

# ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

Č. 4 | 2022 | ROČ. XXX

## ČLÁNKY

Terezie Boková

SVOBODA MÉDIÍ JAKO PRÁVNÍ KONCEPT: JAK DEFINUJE ESLP „MÉDIUM“?

Viktor Kolmačka

VYTÝKACÍ POVINNOST A LHŮTA K JEJÍMU SPLNĚNÍ PODLE § 1921 OBČZ

Karolina Michková

OCHRANA NÁBOŽENSKÉHO CÍTĚNÍ PO ČESKU: PŘÍPAD DUKA A JEHO DOPADY  
NA OCHRANU NÁBOŽENSKÉHO CÍTĚNÍ V ČESKÉ REPUBLICE

Dunja Duić, Marina Jambrešić

FROM FREEDOM TO DETENTION: A SYSTEMATIC ANALYSIS OF SWEDISH ASYLUM LEGISLATION

Martin Škop

*Salus populi* JAKO KOREKTIV ROZHODOVÁNÍ V PANDEMICKÝCH SITUACÍCH: PAST, NEBO CÍL?

Jan Kratochvíl

DŮVODY PRO ZDRŽENLIVÝ PŘEZKUM ÚSTAVNÍM SOUDEM

Filip Křepelka

SEVERAL ACTS AND ONE LAW AS AN IMPULSE FOR REVIVING EUROPEAN (FRAMEWORK) LAWS

Martin Gregor

PRÁVNÁ KVALIFIKÁCIA MANŽELSTVA MARCA ANTONIA A KLEOPATRY

# ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

---

Č. **4** | **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 2023 je 1600 Kč • Cena jednoho čísla 400 Kč • Vychází 4x ročně v češtině s anglickým summary.

Subscription for the printed version for year 2023 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 prosinci 2022 / This number was put into print in December 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

Kartografie slepých uliček .....	667
----------------------------------	-----

### ČLÁNKY / ARTICLES (recenzováno – reviewed)

#### **Terezie Boková**

Svoboda médií jako právní koncept: jak definuje ESLP „médium“? / Media Freedom as a Legal Concept: How does the ECtHR define “a Medium”? .....	671
---	-----

#### **Viktor Kolmačka**

Vytýkáací povinnost a lhůta k jejímu splnění podle § 1921 ObčZ / The Duty to give Notice and the Period for its Fulfilment according to the § 1921 Czech Civil Code .....	695
--	-----

#### **Karolina Michková**

Ochrana náboženského cítění po česku: případ Duka a jeho dopady na ochranu náboženského cítění v České republice / Protection of Religious Feelings in the Czech Republic and the Case of Cardinal Duka .....	735
---	-----

#### **Dunja Duić, Marina Jambrešić**

From Freedom to Detention: A Systematic Analysis of Swedish Asylum Legislation .....	761
--	-----

#### **Martin Škop**

<i>Salus populi</i> jako korektiv rozhodování v pandemických situacích: past, nebo cíl? / <i>Salus populi</i> as a Corrective to Decision-making in Pandemic Situations: Trap or Target? .....	785
---	-----

#### **Jan Kratochvíl**

Důvody pro zdrženlivý přezkum Ústavním soudem / Reasons for Deference by the Czech Constitutional Court .....	805
--	-----

#### **Filip Křepelka**

Several <i>Acts</i> and One <i>Law</i> as an Impulse for Reviving <i>European (Framework) Laws</i> .....	829
--	-----

#### **Martin Gregor**

Právna kvalifikácia manželstva Marca Antonia a Kleopatry / Legal Qualification of Marriage of Marcus Anthony and Cleopatra .....	855
---	-----

## RECENZE A ANOTACE / BOOK REVIEW AND ANNOTATIONS

**Kateřina Ochodková**

WINTR, Jan. Proměny parlamentní kultury .....867

## ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA / NEWS AND CONFERENCES

**Jan Kabát**

International Legal History Meeting of PhD Students /

Mezinárodní setkání studentů doktorského studia právních dějin .....873

Pokyny pro autory .....878

Journal Guidelines .....882

## Kartografie slepých uliček

Při výuce, a neplatí to jen pro výuku práva, někdy narazíme na jeden delikátní problém.

Na semináři nebo přednášce vyučující uvede, že literatura i aktuální judikatura dovozují nějaký konkrétní závěr. Je obhajitelný, dobře argumentovaný a dominuje v praxi. V minulosti existovala i opačná stanoviska, která jsou však z těch či oněch důvodů překonaná.

A nyní ten problém.

Čím více argumentů proti obsoletnímu stanovisku přednášející dodá, čím ostřeji a intenzivněji se s ním vypořádává, tím vyšší je pravděpodobnost, že si z kritického expozé studenti odnesou buď a) úplně pomýlený závěr, že dávno překonané a neobhajitelné stanovisko *platí v praxi*, anebo b) si do paměti uloží informaci typu, že *věc není posuzovaná soudy jednoznačně a v judikatuře jsou na ni různé náhledy*.

Vyučující si pak připadá jako ředitel školy v podání Rudolfa Hrušínského ve filmu *Obecná škola*, který školním rozhlasem žáky varoval před olizováním zábradlí v zimě. Nevyhnutelně je tím inspiroval k tomu, od čeho je chtěl odradit.

Čím vyšší je intenzita odmítnutí nějakého názoru, tím vyšší je pravděpodobnost, že si jej studenti uloží do paměti. Kritika je současně propagací.

Tento pedagogický paradox ve výuce práva je zčásti dán přílišnou koncentrací na výsledek. Kritizován by měl být spíše nekorektní interpretační a argumentační postup než jeho výsledný produkt.

Fakt, že si studenti zapamatují spíše to odmítané než schvalované, nutně vede k myšlence, že o zavržené judikatuře či minoritních náhledech doktríny bude vhodnější úplně pomlčet.

Redukce výkladu pouze na *aktuálně správná řešení* ale není přijatelná.

Přehledy o slepých uličkách a zprávy o neúspěchu jsou pro univerzitní prostředí velmi důležité, užitečné a často (příznejme si vlastní *Schadenfreude*) zábavné a osvěžující. Tak jako ve skutečných mapách, i na té „univerzitní“ očekáváme informace o cestách, které končí ve slepé uličce. Kontakt s krajnostmi tříbí argumentační dovednosti studentů, učí je kritickému myšlení, odstupu od publikovaných názorů a také potřebné judikatorní skepsi. Rozhodnutí vyšších soudů přeci nejsou ukončením, ale začátkem odborné diskuse.

Tuším, co je kořenem „problému“ a následného rozladění vyučujícího: je jím způsob, kterým překonaný či nesmyslný závěr studentům podáváme. Pokud jej totiž servírujeme hlučně, se zbytečnou hostilitou, silnými emocemi, horlivostí, přeháněním a na extrémních příkladech, je pochopitelné, že si tento závěr posluchači dobře zapamatují.

Naproti tomu střízlivě a klidně podaná informace o aktuální judikatuře, která dovozuje obhajitelné závěry, je *v pořádku a dobře funguje*, snadno zapadne.

Vida, máme tedy jednoduché řešení: postačí, když přidáme na intenzitě a u právníků vzbudíme silné radostné emoce z toho, že *něco je v pořádku a funguje*.

Ale vážně. Řešení našeho problému je otázkou pedagogickou. Najdeme ho ve vyvážené struktuře výkladu a připomínání, že v právu nejsou ani tak *dobré a špatné závěry*, jako spíše *dobré a špatné cesty* k nim.

Problém s *blučnými krajnostmi* má ale obecnější rozměr a překračuje hranice univerzity a vzdělávání.

Veřejný prostor v posledních letech atakují silně polarizující interpretace práva. Autor je obvykle laik (poznávacím znamením je ikonický úvod, *nejsem právník, ale...*), ovšem překvapivě často i profesionál. Příklady z praxe dávat nemusím, každý se s nimi setkal. A to i díky algoritmům sociálních sítí, které takové podivnosti a z nich vycházející virvál přitahují.

S úžasem sledujeme obskurní výklady právníků, kteří s nepodloženou jistotou zjevují svou pravdu, jež jde proti textu zákona či jeho smyslu, a představuje jeho simplifikující a mnohdy společensky škodlivou dezinterpretaci.

Někdy jde o záměrné lži, informační jed ukrytý za odborné mimikry a rozkládající společnost na jedince zahnané do nejhorší slepé uličky nesoucí jméno *Kdovjaktovlastněje*. Přesvědčivost tvůrců a propagátorů dezinterpretací ale často tkví v tom, že jsou první obětí svých vlastních bludů. Úspěšně obelhali sami sebe, přeprali svou kognitivní disonanci a posluchačům a čtenářům subjektivně vlastně *nelžou*.

Emoční vazba k podivnému závěru jim nejenže brání opustit absurdní koncept, kterým oblažují své okolí, ale ještě více zesiluje jejich volání. Není divu, musí totiž překřičet i sami sebe. Ztráty z opuštění názoru jsou mnohdy enormní a nepřijatelné: matka, která chřipku svých dětí léčila podáváním MMS, si jen těžko připustí, že jim nepodávala zázračný lék, jehož rozšíření brání zlovolné a hamižné farma koncerny, ale životu nebezpečný chloritan sodný (v zásadě chlór do bazénu).

Znalec pak řeší dilema. Má se, třeba v rámci výuky či popularizace vědy, vůbec pouštět do polemiky s absurdními stanovisky a chiliastickými bludy, které v odborné komunitě nikdo nebere vážně nebo si je všichni oškliví? Chce polemizovat s amatérským kázáním urvaného vesnického blázna, který by před sto lety oslovil maximálně několik znepokojených sousedů a nyní jeho hlas násobně zesilují megafony internetové sítě?

Vyvracet blud racionalitou je ovšem téměř nemožné tam, kde vládne slast z jasných a přehledných struktur vystavených na přehlížení reality a kde nositel názoru není schopen vzdát se psychických příjmů, které jsou s ním spojeny.

Reakcí vědy je tak obvykle ticho; *decentní, demonstrativně štitivý, soucitný* nebo *pohodlně racionální odstup*.

*Decentně zpátky* se drží vědec, který si cení historie svého oboru včetně jeho slepých uliček. Oponenty nevidí jako nepřátele. Našlapuje opatrně a nesoudí kolegy, kterým krom kredibility a prestiže chybí také kritické myšlení. Ví, že hranice vesmíru nekončí tam, kam dohlédne, a že nové myšlenky byly zpočátku zavrhovány či dokonce trestány jako nesmyslné, škodlivé, absurdní nebo směšné. *Mýt si ruce před každým porodem? Vy jste se snad zbláznil, kolego Semmelweis!* K vědecké pokoře patří otevřenost k nejruznějším vybočením z hlavního proudu - či alespoň jejich tolerance a zdrženlivost v odsudku. A připusťme si: někde by měl zůstat prostor pro zázraky a tajemno, hlubinné zdroje naší imaginace.

Odborník, který tak tolerantní a otevřený není, udržuje *štitivý odstup*. Nechce se umazat. Má za to, že polemika se zjev(e)nou pitomostí je přínosná jako diskuse s opilcem v noční tramvaji. Vyvrací-li bludy a neobhajitelné mýty, zbytečně připomíná světu jejich existenci. Proč rozšiřovat zástup bloudů ztracených ve slepých uličkách? Někteří jsou navíc ze své podstaty fanoušky každého stigmatizovaného názoru. Stát se odborníkem je příliš náročné, a tak si musí vystačit s pozicí *odporníka*. Přitahuje je simplifikovaný, nepochybující a hlavně *jiný* názor, který nezastává každý.

Další reaguje s *tichým soucitem*. Vytušil, že za *podivným* stanoviskem nestojí žádný poctivý výzkum a promyšlené koncepty a argumenty, nýbrž psychické predispozice jeho nositele a zoufalá snaha o vlastní stabilní příběh v nejistém světě. Lze polemizovat věcně s něčím, co je úspěšné bez ohledu na svůj obsah?

Svůj odstup můžeme také *pohodlně racionálně* zdůvodnit. Skutečná diskuse předpokládá oponenty, kteří a) jsou schopni opustit vlastní názor, pokud by se ukázal jako neobhajitelný, b) nežízňají po lži a jsou věrní faktům, c) nevnímají kritické argumenty většinového proudu jako automatické potvrzení pravdivosti své teze, d) jsou připraveni na ztrátu psychických zisků, které jim názor poskytuje, a e) unesou nepohodí z přijetí toho nového. Jinak totiž nepolemizujeme s názory, nýbrž s individuálními nebo kolektivními symptomy. A to je rozumné asi jako... olíznutí ledového zábradlí.

Jenže ona v tom tichu zazní. Ta nepřijemná a neodbytná otázka.

Nepovede mlčenlivý odstup znalců k tomu, že náš veřejný prostor (a naše instituce) nakonec úplně ovládnou stoupenci slepých uliček?

Josef Kotásek  
šéfredaktor





# Svoboda médií jako právní koncept: jak definuje ESLP „médium“?\*

## Media Freedom as a Legal Concept: How does the ECtHR define “a Medium”?

Terezie Boková\*\*

### Abstrakt

Uvažujeme-li o svobodě médií jako o samostatném právním konceptu, jak definovat média? Tento článek zkoumá odpověď, kterou lze na tuto otázku poskytnout na základě judikatury ESLP. Argumentuje, že ačkoli se literatura pokusila definice nabídnout, soud používá převážně intuitivní přístup k určení, zda je určitý subjekt médiem, případně novinářem. Literatura identifikovala několik vodítek, která z jeho judikatury vyplývají: zaměření na otázky veřejného zájmu a zvláštní povinnosti a odpovědnost. Ta však nejsou dostatečně rozlišující, protože se vztahují i k výkonu svobody projevu jiných subjektů. Článek dospívá k závěru, že v judikatuře ESLP k čl. 10 Úmluvy nelze nalézt podporu pro chápání postavení médií jako privilegovaného z jejich podstaty. To vede k úvahám, zda některá specifická práva spojovaná se svobodou médií mají být spojována pouze s médii.

### Klíčová slova

Svoboda projevu; média; svoboda médií; novinářská činnost; veřejný zájem; povinnosti a odpovědnost.

### Abstract

If one conceives media freedom as a specific legal concept, how to define media? This article looks for answer to this question in case-law of the ECtHR. It argues that even though there have been attempts to define media in theory, the Court tends to use intuitive approach in order to recognize media or journalists. While some authors identified in the case-law several characteristics typical of media – public interest and special duties and responsibilities – these could not sufficiently distinguish media from other speakers. The article concludes that Article 10 of the ECHR case-law does not view the media as privileged per se. That opens the floor for discussions if some rights, traditionally linked to the media freedom, should indeed be reserved only for the media.

### Keywords

Freedom of Speech; Media; Media Freedom; Journalism; Public Interest; Duties and Responsibilities.

\* Tento článek vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu Právo a politika (MUNI/A/1439/2021) podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2022. Za kritické připomínky děkuji členům projektu, vedeného řešitelkou Zuzanou Vikarskou, Pavlu Molkovi a recenzentům.

\*\* Mgr. Bc. Terezie Boková, doktorandka, Katedra ústavního práva a politikologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno; studentka programu MJur, Faculty of Law, University of Oxford / Ph.D. student, Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic; MJur programme student, Faculty of Law, University of Oxford / E-mail: 407737@mail.muni.cz / ORCID: 0000-0002-2880-9739

## Úvod

Svoboda médií, či případně svoboda tisku,<sup>1</sup> je poměrně běžným slovním spojením. Sledujeme světový index svobody tisku,<sup>2</sup> garantujeme svobodu médií v politických programech,<sup>3</sup> varujeme před její ztrátou na nejrůznějších fórech,<sup>4</sup> slavíme mezinárodní den svobody tisku. Zachování svobody médií vnímáme jako jednu z podmínek udržení liberálního demokratického státu<sup>5</sup> – proto vyvolávaly obavy „mediální reformy“ v Maďarsku,<sup>6</sup> legislativní útoky proti nezávislým médiím v Polsku,<sup>7</sup> a koneckonců stejně citlivě reagujeme na dění v českém mediálním prostředí. Existuje tak zřejmě určitá představa o tom, co svoboda médií znamená v obecném diskurzu. Co je však obsahem tohoto pojmu z právního pohledu? Intuitivní odpověď by zřejmě „průměrný právník“ (sourozenec „průměrného spotřebitele“) poskytl v duchu, že jde o záruky svobod pro média, aby mohla informovat veřejnost. Taková odpověď však otevírá prostor pro další otázky: O jaké svobody jde? Kdo je jejich nositelem? Je svoboda médií podmíněna tím, že médiium zprostředkovává debatu o věcech veřejného zájmu? A je vůbec odlišná od svobody projevu, kterou garantují lidskoprávní katalogy všem? Podobné základní otázky jsou opět v centru kriticky vedených debat o právním postavení médií.<sup>8</sup> Tento „návrat k základům“ svobody médií může souviset zejména se zásadním technologickým a institucionálním vývojem, který média prodělala a prodělávají, i s vývojem vztahu společnosti k nim.<sup>9</sup>

V tomto článku se zaměřím na tu otázku, jež nenápadně stojí zpovzdálí: existuje-li svoboda médií, kdo jsou ona média jakožto její nositel? Budu předpokládat, že můžeme uvažovat

- 1 Pro účely tohoto textu vycházím z toho, že tisk je podmnožinou masových médií; svoboda tisku proto představuje podmnožinu svobody médií. Podobný přístup volí např. TAMBINI, D. *Media freedom*. Medford: Polity Press, 2021a. Vztahy mezi svobodou tisku a svobodou ostatních médií jsou ovšem předmětem odborné debaty. Srov. např. WRAGG, P. *A free and regulated press: defending coercive independent press regulation*. Oxford; New York: Hart, 2020, s. 283 a násl. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509927265>. V judikatuře ESLP se ovšem spojení svoboda tisku používá jako tradiční i tehdy, kdy by namísto bylo (vzhledem k aplikaci na jiná média než tisk) bylo spíše namísto hovořit o svobodě médií.
- 2 World Press Freedom Index. *Reporters without borders* [online]. [cit. 7. 8. 2022]. Dostupné z: <https://rsf.org/en/index>
- 3 Viz Programové prohlášení vlády. *Vláda ČR* [online]. 7. 1. 2022 [cit. 27. 8. 2022]. Dostupné z: <https://www.vlada.cz/cz/programove-prohlaseni-vlady-193547/>
- 4 Srov. např. rozsáhlé aktivity Rady Evropy a Organizace pro bezpečnost a spolupráci v Evropě (OBSE), věnované různým aspektům činnosti médií.
- 5 Valné shromáždění OSN prohlásilo svobodu médií za základní prvek demokracie (*essential element*), např. rezoluce Valného shromáždění OSN 59/201 ze dne 23. 3. 2005, A/RES/59/201.
- 6 Viz stanovisko Benátské komise č. 798/2015 k mediální legislativě Maďarska, přijaté ve dnech 19. až 20. 6. 2015. Dostupné z: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)015-e) [cit. 27. 8. 2022].
- 7 MARCISZ, P. The Lex TVN and the End of Free Media in Poland. *Verfassungsblog* [online]. Dostupné z: <https://verfassungsblog.de/the-lex-tvn-and-the-end-of-free-media-in-poland/> [cit. 28. 8. 2022].
- 8 Srov. TAMBINI, 2021a, op. cit., s. 4–28; CURRAN, J. Reinterpreting the democratic roles of the media. *Brazilian Journalism Research*. 2014, roč. 10, č. 2, s. 32. DOI: <http://doi.org/10.25200/BJR.v10n2.2014.768>; OSTER, J. Theory and Doctrine of ‘Media Freedom’ as a Legal Concept. *Journal of Media Law*. 2013, roč. 5, č. 1, s. 57. DOI: <http://doi.org/10.5235/17577632.5.1.57>
- 9 Že jsou podobné otázky tématem současné debaty, lze doložit např. na českém případě dočasného „vypnutí“ dezinformačních webů a zájmu, který tato kauza vyvolává.

o svobodě médií jako o svébytné právní kategorii s vlastním specifickým obsahem, který by bylo možné kreativně „rekonstruovat“ především z judikatury Evropského soudu pro lidská práva (ESLP).<sup>10</sup> Podle mnohých autorů se jeho výklad čl. 10 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (Úmluva) ve vztahu k médiím vyznačuje jednak širší úrovní ochrany, jednak některými zvláštními právy. Existuje tedy určitý specifický obsah práv,<sup>11</sup> který ESLP vztahuje k médiím, a to především z důvodu jejich instrumentálního významu<sup>12</sup> pro demokratickou společnost. Za těchto předpokladů dochází k překonání závěru, že koncept „svobody médií“ má význam primárně jako zvláštní objektivně působící hodnota uvnitř ústavního systému. Jako objektivní ústavní hodnota by nedokázal obsáhnout tvrzené odlišnosti ve způsobu aplikace čl. 10 Úmluvy.<sup>13</sup> Svoboda médií tak má jako samostatná kategorie přinejmenším význam ten, že popisuje rámec aplikace čl. 10 Úmluvy vůči specifickému souboru subjektů. Řada autorů však tvrdí, že svoboda médií je základním právem odlišitelným od svobody projevu.<sup>14</sup> V takovém případě je ovšem relevantní otázkou, co jsou média, neboť ta nejsou předmětem takové ochrany, jako spíše nositelem konkrétních subjektivních práv.<sup>15</sup>

Struktura tohoto článku je proto následující. V první části představím několik teoretických náhledů na to, jak chápat média v kontextu svobody médií. Pokusy o definice médií v teorii se však příliš neodrážejí v praxi ESLP, jehož judikaturě se věnuji v části druhé. Část třetí se kriticky zaměří na závěry, které z této judikatury byly dovozeny.

## 1 Snahy o definování médií v teorii

Abychom mohli svobodu médií uchopit, je zodpovězení otázky, kdo je jejím nositelem, nezbytné. Přesto se zdá být obtížné na ni formulovat jednoduchou, jednoznačnou odpověď, která by nepodléhala neustálé potřebě proměn a nutnosti být flexibilní. Dříve mohlo

<sup>10</sup> Ústavnímu soudu a svobodě médií v rámci čl. 17 Listiny základních práv a svobod se nevěnují jednak z důvodu únosné délky textu, jednak proto, že jeho judikatura s určitou mírou nepřesnosti odráží závěry ESLP.

<sup>11</sup> Ondřej Moravec do „tradičního“ obsahu svobody tisku zahrnul soubor následujících oprávnění: právo vydávat periodický tisk, právo provozovat vysílání, právo na informace (svoboda v přípravné fázi novinářské činnosti), právo zachovávat „redakční tajemství“, tzn. chránit identitu zdroje informací, právo zveřejnit shromážděné informace, právo na „novinářskou nepřesnost“ informací a právo volit témata a způsob jejich zpracování (právo na redakční autonomii, či podle Moravce „ediční svobodu“). Viz MORAVEC, O. *Mediální právo v informační společnosti*. Praha: Leges, 2013, s. 69 a násl.

<sup>12</sup> „Instrumentální“ hodnotu chápu dle J. Raze tak, že jde o hodnotu odvozenou z hodnoty důsledků, které z určitého jevu (práva) plynou, mohou plynout nebo k nimž může vést. RAZ, J. On the Nature of Rights. *Mind*. 1984, roč. 93, č. 370, s. 205. DOI: <https://doi.org/10.1093/mind/XCIII.370.194>

<sup>13</sup> Srov. závěry MORAVEC, 2013, op. cit., s. 64–65, 90–91, který by subjektivní práva odvozená ze svobody médií (svobody tisku, dle terminologie autora) označil nikoli za práva základní, ale o práva odvozená z objektivních ústavních principů.

<sup>14</sup> Viz OSTER, 2013, op. cit., s. 59. KOLTAY, A. The concept of media freedom today: new media, new editors and the traditional approach of the law. *Journal of Media Law*. 2015, roč. 7, č. 1, s. 39–40. DOI: <http://doi.org/10.1080/17577632.2015.1055143>. LAMER, W. *Press Freedom as an International Human Right*. Cham: Springer International Publishing, 2018, s. 17 a násl. DOI: <http://doi.org/10.1007/978-3-319-76508-2>. TAMBINI, 2021a, op. cit., s. 29, 126 a násl.

<sup>15</sup> OSTER, 2013, op. cit., s. 66.

být přílehlavé hovořit o svobodě *tisku*, tedy médií tištěných jakožto institucí realizujících jediný prostředek masové komunikace. V první polovině minulého století ovšem získala další rychle se rozšiřující média, televize a rozhlas, status v jisté míře podobný statusu tisku (o míře shody mezi svobodou tisku a svobodou rozhlasu a televize je možné dodnes diskutovat).<sup>16</sup> Od té doby samozřejmě technologický vývoj prudce pokročil. Zdá se být nesporným, že svoboda médií přesahuje tyto (z dnešního pohledu už tradiční) prostředky masové komunikace a zahrnuje (některá) elektronická a online média. Sporné však je, kde přesně dnes hranice médií končí.<sup>17</sup> Jak vystihl Ondřej Moravec, „[v]ýzvou pro budoucnost je, zda se svobody tisku mohou dovolávat i jiné instituce než brodadné sdělovací prostředky“.<sup>18</sup>

Sám ve snaze médiium definovat identifikoval několik konstitutivních prvků „hromadných sdělovacích prostředků“: i) využívají prostředků masové komunikace; ii) zaměřují se na produkci vlastního obsahu (tedy neslouží jen jako platforma pro sdílení obsahu uživatelů a nevyužívají omezení odpovědnosti provozovatele za sdílený obsah); iii) pohybují se ve veřejném diskurzu, tj. jde o komunikaci zaměřenou navenek; a iv) je jim vlastní určitá míra institucionální organizace: informace nešíří jednorázově, nahodile či mimoděk, nýbrž soustavně, cílevědomě a záměrně, a obsáhnou všechny složky práce s informacemi.<sup>19</sup> Takto pojaté definiční prvky míří k funkčnímu pojetí médií, pro něž není důležitá konkrétní organizační nebo institucionální struktura mediální organizace, jako spíše podstata jeho činnosti. Identifikace médií byla pochopitelně poněkud jednoznačnější v době, kdy provoz prostředků masové komunikace vyžadoval podstatné vstupní investice. V době, kdy existují uživatelsky jednoduché nástroje umožňující komunikaci jednotlivce vůči téměř neomezenému publiku, nepostačuje média chápat jako organizace ovládající a používající výrobní prostředky pro masovou komunikaci (tiskařské lis, rotačky, rozhlasová a televizní studia, nezbytnou infrastrukturu). Nejde jen o komunikační platformu, jinak řečeno kanál nebo formu komunikace, kterou produkují, ale i, či možná především, o povahu služby, kterou určitým prostředkem komunikace poskytují a která zahrnuje vytváření vlastního komunikačního obsahu a mediaci obsahu dodáváného třetími stranami, které sdělují veřejnosti.

Funkční pojetí mezi teoretiky mediálního práva převládá. D. Tambini a J. Oster, ač vycházejí z mírně odlišného náhledu na svobodu médií, se v zásadě shodují na využití funkčního přístupu při definici médií. Klíčová pro ně tedy není vnější forma média, jako spíš podoba a výsledek činnosti. Tambini hledá funkční definici odkazem na žurnalistické aktivity zaměřené na otázky veřejného zájmu, které musí dosahovat určitého objemu činnosti, a „sebedeklaraci“ za médiium, například přijetím etického kodexu dovolávajícího se obvyklých profesně

<sup>16</sup> Například D. Tambini tvrdí, že pod zastřešujícím konceptem svobody médií je možné z hlediska obsahu rozlišit svobodu tisku od svobody vysílatelů (rozhlasu a televize). Rozdíl mezi nimi se ostatně promítá i do textu čl. 10 odst. 1 *in fine* („Tento článek nebrání státům, aby vyžadovaly udělování povolení rozhlasovým, televizním nebo filmovým společnostem.“) i judikatury ESLP (viz především rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 23. 9. 1994, ve věci *Jersild proti Dánsku*, stížnost č. 15890/89, bod 31).

<sup>17</sup> Srov. např. TAMBINI, 2021a, op. cit., s. 14–15.

<sup>18</sup> MORAVEC, 2013, op. cit., s. 64.

<sup>19</sup> *Ibid.*, s. 22–23.

etických závazků.<sup>20</sup> Oster ve své funkční definici zdůrazňuje, že svoboda médií může svědčit fyzické i právnické osobě, pakliže sbírá a rozšiřuje masovému publiku informace a myšlenky k záležitostem veřejného zájmu, a to na periodické bázi a podle zvláštních standardů, jimiž se řídí novinářská činnost.<sup>21</sup> Všechny tři definice (Moravcova, Tambiniho a Osterova) obsahují, přes formulační rozdíly, podobné stavební prvky:<sup>22</sup> nejsou vázány na profesi, případně profesionální status osoby či organizace, ale jde o činnost; nevyžadují akreditaci ani jiný formalizovaný nebo neformalizovaný způsob prokázání afiliace k mediální instituci; a trvají na tom, že musí jít o cílenou činnost vykonávanou nikoli nahodile, ale s určitým pravidelným/periodickým úsilím. V případě posledních dvou definic se přidává výslovný požadavek na podřízení se novinářským standardům, k němuž se vrátím vzápětí.

Tyto definice zahrnují všechny „kvintesence“ tradičních médií (médií, u nichž bude zřejmě existovat shoda, že do této kategorie patří) – a přesto umožňují zahrnout pod pojem médium širší škálu subjektů a organizací, nejen „mediální domy“ ve své tradiční podobě. Přestože je jejich autoři považují za progresivní, adaptující svobodu médií na 21. století, považují je spíše za konzervativní. Je pravdou, že by progresivně zahrnovaly např. i některé bloggery, publikující na vlastní platformě, ovšem pouze v případě zachování určité intenzity a pravidelnosti a v případě závazku dodržovat základní, široce sdílené standardy „profesní žurnalistiky“ (například požadavek ověřování informací z více zdrojů). Naopak jednorázová publikační činnost by pod tuto definici nespadala.

Nejde tedy dle mého o progresivistické návrhy, které by mohly vést k podstatné extenzi definice média,<sup>23</sup> např. odstraněním požadavku na soustavnost nebo pravidelnost činnosti. V nejextenzivnějším možném případě bychom mohli uvažovat o tom, že ze svobody médií může těžit každá osoba zapojující se do veřejné debaty prostřednictvím k tomu vhodného komunikačního prostředku, která by i *ad hoc* způsobem naplňovala novinářskou činnost. Z toho pramení obavy, co by vlastně mohla znamenat svoboda médií, „pokud bychom byli všichni novináři“.<sup>24</sup> Takový pohled na věc vychází z premisy, že svoboda médií je souborem privilegií,<sup>25</sup> která nemají být dostupná všem, ale pouhé vybrané skupině subjektů plnících službu veřejnosti. Při aplikaci těchto privilegií na příliš širokou skupinu subjektů jim hrozí devalvace a ztráta legitimacy.<sup>26</sup>

Dva kvalifikační prvky v těchto definicích proto mají jasně omezující účel. Prvním je požadavek pravidelnosti nebo periodicity činnosti, který má vyloučit *ad hoc* aplikaci konceptu

<sup>20</sup> TAMBINI, D. A theory of media freedom. *Journal of Media Law*. 2021b, s. 15. DOI: <http://doi.org/10.1080/17577632.2021.1992128>. Podrobněji pak TAMBINI, 2021a, op. cit., s. 128–131.

<sup>21</sup> OSTER, 2013, op. cit., s. 58.

<sup>22</sup> Formulační rozdíly mezi Tambiniho a Osterovou definicí jsou spíše marginální; Tambini dokonce ve své monografii uvádí, že Osterovu definici přebírá. TAMBINI, 2021a, op. cit., s. 131.

<sup>23</sup> Ke konzervativním závěrům by podobné definice dospěly i při aplikaci na řadu dalších služeb v online prostoru, u nichž lze také vést diskuzi, zda neplní funkci média (srov. KOLTAY, 2015, op. cit.).

<sup>24</sup> GLEASON, T. If We Are All Journalists, Can Journalistic Privilege Survive? *Javnost – The Public*. Routledge, 2015, roč. 22, č. 4. DOI: <http://doi.org/10.1080/13183222.2015.1091625>

<sup>25</sup> Ostatně jako „reporters' privilege“ se označuje jedna z nejvýraznějších součástí svobody médií, právo na ochranu zdrojů novinářských informací.

<sup>26</sup> KOLTAY, 2015, op. cit., s. 60.

svobody médií, a tím přílišnému „otevření dveří“. Druhým takovým prvkem je požadavek akceptace a naplňování profesně etických požadavků – kdo chce výhody (širší paletu práv proti svobodě projevu), musí se podřídit profesním standardům a povinnostem. Podřízení se profesní etice jako požadavek definice média (novináře jako fyzické osoby) je motivováno snahou poskytnout privilegia jen těm, kdo (v nějaké míře) naplňují ideální představu působení médií ve společnosti a naplňování jejich role. Zahrnutí tohoto prvku může mít významný zužující dopad na to, kdo definici nakonec naplní.

## 2 Absence definice v praxi?

Má však praktický smysl vymýšlet definice média, či jinak řečeno, působí teoretické nejasnosti problémy? První problém nezbytně vzniká v oblasti regulační/legislativní činnosti, při níž je potřeba vymezit, na koho norma dopadá.<sup>27</sup> Podobný problém může samozřejmě vzniknout i v případě aplikace těchto norem, a to před soudy. Judikatura soudů ve Spojených státech se otázcí, co je médium, věnovala již dříve poměrně explicitně.<sup>28</sup> Nahlédnutí do judikatury ESLP, k němuž se upíná většina pozornosti při debatách o svobodě médií v našem prostoru, vede spíše k závěru, že soud chápe pojem novináře (jako fyzické osoby, která vyžaduje ochranu danou médii) a média (jako právnické osoby) obvykle intuitivně – otázku definování média obvykle nijak zvlášť netematizuje. To je podle mého názoru dáno dvěma důvody. Zaprvé jde o zvláštní způsob, jímž se svobodou médií jakožto právním konceptem zachází. Zadruhé může být důvodem i nechuť se vázat na konkrétní definici, když ve většině případů ob stojí jednodušší přístup, jenž můžeme shrnout notorickým: „Když to vidím, poznám to.“<sup>29</sup>

### 2.1 K prvnímu důvodu – stručně ke svobodě médií jako konceptu v judikatuře ESLP

Proč ESLP neuzívá žádnou ustálenou definici média jako nositele svobody médií, lze podle mého názoru zdůvodnit částečně tím, jak s konceptem svobody médií pracuje. Z toho důvodu se pokusím poměrně stručně vysvětlit, v jakém kontextu se vůbec pojem svoboda médií v jeho judikatuře objevuje. ESLP používá spojení svoboda tisku (spíše než svoboda médií) v kontextu čl. 10 Úmluvy, věnovanému svobodě projevu. Práva zaručená čl. 10 Úmluvy podle jeho judikatury náleží nejen fyzickým osobám, ale i osobám právnickým, jimiž typicky budou právě provozovatelé médií. Komentátoři vztah svobody projevu a svobody tisku plynoucí z judikatury pojmají tak, že sice v textu Úmluvy chybí výslovné zahrnutí svobody tisku pod svobodu projevu, přesto vytváří zvláštní, vymezenou část ochrany

<sup>27</sup> Srov. např. čl. 1 odst. 1 písm. a) směrnice o Evropského Parlamentu a Rady 2010/13/EU ze dne 10. března 2010 o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících poskytování audiovizuálních mediálních služeb (směrnice o audiovizuálních mediálních službách).

<sup>28</sup> CALVERT, C. And You Call Yourself a Journalist: Wrestling with a Definition of Journalist in Law. *Dickinson Law Review*. 1998, roč. 103, č. 2.

<sup>29</sup> Fráze proslavená konkurujícím stanoviskem soudce Stewarta k definici pornografie v rozsudku Nejvyššího soudu USA ve věci *Jacobellis proti státu Ohio*, 378 U.S. 184 (1964).

svobody projevu.<sup>30</sup> V tomto pojetí by tedy bylo možné chápat svobodu tisku jako podmnožinu svobody projevu. V tomto duchu kupř. Tambini tvrdí, že prostřednictvím judikatury ke svobodě projevu byla svoboda tisku (a posléze dalších médií) konstitucionalizována do podoby specifického právního institutu.

Soud se ovšem „nepřepíná“ do přezkumu zásahu do svobody tisku jako speciálního práva spadajícího pod čl. 10 Úmluvy vždy, když narazí na subjekt, který by mohl být „médiem“. Obvykle pouze ve svých obecných závěrech připomene význam médií; jeho obecné závěry ke svobodě projevu mají „zvláštní důležitost“, jde-li o tisk.<sup>31</sup> Tento závěr pak ovlivňuje některé prvky standardního testu pro přezkum zásahu do čl. 10 Úmluvy. Objeví-li se svoboda tisku výslovně zmíněna vedle svobody projevu, nesnaží se ESLP vymezit svobodu médií vůči svobodě projevu. I ty součásti svobody médií, které lze považovat za její „tradičně pojímaný obsah“, standardně řeší primárně na podvozku svobody projevu.

Tó lze ilustrovat například na klíčovém rozsudku *Goodwin proti Spojenému království*.<sup>32</sup> V něm se ESLP poprvé zabýval právem na ochranu novinářských zdrojů, prvku, který podle doktríny patří mezi zvláštní složky svobody médií. Pan Goodwin, kterého soud bez většího vysvětlení označuje za novináře, telefonicky obdržel od svého zdroje informaci o finančních problémech konkrétní společnosti. Po kontaktování společnosti se rozhodl zprávu zveřejnit, aniž si byl vědom, že informace pochází z tajného interního dokumentu společnosti, který byl zřejmě odcizen osobě oprávněné s ním disponovat. Britský soud mu nejprve zakázal informace publikovat z důvodu, že zveřejněné informace by zřejmě znemožnily společnosti získat zamýšlenou půjčku a vedly by k její insolvenční. Následně přikázal stěžovateli identifikovat svůj zdroj informací, opět s cílem zabránit dalšímu vzniku škody společnosti. Neučinil tak, a proto mu byla za pohrdání soudem uložena pokuta pět tisíc liber. ESLP bez dalšího konstatoval, že povinnost sdělit zdroj představovala zásah do svobody projevu garantované čl. 10 Úmluvy, k němuž došlo na základě zákona a sledoval legitimní cíl ochrany práv jiných a prevence kriminality. V rámci posouzení nezbytnosti zásahu připomněl, že:

*„svoboda projevu představuje jeden ze základních kamenů demokratické společnosti a že záruky poskytnuté tisku mají zvláštní důležitost. Ochrana novinářských zdrojů je jednou ze základních podmínek svobody tisku, jak je zachycena v zákonech a profesních kodexech v řadě smluvních států a v mezinárodních nástrojích k novinářským svobodám. Bez takové ochrany by zdroje mohly být odrazeny od spolupráce s tiskem na informování veřejnosti o věcech veřejného zájmu. Ve výsledku by byla oslabena zásadní role tisku jako hlídače a negativně ovlivněna jeho schopnost poskytovat přesné a spolehlivé informace. S ohledem na ochranu novinářských zdrojů pro novinářskou svobodu v demokratické společnosti a potenciální odrazující efekt příkazu k odhalení novinářských zdrojů na výkon této svobody nemůže být takový příkaz souladný s Úmluvou, není-li odůvodněn převažujícím veřejným zájmem. Tyto závěry musí být zohledněny při posouzení nynějšího případu z hlediska nezbytnosti v demokratické společnosti.“*<sup>33</sup> [odkazy vynechány – pozn. aut.]

<sup>30</sup> GRABENWARTER, Ch. *European Convention on Human Rights: commentary*. C. H. Beck; Hart; Nomos: Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 257. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845258942>

<sup>31</sup> Srov. rozsudek pléna ESLP ze dne 26. 11. 1991, ve věci *Observer a Guardian proti Spojenému království*, stížnost č. 13585/88, bod 59, písm. a) a b).

<sup>32</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 27. 3. 1996, stížnost č. 17488/90.

<sup>33</sup> Bod 39 rozsudku *Goodwin proti Spojenému království*.



Z toho důvodu byl prostor pro uvážení vnitrostátních soudů omezen zájmem veřejnosti na zachování svobody médií. Důvody, které britské soudy uvedly, nesvědčily o nezbytnosti a přiměřenosti zásahu do svobody projevu stěžovatele. K zamezení vzniku škody došlo už tím, že nebylo možné informace nijak publikovat. Dodatečné důvody, jimiž soud příkaz sdělit zdroj podpořil, už nepřevážily nad zájmem na zachování svobody projevu.

Případ *Goodwin* ukazuje, že svoboda projevu a svoboda médií tvoří v odůvodnění rozhodnutí soudu často jediný celek. Odkaz na svobodu médií (resp. svobodu tisku) slouží především ke zdůraznění významu institucionálního působení svobodných médií pro fungování demokraticky spravované společnosti.<sup>34</sup> Tomu odpovídají formulace východisek o důležitosti médií (resp. tisku), na něž se ESLP opakovaně ve svých rozhodnutích odvolává. Lze je volně shrnout takto. Svoboda projevu tvoří jeden ze základních pilířů demokratické společnosti a svoboda tisku má výsadní postavení, neboť média přispívají k debatě o otázkách veřejného zájmu. Příspěvek médií spočívá podle soudu jednak ve zprostředkování informací a názorů o otázkách veřejného zájmu, které média pod ochranou čl. 10 Úmluvy sdělují veřejnosti, a ta má právo je přijímat. Vedle čistě informační funkce působí média též v roli poněkud zprofanovaného „hlídače demokracie“ (*watchdog function*). Zdůraznění kontrolní funkce médií vůči veřejné moci se v judikatuře ESLP objevilo už v 80. letech minulého století v rozsudku *Lingens proti Rakousku*, kde soud hovořil o médiích jako o „dodavatelích informací a veřejném hlídači“.<sup>35</sup> Proč je role médií výsadní, zdůvodnil v témže rozhodnutí tím, že „[svoboda médií] představuje pro veřejnost jeden z nejlepších způsobů, jak zjišťovat a utvářet si názory o myšlenkách a přístupu politických představitelů. Obecněji svoboda politické debaty je v samém jádru konceptu demokratické společnosti, který prostupuje celou Úmluvou.“<sup>36</sup> Shrnuto, „výsadní role tisku ve státě vázaném vládou práva nesmí být zapomenuta. I když tisk nemůže překročit určité hranice, [...] je jeho povinností šířit informace a myšlenky o politických otázkách a jiných záležitostech veřejného zájmu.“<sup>37</sup>

Nad rámec těchto úvah však mnoho v textu rozhodnutí nelze nalézt. Skutečnost, zda jde o práva novináře či média,<sup>38</sup> bude hrát roli až v rámci posledního kroku testu proporcionality při poměrování protichůdných chráněných zájmů. Zájem na svobodě médií přitom nehraje svůj part sám o sobě, ale bude intenzivní právě proto, že představuje službu demokratické veřejnosti. Je to tedy instrumentální význam činnosti médií, který vede k ochraně pod čl. 10 Úmluvy, aniž by nezbytně byla kvalifikována jako svoboda médií.

Přístup ESLP ke konceptu svobody médií podle mého názoru významně neproměňují ani případy, v nichž se ESLP zabýval pozitivními závazky státu ve vztahu k médiím v rámci čl. 10 Úmluvy. Tyto pozitivní závazky András Koltay vymezuje jako pozitivní aspekt svobody médií, jako berlinovskou „svobodu k něčemu“.<sup>39</sup> Dichotomie „svobody od“ a „svobody k“<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Podobnou stavbu odůvodnění soudu lze nalézt v řadě jeho dalších rozsudků. Ve vztahu k audiovizuálním médiím viz např. rozsudek *Jersild proti Dánsku*, bod 31.

<sup>35</sup> Rozsudek pléna ESLP ze dne 8. 7. 1986, ve věci *Lingens proti Rakousku*, stížnost č. 9815/82, bod 44.

<sup>36</sup> *Ibid.*, bod 42.

<sup>37</sup> Rozsudek ze dne 23. 4. 1992, ve věci *Castells proti Španělsku*, stížnost č. 11798/85, bod 43.

<sup>38</sup> Nemusí jít nezbytně o stěžovatele.

<sup>39</sup> KOLTAY, 2015, op. cit., s. 41.

<sup>40</sup> BERLIN, I. *Čtyři eseje o svobodě*. Prostor, 1999.

však v případě pozitivních závazků v rámci čl. 10 Úmluvy není úplně přiléhavá. Jejich klíčovým zdůvodněním totiž pro soud není, že určité pozitivní závazky státu plynou ze svobody médií, ale ze zrcadlového práva veřejnosti na přijímání informací. I když dovodí pozitivní závazky přímo vůči novinářům, děje se tak na podvozku jejich svobody projevu, a s významným dodatkem, který doplňuje veřejnost (sumu jednotlivců) jako dalšího nositele práv, jehož práva pozitivní závazky státu mají naplnit. A znovu se tím pádem nejedná o případ, kdy by ESLP budoval koherentní koncept svobody médií.

Tyto teze budu ilustrovat na dvou příkladech. V případě *Manole a další proti Moldavsku*<sup>41</sup> se skupina zaměstnanců státní televize domáhala ochrany své vnitřní redakční nezávislosti proti politickému vlivu, který se projevil „dosazením“ manažerů loajálních k převládající politické síle. Zásahy měly podobu od určování zpracování zpráv po „cenzuru“ příspěvků připravených členy redakce (jejich neodvysílání), včetně rozhodnutí vůbec ve zpravodajství nepokrýt masové demonstrace proti vládě. ESLP zahájil své odůvodnění závěru o porušení čl. 10 Úmluvy úvahou o fundamentálním významu plurality, svobody projevu a svobody médií pro demokratickou společnost, včetně povinnosti médií informace a myšlenky šířit a právo veřejnosti je přijímat. Omezení redakční svobody podkopává roli svobody projevu, zejména tam, kde slouží k šíření myšlenek a informací veřejného zájmu, které má veřejnost práva přijímat. Skutečný efektivní výkon svobody projevu nezávisí jen na povinnosti státu nezasahovat, ale může vyžadovat také přijetí pozitivních nástrojů k její ochraně. Tím, kdo garantuje pluralitu hlasů, je stát. Ve sféře audiovizuálních médií má proto stát povinnost zajistit, zaprvé, že má veřejnost prostřednictvím rádia a televize přístup k nestranným a přesným informacím a že, zadruhé, novinářům pracujícím v těchto médiích není bráněno šířit informace. Volba prostředků, jimiž tyto povinnosti zajistí, záleží na místním kontextu a spadá proto do prostoru pro uvážení států.<sup>42</sup> Došlo k zásahům do svobody projevu stěžovatelů a šlo o situaci, kdy byla státní televize dominantním, pro velkou část populace dokonce prakticky jediným zdrojem informací, což vedlo k silnému pozitivnímu závazku zajistit, aby její program nabízel nestranné informace. Aby tento pozitivní závazek stát naplňoval, však chyběla potřebná legislativa zajišťující nezávislost televize na státu. Pozitivní závazek státu se tedy týkal konkrétních stěžovatelů-novinářů a jejich práva na svobodu projevu (nikoli práv, kterých by se dovolávali z titulu svobody médií). Pozitivní závazek, jenž stát nenaplnil, má však i významný doprovodný rozměr naplňování práva veřejnosti na přijímání informací, který vede k instrumentálnímu náhledu na svobodu médií, aniž by byla přímo argumentačně využita. Stejná východiska ESLP zopakoval v případě *Centro Europa 7 S.R.L. a Di Stefano proti Itálii*,<sup>43</sup> v němž se mediální společnost domohla výroku o porušení čl. 10 Úmluvy a odškodnění ve výši 10 mil. € za to, že deset let po získání licence nemohla zahájit televizní vysílání, protože stát neprovedl potřebné legislativní a regulatorní kroky pro realokaci dostupných vysílacích frekvencí. Soud shledal, že zásah neměl předvídatelný právní základ, a proto došlo k porušení pozitivního závazku státu vytvořit takové právní prostředí, které povede k efektivní pluralitě médií.<sup>44</sup> Jakkoli identifikoval porušení svobody šířit

<sup>41</sup> Rozsudek ze dne 17. 9. 2009, stížnost č. 13936/02.

<sup>42</sup> Body 96 až 100 rozsudku.

<sup>43</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 7. 6. 2012, stížnost č. 38433/09.

<sup>44</sup> Pro shrnutí viz bod 156 rozsudku.

informace, pozitivní závazek opět směřoval spíše ke kvalitě mediálního prostředí z pohledu veřejnosti, jež má právo informace přijímat.

## 2.2 Ke druhému důvodu – co přináší intuitivní chápání

Už proto, že ESLP nevyužívá svobodu médií jako koherentní koncept svobody dovozené z Úmluvy, ale spíše jako argumentační nástroj, nevěnuje se obvykle tomu, že by zkoumal a odůvodňoval, proč daný subjekt je médiem, potažmo zda jde v případě fyzické osoby o novináře. Uplatňuje spíše intuitivní chápání toho, kdo do této kategorie spadá; jde-li o stěžovatele, už v úvodní části rozhodnutí (*Background to the case*) uvede, že jde o novináře<sup>45</sup> nebo například provozovatele „internet news portal“.<sup>46</sup> Takto lze poměrně jednoduše poukazovat na ta média, která zapadají do tradiční představy.

Navzdory tomu, že ESLP tuto otázku většinou netematizuje, lze však učinit některé dílčí závěry. Lze vyloučit, že by požadoval nějaký formální průkaz příslušnosti k zavedenému médiu, ať už v podobě prokázání zaměstnaneckého poměru, průkazu prokazujícího členství v profesní organizaci nebo akreditaci. Bez formálních kritérií a bez omezení na určité konkrétní prostředky masové komunikace (konkrétní formu „médiu“), se proto zdá být klíčové orientovat se podle povahy výkonu svobody projevu – tedy zda jedinec vykonává novinářskou činnost nebo naplňuje novinářskou roli. Zdá se, že právě v ní je totiž třeba hledat podstatu jejich ochrany v rámci Úmluvy. Skutečnost, že novináři ani média nemají zvláštní status *per se* bez ohledu na okolnosti případu a povahu svého působení, lze ilustrovat na případu *Janowski proti Polsku*.<sup>47</sup> Stěžovatel neuspěl s tvrzením, že odsouzení za urážku úřední osoby a odsouzení k pokutě porušují čl. 10 Úmluvy mj. z důvodu, že je novinářem, a uložená pokuta je proto pokusem o zavedení cenzury a potlačení kritických hlasů. Velký senát připomněl, že pan Janowski se zapojil do slovní potyčky několika trhovců s policisty, kteří se je pokoušeli vykázat na jiné místo, a nazval policisty „voly a hlupáky“, protože podle jeho názoru postupovali protiprávně. Podle ESLP případ vůbec nezahrnoval komponent svobody tisku, neboť ač byl stěžovatel profesí novinář, v dané chvíli jednal pouze jako soukromá osoba, mimo rámec své profese.<sup>48</sup>

## 3 Hledání podstaty novinářské činnosti

Je-li tedy pro to, aby ESLP uvažoval o svobodě médií, zásadní především charakteristika činnosti, která směřuje k naplňování role médií při šíření informací a myšlenek a jejich

<sup>45</sup> Podobně např. v případě *Dalban proti Rumunsku* konstatuje, že stěžovatel je novinář vydávající místní týdeník (rozsudek velkého senátu ze dne 28. 9. 1999, stížnost č. 28114/95); v případě *Bladet Tromsø a Stensaas proti Norsku* identifikuje dopisovatele stěžovatele – listu *Bladet Tromsø* – jako novináře na volné noze (rozsudek velkého senátu ze dne 20. 5. 1999, stížnost č. 21980/93).

<sup>46</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 16. 6. 2015, ve věci *Delfi AS proti Estonsku*, stížnost č. 64569/09, bod 11. I když jde o online médium, stále může naplňovat tradiční představu profesionální redakce publikující obdobně jako periodický tisk.

<sup>47</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 21. 1. 1999, ve věci *Janowski proti Polsku*, stížnost č. 25716/94.

<sup>48</sup> Bod 32 rozsudku *Janowski proti Polsku*.

kontrolní funkci (tzn. jejich instrumentální roli), je zásadní, jak blíže ji ESLP pojímá. Exkurz do této problematiky mohou poskytnout případy, které byly sporné – kdy jednoduché intuitivní chápání nevedlo k jednoznačnému výsledku.

V této části textu se pokusím reagovat na závěry, které dovodila A. Flanagan<sup>49</sup> z analýzy judikatury ESLP. Tato autorka vychází ze srovnání dvou rozdílných přístupů, širšího, který identifikovala v judikatuře Evropského soudního dvora (ESD), a užšího v případě ESLP. Aby tato reakce (v podkapitole 3.2) byla srozumitelná, představím nejdříve postoj ESD, jež jsem dosud z tohoto článku vynechala, přestože se tento soud pokusil vymezit definiční znaky „médií“ výrazně přímočařeji než ESLP.

### 3.1 Odpovědi z Lucemburku

Příležitost věnovat se povaze média či novinářské činnosti ESD poskytla judikatura vypořádávající se s otázkou výjimky z požadavků na ochranu osobních údajů pro žurnalistické účely.<sup>50</sup> Podle interpretace ESD v rozsudku *Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy*<sup>51</sup> je třeba výraz „žurnalistika“ vykládat široce, aby odrážel „význam, jenž má svoboda projevu v každé demokratické společnosti“. Pro výklad žurnalistického účelu to konkrétně znamená, že nejde o výjimky, které by se vztahovaly jen na provozovatele sdělovacích prostředků. Generální advokátka dokonce hovořila o personálním dosahu neomezujícím se na „institucionalizované sdělovací prostředky“, ale zahrnujícím všechny osoby, které jsou činné v oblasti žurnalistiky.<sup>52</sup>

Skutkové okolnosti případu *Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy* k podobným úvahám o definici médií vybízely. Obě finské společnosti se věnovaly zvláštnímu podnikání, spočívajícímu ve zveřejňování informací vztahujících se k majetkovým poměrům podstatné části finské společnosti (osob s výdělkem nad určitou výší). Vybrané údaje z jejich příznání k dani z příjmu byly na základě zákona finančními úřady zpřístupňovány. Jedna ze společností tyto údaje následně shromažďovala a zveřejňovala tiskem, v podobě, kterou můžeme

<sup>49</sup> FLANAGAN, A. Defining 'journalism' in the age of evolving social media: a questionable EU legal test. *International Journal of Law and Information Technology*. Oxford Academic, 2013, roč. 21, č. 1. DOI: <http://doi.org/10.1093/ijlit/eas021>

<sup>50</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 95/46/ES ze dne 24. října 1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (dále jen „směrnice 95/46“) reflektuje napětí mezi právem na ochranu soukromí, projevující se jako právo na ochranu osobních údajů, a svobodou projevu, již připisuje zvláštní význam, sleduje-li projev jeden z vyjmenovaných specifických účelů – jde o účel „žurnalistický“, literární či umělecký. Proto čl. 9 směrnice 95/46 umožňuje státům stanovit výjimky a odchylky z úpravy ochrany osobních údajů, „pouze pokud se ukáží jako nezbytné pro uvedení práva na soukromí do souladu s předpisy upravujícími svobodu projevu“. Formulace založené na žurnalistických účelech našly svůj odraz i v nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů; GDPR) – viz bod 153 preambule a čl. 85 k rozsahu výjimek (české znění hovoří o „novinářských účelech“ oproti „účelům žurnalistiky“ ve starším legislativním aktu).

<sup>51</sup> Rozsudek ESD ze dne 16. 12. 2008, ve věci *Tietosuojaunionin tuettu proti Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy*, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727.

<sup>52</sup> Stanovisko generální advokátky Juliane Kokott ze dne 8. 5. 2008, ve věci *Tietosuojaunionin tuettu proti Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy*, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:266, bod 65.

s nadsázkou označit za „Zlaté stránky“, ovšem namísto telefonního čísla uvádějící příjem souseda, kolegy nebo opozičního předáka. Tyto údaje nebyly nijak editovány, analyzovány ani uváděny v širších souvislostech. Druhá společnost, což bylo ještě spornější, pak tytéž údaje zpřístupňovala na bázi individuálního vyžádání konkrétního údaje, který zasílala prostřednictvím zpoplatněné textové zprávy. Společnosti umožňovaly na žádost výmaz osobních údajů, což však bylo zpoplatněno. Obě společnosti tvrdily, že se na ně vztahuje výjimka zpracovávání informací pro žurnalistické účely, když se dostaly do sporu s vnitrostátním orgánem pro ochranu osobních údajů.

Tyto okolnosti nutily ESD pokusit se vymezit, v čem žurnalistické účely spočívají a co znamená, že jsou sledovány *vylučně*. Vyjasnil, že žurnalistické účely, ač musejí být sledovány „výlučně“, mohou zahrnovat činnost za účelem zisku. Soud měl zjevně v první řadě na mysli profesionálního žurnalistu, pro něhož je žurnalistická činnost zdrojem obživy. Druh média a způsob přenosu k publiku je nerozhodný; zjevně tedy jde za rámec tradičních médií, tisku, rozhlasu a televize. Vlastní „činnost žurnalistiky“ soud charakterizoval jako zpřístupňování informací, myšlenek a názorů veřejnosti. Tím se poněkud vzdálil návrhu generální advokátky Juliane Kokott, která sice také považovala za jádro žurnalistismu sdělování informací a myšlenek (i pouhé zpřístupnění bez požadavku na jejich zpracování nebo komentování<sup>53</sup>), avšak trvala na tom, že musí jít o informace a myšlenky veřejného zájmu.<sup>54</sup> V podání ESD se proti tomu dvě kritéria – zaměření projevu na veřejnost a veřejný zájem – zredukovala pouze na určení projevu veřejnosti.

Jak generální advokátka dále pracovala s kategorií projevů v oblasti veřejného zájmu, které označila za kategorii jednání v rámci svobody projevu, jejíž omezení vyžaduje obzvláště pádné odůvodnění?<sup>55</sup> Dospěla k závěru, že je třeba sledovat dvě hlediska, formu sdělení (způsob, jak je sdělení provedeno a případně šířeno) a jeho obsah, a vykládat je v daném kontextu. Jednoduché definici se však nepřiblížila, když konstatovala, že veřejný zájem vyvolávají „*témata skutečně vedené veřejné diskuze*“ a témata, „*kteřá jsou svou povahou otázkami veřejného zájmu, např. veřejnost soudního řízení podle čl. 6 odst. 1 EÚLP, veřejný zájem na transparentnosti politického života nebo informace o myšlenkách a názorech, jakož i chování vůdčích politických osobností.*“<sup>56</sup> Jde podle ní o kategorii relativní a vymykající se alespoň částečně regulaci v hodnocení, co otázky veřejného zájmu tvoří: „*[V] konečném důsledku přísluší, přinejmenším částečně, sdělovacím prostředkům, aby sdělením informací veřejný zájem vůbec nejprve vytvořily. Nepodaří-li se to, lze jim to sotva – následně – vyčítat. Státním orgánům však v zásadě ani nepřísluší, aby předvíдалy ex ante neexistenci veřejného zájmu v budoucnosti. Takové předpovědi by byly prvním krokem na cestě k cenzuře. Skutečnost, že se šíření informací a myšlenek netýká otázek veřejného zájmu, lze tedy zjistit pouze tehdy, pokud je to zřejmé.*“<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Stanovisko generální advokátky Juliane Kokott ze dne 8. 5. 2008, ve věci *Tietosuojavaltutettu proti Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy*, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:266, bod 67.

<sup>54</sup> *Ibid.*, bod 68.

<sup>55</sup> *Ibid.*, bod 69.

<sup>56</sup> *Ibid.*, bod 73.

<sup>57</sup> *Ibid.*, bod 78.

Skutečnost, že tato část jejího stanoviska nenašla svůj odraz v rozsudku ESD, je významná. Vodítka, jimiž soud vymezil žurnalistické účely, jsou kvůli tomu velice široká – hledisko přenášeného sdělení je vymezeno tak široce (informace, názory a myšlenky), že neumožňuje žádné omezení, způsob sdělování (forma média) není rozhodný, zbývá tak jediné kritérium zaměření projevu směrem ven, k neurčitě vymezené veřejnosti. Obsah sdělovaných informací je z pohledu ESD irelevantní. Doložit to lze velmi dobře na případě *Buivids*.<sup>58</sup>

Pan Buivids pořídil nahrávku, jak podává výpověď v přestupkovém řízení na služebně policii. Nahrávku zveřejnil na YouTube, aby dle svých slov upozornil veřejnost na údajně protiprávní jednání policie. Lotyšský úřad pro ochranu osobních údajů dospěl k závěru, že porušil právo na ochranu soukromí těch policistů, jejichž podoba, hlasy a služební označení jsou na záznamu zachyceny, a nařídil nahrávku odstranit, proti čemuž se žalobce bránil u soudu. Lotyšský Nejvyšší soud se obrátil na ESD s otázkou, zda lze posuzované jednání, spadá-li do působnosti směrnice 95/46, považovat za zpracování osobních údajů pro účely žurnalistiky (čl. 9 cit. směrnice). ESD zopakoval své závěry z rozsudku *Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy*, především, že je nutné vykládat pojem žurnalistika široce, protože žurnalistické účely nevylučuje to, že žalobce není profesionální novinář a pro zveřejnění použil platformu pro sdílení videí. Zopakoval taktéž, že „*činnostmi v oblasti žurnalistiky jsou činnosti, jejichž účelem je zpřístupnit veřejnosti informace, názory či myšlenky, ať již je způsob přenosu jakýkoli*“<sup>59</sup> současně však přitakal generální advokátce Eleanor Sharpston, že pod činností v oblasti žurnalistiky nemůže spadat jakákoli informace zveřejněná na internetu,<sup>60</sup> a proto „*je na předkládaném soudu, aby ověřil, zda z předmětného videozáznamu vyplývá, že jediným účelem jeho pořízení a zveřejnění bylo zpřístupnit veřejnosti informace, názory či myšlenky*“.<sup>61</sup> Jaký je ovšem rozdíl mezi informací zveřejněnou na internetu „jen tak“ a zveřejněnou na internetu „za účelem zpřístupnění veřejnosti“? V tomto momentu ESD neposkytl použitelná kritéria, jimiž by mohl osvětlit, proč vytváří dvě těžko rozlišitelné kategorie (zveřejnění na internetu je mnohdy motivováno právě zpřístupněním veřejnosti, nejde-li o službu, k níž by byl omezený přístup). I přes tuto nejasnost je nutné zdůraznit nejdůležitější závěr, k němuž ESD dospěl: žurnalistické účely nejsou určeny formálním statutem toho, kdo se této výjimky dovolává. Nejde nezbytně o profesionální postavení, podnikatelskou činnost ani skutečnost, zda nějaké médium daná osoba sama provozuje. Jde o činnost,<sup>62</sup> již se potenciálně může věnovat každá osoba, která má přístup k některé z mnoha platform, na níž lze zveřejnit informace s cílem zpřístupnit je veřejnosti. Ještě výslovněji se povaze žurnalistiky jako činnosti ESD věnoval

<sup>58</sup> Rozsudek ESD ze dne 17. 2. 2019, C345/17, ve věci *Sergejs Buivids proti Datu valsts inspekcija*, ECLI:EU:C:2019:122.

<sup>59</sup> Ibid., bod 53.

<sup>60</sup> Bod 58 rozsudku *Buivids*, odkazuje na bod 55 stanoviska generální advokátky Eleanor Sharpston v téže věci ze dne 27. 9. 2018, ECLI:EU:C:2018:780.

<sup>61</sup> Bod 59 rozsudku *Buivids*.

<sup>62</sup> Zřetelně to zaznává v bodě 48 stanoviska generální advokátky Sharpston ve věci *Buivids*: „*[T]ýká se všech osob, které jsou do této činnosti zapojeny*.“

v rozsudku *A proti Autorité des marchés financiers (AMF)*,<sup>63</sup> v němž zveřejnění informací veřejnosti označil za konečný cíl novinářské činnosti, do níž však šířeji zahrnul i přípravné fáze jako sběr informací nebo jejich ověřování u zdrojů.<sup>64</sup>

### 3.2 Odpovědi ze Štrasburku

Postačí však vymezit novinářskou činnost jako činnost, která směřuje ke sdělování informací veřejnosti – byla by taková definice užitečná? Anne Flanagan kritizovala ve svém článku přístup ESD v *Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy* jako zbytečně široký, jak ve smyslu samotného výkladu žurnalistických účelů, tak i toho, že soud vůbec k takovému univerzálnímu výkladu přistoupil a nevěnoval se jen užšímu poměrování zájmu svobody projevu proti právu na ochranu soukromí. Kritéria, která soud zvolil, podle ní stírají jinak uznávané rozdíly mezi projevy žurnalistickými, veřejným sdělováním soukromých informací, kupř. prostřednictvím sociálních sítí, nebo reklamou, třeba i v podobě spamu. Za žádoucí označila převzetí postupu ESLP, který podle ní konkretizoval dvě kritéria pro kvalifikaci na vyšší či intenzivnější úroveň ochrany svobody projevu: a) projev je ve veřejném zájmu, a b) splňuje kritéria kvalitativního charakteru.<sup>65</sup> Těmto kritériím, vymezeným Flanagan a nahlíženým ve světle judikatury ESLP, se budu dál věnovat.

#### 3.2.1 Sdělování informací veřejného zájmu

Veřejný zájem představuje první kvalifikační kritérium navrhané A. Flanagan, které ESD nepřevzal ze stanoviska generální advokátky Kokott ve věci *Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy*. Později v již zmiňovaném rozsudku *Buivids* ovšem ESD naznačil, že je připraven pod vlivem judikatury ESLP toto kritérium akceptovat,<sup>66</sup> a odklonit se tudíž od zcela širokého pojetí novinářské činnosti.

ESLP skutečně veřejný zájem jako specifické kritérium v souvislosti s projevy používá. Jde o další obtížně definovatelnou kategorii, u níž soud postupuje v zásadě kazuisticky, v závislosti na okolnostech konkrétního případu. Principy, které ESLP uplatňuje při posouzení, zda konkrétní projev může přispívat k debatě veřejného zájmu, zahrnují zhodnocení důležitosti

<sup>63</sup> Rozsudek ESD ze dne 15. 3. 2022, C302/20, ECLI:EU:C:2022:190 (závěry ve věci *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy* ESD aplikoval *per analogiam* na situaci, kdy novinář sdělil důvěrné informace o konkrétních finančních nástrojích ještě jejich publikací dvěma osobám, které jich následně zneužily).

<sup>64</sup> Srov. body 64 až 69 rozsudku *A proti Autorité des marchés financiers (AMF)*.

<sup>65</sup> FLANAGAN, 2013, *op. cit.*, s. 11 a násl.

<sup>66</sup> Tento příklon k ESLP je o to jasnější, že ESD cituje rozsudek ESLP ve věci *Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy proti Finsku* (rozsudek velkého senátu ze dne 27. 6. 2017, č. stížnosti 931/13), tedy pozdější rozsudek navazující na řízení, v němž byla původně položena předběžná otázka. Velký senát většinou patnácti hlasů ku dvěma potvrdil závěr senátu, že nedošlo k porušení čl. 10 Úmluvy. Na rozdíl od ESD nerozváděl, zda činnost stěžovatelů představovala žurnalistiku. Jejich publikaci označoval jako „noviny“, v rozsudku vyložil obvyklým způsobem své závěry ohledně svobody tisku. Státu ovšem v tomto případě ponechal široký rámec pro uvážení, jak vyvážit svobodu projevu s ochranou soukromí, protože vzal v potaz, že údaje o daňových povinnostech byly ve Finsku veřejně dostupné. Uvedl však, že stejně jako vnitrostátní soudy nebyl přesvědčen o tom, že publikace tohoto typu informací sledovala veřejný zájem, což spolu s dalšími faktory vedlo k závěru o přiměřenosti zásahu.

otázky pro veřejnost a povahu sdělované informace.<sup>67</sup> Otázkou veřejného zájmu není vše, co zajímá veřejnost; nemá zahrnovat „žízeň“ po informacích uspokojujících jen senzacechtivé publikum.<sup>68</sup> Pozitivní vymezení je ovšem obtížnější, jak dokazuje vymezení, o které se ESLP pokusil na základě starší judikatury v rozsudku *Couderc a Hachette Filipacchi Associés proti Francii*: má zahrnovat otázky, které se dotýkají veřejnosti v míře, že se o ně může legitimně zajímat, které přitahují její pozornost nebo se jí ve značné míře týkají, zejména když jde o prospěch občanů nebo život společnosti, nebo kontroverzní otázky o důležitých společenských problémech či problémech, o nichž veřejnost může mít zájem být informována.<sup>69</sup> Co se týče hodnocení kvality zpracování, tedy zda může opravdu přispět k veřejné debatě, je soud zdrženlivý – postačí, že přispět může, ne že skutečně k debatě o otázce veřejného zájmu přispěje.<sup>70</sup>

Projevy o otázkách veřejného zájmu se podle soudu nijak podstatně neodlišují od politických projevů.<sup>71</sup> I na ně se tak vztahuje vysoká úroveň ochrany svobody projevu uplatňovaná vůči politickým projevům,<sup>72</sup> což se projevuje především ve finálním kroku testu, tj. poměrování přiměřenosti zásahu do svobody projevu, a užším prostorem pro uvážení vnitrostátních soudů. ESLP ovšem současně uvádí, že je úkolem tisku šířit informace a myšlenky o politických otázkách a jiných záležitostech veřejného zájmu.<sup>73</sup> Lze proto říci, že je to právě kritérium projevů vztahující se k věcem veřejného zájmu, které v judikatuře ESLP „dělá“ médium či novináře?

Odpověď je podle mého názoru záporná, a to ze dvou důvodů. Zaprvé, štrasburský soud řešil celou plejádu případů, kde zcela jasně kvalifikoval subjekt jako novináře nebo médium, a přitom součástí právního problému bylo posouzení, zda vůbec projev (sdělovaná informace nebo názor) byla ve veřejném zájmu. Budu tento problém ilustrovat na dvou příkladech. Učebnicovým příkladem vyvažování svobody projevu a práva na soukromý život se stala dvojice rozsudků ve věci *von Hannover proti Německu*,<sup>74</sup> v nichž ESLP vyjasňoval, které snímky monacké princezny mohou přispívat k debatě o otázkách veřejného zájmu a které jenom uspokojují zvědavost čtenářů podrobnostmi o jejím osobním životě. Přítomnost „veřejného zájmu“ pak zásadně ovlivnila výsledek poměrování ve prospěch svobody projevu, nebo ochrany soukromého života. V obou případech, včetně toho, kde činnost novinářů nesledovala veřejný zájem, ale jen uspokojovala zvědavost veřejnosti, však ESLP

<sup>67</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 10. 11. 2015, ve věci *Couderc a Hachette Filipacchi Associés proti Francii*, stížnost č. 40454/07, bod 97–98.

<sup>68</sup> Bod 101.

<sup>69</sup> Bod 103.

<sup>70</sup> Rozsudek ESLP ze dne 24. 2. 2015, ve věci *Haldimann a další proti Švýcarsku*, stížnost č. 21830/09, bod 57.

<sup>71</sup> Rozsudek ESLP ze dne 25. 6. 1992, ve věci *Thorgeir Thorgeirson proti Islandu*, stížnost č. 13778/88, bod 64.

<sup>72</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 22. 10. 2007, ve věci *Lindon, Otchakovskij-Laurens a Julij proti Francii*, stížnosti č. 21279/02 a 36448/02, bod 46.

<sup>73</sup> Např. rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 21. 1. 1999, ve věci *Fressoz a Roire proti Francii*, stížnost č. 29183/95, bod 51 a tam citovaná judikatura.

<sup>74</sup> Rozsudek ESLP ze dne 24. 6. 2004, ve věci *von Hannover proti Německu (I)*, stížnost č. 59320/00; rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 7. 2. 2012, ve věci *von Hannover proti Německu (II)*, stížnosti č. 40660/08 a 60641/08.



v odůvodnění zmínil své obecné závěry ke svobodě tisku.<sup>75</sup> I např. v případě *Bédat proti Švýcarsku*<sup>76</sup> velký senát sice potvrdil, že vyšetřování dopravní nehody na mostě v Lausanne bylo předmětem veřejné debaty, ale článek, který stěžovatel publikoval, k ní ve skutečnosti nijak nepřispíval. Obsahoval jen utajované informace z výpovědí a dopisů, které obvinění zaslali soudu; takové informace ovšem pouze uspokojovaly zvědavost čtenářů, nepřispívaly nijak k veřejné debatě o probíhajícím vyšetřování. V obou zmíněných případech ESLP nedospěl k závěru, že se o novináře nejedná nebo že jde o případ nespadající do sféry svobody médií. Skutečnost, že zveřejněný projev nepřispívá k debatě o věcech veřejného zájmu, se však odrazila v posouzení přiměřenosti zásahu do čl. 10 Úmluvy. Bez splnění kritéria veřejného zájmu se snížila vysoká úroveň ochrany, které by se projev o věcech veřejného zájmu jinak těšil. Nešlo však o kvalifikační kritérium pro ochranu jako takovou.

Zadruhé, problém spojený s kritériem veřejného zájmu je, že novináři a média nejsou jediné subjekty, které se informování veřejnosti věnují. Nemají monopol na roli „hlídačů psa“ demokracie. ESLP připustil, především v rozhodnutích týkajících se odvozeného práva na informace, že nevládní organizace jsou v podobné pozici jako média. Sled jeho úvah byl zhruba následující. Získávání informací představuje nezbytnou přípravnou fázi novinářské činnosti, a tím i chráněnou součást svobody tisku, a v návaznosti na to i svobody veřejnosti přijímat informace podle čl. 10 Úmluvy. Zdůvodnění práva získávat informace tedy spočívalo ve významu této činnosti pro naplňování funkce médií jako „hlídače demokracie“, zveřejňujícího informace veřejného zájmu.<sup>77</sup> Ovšem postupně ESLP naznal, že i organizace, které neměly na první pohled povahu média, působily jako „hlídač veřejné moci“ (plnily „*watchdog function*“) a v této roli se legitimně snažily sbírat informace o záležitostech veřejného zájmu, které by následně sdělily veřejnosti. V rozsudku *Társaság a Szabadságjogokért proti Maďarsku*<sup>78</sup> už o tisku (resp. médiích) hovoří jako o „jednom z hlídačů“.<sup>79</sup> Roli neziskové organizace věnující se lidskoprávní litigaci z hlediska práva na přístup k informacím analogicky přirovnal k roli médií:

*„Funkce tisku zahrnuje vytváření fór pro veřejnou debatu. Jejich vytváření však není omezeno jen na média nebo profesionální novináře. V současném případě vytvářela prostor pro veřejnou debatu nevládní organizace. Účel stěžovatelčích aktivit proto představoval klíčový prvek pro informovanou veřejnou debatu. Soud opakovaně uznal, že občanská společnost významným způsobem k veřejné debatě přispívá [...]. Stěžovatelka je sdružením věnujícím se lidskoprávní litigaci s různými cíli, včetně ochrany svobody informací. Proto může být charakterizována, stejně jako tisk, jako společenský „hlídač“ [...]. Za té situace má soud za to, že si její činnost zaslouží stejnou ochranu, jaká náleží v rámci Úmluvy tisku.“<sup>80</sup> [odkazy vynechány – pozn. aut.]*

Tuto judikaturu potvrdil velký senát ESLP i v rozsudku *Magyar Helsinki Bizottság proti Maďarsku*, kde navíc provedl další extenzi – do kategorie potenciálních hlídačů k médiím

<sup>75</sup> Viz bod 58 rozsudku ve věci *von Hannover proti Německu (I)*.

<sup>76</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 29. 3. 2016, stížnost č. 56925/08.

<sup>77</sup> Např. rozsudek ESLP ze dne 31. 7. 2012, ve věci *Shapovalov proti Ukrajině*, stížnost č. 45835/05, bod 68.

<sup>78</sup> Rozsudek ze dne 14. 4. 2009, stížnost č. 37374/05.

<sup>79</sup> *Ibid.*, bod 26.

