oxford University Press, 2014, p. 323.

(EU – Member State) is problematic. I believe that if we were to strive for the unification of practice, the only solution would probably be the unification of case law through the CJEU case law, as is happening in the Member States; e.g. in Germany play an important role in determining the amount of non-material damage to health so-called Schmerzensgeldtabelle.<sup>28</sup>

Another reason why the legislation of the Member States differs may also be the question of social development. Van Dam concludes that lower amounts to compensate for non-material damage in France than in Britain is why France prefers greater equality.<sup>29</sup> The reason why the EU does not intervene too much in these areas is that it leaves the legislation to the Member States.<sup>30</sup> An example could be compensation for non-material damage to health and death.<sup>31</sup> However, there are also other areas of non-material damage, typically in the case of interference with human rights. A detailed analysis of EU Member States' legislation in this area is lacking. Indeed, it is very difficult to analyse detailed regulations in all Member States. Obstacles to the comparison of legal systems are, firstly, language and, secondly, insufficient publicity of domestic case law. The courts of the Member States do not publish their decisions in foreign languages. The comparisons then mainly concern only some Member States.<sup>32</sup> Thus, there is more or less agreement between the Member States on the recognition of non-material damage to be compensated. There is also general conformity on the definition of non-material damage, which is mostly perceived as the opposite of material damage, i.e. interference with physical health, physical or mental integrity. However, they differ in other aspects, such as the method and form of its compensation, the criterias based on which it is to be decided and, of course, the amount of compensation. The reason for the absence of any more fundamental unifying principles may be precisely that non-material damage is, by its nature, so difficult to quantify that. Furthermore there is often no agreement on certain issues even in the Member State itself. In this case, there are often fundamental differences between courts in one Member State. Member States also take a different approach to the non-material damage compensation function and the possible use of so-called punitive damages. Similarly, Member States differ on issues concerning the inheritance of non-material damage. Although there are large differences in perceptions between Member States, harmonization efforts are emerging at EU level, for example because pain is felt by everyone, no matter where they come from.<sup>33</sup> We believe that harmonization or unification is not possible, precisely because of the still great differences in the regulations and practices of the Member States. It is now therefore not possible to force unification or harmonization in this area. The CJEU can thus play a key role through its case law, which, however, also to some extent takes over the principles of the decision-making practice of the

<sup>28</sup> Ibid., p. 324.

<sup>29</sup> Ibid., p. 342: „Low amounts for non-pecuniary loss in France and high amounts in England are an illustration of the French preference for the equality principle. It makes compensation available for many by keeping the threshold for liability low.“

<sup>30</sup> Ibid., p. 346.

<sup>31</sup> DANZL, K. H. *Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht mit Entscheidungsteil*. 10. ed. Wien: Manz Verlags, 2013, pp. 116–123.

<sup>32</sup> HORTON ROGERS, W. V. (ed.). *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*. Wien-New York: Springer, 2009, pp. 245–272.

<sup>33</sup> Ibid., pp. 245–272.

Member States. CJEU can try to unify the regulation in this area. At the moment, however, the CJEU seems to be reluctant, not activist, in the area of non-material damage. The CJEU can thus accelerate and consolidate European integration. Any disputes in this area can ultimately lead to the improvement of this area.<sup>34</sup> Thus, if the CJEU decides on non-material damage disputes, this may ultimately lead to the formulation of fundamental principles in this matter and, consequently, to the unification of principles in the Member States. In some cases, the CJEU goes even further, which is more or less an attempt to move practice in the Member States further. This is, for example, compensation for non-pecuniary damage in the event of the killing of relatives, where the CJEU is closer to the Leussink case.<sup>35</sup>

It is very difficult to compensate for non-material damage in the Member States. This is due to the different principles that are applied in the Member States. The second reason is strong individualisation, i.e. it is not easy to unify in any way, because the non-material damage is always very individual and the practice, especially case law of all the Member States is not clear enough.

## 2.1 Non-material Damage as defined by CJEU

Both ECJ and GC emphasize (referring to ECtHR) that non-material damage includes objective and subjective elements that are difficult to quantify<sup>36</sup> being of intangible nature.<sup>37</sup> According to the established practice, non-material damage can be defined using concepts including the following: feeling of being wronged, frustration, and incomprehension,<sup>38</sup> legal uncertainty, and unjust handling stressing the injured person or causing to it anxiety<sup>39</sup>, feelings of hopelessness or deep injustice, loss of opportunity<sup>40</sup> or professional integrity, depriving it of job opportunities,<sup>41</sup> or damages to compensate for physical injury in the form of non-material damage to health,<sup>42</sup> feeling of injustice and degradation, procrastinated expectation and uncertainty caused by the illegality of a contested decision.<sup>43</sup> Compensation for non-material damage has also appeared in connection with aesthetic problems<sup>44</sup> or with

<sup>34</sup> BERCUSSON, B. *European Labour Law*. 2. ed. Cambridge University Press, 2009, pp. 384–385. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511609831>

<sup>35</sup> DAM, C. *European Tort Law*. Oxford University Press, 2014, p. 332.

<sup>36</sup> *Post Bank Iran vs. Council of the European Union*, T-559/15, EU:T:2018:948, at [117].

<sup>37</sup> *Iran Insurance Company vs. Council of the European Union*, T-558/15, EU:T:2018:945, at [128].

<sup>38</sup> *Georges Paraskevaïdis vs. European Centre for the Development of Vocational Training (Cedefop)*, T-601/16, EU:T:2017:757, at [84], or *Fernando De Esteban Alonso vs. European Commission*, T-138/18, EU:T:2019:398, at [131] and [133]; Appeal Case before the Court of Justice C-591/19 P.

<sup>39</sup> *Randa Chart vs. European External Action Service (EEAS)*, T-138/14, EU:T:2015:981, at [149] and [155].

<sup>40</sup> *East West Consulting SPRL vs. European Commission*, T-298/16, EU:T:2018:967, at [177] and [180].

<sup>41</sup> *KF vs. The European Union Satellite Centre*, T-286/15, EU:T:2018:718, at [256–257] and [261]. Court (Second Chamber) dismisses the appeal, C-14/19 P, EU:C:2020:492; Or *Giovanni Barbi vs. Commission of the European Communities*, T-68/91, EU:T:1992:90, at [45]–[46].

<sup>42</sup> *CH vs. European Parliament*, F-129/12, EU:F:2013:203, at [64]–[65].

<sup>43</sup> *Lucaccioni vs. Commission*, T-551/16, EU:T:2017:751, at [144], and *Robert McCoy vs. Committee of the Regions*, T-567/16, EU:T:2018:708, at [169].

<sup>44</sup> *Mario Berti vs. Commission of the European Communities*, C-131/81, EU:C:1982:341, at [64]–[65].

dignity at work and isolation<sup>45</sup> – in all the above situations, non-material damage is mentioned being decided on by the CJEU. However, the judicial decisions give no general definition of non-material damage. Thus, there are only particular decisions based on which a more concrete understanding can be arrived at of the way CJEU conceives non-material damage. Using these particular decisions, one could make a very general statement that non-material damage may be caused by encroachment upon a person's private rights, typically their right to life, health, privacy, honour or in connection with their right to due process and, in the event of a legal entity, in connection with damaging its goodwill or also in connection with its right to due process.

### 3 Methods of Compensation for Non-material Damage

Non-material damage can be compensated for by a payment, made good by an apology or, in the event of liability for an illegal decision by an EU body, by rescinding such a decision. In most decisions analysed, the plaintiffs demanded a compensation in the form of a payment. The highest compensation recorded in our research was a payment of 71,000 € in compensation for non-material damage to a natural person.<sup>46</sup> In cases of non-contractual liability of EU institutions, the GC decided that a compensation was not necessarily to take the form of a payment, but a reasonable satisfaction might consist of a mere admission that a wrongful act has been made by the EU institution in question, with a subsequent annulment thereof.<sup>47</sup> Sometimes, the annulment as such may constitute a satisfactory compensation for the entire non-material damage.<sup>48</sup> However, if the illegal act has been of an especially grave character with its annulment being unable to make it good (such as if it is deprived of any useful effect), it itself cannot be taken for an adequate compensation for any non-material damage caused by the wrongful act.<sup>49</sup> Thus, it is necessary to consider whether non-material damage is separable from the act of annulment.<sup>50</sup>

## 4 Non-material Damage types in the CJEU Decisions

### 4.1 Encroachment upon the Right to Life and the Right to Protection of Health

In several of its decisions, the CJEU had to deal with the question of claim to compensation for non-material damage to health<sup>51</sup> and in the event of death.<sup>52</sup> Compensation for

<sup>45</sup> *Q vs. European Commission*, F-52/05, EU:F:2008:161, and F-52/05, EU:T:2011.

<sup>46</sup> *Fereydoun Mahmoudian vs. Council of the European Union*, T-406/15, ECLI:EU:T:2019:468, at [230]. Appeal Case before the the Court of Justice C-681/19 P. As of 15/2/2021 not yet decided.

<sup>47</sup> See e.g. *Roberto Aquino vs. European Parliament*, T-402/18, EU:T:2020:13, at [90]–[94].

<sup>48</sup> See e.g. *Alain Schoonjans vs. European Commission*, T-79/17, EU:T:2018:531, at [53]–[54].

<sup>49</sup> See e.g. *L vs. European Parliament*, T-59/17, EU:T:2019:140, at [59], and case law there cited.

<sup>50</sup> See e.g. *PB vs. European Commission*, T-609/16, EU:T:2017:910, at [97], and *Culin vs. Commission*, C-343/87, EU:C:1990:49, at [27]–[29].

<sup>51</sup> See e.g. *SQ vs. European Investment Bank*, T-377/17, EU:T:2018:478, at [162, 180 and 187], or *Fernando De Esteban Alonso vs. European Commission*, T-138/18, EU:T:2019:398, at [120, 124] and [134–136]. Appeal Case before the Court of Justice C-591/19.

<sup>52</sup> *Stefano Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, T-502/16, EU:T:2019:795, at [164]–[172]. Appeal Case before the Court of Justice C-54/20 P. As of 15/2/2021, not yet decided.

non-material damage to health and in the event of death appears mostly in connection with legislation related to the rights of employees of EU institutions in conformance with the Staff Regulation.<sup>53</sup> The CJEU stressed the fact that an employee may claim from the employer compensation for damage to health consisting of a deterioration of his health, both physical and mental.<sup>54</sup> Considering that EU institutions are big employers, this logically entails claims related to accidents at work particularly in connection with art. 73 of Staff Regulation.

In the decision *Vitalijs Drozdovs vs. Baltikums AAS*, C-277/12, EU:C:2013:685,<sup>55</sup> the ECJ arrived at a conclusion that directives related to motor third party liability “*must be interpreted as meaning that compulsory insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles must cover compensation for non-material damage suffered by the next of kin of the deceased victims of a road traffic accident, in so far as such compensation is provided for as part of the civil liability of the insured party under the national law applicable in the dispute in the main proceedings.*” A principal decision concerning compensation of non-material damage in the event of death was the case, *Gerhardus Leussink and others vs. Commission of the European Communities*. In this case, the ECJ arrived at a conclusion that the next of kin of the deceased (employee of the institution) are entitled to an additional compensation beyond art. 73 Staff Regulation.<sup>56</sup> In the decision, *Stefano Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*,<sup>57</sup> the Tribunal made a statement on compensation for non-material damage in the event of death and to compensation for the survivors. In this decision, the mother was awarded a compensation of 50,000 € for the murder of her son.<sup>58</sup> Similarly, the compensation was discussed for a sibling of the deceased person. This decision defines compensation for non-material damage in the event of death as indirect non-material damage in relation to the direct damage caused to the deceased person referring to art. 73 Staff Regulation. Initially, the Tribunal considered whether siblings are entitled to such compensation at all because this is not explicitly implied by art. 73 Staff Regulation. It then concluded that, even if this non-material damage is not directly implied by any of the EU regulation, by the principle common to all the Member States, this damage can be compensated for.<sup>59</sup> Each sibling was awarded a compensation of 10,000 € for indirect damage in the event of death;<sup>60</sup> however, this decision being not final, it is not

<sup>53</sup> Consolidated text: Regulation No 31 (EEC), 11 (EAEC), laying down the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community [1962] OJ P 045 14. 6. 1962. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01962R0031-20140501>

<sup>54</sup> *PD vs. European Investment Bank*, T-615/16, EU:T:2018:642, at [63]–[65].

<sup>55</sup> *Vitalijs Drozdovs vs. Baltikums AAS*, C-277/12, EU:C:2013:685, at [31].

<sup>56</sup> *Gerhardus Leussink and others vs. Commission of the European Communities*, joined cases 169/83 and 136/84, EU:C:1986:371, at [11]–[13].

<sup>57</sup> *T Stefano Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, T-502/16, EU:T:2019:795. This decision is challenged before the ECJ as a case of file no. C-54/20 P. A number of procedural decisions were passed on to this case, in which procedural issues related to the so-called indirect compensation for non-damage damage in case of death were resolved; see *Livio Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, F-50/09, EU:F:2011:55 and T-401/11 P-RENV-RX, EU:T:2017:874.

<sup>58</sup> *Stefano Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, T-502/16, EU:T:2019:795, at [87]–[88].

<sup>59</sup> *Ibid.*, at [164]–[165].

<sup>60</sup> *Ibid.*, at [172].

yet certain whether it will be rescinded, amended, or confirmed by the ECJ. Compared with the Czech established practice, the compensation is lower;<sup>61</sup> as well as in the case of Austria.<sup>62</sup> Note that, concerning compensation for non-material damage in the event of death, no unequivocal conclusion can be made whether this is a principle common to all Member States as it is not included in the legislation of all of them. Thus, by some legal orders, only the immediate injured person is awarded compensation.<sup>63</sup>

In this connection, it would of course appear as very practical if the regulation of compensation for non-material damage to health and in the event of death were harmonized or even unified. It is not realistic to expect the compensation rate to be unified as the differences between the economies of the EU Member States are still considerable,<sup>64</sup> what could, however be harmonized or unified is the domain of compensation for damage to health and in the event of death, i.e., under all the EU Member State legislations, the injured parties would be entitled to compensation for damage to health and in the event of death. Health and family life are among the basic personal rights that can typically be affected in road traffic accidents, which, because of the free movement of persons, often include an international element and, as such, should be given unified protection.

The first attempt at harmonizing compensation for damage to health and in the event of death appeared as early as 1975 at the European Council (not an EU institution). In 2000, the so-called Trier group submitted a recommendation to the European Commission, Parliament and Council concerning harmonized legislation to regulate compensation for non-material damage. The submission was occasioned by a compensation for non-material damage being often mentioned in connection with road traffic accidents with international elements and by the major differences between the legislations of the Member States concerning such situations. This was also the reason why the Member States were recommended to adopt such a disability classification to be used when dealing with compensation to the injured persons. Compensation would then be calculated based on the percentage rate of disability both physical and mental and its influence on everyday life. The compensation rate should be set out by the court based on an opinion made by a forensic expert specifically instructed on this recommendation. The draft recommendation as a whole was, however, rejected.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> See e.g. judgment of the Supreme Court of the Czech republic, 25 Cdo 894/2018.

<sup>62</sup> Judgment of the Supreme Court of Austria, OGH 18. 4. 2002 2 Ob 237/01v.

<sup>63</sup> DANZL, K. H. Der Ersatz ideeller Schäden in Europa und im ABGB am Beispiel des Angehörigenschmerzensgeldes. In: *Festschrift 200 Jahre ABGB*. Wien: Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung.

<sup>64</sup> Compensation for non-material damage would then have to be determined on the basis of, for example, the GDP of a particular Member State, which could lead to discrimination; See e.g. FIKFAK, V. Non-pecuniary damages before the European Court of Human Rights: Forget the victim; it's all about the state. *Leiden Journal of International Law*. 2020, Vol. 33, no. 2, pp. 335–369. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0922156520000035>

<sup>65</sup> Draft report European Parliament 27. 4. 2003, 2003/2130(INI) [online]. Available at: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20040223/505310EN.pdf>, See also PAVELEK, O. *Nábrada nemajetkové újmy na zdraví a při usmrcení*. Praha: C. H. Beck, pp. 57–58.



## 4.2 Encroachment upon other Personal Rights of a Person or Goodwill of a Legal Entity

There is a number of cases in which the reputation of a natural person was encroached or allegedly encroached upon (such as in connection with an incorrect official procedure by the EC based on which the person was apprehended<sup>66</sup> or in connection with the person not advancing to a higher pay level<sup>67</sup> or because of an encroachment upon the integrity of a person<sup>68</sup>). In judicial decisions, encroachment upon the right to the protection of personal rights is related with the employment or service relationship of an employee. For example, in the case, *XH in European Commission*,<sup>69</sup> the plaintiff claimed compensation for non-material damage in connection with defamatory statements about the plaintiff's mental condition, which was reported in a rolling report on the probationary period. The GC arrived at a conclusion that the plaintiff had been put in a state of concern about its good reputation and professional future and that non-material damage could not be made good by a mere cancellation of the decision on non-advancement; the compensation for non-material damage amounted to 2,000 €. Similarly, in the case of damaging integrity and professional future, a compensation for non-material damage was adjudicated of 10,000 €. <sup>70</sup> In the cases of decisions on compensations for non-material damage in this area, the influence of the established practice of the ECtHR is evident.<sup>71</sup>

Judicial decisions also relate to the goodwill of a legal entity. In this area as well, the influence of ECtHR judicial decisions can be traced respecting the moral dimension of legal entities.<sup>72</sup> This may include the publishing of untrue and misleading information on a legal entity.<sup>73</sup> In this connection, the GC was deciding on compensation for non-material damage being granted directly to the partners and managers of a company.<sup>74</sup> Thus, particularly cases of EU liability for damage in connection with the protection of economic competition are of crucial importance. Compensation for non-material damage related to encroachment upon the goodwill of a legal entity can also be claimed by a legal entity allegedly providing support for the proliferation of atomic weapons being publically accused of such activity endangering peace, which resulted in this person being

<sup>66</sup> *Richard Hamill vs. Commission of the European Communities*, C-180/87, EU:C:1988:474, at [19].

<sup>67</sup> See e.g. *V. R. vs. Commission of the European Communities*, C-75/85, EU:C:1986:347, at [29].

<sup>68</sup> *Janusz Korwin-Mikke vs. European Parliament*, T-352/17, EU:T:2018:319, at [36, 78 and 79].

<sup>69</sup> *XH vs. European Commission*, T-511/18, EU:T:2020:291. Appeal Case before the Court of Justice C-399/20 P.

<sup>70</sup> *KF vs. The European Union Satellite Centre*, T-286/15, EU:T:2018:718, at [258]–[261]. In case C-14/19 P, non-material damage was confirmed (Dismisses the appeal).

<sup>71</sup> See e.g. *Janusz Korwin-Mikke vs. European Parliament*, T-352/17, EU:T:2018:319, at [49].

<sup>72</sup> EMBERLAND, M. Compensating companies for non-pecuniary damage: *Comingersoll s.a. v Portugal* and the ambivalent expansion of the ECtHR scope. *The British Year Book of International Law*. 2004, vol. 74, No. 1, pp. 409–432. DOI: <https://doi.org/10.1093/bybil/74.1.409>

<sup>73</sup> See e.g. *Idromacchine Srl and others vs. European Commission*, T 88/09, EU:T:2011:641, at [70–76].

<sup>74</sup> *Idromacchine Srl; Alessandro Capuzzo; Roberto Capuzzo vs. European Commission*, T-88/09, EU:T:2011:641, at [85]–[93].

disgraced and mistrusted.<sup>75</sup> Encroachment upon the goodwill of a legal entity is also relevant in terms of application of conflict rules, when rumours, especially in the online space, propagate quickly, which necessitates a judicious legal order by which an injured party may seek protection.<sup>76</sup>

## 5 Particular Regulatory Areas of Decisions by the CJEU on Compensation for Non-material Damage

Non-material damage and the compensation for it can be encountered in a national legislation in a number of different areas – related to the private and family law, compensated for can be encroachment upon the natural human rights such as damage to health, privacy, dignity, the causing of death. In the case of a legal entity, this may include damage to goodwill. A specific example of compensation for non-material damage is one for loss of holiday enjoyment or for damage caused by unfair competition such as in relation to sponging off someone else's goodwill or copyright. In all the above cases, compensation for non-material damage must be dealt with, particularly the criteria used to calculate the compensation of non-material damage and the actual amount of compensation. In connection with regulation related to public law, a right may be exercised for the compensation of non-material damage in connection, for instance, with the commitment of a crime.

Listed below are areas in which the CJEU decides the most often on compensation for non-material damage.

### 5.1 Liability for the Decision by an EU Institution

The most frequent were the CJEU decisions on compensation for non-material damage in connection with the liability of an EU institution. This is, thus, the most extensive part of judicial decisions dominating all others. However, even these decisions deal with the question of encroachment upon the personal rights of an individual or upon other basic human rights, particularly with respect to the compensation for non-material damage caused by the violation of a right to due process (such as unreasonably prolonged process).<sup>77</sup> The judicial decisions also defined the assumptions of liability, *as regards the claim for compensation for the non-material damage allegedly suffered by the applicant, it must be recalled that, according to settled case-law regarding civil service matters, the European Union can be held liable for damages only if a number of conditions are satisfied as regards the illegality of the allegedly wrongful act committed by the institution, the actual harm suffered and the existence of a causal link between the act and the damage alleged*

<sup>75</sup> Council Regulation 423/2007 concerning restrictive measures against Iran [2007] OJ L 103 (No longer in force) and *Safa Nicu Sepahan Co. v Council of the European Union* (T-384/11) EU:T:2014:986 at [78]-[88]. Confirmed (C-45/15 P) EU:C:2017:402 at [104]-[107].

<sup>76</sup> See e.g. *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v Svenske Handel AB* (C-194/16) EU:C:2017:766 at [49].

<sup>77</sup> See e.g. *European Union v Kendrion NV* (C-150/17 P) EU:C:2018:1014 at [111].

to have been suffered.<sup>78</sup> Those conditions are cumulative which means that if one of them is not satisfied the European Union cannot be held non-contractually liable.<sup>79</sup>

The amount of compensation should be then defined taking into consideration that “the General Court ruled that, for the purposes of determining the amount of compensation to be awarded for non-material damage in the case, it was appropriate to take account, in particular, of the gravity of the breach identified, its duration, the Council’s conduct, and the effects [...] on third parties.”<sup>80</sup> A decision concerning the liability of EU institutions for non-material damage concerns mostly the European Commission (typically, in connection with the protection of economic competition), but also in connection with the office of the Ombudsman,<sup>81</sup> Council,<sup>82</sup> and the European Parliament.<sup>83</sup>

## 5.2 Compensation in Connection with Service Relationship

Other conditions are in force for the liability arising from a service relationship than those in the case of non-contractual liability by the TFEU. Here, art. 73 and 78 Staff regulations are the key ones. Most of the disputes are related to a service relationship and compensation for non-material damage suffered in consequence of accidents at work,<sup>84</sup> requiring specific criteria. In an effort to ensure compliance with the basic principles of good administration, the EU institutions have set up a number of codes improving the quality of the services provided. These codes regulate the behaviour of employees defining illegal acts such as sexual abuse.<sup>85</sup> If the rules set by a code have been violated, the injured person is entitled to compensation.<sup>86</sup> Compensation for non-material damage can also be claimed in the event of uncertainty or concern for a person’s professional future. If the person’s advancement is in play, for instance, the GC came to a conclusion that the nature of the opportunity and the date should be ascertained, evaluating the financial consequences for the person involved of losing the opportunity. However, by the judicial decisions, the loss of an opportunity can be ascertained objectively using a mathematical coefficient based on an in-depth analysis.

<sup>78</sup> See e.g. *Commission of the European Communities v Augusto Brazzelli Lualdi and others* (C-136/92 P) EU:C:1994:211 at [42] and *QB v European Central Bank* (T-827/16) EU:T:2018:756 at [117].

<sup>79</sup> See e.g. *Georges Paraskevaidis vs. European Centre for the Development of Vocational Training*, T-601/16, EU:T:2017:757, at [78].

<sup>80</sup> *Safa Nicu Sepaban Co. vs. Council of the European Union*, T-384/11, EU:T:2014:986, at [88]–[91] and C-45/15 P, EU:C:2017:402, at [52].

<sup>81</sup> See e.g. *European Ombudsman vs. Claire Staelen*, C-337/15 P, EU:C:2017:256, at [89]–[95] and [130]–[131].

<sup>82</sup> *Safa Nicu Sepaban Co. vs. Council of the European Union*, C-45/15 P, EU:C:2017:402.

<sup>83</sup> See, e.g., the European Parliament has been criticized for being contemptuous and obstructive; *CN vs. European Parliament*, T-343/13, EU:T:2015:926, at [113] and [121].

<sup>84</sup> See, e.g. *Livio Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, C-417/14 RX-II, EU:C:2015:588, at [29]–[53].

<sup>85</sup> See e.g. Guidelines on Ethical Standards for the Participation of the Members of the European Commission in the Election Campaign. Available at: [https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/ethics-and-good-administration/commissioners-and-ethics/code-conduct-members-european-commission\\_cs](https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/ethics-and-good-administration/commissioners-and-ethics/code-conduct-members-european-commission_cs)

<sup>86</sup> *PY vs. EUCAP Sabel Niger*, T-763/16, EU:T:2018:181, at [6], [122], [130].

However, if the loss of opportunity cannot be quantified in this way, it must be determined *ex aequo et bono*.<sup>87</sup> Compensation for non-material damage also tends to be claimed to cover the costs of treatment and aesthetics<sup>88</sup> or to make up for isolation or loss of opportunity in connection with pay level<sup>89</sup> or damage caused by concern about the future career or for the anguish suffered. A student claimed compensation for being denied access to the documents needed to finish his dissertation.<sup>90</sup>

### 5.3 Victims of Crimes

Compensation for mental harm as a result of a crime is regulated by Directive 2012/29/EU.<sup>91</sup> Pursuant to art. 2 (1) of this Directive, “for the purposes of this Directive the following definitions shall apply: (a) ‘victim’ means: (i) a natural person who has suffered harm, including physical, mental or emotional harm or economic loss which was directly caused by a criminal offence; (ii) family members of a person whose death was directly caused by a criminal offence and who have suffered harm as a result of that person’s death.” Thus, this directive explicitly refers to the victims’ emotional harm and efforts to protect the victims of criminal offences. The Member States are supposed to adopt legislation to make good emotional harm.<sup>92</sup> The state, being liable for violation of the EU law, must compensate for the consequences of the damage caused in accordance with the national legislation regulating liability, with the compensation eligibility criteria being at least as favourable as the criteria for similar compensation given the national law (principle of equality). The following case may serve as an example. Having been kidnapped and unable to seek assistance due to the emergency call number 112 not working, a girl aged seventeen subsequently died. Thus, the girl and her parents, suffered non-material loss because the Member State, having not updated its legislation accordingly, failed to make sure that the emergency number was constantly available.<sup>93</sup>

### 5.4 Air transport and tourism

In its decisions, the CJEU has repeatedly concluded that harm and loss referred to in Chapter III of the Montreal Convention must be regarded as including both the proprietary and the non-material parts of damage, which was subsequently reflected in Regulation

<sup>87</sup> *AK vs. European Commission*, F-91/10, EU:F:2013:34, at [85], [91]–[93]. The appeal was rejected (T-288/13 P).

<sup>88</sup> *Mario Berti vs. Commission of the European Communities*, C-131/81, ECLI:EU:C:1982:341.

<sup>89</sup> See e.g. *Q vs. European Commission*, F-52/05, EU:F:2008:161 and F-52/05, EU:T:2011.

<sup>90</sup> *Athanasios Pitsiorlas vs. Council of the European Union and European Central Bank*, joined Cases T-3/00 and T-337/04, EU:T:2007:357, at [317]–[325].

<sup>91</sup> Directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA [2012] OJ L 315.

<sup>92</sup> See e.g. *TG, UF vs. Úrad špeciálnej prokuratúry Generálnej prokuratúry Slovenskej republiky and others*, C-603/19, EU:C:2020:774.

<sup>93</sup> *AW, BV, CU, DT vs. Lietuvos valstybė*, C-417/18, EU:C:2019:671, at [13], [24].

261/2004.<sup>94</sup> The basic decision concerning non-material damage was then *Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH & Co. KG* (C-168/00) EU:C:2002:163., which extends the claims of the customers of travel agencies.

## 5.5 Discrimination

Pursuant to art. 17 Directive 2000/78/EC,<sup>95</sup> the “Member States shall lay down the rules on sanctions applicable to infringements of the national provisions adopted pursuant to this Directive and shall take all measures necessary to ensure that they are applied. The sanctions, which may comprise the payment of compensation to the victim, must be effective, proportionate and dissuasive.” Related to every discrimination is particularly an encroachment upon the personal rights (honour, dignity, privacy etc.) resulting in compensation for non-material damage.<sup>96</sup>

## 5.6 Defective Product

Pursuant to art. 9 Directive 85/374/EEC,<sup>97</sup> damage also includes one caused by death or injury. The ECJ confirmed that compensation for non-material damage related to death or health cannot be limited.

## 6 Basic Principles of Deciding on Non-material Damage

Although the CJEU has repeatedly stated that it is not its aim to harmonize the compensation of damage, in particular to harmonize the set of conditions of civil liability of the Member States,<sup>98</sup> certain “harmonizing” is no doubt taking place of exercising rights to compensation for damage based on judicial decisions claiming. The GC claimed allegiance to the common principles related to compensation for non-material damage, for example, in its case *Stefano Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*,<sup>99</sup> in which it infers that, concerning the compensation for non-material damage in the event of death, compensation can also be awarded to siblings as it follows from the common principles

<sup>94</sup> Regulation 261/2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights [2004] OJ L 46 and *Aurora Sousa Rodríguez and others vs. Air France SA*, C-83/10, EU:C:2011:652, at [41], or *Axel Walz vs. Clickair SA*, C-63/09, EU:C:2010:251, at [29].

<sup>95</sup> Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation [2000] OJ L 303.

<sup>96</sup> See e.g. *TK (C-773/18)*, *UL (C-774/18)*, *VM (C-775/18) vs. Land Sachsen-Anhalt*, EU:C:2020:125, at [55], or *María Auxiliadora Arjona Camacho vs. Securitas Seguridad España SA*, C-407/14, EU:C:2015:831, at [45].

<sup>97</sup> Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products [1985] OJ L 210.

<sup>98</sup> E. g. *Vitalijs Drozdovs vs. Baltikums AAS*, C-277/12, EU:C:2013:685, at [31].

<sup>99</sup> *Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, T-502/16, EU:T:2019:795. This case is challenged before the ECJ as a case C-54/20 P. A number of procedural decisions were passed on to this decision, in which procedural issues related to the so-called indirect compensation for non-material damage were resolved; see *Livio Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, F-50/09, EU:F:2011:55 and T-401/11 P-RENV-RX, EU:T:2017:874.

of the EU countries. Such principles, however, are difficult to trace in this area because not all EU Member State do recognize this specific principle compensation. Looking for principles common to all the EU countries may thus be rather problematic. Despite the difficulty in an unequivocal forming of principles inferred in this way, one can identify in the decisions by the CJEU the acceptance of the below basic principles in deciding on claims for the compensation of non-material damage.

## 6.1 Distinction between material damage and non-material damage.

Distinction between material damage and non-material damage can be seen in a number of regulations such as Regulation 261/2004<sup>100</sup> or Directive 2012/29<sup>101</sup> or in judicial decisions. Non-material damage in this directive is defined as physical, sexual, emotional or psychological harm. The distinction is then evident from such decisions (e.g., *SL vs. Vueling Airlines SA*, C-86/19, EU:C:2020:538, at [31]).<sup>102</sup>

## 6.2 Joint liability of the injured party and breach of duty of care

If the injured party participates in causing the damage, the amount of compensation may be reduced.<sup>103</sup> This includes, e.g., a situation in which the aggrieved party neglects the general duty of care; the compensation is then reduced accordingly.

## 6.3 Method of Calculating the Amount of Compensation

The method of calculating the amount of compensation of non-material damage is understood as the set of criteria based on which the compensation is to be calculated. It is, however not possible to find unequivocal criteria to be used, only general recommendations can be formulated based on the established judicial practice for the court to take into consideration when deciding about the compensation. As in the case of national courts, also the CJEU decisions are substantially based on similar cases to which the court refers in the justification. However, the CJEU also emphasizes that the particular circumstances should be taken into consideration of the case in question<sup>104</sup> as non-material damage includes both objective and subjective elements. This meets the principle of legitimate expectation,

<sup>100</sup> Regulation 261/2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights [2004] OJ L 46.

<sup>101</sup> Point 17 of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA [2012] OJ L 31: “Violence that is directed against a person because of that person’s gender, gender identity or gender expression or that affects persons of a particular gender disproportionately, is understood as gender-based violence. It may result in physical, sexual, emotional or psychological harm, or economic loss, to the victim.” Confirmed in Case *Axel Walz vs. Clickair SA*, C-63/09, EU:C:2010:251, at [29].

<sup>102</sup> “The Court has also held that the limitation of compensation laid down in Article 22(2) of the Montreal Convention must be applied to the total damage caused, regardless of whether that damage is material or non-material.”

<sup>103</sup> E.g. *Ernst Bauer vs. Commission of the European Communities*, C-299/93, EU:C:1995:100, at [23]–[24].

<sup>104</sup> *Post Bank Iran vs. Council of the European Union*, T-559/15, EU:T:2018:948, at [115], [119], [120] and [122].

which is also very substantial in the CJEU decisions.<sup>105</sup> Concerning personal rights, the CJEU refers to the numerous decisions by the ECtHR and the principles it formulates. Compared with the Czech, Austrian, and German judicial practice, however, the references are less frequent, with the Czech courts often referring to similar decisions in the case particularly if deciding about the amount of compensation for damage to health. In the German or Austrian judicial practice, the decisions on the compensation for non-material damage is even based directly on what is called a *Schmerzensgeld-Tabelle* based on similar decisions, which classifies pain types.<sup>106</sup>

In many CJEU decisions, sufficient criteria are not included, with the court only stating that the compensation should be determined on the *ex aequo et bono* principle.<sup>107</sup> Such reference to these principles is not exceptional by any means as, by numerous national regulations as well, non-material damage should be determined by the circumstances of a case (ABGB) or on the principle of fairness (Czech Civil Code).

In addition to this method of determination, however, the CJEU also decides based on a list of particular criteria. Even a relationship is admitted between the compensation for material damage and non-material damage in the sense that non-material damage is a percentage of damage to property. As a typical example of this may be taken the determination of the compensation for non-material damage based on the penalty imposed in connection with protecting economic competition.<sup>108</sup> Also lump-sum compensation is admitted for non-material damage,<sup>109</sup> which is also known to the Czech labour code.

However, the currently established practice of the CJEU does not imply that such clearly defined decision criteria should exist as seen, for instance, in the decision practice of the national courts or that of the ECtHR. Often, the CJEU simply states that non-material damage has been caused by an illegal act without giving a more detailed substantiation of the damage. The reason for this may be the still small number of judicial decisions in this area.

In the case of non-material concerning damage to health, such as one caused by occupational disease, the GC admits using an expert's opinion.<sup>110</sup> This is given by the nature of damage to health, which, at least on the basis of an expert's opinion, can be objectivised. However, since the cases of compensation for damage to health tried before the CJEU are

<sup>105</sup> The principle of legitimate expectations is firmly enshrined in the case law of the CJEU, e.g. *Fotios Nanopoulos vs. European Commission*, F-30/08, EU:F:2010:43, at [193].

<sup>106</sup> SLYZIK, A. *Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle 2019 Mit praxisorientierter Kommentierung des Schmerzensgeldrechts*. C. H. Beck Verlag, 2018.

<sup>107</sup> See e.g. *Dominique Noëlle Oberthür vs. Commission of the European Communities*, C-24/79, EU:C:1981:207, at [15]; *Council of the European Union vs. Lieve de Nil and Christiane Impens*, C-259/96 P, EU:C:1998:224, at [32]–[33]; *Stefano Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, T-502/16, EU:T:2019:795, at [171].

<sup>108</sup> *European Union vs. Kendrion NV*, C-150/17 P, EU:C:2018:1014, at [106], and *Kendrion NV vs. European Commission*, C-50/12 P, EU:C:2013:771, at [77]–[108] and [132].

<sup>109</sup> EEC/EAEC Council: Regulation No 31 (EEC), 11 (EAEC), laying down the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community [1962] OJ 45; art. 73.

<sup>110</sup> *PD vs. European Investment Bank*, T-615/16, EU:T:2018:642, at [74].

less numerous than those before national courts, not even the judicial decisions are processed in much detail concerning the nature of an expert's opinion in this area. Thus, clearly specified criteria are still missing. In partial decisions, however, the CJEU has defined some of them. It has admitted, for example, that regard may be paid for age as a criterion, which is usual in the national judicial decisions, for example, in the event of damage to health.<sup>111</sup> However, a certain inconsistency should not be overlooked in the established decision practice of the ECJ where, as mentioned above, compensation is only admitted on the *aequo et bono* principle; nevertheless in its case *Kendrion NV vs. European Union*,<sup>112</sup> it laid down a requirement that GC, when judging a claim for the compensation for damage, should list the criteria applied to determining compensation; however, it can be assumed that, having regard for the relevant criteria in a decision on the compensation is necessary for its proper justification.<sup>113</sup> Similarly to the national decision practice, the criteria for determining the compensation for non-material damage are only exceptionally listed in the regulation (exceptions in this regard include the Czech Civil Code<sup>114</sup> and Penal Code, where the criteria are explicitly given) being mostly formulated in judicial decisions. The influence of the ECtHR decisions can then be observed towards a possibility of the encroachment being intensified by external publication.<sup>115</sup>

The CJEU has repeatedly stated that it respects the established practice of national legislations, with non-material damage being compensated for by lump sums; in this respect, a national court has much leeway (such as a lump-sum compensation in the event of encroachment upon personal rights during discrimination<sup>116</sup>). It stressed, however, that it is up a particular legal order of each Member-State to define appropriate process conditions with such conditions being not less favourable than those concerning similar proceedings based on the national law (principal of equality) and not excessively encroaching upon the course of exercising the rights awarded by the EU legal order (principle of efficiency).<sup>117</sup> Thus, the ECJ has not rejected a lump-sum compensation for non-material damage,<sup>118</sup> but emphasized that the compensation determined in this way should not weaken the position of the aggrieved party. In this connection, the ECJ also emphasized that it is admissible

<sup>111</sup> *Andrew Macrae Moat vs. Commission of the European Communities*, T-13/92, EU:T:1993:22, at [49].

<sup>112</sup> *Kendrion NV vs. European Union*, C-150/17, EU:C:2018:1014, at [110].

<sup>113</sup> See e.g. *Safa Nicu Sepahan Co. vs. Council of the European Union*, C-45/15 P, EU:C:2017:402, at [103] and [107].

<sup>114</sup> § 2957 CC: “The manner and amount of adequate satisfaction must be determined so as to also compensate for the circumstances deserving special consideration. These circumstances shall mean causing intentional harm, including, without limitation, causing harm by trickery, threat, abuse of the victim's dependence on the tortfeasor, multiplying the effects of the interference by making it publicly known or as a result of discriminating the victim with regard to the victim's sex, health condition, ethnicity, creed, or other similarly serious reasons. Account is also taken of the victim's concerns of loss of life or serious damage to health if such concerns were caused by the threat or other causes.”

<sup>115</sup> See e.g. *Manel Camós Grau vs. Commission of the European Communities*, T-309/03, EU:T:2006:110, at [160].

<sup>116</sup> § 15 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) and *TK (C-773/18)*, *UL (C-774/18)*, *VM (C-775/18) vs. Land Sachsen-Anhalt*, EU:C:2020:125, at [56], [63].

<sup>117</sup> *Susanne Bulicke vs. Deutsche Büro Service GmbH*, C-246/09, EU:C:2010:418, at [35]–[36], and *TK (C-773/18)*, *UL (C-774/18)*, *VM (C-775/18) vs. Land Sachsen-Anhalt*, EU:C:2020:125, at [56]–[63].

<sup>118</sup> *Lucaccioni vs. Komise*, C-257/98 P, EU:C:1999:402, at [22]; or *Q vs. Commission of the European Communities*, F-52/05, EU:F:2008:161, at [240]; partially canceled in T-80/09 P.



for national legislation, which lays down a specific compensation scheme for non-material damage resulting from minor physical injuries caused by road traffic accidents, limiting the compensation payable for such damage in comparison with the compensation allowed for identical damage arising from causes other than those accidents.

Concerning this, the ECJ also noted that national legislation can lay a specific compensation scheme for non-material damage resulting from minor physical injuries caused by road traffic accidents. Compensation for such damage can be limited in comparison with the compensation allowed for identical damage arising from causes other than those accidents.

In this respect, the so-called Milan Tables would also comply.<sup>119</sup>

Concerning the compensation for non-material damage in the event of death, the GC also takes into consideration such circumstances as emotional bonds.<sup>120</sup> In a similar way, this is also approached by the Austrian<sup>121</sup> and Czech<sup>122</sup> judicial decisions in the event of bonds between siblings whose intensity exceeds the usual ones also taking into consideration dramatic circumstances of an accident.<sup>123</sup> Next, in its decisions, the GC formulates certain criteria such as age when judging the compensation for damage caused to the aggrieved party.<sup>124</sup>

### 6.3.1 Burden of Proving

The burden of proving lies on the plaintiff. The plaintiff must prove all the presumptions of liability including the decisive cause of the damage.<sup>125</sup> In non-material damage, it may be particularly difficult to prove its occurrence as well as its causal nexus to an illegal act. Therefore, judicial decisions provide certain reliefs as far as the compensation is considered. Under special circumstances, it is sufficient, for example, to set only a potential, i.e., which non-material damage could have potentially been caused and, at least approximately, calculate the amount of non-material damage.<sup>126</sup> Thus, an approximate calculation or estimate will do.<sup>127</sup> (“*The Court of Justice has, admittedly, accepted that, in certain special cases, particularly where the alleged loss is difficult to calculate, it is not absolutely necessary to particularise its exact extent in the*”

<sup>119</sup> *Enrico Petillo, Carlo Petillo vs. Unipol Assicurazioni SpA*, C-371/12, EU:C:2014:26, at [9] and [47].

<sup>120</sup> *Stefano Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, T-502/16, EU:T:2019:795, at [169] and [172].

<sup>121</sup> Judgment of the the Supreme Court of Austira, OGH 12/07/2007 2 Ob 263/06z.

<sup>122</sup> Judgment of the Czech Constitutional Court, I. ÚS 2844/14.

<sup>123</sup> *Stefano Missir Mamachi di Lusignano vs. European Commission*, T-502/16, EU:T:2019:795, at [169].

<sup>124</sup> *Andrew Macrae Moat vs. Commission of the European Communities*, T-13/92, EU:T:1993:22, at [49].

<sup>125</sup> E.g. *Idromacchine Srl, and others vs. European Commission*, T-88/09 DEP, EU:T:2017:5, at [22].

<sup>126</sup> E.g. *Post Bank Iran vs. Council of the European Union*, T-559/15, EU:T:2018:948, at [109]–[117].

<sup>127</sup> *Donal Gordon vs. Commission of the European Communities*: T-175/04, EU:T:2007:38, at [45], and C-198/07 P, EU:C:2008:761, at [19]: “*In addition, in relation to the non-material damage, it should be pointed out that quite apart from the complete absence of any quantification of that damage, the applicant has not placed the Court in a position to assess the extent or character thereof. However, where compensation of non-material injury, whether as symbolic reparation or as true compensation, is sought, it is for the applicant to specify the nature of the non-material damage alleged in connection with the conduct of the Commission complained of and to quantify the whole of that damage, even if approximately.*”

application nor to calculate the amount of the compensation claimed”)<sup>128</sup> However, the plaintiff must then prove the existence of special circumstances that account for not precisely specifying the compensation.<sup>129</sup> In other words, the plaintiff, rather than giving precise specification of the compensation, can just describe the circumstances that were to cause non-material damage or<sup>130</sup> estimate the compensation (this applies both to damage to property and non-material damage).<sup>131</sup>

## 6.4 Emphasis on the EU Liabilities for Non-material Damage

The judicial decisions sufficiently specify the assumptions of non-contractual liability of the EU institutions. This may be an illegal act, such as an incorrect or delayed decision, next material or non-material damage as well as what is called casual nexus. In the role of an employer, the EU has an increased responsibility towards its employees and, as such, must be held responsible for any unlawful activity.<sup>132</sup> If it is an EU institution that contravenes a legal regulation, this breach of law must be of a sufficient importance and the damage caused must be real and sufficiently specified.<sup>133</sup> From the legal point of view, it should also be noted that specific rules apply to actions for the compensation of damage caused by an EU institution to an officer or employee brought pursuant to art. 270 TFEU and art. 90 and 91 Staff Regulation, which are different from the rules of non-contractual liability pursuant to art. 268 and 340 TFEU.<sup>134</sup> The assumption is that an incorrect decision has been made causing non-material damage. In some cases, the compensation consists of a mere annulment of such a decision.

## 6.5 Function of the Compensation for Non-material Damage

In deciding about the compensation for non-material damage, its function is among the key points as well. In the established practice of the Czech,<sup>135</sup> German,<sup>136</sup> and Austrian<sup>137</sup> courts, this problem occurs repeatedly and it is, therefore, not surprising that its solution is also expected in the decision practice of the CJEU. Basically, the compensation of non-material damage may have three functions – compensatory, punitive, and preventive. Discussions

<sup>128</sup> *Chantal Hectors vs. European Parliament*, C-150/03 P, EU:C:2004:555, at [62].

<sup>129</sup> See e.g. *Inalca SpA – Industria Alimentari Carni and Cremonini SpA vs. European Commission*, C-460/09 P, EU:C:2013:111, at [104].

<sup>130</sup> *Donal Gordon vs. Commission of the European Communities*, T-175/04, EU:T:2007:38, at [45].

<sup>131</sup> Např. *Bassam Sabbagh vs. Council of the European Union*, T652/11, EU:T:2015:112, at [65].

<sup>132</sup> *SQ vs. European Investment Bank*, T-377/17, EU:T:2018:478, at [166].

<sup>133</sup> E.g. *Culin vs. Commission of the European Communities*, C-343/87, EU:C:1990:49, at [27].

<sup>134</sup> *Robert McCoy vs. Committee of the Regions*, T-567/16, EU:T:2018:708, at [164].

<sup>135</sup> Judgment of the Czech Constitutional Court, Pl. ÚS 16/04.

<sup>136</sup> KERSCHNER, F. *Schmerzengeld Kommentar und Judikatur*. Verlag Österreich, 2013, p. 93; RÜGGEMEIER, G. *Prinzipien des Haftungsrechts*. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 3.

<sup>137</sup> FUCHS, M., PAUKER, W., BAUMGÄRTNER, A. *Delikts- und Schadenersatzrecht*. 9. ed. Springer, 2016, pp. 375–378. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-662-52665-1>

are held to determine whether its nature should be punitive or compensatory. It follows from the Czech, Austrian, and German practice as well as from the expert's discourse that this question is not unequivocal. The basic question that needs to be answered is whether the compensation for non-material damage should also be of punitive nature and, if so, in which particular cases. This tendency to emphasize the punitive nature of compensation for non-material damage is evident mostly in cases of wilful encroachment upon personal rights or intentional damage to health or intentional impairment of the honour and dignity of a person in media. In such cases, the courts tend to prefer the punitive function of the compensation for damage.

Concerning the compensation of non-material damage, the EU legislation is not quite unequivocal – neither the legal regulations nor the judicial decisions do arrive at a clear conclusion. For example, pursuant to art. 17 Directive 2000/78/ES<sup>138</sup> providing a general framework for equal treatment at work, the sanctions have to be discouraging albeit reasonable. It is not required that the person damaged as a result of sex discrimination should be awarded a repressive compensation for damage that exceeds the full compensation for the actual damage caused representing a punitive measure.<sup>139</sup> Neither the principle of full compensation for the damage caused nor the one of proportionality do impose a duty of repressive compensation for damage. In connection with non-material damage then, the CJEU rejects punitive compensation for damage.<sup>140</sup>

The purpose of compensation for non-material damage is to protect the injured party or the victims as the weaker participants, by which the interpretation should be guided of a particular piece of legislation.<sup>141</sup> The CJEU decisions are based on the principle of process autonomy. Within the scope of non-existent legislation concerning the compensation for damage with the nature of a sanction as it is, it is the right of every national legal order to set criteria defining the scope of compensation, again respecting the principles of equality and efficiency.<sup>142</sup> Concerning compensation for damage and possible awarding of a compensation having the nature of a sanction, if there is no relevant EU legislation in this respect, each national legal order can lay down criteria defining the scope of such compensation, given that the principles of equality and efficiency are complied with.<sup>143</sup>

<sup>138</sup> Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation [2000] OJ L 303.

<sup>139</sup> *María Auxiliadora Arjona Camacho vs. Securitas Seguridad España SA*, C-407/14, EU:C:2015:831, at [33]–[35].

<sup>140</sup> *Kendrion NV vs. European Union*, T-479/14, EU:T:2017:48, at [113]: “It points out that it falls to the applicant to provide evidence of the alleged damage. The damage alleged is described in extremely vague terms, reflects an underlying confusion between the non-material damage and the material damage, and is not substantiated by any evidence at all. Moreover, the applicant is claiming punitive damages.” Appeal Case before the Court of Justice (C-150/17 P) EU:C:2018:1014. However, that part of the decision was not called into question in the statement of reasons in case C-150/17 P.

<sup>141</sup> *Katarína Haasová vs. Rastislav Petrik, Blanka Holingová*, C-22/12, EU:C:2013:692.

<sup>142</sup> See e.g. *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland* (C-46/93) EU:C:1996:79 at [89] and [90].

<sup>143</sup> *Vincenzo Manfredi (C-295/04) vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito (C-296/04) vs. Fondiaria Sai SpA, and Nicolò Tricarico (C-297/04), Pasqualina Murgolo (C-298/04) vs. Assitalia SpA*, EU:C:2006:461, at [84]–[86] and [92]. And AFFERNI, G. Case: ECJ – Manfredi v Lloyd Adriatico. *European Review of Contract Law*. 2007. Vol. 3, no. 2. DOI: <https://doi.org/10.1515/ERCL.2007.011>

It follows from the above that the CJEU provides the Member States with a leeway to determine whether they require a punitive compensation or not. If, however, it is up to the ECJ or GC alone to decide about questions concerning the compensation for non-material damage, in view of the above mentioned decision ref. T479/14, it is our opinion that, in the event of compensation determined by the EU legislation alone, such as for employees, it rejects the concept of punitive compensation of damage.

## 6.6 Petty Non-material Damage

Concerning compensation for non-material damage, such as one to health, both the theory and the decision practice tend to favour the idea that not every non-material damage, that is, not every feeling of frustration, wrong, or damage to health should be compensated for based on the *minima non curat praetor* principle. No unequivocal criteria can be laid down to define how intensive an encroachment must be upon the private rights of a natural person or the goodwill of a legal entity. It is also clear from the decisions of national courts<sup>144</sup> that this doctrine is being applied. The German doctrine and judicial decisions, for example, still maintain that damage should be compensated for only if its intensity or duration is not irrelevant<sup>145</sup> or if it is evident in a particular case that the damage is not negligible.<sup>146</sup> According to the Czech judicial decisions then, mild or short-term mental discomfort need not be compensated for.<sup>147</sup> A principle formulated in this way, does have its practical meaning because, if it did not exist, the group would be increased of people somehow affected and claiming excessive compensation for negligible damage. The problem is exactly which damage should still remain uncompensated for and which not. The national doctrine and judicial decisions tend to prefer the restrictive interpretation meaning that the concept of seriousness should not in fact be applied to damage which, by its nature (intensity and duration) is negligible.

Two tendencies can be found in the CJEU decisions. The first one is obvious in the liability of the EU institutions. Thus, not in all the cases in which a wrongful decision has been made, an entitlement to compensation for non-material damage is created „According to settled case-law, a finding of the unlawfulness of a legal measure is not enough, however regrettable that unlawfulness may be, for it to be held that the condition for the incurring of the Community’s non-contractual liability relating to the unlawfulness of the institutions’ alleged conduct has been satisfied.”<sup>148</sup> From the ECJ decisions, it follows that the occurrence of a non-contractual EU liability is conditioned by the fulfilment of a number of conditions. One of such conditions is sufficiently grave violation of a legal regulation, aiming to acknowledge the rights of individuals, that is, an institution has committed not only a wrongful act but also seriously violated a legal

<sup>144</sup> E.g. Judgment of the Czech Supreme Court, 30 Cdo 3849/2014.

<sup>145</sup> BRAND, O. *Schadenersatzrecht*. München: C. H. Beck, 2010, p. 98.

<sup>146</sup> WALTER, W. Nová právní úprava náhrady škody v německém právu. *Evropské právo*. 2003, no. 1, p. 16.

<sup>147</sup> E.g. Judgment of the Czech Supreme Court, 30 Cdo 3849/2014.

<sup>148</sup> *Jose Maria Sison vs. Council of the European Union*, T-341/07, EU:T:2011:687, at [31].

regulation, related to the admission of rights to individuals.<sup>149</sup> This means that an act, in addition to being regretful, must also be grave. “*The decisive test for finding that a breach is sufficiently serious is whether the EU institution or organ concerned manifestly and gravely disregarded the limits on its discretion. Where that institution or body has only a considerably reduced discretion, or even none at all, the mere infringement of EU law may be sufficient to establish the existence of a sufficiently serious breach.*”<sup>150</sup> Similarly also: As regards the decision to terminate the contract, it must be borne in mind that any dismissal is by nature likely to generate in the person dismissed feelings of rejection, frustration and uncertainty as to the future. Thus it is only where there are special circumstances that it may be declared that the unlawful conduct of an employer has had a psychological impact on the staff member beyond what a dismissed person normally feels, and that that person is entitled to the payment of a compensation for non-material damage.<sup>151</sup> Another trend is that, although the personal rights of a natural person or the goodwill of a legal entity have been encroached upon, such encroachment is so small that it is not worth a compensation. Thus, if the plaintiff requires compensation for non-material damage that is not out-of-the-ordinary or that can be expected, this is a reason for such action to be dismissed.<sup>152</sup>

## Conclusion

Under the EU law, the decisions on non-material damage are mostly related to the liability of the EU institutions for possible deviations in their activities, next to the liabilities of the same institutions as employers and next to specific areas of regulation in which directives or orders assume compensation for damage caused by encroachments upon the rights of persons involved. Non-material damage, although seen as a separate category distinguishable from material damage, is not unequivocally defined by the EU law or decision by the CJEU. From the decision practice formed on the basis of the above areas, it can then be inferred that non-material damage is regarded not just as damage to life and health but also one to all other human rights such as to honour, family life, good reputation or to some other similar assets of legal entities (goodwill, reputation), which is similar to what is known in the national legislations.

The following basic principles can be observed in its decisions on non-material damage:

Flexibility in viewing the concept itself of non-material damage and its compensation – EU gives the Member States a leeway in determining non-material damage; this leeway can especially be observed concerning the compensation for non-material damage to health or in the event of death. Even if the EU gives the Member States freedom in setting the amount of compensation, it is still interested in harmonizing the regulations reasoning

<sup>149</sup> *HTTS Hanseatic Trade Trust & Shipping GmbH vs. Council of the European Union*, C-123/18 P, EU:C:2019:694, at [32]–[55].

<sup>150</sup> *Randa Chart vs. European External Action Service*, T-138/14, EU:T:2015:981, at [51].

<sup>151</sup> *VE vs. European Securities and Markets Authority*, T-77/18 and T-567/18, EU:T:2020:420, at [227].

<sup>152</sup> *Sviluppo Italia Basilicata SpA vs. European Commission*, C-414/08 P, EU:C:2010:165, at [141].

that, if in some Member States, particularly concerning the protection of consumers, compensation for non-material damage is awarded and in others not, this leads to disorders in EU internal market.<sup>153</sup> The compensation may also be awarded as reimbursement or in the non-monetary form (an excuse, annulment of decision) where adequate and sufficient. Concerning the amount of compensation, the CJEU does not provide exorbitant compensations. However, as in the national practice, the claim for compensation is higher than the actual sum awarded.<sup>154</sup> The method for calculating the compensation is significantly contingent on the particular circumstances of a case. Similar decisions should also be taken into consideration (not just by the CJEU, but also those by ECtHR). Nevertheless, no unequivocal guide can be traced in the judicial decisions. Accentuated are the *aequo et bono* principles, in further decisions also exact evaluation of the relevant criteria of the possibility of using an expert's opinion, particularly related to damage to health, or the importance of some circumstances (such as the age of the injured person, the publication of an encroachment). Clear-cut criteria, however, are not defined, which is of course understandable due to the diversity of the areas in relation to which the question is to be resolved and the range of the potential damage types. Concerning the application of national regulations, it is emphasized that the principles of equality and efficiency should be observed. In the CJEU interpretation, compensation for non-material damage is not regarded as a punishment of the perpetrator even if it accepts the possibility of such approach as part of applying national regulations, given that the principles of equality and non-discrimination are complied with. Although a person claiming compensation for non-material damage must state and prove material facts concerning the existence of obligation to compensate, in relation to the amount of the compensation, it accepts that an estimate is sufficient. The amount of compensation may also be reduced by the proportion in which the injured person itself participated in causing the damage.

It may be expected that the approach to non-material damage will develop along with the legal relations under which it is considered and that the above will also be reflected in the existing judicial decisions. Currently, the established decision practice is by no means united and the predictability of a decision in this area is less than, for example, for the decisions by ECtHR.<sup>155</sup> As is evident from the results of our analysis, the case law of the CJEU finds inspiration in the ECtHR, undoubtedly due to the longer and more diverse decision-making practice of the ECtHR in this area. This is evident in the example of compensation for non-pecuniary damage in the case of interference with the goodwill of a legal entity.

<sup>153</sup> E.g. *Simone Leitner vs. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, C-168/00, EU:C:2002:163.

<sup>154</sup> E.g. *Gascogne Sack Deutschland GmbH and Gascogne vs. European Union*, T-577/14, EU:T:2017:1.

<sup>155</sup> FIKFAK, V. Non-pecuniary damages before the European Court of Human Rights: Forget the victim; it's all about the state. *Leiden Journal of International Law*. 2020, vol. 33, No. 2, pp. 335–369.



# The Assessment of Permissibility of Using Non-statutory Justifications in Czech and Polish Criminal Law\*

Michał Grudecki\*\*

## Abstract

The subject-matter of this paper is the acceptability of non-statutory justifications, analysed on the instance of very similar penal law systems of closely related countries, namely the Republic of Poland and the Czech Republic. In both of them, one can observe a phenomenon of invoking circumstances not set forth in any legal act and rendering an action prohibited in the light of judicature. This paper studies whether it is permitted that public authorities invoked such circumstances in a democratic state of law. It is claimed by certain author that by invoking it judicial authorities violate the principles of specificity, separation of powers and legality, being the cornerstones of Polish and Czech law, and, thus, jeopardise the legal security of individuals; moreover, this course of action may be a threat to the legal system. Regardless of the fact that Poland and the Czech Republic are studied here, the considerations may well apply to any other penal law systems based on the formal and material definition of a crime and the above-mentioned principles. The research method in use was that of analysing legal provisions (mainly, basic laws and penal codes) formally and dogmatically.

## Keywords

Penal Law; Unlawfulness; Justifications; Structure of Crime; nullum crimen sine lege principle.

## Introduction

Despite the differences that naturally occur in national legal orders, the basis for prosecuting a crime is always a committed act not accepted in the light of the law<sup>1</sup>. Beyond any doubt, the fact itself that a behaviour is shunned by the public does not yet mean that this behaviour should be a ground for penal liability if no other conditions stipulated in the applicable laws are met. A crime is, therefore, a crime if all the above-mentioned conditions are met. In no other case is it possible that a given act should result in penal liability. Crime is a concept which facilitates law-making according to the principles of penal law as well

\* This article was written as a part of the research project funded by Polish National Science Center, decision number DEC-2018/29/N/HS5/00725 and agreement number UMO-2018/29/N/HS5/00725.

\*\* Dr Michał Grudecki, Institute of Law, University of Silesia in Katowice, Poland / E-mail: [michal.grudecki@us.edu.pl](mailto:michal.grudecki@us.edu.pl) / ORCID: 0000-0002-5185-3770 / Scopus ID: 57304297000

<sup>1</sup> GRUDECKI, M. Unlawfulness and countertypes as a circumstances preventing its attribution within the structure of crime – based on the instance of Polish criminal law. *International Journal of Social Sciences*. 2020, Vol. IX, no. 1, p. 58. DOI: <http://doi.org/10.52950/SS2020.9.1.004>



as renders the application of the law more effective. In the latter case, invoking this concept renders it easier to determine whether a given act is justified or penal liability is not as serious as it may seem.

The Polish penal law doctrine has developed many definitions of a crime, sometimes referring to its individual elements in different ways. The differences cannot be significant because the entire structure is based on the provision of Article 1 of the Polish Penal Code<sup>2</sup>, assuming that a crime is a prohibited act (*actus reus* and *mens rea*), committed without justifications (i.e. unlawful), socially harmful to a degree higher than negligible (penal)<sup>3</sup> and culpable<sup>4</sup>. A very similar model of crime can be based of § 12 and 13 of the Czech Penal Code<sup>5</sup>. It can be stated that a crime in Czech Republic is a prohibited act (*actus reus* and *mens rea*), socially harmful to the extent rendering it necessary to invoke penal law liability, and find a perpetrator guilty<sup>6</sup>.

Unlike the definitions in the communist codes, Czech from 1961 and Polish from 1969, presented definitions do not contain *expressis verbis* the requirement that a prohibited act should be dangerous to society. This does not mean that they are only a formal character<sup>7</sup>. Thanks to the substantive correction (§ 12 (2) of the Czech Penal Code) and the clause of a negligible degree of social harm (Article 1 (2) of the Polish Penal Code), as well as to a result of the fundamental laws (Article 31 (3) of the Polish Constitution<sup>8</sup> and Article 4 of the Czech Charter of Fundamental Rights and Freedoms<sup>9</sup>), the requirement to limit penalisation to behaviour violating the rights and freedoms of others, recognising their formal and material nature is justified<sup>10</sup>. In a democratic state of law, it is impossible to penalise

<sup>2</sup> The Act of 6 June 1997 – Criminal Code, Journal of Laws 2021, item 1023 as amended.

<sup>3</sup> Art. 2 § 2 Polish Criminal Code: A prohibited act whose social consequences is insignificant shall not constitute an offence.

<sup>4</sup> See ZAWIEJSKI, P. Pojęcie przestępstwa i podziały czynów zabronionych, In: DUKIET-NAGÓRSKA, T. (ed.). *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018, p. 82; NAMYSŁOWSKA-GABRYSIĄK, B. *Prawo karne. Część ogólna*. Warszawa: C. H. Beck, 2011, p. 27; WARYLEWSKI, J. *Prawo karne. Część ogólna*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2009, pp. 176–178.

<sup>5</sup> The Act of 9 February 2009 – Criminal Code, Journal of Laws 2009, item 40 as amended.

<sup>6</sup> KUCHTA, J. Material and Formal Frame of Crime in the Czech Criminal Law and the Regulation de Lege Ferenda (Germany). *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*. 2003, Vol. 132, p. 207; KARABEC, Z. et al. *Criminal Justice System in the Czech Republic*. Prague: Institute for Criminology and Social Prevention, 3. ed. 2017, p. 22. Available at: <http://www.ok.cz/iksp/docs/443.pdf>; The Czech Criminal Law: A handbook of basics of substantial law and use proceedings for a practical use in English. *Ondřejová & partner* [online]. P. 1. Available at: [https://www.ondrejova.cz/docs/141231\\_handbook-criminal-law-in-the-czech-republic.pdf](https://www.ondrejova.cz/docs/141231_handbook-criminal-law-in-the-czech-republic.pdf)

<sup>7</sup> Incorrectly, on the basis of Czech law: KALVODOVÁ, V. Selected problems of the new Czech Criminal Code. In: PLYWACZEWSKI, E. (ed.). *Current problems of the penal law and criminology*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2012, p. 260.

<sup>8</sup> The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws 1997, item 78, pos. 483 as amended.

<sup>9</sup> The Charter of Fundamental Rights and Freedoms of 16 December 1992, Journal of Laws 1998, item 162 as amended.

<sup>10</sup> HORSKÝ, J. Okolnosti vylučující protiprávnost v českém a německém trestním právu. Diploma Thesis. *Charles University* [online]. 2012, p. 8. Available at: <https://dspace.cuni.cz/handle/20.500.11956/48975>; PLEBANEK, E. O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*. 2006, Vol. 10, no. 1, p. 72.

behaviour not posing any threats to legal interests; therefore, action not dangerous to society is not a crime.

The demonstrated crime model similarity is the first and the most important reason to choose the Polish and Czech penal law systems for the purpose of comparative law research. It is also worth noting that, at the beginning of the 21<sup>st</sup> century, Polish-Czech relations are extensive and multidimensional, especially, in terms of cooperation within the Visegrad Group<sup>11</sup>. Taking into account the legal systems, it can be observed that the laws of both of these countries are based on the principle of a democratic state of law<sup>12</sup>; their penal law considers the formal and material structure of a crime, and draws upon the continental penal law principle of *nullum crimen/nulla poena sine lege* and the principle of subsidiarity<sup>13</sup>. In terms of penal law, both countries share their legislative history, which include basing previous penal laws on the principle of the social danger of an act, typical of the Eastern bloc countries<sup>14</sup>. It is, therefore, possible to conduct comparative legal research, and its results may well be valuable for lawyers from these countries. In addition, one can observe an attempt, motivated by considerations of scholars studying penal law or jurisprudence, to create non-statutory justifications by penal law systems based on the formal and material definition of a crime. Often, the absence of social harmfulness of certain behaviours is perceived as the source of such circumstances<sup>15</sup>. Therefore, this issue requires comparative legal research, namely analysing (formally and dogmatically) provisions of Polish and Czech law. A particular emphasis should be paid to the basic laws of both countries and their penal codes.

The purpose of this paper is to examine the possibilities of invoking non-statutory, and, therefore, not set forth in any legal act, justifications and, at the same time, releasing a perpetrator of a typical prohibited conduct from penal responsibility, by judicial authorities. The justifications are described almost identically by the representatives of the Polish and Czech doctrine of penal law. In given circumstances, always involving a conflict of two interests protected by law, a perpetrator violating one of these interests does not commit a crime because this violation is at least tolerated in society<sup>16</sup>. The justifications are, therefore, ‘a tool’ that the

<sup>11</sup> WALCZAK, J. Stosunki polsko-czeskie 2004–2011. In: WOLAŃSKI, M. (ed.). *Polityka zagraniczna Polski w latach 2004–2011. Struktury. Koncepcje. Sąsiedzi*. Izrael, Polkowice: Wydawnictwo Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach, 2013, p. 160. Available at: <https://depot.ceon.pl/handle/123456789/4801>

<sup>12</sup> See Article 2 of the Constitution of the Republic of Poland; Article 1 (1) of the Constitution of the Czech Republic of 16 December 1992 r., Journal of Laws 2013, item 98 as amended.

<sup>13</sup> KUČHTA, 2003, op. cit., p. 207; KARABEC et al., 2017, op. cit., pp. 15–16; KRÓLIKOWSKI, M., ZAWŁOCKI, R. *Prawo karne*. Warszawa: C. H. Beck, 2015, p. 150.

<sup>14</sup> KARABEC et al., 2017, op. cit., p. 22.

<sup>15</sup> WOLTER, W. *Funkcje błędu w prawie karnym*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1965, p. 134; GUBIŃSKI, A. *Wyłączenie bezprawności czynu (o okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*. Warszawa: Uniwersytet Warszawski, 1961, p. 7; PINKAVA, J. *Okolnosti vylučující protiprávnost*. Doctoral thesis. Palacký University, Faculty of Law, 2020, p. 17. Available at: <https://theses.cz/id/tdfghz/>

<sup>16</sup> PINKAVA, 2020, op. cit., p. 15, 17; KLESZCZ, M., GRUDECKI, M. Pozbawienie życia w obronie koniecznej a katalog dóbr prawnych podlegających ochronie. *Roczniki Administracji i Prawa*. 2020, Vol. XX, no. 3, pp. 135–152, pp. 139–140. DOI: <http://doi.org/10.5604/01.3001.0014.4235>

court has at disposal to resolve a conflict of legal interests<sup>17</sup>. Many penal law scholars admit the possibility of invoking non-statutory justifications by judicial authorities even though there are more and more votes against this, drawing attention to the incompatibility of such procedures with the fundamental principles affecting the regulation and application of penal law, namely specificity, the separation of power and legality. Hence, a hypothesis that these measures are unacceptable in a democratic state of law is worth formulating.

The choice of the Polish and Czech legal systems for comparative legal research results from the mutual similarity of these states (the same legal culture, a similar level of economic development, geopolitical situation and geographical proximity)<sup>18</sup>. However, this does not mean that the decoded model cannot be used in relation to the legal orders of other countries, which is also based on an analogous model of crime.

## 1 Unlawfulness and Justifications in Czech and Polish Criminal Law

Under the Czech penal law, only an unlawful act can be a crime<sup>19</sup>. In the literature, it is indicated that this unlawfulness should be understood as the non-compliance of the behaviour with the legal norm<sup>20</sup>. There are certain situations in which a prohibited act is not socially dangerous, and, therefore, is not constitute a crime<sup>21</sup>. The Czech Penal Code distinguishes five such circumstances: the state of necessity (§ 28), necessary defense (§ 29), the injured party's consent (§ 30), permissible risk (§ 31) and the authorised weapon use (§ 32). Apart from this catalogue, it is claimed that there are other justification, including those related to other branches of law, for instance, performing rights or obligations (e.g. professional or parental) or following an order<sup>22</sup>. According to some of the representatives of the doctrine, it is also possible to resort to yet other justifications, not been regulated in the act<sup>23</sup>.

The Polish penal law also assumes that to be a crime an act must violate legal regulations, and, moreover, that not every time is a such an act a crime<sup>24</sup>. According to the *communis opinio*,

<sup>17</sup> PROVAZNÍK, J. Tradice jako okolnost vylučující protiprávnost. *Days of Law 2015, part X*. Masaryk University, 2016, p. 218. Available at: [https://is.muni.cz/publication/1358360/Dnyprava\\_2015.pdf](https://is.muni.cz/publication/1358360/Dnyprava_2015.pdf); KLESZCZ, GRUDECKI, 2020, op. cit., p. 139.

<sup>18</sup> ŽABA, M. *Skutki transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (studium porównawcze ustawodawstwa polskiego, czeskiego i słowackiego)*. Warszawa: C. H. Beck, 2019, pp. XLVI–XLVII; ŠČERBA, F. Protection of Children in Czech Substantive Criminal Law and Its Comparison with the Polish Legal Regulation. *ASEJ – Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law*. 2020, Vol. 24, no. 4, p. 25. DOI: <http://doi.org/10.19192/wsfip.sj4.2020.5>

<sup>19</sup> KARABEC et al., 2017, op. cit., p. 24.

<sup>20</sup> KUČHTA, 2003, op. cit., p. 209; KARABEC et al., 2017, op. cit., p. 24; BEDNÁŘ, J. *Základy trestního práva. Studijní opora*. Ústí nad Labem: Pedagogická fakulta UJEP, 2019, p. 8. Available at: <https://www.pf.ujep.cz/wp-content/uploads/2020/02/BEDN%C3%81%C5%98-Ji%C5%99%C3%AD.-Z%C3%A1klady-trestn%C3%ADho-pr%C3%A1va.-Studijn%C3%AD-opora.pdf>

<sup>21</sup> KUČHTA, 2003, op. cit., p. 209; KARABEC et al., 2017, op. cit., p. 24; PROVAZNÍK, 2016, op. cit., p. 217.

<sup>22</sup> KUČHTA, 2003, op. cit., p. 209; KARABEC et al., 2017, op. cit., p. 24; BEDNÁŘ, 2019, op. cit., p. 9.

<sup>23</sup> PINKAVA, 2020, op. cit., p. 18; PROVAZNÍK, 2016, op. cit., p. 216.

<sup>24</sup> WILK, L. Bezprawność i wina. In: DUKIET-NAGÓRSKA, T. (ed.). *Pravo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*. Warszawa: LexisNexis, 2012, p. 103–105.

the Polish Penal Code stipulates five such circumstances: necessary defense (Article 25 § 1 and 2), a state of greater necessity (Article 26 § 1), experiment (Article 27), permitted criticism (Article 213), and resorting to otherwise prohibited actions if all other means have proved ineffective and ensuring immediate compliance is necessary (Article 319). Like in the Czech Penal Code, one can encounter the thesis that a given act is justified in the Polish system by other circumstances, not mentioned in the Penal Code, and related to other branches of law, for instance, permitted self-help<sup>25</sup>. As it is argued by some of the representatives of the doctrine, it is also possible to invoke different justifications, which have not been regulated in the act; in some cases, punishing a perpetrator appears to be pointless, which the legislator neither noticed, nor decreed as it was done in the case of other potential legal interest conflicts<sup>26</sup>. Like in the Czech Republic, it is noted that, although the non-statutory justifications are created by analogy, this analogy is permissible because it favours a perpetrator<sup>27</sup>.

## 2 Arguments for and Against Non-statutory Justifications

The main argument in favour of invoking the justifications not set forth in any legal act by judicial authorities is that penal law should be sufficiently flexible to be able to react faster to the changing social reality and justify behaviours omitted by the legislator, and not deserving to be treated as illegal in social perception<sup>28</sup>. An excellent instance are the so-called customary justifications. The Polish Supreme Court admitted that the tolling of church bells at certain hours by a priest cannot constitute a breach of public peace due to the customary (non-statutory) justification<sup>29</sup>. According to the Supreme Court, “*the custom (and undoubtedly we are dealing with it in concreto, since the tolling of church bells summoning the faithful to the Holy Mass has been an accepted behaviour in the Republic of Poland for centuries) may justify behaviour that meets the features of prohibited acts...*”<sup>30</sup>. Another instance of customary justifications both in the Czech Republic and in the Republic of Poland are so called spring justifications connected with local traditions; the instances of them include the traditional

<sup>25</sup> PUŁAWSKA, K. *Ryzyko sportowe jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu w polskim prawie karnym*. Lublin: Wydawnictwo Naukowe TYGIEL sp. z o.o., 2018, p. 48.

<sup>26</sup> HANC, J. L’art pour l’art, czyli o tzw. kontratybie sztuki. *Santander Art and Culture Law Review*. 2020, Vol. 6, no. 1, p. 134. DOI: <http://doi.org/10.4467/2450050XSNR.20.007.12391>

<sup>27</sup> JĘDRZEJEWSKI, Z. Nullum crimen sine lege i kontratyby a zasada jedności porządku prawnego (jednolite bezprawności). *Ius Novum*. 2011, no. 1, p. 8; NOLL, P. *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonders die Einwilligung des Verletzten*. Basel: Verl. f. Rech u. Gesellschaft, 1955, pp. 2–3; WARYLEWSKI, J. Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratyby pozaustawowe. In: MAJEWSKI, J. (ed.). *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, 2008, p. 22.

<sup>28</sup> HANC, 2020, op. cit, p. 134; BRZOZOWSKI, P. Pozaustawowe kontratyby: zarys problematyki. *Studia Prawnicze*. 2013, Vol. 196, no. 4, p. 180. DOI: <http://doi.org/10.37232/sp.2013.4.6>; WOLTER, W. O kontratybach i braku społecznej szkodliwości czynu. *Państwo i Prawo*. 1963, Vol. 12, no. 10, p. 505; Judgement of the Polish Supreme Court of 7. 1. 2008, no. V KK 158/07.

<sup>29</sup> Judgement of the Polish Supreme Court of 30. 1. 2018, no. IV KK 475/17.

<sup>30</sup> Ibid.

Easter flogging of young girls (or water splashing – ‘śmigus-dyngus’) or stealing flags from the opponent’s camp by scouts<sup>31</sup>.

It is noted that the legislator is not able to foresee all the legal interest conflicts, thereby, law needs to be amended<sup>32</sup>. In such cases, punishing a perpetrator would go against the elementary sense of justice; therefore, it is necessary to invoke a non-statutory justification<sup>33</sup>. An instance of this type of injustice is prosecuting participants in sports competitions for behaviours that meets the features of prohibited acts. To avoid it, many Polish courts rely on the non-statutory justification of sports risk<sup>34</sup>. It is also indicated that the law as a regulator of interpersonal relations must take these relations into account<sup>35</sup>. Therefore, since the privilege of punishing minors is customarily adopted in the society, there must also be a non-statutory justification in penal law protecting parents who exercise this right<sup>36</sup>.

If it is impossible to provide non-statutory justifications, there is a risk of prosecuting persons in situations where it is grossly unfair; to avoid it, their behaviour would have to be exempted from penal liability due to other elements of crime structure. In some cases, however, it would lead to ‘deformation of the remaining elements of the structure of the crime’ by including the clause of a negligible degree of social harmfulness, extending the rules of proceeding with the legal interest or unjustified remodelling of the structure of culpability in order to apply what is permitted in the light of the applicable law. An instance of this type of behaviour is an attempt made by Małecki to excuse a hypothetical physician performing an eugenic abortion (which is currently banned in the Republic of Poland – previously, the defense resorted to was a statutory justification) by a non-statutory excuse (lack of guilt)<sup>37</sup>.

The analysis of the arguments ‘against’ should be given more space than the description of the arguments ‘for’. The focus on the former stems from their importance, and also the fact they do not require in-depth argumentation (as they are quite obvious). Arguments against the application of non-statutory justification can be divided into three groups due to their relationship with the rules applicable both in the Polish and Czech legal systems. These arguments are as follows:

- 1) related to the principle of specificity;
- 2) related to the principle of separation of powers;
- 3) related to the principle of legality.

<sup>31</sup> PROVAZNÍK, 2016, op. cit., p. 219, 222; KRAJEWSKI, R. Kontratypy weselne. *Palestra*. 2014, no. 5–6, p. 18. Available at: <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/5-6-2014/arttykul/kontratypy-weselne>

<sup>32</sup> PLEBANEK, E. *Materiałne określenie przestępstwa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2009, p. 225.

<sup>33</sup> DUKIET-NAGÓRSKA, T. Kilka uwag o zasadzie nullum crimen sine lege w polskim porządku prawnym. In: KRAJEWSKI, K. (ed.). *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2009, p. 47.