<sup>80</sup> *Ibid.*, bod 27.

a občanské společnosti připojil i akademiky, autory (neperiodických) publikací o věcech veřejného zájmu, bloggery a (dokonce) „populární osobnosti sociálních sítí“.<sup>81</sup>

Kritérium zveřejňování informací veřejného zájmu tedy samo o sobě není dostatečným rozlišovacím kritériem pro určení, zda konkrétní projev činí novinář či médium, protože existují i jiné subjekty, které – podobně jako novináři a média – vytvářejí veřejnou debatu o otázkách veřejného zájmu a přispívají k ní způsobem, který jim zaručuje srovnatelné postavení z hlediska vysoké ochrany pod čl. 10 Úmluvy. Současně není-li v konkrétním případě splněno, že se projev média/novináře netýká věci veřejného zájmu a není tak schopen přispět do veřejné debaty, nevede to k odnětí ochrany čl. 10 Úmluvy, jak by tomu bylo v případě, kdyby šlo o striktní definiční kritérium. „Pouze“ se významně oslabuje síla argumentů ve prospěch svobody médií na pomyslných vahách poměrování, zda byl zásah do takového projevu, nadále spadajícího pod čl. 10 Úmluvy, proporcionální.

### 3.2.2 Povinnosti a odpovědnost jako podmínka svobody médií

Anne Flanagan dále tvrdila, „že ESLP vymezil kritéria pro novináře nebo žurnalistiku spadající pod ochranu čl. 10: zveřejňování přesných a spolehlivých informací zveřejněných v dobré víře v souladu s požadavky novinářské etiky.“<sup>82</sup> Jinými slovy, nepostačuje, že je projev činěn o věci veřejného zájmu k širšímu publiku, ale že je dosažení sféry svobody tisku podmíněno i naplňováním určitého kvalitativního kritéria co do postupu a výsledku zpracování informací. Novinářem v tomto pojetí není každý, kdo publikuje, byť by šlo o téma veřejného zájmu a sdělení mířilo k širšímu publiku. Musí splňovat též tuto druhou složku kvalitativních požadavků kladených na jeho činnost. Jinými slovy, teoretické definice spojující postavení médií s deklarovaným naplňováním profesně etických norem již podle tohoto názoru nacházejí svůj odraz v současné judikatuře ESLP.

Evropský soud pro lidská práva skutečně velmi často spojuje média jako instituce/novináře jako osoby s „povinností zveřejňovat přesné a spolehlivé informace v dobré víře a v souladu s požadavky novinářské etiky“.<sup>83</sup> Znamená to tedy, že je status média, k němuž se váže svoboda médií jako určitý zvláštní segment svobody projevu, vázaný na plnění etických požadavků? Zastánci tohoto přístupu se dovolávají přímé opory v textu Úmluvy.<sup>84</sup> Proto se nyní zaměřím na koncept povinností a odpovědnosti, který zmiňuje Úmluva v čl. 10 odst. 2.

V kontextu Úmluvy jde o výjimečné ustanovení. Čl. 10 je, ve srovnání s čl. 8 až 11, strukturován obvyklým způsobem, kdy první odstavec vymezuje pozitivně právo, druhý odstavce

<sup>81</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 8. 11. 2016, stížnost č. 18030/11, body 165–168.

<sup>82</sup> FLANAGAN, 2013, op. cit., s. 15.

<sup>83</sup> Viz např. rozsudek *Bédat proti Švýcarsku*, bod 50: „Tisk hraje nezbytnou roli v demokratické společnosti. I když nemůže překročit určité hranice, zejména s ohledem na čest a práva ostatních a ochranu informací sdělených neveřejně, jeho povinností přesto je rozšiřovat informace a myšlenky o všech věcech veřejného zájmu způsobem souladným s jeho povinnostmi a odpovědností. Ochrana pod čl. 10 Úmluvy je novinářům skutečně poskytována za podmínky, že jednají v dobré víře, aby poskytli přesné a spolehlivé informace, jak vyžaduje rámec odpovědné žurnalistiky. Koncept odpovědné žurnalistiky, jako profesionální aktivita, která spadá pod ochranu čl. 10 Úmluvy, se neomezuje na obsah informací, které jsou sdělovány, [ale zahrnuje i] zákonnost postupu novináře.“ [citace vynechány – pozn. aut.]

<sup>84</sup> Srov. TAMBINI, 2021a, op. cit., s. 134.

upravuje jeho omezení. Přesto je to pouze čl. 10, který stanoví, že výkon svobody projevu zahrnuje povinnosti a odpovědnost, v návaznosti na legitimní cíle pro omezení svobody projevu. Inspirací pro tento text čl. 10 Úmluvy je, ač to může znít na první pohled nelogicky, později přijatý čl. 19 Mezinárodního paktu o ochraně občanských a politických práv (dále jen MPOPP nebo pakt), z jehož průběžných návrhů přípravné práce na Úmluvě vycházely a v nichž se tento text objevil jako první.<sup>85</sup>

V přípravných pracích k Úmluvě není zachycena žádná diskuze, která by se tohoto výrazu týkala, a už proto je pozoruhodná anotace návrhu paktu připravená generálním tajemníkem Organizace spojených národů, jejíž text byl k přípravným pracím k čl. 10 Úmluvy připojen:

*„Byly vzneseny návrhy na stanovení, že svoboda projevu je spojena s povinnostmi a odpovědností... Ti, kteří byli proti tomuto návrhu, tvrdili, že obecný smysl paktů bylo vymezit občanská a politická práva a zaručit a chránit je, spíše než stanovit ‚povinnosti a odpovědnost‘ a ukládat je jednotlivci. Navíc tvrdili, že každé právo s sebou nese odpovídající povinnost, takže tento článek nemá být výjimkou. Ti, kteří návrh podporovali, tvrdili, že svoboda projevu je cenným dědictvím, ale i nebezpečným nástrojem, a trvali na tom, že vzhledem k významnému vlivu moderních médií na názory lidí a vnitrostátní a mezinárodní události by ‚povinnosti a odpovědnost‘ při výkonu svobody projevu měly být zvlášť zdůrazněny.“<sup>86</sup>*

Povinnosti a odpovědnost tedy bylo třeba zdůraznit kvůli obavám ze zneužívání moci médií.<sup>87</sup> Tato zvláštní formulace, která tedy má způsobem zdůrazňovat aspekty omezení svobody projevu, však nenašla příliš konkrétní odraz v rámci interpretace čl. 19 MPOPP Výborem pro lidská práva<sup>88</sup> ani v jeho rozhodovací činnosti.<sup>89</sup> Naproti tomu ESLP, na nějž se nyní soustředím, koncept odpovědnosti a povinností zmiňuje ve své judikatuře při přezkumu souladu zásahu do svobody projevu s Úmluvou téměř rutinně.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> European Commission of Human Rights. Preparatory work on Article 10 of the European Convention of Human Rights (information document prepared by the Secretariat of the Commission). 17. 8. 1956, DH (56) 15. Dostupné z: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-EN1338895.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-EN1338895.pdf) [cit. 28. 8. 2022]. Tato formulace je poprvé zmíněna na s. 4 této zprávy („text submitted by the United Nations Conference on Freedom of Information“) – čerpal sice primárně z připravované úmluvy o svobodě informací (Draft Convention on Freedom of Information), její příprava se však promítla i do vyjednávání textu čl. 19 MPOPP.

<sup>86</sup> Ibid. s. 23.

<sup>87</sup> OSTER, 2013, op. cit., s. 72.

<sup>88</sup> Obecný komentář „povinnosti a odpovědnost“ (*duties and responsibilities*) zmiňuje jen jednou a ihned je navazuje na legitimní cíle omezení svobody projevu. Obecný komentář č. 34 Výboru pro lidská práva k čl. 19 MPOPP, 12. 9. 2011, CCPR/C/GC/34. Dostupné z: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf> [cit. 28. 8. 2022].

<sup>89</sup> Zmínky o „povinnostech a odpovědnosti“ jsou ve stanoviscích ještě omezenější než v případě judikatury ESLP. I když na tento koncept jedna ze stran odkáže, příliš jej nerozpracovává (nebo jej dokonce ani nezmiňuje) a věnuje se posouzení přiměřenosti zásahu do čl. 19 paktu. To platí v případě novináře (stanovisko ze dne 23. 7. 2020, ve věci *Lukpan Akhmedyarov proti Kazachstánu*, č. 2535/2015) i jiných osob, např. učitele (stanovisko ze dne 18. 10. 2000, ve věci *Malcolm Ross proti Kanadě*, č. 736/1997).

<sup>90</sup> Podobně jako v rozsudku *Bédat proti Švýcarsku* se ESLP vyjádřil i v jiných rozsudcích, např. v rozsudku velkého senátu ze dne 20. 10. 2015, ve věci *Pentikäinen proti Finsku*, stížnost č. 11882/10, nebo ze dne 8. 3. 2016, ve věci *Rusu proti Rumunsku*, stížnost č. 25721/04, a mnohých dalších.

Jeho význam však různí autoři vykládají značně rozličným způsobem. Zatímco P. Wragg tvrdí, že povinnosti a odpovědnost v judikatuře ESLP plní jen roli rétorické figury, kterou soud používá v situacích právních nebo morálních pochybností o postupu média,<sup>91</sup> A. Flanagan spatřuje v povinnostech a odpovědnosti aspekt novinářské činnosti, který má být schopen odlišit „jakékoli“ sdělování informací veřejnosti od toho, kdy je zveřejnění součástí aktivit novináře (či pro účely žurnalistiky). Její názory odpovídají tomu, co jinými slovy tvrdí například i filozofka Onora O’Neill, která vnímá svobodu médií jako privilegium podmíněné tím, že média plní své povinnosti, které jsou ovšem profesně etického charakteru.<sup>92</sup>

Navážu-li na tento argument, pak naplňování určitých zvláštních povinností a odpovědnosti musí být speciálním požadavkem na novináře (a mediální organizace), aby mělo potřebnou rozlišovací schopnost. Obsah těchto povinností a odpovědnosti by měl být vázán či odvozován od zvláštní role, funkce médií v demokratické společnosti nebo účelu novinářské činnosti. Jde-li o podmínku toho, aby se výsledky činnosti novináře či média kvalifikovaly pro ochranu v rámci svobody projevu, pak nenaplnění povinností a odpovědnosti musí mít za následek, že projev nespadá do rámce čl. 10 Úmluvy. Nebo může být tato kvalitativní podmínka jen branou k privilegovanému postavení média v rámci svobody projevu; jinými slovy, odlišuje běžnou úroveň svobody projevu od privilegovaného postavení zaručeného svobodou médií. K tomuto chápání směřuje Jan Oster, když uvádí: „*Média jsou nástrojem, který zaručuje právo veřejnosti na vědění. Privilegovaná ochrana médií ale podléhá požadavku, že média informují o věcech veřejného zájmu a přispívají ke tržišti myšlenek. Pokud selhávají v naplňování těchto funkcí, ztrácejí svou privilegovanou ochranu a vystavují se civilní i trestní odpovědnosti.*“<sup>93</sup>

Určit, jak konkrétně ESLP s povinnostmi a odpovědností podle čl. 10 odst. 2 Úmluvy pracuje, není jednoduché. V judikatuře namísto prvku právní analýzy v odůvodnění představují spíše ornament v odůvodnění. Sice ho zdobí tím, že provazují odůvodnění soudu na text Úmluvy, ale je nejasné, co jejich zmínění přináší substantivního pro právní řešení věci. Jako přiléhavý však nelze označit výše popsaný radikálnější přístup, podle něhož by na splnění zvláštních povinností a odpovědnosti záviselo, zda bude projev vůbec spadat do rámce čl. 10 Úmluvy. Jde o poněkud důraznější způsob, jak vyjádřit relativní charakter svobody projevu. Tomu ostatně nasvědčuje i dobová anotace, z níž jsem citovala výše. Další podporné důvody pro tento závěr lze vyčíst z judikatury samé.<sup>94</sup>

Zaprvé, povinnosti a odpovědnost se pojí s výkonem svobody projevu u *všech* nositelů svobody projevu, nikoli jen médií (jako právnických osob) nebo novinářů (jako osob fyzických),

<sup>91</sup> WRAGG, 2020, op. cit., s. 85 a násl. Wragg se obsírně věnuje i polemice s konceptem zvláštních povinností a odpovědností tisku jako takovým. Velmi stručně shrnuto, nenachází je opodstatněnými z důvodu, aby šlo o právní povinnosti, muselo by existovat jim odpovídající právo jiného subjektu. Žádné takové však není možné identifikovat (nemůže jít o obecný koncept „práva veřejnosti přijímat informace“). Povinnosti, o nichž hovoříme, mají podle Wragga povahu výhradně etickou, a jejich plnění proto není možné z povahy věci vynuocovat právními prostředky. Jeho pozice proto míří proti myšlence podmíněnosti práv plněním profesně-etických norem, jak ho formuluje např. O’Neill.

<sup>92</sup> Srov. Wraggovu polemiku s O’Neill. Ibid., s. 99 a násl.

<sup>93</sup> OSTER, 2013, op. cit., s. 73.

<sup>94</sup> Vycházejí z analýzy judikatury ESLP v databázi HUDOC označené pod „keyword“ „Art. 10-2 Duties and responsibilities“.

naplňujících svobodu projevu specifickým způsobem. Tento závěr plyne už ze samotného znění čl. 10 odst. 2 Úmluvy. Vzhledem k tomu, že média byla důvodem, proč povinnosti a odpovědnost spojené s výkonem svobody projevu obsahuje, a protože jde o *leitmotiv* objevující se v úvahách o svobodě médií, dovolím si tento zdánlivě samozřejmý závěr zdůraznit.

Je pravdou, že povinnosti a odpovědnost ESLP zdůrazňuje často právě v souvislosti s médii a novináři, to lze ovšem připsat skutečnosti, že právě jejich činnost, respektive zásahy do ní ze strany státu, přirozeně tvoří významnou část agendy spojené s čl. 10 Úmluvy. V judikatuře však nalezneme i případy, kdy ESLP povinnosti a odpovědnost spojenou s výkonem svobody projevu vznesl v případech učitelů,<sup>95</sup> soudců<sup>96</sup> nebo státních úředníků.<sup>97</sup> Není ani přesvědčivé uvažovat o tom, že by se povinnosti a odpovědnost týkaly jen vybraných skupin osob, případně že by jejich významem bylo zdůraznění potřeby výrazněji regulovat výkon svobody projevu u určitých kategorií osob.<sup>98</sup> Tyto vybrané kategorie osob by tvořily nesourodou skupinu: zatímco u novinářů a médií by povinnosti a odpovědnost vyvažovaly jejich široké (privilegované) pojetí svobody projevu, u ostatních by naopak spíše signalizovaly její omezení pramenící ze zvláštního profesního postavení.<sup>99</sup> Už v rozsudku *Handyside proti Spojenému království* však ze strany ESLP zaznívá jednoznačně, že povinnosti a odpovědnost dopadají na kteroukoli osobu při výkonu svobody projevu,<sup>100</sup> a na tomto závěru soud setrval i později.<sup>101</sup> Ilustrativní je i skutečnost, že v některých případech ESLP sice určitou povinnost spojenou s výkonem svobody projevu dovodil nejprve u médií, ale následně ji rozšiřuje i na další subjekty. Tímto směrem se vyvíjí judikatura k povinnosti moderovat diskuze na internetu, kde ESLP na rozsudek *Delfi AS proti Estonsku* navázal již i tím, že povinnost moderovat obsah debaty pod vlastním příspěvkem ve svém profilu na sociální síti dovodil u aktivního politika, který nedostatečně rychle mazal nenávistné komentáře psané jeho podporovateli.<sup>102</sup> Zadruhé, existuje alternativní vysvětlení, proč se o povinnostech a odpovědnosti judikatura zmiňuje *především* v souvislosti s některými kategoriemi osob, přestože dopadají na všechny. Rozdíly není možné hledat primárně na straně rozdělování nositelů svobody projevu podle toho, zda a jaké „povinnosti a odpovědnost“ mají, ale v situaci, v níž konkrétní projev činí. Právě takto, v návaznosti na situaci a prostředky, jakými je projev činěn, obsah (*scope*) povinností a odpovědnosti vymezil ESLP už v notoricky známém rozsudku *Handyside*.<sup>103</sup>

<sup>95</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 2. 9. 1995, ve věci *Vogt proti Německu*, stížnost č. 17851/91.

<sup>96</sup> Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 28. 10. 1999, ve věci *Wille proti Lichtenštejnsku*, stížnost č. 28396/95; nebo rozsudek ESLP ze dne 26. 2. 2009, ve věci *Kudeshkina proti Rusku*, stížnost č. 29492/05.

<sup>97</sup> Rozsudek ESLP ze dne 9. 1. 2018, ve věci *Catalan proti Rumunsku*, stížnost č. 13003/04.

<sup>98</sup> KMEC, J. et al. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, cit. podle Beck online.

<sup>99</sup> Srov. například výše citovaný rozsudek *Vogt proti Německu*.

<sup>100</sup> Rozsudek pléna ESLP ze dne 7. 12. 1976, ve věci *Handyside proti Spojenému království*, stížnost č. 5493/72, bod 49, v anglickém znění: „[W]hoever exercises his freedom of expression undertakes ‘duties and responsibilities’...“

<sup>101</sup> Např. v rozsudcích ze dne 14. 6. 2007, ve věci *Hachette Filipacchi Associates proti Francii*, stížnost č. 71111/01, ze dne 26. 6. 2018, ve věci *Girleanu proti Rumunsku*, stížnost č. 50376/09, nebo v rozsudku velkého senátu ze dne 10. 12. 2007, ve věci *Stoll proti Švýcarsku*, stížnost č. 69698/01.

<sup>102</sup> Rozsudek ESLP ze dne 2. 9. 2021, ve věci *Sanchez proti Francii*, stížnost č. 45581/15 (projednáván velkým senátem).

<sup>103</sup> Bod 49 rozsudku *Handyside proti Spojenému království*.

Obsah povinností, odhodlá-li se ESLP k jejich formulaci, současně nemá vždy vysoce profesně vyhraněnou podobu. Vůči novinářům za součást povinností kupř. povinnost získávat informace legálním způsobem a dodržovat běžné právní předpisy včetně trestního práva. Poslední závěr ESLP již opakovaně zdůrazňoval, například ve vztahu k případu novináře, který neuposlechl výzvy k opuštění prostoru, kde probíhala nikoli právě poklidná demonstrace.<sup>104</sup> Stežít lze říci, že by šlo o jakoukoli zvláštní povinnost, která dopadala jen na novináře. Šlo však o omezení svobody sbírat informace (v rámci přípravné fáze novinářské činnosti, chráněné čl. 10 Úmluvy) plynoucí z konkrétní situace.

Formulace ESLP, že jsou záruky čl. 10 Úmluvy poskytnuty novinářům při informování o věcech veřejného zájmu, když jednají v dobré víře, na přesném faktickém základě a poskytují spolehlivé a přesné informace,<sup>105</sup> by sice mohla naznačovat, že podmínkou pro to, aby se novinářský projev vůbec pod čl. 10 Úmluvy kvalifikoval, je splnění dalších kvalitativních požadavků na jejich projevy, pro něž je nezbytné splnění některých profesně etických norem (např. požadavek ověřování a používání plurality zdrojů<sup>106</sup>). Problém s tímto tvrzením je však dvojnásobný. Zaprvé, soud vedle požadavku „výkonu odpovědné žurnalistiky“ připouští, že podoba zpracování konkrétního projevu spadá do svobody projevu.<sup>107</sup> Jeho hodnocení proto spíše identifikuje excesy, nesleduje naplnění dílčích profesních standardů ve všech případech.<sup>108</sup> Zadruhé, od naplnění těchto požadavků se neodvívá, zda jedinec bude svobody projevu požívat. Opět se váže „pouze“ k otázce přiměřenosti omezení.<sup>109</sup> Faktor naplnění profesně etických norem, tedy výkon odpovědné žurnalistiky, proto podle mého názoru nelze v současné judikatuře ESLP považovat za konstitutivní prvek pro to, aby konkrétní subjekt mohl vůbec být označen jako médium a aby soud zahrnul do rámce přezkumu úvahy o svobodě médií.

### 3.2.3 Mají média z pohledu ESLP privilegované postavení?

Předchozí část textu může vyvolat skepsi – nejsou-li charakteristické znaky médií, které mají zdůvodňovat jejich ochranu, ve skutečnosti vlastní pouze médiím, mají vůbec v judikatuře

<sup>104</sup> Viz rozsudek *Pentikäinen proti Finsku*.

<sup>105</sup> Jako například v rozsudku *Stoll proti Švýcarsku*, bodě 103; použita je podobná formulace jako v rozsudku *Bédat proti Švýcarsku*.

<sup>106</sup> Zřejmým problémem by pochopitelně bylo, kdo tento etický standard (*lege artis* novinářské profese) určuje a o jaké normy jde. O tom, že nelze vždy najít dokonale jednotnou představu o profesně etických žurnalistických normách, ilustrativně svědčí např. kontroverze týkající se pochybení novinářky *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, do níž se svým editorialem zapojil M. Steibens. Viz STEIBENS, M. Wanting to Know the Facts. *Verfassungsblog*. [online]. 29. 7. 2022. Dostupné z: <https://verfassungsblog.de/wanting-to-know-the-facts/>

<sup>107</sup> Srov. např. rozsudek *Fressoz a Roire proti Francii*.

<sup>108</sup> Zajímavé stanovisko ke konceptu odpovědné žurnalistiky a jeho roli v judikatuře ESLP poskytli disentující soudci Sajó a Karakaş v případě *Satakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy proti Finsku* (tedy v případě, v němž se ESD a zdrženlivěji i ESLP pustil po stopě toho, co představuje jádro novinářských aktivit). Spatřují v něm faktor, jímž soud zdůvodňuje rozšíření prostoru pro uvážení (*margin of appreciation*) státu, což vede k podkopání svobody tisku. Uvedli: „Dovolit státům vykládat rámec těchto konceptů znamená implicitně podpořit pozici objevující se v některých smluvních státech Úmluvy, že novinářská aktivita kritická ke státu není žurnalistikou, ale je jasně nelegální jako forma terorismu nebo obroženi národní bezpečnosti. Článek 10 nezmocňuje národní soudy k tomu, aby v této věci rozhodovali, a stejně by měl postupovat i tento soud.“

<sup>109</sup> Ilustrativní může být např. rozsudek *Bladet Tromsø a Stensaas proti Norsku*, body 64 a násl.

ESLP privilegované postavení? Spíše než závěr, že na svobodu médií nahlíží jako na samostatný koncept garantující médiím *a priori* privilegované postavení, je podle mého názoru přiléhavější zamítavá odpověď na položenou otázku. Podobný závěr plyne, jak upozornil i Wragg,<sup>110</sup> z rozsudku *Steel a Morris proti Spojenému království*.<sup>111</sup> Šlo o případ dvou (nikterak dobře známých, takřka „řadových“) aktivistů, kteří vedli letákovou kampaň upozorňující na práva zvířat namířenou proti McDonald's. Soud odmítl argumentaci vlády, že stěžovatelé nebyli novináři, a proti jim nesvědčí „vysoká úroveň ochrany čl. 10 Úmluvy“. Uvedl, že v demokratické společnosti i malé a neformální skupiny musí být schopné vykonávat své aktivity efektivně. Umožnit takovým skupinám a jednotlivcům „mimo hlavní proud“ přispívat k veřejné debatě rozšiřováním myšlenek a informací představuje silný veřejný zájem.<sup>112</sup> Dále už soud bez dalšího vysvětlení zmínil význam tisku v demokratické společnosti, stejně jako jeho povinnosti a odpovědnost, a provedl test podobně, jako by před sebou měl *prima facie* subjekt, jemuž svědčí předpoklad vysoké úrovně ochrany práv spadajících pod čl. 10 Úmluvy. Zvýšená ochrana, projevující se ve vyšších požadavcích na odůvodnění nezbytnosti zásahu, se tedy neváže primárně k subjektu s určitým postavením nebo rolí, ale k tomu, kdo plní určitou širěji popsatelnou funkci – přispívá k veřejné debatě.

Takové úvahy ovšem narážejí na již známou obavu, co zbyde z privilegovaného postavení médií, pakliže (teoreticky) bude moci být „novinářem“ a těžit z těchto privilegií každý. Na to lze poskytnout dvojí odpověď. Zaprvé, hovořit o „privilegiích“ je z několika ohledů zavádějící. Nejde o propůjčená privilegia, ale práva, a mají-li existovat práva dostupná jen některé skupině subjektů, pak musí existovat legitimní důvod pro takový postup. Pokud zdůvodnění těchto práv používané pro jednu skupinu dopadá i na skupiny další, ztrácí legitimitu zužovat okruh těch, kdo z těchto práv mohou těžit. V situaci, kdy má každý k dispozici jednoduché technologické prostředky, jak se zapojit do diskuze o otázkách veřejného zájmu, nelze vyloučit, že v určité situaci bude vykonávat svobodu projevu podobně, jako by byl profesí novinář. Zadruhé, přesto to nepovede k apokalypse či devalvaci. I přes široký okruh nositelů práva existují mechanismy, jak zaručit proporcionalitu v jejich uplatňování. Postačí ve svých úvahách přesunout „síto“, jež rozhoduje, z vymezení okruhu nositelů konkrétního práva na vlastní posouzení proporcionality případného zásahu do těchto práv.<sup>113</sup> Je to tedy kvalita jeho provedení, hloubka argumentace, v níž je třeba poměřit konkurující si zájmy. Předem omezovat okruh nositelů může představovat nadbytečnou překážku za naplněním cíle, který má přitom dané právo primárně sledovat – přispět k rozvoji veřejné debaty o věcech veřejného zájmu, a tím stimulovat prostředí demokratické společnosti.

<sup>110</sup> WRAGG, 2020, op. cit., s. 111. Wragg dokonce dovozuje, že média nemají jakkoli privilegované postavení.

<sup>111</sup> Rozsudek ze dne 15. 2. 2005, stížnost č. 68416/01.

<sup>112</sup> Bod 89 rozsudku uvádí: „Vláda upozornila, že stěžovatelé nejsou novináři, a proto nedosahují na vysokou úroveň ochrany poskytovanou tisku pod čl. 10. Soud má nicméně za to, že v demokratické společnosti i malé a neformální názorové skupiny, jako je London Greenpeace, musí být schopné vykonávat své aktivity efektivně. Existuje silný veřejný zájem na tom, aby takové skupiny a jednotlivci mimo hlavní proud přispívali k veřejné debatě rozšiřováním informací a myšlenek o věcech veřejného zájmu, jako je zdraví a životní prostředí.“

<sup>113</sup> Srov. hlavní teze díla MÖLLER, K. *The global model of constitutional rights*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012. Hlavní inspirací je autorova myšlenka, že posouzení proporcionality zásahu je klíčová fáze zdůvodnění toho, zda určitý subjekt právo má, či nemá.

## Závěr

V tomto článku jsem se pokusila ukázat, že ačkoli se v literatuře objevují pokusy vytvořit moderní „definici“ médií, v praxi ESLP přistupuje k chápání pojmu média, potažmo novinářské činnosti, spíše intuitivně. A. Flanagan identifikovala v jeho judikatuře trojici klíčových prvků „vytvářejících“ médium (zaměření komunikace na veřejnost, zaměření na otázky veřejného zájmu a zvláštní povinnosti a odpovědnost). Ovšem způsob, jímž ESLP s těmito prvky pracuje, se vymyká jednoduché charakteristice. V jeho judikatuře tato trojice prvků tvoří dohromady jednoduchou definici, jejíž naplnění by soud testoval, a v případech jejich kumulativního naplnění „aktivoval“ přezkum na podvozku svobody médií jako zvláštní složky svobody projevu. Kritérium projevu týkajícího se otázek veřejného zájmu sice vede ke zvýšení práhu ochrany projevu proti jiným v konkurenci stojícím zájmům, neomezuje se ovšem jen na média. Povinnosti a odpovědnost jsou pojmově spojeny s výkonem svobody projevu vždy. Jejich rámec se neodvozuje od postavení konkrétního subjektu, ale spíše od kontextu a situace, v níž se nachází. Nejde-li vyloženě o ornamentální zmínku o povinnostech a odpovědnosti ve shrnutí obecných závěrů soudu, vystupují do popředí tehdy, chce-li soud zdůraznit relativní charakter svobody projevu a možnost jejího omezení souladného s Úmluvou. Zdá se tedy, že ESLP nebyl schopen nalézt vodítka, která by dokázala přesvědčivě odlišit média jako specifickou kategorii, a přitom obstála ve světě, v němž se díky změnám v dostupných technologiích proměňují způsoby vedení veřejné debaty.

Tyto závěry lze následně promítnout do úvahy o právním charakteru svobody médií. Jde skutečně o specifickou svobodu odlišnou od svobody projevu, jež náleží každému, nebo případně o zvláštní složku svobody projevu, která poskytuje zvláštní privilegia médiím? Předchozí závěry naznačují, že média nelze považovat za subjekty, které by byly v rámci čl. 10 Úmluvy privilegované vždy už jen ze své podstaty. Úroveň jejich ochrany pod čl. 10 Úmluvy vychází z kontextu dané situace. Je ovšem podstatné, že argumenty, které v konkrétním případě svědčí pro vysokou úroveň ochrany médií, se mohou vztahovat i na jiné subjekty, a to včetně jednotlivců. I ti mají, za určitých okolností, potenciál přispět svým projevem do veřejné debaty v demokratické společnosti, jež se vede o tématech veřejného zájmu.

To vede k pochybnostem, zda není namístě změnit převládající uvažování o zvláštních právech, jež tvoří, podle některých názorů, svobodu médií. Mají být zvláštní práva (typicky např. právo na ochranu zdroje informace) skutečně vyhrazena pouze médiím? Judikatura evropských soudů již vzala za své, že si nelze vystačit s „tradiční“ představou média. Skutečnou otázkou ovšem spíše je, kde by měl v dnešním světě koncept médií končit, a zda není v důsledku tak široký, že tím přichází o jakoukoli rozlišovací schopnost. V tomto článku jsem nenabídla jednoznačnou odpověď. Předložila jsem však argument, že odpověď nemá být podložena jen obavami plynoucími z toho, že rozšíření těchto práv (potenciálně až na všechny, neboť svoboda projevu náleží každému) povede k jejich devalvací a popření jejich smyslu. Vzhledem k tomu, že jde o práva relativní, existuje v každém případě možnost individuálně poměřit v konkurenci stojící zájmy. Odpověď tedy není potřebná, ale ani možné, hledat v udržení „exkluzivního“ statusu médií, který ostatně byl a je ve značné míře iluzorní.





# Vytýkáací povinnost a lhůta k jejímu splnění podle § 1921 ObčZ

## The Duty to give Notice and the Period for its Fulfilment according to the § 1921 Czech Civil Code

Viktor Kolmačka\*

### Abstrakt

Předmětem článku je analýza ustanovení § 1921 občanského zákoníku. Podle aktuálního názoru české literatury upravuje první odstavec vedle subjektivní lhůty k vytknutí vady rovněž lhůtu objektivní. Poslední případ přitom má platit pro všechny vady bez rozdílu, a to nejen pro vady skryté, ale též právní. Článek se snaží přesvědčit, že tento závěr se nemůže prosadit. Cestou historické analýzy autor dokládá, že závěry současné literatury jsou důsledkem českého směšování vytýkáací povinnosti a lhůty k uplatnění práv z vad, které má kořeny v komunistickém zákonodárství. Důsledkem tohoto přístupu je pak nefunkční právo z vadného plnění a plné hodnotových rozporů. Autor prezentuje rovněž vlastní stanovisko k výkladu § 1921 občanského zákoníku, kterým se hodlá těmto nedostatkům vyhnout.

### Klíčová slova

Odpovědnost za vady; vytknutí vady; promlčecí lhůta; právní vady; faktické vady.

### Abstract

The article analyses the provision of § 1921 of the Czech Civil Code. According to the current opinion of Czech literature, the first paragraph regulates two periods to give a notice, where the first is the subjective and the second the objective. The last case should apply to all defects without distinction, if the defect is hidden or if it is the defect in title. The article tries to prove that these conclusions cannot prevail. Through historical analysis, the author demonstrates that the current findings of contemporary literature result from the Czech conflation of the duty to give notice and the limitation period for exercising rights from defects, which has its roots in communist legislation. This approach's consequence is the dysfunctional liability law for defects and full of value contradictions. The author also presents his own opinion on the interpretation of § 1921 of the Czech Civil Code, which he intends to avoid these shortcomings.

### Keywords

Liability for Defects; Duty to Give Notice; Limitation Period; Defects in Title; Defects in Conformity.

\* Mgr. Viktor Kolmačka, doktorand a asistent, Katedra soukromého práva a civilního procesu, Právnická fakulta, Univerzita Palackého, Olomouc; asistent soudce, Nejvyšší soud, Brno / Ph.D. student and Assistant, Department of Private Law and Civil Procedure, Faculty of Law, Palacký University, Olomouc, Czech Republic; Legal Assistant, Supreme Court, Brno, Czech Republic / E-mail: viktor.kolmacka@upol.cz / Scopus ID: 57226775748

## Úvod

Rekodifikace soukromého práva provedená zákonem č. 89/2012 Sb., občanským zákoníkem (dále jen „ObčZ“), se oproti předchozí právní úpravě vyznačuje tím, že do jediného civilního kodexu integrovala obchodněprávní pravidla. Jejich povaha však mnohdy není šitá na míru subjektům, kteří nejsou skutečnými profesionály, a nelze je tak označit za podnikatele v materiálním smyslu. Typickou právní figurou, která počítá s profesionálními zkušenostmi, je vytykáací povinnost (tzv. *Rügepflicht*),<sup>1</sup> dále označována jako „**vytykáací povinnost v obchodněprávním smyslu**“. Český právní řád s ní nakládá v poměrech koupi věci movité (§ 2112 ObčZ) a díla (srov. § 2618, § 2615 odst. 2 ve spojení s § 2104 ObčZ) jako s úkonem k zachování vymahatelnosti práv z vadného plnění. Jestliže jí totiž kupující či objednatel neucíní zadost (vadu nevytkne, protože zboží neprohlédl, nebo sice prohlédne, ale včas neoznámí), zakládá zákon prodávajícímu či zhotoviteli peremptorní (tzn. trvalou) námitku, kterou se v případném sporu ubrání žalobě z vadného plnění. Nároky z takové vady tedy přestávají být u soudu prosaditelné.<sup>2</sup>

Při tvorbě platného a účinného občanského zákoníku bylo zařazení vytykáací povinnosti v obchodněprávním smyslu do pravidel o koupi podrobena kritice, kterou vynesl *Ulrich Magnus*.<sup>3</sup> Zpočátku sice uvádí, že návrh českého občanského zákoníku se vydává moderním směrem, neboť jsou do něj integrována pravidla o obchodní koupi. Úprava však pomíjí odlišně vymezit jejich osobní působnost, a nerespektuje tak, že se hodí pro vztahy mezi podnikateli v materiálním smyslu.

*„To se ukazuje na prakticky nejvýznamnějším rozdílu, který v jiných právních řádech existuje mezi obchodní a občanskou koupí, kvazipovinností prohlédnout zboží a vytknout jeho vadu, která, pokud vůbec, pak obvykle platí jen pro obchodníky.“<sup>4</sup> Podle § 1834 návrhu [v platné a účinné úpravě § 2112 ObčZ – pozn. aut.] neexistuje naproti tomu již jen u obchodní koupě, nýbrž také u civilních koupí, a zjevně dokonce i u spotřebitelských koupí kvazipovinnost kupujícího zkontrolovat*

<sup>1</sup> Pojem vytykáací povinnosti v sobě *implicitně* zahrnuje jak povinnost prohlédnout předmět plnění, tak včas oznámit jeho vadu seznatelnou prohlídkou (srov. jen OSER, H., SCHÖNENBERGER, W. *Zürcher Kommentar: Band 5, Obligationenrecht, Halbband. 2: Art. 184–418. 2.*, přeprac. vyd. Zürich: Schulthess, 1936, čl. 201, marg. č. 5).

<sup>2</sup> V podrobnostech viz 3.3.4.

<sup>3</sup> Viz MAGNUS, U. Das Kaufrecht im tschechischen Entwurf eines neuen Zivilgesetzbuchs – ein Vergleich mit internationalen und europäischen Regelungen. In: APATHY, P. a kol. *Festschrift für Helmut Kozjól zum 70. Geburtstag*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2010, s. 255–281. Až na několik odchylek takřka shodný příspěvek přeložený do českého jazyka dostupný rovněž in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK J., TICHÝ L. (eds.). *Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva: konaných 21. listopadu a 5. prosince 2008 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy*. Beroun: Eva Rozkotová – IFEC, 2008, s. 154 a násled., zejm. s. 161–162.

<sup>4</sup> Pravidlo ukládající vytykáací povinnost i nepodnikateli se nachází ve švýcarském obligačním právu, a to jednak u koupi, jednak u díla. Domácí nauka, v čele s E. *Bucherem*, jej stejně jako U. *Magnus* již dlouhodobě kritizuje. Srov. KRAMER, E. A. AGB- und Konsumentenkaufertragsrecht: Das neue europäische Recht als Vorbild für die Schweiz? *Zeitschrift für schweizerisches Recht*. Basel: Helbing & Lichtenhahn. 1999, 4 Heft, 1. Halbband, s. 300; BUCHER, E. Der benachteiligte Käufer. *Schweizerische Juristen-Zeitung*. 1972, roč. 67, s. 2–6, sešit č. 1; BUCHER, E. Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. 1983, s. 342–343; jej následuje též komentářová lit. např. SCHÖNLE, H., HIGI, P. *Zürcher Kommentar: Obligationenrecht. Teilband V 2a. Kauf und Schenkung. Zweite Lieferung Art. 192–204 OR. 3.*, zcela nově přeprac. vyd., Zürich: Schulthess, 2005, s. 480–481, Art. 201, marg. č. 6 až 8.

zboží, jakmile je to možné, po přechodu nebezpečí škody na věci obledně faktických vad, včetně vad v kvantitě. Moby-li být při prohlídce vady rozpoznány, ztrácí kupující všechna práva z vad, pokud vady včas nevytkel a prodávající se neprovedení vytknutí dovolává. Povinnost k okamžité prohlídce existovala doposud v českém právu podle dílky zákona jen u obchodní koupě. Má-li se tato nová regulace stát zákonem, povede tak u civilních koupí – pokud např. někdo prodá auto svému sousedovi – k pozoruhodnému omezení práv kupujícího. Objeví-li se dodatečně vady, které byly při prohlídce rozpoznatelné, tak z nich kupující nemůže vyvozovat žádná práva [...] Proti sjednocení obchodní a civilní koupě u kvazipovinnosti prohlédnout zboží dle mého názoru hovoří, že civilní kupující většinou nemá žádné zvláštní odborné znalosti, aby zjistil, a tato odborná znalost (na rozdíl od podnikatelů) ani od něj nemůže být očekávána. Judikatura by proto zde musela vyvinout zvláštní hlediska, kterým požadavkům na prohlídku by při zohlednění okolností konkrétního případu měl civilní kupující dostát. Jak a kdy by musel kupř. mladý muž, stará důchodkyně prohlédnout právě koupenou pračku? Stanovit pro oba totožné hledisko by bylo stěží obhajitelné, protože individuální možnosti rozpoznat vady jsou příliš rozdílné. Nadindividuální hledisko požadavku řádné prohlídky adaptované na konkrétní okolnosti, jako platí v obchodním právu, se již ale nedá formulovat. Návrh by měl opustit všeobecnou kvazipovinnost prohlídky u všech civilních koupí. Ospravedlnitelná je tato kvazipovinnost jen u obchodníků.“<sup>5</sup>

Výtky U. Magna, které výše uvedenou pasáží rozhodně nekončí, patrně nevyvolaly v reko-difikační komisi žádnou bouřlivou diskuzi. Obtížně by si jinak bylo možné vysvětlit, proč textace § 2112 ObčZ včetně vymezení osobní působnosti (tj. aplikovatelnosti i na civilní koupě) zůstala nedotčená. Zarážející je však především mlčení důvodové zprávy, která se nezmohla ani na to, aby předloženou kvalifikovanou námitku reprodukovala, natož aby se s ní alespoň pokusila vypořádat. Sluší se zdůraznit, že vytýkací povinnost přitom platí i pro smlouvu o dílo (srov. § 2618, § 2615 odst. 2 ve spojení s § 2104).

<sup>5</sup> Originál: „Dagegen lassen sich keine speziellen Vorschriften finden, die ausdrücklich nur für Kaufleute oder nur für den Zivilkauf gelten. Der tschechische Entwurf scheint insoweit keinen Unterschied mehr zwischen dem Handelskauf und dem allgemeinen Zivilkauf zu machen. Das zeigt sich an dem praktisch bedeutsamsten Unterschied, der in anderen Rechten zwischen dem Handelskauf und dem Zivilkauf besteht, der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, die, wenn überhaupt, dann gewöhnlich nur für Kaufleute gilt. Nach § 1834 E [Abkürzung für ‚Entwurf‘ – Notiz des Autors] besteht dagegen jetzt nicht nur bei Handelskäufen, sondern auch bei Zivilkäufen und offenbar sogar bei Verbraucherkäufen die Obliegenheit des Käufers, die Ware sobald wie möglich nach Gefahrübergang auf Sachmängel, einschließlich Quantitätsmängel, zu untersuchen. Hätten bei der Untersuchung Mängel erkannt werden können, verliert der Käufer alle Mängelrechte, wenn er sie nicht rechtzeitig rügt und der Verkäufer sich auf die unterlassene Rüge beruft (§ 1843 E). Bislang bestand die Verpflichtung zur alsbaldigen Untersuchung im tschechischen Recht nach dem Wortlaut des Gesetzes nur bei Handelskäufen (§ 427 Handelsgesetzbuch). Sollte die Neuregelung Gesetz werden, führt sie damit bei Zivilkäufen – wenn zB jemand sein Auto seinem Nachbarn verkauft – zu einer beachtlichen Einschränkung der Rechte des Käufers. Treten nachträglich Mängel auf, die bei einer Untersuchung erkennbar waren, so kann der Käufer aus ihnen keine Rechte herleiten... Gegen eine Gleichstellung des Handels- und Zivilkaufs bei der Untersuchungsobliegenheit spricht mE, dass zivile Käufer meist keine besondere Sachkunde besitzen, um Mängel zu entdecken, und dass diese Sachkunde von ihnen – anders als von Kaufleuten – auch nicht erwartet werden kann. Die Rechtsprechung müsste hier deshalb besondere Maßstäbe entwickeln, welchen Untersuchungsanforderungen ein ziviler Käufer unter den Umständen des konkreten Falles jeweils nachzukommen hätte. Wie und wann müsste etwa ein junger Mann, eine alte Rentnerin die gerade gekaufte Waschmaschine untersuchen? Für beide einen gleichen Maßstab anzulegen, wäre kaum vertretbar, da die individuellen Möglichkeiten, Mängel zu erkennen, zu unterschiedlich sind. Ein überindividueller Maßstab, der eine den Umständen angepasste, ordnungsgemäße Untersuchung verlangt – wie er im Handelsrecht gilt –, lässt sich dann aber nicht mehr formulieren. Auf eine allgemeine Untersuchungsobliegenheit bei allen Zivilkäufen sollte der Entwurf daher verzichten. Gerechtfertigt erscheint die Untersuchungsobliegenheit nur bei Kaufleuten.“ (MAGNUS, op. cit., s. 262–263).

Cílem tohoto příspěvku je v první řadě doložit, že

- 1) vytykáací povinnost v obchodněprávním smyslu se nachází rovněž v § 1921 odst. 1 v. 1, odst. 2 v. 1 ObčZ. To se podává nejen z textace, ale především z vývoje českého občanského soukromého práva. Je třeba náležitě zohlednit, že vytykáací povinnost není specifická toliko svým obchodněprávním rysem, nýbrž rovněž tím, že její povaha nepřipouští, aby byla aplikována na všechny druhy vad. Nedopadá proto ani na vady skryté (řádnou prohlídkou nezjistitelné), ani na vady právní spočívající v nároku třetí osoby. Naposledy uvedený typ vad je jen v extrémně výjimečných případech seznatelný prohlídkou (např. označení, že věc je zastavena)<sup>6</sup>.
- 2) ustanovení § 1921 odst. 1 v. 2 ObčZ je historicky **reliktem socialistické vytykáací povinnosti**, která představuje vulgarizaci právní úpravy realizace práv z vad.

Zmíněné aspekty jsou současnou literaturou<sup>7</sup> při výkladu § 1921 ObčZ zcela pomíjeny. Doposud zastávané závěry jsou stěží schopny dosáhnout cíle, k němuž právo z vadného plnění směřuje (srov. v podrobnostech sub 3.2). Na základě těchto námitek se posléze předkládá vlastní stanovisko, které nabízí odchylnou intepretaci § 1921 ObčZ (srov. blíže 3.3).

## 1 Prvotní přiblížení se právní normě (§ 1921)

Podle § 1921 odst. 1 ObčZ může nabyvatel uplatnit právo z vadného plnění u soudu, vytkl-li zciziteli vadu bez zbytečného odkladu poté, kdy měl **možnost věc prohlédnout a vadu zjistit**, a to buď označením vady nebo oznámením, jak se projevuje. Vadu lze vytknout do 6 měsíců od převzetí předmětu plnění. Pro vady kryté zárukou platí totéž (totožná délka lhůty s obdobným počátkem jejího běhu a stejným způsobem vytknutí) s tím rozdílem, že vada musí být vytknuta do konce záruční doby (§ 1921 odst. 2 ObčZ).

Je třeba si klást otázku, zda skutečně má obstát závěr vyskytující se v komentářové literatuře,<sup>8</sup> že § 1921 odst. 1 a 2 zakládají povinnost nabyvateli vytykat v objektivní lhůtě **každou vadu bez ohledu na její povahu**, tzn. skrytou, zjevnou či právní. Je třeba vznést námitku, že objektivní lhůtě stanovené v § 1921 odst. 1 v. 2 a odst. 2 nelze takto rozumět. Textace pravidla naznačuje, že objektivní lhůta se naopak vztahuje pouze k vadě, která je zjistitelná při prohlídce (srov. návaznost § 1921 odst. 1 v. 1 na v. 2). Přijetí právě uvedeného závěru přitom umožní diferenciovat mezi jednotlivými typy vad. O naposledy uvedeném přístupu se předkládaná stat' snaží přesvědčit.

<sup>6</sup> Srov. § 1317 odst. 2 ObčZ.

<sup>7</sup> Viz POROD, J. In: PETROV, J., VÝTISK, M., BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník*. 2. vyd. (1. aktualizace). Praha: C. H. Beck, 2022, § 1921, marg. č. 2, § 1920, marg. č. 11; ŠILHÁN, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 906, § 1921, marg. č. 20, § 1920, marg. č. 5; ŠILHÁN, J. *Právní následky porušení smlouvy v novém občanském zákoníku*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 489 a násl.; bez jakékoliv diferenciacie též SELUCKÁ, M. In: PRAŽÁK, Z. (ed.). *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.* Praha: Leges, 2017, § 1921, odst. č. 1; výslovně pro „jakoukoliv vadu“ BÁNYAIOVÁ, A. In: ŠVESTKA, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, § 1921, odst. č. 2.

<sup>8</sup> Srov. citovanou komentářovou literaturu v předchozí poznámce pod čarou.

Interpretaci § 1921 ObčZ dle zde zastávaného názoru nikterak nepřispívá důvodová zpráva, která uvádí:

*„Práva z vadného plnění musí být uplatněna včas. Nestane-li se tak, nespojuje s tím osnova zánik práva, protože se vůbec snaží vyhybat institutu prekluze. Zakládá se však právo zcizitele namítnout opožděné vytknutí vady. Bude-li námitka vznesena, soud právo z vadného plnění nepřizná.“<sup>9</sup>*

Citovaný výrok v první řadě neodpovídá znění textu právní normy, ve které se námitka zcizitele vůbec nevztahuje k pozdnímu uplatnění práva z vadného plnění (*sic!*), ale k nikoliv včasnému vytknutí vady. K otázce kdy, jak a vůči komu má být právo z vadného plnění uplatněno, se § 1921 v žádném ohledu nevyjadřuje. Až v ustanoveních § 2106 odst. 2, resp. § 2107 odst. 2 ObčZ se upravuje lhůta k uplatnění práva z vadného plnění (nejpozději „bez zbytečného odkladu po oznámení vady“), stejně jako jak má být postupováno, jestliže kupující neuplatní žádné právo z vad. Po vytknutí vady (příp. po jejím oznámení podle § 2106 ObčZ) zákon nenařizuje uplatnění práva z vadného plnění u soudu v žádné zvláštní lhůtě.

Vzhledem k tomu, že se důvodová zpráva hlásí k předchozí právní úpravě a aktuální komentářová literatura se opírá o závěry tehdejší nauky a judikatury (konkrétně § 504 a § 599 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění velké novely, viz 2.4.2), nezbyvá než se zaobírat vývojem těchto pravidel.

## 2 Vývoj občanskoprávní úpravy v oblasti lhůt vytýkacích, oznamovacích a k uplatnění práva u soudu

Pravidla o lhůtách týkající se uplatnění nároků z vadného plnění prošla rozsáhlým vývojem. Cílem této části je analyzovat vývoj norem o různých druzích lhůt v jednotlivých tuzemských soukromoprávních kodexech (resp. jejich návrzích). Při zohlednění důvodových zpráv a dobové literatury bude přitom kladen důraz na objasnění role, kterou tyto lhůty hrály, resp. měly hrát. Zdůrazňuje se, že se stranou ponechává analýza úpravy v obchodněprávních předpisech, neboť není určující pro interpretaci § 1921 ObčZ.

Největší obtíže přitom vyvolává interpretace ustanovení občanského zákoníku z roku 1964 ve znění pozdějších předpisů. Závěry, k nimž nauka a judikatura dospěla, nezůstanou stranou hodnocení.

### 2.1 Obecný zákoník občanský

Obecný zákoník občanský (dále jen „OZO“, nebo „ABGB“) v § 933 ve znění do III. dílčí novely<sup>10</sup> stanovil toliko lhůtu pro uplatnění práv z vad.<sup>11</sup> Od kdy však má plynout, výslovně neupravoval. Díkce ustanovení pamatovala pouze na odlišnou délku, jež se odvíjela od druhu věci. Měla-li být úplatnou smlouvou přenechána movitá věc, činila lhůta 6 měsíců; šlo-li však o věc nemovitou, pak trvala 3 roky.

<sup>9</sup> Srov. znění důvodové zprávy vztahující se k § 1914 až 1925 ObčZ, dostupné, jakož i ostatní důvodové zprávy v této stati, u nichž není uvedeno jinak, na webových stránkách Poslanecké sněmovny ČR.

<sup>10</sup> Císařské nařízení 69/1916 Ř. z., jímž se vydává třetí částečná novela k obecnému zákoníku občanskému.

<sup>11</sup> § 933 do III. dílčí novely: „Kdo chce žádati správu, musí své právo uplatnit, týká-li se nemovitých věcí, během tří let, týká-li se ale věcí movitých, během šesti měsíců, jinak právo zaniká.“

Kusost právní úpravy zavedla příčinu řadě právních problémů, s nimiž se nauka a judikatura potýkala více než sto let a které byly nadobro vyjasněny až přijetím III. dílčí novely. Již jen proto, že naše platná a účinná právní úprava opětovně tyto problémy nastoluje,<sup>12</sup> je žádoucí si diskuzi připomenout.

Sporné bylo především to, jaký okamžik má být rozhodující pro běh žalobní lhůty u vad právních na jedné straně a který u vad faktických na straně druhé. Celá diskuze před III. dílčí novelou se přitom odehrávala na pozadí argumentace opírající se o jejich odlišnou povahu.<sup>13</sup> Z protokolů při přípravě ABGB se podává, že redaktoři se inspirovali v pruském zemském právu (*Allgemeines Landrecht*, dále jen „ALR“), které obsahovalo ohledně dané otázky podrobná ustanovení:<sup>14</sup>

- ALR I. 5. §. 343. „Práva, která náležejí nabyvateli věci kvůli přirozeným nedostatkům týkajícím se věci [faktické vady – pozn. aut.], musí nabyvatel vykonat u zemských statků během tří let, u městských pozemků během jednoho roku, u movitých věcí ale během šesti měsíců po přijetí věci.“<sup>15</sup>
- ALR I. 5. §. 344. „Naproti tomu kvůli takovým vadám, které se týkají nikoliv věci samé, nýbrž jen jejich vnějších vlastností, oprávnění nebo závad, musí nabyvatel uplatnit svá práva u zemských statků

<sup>12</sup> Zejména jde o problém nerozlišování vad právních a faktických při výkladu § 1921 ObčZ, který je umocněn tím, že *leg. cit.* představuje vytýkáací povinnost v obchodněprávním smyslu.

<sup>13</sup> Názory k rozhodujícímu okamžiku běhu lhůty u právní vady se různily:

a) uplatněním nároku třetí osobou. Takto ZEILLER, F. E. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. Dritter Band. Erste Abtheilung, (§ 859–§ 1089)*. Wien: Geistingers Verlagshandlung, 1812, s. 140; NIPPEL, F. X. *Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, mit besonderer Berücksichtigung des pract. Bedürfnisses. VI Band. § 859 bis einschließig 982*. Grätz: Damian und Sorge, 1833, s. 194;

b) evikcí [zjednodušeně vyjádřeno odnětím držby věci], resp. situaci jí postavenou naroveň. K poslednímu případu se řadí např. okamžik výkonu zástavního práva, zápisu věcného práva do pozemkové knihy. Srov. HASENÖHRL, V. *Das österreichische Obligationenrecht. II Band. 2. vyd.* Wien: Manz, 1899, s. 466;

c) právní mocí rozhodnutí v evikčním sporu (WINIWARTER, J. von. *Das österreichische bürgerliche Recht. IV. Theil. 2. rozšířené a vylepšené vyd.* Wien: Braumüller und Seidel, 1844, s. 105; MATTISCH, F. *Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche von Ludwig Ritter von Kirschtetter. 3., zcela přepr. vyd.* Leipzig und Wien: F. A. Brockhaus, 1876, s. 471);

d) evikcí a okamžikem, kdy je jisté, že nastane [takto CRAMER, E. R. In: SCHUSTER, M., SCHREIBER, K. (red.). *Commentar zum österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch von weiland M. von Stubenrauch. II. Band., 8., přeprac. vyd., Wien: Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1903, s. 120; shodně KRAINZ, J. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. II. Band. 1. Hälfte. Wien: Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1889, s. 170];*

e) okamžikem, kdy se nabyvateli stane známé, že třetí osoba má právo k věci (EHRENZWEIG, A. *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. II. Band. 1. Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse. 5. vyd.* Wien: Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1915, s. 140);

f) okamžikem uplatnění nároku třetí osobou (či vůči ní), jinak moment, v němž má nabyvatel oprávněnou vědomost o vadě, podle okolností zpravidla dnem předání, přesněji po předání (KRASNOPOLSKI, H. *Österreichisches Obligationenrecht*. Wien: Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1910, s. 146–147).

<sup>14</sup> Texty kodexu jsou dostupné z: <http://www.koeblergerhard.de>

<sup>15</sup> ALR I. 5. §. 343. „Die Rechte, welche dem Uebernehmer einer Sache wegen natürlicher die Sache selbst betreffender Fehler zukommen, muß derselbe, bey Landgütern innerhalb Dreyer Jahre, bey städtischen Grundstücken innerhalb Eines Jahres, bey beweglichen Sachen aber innerhalb Sechs Monathe, nach dem Empfang der Sache, ausüben.“

*během jednoho roku, u městských pozemků během šesti měsíců a u movitých věci během tří měsíců poté, co žví o vadě.*<sup>16</sup>

- ALR I. 5. §. 344. „Nechá-li nabyvatel tyto lhůty propadnout, aniž by žalobu proti zciziteli soudně obhlásil, tak své právo ztrácí.“<sup>17</sup>

Jak sama textace citovaných ustanovení napovídá, pruské právo<sup>18</sup> *expressis verbis* rozlišovalo mezi faktickou (ALR I. 5. §. 343) a právní vadou (ALR I. 5. §. 344), přičemž rakouská (tehdy i česká) nauka měla tuto diskrepanci vždy na zřeteli.

V poměrech § 933 ABGB účinném do znění III. dílčí novely byla nejen literatura (viz shora), ale také rozhodovací praxe nejednotná v otázce rozhodného okamžiku běhu žalobní lhůty z právních a faktických vad. K jejímu sjednocení došlo až plenárním usnesením Nejvyššího soudního dvora (dále jen „OGH“) ze dne 26. 3. 1915, uveřejněném pod č. 7446 nové řady sbírky Glaser Unger<sup>19</sup> (dále jen „Gl. – Un. n. F. č. 7446“).<sup>20</sup> Definitivně byla v rakouském právu tato otázka provždy vyřešena až zásahem zákonodárce.<sup>21</sup> Ustanovení § 933 odst. 1 ABGB ve znění III. dílčí novely<sup>22</sup> normuje, že u vad faktických počíná plynout lhůta od **předání věci**, kdežto u vad právních spočívajících ve vznesení nároku třetí osobou až **okamžikem, v němž se nabyvatel o nároku dozví**.

<sup>16</sup> ALR I. 5. §. 344. „Wegen solcher Mängel hingegen, welche nicht die Sache selbst, sondern nur äußere Eigenschaften, Befugnisse oder Lasten derselben betreffen, muß der Uebernehmer seine Rechte bey Landgütern innerhalb Eines Jahres, bey städtischen Grundstücken innerhalb Sechs, und bey beweglichen Sachen innerhalb Dreyer Monate, nach der von dem Mangel erlangten Kenntniß, geltend machen.“

<sup>17</sup> ALR I. 5. §. 345. „Läßt der Uebernehmer diese Fristen verstreichen, ohne die Klage wider den Geber gerichtlich anzumelden, so geht sein Recht verloren.“

<sup>18</sup> Srov. z literatury k pruskému právu FISCHER, O. *Lehrbuch des preußischen Privatrechts*. Berlin, 1887, s. 341 (vady faktické), s. 346 (vady právní). DOI: <https://doi.org/10.1515/9783112377741>; FÖRSTER, F. *Preußisches Privatrecht, Band 1: Die Grundbegriffe und die Grundlehren des Rechts der Schuldverhältnisse*. 6. vyd. Berlin, 1892, s. 510 (vady faktické), s. 523 (vada právní). DOI: <https://doi.org/10.1515/9783112377307>; KOCH, Ch. F. *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Band 1,1 = 1. 4. vyd.* Berlin, 1862, s. 341, 342.

<sup>19</sup> Dostupné z: <http://alex.onb.ac.at>

<sup>20</sup> Srov. relevantní výňatek ve vztahu k otázce, od kterého okamžiku počínají plynout lhůty v § 933 ABGB u vad a) faktických (*physische Mängel*) a b) právních (*juristische Mängel*): a) Lhůty pro žaloby z vad faktických počínají plynout okamžikem fyzického předání; b) pro žaloby z právních vad věci dnem, kterým byl nárok na evikci (odejmutí věci) soudně či mimosoudně uplatněn. (Diese Fristen [im § 933 ABGB für die Gewährleistungsklagen] beginnen: a) für Gewährleistungsklagen wegen Sachmängel mit dem Tage der physischen Übergabe; b) für Klagen wegen rechtlicher Mängel der Sache mit dem Tage, an welchem der Entwährungsanspruch gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht wurde.)

<sup>21</sup> Srov. Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzungen einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Herrenhauses des Reichsrates, 78. Beilage, zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses – XXI. Session 1912. Dostupné z: <http://alex.onb.ac.at> (dále jen „HHB“), s. 175: „Ferner bedarf die Frage des Beginnes der Fristen des § 933 der Klärung. Für die Gewährleistungsansprüche wegen physischer Mängel entspricht es der Natur der Sache, die Frist mit dem Zeitpunkte beginnen zu lassen, in welchem der Erwerber den Gegenstand tatsächlich empfängt und daher in der Lage ist, ihn zu prüfen; dahin hat sich auch die Judikatur geeinigt [...]. Der Entwurf schließt sich dem an und gebraucht dabei absichtlich nicht den Ausdruck ‚Übergabe‘, der bezüglich unbeweglicher Sachen auf die büchlerliche Übergabe bezogen werden könnte, sondern (dem HGB. Art. 349, Deutsch. B. G. B. § 477 folgend) den Ausdruck ‚Ablieferung‘. Durchaus unpassend aber erscheint der Zeitpunkt der Übergabe – hier ist die Praxis schwankend – als Beginn der Frist für den Anspruch wegen Eviktion, für das Zutagekommen des Rechtsmangels ist die tatsächliche Inbesitznahme ganz irrelevant. Hier soll daher die Frist mit dem ‚Bekanntwerden des von einem Dritten erhobenen Anspruchs‘ beginnen.“

<sup>22</sup> Totožné pravidlo zná § 933 odst. 1 ABGB rovněž po novele účinné od 1. 1. 2022.



V odůvodnění usnesení GI. - Un. n. F. č. 7446 argumentoval OGH historií přijímání pravidel o vadách<sup>23</sup> (zejm. vlivu pruského ALR – viz shora citovaná relevantní ustanovení), Zeillerovým komentářem<sup>24</sup> a především strukturálními rozdíly mezi právními a faktickými vadami:

„Okamžikem převzetí je každopádně dána objektivní možnost zjištění vady, a tudíž též možnost uplatnění nároku z vadného plnění [...] Tento okamžik musí být rozhodující též u skrytých vad, protože také jich si lze v rámci výše uvedených lhůt [§ 933 – pozn. aut.] povšimnout a je povinností nabyvatele provést ihned základní prohlídku a přibrat k ní v případě nutnosti znalce [...] Jinak se chová zde řešená otázka ohledně lhůt pro práva z právních vad. Odblédnuto od toho, že se zde v nejčastějších případech jedná o nemovitosti, které netvoří předmět tak rychlého právního styku jako věci movité, nemůže být pro právní vady rozhodující okamžik předání, neboť podle své povahy nejsou vlastnostmi substance věci a při okamžitém zkoumání mohou být jen zřídkakdy rozpoznány. Práva třetích osob k dotyčné věci vystupují na povrch uplatněním, přičemž subjekt oprávněný z vadného plnění má důvod uplatnit nároky z vad až tehdy, pokud třetí subjekt vůči němu vážně uplatní nárok, pokud je věc skutečně evinkována, odňata. Dokud se to nestane, neexistuje také ještě nabyvatelův nárok z vad, protože přeci ještě nemůže vědět, zda třetí osoba bude vznášet nárok, využívat svých práv, evinkovat věc, zda proto věc skutečně trpí těmito právními vadami. Lhůta pro odpovědnost za právní vady tak samozřejmě nemůže započít plynout dříve, než nárok z vady sám vznikne.“<sup>25</sup>

Lakoničnost dikce § 933 OZO ve znění do III. dílčí novely zavdala příčinu nejasnostem též ohledně toho, zda lhůty (pro uplatnění práv z vad) zde upravené jsou prekluzivní, nebo

<sup>23</sup> Co se týče lhůt, je historické pozadí přijímání ABGB zastřené. Z protokolů k prvnímu čtení (schůze ze dne 27. 10. 1806) a k revizi (schůze ze dne 14. 1. 1808) lze seznat, že komise si byla dost dobře vědoma rozdílné povahy jednotlivých vad. Z toho důvodu se při revizi, následující po prvním čtení, rozhodla zakotvit pravidlo rozlišující mezi právními a faktickými vadami (tehdy jako § 928): „Kdo chce uplatnit nárok z odpovědnosti za vady proto, že mu byla zcizena neexistující věc, nebo mu byla zcizena věc třetí (neoprávněnou) osobou, musí tak učinit ve třech měsících poté, co se mu stanou tyto skutečnosti známy, v ostatních případech ale u nemovitých věcí během tří let, u movitých věcí šest měsíců, jinak právo zaniká“ [Wer die Gewährleistung aus dem Grunden, daß ihm eine nicht mehr vorhandene, oder von einem Dritten angesprochene Sache veräußert worden ist, fordern will, muß sein Recht in drei Monathen, nachdem ihm diese Umstände bekannt geworden, in allen übrigen Fällen aber bei unbeweglichen Sachen binnen drei Jahren, bei beweglichen binnen sechs Monathen geltend machen, sonst ist das Recht erloschen]. Z jakých důvodů se pravidlo do platného znění ABGB nedostalo, nelze pro nedostatek informací nijak objasnit. Srov. k protokolům z porad OFNER, J. (ed.). *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. II. Band.* Wien: Alfred Hölder, 1889, s. 278 (první čtení), s. 462–463 (revize).

<sup>24</sup> Viz poznámka pod čarou č. 13.

<sup>25</sup> Originál: „Mit dem Zeitpunkte der Übergabe ist jedenfalls die objektive Möglichkeit der Feststellung des Mangels und somit auch die Möglichkeit der Geltendmachung des Gewährleistungsanspruches geben [...] Dieser Zeitpunkt muß auch bei verbogenen Mängeln maßgebend sein, weil auch diese innerhalb der obigen Fristen [§ 933 – pozn. aut.] wahrgenommen werden können und es Pflicht des Erwerbers ist, die Sache sofort einer gründlichen Prüfung zu unterziehen und hiezu nötigenfalls auch Sachverständige zuzuziehen [...] Anders verhält sich die Sache mit den Fristen für Gewährleistung wegen rechtlicher Mängel. Abgesehen davon, daß es sich hier in den meisten Fällen um unbewegliche Sachen handelt, die nicht den Gegenstand eines so raschen und regen Verkehrs bilden wie bewegliche Sachen, kann für rechtliche Mängel der Zeitpunkt der Übergabe nicht von Bedeutung sein, da sie der Sache selbst nicht innewohnen und auch bei sofortiger Nachforschung nur selten gleich entdeckt werden können. Die Rechte Dritter auf die betreffende Sache treten erst mit ihrer Geltendmachung hervor, der Gewährleistungsberechtigte hat erst dann Grund, mit dem Gewährleistungsanspruch aufzutreten, wenn der Dritte ihm gegenüber den Anspruch ernstlich geltend macht, wenn die Sache tatsächliche evinziert, entwährt wird. Solange das nicht geschehen ist, besteht auch der Gewährleistungsanspruch des Erwerbers noch nicht, weil er ja nicht wissen kann, ob der Dritte einen Anspruch erheben, von seinen Rechten Gebrauch machen, die Sache evinzieren werde, ob daher die Sache wirklich mit diesen juristischen Mängeln behaftet sei. Es kann daher die Frist für die Gewährleistung wegen rechtlicher Mängel selbstverständlich nicht früher beginnen, als der Gewährleistungsanspruch selbst zur Existenz gelangt ist.“

promlčecí.<sup>26</sup> Na tomto místě je třeba vyzdvihnout, že podle rakouského práva se k prekluzi přihlíží *ex officio* (k promlčení jen *ope exceptionis*). Potud se české a rakouské právo shoduje. Rozcházejí se však v tom, že oproti promlčecím lhůtám<sup>27</sup> mohou být v rakouském právu zkráceny či prodlouženy ujednáním stran jen prekluzivní lhůty.<sup>28</sup> Prekluzivní lhůty se v rakouském právu od promlčecích odlišují též tím, že se nepřerušují.

Rozporuplnou rozhodovací praxi v posuzování otázky, zda lhůty v § 933 ve znění do III. dílčí novely mají prekluzivní, či promlčecí charakter, odstranilo již výše citované sjednocující plenární usnesení Gl. - Un. n. F. č. 7446: „Lhůty v § 933 ABGB stanovené pro žaloby z odpovědnosti za vady nejsou promlčecími, nýbrž prekluzivními lhůtami.“<sup>29</sup> Tomu dal za pravdu, byť ve vztahu k jinému rozhodnutí OGH, zákonodárce při III. dílčí novele.<sup>30</sup>

Takzvanou vytýkáci povinnost v obchodněprávním smyslu OZO nikdy neupravoval (a dodnes neupravuje), neboť byla (a stále je) vyhrazena čistě obchodnímu styku. Podle čl. 347<sup>31</sup> zákona č. 1/1863 ř. z., obecného zákoníku obchodního (dále jen „AHGB“), byla kupujícímu při odesílací koupi uložena povinnost ihned poté, co obdrží zboží, aby jej prohlédl. Zjistil-li, že neodpovídá smlouvě, pak byl povinen vadu vytknout. Neučinil-li tak, platilo, že považuje zboží za schválené. Obdobně konstruovaná vytýkáci povinnost se vázala rovněž na skryté vady; povinnost výtky však vznikla až okamžikem jejich projevení.<sup>32</sup> Platný a účinný rakouský obchodní zákoník (*Unternehmensgesetzbuch*, dále jen „UGB“) vytýkáci povinnost upravuje nyní v § 377 a § 378.

<sup>26</sup> K této diskuzi vč. odkazů na starší literaturu viz PISKO, O. In: KLANG, H. a kol. *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. II. Band. II. Halbband. § 859 bis 1089*. Wien: Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1934, s. 578–578.

<sup>27</sup> Podle § 1502 ABGB nemůže být promlčení ani předem vyloučeno, ani nemůže být sjednaná jakákoliv jiná delší lhůta než ta, která je stanovena zákonem. Následkem takové dohody je absolutní neplatnost (*absolute Nichtigkeit*). Srov. VOLLMAIER, P. In: FENYVES, A., KERSCHNER, F., VONKILCH, A. *Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar: ABGB § 1451 bis 1502*. 3. vyd. Wien: Verlag Österreich, 2012, § 1451, marg. č. 6.

<sup>28</sup> K dalším rozdílům mezi prekluzivními a promlčecími lhůtami srov. *Ibid.*, § 1451, marg. č. 28 a násl.

<sup>29</sup> Originál: „Die im § 933 ABGB. für die Gewährleistungsklagen festgesetzten Fristen sind keine Verjährungsfristen, sondern Präklusivfristen.“

<sup>30</sup> Srov. HHB, s. 175: „Unsere Judikatur hält aus guten Gründen an der Natur der Fristen des § 933 a. b. G. B. als Präklusivfristen im Gegensatz zur Verjährung fest (Manzschke usg. § 1491 N. 1, Gl. U. N. F. 4638, 4057), darin liegt von anderen Unterschieden abgesehen, daß auch vertragsmäßige Verlängerung nicht wie bei Verjährungsfristen (§ 1502 a. b. G. B.) ausgeschlossen ist (Gl. U. 3144, Gl. U. N. F. 4057). In dieser Beziehung ist kein Bedarf nach Abänderung des Gesetzes (wie Randa 20), insbesondere auch nicht nach ergänzenden Vorschriften, wie sie für das Deutsch. B. G. B., § 477 ff., vom Standpunkte der ‚Verjährung‘ nötig sein mochten.“

<sup>31</sup> Čl. 347 AHGB: „Jestli zboží odněkud jinud posláno, náleží na kupujícího, aby je bez odkladu, jak náhle bylo dodáno, pokud to podlé řádného běhu obchodního možné jest, obledal, a shledal-li by, že nečiní zádot smlouvě anebo zákonu (čl. 335), prodávajícímu ihned o tom vědět dal (odst. 1). Pakli to učiniti opomine, pokládá se zboží za schváleno, pokud nejde o nedostatky, kterých při neprodleném obledání podlé řádného běhu obchodního poznati lze nebylo (odst. 2). Jestliže se později shledají nedostatky, tehdy bez odkladu po objevení jich zprávy dáti třeba, sice by zboží i co do těchto nedostatků pokládáno bylo za schválené (odst. 3).“

Ustanovení též upravovalo lhůty pro vady dobytka, ty však nejsou předmětem zdejšího zájmu, neboť na ně platná a účinná právní úprava nepamatuje.

<sup>32</sup> K podrobnostem srov. studii NIEDRIG, H. *Die Mangelrüge: Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*. Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 1994, s. 17 a násl. (obecně), s. 78–85 (AHGB). Studie je založena na dobových materiálech a protokolech k AHGB a dalším německým obchodním kodexům, kde byla vytýkáci povinnost upravena.

Vzhledem k dále uvedeným úvahám je třeba rovněž upozornit na problém tzv. **perpetuace námitky**. Rakouská nauka a judikatura vyžadovala (a stále ještě vyžaduje), aby práva z vadného plnění byla uplatněna přímo u soudu; mimosoudní uplatnění pro zachování žalobní lhůty tedy nestačí.<sup>33,34</sup> Soudní rozhodnutí, byť vyhovuje svým výrokem žalobě na plnění (např. na vrácení plnění z titulu odstoupení od smlouvy pro vadu, zaplacení peněžní částky z titulu snížení ceny pro vadu atd.), či *vice versa* ji zamítá (např. zamítnutí nároku na doplacení kupní ceny, vůči které se žalovaný brání námitkou slevy z ceny pro vadu), má v sobě tzv. **skrytý konstitutivní účinek**.<sup>35</sup> Za celou touto konstrukcí stojí stará zásada „*nul ne peut se faire justice par soi-même*“ (nikdo nemůže vzít spravedlnost do svých rukou).<sup>36</sup> Stará nauka totiž neznala konstrukci utvářečího práva (*Gestaltungsrecht*),<sup>37</sup> se kterou přišel až počátkem 20 stol. E. Seckel.<sup>38</sup> oprávněný (zde nabyvatel) vykonává utvářečí právo adresovaným projevem vůle vůči adresátu (zciziteli), čímž zakládá, mění nebo zrušuje právní poměr.

Uplatňuje-li však nabyvatel právo z vadného plnění cestou námitky ve formě žalobní obrany, stává se tak zpravidla dávno poté, co již krátká lhůta pro uplatnění práva z vad uplynula. Zatímco zcizitel může svůj primární smluvní nárok na plnění uplatnit v obecné promlčecí lhůtě, tak nabyvatel zůstává omezen krátkou lhůtou v § 933 ABGB. Aby mu byla poskytnuta i v těchto případech ochrana, zakotvila III. dílčí novela v § 933 odst. 2<sup>39</sup> tzv. **perpetuaci námitky**,<sup>40</sup> která v rakouském právu platí dodnes: oznámí-li nabyvatel zciziteli, že plnění

<sup>33</sup> Viz GSCHNITZER, F. In: GSCHNITZER, F., KLANG, H. a kol. *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Band 1. Teilband. 2. vyd.* Wien: Österr. Staatsdruckerei, 1968, s. 555; OFNER, H. In: KODEK, G. E. (ed.). *ABGB: Praxiskommentar. Band 5, § 859-937 ABGB, WucherG, Allgemeines Vertragsrecht.* 5. vyd. Wien: LexisNexis, 2021, § 932, marg. č. 12; ZÖCHLING-JUD, B. In: KLETEČKA, A., SCHAUER, M. *ABGB-ON*<sup>102</sup>. *rd.b.manz.at* [online]. Stav 1. 1. 2016, § 933 ABGB, marg. č. 19 [cit. 1. 8. 2022].

<sup>34</sup> Podobně tomu bylo i v německém BGB před účinností zákona k modernizaci závazkového práva ze dne 26. 10. 2001, BGBl. I s. 3138. Rozsáhlá úskalí a nedokonalosti této koncepce s akcentem na procesní souvislosti rozebrána in BLOMEYER, A. Der „Anspruch“ auf Wandlung oder Minderung. *Archiv für die civilistische Praxis.* 1950/1951, sv. 151, sešit č. 2, s. 97–121.

<sup>35</sup> Viz REISCHAUER, R. In: REISCHAUER, R., RUMMEL, P., LUKAS, M. (eds.). *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen: Teilband § 917–937 ABGB (Leistungstörungsrecht).* 4. vyd. Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2018, § 933 ABGB, marg. č. 154.

<sup>36</sup> Francouzské vyjádření není náhodou, neboť tato zásada platí dodnes ve francouzském právu z vadného plnění. Srov. MURAD, F., SONENBERGER, H. J. *Das Französische Zivilrecht: 2: Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht.* 2. vyd. 1986, s. 47, marg. č. 2 G 140.

<sup>37</sup> V české literatuře se někdy hovoří o kompetencích (srov. DVOŘÁK, B. O žalobách na určení neplatnosti výpovědi. *Právní rozhledy.* 2012, č. 18, s. 632–636).

<sup>38</sup> Viz SECKEL, E. Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts. In: NEUMANN, H., KOCH, R. a kol. *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des wirklichen geheimen Rats Dr. Richard Koch Festgabe für Richard Koch.* Berlin: Liebmann, 1903, s. 205 a násl.

<sup>39</sup> Nyní § 933 odst. 3 ABGB ve znění účinném od 1. 1. 2022.

<sup>40</sup> Srov. HHB, s. 175: „Dagegen schien es allerdings wünschenswert, die strengste Konsequenz der Konstruktion als Präklusionsfrist, d. i. das Erlöschen auch des Einrederechts mit Ablauf der Frist, aus Rücksichten des redlichen Verkehrs zu mildern, wie es anknüpfend an Art. 349, Abs. 3 HGB, durch den zweiten, dem § 933 a. b. G. B. anzufügenden Absatz geschehen soll.“

je vadné, může i po uplynutí lhůty v § 933 uplatnit v případném soudním sporu na svou obranu námitku. Výstižně podstatu perpetuace shrnul O. Pisko:<sup>41</sup>

„Po uplynutí lhůt § 933 [ve znění III. dílčí novely – pozn. aut.] nemůže být vada uplatněna ani cestou žaloby ani – s výhradou výjimky upravené v § 933 odst. 2 – cestou námítky. Jestliže však nabyvatel oznámil vadu v rámci lhůty § 933 – nikoliv nutně hned po jejím zjištění –, může ji uplatnit cestou námítky proti žalobě zcizitele na plnění z dané smlouvy bez jakéhokoliv časového omezení. K perpetuaci námítky postačí právě jako podle čl. 349 AHGB včasné odeslání oznámení; nebezpečí dojití včasné a řádné námítky nese zcizitel. Oznámení rozepře<sup>42</sup> v sobě nese toto oznámení.“

## 2.2 Vládní návrh československého občanského zákoníku z roku 1937

Přípravy na československém soukromoprávním kodexu vycházely především z ABGB, což se odráží především na pravidlech o žalobních lhůtách práv z vadného plnění. Dále je věnována pozornost právní úpravě lhůty pro uplatnění práv z vad, přičemž závěry zde vyslovené se vztahují jen k vládnímu návrhu z roku 1937 (dále jen „vl. N. OZ 1937“).

O lhůtách k podání žaloby z důvodu práva z vadného plnění pojednávají § 776 a § 777 vl. N. OZ. 1937,<sup>43</sup> které navazují na vývoj rakouského práva dovršený III. dílčí novelou. Důvodová zpráva k citovaným ustanovením uvádí:

„§ 776 a 777 odpovídají § 933 obč. zák. [ABGB ve znění III. dílčí novely – pozn. aut.], v němž byly provedeny některé závažnější změny. Superrevisní komise, právě tak jako subkomitét, snažila se dikci § 776 učiniti jasným, že nejde o lhůty promlčecí. Vyhověno bylo připomínce nejvyššího soudu, aby se lhůta počínala nikoli dnem odevzdání, nýbrž dnem po odevzdání věci. Vzhledem k některým připomínkám uvažováno bylo o prodloužení žalobních lhůt, zejména jde-li o vady skryté. Komise, domnívající se, že prodloužením žalobních lhůt všechny výhody dosavadní úpravy žalob ze správy by byly zmařeny nebo aspoň zeslabeny, nemohla se rozhodnouti, aby těmto připomínkám vyhověla ve větším rozsahu, a jen podle návrhu subkomitétu prodloužila v osnově z r. 1931 na šest měsíců odpovědnost za vady dobytka, které nespádají pod § 767. Při meziministerském projednání

<sup>41</sup> „Nach Ablauf der Fristen des § 933 kann der Mangel weder mittel Klage noch – vorbehaltlich der sich aus Abs. 2 ergebenden Ausnahme – mittels Einrede geltend gemacht werden. Hat jedoch der Erwerber den Mangel innerhalb der Frist des § 933 – nicht notwendig gleich nach der Entdeckung – angezeigt, so kann er ihn im Wege der Einrede gegen die Klage des Veräußerers auf Erfüllung des Geschäftes ohne jede zeitliche Beschränkung geltend machen. Zur Perpetuierung der Einrede genügt ebenso wie nach Art. 349 HGB die fristgemäße Absendung der Anzeige; die Gefahr der Anknüpfung der rechtzeitig und ordnungsgemäß abgesandten Anzeige trägt der Veräußerer. Eine Streitverkündung schließt die im Abst. 2 vorgesehene Anzeige in sich.“ (PISKO, O. In: KLANG. op. cit., 1934, s. 580).

<sup>42</sup> Tím se má na mysli tzv. opovědění rozepře podle § 931 ABGB, jež stanovil: „Chce-li příjemce užítí správy, protože někdo jiný činí nárok na věc, je povinen, svému předchůdci odpovědětí spor. Neučiní-li toho, nepozbude tím sice práva na náhradu škody, ale jeho předchůdce může proti němu užítí všech námítek, kterých proti osobě třetí nebylo užito a může se tím povinnosti k náhradě škody sprostíti potud, pokud bude nalezeno, že by proti osobě třetí byl býval vynesena jiný rozsudek, kdyby se oněch námítek bylo náležitě užito.“ Srov. § 503 OZ 1964 ve znění velké novely (v podrobnostech sub 2.4.2).

<sup>43</sup> § 776 vl. N. OZ 1937: „Kdo se chce domáhati správy, musí přivést věc na soud, jde-li o věci nemovitě, do tří let, jde-li o věci movité, do šesti měsíců, a jde-li o vady zvířat, do šesti neděl. Lhůta se počíná dnem po odevzdání věci; jde-li o správu pro nárok vřazený na věc třetí osobou, dnem potom, kdy nabyvatel zvěděl o nároku. Bylo-li umluveno, že zcizitel odpovídá za vady, které se vyskytnou do určené doby (§ 772), počíná se lhůta žalobní, jakmile uplyne ona určená doba.“

§ 777 vl. N. OZ 1937: „Námítkou může nabyvatel zjednatí nároku ze správy průchod, když ve lhůtách uvedených v předcházejícím paragrafu oznámí vadu zciziteli.“

*nebyl s touto změnou projeven souhlas, a proto obnovena byla, co se týká vad zvířat, šestinedělní lhůta § 933 obč. zák. [ABGB ve znění III. dílčí novely – pozn. aut.] a ustanoveno, že lhůta ta bude počínati dnem po odevzdání zvířete, i když jde o vady podle § 767.“<sup>44</sup>*

Ponecháme-li stranou pozornosti vady dobytka, plyne z citované pasáže, že kromě nepatrné změny v okamžiku běhu lhůty pro práva z faktických vad („den po odevzdání věci“), nebyla dosavadní pravidla nijak dotčena. Sluší se však doplnit, že komise se rozhodla nově zakotvit pravidlo o sjednání tzv. smluvní záruky (srov. § 772 vl. N. OZ 1937),<sup>45</sup> kterou zcizitel (garant) ujistí nabyvatele, že věc bude prosta vad i v budoucnu.<sup>46</sup> V reakci na to pak § 776 v. 2 stanovuje, že žalobní lhůta pro práva z vad krytá zárukou počíná běžet, jakmile uplyne záruční doba.

Doposud uvedené by mohlo nasvědčovat tomu, že kromě zakotvení možnosti sjednání záruky byl záměr redaktorů pracujících na návrhu československého občanského zákoníku zachovat ve své podstatě mechanismus uplatňování práv z vadného plnění tak, jak tomu bylo v poměrech § 933 ABGB ve znění III. dílčí novely. Tento závěr platí však pouze pro obecnou část závazkového práva.

Do pravidel o kupní smlouvě (trhová smlouva dle § 899 an. vl. N. OZ 1937) byla vložena ustanovení § 910 až § 914. První ustanovení zavádí tradiční obchodněprávní vytýkáací povinnost (*Rügepflicht*) ve formě kvazipovinnosti (*Obliegenheit*) pro kupní smlouvu, je-li předmětem koupě movitá věc. Objeví-li se nějaká vada později, je kupující povinen bez zbytečného odkladu ji prodávajícímu oznámit, jakmile byla seznána; jinak nárok ze správy zanikne (srov. § 911 vl. N. OZ 1937).<sup>47</sup> Riziko dojití zprávy o vytknutí nesl prodávající, neboť podle § 912 vl. N. OZ 1937<sup>48</sup> postačilo k zachování nároků z vad, vypravil-li kupující včas potřebnou zprávu. Prodávající se nesplnění vytknutí nemohl dovolat, zatajil-li kupujícímu vadu lstivě, nebo připověděl-li mu výslovně, že věc je bez vad (srov. § 913 vl. N. OZ 1937).<sup>49</sup>

V důvodové zprávě k citovaným ustanovením stojí:

*„Po vzhledu čl. 347 obchodního zákoníka (§ 346 zák. čl. XXXV/II/1875) upravují tato ustanovení povinnost prohlédnout věc a oznámiti shledané vady prodávajícímu, a to jako podmínku pro výkon správy. Ustanovení tato neplatí, jako čl. 347 obchodního zákona, jen o obchodech distančních, platí však jen o movitých věcech [...] Předpisy tyto platí jediné při smlouvě trhové, nikoli též např. při smlouvě o dílo. Z textu plyne, že kupující nemusí věc prohlédnouti ihned, jakmile mu byla dodána; postačí, provede-li se prohlídka v náležité době, jak je v soublaste s pravidly řádného hospodaření. To platí stejně o rozsahu povinnosti věc prohlédnouti; vady, jaké může poznati jen znalec, nemusí*

<sup>44</sup> Srov. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník. Praha: Národní shromáždění ČSR. Senát, 1937. Senát Národního shromáždění R. Čs. r. 1937, s. 329. Dostupné také z: <https://digi.law.muni.cz>

<sup>45</sup> § 772 vl. N. OZ 1937: „Lže uhlaviti, že zcizitel odpovídá za vady, které se vyskytnou do určené doby. K platnosti úmluvy se vyhledává, aby záruční prohlášení zcizitelovo bylo dáno písemně.“

<sup>46</sup> Srov. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník. Praha: Národní shromáždění ČSR. Senát, 1937. Senát Národního shromáždění R. Čs. r. 1937, s. 329.

<sup>47</sup> § 911 vl. N. OZ 1937: „Objeví-li se nějaká vada později, jest ji oznámiti prodávajícímu bez zbytečného odkladu, jakmile je seznána; jinak nárok ze správy zanikne.“

<sup>48</sup> § 912 vl. N. OZ 1937: „K tomu, aby byly zachovány nároky kupujícího, stačí, vypraví-li včas potřebnou zprávu.“

<sup>49</sup> § 913 vl. N. OZ 1937: „Zatají-li prodávající vadu lstivě nebo připoví-li kupujícímu výslovně, že věc je bez vad, nemůže se dovolávat toho, že se kupující nezachoval podle těchto ustanovení.“

*kupující vytýkati, jestliže jich nezapozoruje. Avšak i takové vady, byly-li shledány teprve později, jest obléstí prodávajícímu bez zbytečného odkladu. § 912, přejímaje zásadu obchodního práva, praví, že postačí, když se výtka vad včas vypraví. Pro výtku se nepředpisuje forma písemná. Další paragraf, § 913, dává ustanovení o případě, že prodávající vadu listivě zatají nebo výslovně připoví, že věc je bez vad. Pak nárok na správu nezanikne.“<sup>50</sup>*

Chystaná právní úprava nebyla prosta kritiky. Ustanovení § 910 vl. N. OZ 1937 se vytýkalo, že hovoří o prohlídce „v náležité době“, nikoliv „bez zbytečného odkladu“, jak stanovil čl. 347 AHGB. Poukazováno bylo na nejasnost, zda se § 910 a 911 vl. N. OZ 1937 vztahují na vady znatelné nebo skryté. Rovněž bylo doporučeno, aby se vyjasnil vztah mezi vytýkáci lhůtami (prekluzivními), které se nachází v § 910 an., ke lhůtám pro žalobu ze správy upravených v § 776 vl. N. OZ 1937.<sup>51</sup>

Začlenění obchodněprávních ustanovení § 910 až 913 do vl. N. OZ 1937 sehrálo zásadní roli pro vývoj české právní úpravy uplatnění práva z vadného plnění, což se podává z dále navazujícího výkladu. S vysokou pravděpodobností se lze přitom legitimně domnívat, že autoři byli ovlivněni švýcarským obligačním právem.<sup>52</sup> Podle čl. 201 a 203<sup>53,54</sup> spolkového zákona týkajícího se doplnění švýcarského civilního zákoníku (pátá část: obligační právo) ze dne 30. 3. 1911, ve znění pozdějších předpisů (dále též jen „OR“), systematicky zařazených pod rubriku s názvem „vytknutí vady“ (*Mangelrüge*), byla rovněž zavedena do občanskoprávních vztahů vytýkáci povinnost. Švýcarské právo přitom ukládá vytýkáci povinnost nejen

<sup>50</sup> Srov. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník. Praha: Národní shromáždění ČSR. Senát, 1937. Senát Národního shromáždění R. Čs. r. 1937, s. 351.

<sup>51</sup> Viz SUCHÁNEK, J. Vady věci v osnově občanského zákoníku. *Všehrd: list Spolku českých právníků Všehrd v Praze*. Praha: Všehrd, 1938, s. 171.

<sup>52</sup> Srov. Důvodovou zprávu k vl. N. OZ 1937, která na několika místech přiznává vliv švýcarského obligačního práva. Taktéž důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, uvádí v úvodu obecné části pod rubrikou „hlavní zásady navrhované právní úpravy“, že při přípravě československého občanského zákoníku byla zohledněna pravidla obsažená ve švýcarském právu.

<sup>53</sup> Kupující má, jakmile je to v rámci běžného obchodního styku možné, vyzkoušet jakost přijaté věci a v případě, že se vyskytnou vady, za které prodávající odpovídá, ihned je oznámit (čl. 201 odst. 1 OR). Zmešká-li to kupující, platí koupená věc za schválenou, pokud se nejedná o vlastnosti, které by nebyly při obvyklém prohlédnutí rozpoznatelné (čl. 201 odst. 2 OR). Vyskytnou-li se později takové vady, musí oznámení nastat ihned po jejich zjištění, v opačném případě platí věc též vzhledem k těmto vadám za schválenou (čl. 201 odst. 3 OR). V souladu s čl. 203 OR klame-li prodávající úmyslně kupujícího, neuplatní se omezení práv z vadného plnění z důvodu zmeškaného oznámení.

<sup>54</sup> Art. 201 OR: „(1) Der Käufer soll, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige machen. (2) Versäumt dieses der Käufer, so gilt die gekaufte Sache als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren. (3) Ergeben sich später solche Mängel, so muss die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls die Sache auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.“

Art. 203 OR: „Bei absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer findet eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige nicht statt.“

kupujícímu, ale taktéž objednateli (srov. čl. 367 odst. 1, 370 odst. 2, 3 OR).<sup>55,56</sup> Na silnou kritiku těchto pravidel ze strany domácí jurisdikce bylo upozorněno v úvodu této stati.

### 2.3 Občanský zákoník z roku 1950

Zákon č. 141/1950 Sb., občanský zákoník (dále jen „OZ 1950“ nebo „střední kodex“), upravoval odpovědnost za vady pouze v obecné části závazkového práva (srov. § 225 a násl.), nikoli ale již v pravidlech o kupní smlouvě. Střední kodex nahradil jak ABGB, tak rovněž AHGB (srov. § 568 odst. 2 bod 1 a 2 OZ 1950).<sup>57</sup>

Oproti předchozí právní úpravě zavedl zákonodárce ustanovením § 231 OZ 1950 do občanskoprávních poměrů pravidlo o **obchodněprávní vytýkáací povinnosti** (*Rügepflicht*), která byla do té doby aplikována jen v poměrech mezi obchodníky.

„§ 231: Nabyvatel může uplatňovat nárok z odpovědnosti za vady pouze tehdy, jestliže zcizitel oznámí vady bez zbytečného odkladu potom, kdy měl možnost věc prohlédnout. Neučiní-li tak, platí, že nemá námitky.“

V důvodové zprávě bylo zavedení nového pravidla ospravedlněno tak, že:

„[p]otřeby dnešního hospodářství a zájem na právní jistotě ve smluvních poměrech si vyžadují, aby ustanovení o oznamování vad, vztahující se dosud jen na jednání mezi obchodníky,<sup>58</sup> platilo obecně. V § 231 se proto stanoví povinnost nabyvatele prohlédnout po plnění věc bez zbytečného odkladu a oznámit zciziteli zjištěné vady, aby tak nárok z odpovědnosti za vady zůstal zachován.“

Komunistický zákonodárce, u něhož by se spíše dal očekávat paternalistický přístup, tedy překvapivě zpřísnil nabyvateli požadavky pro uplatnění práv z vad a posílil ochranu zájmů zcizitele. Vedle vytýkáací povinnosti byla v navazujícím ustanovení (§ 232 OZ 1950) stanovena **lhůta pro oznámení vad**, která *expressis verbis* platila pro vady, jež **nemohly být nabyvatelem zjištěny při obvyklé pozornosti** (§ 232 odst. 1 alt. 1 OZ 1950), nebo které zcizitel zatajil (§ 232 odst. 1 alt. 2 OZ 1950). Lhůta pro splnění oznamovací povinnosti odpovídala lhůtě pro podání žaloby z odpovědnosti za vady (srov. § 232 odst. 1 OZ 1950 *in fine*).<sup>59</sup>

<sup>55</sup> Podle čl. 367 odst. 1 OR má objednatel, jakmile je to v rámci běžného obchodního styku možné, zkontrolovat po předání díla jeho jakost a informovat zhotovitele o všech vadách. Neučiní-li prohlídku, popř. neoznámí-li vadu díla, pak platí dílo konkludentně za schválené (čl. 370 odst. 2). Vyskytnou-li se vady později, pak musí být ihned oznámeny, jinak platí dílo s ohledem k těmto vadám za schválené (čl. 370 odst. 3 OR).

<sup>56</sup> Art. 367 (1): „Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen.“

Art. 370 (2): „Stillschweigende Genehmigung wird angenommen, wenn der Besteller die gesetzlich vorgesehene Prüfung und Anzeige unterlässt. (3) Treten die Mängel erst später zu Tage, so muss die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls das Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.“

<sup>57</sup> Návrat obchodního práva nastal až zákonem č. 101/1963 Sb., zákoník mezinárodního obchodu.

<sup>58</sup> Srov. výše citovaný čl. 347 AHGB v poznámce pod čarou č. 31.

<sup>59</sup> Podle § 232 OZ 1950 jde-li však o vady, které nemohly být nabyvatelem zjištěny při obvyklé pozornosti nebo které zcizitel zatajil, nutno je oznámit nejpozději ve lhůtách stanovených pro podání žaloby z odpovědnosti za vady (§ 235) [odst. 1]. Jde-li o věci zcizené se zárukou do určené doby (§ 229), musí být vady oznámeny bez zbytečného odkladu po jejich zjištění [odst. 2].

Ze systematického zařazení § 231 a § 232, z obratu „jde-li však“ v § 232 odst. 1 *in principio* a rovněž z § 910 až 913 vl. N. OZ 1937, jakožto nepřiznaného zdroje řady pravidel,<sup>60</sup> lze dovozovat, že obratem „při obvyklé pozornosti“ měl § 232 odst. 1 OZ 1950 na zřeteli vady, které při prohlédnutí věci ve smyslu § 231 nebyly zjistitelné obvyklou pozorností. Ustanovení § 232 odst. 1 OZ 1950 tedy zjevně dopadalo na vady, které nejsou zjistitelné prohlídkou.

„Novinkou“ byla vytýkáci povinnost u vad krytých zárukou. Podle § 232 odst. 2 OZ 1950 i vady kryté zárukou musely být rovněž oznámeny ihned poté, co byly zjištěny. Sankce za neoznámení však leg. cit. nestanovil; toliko cestou systematického výkladu (tj. po vzoru § 231 OZ 1950) bylo možné dovést následek schválení vady. Takový závěr by se přitom nijak nevymykal zahraničním standardům, které vytýkáci povinnost v obchodněprávním smyslu vztahují rovněž na vady kryté zárukou.<sup>61</sup>

Ustanovení § 232 odst. 1 OZ 1950 dopadající na vady, které nemohly být nabyvatelem zjištěny při obvyklé pozornosti nebo které zcizitel zatajil, však výslovně neřešilo, zda mají být i tyto vady vytknuty bez zbytečného odkladu poté, co se objeví, nebo zda postačí, že budou oznámeny nejpozději ve lhůtě pro podání žaloby z odpovědnosti za vady. Z hlediska historického vývoje pravidel dávají smysl obě varianty, protože komunistický zákonodárce zkomboval dvě různá pravidla. Ustanovení § 911 vl. N. OZ 1937 vyžadovalo u vad, které nebyly zjistitelné prohlídkou, jejich vytknutí ve lhůtě bez zbytečného odkladu od okamžiku, kdy se vada objevila; jinak byla schválena. Naproti tomu podle § 913 vl. N. OZ 1937 se prodávající následku schválení nemohl dovolat, šlo-li o vady lživě zatajené, příp. vady věci, která měla být dle výslovného „připovědění“ prodávajícího bez vad. Ustanovení § 232 odst. 1 OZ 1950 však toto členění „překonal“.<sup>62</sup>

Jeví se však jako hodnotově stěží obhajitelný závěr, aby vady kryté zárukou musely být bezodkladně po zjištění vytýkány, kdežto vady zárukou nekryté a prohlídkou nezjistitelné (§ 232 odst. 1 alt. 1 OZ 1950) již nikoliv. Stejně tak ale nedává smysl, aby se nedostatku vytknutí mohl dovolávat zcizitel, který vady zatajil; šlo by přeci o akceptování chování, které je v křiklavém rozporu s principem poctivosti.<sup>63</sup> Navíc neoznámení vady se zde nijak nedotýká zájmu prodávajícího, neboť o vadě ví. Hodnotově korektní řešení by tedy dle zde zastávaného názoru vyžadovalo, aby se systematickým výkladem (konkrétně zohledněním § 231 a § 232 odst. 2 OZ 1950) dovedla vytýkáci povinnost k vadám, jež nebyly zjistitelné při prohlídce, ale později se objevily. Naproti tomu vady, které byly lživě zatajeny, vytknutí nevyžadovaly.

<sup>60</sup> Patrně vědomě z politických důvodů se nepřiznávala inspirace československým vládním návrhem OZ 1937.

<sup>61</sup> Povinnost k vytknutí vady se dovozuje i pro případy nepravých záruk, vylučuje však u pravých záručních smluv samostatných. Srov. jen GRUNEWALD, B. In: GRUNEWALD, B. (red.). *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 5, Viertes Buch, Handelsgeschäfte. Erster Abschnitt, Allgemeine Vorschriften. Zweiter Abschnitt, Handelskauf. Dritter Abschnitt, Kommissionsgeschäft: § 343-406. Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf-CISG.* 5. vyd. München: C. H. Beck, 2021, HGB § 377, marg. č. 86 (nesamostatná), 98 (samostatná). V podrobnostech srov. sub 3.3.2.

<sup>62</sup> Ustanovení § 913 vl. N. OZ 1937 hovořilo o vadách lživě (*sic!*) zatajených, jakož i o výslovné „připovědi“, že věc je bez vad. Ustanovení § 232 odst. 1 OZ 1950 však pamatuje jen na vady zatajené (alt. 2). Zda kategorie zatajených vad měla, či neměla postihnout oba případy vad § 913 vl. N. OZ 1937, není zřejmé.

<sup>63</sup> Vytknutí slouží zájmu zcizitele být informován o vadě. Srov. v podrobnostech k významu vytýkáci povinnosti 3.3.1.



Na tomto místě je třeba připomenout, že ustanovení § 231 a § 232 odst. 1 OZ 1950 odpovídají – s určitými mírnými diskrepancemi (viz výše) – svým obsahem § 910, § 911 a § 913 vl. N. OZ 1937, tedy pravidlům, jež byla redaktory československého občanského zákoníku zamýšlena čistě **pro kupní smlouvu**, jejímž předmětem je **movitá věc**. Ve středním kodexu však byla „zobecněna“ pro všechny úplatné smlouvy, jejímž předmětem je přenechání věci (srov. § 225 OZ 1950: „kdo jinému přenechá věc za úplatu“).<sup>64</sup>

Práva z vad musela být opět uplatněna u soudu a ve lhůtách podle § 235 OZ 1950.<sup>65</sup> Citované ustanovení (patrně po vzoru § 933 ABGB ve znění III. dílčí novely) rozlišovalo délky lhůt mezi nemovitými (1 rok) a movitými věcmi (6 měsíců); v případě podvodu zcizitele činila lhůta 3 roky. Odlišně byl také upraven počátek lhůt pro práva z vad v závislosti na jejich povaze. Šlo-li o právní vady spočívající v tom, že třetí osoba vznesla nárok na věc, běžela lhůta od okamžiku, jakmile se nabyvatel o nároku dozvěděl. U faktických vad byl počátek vázán na okamžik, v němž měl nabyvatel možnost věc prohlédnout, popř. přezkoušet. U záruky běžela lhůta od okamžiku, jakmile uplynula záruční doba.<sup>66</sup>

Konečně § 236 OZ 1950 stanovil, že „námitkou“ může nabyvatel uplatnit nárok z odpovědnosti za vady i později, když ve lhůtě pro žalobu **oznámí vady** zciziteli. I přesto, že lakonická důvodová zpráva k OZ 1950 citované ustanovení nijak nekomentuje, pak nepochybně pravidlo upravuje tzv. perpetuaci námitky, normovanou v § 933 odst. 2 ve znění III. dílčí novely, resp. § 777 vl. N. OZ 1937 (srov. 2.1, 2.2). Je tomu tak proto, že práva z vadného plnění musela být uplatněna (tak jako v rakouském právu) žalobou u soudu (arg. „musí být uplatněn u soudu“).

Lhůty k uplatnění práv z vad byly v poměrech OZ 1950 **promlčecí**. O tom svědčí jednak skutečnost, že OZ 1950 prekluzi neupravoval, jednak i zákonodárcem proklamovaná snaha v důvodově zprávě nahradit dosavadní a kasuistické předpisy úpravou stručnou, jasnou a odpovídající tehdejšímu hospodářskému stavu.<sup>67</sup> Promlčecí lhůta byla upravena podobně tak, jak ji známe v platné a účinné právní úpravě. Oproti ABGB se výslovně připustila možnost prodloužení promlčecí lhůty (srov. § 84 OZ 1950). V tomto ohledu lze tedy uzavřít, že jediný rozdíl oproti § 933 ABGB ve znění III. dílčí novely spočíval *de facto* v tom, že promeškání lhůty k uplatnění práva u soudu muselo být zcizitelem namítnuto. Mechanismus *ex officio* tak byl vystřídán mechanismem *ope exceptionis* (na námitku).

<sup>64</sup> Nutno podotknout, že občanský zákoník z roku 1950 oproti ABGB stál na koncepci **úzkého pojmu věci**. Podle § 23 OZ 1950 jsou věci v právním smyslu ovladatelné **hmotné** předměty a přírodní síly, které slouží lidské potřebě.

<sup>65</sup> Podle § 235 OZ 1950 musí být nárok z odpovědnosti za vady uplatněn u soudu, jde-li o nemovité věci, do jednoho roku, jde-li o věci movité, do šesti měsíců, a jde-li o vady zvířat, do šesti neděl. Jde-li však o podvod zcizitele, prodlužují se uvedené lhůty, nejde-li o vady zvířat, na dobu tří let (odst. 1). Lhůta počíná, jakmile nabyvatel měl možnost věc prohlédnout, po případě přezkoušet, a jde-li o odpovědnost za vady zvířat, při nichž platí určitá doba pro domněnku vadnosti, uplynutím této doby. Jde-li o odpovědnost proto, že třetí osoba vznesla na věc nárok, počíná lhůta, jakmile se nabyvatel o nároku dozvěděl. Jde-li o věci zcizené se zárukou, počíná tato lhůta, jakmile uplyne záruční doba (§ 229) [odst. 2].

<sup>66</sup> Ustanovení též upravovalo lhůty pro vady dobytka, ty však nejsou předmětem zdejšího zájmu, neboť na ně platná a účinná právní úprava nepamatuje.

<sup>67</sup> Viz *Občanský zákoník*. Praha: Orbis, 1950, s. 231.

Sluší se doplnit, že paralelně vedle OZ 1950 platila později zvl. pravidla ve vyhlášce ministerstva vnitřního obchodu č. 125/1959 Ú. l., kterou se vydávají základní předpisy pro práci prodejen.<sup>68</sup> Právě v tomto předpise (srov. odstavce č. 22 až 25 citované vyhlášky) se objevuje termín reklamace.<sup>69</sup> Zmíněná pravidla regulovala toliko bližší podmínky reklamace zboží, nicméně termín reklamace vymezila až literatura. Rozuměl se jí:

*„jednostranný právní úkon kupujícího adresovaný obchodní organizaci (organizaci určené k provádění záručních oprav), kterým kupující vytýká určitou vadu (vady) prodané věci.“<sup>70</sup>*

## 2.4 Občanský zákoník z roku 1964

Vývoj pravidel v občanském zákoníku z roku 1964 je třeba zkoumat zvlášť ve stavu, jaký byl před novelou provedenou zákonem č. 509/1991 Sb., kterým se mění, doplňuje a upravuje občanský zákoník, a v jakém po ní (dále jen „OZ 1964 ve znění před velkou novelou“ a „OZ 1964 ve znění velké novely“). Formálně šlo sice možná o tentýž předpis, materiálně lze však bez nadsázky hovořit o novém občanském zákoníku. Tento závěr platí zejména o vytýkáci povinnosti, která získala zcela novou tvář, lhůtě k vytknutí a promlčecí lhůtě k právům z vad.

### 2.4.1 Občanský zákoník z roku 1964 ve znění před velkou novelou

Úprava před velkou novelou neobsahovala obecnou část závazkového práva, jak tomu bylo v ABGB či OZ 1950. Zákoník v části čtvrté s názvem „služby“ reglementoval vztahy mezi socialistickou organizací a občanem (srov. § 225 odst. 1) a v navazující páté části opatřené rubrikou „práva a povinnosti z jiných právních úkonů“ pak vztahy mezi občany.

Podle literatury<sup>71</sup> se vytýkáci povinnost v obchodněprávním smyslu v zákoníku do velké novely vůbec neobjevovala.

#### Služby (část čtvrtá)

Ve vztazích mezi občany a socialistickou organizací se v **obecných ustanovení** normovalo, že občan musí uplatnit práva z odpovědnosti za vady poskytnuté služby u organizace bez zbytečného odkladu. Nejsou-li uplatněna do šesti měsíců od poskytnutí služby, pak práva zaniknou, ledaže je stanoveno jinak (§ 236 odst. 1).

Zvláštní pravidla pro uplatnění práv z vad obsahovala ustanovení o prodeji v obchodě (§ 239 an.). Z § 247 odst. 2 je patrné, že zákonná úprava sice hovořila o odpovědnosti

<sup>68</sup> Viz ke srovnání úpravy v OZ 1950 a v cit. vyhlášce in LACHOUT, V. Poznámky k úpravě zákonné odpovědnosti za skryté vady a odpovědnosti ze záruky při nákupu v maloobchodě. *Právník*. 1961, s. 597–600.

<sup>69</sup> Někteří autoři pojem reklamace pojí jak s vytknutím (oznámením) vady (takto např. OULÍK, J. Odpovědnost za vady vozidla při prodeji v obchodě. *Socialistická zákonost*. 1979, č. 2, s. 77), tak uplatněním práva z vad. Na užívání „reklamace“ v obojí významu poukazují i jiní autoři (srov. ŠVESTKA, J. *Odpovědnost za vady podle československého socialistického práva*. Praha: Univerzita Karlova, 1976, s. 239; OULÍK, J. *Prodej v obchodě a odpovědnost za vady*. Praha: Panorama, 1983, s. 104–105).

<sup>70</sup> Viz OULÍK, 1983, op. cit., s. 104.

<sup>71</sup> Viz ŠVESTKA, op. cit., s. 242.

za vady, přitom však ve skutečnosti upravovala odpovědnost ze zákonné záruky bezvadnosti předmětu koupě po zákonem stanovenou záruční dobu.<sup>72</sup> Podle § 254 odst. 1 platilo (tak jako podle § 236 odst. 1), že v záruční době musí být uplatněno rovněž právo z odpovědnosti za vady, jinak prekluduje. Rozhodovací praxe v souladu s literou zákona na tomto požadavku trvala.<sup>73</sup> Literatura pak dodávala, že je třeba nejen konkretizovat právo, ale rovněž i vadu, pro kterou se právo ze záruky uplatňuje.<sup>74</sup>

Lhůty podle § 236 odst. 1 a § 254 odst. 1 vyžadovaly oproti předchozí právní úpravě přímé uplatnění nároku z vad, tzn. vůči socialistické organizaci, nikoliv již u soudu. Konstruovány přitom byly jako prekluzivní.<sup>75</sup> Uplatnil-li občan právo na odstranění vady, pak literatura dovozovala, že žalovat lze až po uplynutí lhůty, kterou stanovil krajský národní výbor socialistické organizaci k odstranění vady.<sup>76</sup> Domáhal-li se však jiného nároku z vadného plnění (odstoupení od smlouvy, slevy), mohl žalovat rovnou. To se odůvodňovalo tím, že socialistické organizaci nebyla stanovena zákonem lhůta, v níž má o oprávněnosti nároku rozhodnout.<sup>77</sup> V souladu s § 102 pak běžela promlčecí lhůta práva z vad od okamžiku, kdy právo bylo uplatněno u socialistické organizace. Těmto závěrům ostatně odpovídá důvodová zpráva<sup>78</sup> a literatura.<sup>79</sup>

<sup>72</sup> V tržním hospodářství je takto formovaná odpovědnost stěží odůvodnitelná. Důvodová zpráva k vládnímu návrhu OZ 1965 však vycházela z jiného hodnotového nastavení: „Uspokojování stále rostoucích hmotných a kulturních potřeb občanů je provořadým úkolem socialistické společnosti a je dnes zajišťováno celou sítí služeb poskytovaných socialistickými organizacemi (podniky státního obchodu, podniky místního hospodářství, lidovými družstvy, dopravními a jinými organizacemi). Při poskytování těchto služeb vznikají mezi občany a socialistickými organizacemi společenské vztahy, které jsou kvalitativně zcela odlišné od vztahů, jež dříve vznikaly mezi občany a soukromými podnikateli, i od smluvních vztahů, které vznikají mezi občany, je proto jen samozřejmým důsledkem tohoto vývoje, že osnova upravuje vztahy vznikající při poskytování služeb občanům jako specifické socialistické vztahy v samostatné části, a to tak, aby nová právní úprava odpovídala všestranné péči socialistické společnosti o stále zvyšování životní úrovně pracujících [...] Povahou prodeje v socialistickém obchodě je plně odůvodněno, aby organizace odpovídala nejen za vady, které se na věci projevují při jejím převzetí, ale i za vady, které se vyskytnou v záruční době.“ Pro tento přístup plédoval již Lachout. Podle jeho názoru „u průmyslově vyráběných výrobků podle státních norem, technických podmínek, závazných receptur atd.“ jsou vady, které vzniknou až po době plnění, ve skutečnosti skrytými vadami, neboť mají původ v nedodržení zmíněných závazných pravidel (LACHOUT, op. cit., s. 597–598).

<sup>73</sup> Srov. stanovisko Nejvyššího soudu České socialistické republiky ze dne 21. 10. 1975, sp. zn. Cpj 57/75, publik. pod č. 17/1976 Sb. rozh. obč.

<sup>74</sup> Viz OULÍK, 1979, op. cit., s. 77.

<sup>75</sup> Viz OULÍK, 1983, op. cit., s. 107–108.

<sup>76</sup> Viz Ibid., s. 113–114.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> „Právo z odpovědnosti za vadu, která se na věci vyskytla, musí být uplatněno (vada reklamována) u věci, pro které platí záruka, v záruční době, u věci, které se rychle kazí, nejdéle v den následující po koupi a u ostatních věcí do šesti měsíců po koupi. Doba od uplatnění práva ze záruky až do provedení opravy se do záruční doby nepočítá. Je ovšem věcí občana, aby prokázal, že věc skutečně koupil u organizace; stejně tak musí prokázat dobu, kdy věc byla koupena, aby bylo možno zjistit, zda lhůta pro uplatnění byla zachována. Jestliže vada není včas reklamována, právo zanikne. Byla-li vada včas reklamována, může se občan domáhat svého práva u soudu v pravidelné tříleté promlčecí době.“

<sup>79</sup> Viz OULÍK, 1979, op. cit., s. 78; OULÍK, 1983, op. cit., s. 113–114; shodně ŠVESTKA, J. *Odpovědnost za vady podle československého socialistického práva*. Praha: Univerzita Karlova, 1976, s. 241.

Na podobném mechanismu jako výše popsaném stála též odpovědnost ze záruky u zhotovení věci na zakázku (§ 263 an.),<sup>80</sup> jakož i oprava a úprava věci (§ 276 an.).<sup>81</sup>

## Koupě

Ustanovení o koupi ze zákonné záruky nevycházela. Podle § 403 odst. 1 musel kupující vytknout bez zbytečného odkladu prodávajícímu, že věc má vady. Právo z odpovědnosti za vady mohl uplatnit jen za předpokladu, že vadu vytkl. Obecná lhůta pro vytknutí činila 6 měsíců, u krmiv 3 týdny a u zvířat pak 6 týdnů. Rozhodujícím okamžikem pro běh lhůty pro vytýkáci lhůty bylo převzetí věci.

V důvodové zprávě k této právní úpravě se uvádí:

*„Uplatnění práva z odpovědnosti za vady je upraveno tak, že především je třeba shledanou vadu oznámit prodávajícímu, a to bez zbytečného odkladu, nejpozději však ve lhůtách, jejichž délka je způsobena povahou věci. Jen byla-li splněna tato oznamovací povinnost, je možno nárok z odpovědnosti za vady uplatnit u soudu. Tato úprava jednak umožňuje, aby se účastníci kupní smlouvy mohli vypořádat smírnou cestou, jednak působí k tomu, aby vady věci byly včas zjištěny.“*

V právní úpravě koupě se setkáváme pouze s prekluzivní vytýkáci lhůtou,<sup>82</sup> nikoliv lhůtou pro uplatnění práva. Podle dikce § 403 odst. 1 a důvodové zprávy musel kupující nejprve vadu vytknout a nemohl ji rovnou uplatnit u soudu. Rozhodovací praxe však oproti důvodové zprávě netrvala na tom, aby byla vada nejprve oznámena prodávajícímu (tím byl popřen cíl sledovaný zákonodárcem). Judikatura totiž připouštěla, že pro dodržení objektivní lhůty postačí, bude-li žaloba, kterou se kupující domáhá práv z vad, do konce této lhůty doručena prodávajícímu.<sup>83</sup> Neoznámení vady ve lhůtě bez zbytečného odkladu (§ 403 odst. 1), která byla označována jako pořádková, k prekluzi nevedlo; nastala až marným uplynutím lhůty 6 měsíců.<sup>84</sup> Lhůta k vytknutí nemohla být z důvodu právní jistoty prodloužena.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> Povinnost uplatnit právo ze záruky (slovy zákona z vady) musela být splněna v záruční době, jinak práva z vad zanikla (srov. § 274 OZ 1964 před zněním velké novely).

<sup>81</sup> Povinnost uplatnit právo ze záruky (slovy zákona z vady) musela být splněna v záruční době, jinak práva z vad zanikla (srov. § 281 odst. 2 OZ 1964 před zněním velké novely).

<sup>82</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího soudu České socialistické republiky ze dne 30. 9. 1988, sp. zn. 3 Cz 59/88.

<sup>83</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího soudu České socialistické republiky ze dne 16. 10. 1985, sp. zn. 3 Cz 31/85, publikovaný jako R 9/1987 Sb. rozh. obč.: „Z ustanovení § 403 odst. 1 obč. zák. nelyne, že by vytknutí vady koupené věci muselo časově předcházet podání návrhu na zahájení občanského soudního řízení. Kupující může bez zbytečného odkladu prodávajícímu vytknout vady prodané věci (§ 403 odst. 1 o. z.) případně až v návrhu na zahájení občanského soudního řízení, jímž uplatní konkrétní práva z odpovědnosti za vady prodané věci. V takovém případě je lhůta šesti měsíců, uvedená v ustanovení § 403 odst. 1 o. z., zachována jen za předpokladu, že byl žalovanému v této lhůtě doručen návrh na zahájení řízení obsahující výtku vad prodané věci.“

<sup>84</sup> Srov. Rozsudek Městského soudu v Praze z 8. 3. 1973, 12 Co 6/73, publikovaný jako R 45/1974 Sb. rozh. obč.: „Podle ustanovení § 403 odst. 1 o. z. je povinností kupujícího vytknout vady koupené věci bez zbytečného odkladu a jenom tehdy, jestliže kupující tuto povinnost splní do šesti měsíců od převzetí věci, může se domáhat práva z odpovědnosti za vady žalobou u soudu. Práva z odpovědnosti za vady se týkají jen těch vad, které prodávající kupujícímu vytkl; na jiné dodatečně objevené vady se odpovědnost nevztahuje.“

<sup>85</sup> Viz rozhodnutí Krajského soudu v Plzni ze dne 23. listopadu 1965, 7 Co 468/65, publikované jako R 76/1966 Sb. rozh. obč.

## Vlastní zhodnocení

Konstrukce uplatnění práv z vad v prekluzivní záruční době u socialistické organizace představuje oproti tradiční civilistice zjevnou přetržku. Tou je též běh promlčecí lhůty práv z vadného plnění, jež plyne od okamžiku uplatnění práva u socialistické organizace, nikoliv již od okamžiku, v němž nabyvatel převezme předmět plnění a nastává splnění smluvní povinnosti. V centralizovaném hospodářství lze tento přístup snad ospravedlnit výsostným postavením socialistické organizace. Její rozhodování o reklamaci lze přirovnat k rozhodování **kvazisprávního orgánu**, na který bylo třeba se nejprve obrátit. Až v případě nesouhlasu s jeho posouzením či z důvodu jeho nečinnosti bylo možné se domáhat ochrany u soudu. Touto myšlenkou „subsidiarity soudní ochrany“ by se dalo odůvodnit jednak to, proč musí být právo ze záruky uplatněno nejprve u socialistické organizace, jednak konstrukci běhu promlčecí lhůty. Rozporuplně se však připouštělo, aby při uplatnění práva na odstranění vady měl občan posečkat, než socialistické organizaci uplyne lhůta k odstranění vady, kdežto v jiných případech mohl žalovat rovnou na uplatnění práva. Přijali-li bychom zmíněnou tezi o postavení socialistické organizace jako kvazisprávního orgánu, dávalo by naopak smysl, aby byla socialistické organizaci ve všech případech stanovena lhůta k rozhodnutí o oprávněnosti vzneseného nároku z vady.

Tradiční civilistice se frapantně vymyká též výklad vytknutí vady za podmínek § 403 odst. 1 OZ 1964 ve znění před velkou novelou (dále jen jako „socialistická vytýkáací povinnost“). Socialistická vytýkáací povinnost možná může připomínat obchodněprávní vytýkáací povinnost, ve skutečnosti však mají jen společný název. Obě se shodují v tom, že ukládají kupujícímu povinnost vytknout vadu bez zbytečného odkladu. Pokud ji však kupující nesplní, a naruší tak (byť typově) zájem prodávajícího, pak by mělo následovat vyrovnání této poruchy. U obchodněprávní vytýkáací povinnosti nastává ztráta práv z vad. Judikatura a doktrína ale v poměrech socialistické vytýkáací povinnosti dovozovala pořádkový charakter, a tím pádem ignorovala v zákonné dikci napsanou subjektivní lhůtu „bez zbytečného odkladu“, která jako jediná (na rozdíl od objektivní) dává v kontextu vytýkáací povinnosti smysl. Bez povinnosti vytknout vadu bez zbytečného odkladu poté, co je vadu možné zjistit (vady zjistitelné prohlídkou), příp. poté, co se projeví (tzv. skryté vady), totiž vytknutí nemůže vůbec sloužit k tomu, k čemu je určeno. Jeho účelem je,<sup>86</sup> aby prodávající mohl co nejrychleji učinit patřičné dispozice k zachování svých zájmů, jakmile kupující zví (při povinnosti prohlídky měl zvědět) o vadě. Toho však lze ryze objektivní lhůtou sotva docílit, neboť nabyvatel není nucen jednat promptně a může posečkat s oznámením až na konec objektivní lhůty.

Závěr o pořádkové povaze subjektivní lhůty ze své povahy nemůže obstát, neboť v soukromoprávním poměru dvou rovných subjektů pro něj není místo. Tento zcela ničím nepodložený závěr ignoruje, že každá soukromoprávní relace (vztah práva a povinnosti) musí být náležitě a dostatečně oboustranně odůvodněna. Ospravedlněna musí být jak ve vztahu k té straně,

<sup>86</sup> V podrobnostech sub 3.3.1.

které se povinnost ukládá, tak ve vztahu k té, které jde ku prospěchu.<sup>87</sup> Má-li kupující v souladu se zákonem vytknout vadu bez zbytečného odkladu, pak tato povinnost slouží určitému zájmu prodávajícího.<sup>88</sup> Jestliže kupující tuto povinnost nesplní, tak logicky zasahuje do právem aprobovaného zájmu prodávajícího, a takové porušení nemůže zůstat bez následku. Povinnost by totiž byla vnitřně vyprázdněna, bylo-li by možné ji bez následku porušit.

Švestka uvádí,<sup>89</sup> že subjektivní lhůta není „bez jakéhokoli právního významu [...] kupující včasným uplatněním získá důkaz o tom, že vada v případech zákonné odpovědnosti v plnění již existovala“. Citovaný názor však zaměňuje význam právní povinnosti (tj. jakému zájmu věřitele povinnost slouží) s vedlejší doprovodnou externalitou splnění povinnosti, která ani neodpovídá skutečnosti. Ten, kdo vytýká, nezískává přeci důkaz, že vada existovala již při plnění, ale nanejvýš, vytkne-li písemně či před svědky, že vytkl. Mylné je ale především východisko celého argumentu, neboť povinnost kupujícího (občana) lze korektně ospravedlnit jen odpovídajícím zájmem prodávajícího, nikterak ale zájmem povinného (*sic!*).

Účelem obchodněprávní vytýkáci povinnosti není a nikdy nebylo omezovat možnost uplatnění práva z vadného plnění. K tomuto cíli směřuje promlčecí lhůta. Socialistická vytýkáci povinnost ale takové omezení činila, neboť objektivní vytýkáci lhůtu **vztáhla na všechny vady**, aniž by byly objektivně zjistitelné. Kupující byl povinen vytknout i ty vady, o nichž nemusel a ani nemohl vědět; s nesplněním nesplnitelné povinnosti (*sic!*) byl tedy spojen následek ztráty práv z vad.

Význam promlčecí lhůty práv z vadného plnění<sup>90</sup> se v socialistickém právu omezil na případy, v nichž je vada vytknuta, ale právo není doposud uplatněno. Tím pádem sloužila promlčecí lhůta svému účelu jen částečně.

Švestka<sup>91</sup> ospravedlňoval (socialistickou) vytýkáci povinnosti tím, že (I) vyjasňuje mezi zúčastněnými subjekty co nejrychleji, zda poskytnutý předmět plnění byl vůbec vadný, že (II) nabyvatel dává zciziteli najevo, zda má, či nemá očekávat pozdější uplatnění práv z odpovědnosti za vady, že (III) napomáhá k tomu, aby vady plnění byly co nejrychleji odstraněny a poskytnutý předmět plnění mohl plnit svůj účel jak z individuálního, tak společenského hlediska, a že (IV) zúčastněným subjektům umožňuje vypořádat vzájemná práva mimo autoritativní orgán.

<sup>87</sup> Srov. zásadu o dvoustranném odůvodnění BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien: Verlag Österreich, 1996, s. 91 a násl., BYDLINSKI, F. Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2004, roč. 204, č. 3/4, 1994, roč. 194, č. 4, s. 341 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1628/000389904780603067>; BYDLINSKI, P., BYDLINSKI, F. *Der Begriff des Rechts*. Wien: Verlag Österreich, 2015, s. 140–141; BYDLINSKI, F. Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht. In: APATHY, P., KOZIOL, H. a kol. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2010, s. 1355 a násl.; KERSCHNER, F., KEHRER, A. In: FENYVES, A., KERSCHNER, F., VONKILCH, A. *Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar: ABGB § 1 bis 43*. Wien: Verlag Österreich, 2014, § 6, 7, marg. č. 63.

<sup>88</sup> K identifikaci zájmu u vytýkáci povinnosti srov. 3. 3. 1.

<sup>89</sup> ŠVESTKA, op. cit., 1976, s. 243.

<sup>90</sup> Promlčecí lhůta měla běžet ode dne, kdy právo mohlo být vykonáno poprvé (§ 101). Zda je tímto okamžikem vytknutí, nebo již vadné plnění, zodpovědělo jednoznačně až ustanovení § 508 OZ 1964 ve znění velké novely ve prospěch první varianty (srov. 2.4.2.1).

<sup>91</sup> ŠVESTKA, op. cit., 1976, s. 240.

Podané důvody však přesvědčivě neodůvodňují, proč právě institut práva z vadného plnění vyžaduje takto konstruovanou vytykáací lhůtu. Z jakého důvodu nemá pod ztrátou nároku rovněž poškozený povinnost nejprve oznámit škůdci vznik škody (nebo porušení povinnosti), proč strana jednající v omylu nemá nejprve protistranu o svém omylu informovat? Vždyť i na tyto případy platí důvody uvedené sub I až IV *mutatis mutandis*. Bod III navíc platí jen tehdy, jsou-li vady odstranitelné a nabyvatel odstranění požaduje.

Smíchání promlčecí a vytykáací lhůty právně dogmaticky nemůže obstát, neboť stojí na pokřivených východiscích. Příznačné je však pro dále navazující právní úpravy, a proto se na tento nešvar dále opakovaně upozorňuje.

#### 2.4.2 Občanský zákoník z roku 1964 ve znění velké novely

Před velkou novelou postrádal občanský zákoník obecnou část závazkového práva tak, jako tomu bývá v soukromoprávních kodifikacích zvykem. Nová ustanovení začleněná velkou novelou z roku 1991 měla podle důvodové zprávy obsahově navazovat na ustanovení občanského zákoníku z roku 1950 při zohlednění zkušeností z praxe a z obdobných cizozemských úprav v právních státech.<sup>92</sup>

Ve zde zkoumané problematice se to však vůbec nezdařilo. Ve skutečnosti bylo totiž ještě více prohloubeno vzájemné prolínání obchodněprávní vytykáací povinnosti a promlčecí lhůty. Pravidla o lhůtách byla upravena jednak v obecné části závazkového práva (§ 488 an.), jednak v pravidlech o kupní smlouvě (§ 588 an.).

#### Relevantní ustanovení

Podle § 504 v. 1 může nabyvatel uplatňovat nárok z odpovědnosti za vady u soudu jen tehdy, vytkl-li vady bez zbytečného odkladu poté, kdy měl možnost věc prohlédnout. Nabyvatel může vadu vytknout nejpozději do šesti měsíců, pokud zákon nestanoví jinak (§ 504 v. 2). Nebyla-li vada vytknuta v této lhůtě, právo z vad zanikne (§ 504 v. 3). Vada krytá zárukou musela být v souladu s § 505 vytknuta do konce záruční doby. Okamžikem vytknutí vady počala běžet obecná promlčecí doba nároku z odpovědnosti za vady (§ 508).

V důvodové zprávě k velké novele se uvádí, že

*„bylo třeba upravit obecná ustanovení o odpovědnosti za vady novým způsobem. Bylo je ovšem třeba přizpůsobit uplatňování práv z odpovědnosti za vady, které zavedl občanský zákoník z roku 1964, a které se osvědčilo, že totiž právo je třeba uplatnit nejprve u smluvního partnera a teprve potom u soudu. Tomuto postupu uplatnění práva se přizpůsobilo i ustanovení § 508.“*

<sup>92</sup> Viz důvodová zpráva k části osmé: „Nové závazkové právo spočívá po stránce formálního vyjádření i nadále na některých ustanoveních platného občanského zákoníku, která byla zařazena do nového systému. Tam, kde platný občanský zákoník neobsahoval konkrétní ustanovení, která jsou nepostradatelná v moderním závazkovém právu, resp. neobsahoval adekvátní ustanovení odpovídající potřebám závazkového práva, bylo třeba tato novým způsobem formulovat. Při formulaci nových, resp. chybějících ustanovení, bylo možno se zčásti opřít o občanský zákoník z roku 1950, který zpravidla vyhovující ustanovení obsahoval. Při jejich převzetí se postupovalo tak, aby nové znění současně odpovídalo zkušenostem praxe a zejména zkušenostem získaným z obdobných cizozemských úprav v právních státech. Byla rovněž převzata některá ustanovení ze zákoníku o mezinárodním obchodu (zákon č. 101/1963 Sb.) a zmodernizována řada ustanovení, k nimž například budou ustanovení obchodního zákoníku v poměru speciality.“

Citovaná pasáž se přitom vztahuje k pravidlům o vytknutí vady (*sic!*), nikoliv o uplatnění práva. Stejně zmatky se objevují i v aktuální důvodové zprávě k § 1921 (srov. výše sub 1). Připomeňme navíc, že lhůta pro uplatnění práva byla v OZ 1964 ve znění před velkou novelou upravena jen v ustanoveních o službách (viz 2.4.1). Šlo však o práva ze záruky. Naproti tomu u koupi se jednalo pouze o lhůtu k vytknutí (viz 2.4.1).

Ustanovení § 503 pak ukládalo nabyvateli povinnost bez zbytečného odkladu oznámit zcizitelé („předchůdci“), že třetí osoba si činí nárok na věc. Neučinil-li tak, pak předchůdce má vůči nabyvateli zachované námitky, které by mohl uplatnit oproti třetí osobě.

V poměrech kupní smlouvy se v § 599 odst. 1<sup>93</sup> vyskytovalo speciální pravidlo, které doslovně přebíralo § 403 odst. 1 OZ 1964 ve znění před velkou novelou.

### Názory nauky a judikatury

Subjektivní lhůtu „bez zbytečného odkladu“ v § 504 v. 1 označovala judikatura<sup>94</sup> a literatura<sup>95</sup> opět bez bližšího odůvodnění za pořádkovou. S její nedodržením tudíž nebyl pojen vznik jakýkoliv negativních následků pro nabyvatele. Naproti tomu objektivní šestiměsíční lhůta byla pokládána za prekluzivní.<sup>96</sup> Dovožovalo se, že lhůta podle § 504 v. 2 se má uplatnit jak na vady zjevné, tak skryté.<sup>97,98</sup> Stejný závěr vyslovil Nejvyšší soud o vytýkáací lhůtě upravené v § 599.<sup>99</sup>

V souladu s dikcí § 599 dovozovala judikatura,<sup>100</sup> že k zachování práv z odpovědnosti za vady postačí, vytkl-li kupující v prekluzivní lhůtě vadu. Současné uplatnění práva z vad se nevyžadovalo. Navzdory výše citované důvodové zprávě připustila rozhodovací praxe opět vytknutí cestou žaloby.<sup>101</sup>

<sup>93</sup> § 599 odst. 1 OZ 1964 ve znění velké novely: „Vady musí kupující uplatnit u prodávajícího bez zbytečného odkladu. Práva z odpovědnosti za vady se může kupující domáhat u soudu, jen jestliže vady vytkl nejpozději do šesti měsíců, jde-li o vady krmív do tří týdnů, a jde-li o vady zvířat, do šesti týdnů od převzetí věci.“

<sup>94</sup> Shodně rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 11. 2008, sp. zn. 33 Odo 1300/2006.

<sup>95</sup> Viz ŠKÁROVÁ, M. In: ŠVESTKA, J. a kol. *Občanský zákoník I, II*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1520, § 504, marg. č. 1.

<sup>96</sup> Viz HURDÍK, J. In: ELIÁŠ, K. a kol. *Občanský zákoník: velký akademický komentář: úplný text zákona s komentářem, judikaturou a literaturou podle stavu k 1. 4. 2008. 2. svazek, § 488-880*. Praha: Linde, 2008, s. 1439.

<sup>97</sup> Viz ŠKÁROVÁ, M. In: ŠVESTKA, op. cit., s. 1520, § 504, marg. č. 1.

<sup>98</sup> Srov. rozsudky Nejvyššího soudu ze dne 30. 8. 2005, sp. zn. 25 Cdo 1612/2004, uveřejněný pod č. 17/2007 Sb. rozh. obč., a ze dne 28. 11. 2002, sp. zn. 33 Odo 556/2001.

<sup>99</sup> Srov. rozsudek ze dne 21. 8. 2014, sp. zn. 33 Cdo 1830/2014.

<sup>100</sup> Srov. rozsudek ze dne 21. 8. 2014, sp. zn. 33 Cdo 1830/2014.

<sup>101</sup> Takto rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 11. 2008, sp. zn. 33 Odo 1300/2006: „Nelze vyloučit, aby kupující vytkl vady zakoupené věci až v žalobě, kterou se domáhá práv z odpovědnosti za vady. Aby ovšem nedošlo k prekluzi jeho práva, musí být v takovém případě žaloba (obsahující zároveň hmotněprávní úkon vytknutí vad) doručena žalovanému ve lhůtě šesti měsíců podle § 599 odst. 1 obč. zák. Až po včasné vytknutí vad věci může kupující uplatnit práva z odpovědnosti za vady u soudu. Od okamžiku jejich vytknutí mu běží obecná tříletá promlčecí doba pro uplatnění práva na slevu z kupní ceny nebo na odstoupení od kupní smlouvy (§ 101 obč. zák.).“



Z těchto závěrů, patrně zjevným nedopatřením,<sup>102</sup> vybočoval v komentářové literatuře názor, že § 599 OZ ve znění velké novely vyžaduje nejen vytknutí, nýbrž i uplatnění konkrétního práva z vadného plnění.<sup>103</sup>

Usnesením ze dne 13. 12. 2000, sp. zn. 33 Cdo 2573/99,<sup>104</sup> Nejvyšší soud formuloval (ale neodůvodnil) závěr, že lhůta podle § 599 platí též pro právní vady. Význam lhůty bez zbytečného odkladu k oznámení právní vady podle § 503 spočívá dle jeho názoru jen v tom, že zcizitel může vůči nabyvateli úspěšně uplatnit námitky, které měl vůči třetí osobě.

### Vlastní zhodnocení

Ačkoliv by se mohlo zdát nadbytečné vyjadřovat se již k obsoletní právní úpravě, tak opak je pravdou. Současná komentářová literatura se nezdá uchyluje k citaci starší rozhodovací praxe, aniž by ji podrobila hlubší kritice. Například na závěry shora uvedeného usnesení sp. zn. 33 Cdo 2573/99 navazují i někteří současní autoři<sup>105</sup> při výkladu § 1920 a § 1921 ObčZ. Lhůtě ke splnění oznamovací povinnosti přiřkládají pořádkový charakter a vyžadují vytknutí právní vady v šestiměsíční lhůtě podle § 1921 odst. 1 v. 2 ObčZ.

Ustanovení § 504 v. 1 OZ přežalo pravidlo o „vytýkáací povinnosti v obchodněprávním smyslu“ upravené v § 231 v. 1 OZ 1950 (srov. výše), ustanovení § 503 zase § 230 OZ 1950 o právní vadě, která spočívá ve vznesení nároku na předmět plnění třetí osobou. Socialistický původ pak mají § 504 v. 2 (reklamační šestiměsíční lhůta), § 508 (běh promlčecích lhůt pro práva z vad vázaný na okamžik vytknutí vady) a § 599 (vytknutí vady v reklamační lhůtě jako předpoklad domáhání se práva u soudu).

<sup>102</sup> Uvedený názor se přitom dovolává stanoviska Nejvyššího soudu ČSR ze dne 30. 12. 1982, sp. zn. Cj 40/82, publikovaného pod č. 22/83 Sb. rozh. obč., které se vztahuje k úpravě o prodeji v obchodě před velkou novelou, která *expressis verbis* upravovala lhůtu k uplatnění práva ze záruky, nikoliv k vytknutí.

<sup>103</sup> Viz DVOŘÁK, J., ELISCHER, D. In: ELIÁŠ, Karel a kol. *Občanský zákoník: velký akademický komentář: úplný text zákona s komentářem, judikaturou a literaturou podle stavu k 1. 4. 2008. 2. svazek, § 488–880*. Praha: Linde, 2008, s. 1738: „k tomu, aby nedošlo k zániku práv z odpovědnosti za vady věci, nestačí, že kupující vady vytkl, nýbrž je nutné, aby v této lhůtě konkrétně uvedl, jaké právo z tohoto důvodu uplatňuje.“

<sup>104</sup> V rozhodnutí Krajského soudu v Plzni ze dne 23. 11. 1965, sp. zn. 7 Co 468/65, uveřejněném pod č. 76/66 Sb. rozh. obč., stojí: „Nárok na slevu z ceny pro vady věci může být kupujícím s úspěchem uplatněn, jestliže vady věci vytkly nejpozději ve lhůtě šesti měsíců od převzetí věci; tato lhůta nemůže být prodloužena a počátek běhu této lhůty nemůže nastat jinak než od převzetí věci.“ Citované rozhodnutí se ale zabývá jen vytknutím faktické vady. Jeho závěry však usnesení Nejvyššího soudu ze dne 13. 12. 2000, sp. zn. 33 Cdo 2573/99, zobecňuje, neboť aplikuje pravidlo o počátku a délce reklamační lhůty dle § 503, 599 ObčZ 1964 i na vady právní (*in concreto šlo o věcné břemeno vážnoucí na prodané nemovité věci*). V usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 8. 2017, sp. zn. 28 Cdo 4019/2015, pak již dovolací soud výslovně o takovém způsobu aplikace hovoří: „V otázce odstoupení od smlouvy pro vady předmětu koupě rozhodnutí odvolacího soudu principiálně sleduje závěry ustálené rozhodovací praxe, dle níž nese prodávající (ve smyslu § 597 obč. zák.) odpovědnost za vady předmětu koupě, ať již faktické nebo právní, které zde byly v době plnění (k tomu přiměřeně srovnej např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 3. 2004, sp. zn. 32 Odo 976/2002, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 1. 2004, sp. zn. 32 Odo 956/2002, nebo rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 1. 2004, sp. zn. 32 Odo 752/2002), přičemž vady musí kupující (dle § 599 odst. 1 obč. zák.) uplatnit u prodávajícího bez zbytečného odkladu, nejpozději však do šesti měsíců od převzetí věci (nejde-li o vady krmiv či zvířat), jinak jeho práva z odpovědnosti za vady zanikají (srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 1. 12. 2000, sp. zn. 30 Cdo 2175/2000, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 8. 2014, sp. zn. 33 Cdo 1830/2014, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 5. 2009, sp. zn. 33 Cdo 684/2007, nebo usnesení ze dne 27. 9. 2012, sp. zn. 33 Cdo 1244/2011).“

<sup>105</sup> Viz POROD, J. In: PETROV, J., VÝTISK, M., BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 2068, § 1920, marg. č. 10.

Základní kámen úrazu celé velké novely spočívá v tom, že se nadále pracuje s pojetím socialistické vytýkáací povinnosti v objektivní lhůtě, která je svou podstatou smícháním obchodněprávní vytýkáací povinnosti a promlčecí lhůty (resp. lhůty k uplatnění práva z vad).<sup>106</sup>

Nutno zdůraznit, že pro právní vadu ve smyslu § 503 ale neplatila v OZ 1950 žádná vytýkáací povinnost, která by musela být splněna v objektivní lhůtě od okamžiku, v němž nabyvatel měl možnost věc prohlédnout (takto však § 504 OZ), nebo v němž převzal věc (takto § 599 OZ). U tohoto typu vady existovala pouze promlčecí lhůta pro uplatnění práva u soudu (§ 235 OZ 1950), příp. k prostému oznámení za účelem perpetuace námitky (§ 236 OZ 1950). Lhůta v obou případech běžela až okamžikem, v němž se nabyvatel o nároku třetí osoby dozvěděl (srov. § 235 odst. 2 v. 2 OZ 1950). Tyto závěry jsou logické, neboť v momentě, kdy lze věc prohlédnout, tak ani znalec není schopen zjistit, zda na věci lpí taková právní vada (srov. závěry diskuze k OZO sub 2.1). Judikatura a literatura za účinnosti OZ 1964 ve znění velké novely ale bez okolků odlišnou povahu právních vad nerespektovala a aplikovala na ni pravidla o vytýkáací povinnosti podle § 504 v. 2 OZ.

Skutečnost, že ustanovení § 504 v. 1 OZ převzalo obchodněprávní vytýkáací povinnost, nebyla snad nikdy při výkladu zohledněna. Judikatura a literatura nadále navazovala na socialistické závěry o pořádkovém charakteru subjektivní lhůty bez zbytečného odkladu (srov. shora kritiku sub 2.4.1, „Vlastní zhodnocení“).

„Možnost věc prohlédnout“, jakožto rozhodující okamžik běhu lhůty bez zbytečného odkladu pro „vytknutí v obchodněprávním smyslu“, má původ v pravidlech o obchodní koupi zboží (srov. § 910 an. vl. N. OZ). Velká novela však po vzoru OZ 1950 tento moment zvolila v obecné části pro všechny úplatné smlouvy (srov. § 504 v. 1 OZ 1964 ve znění velké novely) a stanovila jej navíc jako počátek běhu šestiměsíční lhůty pro splnění socialistické vytýkáací povinnosti (srov. § 504 v. 2). Ustanovení § 599 OZ 1964 ve znění velké novely, které upravovalo vytýkáací povinnosti v poměrech kupní smlouvy, přešlo se všemi neduhy § 403 OZ 1964 ve znění před velkou novelou (srov. kritiku již sub 2.4.1, „Vlastní zhodnocení“).

Ustanovení § 508 OZ 1964 ve znění velké novely navázalo na konstrukci běhu promlčecí lhůty, která byla upravena ve vztazích mezi občanem a socialistickou organizací. Jako výchozí bod běhu promlčecí lhůty byl proto zvolen okamžik vytknutí. Taková konstrukce ale dává smysl možná v odvětví správního práva: lhůta není vázána k momentu vzniku hmotněprávního nároku či okamžiku, kdy o něm oprávněný zvěděl, ale k momentu nesprávného posouzení reklamace či jejímu nevyřízení (viz kritika sub 2.4.1.3). Skutečnost, že nabyvatel má práva z vad již od okamžiku vadného plnění a že okamžik vytknutí se vůbec nemusí krýt s momentem, kdy nabyvatel o vadě zvěděl, byla tedy novelizací úspěšně ignorována. Je-li však počátek běhu promlčecí lhůty vázán na vytknutí vady u protistrany, o jehož okamžiku rozhoduje nabyvatel (k vytknutí jej nelze nutit), tak je ochromena funkce promlčení, která reaguje na „zatemňující moc času“ a „riziko důkazní nouze dlužníka“.<sup>107</sup> Uvedená rizika započínají již dávno před vytknutím.

<sup>106</sup> Viz již shora 2.4.1, „Vlastní zhodnocení“.

<sup>107</sup> Srov. s dalšími odkazy BRIM, L. In: LAVICKÝ, P. *Občanský zákoník: komentář. I, Obecná část (§ 303–654)*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1950, § 609, marg. č. 41, nebo rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 7. 2021, sp. zn. 23 Cdo 3752/2019, body 69, 70, uveřejněný pod č. 69/2022 Sb. rozh. obč.

## 2.5 Mezitímní závěr

Každá lhůta, ať už ke splnění vytykáací povinnosti v obchodněprávním smyslu, oznámení vady, či uplatnění práva u soudu, řeší kolizi zájmů nabyvatele a zcizitele při uplatnění práv z vadného plnění. Pokud práva z vadného plnění slouží k nápravě narušené subjektivní ekvivalence,<sup>108</sup> pak realizační fáze těchto práv nemůže tento cíl vyprázdnit.

Výše podaná analýza dokládá, jak se dostala obchodněprávní vytykáací povinnost do obecné části závazkového práva, a získala tak věcnou působnost pro všechny úplatné smlouvy. Byť se její rysy objevují již v § 403 OZ 1964 ve znění před velkou novelou, tak s jistotou o jejím opětovném začlenění lze hovořit spíše až v postkomunistickém soukromém právu. Velká novela OZ 1964 sice usilovala o znovuoživení soukromého práva, nicméně zkřížením obchodněprávní a socialistické vytykáací povinnosti vytvořila zcela nekompaktní model, který nemá obdoby. Krátké lhůty pro uplatnění práv z vad (oproti standardním promlčecím lhůtám) nebyly vůbec upraveny a jejich funkci *de facto* převzal naprosto nevhodný model. Podle něho nehrozil nabyvateli negativní následek, nevytkne-li vadu ve lhůtě bez zbytečného odkladu (tím je vyprázdněna myšlenka standardní vytykáací povinnosti). Na druhou stranu, nebylo-li vytknuto v objektivní lhůtě, pak již nabyvatel neměl práva z vad, byť nebylo v lidských silách vůbec vadu vytknout, protože se neprojevila. Zde bylo vytknutí použito jako zcela nevhodný prostředek. Takto zdeformovaná konstrukce však může být stěží obhajitelná. Okamžik vytknutí nelze přenechat libovůli nabyvatele, stejně jako ani nelze vázat ztrátu práv na splnění nesplnitelné povinnosti. Některé vady totiž nelze zjistit ani tou nejdetailnější prohlídkou (např. právní vady ve smyslu § 503 OZ 1964 ve znění velké novely).

Najít korektní řešení v takto nastavených pravidlech nelze jinak než komplexním a rozsáhlým dotvářením práva. Podle zde zastávaného názoru se nabízelo cestou výkladu interpretovat § 504 v. 1 OZ 1964 ve znění velké novely tak, že se vztahuje jen na vady zjistitelné prohlídkou, a to jak zohledněním jeho zdroje § 231 OZ 1950, tak i toho, že text normy vyžaduje vytknutí vady ve lhůtě bez zbytečného odkladu, „*kdy měl [nabyvatel] možnost věc prohlédnout.*“ Logicky totiž může nabyvatel tuto povinnost splnit jen k těmto vadám. Touto cestou bylo možné odstranit nesmyslný a v dané situaci neakceptovatelný závěr o „pořádkové lhůtě“.

Komplikace jsou však spojeny s výkladem § 504 v. 2 OZ 1964 ve znění velké novely, neboť tato lhůta byla zákonodárcem cílena na vady všeho druhu, tak jako v předchozí komunistické úpravě (srov. výše citovanou pasáž z důvodové zprávy). Nediferencovanost mezi jednotlivými druhy vad však představuje neakceptovatelnou vulgarizaci institutu.

Při snaze o korektní interpretaci § 504 v. 2 OZ 1964 ve znění velké novely přicházela do úvahy dvojitá varianta. Buď jej interpretovat jako a) objektivní lhůtu pro vytknutí vady zjistitelné prohlídkou, a poté § 508 OZ 1964 ve znění velké novely vztáhnout jen na tyto případy (tzn. jen na vady ve smyslu § 504 OZ 1964 ve znění velké novely, neboť jiné vady by se nemusely vytykat), nebo b) ji vyložit s ohledem na význam, jaký měla v komunistickém

<sup>108</sup> K tomu srov. s dalšími odkazy KOLMAČKA, V. Přiměřené snížení ceny jako prostředek nápravy narušené subjektivní ekvivalence. *Právní rozhledy*. 2021, č. 13–14, s. 457–468, sub II; KOLMAČKA, V. Práva z vad při smíšeném darování. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2021, č. 3, s. 447–482, sub 1.1. DOI: <https://doi.org/10.5817/CPVP2021-3-1>. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/issue/view/1170>

právu, a aplikovat tak „vytýkáci“ povinnost na všechny vady. Každé z těchto řešení však vede k hodnotovým rozporům a nevhodným důsledkům.

Varianta ad a) představuje korektní výklad jen v tom ohledu, že umožňuje rozlišit mezi jednotlivými druhy vad. Vyvolala by však potíže v tom, že promlčecí lhůta práv z vad seznamitelných prohlídkou by běžela až okamžikem vytknutí podle § 508 OZ 1964 ve znění velké novely. Naproti tomu u vad skrytých by běžela již okamžikem splnění. Konečně u vad právních ve smyslu § 503 OZ 1964 ve znění velké novely by pravidlo zcela chybělo a muselo by být dotvořeno analogií *iuris*. Zmíněná varianta nekoreluje ani s jednoznačným socialistickým modelem v § 599 OZ 1964 ve znění velké novely, jenž každé uplatnění práva z vad podmiňuje vytknutím.

Varianta ad b) rezignuje na rozlišování různých druhů vad a představuje vulgarizaci práva z vadného plnění. Ve výsledku pak vede k tomu, že u některých vad nemohou nároky z vadného plnění sloužit své funkci (např. již u zmíněných právních vad). Naproti tomu však koreluje se zněním § 599 OZ 1964 ve znění velké novely.

Snad závěrem této pasáže se sluší dodat, že výše uvedené výtky se vztahují k pravidlům občanského práva. Kdybychom měli tuto právní úpravu srovnat se zákonem č. 513/1991 Sb., obchodním zákoníkem, neboť oba kodexy tvořily základ soukromého práva, pak se list neobhajitelných hodnotových rozporů podstatně rozroste. Obchodní zákoník upravoval obchodněprávní vytýkáci povinnost pro faktické vady a stanovil pro ni zvlášť subjektivní a objektivní vytýkáci lhůty. Poslední z nich byla přitom dvouletá [srov. § 428 odst. 1 písm. c)], což je v porovnání s šestiměsíční lhůtou v § 599 OZ 1964 ve znění velké novely vskutku neobhajitelné, neboť obchodní právo stanovuje striktnější pravidla za účelem zajištění rychlého a pružného obchodního styku. Pro právní vady obchodní zákoník stanovil zvláštní oznamovací povinnost, při jejímž nesplnění kupující ztrácel prosaditelnost práva z vad (srov. § 435 ObchZ). Právo z právní vady se přitom podle § 393 odst. 2 ObchZ promlčovalo od uplatnění práva třetí osobou. Naproti tomu judikatura v poměrech OZ 1964 ve znění velké novely pojila s nesplněním oznamovací povinnosti u právní vady (§ 403 OZ) toliko možnost zcizitele dovolat se námitek, které měl vůči třetí osobě, rovněž vůči nabyvateli; kromě oznámení přitom nabyvatel musel takovou vadu vytknout ve lhůtě 6 měsíců od převzetí plnění.

### 3 Vytýkáci povinnost ve smyslu § 1921 OZ

#### 3.1 Obecně

Právní úprava vytknutí vady zasazená v obecné části závazkového práva se od předchozího práva odchyluje. Pravidlo § 508 OZ 1964 ve znění velké novely, stanovující běh promlčecí lhůty pro práva z vad od okamžiku vytknutí, nebylo přejato a nelze jej dovozovat ani výkladem. Kromě jeho nesystémové povahy (srov. sub 2.4.2, „Vlastní zhodnocení“) jej lze odmítnout rovněž skrze *argumentum ad absurdum*: práva z vad, o nichž zcizitel věděl nebo vědět musel a která při nedostatku vytknutí nevedou ke ztrátě prosaditelnosti práv z vad (§ 1921

odst. 3 ObčZ, § 2112 odst. 2 ObčZ), by se nemohla nikdy promlčet.<sup>109</sup> Stejně tak nebyl přejat § 599 OZ 1964 ve znění velké novely upravující vytýkáací povinnost u kupní smlouvy. Naopak § 504 v. 1 a v. 2 OZ 1964 ve znění velké novely byl formulačně pozměněn.

Nová textace právního předpisu přitom dle zde zastávaného názoru umožňuje vyložit nejen § 1921 odst. 1 v. 1 ObčZ, nýbrž i jeho druhou větu tak, že se vztahují jen na **vady zjistitelné prohlídkou**. Povinnost vytknout **vady, které se projeví později**, lze dovodit analogií (k tomu sub 3.3.3). Dříve, než bude prezentováno vlastní stanovisko, jak vyložit § 1921 ObčZ, je třeba shrnout základní nedostatky dosavadního přístupu, které mají předobraz ve shora uvedené kritice.