<sup>34</sup> Judgement of the Polish Supreme Court of 27. 4. 1938, no. 2 K 2010/37; Judgement of the District Court in Łódź of 9. 3. 2021, no. IV K 155/14.

<sup>35</sup> GUBIŃSKI, 1961, op. cit., p. 66.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> MAŁECKI, M. Przerwanie ciąży wyłączające winę. *Państwo i Prawo*. 2021, Vol. 906, no. 8, p. 207.

### 3 Arguments against Non-statutory Justifications – the *Nullum Crimen Sine Lege* Principle

The principle of *nullum crimen sine lege*, also known as the principle of specificity, is the foundation of the modern penal law of democratic states<sup>38</sup>. Both the Czech and Polish penal law systems are based on this principle, specifically referred to in: Article 39 of the Czech Charter of Fundamental Rights and Freedoms and Article 42 (1) of the Polish Constitution. According to its requirements, to hold a perpetrator responsible for a prohibited act, the act must first be described in a legal act of the rank of the statute (*lex scripta et praevia*) in a way clear and understandable for the recipient (*lex certa*). In addition to the requirements set forth by the legislator, the principle of specificity also includes obligations towards the authority applying the law not to use analogy and interpretation extending to the detriment of a perpetrator (*lex stricta*)<sup>39</sup>. This rule guarantees that individuals will not be held criminally liable if they have not committed the prohibited act described in the statute<sup>40</sup>.

Certain authors express opinion that the principle of specificity does not apply to justifications because they do not constitute penal liability, but *vive versa* cause its lack<sup>41</sup>. Supporters of this view claim that the essence of the principle of specificity is to ensure the predictability of criminal law, and the requirement is met when the addressee knows that his behavior meets the features of a prohibited act. For them, the justification is only something additional, which narrows the scope of criminalization, but does not constitute it. However, this cannot be true. An individual, to be fully aware of what behaviours and in what situations are prohibited under penalty, must know the provisions that, in given circumstances, justify certain acts. If they are not aware of such provisions contents, they will not be able to determine beyond any reasonable doubt for what behaviour may they be held criminally responsible. Permission to invoke non-statutory justifications prevents an individual from ascertaining whether they are committing a crime by acting in a given way<sup>42</sup>. It should also be noted that it will be difficult to determine the non-statutory features of justifications (i.e. those described only by doctrine and jurisprudence); they are often unclear, which is in contradiction with the requirement resulting from the *nullum crimen sine lege certa* principle<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> RYCHLEWSKA, A. The nullum crimen sine lege principle in the European Convention of Human Rights: The actual scope of guarantee. *Polish Yearbook of International Law*. 2016, Vol. XXXVI, p. 163. DOI: <http://doi.org/10.7420/pyil2016h>

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 163–164.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>41</sup> See ZOLL, A. Pozaustawowe okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy. In: LESZCZYŃSKI, Ł. (ed.). *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2015, p. 425; BYCZYK, M. Zasada nullum crimen sine lege a normy ostrożnościowe (na szczególnym przykładzie tzw. naruszeń sportowych). In: SEPIOŁO, I. (ed.). *Nullum crimen sine lege*. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2013, p. 292; WARYLEWSKI, J. Kontratypy wiosenne. *Palestra*. 1999, Vol. 499–500, no. 7–8, p. 24. DOI: <https://doi.org/10.1023/A:1017219517786>; GUBIŃSKI, 1961, op. cit., p. 6; WOLTER, 1965, op. cit., p. 43, 134.

<sup>42</sup> DUKIET-NAGÓRSKA, 2009, op. cit., p. 47.

<sup>43</sup> KUBIAK, R. Czy istnieje kontratyp zwyczajny. *Prokuratura i Prawo*. 2015, no. 7–8, p. 88. Available at: <https://pk.gov.pl/prokuratura/prokuratura-i-prawo/opublikowane-numery/rok-2015/numer-7-8-21/numer-7-8-21/>; ZACHUTA, A. Czy istnieją 'wiosenne kontratypy'? *Edukacja Prawnicza*. 2006, Vol. 79, no. 4, p. 47.

The discussed principle requires that penal law institutions should be properly comprehensible<sup>44</sup>. For some non-statutory justifications, this requirement cannot be met at all. An instance would be the so-called justification of art, which is associated with an extraordinary difficulty in determining what art is and who the artist is<sup>45</sup>. A non-statutory justification can hardly be defined. Consensus regarding the features of some of them cannot prejudice a positive assessment of the entire institution.

Permission to use this type of penal law structure for the part of law theoreticians and practitioners is *sui generis* lack of fairness towards individuals. No one should be surprised by the fact that a justifying circumstance, not having its source in an act of generally-applicable law, may not actually prevent their actions from being seen as crimes. The lack of the statutory limits of circumstances preventing the attribution of penal unlawfulness means no statutory limits of penal lawlessness; the individual will not know what is prohibited and what is permitted<sup>46</sup>. Due to its guarantee character, the entire issue of the principles of penal liability should be regulated in the act<sup>47</sup>. The *nullum crimen sine lege* principle should cover all, both positive and negative, premises for incurring penal liability<sup>48</sup>.

The argument supporting this thesis is also the necessity to respect the rights of the crime victim, infringed by the behaviour of a perpetrator, whose actions may, yet, be justified on grounds not connected with a relevant law<sup>49</sup>. This is due to the fact that everyone must refrain from acts that would prevent the exercise of the rights of the one acting under a justification<sup>50</sup>. It is also in the interest of the aggrieved party to know what behaviour belongs to the catalogue of unlawful acts<sup>51</sup>. J. Provažník draws attention to the described fact, adding, however, that the aggrieved party is not a party to a substantive relationship like a perpetrator, and, therefore, the state does not incur any obligations towards them<sup>52</sup>. Despite this, he indicates that this thesis conflicts with the efforts to raise the standards of human rights

<sup>44</sup> See ALTENA, J. Nullum crimen sine lege certa Onduideljkheid in het strafrecht op het niveau van primaire en secundaire rechtsregels. *Strafblad*. 2019, no. 3, p. 12. Available at: <https://hdl.handle.net/1887/81356>

<sup>45</sup> Judgement of the Polish Supreme Court of 5. 3. 2015, no. III KK 274/14; HANC, 2020, op. cit., p. 136.

<sup>46</sup> Cf. SITARZ, O. Problem kontratypów pozaustawowych. In: DUKIET-NAGÓRSKA, T. (ed.). *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018, p. 178.

<sup>47</sup> GRZEŚKOWIAK, A. Nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori. In: WIERUSZEWSKI, R. (ed.). *Prawa człowieka. Model prawny*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich – Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1991, p. 506; WRÓBEL, W. *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*. Kraków: Zakamycze, 2003, p. 102; ZACHUTA, 2006, op. cit., p. 48.

<sup>48</sup> See JĘDRZEJEWSKI, Z. Obrona konieczna, agresywny i defensywny stan wyższej konieczności w prawie cywilnym i karnym – usprawiedliwienie (legalizacja) czynu zabronionego między wolnością a utilitaryzmem (proporcjonalnością, solidarnością). In: PRZYŁĘBSKA, J. et al. (eds.). *Państwo. Konstytucja. Prawo. Księga pamiątkowa poświęcona Sędziemu Trybunału Konstytucyjnego Profesorowi Henrykowi Ciochowi*. Warszawa: Trybunał Konstytucyjny, 2018, p. 85.

<sup>49</sup> ZOLL, 2015, op. cit., p. 1409; KOPEĆ, M. *Kontratypy pozaustawowe a zasada trójpodziału władzy*. In: CIEPŁY, F. (ed.). *Odpowiedzialność karna artysty za obrażę uczuć religijnych*, Warszawa: Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris, 2014, p. 225–226.

<sup>50</sup> WRÓBEL, 2003, op. cit., p. 259.

<sup>51</sup> DEMENKO, A. Granice wolności sztuki w polskim prawie karnym. In: BIECZYŃSKI, M. et al. (eds.). *Wolność sztuki w Polsce i w Niemczech w świetle prawa konstytucyjnego i karnego*. Warszawa: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Psychologii Społecznej, 2012, p. 117.

<sup>52</sup> PROVAŽNÍK, 2016, op. cit., p. 216.

protection<sup>53</sup>. The in bonam partem analogy for a perpetrator cannot become an in malam partem analogy for the aggrieved party in a democratic state of law<sup>54</sup>. Therefore, in the case of non-statutory justifications, it loses the argument of the general admissibility of applying analogies in favor of the perpetrator in criminal law. Obviously, this is irrelevant in the case of crimes in which there is no victim. Nevertheless, it is worth noting that, in such cases, a situation connected with justification occurs very rarely (if not at all). Legal interests most often collide when the individuals by whom these goods are possessed are subject to this collision, too. In the case of the most frequently distinguished statutory and non-statutory justifications (necessary defense, experiment, the consent of the injured party, sports risk, custom, disciplining minors, and resorting to otherwise prohibited actions if all other means have proved ineffective and ensuring immediate compliance is necessary), there is always an aggrieved party. A certain exceptions can only be a state of necessity, in the case of which the common good may be sacrificed, or authorised use of a weapon or permissible risk. These circumstances, however, constitute statutory justifications, therefore, they are beyond the scope of the considerations.

It is also worth noting that only taking into account the circumstances affecting the lack of unlawfulness can permit an individual to see what interests are actually protected by the legal system and what values it promotes<sup>55</sup>. Therefore, all that legal certainty requires is the statutory regulation of the justifications. Unawareness of the full scope of unlawfulness is in contradiction with the principle of protecting citizens' trust in the state, which is an inseparable element of every democratic state of law<sup>56</sup>. The Republic of Poland and the Czech Republic are no exception.

#### 4 Arguments against Non-statutory Justifications – the Principle of the Separation of Powers

The supporters of non-statutory justifications can be accused of accepting the risk of actual law-making by the judiciary, which is not actually authorised to legislate at all<sup>57</sup>. This way, the court compensates the errors or omissions of the legislator who did not provide for a given justification in the penal statute<sup>58</sup>. Such an activity is incompatible with the principle of the separation of powers, binding in both the Polish and the Czech political system (Article 10 of the Polish Constitution and Article 2 (1) of the Czech Constitution)<sup>59</sup>, and preventing

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> JĘDRZEJEWSKI, 2011, op. cit., p. 10.

<sup>55</sup> ZONTEK, W. *Modele nylączenia odpowiedzialności karnej*. Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, 2017, p. 16.

<sup>56</sup> WĘGLIŃSKA, J. Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji. *Prawo w działaniu. Sprawy cywilne*. 2020, no. 42, p. 169. Available at: <https://pzd.iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/07/Justyna-W%C4%99gli%C5%84ska.pdf>

<sup>57</sup> PROVAZNÍK, 2016, op. cit., p. 216.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> PIOTROWSKI, R. Zasada podziału władzy w Konstytucji RP. *Przegląd Sejmowy*. 2007, Vol. 81, no. 4, p. 113; BOBEK, M., POUPEROWA, O. *An Introduction to the Czech Legal System and Legal Resources Online*. Available at: [https://www.nyulawglobal.org/globalex/Czech\\_Republic1.html#\\_3.\\_The\\_Legal\\_Order](https://www.nyulawglobal.org/globalex/Czech_Republic1.html#_3._The_Legal_Order)



abuse of power by any state organs; that contributes to the respect for the dignity of the individual and guaranteeing their rights<sup>60</sup>. The separation of powers consists in separating authorities and assigning them to groups of organs, as well as entrusting each of the groups of organs with a power of authority and defining the relations between them in a way ensuring mutual independence<sup>61</sup>. The principle of the separation of powers is one of the main elements of the rule of law, and a distinguishing feature of European political culture, which forms the basis of the modern democratic *acquis constitutionnel*<sup>62</sup>.

The principle of the separation of powers is related to the necessity to set forth the main functions of the state; in material terms, these are the main directions of the state organization's activity (legal spheres of activity)<sup>63</sup>. These functions are related to the essence of individual powers<sup>64</sup>. Legislation involves creating abstract and general legal norms, whereas administration (executive and business-management) is limited to organising the life of the state and protecting human rights and freedoms, and justice is the resolution of conflicts arising from the legal relationship and the interpretation of the law<sup>65</sup>. Each of these functions is performed by the authorities designated by legal norms, and it is these authorities that may and have to take specific actions<sup>66</sup>. The most important competences in the scope of a given function belong to the essence of a particular authority<sup>67</sup>. An attempt to enter this realm for the part of any other authority would violate the principle of the separation of powers<sup>68</sup>. It is worth bearing in mind that the courts are an authority separate and independent from the other ones (Article 173 of the Polish Constitution, Article 81 of the Czech Constitution). As noted by the Polish Constitutional Tribunal, the relationship between the judiciary and other authorities must be based on the principle of strict separation as opposed to, for instance, the relationship between the legislature and the executive, permitting mutual influence or cooperation<sup>69</sup>.

Both in the Polish and Czech legal systems, the legislative authority has the power to establish universally-binding law. Referring this problem to the field of penal law, it must be recognised that it is the legislature that is not only entitled, but also obliged, to define

<sup>60</sup> Judgement of the Polish Constitutional Court of 9. 11. 1993, no. K 11/93; PIOTROWSKI, 2007, op. cit., p. 124.

<sup>61</sup> KUCA, G. *Zasada podziału władzy w Konstytucji RP z 1997 roku*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2014, p. 91.

<sup>62</sup> SARNECKI, P. Współczesne rozumienie podziału władzy. In: JANKOWSKI, K. (ed.). *Nowa Konstytucja RP. Wartość, jedność, instytucje*. Toruń: Adam Marszałek, 1992, p. 20; PIOTROWSKI, 2007, op. cit., p. 115.

<sup>63</sup> KUCA, 2014, op. cit., p. 97.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>65</sup> MAŁAJNY, R. *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*. Katowice: Uniwersytet Śląski, 1985, p. 38.

<sup>66</sup> KUCA, 2014, op. cit., p. 96.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>68</sup> WYRZYKOWSKI, M. *Zasada demokratycznego państwa prawnego*. In: SOKOLEWICZ, W. (ed.). *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1998, p. 79; WASILEWSKI, A. Władza sądowa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. *Państwo i Prawo*. 1998, Vol. 629, no. 7, p. 5.

<sup>69</sup> Judgement of the Polish Constitutional Court of 15. 1. 2009, no. K 45/07.

the conditions for prosecution<sup>70</sup>. Only the statute [Article 31 (3) of the Polish Constitution, Art. 4 of the Czech Charter of Fundamental Rights and Freedoms] may be a source of the restriction of the rights and freedoms of a citizen, describing the prohibited behaviour, which implies the possibility of incurring penalties<sup>71</sup>. As already mentioned, the provisions stipulating the justifications are a part of this description because, in isolation from them, it is impossible to interpret a relevant penal law prohibition. Using a non-statutory justification does not constitute the administration of justice, and, therefore, an assessment of whether the consequences provided for by a legal norm may be applicable in a given case<sup>72</sup>. This is nothing but the application by the court of a legal provision that does not come from the constitutionally-authorized legislator, and, thus, a serious violation of the principle of the separation of powers<sup>73</sup>. The judiciary then enters the area constitutionally reserved for the legislature, which is unacceptable<sup>74</sup>. That action constitutes a violation of ‘core of competence’ of the legislative branch by judicial authorities. This ‘core’ includes establishing the abstract and general rules of universally-binding law<sup>75</sup>. Justification undoubtedly belongs to this. In a situation where a judge chooses a non-statutory justification, they express their own axiological preferences although the legislator did not do so<sup>76</sup>. This will happen, for instance, in the case of the so-called a justification of art, when the collision of a legal interest (artistic creation) with another legal interest, for instance, religious feelings, could be resolved in favour of the former.

It is true, as J. Provazník claims, that the court may sometimes be able to resolve the conflict between two legal interests, which the legislator did not foresee, and for which the statutory method of solution was not stipulated<sup>77</sup>. However, in order for it to be permissible, such a right for a court should be included either in the constitution or in an ordinary act. Such a solution is the clause of negligible social harmfulness in Polish law (Article 1 § 2 of the Polish Penal Code) and the subsidiarity clause in Czech law (§ 12 section 2 of the Czech Penal Code). The difference between these clauses and the non-statutory justifications lies in the fact that the legislator has permitted the judiciary to assess whether a specific act exceeds a negligible degree of social harmfulness (Polish law) or whether it is sufficient to apply a legal remedy other than a penal one (Czech law); the former course of action

<sup>70</sup> ZOLL, A. Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*. 2006, Vol. LXVIII, no. 2, p. 324. Available at: [http://repozytorium.amu.edu.pl:8080/bitstream/10593/6363/1/26\\_Andrzej\\_Zoll\\_Znaczenie%20konstytucyjnej%20zasady%20podzia%C5%82u%20w%C5%82adzy%20dla%20prawa%20karnego\\_323-335-.pdf](http://repozytorium.amu.edu.pl:8080/bitstream/10593/6363/1/26_Andrzej_Zoll_Znaczenie%20konstytucyjnej%20zasady%20podzia%C5%82u%20w%C5%82adzy%20dla%20prawa%20karnego_323-335-.pdf)

<sup>71</sup> Cf. WRÓBEL, 2003, op. cit., pp. 109–111.

<sup>72</sup> ZOLL, 2006, op. cit., p. 324.

<sup>73</sup> NOWORYTA, R. Karcenie wychowawcze w świetle art. 96<sup>1</sup> KRO. *Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury*. 2012, Vol. 5, no. 2, p. 113. Available at: <https://www.kssip.gov.pl/sites/default/files/kw7.pdf>

<sup>74</sup> ZOLL, A. Związanie sędziego ustawą. In: TRZCIŃSKI, J., JANKIEWICZ, A. (eds.). *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*. Warszawa: Biuro Trybunału Konstytucyjnego, 1996, p. 250; KARDAS, P. Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 9 stycznia 1996 r., II KRN 159/95. *Palestra*. 1997, Vol. 41, no. 1–2, p. 250.

<sup>75</sup> KUČA, 2014, op. cit., p. 129.

<sup>76</sup> HANC, 2020, op. cit., p. 150.

<sup>77</sup> PROVAZNÍK, 2016, op. cit., p. 216.

does not violate the principle of the separation of powers. The legislator did not provide for a similar possibility of justification, therefore, the lack of a specific provision renders it impossible to create an exception to the principle of separation of powers. These two circumstances, which affect the avoidance of penal liability, cannot be compared with each other in the light of the principle of separation of powers. The degree of the social harmfulness of the act is examined by the court *in concreto*, the justification is general and abstract. In order to create this type of regulation, distance and objectivity are needed, which are possessed by the legislative authorities, constructing them in isolation from a specific case<sup>78</sup>. Moreover, the ‘intersection’ of the functions of individual powers can be considered acceptable only if it does not infringe on their essence and is based on the applicable law<sup>79</sup>. These conditions remain fulfilled with regard to the court’s ability to release a perpetrator from penal liability due to the negligible degree of social harmfulness of their act as opposed to invoking a non-statutory justification.

J. Kuchta aptly notices that in no case can it be stated that an act is unlawful solely on the basis of the absence of social danger<sup>80</sup>. He indicates that, in such a case, the existing justifications appear redundant<sup>81</sup>. In his opinion, it is the legislator who should decide whether a given circumstance may render an act unlawful or not<sup>82</sup>. This view is undoubtedly worth accepting. It is based on the dogmatic structure of crime, according to which the element of social harmfulness of behaviour is preceded by making it unlawful. To put things in a nutshell, then, there are no unlawful acts that are not socially harmful.

## 5 Arguments against Non-statutory Justifications – the Principle of Legality

The norms of Article 7 of the Polish Constitution and of Article 2 (3) of the Czech Constitution express the principle of legality, which requires public authorities to act on the basis of law and within the limits of the law, constituting a formal element of the concept of the rule of law<sup>83</sup>. This means that, while taking actions within the scope of state authority, organs must demonstrate a clear legal basis for their actions, which cannot be presumed<sup>84</sup>. All legislative acts should be legitimised by the provisions of the constitution or in the acts issued on the basis of it<sup>85</sup>. The discussed principle is to guarantee an individual

<sup>78</sup> DŁUGOSZ, J. *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym*. Warszawa: C. H. Beck, 2016, p. 289.

<sup>79</sup> WASILEWSKI, 1998, op. cit., p. 5.

<sup>80</sup> KUCHTA, 2003, op. cit., pp. 209–210.

<sup>81</sup> Ibid, 210.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> NOWACKI, J. *Formalne państwo prawne (kwestia charakterystyki)*”, *Teoria prawa i filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*. Toruń: Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 1998, p. 207; BIEN-KACAŁA, A. *Zasada praworządności i jej gwarancje w Konstytucji RP z 1997 r.* In: KAŁA, D. (ed.). *Praworządność i jej granice*. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business, 2009, p. 46.

<sup>84</sup> GÓRZYŃSKA, T. *Zasada praworządności i legalności*. In: SOKOLEWICZ, W. (ed.). *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1998, p. 93.

<sup>85</sup> BANASZAK, B. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: C. H. Beck, 2012, p. 78.

the possibility of predicting the legal consequences of their actions; the overriding values are legal certainty, legal security and the predictability of the decisions of state authorities<sup>86</sup>. Therefore, state bodies may not exceed the scope of their powers; they are obliged to act on the basis of the law, and any violation of the law must result in depriving the body of its legitimacy<sup>87</sup>. The manner of exercising these exclusive powers will, thereupon, not result from the arbitrariness of the actions of the authorities, but rather from the exercise of their powers<sup>88</sup>.

The catalogue of the sources of universally-binding law in the Republic of Poland is closed (Article 87 of the Polish Constitution)<sup>89</sup>. Pursuant to this provision, the sources of universally-binding law are: the Constitution, statutes, ratified international agreements, regulations and the enactments of local law. Czech basic law does not contain a similar provision although it is indicated that the Czech legal system is also based on statutes, executive regulations, local laws, international agreements and the judicature of the Constitutional Court (negative legislator)<sup>90</sup>. A closed system of the sources of law prevents the dispersion of the sources of law making and enables a proper control of the process of its creation<sup>91</sup>. The open catalogue of law universally applicable in the countries of the common law system, taking into account, in particular, the treatment of custom or precedents as law-making facts, means a threat of the arbitrariness of law, uncertainty in its application, the lack of efficiency of the rules for resolving conflicts between legal acts, as well as the unsteadiness of the entire legal system<sup>92</sup>. The prevailing customs, views of the doctrine or judicature cannot constitute a source of law in neither of the two countries in question; their role is limited to being a tool helping to interpret the provisions of law correctly<sup>93</sup>, and, thus, interpret the full form of penal law norm.

Considering the above, it should be stated that judicial law-making, including creating or invoking a non-statutory justification, does not comply with the principle of the rule

<sup>86</sup> Judgement of the Polish Constitutional Court of 21. 12. 1999, no. K 22/99; RYCHLEWSKA, A. Zasada nullum crimen sine lege na tle współczesnej idei państwa prawa. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalitych.* 2017, Vol. XXI, no. 3, p. 102. Available at: <https://www.czpk.pl/index.php/zeszyty-archiwum/zeszyt-2017-3>

<sup>87</sup> NOWACKI, 1998, op. cit., p. 207; BANASZAK, 2012, op. cit., p. 78.

<sup>88</sup> BANASZAK, 2012, op. cit., p. 78.

<sup>89</sup> DUDEK, D. *Prawo konstytucyjne w zarysie. Wybór źródeł.* Lublin: Lubelskie Wydawnictwa Prawnicze, 2002, p. 73; DZIAŁOCHA, K. Zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Konstytucji i w praktyce. In: SZMYT, A. (ed.). *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce.* Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2005, p. 9; ZACHUTA, 2006, op. cit., p. 47.

<sup>90</sup> CHROMA, M. The Czech Legal System and Contexts. In: BHATIA, V. et al. (eds.). *Multilingual and Multicultural Contexts of Legislation: An International Perspective.* Frankfurt am Main, New York: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2003, p. 5. Available at: [https://www.researchgate.net/publication/236213263\\_The\\_Czech\\_Legal\\_System\\_and\\_Contexts](https://www.researchgate.net/publication/236213263_The_Czech_Legal_System_and_Contexts)

<sup>91</sup> SAFJAN, M. Refleksje na temat zwyczaju. In: KĘPIŃSKI, M. et al. (eds.). *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśkiemu.* Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2005, p. 89.

<sup>92</sup> Cf. DZIAŁOCHA, 2005, op. cit., p. 10.

<sup>93</sup> RADECKI, W. Nowa czeska koncepcja odpowiedzialności za wykroczenia na kanwie monografii Heleny Praškovéj. *Prokuratura i Prawo.* 2018, no. 4, p. 11. Available at: <https://pk.gov.pl/prokuratura/prokuratura-i-prawo/opublikowane-numery/rok-2018/numer-4-24/numer-4-2018/>; CHROMA, 2003, op. cit., p. 6.

of law and legality. Even if one accepts a different view than the adopted one, permitting the existence of the sources of universally-binding law other than those stipulated in the Polish and Czech legal system, one should still bear in mind the words of W. Wróbel that the use of the norms of common law may be permitted only when not it does limit the rights or freedoms of the individual<sup>94</sup>. The creation of abstract-general circumstances that prevent a perpetrator's behaviour from being considered unlawful, leads to the restriction of the rights or freedoms of an individual, in relation to whose interests an unlawful behaviour may be undertaken. Therefore, the justifications should be included only in the acts of statutory law.

One may wonder whether the construction of non-statutory justifications by analogy is not the creation of law, but its application<sup>95</sup>. According to this view, it does not violate the closed list of sources of law, but protects against unfair (unjustice) decisions<sup>96</sup>. It seems, however, that using non-statutory justifications is something more than just applying the law. It is, after all, the creation of a new institution of criminal law, not provided for by the legislator. Bearing this in mind, it should be stated that this is a violation of the principle of legality – acting not within the law, but outside it.

## 6 Non-statutory Justifications and other Defenses

It should also be noted that, in many cases, it is not necessary at all to invoke or create a new justification<sup>97</sup>. Both the Polish and the Czech systems of penal law do not lack tools enabling the perpetrator to be released from penal liability in situations where it would be unfair to assign it to them. First of all, in situations where the society accepts a given behaviour, *prima facie* being a prohibited act, and treats it as normal<sup>98</sup>, we are dealing with the so-called primary legality. Primary legality differs from secondary legality (obtained by means of justification) in that the behaviour undertaken within its framework from the very beginning is socially acceptable and does not violate the rules of proceeding with the legal interest, and, thus, not exceeding the penal prohibition<sup>99</sup>. Taking into account the fact that the conflict of behaviour with the rules of conduct with legal interest is a feature of any type of a prohibited act<sup>100</sup>, it should be emphasised that a socially-acceptable act will never fulfill the criteria set forth in the statutory description of behaviour prohibited under penalty (*actus reus*). The action of a perpetrator is justified at the early stage of penal law evaluation: the moment of assessing the *actus reus*. Only in these situations can

<sup>94</sup> WRÓBEL, 2003, op. cit., p. 182.

<sup>95</sup> This is what one anonymous reviewer of the article suggests.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> STACHURA, I. Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe. Próba analizy statusu normatywnego wybranych kontratypów pozaustawowych. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*. 2007, Vol. XI, no. 2, p. 142. Available at: <https://www.czpki.pl/index.php/zeszyty-archiwum/zeszyt-2007-2>

<sup>98</sup> PINKAVA, 2020, op. cit., p. 147.

<sup>99</sup> GRUDECKI, 2020, op. cit., p. 58.

<sup>100</sup> GIEZEK, J. *Przejrzyność oraz przypisanie skutku w prawie*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 1994, p. 88.

one speak about the complete absence of social harmfulness of behaviour. The instances of primarily-legal acts include the violations of legal interests during sports competition (e.g. damage to health caused to boxers by fellow sportsmen, the violations of bodily inviolability by footballers) or the cultivation of generally-accepted customs (e.g. disturbing night rest on New Year's Eve or by giving gifts to commission members after the master's examination). In these situations, there is no need to invoke the non-statutory justification.

*Prima facie* approval of primary legality may be in contradiction with the previously expressed arguments against non-statutory justifications. However, it is not so. Behavior in accordance with the rules of proceeding with the legal interest makes it impossible to attribute the features of a prohibited act in ordinary, socially acceptable situations, and thus approved by public authorities. These rules limit the scope of criminalization so that it does not include everyday behavior that violates certain legal interests, but in a manner acceptable to everyone. In other cases, it would be too broad and, for example, the prohibition of violating bodily inviolability would include participation in cosmetic procedures, and the prohibition of risking the loss of life or health would include participation in car races. The justifications, however, are of a completely different nature. They constitute an exceptional license to undertake generally socially unacceptable behavior. Hence, they should always be specified in a legal act<sup>101</sup>. It is also impossible to agree with the theses advocated by some authors, according to which the justifications also eliminate the social harmfulness of the act. Acting within the justification is sometimes purely tolerated behaviour (a choice of the lesser evil), giving priority by the state to less harmful behaviour in conflict with another harmful act<sup>102</sup>. This does not mean that they should be positively valued. Is it possible to give such an assessment to the act of the defender as part of necessary defense, who causes the death of the attacker by their behaviour? The destruction of a legal interest will never be assessed positively and it cannot constitute a positive value in society.

We cannot equate either situations in which responsibility for a crime cannot be assigned due to a negligible degree of social harmfulness (as in the Republic of Poland) or the subsidiarity clause (as in the Czech Republic). As already mentioned, these are separate, code-based, grounds for exemption from penal liability in particular (petty) cases. They differ from justifications in that the justification concerns general (repetitive) factual states, and the aforementioned circumstance may only be applied *in concreto*. They are the tools of prosecutorial discretion, invoked in situations where there is pointless to commence or continue penal proceedings<sup>103</sup>. The functions of these institutions are completely different. Therefore, one cannot (and the Polish Supreme Court once did<sup>104</sup>, but erroneously) find in these circumstances the sources of non-statutory justifications.

<sup>101</sup> See more GRUDECKI, M. *Kontratypy pozaustawowe w polskim prawie karnym*. Warszawa: C. H. Beck, 2021, pp. 301–303.

<sup>102</sup> HORSKÝ, 2012, op. cit., p. 8.

<sup>103</sup> Judgement of the District Court in Radom of 7. 6. 2018, no. II K 143/17.

<sup>104</sup> Judgement of the Polish Supreme Court of 25. 1. 2000, no. WKN 45/99.

## Conclusions

The Czech and Polish penal law are not based on custom, nor are they a common law; all grounds for incurring penal liability must be included in the statute<sup>105</sup>. The court in continental law system is called on to apply the law, not to create it. It cannot usurp the rights of a legislator whose action is an emanation of the will of the general public, and who, therefore, has the legitimacy to create norms<sup>106</sup>. This would threaten the arbitrariness of judicial authorities and their privilege over the legislature, which decides what behaviour may constitute a justification<sup>107</sup>. The above remarks are valid not only with regard to the Polish or Czech legal system, but also to all the democratic systems of states based on the principles of specificity, the separation of powers and legality. Since the description of prohibited behaviour must be included in the act, so must justification.

One should be aware of the fact that the discussed issue is highly controversial, and the arguments of supporters of the institution of non-statutory justifications may be convincing for some. It seems, however, that the weight of the presented arguments against it speaks in favor of the thesis about the inadmissibility of creating non-statutory justifications.

<sup>105</sup> The Criminal Justice System in the Czech Republic. Available at: <http://www.ok.cz/iksp/en/docs/s279.pdf>; KORDELA, M. Aksjologia źródeł prawa. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*. 2016, Vol. LXXXVIII, no. 2, p. 24. DOI: <https://doi.org/10.14746/rpeis.2016.78.2.3>. Available at: <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/rpeis/article/view/5835>; CHROMA, 2003, op. cit., p. 5.

<sup>106</sup> DŁUGOSZ, 2016, op. cit., p. 289.

<sup>107</sup> Ibid., p. 290.

# Role soudu při opravě přednesů stran – možnosti inspirace ve švýcarském civilním procesu

## Role of the Court when Removing the Defects of the Procedural Statements of the Parties – Possible Inspiration in the Swiss Civil Procedure

Filip Mazel\*

### Abstrakt

Článek se zabývá rolí soudu při opravě vadných přednesů stran občanského soudního řízení sporného. Pozornost je věnována jak nápravě chybějících či neurčitých skutkových tvrzení, tak chybějících či neurčitých důkazních návrhů. Na tuto činnost soudu je přitom pohlíženo při zohlednění zásady projednací, kterou je sporné řízení ovládáno. Otázkou, na kterou byla zaměřena pozornost, je nalezení přiměřených mezí této soudní činnosti tak, aby při ní nedocházelo k nahrazování aktivity stran a aby nebyla deformována povaha civilního sporného procesu.

### Klíčová slova

Materiální vedení řízení; chybějící a neurčitá skutková tvrzení nebo důkazní návrhy; zásada projednací; sporné řízení.

### Abstract

The paper deals with the role of the court when removing the defects of the procedural statements of the parties of the contradictory civil procedure. It is focused on the defects which occur when the parties are claiming facts as well as when proposing evidence. This court activity is being viewed by considering the adversarial principle as the key idea of contradictory procedure. The main goal is to find appropriate boundaries of this judicial activity, so that it does not substitute the activity of the parties and distort the character of the civil procedure.

### Keywords

Judicial Case Management; Absent and Vague Procedural Statements or Evidence Proposals; Adversarial Principle; Contradictory Procedure.

\* Mgr. Filip Mazel, doktorand, Katedra civilního práva procesního, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Civil Procedure, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: [filip.mazel@gmail.com](mailto:filip.mazel@gmail.com) / Scopus ID: 57219356881



## Úvod

V předchozích příspěvcích týkajících se tzv. materiálního vedení řízení<sup>1</sup> jsem se zabýval otázkou potřebnosti a vhodnosti toho, aby soud v určitých situacích zasahoval (i) po obsahové stránce do civilního sporného řízení a ovlivňoval jeho průběh. Tématem tohoto příspěvku bude činnost soudu při opravě vad přednesů účastníků sporného řízení. Pro účely tohoto článku zahrnuji pod pojem přednes stran jak skutková tvrzení, tak i důkazní návrhy, a to v písemné i ústní podobě. První část článku se tedy zabývá nápravou chybějících a jinak nedostatečných skutkových tvrzení, ve druhé pak bude pojednáno o nápravě chybějících a jinak nedostatečných důkazních návrhů. Inspirace pro řešení předestřených otázek byla čerpána zejména ze švýcarské úpravy, neboť právě tam platí na federální úrovni poměrně moderní civilně procesní kodex účinný od roku 2011, který zajímavým a elegantním způsobem upravuje roli soudu mj. při odstraňování vad přednesů účastníků. Tamní řešení, která lze považovat za souladná se základními zásadami civilního řízení sporného, budou konfrontována se způsobem, jakým k nápravě vadných přednesů přistupují soudy v České republice v řízení podle občanského soudního řádu. Zohledněny budou i dosud zveřejněné návrhy řešení této problematiky v budoucím českém procesním právu.<sup>2</sup>

## 1 Obecně k rozsahu materiálního vedení řízení

Lze-li za materiální vedení řízení považovat takový postup soudu, který vychází z obsahové stránky řízení a reaguje na ni<sup>3</sup>, je nutno pod tento pojem podřadit i činnost soudu, v jejímž rámci vede strany k nápravě vad, kterých se dopustily při svých skutkových přednesech a důkazních návrzích. I v těchto případech totiž soud nutně musí vycházet z obsahu řízení, resp. musí zohledňovat uplatněný nárok, který je v něm projednáván. V opačném případě by totiž nebylo možno řízení kvalifikovaně vést s ohledem na konkrétní okolnosti daného případu a jednalo by se o vedení ryze formalistické, které by nemohlo naplňovat cíl a funkci civilního procesu<sup>4</sup>. I v tomto ohledu je tedy nutno uznat funkční propojenost práva procesního a práva hmotného<sup>5</sup>.

Za součást materiálního vedení řízení je tak bezpochyby nutno považovat postup soudu, v jehož rámci účastníky vede k tomu, aby řádně plnili svoji povinnost tvrzení rozhodných skutečností a související povinnost důkazní.

<sup>1</sup> Např. MAZEL, F. Právní rozhovor soudu a stran v civilním procesu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2020, roč. 28, č. 2, s. 267–279. DOI: <https://doi.org/10.5817/CPVP2020-2-6>. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/13034>

<sup>2</sup> Doposud pouze finální znění věcného záměru civilního řádu soudního z roku 2020 – dostupné z: [https://www.justice.cz/documents/12681/2549255/Věcný+záměr+ČŘS\\_finální+verze+druhého+znění.pdf](https://www.justice.cz/documents/12681/2549255/Věcný+záměr+ČŘS_finální+verze+druhého+znění.pdf)

<sup>3</sup> Srov. např. MAZEL, 2020, op. cit., s. 267–279, nebo LIENHARD, A. *Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Zürich/St. Gallen: Dike, 2013, s. 5.

<sup>4</sup> Za který lze obecně považovat vydání rozhodnutí odpovídajícího skutečným hmotněprávním vztahům mezi spornými stranami. Toto je podmíněno pokud možno pravdivým zjištěním rozhodného skutkového stavu.

<sup>5</sup> Srov. např. náleží Ústavního soudu ze dne 22. 9. 2015, sp. zn. I. ÚS 4004/14: „Občanské právo hmotné (a další soukromoprávní odvětví) na straně jedné a civilní právo procesní na straně druhé představují sice samostatná právní odvětví, avšak jsou spjata vzájemnými funkčními vazbami.“

Na druhou stranu je však nutné respektovat skutečnost, že v souladu se zásadou projednací přísluší přednes rozhodných skutkových tvrzení a označení důkazů k jejich prokázání především stranám sporného řízení<sup>6</sup>. Každá ingerence soudu do tohoto výsostného úkolu stran nutně znamená oslabení této zásady. Je proto zapotřebí hledat správnou míru, s jakou má soud při opravě vadných přednesů stran postupovat, tak aby byl jednak naplněn účel civilního soudního řízení (k jehož dosažení musí být nejprve vymezen okruh sporných skutečností a důkazů k jejich prokázání), a jednak aby nedošlo k nepřiměřené deformaci zásady projednací v důsledku nežádoucích zásahů soudu do oblasti zjišťování skutkového stavu. Právě o míře soudní aktivity při opravě vad přednesů stran bude pojednáno v předkládaném článku.

## 2 Část I. – náprava chybějících či neurčitých skutkových tvrzení stran

Vady skutkových tvrzení stran lze s určitou mírou zobecnění rozlišit jednak na situace, kdy vylíčení skutkových okolností je nedostatečné v tom smyslu, že nezahrnuje některé prvky, které by obsaženy být měly (neboť jejich prokázání je důležité z hlediska aplikované právní normy – tzv. nárokové normy, popř. protinormy) – jde tedy o chybějící či neúplná skutková tvrzení, a jednak na případy neurčitých (nedostatečně substancovaných) skutkových tvrzení<sup>7</sup>.

### 2.1 Neúplnost skutkových tvrzení

O neúplné skutkové přednesy půjde v případech, kdy přednesy stran nezahrnují po skutkové stránce všechny znaky právní normy, ze které žalobce odvozuje svůj uplatňovaný právní nárok, popř. znaky protinormy, jíž se dovolává žalovaný a která má nárok vůči němu uplatňovaný oslabit nebo vyloučit.

Tak např. v řízení o žalobě na náhradu nemajetkové újmy na zdraví jako následku dopravní nehody žalobce opomene tvrdit okolnosti rozhodné pro vyhodnocení, zda žalovaný porušil svoji právní povinnost, např. tím, že nedal žalobci přednost v jízdě. Bez této konkrétní chybějící informace přitom soud nemůže vyhodnotit, zda k porušení nějaké právní povinnosti coby jednoho z předpokladů přiznání nároku na náhradu nemajetkové újmy skutečně došlo či nikoliv a zda je tedy nárok žalobce po právu.

V českém občanském soudním řízení na takové situace pamatuje ustanovení § 118a odst. 1 o. s. ř., podle kterého „*ukáže-li se v průběhu jednání, že účastník nevyličil všechny rozhodné skutečnosti nebo že je uvedl neúplně, předseda senátu jej vyzve, aby svá tvrzení doplnil, a poučí jej, o čem má tvrzení doplnit a jaké by byly následky nesplnění této výzvy*“. Toto ustanovení tak směřuje právě na situace, kdy jedna ze stran neunáší svoji povinnost tvrzení ohledně některé z rozhodných skutečností. Platí přitom, že takové poučení se má týkat jen žalobcem vymezeného předmětu řízení, a nelze tedy účastníka poučovat o tom, že žalovaného plnění by snad bylo možno dosáhnout na jiném skutkovém základě<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Srov. např. MACUR, J. Povinnost tvrzení a vysvětlovací povinnost procesních stran v civilním soudním řízení. *Právo a podnikání*. 1995, roč. 4, č. 9, s. 10.

<sup>7</sup> LIENHARD, 2013, op. cit., s. 57.

<sup>8</sup> Srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 1. 2013, sp. zn. 22 Cdo 4072/2011, publikovaný pod č. 90/2013 Sb. rozh. civ.

S tímto závěrem Nejvyššího soudu lze jistě souhlasit. Bylo by snad možné pouze doplnit, že dosažení úplnosti skutkových přednesů se v praxi realizuje nejen výzvami a poučeními ze strany soudu, nýbrž i dotazy, které soud stranám v průběhu řízení pokládá<sup>9</sup>.

Z hlediska možné inspirace ve švýcarském civilněprocesním kodexu (dále jen „švýcarský ZPO“) by bylo možné stran nápravy neúplných skutkových přednesů účastníků řízení poukázat na tzv. *dotazovací povinnost soudu* upravenou v ustanovení čl. 56 švýcarského ZPO. Podle tohoto ustanovení platí, že pokud je přednes stran nejasný, rozporný, neurčitý (*unklar, widersprüchlich, unbestimmt*) nebo zjevně neúplný (*offensichtlich unvollständig*), dá soud stranám *pomocí odpovídajících otázek* příležitost k vysvětlení a k doplnění.

Uvedená zákonná dikce tak zahrnuje několik situací, kdy skutkové přednesy vykazují určité vady. V této části příspěvku nás prozatím bude zajímat pouze **zjevná neúplnost** skutkových tvrzení.

Švýcarský procesualista Lienhard uvádí, že v teorii i praxi existují různé názorové proudy ohledně toho, do jaké míry by měl soud vést svými dotazy strany k nápravě vad jejich skutkových přednesů, a to od extenzivního pojetí až po pojetí restriktivní. Zdůrazňuje proto, že nalezení správné míry soudcovské aktivity odvisí od toho, zda se jedná právě o neúplnost skutkových přednesů, či pouze o nedostatky týkající se přednesů již učiněných (typicky jejich neurčitost, vnitřní rozpornost atd.)<sup>10</sup>.

Pokud jde o zcela chybějící skutkové přednesy, je Lienhard toho názoru, že by se oprávnění soudu dotazy působit na strany mělo vykládat restriktivně. Uznává sice, že i přes dotaz či výzvu soudu je stále na té které straně, zda bude podnět soudu akceptovat a zda požadovaná tvrzení doplní, takový postup však podle něj i tak potlačuje zásadu projednací. Pokud by se soud sám od sebe na tyto okolnosti dotazoval a zjišťoval další související informace, které by považoval za důležité, toto břemeno by dané straně odnímal<sup>11</sup>. Proto podle Lienharda dotazy soudu na další dosud netvrzené skutečnosti přicházejí v úvahu pouze tehdy, pokud strana již většinu relevantních skutečností tvrdila a svým přístupem projevila zvýšenou *procesní svědomitost* (*Prozessorgfalt*) – např. tím, že dopředu provedla potřebné rešerše a zjistila si i právní předpisy.<sup>12</sup>

Podobný názor zastává ve švýcarské nauce i Mordasini-Rohner, podle které se dotazovací povinnost soudu může uplatnit pouze tehdy, když strana určitou skutečnost alespoň v náznacích, nepřímou tvrdila<sup>13</sup>.

S uvedenými názory lze souhlasit v tom směru, že soud by měl při zvažování, do jaké míry strany vyzývat (či na ně jiným způsobem působit – např. dotazy) k doplnění chybějících skutkových tvrzení, vzít v úvahu i přístup toho kterého účastníka k řízení. Právní ochrana by totiž ze strany soudu měla být poskytnuta pouze v takovém rozsahu, v jakém o to účastník

<sup>9</sup> BUREŠ, J. § 118a. Poučovací povinnost při jednání. In: DRÁPAL, L., BUREŠ, J. a kol. *Občanský soudní řád. Komentář. I. díl.* 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 830.

<sup>10</sup> LIENHARD, 2013, op. cit., s. 55 a 57.

<sup>11</sup> LIENHARD, 2013, op. cit., s. 58.

<sup>12</sup> LIENHARD, 2013, op. cit., s. 57.

<sup>13</sup> MORDASINI-ROHNER, C.M. *Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013, s. 72.

řízení „stojí“. V každém případě je však nezbytné, aby soud vedl strany alespoň k vylíčení elementárních rozhodných okolností týkajících se projednávaného nároku. V případě nárokové normy by tedy mělo jít o její základní znaky podmiňující, v případě jejich prokázání, nastoupení účinků této normy. Pokud jde o obranu žalovaného, je-li z této zřejmé, že žalovaný se dovolává účinků určité protinormy, která oslabuje normu základní či vylučuje její účinky, měl by soud takového žalovaného upozornit, kterých okolností by se měly jeho budoucí skutkové přednesy týkat, pouze však v rozsahu jím uplatňované protinormy. Pokud např. žalovaný bez bližších podrobností a pouze v obecné poloze prohlásí, že došlo k promlčení vůči němu uplatňovaného nároku (dovolává-li se žalovaný promlčení, dovolává se tím příslušné protinormy a měl by tedy tvrdit a prokazovat okolnosti podmiňující nástup jejích účinků), měl by jej soud alespoň vyzvat, aby blíže rozvedl časové údaje týkající se možného promlčení. V žádném případě by však soud neměl obranu za žalovaného domýšlet či za žalobci pomáhat s tím, jakým způsobem by měl svůj nárok uplatňovat, tedy např. jaké v úvahu přicházející protinormy by měl vůči protistraně uplatnit.

Zahraniční autoři rovněž uvádějí, že soud by se měl zjevnou neúplnost skutkových tvrzení stran pokusit napravit pouze tehdy, jestliže je chybějící skutečnost pro rozhodnutí relevantní a musí být bezpodmínečně objasněna, přičemž její absence rozhodnutí o uplatňovaném nároku vylučuje nebo značně ztěžuje.<sup>14</sup> Podle Hurniho se pak o zjevnou neúplnost skutkového přednesu, která zakládá povinnost soudu podle čl. 56 švýcarského ZPO jedná tehdy, jestliže se v něm ani přes vynaložení již zmíněné běžné procesní svědomitosti<sup>15</sup> zcela zjevně nevyskytují taková tvrzení, bez kterých není dosažení procesního cíle, o který je usilováno, možné.<sup>16</sup>

Je tedy zjevné, že švýcarská úprava role soudu při nápravě neúplnosti skutkových přednesů stran sleduje značně ambicióznější cíl, než je tomu v případě postupu soudu podle § 118a odst. 1, resp. 2 o. s. ř. Je totiž nutné připomenout, že podle ustálené tuzemské judikatury slouží postup soudu podle § 118a odst. 1, resp. odst. 2 o. s. ř., toliko k eliminaci vydání rozhodnutí založeného na neunesení břemene tvrzení, a pokud o takovou situaci nejde a soud rozhoduje na základě zjištěného skutkového stavu, není třeba účastníky o vadách jejich skutkových přednesů podle citovaných ustanovení poučovat<sup>17</sup>. Švýcarská úprava naopak postup soudu podle čl. 56 švýcarského ZPO vyžaduje vždy, je-li to potřeba pro rozhodnutí ve věci (byť i zde je v případě nápravy neúplnosti tvrzení na místě restriktivnější přístup). Neomezuje se tedy pouze na eliminaci vydání rozhodnutí založeného na neunesení břemene tvrzení, nýbrž směřuje k tomu, aby byly alespoň v základním rozsahu předneseny skutečnosti předpokládané uplatněnou nárokovou normou, popř. protinormou<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> MORDASINI-ROHNER, 2013, op. cit., s. 76–77.

<sup>15</sup> Její splnění je podle Hurniho třeba posuzovat i s ohledem na to, zda je strana zastoupená advokátem či nikoliv.

<sup>16</sup> HURNI, C. Art. 56. Gerichtliche Fragepflicht. In: HAUSHEER, H., WALTER, H. P. (eds.). *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I. Artikel 1–149 ZPO*. Bern: Stämpfli, 2012, s. 523.

<sup>17</sup> Viz usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 6. 2003, sp. zn. 21 Cdo 121/2003, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 6. 2013, sp. zn. 33 Cdo 213/2012, nebo ze dne 18. 1. 2018, sp. zn. 22 Cdo 4776/2017.

<sup>18</sup> K tzv. nárokové normě a protinormě, které vycházejí z teorie analýzy norem německého procesualisty L. Rosenberga srov. např. MACUR, J. *Důkazní břemeno v civilním soudním řízení*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 37–40, popř. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 2. 2013, sp. zn. 22 Cdo 3108/2010, ze dne 10. 12. 2018, sp. zn. 28 Cdo 3197/2018, nebo usnesení Nejvyššího soudu ze dne 17. 5. 2017, sp. zn. 22 Cdo 372/2017).

Je však nutné zdůraznit i druhý aspekt, tedy že příliš daleké dotazy soudu na skutkový stav (resp. na okolnosti dosud stranami nezmiňené) by mohly vést k narušení zásady projednací, a to i přesto, že je výlučně na stranách, zda soudu požadované informace poskytnou. Je totiž jen stěží představitelné, že by strany odmítly výzvě soudu vyhovět a riskovaly tím svůj neúspěch ve sporu. Mnohem spíše by, v naději, že tím zvýší svoje procesní šance, soudu ochotně vyličily skutečnosti, o které se soud zajímá. V takovém případě by však rozvržení rolí stran a soudu v civilním sporném řízení bylo jednoznačně narušeno v neprospěch zásady projednací, nemluvě o tom, že by došlo i k narušení důvěry stran (přínejmenším strany, která by ve sporu nakonec neuspěla) v nestrannost soudu.

## 2.2 Neurčitost skutkových tvrzení

Jak již bylo uvedeno, je z hlediska míry, se kterou by měl soud na strany při nápravě vad jejich skutkových tvrzení působit, nutno důkladně rozlišovat mezi novými, dosud netvrzenými skutečnostmi relevantními z hlediska nárokové právní normy, popř. uplatňované protinormy, a skutkovými přednesy, které již byly v řízení učiněny, ale trpí určitými kvalitativními vadami. V tomto ohledu lze vyjít z již zmíněného ustanovení čl. 56 švýcarského ZPO, který vedle zjevné neúplnosti skutkových tvrzení, o které bylo pojednáno výše, pamatuje i na vady spočívající v nejasnosti, rozporuplnosti (vnitřní rozpornost) a neurčitosti skutkových přednesů. Skutkové přednesy trpící těmito vadami lze obecně označit za nedostatečně *substancované*.

V tuzemském prostředí se problematikou substancování skutkových tvrzení (a přednesů stran obecně) zabýval nejvíce Josef Macur, podle kterého lze substancováním rozumět „*hodnocení skutkových přednesů a návrhů stran z hlediska jejich určitosti. Podmínka řádného substancování není splněna v případě neurčitých, paušálních a příliš obecných tvrzení, která neumožňují jejich věcné přezkoumání. Nesubstancovaný přednes nedovoluje posoudit, zda je právně významný, ani nemůže být dokazováním zjištěno, zda odpovídá pravdě. Substancování předpokládá takovou konkretizaci tvrzených skutečností, aby mohly být učiněny konkrétním předmětem dokazování. Skutkové tvrzení je dostatečně substancováno, může-li soud přezkoumat, zda uplatňované právo v případě pravdivosti takového tvrzení skutečně vzniklo*“<sup>19</sup>.

O nesubstancované tvrzení se tak podle Macura jedná tehdy, jestliže je toto nekonkrétní, nejasné, neobsahuje bližší vyličení skutkových okolností, neurčité, paušální, příliš obecné. Macur také důsledně rozlišuje mezi neúplností a neurčitostí skutkových přednesů. Hranice úplnosti a určitosti skutkových přednesů se podle něj nachází tam, kde neúplnost má za následek, že skutková tvrzení nelze subsumovat pod právní normu, která uplatňovaný nárok upravuje, zatímco neurčité tvrzení neumožňuje ověřit jeho pravdivost, resp. neumožňuje odpůrci tohoto tvrzení zaujmout k němu své stanovisko. Podle švýcarské procesualistky Mordasini-Rohner lze náležité substancování vyjádřit také jako *kvalifikované tvrzení*.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> MACUR, J. Substancování skutkových přednesů stran v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*. 1998, roč. 6, č. 9, s. 434.

<sup>20</sup> MORDASINI-ROHNER, 2013, op. cit., s. 17.

S ohledem na právě uvedené se lze domnívat, že rozlišování mezi úplnými a určitými skutkovými tvrzeními nachází své uplatnění i při odstraňování vad skutkových přednesů stran civilního sporného řízení. V tomto smyslu je tedy nutné chápat rozlišování vad skutkových přednesů v čl. 56 švýcarského ZPO, pokud vedle zjevné neúplnosti skutkových přednesů pojednává o nejasných, rozporuplných (vnitřní rozpornost) a neurčitých skutkových přednesech.<sup>21</sup> Při opravě posledně jmenovaných vad skutkových přednesů stran jsou však na míru aktivity soudce kladeny zcela jiné požadavky než při opravě vad spočívajících v jejich absenci (neúplnosti).

Jestliže je při opravě vad skutkových přednesů stran spočívajících v nedostatečném tvrzení skutečností rozhodných z hlediska v úvahu přicházející právní normy, podle které hodlá soud věc posuzovat, soud s ohledem na zásadu projednací ve své aktivitě značně limitován, u nápravy vad spočívajících v nedostatečně substancovaných tvrzeních je tomu přesně naopak. Při vedení stran k náležitému substancování již uplatněných skutečností totiž obava z narušení právě zásady projednací již nehrozí, neboť všechny skutečnosti, které strany hodlaly v řízení uplatňovat, byly do něj již „vneseny“. Vada skutkových přednesů tedy již není kvantitativní (problémem není nedostatek skutkových tvrzení způsobující neunesení břemene tvrzení), nýbrž kvalitativní povahy, neboť uplatněné skutkové přednesy se s ohledem na svoji neurčitost (nedostatečnou substancovanost) nemohou stát předmětem dokazování ani kvalifikovaného popírání.

Navíc je nutné si uvědomit, že požadavek na dostatečné substancování není vždy stejný a je nutné ho zvažovat individuálně u každého jednotlivého skutkového tvrzení s ohledem na okolnosti daného případu (a i s ohledem na aktivitu protistrany). Na rozdíl od kritéria úplnosti, které si strany mohou a mají samy vyhodnotit, neboť je součástí jejich povinnosti tvrzení, nemohou účastníci mnohdy sami od sebe vědět, do jaké míry je to které jejich skutkové tvrzení třeba detailně konkretizovat<sup>22</sup>. I z toho důvodu je soud při zajištění dostatečné substancovaných tvrzení stran svázán mnohem méně, než pokud jde o jejich úplnost.

Z hlediska respektování zásady projednací lze uvést, že v rámci aktivity soudu směřující k dosažení natolik substancovaných skutkových tvrzení, která se mohou stát předmětem posouzení jejich pravdivosti v rámci procesu dokazování, nedochází k žádnému narušení uvedené zásady, neboť soud vychází toliko z těch tvrzení, která již byla učiněna a neusiluje o jejich rozšíření o skutečnosti nové. Okruh uplatněných skutkových tvrzení tedy zůstává v důsledku aktivity soudu nezměněn a dochází toliko k jejich kvalitativní změně. Soud tak nezasahuje do břemena tvrzení, které ve sporném řízení nesou výhradně strany, a neulehčuje jim od něj, nýbrž zajišťuje toliko dosažení takové určitosti přednesů stran, aby se tyto mohly stát předmětem dokazování.

Je nutné konstatovat, že v občanském soudním řádu nenalezneme pravidlo, podle kterého by soud měl strany vést k tomu, aby jejich skutková tvrzení byla dostatečně substancovaná.

<sup>21</sup> LIENHARD, 2013, op. cit., s. 59.

<sup>22</sup> Srov. LIENHARD, 2013, op. cit., s. 61. Navíc potřeba konkretizace určitého tvrzení se často v průběhu řízení mění s ohledem na míru určitosti příslušných oponujících tvrzení protistrany – k tomu srov. HAJDAJOVÁ, T. Břemeno substancování v (novém) civilním soudním řízení. In: LAVICKÝ, P., DOBROVOLNÁ, E., VALDHANS, J. *Dny práva 2018, Reforma civilního procesu*. Brno: Masarykova univerzita, 2019, s. 39–48.

Dosažení náležitě substancovaných skutkových tvrzení není přitom ani cílem předpokládaným postupem podle § 43 odst. 1 o. s. ř., ani podle § 118a odst. 1, popř. odst. 2 o. s. ř. Pokud jde o prvně uvedené ustanovení § 43 odst. 1 o. s. ř., jeho smyslem je toliko oprava nebo doplnění takového podání, které neobsahuje všechny stanovené náležitosti nebo které je nesrozumitelné nebo neurčité. Všechny tyto požadavky se přitom vztahují k podání jako k celku a jejich naplnění má za cíl toliko umožnit projednatelnost tohoto podání. Jde tedy o nejzásadnější vady, které brání jeho projednání.

Postup při odstraňování vad podání podle § 43 odst. 1 o. s. ř. je však zcela odlišný od aktivity soudu při vedení stran k dostatečně určitému vyličení skutkových tvrzení. Prvně jmenovaný postup je totiž ryze formální a uplatní se zpravidla písemnou formou (usnesením) ještě před konáním jednání. Jeho cílem přitom je, jak bylo již uvedeno, dosažení samotné projednatelnosti podání, nikoliv vedení sporu s ohledem na jeho obsah (materiální vedení řízení). Postup předvídaný např. v ustanovení čl. 56 švýcarského ZPO se však uplatní naopak zpravidla při jednání, kdy je třeba neformálně a operativně reagovat na jednotlivá skutková tvrzení stran a dotazováním k určitým z nich zajišťovat jejich náležité substancování. Postup podle § 43 odst. 1 o. s. ř. se naproti tomu vztahuje pouze na formalizovaná podání stran, přičemž se předpokládá podání písemné (za ústní podání do protokolu nelze s ohledem na § 42 odst. 1 věta čtvrtá o. s. ř. považovat vyjádření strany učiněné při jednání).

Neformální a zpravidla ústní přístup při vedení stran k dostatečnému substancování jejich přednesů je zapříčiněn i tím, že míru potřebnou pro náležité substancování určitého skutkového tvrzení zjistí soud zpravidla až s ohledem na reakci protistrany. Pokud protistrana skutkové tvrzení uzná a toto zůstane nesporným, nebude vůbec zapotřebí jej substancovat za účelem jeho možného prokazování a postačí, pokud toto zůstane v podstatně obecnější podobě. Pokud naopak protistrana uvede podrobnou obranu proti zprvu obecnějšímu tvrzení druhé strany, bude soud požadovat, aby toto tvrzení bylo konkretizováno stejně jako tvrzení protistrany.<sup>23</sup>

Na dosažení v potřebné míře substancovaných skutkových tvrzení necílí ani poučovací povinnost podle § 118a odst. 1, popř. odst. 2 o. s. ř., která se sice, na rozdíl od postupu podle § 43 odst. 1 o. s. ř., uplatní zpravidla při jednání a v podstatně méně formalizované podobě, nicméně jejím cílem je toliko působení na strany z hlediska úplnosti jejich skutkových tvrzení z pohledu soudem zvažované právní kvalifikace a zamezení vydání rozhodnutí založeného na neunesení břemene tvrzení některou ze stran (viz výše).

Jak je patrné, tuzemský civilněprocesní předpis důsledně nerozlišuje mezi úplností a určitostí (substancovaností) skutkových tvrzení. Současně je však zřejmé, že toto rozlišování je s ohledem na charakter sporného řízení a z něj vyplývající zásadu projednací zcela nezbytné, a to právě v oblasti tzv. materiálního vedení řízení soudem. Vzhledem k absenci této distinkce pak právní úprava na nápravu nedostatečně substancovaných skutkových přednesů stran nepamatuje.

<sup>23</sup> HAJDAJOVÁ, 2019, op. cit., s. 39–48.

### 3 Část II. – náprava chybějících či nedostatečných důkazních návrhů stran

Podobně jako v případě skutkových tvrzení je nutno i u důkazních návrhů rozlišovat jejich absenci a jejich jinou nedostatečnost. Činnost soudu při opravě těchto vad je pochopitelně i v případě důkazních návrhů determinována zásadou projednací, podle které je úkolem účastníků, aby ke skutkovým tvrzením, o která opírají svůj nárok či svoji obranu, označili i příslušné důkazní návrhy, pomocí kterých mají být jejich tvrzení prokázána, popř. o která opírají své popírání skutkových tvrzení protistrany (kvalifikované popírání).

#### 3.1 Chybějící důkazní návrhy

O chybějící důkazní návrhy jde tehdy, jestliže účastník na podporu svého procesního postavení sice nějaká skutková tvrzení uvedl, avšak k těmto nebo k některým z nich neoznačil žádné důkazní návrhy, ačkoliv jej ohledně jejich prokázání tíží důkazní břemeno.<sup>24</sup>

V českém civilním procesu je v případě, že některá ze stran opomene ke svému skutkovému tvrzení označit potřebné důkazy, na místě postup soudu podle § 118 a odst. 3 o. s. ř. Je tomu tak ovšem pouze tehdy, jestliže dané straně hrozí pro tuto absenci důkazních návrhů prohra ve sporu z důvodu neunesení důkazního břemena. Pokud by soud hodlal ve sporu rozhodovat na základě zjištěného skutkového stavu, postup podle citovaného ustanovení se neuplatní. Je tedy zřejmý restriktivní přístup tuzemského zákonodárce k otázce, v jaké míře má soud dbát o to, aby strany uvedly ke svým skutkovým přednesům i patřičné důkazní návrhy. Na tomto závěru nemění nic ani skutečnost, že v praxi soudy hojně v rámci poučení např. podle § 43 odst. 1 o. s. ř. strany vyzývají k označení chybějících důkazních návrhů, přičemž nezřídka v rámci tohoto poučení podrobně a jednotlivě rozepisují, ke kterým okolnostem je třeba důkazní návrhy označit. Takový postup však neodpovídá zákonu, neboť, jak bylo výše pojednáno, postup podle § 43 odst. 1 o. s. ř. slouží toliko k zajištění samotné projednatelnosti podání.

Restriktivní přístup zvolil i zákonodárce ve Švýcarsku, kde je však aktivita soudu vůči stranám upravena obecněji v rámci *materiálního vedení řízení*, zakotveného coby projev tzv. dotazovací povinnosti soudu (*Gerichtliche Fragepflicht*) upravené v čl. 56 švýcarského ZPO. Podle tohoto ustanovení musí dát soud prostřednictvím odpovídajících otázek stranám příležitost k tomu, aby doplnily mj. své zjevně neúplné (*offensichtlich unvollständig*) přednesy (mysleno i důkazní návrhy). S ohledem na uvedenou formulaci, tedy že přednesy stran (nyní důkazní návrhy) musí být *zjevně neúplné*, je tento restriktivní přístup na místě.

Toto restriktivní pojetí je podle švýcarských autorů důsledkem uplatnění zásady projednací. Není úkolem soudu nahrazovat aktivitu stran při prokazování jejich tvrzení. V případě zjevně neúplných přednesů však zasáhnout má. Je tedy nutná nejen prostá neúplnost,

<sup>24</sup> Mysleno subjektivní důkazní břemeno, které určuje, která procesní strana si má aktivně počínat ohledně prokázání určité skutečnosti, tj. kdo má navrhnout důkaz k jejímu prokázání (někdy bývá proto označováno jako břemeno vedení důkazu) – viz LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha: Leges, 2017, s. 51. K rozlišování objektivního a subjektivního důkazního břemena srov. dále např. MACUR, 1995, op. cit., s. 41 a násl.



ale tato neúplnost musí dosahovat vyšší intenzity, aby ospravedlnila zásah soudu do oblasti, která jinak výlučně náleží stranám sporného řízení.

Domnívám se, že s ohledem na zásadu projednací, která se nejen v důkazním řízení uplatňuje, je rozlišování mezi prostou nedostatečností důkazních návrhů a její závažnější, kvalifikovanou podobou, na místě. Nerozlišování mezi těmito dvěma kategoriemi by totiž mohlo velmi snadno vést k tomu, že by soud po důkazních prostředcích pátral, což ve sporném řízení rozhodně není jeho úlohou. Poukázání na skutečnost, že důkazní návrhy jedné ze stran jsou zcela zjevně nedostačující, však nejenže neznamená průlom do zásady projednací, ale je spíše projevem racionality řízení, kdy soud nemůže pouze přihlížet zjevnému neplnění procesních povinností některou ze stran, a neznamená ani narušení rovnosti stran.

Otázkou tedy je, kdy se již o zjevnou neúplnost důkazních návrhů jedná. Nabízí se odpověď, že o zjevnou neúplnost se jedná tehdy, jestliže je tato rozeznatelná na první pohled, např. tehdy, jestliže nebyly označeny důkazy žádné<sup>25</sup>. Takové pojetí je však podle Sutter-Somma nedostatečné a je třeba vycházet spíše z toho, jaké má tato neúplnost následky – o zjevně neúplný přednes jde podle něj tehdy, jestliže tento vylučuje nebo podstatně ztěžuje soudní rozhodnutí<sup>26</sup>.

Toto pojetí lze podle mého názoru akceptovat. Není skutečně povinností soudu upozorňovat strany na to, že k prokázání jejich tvrzení by bylo vhodné označit ještě nějaké další důkazní prostředky. Aktivita soudu směrem k jejich samotnému označení a navrnutí jejich provedení by tak měla přicházet v úvahu v případech zcela zjevného opomenutí, a dále např. tehdy, jestliže strana na podporu jí tvrzených skutečností již nějaké důkazy navrhla, tyto se však vztahují toliko k některým znakům normy, o kterou svůj návrh, popř. obranu opírá, přičemž však některé tyto znaky ponechala důkazně nepodložené. Na takovou skutečnost by měl soud tuto stranu upozornit. Pokud však strana již některou z tvrzených skutečností důkazně podepřela, není podle mého názoru úlohou soudu, aby v případě, kdy mu důkazní situace umožňuje rozhodnout, zjišťoval, zda tato strana nemá k dispozici ještě nějaké další důkazy k jí tvrzeným skutečnostem. Opačný přístup by vedl k tomu, že by soud musel zvažovat, zda náhodou nemůže existovat ještě nějaký další důkaz, který by mohl důkazní postavení strany posílit. To není ve sporném řízení jeho úlohou.

### 3.2 Neurčité důkazní návrhy

Dosud podaný text se stran nápravy důkazních návrhů týkal situací, kdy důkazní návrhy absentují. Mohou však, a v praxi často nastávají, situace, kdy důkazní prostředek označen byl, avšak je neurčitý, tedy nedostatečně *substancovaný*. Problematika substancování se totiž neomezuje pouze na skutková tvrzení, nýbrž vztahuje se i např. na různé důkazní návrhy podávané v průběhu řízení, neboť i předmět dokazování musí být substancován.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> HURNI, 2012, op. cit., s. 522.

<sup>26</sup> SUTTER-SOMM, T. Art. 56. Gerichtliche Fragepflicht. In: SUTTER-SOMM, T., HASENBÖHLER, F., LEUENBERGER, C. a kol. *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*. 15. vyd. Basel, 2013, s. 441, marg. č. 26.

<sup>27</sup> MACUR, J. Břemeno substancování v civilním soudním řízení. *Bulletin advokacie*. 1999, roč. 29, č. 6–7, s. 10.

O nedostatečně substancovaný důkazní návrh se jedná tehdy, jestliže z něj např. není patrné, které konkrétní skutečnosti mají být předmětem důkazu, popřípadě není náležitě konkretizován samotný důkazní prostředek (osoba svědka, soukromá nebo veřejná listina apod.).<sup>28</sup> Rozlišují se tedy dvě alternativy náležitostí, které má dostatečně substancovaný důkazní návrh obsahovat. Musí z něj jednak plynout, k jaké skutečnosti se vztahuje a má ji prokázat (popř. jaké tvrzení protistrany má vyvracet), a jednak musí být natolik konkrétní, aby bylo možno příslušný důkazní prostředek vyhledat a důkaz provést. Pokud důkazní návrh některou z těchto náležitostí neobsahuje, je tzv. nedostatečně substancovaný.

Následkem nedostatečně substancovaného důkazního návrhu je podle Macura jeho neprovedení, resp. odmítnutí<sup>29</sup>. S takovým názorem se však již ztotožnit nelze, neboť právě v takovém případě se uplatní role soudu a jeho materiální vedení řízení. Ještě před odmítnutím neurčitěho důkazního návrhu by se tedy soud měl pokusit o nápravu této vady.

Autoři ve Švýcarsku se shodují v tom, že na rozdíl od situace zcela absentujících důkazních návrhů je v případě nedostatečně substancovaných důkazních návrhů nutno aplikovat extenzivní přístup k soudcovské dotazovací povinnosti<sup>30</sup>. Jedná se tedy o určitou paralelu ke shora pojednané situaci nedostatečně substancovaných skutkových přednesů. V případě nedostatečně substancovaných důkazních návrhů se totiž nejedná o nesplnění povinnosti důkazní, neboť strana určité důkazy k prokázání svých tvrzení již navrhla, tyto však sama nesprávně formulovala. Zásada projednací tedy nebude pokynem soudu k dodatečnému zpřesnění takového důkazního návrhu prolomena. Dojde pouze k jejímu mírnému potlačení<sup>31</sup>. S uvedenými závěry se lze ztotožnit.

### 3.3 Upozornění týkající se důkazního břemena

O odlišnou situaci jde naproti tomu tehdy, jestliže některá ze stran nenabízí k prokázání svých tvrzení důkazní prostředky z toho důvodu, že mylně vyhodnotila rozložení důkazního břemena.

Z povinnosti materiálního vedení sporu ze strany soudu vyplývá v případě, že jedna ze stran nesprávně vyhodnotí skutečnost, že ji ohledně prokázání určitých skutečností tíží důkazní břemeno, v důsledku čehož k těmto skutečnostem nenabídne žádné důkazní návrhy, povinnost soudu na toto pochybení upozornit<sup>32</sup>. Nemusí se však jednat pouze o otázku základního rozdělení *subjektivního důkazního břemena* (k němu viz výše), nýbrž např. i o situaci, kdy dojde např. v důsledku soudcovského dotváření práva k *obrácení důkazního břemena*<sup>33</sup>. K takové situaci může dojít např. v medicínskoprávních sporech, a to tehdy, kdy dojde ke zmaření

<sup>28</sup> MACUR, 1999, op. cit., s. 11.

<sup>29</sup> MACUR, 1999, op. cit., s. 11.

<sup>30</sup> Srov. LIENHARD, 2013, op. cit., s. 67.

<sup>31</sup> K tomu srov. LIENHARD, 2013, op. cit., s. 68.

<sup>32</sup> STADLER, A. § 139. Materielle Prozessleitung. In: MUSIELAK, H.-J.; VOIT, W. a kol. *Zivilprozessordnung: ZPO*. 15. vyd. München: Verlag Franz Vahlen, 2018, marg. č. 14.

<sup>33</sup> FRITSCH, J. § 139. Materielle Prozessleitung. In: KRÜGER, W. a kol. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO Band 1: § 1–354*. 5. vyd. München: C. H. Beck, 2016, marg. č. 13.

důkazu poskytovatelem zdravotní péče a v důsledku toho jej bude tížit důkazní břemeno ohledně znaku, který měl být původním důkazem prokázán.<sup>34</sup> Upozornovací povinnost platí i v případech, kdy byl podán tzv. důkaz *prima facie*<sup>35</sup>, neboť i na tuto skutečnost musí mít strana, které není ku prospěchu, možnost zareagovat<sup>36</sup>.

Nejistota může rovněž mezi stranami panovat ohledně tzv. *konkrétního břemena vedení důkazu*, které se vyznačuje tím, že je důsledkem konkrétní procesní situace a týká se otázky, která procesní strana za situace, kdy soudce již nabyl předběžného přesvědčení o existenci určité skutečnosti, musí učinit důkazní návrh, aby ve sporu zvítězila. Toto břemeno nezávisí na normách upravujících objektivní důkazní břemeno, ale na průběžném hodnocení důkazů soudcem, důsledkem čehož je, že má dynamickou povahu a sem a tam kyvadlovitě pendluje mezi stranami, a to nezávisle na rozdělení objektivního důkazního břemena.<sup>37</sup> I v takovém případě by soud měl stranu, která je v dané fázi sporu tímto konkrétním břemenem vedení důkazu zatížena, avšak takovou skutečnost nerozpoznala a není jí tedy jasné, že by na důkaz podaný protistranou měla důkazně zareagovat, na tuto skutečnost upozornit a poučit ji o nutnosti a základních náležitostech takové reakce.

### 3.4 Upozornění na nezdařený důkaz

Odlíšnou kategorií je pak situace, kdy předložené důkazní prostředky nepodávají důkaz o určité skutečnosti, která jimi měla být prokázána (jde o tzv. nezdařený důkaz – *gescheiterter Beweis*). Spornou se v této souvislosti jeví otázka, zda je soud povinen stranu na tuto skutečnost upozornit. Podle Lienharda<sup>38</sup> a dalších autorů<sup>39</sup> je vzhledem k nutnosti restriktivního přístupu k ingerenci soudu v oblasti důkazních návrhů takový postup vyloučen. Jiní autoři<sup>40</sup> oproti tomu v zájmu zamezení překvapivého rozhodnutí prosazují extenzivnější přístup, podle kterého musí soud tuto stranu upozornit na nezbytnost dalších důkazních návrhů, pokud daná strana mylně pojala přesvědčení, že důkaz jí tvrzené skutečnosti byl podán. Podle těchto autorů by dotčená strana bez tohoto upozornění byla konečným negativním rozhodnutím překvapena.

Jsem toho názoru, že není povinností soudu v průběhu soudního řízení stranám sdělovat, jakým způsobem bude hodnotit dosud provedené důkazy. S ohledem na to, že všechny důkazy je nutné hodnotit samostatně i v jejich vzájemných souvislostech, by navíc bylo

<sup>34</sup> Srov. HAJDAJOVÁ, T. Obrácení důkazního břemene v aktuální judikatuře. In: LAVICKÝ, P., HOLAS, J., VALDHANS, J. *Dny práva 2019, Civilní proces v aktuální judikatuře*. Brno: Masarykova univerzita, 2020, s. 30–44.

<sup>35</sup> Důkaz *prima facie*, který se používá především při posuzování kauzality nebo zavinění, je založen na typickém průběhu určitého děje. Neobrací se jím důkazní břemeno, ale snižuje se jím míra důkazu – viz LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 23.

<sup>36</sup> FRITSCHÉ, op. cit., 2016, marg. č. 13.

<sup>37</sup> LAVICKÝ, 2017, op. cit., s. 64–65.

<sup>38</sup> LIENHARD, 2013, op. cit., s. 61.

<sup>39</sup> Martin Sarbach a Alfred Bühler, v Rakousku pak W. Hans Fasching a Andreas Konecny – viz autoři zmínění v LIENHARD, 2013, op. cit., s. 61, v poznámce pod čarou č. 233.

<sup>40</sup> Paul Oberhammer a Gerhard Wagner, v Německu pak Dietrich Leipold – viz autoři zmínění v LIENHARD, 2013, op. cit., s. 62, v poznámce pod čarou č. 235.

takové průběžné hodnocení důkazů pro konečné rozhodnutí zpravidla bezpředmětné, neboť k hodnocení důkazů je možno přistoupit až po skončení dokazování, tedy poté, co soud provedl všechny důkazy, které podle něj mohly přispět k objasnění skutkového stavu. Restriktivním přístupem navíc nebude zasaženo ani do požadavku na předvídatelnost rozhodnutí, neboť tento se vztahuje pouze na situace, kdy některá strana opomněla některou právní nebo skutkovou okolnost, která je pro rozhodnutí ve věci rozhodná – v takovém případě by na toto opomenutí měla být soudem upozorněna<sup>41</sup>. Jakkoliv je tedy průběžné informování soudu o tom, zda důkaz určité skutečnosti byl podán a tato skutečnost byla prokázána, před vydáním rozhodnutí nežádoucí, je nutné mít na zřeteli i praktické otázky průběhu dokazování, které musí být vždy vedeno i s ohledem na průběžné (avšak stále pouze předběžné) hodnocení dosud provedených důkazů ze strany soudu, jehož úkolem je, aby dokazování nebylo rozvláčné a bezbřehé a aby vedlo k objasnění skutkového stavu, který je z hlediska jím uvažované právní normy (či právních norem) rozhodný.

Jde zejména o otázku rozsahu dokazování, tedy zda soud připustí provedení dalšího důkazu k určité skutečnosti, ke které již dokazování bylo prováděno. Stane-li se tak, mělo by to být za předpokladu řádného a efektivního vedení řízení ze strany soudu signálem, že tato skutečnost dosud nebyla prokázána. Jde však i o další nejrůznější aspekty průběhu a rozsahu dokazování, neboť bude vždy záležet na konkrétních okolnostech projednávané věci, zda prokázání či neprokázání určité skutečnosti vyvolá potřebu dalšího dokazování jiné skutečnosti či důležité okolnosti. Mám však za to, že není žádoucí (a pro předvídatelnost konečného rozhodnutí ani nezbytné), aby soud stranám v průběhu řízení sděloval, zda určitý důkaz, který navrhovala jedna ze stran, byl podán. K tomu má sloužit odůvodnění jeho rozhodnutí. Je nicméně třeba, aby soud průběžně vyhodnocoval průběh dokazování a podle těchto průběžných úvah rozhodoval o jeho další podobě.

V případě nezdařeného důkazu je tedy situace odlišná od případu, kdy strana vůbec nereaгуje na vývoj konkrétního břemena vedení důkazu. Ve druhém případě by soud měl stranu upozornit, že podle „kyvadla“ je v dané chvíli na ní, aby na vývoj důkazního řízení reagovala. Pokud tak ovšem strana učinila, avšak důkaz nebyl podán (např. v případě nevěrohodného svědka), není již důvod na tento závěr v průběhu řízení upozorňovat.