### 3.2 Nedostatky současného přístupu

Aktuální komentářová literatura<sup>110</sup> se shoduje v závěrech, že pojem „vady“ užitý v § 1921 odst. 1 v. 2 ObčZ zahrnuje vady všeho druhu, jako bylo doktrínou a judikaturou dovozováno při výkladu § 504 a § 599 OZ 1964 ve znění velké novely. Jestliže proto vada není vytknuta ve lhůtě 6 měsíců, pak nabyvatel nemá nárok z vadného plnění, aniž by přitom hrálo roli, zda jde o vadu faktickou, kterou nebylo možné vůbec rozpoznat, nebo vadu právní, která spočívá kupř. ve vindikačním nároku třetí osoby.

Tomuto závěru je třeba vytknout:

- 1) **Nerozlišování mezi jednotlivými druhy vad** představuje vulgarizaci práva z vadného plnění. Lhůta podle § 1921 odst. 1 v. 2 ObčZ běží od okamžiku převzetí plnění, což je moment, v němž se předmět plnění nachází ve sféře nabyvatele (či jeho smluvního partnera). V tuto chvíli je nabyvatel zásadně schopen zjistit jen faktické vady předmětu plnění, nikterak zpravidla to, že mu nebyla zcizitelem opatřena právní pozice v rozsahu, v jakém být měla (právní vada). Okamžik, v němž opatření mělo nastat, může být uzavření smlouvy (§ 1099 ObčZ), ale také až zaplacení poslední splátky (např. u výhrady vlastnického práva podle § 2132 ObčZ, nebo u finančního leasingu, jehož podstatou

<sup>109</sup> Opačně ale část komentářové literatury s odkazem na důvodovou zprávu k § 628 ObčZ. Srov. TĚGL, P., WEINHOLD, D. In: MELZER, F., TĚGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek III, § 419–654 a související společná a přechodná ustanovení*. Praha: Leges, 2014, komentář k § 628. Autoři zaměňují notifikaci vady s uplatněním práva z vad a nereflktují to, že neprovedením výběru práva z vad nabyvatelem přechází volba na zcizitele (srov. 2107 odst. 2 a § 1926 odst. 2). Ustanovení § 628 ObčZ tedy nemůže být u práv z vadného plnění použito. Tento závěr sice není v souladu s důvodovou zprávou. Ji však nelze upřednostnit, neboť jde o nedůslednost rekodifikační komise, která zkombinovala více právních úprav vadného plnění (zde OZ 1964 ve znění velké novely a obchodního zákoníku), leč nedbala jejich vzájemné souladnosti. Požadavek na vnitřním souladném výkladu, který se vyhýbá odchýlnému řešení v typově stejných situacích, pro něž chybí ospravedlnitelný důvod, musí převážet.

<sup>110</sup> Viz poznámka pod čarou č. 7.

- je rovněž opatření vlastnického práva<sup>111</sup>). Postrádá přece rozumný smysl, aby objektivní lhůta pro splnění vytýkáci povinností ve smyslu § 1921 běžela u vady spočívající v nedostatku nabytí neomezeného vlastnického práva od okamžiku, který s opatřením této právní pozice vůbec nesouvisí. Jak délka lhůty § 1921 odst. 1 v. 2 ObčZ, tak okamžik jejího počátku nejsou vůbec na tyto případy koncipovány.<sup>112</sup> Opačný závěr vede k tomu, že by v některých případech byla myšlenka institutu práva z vadného plnění zcela popřena. Tak např. vindikačnímu nároku, který nepodléhá promlčení (srov. § 614 ObčZ), může být nabyvatel vystaven dávno po uplynutí 6 měsíců. Podobně i u závazku, který cílí k nabytí vlastnického práva pod odkládací podmínkou, jako tomu je u výhrady vlastnického práva, postrádá logiku, aby lhůta pro vytknutí vady za neopatření právní pozice běžela od okamžiku převzetí věci, nikoliv od okamžiku opatření právní pozice.
- 2) Rovněž nedává rozumný smysl, aby pro skryté vady platila podle § 1921 odst. 1 v. 2 ObčZ lhůta 6 měsíců, kdežto v poměrech koupi věci movité (§ 2112 odst. 1 v. 2 ObčZ) a díla (§ 2618 ObčZ) činila dva roky; u koupi věci nemovité (§ 2129 odst. 2 ObčZ) a díla, jehož předmětem je stavba, pak dokonce 5 let (§ 2629 odst. 2 ObčZ). Aplikační rozsah těchto „zvláštních“ ustanovení oproti obecné části se vztahuje jen na případy, v nichž se převádí *dare* oproti *dare* (kupní smlouva, směna),<sup>113</sup> nebo *facere*<sup>114</sup> oproti *dare*. Je-li však plněno *dare* oproti *facere*, nebo *omittere*, *pati*, příp. je-li plněno *facere* směřující k výsledku oproti *facere*, *omittere*, *pati*, pak se daná ustanovení již neuplatní (nejde ani o koupi, ani o směnu, ani o dílo), a dopadají na ně tak pravidla obecné části. Aplikace odlišných pravidel odpovědnosti za vady v poměrech dosavadního přístupu ale vede

<sup>111</sup> Pregnantně vyjadřuje podstatu finančního leasingu německý Spolkový soudní dvůr (dále jen „BGH“). Srov. zejména rozsudek BGH ze dne 16. 12. 2021, sp. zn. VII ZR 389/21, uveřejněný v časopise *Nene Juristische Wochenschrift* (dále jen „NJW“). 2022, s. 1674. Dostupné z: <http://beck-online.de>, nebo jeho rozsudek ze dne 16. 9. 2021, sp. zn. VII ZR 192/20, uveřejněný v *NJW*, 2022, s. 321, týkající se aféry Dieselgate a výpočtu náhrady škody u auta, jež bylo předmětem leasingového nájmu: Jednotlivé splátky nejsou protiplněním za umožnění užívání věci, nýbrž mají přivodit sukcesivně od počátku zamýšlené konečné nabytí vlastnického práva kupujícího ve vztahu k příjemci zajištění, na základě čehož může kupující užívat auto bez časového omezení do okamžiku, kdy se stane neupotřebitelným („Die Darlehensraten sind demgegenüber keine Gegenleistung für die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit, sondern sollen sukzessive den von vornherein beabsichtigten endgültigen Eigentumserwerb des Käufers im Verhältnis zum Sicherungsnehmer herbeiführen, aufgrund dessen er das Fahrzeug ohne zeitliche Begrenzung bis zum Eintritt der Gebrauchsuntauglichkeit nutzen kann. Der Erwerber erhält infolge der Fremdfinanzierung nicht nur ein zeitlich befristetes Nutzungsrecht bis zum Ablauf der Finanzierung“). Viz *NJW*. 2022, s. 1674, 1676 marg. č. 19.

<sup>112</sup> Srov. shora uvedenou diskuzi v poměrech § 933 ABGB před zněním III. dílí novely, sub 2.1.

<sup>113</sup> Pravidla kupní smlouvy se použijí i v případě směny. Srov. § 2188 ObčZ.

<sup>114</sup> Obsahem závazku zhotovitele je činnost (*facere*), která však směřuje k výsledku.

k hodnotově stěžii ospravedlnitelnému rozporu:<sup>115</sup> postrádá jakýkoliv rozumný smysl, aby ten, kdo nabývá vlastnické právo za peníze nebo oproti převodu jiného vlastnického práva, by měl mít „silnější“ práva z vad než ten, kdo má poskytnout plnění spočívající ve *facere* nebo *omittere*. Rozdílný standard ochrany poskytovaný úpravou vadného plnění přeci nelze odůvodnit charakterem protiplnění (úplaty). Sama skutečnost, že právní úprava občanského zákoníku má více zdrojů, které vychází z jiných délek lhůt, není nikterak dostatečným odůvodněním, proč rezignovat na takový výklad, který by zacházel s právním řádem jako koherentním hodnotovým komplexem.

- 3) Kritizovaný výklad navazuje na socialistické **směšování vytýkáací povinnosti a promlčení**. Jejím výsledkem je vytvoření objektivní lhůty pro splnění vytýkáací povinnosti v obchodněprávním smyslu. Taková konstrukce ale zapomíná, že vytýkáací povinnost má nutit kupujícího, aby promptně obeznámil prodávajícího, že předmět plnění má vadu, nikoliv jej omezovat v uplatnění jeho práv z vadného plnění. Nepřekvapí proto, že ani čl. 201 OR, 367 odst. 1 ve spojení s čl. 370 OR, ani § 347 AHGB, ani § 377 HGB (německý obchodní zákoník), ani § 377 UGB (rakouský obchodní zákoník) objektivní lhůtu pro vytknutí vady, která by předstihla uplynutí promlčecí lhůty práva z vad, neupravují.
- 4) Zcela iracionální je, že má nastoupit ztráta prosaditelnosti práv z vad z důvodu nikoliv včasného vytknutí, aniž by se současně jakkoli posuzovalo, zda nabyvatel mohl vůbec vadu odkrýt (např. vada není zjistitelná ani odborným znaleckým posouzením, ale ukáže se až v čase). Právní následek je přeci vázán na nikoliv včasné vytknutí (*sic!*), nikterak na opožděné uplatnění práva. Ukládán je tak nabyvateli **negativní následek za nesplnění zachovávacího úkonu (vytknutí)** rovněž v situacích, kde jej objektivně není možné splnit. Takový závěr je v rozporu se zásadou „*ultra posse nemo obligatur*“ (nikdo není povinen konat víc, než je možné), neboť dispozitivní právo by ukládalo nabyvateli nesplnitelnou povinnost.<sup>116</sup> Porušen je však i princip rovnosti: prizmatem zásady dvoustranného odůvodnění<sup>117</sup> nelze v dané situaci přiměřeně odůvodnit, aby zhoršení

<sup>115</sup> Srov. CANARIS, C., LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. nově přeprac. vyd. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 1995, s. 153, 155 a násl.: „Unter den objektiv-teleologischen Auslegungskriterien, die sich aus den objektiven Zwecken des Rechts, vornehmlich aus dem Gedanken der Gerechtigkeit, ergeben, kommt dem Prinzip der Gleichbehandlung des (gemäß den allgemeinen Wertungen der Rechtsordnung) Gleichartigen (oder Gleichsinnigen) eine hervorragende Bedeutung zu. Die unterschiedliche Bewertung wertungsmäßig gleichliegender Tatbestände erscheint als ein Wertungswiderspruch, der mit der Idee der Gerechtigkeit im Sinne des ‚gleichen Maßes‘ nicht zu vereinbaren ist. Die Vermeidung solcher Wertungswidersprüche ist daher eine Forderung sowohl an den Gesetzgeber wie an den Ausleger. Für diesen bedeutet sie, daß er die Rechtsätze im Rahmen ihres möglichen Wortsinns und des Bedeutungszusammenhanges so auszulegen hat, daß Wertungswidersprüche nach Möglichkeit vermieden werden.“ [Pod objektivně teleologickými výkladovými kritérii, které se podávají z objektivního účelu práva, zejména z jeho myšlenky spravedlnosti, náleží principu stejného zacházení s osobami ve stejném postavení přednostní význam. Rozdílné hodnocení hodnotově shodných skutkových stavů se jeví jako hodnotový rozpor, který není slučitelný s ideou spravedlnosti ve smyslu „stejně míry“. Vyhnutí se těmto rozporům je proto požadavkem jak na zákonodárce, tak na interpreta. Pro něj tento požadavek znamená, že věty právních norem (*Rechtsatz*) mají být vykládány v rámci svého možného smyslu a významově souvislosti tak, že se lze dle možnosti hodnotovým rozporům vyhnout]. V obdobném duchu též BYDLINSKI, BYDLINSKI, 2015, op. cit., s. 133 a násl.

<sup>116</sup> Za pregnantnější vyjádření myšlenky, podepřené odkazem na uvedenou zásadu, vděčím Tomáši Veselému.

<sup>117</sup> Srov. již cit. lit. v poznámce pod čarou č. 87.

právní pozice nabyvatele (a *vice versa* zlepšení právní pozice zcizitele) bylo ospravedlněno tím, že nabyvatel neinformoval zcizitele o vadě, ač jej informovat objektivně ani nemohl. Zájem zcizitele sledovaný vytknutím spočívá v tom, aby byl informován bez zbytečného odkladu o vadě; tento zájem však není zjevně zasažen tam, kde zcizitel informován být nemohl, protože o vadě nebylo možné zvědět. Je třeba zdůraznit, že § 1921 **nestanoví objektivní promlčecí lhůtu práv z vad** (*sic!*), tj. maximální délku, ve které lze uplatnit právo a která vychází z myšlenky, aby byl po určité době zachován *status quo*.<sup>118</sup>

- 5) Nevhodnost řešení dokládá i úvaha o rozložení transakčních nákladů. Hodlá-li si nabyvatel zachovat práva z vad, musí vynaložit náklady na detailní prohlídku předmětu plnění. V opačném případě hrozí, že nestihne včas vytknout veškeré možné nedostatky, které sám není schopen rozpoznat (např. rozbor skladby materiálu, který má vliv na životnost daného produktu). Tyto náklady na zjištění potencionálních vad, které se mohou ukázat v případě bezvadnosti předmětu plnění jako zcela marné, jsou uvaleny ale na nabyvatele. Je-li však účelem vytknutí (oznámení) informovat zcizitele pouze o tom, že předmět plnění trpí vadami, pak by riziko marných transakčních nákladů měl logicky nést spíše zcizitel než nabyvatel.<sup>119</sup>

### 3.3 Vlastní stanovisko

#### 3.3.1 Vytýkáci povinnost a lhůta podle § 1921 odst. 1

Za předchůdce § 1921 odst. 1 v. 1 ObčZ je třeba označit ustanovení § 504 v. 1 OZ 1964 ve znění velké novely a rovněž ustanovení § 231 OZ 1950, které zavedlo vytýkáci povinnost v obchodněprávním smyslu do občanskoprávních poměrů. Kromě shora vylíčené historické anabáze, dokládá tento závěr především to, že lhůta bez zbytečného odkladu počíná běžet okamžikem, kdy mohl nabyvatel předmět plnění prohlédnout a vadu zjistit. Pravidlo tím pádem vychází *implicite* z povinnosti nabyvatele prohlédnout předmět plnění, jakmile to bude možné. Váže-li lhůta rozhodující okamžik na možnost prohlídky, pak konsekventně by se měla vztahovat **výlučně na vady zjistitelné při prohlídce**. Provedení prohlídky však není nezbytným předpokladem vytknutí, neboť o vadách zjistitelných prohlídkou může nabyvatel zvědět i jiným způsobem (např. z přepravního dokumentu).<sup>120</sup> Nevytkne-li nabyvatel tuto vadu včas (lhostejno zda proto, že předmět plnění neprohlédl, příp. prohlédl ledabyle, nebo sice řádně prohlédl, ale opomněl včas vytknout), pak v souladu s § 1921

<sup>118</sup> Na podaném argumentu lze spatřit vnitřní nedomyšlenost socialistické reklamace (socialistického vytknutí), která smíchala myšlenku vytknutí a promlčecí lhůty do jednoho pravidla.

<sup>119</sup> Ustanovení § 1921 zde není vykládáno optikou ekonomické analýzy práva, která rozděluje práva a povinnosti mezi strany s ohledem na výši různých typů nákladů jako např. na zjištění vady, levnější pojištění atd. Naše právní úprava z této teze, byť často uznávaná, totiž nevychází. Poukaz na myšlenku transakčních nákladů za účelem zjištění vad, které nabyvatel sám není schopen rozpoznat, se snaží jen zdůraznit, že nabyvatel je nucen tyto náklady vynaložit, aby vadu mohl vytknout. Vytknutí přitom směřuje k zájmu zcizitele, nikoliv nabyvatele.

<sup>120</sup> Shodně KREJCI, H. *Unternehmensrecht*. 5. vyd. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013, s. 399.



odst. 3 vzniká zciziteli peremptorní námitka zabraňující prosaditelnosti práva z dané vady (srov. 3.3.4).

Vytýkáací povinnost přispívá všeobecnému zájmu na rychlé a promptní realizaci smluv a cílí jak k ochraně zájmů zcizitele, tak právního styku. Povinnost vytknout vadu zajišťuje, aby právní styk nebyl zbytečně zatížen bezdůvodně opožděnými stížnostmi nabyvatele ohledně vadnosti předmětu plnění, a napomáhá co nejrychleji zjednat jasno v tom, zda smlouva byla řádně realizována, či nikoliv. Zciziteli se řádným vytknutím ze strany nabyvatele zajišťuje možnost včasné reagovat na případné vady. Jen při včasné výtce může totiž zcizitel učinit **nezbytné dispozice k zajištění vlastních zájmů**, a to především důkazů o tom, že předmět plnění nebyl vadný, dále k odvrácení škody způsobené vadným plněním (tzv. *Mangelfolgeschäden*) nebo jejímu vzniku, či obrátit se se svým nárokem na vlastní subdodavatele.<sup>121</sup>

Že vytýkáací povinnost slouží k potřebě informování zcizitele o tom, že předmět plnění trpí vadou, dokládá § 1921 odst. 3. Negativní následek, který je spojen s nikoliv včasným vytknutím (srov. níže 3.3.4), podle *leg. cit.* nenastoupí, jestliže zcizitel o vadě věděl nebo musel vědět (shodně též § 2112 odst. 2). Za těchto okolností totiž postrádá rozumný smysl, aby byl zcizitel informován.

Význam vytknutí spočívá dále v tom, že nutí nabyvatele, aby vzápětí uplatnil právo na odstoupení od smlouvy (srov. § 2002 odst. 1 v. 1, podpůrně § 2106 odst. 3 ObčZ), čímž je chráněn zájem zcizitele na tom, aby mohl předmět plnění příp. zcizit jiné osobě. To má význam zejména v případech, v nichž předmět plnění představuje sériový produkt, jež pouhým plynutím času ztrácí na hodnotě (typicky spotřební elektronika). Není-li od smlouvy odstoupeno a prozatím požadována sleva z ceny, může zcizitel odstranit vadu (§ 2107 odst. 2 ObčZ). Tyto konsekvence tedy zajišťují postavení zcizitele.

Doposud uvedené důvody racionálně ospravedlňují význam vytýkáací povinnosti, ke které se zákonodárce při formulaci § 231 OZ 1950 přihlásil a kterou opětovně v § 1921 odst. 1 v. 1 ukotvil. Naproti tomu je třeba odchylně přistoupit k výkladu § 1921 odst. 1 v. 2 ObčZ, aby se zabránilo výše uvedeným nedostatkům (sub 3.2).

Ustanovení § 1921 odst. 1 v. 2 sice hovoří obecně „o vadě“, nicméně s ohledem na jeho souvislost s větou první lze dost dobře dospět k závěru, že jde o vadu zjištělnou prohlídkou. Vedle tohoto jazykově-systematického argumentu lze daný závěr podpořit tím, že reflektuje povahu jednotlivých vad, a tudíž nepřipouští shodné nakládání s případy, s nimiž je třeba nakládat různě.

<sup>121</sup> Srov. z rakouské a německé komercionalistiky ke smyslu a účelu vytýkáací povinnosti: EMMERICH, V., HOFFMANN, J. In: HORN, N. (ed.). *Heymann Handelsgesetzbuch. Band 4. Viertes Buch. § 343–475b.* 2. vyd. Berlin: De Gruyter, 2005, § 377, marg. č. 4. DOI: <https://doi.org/10.1515/9783110905939>; GRUNEWALD, B. In: GRUNEWALD, op. cit., § 377 marg. č. 3; COHEN, A., ECKERT, G. In: ZIB, Ch., DELLINGER, M. a kol. *UGB: Unternehmensgesetzbuch. Großkommentar. Band IV.* Wien: LexisNexis ARD ORAC, 2019, § 377, 378, marg. č. 2; CANARIS, C. *Handelsrecht.* 24. vyd. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2006, § 29, marg. č. 42, 43.

K historickému rozboru účelu a smyslu vytýkáací povinnosti, která je zachycena v protokolech při přípravách návrhu obchodního zákoníku pro pruské státy z roku 1856 (*Entwurf eines Handelsgesetzbuch für die Preussischen Staaten*) a Všeobecného německého obchodního zákoníku z roku 1861 (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*), srov. NIEDRIG, op. cit., s. 90 an.

Dopadá-li § 1921 odst. 1 v. 2 jen na vady, které byly zjistitelné prohlídkou, pak nehraje roli právně teoretické začlenění, zda jde o vadu spočívající v nedostatku opatření právního postavení nabyvatele, nebo nedostatku jiných vlastností předmětu plnění. Pokud proto na věci lpí označení, že je zastavena, pak je třeba takový недостаток vytknout již v souladu s § 1921 odst. 1 v. 1. Naproti tomu ani vady faktické, natož vady právní, které nejsou prohlídkou zjistitelné, nemusí být v souladu s § 1921 odst. 1 vůbec vytknuty. Zcížiteli k nim peremptorní námitka nevzniká.

Pro zde zastávaný závěr hovoří, že lhůty ve smyslu § 1921 ObčZ nejsou formulovány jako krátké promlčecí lhůty práva z vadného plnění, ale jako lhůty pro vytknutí. Protože se vztahují k vadám zjistitelným prohlídkou, tak právní řád *zásadně* počítá s tím, že nabyvatel o vadách zví v důsledku prohlídky. Jestliže by však недостаток vytknutí měl vést i ke ztrátě práv ze skrytých vad, jež nejsou běžnou prohlídkou zjistitelné (jak dovozuje aktuální literatura), pak je nabyvatel právním řádem nucen ke splnění povinnosti, která může přesahovat objektivní možnosti (např. vada není vůbec zjistitelná ani znalcem). Nabyvatel by byl rovněž nucen vynaložit nepřiměřeně vysoké náklady na komplexní znalecké šetření, bez něhož by nemohl postavit najisto, zda je předmět plnění prostý skrytých vad. V závislosti na povaze předmětu plnění přitom provedení důkladné prohlídky může být s ohledem na potencionální náklady zcela iracionálním rozhodnutím. Riziko skryté vady, a tedy hrozba pozdějšího zjištění o nedostatku ekvivalence plnění, by proto byla uvalena na nabyvatele, rozhodne-li se, že předmět plnění nepodrobí odbornému detailnímu šetření. K tomu však vytýkáci povinnost neslouží (viz shora). S ohledem na existenci § 1925 ObčZ pak hrozící majetkovou újmu spočívající ve vadě (tzv. *Mangelschaden*) nelze navíc likvidovat cestou nároku na náhradu škody.

Závěr, že § 1921 odst. 1 v. 2 ObčZ platí jen ve vztahu k vadám zjistitelným při prohlídce (ostatně jako věta první), podporuje nejen systematický argument (viz výše), ale rovněž jej lze **racionálně odůvodnit**. To platí i přesto, že se takové pravidlo v obchodní úpravě nikdy nevykytovalo. V zahraniční nauce<sup>122</sup> a judikatuře<sup>123</sup> se dlouhou dobu poukazuje na situace, v nichž

<sup>122</sup> Literatura se různí v závěrech. Podle některých dopadá povinnost na překupujícího obchodníka (např. EMMERICH, V., HOFFMANN, J. In: HORN, op. cit., § 377, marg. č. 58 až 60; KOCH, R. In: OETKER, H. (ed.). *Handelsgesetzbuch: Kommentar*. 7. vyd. München: C. H. Beck, 2021, § 377 marg. č. 54, 55), podle jiných v závislosti na obchodních zvyklostech dané branže a též na tom, zda je navazující prodej pro prodávajícího rozpoznatelný (COHEN, A., ECKERT, G. In: ZIB, DELLINGER, op. cit., § 377, 378, marg. č. 66, 67). Vytýkáci povinnost se dovozuje i v případě tzv. přímé dodávky (EMMERICH, V., HOFFMANN, J. In: HORN, op. cit., § 377, marg. č. 60; KOCH, R. In: OETKER, op. cit., § 377 marg. č. 52, 53). Jiný názor jej však vylučuje z důvodu objektivní nemožnosti prohlídky, nicméně požaduje, aby prodávající s přímou dodávkou konkludentně souhlasil. Kupující však musí zajistit to, aby koncový odběratel zboží opravdu zkontroloval a poté, co obdrží od něj zprávu, ji ihned postoupil dále na prodávajícího (srov. v podrobnostech COHEN, A., ECKERT, G. In: ZIB, DELLINGER, op. cit., § 377, 378, marg. č. 68).

<sup>123</sup> Rozhodnutí OGH ze dne 21. 12. 1960, sp. zn. 4 Ob 411/60, dospělo k závěru, že při originálním balení není dána povinnost prohlédnout zboží. Na druhou stranu však existují i poměrně přísné judikatorní závěry. OGH v rozhodnutí ze dne 11. 7. 1985, sp. zn. 2 Ob 583/84, uveřejněném v časopise *Juristische Blätter*, 1985, s. 673, dovodil, že obchodník, který pouze zboží překupuje, se nemůže dovolat toho, že má jen omezené možnosti kontroly a že mu chybí nezbytné znalosti a zařízení ke kontrole.

vytýkáací povinnost pro vady zjistitelné prohlídkou vyvolává zvlášť tvrdé důsledky. K nim se řadí případy překupování (*Zwischenhändler*) a přímých či navazujících dodávek (*Streckengeschäft*).<sup>124</sup>

Ten, kdo předmět plnění toliko **překupuje**, jej nabývá právě a jen za tím účelem, aby jej vzápětí dále zcizil. Vytýkáací povinnost proto pro něj představuje enormní zátěž. Často totiž nemá možnost sám věc zkontrolovat, či je to v rozporu s jeho zájmy (např. nutnost nového balení, zvýšení transakčních nákladů, absence kvalifikovaných osob k provedení prohlídky apod.). Kontrolu předmětu plnění proto zpravidla provádí až navazující kupující, příp. kupující na konci řetězce. V těchto případech je nabyvatel vystaven nebezpečí, že sám odpovídá svému smluvnímu partneru, ale vůči zciziteli nebude mít z důvodu pozdního vytknutí již prosaditelný nárok.<sup>125</sup> Stejná svízele se vyskytuje i u **přímých dodávek**, kde zcizitel plní přímo koncovému odběrateli (smluvnímu partnerovi nabyvatele).

Případy překupování a přímých dodávek ve své podstatě představují nepravou smlouvu ve prospěch třetího (*tertius* jako místo splnění), či případy bezprostředně navazující transakce (např. předmět plnění je opatřen, aby byl poskytnut [leasingovému] nájemci či pachtýři, předem určenému kupci atd.). V uvedených situacích se jeví objektivní lhůta jako přiléhavé řešení, neboť se nerezignuje na zájem zcizitele sledovaný vytýkáací povinností, na druhou stranu se však ani nepřepíná striktní povinnost zkontrolovat předmět plnění. Tyto případy lze využít jako racionální odůvodnění existence objektivní lhůty.

Vytýkáací povinnost vázaná na objektivní lhůtu tedy reflektuje hrozbu, že by nabyvatel, který nemá možnost věc sám prohlédnout, nebo ji sice má, ale je objektivně v rozporu s jeho zájmy (vedla by např. k významnému navýšení nákladů), není povinen vytknout vadu v subjektivní lhůtě. Postačí, že splnění vytýkáací povinnosti učiní až do konce objektivní lhůty. V důsledku tohoto přístupu lze tedy cestou objektivní lhůty předejít tomu, že nabyvatel

<sup>124</sup> V literatuře se navrhuje uložit těmto kupujícím povinnost vytknout jen tu vadu, kterou šlo zjistit jinak než prohlídkou. Kupující by měl dostát své vytýkáací povinnosti tím, že bez zbytečného odkladu poté, co jej konečný zákazník informuje o vadě, dále tuto skutečnost oznámí prodávajícímu. Může však vzniknout situace, že kupující svému zákazníkovi neodpovídá pro opožděné vytknutí, ale prodávající odpovídá kupujícímu, protože kupující jej bezodkladně informuje; zde někteří dovozují právo prodávajícího se této skutečnosti vůči kupujícímu dovolat. Srov. v podobnostech LANGE, K. W. Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit beim Streckengeschäft. *Juristen Zeitung*, 2008, roč. 63, č. 13, s. 661–668. DOI: <https://doi.org/10.1628/002268808784910061>; CANARIS, op. cit., 2006, § 29, marg. č. 62; ROTH, W. Die Rügebelastung des § 377 HGB bei mehrstufigen Verkaufsketten. In: HELDRICH, A., PRÖLSS, J., KOLLER, I. (eds.). *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band II. München: C. H. Beck, 2007, s. 364–378.

<sup>125</sup> To platí tím spíše, je-li na konci řetězce kupující, jehož smluvní poměr se řídí zvláštními ustanoveními o prodeji zboží v obchodě (§ 2158 an. ObčZ). Zde není větší prostor věnovat se otázce, zda i kupující podle tohoto pododdílu má vytýkat vadu za podmínek § 1921, resp. § 2112 ObčZ. Sluší se však uvést následující. Pravidla pododdílu sice neobsahují zvláštní ustanovení, které by vyloučilo aplikaci vytýkáací povinnosti, nicméně by šlo o eurodiskonformní výklad. Podle čl. 5 odst. 2 směrnice č. 1999/44/ES o některých aspektech prodeje spotřebního zboží a záruk na toto zboží, mohly členské státy stanovit, že spotřebitel je povinen oznámit prodávajícímu uplatnění svých práv na zjednání nápravy při rozporu se smlouvou do dvou měsíců po zjištění tohoto rozporu. Žádné z ustanovení pododdílu o zvláštních ustanoveních o prodeji zboží v obchodě však toto pravidlo neprovádí. Navíc lhůta bez zbytečného odkladu, byť jde o neurčitý právní pojem, je kratší než 2 měsíce. Směrnice č. 1999/44/ES přitom stála na tzv. minimální harmonizaci (srov. čl. 8 cit. směrnice). Konečně je třeba dodat, že judikatura Nejvyššího soudu při aplikaci ustanovení § 2158 an. ObčZ činila své právní závěry bez ohledu na to, zda by si vůbec tuto otázku kladla (srov. např. odůvodnění rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 29. 10. 2020, sp. zn. 33 Cdo 416/2020, uveřejněného pod č. 71/2021 Sb. rozh. obč.).

nestihne zcizitele včas vyrozumět o vadě zjistitelné prohlídkou, což by mělo jinak za následek ztrátu prosaditelného práva z vadného plnění.

### 3.3.2 Vytýkácí povinnost podle § 1921 odst. 2

Podle § 1921 odst. 2 ObčZ musí nabyvatel vytknout zciziteli vadu krytou zárukou bez zbytečného odkladu poté, kdy měl možnost předmět plnění prohlédnout a vadu zjistit, nejdříve však v reklamační lhůtě určené délkou záruční doby. Tím není dotčen § 1921 odst. 1.

Podobně § 232 odst. 2 OZ 1950 stanovil, že u věcí zcizených se zárukou musí být vady oznámeny bez zbytečného odkladu po jejich zjištění. Citované ustanovení však nemá obdoby v obchodněprávních předpisech a stěží bychom jej našli v § 910 až 914 vl. N. OZ 1937, čl. 201 OR, 367 odst. 1 ve spojení s čl. 370 OR, § 347 AHGB, § 377 HGB, nebo § 377 UGB. Navzdory tomu jej jednotně obchodněprávní literatura<sup>126</sup> a judikatura<sup>127</sup> dovozuje v případě tzv. **nepravé záruky**, která má akcesorický charakter.<sup>128</sup> Oproti tomu nároky, které plynou z pravé záruky, nemají povahu práv z vadného plnění, neboť nabyvateli na základě takového ujednání nevzniká právo z vad, nýbrž nárok ze záruky v podobě odškodnění. Nesplnění vytýkácí povinnosti proto na něj nemá jakýkoliv vliv.

<sup>126</sup> Srov. GRUNEWALD, B. In: GRUNEWALD, op. cit., § 377, marg. č. 86, 98; COHEN, A., ECKERT, G. In: ZIB, DELLINGER, op. cit., § 377, 378, marg. č. 29; SCHWARTZE, A. In: HÄUBLEIN, M., HOFFMANN-THEINER, R. (eds.). *BeckOK HGB* [online]. 36. vyd. 15. 4. 2022, HGB § 377, marg. č. 65 [cit. 1. 8. 2022]. Dostupné z: <http://beck-online.de>; ACHILLES, W. In: JOOST, D., STROHN, L. (eds.). *Handelsgesetzbuch*. 4. vyd. 2020, § 377, marg. 195. Dostupné z: <http://beck-online.de> [cit. 1. 8. 2022]; KOZIOL, H. *Der Garantievertrag*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1981, s. 4; FELTL, Ch. *UGB: mit Anmerkungen, Literaturangaben und einer Judikatur in Leitsätzen*. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung Verlag, 2018, § 377, E15. Podle jiného názoru nemá dopadat vytýkácí povinnosti ani na jeden z případů, protože garance vytváří v kupujícím důvěru (srov. LARENZ, K., CANARIS, C. *Lehrbuch des Schuldrechts. II. Besonderer Teil. 2. Halbband*. 13. vyd. München: C. H. Beck, 1994, § 64 II 4 d, s. 64). Uvedená literatura pokládá pravé záruky vždy za samostatné a nepravé vždy za nesamostatné. Srov. však níže uvedené členění.

<sup>127</sup> Srov. z rak. judikatury rozhodnutí OGH sp. zn. 1 Ob 617/77; sp. zn. 1 Ob 680/80; sp. zn. 7 Ob 136/02d.

<sup>128</sup> Podstatu záruky tvoří zpřísnění odpovědnosti zcizitele oproti defaultní úpravě práva z vadného plnění. Prostě „garantování“, že věc má určité vlastnosti, aniž by mělo dojít ke zpřísnění, představuje pouze ujištění ve smyslu § 1916 odst. 1 písm. c) ObčZ, které je rozhodující proto, jaké vlastnosti předmětu plnění byly ujednány. Srov. v podrobnostech REIDINGER, A. *Rechtsprobleme der Garantieabrede*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1987, s. 13, BYDLINSKI, P. *Vertragliche Qualitätsgarantie im österreichischen Recht. Recht der internationalen Wirtschaft*. 1981, Außenwirtschaftsdienst, s. 149 a násl. České nauce toto rozlišování prozatím uniká. Nesprávně se proto uvádí, že nepravou zárukou je, převezme-li zcizitel odpovědnost za zjevné vady, neboť jde o ujištění ve smyslu § 1917 v. 2 ObčZ, které zodpovídá otázku, zda daná vlastnost představuje vadu; o záruku vůbec nejde (takto ale MELZER, F., TÉGL, P. In: MELZER, F., TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník § 2716–2893*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 1435, Úvodní výklad před § 2890 a násl. marg. č. 10). Členění záruk je poměrně nejednotné a často postrádá jednotná kritéria. Zde se vychází z rozlišování citované obchodní literatury (viz níže cit. lit.).

*Reidinger*<sup>129</sup> uvádí, že klíčovým kritériem pro vytykáací povinnost u záruky je, zda má být pro budoucí spor rozhodující stav zboží v době přechodu nebezpečí. U záruky, kterou zcizitel deklaruje, že předmět plnění bude mít po určitou dobu určité vlastnosti, podle něj nesplnění vytykáací povinnosti nehraje roli.

Ustanovení § 1921 odst. 2 staví na tom, zda vlastnost předmětu plnění, na kterou se záruka vztahuje, je odhalitelná prohlídkou, nebo nikoliv. Vytykáací povinnost ale nesměruje jen k zajištění důkazních prostředků v okamžiku, v němž dojde k dodání předmětu plnění, ale též k tomu, aby zcizitel mohl promptně reagovat na výskyt vad a činit kroky k zachování dalších vlastních zájmů např. uplatnění nároků vůči vlastním smluvním partnerům (srov. 3.3.1). To platí též o záruce upravené v § 1919 odst. 1, a proto se shora citovaný *Reidingerův* názor, jenž má na zřeteli jen důkazní aspekty, nemůže prosadit. Zmíněná záruka směřuje ke zlepšení právního postavení nabyvatele, a tudíž cílí ve shodě s výše uvedeným závěrem k posílení případné nápravy narušené subjektivní ekvivalence a ve shodě s výše uvedenou naukou ji lze označit jako nepravou. Naproti tomu pravá záruka s odpovědností za vady nesouvisí, neboť směřuje k vyrovnání pozitivní interese. Nedostatek vytknutí vady v naposledy uvedeném případě proto nemá za následek vznik peremptorní námitky ve smyslu § 1921 odst. 3 ObčZ.

Lze tedy uzavřít, že jde-li o nepravou záruku, pak se vytykáací povinnost v souladu se svým účelem (viz 3.3.1) vztahuje pouze na nedostatky, s nimiž se může nabyvatel seznámit poté, co provede řádnou prohlídku předmětu plnění. Vady, které prohlídkou zjistit nelze, tak nemusí být vůbec vytknuty (srov. však 3.3.3), a proto práva ze záruky, která se k těmto vadám vztahují, budou nadále prosaditelná.

Podle § 1921 odst. 2 *in fine* musí být vytykáací povinnost splněna nejpozději ke konci záruční doby. V případech, v nichž nabyvatel nemá možnost věc prohlédnout, protože jde o nepravou smlouvu ve prospěch třetího nebo o bezprostředně navazující transakci (srov. již úvahy 3.3.1), tak musí být vytykáací povinnost splněna nejpozději uplynutím záruční doby.

Závěry vyslovené sub 3.3.1 ze shora uvedených důvodů tedy najdou uplatnění *mutatis mutandis* v poměrech § 1921 odst. 2 ObčZ, jde-li o nepravou smluvní záruku.

**Nepravá záruka** se vyznačuje tím, že je ujednána mezi smluvními stranami (nabyvatelem a zcizitelem) základního vztahu a modifikuje, nebo opakuje již existující práva z vadného plnění, která se aplikují na základě dispozitivních pravidel. U nepravé záruky směřuje závazek zcizitele pouze k vyrovnání narušené ekvivalence. Pokud tedy předmět plnění nemá určitou vlastnost, nebo ji ztratí v záruční době, která na něj dopadá, pak se práva nabyvatele omezují jen na práva z vad. Jestliže nedostatek této vlastnosti způsobí nabyvateli škodu, pak za ni zcizitel odpovídá při splnění předpokladů smluvního nároku na náhradu škody (srov. § 2913), protože jde stále o porušení smluvní povinnosti. Zde se uplatní též omezující ustanovení pro vztah práva na náhradu škody a práva z vad § 1925 ObčZ. Naproti tomu u **pravé záruky** nenastává modifikace, nýbrž garant (třetí osoba nebo smluvní partner) přebírá na základě nového a nezávislého právního důvodu (garance) odpovědnost, která jde nad rámec odpovědnosti z vadného plnění a smluvní odpovědnosti za škodu. Bude-li splněna podmínka, pro kterou byla pravá záruka sjednána, odpovídá garant za veškerou škodu, aniž by musela za podmínky § 2913 ObčZ být nahraditelná. Stejně tak se neuplatní § 1925 ObčZ.

K dalším podrobnostem, pro jejichž rozbor zde není prostor, srov. KOZIOL, op. cit., 1981, s. 3 a násl.; REIDINGER, op. cit., s. 12 a násl.; BYDLINSKI, op. cit., 1981, s. 149 a násl.; WELSER, R., ZÖCHLING-JUD, B. *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II.* 14. vyd. Wien: Manz, 2015, marg. č. 433 a násl.; MELZER, F., TÉGL, P. In: MELZER, TÉGL, op. cit., 2021, s. 1435, Úvodní výklad před § 2890 a násl., marg. č. 9 a násl.

<sup>129</sup> Autor tento závěr vztahuje k záruce výrobce (viz REIDINGER, op. cit., s. 64).

### 3.3.3 Vytknutí vad, které se projeví

Právní úprava obchodněprávní vytýkáci povinnosti se neomezuje pouze na vady zjistitelné prohlídkou, nýbrž dopadá též na situace, v nichž se skrytá vada, která je prohlídkou nezjistitelná, projeví až později (srov. § 911 vl. N. OZ 1937, čl. 201 odst. 3 OR, čl. 370 odst. 3 OR, § 347 odst. 3 AHGB, § 377 odst. 3 HGB, nebo § 377 odst. 3 UGB). Připomeňme, že již v poměrech nikoliv zdařile textovaných ustanovení § 231 a § 232 OZ 1950 byla daná povinnost dovoditelná jen s pomocí korektního využití výkladových metod (srov. 2.3).

Ustanovení § 1921 ObčZ na vytknutí skrytých vad, které se později projeví, rovněž nepamatuje. Vytýkáci povinnost lze však dle zde zastávaného názoru dovodit ze smyslu a účelu § 1921 (srov. 3.3.1): zájem zcizitele chráněný § 1921 vyžaduje, aby byla nabyvatelem oznámena nejen vada zjistitelná prohlídkou, ale též vada, která se později projeví. Postrádá rozumný smysl, aby zcizitel měl být informován jen o vadách zjistitelných prohlídkou, nikoliv však o vadách, které se později objeví. Kolize zájmů je v obou případech obdobná (identifikace existence tzv. nevědomé mezery v zákoně). Stejný závěr lze podpořit i ustanovením § 2112 odst. 1 v. 2, resp. § 2618. Z textace uvedených paragrafů se podává, že skrytá vada musí být oznámena bez zbytečného odkladu poté, co ji bylo možné při dostatečné péči zjistit. Dovození shodného závěru cestou analogie jak v poměrech obecné části, tak části zvláštní, podporuje hodnotově souladný výklad, jenž usiluje o to, aby ustanovení o vadném plnění byla vykládána jednotně tam, kde chybí důvody pro odchýlné právní posouzení.

Zde představený výklad je plně kryt teleologickým pozadím institutu vytýkáci povinnosti (srov. 3.3.1). Směřuje-li totiž tato právní figura k zajištění zájmu zcizitele být co nejdříve o vadě informován, pak tento zájem je hoden ochrany stejnou měrou jak ohledně vad zjistitelných prohlídkou (viz 3.3.1, 3.3.2), tak též i vad, které se projeví později. I tyto vady musí být tedy bez zbytečného odkladu nabyvatelem vytknuty. Totéž musí konsekventně platit pro vady, které jsou kryty zárukou.

### 3.3.4 Právní následek nikoliv včasného vytknutí

Následky spojené s nikoliv včasným vytknutím se v právních úpravách liší. Zatímco některé stanoví fikci akceptování věci s vadou (§ 231 OZ 1950, čl. 347 odst. 2 AHGB, § 377 odst. 2 HGB<sup>130</sup>, čl. 201 odst. 2 OR<sup>131</sup>), jiné nařizují ztrátu možnosti uplatnění práv (§ 377 odst. 2 UGB<sup>132</sup>). Podle § 1921 odst. 3 v. 1 platí, že soud nabyvateli právo nepřizná, jestliže nabyvatel vadu včas nevytkl a zcizitel opožděné vytknutí namítl.

<sup>130</sup> § 377 odst. 2 něm. HGB: „Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war“ [Neučiní-li kupující oznámení, platí zboží za schválené, ledaže se jedná o vadu, která nebyla při prohlídce seznatelná].

<sup>131</sup> Čl. 201 odst. 2 OR: „Versäumt dieses der Käufer, so gilt die gekaufte Sache als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren“ [Proměšká-li toto [oznámení vady] kupující, tak platí prodaná věc jako schválená, pokud se nejedná o vady, které nebyly zjistitelné při obvykle náležité prohlídce].

<sup>132</sup> § 377 odst. 2 rak. UGB: „Unterlässt der Käufer die Anzeige, so kann er Ansprüche auf Gewährleistung (§ 922 ff. ABGB), auf Schadenersatz wegen des Mangels selbst (§ 933a Abs. 2 ABGB) sowie aus einem Irrtum über die Mangelfreiheit der Sache (§ 871 f. ABGB) nicht mehr geltend machen“ [Neučiní-li kupující oznámení, tak již nemůže uplatnit práva z vad (§ 922 an. ABGB), na náhradu škody kvůli vadě samotné (§ 933a odst. 2 ABGB), stejně jako z omylu o bezvadnosti věci (§ 871 an. ABGB)].

V české nauce se právní následek § 1921 odst. 3 v. 1 označuje rozličnými způsoby. Někteří autoři hovoří o „kvazipromlčecí“ lhůtě,<sup>133</sup> jiní o „efektivním promlčení práva z vadného plnění“,<sup>134</sup> další o „podmíněné vymahatelnosti.“<sup>135</sup> Pregnantně vyjádřeno jde však o vznik **peremptorní námitky** zcizitele (tzv. *Einrede stricto sensu*).<sup>136</sup> Pokud se jí zcizitel dovolá, pak soud nemůže nabyvateli právo z vadného plnění přiznat. Podobně je tomu i u námitky promlčení, kterou lze zrovna tak označit za peremptorní. V souladu s důvodovou zprávou jde tedy skutečně o „měkkí“ právní následek, než s vytýkáací povinností bývá zpravidla spojený. Povinnost vytknout vadu včas je kvazipovinností ve smyslu *Obliegenheit*,<sup>137</sup> tedy nežalovatelnou povinností, která slouží k zachování právní pozice, kterou právní řád povinnému jinak přiznává.<sup>138</sup> Lhůty k jejímu splnění nelze *per definitionem* označit jako promlčecí, neboť vytýkáací povinnost nemá s promlčením vůbec co dočinění, o čemž se snaží tato stat' přesvědčit.

## Závěr

Ustanovení § 1921 upravuje tzv. vytýkáací povinnost v obchodněprávním smyslu. Komparativně jde přitom o pravidlo, které se objevuje – s výjimkou švýcarského OR – jen u kupní smlouvy věci movité uzavřené mezi dvěma podnikateli v materiálním smyslu. Zatímco předválečné osnovy hodlaly vytýkáací povinnost upravit též pro civilní koupi věci movité (srov. 2.2), tak občanský zákoník z roku 1950 ji přesunul do obecné části závazkového práva o vadách (2.3). Vytýkáací povinnost proto platila pro všechny úplatné smlouvy.

Občanský zákoník z roku 1964 zavedl socialistickou vytýkáací povinnost, která představuje smísení lhůty pro uplatnění práv z vad a lhůty ke splnění vytýkáací povinnosti. To se projevuje v konstrukci objektivní lhůty k vytknutí, která komparativně nemá žádné obdoby. Konstrukce je pochybná již proto, že uplynutím lhůty ztrácí nabyvatel (prosaditelná) práva z vad bez ohledu na to, zda vůbec bylo možné vadu reálně zjistit. Skutečnost, že lhůta nedbá rozlišování jednotlivých vad, pak vedlo dokonce k tomu, že se začala uplatňovat též pro právní vady, a to navzdory tomu, že nejsou zjistitelné i tou nejdetailnější prohlídkou věci. Vytknuty přitom v tomto pojetí musí být i skryté (faktické) vady, které nemusí

<sup>133</sup> Takto SELUCKÁ, M. In: PRAŽÁK, op. cit., 2017, § 1921, odst. č. 4.

<sup>134</sup> Takto POROD, J. In: PETROV, VÝTISK, BERAN, op. cit., 2022, § 1921, marg. č. 10.

<sup>135</sup> Takto ŠILHÁN, J. In: HULMÁK, op. cit., § 1921, marg. č. 27.

<sup>136</sup> V soukromém právu se rozlišují námitky (*Einwendungen lato sensu*) zabraňující vzniku práva (*rechtsbindende*), způsobující zánik práva (*rechtsvernichtende*) a bránící jeho prosaditelnosti (*rechtshemmende*). Námitky bránící prosaditelnosti (v německé a rakouské dogmatice označované jako *Einrede stricto sensu*), které se dále dělí na peremptorní (trvalé) a dilatorní (dočasné), se vyznačují tím, že musí být oprávněným uplatněny, jakož i tím, že nevedou k zániku nároku. Srov. KODEK, G. *Die Einrede im Zivilrecht*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2020, s. 2 a násl.

<sup>137</sup> Srov. v podrobnostech k tomuto pojmu HÄHNCHEN, S. *Obliegenheiten und Nebenpflichten: eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 79 (k obchodněprávní vytýkáací povinnosti); SCHMIDT, R. *Die Obliegenheiten*. Karlsruhe: Verl. Versicherungswirtschaft, 1953.

<sup>138</sup> Viz kromě veškeré zde cit. literatury o vytýkáací povinnosti v obchodněprávním smyslu jen KREJCI, op. cit., s. 399.

být nabyvatel vůbec (objektivně) schopen zjistit (srov. 2.4.1, „Vlastní zhodnocení“; 2.4.2, „Vlastní zhodnocení“; 3.2).

Tento vulgarizační trend materie o uplatňování práv z vadného plnění ovládl nejen judikaturu a literaturu za účinností zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ale prosadil se i v aktuální komentářové literatuře k § 1921 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku. Nedbání rozlišování druhů vad a neujasnění si funkcí jednotlivých lhůt v materii uplatnění práva z vadného plnění pak vede naprosto k nefunkčnímu právu, které je plně hodnotových rozporů (srov. 3.2).

Zde zastávané stanovisko pléduje pro opuštění tohoto přístupu. Navrhuje se interpretovat § 1921 ryze jako ustanovení o vytýkáci povinnosti v obchodněprávním smyslu, což odpovídá jeho textaci. Nejen subjektivní lhůty, ale též objektivní lhůty upravené v prvním a druhém odstavci uvedeného paragrafu dopadají pouze na **vady zjistitelné prohlídkou** (3.3.1, 3.3.2). Jak lhůta, která činí podle § 1921 odst. 1 šest měsíců, tak lhůta, jež podle § 1921 odst. 2 odpovídá délce záruční doby, představují objektivní lhůtu pro vytknutí vad zjistitelných prohlídkou (srov. 3.3.1). Tyto objektivní lhůty však platí jen pro toho nabyvatele, který nemá možnost věc sám prohlédnout, nebo ji sice má, ale je objektivně v rozporu s jeho zájmy.

Cestou analogie je namístež zobecnit pravidlo obsažené v ustanoveních § 2112 a § 2618 ObčZ, které ukládá nabyvateli (kupujícímu, objednateli) vytknout bez zbytečného odkladu rovněž  **vadu, která se později projeví**. Jde přitom o vadu, která není zjistitelná prohlídkou. Bez zobecnění tohoto pravidla se nelze vyhnout hodnotovým rozporům (3.3.3).

Nebyla-li v subjektivní či objektivní vytýkáci lhůtě **vada včas vytknuta**, vzniká zciziteli peremptorní námitka, která brání prosaditelnosti nároku z této vady (3.3.4).

Konečně je třeba zdůraznit, že tato stat' **nevycerpává komplexně režim uplatnění práv z vad**, nýbrž se zaměřuje pouze na výklad ustanovení § 1921. Jeho textace umožňuje takový výklad, který se vyhýbá mísení jednotlivých druhů lhůt. Korektního rozlišení vytýkacích lhůt a lhůt pro uplatnění práva z vad lze však již jen stěží uskutečnit v poměrech ustanovení § 2112 (koupě věci movité), § 2129 odst. 2 (koupě věci nemovité), § 2618 (dílo obecně) a § 2629 (stavba jako předmět díla). Shora učiněný výkladový postup, opřený zejména o teleologické pozadí jednotlivých typů lhůt, zde nelze použít proto, že by to bylo v příkrém rozporu s jejich textem. Do jaké míry však tato ustanovení dopadají i na vady právní, stejně tak jako do jaké míry jsou zobecnitelná v tom ohledu, že by objektivní lhůta pro oznámení skrytých vad mohla platit pro všechny věci movité dva roky, kdežto nemovité pět let, zde není z důvodu rozsahu možné řešit. Sluší se však zdůraznit, že jednotlivá ustanovení, byť stále řeší jednu a tutěž otázku, jsou ze zcela neznámého důvodu odlišně textována. Zatímco lhůta pro oznámení skrytých vad u koupi věci nemovité běží od okamžiku **nabytí vlastnického práva**, tak v ostatních případech tomu je vždy od **převzetí**, resp. **předání** předmětu koupě (díla). Objasnění těchto navazujících otázek proto musí být vyloučeno k dalšímu pojednání.





# Ochrana náboženského citění po česku: případ Duka a jeho dopady na ochranu náboženského citění v České republice\*

## Protection of Religious Feelings in the Czech Republic and the Case of Cardinal Duka

Karolina Michková\*\*

### Abstrakt

Článek se zabývá ochranou náboženského citění v České republice v kontextu ojedinělého případu sporu kardinála Duky s brněnskou divadelní scénou ohledně divadelních her s blasfemickými prvky. Autorka provádí kontextuální analýzu rozhodnutí vydaných v tomto sporu, a to zejména rozsudku Nejvyššího soudu a nálezu Ústavního soudu a poukazuje na problematické aspekty odůvodnění obou rozhodnutí. U Nejvyššího soudu se zaměřuje na jeho tvrzení, že součástí Listiny základních práv a svobod je právo na ochranu náboženského citění. U Ústavního soudu pak na jím provedený test legality, v rámci kterého rozšířil využitelnost žaloby na ochranu osobnosti i pro případy reflexní újmy věřících. Článek zohledňuje literaturu české odborné veřejnosti na téma ochrany náboženského citění a rozsáhlou judikaturu Evropského soudu pro lidská práva.

### Klíčová slova

Blasfemie; svoboda projevu; právo na ochranu náboženského citění; čl. 9 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod; Evropský soud pro lidská práva.

### Abstract

The article deals with the protection of religious feelings in the Czech Republic in the context of the unique case of Cardinal Duka's dispute with the Brno theatre scene over plays with blasphemous elements. The author takes on a contextual analysis of the decisions issued in this dispute, in particular the Supreme Court's judgment and the Constitutional Court's ruling and points out the problematic aspects of the reasoning of both decisions. For the Supreme Court, the author focuses on its assertion that the right to the protection of religious feelings is part of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms. Regarding the Constitutional Court's ruling, the author considers its legality test, which extended the applicability of the civil action for the protection of personality to cases of reflexive harm

\* Tento článek vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu Právo a politika (MUNI/A/1439/2021) podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2022.

Článek vychází z autorčiny diplomové práce a ze soutěžní práce SVOČ, které byly v roce 2022 obhájeny na Právnické fakultě Masarykovy univerzity.

\*\* Mgr. Karolina Michková, doktorandka, Katedra ústavního práva a politiky, 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: [michkovakarolina@seznam.cz](mailto:michkovakarolina@seznam.cz)

to religious believers. The article takes into account the literature of Czech academics on the protection of religious feelings and the extensive case law of the European Court of Human Rights.

## Keywords

Blasphemy; Freedom of Expression; Right to the Protection of Religious Feelings; Art. 9 of the European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights.

## Úvod

V květnu 2018 došlo v brněnském divadle Husa na provázku k zajímavé události. V rámci festivalu byla uvedena hra *Naše násilí a vaše násilí*. Obsahovala scénu, ve které herec znázorňující Ježíše simuluje znásilnění muslimky. Představení se zúčastnila i brněnská extremistická<sup>1</sup> skupina Slušní lidé. Její členové se po začátku hry zvedli a snažili se zablokovat pódium, aby herci nemohli dále hrát. Ve stejnou dobu před divadlem probíhal protest křesťanů. Herci sice představení nakonec dokončili, ale konflikt s věřícími pokračoval dál. Kardinál Duka a advokát Ronald Němec totiž společně podali žalobu na ochranu osobnosti proti Centru experimentálního divadla a Národnímu divadlu Brno.

Spor mezi kardinálem Dukou a brněnskou divadelní scénou otevřel v České republice otázku postihování blasfemie v praxi. Jak níže rozvedu, jakkoliv bylo téma blasfemie předmětem mnohých odborných prací od českých autorů, tento spor byl první, který se objevil u českých soudů. Od teoretických úvah jsme se přesunuli do právní praxe postihování blasfemie.

Blasfemii lze obecně definovat jako projevy, které nějakým způsobem urážejí určitou náboženskou doktrínu.<sup>2</sup> Tyto projevy je možné postihovat různými způsoby, a to od zabavení filmu nebo zákazu reklamy až po trestní stíhání. Případ Duka ale přinesl pozoruhodný další způsob postihu blasfemie, a to skrze žalobu na ochranu osobnosti. Postihováním blasfemie může stát sledovat různé cíle. Jeden, který se dlouhodobě objevuje v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva (ESLP), je ochrana náboženského cítění. Naše soudy se až do případu kardinála Duky ochranou náboženského cítění nezabývaly. Nejvyšší soud ale při posuzování případu explicitně uvedl, že v Česku právo na ochranu náboženského cítění existuje. Ústavní soud zase uvedl, že náboženské cítění je součástí svobody vyznání a jeho ochrana spadá pod limitační klauzuli svobody projevu.

<sup>1</sup> Extremismus. Souhrnná situační zpráva 2. čtvrtletí roku 2017. *Ministerstvo vnitra České republiky* [online]. 7. 8. 2017. Dostupné z: <https://www.mvcr.cz/soubor/extremismus-souhrnna-situacni-zprava-za-2-ctvrtleti-roku-2017.aspx>

<sup>2</sup> Podle Benátské komise neexistuje jednotná definice blasfemie. „Podle Merriam-Webster je rouhání definováno jako: 1: čin urážející Boha nebo projevující pohrdání či nedostatek úcty k němu b: čin, který si nárokuje atributy božstva; 2: neúcta k něčemu, co je považováno za posvátné nebo nedotknutelné. Podle zprávy Výboru pro kulturu, vědu a vzdělávání o rouhání, náboženských urážkách a nenávislných projevech vůči osobám na základě jejich náboženského vyznání lze rouhání definovat jako provinění v podobě urážky nebo projevování pohrdání či nedostatku úcty vůči Bobu, a tím i vůči čemukoli, co je považováno za posvátné. Irská komise pro právní reformu navrhla právní definici „rouhání“ jako něčeho, jehož jediný účinek pravděpodobně způsobí pobouření značného počtu vyznavačů jakéhokoli náboženství na základě svého urážlivého obsahu týkajícího se záležitostí, které toto náboženství považuje za posvátné.“ In: Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred. *Benátská Komise* [online]. Rada Evropy, 2008, bod 24. Dostupné z: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)026-e)

Cílem tohoto článku je kontextuální analýza nastíněného právního problému. Závěry Nejvyššího soudu a Ústavního soudu si totiž zaslouží hlubší pozornost. Jakkoliv sice kardinál Duka a advokát Ronald Němec se svou žalobou na ochranu osobnosti neuspěli, do českého právního prostředí se jim možná podařilo dostat víc, než se na první pohled zdá. V článku nejprve představím případ sporu kardinála Duky s brněnskou divadelní scénou. Následně shrnu odůvodnění Městského soudu v Brně, Krajského soudu v Brně a Nejvyššího soudu. U Nejvyššího soudu se zastavím u jeho tvrzení, že součástí svobody vyznání v Česku je právo na ochranu náboženského cítění. Nejvyšší soud k tomuto závěru došel na základě jediného zdroje, zatímco názorové spektrum české odborné veřejnosti je mnohem širší. Poté se zaměřím na zamítavý nálezný Ústavního soudu, který závěry Nejvyššího soudu korigoval, ale zároveň debatu nad ochranou náboženského cítění významně posunul. S ohledem na to, jak velkou roli v českém případě hrála rozhodovací činnost ESLP, v další části článku shrnu jeho judikaturu k ochraně náboženského cítění. Na praktických příkladech vysvětlím, na základě jakých kritérií ESLP jednotlivé případy rozporu mezi svobodou projevu a ochranou náboženského cítění rozhoduje a jak obecně přistupuje k ochraně náboženského cítění. Následně se zaměřím na možné dopady případu Duka na české právní prostředí.

## 1 Blasfemické divadelní hry a kardinál chránící náboženské cítění věřících

V květnu 2018 byla v brněnském divadle uvedena dvě divadelní představení: *Prokletí* a *Naše násilí a vaše násilí*. Představení vyvolala velkou vlnu nevole v rámci křesťanské komunity kvůli jejich tématice a specifickým kontroverzním scénám. *Prokletí* se zabývá zneužíváním dětí kněžími a obsahuje scénu, ve které je naznačován orální sex na soše papeže Jana Pavla II. Součástí představení *Naše násilí a vaše násilí* pak byla scéna, v níž Ježíš znásilňuje muslimskou ženu. Obě hry byly i přes mnohé protesty odehrány.

Spor mezi kardinálem Dominikem Dukou a brněnskou divadelní scénou začal, když se společně se svým advokátem Ronaldem Němcem rozhodli podat žalobu na ochranu osobnosti (žalobci tedy byli oba). Uvedení her podle nich představovalo zásah do osobnostních práv příslušníků římskokatolické církve. Specificky uváděli, že bylo narušeno právo na důstojnost, neboť reprezentant jejich víry byl zobrazen nedůstojným způsobem. Rovněž namítali, že hry zasáhly do jejich práva na svobodu vyznání a projevu víry a svobody myšlení a svědomí, neboť se nemohou ztotožnit s osobou, o níž se šíří informace, že znásilňuje ženu, „resp. že reprezentuje náboženství, jež znásilňuje islám“.<sup>3</sup>

Podle Městského soudu v Brně, který o žalobě rozhodoval na prvním stupni, se hry mohly žalobců citově dotknout a urazit je, ale na jejich právech se projevit nemohly a neprojevily. Scény, které měly zasáhnout do práv žalobců byly alegorickými zobrazeními, nejednalo se o skutková tvrzení nebo hodnotící soudy a cílem her bylo upozornit na společenské problémy.<sup>4</sup> Hry se specificky netýkaly ani jednoho ze žalobců a jen proto, že se děj hry může

<sup>3</sup> Rozsudek Městského soudu v Brně ze dne 18. 3. 2019, č. j. 112 C 88/2018-190, s. 1–2.

<sup>4</sup> Ibid., s. 7–8.

někoho dotknout, není možné přistoupit k sankci. Žalobci navíc hru ani neviděli. Každé jednání je nutné z hlediska potenciality zásahu do práv posuzovat pohledem průměrného člověka, nikoli „extremisty“.<sup>5</sup>

Po neúspěšné žalobě se žalobci následně odvolali ke Krajskému soudu v Brně, který odvolání zamítl. Krajský soud uvedl, že žalobci se snaží skrze soukromoprávní žalobu na ochranu svých osobností zavést v České republice skrze judikaturu civilní delikt blasfemie.<sup>6</sup> Podle judikatury Nejvyššího soudu a Ústavního soudu při zásahu, který se dotýká práva na ochranu osobnosti skupiny osob, „*mohou být dotčena osobnostní práva každé z nich a každá tato osoba je návazně aktivně legitimována ke podání žaloby na ochranu vlastní osobnosti.*“<sup>7</sup> Je ale třeba vždy zkoumat, jak se takový útok projeví v individuální sféře jednotlivých osob. Krajský soud zdůraznil, že v předchozích případech, které se týkaly kolektivní difamace žaloby na ochranu osobnosti, podávaly osoby „*které byly zásahem dotčeny přímo a bezprostředně a nebyly tedy dotčeny toliko zprostředkovaně odrazem (reflexí) zásahu samotného. [...] Byla tak shodně dána přímá a bezprostřední věcná, časová i místní souvislost zásahu s osobou zásahem dotčenou.*“<sup>8</sup> Judikaturu, která shledala aktivní legitimaci v případech kolektivní difamace, následně krajský soud odlišuje od nynějšího případu, neboť k nemajetkové újmě na náboženském cítění mohlo v případě žalobců dojít pouze „*zprostředkovaně odrazem (reflexí) částí představení, u nichž nebyli osobně přítomni, v médiích, resp. ve veřejném prostoru.*“<sup>9</sup> Ochrana před odrazem zásahu nemůže být dle krajského soudu natolik široká, že by autor blasfemického projevu musel odčinit újmu každému jednotlivci z křesťanského společenství.<sup>10</sup> Dle Krajského soudu je nutné, aby církve a věřící osoby tolerovaly a akceptovaly i negativní projevy vůči jejich víře a symbolům, pokud takové projevy mohou přispívat k zamyšlení a debatě nad otázkami veřejného zájmu a pokud nejde o projevy, jež podněcují k nenávisti.<sup>11</sup>

Po neúspěšném odvolání u Krajského soudu v Brně<sup>12</sup> se žalobci obrátili na Nejvyšší soud. Ten sice dovolání zamítl, nicméně uvedl, že k zásahu do práva člověka svobodně a nerušeně vyznávat víru může dojít i útokem proti symbolům či tezím, na nichž konkrétní náboženství spočívá, neboť osobní vztah věřících k těmto základním symbolům a jejich uctívání je podstatou víry. Dle Nejvyššího soudu existuje jako součást svobody vyznání právo nebýt vystaven projevům hrubě urážejícím náboženské cítění, především pokud by se jednalo o cílený atak, případně výkon jiného náboženství. Nejvyšší soud v této části odůvodnění odkázal na komentář k čl. 15 Listiny z roku 2012.<sup>13</sup> Rovněž uvedl, že „*porušení práva na svobodu vyznání by představoval zejména úmyslný, cílený, hrubý a samoúčelný útok, působící na poškozeného bezprostředně,*

<sup>5</sup> Rozsudek Městského soudu v Brně ze dne 18. 3. 2019, č. j. 112 C 88/2018-190, s. 9.

<sup>6</sup> Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 11. 2019, sp. zn. 70 Co 170/2019, bod 48.

<sup>7</sup> Ibid., bod 32.

<sup>8</sup> Ibid., bod 34.

<sup>9</sup> Ibid., bod 35.

<sup>10</sup> Ibid., bod 40.

<sup>11</sup> Ibid., bod 56.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012.

a to především za situace, kdy by se poškozený jeho působení nemohl vyhnout.“<sup>14</sup> Pokud by ale projev byl učiněn za cílem dialogu a jeho jedinou snahou by nebylo šokovat a urazit věřící, pak by mu měla být poskytnuta ochrana. Nejvyšší soud výslovně říká, že takovému projevu by bylo namíste poskytnout ochranu na úkor ochrany náboženského cítění, které je, dle něj, vnitřní složkou práva na svobodu vyznání. Dále uvádí, že pokud umělecké dílo bez hlubšího smyslu neútočí na nějaké náboženství, neuráží a neznevažuje jeho symboly a představitele, pak nezasahuje do práva na svobodu vyznání.<sup>15</sup>

U rozsudku Nejvyššího soudu je třeba se na chvíli zastavit. Městský soud ani krajský soud zásah do práv neshledaly. Nejvyšší soud sice souhlasil se závěrem krajského soudu, že k zásahu do osobnostních práv nedošlo, ale dovodil, že součástí práva na svobodu vyznání je právo na ochranu náboženského cítění. Vycházel přitom z jediného zdroje a právo na ochranu náboženského cítění dosadil do Listiny bez jakékoliv reflexe. Odborná veřejnost může mít vliv na rozhodování soudů. Soudy běžně rozhodují za užití komentářové literatury a někdy se v jejich rozhodnutích objevují i odborné články. Nejvyšší soud ve svém rozsudku vychází pouze z komentáře k Listině z roku 2012. Má tedy smysl zkoumat, jak se česká odborná veřejnost staví k ochraně náboženského cítění, neboť je třeba zhodnotit, zda Nejvyšší soud vycházel z názoru, který je mezi českou odbornou veřejností nesporný a zda zohlednil případné problematické aspekty tohoto přístupu.

## 2 Ochrana náboženského cítění v českém odborném diskurzu

Podle komentáře Petra Jägera k čl. 15 Listiny z roku 2012 je součástí svobody vyznání v rámci *fori interni* i „právo nebyt vystaven projevům, které hrubě urážejí náboženské cítění, především pokud by se jednalo o cílený atak, případně o výkon jiného náboženství. [...] Český právní řád neupravuje trestný čin blasfemie (rouhání); ten i jiná omezení svobody projevu však mohou být v demokratické společnosti obhajitelná. Primárním hlediskem není ochrana konkrétní náboženské doktríny, nýbrž hrubost, hanlivost či urážlivost projevu.“<sup>16</sup> Jinak řečeno, dle Jägera existuje právo na ochranu náboženského cítění. Zajímavé je i zasazení tohoto práva do čl. 15 Listiny. K tomuto článku totiž Listina výslovně nestanoví žádné podmínky pro jeho omezení.

Michal Bartoň uvádí, že rozsah pozitivních závazků ve vztahu ke svobodě vyznání je stále předmětem diskusí a postupného upřesňování. To je i případ rozsahu závazku chránit náboženské cítění. Stát by měl postihovat projevy, které mohou některé osoby odradit od výkonu jejich svobody vyznání třeba z důvodu strachu. Zároveň ale musí respektovat svobodu projevu a zaručit debatu o veřejných otázkách, do kterých spadají otázky náboženské. Osoby by tedy měly mít právo víru a náboženství popírat či zesměšňovat.<sup>17</sup> Bartoň uvádí, že blasfemie (ve své práci používá pojem rouhání) není pouze „humoristické nakládání s různými náboženstvími či různé formy uměleckého ztvárnění náboženských motivů či figur“.<sup>18</sup> Může jít i o „vážně

<sup>14</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 2021, sp. zn. 25 Cdo 1081/2020, s. 7.

<sup>15</sup> Ibid., s. 8.

<sup>16</sup> JÄGER, P. Svoboda myšlení, svědomí a náboženského vyznání. In: *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 380.

<sup>17</sup> BARTOŇ, M. et al. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 338.

<sup>18</sup> BARTOŇ, M. *Svoboda projevu: principy, garance, meze*. Praha: Leges, 2010, s. 314.

*míněnou kritiku, polemiku, zpochybňování či popírání určitých dogmat, koncepcí či idejí, řečeno obecně o jakoukoli formu diskuse, ať již mezi náboženstvími navzájem (resp. jejich stoupenci), tak mezi stoupenci určitého vyznání a těmi, kteří jsou bez vyznání.*<sup>19</sup>

Podle Bartoně se postihy blasfemie zdůvodňují ochranou morálky spojené s náboženským cítěním věřících. Státy mají v případech ochrany morálky široký prostor pro uvážení. Omezení blasfemie ale nelze stavět na roveň jiným projevům nemravnosti, zejména ne projevům obscénním. Obscenitu a blasfemii nelze zaměňovat, jinak by příslušníci určité církve vnucovali svůj pohled na nemravnost celé společnosti. Podle Bartoně má blasfemie blíže k politickým projevům než projevům obscénním. Těmto projevům oproti obscénním projevům svědčí nejvyšší ochrana a jejich omezení podléhá nejprísnějšímu soudnímu přezkumu. Pokud je ale určitý projev obscénní, tak zásah státu obстоjí, i když by odkázal jen na obscenitu projevu (projev by se ani nemusel týkat náboženství).<sup>20</sup>

Podle Bartoně „[v] *sekularizovaném státě garantujícím pluralitu vyznání, jakož i právo být bez vyznání, pak nemohou otázky roubaní spadat pod univerzální normativní regulaci (tedy právo).*“<sup>21</sup> Subjektivní právo nebýt napadán ve svém náboženském přesvědčení nelze podle Bartoně z čl. 9 Úmluvy dovodit. Ten má zajišťovat projev vyznání či přesvědčení. Jinými slovy, stát má jedincům umožnit aktivní činnosti, neomezovat je a zajistit, že v těchto aktivních činnostech nebudou rušeni.<sup>22</sup> Bartoň vyslovuje názor, že ESLP by neměl státům poskytovat tak široký prostor pro uvážení. Na evropské úrovni je zejména ochrana uměleckého projevu nízká a nepředvídatelná. Judikatura ESLP jasně nevymezila kritéria pro posouzení hranic prostoru pro uvážení. Při aplikaci limitační klauzule čl. 10 Úmluvy by měl ESLP více brát v úvahu, zda je postih nebo jiné omezení projevu či tvorby, které obsahují prvky blasfemie, nezbytné v demokratické společnosti a naplňuje naléhavou společenskou potřebu. Bude potřeba rozlišit, do jaké míry blasfemický projev směřuje vůči určité osobě a do jaké míry vůči abstraktnímu učení. Verbální napadání proroka totiž není to samé, jako když někdo verbálně napadá třetí osobu. Zpochybňování určitého náboženství či jeho dogmat pak není to stejné, co zpochybňování rasové rovnosti. Vždy bude nutné zhodnotit míru útočnosti, projevované nenávisi, napadání nebo podněcování.<sup>23</sup> Blasfemii lze dle judikatury ESLP kromě trestní sankce postihovat a regulovat i jinými způsoby, „*může jít např. o zákaz distribuce uměleckého díla (filmu) či jeho zhabavení.*“<sup>24</sup> Bartoň ale dodává, že přehled represivních opatření není úplný, protože ne všechny zákazy či omezení se dostanou před soudy.<sup>25</sup>

Pavel Molek závěr Petra Jägera ohledně zařazení práva na ochranu náboženského cítění pod *fori interni* považuje za kontroverzní nebo v českém kontextu přinejmenším menšinový. Uvádí, že pokud se společnost neváže na určitou církev či náboženskou vyznání, nemělo by kvůli blasfemii docházet k trestnímu nebo jinému stíhání. Blasfemii definuje, na základě

<sup>19</sup> BARTOŇ, 2010, op. cit., s. 314.

<sup>20</sup> Ibid., s. 322.

<sup>21</sup> BARTOŇ, M. et al. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 339.

<sup>22</sup> BARTOŇ, 2010, op. cit., s. 323.

<sup>23</sup> Ibid., s. 323–324.

<sup>24</sup> Ibid., s. 315.

<sup>25</sup> Ibid.

názoru Benátské komise, jako „něco, co má za výlučný účel vyvolat poboršení u nemalého množství příslušníků určité víry pomocí obsahu, který je urážlivý vůči věcem pokládáným daným náboženstvím za posvátné“. Úmluva podle Molka výslovně nezakotvuje „právo na to, aby člověk nebyl poboršován náboženskými projevy jiných a aby nebyl poboršován ve své vlastní víře“.<sup>26</sup> Odkazuje na názor Michala Bartoně, podle kterého v sekularizovaném státě, který garantuje pluralitu vyznání, a i právo být bez vyznání, nemají být otázky blasfemie upravovány právem. Obhajovat zákaz blasfemie je dle Molka stále těžší a dá se předpokládat, že evropské země, které blasfemii trestně postihují, postupně dojdou k závěru, že stačí postihovat *hate speech*. ESLP navíc v poslední době častěji shledává porušení čl. 10 Úmluvy v případě postihu blasfemie. Není tomu ale tak vždy, Molek poukazuje na případ *E. S. proti Rakousku*, který skončil v neprospěch svobody projevu.<sup>27</sup>

Filip Rigel v komentáři k Listině z roku 2021 uvádí, že stát by měl zajistit „aby jednotlivci nebyli ve svém náboženském cítění bezdůvodně napadáni a hrubě uráženi jinými osobami, které překročí meze svobody projevu, byť vyžnavači určitého náboženského směru nemohou očekávat, že jejich náboženská doktrína nebude podrobena kritice.“ Podle něj je tato ochrana součástí *fori externi*. Odkazuje na rozsudek *E. S. proti Rakousku*, který se týkal projevu, který podle ESLP vybočil z mezí přípustné kritiky a jeho jediným cílem byla dehonestace významné figury jednoho náboženství. Dále uvádí, že za účelem omezení nenávistných protináboženských projevů ve společnosti Česko přijalo trestní normy, které kriminalizují *hate speech*. Otázkou tedy je, zda mezi svobody projevu Rigel myslí *hate speech*, nebo hrubě urážlivé projevy. Na jednu stranu totiž vychází z judikatury ESLP, která připouští omezení svobody projevu kvůli hrubě urážlivým projevům, na druhou stranu odkazuje na ustanovení trestního zákoníku, která postihují *hate speech*. Tyto dva projevy ale nejsou zaměnitelné. Oproti Jägerovi ale tuto problematiku zasazuje do *fori externi* a čl. 16 Listiny, čímž připouští možné zásahy do náboženského cítění.<sup>28</sup>

Podle Romana Barinky jsou celoevropské principy týkající se ochrany náboženského cítění, formulované v rozhodovací praxi ESLP, budovány na tom, že nezáleží na tom, zda dochází k blasfemii, ale jakou formu blasfemie má. „*Skerze důraz na minimální míru slušnosti a ohleduplnosti k náboženským citům věřících tato regulace zaručuje udržení veřejného pořádku a náboženského smíru ve společnosti.*“<sup>29</sup> Barinka kritizuje přístup ESLP v rozhodnutí *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*. Podle něj ESLP přistupoval k případu s přehnaným sebeomezením a jeho postoj je v rozporu s tím, že svoboda projevu se vztahuje i na projevy, které šokují, uráží a pobuřují.<sup>30</sup> Umělecký projev, i urážlivý, může podle Barinky „*efektivně přispívat k debatě o důležitých otázkách celospolečenského významu*“.<sup>31</sup> Náboženství vykonává velkou moc a významným způsobem ovlivňuje myšlenky a chování věřících. Stejně jako politické režimy, by tak náboženské

<sup>26</sup> MOLEK, P. *Základní práva. Svazek druhý – Svoboda*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 284.