### 3.5 Oprava vad přednesů stran ve věcném záměru civilního řádu soudního

Role soudu v oblasti přednesů stran je pojednána i ve věcném záměru civilního řádu soudního, a to konkrétně v bodě 223, který nese název „Materiální vedení řízení“. Soudu je uloženo, aby *vedl strany dotazováním a potřebnými upozorněními k tomu, aby učinily veškeré skutkové přednesy potřebné pro rozhodnutí věci, aby již učiněná neúplná skutková tvrzení doplnily, aby navrhly důkazní prostředky potřebné k prokázání svých tvrzení nebo aby důkazní návrhy doplnily a aby vůbec poskytl veškerá vysvětlení nutná k tomu, aby skutkový základ věci byl pravdivě zjištěn.*

<sup>41</sup> K předvídatelnosti rozhodnutí srov. např. MAZEL, F. Materiální vedení řízení v kontextu práva na spravedlivý proces. In: LAVICKÝ, P., DOBROVOLNÁ, E., VALDHANS, J. *Dny práva 2018, Reforma civilního procesu*. Brno: Masarykova univerzita, 2019, s. 94–111.

Je patrné, že dotazovací a upozornovací povinnost soudu, tak jak je koncipována ve věcném záměru civilního řádu soudního, odpovídá podstatě dotazovací povinnosti soudu ve švýcarském civilním procesu zakotvené v čl. 56 švýcarského ZPO (podle kterého soud, je-li přednes stran nejasný, rozporný, neurčitý nebo zjevně neúplný, poskytne stranám pomocí odpovídajících otázek příležitost k vysvětlení a k doplnění).

Je však nutné upozornit, že věcný záměr nerozlišuje intenzitu případných nedostatků těchto přednesů, tak jako to činí např. švýcarský ZPO, který v čl. 56 rozeznává mezi přednesy nejasnými, rozpornými a neurčitými (*unklar, widersprüchlich, unbestimmt*) a přednesy zjevně neúplnými (*offensichtlich unvollständig*). V případě první skupiny, která zahrnuje vady týkající se substancování přednesů, doktrína i praxe dovozují podstatně širší možnosti soudu při snaze o jejich nápravu, v případě druhé skupiny, která se týká přednesů *zjevně* neúplných, je naopak prosazován přístup restriktivní a zdrženlivý (což ostatně vyplývá i z vymezení těchto vad jako zjevných – nemůže se tedy jednat o situace prosté absence skutkových tvrzení nebo důkazních návrhů).

Rozlišování mezi úplností a určitostí přednesů však není samoučelné a má význam především z důvodu rozdílného oprávnění soudu vést strany k nápravě toho kterého nedostatku, které souvisí s uplatněním zásady projednací a které by bylo možné zjednodušeně vyjádřit tak, že soud není oprávněn pátrat po nových skutkových okolnostech, které strany netvrdily, u již uplatněných skutkových tvrzení a navržených důkazů je však oprávněn požadovat jejich konkretizaci a upřesnění s ohledem na vývoj v projednávání věci (substancování).

Stanovení míry ingerence soudu do přednesů stran je otázkou po tom, do jaké míry je na místě modifikovat zásadu projednací, jejíž ryzí podobu v žádné z okolních právních úprav nenalezneme. Švýcarský zákonodárce zásadu projednací modifikuje (omezuje) tak, že rozšiřuje působení soudu především na případy, kdy strany již určité přednesy učinily (tvrdily skutečnosti a označily k nim důkazy), nicméně neučinily tak dostatečně kvalifikovaně (nedostatečně tyto návrhy substancovaly). V případě prosté absence těchto přednesů je naopak spíše zdrženlivější a aktivitu vyžaduje od stran sporu. Oproti tomu je v tuzemsku navrhován v zásadě rovnocenný přístup soudu jak v oblasti substancování přednesů (vycházíme-li z toho, že pod *doplněním přednesů* lze rozumět i jejich doplnění z hlediska určitosti), tak i v oblasti jejich samotné existence.

Podle mého názoru však modifikované zásadě projednací lépe odpovídá švýcarské pojetí, které v oblasti přednesů stran přistupuje k roli soudu spíše zdrženlivěji a diferencuje mezi jednotlivými vadami, kterými mohou být tyto stíženy.

## Závěrečné shrnutí

Článek popisuje roli soudu v občanském soudním řízení sporném při nápravě vad přednesů stran (písemných i ústních), tedy jak skutkových tvrzení, tak důkazních návrhů. Dospěl jsem k závěru, že zásada projednací, která se, byť v modifikované podobě, v moderním civilním procesu uplatňuje, neumožňuje soudu neomezeně do těchto přednesů zasahovat a působit na strany, aby nad rámec nezbytně nutný pro rozhodnutí ve věci doplňovaly chybějící

skutková tvrzení a důkazní návrhy, neboť by tím nahrazoval činnost, která přísluší především stranám. Je však nutné rozlišovat mezi prostou absencí (kvantitativními vadami) těchto přednesů, u které by měl soud zůstat spíše zdrženlivým a být aktivní pouze v případech jejich zjevného opomenutí bránícího rozhodnutí ve věci, a jinými kvalitativními vadami (zejména neurčitostí – nedostatečným substancováním) již učiněných přednesů. Ve druhém případě je naopak role soudu posílena a nezbytná soudní aktivita směřující k náležitému upřesnění již učiněných přednesů nemá za následek nepřiměřené vychýlení zásady projednací ve prospěch zásady vyšetřovací, neboť skutkové přednesy a důkazní návrhy již byly, byť v nedokonalé podobě, uplatněny a vymezeny. Rozlišování uvedených dvou kategorií vad (zjednodušeně neúplnost a neurčitost) je proto nezbytné a bylo by žádoucí věnovat roli soudu při jejich odstraňování patřičnou pozornost při rekonstrukci civilního sporného procesu, přičemž je možné nalézt inspiraci např. ve švýcarském civilním procesu.



# Legal Symbolism in Fine Art

Klára Jelínková\*

## Abstract

An article discusses the use of special characters in the fine art, through which the author conveys deeper meaning of these characters to the observer. Use of special characters in the fine art is called symbolism. The presentation of hidden meanings also required law and justice, as well as their specific processes, their performance, and their results. The thesis defines the key terms – law, art, symbolism, and their interrelationships. The main goal of the thesis is the search of legal symbolism and analysis of legal symbolism in fine art and in specific art works. The work attempts to identify the hidden meanings of legal symbolism in its various dimensions. Through the research, thesis also focuses on the perception of legal symbolism in the fine art by its observers, as well as their ability to decipher the hidden legacy of the author.

## Keywords

Symbolism; Legal Symbolism; Legal Symbols; Fine Art; Law; Function of symbolism; Hidden Meanings.

## Introduction

The article discusses the use of special characters in fine art. The use of specific symbols in fine art is called symbolism. Symbolism plays a major role in how we perceive, understand, and interpret art. Artists embody symbolism in their artworks to highlight important societal issues. It is the artist's opportunity to convey a broader message, and, at the same time, a way of conveying important ideas to observers without the use of words.

Symbolism gives the artist the freedom to add a double layer of meaning to his work: literal meaning, which is obvious and predictable, and symbolic meaning, which is hidden and usually much deeper than the literal. Symbols hidden in artworks often have an important confessional value, serving as a means of learning about society, culture, or historical events. The subject of symbolism may have different focuses and legal themes are not an exception.

Legal symbolism in fine art was and still is nowadays used as a tool of communication between the author and the audience. Through legal symbolism in fine art, we can acquire great knowledge about the legal system, its evolution, and its level of development, as well as about the legal awareness of the society that created and used it. The article attempts to identify and describe legal symbols and legal symbolism in fine art and to analyse its hidden meanings in its various dimensions. Symbolism in fine art allows us to discover how

\* Mgr. Klára Jelínková, Katedra Teorie a dejin státu a práva, Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovensko / Department of Theory and History of State and Law, Faculty of Law, Komenský University, Bratislava, Slovak Republic / E-mail: [jelinkova.klarka@gmail.com](mailto:jelinkova.klarka@gmail.com) / ORCID: 0000-0002-6327-4135



people perceived its presence in artworks, how they recognized and treated it. The research of the article is focused on the sensitivity of people – the audience – to its presence and on the study of the thoughts it arises.

Symbolism was once more relevant to people than it is nowadays. It was a substitute for written text, its visual aspect was easily distributed. People were able to find and understand the symbol naturally. Creating symbolism and interpreting it is a part of human nature. Symbolism, as a means of communication between artists, has a universal effect on people's thinking and perception.

## 1 Symbols and Symbolism

A symbol is an object that represents a specific thought, action, hidden meaning, or a message. It can be expressed in different forms. Symbols may be expressed by words, sounds or visual images. All these forms serve to convey the ideas and opinions of their creator, who inserts particular importance to them. The use of symbols for expression and representation of certain ideas in literature, art and science is called symbolism. The purpose of their use may be different. Symbolism can be defined as the use of symbols to indicate ideas and attributes by giving them symbolic meanings different from their literal sense.

The insertion of ideas into symbols can be observed throughout the entire existence of mankind. Symbolism is unique in its nature. Each symbol expresses a different theme or reference to which it gives its specific meaning. Many symbols are used in different cultures and different parts of the world. A symbol is something that can reflect a deeper meaning or broaden the explicit meaning of an actual word or image, and so it is transformed into a powerful instrument. Symbolism is important in representing crucial societal aspects such as religion, history, politics, law, or art.<sup>1</sup>

Legal symbolism is a system of thought that builds on and operates with legal symbols. Legal symbol is a material representation of immaterial qualities and functions of law.<sup>2</sup>

### 1.1 Symbolism of Law and Justice

Law and justice can be expressed by different characters or symbols. Some symbols express passivity, while others express activity. Gradually, symbols were created for the basic and most important law institutes, bearing the meaning and the essence of their function. In terms of form, they can be expressed by material symbols, as well as by process symbols. Through the physical symbols might be expressed:<sup>3</sup>

- 1) *The principle of equality* is most often expressed by the use of *scales, the character of justice and the blindfold*.

<sup>1</sup> SPERBER, D. *Rethinking Symbolism*. Cambridge University Press, 1975, pp. 12–47. ISBN 0521208343.

<sup>2</sup> SCHOENFELD, C. G. On Relationship Between the Law and Unconscious Symbols. *Louisiana Law Review* [online]. 1965, no. 1 [cit. 20. 9. 2022]. Available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3353&context=lalrev>

<sup>3</sup> SCHELLE, K., TYL, T. Symbol a symbolika v práve. In: *Mezinárodní vědecká konference – 2006 – International scientific conference*. Brno: Masaryk University, 2011, p. 3. ISBN 978-80-7418-108-5.

- 2) *The principle of merit* can be materialized in the *crown* or in the *wreath*. If we take the principle of merit in a negative sense, for example in the form of punishment, it may also be embodied in symbols of punishment, such as a *scythe*, *whip*, *band*, *knife*, *axe*, etc.
- 3) In positive symbology, *the principle of performance* is often easily interchangeable with the *principle of merit*, so their physical symbols are virtually identical. The main difference between them is that the *principle of performance* cannot be expressed in negative terms.
- 4) *The principle of distribution* can be expressed through a *bundle of sticks*, a *throne* and in the symbol of the *sceptre*.
- 5) We can characterize *the principle of restorative justice* as an equalization of the relationship, which is stable but not balanced, so that it is materialized in the symbol of *weights*. It has often been associated with *hands* as a symbol of correction and executive power.
- 6) *The principle of vindictive justice* is expressed in all symbols pertaining to punishment, and retribution: *cross*, *sword*, *band*, *whip*, *scythe*, as well as *throne* and in the *character of God* representing the power of punishment.
- 7) *The principle of formal justice* examines, among other things, the substance of acts, which is why it is expressed in the symbol of *heart*, *glass*, *blindfold*, or *candle*. Often it is hidden in the symbol of the *scales*, and in the meaning of its tendrils in the symbol of the *sceptre*.
- 8) *The principle of universalization* is, by its symbolic expression, identical to the *principle of formal justice*, except it highlights the active act. Equality, in this case, is frequently expressed in the symbol of the *scythe* meaning that in each case of the same species is to be measured and determined in the same way. The symbols of the *universalization principle* are closer to universality and equality.
- 9) *The principle of reciprocity* has the attributes of the *principle of equality*, but also the *attributes* of the *principle of need*. It is therefore materialized in the symbol of the *weight*, *arm*, or *heart*.<sup>4</sup>
- 10) The symbolism of law and justice, which represents the process of their execution, as well as the outcome of their activities, undoubtedly required a public demonstration. Historically, the most frequent and dominant was undoubtedly the punishment, as a procedural symbol, and its performance before the public or by the public itself. Its earliest expression can be found in the Bible, where several passages mention courts that have been practised by the whole village. Community participation in the execution of the sentence was of preventive and educational importance for justice and its execution.<sup>5</sup>

Justice is perceived as synonymous with law and with the exercise of law. In practice, we recognize the symbols referring to it. The most common symbols representing justice are:

- 1) *Whip* – a symbol of justice expressing punishment and execution of injustice.
- 2) *God* – represents a heaven guardian who always decides and judges fairly. It is usually depicted sitting on a throne with a crown.

<sup>4</sup> SCHELLE, K., TYL, T. Symbol a symbolika v práve. In: *Medzinárodná vedecká konferencia – 2006 – International scientific conference*. Brno: Masaryk University, 2011, p. 4. ISBN 978-80-7418-108-5.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 3.

- 3) *Lance* – one of the oldest weapons. Female allegorical figures who fight with copies represent virtues that prevent the world from sins and vices.
- 4) *The crown* – it shows, among other things, the promise of happiness shown in the symbol of the circle. Female figures with crowns symbolize theological virtues of faith, hope, justice and even endurance.
- 5) *Scythe* – is a symbol of reconciliation and justice.
- 6) *Sword* – is the instrument and symbol of decision making. The sword is regarded as a “*noble weapon*” because it is reserved chiefly for nobility. The lower part of the sword may resemble the shoulders of a scale, which is also a symbol of justice.
- 7) *Blindfold* – symbolizes the impartiality and objectivity of the trial
- 8) *Candle* – a symbol of light, knowledge, and truth.

Justice and law were often so important to people that they needed to materialize them into images in order to give abstract concepts a concrete form. Whether it was a secular or a sacred expression of law and justice, their symbols always expressed the same essence of the word and found their place in the world of art.<sup>6</sup>

## 1.2 Legal Symbolism and Art

Recognizing the history of symbols and codes in the context of different artistic movements helps us to recognize the true meaning and message of works of art as well as their expression. Through the symbolism of artworks and iconographic sources that inspired and led artists to construct works of art, we have the opportunity to deepen our knowledge of this fascinating world, which is exciting and endlessly rich in surprises and new discoveries.

Art can, by means of symbols in its representations, express various hidden meanings, important or secret messages referring to topics that were at the time of its creation socially forbidden, but the artist considered them important and its messages necessary to be passed on to future generations.<sup>7</sup>

The modern view of law, expressed by Kant’s critical philosophy and its modifications by Weber and Habermas, describes law as independently arising and separated from aesthetic consideration. This approach developed from the earlier philosophical theories of Plato, who excluded art and poetry from his *Politeia* and contrasted them with law. He described the poet or the painter as a person with contrasting characteristics who can hold multiple opinions about his creations. The legislator, on the other hand, must always hold only one correct opinion.

Religious perspectives according to the Jewish tradition or biblical law perspective presented an even stricter view of art and images. Art was subject to prohibition and censorship. Iconophobic ideas became the foundation of the common law only after the reformation

<sup>6</sup> SCHELLE, K., TYL, T. Symbol a symbolika v práve. In: *Medzinárodná vedecká konferencia – 2006 – International scientific conference*. Brno: Masaryk University, 2011, pp. 4–12. ISBN 978-80-7418-108-5.

<sup>7</sup> BATTISTINI, M. *Symbols and Allegories in Art*. Oxford University Press, 2005, pp. 7–23. ISBN 0892368187.

and the fusion of secular and ecclesiastical jurisdiction. However, even after reformation, iconography was influenced and conditioned by sacral or secular trends.<sup>8</sup>

The modern view of the relationship between law and art is problematic. However, despite all the reasonable differences, the deep and intimate connection between these two domains is indisputable. Political powers and law have gradually developed elaborate rules about visuality.<sup>9</sup>

## 2 Legal Symbolism as a new Historical Legal Discipline

Art is subjective and abstract, asking questions and offering various interpretations. On the contrary, law is rational, not intended to be open to multiple interpretations. Nevertheless, art and law meet on several levels.<sup>10</sup>

Profound interaction between art and law can be described in four directions: (1) the law as the subject of art, including cases where justice and law have been the subject of masterpieces of great paintings, literature, cinema, drama, etc.; 2) art as the subject of law, and its countless cases where the law has set as its objective to regulate, discipline, protect, restrict or shape the subject, themes, freedoms or rights of artists; (3) law discussing copyrights, protection of artistic heritage, and artistic freedom of expression; (4) law as art, representing the classic and virtuous definition of law as “*jus est ars boni et aequi*”.<sup>11</sup>

The first point defines rights as an object of art. On this plane, the law and its legacy become part of an artwork. Relations that arise between the law and art take place in an external visible dialogue and point to the thematic content of the law and art. However, that classification does not expressly state that artistic works may produce legal arguments or legal content, even though it is not explicitly clear that the main object of their reflection is the subject of law.

However, there is a fifth level of interaction between art and law: Art that speaks to law, even if it does not directly mention it in a visible dialogue. Art and aesthetics – their dynamic complexity, their refined understanding of the world and their openness and creativity – always have something to say on the subject of law, even if they do not use words and readable expressions.

The oldest book on the silent eloquence of paintings – *Emblematum Libellus* – was published in 1531 by the Milanese renaissance lawyer *Andreas Alciatus* (1492–1550). This book is seen as a milestone for the emergence of a new discipline called “*Emblematika*”. *Embletic* collects literary and visual elements. The masterpiece *Emblematum Libellus*, which was published in 1531, was subsequently answered by several scientists who tried to highlight and explain

<sup>8</sup> DOUZINAS, C., NEAD, L. *Law and the Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law*. University of Chicago Press, 1999, pp. 43–55. ISBN 9780226569543.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 66–78.

<sup>10</sup> WARDLE, B. Lady injustice: inequality and legal iconography. *Research Handbook on Art and Law*. Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 239–245. ISBN 9781788971478. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781788971478.00028>

<sup>11</sup> FRANCA, M. The blindness of Justice: An iconographic Dialogue between Art and Law. *JSTOR* [online]. 2018 [cit. 10. 10. 2020]. Available at: [https://www.jstor.org/stable/j.ctv5vddc3.8#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/j.ctv5vddc3.8#metadata_info_tab_contents)

the relationship between artistic discourse (a set of rules, conventions, procedures, and ways of using expression in a work of art or in a group of works) and legal categories.<sup>12</sup>

The *Emblematum Libellus* depicts the tradition of legal and heraldic imagery, armorial insignia, insignia of dignity, emblems of institutions and honour. As a mixture of military and theological-legal inventions, it played a key role in making power, law, and lawful ways of acting and behaving visible.

Using paintings instead of words, it might be initially characterized as a popular science book aimed for illiterates. However, the invention of pictorial material was of fundamental importance. Each facet of the emblem appeals to a different class of viewers. Latin belongs to the clergy and lawyers - it serves to legitimize the mediated norm. The image is universal and may be seen as autonomous - it can be explaining, denying, or exceeding the words and linguistic limitations of any language. The explanatory verse is what we would call political today. It offers an interpretation that responds to the image and at the same time develops it, while expressing a moral norm that the viewer is supposed to follow and obey. The picture is the primary and the most novel feature of the emblem book, it takes priority over words, highlighting individual letters, and becoming a form of legislation.<sup>13</sup>

One of the first disciplines dealing with the systemization, organization and discovery of this knowledge was undoubtedly “legal symbolism” (or *iurisprudentia symbolica*). Its most important leaders are the Germans *Jacob Grimm* and *August Ludwig Reyscher*, the French *Jules Michelet* and *Joseph Pierre Chassan*, and the Portuguese *Theóphilo Braga*. *Joseph Perrie Chassan*, in his work entitled *Essai sur la symbolique du Droit Chassan*, was the first to define the reasons for and the purpose of this new discipline, called “legal symbolism”: “Law, in its external manifestations, has not always exclusively coated the form of the word or alphabetic writing. To be understood and retained by the rude intelligence of the uneducated men of primitive times, law needed sensitive images, figurative representations, and physical signs to speak to the eyes and to imagination. These real or animated signs were named symbols. Herein we call them juridical symbolism, to better characterise their specialty. The science that teaches the formation and origin of such symbols – and which, using the materials provided by erudition, created on symbols, including law in use, a body of doctrine, altogether philosophical and practical, a set of rules and precepts that lead to explaining the symbols in general and to knowing each symbol in particular – is called juridical symbolism.”<sup>14</sup>

The law has long been “multimedia”. In history, the law has often used symbols and images to disseminate it and to better understand it. In particular, during the period when the society was dominated by an illiterate population and the press did not exist or was inaccessible or costly. In the period between the Middle Ages and modern times, the dignity and weight of images were so significant that important legal manuscripts were illustrated, forming a set of images now known as “*iurisprudentia picturata*”.

<sup>12</sup> FRANCA, M. The blindness of Justice: An iconographic Dialogue between Art and Law. *JSTOR* [online]. 2018 [cit. 10. 10. 2020]. Available at: [https://www.jstor.org/stable/j.ctv5vddc3.8#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/j.ctv5vddc3.8#metadata_info_tab_contents)

<sup>13</sup> GOODRICH, P. *Legal Emblems and the Art of Law: Obiter depict as the Vision of Governance*. Cambridge University Press, 2014, pp. 15–17. ISBN 978110703599. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139565783>

<sup>14</sup> FRANCA, M. The blindness of Justice: An iconographic Dialogue between Art and Law. *JSTOR* [online]. 2018 [cit. 10. 10. 2020]. Available at: [https://www.jstor.org/stable/j.ctv5vddc3.8#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/j.ctv5vddc3.8#metadata_info_tab_contents)

At the beginning of the 20th century, studies on symbols, images, objects, and signs connected with law and justice developed extensively in Germany, giving rise to a new historical and legal discipline called “*Rechtsarchäologie*” (“*legal archaeology*”), founded by Professor of the University of Munich – *Karl von Amir*. Between the 10th and the 30th years of the 20th century, “*legal archaeology*” has brought new knowledge through seminars aimed at understanding legal paintings and symbols in the fine art.<sup>15</sup>

### 3 Relationship between Law, Society and Culture

The law is a dynamic discipline which develops in direct proportion to the development of society. The law is not autonomous nor standing alone outside the social world – it is deeply rooted in society. Moreover, the law is socially and historically constructed and influenced by culture.<sup>16</sup>

The relationship between law and culture was described excellently by Patrick Devlin, who argued that the law should be used to promote the standards of society’s culture. He describes society as a community of ideas, which cannot exist without common ideas about politics, morality, and ethics. At the heart of this theory is the idea that the law is the “*invisible bonds of shared thinking*” that keep us “*together*” as a society, and that this “*agreement*” legitimizes the law. The law is thus seen as the arm of culture, which is its main source.<sup>17</sup>

Devlin’s model of the relationship between law and culture is ubiquitous in the legal system. The law is commonly understood as promoting a common sense of the community, as well as a sense of decency, and it embodies the “*experience*” and “*habits*” of the community.<sup>18</sup>

To be part of a community means to use shared cognitive and cultural tools and materials. Each community uses its specific signs, images, characters, metaphors, stories, and scenarios to describe the world around us. The community has impact on how we perceive and interpret events or situations. Law is such a community, that has its special tools of analysis, its own practices, minds, and symbols. On the other side popular law stories, images and character reflect into the culture, making law a coproducer of culture.<sup>19</sup>

The law is often used as an instrument of social engineering to achieve political objectives. Laws are often made and applied based on rationality that differs from the logic of cultural values.<sup>20</sup>

Culture is defined in various ways, as faith, morality, ethical values, cognitive frameworks, deep-rooted assumptions about the functioning of the world, or as a response to social and

<sup>15</sup> CHASSAN, J. P. *Essai sur la symbolique du droit*. Paris: Videcoq fils ainé, 1847, p. 2.

<sup>16</sup> MATHER, L. Major Contributions to Law and Society. *The Oxford Handbook of Law and Society*. University of Oxford. Faculty of Law, 2008, no. 49, pp. 681–697. ISBN 9780199208425.

<sup>17</sup> DEVLIN, P. *The Enforcement of Morals*. Liberty Fund, 2010, pp. 10–28. ISBN 9780865978058.

<sup>18</sup> POST, R. Law and Cultural Conflict. *Chicago-Kent Law Review*. 2003, no. 78, pp. 485–491. ISSN 0009-3599. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.396860>

<sup>19</sup> SHERWIN, R. K. *When law goes pop: The vanishing line between law and popular culture*. University of Chicago Press, 2000, pp. 3–5. ISBN 978-0226752914.

<sup>20</sup> POST, R. Law and Cultural Conflict. *Chicago-Kent Law Review*. 2003, no. 78. pp. 492–508, ISSN 0009-3599. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.396860>

political situations. Law, on the other hand, is alternatively conceived as justice, regulation, jurisprudence, legal categories, or the way ordinary people think about legality.

As regards the relationship between law and culture, there are three ways to explain their relationship. In the first theory, the law as an object of interest is explained by cultural factors. Culture is understood as deeply rooted interests or prerequisites for the functioning of the world – so it is independent of law and differences in legal practice.

An essential part of this theory is built on the basis proposed by Émile Durkheim, who drafted the formal law as an institutionalized body of pre-existing collective moral agreements. In this sense, the law is not autonomous, but it is firmly linked to social forces. Friedman took this sociological interpretation further, arguing that the legal culture and even individual judicial decisions exist only if based on the aims, values, various intellectual complex thinking, and behaviour of the society.

The second theory represents that specific social categories and concepts will become culturally more powerful after their institutionalization into the legal system. It represents the law as an independent and variable and the culture as its dependent outcome. This idea is part of a much larger constructive philosophical direction, which claims that what is termed as “culture” is socially constructed.<sup>21</sup>

The third explanation describing the dynamic interaction between law and culture was identified by studies as a concept called “road dependency” or described as “feedback” of the interplay of processes between the law and culture. This theory shows that it is not only collective memory that influences the way nations remember their past traumas but also legislation. It shows that the general cultural values expressed in the law mediate the effects of past laws on future laws.

The authors thus drew attention to the fact that, although a right is methodologically situated as an independent variable, it does not arise in a vacuum without restrictions. Recognizing this reciprocity creates a space for more sensitive conception of the law, which does not ignore the human element of the creators of law, who are individuals with a particular culture.<sup>22</sup>

## 4 Definition of Art

In the past, art was defined differently; as imitation, representation by Plato<sup>23</sup>, as medium for the transmission of feelings by L. Tolstoy<sup>24</sup>, as intuitive expression by B. Croce<sup>25</sup> or as a specific form of nonverbal communication by C. Bell<sup>26</sup>. However, neither of these definitions

<sup>21</sup> SAGUY, C. A., STUART, F. Culture and Law: Beyond a Paradigm of Cause and Effect. *SAGE journals* [online]. 2008, no. 19 [cit. 10. 10. 2020]. DOI: <https://doi.org/10.1177/0002716208320458> Available at: <http://ann.sagepub.com/cgi/content/refs/619/1/149>

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> PLATO. *The Republic*. Penguin Classics, 2007, pp. 230–357. ISBN 9780140455113.

<sup>24</sup> TOLSTOY, L. *What is Art?* Hackett Publishing Company, 1996, pp. 40–81. ISBN 9780872202955.

<sup>25</sup> CROCE, B. *Aesthetic As Science Of Expression And General Linguistic*. London: Routledge, 1994, pp. 23–51. ISBN 9781560008187.

<sup>26</sup> BELL, C. *Art*. Oxford University Press, 1987, pp. 5–7. ISBN 0192820494.

is sufficient and comprehensive – because not all artworks contain a key purpose for one of those definitions. Not every artwork tries to imitate or present something.<sup>27</sup>

Is it even possible to define art? Morris Weitz defended the idea that works of art are linked by certain similarities and not by a substance that is expressed in a specific definition. The main problem of this idea is that even the expected similarities cannot capture both the unity and the integrity of the different concepts of art. Weitz also argued that the definition could only be used to approximate the changing concept of art and that art is dynamic, constantly modifying its forms, and its future could not be predicted.<sup>28</sup>

In the 1960s, art was divided into two groups of specification: *functional art* and *procedural art*. The *Functionalists* believed that artworks could be considered art only if it achieves a certain purpose or intention. They argued that its main objective was to achieve and bring about an enriching aesthetic experience. On the other hand, the *Proceduralists* argued that artworks become art only when it is created according to a certain protocol and that the creation of artworks is supposed to follow the envisaged process rather than the final intention.<sup>29</sup>

What do the works of art say? What do they represent? Do the artists hide a deeper message into their artworks? Can we recognize it at the first sight or just by expert analysis? In the past, painters put large variations of codes and references into paintings. These symbols were understood by their contemporaries, but in modern times we cannot interpret them with precision and certainty. Symbols are an integral part of the artwork's structure. Until we are not able to decipher them, we cannot even understand the story or symbolism that the artwork expresses.<sup>30</sup>

## 5 Functions of Art

Through the definition of art and the theories of what art is supposed to express and represent, we come to its function. The function of art derives from its concept, form, history, and from the personal experience of the special cultural environment in which art was created.<sup>31</sup>

We can say that every work of art has a particular function. The functions of artworks can be classified based on their content, form, or purpose. In this way, works of art can be classified as *motivated artworks – utilitarian*, and *aesthetic artworks – without any functional motivation required*. Considering the motivated art, it is important to have the intended purpose and use, which is justified, for example, in architecture, furniture manufacturing or interior design.

<sup>27</sup> DAVIES, S. *Definition of art, Philosophy*. New York: Cornell University Press, 1991, p. 3. ISBN 0801497949.

<sup>28</sup> WEITZ, M. The Role of Theory in Aesthetics. *The Journal of Aesthetics and Art Criticism* [online]. 2017, no. 15 [cit. 10. 9. 2020]. Available at: <https://www.jstor.org/stable/427491>

<sup>29</sup> DAVIES, S. *Definition of art, Philosophy*. New York: Cornell University Press, 1991, p. 3. ISBN 0801497949.

<sup>30</sup> BATTISTINI, M. *Symbols and Allegories in Art*. Milan: Mondadori Electra A.p. A., 2002, pp. 6–14. ISBN 0892368187.

<sup>31</sup> BUCHER, A. *Why Art? Remarks on the cultural and social functions of art* [online]. 2010 [cit. 10. 9. 2020]. Available at: [http://foa-flux.net/wp-content/uploads/2011/04/bucher\\_whyart.pdf](http://foa-flux.net/wp-content/uploads/2011/04/bucher_whyart.pdf)



Aesthetic art focuses more on the visual side of an artwork and the creation of something “beautiful”.<sup>32</sup>

The specific function the work of art may contain is a special personal function. This function belongs to an artist who, through a work of art, expresses his feelings, emotions, and ideas. It includes self-realization too. However, art undoubtedly also has an impact on man, as an observer, who is not explicitly involved in process of the creation of artwork.

This leads to another essential function of art – the social function. The social function includes influencing human behaviour through art, celebration of something or somebody with art, description of society and social environment with art, transmission of the informative value through art or art as a source of happiness and joy that springs from an aesthetic experience. Its social function has an impact and influence on anyone who encounters work of art.<sup>33</sup>

## 6 Social Value of Art

In social terms, art can have several meanings and uses. It can serve, for example, as a tool of criticism or as an instrument of protest. Since its creation, art has influenced and reflected the time, place, and cultural peculiarities of the environment from which it derives.

From the history of Western art, we can identify more focal points of its considerable influence. For instance, the French Revolution represented a fundamental change in the production and perception of art. The artistic movements of the nineteenth century in Europe reflected the constant development and changes of modern society.

In the 20th century, there was a revolution in economics, politics, technology, and science, which affected the work of artists at the levels of the content, as well as the location of their representation expressing some significance. Many artists saw their art as a laboratory for developing tools for changing society. This status of an artist – as a complementary representative and shaper of society – has influenced modern art and its consequences.

Art can be used as a tool for knowledge creation and as a tool for research. The use of art for research and the gain of theoretical knowledge is undoubtedly a phenomenon of the present day. The concept of *artistic research* is a progressive institute of the modern world. Contemporary artistic practice is so saturated with theoretical knowledge that it has become science. Artists act as scientists and present their findings in the artworks.<sup>34</sup>

## 7 Selected Artworks and their Legal Symbolism

At the time of a great political and legal change, many artists decide to implement crucial social themes into the process of their artistic creation, and subsequently create politically

<sup>32</sup> RANCIÈRE, J., ZIZEK, S. *The Politics of Aesthetics: The Distribution of the Sensible*. London: Bloomsbury Publishing, 2005, pp. 23–57. ISBN 9780826470676.

<sup>33</sup> Ibid., pp. 57–70.

<sup>34</sup> BUCHER, A. *Why Art? Remarks on the cultural and social functions of art* [online]. 2010 [cit. 10. 9. 2020]. Available at: [http://foa-flux.net/wp-content/uploads/2011/04/bucher\\_whyart.pdf](http://foa-flux.net/wp-content/uploads/2011/04/bucher_whyart.pdf)

and socially committed artwork. Art can be linked to politics and law in different ways. The area of politically involved art is very wide and rich.

Some works of art have become iconic with their symbolism and their messages, either for the purpose of their creation or for the concrete theme or meaning they incorporate and create. Some of them have, throughout history, revolutionized the way we think about politics, social issues and even art itself. Almost every major event is recorded in a work of art. There are many artworks, which, because of their symbolic significance and their self-explanatory value, have become a symbol in themselves.

From paintings in caves through the soup cans and mythical creatures to Soviet leaders, every artwork has an undeniable impact on the world of art and the world around us. Artworks representing legal-political symbolism in their composition have been and will always be an important medium for the expression of human perception of the watershed moment in society. People's perception of such artworks is often influenced by what they have learned or from which culture they have been raised. Only a detailed, in-depth, and gradual historical interpretation and allocation will give us a sufficient interpretation of the symbols and interpretation of the context of a particular artwork.<sup>35</sup>

## 7.1 Fight for the civil rights: “The problem we all live with”

Racial equality is the equality of individuals regardless of their race and skin colour. The opposite of racial equality is racism, which, as a political theory, is based on the claim of superiority of the white race. In the past, the term has been associated mainly with slavery. Some theorists tried to suppress racism; others tried to justify it.

Equality of the people based on their race has been an issue, particularly in the US, where it has come to society's attention precisely in connection with the fight against racism. It was the cause of the civil war by which citizens achieved a *de jure* abolition of slavery throughout the US. All the states of the Union had to enshrine in their constitutions the equality of races and the prohibition of slavery.

Racial equality is linked to the application and exercise of civil rights. In the 1950s and 1960s, racial desegregation in schools and mass transportation was achieved in the US. One of the most important decisions adjusting racial equality was the *decision of the US Supreme Court – Brown vs. Board of Education*, on the prohibition of segregation at all levels in schools.<sup>36</sup>

Segregation in all public places and discrimination in employment on the grounds of race, colour, religion, sex, or nationality was ended by the *Civil Right Act* of 1964. This law is regarded as one of the supreme legislative achievements of the civil rights movement.

The bill was first proposed by President John F. Kennedy when he overcame strong resistance from southern members of Congress. As part of the legal order, it became later, when Kennedy's successor, Lyndon B. Johnson, signed it. In the following years, Congress

<sup>35</sup> MARIA, R. *15 Influential Political Art Pieces* [online]. 2016 [cit. 17. 10. 2020]. Available at: <https://www.wide-walls.ch/political-art>

<sup>36</sup> JÚDA, V. *Teória práva*. Banská Bystrica: Univerzita Mateja Bela, 2011, pp. 27–28. ISBN 978-80-557-0158-5.

expanded and adopted other legislation in the field of civil rights, such as the *Voting Rights Act* of 1965.<sup>37</sup>

In the mid-20th century, the Civil Rights Movement in the United States demonstrated the necessary changes. At the beginning of the *Harlem Renaissance* (an intellectual, social, and artistic movement concentrated until the 1920s in Harlem, New York), the movement called for an end of African Americans discrimination. Discrimination has plagued the country since the end of the civil war, and its consequences have always been visible in people's daily lives.

The movement was led by several currently known and prominent figures, including Martin Luther King, Jr., and Rosa Parks. In addition to these key leaders, the Civil Rights Movement also had the support of Norman Rockwell whose interest was not anticipated. Rockwell was a white artist and illustrator known for his nostalgic views of "average America".

60 years ago, Rockwell became known as the cover artist of *The Saturday Evening Post*, where he portrayed the life of Americans. However, during the founding and operation of the Civil Rights Movement, Rockwell suddenly and vigorously changed the direction of his focus, giving up his lovely, sweet illustrations of everyday life and replacing them with moving images rooted in social justice. During this period of his work his best-known painting, "The problem we all live with", was created. By this painting, he pointed to the striking problem of society at the time, which had a devastating impact on human rights.

The painting "The problem we all live with" picturing a small six-year-old African American girl, Ruby Bridges, on her first day of school. A little shy girl carrying her school supplies and dressed in a clean white dress looks like every other freshman. However, this situation is not typical, due to what surrounds young Bridges. She is surrounded by American soldiers, and she walks along a wall that is covered with racist graffiti, invective writings, and pejorative signs. On the wall, there is a smudge of thrown tomato melted on the wall. Undoubtedly, the Bridges experience is at least unusual and aroused by the political-legal situation in the state.<sup>38</sup>

After the Supreme Court's decision in 1954, Bridges was one of the few students to have been chosen to initiate a process aimed at desegregation in New Orleans. Integration was one of the instruments of the *Human Rights Movement* focusing its actions on young children. Bridges was one of the chosen children sent to William Frantz's school.

During her walk to the front door of the educational institution, her uncertain step was marred by a violent crowd protesting the equality of African American citizens. Despite this tremendous emotional pressure, Bridges did not stop, and she continued to walk to the front door. "She showed a lot of courage", said Charles Burks, one of her marshals' escorts, adding: "She never cried. She just marched like a little soldier and we're all very proud of her."<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Civil Rights Act of 1964, Public Law 88-352 [78 Stat. 241].

<sup>38</sup> ROCKWELL, N., HENNESSEY, H. M., LARSON, J. L. *Norman Rockwell: Pictures for the American people*. New York: H. N. Abrams, 1999, pp. 69–98. ISBN 9780810963924.

<sup>39</sup> RICHMAN-ABDOU, K., COLE, M. *Norman Rockwell's "The Problem We All Live With," a Groundbreaking Civil Right Painting* [online]. 2020 [cit. 21. 11. 2020]. Available at: <https://mymodernmet.com/norman-rockwell-the-problem-we-all-live-with/>

Rockwell's painting pictures the whole scene from a low angle. This way, Rockwell emphasizes the low age of Bridges and the fact that she is just a little girl, and at the same time, her innocence. It also indirectly emphasizes the fact that she is a little child who has no idea what racism is and why people harbour so much hatred for someone of a different skin colour.

Instead of creating a directly propaganda artwork, Rockwell decided to create a work of art that would make people think and reflect the consequences of this action. A work that highlights how wrong and terrible the situation is and how negatively racism affects all people. The theme appeals not just to the upper class, but also to the entire population, because regardless of the race, age, or social class racism is something that we all must deal with and face.