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 284–286.

<sup>28</sup> RIGEL, F. Čl. 16 [Právo na náboženské projevy a nezávislost církví na státu]. In: *Listina základních práv a svobod*. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 471.

<sup>29</sup> BARINKA, R. Svoboda projevu versus náboženský sentiment druhých aneb co vlastně znamená slovo „tolerance“? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2007, roč. 2007, č. 1, s. 15. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/7194>

<sup>30</sup> *Ibid.*, s. 17.

<sup>31</sup> *Ibid.*, s. 18.



doktríny neměly být vyňaty z umělecké kritiky. Pokud „*umělecká kritika či satira určitého náboženství přispívá ke debatě o legitimním tématu veřejného zájmu, musí být bezpodmínečně chráněna. To že přitom uráží vyznavače určité náboženské víry, morálního kodexu či kohokoli jiného, na této věci nemůže nic změnit.*“<sup>32</sup> Tyto závěry platí o jakémkoli projevu, který se týká legitimního tématu veřejného zájmu. Pokud by meze svobody projevu spočívaly v tom, že znevažují náboženské doktríny, byly by vytvořeny podmínky pro to, aby náboženské skupiny podle svých potřeb označily „*jím nepohodlný projev za morálně škodlivý, či urážlivý, a tak jej pohodlně vytěsnilo z veřejného prostoru, bez ohledu na jeho prospěšnost pro veřejné blaho.*“<sup>33</sup> Podle Barinky lepší model regulace blasfemie představuje přístup Nejvyššího soudu USA. Podle něj nemůže být jakkoli agresivní projev „*podroben omezením pouze z toho důvodu, že znevažuje určitou náboženskou víru. Takový projev může být omezen pouze tehdy, pokud je namířen přímo proti osobě posluchače.*“<sup>34</sup> Pokud by právo uznalo, že urážka náboženského vyznání odůvodňuje speciální omezení svobody projevu, popíralo by to základní principy demokratické společnosti. Ty stojí na sekularismu a vládě práva, což znamená i to, že „*veškerá legislativa musí spočívat na důvodech, jež jsou výrazem určité koncepce všeobecného blaha, nikoli na důvodech, jež si stanoví sami příslušníci určitého náboženského systému [...] na základě svých vlastních pocitů.*“<sup>35</sup> V demokratické společnosti podle Barinky právo nebýt urážen ve svém náboženském cítění znevažováním určité náboženské doktríny neexistuje. V *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* ESLP mylně podřadil právo nebýt urážen ve svém náboženském cítění pod čl. 9 Úmluvy. Ochrana náboženského cítění ale nemá nic společného se svobodou mít a projevat náboženské vyznání. Není udržitelné tvrdit, „*že kritikou či zesměšněním náboženských doktrín je dotčena osobnost jejich nositele.*“<sup>36</sup>

Jiří Herczeg za blasfemii označuje hrubou urážku či znevažování Boha nebo jiné osoby, která popírá náboženskou úctu.<sup>37</sup> Ve svém článku analyzuje judikaturu ESLP a uvádí, že převažující evropský přístup umožňuje pouze slušnou a umírněnou kritiku církve. Podle něj kritika určité náboženské doktríny nepředstavuje přímý zásah do osobnosti jejího vyznavatele. Demokratická společnost není teokratická a náboženství by podle něj mělo respektovat demokratické principy (i právo na satiru a karikaturu), a nikoli naopak. V závěru článku uvádí, že přestože v určitém státě může být silně nábožensky smýšlející společnost a ateistické pohledy mohou urážet nebo šokovat věřící, není to dostatečný důvod pro uvalení sankcí na autora blasfemického projevu.<sup>38</sup>

Ivo Telec uvádí, že ochrana svobody náboženského vyznání zahrnuje i ochranu náboženského cítění, „*protože obojí spadá v jedno.*“<sup>39</sup> Srovnává zásah do náboženského cítění s cizí újmou, kterou osoba blízká pocítuje jako svou vlastní (§ 22 občanského zákoníku). Připouští,

<sup>32</sup> BARINKA, R. Svoboda projevu versus náboženský sentiment druhých aneb co vlastně znamená slovo „tolerance“? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2007, roč. 2007, č. 1, s. 18.

<sup>33</sup> *Ibid.*, s. 19.

<sup>34</sup> *Ibid.*, s. 20.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> HERCZEG, J. Svoboda projevu a ochrana náboženské morálky. *Trestněprávní revue*. 2010, č. 12, s. 1.

<sup>38</sup> *Ibid.*, s. 14.

<sup>39</sup> TELEC, I. Umělec nemá imunitu. *Právní rozhledy*. 2018, č. 13–14, s. 463, poznámka pod čarou č. 21.

že zásah do náboženského cítění může představovat civilní delikt v podobě nemajetkové újmy ve smyslu § 2956 občanského zákoníku. Závisí ale na vydatnosti způsobené újmy. Určitou míru potíží v životě a ve společenských poměrech unese každý. V opačném případě by se podle něj lidé vzájemně usoudili. Podle občanského zákoníku ale osobnostní právo chrání osobnost jednotlivce, a ne skupinový zájem. Soukromoprávní ochrana náboženství před blasfemií je v Česku možná. Skupinový zájem lze soukromým právem podle Telec chránit pouze nepřímo.<sup>40</sup> Zmiňuje ochranu osobnosti jednotlivce (nepřímo), ochranu před nekalou soutěží (pokud daný blasfemický projev splní pojmové znaky) a nepřímou ochranu prostřednictvím ochrany práv spotřebitele.<sup>41</sup>

Česká odborná veřejnost v otázce ochrany náboženského cítění není zcela jednotná a obsahuje i zcela opačné názory. Na jedné straně stojí Petr Jäger, který právo na ochranu náboženského cítění podřazuje pod *fori interni* a čl. 15 Listiny. Zcela na druhé straně stojí Roman Barinka podle kterého žádné takové právo neexistuje. Mezi těmito dvěma hraničními názory pak různě stojí názory dalších českých autorů. Blíže k názoru Petra Jägera mají Ivo Telec a Filip Rigel. Oba uznávají existenci práva na ochranu náboženského cítění. Naopak Pavel Molek a Michal Bartoň výslovně uvádějí, že čl. 9 Úmluvy právo na ochranu náboženského cítění nezakotvuje. Zohledňují ale to, že ESLP ochranu náboženského cítění podřazuje pod limitační klauzuli svobody projevu. K omezování blasfemických projevů jsou ale zdrženliví. Pavel Molek se navíc výslovně staví proti názoru Petra Jägera ohledně zařazení práva na ochranu náboženského cítění pod *fori interni* svobody vyznání. Jiří Herczeg se k existenci práva na ochranu náboženského cítění explicitně nevyjadřuje, nicméně uvádí, že kritika náboženství nepředstavuje přímý zásah do osobnosti jejího vyznavatele. Z tohoto vyplývá, že existence práva na ochranu náboženského cítění není mezi českou odbornou veřejností nesporná. Nejvyšší soud vzal ale za svůj jeden ze dvou nejvíce vyhraněných názorů bez další reflexe. V souladu s odůvodněním krajského soudu nicméně zhodnotil, že k zásahu do práv kardinála Duky a advokáta Ronalda Němce nedošlo.

### 3 Ústavní soud a jeho nový test?

Po rozsudku Nejvyššího soudu tedy vyvstala palčivá otázka. Aprobuje Ústavní soud postoj Nejvyššího soudu, že v Česku existuje právo na ochranu náboženského cítění? Ano i ne.

Ústavní soud o případu na české úrovni finálně rozhodl na začátku října 2022, a to zamítavým nálezem. Uvedl, že v případě zásahu do náboženského cítění by mělo být na první pohled dotčeno *forum internum* věřícího. Potenciální zásah do náboženského cítění ale může mít intenzivní dopad i na *fori externi* jednotlivce, skupiny věřících nebo církevních institucí.<sup>42</sup> Difamace s náboženským obsahem může vyvolat zásah do základního práva na zachování lidské důstojnosti, osobní cti a dobré pověsti zakotvené v čl. 10 odst. 1 Listiny. Člověk, pro kterého je náboženská víra nebo vyznání významnou součástí jeho identity, by se podle Ústavního soudu neměl cítit ponížěn tím, že základy jeho vyznání jsou znevažovány a svaté

<sup>40</sup> TELEC, I. Umělec nemá imunitu. *Právní rozhledy*. 2018, č. 13–14, s. 11–12.

<sup>41</sup> *Ibid.*, s. 12.

<sup>42</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, odst. 58.

osoby, které uctívá, zesměšňovány. Lidé v jeho okolí by si pak totiž mohli pokládat otázku, „jakou vážnost a žádoucí míru společenského respektu si taková víra a vlastně on sám zaslouží“.<sup>43</sup> Zásah do náboženského cítění, které je součástí náboženské svobody, lze podle Ústavního soudu podřadit pod ochranu osobnosti člověka a spadá do sféry ochrany práv a svobod druhých (čl. 17 odst. 4 Listiny). Tento závěr Ústavní soud dovozuje z toho, že čl. 15 a 16 Listiny garantují svobodu vyznání a stát má pozitivní závazek ji chránit.<sup>44</sup> Uměleckému projevu podle Ústavního soudu nelze dopředu odeprít vyšší míru ústavní ochrany, a to ani při nejsilnějším důrazu na roli a význam politického projevu. Bude záležet na kontextu a „je zapotřebí zohlednit expresivitu, nadsázku či symboliku, s nimiž zejména (post)moderní umění hojně pracuje“.<sup>45</sup>

Ústavní soud tak právo na ochranu náboženského cítění podřazuje pod limitační klauzuli svobody projevu. V nálezů pak začíná testem legality. V rámci testu legality posuzuje, zda stěžovatelé mají aktivní legitimaci k podání žaloby na ochranu osobnosti.<sup>46</sup> To už samo o sobě představuje odchýlení od klasického testu legality, který spočívá v tom, že soud posuzuje, zda určitý zásah do práva předpokládá zákon. Problém spočívá v tom, že Ústavní soud případ posuzoval jako kdyby k němu dorazil autor blasfemického projevu, který byl státem nějakým způsobem za tento projev sankcionován. Je ale nutné zdůraznit, že to není případ tohoto sporu. K soudu naopak přišli věřící, kteří žádají o právní ochranu před tímto blasfemickým projevem. Pomyslné „jádro pudla“ zřejmě spočívá v tom, že v judikatuře ESLP, kterou Ústavní soud i obecné soudy vzaly v potaz a se kterou pracuje i česká odborná veřejnost, se meritorně posuzovaly případy, ve kterých byla určitá osoba sankcionována za blasfemii, což představovalo zásah do svobody projevu. ESLP pak následně posuzoval, zda byl takový zásah předpokládán zákonem, sledoval legitimní cíl a byl nutný v demokratické společnosti.

S ohledem na míru vlivu, kterou judikatura ESLP měla na posouzení našeho českého případu, považuji za užitečné tuto judikaturu představit a upozornit na její vlastní rozpory, které české soudy nyní vtáhly i do českého právního prostředí.

## 4 Ochrana náboženského cítění v judikatuře ESLP

„Jsem více přesvědčena vědeckými objevy než texty někoho, kdo byl opilý z vína a kouřil trávu.“ Za toto prohlášení si polská zpěvačka Dorota Rabczewska vysloužila odsouzení za trestný čin blasfemie a pokutu ve výši necelých 1 200 €. Po neúspěšném řízení před domácími soudy se obrátila na ESLP. Případ *Rabczewska proti Polsku*, který ESLP rozhodl v září 2022, se zařazuje do ne zcela krátké řady případů, ve kterých se ESLP zabýval konfliktem mezi svobodou projevu a ochranou náboženského cítění. Stejně jako předchozí případy ale zanechává určité otazníky ohledně jednotnosti přístupu ESLP k tomuto konfliktu. I z toho důvodu je nutné zvážit, do jaké míry lze judikaturu ESLP k ochraně náboženského cítění přenášet do českého právního prostředí. Obecný přístup, ale i sporné body a nevyřešené otázky se kterými se relevantní judikatura ESLP potýká, nyní představím.

<sup>43</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, odst. 59–60.

<sup>44</sup> Ibid., odst. 61.

<sup>45</sup> Ibid., odst. 63.

<sup>46</sup> Ibid., odst. 68 a násl.

Z čl. 9 Úmluvy podle ESLP státním plynou dva pozitivní závazky: zajištění pokojného užívání práv pod čl. 9 Úmluvy<sup>47</sup> a zajištění smírného soužití všech náboženství a těch, kteří nepatří k žádné náboženské skupině.<sup>48</sup> Státy podle ESLP mohou tyto pozitivní závazky naplňovat, mimo jiné, i skrze ochranu náboženského cítění postihováním blasfemie, a to v rámci svého prostoru pro uvážení. ESLP v *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* přímo uvedl, že způsob, jakým jsou věřící kritizováni, se může stát odpovědností státu, a to s ohledem na jeho závazek zajistit pokojné užívání práv pod čl. 9 Úmluvy.<sup>49</sup> V *E. S. proti Rakousku* zase uvedl, že určité výroky proti náboženským objektům, které jsou předmětem uctívání, mohou narušit ducha tolerance, čímž zapojí pozitivní závazek státu zajistit náboženský smír.<sup>50</sup> ESLP přímo neříká, že státy mají pozitivní závazek chránit náboženské cítění. Jak ale jinak mohou naplňovat obecně vymezené pozitivní závazky vyplývající z čl. 9 Úmluvy než skrze specifická jednání, jako je například postih blasfemie?

Zajištění pokojného užívání práv pod čl. 9 Úmluvy nebo zajištění náboženského smíru nepředstavují konkrétní pokyny pro stát. Stežejní otázkou tedy je, jak jednotlivé státy tyto pozitivní závazky naplňují v rámci svého prostoru pro uvážení. ESLP výslovně uvedl, že jedním ze způsobů je postihování blasfemie a s tím spojená ochrana náboženského cítění. Je ale nutné podotknout, že postih blasfemie nemusí být jediným způsobem, jak stát může tyto pozitivní závazky naplňovat. Lze si představit například podporu výuky všech náboženství na školách s cílem lepšího vzájemného pochopení či podporu veřejné debaty např. v rámci televizních debat. Jednotlivé způsoby zajištění náboženského smíru a pokojného užívání práv pod čl. 9 Úmluvy jsou ale spíše otázkou sociologickou, což není předmětem tohoto článku. S ohledem na zaměření článku se tedy vrátím k postihu blasfemie jako jednomu ze způsobů naplnění pozitivních závazků státu. I v rámci postihu blasfemie lze rozlišovat různé úrovně – postih reklamy v podobě její blokace nebo prostřednictvím skutkové podstaty přestupku představuje menší zásah než trestní stíhání. Právě zde hraje významnou roli prostor pro uvážení jednotlivých států. Některé státy mohou, s ohledem na hojné náboženské konflikty na jejich území, považovat za nutné potlačovat blasfemické projevy více než státy, kde k náboženským střetům příliš nedochází.

#### 4.1 Limitační klauzule čl. 10 Úmluvy, nebo právo pod čl. 9 Úmluvy?

Zdá se, že ESLP zřejmě nemá úplně jasno v tom, zda postihování blasfemie spadá pod čl. 9 Úmluvy, nebo pod limitační klauzuli svobody projevu v čl. 10 odst. 2 Úmluvy. Vůbec v prvním rozhodnutí, které se týkalo kolize svobody projevu s náboženským cítěním *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* ESLP uvedl, že čl. 9 Úmluvy zaručuje respekt vůči náboženskému cítění věřících.<sup>51</sup> Tento postoj kritizovali tři disentující soudci, podle kterých

<sup>47</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 20. 9. 1994, ve věci *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, č. stížnosti 13470/87, odst. 47.

<sup>48</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 18. 3. 2019, ve věci *E. S. proti Rakousku*, č. stížnosti 38450/12, odst. 52.

<sup>49</sup> *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, op. cit., odst. 47.

<sup>50</sup> *E. S. proti Rakousku*, op. cit., odst. 53.

<sup>51</sup> *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, op. cit., odst. 47.

Úmluva nic takového nezaručuje.<sup>52</sup> V dalších rozsudcích pak ESLP přistupuje k těmto případům skrze limitační klauzuli svobody projevu v čl. 10 odst. 2 Úmluvy (ochrana práv jiných), ale u většiny z nich uvádí, že tato ochrana práv jiných je v souladu s cílem ochrany práv pod čl. 9 Úmluvy (*Wingrove proti Spojenému království*,<sup>53</sup> *Giniewski proti Francii*<sup>54</sup>, *Sekmadienis Ltd. proti Litvě*,<sup>55</sup> *E. S. proti Rakousku*,<sup>56</sup> *Gachebiladze proti Gruzii*,<sup>57</sup> *Klein proti Slovensku*<sup>58</sup>, *Rabczenska proti Polsku*<sup>59</sup>).

Tyto dva způsoby nahlížení na postih blasfemických projevů reflektuje i Michal Bartoň. Buď se jedná o kolizi dvou základních práv, nebo omezení svobody projevu aplikací limitační klauzule v zájmu ochrany některého z legitimních cílů, které jsou předvídaný čl. 10 odst. 2 Úmluvy a čl. 17 odst. 4 Listiny. V prvním případě by bylo nutné přistoupit na tezi, že existuje ústavní subjektivní právo „nebýt napadán ve svém náboženském přesvědčení“. Fyzické či právnické osoby (církve nebo náboženské společnosti) by pak mohly namítat zásah do tohoto práva v případě útoku na to, v co věří. Pak by byla ústavnost postihu za blasfemické projevy posuzována „jako kolize dvou v zásadě sobě rovných práv, a to svobody vyznání (včetně práva na nezpochybnování onoho vyznání) dle čl. 9 a svobody projevu dle čl. 10 Úmluvy“.<sup>60</sup> V druhém případě by nešlo o poměrování svobody vyznání a svobody projevu, nýbrž pouze o aplikaci limitační klauzule svobody projevu. Rozdíl Bartoň spatřuje v lidskoprávní metodologii. Pokud by šlo o aplikaci limitační klauzule, šlo by o aplikaci výjimky, kterou je nutné vykládat restriktivně a zásah musí být nezbytný v demokratické společnosti. Aplikace této výjimky musí podle ESLP reagovat na naléhavou společenskou potřebu omezení svobody projevu. Zásah do svobody projevu v podobě postihu blasfemie je v tomto případě více obtížný, než kdybychom stejnou situaci posuzovali jako kolizi dvou základních práv, která stojí na stejné úrovni. Pokud by navíc existovalo subjektivní právo nebýt napadán ve svém náboženském přesvědčení, bylo by možné po státu vyžadovat, aby v rámci svých pozitivních závazků toto subjektivní právo chránil a umlčoval blasfemické verbální útoky.<sup>61</sup> Bartoň cituje G. Haarschera, podle kterého ESLP zaměřuje legitimní cíl ochrany práv jiných se subjektivním právem, které plyne z čl. 9 Úmluvy. Kolize práv pod čl. 9 a pod čl. 10 Úmluvy zde ale ve skutečnosti nenastává. Bartoň souhlasí, neboť „postih verbálních útoků na náboženství není otázkou ochrany

<sup>52</sup> *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, op. cit., společný dissent soudců Palm, Pekkanen a Makarczyk, odst. 6.

<sup>53</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. 11. 1996, *Wingrove proti Spojenému království*, č. stížnosti 17419/90, odst. 48.

<sup>54</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 31. 1. 2006, ve věci *Giniewski proti Francii*, č. stížnosti 64016/00, odst. 40.

<sup>55</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 30. 1. 2018, ve věci *Sekmadienis Ltd. proti Litvě*, č. stížnosti 69317/14, odst. 74.

<sup>56</sup> *E. S. proti Rakousku*, op. cit., odst. 43.

<sup>57</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 22. 10. 2021, ve věci *Gachebiladze proti Gruzii*, č. stížnosti 2591/19, odst. 53.

<sup>58</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 31. 1. 2007, ve věci *Klein proti Slovensku*, č. stížnosti 72208/01, odst. 47.

<sup>59</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 15. 9. 2022, ve věci *Rabczenska proti Polsku*, č. stížnosti 8257/13, odst. 47.

<sup>60</sup> BARTOŇ, 2010, op. cit., s. 317.

<sup>61</sup> *Ibid.*

svobody vyznání, nýbrž pouze otázkou omezení svobody projevu“.<sup>62</sup> Subjektivní právo nebyť napadán ve svém náboženském přesvědčení nelze podle něj z čl. 9 Úmluvy dovodit. Ten má zajišťovat projev vyznání či přesvědčení. Jinými slovy, aktivní činnosti, které má stát umožnit, neomezovat je a jedincům zajistit, že v nich nebudou rušeni.<sup>63</sup>

Na matoucí přístup ESLP k této otázce upozorňují i soudci Felici a Ktistakis v jejich konkurenčním stanovisku v již výše zmíněném nejnovějším rozsudku *Rabzevska proti Polsku*. Podle nich dochází k podřazování jednoho základního práva pod druhé. Svoboda náboženského vyznání je dle jejich názoru degradována na omezení nebo výjimku ze svobody projevu a soutěží s ní. Rozsudky *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* a *Wingrove proti Spojenému království* jsou už staré, oba obsahují silné disenty a v době jejich vydání vzbudily mnoho kontroverzí. Dle disentujících soudců je načase tuto judikaturu přehodnotit. Nabízí řešení v podobě nového náhledu na omezení svobody projevu spojené s blasfemií. Nově by na všechna tato omezení mělo být nahlíženo výhradně z hlediska legitimního cíle ochrany veřejného pořádku (náboženského míru). Disentující soudci přitom cítují doporučení Parlamentního shromáždění Rady Evropy z roku 2007, dle něž by mělo národní právo postihovat pouze takové projevy týkající se náboženských záležitostí, které záměrně a závažně narušují veřejný pořádek a vyzývají k veřejnému násilí.<sup>64</sup>

## 4.2 Rozhodující kritéria při posuzování omezování blasfemických projevů před ESLP

Z judikatury ESLP vyplývá, že státy mají v případech postihování blasfemie široký prostor pro uvážení. V rámci členských států Rady Evropy totiž neexistuje konsensus ohledně postihování projevů urážejících náboženské cítění. Třináct členských států Rady Evropy má ve svém právním řádu stále zakotven trestný čin blasfemie.<sup>65</sup> Další státy případně blasfemii postihují jinak. Prostor pro uvážení může být zúžen v případech, kdy státy omezují projev, který je schopen přispět do veřejné debaty. Naopak u projevů, které jsou pouze komerční, je tento prostor pro uvážení širší.<sup>66</sup> Každé omezení práva ale musí být nezbytné a přiměřené. Konkrétní kritéria, která by přitom měly jednotlivé státy hodnotit u omezení svobody projevu ve prospěch ochrany náboženského cítění, lze z judikatury ESLP vyčíst. Na základě analýzy relevantní judikatury jsem dospěla k tomu, že rozhodující kritéria, která se opakovaně objevují v rozsudcích ESLP a na základě kterých vyvažuje svobodu projevu vůči náboženskému cítění, jsou následující:

- veřejnost projevu,
- adresáti projevu / publikum,

<sup>62</sup> BARTOŇ, 2010, op. cit., s. 320.

<sup>63</sup> Ibid., s. 323.

<sup>64</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 15. 9. 2022, ve věci *Rabzevska proti Polsku*, č. stížnosti 8257/13.

<sup>65</sup> HUMANISTS INTERNATIONAL. Countries. In: *End Blasphemy Laws* [online]. [cit. 26. 3. 2022]. Dostupné z: <https://end-blasphemy-laws.org/countries/>

<sup>66</sup> *Gachebiladze proti Gružii*, op. cit., odst. 155.

- zda právní úprava postihování blasfemie nevykazuje prvky libovůle,
- zda projev mohl přispět do veřejné debaty,
- forma projevu (přednáška, televizní debata, apod.),
- závažnost sankce.

Před představením jednotlivých kritérií podotýkám, že případy se k ESLP dostaly na různých „podvozcích“. Nemuselo se tedy vždy jednat o trestný čin blasfemie, ale třeba i o trestný čin hanobení skupiny osob či zákaz reklamy. Co je ale směrodatné je to, že ESLP tyto případy posuzoval stejným způsobem, jako kdyby se jednalo o trestání za blasfemii, což vyplývá i z toho, že v rozsudcích se vždy objevuje odůvodnění s odkazem na první rozsudek týkající se blasfemie *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*. Výjimkou je rozsudek *Klein proti Slovensku*, kde ale ESLP uvádí, že slovenské státní orgány jednaly s cílem chránit náboženské cítění<sup>67</sup> a že trestní stíhání za hanobení skupiny osob nebylo vhodné s ohledem na skutkové okolnosti případu.<sup>68</sup>

První zmíněné kritérium, které ESLP hodnotí, je, zda lze daný projev kvalifikovat jako veřejný. K posouzení veřejnosti projevu bere v potaz specifické okolnosti případu. Například v *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* kvalifikoval projev v podobě promítání filmu s blasfemickými prvky jako veřejný, už jen kvůli plakátům, které na film upozorňovaly, přestože samotný film měl být promítán v kině pouze pro platící diváky.<sup>69</sup> Ve *Wingrove proti Spojenému království* ESLP shledal problematické to, že film na videokazetě lze dále nekontrolovaně šířit.<sup>70</sup> V *E. S. proti Rakousku* hrála roli skutečnost, že o semináři, na kterém zazněl hrubě urážlivý projev vůči proroku Mohamedovi, informoval novinář.<sup>71</sup>

S kritériem veřejnosti projevu souvisí další kritérium: adresáti projevu či publikum. Tedy osoby, kterých se určitý projev může dotknout. V *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* ESLP bral v potaz to, že vysoké procento obyvatelstva v regionu, kde měl být promítán film s prvky blasfemie, tvoří katolíci.<sup>72</sup> V *E. S. proti Rakousku* zase to, že seminář kritizující islám byl určen pro všechny, a ne pouze pro příznivce krajně pravicové politické strany.<sup>73</sup> Případ *Sekmandienis Ltd. proti Litvě*, který se týkal reklam na oblečení, ve kterých figuroval Ježíš a Panna Maria, je zajímavý tím, že ESLP uvedl, že i kdyby většina litevského obyvatelstva byla křesťanského vyznání a reklamy by jí urážely, tak by omezení svobody projevu bylo neslučitelné s Úmluvou. Pokud by právo menšinových skupin na svobodu projevu bylo podmíněno názorem většiny, stalo by se spíše jen teoretickým než praktickým a účinným, jak vyžaduje Úmluva.<sup>74</sup>

Další kritérium, které ESLP rovněž posuzuje, je, zda domácí právní úprava nevykazuje prvky libovůle. Tedy zda automaticky nepostihuje jakýkoliv projev urážející náboženské

<sup>67</sup> *Klein Proti Slovensku*, op. cit., odst. 45.

<sup>68</sup> *Ibid.*, odst. 53.

<sup>69</sup> *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, op. cit., odst. 54.

<sup>70</sup> *Wingrove proti Spojenému království*, op. cit., odst. 61.

<sup>71</sup> *E. S. proti Rakousku*, op. cit., odst. 51.

<sup>72</sup> *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, op. cit., odst. 52.

<sup>73</sup> *E. S. proti Rakousku*, op. cit., odst. 51.

<sup>74</sup> *Sekmandienis Ltd. proti Litvě*, op. cit., odst. 106.

cítění, aniž by soudy vzaly v potaz individuální povahu každého takového projevu. V kontextu anglického případu *Wingrove proti Spojenému království* bral ESLP v potaz, že soudy projev hodnotily jako pohrdavý, hanlivý, sprostý či směšný. Tím dle ESLP vyloučily libovůli, neboť anglická právní úprava vyžadovala, aby projev dosáhl vysokého stupně znevážení.<sup>75</sup> V *E. S. proti Rakousku*, kde posuzoval rakouskou právní úpravu trestného činu blasfemie, pak ESLP uvádí, že rakouský trestní řád nepostihuje jakoukoliv blasfemii, ale takovou, která zároveň vyvolá ve věřících oprávněné rozhořčení.<sup>76</sup> V nejnovějším rozsudku *Rabczewska proti Polsku* ESLP shledal porušení čl. 10 Úmluvy vedle závažnosti sankce i kvůli tomu, že § 196 polského trestního zákoníku kriminalizuje veškeré chování, které by mohlo zranit náboženské cítění. ESLP tento případ odlišil od *E. S. proti Rakousku*, neboť rakouská skutková podstata trestného činu blasfemie vyžadovala, aby projev vyvolal odůvodněné rozhořčení.<sup>77</sup> Nabízí se otázka, který blasfemický projev není hanlivý, sprostý či směšný vůči věřícím nebo v nich nevyvolává oprávněné rozhořčení? V reakci na *E. S. proti Rakousku* se objevila kritika, že jakýkoliv negativní projev nebo satira vůči náboženství by mohly v určité osobě vyvolat rozhořčení, které by bylo subjektivně odůvodněné. Odlišení rakouského zákona od klasického zákona kriminalizující blasfemii je proto nepřesvědčivé.<sup>78</sup>

Další kritérium, které ESLP při posuzování jednotlivých případů zkoumá, spočívá v tom, zda projev může přispět do veřejné debaty. Podle ESLP v kontextu náboženských názorů a víry může být zahrnuta povinnost vyhnout se, jak je to jen možné, projevům, které jsou bezdůvodně urážlivé, představují zásah do práv ostatních a nepřispívají k jakékoliv formě veřejné debaty schopné podpořit pokrok v lidských záležitostech.<sup>79</sup> Přístup ESLP se velmi liší od přístupu Benátské komise (poradní orgán Rady Evropy) a EU. Rozdíl spočívá v hranici pro omezení svobody projevu. Zatímco pro Radu Evropy a EU je to *hate speech*,<sup>80</sup> pro ESLP jsou to bezdůvodně urážlivé projevy, které nepřispívají k veřejné debatě. Do veřejné debaty podle ESLP nepřispívá projev, který směřuje bez hlubšího smyslu pouze k voyeuristickému zážitku publika (film zobrazující karmelitskou jeptišku svatou Terezii z Avily v erotické scéně s Ježíšem Kristem),<sup>81</sup> je hrubým útokem na proroka Islámu či na posvátné náboženské symboly obecně (v *E. S. proti Rakousku* se ESLP zabýval případem stěžovatelky, která

<sup>75</sup> *Wingrove proti Spojenému království*, op. cit., odst. 60.

<sup>76</sup> *E. S. proti Rakousku*, op. cit., odst. 52.

<sup>77</sup> *Rabczewska proti Polsku*, op. cit., odst. 62.

<sup>78</sup> MILANOVIC, M. Legitimizing Blasphemy Laws Through the Backdoor: The European Court's Judgment in *E.S. v. Austria*. *Blog of the European Journal of International Law* [online]. 29. 10. 2018 [cit. 19. 12. 2021]. Dostupné z: <https://www.ejiltalk.org/legitimizing-blasphemy-laws-through-the-backdoor-the-european-courts-judgment-in-e-s-v-austria/>

<sup>79</sup> *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, op. cit., odst. 49;

*Wingrove proti Spojenému království*, op. cit., odst. 52;

Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. 12. 2005, ve věci *I.A. proti Turecku*, č. stížnosti 42571/98, § 24.

<sup>80</sup> EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief. *Rada Evropské unie* [online]. 2013, s. 6. Dostupné z: [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/137585.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/137585.pdf); Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred, op. cit., s. 15.

<sup>81</sup> *Wingrove proti Spojenému království*, op. cit., odst. 61.



prohlásila, že prorok Mohamed byl pedofil) nebo je bezdůvodně urážlivý (*Otto-Preminger-Institut proti Rakousku* se týkal filmu, ve kterém byl Bůh zobrazován jako starý senilní člověk, Panna Marie jako prostopášná žena a Ježíš jako hlupák).<sup>82</sup> Projev, který útočí na nejvyššího představitele církve v určitém státu, ale podle ESLP důvodem pro postih za blasfemii není<sup>83</sup> (v *Klein proti Slovensku* novinář v článku počastoval nejvyššího představitele církve na Slovensku označením zlobr a ptal se, proč slušní katolíci neopouštějí organizaci, v jejímž čele stojí<sup>84</sup>). Svoboda projevu převážila nad ochranou náboženského cítění v případech, kdy se autor knihy/článku snažil o kritickou reflexi určitého náboženství.<sup>85</sup> Taková kritická reflexe zároveň dle ESLP musí přispět do veřejné debaty a nesmí zbytečně útočit na určité náboženství či víru. Např. v *Ginienski proti Francii* ESLP dokonce za kritickou reflexi označil článek novináře, který spojoval Holocaust s křesťanským učením.<sup>86</sup>

ESLP jako kritérium hodnotí i formu projevu. V *Gachechiladze proti Gruzii* posuzoval designy kondomů, na kterých byly náboženské symboly. Podle ESLP projev může mít i formu designu na kondomu a soudy musí vysvětlit, proč nemůže přispět do veřejné debaty odděleně od jeho formy.<sup>87</sup> Forma projevu také může hrát roli při veřejných projevech. V *Gündüz proti Turecku* byl stěžovatelem vůdce islámské sekty, který během živé televizní debaty prohlásil, že demokracii a sekularisté nemají žádné náboženství a že dítě, které vznikne z tureckého civilního manželství, bude bastard (v Turecku velmi vážná urážka). Následně souhlasil s tezí jiného účastníka debaty, že jeho islámská sekta zničí demokracii a zavede režim založený na právu šaría.<sup>88</sup> ESLP při posuzování projevu kladl velký důraz na to, že se jednalo o veřejnou debatu, kde bylo dopředu jasné, že zazní kontroverzní názory. Zároveň byli do debaty zapojeni i lidé s jinými názory, takže vyvažovali názory vyslovené stěžovatelem.<sup>89</sup> Oproti tomu *E. S. proti Rakousku* se týkal semináře s názvem „Základy Islámu“ na kterém stěžovatelka prohlásila, že Mohamed byl pedofil. Podle ESLP název semináře evokoval domněnku, že se bude jednat o neutrální přednášku o islámu, což neodpovídalo průběhu semináře.<sup>90</sup> Stěžovatelka na semináři přednášela a nejednalo se o debatu, kde by zazněly i jiné názory, které by projev stěžovatelky vyvažily. ESLP proto dospěl k závěru, že její trestněprávní postih byl přiměřený i s ohledem na výše zmíněná kritéria.<sup>91</sup>

Pokud zásah do svobody projevu projde předchozími kritérii, může při posouzení jeho přiměřenosti hrát roli i závažnost sankce. V *I. A. proti Turecku* a v *E. S. proti Rakousku*

<sup>82</sup> *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, op. cit., odst. 49.

<sup>83</sup> *Klein Proti Slovensku*, op. cit., odst. 53.

<sup>84</sup> *Ibid.*, odst. 12.

<sup>85</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 2. 8. 2006, ve věci *Aydın Tatlav proti Turecku*, č. stížnosti 50692/99; *Ginienski proti Francii*, op. cit.

<sup>86</sup> *Ginienski proti Francii*, op. cit., odst. 86.

<sup>87</sup> *Gachechiladze proti Gruzii*, op. cit., odst. 59-61.

<sup>88</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 14. 6. 2004, *Gündüz proti Turecku*, č. stížnosti 35071/97, odst. 13–15.

<sup>89</sup> *Ibid.*, odst. 49–51.

<sup>90</sup> *E. S. proti Rakousku*, op. cit., odst. 51.

<sup>91</sup> *Ibid.*, odst. 53.

ESLP posuzoval pokuty ve výši 3 291 000 tureckých lir (v té době asi 16 USD) a 480 € (asi 12 000 Kč). U obou pokut ESLP došel k závěru, že byly nízké a jednalo se tedy o přiměřený zásah do svobody projevu.<sup>92</sup> Naopak v případech, kdy sankci za projev představovalo vězení, považoval ESLP tento zásah za nepřiměřený.<sup>93</sup> V *Ginienski proti Francii* jako nepřiměřenou sankci shledal ESLP i to, že autor projevu musel na vlastní náklady publikovat rozsudek, který zmiňoval trestný čin hanobení, což mělo odstrašující efekt.<sup>94</sup> V *Aydin Tatlav proti Turecku* ale už i pokutu považoval ESLP za nepřiměřenou, neboť uvedl, že se jednalo o odsouzení za trestný čin, které s sebou nese riziko trestu odnětí svobody a může mít *chilling effect* na další autory.<sup>95</sup> *Chilling effect* spočívá v tom, že trestní postih určitých typů projevu, jako například blasfemie, může odrazovat další autory od publikování nekonformních názorů na náboženství<sup>96</sup> nebo vydavatele od vydávání knih, které nejsou politicky či nábožensky korektní. V *E. S. proti Rakousku* už se ESLP ale touto problematikou nezaobývá. To zřejmě souvisí s tím, že v *Aydin Tatlav proti Turecku* předtím došel k závěru, že šlo o projev, který mohl přispět do veřejné debaty, zatímco v *E. S. proti Rakousku* ne. Ovšem i postih projevu stěžovatelky v *E. S. proti Rakousku* by teoreticky mohl způsobit *chilling effect* na tvorbu autorů nebo činnost nakladatelství, neboť se rovněž jedná o odsouzení za trestný čin, které s sebou nese riziko trestu odnětí svobody. V *Rabczewska proti Polsku* samotnou skutečnost, že stěžovatelka byla odsouzena za trestný čin, ESLP rovněž nehodnotil. Sankci ve výši 1 160 € shledal jako nepřiměřenou, neboť byla padesátkrát vyšší než minimální hranice pokuty za daný trestný čin, stěžovatelka navíc dosáhla smírného vyrovnání s jedním ze dvou lidí, kteří na ni podali oznámení.<sup>97</sup>

Z rozhodování ESLP vyplývá, že je obecně mnohem opatrnější v případech, kdy se jedná o omezení svobody projevu novinářů nebo autorů odborných textů. Naopak u uměleckých děl je vůči zásahům států zdrženlivější. Když umělecký projev zasahuje do náboženského cítění, poskytuje mu ESLP menší ochranu. Státy mají obecně širší prostor pro uvážení, pokud se jedná o omezování uměleckých projevů.<sup>98</sup> U případů, které se týkaly reklam, ESLP shledal, že došlo k porušení svobody projevu buď proto, že projev neobsahoval vulgarismy či přímou kritiku náboženství a nebylo přiměřené ho postihnout,<sup>99</sup> nebo se jednalo o projev, který mohl přispět do veřejné debaty.<sup>100</sup> U případů projevů před veřejností pak hlavní roli hraje to, zda se jedná o živou debatu, nebo o jednostranný projev.

<sup>92</sup> *I.A. proti Turecku*, op. cit., odst. 32.

*E. S. proti Rakousku*, op. cit., odst. 56.

<sup>93</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 5. 3. 2020, ve věci *Tagiyev a Huseynov proti Ázerbajdžánu*, č. stížnosti 13274/08, odst. 49.

<sup>94</sup> *Ginienski proti Francii*, op. cit., odst. 55.

<sup>95</sup> *Aydin Tatlav proti Turecku*, op. cit., odst. 40.

<sup>96</sup> *Ibid.*, odst. 40.

<sup>97</sup> *Rabczewska proti Polsku*, op. cit., odst. 63.

<sup>98</sup> KOSAŘ, D. Svoboda projevu (čl. 10 EÚLP). In: *Evropská úmluva o lidských právech*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1025–1026.

<sup>99</sup> *Sekmadienis Ltd. proti Litvě*, op. cit., odst. 79.

<sup>100</sup> *Gachebiladze proti Gruzii*, op. cit., odst. 59–61.

Pro lepší představu ohledně jednotlivých kritérií ESLP si můžeme vypůjčit případ sporu kardinála Duky s brněnskou divadelní scénou. Pro usnadnění pochopení do českého právního řádu přidáme trestný čin blasfemie s kritériem, že projev musí vyvolat odůvodněné rozhořčení. Divadlo by za tento trestný čin muselo zaplatit pokutu v částce 10 000 Kč. Následně by se skrze neúspěšné soudní řízení a ústavní stížnost dostalo až k ESLP a nastalo by posouzení na základě výše popsaných kritérií. Obě hry byly odehrány veřejně před publikem a informovaly o nich televizní stanice, jistě tedy splňují kritérium veřejnosti. Hry se evidentně dotkly křesťanské menšiny v Česku, což lze dovodit i z protestů před divadlem. Česko nepostihuje všechny blasfemické projevy, ale pouze takové, které mohou vyvolat odůvodněné rozhořčení. Zákonná úprava by tedy nevykazovala prvky libovůle. Hry byly označeny jako blasfemické a urážlivé, zároveň ale obsahovaly prvky, které měly představovat kritickou reflexi náboženství, jak ostatně uváděly jednotlivé soudy ve skutečném případě. Projev by tedy zřejmě splňoval kritérium přispění do veřejné debaty. Na základě těchto skutečností by ESLP pravděpodobně zhodnotil, že došlo k porušení svobody projevu a závažnost sankce by ani neposuzoval. Forma projevu v tomto případě nehraje významnou roli. Ani v jednotlivých případech ESLP neposuzoval vždy všechna kritéria.

Oproti smyšlenému případu je ale třeba vzít v potaz důležitou skutečnost: český právní řád trestný čin blasfemie neobsahuje. Explicitně ochranu náboženského cítění reflektuje v rámci zákona o regulaci reklamy,<sup>101</sup> což je ale pouze sektorová ochrana. ESLP navíc vždy řešil případy, ve kterých na národní úrovni došlo k nějaké formě postihu projevu, a tedy k zásahu do svobody projevu. Český případ je opačný. Kardinál Duka a Ronald Němec se domáhají ochrany náboženského cítění ze strany státu skrze *actio popularis*.

## 5 Případ Duka a jeho možné dopady na český právní řád

V kontextu Česka je problematika řešená ve sporu kardinála Duky s brněnskou divadelní scénou ojedinělá. Zejména proto, že trestný čin blasfemie z českého právního řádu zmizel v polovině 20. století.<sup>102</sup> Ochrana náboženského cítění sice do jisté míry zajišťují dva trestné činy vymezené v trestním zákoníku, a to § 355 (hanobení národa, rasy, etnické nebo jiné skupiny osob) a § 356 (podněcování k nenávisti vůči skupině osob nebo k omezování jejich práv a svobod), nicméně tato ustanovení primárně směřují k postihu *hate speech* a ochrana náboženského cítění může být spíše jakýmsi vedlejším produktem v případech, kde blasfemický projev zároveň například podněcuje k násilí, což zdaleka není případ všech takovýchto projevů. Účelem postihu *hate speech* navíc není ochrana náboženského cítění, ale ochrana určité skupiny obyvatel. Ne všechny blasfemické projevy tak můžeme kvalifikovat jako *hate speech*. Trestněprávní postih blasfemie je ale typickým způsobem, jak vznikají soudní spory ohledně omezení svobody projevu ve prospěch ochrany náboženského cítění, což potvrzuje výše popsaná judikatura ESLP. Pokud tímto trestným činem právní řád nedisponuje, není překvapivé, že soudně řešených případů příliš mnoho nebude. Důvodem

<sup>101</sup> § 2 odst. 3.

<sup>102</sup> MALÝ, K. Vývoj trestání deliktu rouhání a urážky Boha v českých zemích. *Právněhistorické studie*. 2021, roč. 51, č. 2, s. 41. DOI: <https://doi.org/10.14712/2464689X.2021.17>

je možná i malé množství věřících v Česku. Nestává se tedy tak často, že by vznášeli nároky, které by se dostávaly do konfliktu třeba právě se svobodou projevu.<sup>103</sup>

České soudy se tak do případu sporu kardinála Duky s brněnskou divadelní scénou neměly možnost vyjádřit k ochraně náboženského cítění a případně se zabývat jejím vyvážením vůči svobodě projevu. Žalobou na ochranu osobnosti se ale kardinálu Dukovi podařilo najít způsob, jak toto téma před české soudy dostat. To se mu do jisté míry vyplatilo. Jakkoliv byli kardinál Duka a advokát Ronald Němec s jejich žalobou neúspěšní, podařilo se jim, že soudy judikatorně dovodily civilní delikt blasfemie, alespoň v některých případech.

Ochrana náboženského cítění je vcelku zažitým tématem v rozhodovací praxi ESLP. Avšak v kontextu judikatury ESLP je nutné vzít v potaz, že ESLP rozhoduje případy z různých členských států Rady Evropy, které mají odlišné právní řády než Česko. Případ *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, ve kterém ESLP poprvé řešil vyvažování svobody projevu a ochranu náboženského cítění, byl z Rakouska. Tam doteď existuje platné ustanovení trestního zákoníku, které kriminalizuje blasfemii. Už v tomto případě ESLP zmínil, že státům v otázce ochrany náboženského cítění přísluší prostor pro uvážení. Podle ESLP totiž není možné nalézt ucelenou definici toho, co představuje přípustný zásah do svobody projevu, pokud je takový projev namířen proti náboženskému cítění jiných osob, a to ani v rámci jednoho státu. V různých zemích Rady Evropy se totiž význam náboženství ve společnosti značně liší.<sup>104</sup>

Pokud tedy ochrana náboženského cítění podléhá prostoru pro uvážení státu, je třeba brát v potaz specifika jednotlivých států. V tomto kontextu zejména existenci či absenci právní úpravy k postihování blasfemie. Kriminalizací blasfemie nebo jiným postihem blasfemie dává stát najevo, že náboženství má v jeho společnosti určitý význam. Kvůli tomuto významu pak stát připouští větší zásah do svobody projevu. To prostor pro uvážení umožňuje. ESLP pak už pouze posuzuje, zda tento zásah byl přiměřený.

Přístup Nejvyššího soudu a Ústavního soudu byl podobný přístupu ESLP. ESLP ale rozhodoval vždy o případech států, které ochranu náboženského cítění explicitně reflektovaly ve své právní úpravě, typicky prostřednictvím trestného činu blasfemie. K ESLP pak dorazil stěžovatel, který postih svého projevu vnímal jako zásah do svobody projevu ze strany státu. Státy pak uváděly, že jejich legitimním cílem byla ochrana veřejného pořádku či práv jiných. V kontextu výše probraných případů, představovala práva jiných právo na ochranu náboženského cítění. V případě kardinála Duky je ale situace opačná. Česko podle něj zřejmě neposkytlo dostatečnou ochranu jeho náboženskému cítění. To ale ve svém právním řádu trestný čin blasfemie nezakotvuje. Právo na ochranu náboženského cítění ani není explicitně zakotveno v Listině. Právě až Nejvyšší soud právo na ochranu náboženského cítění svou interpretací do Listiny zavedl, a to ještě skrze čl. 15 Listiny, který neobsahuje limitační klauzuli. Ústavní soud zase konstatoval, že zásah do náboženského cítění může ovlivnit jak *fori interni* tak i *fori externi* věřícího. Náboženské cítění podřazuje pod limitační klauzuli svobody

<sup>103</sup> BENÁK, J. Náboženská svoboda včera, dnes a zítra. In: *Listina v kontextu společenských změn (K 30. výročí jejího přijetí)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2021, s. 115.

<sup>104</sup> *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*, op. cit., odst. 50.

projevu v čl. 17 odst. 4 Listiny pod ochranu práv a svobod druhých. Tento závěr zdůvodňuje tím, že náboženské cítění spadá pod svobodu náboženského vyznání a stát má pozitivní závazek tuto svobodu chránit.

Přístup Nejvyššího soudu a Ústavního soudu kopíruje dva výše popsané přístupy ESLP. Nejvyšší soud uznává ochranu náboženského cítění jako samostatné právo zakotvené v Listině jako součást svobody vyznání. To byl přístup ESLP v případě *Otto-Preminger-Institut proti Rakousku*. Ústavní soud převzal postup ESLP v dalších případech, kde už je ochrana náboženského cítění brána jako součást limitační klauzule svobody projevu, ale zároveň dovozuje, že náboženské cítění je součástí svobody vyznání. Druhý přístup působí jako poněkud nesouladný a představuje vlastně podřazení náboženské svobody pod svobodu projevu, jak upozorňovali soudci v konkurenčním stanovisku v rozsudku *Rabczenska proti Polsku*. Co ale působí problematicky je to, že v českém právním řádu je náboženské cítění explicitně chráněno pouze v rámci regulace reklamy,<sup>105</sup> což představuje pouze sektorovou ochranu zaměřenou pouze na blasfemii v reklamách. Ústavní soud ale dovedl i možnost bránit se proti blasfemii žalobou na ochranu osobnosti, a to i v případech tzv. reflexní újmy. Učinil tak v rámci upraveného testu legality, ve kterém zjišťoval, zda stěžovatelům přísluší aktivní legitimace k podání žaloby na ochranu osobnosti ve veřejném zájmu, tedy zda mohou podat *actio popularis*. Vytvořil tak specifický test pro posuzování aktivní legitimace k podání žaloby na ochranu osobnosti v reakci na blasfemické projevy.

Jak uvedl krajský soud ve svém rozsudku, cílem kardinála Duky a Ronalda Němce bylo judikatorně dovést do českého právního řádu civilní delikt blasfemie. To se jim, alespoň částečně, podařilo. Ústavní soud v nálezu rozlišuje tři kategorie projevů. První kategorií je projev, který může pro své široké (obecnější zaměření) podléhat omezení z důvodu veřejného zájmu. Druhým je projev, který je zaměřený pouze na určité osoby. Třetím typem, je tzv. šedá zóna, jedná se o projevy, které může stát omezit z důvodu ochrany veřejného zájmu, ale které zároveň nepřímo v morálním nebo náboženském ohledu zasáhnout i jednotlivce.<sup>106</sup> Ústavní soud koncept kolektivní difamace již dříve připustil.<sup>107</sup> Pokud se důvod omezení svobody projevu posouvá z roviny ochrany veřejného zájmu do roviny ochrany základních práv, vede to ale k oslabení ochrany svobody projevu. Záleží tedy na tom, jak intenzivní zásah určitý projev způsobí. Je nutné posoudit bezprostřednost újmy nebo snížení vážnosti a cti difamované osoby v očích jejích blízkých či širší veřejnosti, popřípadě další možná kritéria intenzity. Pokud bude intenzita zásahu do osobní sféry jednotlivce nízká, spadne projev do první kategorie projevu a jednotlivec bude chráněn pouze zprostředkovaně, typicky veřejnoprávním postihem osoby, která je za projev zodpovědná.<sup>108</sup> Ústavní soud říká, že nemůže nahradit obsah podústavního práva, zároveň ale zdůrazňuje, že orgány státní moci musí při plnění svého pozitivního závazku chránit náboženskou svobodu a ideologickou u náboženskou neutralitu. Podotýká, že stěžejní roli mají obecně

<sup>105</sup> Zákon č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, § 2 odst. 3.

<sup>106</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, odst. 82.

<sup>107</sup> Nález ze dne 13. 1. 2010, sp. zn. II. ÚS 1174/09, tzv. kauza baseballové pálky.

<sup>108</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, odst. 81–85.

soudy. Ty mají, při právním posouzení kolize uměleckého projevu a základních práv a svobod, vycházet z obsahu uměleckého projevu a zároveň brát v potaz jeho celkový kontext. Přiměřenost projevu je třeba posuzovat ve vztahu použitých prostředků a legitimních cílů. V případě sporu mezi kardinálem Dukou a brněnskou divadelní scénou podle Ústavního soudu nedošlo z hlediska intenzity k podstatnému zásahu do základních práv a svobod stěžovatelů. Obě hry dle něj sledovaly legitimní cíl, neboť směřovaly k vyvolání veřejné diskuse o náboženském násilí a sexuálních incidentech uvnitř jedné z církví. Učinily tak sice zčásti blasfemickými prostředky, ale ty ve svém celku nepotlačily základní sdělení her. Veřejnost byla s podstatou her předem obeznámena a každý se mohl svobodně rozhodnout, zda se představení zúčastní. Scény s blasfemickými prvky byly předmětem široké mediální diskuse.<sup>109</sup>

Ústavní soud aktivní legitimaci k podání žaloby na ochranu osobnosti tedy obecně připouští, ale záleží na intenzitě zásahu do práv jednotlivců. Pokud tedy projev namířený proti náboženství dosáhne takové intenzity, že ho pocítí i jednotliví věřící, připouští se aktivní legitimace k podání žaloby na ochranu osobnosti. S tímto závěrem je ale spojeno několik problémů. V první řadě je třeba zmínit, že předchozí případy, které se týkaly kolektivní difamace, byly skutkově významně odlišné. Jak již upozornil krajský soud, v těchto případech byla dána přímá a bezprostřední věcná, časová i místní souvislost zásahu s osobou zásahem dotčenou. Je třeba se rovněž podívat na obsah projevů: výstavba oplocení okolo domu jež v drtivé většině obývali Romové a umístění sochy s baseballovou pálkou s nápisem „Na cikány“ ve veřejných prostorách restaurace.<sup>110</sup> Oba tyto projevy by bylo totiž možné klasifikovat jako *hate speech*. S tím se urážlivé projevy vůči náboženství nepřekrývají.

Druhý problematický aspekt nálezu představuje *chilling effect* na autory blasfemických projevů. Ústavní soud totiž dal věřícím jasný signál, že v některých případech budou aktivně legitimováni k napadení autora blasfemického projevu žalobou na ochranu osobnosti. Tím odstranil největší překážku – pochybnost, zda lze žalobu na ochranu osobnosti v případech blasfemie vůbec využít. Vytvořil tak prostor pro to, aby nyní při jakémkoliv blasfemickém projevu, ať už uměleckém nebo jiném, věřící začali podávat žaloby na ochranu osobnosti. Skutečnost, že v mnoha případech obecné soudy dospějí k závěru, že intenzita zásahu nebyla dostatečně silná, nic nemění na tom, že autoři blasfemických projevů budou možná subjekty mnoha soudních sporů. To samo způsobí značný *chilling effect*, neboť riziko, že by autoři museli finančně odškodňovat dotčené věřící, autoři raději nebudou podstupovat a omezí se v projevech s blasfemickými prvky (budou praktikovat auto cenzuru). Stačí si představit, jak by mohla vypadat reakce věřících, když by hru jako *Vaše násilí a naše násilí* divadlo odehrálo nyní. Věřící obrnění znalostí o existenci určité šance, že budou aktivně legitimováni k žalobě na ochranu osobnosti, začnou hromadně žaloby podávat. Žalované divadlo pak bude muset zdůvodnit, že intenzita zásahu do osobnostních práv nebyla taková, aby byli věřící aktivně legitimováni. Je tedy otázkou, zda si pak divadlo s vidinou možných vysokých částek odškodnění raději nerozmyslí, jestli se mu uvedení hry vůbec vyplatí. Na druhou stranu oproti přístupu ESLP, který je velmi zdrženlivý v případech zásahů států

<sup>109</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, odst. 92.

<sup>110</sup> Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 11. 2019, sp. zn. 70 Co 170/2019, bod 31.

do uměleckého projevu, je Ústavní soud smířlivější. Zdůraznil, že uměleckému projevu nelze odeprít vyšší míru ústavní ochrany a že (post)moderní umění hojně pracuje s expresivitou, nadsázkou a symbolikou. To by dle něj obecné soudy měly při posuzování podobných případů zohlednit. Rovněž je třeba si uvědomit, že nález byl zamítavý, tedy že i tímto specifickým případem Ústavní soud alespoň částečně vymezil projevy, které by omezení z důvodu ochrany náboženského cítění podléhat neměly.

Třetí problematický aspekt nálezu spočívá v tom, že Ústavní soud civilní delikt blasfemie dovodil judikatorně. Jak jsem již uvedla výše, český právní řád explicitně reflektuje ochranu náboženského cítění pouze u regulace reklamy. Trestný čin blasfemie z právního řádu České republiky zmizel v polovině 20. století. Trestní zákoník věřící chrání před *hate speech*, neboť zakotvuje trestné činy hanobení skupiny osob pro jejich vyznání a podněcování k nenávisti vůči náboženství. Tento přístup je ostatně v souladu s doporučeními Rady Evropy a EU: trestat *hate speech*, ne urážlivé projevy. Stěžejní je, že oproti Nejvyššímu soudu, který ochranu náboženského cítění metodologicky zařadil jako samostatné právo, Ústavní soud tuto ochranu podřadil pod limitační klauzuli svobody projevu. Omezení svobody projevu ale musí být předpokládáno zákonem, v tom spočívá test legality. Ústavní soud ale v rámci tohoto testu hledal, zda stěžovatelům přísluší určitý právní prostředek ochrany proti blasfemii. Míra ochrany náboženského cítění je bezpochyby politickou otázkou. Příslušelo tedy rozšíření této ochrany Ústavnímu soudu? Ten ostatně sám podotýká, že nemůže nahradit obsah podústavního práva. Zároveň tak ale činí. K tomu se váže již dříve zmíněná judikatura ESLP, podle které mají státy při naplňování pozitivních závazků vyplývajících z čl. 9 Úmluvy široký prostor pro uvážení. Každý stát si tak sám může posoudit, do jaké míry je nutné náboženské cítění chránit s ohledem na celkový stav ve společnosti. Dané posouzení by ale mělo příslušet zákonodárci. Český zákonodárce ostatně ochranu náboženského cítění výslovně reflektuje v zákoně o regulaci reklamy. Domnívám se, že k ochraně náboženského cítění pak může sloužit i skutková podstata přestupku proti občanskému soužití, jak vysvětlím níže.

## 6 Další právní prostředky k ochraně náboženského cítění v Česku

### 6.1 Regulace reklamy

Zákon o regulaci reklamy v § 2 odst. 3 zakazuje reklamu, která je v rozporu s dobrými mravy a která napadá náboženské cítění. Porušení podmínek stanovených pro obsah reklamy je pak přestupkem podle § 8 odst. 2 písm. b), podle § 8a odst. 2 písm. d) a podle § 8a odst. 3 písm. d) zákona o regulaci reklamy. Za tento přestupek lze uložit pokutu až ve výši 2 000 000 Kč. Podle § 8 b přestupek projednává Rada pro rozhlasové a televizní vysílání, pokud se jedná o reklamu šířenou v rozhlasovém a televizním vysílání a v audiovizuálních mediálních službách. Proti uložení pokuty je pak podle § 8c odst. 2 možné podat správní žalobu. Reklamy šířené jinde, např. na internetu, pak podle § 7 písm. i) projednává místně příslušný krajský živnostenský úřad. S regulací reklamy také souvisí Rada pro reklamu,

což je nestátní organizace, která vydává doporučení k jednotlivým reklamám v televizním vysílání. Pokud na základě tohoto doporučení televizní stanice určitou reklamu stáhnou, je možné, aby se zadavatel reklamy bránil u soudu.<sup>111</sup>

V Česku došlo k případu, kdy start-up Twisto využil ve svém reklamním spotu postavu Ježíše Krista. Rada pro reklamu vydala doporučení jednotlivým televizním stanicím, aby reklamu stáhly. Podle ní reklama urážela náboženské cítění věřících. Twisto proti doporučení podalo protest, ale Arbitrážní komise Rady pro reklamu doporučení potvrdila. Twisto se dále u soudu nebránilo.<sup>112</sup> Jak správně uvedl autor článku o tomto případě, postup Rady pro reklamu byl v rozporu s judikaturou ESLP.<sup>113</sup> V případě *Sekmandien Ltd. proti Litvě* ESLP aproboval využití reklamy na oblečení, ve které figuroval Ježíš Kristus a Panna Maria. Podle ESLP skutečnost, že odkaz na náboženské symboly byl učiněn pro nenáboženské účely totiž sama o sobě nedokazuje urážlivost projevu.<sup>114</sup> Samotné konstatování, že určitá reklama může zasáhnout do náboženského cítění věřících, by tedy v kontextu judikatury ESLP nemělo být dostatečné k tomu, aby došlo k omezení projevu v podobě reklamy. Při posuzování reklamy je třeba zohlednit i to, zda byl projev nějakým způsobem urážlivý a jakým konkrétním způsobem mohl zasáhnout do náboženského cítění a zda nemohl přispět do veřejné debaty. V opačném případě by Česko překročilo svůj prostor pro uvážení a porušilo by svobodu projevu.

## 6.2 Přestupek proti občanskému soužití

Podle § 7 odst. 3 písm. b) zákona č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích se fyzická, právnická nebo podnikající fyzická osoba mohou dopustit přestupku tím, že způsobí jinému újmu pro jeho víru nebo náboženství. Soudy ale tento přestupek v kontextu ochrany náboženského cítění dosud neřešily.<sup>115</sup>

Tato skutková podstata přestupku je implementací čl. 21 Listiny základních práv Evropské unie (zákaz diskriminace).<sup>116</sup> Oproti skutkovým podstatám v antidiskriminačním zákoně je ale širší. Zákon o některých přestupcích nedefinuje pojem újma. Může tedy zahrnovat i újmu mimo vztahy vymezené v § 1 antidiskriminačního zákona, a to např. újmu na vážnosti spoluobčanů nebo v rodinných vztazích.<sup>117</sup> Za předpokladu, že právo na ochranu náboženského cítění spadá pod limitační klauzuli svobody projevu, postih za přestupek proti občanskému soužití spočívající ve způsobení újmy kvůli víře by mohl představovat

<sup>111</sup> ŠIKEL, L. V Česku Kristus do reklamy nesmí, Evropský soud pro lidská práva mu dal zelenou. In: *Právní rádce* [online]. 5. 4. 2018 [cit. 16. 3. 2022]. Dostupné z: <http://pravniрадce.ekonom.cz/c1-66100110-v-cesku-kristus-do-reklamy-nesmi-evropsky-soud-pro-lidska-prava-mu-dal-zelenou>

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> *Sekmandienis Ltd. proti Litvě*, op. cit., odst. 79.

<sup>115</sup> Nelze vyloučit, že přestupek v tomto kontextu řešily správní orgány a nedostal se k soudu. Nicméně s ohledem na dostupnost zdrojů, jsem rešerši zaměřila na soudní spory.

<sup>116</sup> VEŤEŠNÍK, P. Přestupky proti občanskému soužití. In: *Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. Zákon o některých přestupcích*. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 973.

<sup>117</sup> Ibid.



předvídatelný zásah vůči autorovi blasfemického projevu. Praktikující katolík by tedy například po odehrání hry *Vaše násilí a naše násilí*, mohl následně nahlásit spáchání přestupku proti občanskému soužití s odůvodněním, že mu byla způsobena újma pro jeho víru. Oproti žalobě na ochranu osobnosti zásah v podobě stíhání za přestupek alespoň přímo předpokládá zákon, jakkoliv před soudy se takový případ ještě neřešil a využitelnost tohoto právního prostředku tedy naprosto jistá není.

## 7 A co dál?

Přestože sám kardinál Duka se žalobou na ochranu osobnosti úspěšný nebyl, „vyšlapal cestu“ dalším věřícím, jejichž náboženské cítění by mohlo být podobnými projevy zasaženo. Ústavní soud judikatorně dovedl obecnou ochranu náboženského cítění skrze žalobu na ochranu osobnosti. Oproti dosud explicitně vyjádřené ochrany v zákoně o regulaci reklamy se jedná o výrazné rozšíření práv věřících. Nejsou totiž limitováni sektorem reklamy. Na druhou stranu je nutné zmínit, že jim obecná ochrana možná svědčila již předtím skrze přestupek proti občanskému soužití. Tyto dva právní prostředky se ale významně liší. Stíhání přestupku může určitá osoba ovlivnit pouze tím, že ho nahlásí, samotné rozhodnutí o tom, zda bude přestupek stíhán už je ale v diskreci správního orgánu. Oproti tomu žalobu na ochranu osobnosti může podat každý a důvodnost už pak posuzuje pouze soud. Jak jsem již výše upozornila, právě možnost neomezeného počtu žalob může představovat významný *chilling effect* na autory blasfemických projevů.

Pokud se tedy s podobnými případy budou nyní potýkat obecné soudy, poukazují na výše podrobně představená kritéria, která bere v potaz ESLP. Ta mohou obecným soudům sloužit jako inspirace. Při posuzování blasfemického projevu soudy musí vždy brát v potaz veřejnost a povahu tohoto projevu, zejména zda se jedná o bezdůvodně urážlivý projev, či projev, který představuje příspěvek do debaty ve veřejném zájmu. Zároveň musí zohlednit i formu projevu a kontext ve kterém byl učiněn. I případná sankce za tento projev musí být přiměřená. V kontextu Česka, kde blasfemie není trestána dle trestního zákoníku (a nehrozí zde zápis v trestním rejstříku či dokonce vězení) by nepřiměřenou sankcí mohla představovat zejména příliš vysoká pokuta nebo odškodnění. Bude záležet na tom, zda soudy budou posuzovat žalobu na ochranu osobnosti, zákaz reklamy nebo přestupek proti občanskému soužití.

Oproti regulaci reklamy a přestupku žaloba na ochranu osobnosti obsahuje specifický test, který Ústavní soud vymezil ve svém nálezu. V rámci tohoto testu by soudy měly nejprve posoudit, zda se jedná o projev, který může zasáhnout do práv jednotlivých věřících.<sup>118</sup> Následně by soudy měly posoudit kritéria intenzity zásahu do práva na ochranu osobnosti, tam Ústavní soud řadí kritéria definovaná ve své předchozí judikatuře<sup>119</sup> a bezprostřednost újmy nebo snížení vážnosti a cti difamované osoby v očích jejích blízkých či širší veřejnosti.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, odst. 82.

<sup>119</sup> Ibid., odst. 65.

<sup>120</sup> Ibid., odst. 65 a 84.

Nakonec by soudy měly posoudit obsah samotného projevu „*při vnímání jeho celkového kontextu a z algoritmů posouzení jeho přiměřenosti v relaci použitých prostředků a legitimních cílů.*“<sup>121</sup> U tohoto posledního kroku by mohla hrát roli kritéria využívaná v judikatuře ESLP. Judikaturou ESLP by se ale soudy neměly inspirovat zcela a zohlednit, že uměleckému projevu nelze odepřít vyšší míru ústavní ochrany, jak zdůraznil Ústavní soud.

## Závěr

Nic není takové, jak se nám na první pohled může zdát. Reakce médií a veřejnosti na případ sporu kardinála Duky s brněnskou divadelní scénou toto přísloví jasně potvrzuje. Jakkoliv kardinál Duka a Ronald Němec formálně „prohráli“, podařilo se jim skrze strategickou litigaci judikatorní dovození důvodnosti žaloby na ochranu osobnosti vůči blasfemickým projevům. Ústavní soud na základě obráceného testu legality rozšířil využitelnost žaloby na ochranu osobnosti na kolektivní difamaci náboženství i v případech, kde se jedná pouze o reflexní újmu. Jakkoliv jím formovaný test neznámá, že každá žaloba věřícího vůči autorovi blasfemického projevu bude důvodná, vytvořil prostředí, ve kterém mohou být věřící povzbuzeni tyto žaloby podávat. Sám Ústavní soud ale zdůraznil nutnost ochrany svobody projevu, a to i uměleckého, a v tomto konkrétním případě vymezil určité limity ochrany náboženského cítění. *Chilling effect* ale jistě riziko představuje. Jak přitom uvedli někteří výše citovaní autoři, i blasfemické projevy mají ve společnosti své místo. Kritika jakékoliv doktríny, včetně náboženské, do sekulárního státu a demokratické společnosti patří. Stejně tak karikatura nebo kontroverzní umění.

Vše nyní tedy záleží na obecných soudech. V případě, že bude docházet v reakci na různé blasfemické projevy k hromadnému podávání žalob, měly by vymezit jasné meze důvodnosti takovýchto žalob, aby zásah do svobody projevu autorů blasfemických projevů mohl být alespoň do určité míry předvídatelný. Částečně tak učinil již Ústavní soud, ale každý případ bude skutkově jiný a posouzení se tak budou lišit. Otázkou je, zda by do celé situace neměl nějakým způsobem zasáhnout zákonodárce, který by jasně vymezil, zda je žalobu na ochranu osobnosti možné využít jako *actio popularis*. Česko by ale mělo vyslat jasný signál, že ochrana náboženského cítění má být s ohledem na metodologické zařazení Ústavním soudem pod čl. 17 odst. 4 Listiny výjimkou a měla by nad svobodou projevu převážet pouze v těch nejzávažnějších případech.

<sup>121</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2022, sp. zn. II. ÚS 2120/21, odst. 89.



# From Freedom to Detention: A Systematic Analysis of Swedish Asylum Legislation\*

Dunja Duić\*\*, Marina Jambrešić\*\*\*

## Abstract

As one of the fundamental human rights that belong to every human being, freedom of movement is prescribed at the international, EU and national level. Every person has the right to move freely and must not be unlawfully deprived of freedom. The right to freedom of movement is the rule and restricting it the exception. Nevertheless, there occasionally do exist justified reasons for restricting certain rights, including the right to freedom of movement. Asylum seekers (ASs), much like all other persons, have the right to freedom of movement, though not always without restrictions. The migration and refugee crisis that began in 2015 brought many a challenge for the EU, a major one being the striking of balance between protecting human rights and protecting the national security of the Member States (MSs). Until the onset of the 2015 migration and refugee crisis, Sweden was a country open to migrants and refugees and highly protective of their rights. Soon after, as a self-protection and – preservation measure, Sweden began increasingly frequently restricting the freedom of movement of and imposing detention on ASs. But did Sweden's newly adopted approach remain in line with international and European legal norms? To determine this, this article offers a systematic analysis of the compliance of Swedish legislation with international and EU standards in regard to restrictions on the freedom of movement of ASs, including minors, with special reference to the imposing of detention.

## Keywords

Asylum; Asylum Seeker; Freedom of Movement; Detention; Sweden.

## Introduction

The asylum procedure begins with a declaration of will for asylum in a Member State (MS) and the formal application therefor. Following this, in general, the asylum seeker (AS) has the right to move freely within the country in which it applied for asylum, as well as to freely choose a place of residence while awaiting the decision on the application, which may be positive or negative. If positive, the decision grants to the AS international protection in the respective MS. If the decision is negative, the AS is denied such protection,

\* This paper is a product of work that has been fully supported by the Faculty of Law Osijek Josip Juraj Strossmayer University of Osijek under the project nr. IP-PRAVOS-6. Project title: Implementation of EU Law in Croatian Legal System.

\*\* Dunja Duić, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University, Osijek, Croatia / E-mail: [dduic@pravos.hr](mailto:dduic@pravos.hr) / ORCID: 0000-0002-3838-413X / Scopus ID: 56798663800

\*\*\* Marina Jambrešić, Academy of Arts and Culture, Josip Juraj Strossmayer University, Osijek, Croatia / E-mail: [mcepo@uaos.hr](mailto:mcepo@uaos.hr) / ORCID: 0000-0001-8043-9459 / Scopus ID: 57226382265

and a return or expulsion procedure initiated. Between the submitting of said application and the decision thereon by the determining authority, as a rule, freedom of movement of the AS should not be restricted. Detention – the most severe measure of restriction of the freedom of movement – should only be imposed in a specific set of situations in which it is indispensable, i.e., where other, less coercive alternative measures cannot achieve the intended goal. In brief, detention should only be imposed *ultima ratio*, i.e., when no other measure restricting freedom of movement is applicable.

During the 2015 migration and refugee crisis, Sweden was a country to have received some of the largest numbers of migrants and refugees. Long known as very open to migrants and ASs, and initially retaining this approach in the face of the 2015 crisis, Sweden received through the most straightforward procedures possible all those who needed protection at the time. Very optimistic and positive, Sweden called on other countries to open their borders to third-country nationals seeking asylum and ensure them the conditions for a dignified life. In the face of such overload, unprepared for such developments, the once open Sweden began very soon to introduce measures to slowly close its borders on account of its newly arisen inability to provide conditions for a dignified life to incoming migrants and ASs.

In doing so, has Sweden's legislation regarding restrictions on freedom of movement of ASs remained in line with the EU and international law? To determine this, this article explores the recent developments in Sweden, probes issues and suggests solutions therefor.

## 1 Asylum Seekers' Right to Freedom of Movement and Grounds for Restriction thereof

The right to liberty and security enshrined in Article 5 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>1</sup> (ECHR) belongs to every human being, irrespective of their status as a migrant, refugee, or AS. No person may be unlawfully deprived of liberty; personal status and conditions should not affect the right to liberty of every human being.<sup>2</sup> The Convention Relating to the Status of Refugees (Refugee Convention) – the key international document prescribing the protection of refugees – provides inter alia for freedom of movement of refugees. Specifically, State Parties to the Refugee Convention are to grant to refugees lawfully present in their territory the right to choose their place of residence and freedom of movement within their territory, but in accordance with the rules generally applicable to aliens in the same circumstances.<sup>3</sup> It is important to emphasize

<sup>1</sup> Adopted in Rome on 4 November 1950, Official Gazette – International Treaties nos. OG 18/97, 6/99 – consolidated text, 8/99 – recast, 14/02, with amendments from Protocol no. 14 to the Convention (2010), Official Gazette – International Treaties no. OG 1/06.

<sup>2</sup> DI FILIPPO, M. The human right to liberty in the context of migration governance: some critical remarks on the recent practice in the light of the applicable legal framework. In: *Deprivation of Liberty and Armed Conflicts: Exploring Realities and Remedies*. Milano: Franco Angeli, 2019, pp. 241. ISBN 978-88-917-8255-7.

<sup>3</sup> Convention relating to the Status of Refugees Adopted on 28 July 1951 by the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons convened under General Assembly resolution 429(V) of 14 December 1950, entered into force on 22 April 1954, and Protocol Relating to the Status of Refugees of 31 January 1967, entered into force on 4 August 1967, Art. 26 (1951 Convention).

that asylum seekers have the right to freedom of movement only within the country in which they applied for asylum. Freedom of movement can be restricted by national states, especially when it comes to protecting the national interest, public order or public health. However, even with restrictions that are possible, national states must adhere to the minimum standards of protection prescribed by international and European law.

The provision's use of the term 'refugee' has been the subject of many a debate on whether these rights apply to refugees only or extend to ASs as well. Per Goodwin-Gill and Hathaway, the rights guaranteed to refugees must inevitably apply to ASs awaiting a status decision.<sup>4</sup> This view was confirmed in *Adimi*, where the court ruled that Article 31 of the Refugee Convention must also extend to persons who have applied for asylum in good faith.<sup>5</sup> It follows that persons who have been granted AS status have the right to freedom of movement, but this does not hinge upon a granted refugee status. Further, by deduction, 'lawfully residing' implies that the provision also applies to the status of ASs following their declaration of will for asylum and their application in an MS.<sup>6</sup> Namely, upon applying for asylum, the status of a third-country national becomes lawful; at that point, the person concerned is granted AS status, pending a decision on the person's application.<sup>7</sup> Any restriction on freedom of movement must conform to the principle of proportionality, be conducive to the achievement of its goal and protective function, and be the least coercive measure possible that is sufficient and effective in the respective case.<sup>8</sup> The purpose of the Refugee Convention is to determine international protection of refugees, providing them with the maximum possible enjoyment of human rights and fundamental freedoms.<sup>9</sup>

Restricting the freedom of movement of ASs implies the obligation of the AS to reside at a specific place, i.e., address, as well as the obligation to report to the determining authorities at a prescribed time, surrender travel documents, etc. Detaining ASs is a measure that effectively deprives them of the freedom of movement, which is not merely a restriction

<sup>4</sup> See more: GOODWIN-GILL, G. Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection. In: *Refugee Protection in International Law, UNHCR Global Consultations on International Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 185, 192. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493973.011>, and HATHAWAY, J. C. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, 389 pp. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511614859>

<sup>5</sup> See more: Lawfully Staying – A Note on Interpretation. *UN High Commissioner for Refugees (UNHCR)* [online]. 3. 5. 1988 [cit. 19. 5. 2020]. Available at: <https://www.refworld.org/docid/42ad93304.html>, and *R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR)* [online]. United Kingdom: High Court (England and Wales), 29. 7. 1999, (1999) EWHC Admin 765; (2001) Q.B. 667 [cit. 19. 5. 2020]. Available at: [https://www.refworld.org/cases,GBR\\_HC\\_QB,3ae6b6b41c.html](https://www.refworld.org/cases,GBR_HC_QB,3ae6b6b41c.html)

<sup>6</sup> See more: HATHAWAY, J. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 175–179.