Today, Rockwell's image is one of the strongest and most influential artworks fighting against racism and discrimination. As proof of its importance, during his presidential years, President Barack Obama has included the painting "*The problem we all live with*" into a temporary installation in the White House. The painting will forever symbolize the fight against those who do not regard people's lives as equal. The painting will always symbolize the victory of human rights and freedoms over violence and racism.<sup>40</sup>



Source: *flickr.com*. Available at: [https://www.flickr.com/photos/allan\\_harris/28189978373](https://www.flickr.com/photos/allan_harris/28189978373)

<sup>40</sup> STOLTZ, D. R., STOLTZ, M., EARLE, W. F. *The Advertising World of Norman Rockwell*. Madison Square Press, 1985, p. 89. ISBN 9780942604047.

## 7.2 War crimes: “Guernica”

The law of armed conflict or the law of war is a branch of international law and has historically been one of its oldest parts. The main motive behind its creation was the establishment of rules of the war and their application in the event of international conflict. Although international law prohibits war and acts breaching and threatening international peace, it regulates the use of armed force when it arises.

*Hugo Grotius* is the author of the doctrine of the just war of the 17th century. It distinguishes between *jus ad bellum* – *the right to fight a war*, that is to say, to be entitled to wage war, a right of war in the broader sense, which contains all the rules relating to the war in the sector of public international law; and *jus in bello* – *the right to fight a war*, that is, a right of war in the narrower sense, including the rules of international law establishing the rights and obligations of states in the event of an armed conflict.<sup>41</sup>

The law of armed conflict expresses the principle of the prohibition of the use of force or the threat of force. One of the main objectives of the UN is to maintain international peace and security and to implement measures to prevent or eliminate threats to peace. In the UN resolution of 1974, the United Nations General Assembly called on all States to avoid acts of aggression and any use of force contrary to the UN Charter and the Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the UN Charter.



Source: AGE PHOTOSTOCK. © PABLO PICASSO SUCCESS. VEGAP, MADRID, 2018. Available at: <https://www.nationalgeographic.com/history/history-magazine/article/pablo-picasso-guernica-painting-history>

<sup>41</sup> VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. *Mezinárodní právo veřejné, Osobitná část*. Wolters Kluwer, s. r. o., 2013, p. 382. ISBN 9788081683763.

The annex to the 1974 Resolution defines the term *aggression* – Attack War – as “*the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity, or political independence of another State, in the manner inconsistent with the Character of the Unit Nation, as set out in this Definition. (art.1)*”. It considers aggression to be the most dangerous form of unlawful use of force, which can cause conflict at the international level with dire consequences.<sup>42</sup>

A breach of international peace is a war crime. War crimes are defined in the *Geneva Conventions*, in the *Hague Conventions*, in the precedents of the *Nuremberg* and *Tokyo Tribunals*, in the jurisdiction of the *International Tribunal for Rwanda* and, in the case of the former Yugoslavia, in the statutes of the *International Criminal Tribunal* in The Hague. War crimes include crimes such as the use of prohibited means of combat and the illegal conduct of combat, pillaging in the field of military operations, atrocities, persecution of the population, war injustices, murder or ill-treatment or deportation for the purpose of slave labour or any other purpose of the civilian population in the occupied territory, pillaging of public or private property.<sup>43</sup>

The painting “*Guernica*” was ordered by the Republic of Spain for The Paris World Exhibition from one of the world’s most famous artists, *Pablo Picasso*. Even though it was the Republic of Spain that ordered it, Picasso painted it as a criticism of the Spanish fascist government. *Guernica* is a representation of the German bombing of the Basque metropolis in the north of Spain during the Spanish Civil War.

The painting came to light as a worldwide symbol of the war atrocities committed by the armies. To underline the evil and despair that the war has brought to the people during the war Pablo Picasso refused to use any bright colours to paint the *Guernica*. The grey, black and white foundation has added documentary character and credibility to its testimony. The image is literally riddled with symbolism.<sup>44</sup>

In the centre of the painting is pictured the Minotaur, the Spanish bulls and the women who suffer great torture. The Minotaur, half a bull, and half a man is a symbol of the inner struggle between the human and the animal side of man. The light bulb is a sinister eye that looks at the entire picture and shines directly down on the horse stamping in the middle of the picture. It symbolizes the radiant Spanish sun, as the inhospitable environment of the martyred prisoners of war, who were lit only by light bulbs, as victims of inhumane and insensate practices.

On the ground in the middle of the composition of the painting is a hand holding a sword. While the hand is separated from its body, it does not release the sword as a symbol of the constant struggle of the soldiers and the population. All the characters in the painting are creepy and twisted. The necks of women are unnaturally stretched and screaming for help. The central theme of the painting is a big Spanish horse that tramples on one of the women. The horse symbolizes the largest European dictators, Mussolini, Hitler and Franco,

<sup>42</sup> VRŠANSKÝ, P., VALUCH, J. *Mezinárodní právo veřejné, Osobitná část*. Wolters Kluwer, s. r. o., 2013, p. 384. ISBN 9788081683763.

<sup>43</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Elements of Crime* [online]. 2013, ISBN 92922723223 [cit. 21. 11. 2020]. Available on the internet: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

<sup>44</sup> CORK R., FARTHING, S., *Umení od počátku do současnosti*. Praha: Slovart, 2012, p. 434. ISBN 9788073916220.

and the fact they act out of control. The horse is proof that dictators are crossing all borders and breaking all the rules, whether legally or morally.<sup>45</sup>

In the picture, we can find caricatures of all three dictators. If we want to see Hitler, we turn the painting *Guernica* 90 degrees clockwise (the bull will now be up). Hitler's black moustache is depicted on the horse's chest. The vertical line just below the moustache depicts his wooden mouth. Hitler's caricature has a long language, which symbolizes more things: Telling of lies ("100 times repeated lies become truth" – J. Goebbels, a member of the Nazi party NSDAP, a close associate of Hitler, a war criminal), or diabolism (devils are often depicted with their tongues out), or even hell. Hitler is pictured with a long *Pinocchio nose*, which is a symbol of the lies and betrayals committed by the Nazi regime. One eye is more clearly visible, the other is covered by the hair and head of the horse.<sup>46</sup>

If we want to see Benito Mussolini, we will turn *Guernica* 90 degrees counterclockwise. The bull is now at the bottom of the picture. Hitler's moustache now depicts Mussolini's eyes, they have the same nose. Hitler's left eye creates Mussolini's mouth and moustaches. The axe at the bottom of the picture is also a symbol of fasces – a bundle of wooden poles that also contained an axe or a sharp blade. It originated in the Roman Empire, and it symbolized power, judgement, or law. It is pictured near Mussolini's face thus, he was the one who misuse the law and abused the political power for unhuman torturing and killing.

The caricature of Franco is depicted in the composition as Mussolini's face. It lies where the knee and the lower part of the leg of the horse are grounded. Creatures on the painting are in cubistic style, the dominant art style of Picasso. One of the creatures is beheaded, which is symbolic of the time when people will be reborn and regain their freedom.

*Guernica* gives the impression of different images. The first one we see at first glance: The bull, the rabid, fearsome horse, the bulb, the women, and the dead. The second hidden part is disguised under the first one. If this hidden layer of *Guernica* had been understood during the Second World War, surely Picasso would have been killed by the Nazis. Picasso was enraged by the events, which explains his treatment of Hitler, Mussolini, and Franco.<sup>47</sup>

The painting expresses the death that swept over the Spanish population at the whim of the dictators, and the bombing of Nazi Germany. The central theme is the great tragedies of social affairs and political life at the time, which are overshadowing the whole picture. Picasso has picked up the Nietzsche themes associated with the origin of artistic tragedy and transformed this theme to depict how human tragedy is born in real life.<sup>48</sup>

### 7.3 The judicial system: "Themis"

The apparent difference between law and art can simply be overcome. The connection of legal symbolism and art leads its author, the artist, to a statement and to the creation

<sup>45</sup> CORK, R., FARTHING, S. *Umení od počátku do současnosti*. Praha: Slovart, 2012, p. 435. ISBN 9788073916220.

<sup>46</sup> HARRIS, J.C. Picasso's *Guernica*, *Archives of General Psychiatry* [online]. 2010, no. 9 [cit. 21. 11. 2020]. DOI: <https://doi.org/10.1001/archgenpsychiatry.2010.108>

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> CORK, R., FARTHING, S. *Umení od počátku do současnosti*. Praha: Slovart, 2012, p. 435. ISBN 9788073916220.

of an artwork, through which an artist wants to overcome the aesthetic appearance of the work – to express his legal or political opinions with help of the symbolism hidden behind the aesthetic side of the painting.

The subject of legal symbolism in the fine art led me to create my own artwork – a painting that will contain several characters and objects symbolizing the law and its content. In addition to individual symbols, the picture conceals a reference to the current political and legal situation in the country. A painting called “Themis” will serve the research – to describe how its audience responds to hidden symbols, and how people perceive legal symbolism. At the same time, it will serve as a demonstration of the connection between the law, legal symbolism, and fine art.

The image of Themis has three dimensions. Each of them represents a different view of the legal and political issues with help of legal symbolism. From the simple foundation of the work to the more complex legend of its hidden legacy.

The first dimension is composed of several legal symbols. Each symbol has its unique meaning in the plane of this work and is represented in its own form. We can recognize the following symbols: *Candle* – a symbol of truth, knowledge, and light, and it refers to the principle of formal justice. *Scale* – one of the most used symbols representing the principle of reciprocity, the principle of equality, the principle of formal justice and the principle of restorative justice. *Hand* – symbolizes and refers to the principle of vindicatory justice, the principle of mutuality, and it may also be a symbol of the principle of restorative justice or the principle of merit. *Column* – is the embodiment of the principle of distribution by origin or rank. *Gavel* – is a symbol of jurisdiction and the right to adjudicate, a symbol of judicial activity. *Institution / building of the institution* – its image symbolizes the institution as a tool for interpreting human actions and dealing with its consequences.<sup>49</sup> *Paragraph* – a symbol of law, legislation, and legal principles. *Code / Book* – Book of Judgments or the Code represents teaching, written knowledge, and judicature.<sup>50</sup>

These individual legal symbols are linked to each other, and they form a mosaic of legal symbols – the background of the image – the base for its other two dimensions. This binding nature and the reversibility of the symbols reflect the legal principles, which are characteristic of their contour of content. Legal principles can be understood as rules of high universality and abstraction, which are the basis of the statutes, the legal sectors, and the law. They represent fundamental values, which, in a concentrated form, express the mechanisms of legal relations. The importance of the legal principles is found in law-making, and interpretation of the law. Their individual interpretation is as important as their interconnectedness and reciprocal interpretation. Interpretation of symbols functions the same – they can be interpreted separately, but also in relation to each other.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> *Institutions and Symbols*, *MANAS Journal* [online]. 1957, no. 43. [cit. 27. 11. 2020]. Available at: [http://www.manasjournal.org/pdf\\_library/VolumeX\\_1957/X-43.pdf](http://www.manasjournal.org/pdf_library/VolumeX_1957/X-43.pdf)

<sup>50</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Symbols of Law* [online]. 2015 [cit. 27. 11. 2020]. Available at: <https://www.supremecourt.gov/about/infosheets/SymbolsOfLaw.html?rwndrnd=0.653810755815357>

<sup>51</sup> EALÍKOVÁ, N., SOUKENÍKOVÁ, D., VÍTKOVÁ, N. Princípy v práve, Zborník princípov. In: *Medzinárodná vedecká konferencia, S.A.P.* Bratislava: Paneurópska vysoká škola, 2015, p. 52. ISBN 9788089607341.



The second dimension of the painting is depicted in the form of hands, which are placed on top of the painting. The *band* or *bands* usually symbolize mutuality and justice, but in this case, each hand represents a gesture, thus altering its symbolic meaning. The first hand (from left to right) shows the “*thumb down*” gesture. This hand gesture with the thumbs down/up is known from the days of the ancient Rome and the gladiator games. The referee in the arena, who decided the fate of the fighting gladiator, indicated by gesture whether the warrior should be spared death or not. At the time, the gesture was also called the “*enemy’s thumb*” and it symbolized a certain threat. Nowadays, this gesture is also used among politicians or Members of Parliament, who thus indicate their preferred opinion, for example, when voting in the parliament.<sup>52</sup>

The second gesture is a pointy finger. A gesture also referred to as a “*pointing gesture*”. It may have a lot of meanings. A neutral description is a deliberate movement of the hand and its index finger, by which one tries to draw the attention of another to something. It is a bodily instruction – look there! The pointing finger serves us as a communication tool and the meaning of its use depends on the situation and the context in which we use it. In a confrontation, it can serve as a “*shame gesture*” as an idiom to blame – you are to blame; or as an order – do this. In this context, the gesture is very aggressive. With an index finger pointed at someone else, we enter his personal space and his personal zone, where we violate his personal comfort.<sup>53</sup>

The third gesture is “*band in fist*” which has several meanings. Many movements use it as a sign of solidarity and strength. In other contexts, it is perceived as a symbol of the uprising and, in that sense, it has been used by several political and social movements. Victory is the expression of triumph. The “*band in fist*” is used as a symbol in various martial arts and is, therefore, also understood as a symbol of aggression. In this context, the hand in fist is perceived as a form of threat and attack.<sup>54</sup>

The representation of the hands on the image changes their traditional symbolic meaning, and it transforms into peculiar expressions in the context of this work of art. The hands on the painting are pointed at *Themis* and address her negative messages – threats, aggression, accusing, ordering, even punishment and condemnation. It looks as if the hands are approaching her person directly and are already intensely invading her personal space. Giving impression they are slowly becoming a part of her individual.

The third dimension of the image is also visible and overlaps the first two dimensions. It is the most distinctive and, at first sight, the most comprehensible dimension. The central figure of the painting is the goddess *Themis* and her overall appearance. The goddess *Themis*, sometimes called *Justicia*, is the goddess of law, justice, and the legal system. She

<sup>52</sup> FABRY, M. *Where Does the “Thumb Up” Gesture really Comes From?* [online]. 2017 [cit. 27. 11. 2020]. Available at: <https://time.com/4984728/thumbs-up-thumbs-down-history/>

<sup>53</sup> COOPERRIDER, K. *Fifteen ways of looking at a pointing gesture* [online]. 2020 [cit. 27. 11. 2020]. DOI: <https://doi.org/10.31234/osf.io/2vxft>. Available at: [https://www.researchgate.net/publication/337772805\\_Fifteen\\_ways\\_of\\_looking\\_at\\_a\\_pointing\\_gesture](https://www.researchgate.net/publication/337772805_Fifteen_ways_of_looking_at_a_pointing_gesture)

<sup>54</sup> GOSLING, E. *The Real Meaning Behind Six Symbols of Protest* [online]. 2020 [cit. 27. 11. 2020]. Available at: <https://elephant.art/the-real-meanings-behind-six-symbols-of-protest-01072020/>

is a personification of the divine order, materialising the ideological concept of “formal” and “procedural” justice. Her personage was a symbol of ideological conception based on the principle of judging the privileged and persecuted as equal under law.<sup>55</sup>

She was sometimes referred to as a “*lady of good advice*”. *Themis* was one of the oldest deities of Greek mythology. She was a Titan, and she was a council woman and the wife of Zeus. The goddess *Themis* embodies a natural right – an abstract concept that was difficult to represent.<sup>56</sup>

*Themis* is standing on *books* – symbol of knowledge, truth, jurisprudence, legislature, indicating its significant position in law, decision-making and justice – she is standing above them. The *book* beneath her feet can also symbolize the constitution from which she was created. Her attitude is courageous, upright, and dignified. She steps on a *snake*, a symbol of sin and temptation that is slowly winding around her leg, trying to lure her into a dangerous path.

In her right hand, *Themis* holds the *sword*, the symbol of decision-making. The *sword* symbolizes the promotion of justice and respect. It symbolizes that justice stands for her decision and has the power to enforce it. The fact that the *sword* is uncovered and very visible is a sign that justice is transparent and is not an instrument of fear.<sup>57</sup>

A double-edged blade means that justice may, after taking evidence, be held against any of the parties and that, based on the evidence, she is obliged to execute a fair judgment, as well as to protect or defend an innocent party. However, the sword the *Themis* holds in the painting is neither straight, nor is it held in a gesture indicating she wants to use it. She keeps her sword in the background, and she is not going to use it. In her left hand, she holds a *scale* – a symbol of the principle of restorative justice. The scale is tilted to one side, symbolizing the legal system. Scale also represents the weighing of evidence based on its own probative value.

*Themis* has a *blindfold*, which symbolizes the principle of equality, the principle of opportunity and the principle of formal justice, objectivity, and independence. It represents the impartiality and objectivity of the law and the impossibility of influence of external factors such as politics, power or wealth affecting the decision-making process. She has a crown on her head. The crown on a woman’s head as a traditional symbol of the promise of bliss expresses virtues such as faith, hope, justice, and endurance. The crown on her head looks like it is falling or like it is crooked on her head. This symbolizes the disruption of fairness and perseverance.<sup>58</sup>

The dimensions of the painting and the individual symbols, as well as the legal principles, are to be interpreted separately, but at the same time, they must be interpreted in the context of one artwork.

<sup>55</sup> WARDLE, B. Lady injustice: inequality and legal iconography. *Research Handbook on Art and Law*. Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 239–247. ISBN 9781788971461. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781788971478.00028>

<sup>56</sup> FERGUSON, A. *Who is Themis in Greek Mythology?* [online]. 2020 [cit. 27. 11. 2020]. Available at: <https://study.com/academy/lesson/who-is-themis-in-greek-mythology-family-tree-symbol-facts.html>

<sup>57</sup> SCHELLE, K., TYL, T. Symbol a symbolika v práve. In: *Mezinárodní vědecká konference – 2006 – International scientific conference*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, pp. 5–7. ISBN 978-80-7418-108-5.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 3–7.

The overall symbolism of the painting lies in its criticism of the current legal and political situation in the Slovak Republic. It is a reference to corruption and points to the lack of independence of the judiciary in the country. It is a reference to the corrupt practices of some of its officials, who, instead of carrying out their duties and responsibilities, carry out orders from entities, which are not entitled to do so. They are often influenced or confused by the prospect of wealth or act under the threat of violence and blackmailing.

The image is deliberately made up only of shades of gray, black, and white. This colourful combination intends to further accentuate the gloomy atmosphere in which *Themis* finds herself. In addition, the colour combination does not distract the observer with bright and cheerful colours and forces him to read its symbols and composition. It directs the attention to the content of the work, and to its symbolism – to its true meaning.

*Themis* becomes a victim of manipulation and a tool for projecting different interests and power battles of other entities. It is used to conceal illegal activities, resulting in corruption and a loss of citizens' trust in legal justice and legal certainty in the state. Despite the temptation, she is eliminating it, trying to restore the fairness and independence of the prosecution, the objectivity of its decision-making and the punishment of the villains. She is still alive and resists all hand gestures aimed at her person and trying to influence her with threats, orders, and accusations.

Despite all the negative factors, *Themis* continues to stand proud and dignified, with all her strength and with help of her loyal representatives, she is striving to survive and regain the citizens' trust. She is constantly fighting to win over her tasters and her potential destroyers. Her struggle is a proof of her real existence, and her existence is undeniable proof of the rule of law.

## 8 Research on “Themis” Painting

To gather relevant data, the author decided to create a questionnaire with valid and reliable questions as an appropriate methodology of the research. Using clear language, questions were placed in a systematic order, selecting a suitable method for administration. Avoiding leading questions, the questionnaire contained mostly close-ended questions and one open-ended questions so that respondents can answer in ways that researcher may not have otherwise considered.



Source: Klára Jelínková

The research was focused on people's attention and perception and their ability to detect hidden symbols, as well as to decipher their meaning and the hidden message of the painting. It analysed the audience's perception of the impact of several factors, such as gender, age, education, etc. Its purpose was to identify differences in the perception of the law and its symbols, in relation to those factors. The aim was to establish whether the author had succeeded in passing on her opinion and hidden message.

Self-administrated research was carried out electronically by 270 respondents and took a total of 4 days to collect responses and obtain data, from the 30 November 2020 to the 4 December 2020. It contained questions that revealed basic information about its respondents. Other questions focused on the search for specific symbols in the work, on the ability of people to perceive symbols of law and justice in artworks, and on their sensitivity to the fact that the *Themis* painting conceals the subject of corruption.

To the question: "*What do you consider to be the most apt and the most important symbol of the law?*", most frequent the answer was a *paragraph*, the other most frequent answer was the goddess *Themis*, the third most common answer was the symbol of a *gavel*. The next question was: "*What do you consider to be the most fitting and important symbol of justice?*" According to research, most people perceive a *scale* as the most appropriate symbol of justice. The other most popular symbols were the goddess *Themis* and the *paragraph*. These questions were also intended to ascertain whether people see law and justice as separate concepts or whether the concept of law is synonymous with the concept of justice. Based on the results, it can be argued that respondents do not concur with these two concepts and do not perceive justice as part of the law, but as a separate concept.

The research also looked at the overall response of respondents and the sensitivity of their perception of the legal symbolism in the fine art. Research has shown that finding individual symbols in painting *Themis* was not difficult for respondents. The most easily identifiable symbol was the *hand*, followed by the *book* symbol and the *paragraph* symbol.

One of the aims of the research was also to examine the respondent's ability to correctly discover the significance of the symbol. According to the results of research, it can be stated that people are very sensitive to symbols and that the symbols, therefore, fulfil their function. The purpose of the symbol is to give the observer a meaning different from its primary meaning. The survey assessed the attention and sensitivity of the respondents to the symbols as very successful, as well as their ability to easily decipher their hidden symbolic significance. It can be said that people react sensibly to specific symbols and are able to observe and detect them and reveal their real meaning and message.

However, the situation is different when the symbols are linked to each other and should be read in conjunction. In addition to individual specific symbols, the painting of *Themis* hides a deeper message. When asked whether the picture conceals a reference to the subject of corruption, up to 39% of respondents answered "*no*". It was more difficult for respondents to reveal the overall message of the painting than its individual symbols. This also applies to the analysis of the meaning of individual symbols and the whole image. It would be even more difficult if respondents were to find a hidden theme of the link themselves

without it being brought to their attention in the question. So, based on research, we can argue that the responders were not successful in deciphering the overall symbolic legal message of an artwork and its hidden story, which is told by individual symbols in a related context.

## Conclusion

Contemporary society is affected by a substantial cognitive shift. The linear thinking style, characteristic of printed words and print-based culture, is to some extent replaced by the “associative” cognitive style that is characteristic of an image-saturated culture. Nowadays, people incline to look at signs and images rather than to read printed words. Considering this, legal symbols are an effective tool of communication, sometimes even more effective than language.<sup>59</sup>

The research and the questionnaire confirmed these assertions. Legal symbols and symbolism hidden in artworks have an immediate effect on its observers and are perceived naturally, no matter the individual characteristics of the observers, such as age, education, specific social background, etc. The respondents were able to naturally detect legal symbols in artworks and their disguised meaning without having any scientific knowledge of its source.

The use of symbolism used to be prominent in the past, and its importance and impact are still significant to the present day. Symbolism represents a rare form of passing on information that people have learned to use and recognize. It is a sophisticated way of communication using various human associations that gradually process the true meaning of the represented symbol.

Through legal symbolism, artists put important references and hidden meanings into their artworks. With the help of these messages and their symbolic meanings, the author communicates with his audience. Communicating information through legal symbols is often of great value. Works of art thus function as an evidence of fractious or minor legal events that allow the recognition of the legal and political environment of the state at the time of the work’s creation or of the period to which the work refers.

Taking into account the results of the research, symbolism is an inseparable part of law and art even today, although it is mostly overlooked and not taken into consideration. Modern society often perceives visual stimulus more easily and faster than other mediums since images are less difficult to process cognitively.<sup>60</sup>

Symbolic thinking and behaviour are an integral part of any society. Its identification and decryption form a part of the human capacity to process acquired knowledge and evaluate the information transmitted. Symbols and symbolism have a universal effect on people’s thinking and perception.

<sup>59</sup> SHERWIN, R. K. *When law goes pop: The vanishing line between law and popular culture*. University of Chicago Press, 2000, p. 7. ISBN 978-0226752914.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 8–9.

# Krátké ohlédnutí za třicetiletou historií Časopisu pro právní vědu a praxi

Jaromír Tauchen\*

Třicet let existence Časopisu pro právní vědu a praxi, které si připomínáme v tomto roce, představuje významné jubileum a umožňuje tak ohlédnout se za tři dekády trvající historie tohoto brněnského právnického časopisu. Z dnešního pohledu jsou obzvláště zajímavé jeho začátky a raná léta, kterým je v dalších řádcích věnována zvláštní pozornost.

Když byla na konci šedesátých let obnovena brněnská právnická fakulta, vyvstalo v dalších letech volání po vlastním fakultním periodiku, ve kterém by učitelé fakulty mohli publikovat výsledky své vědecké činnosti, neboť možnosti publikace v celostátních právnických periodikách byly tehdy ve srovnání s dnešní dobou přece jen omezenější. V roce 1972 byl založen Sborník prací učitelů právnické fakulty v Brně s periodicitou jednou ročně, v osmdesátých letech byl již vydáván jen nepravidelně; poslední číslo vyšlo v roce 1987.

Po společenských a politických změnách provedených po listopadu 1989 tedy brněnská právnická fakulta vlastním periodikem nedisponovala. Počátkem devadesátých let byl mezi akademiky pocitován nedostatek časopisů s teoreticko-právním zaměřením. Mezi takové časopisy náležely fakticky jen časopis Právník či slovenský Právny obzor. V roce 1993 proto vedení brněnské právnické fakulty rozhodlo, že svou prestiž v publikační oblasti zvýší vydáváním vlastního odborného právnického časopisu, kterým se stal Časopis pro právní vědu a praxi (ČPVP). Jeho název nebyl zvolen náhodně – podle jeho zakladatelů se neměl stát pouze časopisem teoretickým, nýbrž kromě akademické sféry měl sloužit i právní praxi. Učitelé fakulty tak v době zásadní přeměny právního řádu dostali možnost, aby se na jeho stránkách vyjádřili k aktuálním otázkám, které řešila právní věda i praxe. Počátkem devadesátých let byla do moravské metropole umístěna sídla Nejvyššího soudu a Ústavního soudu a Brno se tak mělo stát díky novému genui loci centrem právnické obce. Časopis pro právní vědu a praxi měl podle tehdejších představ sehrát při uskutečňování těchto aspirací důstojnou roli.<sup>1</sup>

V lednu 1994 konstatoval děkan Jiří Kroupa na slavnostním zasedání Vědecké rady Právnické fakulty MU, že se časopis „setkal s velkým zájmem veřejnosti a má šanci stát se významným

\* Doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M. Eur.Int., 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, Czech Republic / E-mail: Jaromir.Tauchen@law.muni.cz / ORCID: 0000-0001-9400-9484 / Research ID: 55503028200

<sup>1</sup> KROUPA, J. Editorial. *Časopis pro právní vědu a praxi*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 1993, roč. 1, č. 1, s. 3. ISSN 1210-9126. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/10486>

*komunikačním prostředkem právnické fakulty s teoretiky i praxí*“.<sup>2</sup> Časopis začal nejprve vycházet jako pololetník, a jelikož jeho založení spadalo do doby, kdy fakulta masově podporovala ediční činnost, zvýšila se v roce 1994 periodicita na šest čísel ročně. V polovině devadesátých let byly na fakultě založeny ještě další dva časopisy: *Orbis Iuris Romani: Journal of Ancient Law Studies* a *Ročenka evropského práva*. Oba však po několika letech zanikly a Časopis pro právní vědu a praxi založený v roce 1993 se tak stal nejdéle vydávaným periodikem brněnské právnické fakulty.

Ekonomické obtíže právnické fakulty v polovině devadesátých let se projeví i výrazným omezením ediční činnosti, a tudíž i snížením periodicity na čtyři čísla ročně a omezením počtu publikovaných článků v každém čísle. S postupem doby však prestiž časopisu upadala, neboť se nepodařilo zajistit, aby v něm publikovali renomovaní autoři z mimofakulního prostředí. Renomé časopisu poškodily také některé nedostatky v redakční práci.<sup>3</sup> O nedobře odvedené ediční práci svědčí např. ročník 1996, v jehož číslech lze narazit na celou řadu nejednotností.

S velmi pozitivním ohlasem se v prvních několika ročnících časopisu setkalo publikování textu přednášek zahraničních profesorů pronesených na půdě právnické fakulty.<sup>4</sup> Když na fakultě hostovala osobnost ze zahraničí, byla oslovena, aby dodala do ČPVP svůj článek, který byl následně přeložen do češtiny a publikován.

Lze říci, že si časopis první dekádu po svém založení hledal svůj formát a směřování, které se následně ustálilo. V dalším období již v ČPVP nenalezneme např. pravidelné informace o titulech z edičního plánu právnické fakulty, reklamu či literární útvary, které zdánlivě s odborným právnickým časopisem neměly nic společného, jako byla informace nadace pro prevenci rakoviny.

Kvalita publikovaných příspěvků šla ruku v ruce s tím, jak se s postupem doby zvyšovaly nároky na vědu a vědeckou práci. Zásadní krok k dosažení kvality představovalo zavedení oponentního posuzování publikovaných příspěvků. Renomé časopisu se začalo postupně znovu navracet, až dosáhlo míry, které požívá dnes.

Základní rubriky časopisu tvořily odborné články a aktuality pro právní praxi, ve kterých byly publikovány odborné studie, i když ne všechny příspěvky otištěné v těchto dvou základních rubrikách v devadesátých letech je možné za odborné studie skutečně označit. Aktuality pro právní praxi měly zpočátku pouze krátkou a informativní formu. Odborná pojednání byla publikována i v rubrice Právní historie a současnost, Studentské příspěvky,

<sup>2</sup> KROUPA, J. Projev děkana Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně na zasedání vědecké rady dne 24. ledna 1994. *Časopis pro právní vědu a praxi*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 1993, roč. 2, č. 2, s. 6. ISSN 1210-9126. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/10436>

<sup>3</sup> Jako příklad lze uvést článek Jana Spáčila *K otázce pozitivního a nadpozitivního práva* publikovaný v č. 3/1996, který obsahoval na 70 tiskových chyb, jež v některých případech rušily i smysl textu. Protože se tyto chyby nevyskytovaly v dodaném rukopisu autora a vysázený text nebyl redakcí zaslán autorovi ke korektuře, musela pak být opravená verze článku společně s omluvou v časopise otištěna znovu v následujícím roce – A MU, fond A 5 Právnická fakulta II, A III, kart. 13 – Dopis Jana Spáčila adresovaný předsedovi redakční rady Josefu Fialovi ze 7. ledna 1997.

<sup>4</sup> A MU, fond A 5 Právnická fakulta II, A III, kart. 11 – Zápis ze zasedání kolegia děkana Právnické fakulty MU z 19. prosince 1994, s. 4.

Doktorandské příspěvky či Příspěvky ze zahraničí, ve které vycházely překlady článků zahraničních autorů. Mezi další části časopisu náležely Recenze a anotace, Zprávy z vědeckého života, Polemika, Odborná stanoviska, Nekrolog či Výročí. Některé rubriky v průběhu doby zanikly, zatímco jiné se staly integrální a stálou součástí časopisu. Dlouhá léta se v časopise objevovala každoročně bibliografie knih a článků s lidskoprávní tematikou, které vyšly v předcházejícím roce.

Podíváme-li se zpětně na tematické zaměření publikovaných příspěvků, můžeme konstatovat, že pocházejí ze všech právních odvětví, ať se již jedná o disciplíny teoretické, historickoprávní či pozitivněprávní. Řada článků publikovaných v prvních ročnících časopisu se věnovala různým aspektům ryzí nauky právní, což byl projev snahy fakulty navázat na své prvorepublikové tradice normativní teorie. Nalezneme zde příspěvky např. od Oty Weinbergera či Clemense Jablonera nebo životopisné medailony mnohých prvorepublikových profesorů. V mnoha případech bylo také možné narazit na příspěvky přibližující právní úpravu v některých vybraných západních zemích či v evropském právu.

Z dnešního pohledu lze za negativum považovat příspěvky nevelkého rozsahu, které byly v prvních dvaceti letech existence časopisu běžně otiskovány. Některé z nich zůstaly jen pouhými přehledy dané problematiky bez hlubší analýzy a poznámkového aparátu; v případě aktualit pro právní praxi se často v zásadě jednalo jen o stručný popis nové právní úpravy provedený formou výčtu. Podle pokynů pro autory z roku 1997 neměl rukopis přesáhnout 20 normostran a o pět let později byla maximální délka snížena dokonce na pouhých 15 normostran. Důvod byl však pochopitelný – umožnit co nejvíce autorům publikaci v časopise.

V devadesátých letech také existovala snaha publikovat v ČPVP přepisy projevů osobností, kterým byl udělen čestný doktorát Masarykovy univerzity. Objevit v něm tak lze např. projev prvního děkana fakulty po jejím znovuoobnovení a pozdějšího ústavního soudce Vladimíra Klokočky (č. 2/1993), prezidenta republiky Václava Havla (č. 2/1995) či prezidenta Italské republiky Oscara Luigiho Scalfara (č. 4/1995).

Z hlediska zkoumání historie brněnské právnické fakulty představuje obzvláště zajímavý pramen rubrika Zprávy z vědeckého života, ve které můžeme najít krátké příspěvky z vědeckého a společenského života fakulty. Časopis v prvních letech své existence totiž suploval i roli jakéhosi fakultního zpravodaje či newsletteru. Nalézt zde tak můžeme zprávy o uzavřených smlouvách o spolupráci mezi právníckými fakultami, o habilitačních řízeních, o zahraničních hostech na katedrách, o setkání kateder či zprávy ze studijních cest učitelů do zahraničí a jejich zkušenostech. Někteří z učitelů v těchto zprávách nadšeně a mnohdy zcela nekriticky popisovali své postřehy ze zahraniční a přibližovali čtenářům fungování zahraničních právnických fakult. Neproběhla fakultní konference, ze které by se v ČPVP neobjevila zpráva včetně fotografie. Představována byla také některá fakultní pracoviště jako Ústřední knihovna, Středisko celoživotního vzdělávání či Mezinárodní politologický ústav. Čtenářsky přitažlivé byly jistě rozhovory s významnými osobnostmi, jakými byli tehdejší předseda Nejvyššího soudu Otakar Motejl (č. 2/1993) či rakouský vicekancléř Erhart Busk (č. 1/1994). S postupem doby však tento typ zpráv úplně vymizel.



Zajímavými proměnami prošel editorial časopisu. V prvních letech se v časopise editorial objevoval celkem pravidelně, ovšem ne vždy byl klasickým úvodníkem. V některých případech byl v rámci editorialu publikován odborný článek, jindy přednáška zahraničního profesora, úvaha, vzpomínka na významnou osobnost brněnské právnické fakulty nebo představení nových studijních programů. Po roce 1997 editorial z ČPVP až na výjimky fakticky vymizel a vrátil se do něj až v roce 2016. Od této doby se v něm šéfredaktor Josef Kotásek fejetonistickou formou dotýká problémů, které souvisejí s právní vědou a jejími úskalími, publikační činností či právním psaním.

V průběhu své třicetileté existence změnil časopis několikrát svůj formát a také svou obálku. Ve svých počátcích začal být vydáván ve formátu A5, který se v roce 1999 změnil na formát A4, jenž byl stejně jako dvousloupcová sazba pro fakultní časopis signifikantní dalších 17 let. K návratu k menšímu formátu a k jednosloupcové sazbě došlo opět v roce 2016.

Na první verzi obálky se nacházel motiv okřídleného benátského lva s otevřenou knihou, který vyjadřoval vědění, poznání, umění a zábavu. Obecně benátský lev představoval symbol vznešenosti, síly, moudrosti, spravedlnosti, míru a zbožnosti. Na otevřené knize se nacházel monogram FJ, což byla zkratka pro „*faculta juris*“, tedy právnickou fakultu. Následující čtvrtstoletí nesl časopis tradiční logo brněnské právnické fakulty. Do třicátého ročníku své existence vstoupil časopis ve zcela novém designu a dosavadní logo nahradil na obálce seznam příspěvků daného čísla.



Ve třicetileté historii ČPVP byla nad rámec běžné periodicity vydána celkem dvě zvláštní čísla. Poprvé to bylo v roce 2013, kdy byly v supplementu publikovány příspěvky z letní školy Katedry dějin státu a práva s podtitulem „Konflikty, spory a jejich řešení v proměnách věků“. U příležitosti stého výročí založení a padesátého výročí znovuoobnovení Právnické fakulty Masarykovy univerzity pak bylo v roce 2019 vydáno druhé historicky a vzpomínkově laděné zvláštní číslo, které obsahovalo příspěvky pamětníků z řad učitelů o vývoji jednotlivých oborů či kateder brněnské právnické fakulty v průběhu její historie.

Kromě toho bylo několik čísel ČPVP zpracováno tematicky. První monotematické číslo bylo věnováno počtě sedmdesátého výročí narození procesualisty a bývalého děkana fakulty Josefa Macura (č. 3/1998). Když se po vstupu České republiky do Evropské unie stal výzkumný tým přibližně 26 akademiků z brněnské právnické fakulty řešitelem výzkumného záměru s názvem „Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004“, byla vydána celkem tři monotematická čísla (č. 4/2006, č. 3/2008 a č. 4/2011), ve kterých byly publikovány výsledky tohoto výzkumu. V prvních dvou případech se jednalo o čísla vydaná kompletně v angličtině a primárně určená zahraničnímu čtenáři. Když v lednu 2009 zemřel rakousko-český právní filozof Ota Weinberger, rozhodla se redakce časopisu uspořádat k uctění jeho památky monotematické číslo (č. 1/2009). Obdobně bylo jedno číslo věnováno připomenutí pětasedmdesátého jubilea Petra Hajna (č. 1/2015) příspěvky z oblasti obchodního práva. V roce 2012 byly publikovány příspěvky z Letní školy Katedry dějin státu a práva PrF věnované historickému vývoji dědického práva (č. 3/2012) a příspěvky ze setkání kateder obchodního práva (č. 4/2012). Jedno monotematické číslo se zaměřilo i na oblast trestního práva a kriminologie (č. 1/2016). V souladu se stále se zvyšujícími nároky na právnické časopisy byl i ČPVP nucen splňovat na něj kladené požadavky. Ocenění jeho kvalit se projevilo zařazením nejprve do seznamu recenzovaných neimpaktovaných periodik vydávaných v České republice, později do databáze ERIH PLUS (2016) a SCOPUS (2018), což v rámci nově zavedené sciencimetrie přinášelo a přináší autorům kromě prestiže i vyšší bodové ohodnocení jejich publikačních výstupů. Výrazný krok k rozšíření okruhu čtenářů představovalo před deseti lety zařazení časopisu do právních informačních systémů ASPI, Beck-online a Codexis, jakož i umístění volně stažitelné verze časopisu na webové stránky brněnské právnické fakulty. Jako u všech moderních časopisů v režimu open access obsahuje ČPVP identifikátor DOI a u autorů jsou uváděna čísla ORCID.



V případě prvních čísel ČPVP náleželi mezi autory fakticky výhradně učitelé fakulty a studenti doktorského studia; postupně se přidávali akademici z ostatních právnických fakult. Ve třiceti ročnících ČPVP je možné najít téměř 850 autorů, přičemž nejčastěji publikujícím autorem se stal Jan Filip.