<sup>7</sup> See more: Case *Celepli vs. Sweden* [1994] Communication no. 456/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/456/1991 [cit. 19. 5. 2020]. Available at: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws456.htm>

<sup>8</sup> CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement). *UN Human Rights Committee (HRC)* [online]. 2. 11. 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 [cit. 21. 5. 2020]. Available at: <https://www.refworld.org/docid/45139c394.html>

<sup>9</sup> See more: GOODWIN-GILL, G. L'article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés: l'absence de sanctions pénales, la détention et la protection. In: *La protection des réfugiés en droit international*. Brussels: Larcier 2008, pp. 223–300.

on their rights, but also deprivation of their freedom. As Macovei put it, any restriction of freedom places the person concerned in an exceedingly vulnerable and unfavorable position, and should as such be understood as the exception, and not the rule. The decision on imposing such a measure should be made objectively and stay in force no longer than necessary.<sup>10</sup> To ascertain whether the detention of an ASs is lawful, and considering that detention should be *ultima ratio*, it must pass a proportionality and necessity test on a case-by-case basis. Detention in general has been the subject of many a debate,<sup>11</sup> but according to Noll, detention can potentially be linked to any restriction of the freedom of movement of ASs or refugees.<sup>12</sup> The decision on restricting freedom must not be arbitrary and will be considered unreasonable where disproportionate to a legitimate aim, as has been established in *Toonen vs. Australia*.<sup>13</sup> In addition to establishing rules on necessity, appropriateness and proportionality, the Directive laying down standards for the reception of applicants for international protection<sup>14</sup> (Reception Conditions Directive) also mandates the considering of alternative measures in advance. Apart from the Reception Conditions Directive, the Charter of Fundamental Rights of the European Union prescribes the considering of alternative measures with a view to averting arbitrary deprivation of freedom.<sup>15</sup> Thus, as Peek and Tsourdi point out, it is the obligation of MSs' determining authorities to carry out, for each individual, an assessment of the needs and risks on a case-by-case basis. The needs assessment should analyze vulnerabilities and identify any specific procedural needs of the AS concerned. Risk assessment should analyze whether the AS concerned meets the conditions for detention and, if so, determine the grounds for and duration of such decision.<sup>16</sup> The examining of necessity and appropriateness on a case-by-case basis, as well as anticipation of arbitrariness in detention decisions, ensures the application of the principle

<sup>10</sup> MACOVEI, M. The right to liberty and security of the person: A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Handbooks* [online]. 2004, No. 5, pp. 6 [cit. 22. 6. 2021]. Available at: <https://www.refworld.org/docid/49f181e12.html>

<sup>11</sup> Per the UNHCR, detention means “*confinement within a narrowly bounded or restricted location, including prisons, closed camps, detention facilities or airport transit zones, where freedom of movement is substantially curtailed, and where the only opportunity to leave this limited area is to leave the territory. There is a qualitative difference between detention and other restrictions on freedom of movement. Persons who are subject to limitations on domicile and residency are not generally considered to be in detention. When considering whether an asylum-seeker is in detention, the cumulative impact of the restrictions as well as the degree and intensity of each of them should also be assessed.*” Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, UNHCR, Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers, 1999, Guideline 1.

<sup>12</sup> NOLL, G. Article 31 (Refugees Unlawfully in the Country of Refugee). In: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 1268.

<sup>13</sup> See more: Case *Toonen vs. Australia* [1994] Communication no. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992, par. 8.3-8.6 [cit. 22. 5. 2020]. Available at: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws488.htm>

<sup>14</sup> Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), OJ L 180/96

<sup>15</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, Art. 6, in relation to Articles 53(3) and 53.

<sup>16</sup> See more: PEEK, M., TSOURDI, L. Asylum Reception Conditions Directive 2012/33/EU, Article 7. In: *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*. 2. ed. C. H. Beck/Hart/Nomos, 2016, p. 1413. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845259208-1382>

of proportionality through examining the proportionality of detention to the administrative goal to be achieved.<sup>17</sup>

Further, as Noll sees it, restriction of the freedom of movement should be grounded in three elements: that the purpose of restriction of freedom is lawful under international law (including human rights law), that the measure is provided for in national legislation and invoked in the decision on freedom restriction, and that the connection between the restriction on freedom and its intended purpose exists and it adheres to the principle of proportionality.<sup>18</sup> The latter represents in practice a relationship between the intended aim and the means therefor. Necessity and proportionality should therefore be grounds for any decision on detention. All too often, detention is equated with restriction of freedom of ASs, contrary to their respective implications upon ASs. Detention should constitute an *ultima ratio* measure, i.e., be a last resort in circumstances when no other appropriate measures exist or when the existing ones are insufficient.

In terms of what determines detention and how it is defined, it is of paramount importance to underline that the Refugee Convention bears no mention whatsoever of detention per se – in spite of detention being the most severe form of restriction on freedom of movement of ASs. What is emphasized in the Refugee Convention is the freedom of movement (Article 26), and the proscription of illegal entry (Article 31(1)). It should nevertheless also be noted that Article 31(2) proscribes Contracting States from restricting movement of refugees to an extent greater than necessary, as well as proscribes such restrictions from staying in force after the refugees' status in the given country is regularized or they obtain admission into another country. In brief, while these provisions evidently dictate that freedom is to be restricted only under exceptional circumstances, they are nevertheless absent of the definition of detention, i.e., deprivation of freedom of movement of ASs.

The 2012 UNHCR Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention (2012 UNHCR Guidelines) define detention as deprivation of liberty or confinement in a closed place which an asylum-seeker is not permitted to leave at will, including, though not limited to, prisons or purpose-built detention, closed reception or holding centers or facilities.<sup>19</sup> The purpose of the 2012 UNHCR Guidelines is to guide governments, parliaments, lawyers, decision-makers, including the judiciary, as well as other national and international bodies engaged in matters of detention of ASs and asylum, including NGOs, national human rights institutions, as well as UNHCR staff working on these issues. This UNHCR instrument sets out nine guidelines and rules that states are to adhere to when imposing a detention

<sup>17</sup> FLYNN, M. Who must be detained? Proportionality as a tool for critiquing immigration detention policy. *Refugee Survey Quarterly*. Oxford: Oxford Academic, 2012, Vol. 31, no. 3, p. 40. ISSN 1020-4067. DOI: <https://doi.org/10.1093/rsq/hds008>

<sup>18</sup> NOLL, G. Article 31 (Refugees Unlawfully in the Country of Refugee). In: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1270.

<sup>19</sup> Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, replaces 1999 Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers. *United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)* [online]. 2012, p. 9 [cit. 21. 5. 2021]. Available at: <https://www.refworld.org/docid/03489533b8.html>



measure. To prevent variations in the States' treatment, the 2012 UNHCR Guidelines aim at harmonizing the rules governing the imposing of detention, and at ensuring equal protection of the rights and freedoms of ASs across all States. Contrary to the 2012 UNHCR Guidelines, detention in many countries is not employed *ultima ratio*, but rather as a measure ensuring the presence of an AS whenever necessary in the procedure. Very often no distinction is made between economic migrants (whose arrival merely coincided with the wave of refugees) and persons who are actual holders of the right to international protection. Arbitrary detention is also still present in many states.<sup>20</sup>

Absent of a definition of detention – but nevertheless dissecting the detention *procedure* (Article 28) – is also Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or stateless person (Dublin III Regulation). Instead, in Article 28(2), the Regulation only stipulates that when there is a significant risk of absconding, MSs may detain the person concerned to secure transfer procedures, on the basis of an individual assessment and only insofar as detention is proportional and other less coercive alternative measures cannot be applied effectively.<sup>21</sup>

Under Article 2 of the Reception Conditions Directive, detention means confinement of an applicant by an MS within a particular place, whereby the applicant is deprived of his or her freedom of movement.<sup>22</sup> And while a definition of detention *is* provided in the Reception Conditions Directive, it omits all mention of volition of the AS against which he/she is detained, i.e. deprived of the freedom of movement by the determining authorities. As it is patently clear, detention does take place irrespective of the concerned AS's volition. The AS cannot leave detention of his/her volition, which is assuredly an essential aspect of (the definition of) detention. Yet another instrument eschewing the definition of detention is Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (Return Directive). Instead, the Return Directive merely stipulates that ASs cannot be detained unless other sufficient but less coercive measures can be applied effectively in a specific case, and that MSs may only keep in detention a third-country national who is being returned in order to prepare the return and/or carry out the removal process, in particular when there is a risk of absconding or the third-country national concerned

<sup>20</sup> See more: Detention of Asylum-Seekers and Refugees: The Framework, the Problem and Recommended Practice, Standing Committee of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme, 15th Meeting, EC/49/SC/CRP.13, 4. 7. 1999.

<sup>21</sup> Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, 2013, OJ L 180, Art. 28 (2) (Dublin III Regulation).

<sup>22</sup> Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), OJ L 180, Art. 2 (h) (Reception Conditions Directive).

avoids or hampers the preparation of return or the removal process.<sup>23</sup> In addition, the Return Directive also stipulates that decisions on detention are to be made by an administrative or judicial body.<sup>24</sup> Generally, such decisions are relegated to MSs' administrative bodies; courts are normally assigned with deciding on the lawfulness of such decisions. Nevertheless, the Return Directive allows for such decisions to be delegated at national level to courts. Decisions on the restriction of freedom of movement of ASs are less restrictive than those on detention; it is thus reasonable to remit those decisions to administrative bodies. On the other hand, decisions on detention, i.e., deprivation of the freedom of movement of ASs are grave decisions that directly affect the fundamental human right to liberty, and as such should fall within the jurisdiction of the courts.

## 2 The Right to Asylum and Protection of Asylum Seekers' Rights in Sweden

Sweden is one of the countries to have received a great number of refugees and migrants during the 2015 migration and refugee crisis. Owing precisely to its openness to migrants and ASs, Sweden has drawn the said population for many years. In keeping with such attitude, Sweden embraced the 2015 crisis, receiving through as straightforward procedures as possible all those who needed protection at the time. On a highly optimistic and positive note, Sweden called on other countries to open their borders to asylum-seeking third-country nationals, and to provide them with conditions for a dignified life. In 2015, 16.5% of the Swedish population was foreign-born.<sup>25</sup>

Before 2015, Sweden had a 75% asylum application approval rate,<sup>26</sup> and its open-to-all migration and asylum policy was historically a draw for migrants and refugees. Up to the 2015 crisis, Sweden's system of receiving ASs was well-established, as were the conditions it provided to the ASs within its territory.<sup>27</sup> Following the onset of the 2015 crisis, the pressure on Sweden's state borders increased greatly, as did the number of persons seeking protection therewithin. In the face of such overload, unprepared for such developments, the once open Sweden began very soon to introduce measures to slowly close its borders on account of its newly arisen inability to provide conditions for a dignified life to incoming migrants and ASs.

<sup>23</sup> Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJ L 348, Art. 15(1) (Return Directive).

<sup>24</sup> Return Directive, Art. 15(2).

<sup>25</sup> See more: Statistics, Sweden. *SBC* [online]. [cit. 19. 2. 2021]. Available at: <http://www.sbc.se/>

<sup>26</sup> Source: EU Member States granted protection to more than 330 000 asylum seekers in 2015. *Eurostat* [online]. Press release 75 [cit. 19. 2. 2021]. Available at: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7233417/3-20042016-AP-EN.pdf/>

<sup>27</sup> See more: PARUSEL, B. *Das Asylsystem Schwedens*, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2016, pp. 10–12.

In Sweden, asylum and migration are regulated primarily by the Aliens Act,<sup>28</sup> the Act on Reception of Asylum Seekers and Others,<sup>29</sup> and the Act on Temporary Restrictions on the Granting of Permanent Residence Permits for Asylum Seekers.<sup>30</sup> Subsidiary legislation regulating Sweden's asylum policy includes the Aliens Ordinance,<sup>31</sup> the Ordinance on the Act on Reception of Asylum Seekers,<sup>32</sup> and the Ordinance with Instructions for the Migration Agency.<sup>33</sup> The Council Directive 2003/9/EC of laying down minimum standards for the reception of asylum seekers<sup>34</sup> has been transposed to Swedish legislation as part of the Act on Reception of Asylum Seekers and Others that has been in force since 1994.<sup>35</sup> The Swedish Migration Agency is Sweden's central administrative agency for migration and asylum affairs (competent inter alia for residence and work permits, visas, receiving and returning ASs, acquisition of citizenship and similar). Further, in the Swedish legal system, migration and asylum affairs are decided by the Migration Courts, the Migration Court of Appeal, the Police Administration, the Swedish Prison and Probation Service, Swedish missions abroad and the Employment Service.

The definition of a refugee, as well as of a subsidiary protection beneficiary and of an AS, is provided in the Aliens Act. Under Chapter 4, Section 1 of the Aliens Act, a refugee is an alien who is outside the country of citizenship due to a well-founded fear of persecution based on race, nationality, religion, political belief, gender, sexual orientation, or other belonging to a particular social group, who is unable or unwilling to use the protection of that country on grounds of a well-founded fear. Provisions on refugee status will to a certain extent also apply to stateless persons in relation to the country in which the person concerned last had permanent residence. Under Chapter 4, Section 2, persons under subsidiary protection are those aliens who do not hold the right to asylum on the grounds stated in Chapter 4, Section 1, but who have a well-founded fear of suffering death penalty or corporal punishment, torture or other inhumane or degrading treatment or punishment, or who on grounds of external or internal armed conflict or other severe conflicts in the country of origin have a well-founded fear of being subjected to serious abuse, or who cannot return to their country of origin due to environmental disaster. Provisions on subsidiary

<sup>28</sup> Asyllagen (2005:716), With amendments: up to and including Swedish Code of Statutes (2009:16), entered into force on 31. 3. 2006.

<sup>29</sup> Lag (1994:137) om mottagande av asylsökande [cit. 12. 8. 2021]. Available at: <https://bit.ly/2ES88Ne>

<sup>30</sup> Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. *Sveriges riksdag* [online]. [cit. 12. 8. 2021]. Available at: <https://bit.ly/2udG0xy> and <https://bit.ly/2PP4glQ>

<sup>31</sup> Regelbok om utläningar (2006:97), With amendments: up to and including Swedish Code of Statutes (2008:982), entered into force on 23. 2. 2006.

<sup>32</sup> Förordning (1994:361) om lagen om mottagande av asylsökande [cit. 12. 8. 2021]. Available at: <https://bit.ly/2jMHsV9>

<sup>33</sup> Förordning (2019:502) med instruktion för Migrationsverket [cit. 12. 8. 2021]. Available at: <https://bit.ly/2L7YbPr>

<sup>34</sup> Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers, OJ L 31.

<sup>35</sup> Mottagande av asylsökande m.m. (1993/94:94), The 1994 Act replaced the previous Act on assistance to asylum seekers and more (1988:153).

protection also apply to a certain extent to stateless persons where it concerns the state of affairs in the country of their last permanent residence.

Once the decision on an asylum application has been made, two scenarios are possible. If the application is successful, the Migration Agency's reception unit facilitates the AS' settlement in a certain municipality. If the application is unsuccessful or if the AS's residence permit is denied, the AS is returned to the country of origin. In Sweden, asylum decisions in the first instance are issued following an administrative procedure before the Migration Agency, and appeals are considered at two instances by administrative courts. The appeal at first instance may be lodged with one of the four Migration Courts (specialized departments of the county administrative courts (Förvaltningsrätten)) in Stockholm, Gothenburg, Luleå and Malmö. Appeals may also be brought at second instance to the Migration Court of Appeal (Migrationsöverdomstolen), which is part of the Administrative Court of Appeals in Stockholm (Kammarrätten i Stockholm). The highest court of appeal is the Supreme Administrative Court (Högsta förvaltningsdomstolen). The Supreme Court of Sweden (civil and criminal divisions) does not adjudicate on asylum applications per se, but rather on appellate cases concerning the safety of the return of persons convicted of a crime to their country of domicile.

Asylum applications can only be submitted at selected offices of the Migration Agency. In 2016, the Migration Agency reorganized case processing, only to re-update it in 2018 in response to a government order to shorten the processing time of asylum applications. Per the Migration Agency, the protection procedure in Sweden consists of three parts: initial, appeal and enforcement procedures. It begins with the asylum application and ends with either the granting of asylum or the return to the country of domicile.<sup>36</sup> Curiously, the Swedish system provides for the issuing of a certificate of refugee status at the request of the AS where such certificate is necessary for the obtaining of a residence permit or exercising the right to compensation. The certificate may later be withdrawn if the person, i.e., AS concerned does not meet the conditions for confirming refugee status.<sup>37</sup>

Under Chapter 5, Section 1 of the Aliens Act, refugees, and subsidiary protection beneficiaries in Sweden may be entitled to the right to a permanent residence permit. According to Parusel, until recently, persons who were denied asylum or subsidiary protection while in employment and awaiting a decision were entitled to temporary residence (based on applications that at the time they subsequently submitted as foreign workers). This provided a unique opportunity for asylum seekers to change their status and become legal migrants.<sup>38</sup> After applying for asylum in Sweden, aliens may opt either to be placed in the Migration Agency's reception center or to find dwelling on their own. In the latter case, aliens must inform the Migration Agency of their address and remain in contact with the Agency.

<sup>36</sup> See more: Regleringsbrev för budgetåret 2016 avseende Migrationsverket. *Swedish National Financial Management Authority* [online]. 2015 [cit. 12. 8. 2021]. Available at: <http://goo.gl/Kvt5rD>

<sup>37</sup> Asyllagen, Chapter 4, Section 3.

<sup>38</sup> See more: PARUSEL, B. The Swedish U-turn on Asylum and its Consequences. In: *Nordic Perspectives on the European Asylum System, The Cases of Sweden and Finland*. Baden-Baden: Tectum Verlag, 2017, p. 67. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783828867383-63>

Where an AS was granted a residence permit, he/she may get employment and reside at the address of his/her choosing in Sweden (if it is within the AS's means). Where the AS has no means of subsistence, he/she may be entitled to a daily allowance. In Sweden, ASs are entitled to emergency medical and dental interventions.<sup>39</sup>

Following the migration and refugee crisis of late 2015 and early 2016, Sweden was forced to amend part of its regulations and revise the Aliens Act in regard to residence permits and the right to family reunification.<sup>40</sup> Internal border controls were also introduced. These amendments took effect in June 2016. In October 2019, the internal border control measure was extended for another six months. As of writing, such controls remain in place.<sup>41</sup> The decision is based on the government's assessment that there continues to exist a threat to public order and homeland security in Sweden. The Police Administration also believes the terrorist threat level remains high. Speaking in favor of Sweden's introduction of internal border control (and the extension thereof) are also the deficiencies in the control of the external borders of the Schengen area. In Sweden, controls are concentrated in southern and western Sweden and around the Öresund Bridge. Per its 2020 instructions on funds allocation to the Police Administration, the Swedish government will prioritize the taking of measures necessary for ensuring a fully functional regular border control at Sweden's external border throughout the year.<sup>42</sup>

The integration policy also slowly began to change and provide fewer and fewer rights to aliens, all with a view to reducing migration flows to Sweden. Unlike the Aliens Act, which provides for permanent residence permits, under the Act on Temporary Restrictions international protection, beneficiaries may only be granted a temporary permit. Currently, refugees receive three-year permits, and subsidiary protection beneficiaries 13-month permits. Persons who can support themselves may be granted a permanent permit. In addition, the Act on Temporary Restrictions narrowed down the chances of obtaining a residence permit on humanitarian grounds. The national humanitarian status can currently only be granted to children and families with children who have applied for asylum before 24 November 2015, provided that the child concerned is under 18 at the time of the decision.<sup>43</sup>

As shown above, Sweden amended its legislation in opposition to the migration and refugee crisis. However, per Demker, Sweden has retained a positive attitude toward migrants and refugees regardless of the developments within its territory and the adopting of more strict

<sup>39</sup> See more: Country Report: Sweden, FARR, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database* [online]. 2017, pp. 60–66 [cit. 16. 8. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida\\_se\\_2016update.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_se_2016update.pdf)

<sup>40</sup> Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, entered into force on 20. 7. 2016.

<sup>41</sup> See more: Fortsatt gränskontroll vid inre gräns. *Government Offices of Sweden* [online]. 2019 [cit. 18. 8. 2021]. Available at: <https://bit.ly/2NXznvF>

<sup>42</sup> See more: Regleringsbrev för budgetåret 2020 avseende Polismyndigheten. *Government Offices of Sweden* [online]. Department of Justice [cit. 19. 8. 2021]. Available at: <https://bit.ly/2TB8h0V>

<sup>43</sup> See more: EMN Annual Report on Migration and Asylum 2016 – Sweden. *Migrationsverket* [online]. Swedish Migration Agency, 2017 [cit. 12. 8. 2021]. Available at: [https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/27a\\_sweden\\_apr2016\\_part2\\_final\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/27a_sweden_apr2016_part2_final_en.pdf)

measures in the field of policies related thereto.<sup>44</sup> Between December 2018 and December 2019, the average processing time for first-instance cases decreased from 507 days (16.9 months) to 288 days (9.6 months). Applications submitted by unaccompanied minors are processed significantly faster than earlier. Between December 2018 and December 2019, the average processing time decreased from 513 days (17.1 months) to 215 days (7.2 months).<sup>45</sup> Below are the statistics on received asylum applications and the number of positive and negative first-instance decisions thereon in Sweden between 2015 and 2020.

Table no. 1: *Asylum applications submitted in Sweden between 2015 and 2020*<sup>46</sup>

		Adults		Accompanied children		Unaccompanied children		Total number of asylum applications
Valid	2015	85,388	57.3	31,406	21.1	32,180	21.6	148,974
	2016	18,030	62.3	8,710	30.1	2,199	7.6	28,939
	2017	17,159	66.9	7,171	27.9	1,336	5.2	25,666
	2018	15,173	70.6	5,385	25.0	944	4.4	21,502
	2019	15,523	70.6	5,556	25.3	905	4.1	21,984
	2020	8,925	68.7	3,566	27.4	500	3.8	12,991
	Total	160,198	61.6	61,794	23.8	38,064	14.6	260,056

As Table 1 clearly shows, the number of ASs in Sweden (which was open to and had received large numbers of refugees and migrants before 2015) has been in significant decline since 2016. Between 2015 and 2016, the number of ASs decreased by 85.09% (from 194,028 to 28,939). Compared to 2015, the number of asylum applications in 2017 (25,666) decreased by 82.78%, and in 2018 (21,502) by 85.58%. In 2019, the number of asylum applications (21,984) decreased by 85.25% compared to 2015, and in 2020 (12,991) by 91.29%.

<sup>44</sup> See more: DAMKER, M. Positive attityd till invandring trots mobilisering av invandringsmotstånd. In: *I framtidens skugga. Göteborg*, 2012, pp. 95–105.

<sup>45</sup> Country Report 2019: Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. P. 24 [cit. 19. 8. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida\\_se\\_2019update.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_se_2019update.pdf)

<sup>46</sup> Processing based on statistics and annual reports for Sweden for the period 2015–2019 available at: Country Report 2015–2019: Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 25. 8. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/reports/country/sweden>, and Tillförlitliga kriterier. *Swedish Refugee Advice Centre* [online]. 2019 [cit. 25. 8. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/tillforlitliga-kriterier-webb.pdf>. Country Report 2020, Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 25. 8. 2021]. Available at: [https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE\\_2020update.pdf](https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE_2020update.pdf), and SWEDISH RED CROSS. Barn i förvar, 2018. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 25. 8. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/181126\\_rapport\\_barn.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/181126_rapport_barn.pdf)

Legal Position on age assessment, 2018. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 25. 8. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/180604101.pdf>, and Du har inte förmått göra din underårlighet sannolik, 2017. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 25. 8. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/farr\\_rapport\\_nov2017.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/farr_rapport_nov2017.pdf)

Table no. 2: Decisions granting international protection in Sweden between 2015 and 2020<sup>47</sup>

		Positive decisions		Negative decisions		Other decisions		Total number of first-instance decisions
Valid	2015	31,819	60.2	15,432	29.2	5,632	10.6	52,883
	2016	67,258	77.1	19,669	22.6	270	0.3	87,197
	2017	27,852	47.1	31,312	52.9	0	0.0	59,164
	2018	11,217	31.6	20,332	57.3	3,963	11.2	35,512
	2019	9,546	38.9	14,829	60.4	194	0.8	24,569
	2020	4,922	28.6	12,270	71.4	0	0.0	17,192

Importantly, in terms of efficiency and functionality of Sweden's asylum system, as Table 2 shows, first-instance decisions made up 35.48% (52,883) of the total number of applications in 2015. Of those decisions, 60.16% (31,819) were positive and 29.18% (15,432) negative. In 2016, of the total number of first-instance decisions (87,197), 77.13% (67,258) were positive and 22.55% (19,669) negative. Overall, positive decisions on international protection traditionally outnumbered the negative ones. This reversed in 2017, to great change. In 2017, of all first-instance decisions (59,164), 47.07% (27,852) were positive, and 52.92% (31,312) negative. In 2018, of all first-instance decisions (35,512), 31.58% (11,217) were positive and 68.4% (20,332) negative. Of all first-instance decisions in 2019 (24,569), 38.85% (9,546) were positive and 14,829 (60.35%) negative. Of the 2020 first-instance decisions (17,192), 28.63% (4,922) were positive and 71.37% (12,270) negative.

The prevalence of positive decisions over the negative ones in Sweden in 2015 and 2016 coincides with the peak of the migration and refugee crisis. The incidence of negative decisions between 2017 and 2020 reflects the Swedish government's reaction to major waves of refugees and migrants. Legislative changes had effected fewer requests and procedures, as well as the dominance of negative decisions on asylum applications over the positive. Pursuant to Chapter 5, Section 1(b) of the Swedish Aliens Act, an application

<sup>47</sup> Processing based on statistics and annual reports for Sweden for the period 2015–2019 available at Country Report 2015–2019: Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/reports/country/sweden>, and Swedish Refugee Advice Centre, Tillförlitliga kriterier, 2019. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/tillforlitliga-kriterier-webb.pdf>, Country Report 2020, Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: [https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE\\_2020update.pdf](https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE_2020update.pdf), and Swedish Red Cross, Barn i förvar, 2018. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/181126\\_rapport\\_barn.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/181126_rapport_barn.pdf) Migration Agency, Legal Position on age assessment, 2018. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/180604101.pdf>, and Du har inte förmått göra din underårighet sannolik, 2017. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/farr\\_rapport\\_nov2017.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/farr_rapport_nov2017.pdf)

may be rejected as inadmissible where the applicant is already a beneficiary of international protection in another EU MS or comes from a first country of asylum or from a safe third country. Under the Dublin III Regulation, specifically, the first-country-of-entry principle that applies upon asylum application submission, ASs are to return to the first country through which they gained entry to EU territory or the country where they first entered it irregularly. The provisions of the Dublin III Regulation are clear and, if applied as intended, the safe third country concept affects the success of such a system. But can the Dublin system survive if the safe third country concept remains in use by EU MSs concurrently with the Dublin provisions? As confirmed by the critique of its doctrine, the Dublin system is dysfunctional and “incompatible” with mass migration. This has already been recognized by the EU legislator through the newly proposed Migration and Asylum Package that would entirely change the very design of EU asylum policy.

Table no. 3: *International protection granted (by category) in Sweden between 2015 and 2020*<sup>48</sup>

		Refugee status		Subsidiary protection		Humanitarian protection		Other decisions		Total Positive decisions
Valid	2015	12,394	39.0	17,132	53.8	2,293	7.2	0	0.0	31,819
	2016	17,114	25.4	47,344	70.4	1,882	2.8	918	1.4	67,258
	2017	13,464	48.3	12,494	44.9	1,894	6.8	0	0.0	27,852
	2018	5,993	53.4	3,984	35.5	992	8.8	248	2.2	11,217
	2019	3,487	36.5	5,955	62.4	104	1.1	0	0.0	9,546
	2020	2,913	59.2	1,415	28.7	41	0.8	553	11.2	4,922

As the above table clearly shows, of the positive international protection (IP) decisions in 2015 and 2016 in Sweden, those granting subsidiary protection accounted for the largest share: 53.8% and 70.4%, respectively. This changed in 2017, when the decisions granting

<sup>48</sup> Processing based on statistics and annual reports for Sweden for the period 2015–2019 available at Country Report 2015–2019: Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/reports/country/sweden>, and Swedish Refugee Advice Centre, Tillförlitliga kriterier, 2019. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/tillforlitliga-kriterier-webb.pdf>, Country Report 2020, Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: [https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE\\_2020update.pdf](https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE_2020update.pdf), and Swedish Red Cross, Barn i förvar, 2018. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/181126\\_rapport\\_barn.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/181126_rapport_barn.pdf) Migration Agency, Legal Position on age assessment, 2018. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/180604101.pdf>, and Du har inte förmått göra din underärighet sannolik, 2017. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/farr\\_rapport\\_nov2017.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/farr_rapport_nov2017.pdf)



refugee status accounted for the largest share of all positive IP decisions, i.e., 48.3%. In 2018, their share grew to 53.4%. For comparison, of all positive IP decisions, those granting subsidiary protection in 2017 accounted for 44.9%, and in 2018 for 35.5%. Of the positive IP decisions in 2019, 62.4% granted subsidiary protection, and 36.5% refugee status. In 2020, 59.2% of all positive IP decisions granted refugee status, and 28.7% subsidiary protection. Humanitarian protection was granted only rarely. Of all positive IP decisions, in 2015 only 7.2% granted humanitarian protection, in 2016 2.8%, in 2017 6.8%, in 2018 8.8%, in 2019 1.1%, and in 2020 only 0.8%.

After analyzing the Swedish legislation, it can be concluded that the change in legislation after the migration and refugee crisis led to a different approach in practice and that Sweden wanted to protect the national system at all costs, even at the cost of violating international and European standards for the protection of asylum seekers. Administratively, Sweden has covered itself, but the purpose of the existence of Swedish legal regulations has not been realized in the spirit of protecting asylum seekers.

## 2.1 Restriction of Freedom of Asylum Seekers in Swedish Legislation

In Swedish literature, the term *förvar* – while translatable as *confinement* – is used as semantically equivalent to *detention*. Specifically, it signifies deprivation rather than restriction of freedom, as it denotes forcible confinement of a person in a certain place of residence without the person being able to leave willingly.<sup>49</sup>

Under Article 8 of the Instrument of Government – one of the four fundamental laws comprising Sweden's Constitution – all persons are protected in their relations with the public institutions against deprivations of personal liberty. However, freedom of movement within Sweden is guaranteed only to Swedish nationals.<sup>50</sup> And while the sum of Swedish legislation (Aliens Act included) does not provide for lawful restriction on the freedom of movement of ASs per se, it does prescribe that ASs whose income is insufficient to secure housing must be placed by the Migration Agency in a reception center, effectively restricting their freedom of movement.<sup>51</sup> Detention of ASs may be ordered at any time during the asylum procedure as well as after the application has been rejected at the highest instance. Deprivation of liberty may be ordered only for reasons set out in national law. Further, aliens may be detained where their right to remain in Sweden requires investigation, where denial of entry or removal are probable, and/or where necessary for preparing or carrying out deportation.

<sup>49</sup> *Detention*, as used in legal texts and literature in English and as it relates to refugees, asylum seekers etc., means the act or condition of being officially forced to stay in a place (Cambridge Dictionary). In effect, *detention* means deprivation of freedom, and, at that, not only of freedom of movement. By way of analogy, in German, *Haft* is used as fully semantically equivalent to *detention*. In Hungarian, *örizet* is used as a synonym for detention, although it de facto translates as *arrest*.”

<sup>50</sup> Constitutional Documents of Sweden: the Instrument of Government, the Riksdag Act, the Riksdag Regulations. Stockholm: Swedish Riksdag, 1972, Art. 8.

<sup>51</sup> EMN Annual Report on Migration and Asylum 2016 – Sweden. *Europaena Commission* [online]. P. 60 [cit. 31. 8. 2021]. Available at: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/27a\\_sweden\\_apr2016\\_part2\\_final\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/27a_sweden_apr2016_part2_final_en.pdf)

Detention preceding expulsion or deportation may be ordered only where reasons exist on account of which an alien might abscond or pursue criminal activities in Sweden, i.e., attempt to prevent deportation in any other manner.<sup>52</sup> Where an asylum application is denied, the AS may submit a subsequent application, but only on valid grounds, i.e., prospect that it would result in a different outcome. However, as the Migration Court of Appeal concluded in April 2019, where there exist reasonable grounds to assume that in the country of domicile the alien could face being sentenced to death or subjected to corporal punishment, torture or other inhumane or degrading treatment or punishment, the applicant (AS) might not be required to present a reasonable ground for admitting his/her subsequent application.<sup>53</sup>

The 2016 legislative changes made it mandatory for all municipalities to place ASs in reception centers within their territories.<sup>54</sup> Exceptions to the rule of the right to freedom of movement are prescribed in case of detention, in case the alien's identity requires establishing, and in case the alien's right to remain in Sweden is under assessment.<sup>55</sup> ASs over 18 may also be detained where necessary for the investigation of the ASs' right to remain in Sweden, where the AS's entry is likely to be refused or the AS is likely to be expelled, and/or where required for the purpose of enforcement of refusal of entry or deportation order.<sup>56</sup> Detention of ASs may also be imposed in the so-called Dublin cases, in accordance with Article 28 of the Dublin III Regulation. In 2015, the Migration Court of Appeal ruled that in the Dublin procedure cases the provisions of the Aliens Act on the detention of ASs do not apply, i.e., that the grounds for detention set out in the Dublin III Regulation apply.<sup>57</sup> In a 2017 ruling, the Migration Court of Appeal also concluded that the applicable provisions on detention under the Dublin III Regulation cannot be interpreted as impeding to transfers to other EU MSs and that the provisions of the Dublin Regulation provisions on the duration of the detention must be read in line with the preamble of the Regulation and national law.<sup>58</sup>

Decisions on detention are usually issued by the Migration Agency, migration courts or the police authority. In some cases, the Swedish Security Service may be authorized to take decisions on detention.<sup>59</sup> The Police Administration may decide on detention prior to an AS's claim for asylum via registration at the Migration Agency, as well as in cases where aliens are illegally present in the country or are expelled on grounds of criminal behavior

<sup>52</sup> Asyllagen (2005:716), with amendments: up to and including Swedish Code of Statutes (2009:16), entered into force on 31 March 2006, Chapter 10, Section 1 (3).

<sup>53</sup> Migration Court of Appeal, No. UM 12194-18, Ruling of 10 April 2019, MIG 2019:5 [cit. 30. 8. 2021]. Available at: <https://bit.ly/2XBNzgo>

<sup>54</sup> Lag (2016:38) om mottagande av vissa nyanlända invandrare för bosättning, Official Journal (2016:38).

<sup>55</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 1.

<sup>56</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 1.

<sup>57</sup> Migration Court of Appeal, No. UM9855-14, Ruling of 3 July 2015, MIG 2015:5 [cit. 30. 8. 2021]. Available at: <https://lagen.nu/dom/mig/2015:5>

<sup>58</sup> Migration Court of Appeal, No. UM6209-15, Ruling of 5 October 2017, MIG 2017:23 [cit. 30. 8. 2021]. Available at: <https://lagen.nu/dom/mig/2017:23>

<sup>59</sup> Aliens Act (2005:716) With amendments: up to and including Swedish Code of Statutes (2009:16), entered into force on 31 March 2006, Chapter 10, Section 13 (3).

and have served their sentence, but are still present in the country.<sup>60</sup> The police authority is also responsible for taking decisions on detention where the Migration Agency remits a case to it. This happens when the Migration Agency no longer considers that the person concerned will leave the country voluntarily in spite of their appeal having been rejected. Migration Courts issue detention decisions within an appeals procedure. In case of a detention decision, the AS concerned is entitled to appeal to the Migration Court of Appeal.<sup>61</sup> The police authority is also authorized to impose detention on ASs and aliens, even where it is not formally their responsibility, but circumstances so require (e.g., where there is a clear risk of an AS absconding). Even the coast guard and the customs authority may detain an AS and an alien where there is a risk of absconding. However, in such cases, detention must be reported immediately to the police, who then conduct a competence establishment procedure.<sup>62</sup>

As an alternative to detention, Sweden provides for supervision as a milder form of restriction on freedom of movement.<sup>63</sup> Prior to taking a decision on detention, Swedish authorities must first consider other measures, i.e., the decision on detention must be *ultima ratio*.<sup>64</sup> Although this is and should remain the domain of the decision-making body, there have been concerns over the lack of comprehensive and qualitative reasoning as to why, *inter alia*, supervision is not used instead of detention.<sup>65</sup> Supervision requires regular reporting to the police authority or the Migration Agency, depending on which authority is competent or has issued the decision. The measure may involve the surrendering of passports or other personal documents.<sup>66</sup> In the context of asylum, supervision – similarly to detention – is rarely used during ongoing asylum procedures. When used, it is mainly employed in relation to ASs in Dublin procedures or ASs in procedures following a subsequent application. To employ supervision instead of detention, there must exist grounds for detention in accordance with the Aliens Act, which is in line with EU law. Under the Aliens Act and the application of the Return Directive, such grounds exist, e.g., where an alien detained during the return procedure under the Return Directive applies for asylum only to delay or prevent the enforcement of the return decision.<sup>67</sup> Once grounds for detention in such a situation exist, so do the grounds for supervision. Contrary to international recommendations, victims of torture and otherwise vulnerable persons are not excluded from detention.

<sup>60</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 13 and 17.

<sup>61</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 16.

<sup>62</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 17.

<sup>63</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 6.

<sup>64</sup> See more: Förvar under lupp. See also comparative study on use of alternatives to detention, where Sweden was one of the studied countries: Odysseus Network, Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation, 2015. *Swedish Red Cross* [online]. [cit. 30. 8. 2021]. Available at: <http://bit.ly/1jX4hMm>

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 8.

<sup>67</sup> Migration Court of Appeal, No. UM6323-19, Ruling of 2 May 2020, MIG 2020:2 [cit. 30. 8. 2021]. Available at: [https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/kammarratten\\_stockholm/mig-2020-2.pdf](https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/kammarratten_stockholm/mig-2020-2.pdf). See also: Case C357 / 09 *Kadzoev* [2009] EU:C:741, and: Case C-534/11 *Arslan* [2013] EU:C:343.

Under Chapter 10, Section 2 of the Aliens Act, a child may be detained if it is probable that the police will be the authority enforcing the expulsion order or the child will be refused entry with immediate enforcement and there is an obvious risk that the child will abscond the enforcement, or for the purpose of enforcing a refusal of entry or an expulsion order. In both cases, it is expressly prescribed that that detention alternatives are not deemed sufficient to meet the purpose pursued.<sup>68</sup> Children may not be detained for longer than 6 days.<sup>69</sup> Children may not be separated from their guardians through the detention of either the guardian or the child.<sup>70</sup> Where the child is unaccompanied, detention may only be imposed in exceptional circumstances.<sup>71</sup> The number of unaccompanied minors in Sweden in 2015 increased significantly compared to 2014, reaching 35,000 children or 40% of the total number of applications of unaccompanied minors in the EU.<sup>72</sup> The Aliens Act prescribes a mandatory review of the detention decision: within two weeks for those concerning ASs already in procedure, within two months for those awaiting removal. The review of decisions on alternative measures, i.e., supervision, is to be reviewed within 6 months. Where these deadlines are not observed, the detention decision ceases to be valid and have effect.<sup>73</sup> Most transfers under the Dublin procedure take place on a voluntary basis. However, a significant number of ASs (unaccompanied minors included) most often abscond prior to the transfer. ASs were not detained after receiving notification that another EU MS was responsible for their asylum application. However, instead of being allowed to settle anywhere of their own accord in Sweden, ASs awaiting transfer under the Dublin procedure are placed in short-term accommodation facilities nearby an airport. In 2019, Sweden received 6,474 incoming requests under the Dublin III Regulation, and sent 3,641 outgoing requests to other Member States to take responsibility for processing the asylum application. A total of 3,002 transfers and other relocations of ASs (including those ASs who were granted asylum in another MS) took place in 2019. Of that, the Migration Agency was responsible for 2,302 (who left Sweden voluntarily) and the police for 700 (includes voluntary and forced removal).<sup>74</sup> The average processing time for cases under the Dublin procedure in 2019, i.e., up to the transfer decision, was 58 days. In 2018, the processing time was 72 days.<sup>75</sup> In October 2019, in a case involving the detention of an AS, the Migration Court of Appeal ruled that a period of 12 months is the maximum time that an alien can be detained pending the enforcement of a deportation order. This also applies in cases of failed deportation upon

<sup>68</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 2.

<sup>69</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 5.

<sup>70</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 3.

<sup>71</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 3.

<sup>72</sup> Source: Asylum applicants considered to be unaccompanied minors by citizenship, age and sex. *Eurostat database* [online]. [cit. 4. 9. 2021]. Available at: [http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr\\_asyunaa&lang=en](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_asyunaa&lang=en)

<sup>73</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 9 and 10.

<sup>74</sup> Annual Report 2019. *Migration Agency* [online]. [cit. 4. 9. 2021]. Available at: <http://bit.ly/382Zbh6>

<sup>75</sup> Country Report 2019: Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 4. 9. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida\\_se\\_2019update.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_se_2019update.pdf)

which the person concerned was returned to Sweden and subsequently detained. As it is not a new detention measure, it may not exceed 12 months.<sup>76</sup> The average duration of detention in 2019 was 27.8 days, compared to 29.1 days in 2018. The average duration of detention for men was 28.3 days, and for women 21.4 days.<sup>77</sup> Setting a precedent, the said Court also ruled that the provisions of the Reception Conditions Directive on detention do not apply when the AS is ordered deportation in respect of a crime or for the purpose of preparing or enforcing a deportation decision.<sup>78</sup> The provisions of the Aliens Act on detention of ASs do not offer the same detention options as the Reception Conditions Directive. Thus, where not provided for by the Aliens Act, the grounds for detention of ASs under the Reception Conditions Directive (establishing and confirming identity or nationality or determining the factors on which the application is based) cannot apply in Sweden. In confirming this position, the Migration Court of Appeal warned of the shortcomings in the implementation of the Reception Conditions Directive, which may lead to misinterpretation and violation of ASs' rights provided by EU and international standards of refugee law.<sup>79</sup>

Below is an analysis and a statistical overview of decisions restricting freedom of movement of ASs, as well as decisions imposing detention in Sweden between 2015 and 2019.

Table no. 4: Restrictions on freedom of movement of ASs and detention in Sweden between 2015 and 2020<sup>80</sup>

		Detention		Detention alternative		Restriction of freedom (total)
Valid	2015	3524	89.3	421	10.7	3945
	2016	3714	100.0		0.0	3714
	2017	4379	86.6	675	13.4	5054
	2018	4705	80.3	1156	19.7	5861
	2019	4144	100.0		0.0	4144
	2020	2528	100.0		0.0	2528

<sup>76</sup> Migration Court of Appeal, MIG 2019:17.

<sup>77</sup> Migration Agency, Annual Report 2019, pp. 77 [cit. 4. 9. 2021]. Available at: <http://bit.ly/382Zbh6>

<sup>78</sup> Migration Court of Appeal, No. UM3640-20, Ruling of 2 July 2020, MIG 2020:15 [cit. 5. 9. 2021]. Available at: [https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/kammarratten\\_stockholm/ovrigt-innehall/mig-2020-15.pdf](https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/kammarratten_stockholm/ovrigt-innehall/mig-2020-15.pdf)

<sup>79</sup> Migration Court of Appeal, No. UM2352-20, Ruling of 30 June 2020, MIG 2020:14 [cit. 5. 9. 2021]. Available at: [https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/kammarratten\\_stockholm/ovrigt-innehall/mig-2020-14.pdf](https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/kammarratten_stockholm/ovrigt-innehall/mig-2020-14.pdf)

<sup>80</sup> Processing based on statistics and annual reports for Sweden for the period 2015–2019 available at Country Report 2015–2019: Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 4. 9. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/reports/country/sweden> and <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/tillforlitliga-kriterier-webb.pdf>; Swedish Red Cross, Barn i förvar, 2018. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 28. 8. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/181126\\_rapport\\_barn.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/181126_rapport_barn.pdf); Legal Position on age assessment, 2018. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 9. 9. 2021]. Available at: <https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/resources/180604101.pdf>; Country Report 2020, Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 9. 9. 2021]. Available at: [https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE\\_2020update.pdf](https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE_2020update.pdf)

As the above tables show, in 2015 restriction of freedom of movement of ASs was imposed in 3,945 cases in Sweden, i.e., on 2.64% of all ASs that year. Of these, detention was imposed in 3,524 (89.32%) cases, and a detention alternative in 421 (10.67%) cases. Of the 3,524 cases of detention, 63 (1.78%) involved children accompanied by family and 17 (0.48%) unaccompanied minors.<sup>81</sup> In 2016, 3,714 persons were restricted freedom of movement, accounting for 12.83% of all submitted applications that year. Data on detention alternatives imposed in 2016 are not available. Of the 3,714 decisions on detention in 2016, 108 (2.9%) concerned children.<sup>82</sup> In 2017, restriction of freedom of movement was imposed in 5,054 cases, accounting for 19.69% of the total number of ASs in 2017. Of those, detention was imposed in 4,379 (86.64%) cases, and detention alternative in 675 (13.35%) cases. Of the detention cases, 78 (1.78%) involved children.<sup>83</sup> In 2018, freedom of movement was restricted in 5,861 cases, accounting for 27.25% of the total number of ASs in 2018. Of those, detention was imposed in 4,705 (80.27%) cases, and detention alternative in 1,156 (19.72%). Of the detention cases in 2018, 13 (0.27%) involved children.<sup>84</sup> In 2019, detention was imposed in 4,144 cases, accounting for 18.85% of the total number of ASs that year. Data on detention alternatives imposed in 2019 are not available. Of the 4,144 decisions on detention, 3 (0.07%) related to children.<sup>85</sup> In 2020, 2,528 ASs were detained; data on detention alternatives imposed are not available. Of the 2,528 detention decisions, 7 (0.27%) concerned children.<sup>86</sup> Bringing major challenges in 2020 was the COVID-19 pandemic. Per the Migration Agency, accommodation space in detention facilities became scarce, reducing their capacity by almost 50% on account of the newly required social distancing. Visitations were reduced to video calls.<sup>87</sup>

As the above has demonstrated, detention in Sweden between 2015 and 2020 was a frequent occurrence. In terms of restriction on the freedom of movement of ASs, detention was imposed each year in over 80% of cases. Such an incidence resolutely contradicts the *ultima ratio* principle and constitutes a violation of international and EU standards of the imposing of detention, which measure de facto deprives ASs of their freedom of movement,

<sup>81</sup> Source: EMN, The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies in Sweden, Report EMN Sweden 2014:1, pp. 14 [cit. 4. 9. 2021]. Available at: <http://bit.ly/1BBDPAP>

<sup>82</sup> Country Report 2016: Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. P. 55 [cit. 11. 9. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida\\_se\\_2016update.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_se_2016update.pdf)

<sup>83</sup> Source: Migration Agency, Annual Report 2017. *European Commission* [online]. P. 61 [cit. 11. 9. 2021]. Available at: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/17a\\_sweden\\_arm\\_part2\\_2017\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/17a_sweden_arm_part2_2017_en.pdf)

<sup>84</sup> Source: EMN Annual Report on Migration and Asylum 2017 – Sweden. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. P. 70 [cit. 11. 9. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida\\_se\\_2016update.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_se_2016update.pdf)

<sup>85</sup> Source: EMN Annual Report on Migration and Asylum 2019 – Sweden. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. P. 73 [cit. 11. 9. 2021]. Available at: [https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida\\_se\\_2019update.pdf](https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_se_2019update.pdf)

<sup>86</sup> Country Report 2020, Sweden, European Council of Refugees and Exiles. *Asylum Information Database (AIDA)* [online]. [cit. 11. 9. 2021]. Available at: [https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE\\_2020update.pdf](https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/04/AIDA-SE_2020update.pdf)

<sup>87</sup> Swedish Migration Agency, Annual Report on Migration and Asylum, EMN Policy Report 2020 – Sweden, Migrationsverket, 2021, pp. 55.

precisely because Sweden did not state that in all these cases the condition for detention was met, and equally it did not state the reasons why the application of alternative measures was not possible in any of these cases. Such information does not exist in their practice, and thus the very application of the *ultimo ratio* principle is violated. If something is an *ultima ratio*, it is assumed that alternative measures have been taken into account, it is emphasized why it is not possible to apply them and specific reasons for applying detention as the strictest measure are given. There is no such information in the analysis of the Swedish legislation and none of the above data is available. Worse still, detention is imposed on children in not all too negligible a percentage. Such practice with children should be avoided at all costs, especially where unaccompanied minors are involved. The Swedish system must be amended to strengthen legal provisions on asylum and restriction on freedom of movement of ASs. More specifically, the provisions should set out grounds for detention more clearly and anticipate mass influx of refugees and migrants, as well as the protocol in such situations. This would provide a clear roadmap for contingencies; detention would cease being used as penalty for illegal entry or as a temporary measure pending a decision.

A case before the Swedish authorities involving restriction of the freedom of movement of an AS and the employing of less restrictive measures revealed shortcomings in EU legislation. It caused contradicting interpretations and decisions on several levels. Namely, in the case, as brought to the Migration Court of Appeal,<sup>88</sup> MA's asylum application of 8 March 2018 was denied by the Swedish Migration Agency, as was the residence permit petition, resulting in an order to transfer MA to Italy. Additionally, MA was ordered detention under the Dublin III Regulation on grounds of prior behavior, i.e., absconding from asylum procedures in Sweden, Italy, and Germany. Taking the view that supervision would be an insufficient measure, the Migration Agency proceeded to order detention. In a surprise move, the Agency revoked the detention decision on 16 May 2018, and instead ordered to place MA under supervision provided for under the Aliens Act. The Agency stated that the ground for such decision was MA's pledge to be cooperative in regard to the transfer to Italy. MA proceeded to appeal the supervision decision before the administrative court in Malmö. The Migration Court overturned the Migration Agency's supervision decision on the grounds of the Agency misapplying the Aliens Act when MA was covered by a transfer decision under the Dublin III Regulation, the provisions of which applied to all matters of the case. The Swedish Migration Agency appealed the ruling, asking that the Migration Court of Appeal revoke the Migration Court's ruling and uphold the Agency's decision on supervision. The Swedish Migration Agency took the view that detention should not be imposed where there exist less restrictive measures that would be effective. Further, as the matter of detention alternative is not directly regulated under the Dublin III Regulation, it is the Agency's position that the Aliens Act applies in its stead. MA considered that the appeal should be dismissed on grounds of his pledge to not abscond along with the fact that the supervision decision is based on incorrect legislation. The Court of Appeal

<sup>88</sup> Migration Court of Appeal, No. 10152-18, Ruling of 17 December 2017, MIG 2018:23 [cit. 11. 9. 2021]. Available at: <https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/migrationoverdomstolen/avgoranden/2018/referat-i-mal-um-10152-18.pdf>

in Stockholm emphasized that the Dublin III Regulation must have a general validity and be binding in all respects and directly applicable in each MS. The Court concluded that there was in principle no place for national legislation in this case. Further, where a significant risk of absconding exists, MSs may detain the AS to ensure the transfer procedure, in accordance with the Dublin III Regulation, based on a case-by-case assessment, and only if detention is proportionate and other, less restrictive measures cannot be effectively applied. In an earlier case (MIG 2015:5), the Migration Court of Appeal ruled that the Aliens Act may prevail only where a matter is not regulated by the Dublin III Regulation or where the Regulation explicitly provides that supplementary national rules apply in a particular case. Thus, in accordance with the principle of primacy of EU law over national law, detention cannot have been ordered under the Aliens Act in a procedure falling under the Dublin III Regulation.

Under Article 28 (2) of the Dublin III Regulation, to ensure transfer, MSs may opt for measures less coercive than detention. An identical phrasing of the concept is found in Article 15(1) of the Return Directive and Article 8(2) of the Reception Conditions Directive. Unfortunately, neither of the three instruments expand on the concept of “less coercive measures.” Further, there is also the matter of supervision within the meaning of the Swedish Aliens Act. As a less coercive measure, it falls within the allowable scope under Article 28 (2) of the Dublin III Regulation. Under the Aliens Act, supervision means that an alien is required to report to either the Police Administration or the Swedish Migration Agency. The supervision decision must specify the place at which the obligation to report may be fulfilled. The alien may also be required to surrender his/her passport or other identification documents. With regard to detention, which is a form of deprivation of freedom, supervision ought to be viewed as an example of a less coercive measure within the meaning of the Dublin III Regulation. Moreover, as the Court of Appeal also stated, the option to appeal a supervision decision is a form of additional protection of ASs. In the matter of provisions that should be applied to the supervision decision in order to ensure the transfer in accordance with the Dublin III Regulation, the Migration Court of Appeal ruled that, since the Dublin III Regulation does not prescribe special procedural rules for less coercive measures such as supervision, the provisions of the Aliens Act on supervision thus apply and as such supplement the provisions of the Dublin III Regulation.<sup>89</sup>

In the opinion of the Migration Court of Appeal, the Migration Court cannot be considered to have justifiably revoked the decision on grounds of being based on incorrect legislation. The Court should itself examine whether the actual conditions for supervision of an AS are met. The supervision decision of the Swedish Migration Agency had not been reviewed within six months and was thus vitiated.<sup>90</sup> The Migration Court of Appeal dismissed the case. This case clearly shows that the Swedish asylum and migration authorities’ mutually varying interpretations of EU legislation led to mutually varying decisions imposing restriction on the freedom of movement of ASs. It is true that the provisions of the Dublin III Regulation, the Return Directive and the Reception Conditions Directive

<sup>89</sup> Cf. Migration Court of Appeal, MIG 2015:5.

<sup>90</sup> Asyllagen, Chapter 10, Section 9 (2); Section 10.



do not detail the concept of “less coercive measures” and what it entails. As a result, absent of definitions in EU legislation, MSs have resorted to national provisions, effecting a combination of EU and national law with regard to alternatives to restriction of the freedom of movement of ASs. It follows that the Dublin III Regulation, the Return Directive and the Reception Conditions Directive need to be amended; specifically, they should detail what “less coercive measures” constitute, what forms thereof may exist, and specify whether they may be taken during transfer preparation under the Dublin procedure. This would prevent further issues and controversy thereover. Moreover, as MSs’ courts are not bound by the decision of one another, such amendments to the said EU instruments would also prevent the MSs’ courts (not infrequent) mutually conflicting decisions. It is therefore necessary to approach these changes to ensure legal certainty and the functioning of the Common European Asylum System (CEAS).

After the analysis of the Swedish regulations on detention, presented statistics, European and national judicial practice, it can be clearly concluded that Sweden used the measure of detention contrary to the principle of *ultima ratio*, expressed in the practice of European courts that are considered a source of law, as well as certain regulatory standards for determining detention, that are mentioned earlier, and the principles of necessity and proportionality.

It is clear that states can adopt certain measures restricting human rights as the freedom of movement, especially if it concerns the protection of the national interest, public order and public health, and thereby justify a series of measures that they adopt or have adopted in a certain period. However, Sweden has not emphasized either in legislation or in the practice of national courts in the explanations of judgments that it is about the application of the exemption on any of the aforementioned grounds. Thus, it cannot be considered that the decisions were made in accordance with the protection of the national interest, public order and public health. The established legislation is currently unchanged in Sweden as is the practice of the courts which makes it clear that Sweden has no intention of changing its procedures. In the background, Sweden aims to protect the national interest, but legislation and practice are not officially based on these reasons. In this way, Sweden partly adopted measures that correspond to the protection of the national interest, but on the other hand, it did not enter the statistics of countries that officially declared the rejection of certain institutes for the protection of asylum seekers due to the protection of national interests, such as Hungary or Poland.

## Conclusion

Restriction on freedom of movement in Sweden between 2015 and 2019 was all too frequent an occurrence: detention was imposed in more than 80% of cases each year. A non-negligible percentage thereof were imposed on children. For obvious reasons, such practice with children should be avoided at all costs, especially where unaccompanied minors are involved. The Swedish system must be amended to strengthen legal provisions

on asylum and restriction on freedom of movement of ASs. More specifically, they should delineate grounds for detention more clearly and anticipate mass influx of refugees and migrants, as well as the protocol in such situations. This would provide a clear roadmap for contingencies. This would ensure detention would cease being used as penalty for illegal entry or as a temporary measure pending a decision. Excessive imposing of detention is decidedly against the *ultima ratio* principle and constitutes a violation of international and EU standards of the imposing of detention, which measure de facto deprives ASs of their freedom of movement. Further, as the analysis of a portion of the Swedish courts' case-law has shown, the Swedish asylum and migration authorities' interpretation of EU legislation led to mutually varying decisions imposing restriction on the freedom of movement of ASs and the application of alternative measures. The provisions of the Dublin III Regulation, the Return Directive and the Reception Conditions Directive do not detail the concept of "less coercive measures" and what it entails. As a result, absent of definitions in EU legislation, MSs have resorted to national provisions, effecting a precarious combination of EU and national law with regard to alternatives to restriction of the freedom of movement of ASs. It follows that the New Pact on Migration and Asylum needs to be amended to detail what "less coercive measures" constitute, as well as to differentiate between restriction on freedom of movement and deprivation of freedom of movement, i.e., detention. This would prevent further controversy over the issue. Moreover, it would also prevent mutually contradicting decisions of MSs' courts (who are not bound by the decision of one another, i.e., may issue mutually conflicting decisions). It is therefore necessary to approach these changes to ensure legal certainty and the functioning of the CEAS.

In addition to the national regulations that Sweden changed in order to clearly protect the national interest, the practice of the Swedish courts went a step further than such regulations and adopted a detention measure without adhering to the standards in decision-making on detention, the practice of European courts and essential principles of protection. It can be clearly concluded that such an approach and a practice led to the violation of European and international standards for the protection of asylum seekers, especially in terms of detention. It is necessary to harmonize the Swedish legislation, and thus the practice of the courts, with the clearly established principles of European and international law when it comes to detention. Freedom of movement is a fundamental human right, detention is an exception under specific conditions when applicable. These conditions must be harmonized in all member states, but also in their practice, because otherwise the purpose of the existence of such principles and standards of protection is lost.

The analysis of Swedish legislation offered here clearly points to inconsistencies, as well as to legal amendments and court attitudes that are contrary to EU and international legal standards, clearly answering the questions initially asked herein.



# *Salus populi* jako korektiv rozhodování v pandemických situacích: past, nebo cíl?\*

## *Salus populi* as a Corrective to Decision-making in Pandemic Situations: Trap or Target?

Martin Škop\*\*

### Abstrakt

Článek se věnuje způsobům vypořádání se s krizovou situací (epidemií) v dílech právně filosofických autorů sedmnáctého století (Hobbes, Spinoza, Mansvelt, Locke) a dílech krásné literatury (Mann, Camus, Čapek) a zkoumá možnosti jejich využití v současném prostředí právního řádu České republiky. Zjištěním článku je, že metody použité v této literatuře jsou přenositelné i do současnosti a mohou tak nabídnout alespoň kontury racionální regulace. Určité meze regulace, plynoucí nejen ze sféry ryze právního uvažování, ale také z literatury (včetně literatury počátku dvacátého století v ČR) jsou proto možným základem naší současné právní identity.

### Klíčová slova

Epidemie; právní regulace; právo a literatura; regulace nemoci.

### Abstract

The article focuses on the ways of dealing with the crisis (epidemic) in the works of seventeenth-century legal philosophers (Hobbes, Spinoza, Mansvelt, Locke) and works of fiction (Mann, Camus, Čapek) and explores the possibilities of their use in the contemporary environment of the legal system of the Czech Republic. The article concludes that the methods used in this literature are transferable to the present day and can thus offer at least the contours of rational regulation. Specific limits of the law, arising not only from purely legal reasoning, but also from literature (including the early twentieth century in the Czech Republic), are a possible basis for our contemporary legal identity.

### Keywords

Epidemics; Legal Regulation; Law and Literature; Disease Regulation.

\* Tento článek je výsledkem badatelské činnosti podporované Grantovou agenturou České republiky, reg. č. GA19-12837S – „Právo v literatuře: kvalitativní analýza obrazu práva v krásné literatuře přelomu 19. a 20. století“.

\*\* Doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D., Katedra právní teorie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Legal Theory, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: martin.skop@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-2727-8059 / Scopus ID: 55535633100

## Úvod

V době nedávné, a dokonce i v době psaní tohoto článku, je patrné, že svět provází pandemie natolik výrazná, že ovlivňuje nejen ekonomiku, kulturu, vzdělávání, ale všechny aspekty současné společnosti.<sup>1</sup> Její existenci nemohlo pominout ani právo. V tomto článku se nezaměřím na pandemii nemoci COVID-19 prizmatem soudních rozhodnutí, která následují po krocích exekutivy. Soudní rozhodnutí použiji pouze jako ilustrace. Ani se nesoustředím na legislativní nástroje, které má, či může mít, normotvůrce k dispozici. Cílem článku je srovnat tři klasická moderní literární díla, která se věnují epidemiím či nemocem, a v nich předložených administrativních a politických postupů, se současným stavem právního poznání v této oblasti v kontextu právního řádu České republiky. Konkrétně se zaměřím na román německého spisovatele Thomase Manna *Smrt v Benátkách*, román francouzského filozofa a spisovatele Alberta Camuse *Mor* a divadelní hru českého spisovatele, novináře a dramatika Karla Čapka *Bílá nemoc*. Důvodem tohoto soustředění je nalezení obecných schémat v konceptuálním přístupu k právní regulaci, nikoli kritika dílčích pojetí.

Toto srovnání nemůže být vyčerpávající: předložená díla neprošla žádným transparentním či objektivním výběrem a celá řada vynikajících literárních děl zůstane článkem nepovšimnuta,<sup>2</sup> přesto se domnívám, že spadají do tzv. moderní klasické literatury a mohou nabídnout ucelený umělecký pohled na poměr nemoci a společnosti, aniž by pomíjela právní souvislosti. Omezeně, nikoli primárně, ale způsobem, který vybízí k zamyšlení, a který až překvapivě odpovídá konkrétním krokům prováděným vládou České republiky a příslušnými ministerstvy.

Literatura by jistě mohla představovat dostatečný nástroj pomáhající určit slabá a silná místa právní regulace, nabídnout srovnatelnou zkušenost, předložit potenciální důsledky či vyložit způsoby, kterými společnost na zdravotní krizi reaguje. Pro tento článek to však nepovažuji za dostatečné. Proto se soustředím na princip, který býval s právní regulací spojován: *Salus populi suprema lex* (Blaho společnosti je nejvyšším zákonem). I pojetí tohoto principu se v historii měnilo, stejně jako rozsah jeho použití. Přesto může představovat společenský a právní korektiv normativní regulace epidemií a pandemií a nabízí procesy, které by měl „vládce“ (v našem případě právní stát) realizovat. I v tomto případě nám historie nabízí pohled či alespoň inspiraci a nabízí možnosti, které normativní nástroje mohou využít. Ani v tomto případě nepůjde o vyčerpávající pohled: nástroje moderního práva jsou jiné, než měl k dispozici právník v klasickém Římě či osvícenský panovník. Teoretické uchopení principu *salus populi* však umožňuje aplikovat jej nejen na krize vyvolané nemocí, ale na krize obecně. Každá taková aplikace však vyžaduje úpravu aplikačních podmínek, případně stažení relevantních souvislostí.

Cílem článku je porovnat současné možnosti zvládání zdravotnických krizí s návody, které nám nabízí historie. Bez ohledu na to, zda ta předkládaná v uměleckých dílech, nebo ta přítomná ve vědeckých pojednáních. Lidstvo (nejen evropské, ale na Evropu se zaměřím

<sup>1</sup> Viz např. BYTTEBIER, K. *Covid-19 and Capitalism. Success and Failure of the Legal Method for Dealing with Pandemic*. Cham: Springer, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-92901-5>

<sup>2</sup> Viz např. STEEL, D. *Plague Writing: From Boccaccio to Camus*. *Journal of European Studies*. 1981, roč. 42, č. 11, s. 88–110. DOI: <https://doi.org/10.1177/004724418101104202>

primárně) se s nemocemi setkává neustále. Dá se proto předpokládat, že by mělo být vyba-  
veno poznáním, které umožní jejich masové rozšíření zvládat. Předpoklad tohoto článku  
je však takový, že v České republice se nedaří využít poznatky, ani dřívější ani mezinárodní,  
k vytvoření uceleného a flexibilního nástroje, který se pohybuje v mezích právního státu  
a vytváří prostředí pro efektivní právní regulaci pohybující se mezi ochranou jednotlivce  
a společnosti. Proto tento článek vychází z pojetí, které zdraví neřadí pouze mezi indivi-  
duální statky, tj. související pouze s jednotlivcem, ale považuje zdraví také za prvek rele-  
vantní pro veřejné prostředí, který je nezbytný pro fungování celé společnosti. I to je důvod,  
proč považují za relevantní využít *salus populi* jako vhodný prvek v modelování funkčního  
normativního prostředí.

Přestože zákon č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých sou-  
visejících zákonů, ve znění pozdějších právních předpisů, definuje v § 2 odst. 1 veřejné  
zdraví jako *zdravotní stav obyvatelstva a jeho skupin*, není důvod jej nespojovat také s individuem.  
V tomto chápání je veřejné zdraví nejen hodnota, již má stát zájem chránit, ale také prvek  
ovlivňující život jednotlivce: není sporné, že zdraví je hodnotou každého člověka, ale stejně  
tak neexistuje právo nakazit druhého člověka. Tedy, jinými slovy, chovat se tak, aby bezdů-  
vodně nepoškodil zdraví někoho jiného (viz např. § 2900 zákona č. 89/2012 Sb., občans-  
ký zákoník, ve znění pozdějších předpisů). Problémy s kauzalitou či příčinou nakažení  
může napomoci překonat epidemiologický výzkum.<sup>3</sup> Přestože se tedy předpokládá zájem  
státu na ochraně veřejného zdraví,<sup>4</sup> je i věcí každého člověka individuálně. Nehodlám zde  
polemizovat s uznávaným pojetím zdraví jako veřejným statkem, považují však za důležité  
pro obsah článku toto pojetí připomenout a zdůraznit.

Tento článek se proto soustředí na pojetí *salus populi* v klasické právně filosofické literatuře,  
zejména sedmnáctého století, kdy lze spatřovat renesanci tohoto pravidla, a v některých  
dílech moderní klasické krásné literatury a soustředí se na možnosti, které z toho plynou  
pro pravidla spojená s regulací epidemií či pandemií. Přestože se jedná o díla stará či fiktivní,  
nelze jim upřít schopnost inspirovat a ukázat jak efektivní pravidla, tak možnosti, jak budou  
lidé na takovou situaci reagovat. Proto se domnívám, že je namístě se těmito aspekty právní  
regulace zabývat.

## 1 Metodologie

Metodologické těžiště tohoto článku je v právní dogmatice, tedy ve zkoumání koherentního  
meta-systému umožňujícího porozumět jazykově formulovaným pravidlům vytvářeným  
normotvůrcem.<sup>5</sup> Konkrétně se soustředí na zkoumání přijatelných normativních zdůvod-  
nění, jejichž cílem je vysvětlit právní postupy a ty lépe pochopit právě pomocí reference

<sup>3</sup> JUNG, M. *An Investigation of the Causal Inference Between Epidemiology and Jurisprudence*. Singapore: Springer, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-981-10-7862-0>

<sup>4</sup> KŘEPELKA, F. Světová a evropská epidemická spolupráce a české (ne)zvládnání izolací a karantén. *Správní právo*. 2021, roč. 54, č. 6–7, s. 425.

<sup>5</sup> VARGA, C. Law and its Doctrinal Study. On Legal Dogmatics. *Acta Juridica Hungarica*. 2008, roč. 49, č. 3, s. 254. DOI: <https://doi.org/10.1556/AJur.49.2008.3.1>

k těmto zdůvodněním.<sup>6</sup> Doktrinální výzkum, použitý i v tomto článku, je proces vedoucí k analýze či identifikaci obsahu práva.<sup>7</sup> Pokud chápeme právo jako systém, pak pomocí koherentních a obhajitelných tezí pomáhá doktrína představovat právo jako ucelenou a funkční síť pravidel.<sup>8</sup> Cílem je tedy předložit koherentní obraz práva, k čemuž je nezbytné využít nejen popisné a logické kroky, ale také kroky spojené s hodnotami.<sup>9</sup> V tomto postupu není důvod soustředit se výlučně na ryze normativní zdroje (pomiňme, že neexistuje shoda na jejich přesném, taxativním a autoritativním seznamu), ale je možné využít i další zdroje, pomocí kterých lze identifikovat obsah práva v konkrétní reálné společnosti.

Pokud si to mohu dovolit zjednodušit, cílem článku je porozumět základům evropské tradice regulace krizí, jako je přítomnost pandemie a epidemie, pomocí principu *salus populi*. Identifikovat obvyklé legitimizace takové regulace v právně filosofické literatuře a krásné literatuře a poukázat tak na možné pravidelnosti v normativním myšlení sdílené v evropské právní tradici. I to je důvod, proč je v článku využito méně soudních rozhodnutí a právních předpisů, než je obvyklé. Nejsou při popisu vztahů legitimizujících právní meta-systém nezbytné. Současně to neznamená, že by tento článek byl mimo meze doktrinálního výzkumu. Zároveň je možné připomenout, že tento postup je použitelný i pro další krize (energetické, finanční atp.), avšak za podmínky jeho modifikace a uzpůsobení základních proměnných.

Jako doplněk je využito metodologické instrumentarium směru *Law and Literature*. Těží z tzv. kulturního obratu,<sup>10</sup> který směřuje právo blíže společnosti a uvažuje o něm v kontextu konkrétní společnosti, jejích tradic, způsobu myšlení a ideových koncepcí. Porozumět právu podle tohoto přístupu nelze pouze při interpretaci právních předpisů, případně soudních či administrativních rozhodnutí, ale je nutné vnímat je ve společenském kontextu, který interpretaci determinuje. Umění v kontextu právního výzkumu může sloužit jako způsob vyjádření, případně interpretace pojmů spojených s právy či spravedlností, stejně jako s jejich porušením.<sup>11</sup> Přístup zaujatý v článku směřuje k tzv. zakotvenosti právního modelu, který předpokládá, že kultura ovlivňuje právo.<sup>12</sup> Je nezbytné, aby nové podněty byly zakomponovány do stávajícího právního systému (v širokém slova smyslu),<sup>13</sup> či aby bylo

<sup>6</sup> VARUHAS, J.N.E. Mapping Doctrinal Methods (20. dubna 2022). Text bude uveřejněn in DALY P, TOMLINSON, J. (eds). *Researching Public Law in Common Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgar, 2022. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=4087836>

<sup>7</sup> HUTCHINSON, T. Doctrinal Research: Researching the Jury. In: WATKINS, D., BURTON, M. (eds). *Research Methods in Law*. 2. vyd. Oxon: Routledge, 2018, s. 13.

<sup>8</sup> GESTEL, R. van, MICKLITZ, H.-W. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What About Methodology? *EUI Working Paper Law*. 2011, č. 2011/5, s. 26.

<sup>9</sup> PECZENIK, A. A Theory of Legal Doctrine. *Ratio Iuris*. 2001, roč. 14, č. 1, s. 79. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00173>

<sup>10</sup> CAMMISS, S., WATKINS, D. Legal Research in the Humanities. In: WATKINS, BURTON, op.cit., s. 87.

<sup>11</sup> BITTAR, E.C.B. *Semiotics, Law & Art. Between Theory of Justice and the Theory of Law*. Cham: Springer, 2021, s. 6. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-58880-9>

<sup>12</sup> ŠTEJMPIEŇ, M. Exploring New Avenues for Studying the Legal Culture: Drawing on Homi Bhabha's Theorization of "Culture". In: ŠTEJMPIEŇ, M., KLAKLA, J. B. (eds). *Law and Culture. Reconceptualization and Case studies*. Cham: Springer, 2022, s. 15. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-3-030-81193-8\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-030-81193-8_2)

<sup>13</sup> VRANKEN, J.B.M. Methodology of Legal Doctrinal Research: A Comment on Westerman. In: HOECKE, M. A. A. van. *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline*. Oxford: Hart Publishing, 2011, s. 112.

prokázáno, že došlo k jeho změně. Při řešení fundamentálních právních otázek však nelze spoléhat pouze na formalizované právní zdroje. Právní normativní schémata vychází ze společnosti (vč. stavu její epistemologie) a musí ji reflektovat. Proto se na meta-normativní rovině dá využít např. krásná literatura, protože nabízí další pohled na to, jaká pravidla společnost akceptuje a jak s nimi zachází. Proto je při hledání koherentního řešení zařazení stávající pandemie, tj. zatím zdánlivě nového problému (nevíme s jistotou, jestli je nebo není nový), do právního systému, vhodné se podívat nejen do klasické právně filosofické literatury, ale i do krásné literatury. Lze v ní najít způsoby, které právním systémem a jeho aplikací neotřesou a vytvoří smysluplnou teorii.

Při řešení právních otázek jde především o identifikaci problému, který se odráží ve vztahu alespoň dvou prvků. V tomto případě jde o právní regulaci jednání spojeného s pandemickou nebo epidemickou situací a její zachycení ve společenském a potenciálně meta-normativním kontextu. Nikoli však vyčerpávajícím způsobem, ale pomocí pravidla *salus populi suprema lex*. Toto pravidlo spojované s Ciceronem a dalšími autory nejprve rozeberu v dílech klasických právních filosofů (Hobbes, Spinoza, Mansvelt, Locke a další), identifikuji jeho základy a obsah. Vzhledem k tomu, že tito autoři s ním spojují i praktické rady, zaměřím se na ně také. Účelem je identifikovat poměr mezi regulací a svobodou (což je základní právní narativ). Není možné pouze vážit mezi hodnotami jako je zdraví, veřejné zdraví, vzdělání, projevy osob atp., ale je nutné vzít v úvahu celý komplex hodnot a jejich konkrétní využití či naopak poškození.

Jak jsem uvedl výše, s hodnotami a poměrem mezi svobodou a regulací je spojený narativ. I proto vedle děl klasické právní literatury, bude vhodné pohlédnout do základních narativů regulace nakažlivých chorob (lepry a moru), resp. symbolických figur administrace nemoci, které představil Michel Foucault. Zařazení tohoto francouzského historika a filosofa není náhodné. Podle něj je jedním ze základních prvků legitimizace moci zajištění dobra, případně spásy (což je možné chápání onoho „salus“).<sup>14</sup> Přičemž tento legitimizační prvek vede k moci, která je více než trestající mocí pečující. Foucault také popsal, že od 19. století se člověk a jeho chování čím dál více medikalizují, což vedlo i k ustanovování jakési zdravotnické policie.<sup>15</sup> Nemocné bylo potřeba sledovat, kontrolovat a organizovat. Tím je vytvořena paralela mezi zdravotnickou a právní kontrolou.

Jak je také uvedeno výše, článek se zaměří i na poměr práva a literatury. Výše uvedená literární díla představují reflexi velmi nakažlivé nemoci společnosti. Přestože si nekladou nároky na věcnou správnost nebo reprezentativnost, ukazují, jak budou lidé (reprezentování konkrétním autorem) reagovat na výskyt moru, cholery nebo „bílé nemoci“ čili pejpinského malomocenství (Čapek si vytváří vlastní pojetí infekční nemoci, přičemž v Předmluvě uvádí, že je to záměr, protože nechtěl, aby nemoc byla spojována se skutečnou nemocí či skutečnými státy.<sup>16</sup> O to výstižněji pracuje pak s jejím zvládnutím.). Hranice mezi literaturou, filosofií a právní teorií jsou prostupné a evropská moderní tradice je založena na jejich

<sup>14</sup> FOUCAULT, M. *Security, Territory, Population. Lectures at the Collège de France 1977–1978*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009, s. 126.

<sup>15</sup> FOUCAULT, M. *The Birth of Social Medicine*. In: FOUCAULT, M. *Power. Essential Works of Foucault 1954–1984*. London: Penguin Books, 2000, s. 135.

<sup>16</sup> ČAPEK, K. *Bílá nemoc. Drama o třech aktech ve 14 obrazech*. Praha: Fr. Borový, 1937, s. 11.



porušování.<sup>17</sup> Literatura stejně jako právo využívá symbolický jazyk (byť v obou případech odlišný) popisující každodenní zkušenost a využívající obvyklé formy (struktury) narace.

Navíc, jak je patrné, právo je s narací a narativními strategiemi spojeno. Základní prvky legitimizace jednotlivých právních kroků a nástrojů vyžadují nejen racionální, ale také narativně koherentní strategii. Pokud je vyžadováno (což často činí soudy v rámci přezkumu exekutivních kroků) zdůvodnění přijetí či realizace právních nástrojů, pak je vhodné krom racionálních argumentů (které považujeme za nezbytné), využít i způsob či formu jejich předávání. Literatura pak nabízí dostatečně koherentní a využitelný přehled možných reakcí, tj. dává díky narativním strategiím možnost predikce. Jak uvidíme níže, způsobem více než příležitým.

Níže představené „návody“ na zvládání krizových situací způsobených epidemií či pandemií nenabízí konkrétní kroky. Mohou však posloužit jako inspirační zdroj, či zdroj legitimacy a ospravedlnění jednotlivých kroků, v rámci racionální a narativní koherence. Vzhledem k jejich přítomnosti v literatuře se dá předpokládat, že jsou sdíleny ve společnosti a existují jako potenciální obecné způsoby řešení problematických situací. Nejsou to proto konkrétní kroky, ale obecné postupy spojené s kulturou (v širším slova smyslu), které mohou na adre-sáty působit jako známé či dokonce samozřejmé.

## 2 *Salus populi* jako legitimizace právních nástrojů

Jedním z prvních autorů spojovaných s principem *salus populi* byl římský řečník, politik a právník prvního století př. n. l. Marcus Tullius Cicero. Ten uvažoval o mužích (což samo o sobě je hodné ostražitosti), kteří vedou společnost, soudí či radí, jsou vybaveni královskou či neomezenou mocí, a kteří nikomu nepodléhají. Nejvyšším zákonem v jejich snažení je jim *blaho lidu*.<sup>18</sup> A právě blaho lidu je jednou z možností, jak lze *salus populi* překládat. Vedle toho to však může být štěstí, spása nebo také – a to je pro nás významné – zdraví. Cicero jistě, stejně jako další autoři, neuvvažoval izolovaně o zdraví, protože bylo a je neoddelitelnou součástí blahobytu. V současnosti – viz níže – již však předpokládám, že *salus* může být chápán jako zdraví, byť v poněkud širším slova smyslu, tedy šířeji, než je v běžné řeči obvyklé.

Cicero *salus populi* chápal jako nejvyšší zákon, kterému jsou ti, kteří vládou, podřízeni, stejně jako veškeré jejich kroky. To – zejména s ohledem na současné pojetí právního státu – vyvolává otázky věnující se kontrole moci, zjišťování, co je ve prospěch společnosti, či jakým způsobem se blaho a jeho dosažení bude určovat. Možnost zneužití takto definované moci je více než patrná. Současně je však nutné dodat, že Cicero nechápal tento princip tak, že by při ohrožení státu nebo společnosti umožňoval jakýkoli zásah.<sup>19</sup> Naopak. K tomu lze dodat, že použití principu *salus populi* se podle něj předpokládá pouze ve výjimečných případech, při nichž je zbytečné, aby vládce měl zesílené pravomoci. Pak nesmí myslet na sebe,

<sup>17</sup> KITCHER, P. *Deaths in Venice: The Cases of Gustav von Aschenbach*. New York: Columbia University Press, 2013, s. 13. DOI: <https://doi.org/10.7312/kite16264>

<sup>18</sup> CICERO. *O zákonech*. Praha: OIKOYMENH, 2017, s. 141.

<sup>19</sup> ALFORD, R. P. Is an Inviolable Constitution a Suicide pact? Historical Perspective on Executive Power to Protect the *Salus Populi*. *Saint Louis University Law Journal*. 2014, roč. 58, s. 370.

ale pouze na veřejné blaho.<sup>20</sup> S definičními a kontrolními nedostatky se setkáme i u dalších autorů. Přestože předpokládají, že blaho společnosti je nejvyšší zákon – dokonce nadřazený zákonům božským – jeho jasné určování v jejich popisech chybí.

K původu principu *salus populi* se vyjadřoval i anglický právník první poloviny sedmnáctého století John Selden. Podle něj je v Ciceronově pojetí podstatné, že jeho znění je „*salus populi suprema lex esto*“, a nikoli „*salus populi suprema lex est*“. To znamená, že všechny zákony, které se vydávají, *mají být* vydávány s vědomím dobra lidu.<sup>21</sup> Nikoli, že by se jednalo o ospravedlnění všech kroků, které vláda činí. Nejde tedy o nic jiného než připomenutí, že vláda je lidu podřízena, byť mu vládne. A i když usiluje o blaho, zdraví nebo spásu všech, stále je lidu podřízena. Proto je *salus populi* cílem, kterého má být dosaženo, nikoli apriorní legitimizační autoritou.

Seldenovým komentářem k Ciceronovi jsem si vytvořil most až do období osvícenství, konkrétně do první poloviny sedmnáctého století. V té době několik autorů (konkrétně Thomas Hobbes, Benedict de Spinoza, Regnerus Mansvelt a John Locke) reflektovalo význam *salus populi* pro dobrou vládu a fungující společnost. V té době bylo patrné, že dobrá vláda musí být podřízena požadavkům racionality. Uvědomme si také, že *salus populi* nemá jednotný obsah. Pro Hobbese tento pojem zahrnoval všechny potřeby k životu. Pro Spinozu byl tento primární cíl státu spojen s blahobytem, bezpečností a mírem.<sup>22</sup> Zahrnout proto do něj šlo nejen zdraví (to je to, co nás v kontextu tohoto článku nejvíce zajímá) či bezpečnost, ale také spásu.<sup>23</sup> Právě ke spojení *salus* a zdraví má nejbližše Regnerus Mansvelt.<sup>24</sup> John Locke se pak opět vrátil k obecnému pojetí, totiž, že důležité je řídit se prospěchem společnosti a lidu.<sup>25</sup>

Každopádně, z tohoto (nikoli vyčerpávajícího a reprezentativního) vzorku klasické literatury lze nabýt dojmu, že zdraví skutečně bylo a je součástí blahobytu společnosti. Po nedávných zkušenostech dokonce můžeme říci, že výrazně ovlivňuje prosperitu, blahobyt a, bez ironie, také spásu společnosti. Vezměme také v úvahu, že v druhé polovině osmnáctého století se medicína spojila se státem, aby mohla vykonávat trvalou politiku péče, a zejména ochránit zdravé od nákazy šířené nemocnými.<sup>26</sup> Čím více nemocných totiž ve společnosti je, tím méně je efektivní, tím méně se v ní vykonává administrace a tím méně může zajistit blahobyt a prosperitu. Zdraví a veřejné zdraví jsou tak nedílnou (kauzální) složkou *salus populi*. *Salus populi*, čili onen prospěch společnosti, je pro všechny zmíněné autory spojen s rozumem a přirozeným právem. Pro Thomase Hobbese bylo prosazování blaha společnosti

<sup>20</sup> JUSTE, O. F. *Salus Populi Suprema Lex*. *Revista de Bioética Derecho*. 2020, roč. 50, č. 5, s. 11. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2020.50.31697>

<sup>21</sup> SELDEN, J. *Table-Talk: Being the Discourses of John Selden Esq.* Edinburgh: Turnbull and Spears, 1898, s. 99.

<sup>22</sup> STEINBERG, J. Spinoza's Curious Defense of Toleration. In: MELAMED, Y. Y., ROSENTHAL, M. A. *Spinoza's 'Theological-Political Treatise': A Critical Guide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 225.

<sup>23</sup> STEINBERG, J. *Spinoza's Political Psychology. The Taming of Fortune and Fear*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 181. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781316493465>

<sup>24</sup> MANSVELT, R. *Adversus anonymum theologico-politicum liber singularis: in quo omnes et singulae tractatus theologico-politici dissertationes examinantur et refelluntur. cum praemissa disquisitione de divina per naturam et scripturam revelatione*. Amstelaedami: Abrahamum Wolfgang Bibliopolam, 1674, s. 337.

<sup>25</sup> LOCKE, J. *Dvě pojednání o vládě*. Praha: Nakladatelství Československá akademie věd, 1965, s. 216.

<sup>26</sup> FOUCAULT, M. *Zrození kliniky*. Červený Kostelec: Pavel Mervart, 2010, s. 39–40.

dáno přirozeným zákonem.<sup>27</sup> Na rozdíl od Cicerona to však také byl obecný princip vládnutí a nikoli výjimka odůvodněná krizovou situací.<sup>28</sup> Pro Benedicta de Spinozu bylo obecné blaho obsahem nejvyšších práv a rozumu.<sup>29</sup> Všimněme si, že blahu společnosti je podřízen nejen zákon lidský, ale i zákon boží a *salus populi* se stává tím nejvyšším měřítkem.<sup>30</sup> Spinoza také předpokládal, že stát, který se řídí obecným blahem, je státem svobodným, protože je ve shodě s diktátem rozumu.<sup>31</sup> Velmi podobně vnímal pozici blahobytu i Mansvelt. Dobro lidu chápal jako nejvyšší zákon,<sup>32</sup> kterému mají být podřízeny jak zákony lidské, tak zákony boží.<sup>33</sup> Konečně, John Locke předpokládal, že pravidlo o primaci *salus populi* je natolik spravedlivé a základní, že je pevným vodítkem pro kohokoli, kdo se jím řídí.<sup>34</sup> V jeho případě se však opět jednalo o výjimku, která připouštěla legitimní porušení obecných pravidel pro ochranu zdraví a základního společenského pořádku.<sup>35</sup>

Jako měli výše uvedení autoři podobný názor na obsah a formu *salus populi*, měli podobný přístup i k jeho důsledkům. Anglický filosof Thomas Hobbes předpokládal, že úkolem vladaře je starat se o bezpečnost národa (to je také součást *salus populi*), k čemuž je vázán přirozeným zákonem a odpovídá za jeho prosazení pouze Bohu.<sup>36</sup> Dosahování blaha společnosti se stává přirozeným zákonem, který je vladař povinen dodržovat a prosazovat. Nezapomínejme, že Hobbes zmíněnou bezpečností myslí všechny potřeby nezbytné k životu, protože jejich zabezpečením se vladař stará o všechny.<sup>37</sup> Primát je zde položen na veřejné statky a veřejný prospěch, což plyne z toho pojetí, že z veřejného blahobytu má prospěch každý jednotlivce. A z toho důvodu je také patrné, že podle Hobbese musí každý podřídit své potřeby dobrým zákonům prosazujícím veřejné blaho.<sup>38</sup> Hobbes je tak spíše na straně kolektivu, který předchází jednotlivce. Podobně Benedict de Spinoza předpokládal, že cílem je najít výhody pro celek, nikoli pro vládcu.<sup>39</sup> Spíše než kontrast s jednotlivcem akcentoval Spinoza kontrast s vládcem, který slouží společnosti a nesmí její řízení vykonávat ve svůj prospěch.<sup>40</sup> I on však předpokládal, že to, co je užitečné pro společnost,

<sup>27</sup> HOBBS, T. *Leviathan neboli o podstatě zřízení a moci státu církevního a občanského*. Praha: Melantrich, 1941, s. 346.

<sup>28</sup> FOREJOHN, J., PASQUINO, P. The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*. 2004, roč. 2, č. 2, s. 224. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/2.2.210>

<sup>29</sup> SPINOZA, B. de. *Tractatus theologico-politicus: A Theological and Political Treatise*. London: N. Trübner & Co., 1868, s. 278.

<sup>30</sup> GOUDRIAAN, A. *Reformed Orthodoxy and Philosophy, 1625–1750: Gisbertus Voetius, Petrus van Mastricht, and Antonius Driessen*. Leiden: Brill, 2006, s. 302. DOI: <https://doi.org/10.1163/9789047411543>

<sup>31</sup> SPINOZA, op. cit., s. 278.

<sup>32</sup> MANSVELT, op. cit., s. 337.

<sup>33</sup> ISRAEL, J. The Early Dutch and German Reaction to the Tractatus Theologico-Politicus: Foreshadowing the Enlightenment's More General Spinoza Reception? In: MELAMED, ROSENTHAL, op. cit., s. 88.

<sup>34</sup> LOCKE, op. cit., s. 215.

<sup>35</sup> FOREJOHN, PASQUINO, op. cit., s. 225.

<sup>36</sup> HOBBS, op. cit., s. 346.

<sup>37</sup> HOBBS, op. cit., s. 346.

<sup>38</sup> HOBBS, op. cit., s. 346.

<sup>39</sup> SPINOZA, op. cit., s. 278.

<sup>40</sup> STEINBERG, 2018, op. cit., s. 181.

je užitečné i pro jednotlivce.<sup>41</sup> Přitom zůstává otázkou, zda premisa, že z veřejného blahobytu má prospěch každý, je udržitelná nejen z teoretického pohledu, ale i v praxi řízení společnosti. Problematika sumarizace tohoto prospěchu, zejména s ohledem na individuum, se z pohledu spravedlnosti může jevit jako neudržitelná.<sup>42</sup>

Cíl, tj. společenský přínos spočívající v zajištění zdraví (blaha) a podřízení vlády a práva tomuto požadavku se však historicky může obrátit i proti vladaři. Pro Johna Pyma, anglického politika první poloviny sedmnáctého století prosazujícího parlamentarismus, zákony musí zajistit blaho lidu, čímž se *salus populi* stal základem celého práva.<sup>43</sup> Také pro hnutí tzv. Levellerů (Rovnostářů) bylo *salus populi* spojeno spíše se svobodou, která je v zájmu lidu, a nikoli s otroctvím.<sup>44</sup> Znamená to, že pokud se vláda dostává do konfliktu se *salus populi*, pak je možné se jí vzepřít. Avšak podobně jako v případě Cicera, i zde musíme mít na paměti, že je důležité definovat míru naplnění podmínek a určení toho, co je pro lid skutečným přínosem. *Salus populi* se proto může stát legitimizační hodnotou, která ospravedlní jak útok na vládu, tak její ochranu.<sup>45</sup>

Pro Hobbese, jakkoli to bylo v sedmnáctém století méně intuitivní, byla také zásadní informovanost. Krom toho, že se vladař své povinnosti starat se o blahobyt (bezpečnost) nemůže zbavit a delegovat ji na někoho jiného,<sup>46</sup> musí zajistit informování lidu. Svou povinnost totiž poruší nejen delegací, ale také ponecháním lidu v nevědomosti či pokud jej špatně poučí o jeho právech a základech těchto práv.<sup>47</sup> Tato povinnost není samoučelná, ale podle Hobbese se opírá o základy zdravého rozumu. Byť takové poučení není jednoduché ani snadné, ba naopak může vladaři zkomplikovat jeho činnost, předchází tím vzpouře.<sup>48</sup> Existence takového poučení má velmi moderní podobu a je základem moderního právního státu, v němž je podstatné, že každý zná svá práva a povinnosti: je povinností státu poskytnout každému dostatečné informace o jeho právním statusu. Lze souhlasit s Hobbesovou prozíravostí, že tím dochází k předcházení vzpouře, ale také je tím zajištěna elementární úroveň ochrany práv skrze dostatečnou informovanost. Pokud předpokládáme, že součástí právního státu je srozumitelnost pravidel, je nutné, aby tato srozumitelnost při zvládání krize nespočívala pouze ve formální publikaci předpisů, tedy pouze v možnosti se s nimi seznámit. Nutné je jejich vyjádření v takové podobě, která umožní adresátovi jednoduše

<sup>41</sup> SPINOZA, op. cit., s. 278.

<sup>42</sup> WEINBERGER, O. *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 243–244.

<sup>43</sup> GALLIGAN, D. J. *Constitutions and the Classics. Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 132. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714989.001.0001>

<sup>44</sup> ANONYM. *Salus Populi Solus Rex. The peoples safety is the sole sovereignty, or The royalist out-reasoned: Calculated for the hopeful recovery of the considerate royalist, from the dangerous infection of the sly sophistry of Iudge Ienkings: In his late legend, published to perswade the people into a voluntary slavery, and obliged servitude to the Kings pleasure: most irrationally asserting, that the King is principium, caput, & finis Parliamenti. That the Parliament hath a power over our lives, liberties, laws, and goods, according to the known laws of the land*. Místo vydání a vydavatel neuvedeni, 1648, s. 19.

<sup>45</sup> MALOY, J. S. *The Colonial American Origins of Modern Democratic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 42. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511509711>

<sup>46</sup> HOBBS, op. cit., s. 347.

<sup>47</sup> HOBBS, op. cit., s. 347.

<sup>48</sup> HOBBS, op. cit., s. 348.

zjistit míru svých práv a povinností. Současně by měl tvůrce pravidel sdělovat obsah nových pravidel i jinak než jazykem právních předpisů, například pomocí přiměřené informační kampaně.

Hobbesovu radu směřující k informovanosti lze samozřejmě realizovat v jakékoli krizové situaci. V průběhu pandemie však bylo patrné, že náležitá informovanost (a to nejen o právech a povinnostech) je více než důležitá a nejenže tiší vášně, napomáhá racionálnímu zvládnutí situace. Pokud tedy Cicero předpokládal, že ve válce právo mlčí,<sup>49</sup> postupně naopak směřovalo do pojetí, kdy právě ve válce a krizových momentech jsou základní právní instituty více než důležité, ale dokonce je informování adresátů o jejich právech důležitější než v momentech klidu. Podobný důraz na informovanost je patrný i v rozhodování českých vrcholných soudů.<sup>50</sup> Například nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 106/20 ze dne 9. 2. 2021 (123/2021 Sb.) dokládá, že informace o tom, proč dochází k regulaci (omezování svobody), musí mít nejen vláda, ale v případě potřeby každý. Podobně lze interpretovat (byť zde jde již o volnější interpretaci) nález sp. zn. Pl. ÚS 34/21 ze dne 12. 1. 2022. Pokud ani vláda nemá informace (resp. není schopna prokázat, že je měla a má), jak právně kategorizovat její kroky, není to správné. Bez ohledu na to, že nález je zamítavý.

Náležitá informovanost tedy není prvkem, který by byl překvapivý, nejasný nebo výsostně moderní, ale naopak, informovanost se stala součástí moderního právního státu dávno před ním a, pro Hobbesa, byla součástí zásad zdravého rozumu.<sup>51</sup> Patrné je to i v tom, že Hobbes spatřuje jasnost zákona v objasnění příčin a důvodů jeho vzniku.<sup>52</sup> Nestáčí vytvářet zákony, jejichž text je jasný: tato jasnost je totiž dána i racionální a důvodností jeho vzniku. V případech, kdy dochází k zásahům do (nejen) základních práv a dochází k sociálním konfliktům, je tlak na rychlá a efektivní řešení pochopitelný. Není však ospravedlnitelný a neodpovídá zásadám moderní legislativy. V ní by měla být transparentnost na prvním místě.<sup>53</sup> V těchto případech již ale skutečně nemůže obstát odkaz na právní předpis a jeho jazyk, ale musí to být doprovázeno dostatkem informací podaných popularizační formou.

Důraz na náležitou informovanost není to jediné, v čem Hobbes připomíná naši současnost. Klade totiž důraz i na sociální pomoc. Uvádí, že pokud se lidé dostanou do neštěstí a nejsou schopni pracovat (což můžeme aktualizovat i v tom směru, že si nemohou obstarávat prostředky pro svou existenci), a to nezaviněným neštěstím, pak nemohou být vydáni pouze soukromé dobročinnosti.<sup>54</sup> Podle Hobbesa se o ně musí postarat státní zákony, tedy systém vytvořený a realizovaný státem. Stát je tedy tím, kdo nese odpovědnost za sociální zabezpečení osob, které jsou vystaveny deficitu v případě nezaviněného neštěstí, kterým epidemie je. Proto je povinen se postarat, což má s velkou pravděpodobností svou příčinu, podobně jako nezbytnost informovanosti, v předcházení sociálním nepokojům. Navíc, protože vladaři

<sup>49</sup> CICERO. *Oratio pro Tito Annio Milone*. Cambridge: University Press, 1886, s. 5.

<sup>50</sup> Nejde o analýzu soudních rozhodnutí v kontextu článku, ale pouze o ilustraci.

<sup>51</sup> HOBBS, op. cit., s. 348.

<sup>52</sup> HOBBS, op. cit., s. 358.

<sup>53</sup> ADAMS, B. Sunset: A Proposal for Accountable Government. *Administrative Law Review*. 1976, roč. 28, č. 3, s. 512.

<sup>54</sup> HOBBS, op. cit., s. 356.

jsou povinni si vybírat dobré rady a vzhledem k absenci delegace odpovídají za jejich rady, by měli zajistit, aby dobročinnost (rozumějme kompenzace, dotace, dávky, úlevy apod.) byla prováděna podle transparentních a co nejvíce objektivních pravidel.

Pokud si to shrneme, pak lze do *salus populi*, vedle dalších prvků jako je blahobyt, prospěch, mír nebo spása, nepochybně řadit i zdraví, či veřejné zdraví. Domnívám se dokonce, že v současnosti je možné *salus* chápat jako zdraví. Světová zdravotnická organizace definovala zdraví jako „stav úplné tělesné, duševní a sociální pohody, a ne pouze nepřítomnost nemoci či vady“.<sup>55</sup> Zdraví tedy dnes může představovat natolik širokou kategorii, která obsahuje jak spásu, tak blahobyt. Současně, vzhledem k jeho veřejné i individuální podobě to umožňuje neopouštět obezřetnost, jak při ochraně jeho veřejné podoby, tak při zásazích do individuálních práv.<sup>56</sup> Zdraví je také hodnota, která může symbolicky směřovat ke zdravému státu, včetně jeho environmentálních závazků. Zdravý stát<sup>57</sup> se tak může stát jednotícím prvkem zajišťujícím zdravou společnost a veřejné zdraví. Z tohoto důvodu lze *salus populi* chápat jako veřejné zdraví.

Jeho prosazování je pak spojeno s několika principy: primární je prospěch společnosti a lidu (Locke), nikoli jednotlivce (Hobbes) nebo dokonce vládce (Spinoza). Vyloučeno je rovněž rozhodování ve prospěch státu, jakožto zvláštní entity, ale je nutné rozhodovat ve prospěch společnosti. Z toho pak bude mít prospěch každý jednotlivec. A nezapomínejme, že podstatné je o všem informovat, bez ohledu na náročnost takového počínání, protože tím teprve stát zabezpečí realizaci práv každého v co největší míře.

A aby to nebylo tak pozitivní, ukažme si i odvrácenou tvář blaha veřejnosti, resp. odvrácenou tvář zdraví a zvládnutí nemoci jako dominantního apelu na jednání ve společnosti. Nemoc samotná, je-li dostatečně rozšířená, je nepochybně zdrojem chaosu, při kterém neplatí žádné zvyklosti,<sup>58</sup> a dokonce (v některých případech) i bezpráví.<sup>59</sup> Nemoc, zejména, je-li nakažlivá, případně pokud je viditelná, stigmatizuje nemocné,<sup>60</sup> nebo může vést k chaosu. Povšimněme si, že nemoc není symbolicky neutrální: používá se jako metafora pro označení rozsáhlejších společenských problémů.<sup>61</sup> Pokud je nemoc tak jasnou metaforou chaosu a protikladem řádu (zdraví), lze předpokládat, že tlak na zdraví bude spojený s legitimizací jakékoli regulace. Pokud je nemoc spojena s negativními významy, je zdraví spojeno s těmi pozitivními, a tudíž jakýkoli krok v jeho prospěch je legitimní. Dotvořit to můžeme závěrem, že je-li veřejné zdraví nejvyšším zákonem, je dovolen jakýkoli proces či nástroj, který je tímto účelem veden.

<sup>55</sup> Preambule Ústavy. *Světová zdravotnická organizace* [online]. [cit. 15. 11. 2022]. Dostupné z: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>

<sup>56</sup> JUSTE, op. cit., s. 16.

<sup>57</sup> SPERVER, E. The Messianic in the Law: Rule, Exception, Health and the Emancipatory Potential of the Legal Maxim *Salus Populi Supreme Lex Esto*. *University of Bologna Law Review*. 2016, roč. 1, č. 2, s. 188.

<sup>58</sup> THUKYDIDES. *Dějiny peloponéské války*. Praha: Odeon, 1977, s. 131.

<sup>59</sup> ZIEMIŃSKI, I. „Więc nie ma żadnej choroby w Wenecji?“ Obraz epidemii w noweli Tomasza Manna *Śmierć w Wenecji*. *Konteksty kultury*. 2020, roč. 17, č. 3, s. 306. DOI: <https://doi.org/10.4467/23531991KK.20.023.13137>

<sup>60</sup> SONTAG, S. *Illness as Metaphor*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1978, s. 57.

<sup>61</sup> SONTAG, op. cit., s. 58.

Metaforický obraz nemoci jako chaosu může přechýlit tlak na druhou stranu a prosazování zdraví, blahobytu či spásy (*salus populi*) se může stát legitimizací jakýchkoli kroků. Ustanovení stavu výjimky je tím nejmenším z nich. Podle Dimitriose Kivotidise je totiž *salus populi* pojem, či účel, spojený jak s liberálně demokratickými státy, tak také s diktaturami. Vzhledem k tomu, že je to pojem vytvářející základ pro veřejnoprávní koncepty, je používán jako ospravedlnění omezování či dokonce suspendování individuálních práv.<sup>62</sup> Proto je tak užitečný pro diktátory či diktátorské režimy: diktátorství je nabízeno jako ochrana před nemocí.<sup>63</sup> Nemocí ve všech významech, jak doslovných, tak symbolických. Jakékoli zásahy chránící zdraví společnosti nebo zdraví ve společnosti (opět, v jakémkoli významu), je proto nezbytné spojit se striktním odpovědnostním režimem. Že ani to nemusí být dostatečné, dokládá stanovisko francouzské *Comité de salut public*, která v roce 1793 konstatovala, že zástupci lidu mají velké pravomoci, a tedy i velkou odpovědnost.<sup>64</sup>

### 3 Nemoc a disciplína

Než se soustředíme na paralely mezi filosofickými pojednáními, která radí, jak si počínat při zachování *salus populi*, a uměleckým zpracováním epidemie, podívejme se na možné způsoby, kterými společnost v 17. století zvládala rozšíření nákazy, či přímo epidemie.<sup>65</sup> Francouzský filosof Michel Foucault ukázal administrativní postupy v případech rozšíření moru a lepry. V případě nákazy morem se město přísně prostorově rozčlenilo a uzavřelo. Dokonce do té míry, že za jeho opuštění hrozil trest smrti.<sup>66</sup> Nakažené město se uzavřelo, což – jak dnes již víme – není ani v současnosti nic překvapivého či nemožného. V České republice došlo k uzavření jen několika obcí, avšak okresy byly uzavřeny všechny.<sup>67</sup> Foucault dále popisuje, že ve městě napadeném morem byla vyhubena volně žijící zvířata, lidé se uzavřeli ve svých domech, které směli opustit pouze ve výjimečných případech a po povolení správce: „*A pokud se bne, jde mu o život; buď se nakaží, nebo je potrestán.*“<sup>68</sup> Uzavření muselo být přísné a vynucované.

<sup>62</sup> KIVOTIDIS, D. *Distatorship. New Trajectories in Law*. Oxon: Routledge, 2021, s. 7. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781003145974>

<sup>63</sup> KIVOTIDIS, op. cit., s. 34.

<sup>64</sup> *Collection générale des décrets mois de mai 1793*. Paris: Baudouin, 1793, s. 72.

<sup>65</sup> Michel Foucault při popisu epidemie cituje lékaře a královského rádce M. Le Bruna, podle nějž jsou epidemická onemocnění taková, která se dotknou ve stejnou dobu stejnými příznaky velkého množství osob současně. (FOUCAULT, 2010, op. cit., s. 42.) Pro jednodušší chápání je tato definice podaná v roce 1772, domnívám se, dostatečná. Současná právní definice není k dispozici.

<sup>66</sup> FOUCAULT, M. *Doblížet a trestat. Kniha o zrodu vězení*. Praha: Dauphin, 2000, s. 275.

<sup>67</sup> Viz usnesení Vlády České republiky č. 216 ze dne 26. 2. 2021, o přijetí krizového opatření, vyhlášené pod č. 113/2021 Sb., o přijetí krizového opatření, ve znění pozdějších předpisů. Vláda čl. I usnesení s účinností od 1. 3. 2021 do 21. 3. 2021 zakázala „1. všem osobám opustit území okresu nebo hlavního města Prahy, na jehož území mají trvalý pobyt nebo bydliště; za bydliště se pro účely tohoto opatření považuje též vlastní rekreační objekt, pokud zde osoba pobývá ke dni nabytí účinnosti tohoto opatření a nepřetržitě poté, za podmínky současného pobytu pouze členů jedné domácnosti v takovém rekreačním objektu, 2. vstup, pohyb a pobyt na území okresu nebo hlavního města Prahy místo svého trvalého pobytu nebo bydliště;“.

<sup>68</sup> FOUCAULT, *Doblížet a trestat*, op. cit., s. 275.

Přítomnost moru ve městě však nebyla patrná pouze z prostorového rozčlenění na malé kontrolované jednotky a z jeho uzavření. Dalším viditelným omezením byla absolutní administrativní kontrola. Docházelo k registraci všeho a každého v konturách hierarchického řízení. Odpovědnost za život každého člověka přebrala veřejná moc, která je všudypřítomná a vševědoucí. Ta určovala, kdo a co je jednotlivec a jaký bude jeho osud.<sup>69</sup> V případě moru nesmělo nic zůstat náhodě a bez náležité administrativní kontroly. Řád kontroly a administrace všeho, co přichází do úvahy, jsou totiž protiváhou proti chaosu, který vyvolává nemoc.<sup>70</sup> Podstatné je mít dostatečná povolení: k pohybu, k léčení, k pohřbívání, k výrobě léků atd. Moc získávají čísla povolenek, nemocných, nakažených. Nic nesmí zůstat bez náležité kontroly, která je ale možná pouze v tom případě, že administrativa bude mít dokonalý přehled a dostatek informací o každém jednotlivém článku v řetězci nemoci. Mor je příkladem dokonalé organizace města, při které je vše podřízeno ideálu zdraví.<sup>71</sup>

Druhým způsobem kontroly nemoci je kontrola malomocenství. V tomto případě byla situace odlišná: jako je odlišná i nákaza a šíření moru a malomocenství. Mor je podle Foucaulta charakterizován dokonalým rozčleněním až na úroveň individua; malomocenství je spojeno s rituály vyloučení.<sup>72</sup> Malomocný byl izolován, oddělen od společnosti a ponechán svému osudu tak, aby na něj nebylo vidět. Foucault dokonce směřuje k tomu, že mor je zkouškou, která ukazuje, jak je společnost připravena na úrovni administrativy a řízení. Mor je podle něj analogií přirozeného stavu. Situací, která prověří, že všechny procesy, mechanismy a pravidla fungují a jsou dokonale nastavena.<sup>73</sup> Mor je administrativa, která musí dokonale fungovat.<sup>74</sup> Malomocenství směřuje k oddělení. Nemocný je izolován, uzavřen ve speciálních zařízeních. Jsou to mechanismy řízení a oddělení. Současně Foucault předpokládal, že docházelo (zejména v průběhu devatenáctého století) ke spojování a prolínání obou mechanismů.<sup>75</sup> Nejprve schéma moru: poznat a individualizovat nemocného (v doslovném i přeneseném slova smyslu). Pak využít schéma malomocenství a izolovat jej. V detenčních zařízeních, symbolicky, jakkoli.

V tomto pojetí nelze zapomenout na vztah práva a medicíny. Není překvapením, že soudci mohou být přirovnáváni k lékařům, protože mají zajistit zdraví a vyloučit vnitřní rozpory (neduhy).<sup>76</sup> Moc medicíny přitom může spočívat i v tom, že distribuuje lidi a monitoruje je,<sup>77</sup> přičemž jménem veřejného zdraví (*salus populi*) kontroluje vše, co může posílit nebo naopak ohrozit zdraví.<sup>78</sup> Stanovení filosofických způsobů regulace společnosti (města) v případě

<sup>69</sup> FOUCAULT, Dohlížet a trestat, op. cit., s. 278.

<sup>70</sup> Všimněme si, že na venkově byla situace odlišná a místo pevného řádu nastupoval chaos i v organizaci. Viz např. popis ze šumavského venkova. STIFTER, A. *Žula. Smolaři*. Praha: Vitalis, 2004, s. 91–92.

<sup>71</sup> FOUCAULT, The Birth of Social Medicine, op. cit., s. 145.

<sup>72</sup> FOUCAULT, Dohlížet a trestat, op. cit., s. 279.

<sup>73</sup> FOUCAULT, Dohlížet a trestat, op. cit., s. 279.

<sup>74</sup> CAMUS, op. cit., s. 152.

<sup>75</sup> FOUCAULT, Dohlížet a trestat, op. cit., s. 280.

<sup>76</sup> JUSTE, op. cit., s. 14.

<sup>77</sup> FOUCAULT, The Birth of Social Medicine, op. cit., s. 146.

<sup>78</sup> FOUCAULT, The Birth of Social Medicine, op. cit., s. 150.



nakažlivé nemoci, která se může velmi rychle šířit (mor, COVID-19) ukazuje, jaké jsou možnosti právní regulace. Symbolické spojení práva a medicíny také poukazuje na střet svobody a autority, resp. střet tlaku nálezů a odmítnutí preventivních opatření.<sup>79</sup> Tyto obecné a schematické postupy jsou projevem specifických právních postupů. V tomto případě však nejde o inspiraci pro regulaci, ale o modely, které ukazují, jak může regulace dopadnout a potenciální hranice sporu mezi svobodou a regulací. Spíše se proto jedná o stanovení mezí, ve kterých se má vládnutí pohybovat<sup>80</sup>, včetně limitu daného *salus populi*.

#### 4 Způsoby administrativního zvládnání nemoci v krásné literatuře

Jak je uvedeno výše, vedle klasické právně filosofické literatury se soustředíme také na popis zvládnání epidemie v krásné literatuře. Volba padla na tři díla: novelu Thomase Manna *Smrt v Benátkách*,<sup>81</sup> román Alberta Camuse *Mor*<sup>82</sup> a divadelní hru Karla Čapka *Bílá nemoc*.<sup>83</sup> Ve všech těchto dílech, jejichž výběr si neklade nárok na reprezentativnost, je patrný popis situace, v níž společnost čelí fatální hrozbě nakažlivé nemoci. Je v nich viditelná snaha úřadů (ne)čelit nálezům, případně střet mezi individuem a společností. Ve všech jsou také patrné morální hodnoty, které reprezentují společnost a nutí nejen k zamyšlení nad společností, ale také nad přítomností a roli práva v ní. Představují tak možný základ reflexe administrativní regulace šíření nálezů a představy společnosti o ní. I v tomto případě, vedle filosofických či teoretických pramenů, zjistíme, že epidemie není nic nového a určité instantní návody existují.

V novele Thomase Manna můžeme vnímat střet tradičního světa reprezentovaného hlavním hrdinou, Gustavem von Aschenbachem, a porušování obyčejů invazí nemoci.<sup>84</sup> Vývoj nálezů je zde – stejně jako v jakémkoli jiném případě – pozvolný. Nejprve pouze vlada disponuje pravdou, tj. informacemi o nemoci a její přítomnosti v populaci. Tím získala možnost kontrolovat skutečnost, a dokonce ji vytvářet v takové podobě, která jí vyhovuje, včetně primární ochrany ekonomických zájmů.<sup>85</sup> Případně je to snaha vlády o udržení vlivu: nikoli snaha pomoci městu. Mann vytváří situaci zcela opačnou té, kterou předpokládal Hobbes. Veškeré kroky při ochraně či dosažení *salus populi* mají být motivovány ochranou lidí, nikoli ochranou, či dokonce prospěchem, vladaře nebo vlády. V Benátkách se kyvadlo mezi protikladnými zájmy (zdraví lidí vs. prospěch vlády) vychýlilo ve prospěch vlády.

<sup>79</sup> ARDE-ACQUAH, P.E. *Salus Populi Supreme Lex Esto: Balancing Civil Liberties and Public Health Interventions in Modern Vaccination Policy*. *Washington University Jurisprudence Review*. 2015, roč. 7, č. 2, s. 348.

<sup>80</sup> LOUGHLIN, M. *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, s. 132. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199274727.001.0001>

<sup>81</sup> MANN, T. *Smrt v Benátkách*. Praha: Kvasnička a Hampl, 1927.

<sup>82</sup> CAMUS, A. *Mor*. Praha: Nakladatelství Hynek, 1997.

<sup>83</sup> ČAPEK, op. cit.

<sup>84</sup> ZIEMIŃSKI, op. cit., s. 292.

<sup>85</sup> ZIEMIŃSKI, op. cit., s. 302.

Aschenbach se dozvídá pomalu a – dá se říci – pokoutně, že v Benátkách se šíří jakási nákaza.<sup>86</sup> Mann tím dokládá, že mlčení, či dokonce manipulace s informacemi,<sup>87</sup> nejsou ideální strategií, protože „nějaké“ informace se mezi lidmi vždycky šíří, vzniká skrývaná panika, a jakákoli regulace čelí mnohem většímu odporu. Svou roli v tom mohou hrát i individuální důvody obyvatel a hostů Benátek. Sám Aschenbach informace filtruje a nesděluje ostatním, co se dozvěděl. Racionalita takového počínání může spočívat v tom, že pokud dojde k masovému útěku ze zamořeného města, neuteče nikdo, protože únikové cesty budou ucpané. Ovšem, také mu to umožní skrývat svůj individuální požitek z přítomnosti svého idolu Tadzia, aniž by byl prozrazen, a aniž by se musel vzdát jeho přítomnosti.<sup>88</sup>

Hra s informacemi je v Benátkách základním prvkem, který udržuje ve střehu vládu i obyvatele (hosty). Informace o nakažených či zemřelých jsou nejasné nebo manipulované. Převládá tlak na zachování příjmu z cestovního ruchu na úkor ohrožení lidí a pokud se najde úředník, který s kroky vedení města nesouhlasí a snaží se jednat pohotově, je nahrazen povolnější osobou reprezentující nikoli racionální přístup, ale oddanost vedoucím.<sup>89</sup> V této informační hře se mrtví stávají pouze čísla a Aschenbach sám, v Německu významná osobnost přítomná ve školních čítankách, se stává anonymní obětí, která ustupuje snahám o minimum regulace.

V případě *Benátek* je patrná snaha o minimum regulace, včetně úsilí skrývat informace. Opačný postup by ohrozil ekonomický blahobyt (také pojetí *salus populi*) a vedl k odlivu turistů, zmaření investic a ohrožení pozice vlády. Typickým se stává boj o přežití, který vítězí nad mezilidskou solidaritou.<sup>90</sup> Není zde patrná snaha o proporcionální přístup a striktně se ke zdraví přistupuje jako k individuální hodnotě (či statku). Ukazuje se ale také, že v tomto případě dochází k rozpadu mezilidských vazeb, protože i jednání Aschenbacha je motivováno potěšením nebo dokonce sobeckou (byť skrývanou) láskou. Vrátime-li se k Foucaultově charakteristice dvojího přístupu regulace společnosti, pak Mann nesměřuje zřetelně k žádné z nich, byť probleskuje vylučovací (malomocenský) přístup. Patrný je chaos a jakýkoli viditelný zásah (rozdělení a omezení; vyloučení) by mohl ohrozit vládu a její mocenské a ekonomické zájmy. Je to stav před administrativní kontrolou či před vyloučením – to druhé je charakterizováno skrýváním nemocných či mrtvých, aby turisté nebyli rušeni.

Albert Camus přistupuje k nákaze odlišně: místo chaosu nastupuje řád. Místo hosta a oběti se hlavním hrdinou a také vypravěčem stává lékař Bernard Rieux. I v případě Mannovy novely je však patrná informační hra, kterou vedení sehrává s obyvateli. Jen nemoc – v tomto případě mor – je viditelnější a fatálnější. Přesto sledujeme, jak vedení města nejprve šíření nemoci a její povahu popírá a bagatelizuje. Pokud by se totiž podezření potvrdilo, pak by to znamenalo škrť přes budoucnost, cestování, diskuse atd.<sup>91</sup> To je nepřípustné. Proto vše směřuje k chápání nemoci a znaků její přítomnosti v Oranu jako neskutečné: důležité

<sup>86</sup> MANN, op. cit., s. 68.

<sup>87</sup> MANN, op. cit., s. 75.

<sup>88</sup> MANN, op. cit., s. 70.

<sup>89</sup> MANN, op. cit., s. 84.

<sup>90</sup> ZIEMIŃSKI, op. cit., s. 304.

<sup>91</sup> CAMUS, op. cit., s. 36.

je vyvolat zdání, že nemoc je jen zdánlivá. Proto se obavy koncentrují do lékařského přístupu, který – což je leitmotiv všech tří zmiňovaných děl – oponuje panice a snaží se rozptýlit bizarní hypotézy s tím, že věda na řešení usilovně pracuje.<sup>92</sup> Jakékoli náznaky vážnosti nemoci by totiž – podle Alberta Camuse – vedly k nelítostným opatřením.<sup>93</sup> Stejně jako v Benátkách. A ta se totiž mohou projevit teprve ve chvíli, kdy je jisté, že jde o vážnou nemoc: preventivní působení nemůže být legitimizováno, teprve řešení situace. Linka je zde podobná té zmiňované Foucaultem. Ten předpokládal, že pro vládce byl mor „vítanou“ zkouškou, která prověřila funkčnost mechanismů. V současnosti je však obtížné legitimizovat podobná opatření, pokud nebezpečí není zcela jasně a zřetelně přítomné. To má své odůvodnění v tom, že zasáhnout do základních práv (či práv obecně) je možné pouze v případě bezprostředního nebezpečí, avšak může to komplikovat situaci, kdy nebezpečí skutečně přijde. I zde samozřejmě platí, že nebezpečí, jeho hrozbu a akutnost a možnost relativizovat nabytá práva jde pouze přiměřeně a důvodně.

V *Moru* je také patrný mechanismus uzavření: město se uzavře a není možné (pod hrozbou smrti) jej opustit. Město je rozděleno a uzavřeno a vycházet mohou pouze ti, kteří vykonávají nezbytné služby, což se nelíbí těm izolovaným, poukazujícím na nespravedlnost takového nerovného zacházení.<sup>94</sup> Zcela přesně se v něm aplikuje Foucaultovské schéma moru a současně je patrná Hobbesovská práce s informacemi. Thomas Mann pracuje v Benátkách se situací, ve které vláda informace poskytovat odmítá, aby si uchovala svou moc. To je známkou nesprávného zvládnutí nemoci. V případě Oranu Alberta Camuse můžeme ale také spatřit reakci lidí. Camus konstruuje možné reakce na informace a staví je jako součást svého fiktivního vyprávění. Nejsou to reálné reakce plynoucí z reality. Je to fikce, ale přesto je Camus velmi přesný ve svých popisech, což lze (zjednodušeně) potvrdit i reakcemi v případě České republiky. V Oranu byli lidé citliví na jakékoli omezení. Popuzení a rozčilení vyvolával jakýkoli zásah. Z toho plynuly požadavky na zmírnění opatření, na což vláda reagovala zveřejněním přesných čísel mrtvých.<sup>95</sup>

Právě čísla jsou jedním ze zřetelných průvodců epidemie (pandemie). Čísla opatření, čísla mrtvých, nakažených, počet lidí v nemocnicích, počet dovezených zdravotnických pomůcek atd. To jsou znaky racionalizace nemoci a mělo by to být přesně v souladu s Hobbesovými požadavky. Nejde o to, že lze téměř v reálném čase sledovat rostoucí křivky nakažených a klesající počet nezbytného vybavení.<sup>96</sup> Čísla sama o sobě neznamenají lepší informovanost. Nemusí být totiž jasné, kde se berou, co znamenají a jak s nimi pracovat. Informovanost spočívá v kontextualizaci, kterou prosté cifry nemohou poskytnout.

Pro českou právní a kulturní identitu je z rozebíraných autorů nejvýznamnější Karel Čapek. Jeho popis nemoci podobné malomocenství, která přichází z Číny, a proti které doposud neexistuje lék<sup>97</sup> (dokud jej nevyrobí Dr. Galén) je sice vymyšlený, avšak velmi se podobá

<sup>92</sup> ČAPEK, op. cit., s. 21.

<sup>93</sup> CAMUS, op. cit., s. 45.

<sup>94</sup> CAMUS, op. cit., s. 142.

<sup>95</sup> CAMUS, op. cit., s. 67.

<sup>96</sup> CAMUS, op. cit., s. 128.

<sup>97</sup> ČAPEK, op. cit., s. 22–23.

oběma výše zmíněným autorům a jimi předkládaným reálným nemocem (byť ve fiktivních příbězích). Tak jako Mann konfrontuje nemoc se sobeckou láskou a Camus se schopností člověka se obětovat, vytváří Čapek polaritu mezi nemocí a připravovanou válkou. Jím podaná paralela odpovídá současnosti, což je však mimo právní rámec tohoto článku. I u Čapka se významným prvkem v řízení administrativních opatření proti šíření nemoci stávají informace. Zde je však patrná i nedůvěra vůči nim: v případě nedostatku informací může veřejnost nabýt dojmu, že situace není vážná<sup>98</sup> a jedná se pouze o mediální konstrukt, který nemá oporu ve skutečnosti: o mediální paniku,<sup>99</sup> jejímž cílem je pouze legitimizovat rozšiřování pravomoci úřadů a omezování práv lidí.

Co se týká samotného způsobu řešení, pak se Čapek dostává nejbližší Foucaultově symbolické figurě vystavěné na případu lepry (což je předvídatelné, protože bílá nemoc má s malomocenstvím mnoho společného). I v Čapkově případě se uvažuje o střežených táborech, ve kterých by byli nakažení internováni. Důvodem toho je nakažlivost nemoci a potenciální hrozba, kterou každý nemocný představuje. Právě obava před šířením nákazy je ospravedlněním takového postupu a násilí, které se tím na pacientech páchá.<sup>100</sup> Camus a Čapek však mají společnou obavu o rozpad společnosti. Bílá nemoc napadá starší lidi (od čtyřiceti pěti nebo padesáti let).<sup>101</sup> V situaci vysoké nezaměstnanosti mladých je to vítané uvolnění pracovních míst, přičemž Čapek záměrně polarizuje své postavy věkem, tím pádem vztahem k chorobě, nezaměstnaností (mladí nemají práci) a přístupem k útočné válce. Camus vnímá rozpad mezilidské důvěry, protože to může být blízký člověk nebo dokonce přítel či příbuzný, který může přinést smrtelnou chorobu.<sup>102</sup>

## Závěr

Cílem článku nebylo nabídnout nový pohled na proběhlou či probíhající pandemii COVID-19 a právní způsoby regulace společnosti a chování lidí jí odpovídající. Ani nabídnout správnou cestu pro hledání poměru mezi omezováním individuálních práv a ochranou společnosti či se přiklonit na stranu ochrany či liberalizace. Cílem bylo poukázat na shodné narativy, které se objevují v právní filosofické literatuře kolem poloviny sedmáctého století a reagují na klasické pravidlo *salus populi suprema lex* a v krásné literatuře začátku až první poloviny dvacátého století.

Tyto prameny jsou vystavěny na velmi podobných schématech, která mohou představovat společné rysy nejen evropského myšlení, ale také evropského právního myšlení. Reakce českého normotvůrce či českých soudů na probíhající pandemii proto nejsou ničím novým, co by bylo v evropském prostředí bezprecedentní. Naopak. Všechny podklady směřují

<sup>98</sup> ČAPEK, op. cit., s. 37.

<sup>99</sup> COHEN, S. *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of Mods and Rockers*. Oxon: Routledge, 2011. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203828250>

<sup>100</sup> ČAPEK, op. cit., s. 80.

<sup>101</sup> ČAPEK, op. cit., s. 23.

<sup>102</sup> CAMUS, op. cit., s. 166.

k tomu, že je podstatné dodržet pár základních obecných pravidel. Vždy je ale nezbytné uvědomit si poměr mezi *salus populi* a zdravím či obecně blahobytem) jednotlivce a jejich potenciální synergii. A je nezbytné uvědomit si, že *salus populi* může vést k řádným opatřením, která společnosti prospívají, ale také k totalitě, což prospěšné není.

Ve všech zmiňovaných dílech (teoretických i fiktivních) se objevuje důraz na informovanost. Teprve správně šířené dostatečné informace umožňují řídit opatření a vyvarovat se případných nepokojů. U všech třech literátů je také patrné, že jimi popsaná vláda usiluje alespoň část děje o svou bezpečnost a své blaho. Nejvíce flagrantní je to v případě Manna, kde ekonomické a politické zájmy benátské vlády převažují nad ochranou zdraví. V Camusově Oranu je to tak zpočátku, později se situace mění, přičemž Rieux ve své snaze pomáhat nepolevuje. Jen Čapkův maršál se řídí podivnou ideou o přednosti války, jíž se neúspěšně pokouší uspokojit i své ambice, před léčením bílé nemoci.

Podle Alberta Camuse je nemoc společenským neštěstím, které je jiné než zemětřesení nebo povodně. Není totiž krátkodobá a nosí ji v srdci i ti, co se nenakazili.<sup>103</sup> I proto, a to včetně právní regulace, je důležité to, co se odehraje ve společnosti poté, kdy masivní atak nemoci ustoupí. Důležité je, jak společnost zpracuje toto trauma.<sup>104</sup> Proto je také patrné, že je vhodné nalézt správná pravidla, která jsou schopna zajistit regulaci jednání v případě vážné krize. Není správné v případě akutní krize hledat nová řešení a potácet se v chaosu nepromyšlené regulace. Návodů k tomu ve společnosti existují, jen jde o to je umět využít.

Jaká však ta správná pravidla jsou? Na základě výše získaných poznatků lze říci, že není možné vyloučit, aby se pravidla často měnila. Náhle a neočekávatelné změny poznání mohou vyvolat i potřebu měnit právní regulaci, která vždy musí odpovídat stavu poznání společnosti. Přípustné je to však pouze pokud normotvůrce vycházel a vychází ze spolehlivě zjištěného stavu. A protože tento stav se může měnit rychle, zejména pokud jde o novou nákazu (nebo obecně novou krizi, které doposud nebyla věnována dostatečná pozornost) může to vyvolat potřebu normativního zásahu. I při omezených zdrojích poznání je nutné dodržet princip *salus populi* přinášející prospěch společnosti.<sup>105</sup> Stanovená pravidla však musí být předkládána ve srozumitelné podobě. A to nejen v právních předpisech, ale společně s dalšími komunikačními prostředky. Případné stanovování výjimek z výjimek, ke kterým někdy docházelo v případě právní regulace České republiky, nebo nejasné formulace vyvolávají pouze zmatek, a pokud jsou informace o faktickém stavu nedostatečné, může dojít k mnohem většímu chaosu. Informace však musí být dostupné, srozumitelné a rychlé, aby kompenzovaly případné časté změny v právní regulaci.

Vzhledem k tomu, že zdraví (jako hodnota) je na stejné úrovni jako svoboda či vlastnictví,<sup>106</sup> je nutné vždy zachovávat rovnováhu mezi nimi. Nejde pouze o proporcionalitu, pro kterou je důležité znát všechny relevantní souvislosti. Nutné je zohlednit například absorpční kapacitu zdravotnického systému, omezení průmyslu a služeb, škody na zdraví vyvolané

<sup>103</sup> CAMUS, op. cit., s. 98.

<sup>104</sup> ČERNÝ, K. *Mor 1480–1730. Epidemie v lékařských traktátech raného novověku*. Praha: Karolinum, 2014, s. 307.

<sup>105</sup> JUSTE, op. cit., s. 16.

<sup>106</sup> ARDE-ACQUAH, op. cit., s. 349.

nedostatečností ochranných opatření zaměstnavatelů, nedostatek personálu ve školách, dopravě, službách či bezpečnostních složkách atd. Přičemž ne všechny dopady či dokonce příčiny mohou být dostatečně známé. Veškeré zásahy by proto měly být prováděny obezřetně,<sup>107</sup> což se jeví – při nedostatku informací – jako vhodnější kritérium než proporcionalita. A to i vzhledem k tomu, že účelem veřejného práva je formulovat něco, co Martin Loughlin definuje jako důvod existence státu, tedy zajištění potřeby jeho přežití a kulturní existence.<sup>108</sup>

Nakonec, nelze pominout, že veškerá právní pravidla musí být dostatečně solidární,<sup>109</sup> aby zajistila dostatečnou ochranu i těm nejslabším a nebude je vystavovat nesmyslné nebo i jen zbytečné regulaci. Bez dostatečné solidarity totiž společnost produkuje pouze nemoc, chudobu a smrt,<sup>110</sup> což je naprostý opak zdraví a blahobytu. Důsledkem porušení solidarity mohou být nepokoje, či přinejmenším snížení legitimacy právních nástrojů. Foucault popisuje, jak anglická legislativa, která byla nejprve určena pro chudé, poté sice byla rozšířena na bohaté, ale byla aplikována pouze na lidi z deprivovaných společenských skupin.<sup>111</sup> To pochopitelně vyvolalo společenské bouře, neboť podrobit zdravotním prohlídkám, povinnému očkování atp. pouze část populace nebývá přijato s nadšením.

Teprve regulace, která je srozumitelná, založená na poznání všech relevantních skutečností, a dostatečně podporující společenskou solidaritu, může směřovat k ochraně *salus populi*. A to i v případech, kdy dochází k časté změně pravidel. Stále se ale jako vhodnější jeví flexibilita pravidel než přílišný důraz na právní jistotu: regulace pak totiž nemusí odpovídat společenským poměrům a být kontraproduktivní. Tato flexibilita musí být provázena dostatečnou informovaností. Teprve pak mohou právní pravidla směřovat k dosažení *salus populi* a tím získat dostatečnou legitimitu.<sup>112</sup>

<sup>107</sup> JUSTE, op. cit., s. 16.

<sup>108</sup> LOUGHLIN, op. cit., s. 150.

<sup>109</sup> JUSTE, op. cit., s. 14; ARDE-ACQUAH, op. cit., s. 348.

<sup>110</sup> JUSTE, op. cit., s. 15.

<sup>111</sup> FOUCAULT, *The Birth of Social Medicine*, op. cit., s. 153.

<sup>112</sup> LOUGHLIN, M. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 384. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199256853.001.0001>



# Důvody pro zdrženlivý přezkum Ústavním soudem\*

## Reasons for Deference by the Czech Constitutional Court

Jan Kratochvíl\*\*

### Abstrakt

V literatuře bylo uvedeno mnoho důvodů, proč soudy respektují rozhodnutí jiných orgánů nebo nižších soudů. Některé se týkají strukturálních otázek, jako je doktrína dělby moci, jiné se vztahují k povaze předmětu řízení.

Na základě empirické analýzy stovek rozhodnutí Ústavního soudu článek uvádí důvody, které vedou ke zdrženlivému přezkumu Ústavním soudem. Hlavním důvodem deference v praxi Ústavního soudu je komplexnost posuzované problematiky a objektivní mezery v poznání. První z nich se projevuje zejména při přezkumu hospodářských otázek. Druhý se názorně ukázal při nedávné pandemii nemoci COVID-19.

Článek důvody pro zdrženlivost, které ve své praxi používá Ústavní soud, analyzuje a argumentuje, že komplexnost problému a objektivní mezery ve znalostech jsou dobrými důvody pro deferenci. Oproti tomu zvýšená potřeba mimoprávních expertních znalostí či doktrína dělby moci nejsou důvody, které by samy o sobě mohly vysvětlit, kdy má být Ústavní soud zdrženlivý.

### Klíčová slova

Zdrženlivost; deference; Ústavní soud; soudní přezkum.

### Abstract

There have been numerous reasons identified for deference given by courts to decisions of other bodies or lower courts. Some pertain to structural issues such as the doctrine of separation of powers, others relate to the nature of the subject matter.

Based on a systematic empirical analysis of hundreds of decisions of the Czech Constitutional Court, the paper lists the factors that result in deferential review by the Czech Constitutional Court. The main reason for deference in the practice of the Czech Constitutional Court is the complexity of the assessed problem, including its polycentricity, and the objective gaps in knowledge. The former manifests itself mainly in the review of matters of national economy. The latter has been vividly demonstrated during the recent COVID-19 pandemic.

The paper analyses the reasons for deference given by the Czech Constitutional Court and argues that complexity of the problem and objective gaps in knowledge are sound reasons for deference. On the other hand, increased need for non-legal expertise or the doctrine of separation of powers are not in themselves able to explain when the Constitutional Court should be deferential.

\* Tento článek vznikl za finanční podpory Grantové agentury České republiky v rámci grantu reg. č. 21-23668S „Metoda proporcionality: Na cestě za „optimálním“ vymezením její působnosti“.

\*\* Doc. Mgr. Jan Kratochvíl, Ph.D., LL.M., Katedra ústavního práva, Právnická fakulta, Univerzita Palackého, Olomouc / Department of Constitutional Law, Faculty of Law, Palacký University, Olomouc, Czech Republic / E-mail: [kratochvil.jan@upol.cz](mailto:kratochvil.jan@upol.cz) / ORCID: 0000-0002-4832-2821 / Scopus ID: 53984413100



## Keywords

Deference; Judicial Review; Constitutional Court.

## Úvod

Soudní systémy se téměř vždy skládají z několika úrovní rozhodování. Nezbytně tedy vyvstává otázka, zda by měl soud vyššího stupně být zdrženlivý, neboli deferenční, při přezkumu rozhodnutí soudů nižšího stupně. Když soudy přezkoumávají rozhodnutí jiných orgánů, ať už exekutivních nebo zákonodárných v rámci ústavního soudnictví, vyvstává podobná otázka, do jaké míry by měla být rozhodnutí jiných složek moci respektována. Ve skutečnosti, jak již bylo poznamenáno dříve, je deference v právní praxi všudypřítomná.<sup>1</sup> Proto je docela překvapivé, že Solove ještě v roce 1999 poznamenal, že deference „nebyla nikdy blouběji analyzována jako zásadní otázka pro ústavní soudnictví“.<sup>2</sup> To platí dvojnásob pro český kontext, kde toto téma dosud na zpracování čeká. Určitým počátečním vhladem do této problematiky je pouze stat' Jana Malíře o institucionální zdrženlivosti ústavních soudů, který poznamenává, že „není zatím blíže rozpracováno, kdy se jednotlivé techniky, které umožňují soudcům zachovávat institucionální zdrženlivost, přesně použijí“.<sup>3</sup>

Cílem tohoto článku je identifikovat a analyzovat oblasti, kde Ústavní soud používá zdrženlivý přezkum. Metoda je induktivní. Popsáním praxe Ústavního soudu bych chtěl doplnit literaturu zabývající se otázkou, kdy je namíště deference. Práce začne popisem deference a důvodů pro deferenci, které existují v současné literatuře na toto téma. Druhá část bude obsahovat analýzu rozhodnutí Ústavního soudu. Budou v ní popsány oblasti, v nichž soud přiznává deferenci a jaké důvody jej k tomu vedou. V posledních částech budou zjištěné důvody pro deferenci analyzovány a komentovány.

## 1 Pojem deference

Deference na nejobecnější úrovni je druhem soudcovského sebeomezení.<sup>4</sup> Otázka zdrženlivosti úzce souvisí s otázkou intenzity soudního přezkumu. V ústavním rozhodování je před soudy jen zřídka otázka volby mezi dobrem a zlem. Mnohem častěji se jedná o volbu mezi dvěma dobry. Často dochází ke střetu buď dvou ústavně chráněných práv, nebo práva

<sup>1</sup> LAWSON, G., SEIDMAN, G. *Deference: The Legal Concept and the Legal Practice*. Oxford University Press, 2020, s. 1. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190273408.001.0001>. Kavanagh obdobně poznamenala, že „soudcovská zdrženlivost je všudypřítomným rysem soudního rozhodování.“ KAVANAGH, A. *Judicial Restraint in the Pursuit of Justice*. *University of Toronto Law Journal*. 2010, roč. 60, č. 1, s. 24. DOI: <https://doi.org/10.3138/utlj.60.1.23>

<sup>2</sup> SOLOVE, D.J. *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*. *Iowa Law Review*. 1999, roč. 84, s. 945.

<sup>3</sup> MALÍŘ, J. *Institucionální zdrženlivost ústavních soudů se zřetelem k Ústavnímu soudu ČR*. In: ONDŘEJKOVÁ, J., MALÍŘ, J. (eds.). *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* Leges, 2020, s. 127.

<sup>4</sup> SOLOVE, op. cit., s. 943.

a veřejného dobra, které musí být vyváženy. Myšlenka vyvažování protichůdných zájmů a doprovodné metody, jako je proporcionalita, získaly v posledních desetiletích velkou popularitu.<sup>5</sup> Když soudy vyvažují tyto konkurující si ústavně chráněné zájmy, nevyhnutelně se potýkají s otázkou, jak přísně by měly přezkoumávat předchozí rozhodnutí v dané věci. Existuje pouze jedna správná odpověď na toto vyvažování, nebo existuje přípustné spektrum odpovědí, které jsou ústavně konformní? Pokud zastáváme druhé stanovisko, vyvstává otázka míry deference k předchozímu rozhodnutí nebo rozhodnutím.

V právním kontextu existuje mnoho definic deference. Obvykle se točí kolem myšlenky, že osoba při přijímání vlastního rozhodnutí přikládá určitou váhu předchozímu rozhodnutí, které vydal někdo jiný. Lawson a Seidman v nedávné obsáhlé studii nabídli následující obecnou definici deference, jak se používá u amerických soudů: „*přiznání určité míry zohlednění nebo váhy rozhodnutí jiného subjektu při svém výkonu funkce*“.<sup>6</sup> Kavanagh definovala deferenci tak, že soudci přisuzují „*různou míru váhy rozhodnutím volených složek moci*“.<sup>7</sup> Chan poznamenala, že „*deference v nejširším slova smyslu se týká volnosti, kterou soudy poskytují vládě při rozhodování*“.<sup>8</sup> Foley ji definoval jako „*váhu, kterou by soudy měly přisuzovat rozhodnutím nesoudních orgánů*“.<sup>9</sup> Horwitz hovoří o tom, že soudy potlačují vlastní úsudek ve prospěch úsudku některé jiné strany.<sup>10</sup> Soper ji popisuje jako „*přikládání váhy normativním úsudkům jiných osob i proti vlastnímu úsudku o správném postupu*“<sup>11</sup> a Henckels jako přiznání „*váhy úsudku nebo názoru jiné složky moci za okolností nejistoty, ať už normativní (ve vztahu k hodnotovým soudům) nebo empirické (ve vztahu ke skutkovým otázkám)*“.<sup>12</sup>

Uvedené definice se liší v otázce, zda deference zahrnuje pouhé zohlednění předchozího rozhodnutí na rozdíl od přiznání určité váhy tomuto rozhodnutí. Lawson a Seidman zastávají první názor. Druhé stanovisko zastávají Foley, Horwitz, Soper nebo Kavanagh. Jinými slovy, spornou otázkou je, zda když byla předchozí rozhodnutí vzata v úvahu, ale nakonec jim nebyla přisouzena žádná váha, se klasifikuje jako deference, nebo ne. Pro účely této studie pouhé zohlednění předchozích rozhodnutí za deferenci nepovažuji. Cílem této

<sup>5</sup> Existuje značné množství literatury na téma vztahu mezi intenzitou přezkumu a proporcionalitou. Viz např. GERARDS, J. Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine. *European Law Journal*. 2011, roč. 17, č. 1, s. 80–120. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2010.00540.x>; KING, J. A. Institutional Approaches to Judicial Restraint. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2008, roč. 28, č. 3, s. 409–441. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqn020>; ALEXÝ, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, 2009, postscript.

<sup>6</sup> LAWSON, SEIDMAN, op. cit., s. 106.

<sup>7</sup> KAVANAGH, A. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge University Press, 2009, s. 169.

<sup>8</sup> CHAN, C. A preliminary framework for measuring deference in rights reasoning. *International Journal of Constitutional Law*. 2016, roč. 14, č. 4, s. 851–882, s. 854. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mow058>

<sup>9</sup> In: LAWSON, SEIDMAN, op. cit., s. 114.

<sup>10</sup> HORWITZ, P. Three Facts of Deference. *Notre Dame Law Review*. 2008, roč. 83, č. 3, s. 1065.

<sup>11</sup> SOPER, P. *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*. Cambridge University Press, 2002, s. 169. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511613890>

<sup>12</sup> HENCKELS, C. Proportionality and the Separation of Powers in Constitutional Review: Examining the Role of Judicial Deference. *Federal Law Review*. 2017, roč. 45, č. 2, s. 182. DOI: <https://doi.org/10.1177/0067205X1704500202>

studie je zjistit, kdy a jak Ústavní soud využívá zdrženlivého přezkumu. Tedy kdy se přikloní k jiným rozhodnutím v tom smyslu, že neprovádí zcela vlastní, nové a podrobné posouzení případu. V tomto kontextu je pouhé zohlednění jiných názorů nepodstatné.<sup>13</sup>

Deferenční přezkum je takový, který netrvá na jediné správné odpovědi z pohledu osoby nebo osob, které v daném okamžiku rozhodují. Akceptuje předchozí, z jejich pohledu možná suboptimální řešení, které je však stále v mezích přijatelných řešení. V podobném duchu Bernstein v souvislosti s tzv. *Chevron* deferencí trefně hovoří o stanovování hranic: „*Soud stanoví koncové body přijatelného výkladu. Poté ponechává správnému orgánu volné pole v rámci prostoru vymezeného těmito koncovými body, ale brání mu pohybovat se mimo tento prostor*“.<sup>14</sup>

Nejobtížnější otázkou je, jakou váhu přisoudit předchozímu rozhodnutí. Deference je otázka míry. Soud může být deferenční hodně, téměř úplně nebo velmi málo. Může existovat určité kontinuum různých stupňů deference. Nicméně někteří poukazují na to, že míra deference je příliš neurčitá veličina a závislá od každého jednotlivého případu, aby šlo definovat nějaké abstraktní hodnoty deference. Lawson a Seidman zastávají názor, že kontinuum deference se neřadí úhledně do pevných bodů na křivce.<sup>15</sup> Sayeed v souvislosti s přezkumem lidských práv ve Spojeném království dospěl k závěru, že „*jediný závěr, který lze učinit, je velmi obecný, a sice že míra deference, která má být přiznána výkonné moci a parlamentu, je zcela závislá na kontextu každého daného rozhodnutí nebo opatření a bude se odvíjet od složitého souboru úvah týkajících se každého konkrétního případu*“.<sup>16</sup> Ačkoli otázka stanovení míry deference je vzrušující a důležité téma, přesahuje rámec této studie.

Úvodem bych chtěl také zdůraznit, že deference není totéž, co nejudikovatelnost či doktrína politické otázky.<sup>17</sup> Deference je možná pouze tehdy, pokud je daná otázka judikovatelná. To znamená, že soudy mají pravomoc o dané otázce rozhodnout. Pokud ji nemají, pak jakákoli diskuze, do jaké míry by měly respektovat rozhodnutí jiných orgánů, nedává smysl. Podobně Solove poznamenal, že „*deference neznamená nejudikovatelnost; na rozdíl od politických otázek, pokud se soudy dovolávají principu deference, mají v úmyslu provést soudní přezkum*“.<sup>18</sup>

Literatura o důvodech pro deferenci je rovněž rozsáhlá. Soudy odůvodňují svůj zdrženlivý přezkum různými motivy. Lawson a Seidman rozlišují čtyři důvody.<sup>19</sup> Za první, deferenci

<sup>13</sup> Zároveň zahrnutí pouhého vzetí předchozího názoru v potaz jako deferenci nepovažuji, přinejmenším v kontextech mimo USA, za příliš přesvědčivé. Důvody Seidmana a Lawsona jsou především empirické. Pojem „deference“ je tak používán americkými soudy. Poté argumentují, že povinnost zohlednit jiné názory je také deference. Podle mého názoru však není nijak užitečné hovořit o deferenci, pokud člověk vezme v úvahu jiné názory, které ale nakonec rozhodnutí nijak neovlivní. V takové situaci není nic deferenčního. Jde spíše o procesní otázku, jaké důkazy či názory soud musí vzít v potaz. Pokud je soud povinen přihlídnout k názorům účastníka řízení, což je součástí práva na kontradiktorní řízení, také neříkáme, že je vůči těmto názorům deferenční.

<sup>14</sup> BERNSTEIN, A. Differentiating Deference. *Yale Journal on Regulation*. 2016, roč. 33, č. 1, s. 10.

<sup>15</sup> LAWSON, SEIDMAN, op. cit., s. 153.

<sup>16</sup> SAYEED, S. Beyond the Language of “Deference”. *Judicial Review*. 2005, roč. 10, č. 1, s. 120. DOI: <https://doi.org/10.1080/10854681.2005.11426422>

<sup>17</sup> K té v češtině viz zejména PÍČOVÁ, L. Politická otázka v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Byla, je a bude? Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, roč. 22, č. 2.

<sup>18</sup> SOLOVE, op. cit., s. 953. Obdobně KAVANAGH, 2009, op. cit., s. 173.

<sup>19</sup> Viz LAWSON, SEIDMAN, op. cit., s. 91 a násl.

z důvodu legitimacy rozumějí respekt k roli soudů v právním systému. Tato deference je založena na konceptu dělby moci. Za druhé, epistemologickou deferencí mají na mysli, že deference vůči rozhodnutím jiných osob s větší pravděpodobností přinese správné řešení, protože tyto osoby mají více znalostí, odbornosti nebo zkušeností. Za třetí, důvodem pro deferenci může být skutečnost, že nové, úplné posouzení věci je nákladné – ekonomická deference. Za čtvrté, orgán poskytující deferenci se snaží vysílat ostatním orgánům znamení či signály, jako je například zdvořilost (signální deference).

Kavanagh uvedla jako možné důvody deference vyšší kompetenci, odbornost a demokratickou legitimitu předchozích orgánů.<sup>20</sup> K tomu přidala „důvody obezřetnosti“, tedy úvahy typu, zda by konkrétní soudní rozhodnutí nevyvolalo ve společnosti odpor, zda je společnost na právní změnu připravena, nebo zda by zákonodárce či vláda v důsledku takového rozhodnutí nepřikročili k omezení moci soudů.<sup>21</sup> Solove uvádí následující důvody pro deferenci: praktické obtíže, kterým soudní moc čelí při vyhodnocování složitých empirických údajů,<sup>22</sup> časová omezení,<sup>23</sup> nedostatek jistoty nebo vědecké shody<sup>24</sup> a někdy musí výkonná moc nebo jiné subjekty jednat rychle, například když čelí nějaké mimořádné situaci.<sup>25</sup> Tyto důvody lze za použití zmíněné terminologie nazvat epistemologickou a ekonomickou deferencí.

Podle Young jsou nejsilnějším důvodem pro deferenci epistemické důvody.<sup>26</sup> Také Henckels zdůrazňuje epistemologickou deferenci. Nejsilnější doménu pro deferenci vidí v případech, kdy „*neexistuje správná odpověď na otázku nebo kdy je pravděpodobné, že úsudek nebo názor vlády bude spolehlivější než úsudek nebo názor soudu – jinými slovy v situacích nejistoty*“.<sup>27</sup> To podle ní s odkazem na Alexyho práci zahrnuje jednak nejistotu týkající se empirických otázek, ale také normativních otázek, které zahrnují hodnotové soudy. Důvodem pro deferenci je tedy situace, kdy se v konkrétním případě prokáže, že první rozhodující subjekt disponoval větší schopností správně posoudit dané záležitosti a vyšší odborností, což bude zejména v případech týkajících se „*alokace veřejných zdrojů ve společnosti a jiných rozhodnutí s polycentrickými účinky*“.<sup>28</sup> Podobně King uvádí jako důležitý důvod pro deferenci objektivní nedostatek informací.<sup>29</sup> Důvody

<sup>20</sup> KAVANAGH, 2009, op. cit., s. 169. V roce 2010 poté jmenovala tyto důvody: (1) soudcovská odbornost, (2) inkrementalistická povaha soudní tvorby práva, (3) institucionální legitimita a (4) pověst soudů (KAVANAGH, 2010, op. cit., s. 28).

<sup>21</sup> KAVANAGH, 2009, op. cit., s. 199.

<sup>22</sup> SOLOVE, op. cit., s. 1005.

<sup>23</sup> „*Přezkum skutkových okolností je časově náročný. Na rozdíl od zákonodárných orgánů a vládních úřadů nemají soudci roky na sbírávání rozsáhlých skutkových podkladů.*“ SOLOVE, op. cit., s. 1005.

<sup>24</sup> „*V neposlední řadě je deference odůvodněná obtížemi úředníků při dokazování jejich skutkových závěrů. Soudy odůvodňují deferenci tím, že uznávají, že údaje jsou často nejisté a nejednoznačné.*“ SOLOVE, op. cit., s. 1007.

<sup>25</sup> Solove uvádí příklad válečného rozhodnutí ve věci *Hirabayashi proti Spojeným státům*. SOLOVE, op. cit., s. 1009: „*Deference demonstruje pochopení toho, že pro soud je až příliš snadné podínat se na jednání vlády zpětně a odsoudit je, když bylo chybné. Tyto zpětné útoky však vyústí v ochromení vlády v době velké naléhavosti.*“

<sup>26</sup> YOUNG, L. A. In *Defence of Due Deference*. *Modern Law Review*, 2009, roč. 72, č. 4, s. 570. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2009.00757.x>

<sup>27</sup> HENCKELS, op. cit., s. 192.

<sup>28</sup> *Ibid.*, s. 194.

<sup>29</sup> KING, J. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 5. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139051750>

pro deferenci při rozhodování o sociálních právech shrnul jako nižší demokratickou legitimitu soudů, polycentričnost otázek, nedostatek odborných znalostí a potřebu flexibility.<sup>30</sup>

Za ilustrativní považují také důvody a oblasti, v nichž anglické soudy uplatňují zdrženlivost ve správním soudnictví. Fordham ve své obsáhlé příručce o správním soudnictví uvádí následující důvody:<sup>31</sup> ústavní dělba moci; institucionální pravomoc demokraticky zvolených složek moci v otázkách sociální a hospodářské politiky nebo národní bezpečnosti; skutkové otázky; odbornost/znalosti/zkušenosti správního orgánu týkající se příslušné otázky; výdaje/zdroje/přerozdělování, zejména pokud se jedná o „*finanční rozhodnutí na vysoké úrovni*“, protože výkonná moc „*obvykle disponuje informacemi, hodnocením souvislostí, odborností a zkušenostmi, které soud nemá*“<sup>32</sup>; komplexní záležitosti včetně složitých ekonomických otázek. Na druhou stranu Fordham rovněž poznamenává, že správní soudy odmítají zaujmout zdrženlivý postoj z praktických důvodů na základě pohodlnosti, pracovní zátěže nebo nebezpečí otevření stavidel.<sup>33</sup> Anglické soudy také ve správním soudnictví nepřiznávají deferenci, pokud se jedná o výklad práva, včetně otázek porušování lidských práv, na rozdíl od aplikace práva na konkrétní skutečnosti.