Na závěr je nutné připomenout i členy redakční rady, kteří neodmyslitelně propůjčovali časopisu v různých etapách jeho existence svou tvář. Prvním předsedou redakční rady se stal v roce 1993 děkan Jiří Kroupa, který jmenoval redakční radu téměř výhradně z řad učitelů fakulty ve složení Josef Bejček, Josef Fiala, Dalibor Jílek a Petr Průcha; z Nejvyššího soudu to byl Jiří Spáčil. Funkci vědeckého redaktora časopisu převzal Karel Schelle, který nahradil v pozici předsedy redakční rady Jiřího Kroupu po jeho rezignaci na funkci děkana o rok později. V roce 1996 stál v čele redakční rady Josef Fiala, kterého následně na této pozici vystřídal Jan Filip, jenž vykonává tuto funkci do současnosti.

Na přelomu tisíciletí byli k práci v redakční radě přizváni např. Jan Svatoň a Vladimír Týč či později Karel Marek, Zdeňka Gregorová, Miloš Večeřa, Martin Škop či Josef Kotásek. K zásadní reorganizaci a rozšíření redakční rady došlo v roce 2008, kdy čítala již 15 členů, nově pocházejících i např. ze Slovenska či Polska. V roce 2016 byla zřízena funkce šéfredaktora, kterou nejprve zastával Marek Fryšták a poté ji převzal Josef Kotásek. Jako odborní asistenti redakce působili Tereza Kyselovská a Jaroslav Benák, kteří se v roce 2019 stali řádnými členy redakční rady. V současné době čítá redakční rada 10 interních a 13 externích členů. Časopis měl za dobu své existence dvě tajemnice redakce: nejprve Jiřinu Michlovou a od roku 2014 Janu Kledusovou.

Časopis pro právní vědu a praxi prošel za uplynulých třicet let dlouhou cestu. Jestliže v devadesátých letech prakticky nepřekračoval fakultní horizont, v posledních letech se stal respektovaným právnickým periodikem s vysokou kvalitativní úrovní publikovaných příspěvků, což je jistě zásluhou dobře odvedené redakční práce. Nezbyvá tak než Časopisu pro právní vědu a praxi popřát mnoho spokojených čtenářů a neméně spokojených autorů i do dalších let.

## Církev a stát 2022

Jiří Novák\*

Dne 9. září 2022 uspořádala Právnická fakulta Masarykovy univerzity ve spolupráci se Společností pro církevní právo již 28. ročník konference Církev a stát. Oproti předchozím ročníkům konference, tematicky i organizačně ovlivněných vrcholící dobou covidovou, se letos řečníci navrátili především k popisu a diskutování otázek církevního a konfesního práva. Za organizátory jako první přivítala všechny účastníky soudkyně ESLP **Kateřina Šimáčková**, která stručně představila témata konference a některé hosty. Vzpomněla přitom na předchozí ročníky a neustálou aktuálnost témat, jimž se konference věnuje. To hned potvrdila výčetem případů týkajících se náboženství, které ESLP buď nedávno rozhodl, anebo je právě projednává. Za místní světskou moc přivítal všechny účastníky děkan Právnické fakulty Masarykovy univerzity **Martin Škop**. Poděkoval řečníkům za to, že účastí na této konferenci přispívají ke stabilitě právní vědy, a tím i práva, jakožto nejkrásnějšího oboru, kterým člověk může zkoumat svět kolem sebe. Připomněl historický i současný významný vliv náboženství na podobu právního řádu. Jako poslední všechny účastníky přivítal předseda Společnosti pro církevní právo **Jiří Rajmund Tretera**, který zároveň představil ty řečníky z jiných fakult, kteří letos mluví na konferenci poprvé a kteří jsou velkou nadějí budoucího rozvoje církevního práva.

V prvním bloku příspěvků se řečníci, pod moderátorskou taktovkou **Záboje Horáka**, zabývali novinkami v oblasti kanonického trestního práva, ovlivněného nedávnou novelizací Kodexu kanonického práva. Jako první vystoupil **Jiří Dvořáček** s příspěvkem srovnávacím úpravu základních zásad trestní odpovědnosti podle Kodexu kanonického práva (CIC), Kodexu kánonů východních církví (CCEO) a českého trestního zákoníku. Poukázal přitom na nikoliv nepodstatné rozdíly mezi uvedenými úpravami. Nejprve se zabýval oblastí zavinění, které je podle jeho názoru jasněji upraveno v CCEO, který ale zase postrádá výslovné zakotvení presumpce nevin, jež donedávna absentovalo i v CIC. Další oblastí, již se autor věnoval, byly okolnosti vylučující protiprávnost jednání. I zde je východní úprava stručnější, neboť výslovně uvádí pouze věk pachatele. Dává však širokou diskreční pravomoc soudci. Posledními oblastmi srovnání byly polehčující a přitěžující okolnosti. Poukázal na rozdíly mezi oběma církevními kodexy a navrhl jejich harmonizaci. CCEO neobsahuje jejich seznam, což je dle názoru vystupujícího způsobeno sjednocující funkcí kodexu pro mnoho východních církví. Zároveň však informoval účastníky o možné novelizaci CCEO v budoucnu.

S druhým příspěvkem představil **Jakub Nagy** účastníkům konference důležité změny kanonického trestního práva v důsledku změn CIC v roce 2021. Nejprve uvedl posluchače

\* Mgr. Jiří Novák, doktorand, Katedra ústavního práva a politologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: novak.jira@seznam.cz

do problematiky popisem vývoje pramenů kanonického trestního práva, načež popsal konkrétní změny, k nimž v roce 2021 došlo. Druhou část svého příspěvku pak zaměřil na trestné činy proti majetku. V této oblasti se totiž po novelizaci v CIC objevily některé nové skutkové podstaty (např. krádež). Ty následně popsal na reálných konkrétních příkladech. Závěrem se zabýval rovněž změnou kritérií pro stanovení spravedlivého trestu.

Trestněprávní blok uzavřel příspěvek **Damiána Němce**, zabývající se srovnáním starší a nové úpravy pořádkových trestů v CIC. Pomocí prezentace, kterou dal účastníkům po skončení konference k dispozici, ukázal konkrétní změny v úpravě pořádkových trestů současné úpravy CIC oproti zněním z roku 1917, 1983, a oproti předloženému návrhu novelizace v roce 2011. Zaměřil se přitom zejména na změny z hlediska členění trestů, jejich poslání, důsledků a způsobu zániku. Obsáhleji pak představil členění současné úpravy a vysvětlil jednotlivé formy trestů. Z tohoto srovnání pak dovodil některé trendy, zejména obecné zpřísnění úpravy (z hlediska pachatelů) oproti předchozímu znění, což vystupující ohodnotil pozitivně. Tomu v diskuzi přitakali rovněž ostatní účastníci konference, neboť podle jejich názoru předchozí úprava v podstatě vylučovala spravedlivé potrestání mnohých se deliktů majetkové a sexuální povahy.

Druhý blok příspěvků, nazvaný *Novinky v kanonickém a církevním právu*, moderoval **Jaroslav Benák**. Prvním příspěvkem seznámil **Adam Czukás** účastníky konference s pokusy o reformu seniorátů Českobratrské církve evangelické (ČCE). V úvodu vysvětlil základní terminologii uspořádání ČCE a na mapě České republiky ukázal její nerovnoměrné působení v různých částech země. Z různých velikých a lidnatých seniorátů (správních okrsků ČCE) vyvstaly v minulosti různé problémy (zejména finanční a personální), pročež představitelé církve přišli se snahou o reformu jejího uspořádání. V roce 2019 tak vznikl strategický plán, který však byl členy církve odmítnut. Proto byl vypracován nový, jehož podoba by se měla schvalovat na církevním synodu v roce 2024. Jeho základní rysy jsou v interaktivní podobě dostupné pro veřejnost na internetu<sup>1</sup>.

Poté vystoupil **Jiří Zámečník** se svým příspěvkem o roli osobní víry při uzavírání manželství v katolické církvi. Prezentoval nejprve historii regulace institutu manželství v kanonickém právu a vyvíjející se odborné názory na popisované téma (zejména Mezinárodní teologické komise). Poukázal na to, že na vztah osobní víry a svátosti manželství neexistuje jednotný názor (např. k otázce platnosti manželství v případě absence osobní víry). Vystupující pak vyjádřil názor, že bez dimenze víry dochází k sekularizaci svátosti manželství.

Následoval příspěvek **Moniky Menke** o reformě Římské kurie a postavení laiků za papeže Františka. V něm vystupující nejprve představila hlavní pojmy a východiska reformy, která proběhla v červnu 2022. Následně se zabývala jejími dopady a zaměřila pozornost na postavení laiků. Popsala speciální Dikasterium pro laiky, rodinu a život založené papežem Františkem a jeho úkoly a uspořádání (včetně personálního obsazení). V závěru příspěvku se věnovala laickému výkonu moci v rámci církve (konkrétně možnému výkonu řídicích funkcí) a vývoji v této oblasti, rozšiřující možnosti laiků. Podle jejího názoru se laické podílí na výkonu výkonné a soudní moci, nikoliv však zákonodárné.

<sup>1</sup> <https://storymaps.arcgis.com/stories/aa451bb822824001ba6b6876cfc720b5>

**František Ponížil** se ve svém příspěvku věnoval přímým novelizacím Kodexu kanonického práva z roku 1983. V něm vyjmenoval jednotlivé oblasti a období, v nichž k novelizacím došlo (například řeholní právo, trestní právo hmotné, manželské právo, správa církevního majetku). V důsledku novelizací se některé kánony CIC staly obsoletní, což autor zkritizoval. Poté vystupující představil některé návrhy dalších novel (například úprava postavení emeritního papeže, tzv. zasvěcených vdov nebo rady kardinálů). Obecně však vystupující zkritizoval pomalost a chaotičnost novelizací.

Druhý blok pak uzavřel příspěvek **Zuzany Mičkové**, v němž představila výsledky svého výzkumu zasahování tzv. osvěcených panovníků do kompetencí katolické církve v Banskobystrické diecézi v letech 1776 až 1790. V úvodu stručně popsala základní pojmy vztahu státu a církve a následně se zaměřila na jevy období tzv. Josefinismu, přičemž jde zhruba o období počínající vládou Marie Terezie a končící vládou Leopolda II. V tomto období se prosadila idea, že císař je ochránce církve a jako takový ji musí řídit a spravovat. Prosazovala se však různými projevy, pročež ji autorka dělí na tři období. Mimo jiné došlo k reorganizaci církevní správy a zřízení nových biskupství. Zároveň císař sám vybíral některé církevní funkcionáře. Některé reformy však zůstaly nedokončené. V rámci příspěvku rovněž vystupující popsala (v zásadě negativní) reakce duchovních na činnost císaře Josefa II., například úmyslným nezveřejňováním jeho dekretů.

Třetí a závěrečný blok konference pod vedením stejného moderátora obsahoval příspěvky na téma diskriminace z důvodu náboženství. Prvním vystupujícím byl **Tomáš Grundza**, který se ve svém příspěvku zabýval možnou diskriminací církví v oblasti udělování grantů na práci s dětmi a mládeží. Autor vycházel ze zkušenosti s vlastní dobrovolnickou činností, v jejímž rámci se v minulosti pokoušel získat veřejnou podporu na práci církevních spolků s mládeží. Představil systém dotací a tři hlavní dotační programy a podmínky jejich čerpání. Dále popsal tzv. krajské rady, které jsou sdruženy v České radě dětí a mládeže. Církve však jejich členy být nemohou. Následně vystupující poukázal na konkrétní projevy diskriminace církví u dotační politiky některých měst a krajů, které buď z nevědomosti, nebo záměrně, neumožňují církvím dosáhnout na dotace za práci s dětmi a mládeží. Popsal rovněž negativní důsledky tohoto stavu a možné reakce církví, například zakládání tzv. střešních organizací.

Následně vystoupila **Lenka Kříčková** s příspěvkem popisujícím poznatky o diskriminaci z důvodu náboženství známé z činnosti veřejného ochránce práv. V úvodu obecně představila činnost této instituce a způsob vyřizování podnětů veřejnosti. Poté účastníkům ukázala statistiky vyřizování těchto podnětů s tím, že stížností na diskriminaci z důvodu náboženství je velmi malé množství. Jde v podstatě o jednotky případů za rok. Pro ilustraci představila nejznámější kauzistiky, kterými jsou tzv. muslimské šátky, náboženská omezení v práci a ve škole a zápisy do církevních škol. Následně se mezi účastníky rozběhla vášnivá diskuze ohledně důvodů, z nichž je stížností k veřejnému ochránci práv tak malé množství, přestože podle zkušeností účastníků je diskriminace z důvodu náboženství ve společnosti rozšířená.

S posledním příspěvkem konference vystoupil **Michal Lamparter**, který účastníkům představil osobnost Augustina Navrátila a dva možné přístupy k diskriminaci víry vyplývající z jeho činnosti a díla. Svůj příspěvek zahájil historickým kontextem útlaku církve

a náboženství během komunistického režimu a představil disidentskou činnost Augustina Navrátila. Ta vyvrcholila v roce 1988, kdy spoluvy tvořil petici *Podněty katolíků ke řešení situace věřících občanů v ČSSR*, kterou podepsalo více než 500 000 lidí, čímž se stala nejmasovější akcí občanského odporu v období tzv. normalizace. Z Navrátilových názorů vystupující vyzdvihl jeho popis dvou odlišných dimenzí víry. Jde jednak o dimenzi psychologickou (vnitřní) na straně jedné a dimenzi politickou (vnější, institucionální) na straně druhé. V každé z nich se diskriminace víry projevovala odlišně a měla nutně jiná řešení.

# NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, Alžběta. Podjatost soudců v rozhodovací praxi vrcholných soudů ČR

1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2021, 254 s. ISBN 978-80-7400-845-0.

Jana Stehlíková\*

V loňském roce vyšla v nakladatelství C. H. Beck kniha Alžběty Nemeškalové Rosinové *Podjatost soudců v rozhodovací praxi vrcholných soudů v ČR*, pro niž se stala základem autorčina disertační práce. Jde o publikaci, která se zabývá problematikou podjatosti soudců a jejich projevy v rozhodnutích vrcholných soudů, tj. Ústavního soudu, Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu, a to jak z teoretického, tak z praktického hlediska. Obě tyto hlediska autorka vzájemně propojuje a nabízí tak čtenáři ucelený vhled do rozhodovací činnosti vybraných soudů o otázce soudcovské nestrannosti, resp. podjatosti jakožto odvrácené straně téže mince.

Kromě toho si lze díky autorčiným poznatkům a sesbíraným informacím udělat určitý obrázek o tom, jak soudci o své nestrannosti uvažují. Kniha tak může být zajímavá nejen pro teoretiky a jejich další hloubání nad touto problematikou, ale také (a možná hlavně) pro právní praktiky z řad soudců a justičního personálu, pro něž přináší inspiraci, jak srozumitelně a přesvědčivě o podjatosti soudců rozhodovat. Rovněž zástupci advokacie zde mohou čerpat informace o tom, jaké námitky podjatosti mají šanci na úspěch a jaké spíše nikoliv. Okruh potenciálních čtenářů knihy je tedy poměrně široký, a proto je namístě si ji trochu přiblížit a říct si, co může komu její přečtení přinést.

V této recenzi stručně shrnu nejzajímavější pasáže, které kniha obsahuje, a zmíním její silné i slabší stránky. S některými informacemi si dovoluji polemizovat. Nejdříve se zaměřím na teoretickou, poté na praktickou část knihy.

**Teoretická část** tvoří převážnou většinu knihy.<sup>1</sup> To je poměrně logické, protože autorka potřebovala objasnit řadu pojmů tak, aby nepanovaly pochybnosti o tom, o čem kniha pojednává a čím se zabývá její praktická část. Teoretická část je rozdělena na tyto kapitoly: *I. Obecná východiska nezávislosti a nestrannosti soudce*, *II. Právní úprava důvodů pro vyloučení soudce pro podjatost*, *III. Jednotlivé důvody vyloučení soudce pro podjatost*, *IV. Postup při vyloučení soudce pro podjatost*, *V. Subjektivní a objektivní test nestrannosti* a *VI. Zvláštnosti rozhodování o vyloučení soudců vrcholných soudů*.

\* Mgr. Jana Stehlíková, doktorandka, Katedra právní teorie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Legal Theory, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 429030@mail.muni.cz / ORCID: 0000-0001-5330-9229 / Scopus ID: 57336855500

<sup>1</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, A. *Podjatost soudců v rozhodovací praxi vrcholných soudů ČR*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 5–126.



V první kapitole autorka objasňuje pojmy nezávislosti a nestrannosti soudců a poukazuje na to, že oba pojmy bývají leckdy zaměňovány (zejména pak rozhodovací nezávislost s nestranností<sup>2</sup>). Nezávislost chápe jako svobodu od různých vnějších faktorů (jak celé justice, tak jednotlivých soudců při rozhodování).<sup>4</sup> Pro nestrannost je podle ní typické, že jde o vnitřní rozpoložení soudce, které se vyznačuje tím, že s sebou nenese žádný zvláštní vztah k předmětu řízení, účastníkům ani jejich zástupcům.<sup>5</sup> Považuji za nanejvýš užitečné, že se autorka zaměřila na to, aby tyto pojmy od sebe odlišila, zvláště dnes, kdy se o nezávislosti a nestrannosti soudců hovoří v médiích napříč Evropou poměrně často.<sup>6</sup>

Česká právní úprava však neumožňuje vyloučit soudce z rozhodování věci kvůli pochybám o soudcově *nestrannosti*, ale o jeho *nepodjatosti*.<sup>7</sup> Proto velmi oceňuji, že autorka ozřejmila také vztah mezi těmito pojmy, resp. poukázala na to, že se rozdíl mezi nimi v současné právní úpravě stírá. Za užitečný považuji také rozbor historické právní úpravy, která zřejmě odůvodňuje užívání obou těchto blízkých pojmů.<sup>8</sup> Kromě toho však může podpořit systematictější uvažování o problematice nestrannosti, resp. podjatosti, autorčina zmínka o tom, že někteří zahraniční autoři cíleně užívají tyto pojmy pro odlišné situace. Vztah soudce k věci označují jako (*ne*)*podjatost*, zatímco neexistenci vztahu soudce k účastníkům či jejich zástupcům jako *nestrannost*.<sup>9</sup> Přestože v českém kontextu o nestrannosti a nepodjatosti takto zpravidla neuvažujeme, může tato informace sloužit jako připomínka toho, o jakých překážkách při rozhodování soudců je potřeba uvažovat, je-li ve hře otázka jejich vyloučení z rozhodování věci.

Autorka uzavírá první kapitolu komplexním pohledem na nestrannost soudce tím, že neopomíná její souvislost s důstojností soudce a důvěrou veřejnosti.<sup>10</sup> Spolu s nimi je totiž nestrannost jednou ze soudcovských povinností podle zákona o soudech a soudcích, jejíž porušení s sebou nese hrozbu kárného postihu.<sup>11</sup> Právě v odpovědnosti za kárné provinění spatřuje autorka institut, který přispívá k posílení nestrannosti.<sup>12</sup> To je však jen jedno z možných chápání toho, jaký vliv má kárná odpovědnost na zachování nestrannosti. Motivace člověka chovat se v souladu se zákonem, aby se vyhnul postihu, je přirozená a logická. Kromě toho však soudce může (a měl by) mít morální pohnutky ctít povinnost nestrannosti. Motivace nebýt

<sup>2</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 11. Autorka kromě rozhodovací nezávislosti, tj. rozhodování izolované od všech vnějších vlivů, zmiňuje nezávislost institucionální, která souvisí s principem dělby moci. Srov. Ibid., s. 9.

<sup>3</sup> Ibid., s. 11.

<sup>4</sup> Ibid., s. 6–11.

<sup>5</sup> Ibid., s. 11.

<sup>6</sup> Například v souvislosti s děním v polské justici: Nezávislá justice v rozkladu. V Polsku dál přitahuje. *Amnesty International Česká republika* [online]. 14. 6. 2021 [cit. 30. 7. 2022]. Dostupné z: <https://www.amnesty.cz/zprava/5129/nezavisla-justice-v-rozkladu-v-polsku-dal-pritahuje>

<sup>7</sup> Srov. § 36 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, § 14 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, § 30 zákona č. 141/1961 Sb., trestní řád, § 8 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní.

<sup>8</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 16–20.

<sup>9</sup> Ibid., s. 12.

<sup>10</sup> Ibid., s. 13.

<sup>11</sup> Srov. § 87 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

<sup>12</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 13.

trestán by sama o sobě dobré fungování justice a práci soudců nezajistila. Proto je podle mě nezbytné, aby soudci chtěli být nestranní ať už z povahy věci, nebo proto, aby zajistili dobré fungování justice.<sup>13</sup> Ostatně strach z postihu by nemusel vždy nestrannost či její zdání zajistit. Kárné soudy se občas uchylují k posuzování nežádoucího jednání podle intenzity, kterou byl ohrožen nějaký zákonem chráněný zájem (v tomto případě nestrannost).<sup>14</sup> Lze proto usuzovat, že by soudce neměl zkoušet hledat hranice protiprávního jednání, ale raději by se svým jednáním neměl ani přiblížit tomu, aby ohrozil zdání své nestrannosti.

Druhá kapitola se věnuje právní úpravě vyloučení soudce pro podjatost. Za zmínku stojí možnost odmítnutí soudce, kterou znala dřívější právní úprava<sup>15</sup> a kterou dnes zná pouze zákon o Ústavním soudu<sup>16</sup>. Autorka podrobně popisuje rozdíly odmítnutí a vyloučení soudce. Ty by šlo shrnout tak, že zatímco u odmítnutí soudce hraje roli aktivita účastníka řízení, s jakou namítal a osvědčoval důvody předpojatosti soudce, vyloučení soudce se pojí s taxativně vymezenými zákonnými důvody (soudce je ze zákona nezpůsobilý).<sup>17</sup> Přestože současná právní úprava pojmově tyto odlišné důvody vyloučení soudce nerozlišuje, autorka poukazuje přílehlavě na to, že popis důvodů odpovídá situacím, v nichž je soudce i dnes ze zákona vyloučen z rozhodování věci vždy (*iudex inhabilis*), a v nichž jsou dány pouze pochybnosti o jeho nepodjatosti (*iudex suspectus*).<sup>18</sup>

Ve třetí kapitole jsou rozebrány jednotlivé důvody vyloučení soudce pro podjatost.<sup>19</sup> Autorka podrobně pojednává o projevech i důsledcích vztahu soudce k věci. Pod tento důvod řadí: zájem na výsledku řízení, předchozí účast ve věci, veřejné projevy soudce a „systémovou“ podjatost soudců.<sup>20</sup> Vztah soudce k účastníkům řízení a jejich zástupcům dělí autorka na: rodinné, osobní a přátelské, profesní a kolegiální a nepřátelské.<sup>21</sup> Dále pak věnuje samostatnou kapitulu předsudkům soudce vůči určitým sociálním skupinám.<sup>22</sup>

Považuji toto členění za velmi přehledné a užitečné. Přesto se domnívám, že není úplně nej přesnější. Například veřejnými projevy může soudce zpochybnit svou nestrannost nejen kvůli případnému vztahu k věci, ale může svůj projev směřovat i vůči účastníkům (ať už konkrétním či určité skupině osob). V takovém případě půjde tedy spíše o důvod vyloučení soudce, který spočívá ve vztahu k účastníku řízení. Z hlediska důsledků, které by se s takovým projevem pojily, patrně nevznikne žádný rozdíl. Je však dobré si uvědomit, že soudcovy projevy je potřeba hodnotit podle obsahu, který může být problematický

<sup>13</sup> Jde o to, aby soudci chtěli být dobrými soudci, a proto chtěli dodržovat zákonná pravidla. V duchu myšlenek Lona L. Fullera by tak soudce nemotivoval tlak povinnosti, ale výzva k dokonalosti. Srov. FULLER, L. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1964, s. 5.

<sup>14</sup> Takto kárný soud uvažoval například v rozhodnutí ze dne 6. 6. 2016, sp. zn. 11 Kss 6/2015, v němž poukázal na to, že se soudce svými vyjádřeními pohyboval „na hranici přípustného“.

<sup>15</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 16.

<sup>16</sup> § 37 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu.

<sup>17</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 16–17.

<sup>18</sup> Ibid., s. 22.

<sup>19</sup> Ibid., s. 25–84.

<sup>20</sup> Ibid., s. 25–50.

<sup>21</sup> Ibid., s. 51–71.

<sup>22</sup> Ibid., s. 72–74.

z různých příčin, a je tedy potřeba zvažovat různé důvody pro vyloučení soudce. Podobně lze nahlížet také na soudcovu přednáškovou činnost, kterou autorka řadí pod problematiku vztahu soudce k účastníkům.<sup>23</sup> I přednášky, které jsou věcně blízké soudcově rozhodovací činnosti (když soudce například ze své praxe čerpá příklady), mohou být problematické s ohledem na namítnutí možného vztahu k věci.<sup>24</sup> Nakonec je otázka, zda si z hlediska dělení zasluhuje samostatnou podkapitolu problematika předsudků soudce vůči určitým skupinám. Zajisté je díky ní celá kapitola přehlednější, ovšem jde patrně spíše o jeden z projevů vztahu soudce k účastníkům.

Po obsahové stránce je kapitola zajímavá a informačně obohacující, zejména díky řadě příkladů z judikatury českých i zahraničních soudů. U jednoho z příkladů se však autorka nevyvarovala drobné nepřesnosti. Jako jeden z příkladů předsudků soudce uvádí případ soudce Zbránka, který psal satirické články, v nichž figurovali muslimové, gayové a pracovníci neziskových organizací jako terče jeho posměšných poznámek.<sup>25</sup> Podle autorky jde o příklad české kárné judikatury, která zaznamenává prohřešek soudce spočívající v předsudcích vůči společenským skupinám.<sup>26</sup> Souhlasím s autorkou, že případ soudce Zbránka takto působí a jeho články jsou z hlediska toho, co hlásají o určitých skupinách lidí, přinejmenším eticky problematické. Domnívám se, že by mohly být i právně kvalifikovány jako způsobilé narušit zdání soudcovy nestrannosti. Kárný senát však v tomto případě konstatoval, že soudce svými texty nenarušil zdání své nestrannosti především proto, že šlo o satirické (nikoliv vážně míněné) texty.<sup>27</sup> Soudce byl kárně potrestán nakonec za to, že narušil důstojnost soudcovské funkce tím, že ve svých člancích používal vulgarismy. Přesto je pravda, že v české judikatuře patrně nenajdeme přílehavější příklad k problematice předsudků soudce.

Ve čtvrté kapitole se čtenář dozví vše podstatné o procesní stránce vyloučení soudce pro podjatost.<sup>28</sup> Autorka popisuje řízení o vyloučení soudce v civilním procesu, soudním řízení správním, trestním řízení i v řízení před Ústavním soudem. Další podkapitoly obsahují praktické informace o vztahu námítky podjatosti k opravným prostředkům, o tom, jakou povahu má poučení o složení senátu a možnosti vznést námitku podjatosti, jaké jsou náležitosti námítky podjatosti, zajímavé problematice vzdání se práva na zákonného soudce nebo o zneužívání námitek podjatosti a řešení tohoto problému.

I v této kapitole je zapotřebí ocenit, že se autorce podařilo přehledně pojednat o řízeních před všemi českými vrcholnými soudy. Za zmínku stojí informace ve třetí podkapitole<sup>29</sup> o tom, že vrcholné soudy nemají ze zákona povinnost informovat účastníka o složení senátu, protože to plyne z veřejně přístupných rozvrhů práce.<sup>30</sup> Přesto se to děje i z popudu Ústavního

<sup>23</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 65–66.

<sup>24</sup> Srov. STEHLÍKOVÁ, J. In: HAPLA, M. FRIEDEL, T. a kol. *Profesní etika právníků*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2022, s. 284.

<sup>25</sup> Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 6. 2016, č. j. 11 Kss 6/2015-53.

<sup>26</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 73.

<sup>27</sup> Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 6. 2016, č. j. 11 Kss 6/2015-53.

<sup>28</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 85–107.

<sup>29</sup> *Ibid.*, s. 91–95.

<sup>30</sup> *Ibid.*, s. 92.

soudu, který k této vstřícné praxi vůči účastníkům vybízí.<sup>31</sup> Zajímavá je také autorčina úvaha nad možnými řešeními obstrukčních námitek podjatosti. Cesta konstatování zjevného zneužití práva<sup>32</sup> se jeví jako velmi elegantní a příhodné řešení, autorka však správně poukazuje na to, že je třeba toto řešení vždy náležitě odůvodnit.<sup>33</sup>

Pátá kapitola se věnuje subjektivnímu a objektivnímu testu nestrannosti<sup>34</sup>, díky jejichž použití je rozhodování o námitkách podjatosti přesvědčivější. Autorka oba testy srozumitelně vysvětluje<sup>35</sup> a poukazuje na jejich funkci. U objektivního testu například logicky dovozuje, že díky němu a zkoumání nejen skutečného vnitřního rozpoložení soudce (u subjektivního testu), ale i dalších okolností, které by mohly vést k soudcově podjatosti, je chráněna důvěra veřejnosti v soudnictví. Skutečný psychický vztah soudce k věci lze totiž navíc zkoumat jen velmi obtížně.<sup>36</sup>

Považuji rovněž za velmi užitečnou autorčinu připomínku, že oba testy je zapotřebí provádět pouze v případech *index suspectus*, tedy je-li podjatost soudce namítána, nikoliv je-li soudce nezpůsobilý rozhodovat věc ze zákona.<sup>37</sup> Osvětluje nejen význam těchto testů, ale i povahu důvodů, pro něž soudce může, či nemůže věc rozhodovat. Dále autorka podle mě velmi přispívá i samotným soudcům rozhodujícím o námitkách podjatosti tím, jak podrobně rozebírá použití objektivního testu. Upozorňuje například na to, že ne všechny okolnosti (resp. vztahy soudce) mají stejnou váhu při určování toho, zda mohou vyvolat pochyby o soudcově nestrannosti. Největší potenciál zpochybnit soudcovu nestrannost mají jeho vztahy k věci, poté k účastníkům a až nakonec k jejich zástupcům.<sup>38</sup> Významnou roli také podle autorky hraje intenzita vztahu.<sup>39</sup> To je velmi dobrá poznámka, stejně jako následná úvaha o tom, co si pod *intenzitou* vztahu představit. Kritéria, podle nichž posuzovat intenzitu, jsou totiž poměrně nejasná.

Šestá, poslední kapitola teoretické části, se zabývá zvláštnostmi rozhodování o vyloučení soudců vrcholných soudů. V ní stojí za zdůraznění informace, že v případě těchto soudů je namísto určitá zdrženlivost při vylučování jejich soudců z rozhodování, a to zejména proto, aby nebyla ohrožena jejich rozhodovací schopnost<sup>40</sup> (soudců na nich logicky omezený počet).

<sup>31</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 93.

<sup>32</sup> Postup v určitých případech využívá Nejvyšší správní soud, vědom si však krajnosti tohoto řešení. Srov. usnesení NSS ze dne 27. 5. 2010, č. j. 1 As 70/2008-74.

<sup>33</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 107.

<sup>34</sup> *Ibid.*, s. 108–117.

<sup>35</sup> Subjektivní test zkoumá, zda soudce skutečně je či není v určité věci vnitřně zaujatý. Objektivní test zkoumá možné okolnosti, které by mohly vést k nedostatku soudcovy nestrannosti. Srov. NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 108–109.

<sup>36</sup> *Ibid.*, s. 109.

<sup>37</sup> *Ibid.*, s. 108.

<sup>38</sup> Tyto závěry autorka opírá o rozhodnutí Ústavního soudu (srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 22. 10. 2014, sp. zn. II. ÚS 2127/14. Srov. NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, s. 114.

<sup>39</sup> *Ibid.*, s. 115.

<sup>40</sup> *Ibid.*, s. 122–123.

**Praktickou část** si dovolím shrnout jen velmi stručně, protože její stěžejní část tvoří přehled dat sesbíraných při autorčině výzkumu a jejich popis, který je svým rozsahem podstatně menší než teoretická část.<sup>41</sup> Je namístě ocenit, že autorka přehledně a srozumitelně popsala metodologii, s jakou k výzkumu přistoupila.<sup>42</sup> Formulovala dvě základní výzkumné otázky: 1) Jak funguje rozhodování vrcholných soudů v České republice o vyloučení soudců pro podjatost v praxi? a 2) Kde leží hranice důvodů pro vyloučení soudce?<sup>43</sup> Hned v úvodu této části ale předestřela, že výsledky se nepodařilo shromáždit optimálně, protože některé informace nebylo možné získat.<sup>44</sup>

Autorka postupně analyzovala rozhodnutí o vyloučení soudce u Ústavního soudu, Nejvyššího správního soudu a Nejvyššího soudu. Posuzovala úspěšnost návrhů na vyloučení (a to i podle osoby navrhovatele – soudce/účastník), jednotlivé důvody pro vyloučení soudce a jejich poměr k celkovému počtu návrhů (v rámci toho i jejich úspěšnost), odůvodnění těchto rozhodnutí (použití subjektivního a objektivního testu a to, zda vzal soud v potaz ohrožení své rozhodovací schopnosti). Právě zkoumání odůvodnění těchto rozhodnutí považuji za nejzajímavější část výzkumu a z hlediska přínosu pro praxi a její případné zlepšení za nejužitečnější. Obecně lze totiž z výzkumu vyvodit, že soudy zmiňují použití testů nestrannosti ve svých rozhodnutích relativně málo. Relativně nejlépe si v tomto ohledu stojí Nejvyšší správní soud.<sup>45</sup> Autorka rovněž zjistila, že se Nejvyšší správní soud jako jediný ve svých rozhodnutích zabýval intenzitou vztahu soudce k účastníkům či jejich zástupcům. Tuto skutečnost vyhodnotila jako žádoucí upřesnění objektivního testu nestrannosti, které přispívá k větší přesvědčivosti rozhodnutí.<sup>46</sup> S touto informací mohou soudy rozhodně dále pracovat a v souladu s ní učinit svá rozhodnutí přesvědčivějšími. Z autorčina výzkumu rovněž vyplynulo, že vrcholné soudy rozhodují o vyloučení soudců poměrně zdrženlivě. Ovšem nepotvrdilo se, že by se tak dělo více u soudů s nižším počtem soudců, tedy kvůli ohrožení rozhodovací schopnosti.<sup>47</sup> I tato skutečnost je přinejmenším zajímavá. Autorka následně nastínila možnosti dalšího navazujícího výzkumu a všechny dosavadní poznatky shrnula.

Závěrem je namístě říct, že publikace přináší nejen řadu podnětných myšlenek, které lze dále rozvíjet nebo s nimiž lze polemizovat. Obohaceni o užitečné informace mohou být i čtenáři z řad těch, kteří námítky podjatosti podávají či hodlají podat. Díky této knize je mohou formulovat a podat v potřebné kvalitě a zvýšit tak svou šanci, že s nimi uspějí. Nebo si naopak mohou ušetřit čas a energii, kterou by jinak vynaložili při podávání námitek zbytečných a předem odsouzených k neúspěchu. Lze doufat, že i soudy přijmou s povděkem inspiraci ke zlepšení svých rozhodnutí o vyloučení soudců v duchu poznatků, které plynou z této knihy.

<sup>41</sup> NEMEŠKALOVÁ ROSINOVÁ, 2021, op. cit., s. 127–216.

<sup>42</sup> Ibid., s. 131.

<sup>43</sup> Ibid., s. 133.

<sup>44</sup> Ibid., s. 132.

<sup>45</sup> Ibid., s. 225.

<sup>46</sup> Ibid., s. 172 a 223.

<sup>47</sup> Ibid., s. 224.

# HOFMANNOVÁ, Helena, ŘEPA, Karel, OTÝPKOVÁ, Laura. Lidská práva za mřížemi: Ústavněprávní aspekty omezování osobní svobody

Praha: Auditorium, 2021, 318 s. ISBN 978-80-87284-87-2.

Ondřej Klabačka\*

V druhé polovině loňského roku vyšla kniha s poutavým názvem „Lidská práva za mřížemi: Ústavněprávní aspekty omezování osobní svobody“. Na danou knihu již vyšla recenze v jiném periodiku.<sup>1</sup> Čtenář si tak může závěry v tomto textu porovnat s uvedenou recenzí nebo případně se samotnou knihou, a to konkrétně v části týkající se kapitoly VI, jejíž necelých 20 stran je volně dostupných na webových stránkách nakladatele.<sup>2</sup>

Tato recenze se věnuje postupně jednotlivým kapitolám knihy, přičemž závěrem podává ke knize celkové stanovisko. V případě, že čtenář nechce více podhalit obsah jednotlivých kapitol, může pohodlně přeskóčit část týkající se obsahu knihy a přečíst si až závěrečnou část recenze – Celkové hodnocení knihy.

Ohledně celkového pojetí publikace je možné odkázat na výstižné shrnutí daných kapitol autory: „[n]ěkolik prvních kapitol představuje nejprve zamyšlení nad hodnotou osobní svobody, dále poukazuje na vybrané historické aspekty ochrany osobní svobody, jakož i zpracovává problematiku postavení osobní svobody v kontextu ústavního pořádku České republiky. Vzhledem ke skutečnosti, že trestní právo je klíčovým právním oborem, jež mnohé instituty jsou inherentně spjaty se zásahy do osobní svobody, soustředí se navazující kapitoly na ústavněprávní garance osobní svobody v kontextu trestního práva. Nejprve je pozornost soustředěna na výklad nejdůležitějších ústavních principů regulujících trestněprávní zásahy do osobní svobody. Následující kapitoly se zaměřují na problematiku naplnění garancí osobní svobody v souvislosti s instituty zajištění osob a s výkonem trestu odnětí svobody, neboť právě zde trestní právo nejintenzivnějším způsobem zasahuje do osobní svobody jednotlivce. Poslední dvě kapitoly se věnují specifickým ochranným opatřením osob se zdravotním postižením a mladistvých, jejichž zranitelné postavení vyžaduje zvláštní pozornost, jakož i omezování osobní svobody cizinců. Zde výklad přesahuje do oblasti správního práva. Na uvedené kapitoly navazuje výběr příkladů, který na judikatuře Ústavního soudu a ESLP

\* Mgr. Bc. Ondřej Klabačka, doktorand, Katedra ústavního práva a politikologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 421766@mail.muni.cz

<sup>1</sup> MIČUDOVÁ, S. Lidská práva za mřížemi, ústavněprávní aspekty omezování osobní svobody. *Trestněprávní revue*. 2022, č. 2, s. 114–115.

<sup>2</sup> Viz Lidská práva za mřížemi. Ústavněprávní aspekty omezování osobní svobody. *Auditorium* [online]. Dostupné z: <http://www.auditorium.cz/lidska-prava-za-mrizemi.php>

ukazuje, jaký je skutečný život principů, o nichž kniha pojednává. Čtenář tak může konfrontovat obsah vlastního textu s konkrétními příklady z judikatury.“<sup>3</sup>

Kniha má 318 stran, z nichž se 204 týká teoretické části, 114 stran pak kazuistice.

## 1 Obsah knihy

Hned v úvodu se čtenář dočítá, že publikace „... zpracovává ústavněprávní rozměr ochrany osobní svobody, byl' si jsou autoři vědomi, že se jedná o téma svou podstatou komplexní s výraznými mezioborovými přesahy. Podle jejich názoru, jde tedy spíše o část širší mozaiky zkoumající takto složitý fenomén.“<sup>4</sup> Mimo zmíněné abstraktní vymezení se však v úvodní části čtenář nedočká konkrétního cíle předkládaného textu, vyjma rozsáhlejší proklamace o tom, jak je ochrana osobní svobody důležitá a není ve všech částech světa samozřejmostí. Rovněž pojetí jednotlivých kapitol napovídá deskriptivnějšímu zpracování knihy, což však samo o sobě není ničím negativním.

### 1.1 Hodnota osobní svobody jako lidského práva

První kapitola vymezuje hodnotu osobní svobody zejména na základě historické zkušenosti. Z textu se dozvídáme o útrapách lidstva, a to jak v průběhu druhé světové války, tak i v rámci současných konfliktů (do roku 2021), kdy autoři mají zřejmě v úmyslu poukázat na skutečnost, že garance osobní svobody, tak jak ji vnímáme v rámci demokratického právního státu, není všude samozřejmostí. V knize najdeme pasáže, které ve čtenáři vyvolávají silné emoce, ozvláštňují právní text a tím mu dodávají na čtivosti. Např. „*Viktor Frankl na základě své zkušenosti z koncentračních táborů popisuje tyto mezní podmínky zbavení osobní svobody, v nichž se člověk, cítil pouze jako součást masy lidí; jeho existence byla ponížena na živočišnou úroveň. Lidé byli stádem – občas na jednom místě, jindy na jiném; občas hnáni k sobě, občas od sebe – jako stádo ovcí bez myšlenky či vlastní vůle. Pozorování ze všech stran malou, avšak nebezpečnou smečkou, zběhlo v metodách mučení a sadismu.*“<sup>5</sup>

Vedle zmínky o tzv. teorii objektu či vymezení veřejného zájmu jakožto podmínky pro nemožnost pojmát osobní svobodu jako absolutní právo, anebo naznačení rozdílu mezi osobní svobodou a svobodou pohybu, autoři výstižně vymezují veřejný zájem, a to jako klíč k ochraně i omezení osobní svobody.

### 1.2 Poznámky k historickému vývoji ochrany osobní svobody

Kapitola 2 popisuje vývoj ochrany osobní svobody od Chammurapiho zákoníku až po rok 1989. Počáteční popis, věnující se židovskému právu a Řecku, je bezesporu zajímavý. Úsměvná je právní kvalifikace Prométheovy situace „[u]věznění jakožto faktický stav jednotlivce bylo dobře známo též v antickém Řecku, jak naznačuje již jeho samotný předobraz v mýtu o Prométheovi, jenž byl potrestán připoutáním ke skále a pravidelnými návštěvami orla. Lze usuzovat, že jednání

<sup>3</sup> Viz s. 12–13 recenzované publikace.

<sup>4</sup> Ibid., s. 11.

<sup>5</sup> Ibid., s. 16.

orla by dnes bylo porušením zákazu mučení, a to samotným Diem jako návodcem.“<sup>6</sup> Nicméně další části vývoje již byly popsány v rychlejším sledu (zejména část 2). Autoři se sice snažili vždy ke konkrétnímu dokumentu či období uvést nějaké související informace a jednotlivé části spolu provázat, avšak čtenář, který si o dané problematice čte prvně, se v uvedeném výčtu může začít ztrácet. To zejména pro „nahuštěnost“ informací na malém rozsahu stran. Na druhou stranu čtenář, který se v problematice orientuje, považuje tuto část za jisté opakování/oživení daných znalostí, a proto daná pasáž knihy pro něj může působit trochu nudně (vyjma uvedeného orla). Jestliže autoři v knize výrazněji nepracují s historickými souvislostmi, pak je otázkou, zda uvedený rozsah stran by nebylo vhodné věnovat problémům, které nejsou v knize detailněji zpracovány. Jedná se například o problematiku krátkodobých a dlouhodobých cel, hlubší analýzu materiálních podmínek ve vazbě či výkonu trestu odnětí svobody aj. (viz dále v textu).

### 1.3 Osobní svoboda jako základní právo v ústavním pořádku ČR

Třetí kapitola je obecným pojednáním o zakotvení ochrany osobní svobody. V části osobní svoboda a související ustanovení ústavního pořádku autoři uvádějí „základní práva a svobody jsou pod ochranou soudní moci, kterou, vykonávají jménem republiky nezávislé soudy“, a následně též „Ústavní soud“,<sup>7</sup> přičemž v poznámce pod čarou doplňují bez dalšího kontextu (pouze odkazem na příslušná ustanovení), že ochranu osobní svobody vedle státního zastupitelství doplňuje i veřejný ochránce práv (dále také jako „VOP“), který provádí systematické návštěvy míst, kde se nacházejí nebo mohou nacházet osoby omezené na svobodě. Autoři však nevysvětlují, proč zrovna veřejný ochránce práv či státní zastupitelství doplňují tuto soudní ochranu. Jestliže se kniha zabývá problematikou lidských práv „za mřížemi“, pak lze právě očekávat, že se čtenář něco dozví o těchto institucích a jejich roli k danému tématu. Přitom je třeba zdůraznit, že uvedené instituce jsou často prvním nezávislým stupněm ochrany (po vyřízení stížnosti věznicí), na který se např. obvinění či odsouzení se svými dalšími stížnostmi obracejí.<sup>8</sup>

Vyjma tuzemské Listiny a Ústavy se kapitola také zaměřuje na mezinárodní dokumenty. K tomu malá poznámka – autoři překládají Úmluvu proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání (OSN), jako Úmluvu o **zákazu** mučení a jiného nelidského...<sup>9</sup> Zbytečně tak vytvářejí další názvy, které mohou následně čtenáře mást, a to navíc v situaci, když vedle uvedeného dokumentu existuje Evropská úmluva o zabránění mučení a nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání (Rada Evropy). Tu však v publikaci autoři nezmiňují, ač v knize pracují se závěry Evropského výboru pro zabránění mučení a nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání (dále také jako „CPT“). Výbor byl zřízen právě na základě této úmluvy.

<sup>6</sup> Viz s. 25–26 recenzované publikace.

<sup>7</sup> Ibid., s. 38.

<sup>8</sup> Ke stručnému popisu role státního zastupitelství a veřejného ochránce práv v oblasti omezování osobní svobody viz DRÁPAL, J., JIŘIČKA, V., RASZKOVÁ, T. (eds.). *České vězeňství*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 374 a násl. ISBN 978-80-7676-066-0.

<sup>9</sup> Přitom na s. 167 recenzované publikace autoři uvádějí název „Úmluva proti mučení a jinému, krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání“.



Nejednoznačná je formulace „[v]ýznamnou roli též zastává právo na život a zákaz mučení, neboť ty stanoví **absolutní limity veřejné moci v situacích omezení osobní svobody**.“<sup>10</sup> Jestliže právo na život není právem absolutním – viz čl. 6 odst. 4 Listiny, podle kterého porušením není, jestliže byl někdo zbaven života v souvislosti s jednáním, které podle zákona není trestné (obdobně Úmluva čl. 2 odst. 2), pak není zřejmý tento „*absolutní limit*“.

#### 1.4 Identifikace zásahů do osobní svobody a rámcový obsah ústavní regulace

Kapitola se zprvu zabývá kritérii identifikace zásahu do osobní svobody, což autoři příhodně prokládají odkazy na judikaturu ESLP. V následující části však předkládají rozsáhlý výčet ustanovení ve snaze odkázat na úplný přehled zákonných institutů, s nimiž je spojen zásah do osobní svobody. Ten zabírá přibližně jednu stranu knihy. V dalších částech následují dvě a půl strany přehledu principů aplikovaných na zásahy do osobní svobody a doslovné citace větších částí textu z Úmluvy. Je otázkou, nakolik přínosný je takový výčet. Čtenář v této části ještě nemá nějaký větší vhled do problematiky a může se začít v textu „ztrácet“.

Zajímavá je informace, že Úmluva, na rozdíl od Listiny, neobsahuje „otevřené“ ustanovení analogické k čl. 8 odst. 2 Listiny, které sice stanoví podmínky pro zásahy do osobní svobody, avšak blíže nelimituje jejich rozsah. Autoři dále poukazují na obtížně odlišitelné principy a práva související se zásahem do osobní svobody od principů a práv tvořící spravedlivý proces. Z textace Listiny a Úmluvy docházejí k závěru, že určité principy a práva jsou v kontextu ústavního pořádku České republiky chápány jako součást spravedlivého procesu. Na druhou stranu Úmluva je zařazuje pod čl. 5. Uvedené podle autorů vytváří významný rozdíl mezi judikaturou Ústavního soudu a Evropského soudu pro lidská práva (dále také jako „ESLP“).<sup>11</sup>

V dané kapitole také autoři slučují pojmy omezení osobní svobody a zbavení osobní svobody. Sami poukazují na jistou nepřehlednost v užívání těchto pojmů. Je škoda, že detailněji tyto rozdíly nerozvádějí.<sup>12</sup> V textu by také mohl být více popsán vztah mezi Listinou a Úmluvou v rámci aplikace „vyšší [ochrana] bere“.

#### 1.5 Ústavní principy a trestněprávní zásahy do osobní svobody

V této kapitole se autoři věnují základním principům, které se dotýkají zásahu do osobní svobody. Jde o princip zákonnosti, princip ochrany lidské důstojnosti a zákaz mučení, princip proporcionality a princip spravedlivého procesu. Autoři je považují za nejvíce propojené v rámci roviny ústavní a trestněprávní. Princip zákonnosti je pro ně předpokladem pro každý zásah do základních práv, což dovozují z čl. 4 odst. 2 a čl. 8 odst. 2 až 6 Listiny, obdobně Úmluvy čl. 5 odst. 1. Jde o celkem standardní výklad. Lze vyzdvihnout, že ke konci pojednání o tomto principu autoři poukazují na problematické situace, kdy např. při přezkumu dodržení zásad zásahů do osobní svobody neobstála situace, kdy osoba byla držena ve vazbě

<sup>10</sup> Viz s. 37–38 recenzované publikace.

<sup>11</sup> Ibid., s. 53.

<sup>12</sup> Viz např. BARTOŇ, M., KRATOCHVÍL, J., KOPA, M., TOMOSZEK, M., JIRÁSEK, J., SVAČEK, J. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 270, Student. ISBN 978-80-7502-128-1.

na základě samotného faktu podání obžaloby bez jakékoliv opory v zákoně. Dalším příkladem je praxe automatického prodlužování vazby bez dostatečně určité opory v zákoně. Současně tyto situace doplňují o odkazy na judikaturu ESLP. Co se týče důstojnosti, autoři s ní pracují v knize v relativním pojetí. Argumentují tím, že omezení osobní svobody je vždy spojeno s různou intenzitou zásahu do lidské důstojnosti.<sup>13</sup> Těto úvaze nelze upřít jistou logičnost, neboť při omezení osobní svobody vždy také dojde k určitému zásahu do důstojnosti. Autoři však mohli detailněji rozvést nejednotnost v chápání důstojnosti jako absolutního či relativního práva, čemuž se věnují okrajově, přitom se jedná o zajímavý střet názorů. Zajímavá je myšlenka, že zakotvení způsobu výkonu trestu do výroku rozsudku kvalitativně zajišťuje důstojný výkon trestu. Daný výrok je tím ve své podstatě výrokiem o trestu přiřazující k jeho kvantitativní dimenzi i dimenzi kvalitativní. Výstižné je také zmínění autorů, že ochrana lidské důstojnosti je vystavena tlaku dvou rovnoměrných pozitivních závazků, když na jedné straně musí stát v maximální možné míře chránit důstojnost těch, kteří se stanou obětí nějakého násilného činu, a na straně druhé musí vést trestní řízení proti podezřelým v souladu se základními zásadami trestního práva, jakými jsou presumpce nevinny a zejména princip *in dubio pro reo*.

Cenné jsou odkazy na vyjádření principu proporcionality v trestním právu hmotném a procesním. Co se týče spravedlivého procesu, autoři upozorňují, že se v knize zabývají především omezením osobní svobody podle čl. 8 Listiny a čl. 5 Úmluvy, nikoliv tedy prioritně problematikou ústavních principů spravedlivého procesu.

Kapitulu pět lze vnímat jako určitou povinnou část, která čtenáři stručně představuje zmíněné principy. Škoda, že dobře zpracovaný text nebyl více doplněn o nějaké zajímavé odbočky dodávající textu čtivost – nabízelo se to např. u výkladu k zákazu mučení.

## 1.6 Ústavní limity zajištění osob v trestním právu

Autoři pojednávají o institutech zadržení, zatčení a vazby. Zmiňují mj. omezení osobní svobody podezřelého jinou osobou. Autoři sice uvádějí, že v takovém případě není podmínkou, aby byl dán některý z důvodů vazby, podrobněji se však k danému institutu již více nevyjadřují, pouze v poznámce pod čarou odkazují na související literaturu. Daná oblast přitom musí skrývat spoustu zajímavých míst, jak už z pohledu různých excesů ze strany „aktivního“ občana, tak i „převedení“ státního monopolu na „násilí“ na řadovou osobu.

Zajímavější je rozbor problematiky lhůt v Listině, v rámci kterého autoři řeší spor o význam „předvedení osoby před soud“. Tedy, zda se jedná o faktické předvedení před soudce, či o to, že je osoba „pouze“ k dispozici soudu a na pokyn může být kdykoliv před soud předvedena.<sup>14</sup>

První část kapitoly se tak nese v duchu výčtu jednotlivých situací trestního práva v rámci zadržení/zatčení osoby, což je doprovázeno výkladem, který je místy doplňován judikaturou Ústavního soudu či ESLP. Jedná se o věcný výklad a ucelené shrnutí; autoři však nehledají zajímavé otázky, které by mohli hlouběji analyzovat (mimo výše uvedených lhůt).

<sup>13</sup> Viz s. 62–63 recenzované publikace.

<sup>14</sup> Ibid., s. 86–87.

Druhá část kapitoly se věnuje vazbě. Autoři předestírají základní východiska rozhodování o vazbě v demokratickém právním státě. Opět se jedná o obecný ucelený výklad ohledně institutu vazby z pohledu jejího zakotvení v českém právním řádu se zohledněním aktuální judikatury Ústavního soudu a ESLP s důrazem na aplikaci principů zajišťující úroveň základních práv. Autoři se však nezmiňují o řadě zajímavých problémů, které s institutem vazby souvisí. V rámci tohoto institutu by např. mohla být rozebrána problematika řízení o vazbě a neposkytnutí celého spisu obhajobě,<sup>15</sup> na což odkazuje např. i Galovcová, kterou dle poznámky pod čarou očividně autoři četli. Analyzována mohla být i problematika rozhodování o vazbě ze strany Nejvyššího soudu (viz § 265l odst. 4 trestního řádu). Absentuje také významnější rozbor materiálních podmínek vazby, které jsou v současnosti problematické, a které nelze vždy slučovat s podmínkami ve výkonu trestu odnětí svobody. Vhodné by bylo také rozebrat institut zmírněné vazby (reálná nemožnost nabídnout všem skupinám obviněných tento režim, časté nenaplnění § 28 odst. 4 zákona o výkonu vazby či § 73 odst. 2 řádu výkonu vazby). V kapitole není také popsáno řešení stížností ze strany obviněných na podmínky ve vazbě. Kapitola tak pomíjí faktické problémy „za zdi“ věznic.<sup>16</sup>

## 1.7 Ústavní limity ukládání a výkonu trestu odnětí svobody

Zajímavá jsou pojednání o konfliktu druhu trestu jakožto výsledku politické diskuse, která odráží představy o spravedlnosti a důležitosti chráněných zájmů a principu proporcionality, a tedy poměřování, zda do základních práv a svobod nezasahuje trestní represe nepřiměřeně. Autoři toto ilustrují na zrušení trestného činu, který kriminalizoval hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu, dále na úpravě kategorizace škod v trestním zákoníku.<sup>17</sup> Pojednání o principu proporcionality a jeho protkání trestním právem je přínosné, stejně tak jako výklad o účelu trestu. Lehká výtka směřuje k tomu, že autoři dále v kapitole odkazují na Standardní minimální pravidla OSN pro zacházení s vězni, ale už nevysvětlují čtenáři jejich význam, ani neupozorňují na jejich průběžnou aktualizaci. Celkově v knize schází podkapitola o *soft-law*.<sup>18</sup> Pokud se autoři zmiňují o problematice paušálního vyloučení podmíněného propuštění, pak mohli také zmínit § 91 odst. 5 věta druhá trestního zákoníku. Daný institut by si ostatně v publikaci zasloužil detailnější rozbor, a to minimálně s ohledem na tzv. „PPčkovou turistiku“, která je důsledkem porušení čl. 1 odst. 1 Ústavy, či problematiku předvídatelnosti soudního rozhodování v této oblasti.

Další části kapitoly, které se věnují základním právům a výkonu trestu odnětí svobody, jsou spíše opět obecnějším popisem, který místy směřuje do konkrétnější problematiky

<sup>15</sup> Viz KANDALEC, P. Právo obviněného na nahlížení do spisu – se zvláštním zaměřením na vazební řízení. *Bulletin advokacie*. 2018, č. 3, s. 32.

<sup>16</sup> Viz znepř. Zpráva z návštěvy zařízení Vazební věznic Liberec. *Veřejný ochránce práv* [online]. Dostupné z: [https://www.ochrance.cz/uploads-import/ESO/NZ\\_78-2018-BM\\_zprava\\_final.pdf](https://www.ochrance.cz/uploads-import/ESO/NZ_78-2018-BM_zprava_final.pdf), a další zprávy z návštěv vazebních věznic veřejným ochráncem práv.

<sup>17</sup> Viz s. 117–119 recenzované publikace.

<sup>18</sup> Určitý nástin takové podkapitoly je na str. 139. Ten však nelze bez dalšího aplikovat na jiné části knihy.

(soukromý život či rodičovská práva).<sup>19</sup> Scházejí tak více rozpracované konkrétní problémy,<sup>20</sup> jak je tomu například v kapitole zabývající se cizinci.

V této části se autoři také zmiňují o problematice základních práv ve výkonu vazby. Obě témata spolu samozřejmě souvisejí. Z důvodu sloučení tak žádné z částí není věnován takový prostor, jaký by čtenář předpokládal. Výhrady lze mít k pojednání o výkonu vazby matek s dětmi, které je poměrně jednoduché a stručné i přes komplexnost tématu. Holé konstatování, že „*stát není často schopen zajistit řádnou péči ani o ty nejmladší děti ze strany jejich matek, které jsou ve vazbě,*“ je příliš zkratkovité a čtenáři problematiku nijak neobjasňuje (chybí například rozbor souvisejícího zákonného ustanovení<sup>21</sup> či nařízení generálního ředitele<sup>22</sup> Vězeňské služby ČR, k tomuto současně rozbor nálezu Ústavního soudu<sup>23</sup>, na který text publikace odkazuje).<sup>24</sup> Autoři bez hlubšího kontextu<sup>25</sup> upozorňují na problematiku kázeňských trestů,<sup>26</sup> aniž by reflektovali vývoj před vydáním knihy – např. řízení týkající se uložení kázeňského trestu pokuty, kdy daná věc byla ze strany Nejvyššího správního soudu předložena Ústavnímu soudu.<sup>27</sup> Navazující rozhodnutí Ústavního soudu (červenec 2021)<sup>28</sup> již nestihl autorský kolektiv pochopitelně zapracovat (knihla vyšla v září 2021). Na druhou stranu autoři v textu rozebrali omezení obviněného ve výkonu trestu odnětí svobody v rámci § 74a tr. ř., což se běžně v publikacích nevidí.

## 1.8 Omezování osobní svobody osob se zdravotním postižením v trestním právu

Jedná o jednu z nejpovedenějších kapitol. Autoři se snaží čtenáře uvést do problematiky a současně vysvětlují důležitost, příp. kontext jednotlivých dokumentů, se kterými v knize operují. Aspekty omezení osobní svobody lidí se zdravotním postižením vysvětlují skrze jednotlivé případy ESLP, což dodává na čtivosti textu. Malá poznámka – autoři v textu odkazují na skutečnost, že Česká republika ratifikovala Úmluvu o právech osob se zdravotním

<sup>19</sup> Viz s. 130–131 recenzované publikace.

<sup>20</sup> K problematickým otázkám výkonu trestu srov. ŠABATOVÁ, A., SVOBODA, M., MATUŠKA, J., KLUMPAR, M. *Vězeňství II*. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2019, Sborník stanovisek veřejného ochránce práv. ISBN 978-80-7598-410-4. Dostupné z: [https://www.ochrance.cz/uploads-import/Publikace/sborniky\\_stanoviska/Sbornik\\_Vezenstvi\\_II.pdf](https://www.ochrance.cz/uploads-import/Publikace/sborniky_stanoviska/Sbornik_Vezenstvi_II.pdf), či ŠABATOVÁ, A. *Věznice. Zpráva ze systematických návštěv veřejného ochránce práv*. 2016. ISBN 978-80-87949-24-5. Dostupné z: [https://www.ochrance.cz/uploads-import/ochrana\\_osob/ZARIZENI/Veznice/Veznice-2016.pdf](https://www.ochrance.cz/uploads-import/ochrana_osob/ZARIZENI/Veznice/Veznice-2016.pdf)

<sup>21</sup> V publikaci autoři vadně odkazují na § 28, správně se jedná o § 28a zákona o výkonu vazby.

<sup>22</sup> Viz nařízení generálního ředitele Vězeňské služby ČR č. 29/2020, kterým se stanoví podmínky pro výkon vazby a výkon trestu odnětí svobody u matek nezletilých dětí ve Věznici Světla nad Sázavou.

<sup>23</sup> Viz náleze Ústavního soudu ze dne 9. 5. 2018, sp. zn. IV. ÚS 2/18.

<sup>24</sup> Viz s. 131 recenzované publikace.

<sup>25</sup> Rozbor úpravy po nálezu Ústavního soudu ze dne 29. 9. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 32/08, aplikace Engelovských kritérií, praktické dopady současného vyloučení některých kázeňských trestů ze soudního přezkumu, rozdíl kázeňských trestů ve vazbě a výkonu trestu odnětí svobody.

<sup>26</sup> Ibid., s. 131–132.

<sup>27</sup> Viz usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 12. 2020, sp. zn. 1 As 424/2018-72 – návrh na zrušení § 52 odst. 4 zákona o výkonu trestu odnětí svobody.

<sup>28</sup> Viz náleze Ústavního soudu ze dne 27. 7. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 112/20.

postižením v roce 2009. Nezmiňují však nelichotivou skutečnost, že Česká republika k ní vytvořila příslušný monitorovací orgán až v roce 2018.<sup>29</sup> Dále nepoužívají jednotnou zkratku pro Úmluvu o právech osob se zdravotním postižením. V textu někdy používají termín „úmluva“, někdy plný název či jen zkratku „Úmluva“, kterou ovšem také používají pro Úmluvu o ochraně lidských práv.<sup>30</sup> Pro čtenáře to může být matoucí.<sup>31</sup> V rámci této kapitoly se konečně objevuje i spojení „policejní cela“, ale až během výčtu případů u ESLP. Je trochu zarážející, že v šesté kapitole týkající se zadržení/zatčení nebyla problematika policejních cel nějak přiměřeně zastoupena.

Významná je poznámka autorů,<sup>32</sup> že podle § 16 odst. 6 zákona o výkonu trestu odnětí svobody má odsouzený právo na zdravotní služby v rozsahu a za podmínek stanovených zákonem č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování. Podle nich to však znamená, že odsouzený, který trpí smyslovým nebo tělesným postižením, má podle § 33 zákona o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování nárok na doprovod a přítomnost psa se speciálním výcvikem, a to i ve výkonu trestu odnětí svobody či vazbě. Autoři zde snad vůbec poprvé formulují výraznější provokativní myšlenku, byť se nelze s tímto názorem ztotožnit. Pořízení vodícího psa naráží na § 27 odst. 1 zákona o výkonu trestu odnětí svobody, který stanoví, že „[p]o dobu výkonu trestu jsou odsouzení povinni podrobit se omezením některých práv a svobod, jejichž výkon by byl v rozporu s účelem výkonu trestu nebo která nemohou být vzhledem k výkonu trestu uplatněna.“ Věznice by tak situaci kompenzovala jiným způsobem. Zajímavou myšlenkou je, že by se osoby, chovající se agresivně vůči vězňům se zdravotním postižením, měly ubytovat odděleně.<sup>33</sup> Opačná praxe, kdy se osoba se zdravotním postižením ubytuje odděleně, je podle autorů nežádoucí. S tím se lze ztotožnit za podmínky, že si to samotná osoba se zdravotním postižením nevyžádá. Nicméně autoři si pravděpodobně nesprávně vyložili § 35 odst. 5 řádu výkonu trestu odnětí svobody. Z ustanovení neplyne požadavek na oddělené ubytování osob se zdravotním postižením tak, že se přemístí ze skupiny na samovazbu či na samostatnou celu. Účel ustanovení bude zachován, i když se ze skupiny oddělí agresivní osoba.

Na rozdíl od předchozích kapitol, autoři v textu stručně odkazují na zprávy CPT a zprávy VOP, které dokreslují šedou právní literu.

## 1.9 Specifika omezování osobní svobody dětí

Autoři v kapitole mj. podávají vedle Úmluvy o právech dítěte také zajímavé pojednání o nejednotné věkové hranici trestní odpovědnosti, upozorňující na přístup ESLP. Podle autorů z dokumentů VOP vyplývá, že oddělené umístění vězňů od dospělých je v České

<sup>29</sup> Viz Monitorování práv lidí s postižením 2018. Zpráva veřejné ochránkyně práv jako monitorovacího orgánu pro Úmluvu o právech osob se zdravotním postižením, 2019. Dostupné na: [https://www.ochrance.cz/uploads-import/CRPD/Vyrocní\\_zpravy/CRPD\\_2018\\_CZ\\_web.pdf](https://www.ochrance.cz/uploads-import/CRPD/Vyrocní_zpravy/CRPD_2018_CZ_web.pdf)

<sup>30</sup> Obdobně kapitola 4. 4., kde autoři používají jak zkratku „Úmluva“, tak i „EÚLP“, pro totožný dokument.

<sup>31</sup> Viz s. 138 recenzované publikace.

<sup>32</sup> Ibid., s. 151–152.

<sup>33</sup> Ibid., s. 152.

republiky z důvodu přeplněnosti věznic často problematické. Čtenář se bohužel nedozví, v čem konkrétně. U této informace přitom autoři vychází ze zprávy VOP z roku 2006 (u knihy vydané v roce 2021).

Úprava kázeňských trestů v rámci mladistvých je popsána velice stručně. Autoři se jejich ukládání věnují v jednom odstavci. Čtenář, který se tématu nevěnuje, tak nemusí pochopit, na co autoři cílí. Největším pochybením kapitoly je však zjednodušené pojednání o poznatcích CPT o trestních opatřeních odnětí svobody v České republice. Autoři bez širšího kontextu vypichují problematickou praxi ve Věznici Všehrady, na kterou narazil výbor CPT v roce 2014, nicméně už vůbec nezohledňují následně přijatá opatření či změny, ani čtenáři nesdělují, jak Česká republika reagovala. Minimálně mohli odkázat na závěry z návštěvy CPT v roce 2018, jejíž součástí byla i následná návštěva oddělení pro výkon trestního opatření odnětí svobody ve Věznici Všehrady<sup>34</sup>. Neodkazují ani na dokument CPT, týkající se standardu omezení osobní svobody mladistvých.<sup>35</sup> V části o výkonu trestu odnětí svobody autoři letmo zmiňují podmíněné propuštění, aniž by odkazovali na podmíněné propuštění mladistvého, což kontrastuje s tím, že u kázeňských trestů obě kategorie rozlišují. Tím pomíjejí velmi problematické téma.<sup>36</sup>

## 1.10 Omezování osobní svobody cizinců podle azylového a cizineckého zákona

Jde o nejzdařilejší kapitolu knihy. Je zpracována od teoretického základu přes praktické problémy reflektované judikaturou, se současným vysvětlením jednotlivých rolí orgánů, a to jak na úrovni vnitrostátní, tak na úrovni mezinárodní. Komplexně pojednává o otázkách omezování osobní svobody cizinců a výklad zahrnuje i problémy z praxe. Lehké výhrady lze mít toliko k tomu, že v podkapitole 10.8 by mohla být ještě více detailněji popsána problematika samotného procesu vyhoštění, při kterém může dojít vinou vyšší stresové náročnosti k porušení práv vyhošťovaného. Velice stručně je vysvětlena role VOP a CPT, nikoli však na začátku knihy, kde by čtenář takový výskyt předpokládal. Autoři vysvětlují důležitost doporučení CPT, třebaže s nimi operovali v předchozích kapitolách.

Cenným upozorněním je mj. odkaz na doporučení VOP k zakotvení dozorového oprávnění státního zastupitelství v zařízeních pro zajištění cizinců a přijímacích střediscích.<sup>37</sup> Desátá kapitola je dobře strukturovaná, přehledná a obstála by jako samostatný článek. To lze vnímat jako plus, ale i mínus, ve svém celku totiž publikace nepůsobí jako monografie vykazující větší kooperaci autorského kolektivu.

<sup>34</sup> Viz Zpráva pro vládu České republiky o návštěvě České republiky, kterou vykonal Evropský výbor pro zabránění mučení a nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání (CPT) ve dnech 2. až 11. října 2018. Dostupné z: <https://rm.coe.int/168095aeb2>

<sup>35</sup> Viz Mladiství zbavení svobody podle trestního práva. *Rada Evropy* [online]. Výňatek z 24. obecné zprávy o činnosti výboru CPT, vydaný v roce 2015. Dostupné z: <https://rm.coe.int/16808ef5b3>

<sup>36</sup> Viz § 78 zákona č. 218/2003 Sb., o odpovědnosti mládeže za protiprávní činy a o soudnictví ve věcech mládeže a o změně některých zákonů.

<sup>37</sup> Viz s. 196 recenzované publikace.

## 2 Kazuistika

V druhé části knihy autoři podávají výběr z rozhodnutí ESLP a Ústavního soudu včetně doplňujících poznámek k příslušné problematice. Nedávají však čtenáři konkrétní vodítko, jak má tuto pasáž číst a na co se má soustředit. Logicky se nabízí, aby čtenář četl příslušné části z kazuistiky souběžně s textem odpovídající kapitoly. Autoři alespoň mohli v hlavním textu čtenáře upozornit na související analyzované případy v kazuistice.

## 3 Závěr knihy

V závěru knihy autoři poukazují na důležitost, ale i křehkost ochrany lidských práv jednotlivce. Zdůrazňují vysoký standard ochrany osobní svobody v demokratických právních státech, jeho případná úskalí, a významnost autonomního postavení jednotlivce vůči státu. Lze s nimi souhlasit v tom, že šedou zónu ochrany osobní svobody představuje zajištění cizinců, které je významným ukazatelem dosažené celkové úrovně ochrany osobní svobody. Nicméně, problematika „klasických“ odsouzených a obviněných se v závěru knihy lehce vytrácí a pozornost je věnována zejména zranitelným skupinám osob. Závěr je teoretičtějšího charakteru a odpovídá tak úvodnímu vymezení, že kniha zpracovává „ústavněprávní rozměr ochrany osobní svobody, byť jsou si autoři vědomi, že se jedná o téma svou podstatou komplexní s výraznými meziorbovými přesahy. Jde tak spíše o část širší mozaiky zkoumající takto složitý fenomén.“<sup>38</sup>

## 4 Celkové hodnocení knihy

V úvodu této recenze byla vyjádřena obava, že autoři nepředstavili konkrétnější vymezení publikace – neuvědli, k čemu má sloužit a jaké otázky má vyřešit. Konstatovali, že publikace zpracovává ústavněprávní rozměr ochrany osobní svobody, což je na knihu v rozsahu 300 stran (z nichž 200 je věnováno teorii) příliš abstraktní. Pro uvedený rozsah by bylo vhodnější užší a hlubší zaměření. S výše vyřčenou obecností se čtenář potýká u většiny kapitol knihy.

Koncept publikace spíše odpovídá sborníku, jednotlivé pasáže nejsou plně sladěny, liší se jak obsahově, tak strukturou. Příkladem může být rozdíl v kapitole o vazbě a v kapitolách o omezování osobní svobody osob se zdravotním postižením či cizinců. Pokud by je čtenář četl odděleně, pravděpodobně by nedovodil (vyjma několika odkazů na předchozí kapitoly), že jde o části jedné publikace. Zřetelné jsou také kvalitativní rozdíly mezi jednotlivými pasážemi knihy.

První kapitolu lze hodnotit obecně kladně. Autoři zde výstižně vymezují veřejný zájem jako klíč k ochraně i omezení osobní svobody. Druhá kapitola obsahuje historický vývoj. Na malém rozsahu stran je však mnoho informací. Čtenář se může v textu začít ztrácet. Obdobné lze uvést u kapitoly čtvrté obsahující výčet zákonných institutů a principů aplikovaných na zásahy do osobní svobody. Ocenit však lze zajímavé myšlenky ve vztahu

<sup>38</sup> Ibid., s. 11.

ke „konceptní“ rozdílnosti judikatury ESLP a Ústavního soudu ve vztahu k ochraně osobní svobody.

Třetí kapitola pojednává o osobní svobodě jako základním právu v ústavním pořádku ČR. V té autoři obecně vymezují prameny poskytující garanci osobní svobody. Byť se jedná o kapitolu týkající se převážně ústavněprávní roviny, bylo by vhodné doplnit pojednání o mezinárodním *soft-law*, které není v knize dostatečně uceleně vysvětleno. Pátá kapitola pak rozvádí ústavní principy a trestněprávní zásahy do osobní svobody. Cenná je zmínka o zakotvení kvalitativní dimenze do výroku o trestu. Obecně by však kapitola snesla více zajímavých odboček, ač se jinak jedná o dobře zpracovaný text.

V rámci šesté a sedmé kapitoly autoři podávají rozsáhlejší obecný výklad o institutech zadržení, zatčení, vazby a výkonu trestu odnětí svobody, nicméně nejdou do nějaké hlubší analýzy, a to přesto, že třecích ploch například v rámci vazby (ale i výkonu trestu) je dostatek. Čtenář se také nic nedozví o materiálních podmínkách vazby. Faktický výkon trestu odnětí svobody či vazby a jeho odraz na lidská práva, je tak v kapitolách popsán velice obecně. Příkladem může být stručné pojednání o problematice matek ve výkonu vazby, které není zasazeno do širšího kontextu. Totéž platí pro kázeňské tresty, jejichž jejich popis je velice strohý. Na druhou stranu, kapitola přínosně upozorňuje na problematiku výkonu vazby na odsouzeném ve věznici.

V publikaci chybí výraznější zmínka o policejních celách, přestože s problematikou zadržení osoby souvisí. Literatura se této problematice obecně nevěnuje, třebaže zde dochází ke snížené ochraně/dohledu státu nad zásahy do práv osob v cele (zejména krátkodobé).

Kapitoly 8 a 10 jsou nejpovedenější a mezi nimi výrazně vyčnívá kapitola závěrečná. Bude přínosem pro každého, kdo se chce problematikou zajištění cizinců zabývat. V těchto kapitolách se již čtenář setká s provokativními myšlenkami. Přínosná je i zmínka v desáté kapitole o absenci dozoru státního zástupce v zařízení pro zajištění cizinců. Bohužel devátá kapitola je velice obecná a vykazuje výraznější nedostatky. Za tu nejzávažnější lze považovat zjednodušující závěry ze zpráv CPT, které nereflektují reakci Česká republika. Tímto dochází k určitému zkreslení.

U kazuistické části najde čtenář pouze informaci, že zde budou konfrontovány závěry z první části s konkrétními případy z judikatury. Nedostane však návod, jak a kdy tuto pasáž číst.

Vinou nejednotného konceptu kapitol jsou některé dříve zmiňované prameny vysvětleny až v pozdějších kapitolách (příkladem může být role CPT a relevance jejich zpráv). V některých pasážích chybí více zdrojů k probírané problematice, jindy se objevuje odkaz na starší zdroje bez ověření aktuálního stavu (příkladem může být odkaz na zprávu VOP z roku 2006). Ač kniha vychází v roce 2021, čtenář v ní nenalezne ani zmínku o pandemii COVID-19, která má na „*lidská práva za mřížemi*“ citelný dopad.

Vydání této publikace v českém právním prostředí je přínosem, minimálně z toho důvodu, že upozorňuje na problematiku práv osob omezených na osobní svobodě a snaží se na ni poskytnout čtenáři komplexnější pohled (byť místy velice obecný). Lze se tak těšit na další výstupy autorů, jelikož sledovaná problematika je nekonečným zdrojem zajímavých podnětů ke zpracování.





# Pokyny pro autory

## Pravidla rubrik

### Články

Recenzováno

Doporučený rozsah 20–60 normostran.

V rubrice se uveřejňují původní, dosud nepublikované<sup>1</sup>, 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.

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.

<sup>1</sup> Na újmu není předchozí publikace rukopisu v rámci fakultní edice Working papers. Viz <http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/>

## 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. Recenze by měla být sama o sobě odborným textem, ve kterém její autor přináší kritický pohled na nejrůznější parametry recenzované publikace, všímá si průřezových témat a obecnějších vlastností textu a často přináší též konfrontaci s jinými publikovanými díly v oboru.

Recenzované publikace nemají být starší tří 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

- Seriálové publikace (články „na pokračování“) vydává časopis pouze výjimečně. O výjimce rozhoduje redakční rada s přihlédnutím k tématu a rozsahu daného příspěvku. Je nutno odevzdat předpokládané jednotlivé části publikace zároveň a redakční rada rozhoduje o všech částech rukopisu současně.
- Příspěvky věnované jiným národním právním úpravám redakce přijímá do recenzního řízení pouze tehdy, mají-li význam a přesah do oblasti českého či evropského právního diskursu nebo jsou relevantní z pohledu právní teorie.
- 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, J., SVATONĚ, J. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 400 s. ISBN 978-807-3576-851.

### Příklad citace příspěvku ve sborníku:

OVESNÝ, P., NOVÁK, J. 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, J., ŠIMÍČEK, V. 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, B., VERSTEEG, M. The Transnational Origins of Constitutions: Evidence From a New Global Data Set On Constitutional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, č. 10 [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 proti Belgickému 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**, je nutné jej ale vložit do redakčního systému. První odkaz na zdroj v poznámkách pod čarou musí být kompletní včetně iniciál křestních jmen, aby bylo možno zdroj podle takového odkazu identifikovat. Další odkazy na již citovaný zdroj je obvyklé vypsát zkráceně formou „op. cit.“ nebo „Ibid.“.

## 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>2</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>2</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>3</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.

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>3</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, J., SVATONĚ, J. *Státověda*. 5. ed. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 400 p. ISBN 978-807-3576-851.

### Contribution in conference proceedings

OVESNÝ, P., NOVÁK, J. 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, J., ŠIMÍČEK, V. 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, B., VERSTEEG, M. The Transnational Origins of Constituitions: Evidence From a New Global Data Set On Constitutional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, no. 10 [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, but you have to add List of Resources into system. 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>4</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>4</sup> [Http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/](http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/)

MUNI  
PRESS

MUNI  
LAW