Lze shrnout, že uváděných důvodů pro deferenci je dlouhá řada. Foley však vhodně člení důvody na dvě široké skupiny. Za první, jde o normativní důvody, jako například teorie dělby moci. Za druhé, jde o důvody praktické, kam spadají například epistemická omezení soudů.<sup>34</sup> Skutečně nejčastěji zmiňovanými důvody pro deferenci jsou důvody legitimacy a epistemologické důvody. První z nich je příkladem deference k jiným složkám státní moci s přímější demokratickou legitimitou. Druhý uznává, že jiné subjekty než soudci mohou mít lepší znalosti či zkušenosti s danou věcí.

Alexy dále dělí epistemologickou deferenci na normativní a empirickou. První se týká hodnotových soudů, druhá skutkových záležitostí.<sup>35</sup> Hodnotové soudy jsou nevyhnutelnou součástí ústavního rozhodování, neboť se často jedná o střet dvou ústavně chráněných statků, jak jsem již poznamenal výše. Pro ústavní rozhodování jsou však podstatná i fakta. Důležitost faktů vyzoroval již v roce 1924 soudce Brandeis: „*Rozhodování [...] zahrnuje zjevné faktů. Pokud neznáme skutečnosti, na jejichž základě mohli zákonodárci jednat, nemůžeme správně rozhodnout [...] zda jsou jejich opatření nerozumná, svévolná nebo rozmarová.*“<sup>36</sup>

Navzdory široké podpoře deference a hojným důkazům o jejím použití v praxi, není deference nekontroverzní. Solove varoval před nadměrným používáním deference při rozhodování o základních právech: „*Deference často slouží jako neodůvodněné soudní razítko legitimacy*

<sup>30</sup> KING, op. cit., s. 5.

<sup>31</sup> FORDHAM, M. *Judicial Review Handbook*. 7. vyd. Hart Publishing, 2020, s. 181–195. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509922864>

<sup>32</sup> *Rotherham Metropolitan Borough Council and others v Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2015], UKSC 6, bod 61.

<sup>33</sup> FORDHAM, op. cit., s. 201.

<sup>34</sup> FOLEY, B. *Deference and the Presumption of Constitutionality*. Dublin: Institute of Public Administration, 2008, s. 76.

<sup>35</sup> ALEXY, op. cit., s. 414.

<sup>36</sup> *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504, 519-20 (1924) (Brandeis, J.,dissenting).

pro rozhodnutí vládních úředníků a byrokratů“.<sup>37</sup> Podle jeho názoru „dominance deference v kontextu moderních institucí představuje velkou hrozbu pro liberalismus kvůli rychlému růstu a rozšiřování moci byrokratického státu. Základní práva rostoucího počtu občanů jsou závislá na institucích a úřednících podléhajících pouze deferenčnímu přezkumu“.<sup>38</sup>

Jednou z běžně zmiňovaných podmínek pro aplikaci deference je, že předchozí subjekt danou otázku řádně posoudil. Pokud se předchozí rozhodnutí pečlivě nezabývalo relevantními otázkami, není deference namístě. Jak uvádějí Lawson a Seidman, při epistemologické deferenci by mělo být vždy možné zohlednit silné a slabé stránky posuzovaného rozhodnutí.<sup>39</sup> Na jiném místě poznamenávají, že „deferenční přezkum nepožaduje, aby přezkumné orgány dospěly ke správnému závěru, ale někde v řetězci rozhodování by někdo měl hledat správnou odpověď.“<sup>40</sup> Podobně Klatt tvrdí, že kvalita legislativního rozhodnutí je důležitým faktorem při rozhodování o tom, jak velká by mu měla být dána deference.<sup>41</sup>

Stejná úvaha byla zdůrazněna v hojné literatuře věnované otázce subsidiarity v oblasti lidských práv. Pozitivní aspekt subsidiarity vyžaduje, aby soudy nižších stupňů uplatňovaly správné lidskoprávní standardy. Negativní aspekt pak znamená, že vyšší soudy by měly být v přezkumu rozhodnutí nižšího soudu zdrženlivé, avšak právě za podmínky že nižší soudy lidská práva aplikovaly v dobré víře a pečlivě.<sup>42</sup>

Tato podmínka, tedy že deference je namístě pouze tehdy, pokud původní subjekt danou otázku řádně posoudil, je inherentní pojmu epistemologické deference. Pokud danou otázku původní subjekt řádně nezvážil, pak lze stěží předpokládat, že dospěl ke správné odpovědi. Nijak totiž nevyužil své lepší znalosti nebo zkušenosti.<sup>43</sup> Dobrá víra a důkladná analýza je tedy nezbytným předpokladem deference, přinejmenším epistemologické.

Přiznání deference pouze v případě, že otázka byla řádně přezkoumána, je rozumné i z praktického hlediska. Deference má výhody pro původního rozhodovatele, protože jeho rozhodnutí snáze obstojí při přezkumu. Pokud původní rozhodující subjekty vědí, že jim bude

<sup>37</sup> SOLOVE, op. cit., s. 946.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> LAWSON, SEIDMAN, op. cit., s. 132.

<sup>40</sup> Ibid., s. 133.

<sup>41</sup> KLATT, M. Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance. *International Journal of Constitutional Law*. 2015, roč. 13, č. 2, s. 354. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mov019>

<sup>42</sup> Viz KRATOCHVÍL, J. *Lidská práva v praxi obecných soudů*. Praha: Leges, 2020, s. 71 a násl. s dalšími odkazy.

<sup>43</sup> Lze podotknout, že známá *Skidmore* a *Chevron* deference v USA je podmíněna právě řádným posouzením věci správním orgánem. Nejvyšší soud USA ve věci *Skidmore v. Swift* (323 U.S. 134 (1944)) uvedl:

„We consider that the rulings, interpretations, and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control.“

Obdobně *Chevron* deference se uplatní, pokud správný orgán otázku detailně posoudí (*Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984):

„In these cases, the Administrator's interpretation represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests, and is entitled to deference: the regulatory scheme is technical and complex, the agency considered the matter in a detailed and reasoned fashion and the decision involves reconciling conflicting policies.“

přiznána deference pouze v případech, že danou záležitost řádně přezkoumají, mají motivaci tak učinit.<sup>44</sup>

Po tomto teoretickém úvodu se následující část bude zabývat judikaturou Ústavního soudu. Cílem studie je identifikovat důvody, které vedou ústavní soudce k deferenci. Otázkou je, zda je česká praxe v souladu s výše uvedenými doktrinárními názory, nebo přijala jiné důvody pro deferenci.

## 2 Metodologie

Ústavní soud si postupně vypracoval různé metody, jak postupovat při přezkoumávání údajných porušení základních práv. Již v počátcích, tj. v 90. letech 20. století, přijal jako základní způsob přezkumu namítaného porušení základních práv metodu proporcionality.<sup>45</sup> Ústavní soud si však brzy uvědomil, že aplikace testu proporcionality není vždy vhodná. Postupně začal používat různé varianty testu proporcionality nebo vytvářet nové. Příkladem je test extrémní disproportionality nebo test racionality. Společným znakem těchto přístupů je zvýšená míra zdrženlivosti při přezkumu. V praxi Ústavního soudu se míra deference různí a může být vyjádřena různými způsoby.

S pomocí studentských asistentů jsem v roce 2021 provedl systematickou rešerši judikatury Ústavního soudu s cílem identifikovat situace, v nichž používá deferenční přezkum. Databáze Ústavního soudu NALUS obsahuje více než 80 000 rozhodnutí. Rozhodnutí, v nichž byl použit zdrženlivý přezkum, nelze snadno identifikovat pomocí jednoznačných kritérií. Proto bylo provedeno fulltextové vyhledávání s použitím výrazů, které by mohly naznačovat mírnější přezkum. Pro vyhledávání byla použita následující hesla: „prostor pro uvážení“, „expertn\*“, „disproporcional\*“, „široký prostor“ a „zdrženliv\*“. Toto vyhledávání dalo dohromady 1227 rozhodnutí. Tato rozhodnutí byla přečtena s cílem identifikovat ta, kde Ústavní soud skutečně provedl zdrženlivý přezkum. Tímto postupem jsme dospěli ke vzorku 110 rozhodnutí, ve kterých byl přezkum deferenční. Následující sekce popisuje oblasti, ve kterých k deferenčnímu přezkumu v tomto vzorku rozhodnutí došlo, a důvody, které Ústavní soud ke zdrženlivému přezkumu vedly.

Je nutno přiznat, že nedostatkem zvolené metodologie je skutečnost, že zachycuje pouze ty případy, ve kterých Ústavní soud zdrženlivost explicitně přizná v odůvodnění svého rozhodnutí. Vedle toho mohou existovat rozhodnutí, kde soudci fakticky deferenční jsou, avšak nijak se to nepromítne do textu odůvodnění. Důvodů může být řada. Ať již pouhé

<sup>44</sup> Proto například Føllesdal v kontextu Meziamerického soudu pro lidská práva argumentuje pro větší deferenci s odkazem na pozitivní subsidiaritu. FØLLESDAL, A. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*. 2017, roč. 15, č. 2, s. 370. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mox019>. Ve stejném duchu Meziamerický soud pro lidská práva tradičně státům v minulosti žádnou deferenci nedával, když se setkával s porušeními lidských práv ze strany nedemokratických režimů (viz CONTESSÉ, J. Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*, 2016, roč. 79, č. 2, s. 123 či DUHAIME, B. Subsidiarity in the Americas: What Room Is There for Deference in the Inter-American System. In: GRUSZCZYNSKI, L., WERNER, W. (eds.). *Deference in International Courts and Tribunals*. Oxford University Press, 2014, s. 314. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198716945.003.0016>).

<sup>45</sup> Blíže viz ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. Praha: Leges, 2021.

opomenutí, snaha o co nejkratší odůvodnění v jednoduchých věcech, nebo i strategická úvaha soudce, který nechce zdrženlivost přiznat veřejně. Někteří autoři na základě rozhovorů se soudci naznačují, že do odůvodnění rozhodnutí se ne vždy musí dostat všechny úvahy, které k jeho přijetí vedly.<sup>46</sup>

Výsledky výzkumu tak odrážejí pouze situace, kde Ústavní soud sám přiznává, že je deferenční. Nicméně vzhledem k tomu, že účelem je identifikovat obecné důvody pro deferenci a posoudit jejich opodstatněnost, tak to nepovažuji za zásadní nedostatek. Při takto velkém počtu rozhodnutí ve zkoumaném vzorku, kterých bylo více než tisíc, je nepravděpodobné, že by sítím zvolené metody propadly některé typové situace, kde Ústavní soud pravidelně aplikuje zdrženlivost. Spíše půjde o ojedinělé případy, které nelze zobecnit.

### 3 Oblasti, kde Ústavní soud provádí zdrženlivý přezkum

#### 3.1 Přezkum daní

Ústavní soud konzistentně aplikuje deferenční přezkum v případě daňové legislativy,<sup>47</sup> včetně místních poplatků.<sup>48</sup> Rozhodnutí většinou obsahují následující pasáž:<sup>49</sup>

*„Zdrženlivost Ústavního soudu v oblasti daňových zákonů se tak při posuzování míry zásahu do majetkových práv zdanovaných subjektů projevuje v nižší intenzitě přezkumu daňových zákonů v podobě zkoumání pouze extrémní disproportionality daňové zátěže (resp. dopadu daně) namísto použití intenzity proporcionality v podobě příkazu k optimalizaci. Omezení vlastnického práva na základě čl. 11 odst. 5 Listiny ve formě zákonem uložené daně tak bude představovat protiústavní zásah do vlastnického práva teprve tehdy, pokud jeho intenzita dosáhne tzv. rdousícího účinku, tj. pokud bude mít svou extrémně nepřiměřenou vyšší konfiskační dopady.“*

Ústavní soud nabízí několik argumentů pro tuto zdrženlivost u daňových předpisů. Zaprvé konstatuje, že výše zdanění je politickou otázkou, která je předmětem soutěže politických stran. Zásada dělby moci nezakazuje přezkum daňových právních předpisů, ale vyžaduje zdrženlivost ze strany soudů.<sup>50</sup> „Stanovení daňového zatížení patří mezi nejkontroverznější otázky při soupeření politických stran a hnutí a hraje zásadní roli v preferencích voličů při volbách.“<sup>51</sup> Za druhé, výběr daní sleduje legitimní cíl, neboť daně jsou nezbytné pro fungování státu. Stanovení optimální výše daňového zatížení je „nesmírně složité a bezpodmínečně vyžaduje zohlednit mnoho dynamických faktorů ekonomických, demografických, matematicko-statistických a dalších. Mnohé z těchto otázek mají odbornou povahu“.<sup>52</sup> Rovněž poznamenal, že daň je příjmem veřejného rozpočtu, který se vyznačuje neúčelovostí a neekvivalentností: „Přiměřenost vztahu mezi obětí poplatníka

<sup>46</sup> Viz SMEKAL, H., BENÁK, J. a kol. *Mimoprávní vlivy na rozhodování českého Ústavního soudu*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2021, s. 229. DOI: <https://doi.org/10.5817/CZ.MUNI.M210-9884-2021>

<sup>47</sup> Viz rozhodnutí Pl. ÚS 87/20, Pl. ÚS 97/20, Pl. ÚS 15/17, Pl. ÚS 18/15, I. ÚS 3348/13, Pl. ÚS 29/08.

<sup>48</sup> Pl. ÚS 9/15.

<sup>49</sup> Pl. ÚS 87/20, bod 103.

<sup>50</sup> Např. Pl. ÚS 87/20, bod 101.

<sup>51</sup> Pl. ÚS 87/20, bod 99.

<sup>52</sup> Pl. ÚS 18/15, bod 72.



*v podobě zásahu do jeho ústavně zaručených práv a dosaženého užítku se možnosti hodnocení ze strany soudu také vyvíjí. V případě daně totiž poplatník a celá společnost získává užitek v podobě řádného fungování státu. Racionalitu vyvážení těchto užtků nelze z hlediska ústavnosti dost dobře hodnotit.*<sup>53</sup>

Stěžejním důvodem pro deferenci je zde tedy skutečnost, že daňová legislativa je vysoce komplexní, polycentrickou otázkou, na kterou nelze v demokratickém státě dát jedinou správnou odpověď. Provedením důkladného přezkumu by se Ústavní soud „ocitl na tenkém ledě ne vždy průkazných analýz.“<sup>54</sup>

### 3.2 Hospodářská politika

Ústavní soud uplatňuje deferenci nejen při přezkumu daní, ale obecněji v otázkách hospodářské politiky. Konstatuje, že „*ve vztahu ke zákonům upravujícím hospodářské otázky (daně, veřejné podpory, regulace hospodářské činnosti) se [...] již v minulosti vyslovil pro zachování maximální míry zdrženlivosti.*“<sup>55</sup> Ústavní soud použil tento zdrženlivý přezkum v oblastech, jako je insolvenční právo,<sup>56</sup> squeeze-out menšinových akcionářů,<sup>57</sup> starobní důchod<sup>58</sup> nebo regulace nájemného.<sup>59</sup>

Důvody pro deferenci v této oblasti se Ústavní soud podrobně zabýval v rozhodnutí I. ÚS 3271/13, které se týkalo specifické oblasti insolvenčního práva. Stěžovatelka v důsledku konkrétní úpravy insolvenčního zákona mohla dosáhnout uspokojení své pohledávky pouze v malém rozsahu (cca 20 %). Ústavní soud dospěl k závěru, že je namíste zdrženlivý přezkum tohoto zásahu do práva na ochranu majetku, neboť právní úprava úpadku je komplexní, je součástí hospodářské politiky státu a přímo nezasahuje do vlastnického práva stěžovatelky. Příímý zásah byl důsledkem činnosti třetí osoby – úpadce. Podle názoru Ústavního soudu je to jednoznačně zákonodárce, kdo má lepší postavení při regulaci insolvencí. Zákonodárce je pro tento účel lépe personálně, odborně i finančně vybaven než soudní moc. Ústavní soud proto rozhodl, že je namíste zkoumat pouze to, zda zákonodárce nepřijal řešení, které by rovnováhu mezi ústavně chráněnými zájmy nastavilo zjevně nerozumně: „*Zjevnou nerozumnost Ústavní soud chápe jako situaci, kdy by dané řešení nepřijal žádný rozumný orgán, či osoba. Tato nerozumnost musí být zjevná na první pohled, který je následně validován detailnější analýzou.*“<sup>60</sup>

Deference v těchto případech je založena na tom, že se jedná o velmi komplexní a polycentrické záležitosti, k jejichž řešení jsou lépe vybaveny jiné složky státní moci, a to z důvodu jejich lepšího personálního a finančního vybavení. V těchto případech jde často o střet

<sup>53</sup> Pl. ÚS 9/15, bod 33.

<sup>54</sup> Pl. ÚS 87/20, bod 100; či Pl. ÚS 29/08, bod 60.

<sup>55</sup> Pl. ÚS 10/13, bod 229.

<sup>56</sup> I. ÚS 3271/13.

<sup>57</sup> Pl. ÚS 56/05, bod 58.

<sup>58</sup> Pl. ÚS 8/07, bod 85.

<sup>59</sup> Původně Pl. ÚS 3/2000, poté reprodukováno např. v Pl. ÚS 21/20, bod 57 (Ukončení nájmu z důvodu nájemcova prodlení s placením nájemného kvůli pandemii koronaviru).

<sup>60</sup> I. ÚS 3271/13, bod 34.

dvou nebo více oprávněných zájmů. Například v případech regulace nájemného šlo o právo na vlastnictví vlastníků a právo na bydlení nájemníků. Těžko lze tvrdit, že existuje pouze jediná správná odpověď na řešení takového konfliktu. Proto se zdá být namíste nechat do určité míry rozhodnutí na orgánu s lepšími znalostmi v dané oblasti.

### 3.3 Přezkum porušení sociálních práv

Ústavní soud běžně rozhoduje o návrzích na zrušení části zákona pro rozpor s některým v Listině zakotveným hospodářským, sociálním či kulturním právem (dále také jen „sociální práva“). Jak ukázala studie Grince a Blažkové, vedle mnoha rozhodnutí o neporušení existuje 48 nálezů, ve kterých Ústavní soud zrušil část právního předpisu v hospodářské a sociální oblasti.<sup>61</sup>

V případě ochrany sociálních práv však Listina obsahuje určitou zvláštnost. Článek 41 Listiny stanoví, že sociálních práv je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí. Není třeba se zde pouštět do diskuse o celém významu tohoto ustanovení a jeho důsledcích.<sup>62</sup> Pro účely tohoto článku postačí uvést, že s ohledem především na toto ustanovení Ústavní soud aplikuje jinou metodu přezkumu namítaných porušení sociálních práv – tzv. test rozumnosti či racionality.

Hlavním důvodem pro vytvoření testu racionality byla nutnost odlišit metodu přezkumu sociálních práv od přísného přezkumu osobních a politických práv, u kterých Ústavní soud používá většinou test proporcionality v intenzitě „příkazu k optimalizaci“. Ten však zákonodárci, či orgánu, jehož rozhodnutí je přezkoumáváno, nedává prakticky žádný prostor pro uvážení. Přitom ústavodárce pomocí čl. 41 odst. 1 Listiny pro přezkum sociálních práv vyžaduje omezenější přístup.

Ústavní soud proto ve své judikatuře dovedl, že s ohledem na znění čl. 41 odst. 1 Listiny je pro přezkum ústavnosti zákonů obsahujících úpravu sociálních práv dán užší prostor, než je tomu u práv osobních a politických: „konkrétní vyvážení liberálního a sociálního hlediska zásadně stanoví parlamentní většina [...] Proto musí být v jejich případě Ústavní soud zdrženlivější vůči demokratické vůli zákonodárce.“<sup>63</sup> Jinde Ústavní soud říká, že zákonodárce „je nadán širokou mírou diskrece“.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> GRINC, J., BLAŽKOVÁ, K. Ústavní soud a zákonodárce v hospodářských a sociálních otázkách: ochrana ústavnosti, nebo přetahovaná o politice? *Jurisprudence*, 2019, č. 3. Číslo 48 zahrnuje případy daní, restitucí, platů soudců, regulace podnikatelského prostředí, regulace zdravotnictví, sociálního zabezpečení a další. Pokud vezmeme v úvahu pouze nálezy týkající se hospodářských a sociálních práv a vynecháme tedy případy daní, restitucí (právo na ochranu majetku) a platů soudců (které se týkají spíše nezávislosti soudců jako součástí práva na spravedlivý proces), dojdeme k stále nezanedbatelnému číslu 32.

<sup>62</sup> K tomu blíže viz např. KRATOCHVÍL, J. Test racionality: skutečně vhodný test pro sociální práva? *Právník*. 2015, roč. 154, č. 12, s. 1052–1074; VYHNÁNEK, L. Proporcionalně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, roč. 22, č. 3, s. 209; ANTOŠ, M. Judikatura Ústavního soudu k sociálním právům: „nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejučinnější či nejmoudřejší“? *Jurisprudence*. 2014, roč. 23, č. 6, s. 9; či ČERVÍNEK, op. cit., s. 219 a násl.

<sup>63</sup> Pl. ÚS 55/13, bod 46; obdobně Pl. ÚS 54/10, bod 45.

<sup>64</sup> Pl. ÚS 93/20, bod 44.

Důvody pro použití zdrženlivého přezkumu u sociálních práv však nespočívají pouze v textu Listiny. Hlavním důvodem, proč v nálezu Pl. ÚS 1/08, kde byl test racionality poprvé použit, Ústavní soud aplikoval zdrženlivý přezkum, byl předmět řízení. Napadeno bylo několik ustanovení zákonů, které byly součástí rozsáhlé reformy financování zdravotnictví, jež byla dále součástí širší právní úpravy, která v různých oblastech směřovala ke zlepšení stavu veřejných financí. Ústavní soud poukázal na to, že jeho zdrženlivý přístup je motivován vědomím, že se jedná o velmi komplexní a polycentrické zákony.<sup>65</sup>

Test racionality byl dosud aplikován v oblastech, jako je například úprava výše plateb poskytovatelům zdravotní péče ze systému veřejného zdravotního pojištění,<sup>66</sup> systém nemocenského pojištění,<sup>67</sup> výše příspěvků na děti,<sup>68</sup> zavedení elektronické evidence tržeb pro některé podnikatele<sup>69</sup> nebo zákon upravující obchodní vztahy mezi malými dodavateli a velkými odběrateli.<sup>70</sup> Tyto otázky měly vysokou míru komplexnosti a polycentricity.

Naopak v některých případech namítaného porušení sociálních práv, které nevznášely komplexní a polycentrické otázky, použil Ústavní soud standardní přezkum bez zvláštní zdrženlivosti. V nálezu II. ÚS 443/16 šlo o to, zda odmítnutí zapsat stěžovatele jako advokátního koncipienta porušilo jeho právo na svobodnou volbu povolání podle čl. 26 Listiny. Ústavní soud použil test proporcionality. Spornou otázkou bylo, zda stěžovatel splňoval podmínku mít právnické vzdělání, které sice formálně měl, ale z Polska a nikoli z české právnické fakulty. Jednalo se tedy o nekomplikovanou právní otázku splnění jedné podmínky pro zápis do advokátní komory. Soud se tak cítil sebevědomě a nezdřáhal se aplikovat přísný přezkum.<sup>71</sup>

Kromě samotného textu Listiny je tedy základním důvodem pro větší zdrženlivost v případech namítaného porušení sociálních práv komplexnost a polycentricita problematiky. Pokud jde o pozitivní závazky ze sociálních práv, je složitost a polycentricita pravidlem. Ústavní soud často musí rozhodovat případy se značným dopadem na veřejné finance, či podnikání ve zdravotnictví a podobně. Tyto regulace jsou často nedílnou součástí rozsáhlejších reformních balíčků s mnoha vzájemně propojenými opatřeními. Úroveň složitosti a polycentricity je velmi odlišná ve srovnání s obvyklými otázkami, které soudy rozhodují převážně, avšak nikoliv výlučně, v rámci osobních a politických práv.

<sup>65</sup> Pl. ÚS 93/20, body 87–92.

<sup>66</sup> Pl. ÚS 19/13.

<sup>67</sup> Pl. ÚS 54/10.

<sup>68</sup> Pl. ÚS 31/17.

<sup>69</sup> Pl. ÚS 26/16.

<sup>70</sup> Pl. ÚS 30/16.

<sup>71</sup> Ústavní soud explicitně uvedl tři důvody pro aplikaci testu proporcionality v tomto případě: právo na svobodnou volbu povolání je liberální svoboda, toto právo je chráněno také Úmluvou a jde o negativní závazek (body 27–29 nálezu).

### 3.4 Mimořádné stavy

V nedávné pandemii nemoci COVID-19 byl Ústavní soud poměrně zdrženlivý. Vláda vyhlásila nouzový stav a vydávala krizová opatření, která zasahovala do řady lidských práv, jako je svoboda pohybu, svoboda podnikání nebo svoboda shromažďování. Ústavní soud přitom reflektoval objektivní nedostatek znalostí týkajících se nového koronaviru.

Podle Ústavního soudu „*při přezkumu právního předpisu, jenž by musel být z objektivních důvodů přijat takřkajíc ‚ze dne na den‘ a který reaguje na komplikovanou faktickou situaci, jejíž vývoj je obtížné předvídat, je namísto určitá míra zdrženlivosti z hlediska jeho následného soudního přezkumu*“.<sup>72</sup> Jindy Ústavní soud zdůraznil, že při přezkumu mimořádných opatření musí projevit „*určitou velkorysost*“.<sup>73</sup> Podobnou shovívavost praktikovaly i správní soudy, které rovněž přezkoumávaly mimořádná opatření v době pandemie.<sup>74</sup>

Soudy reflektovaly, že mimořádná opatření musí často okamžitě reagovat na mimořádnou situaci, která se navíc může rychle měnit a vyvíjet. Byla vydávána bez možnosti důkladného posouzení všech aspektů situace a dopadu přijatých opatření. Zároveň, zejména na počátku krize, existoval objektivní nedostatek informací o nebezpečí. Proto se jeví jako nepřijatelné, aby soudy následně po několika měsících a bez časového tlaku podrobně přezkoumávaly jednotlivé kroky vlády a ministerstev. Takový důkladný přezkum by omezil schopnost vlády přijímat rychlá opatření, která mohou být i přes své nedokonalosti důležitá pro zmírnění dopadů krize. Soudní přezkum musí brát v úvahu tento stav nejistoty, který často převažuje právě na počátku krizové situace. Důvodem pro zdrženlivost je zde tedy objektivní nedostatek znalostí. Tato epistemická nejistota vede k tomu, že je fakticky nemožné znát jedinou správnou odpověď na řešení dané situace.

Dovolím si však tvrdit, že důvodem pro deferenci nemůže být samotná mimořádná událost. Jak jiní již poznamenali: „*v době krize existuje v mnoha právních řádech nepřehlédnutelná tendence k rozšiřování a posilování pravomocí výkonné moci*“.<sup>75</sup> Tato tendence ve skutečnosti spíše vyžaduje přísnější soudní přezkum. Jinak by výkonná moc mohla příliš snadno omezovat lidská práva obywatelstva. Pokud je tedy v mimořádné situaci určitá zdrženlivost při soudním přezkumu oprávněná, je to z jiných důvodů. Především kvůli nejistotě ohledně základních skutkových otázek a potřebě jednat rychle. Rychlé rozhodnutí, které nemusí být při zpětném pohledu zcela správné, může být stále lepší než žádné rozhodnutí. S postupem času, pokud se stav poznání ohledně krizové situace zlepšuje, mohou důvody pro deferenci oslabovat. Jak zdůrazňují Aolain a Gross, „*čím déle se vzdalujeme od konkrétní naléhavé situace, tím silnější přezkum by se měl vztahovat na činnost moci výkonné*“.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> Pl. ÚS 106/20, bod 75.

<sup>73</sup> Pl. ÚS 8/20, bod 34.

<sup>74</sup> Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 8 Ao 15/2021-65, bod 61, nebo rozsudek Městského soudu v Praze, č. j. 14 A 52/2021-59.

<sup>75</sup> AOLAIN, F. N., GROSS, O. A Skeptical View of Deference to the Executive in Times of Crisis. *Israel Law Review*. 2008, roč. 41, č. 3, s. 546. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0021223700000364>

<sup>76</sup> *Ibid.*, s. 559.

### 3.5 Velká míra mimoprávních odborných znalostí

V řadě odlišných případů zaujal Ústavní soud zdrženlivý postoj s tím, že o věci by měl rozhodovat především zákonodárce a že soudy nejsou vhodným místem pro rozhodnutí. Jediným společným jmenovatelem těchto případů se zdá být to, že rozhodnutí záviselo ve velké míře na mimoprávních odborných znalostech.

Příkladem takového přístupu je rozhodnutí týkající se povinného očkování.<sup>77</sup> Ústavní soud provedl velmi zdrženlivý, až povrchní přezkum právní úpravy v rámci práva na nedotknutelnost osoby, přičemž zdůraznil, že se jedná spíše o odbornou než právní otázku. V jednom z předchozích rozhodnutí Ústavní soud uvedl, že „rozhodnutí zákonodárce o tom, že určitý druh očkování bude povinný, je rozhodnutím [...] které je v první řadě otázkou politickou a expertní, a proto je tu i velmi omezená možnost ingerence Ústavního soudu“.<sup>78</sup> Tyto závěry byly zopakovány i v dalších rozhodnutích týkajících se očkování.<sup>79</sup>

V jiném nálezu Ústavní soud přezkoumával ústavnost nařízení vlády, kterým se stanoví limity hluku z dopravy. Vláda tvrdila, že věc vůbec nespadá do pravomoci soudů, neboť závisí na posouzení odborných a vědeckých otázek. Ústavní soud však s takovou abdikací soudního přezkumu nesouhlasil: „Soudy nemají a nemohou rezignovat na přezkum případů, ve kterých rozhodnutí závisí na posouzení odborných či vědeckých otázek“.<sup>80</sup> Přistoupil však ke zdrženlivému přezkumu, protože „nemůže mít ambici pouštět se do přezkumu čistě technických záležitostí [...] K učinění podobných rozhodnutí disponuje potřebným administrativním a expertním zázemím a zdroji vláda, a je proto primárně na ní, aby veškeré nutné faktory posoudila v jejich úplnosti a s přihlédnutím k současnému stavu vědění.“<sup>81</sup>

V těchto případech byla důvodem pro deferenci Ústavním soudem vnímaná lepší odbornost předchozího rozhodovatele.

### 3.6 Co je trestným činem a co je odpovídající trest

Ústavní soud deklaroval zdrženlivý přístup k návrhům, že některé činy by neměly být trestné nebo že trest za nezákonné činy byl nepřiměřený.

V nálezu Pl. ÚS 14/09 ÚS přezkoumával ústavnost právní úpravy, která za přestupek považovala řízení vozidla jiné skupiny, než pro kterou má řidič řidičské oprávnění. Nález obsahuje následující pasáž, kterou lze téměř doslovně nalézt v mnoha dalších rozhodnutích:

„34. Úvahy o tom, zda určitá závadná jednání mají být trestná nebo beztrestná (kriminalizace nebo naopak dekriminalizace jednání), definování skutkových podstat deliktů (trestných činů, přestupků) a stanovení druhu a výše sankcí (intenzita trestní a správní represe) jsou podmíněny mnoha sociálními determinantami, které se v průběhu historického vývoje mění. Není ničím neobvyklým, že jednání dříve beztrestně prohlásí zákonodárce novou zákonnou úpravou za trestné (kriminalizace jednání),

<sup>77</sup> Pl. ÚS 19/14.

<sup>78</sup> III. ÚS 449/06.

<sup>79</sup> Např. III. ÚS 1479/14 a II. ÚS 409/14.

<sup>80</sup> Pl. ÚS 4/18, bod 48.

<sup>81</sup> Ibid.

*nebo naopak dříve trestné jednání je dekriminalizováno... Sledováním vývoje zákonné úpravy za delší časové období lze snadno zjistit, že také stanovení druhu a výše sankcí za spáchané delikty podléhá poměrně dynamickým změnám.*

*35. Legislativní úprava všech těchto otázek je ve vylučné kompetenci zákonodárce, který se řídí kriminálně politickými kritérii, např. hlediskem generální prevence, četností výskytu deliktů v dané historické době, intenzitou rizika deliktního jednání a z toho plynoucím stupněm obroženi spořádaného lidského soužití („právního míru“), proměnami v axiologickém nazírání veřejnosti na význam individuálních a společenských hodnot a právních statků poškozovaných deliktním chováním pachatelů apod.“*

Ústavní soud také provedl pouze mírný přezkum, zda je vydání konopné kuchačky trestným činem šíření toxikománie, a tedy trest je přípustným omezením svobody projevu. Konstatoval, že „*obecné soudy (a ani Ústavní soud) nejsou prostorem, v němž by se měla vést odborná debata o existenci, popř. závažnosti problémů spojených s jejich zneužíváním. Ty [...] musí probíhat na primárně politickém, resp. zákonodárném kolbišti, popř. v informační rovině v prostoru mediálním, vědeckém, akademickém či jiném, ústavně chráněném.*“<sup>82</sup>

V dalších rozhodnutích Ústavní soud uvedl, že je obecně příslušný k přezkumu přiměřenosti sankce. Za protiústavní ji však prohlásí pouze tehdy, je-li extrémně nepřiměřená (test vyloučení extrémní disproportionality).<sup>83</sup>

Tyto případy ukazují jasnou neochotu Ústavního soudu zasahovat do problematiky, která je komplexní a odborná. Trestní politika, včetně přestupkové politiky, je složitým rozhodováním zahrnujícím kriminologické, společenské či politické úvahy. V důsledku toho Ústavní soud bude deferenční k rozhodnutí zákonodárce. Bude aplikovat mírnější test vyloučení extrémní disproportionality. Jak však poukazují někteří autoři, zvláště při přezkumu přiměřenosti sankce je možná té deference ze strany Ústavního soudu až příliš. Zdeněk Červínek na příkladu několika rozhodnutí ukazuje, že Ústavní soud prakticky rezignoval na jakýkoliv přezkum.<sup>84</sup> Pokud se otázka stanovení protizákonnosti jednání jeví často jako komplexní a polycentrická, v případě přiměřenosti sankce je tomu tak již méně. U přiměřenosti sankce důvodem pro deferenci může být spíše objektivní nemožnost určit právě jedno správné řešení. Tento důvod pro zdrženlivost se uplatňuje při rozhodování o výši náhrady za nemajetkovou újmu.

### 3.7 Výše náhrady za nemajetkovou újmu

Ústavní soud se v mnoha případech zabýval otázkou, zda výše náhrady za nemajetkovou újmu přiznaná civilními soudy byla dostatečná. Poznamenal, že „*neexistuje žádná exaktní metoda, jak stanovit přiměřenost zadostiučinění (resp. jeho výši).*“<sup>85</sup> Konstatoval, že zkoumá pouze, zda při stanovení konkrétní výše nedošlo ze strany obecných soudů k extrémní disproportioni.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> III. ÚS 3489/16, bod 15.

<sup>83</sup> Pl. ÚS 30/16, bod 264; Pl. ÚS 15/16, bod 83; III. ÚS 2902/08; I. ÚS 2719/15.

<sup>84</sup> ČERVÍNEK, op. cit., s. 211–218.

<sup>85</sup> I. ÚS 1505/08, bod 11.

<sup>86</sup> IV. ÚS 1579/11. Jinde shledal porušení, protože přiznaná částka byla v „extrémní disproportioni“ s referenční částkou (I. ÚS 2930/13, bod 38).

Ústavní soud tak dal obecným soudům prostor pro uvážení při stanovení výše náhrady. Poznamenal, že nelze říci, že by ústavně souladná byla pouze částka vypočtená Ústavním soudem.<sup>87</sup>

Tato judikatura zřejmě vychází z předpokladu, že určení správné výše náhrady za nemajetkovou újmu není zcela jednoznačné. Výpočet není exaktní matematikou. Proto je třeba dát obecným soudům určitou míru uvážení, jinak by o výši náhrady za nemajetkovou újmu rozhodoval vždy Ústavní soud.

Tato rozhodnutí lze zobecnit tak, že lze přiznat zvýšenou míru uvážení v případech, kdy je třeba uznat, že na danou věc neexistuje jediná správná, exaktní odpověď. Pokud se předcházející rozhodující orgán snaží v dobré víře nalézt správnou odpověď a neopomene zohlednit žádnou významnou okolnost, je vhodné mu přiznat určitý prostor pro uvážení.<sup>88</sup>

### 3.8 Předběžná opatření a náklady řízení

Nakonec Ústavní soud proklamuje zdrženlivý přístup ke stížnostem proti předběžným opatřením obecných soudů a rozhodnutí o nákladech řízení.

Pokud si stěžovatel stěžuje, že soud nevydal předběžné opatření, nebo naopak že předběžné opatření porušilo jeho základní práva, Ústavní soud prohlašuje, že přezkoumává pouze to, zda opatření (nebo nevydání opatření) mělo zákonný podklad, bylo vydáno příslušným orgánem a není projevem svévole.<sup>89</sup> To odůvodňuje tím, že předběžná opatření jsou pouze dočasná a nerozhodují o věci s konečnou platností.

Tato deference však není automatická. Ústavní soud provedl standardní přezkum proporcionality, například pokud předběžné opatření zasáhlo do svobody projevu<sup>90</sup> nebo práva na rodinný život.<sup>91</sup> K deferenci tedy nedochází pouze z toho důvodu, že se jedná o předběžné opatření, ale podstatné jsou i další okolnosti. Deference nastává, pokud je stížnost založena pouze na obvyklém tvrzení o porušení práva na spravedlivý proces. Pak se uplatní standardní metody zkoumání porušení práva na spravedlivý proces. Jako například, že Ústavní soud není soudem čtvrté instance, že výklad podústavního práva přísluší primárně obecným soudům, a nikoliv soudu Ústavnímu, nebo že spravedlnost řízení je třeba posuzovat jako celek.<sup>92</sup>

Obdobný přístup zaujímá Ústavní soud i k přezkumu rozhodnutí o nákladech řízení. I zde deklaruje obecně pouze omezený přezkum: „*rozhodování o nákladech řízení před soudy je zásadně jejich doménou; zobrazují se zde aspekty nezávislého soudního rozhodování. Ústavní soud není tudíž oprávněn v detailech přezkoumávat jednotlivá rozhodnutí soudů o nákladech řízení.*“<sup>93</sup> Ani zde se však ome-

<sup>87</sup> I. ÚS 2930/13, bod 38.

<sup>88</sup> Na tomto uznání absence jediné správné odpovědi je založena doktrína prostoru pro uvážení, jak ji používá ESLP, a celá zásada subsidiarity ústavního přezkumu (viz KRATOCHVÍL, 2020, op. cit., s. 76 a násled.).

<sup>89</sup> Např. III. ÚS 1121/20, bod 13 s dalšími odkazy.

<sup>90</sup> II. ÚS 1440/21, bod 26 (zákaz zveřejnit určité informace).

<sup>91</sup> I. ÚS 2903/14 (dítě odebráno z péče rodičů).

<sup>92</sup> III. ÚS 1121/20, bod 24.

<sup>93</sup> IV. ÚS 3318/21, bod 15; obdobně např. I. ÚS 2890/20, bod 13.

zený přezkum neuplatňuje automaticky.<sup>94</sup> Opět závisí na standardních doktrínách aplikace práva na spravedlivý proces.

Deklarovaná zdrženlivost tak v těchto případech působí spíše jako prázdná fráze, která nemá žádný skutečný vliv na výsledek případu. Soudce Musil to výstižně poznamenal ve svém odlišném stanovisku: „*ačkoliv Ústavní soud obecně deklaruje ve věcech nákladů řízení svou zdrženlivost, bobužel ve skutečnosti tuto zásadu příliš nerespektuje.*“<sup>95</sup> Proto by podle mého názoru vůbec nevadilo, kdyby Ústavní soud od těchto odkazů na omezený přezkum ve svých rozhodnutích upustil.

Pro účely této studie je každopádně důležité, že z těchto rozhodnutí nelze vyvodit žádné obecné důvody pro deferenci. V obou těchto oblastech je důvodem pro omezený přezkum spíše to, že Ústavní soud neshledává žádný podstatný zásah do lidských práv. Intenzita případných zásahů je nízká. Ústavní soud konstatuje, že výši nákladů považuje za bagatelní<sup>96</sup> a nezasluhující ústavněprávní přezkum (de minimis non curat praetor), resp. poukazuje na skutečnost, že předběžné opatření není konečným rozhodnutím ve věci.

### 3.9 Shrnutí

Lze shrnout, že Ústavní soud používá deferenci především v situacích, kdy je přezkoumávaná otázka komplexní a polycentrická a zahrnuje značné množství mimoprávních odborných znalostí. Polycentricitou zde míním, že jde o problém, který zahrnuje rozsáhlou a komplikovanou síť vzájemně závislých vztahů, takže změna jednoho faktoru vytváří řadu změn ve faktorech jiných, které nemusí být na první pohled patrné.<sup>97</sup> Je nicméně zřejmé, že polycentricita je převážně otázka míry. Lze namítnout, že polycentrické prvky jsou přítomné v každé věci, které soudy rozhodují.<sup>98</sup> Proto v tomto článku uvádím, že důvodem pro deferenci je nejen polycentricita rozhodované otázky, ale zároveň její komplexnost (viz následující oddíl).

V případech rozhodování otázek komplexních a polycentrických, které zahrnují značné množství mimoprávních odborných znalostí, je poměrně obtížné trvat na tom, že existuje právě jedna správná odpověď na řešení protichůdných zájmů. Nejistota ohledně jedné správné odpovědi byla zřejmá i při přezkumu krizových opatření. Tam byla problémem objektivní nejistota ohledně základních skutečností. Objektivní absence správné odpovědi vyplývá také z rozhodnutí o výši náhrady nemajetkové újmy.

Ústavní soud se tedy spoléhá především na epistemologickou deferenci. Konstatuje, že jiní aktéři, jako je zákonodárce a výkonná moc, mají lepší pozici pro přijetí správného rozhodnutí díky svým lepším personálním a finančním zdrojům. Někdy se Ústavní soud odvolává

<sup>94</sup> Rozhodnutí o nákladech bylo zrušeno např. v nálezech IV. ÚS 3318/21, I. ÚS 2890/20, III. ÚS 402/20 a II. ÚS 648/18.

<sup>95</sup> Odlišné stanovisko soudce Jana Musila k nálezu IV. ÚS 899/15, bod 4.

<sup>96</sup> I. ÚS 2890/20, bod 13.

<sup>97</sup> Takové chápání polycentricity vychází z Lona Fullera. Viz FULLER, L. The Forms and Limits of Adjudication?. *Harvard Law Review*. 1978, roč. 92, č. 2, s. 395 a násl. DOI: <https://doi.org/10.2307/1340368>

<sup>98</sup> *Ibid.*, s. 397.



také na dělbu moci, tedy v podstatě na to, co bylo nazváno deferencí z důvodu legitimacy. V následující sekci připojím k důvodům pro deferenci, které jsem shledal v praxi Ústavního soudu, několik poznámek.

#### 4 Deference v komplexních situacích

V komplexních situacích, kdy je problém silně polycentrický, zahrnuje řadu protichůdných zájmů a vyžaduje mimoprávní znalosti, je otázkou, zda by o jediné správné odpovědi měly rozhodovat soudy. Text Listiny nebo jiného předpisu ústavního pořádku zpravidla nedává jednoznačnou odpověď na otázky, jako je výše zdanění, podrobnosti insolvenčních zákonů, výše důchodů apod. Tyto příklady zahrnují komplexní posouzení ekonomických, demografických, sociologických, politických a dalších faktorů. Součástí hodnocení jsou i lidská práva. Tyto složité otázky však lze jen stěží rozhodnout pouze na základě aplikace lidských práv. Existuje kvalitativní rozdíl mezi tím, když se soud snaží například vyložit, zda je určité zacházení nelidské, nebo zda určitá sazba daně z příjmu porušuje právo na ochranu vlastnictví. V obou případech může jít o obtížné otázky, ale liší se svou komplexností.

V případě špatného zacházení okamžitá otázka před soudem je pouze, zda fyzická síla použitá policistou, či konkrétní podoba vězeňské cely, představuje nelidské zacházení. Pro takové rozhodnutí soud nepotřebuje širší kontext problematiky (která jistě existuje), jako rozpočet bezpečnostních složek, míra kriminality apod. Dopad do těchto oblastí je nepřímý, poměrně vzdálený a volný. Oproti tomu rozhodnutí ohledně daně má bezprostřední a přímé dopady do mnoha jiných oblastí. Změna v příjmech státu se bude muset projevit v úpravě výdajů, případně změny státního dluhu. Míra zdanění se stanovuje na základě mnoha různorodých, výše zmíněných faktorů. Míra polycentricity a komplexnosti je kvalitativně rozdílná.

Navíc čím je otázka komplexnější, tím větší nejistota s ní přichází. Alexy varoval, že předpoklad žádné deference, tj. že zákonodárce může sledovat své cíle pouze na základě empirických předpokladů, které jsou spolehlivě pravdivé, by vedl „*ke téměř úplné legislativní paralýze*“.<sup>99</sup> Protože když „*se člověk zabývá přiměřeně komplexními kontexty, empirické poznatky této kvality nejsou prakticky nikdy k dispozici*“.<sup>100</sup> Podobně německý Ústavní soud poznamenal, že „*nejistota ohledně dopadů zákona v neisté budoucnosti nemůže vyloučit pravomoc zákonodárce tento zákon přijmout, i když má široký dopad*“.<sup>101</sup>

Někteří autoři se dokonce domnívají, že komplexnost je důvodem, proč by věc neměla být vůbec soudně projednatelná. Jeremy Waldron vyjádřil názor, že „*některé námítky porušení práva mají charakter binární otázky, ke jejímž řešení by mohly být kompetentní soudy; jiné mají mnohostranný charakter, který je obvykle považován za nevhodný pro rozhodování v rámci soudů*“.<sup>102</sup> Tento názor nesdílím. I komplexní a polycentrické předpisy mohou mít závažný, škodlivý dopad na lidská práva. Vycházíme-li z předpokladu, že ochrana lidských práv je základní součástí

<sup>99</sup> ALEXY, op. cit., s. 417.

<sup>100</sup> Ibid., s. 417.

<sup>101</sup> BVerfG 50, 290 (332), ihned však dodal, že nejistota neznamená imunitu vůči přezkumu.

<sup>102</sup> WALDRON, J. The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. 2006, roč. 115, č. 6, s. 1346–1406, s. 1376. DOI: <https://doi.org/10.2307/20455656>

liberálně demokratického státu,<sup>103</sup> nemohou soudy porušování lidských práv ponechat bez povšimnutí. Vysoká míra komplexnosti a s ní spojená nejistota je však dobrým důvodem pro vyšší míru zdrženlivosti.

Alexy však zformuloval důležitou výhradu k přílišné deferenci z důvodu epistemologické nejistoty. Podle jeho názoru platí, že čím intenzivnější je zásah do práva, tím větší jistotu ohledně empirických předpokladů pro zásah je třeba mít.<sup>104</sup> Podobný postřeh vyslovila i Kavanaugh: „*pokud dojde ke jasnému a podstatnému porušení práv, může to převážít nad soudcovskými obavami ohledně odbornosti nebo nejistoty či politických důsledků. V takových situacích se může rovnováha vychýlit ve prospěch soudního zásahu spíše než ve prospěch zdrženlivosti*“.<sup>105</sup> Tyto názory naznačují, že zdrženlivý přezkum by se měl uplatňovat pouze tehdy, pokud zásah do práva není příliš intenzivní. Tyto úvahy se odrážejí i v praxi Ústavního soudu.

Pokud Ústavní soud uplatňuje deferenci, obvykle používá buď test extrémní disproporcionality, nebo test racionality. Test extrémní disproporcionality nemusí být splněn zejména tehdy, je-li omezení práva příliš závažné. V případech zdanění Ústavní soud říká, že daň nesmí mít rdousící nebo konfiskační účinek. Test racionality používaný při přezkumu tvrzených porušení hospodářských a sociálních práv používá dvě úrovně intenzity přezkumu. Pokud je zasaženo jádro práva, použije se přísný test proporcionality, který vyžaduje přísnou přiměřenost mezi konkurujícími si zájmy. Pokud jádro sociálního práva zasaženo není, použije se mírnější test racionality a zákonodárce, či jiný orgán má v této oblasti široký prostor pro uvážení. V důsledku toho se i v komplexních věcech se zvýšenou nejistotou uplatňuje zdrženlivost pouze tehdy, pokud zásah do lidského práva není příliš závažný.

Navic, jak jsem uvedl výše, deference by měla být vždy založena na podmínce, že lidská práva byla předchozím rozhodovatelem zohledněna. Pokud legislativní proces, nebo jakýkoli jiný předchozí proces ignoroval lidskoprávní rozměr problému, lze jen stěží aplikovat deferenci. Protože z hlediska posouzení lidských práv není k čemu být deferenční. Komplexní problémy mohou zahrnovat řadu překrývajících se rozměrů, ale lidská práva jsou jedním z nich. Pokud se problém dotýká lidských práv, neměla by být ignorována.

Komplexnost případu bývá často způsobena značným množstvím mimoprávních odborných znalostí, které jsou v případu přítomny. Takovou potřebu Ústavní soud často uváděl jako důvod pro zdrženlivost, proto se mu nyní budu věnovat.

## 5 Vyšší odbornost a nejistota

Vyšší odbornost orgánu, který ve věci dříve rozhodoval, je všeobecně uznávaným důvodem pro deferenci.<sup>106</sup> Bylo by skutečně velmi těžké trvat na tom, že soudci vědí všechno nejlépe.

<sup>103</sup> Český ústavní pořádek je na této premise založen. Podle čl. 1 odst. 1 Ústavy „*Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana.*“

<sup>104</sup> ALEXY, op. cit., s. 418.

<sup>105</sup> KAVANAGH, 2010, op. cit., s. 30.

<sup>106</sup> Viz CHAN, C. Deference, Expertise and Information-Gathering Powers. *Legal Studies*. 2013, roč. 33, č. 4, s. 598. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.2012.00259.x>, která poznamenává, že deference z důvodů vyšší odbornosti a schopnosti shromažďovat informace se zdá být nejméně kontroverzní otázkou v této debatě.

Ostatní aktéři mohou být velmi specializovaní a mohou mít ve své oblasti značné odborné znalosti. Zatímco soudci, zejména u vrcholných soudů, zřídka (a z dobrých důvodů) žádnou specializaci nemají. Pokud tedy nějakou speciální odbornost mají, projeví se jen u menšíny případů, které projednávají. Jak poznamenávají Lawson a Seidman, „*myšlenka, že soudci vědí nejlépe, prostě není pravdivá*“.<sup>107</sup> Ústavní soud se při provádění deferenčního přezkumu často opíral o skutečnost, že se jedná o odbornou, a nikoliv čistě právní otázku.

Soudy by však měly být velmi opatrné při spoléhání se na potřebu mimoprávních odborných znalostí jako na jediný důvod pro deferenci. Nic nebrání soudům, aby například vyslechly znalce nebo si obstaraly odborná stanoviska, což pravidelně činí. Vždy jde o to, aby byl soudce na základě důkazů s určitou mírou pravděpodobnosti (důkazní standard) přesvědčen, že existuje legitimní a dostatečný důvod pro zásah do základních práv.

Pokud je například osoba vzata do zdravotnické detence, protože je nebezpečná sobě nebo svému okolí, jedná se také především o odborné lékařské posouzení. Soudy (minimálně Ústavní soud nebo Evropský soud pro lidská práva) však nepřiznávají žádnou zvláštní deferenci a vyžadují, aby bylo spolehlivě prokázáno, že daná osoba je duševně nemocná, to znamená, že před příslušným orgánem musí být na základě objektivního lékařského posudku prokázána skutečná duševní porucha; duševní porucha musí být takového druhu nebo stupně, který vyžaduje nucené držení; a oprávněnost pokračujícího držení je závislá na trvání dané poruchy.<sup>108</sup> Nejedná se o komplexní, výrazně polycentrickou problematiku, ale o posouzení každého jednotlivého případu.

Otázka povinného očkování mi připadá podobně nekomplexní a příliš nepolycentrická. Proto se zcela neztotožňuji s velmi benevolentním přezkumem, který Ústavní soud uplatnil ve věci sp. zn. Pl. ÚS 19/14, o které bylo pojednáno výše. Disentující soudkyně Kateřina Šimáčková správně poznamenala, že „*nelze souhlasit s tím, že povinné očkování je otázkou čistě expertní. Expertní otázkou je, jako prakticky u každé právní úpravy, dodání informací potřebných pro rozhodnutí čili například jak je daná nemoc nebezpečná, jakým způsobem je přenosná, a tedy nakažlivá, jak účinná je očkovací látka atd. Nicméně to, zda v dané situaci převáží ochrana veřejného zdraví nad právem jednotlivců na fyzickou integritu, tedy hledání optimální rovnováhy mezi těmito soupeřícími zájmy, je otázka politická a právní.*“<sup>109</sup>

Zvýšená potřeba expertních znalostí pro rozhodnutí by proto měla být vždy spojena s nějakým dalším důvodem, aby vedla ke zdrženlivému přezkumu. Tím může být komplexnost a značná polycentricita problému, případně potřeba objektivně uznat, že empiricky nelze určit jediné správné řešení problému. Objektivní nejistota je dobrým důvodem pro deferenci.

Deference orgánu, který má vyšší odbornost nebo znalosti, je, jak zdůrazňuje Kavanagh, „*racionalní reakcí na nejistotu*“.<sup>110</sup> Chan rovněž podporuje zdrženlivost v situacích nejistoty.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> LAWSON, SEIDMAN, op. cit., s. 180.

<sup>108</sup> Viz tzv. Winterwerp kritéria v rozsudku ESLP ze dne 24. 10. 1979 *Winterwerp proti Nizozemsku*, č. 6301/73, bod 39.

<sup>109</sup> Odlišné stanovisko soudkyně Kateřiny Šimáčkové k nálezu Pl. ÚS 19/14, bod 9.

<sup>110</sup> KAVANAGH, 2009, op. cit., s. 171.

<sup>111</sup> CHAN, 2013, op. cit., s. 607.

Současně uvádí tři podmínky pro takovou deferenci: orgán má vlastnosti (např. postupy, pravomoci, zdroje, systém odpovědnosti), které mu usnadňují dospět ke správným odpovědím; orgán důkladně prozkoumal danou otázku; a orgán má historii dobré odbornosti a důvěryhodnosti.<sup>112</sup> Podobně britské soudy spojují deferenci v odborných otázkách s nejistotou. V případech, kdy neexistuje vědecký konsensus, je soudce oprávněn přezkoumat, pouze zda se rozhodující osoba nedopustila „zjevného omylu“.<sup>113</sup>

Je však třeba zdůraznit, že je rozdíl mezi nedostatkem vědeckého konsensu a neshodou mezi odborníky. Deference by měla být spojena s objektivní nejistotou, nikoli s pouhým faktem, že se dva nebo více odborníků neshodnou. Objektivní nejistota nevzniká vždy, když není mezi odborníky úplná shoda. Jednak vědecký konsenzus může být založen, i když existuje pár odborníků s odlišným názorem. Odborníci nemusí mít vždy pravdu a někteří z nich se mohou mýlit s potenciálně závažnými důsledky.<sup>114</sup> Závažné negativní dopady pro strany jsou dobrým argumentem pro to, že neshoda odborníků by měla znamenat naopak zvýšený přezkum ze strany soudu. Soudy by se měly zejména v nekomplexních situacích snažit proniknout hlouběji a zjistit, proč se odborníci neshodnou a který z nich má pravdu. Naopak situace objektivní nejistoty jsou často úzce spojeny s komplexními záležitostmi.

Existují dokonce oblasti, kde je určitá zdrženlivost v otázkách nejistoty důležitá pro ochranu základních práv nebo důležitých veřejných zájmů. Příkladem je ochrana životního prostředí. Tam přesná fakta často nejsou známa. To je koneckonců celý účel zásady předběžné opatrnosti. Jedna z jejích formulací zní takto: „*Tam, kde brozí vážné či nevratné škody, nebude využito nedostatku plného vědeckého poznání jako argumentu pro odklad nákladově účinných opatření k zabránění znehodnocování životního prostředí.*“<sup>115</sup>

Zvýšená potřeba neprávních odborných znalostí tak může být dobrým důvodem pro deferenci, ale pouze v případě, že je posuzovaná otázka vysoce komplexní nebo existuje objektivní nejistota v poznání.

Závěrem bych chtěl zdůraznit, že epistemologická deference by neměla hrát velkou roli při interpretaci ústavních textů. Koneckonců, i kdyby byli někteří jiní aktéři lepšími znalci právních předpisů než soudci, je úkolem soudů podat jejich autoritativní a konečný výklad. V případě ústavních předpisů tato role patří Ústavnímu soudu. Na tuto svou ústavní roli nemohou rezignovat. Samozřejmě názory jiných orgánů mohou soudy zohlednit a třeba s nimi i souhlasit, ale konečné rozhodnutí by mělo být jejich.

<sup>112</sup> CHAN, 2013, op. cit., s. 608.

<sup>113</sup> *R (on the application of Mott) v Environment Agency* [2016] EWCA Civ 564, bod 82. To znamená, že soudy uplatňují tzv. *Wednesbury* nerozumnost.

<sup>114</sup> Pro některé znepokojivé příklady z oblasti péče o děti viz SUTHERLAND, E. E. Undue Deference to Experts Syndrome. *Indiana International & Comparative Law Review*, 2006, roč. 16, č. 2, s. 375. DOI: <https://doi.org/10.18060/17519>

<sup>115</sup> Deklarace z Ria de Janeira o životním prostředí a rozvoji. Dok. OSN č. A/CONF.151/26 (Vol. I), 12. 8. 1992, zásada 15.

## 6 Deference z důvodu legitimacy

V případě zdrženlivého přezkumu se někdy Ústavní soud odvolává na doktrínu dělby moci. Ačkoliv myšlenka dělby moci je často v pozadí úvah o deferenčním přezkumu, nemyslím si, že sama o sobě je pro vysvětlení, kdy deferenční přezkum použit, dostačující.

Ve skutečnosti je porušení základních práv často způsobeno buď dopadem zákona, nebo rozhodnutím výkonné moci. Při přezkumu údajných porušení základních práv je tedy skoro vždy přítomna otázka dělby moci. Tím pádem by podle tohoto argumentu měl být Ústavní soud zdrženlivý vždy, když přezkoumává rozhodnutí moci výkonné či zákonodárné.

Odkaz na vyšší legitimitu nám tedy nijak nepomáhá odpovědět na klíčovou otázku, kdy je (má být) Ústavní soud deferenční. Například proč při přezkumu daňových zákonů by měl být Ústavní soud zdrženlivý, ale při přezkumu zákonných podmínek pro domovní prohlídku nikoliv? Vyšší demokratická legitimita jiných složek moci může být tedy legitimním argumentem pro zdrženlivý přezkum, avšak sama o sobě nám nevysvětluje, zda má být přezkum přísný, nebo zdrženlivý. Pro identifikaci situací, ve kterých je třeba být deferenční, musí přistoupit jiné důvody.

Deferenci z důvodu vyšší demokratické legitimacy jiných orgánů než soudů je také obtížné obhájit, pokud jsou v sázce práva nedostatečně zastoupených menšin. Celým smyslem soudní ochrany lidských práv je chránit zejména menšiny, které nejsou schopny zajistit si svá práva prostřednictvím většinového hlasování. Dixon v této souvislosti hovoří o slepých místech legislativního procesu. Podle ní je soudní přezkum oprávněný zejména v případech nedostatečné pozornosti ze strany zákonodárné moci. K tomu může dojít z několika důvodů, včetně prostého přehlédnutí a časové tísně, ale také tehdy, když skupina nemá zastoupení v zákonodárném sboru a zákonodárci nemají vhodnou pobídku nebo mechanismus, jak tyto vyloučené hlasy zohlednit.<sup>116</sup> Tento problém také dále zdůrazňuje, že deference je namístě, pouze pokud byla otázka pečlivě zvážena předchozím rozhodovatelem.

## Závěr

V článku byly popsány důvody pro deferenci, které používá Ústavní soud. Zjištěné důvody v zásadě odpovídají důvodům pro deferenci uváděným v literatuře. Hlavními důvody Ústavního soudu pro deferenci jsou komplexnost a polycentricita problematiky a objektivní nejistota v poznání.

V případě komplexních a polycentrických otázek je deference spojena také se zásadou procesní ekonomie. Teoreticky by soud mohl vyslechnout všechny odborné názory, udělat všechny prognózy do budoucna a rozhodnout, ale nemá na to kapacitu. Soudy toho nejsou schopny z důvodu praktických omezení. Nemají k dispozici odborníky pro tento druh úkolů a dostatek času a financí. Kromě toho, a to je důležité, není úkolem soudu stanovovat

<sup>116</sup> DIXON, R. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. *Osgoode Hall Law Journal*. 2009, roč. 47, č. 2, s. 258. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1520789>

podrobnosti daňových zákonů, insolvenčního zákona nebo systému regulace nájemného.<sup>117</sup> Samozřejmě tyto záležitosti přezkoumají (a měly by), ale budou to dělat jen povrchněji než v případě nekomplexních otázek. Budou například hledat zjevnou nerozumnost na rozdíl od přísné proporcionality.

Důvody pro zdrženlivost, které uvádí Ústavní soud, mají společný rys, kterým je zvýšená nejistota ohledně jediné správné odpovědi. Pokud je problém komplexní a polycentrický, je nalezení jediné správného řešení ne-li nemožné, tak rozhodně velmi obtížné. Z důvodu objektivního nedostatku poznání takovou odpověď totiž nikdo nezná. Tato nejistota ohledně skutkových otázek by měla být hlavním důvodem pro zdrženlivý soudní přezkum.

Legitimním důvodem pro deferenci může však být i nejistota ohledně normativních otázek. Dochází-li například ke střetu dvou základních práv nebo základního práva a ústavně chráněného veřejného zájmu, je iluzorní se domnívat, že existuje právě jedno správné řešení. Na tomto uznání absence jediné správné odpovědi je založena doktrína prostoru pro uvážení, jak ji používá ESLP a jde o jeden z hlavních důvodů pro deferenci v praxi tohoto soudu.<sup>118</sup> Otázkou pro jiný výzkum je, zda taková deference má své místo i na vnitrostátní úrovni ve vztahu mezi Ústavním soudem a obecnými soudy. Měl by Ústavní soud být zdrženlivý, pokud je přesvědčen, že obecné soudy se pečlivě střetu dvou ústavně chráněných hodnot věnovaly, nebo je to on, kdo má vždy mít poslední, autoritativní slovo v těchto otázkách?

Někteří autoři kritizovali deferenci z toho důvodu, že „*vyžaduje, aby soud proti vlastnímu hodnocení argumentů pro a proti porušení práv postavil širší škálu konkurenčních úvah, které se týkají spíše vlastností rozhodujícího orgánu nebo jeho postupů než vnitřní kvality jeho rozhodnutí*“.<sup>119</sup> Nicméně v mnoha případech, kdy je podle zde zastávaného přístupu (komplexnost a objektivní nejistota) namísto zdrženlivost, jde spíše o to, že soud nemá na věc rozhodný názor. Na určité volnější úrovni správnosti se spokojí s tím, že situace neporušuje lidská práva. V tom spočívá podstata deferenčního přezkumu. Soud se neptá, zda je zásah do lidských práv striktně přiměřený, ale pouze například na to, zda je rozumný.

<sup>117</sup> Jak trefně poznamenal soudce Dyson: „*Relativní institucionální nekompetentností nerozumím to, že by se jednalo o neschopnost soudu porozumět otázkám, aby o nich mohl rozhodnout. Při dostatku času a předložení dostatečného množství materiálů by soud mohl sám učinit mnoho rozhodnutí toho druhu, ve kterých bývá deferenční vůči výkonné moci [...] Je zřejmé, že to pro soud není nemožné, zejména pokud má k dispozici všechny materiály, které měly rozhodující orgány. Ale není běžnou funkcí soudů činit takové úsudky a jsou k tomu méně vybaveny než [jiné] orgány.*“ (Dyson, L. J. Some Thoughts on Judicial Deference. *Judicial Review*, 2006, roč. 11, č. 2, s. 106).

<sup>118</sup> Viz KRATOCHVÍL, 2020, op. cit., s. 76 a násl.

<sup>119</sup> ALLAN, T. R. S. Human Rights and Judicial Review: A Critique of Due Deference. *Cambridge Law Journal*. 2006, roč. 65, č. 3, s. 688. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0008197306007264>. Nicméně i Allan souhlasí s nějakou mírou deference představovanou méně intenzivním standardem přezkumu (s. 693).



# Several *Acts* and One *Law* as an Impulse for Reviving *European (Framework) Laws*\*

Filip Křepelka\*\*

## Abstract

The short titles of several recent EU regulations or proposals contain the words ‘act’ and ‘law’. The latter reminds EU legal scholars, especially those using different EU languages, that the Treaty establishing a Constitution for Europe envisaged turning regulations into European laws, and directives into European framework laws. We propose to discuss their revival in terms of the so-called legislative acts, i.e., a category retained by the Lisbon Treaty, which otherwise avoids such a statist terminology, deeming it too sensitive. They are passed by the European Parliament, which is a directly elected body. A comparative look shows the difference in parliamentary statutes and instruments adopted by the executives of many nations in their languages with different nouns. This terminology also accommodates the recent preference for regulations, including dozens of them being transformed from directives. The two terms distinguished by a modifier reflect their relationship to each other.

## Keywords

European Union; Secondary Law; Terminology; Multilingualism; Statutes.

## Introduction

*Act* and *law* in the short titles of several adopted or proposed EU regulations may be a curiosity, but these nouns deserve our attention (Chapter 1). Differences in their translations into other EU languages (Chapter 2) have highlighted the variety of terms used in different languages to refer to legislative acts passed by parliaments. The Treaty establishing a Constitution for Europe envisaged renaming *regulations* and *directives* as *European (framework) laws* (Chapter 3). This reform of primary law failed. It is therefore useful to examine whether this change played any role and how it was understood by lawyers. At that time, there was a consensus.

\* The article is a result of the research project GA19-17403S (2019-2021) *Nabazování směrníc nařízeními v Evropské unii* [Replacement of Directives with Regulations in the European Union], funded by Grantová agentura České republiky [Grant Agency of the Czech Republic]. It expands on the findings presented in KŘEPELKA, F. Transformations of Directives into Regulations: Towards a More Uniform Administrative Law? *European Public Law*. 2021, pp. 781–805. DOI: <https://doi.org/10.54648/EURO2021038>. The author thanks to anonymous reviewers for their comments and suggestions resulting into restructuring the text.

\*\* Doc. JUDr. Filip Křepelka, Ph.D., Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of International and European Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: [filip.krepelka@law.muni.cz](mailto:filip.krepelka@law.muni.cz) / ORCID: 0000-0002-8141-2116 / Scopus ID: 56412025600



The recent crises have made it difficult to reform the founding treaties, including the terminology (Chapter 4). Its adoption requires developing arguments. We need to understand the language(s) of national laws in their hierarchy (Chapter 5) in order to evaluate the EU secondary and tertiary law in terms of terminology (Chapter 6). Arguing for the revival of *European (framework) laws* also requires considering the context (Chapter 7). Several other terminological aspects are then examined, including the modifier ‘framework’ which also accommodates the transformations of directives into regulations (Chapter 8). It may be feared that *(the) Constitution* is too sensitive, suggesting problems with the constitutionalizing of the European Union (Chapter 9). Yet a revived terminology would increase the legitimacy of EU policies even without its unlikely reconsideration.

While addressing the issue, the paper reiterates the role of language – the twenty-four languages of the multilingual European Union – in laying the foundations and in the development and understanding of its unique supranational law.

## 1 An Unnoticed yet Noteworthy Phenomenon

In the short titles of several recently adopted and proposed regulations, two words appear, *act* and *law* (in between the brackets and the latter with quotation marks). Examples of the former are the Cybersecurity Act<sup>1</sup> and the Data Governance Act<sup>2</sup>. These were followed by several proposals for the Digital Services Act<sup>3</sup>, the Digital Markets Act<sup>4</sup>, the Artificial Intelligence Act<sup>5</sup> and the Data Act<sup>6</sup>. An example of the latter is the ‘European Climate Law’<sup>7</sup> (ECL) – with at least one inconclusive predecessor in the case of the ‘Animal Health Law’<sup>8</sup> (AHL).

Long titles of statutes and treaties encourage users to use abbreviations and acronyms. They allow for quick reference in debates and practical citations in judgments and literature.

<sup>1</sup> Regulation 2019/881 of the European Parliament and of the Council (...) on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification (...) (Cybersecurity Act).

<sup>2</sup> Regulation 2022/868 of the European Parliament and of the Council (...) on European data governance (Data Governance Act).

<sup>3</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) (...), 15/12/2020 COM (2020) 825 final 2020/0361(COD).

<sup>4</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), 15/12/2020, COM (2020) 842 final 2020/0374 (COD).

<sup>5</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), 21/4/2021, COM (2021) 206 final 2021/0106(COD).

<sup>6</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act). COM (2022) 68 final, 23/2/2022, 2022/0047(COD).

<sup>7</sup> Regulation 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality (...) (“European Climate Law”).

<sup>8</sup> Regulation 2016/429 of the of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on transmissible animal diseases and amending and repealing certain acts in the area of animal health (“Animal Health Law”).

Unsurprisingly, the spontaneity of authors causes divergence. That is why institutions and publishers create and promote guidelines. The ultimate solution is to make them official.

Countries use alphanumeric systems to classify legal documents. Their workable form often reduces the need for short names and abbreviations. In addition to printed gazettes, electronic information systems have gradually replaced them in practice. In some countries, governments are involved in this computerisation. This change has led to parallel computerised numbering and abbreviations. The European Union, too, has developed a system of numbering legal documents<sup>9</sup>. Its computerised version is the CELEX number<sup>10</sup>, which was also retained when its legal database was opened to the worldwide public and renamed EUR-Lex.

The European Union, on the other hand, is hesitant to make acronyms and abbreviations official, arguing that numerical designations are sufficient. We assume that their multiple sets would be impractical, while their uniformity requires a sensitive choice between EU languages. It is not surprising that abbreviations arise spontaneously and imitate domestic practice. English abbreviations such as GDPR proliferate in other languages, confirming the dominance of this language in international discourse<sup>11</sup>.

The establishing of short names by EU lawmakers is random. EU guidelines discourage from their use.<sup>12</sup> Unsurprisingly, short names for EU legal documents appear spontaneously in the international and domestic discourse. We agree with Vagelis Papakostantinou's support of this approach as beneficial to the general public's familiarity with EU standards<sup>13</sup>.

Still, we focus on nouns in these short names. So let us complete their overview. There is already a tradition of using the word *codes* in short and full titles for important regulations: the Schengen Borders Code<sup>14</sup>, the Visa Code<sup>15</sup> and the (Community/Union) Customs Code<sup>16</sup>. Surprisingly, directives have also introduced 'codes' for human<sup>17</sup> and vet-

<sup>9</sup> For the recent rules, see European Commission, Interinstitutional Style Guide, 1.2.2, namely the change adopted since 2015 – Harmonising the numbering of EU legal acts.

<sup>10</sup> For the recent standard, see Publications Office, How CELEX numbers are composed, version 2021\_01 26. 1. <https://eur-lexeuropa.eu/content/tools/HowCelexNumbersAreComposed.pdf> [cit. 20. 6. 2021].

<sup>11</sup> In the author's Czechia, contrary to the national-language abbreviations such as DSVO (Datenschutzverordnung) in Germany or RODO (rozporządzenie o ochronie danych osobowych) in Poland.

<sup>12</sup> Joint Practical Guide, 8.4–8.5, cited also by Papakonstantinou (below).

<sup>13</sup> See PAPA KONSTANTINO U, V. The “act-ification” of EU law: the (long-overdue) move towards “eponymous”. *EU Legislation* [online]. 26. 1. 2021, European Law Blog – News and comments on EU law.

<sup>14</sup> Regulation 2016/399 of the European Parliament and of the Council (...) on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code).

<sup>15</sup> Regulation (EC) 810/2009 of the European Parliament and of the Council (...) establishing the Community Code on Visas (Visa Code).

<sup>16</sup> Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council (...) laying down the Union Customs Code (recast), Regulation (EC) No 450/2008 (...) laying down the Community Customs Code (Modernised CC), replacing Regulation (EEC) No 2913/92 (...) establishing the Community Customs Code.

<sup>17</sup> Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council (...) on the Community code relating to medicinal products for human use.

erinary pharmaceuticals<sup>18</sup>. It may be argued that harmonised national laws have materialised them. Paradoxically, the EU lawmakers abandoned the term when transforming the second directive into a regulation, even though it provided a detailed unified framework that deserves the designation of code more.<sup>19</sup>

The founding treaties do not mention “codes”. If we considered such terminological creativity suitable, this noun would raise no doubts. “Acts” officially denote secondary law<sup>20</sup>. However, “laws” are sensitive because their introduction in the supranational settings failed. Various attitudes to these nouns, especially to “law”, are thus possible: from rejecting them as illegitimate and criticising them as inappropriate, to recognizing them as feasible and embracing them as desirable. Nonetheless, inattention prevails as the phenomenon is quite sporadic. It is a pity because it indicates one problem of the EU law the solution of which failed: inadequate terminology.

This introductory chapter concludes with a practical observation. Directives mention Member States’ laws because they harmonise them, but this reference is also common in regulations and decisions, either in general or in sectoral terms, sometimes already in their titles<sup>21</sup>. However, the existence of national laws in both senses, as explained later, is not controversial.

## 2 Considering the EU Multilingualism

The first chapter may have given the impression that language is a given fact. The opposite is true, as the European Union is multilingual. We cannot ignore other language versions of the nouns mentioned. Therefore, let us recapitulate the reality and principles of the EU’s legal multilingualism.

The founding treaties list authentic languages<sup>22</sup>. The Language Regulation stipulates them for secondary law, parliamentary deliberations and administrative and judicial proceedings<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Directive 2001/82/EC of the European Parliament and of the Council (...) on the Community code relating to veterinary medicinal products.

<sup>19</sup> Regulation (EU) 2019/6 of the European Parliament and of the Council (...) on veterinary medicinal products (...). Perhaps, the drafters avoided “Code” because *codes* serve for the identification and tracking of pharmaceuticals.

<sup>20</sup> Chapter 2 *Legal acts of the Union, adoption procedures and other provisions* and its Section 1 *The Legal Acts of the Union*, Art. 288 TFEU.

<sup>21</sup> An example among many, the Directive 2014/40/EU of the European Parliament and of the Council (...) on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products (...).

<sup>22</sup> Art. 55 (1) TEU: “Treaty, drawn up in a single original in the Bulgarian, Croatian, Czech, Danish, Dutch, English, Estonian, Finnish, French, German, Greek, Hungarian, Irish, Italian, Latvian, Lithuanian, Maltese, Polish, Portuguese, Romanian, Slovak, Slovenian, Spanish and Swedish languages, the texts in each of these languages being equally authentic...”

<sup>23</sup> Regulation 1/58 determining the languages to be used by the European Economic Community, as amended after the enlargements adding new languages. Can we explain the misleading title – the EC has not existed since 2009, losing the adjective “economic” in 1993 – as inattention? The European Union may retain it for piety. The list of languages is the same as in the treaty cited above, with specific arrangements regarding several of them.

Silence about any hierarchy of languages implies their equality. This principle results in expectation of comparing all versions. Not surprisingly, this multilingualism is challenging. Even the Court of Justice, where judges and staff speak all EU languages, rarely mentions consulting several language versions. Translators usually choose the best words. A meaningful comparison requires a deep understanding of terms and consideration of nuances.

Observers identify English, French and German as *de facto* working languages<sup>24</sup>. Not surprisingly, these are the main foreign languages taught in European schools. The hierarchy of *major* and *minor* languages is reflected in one asymmetrical comparison – an Estonian lawyer examines the English version, not the other way around.

English dominates communication between businesspeople, professionals, scientists and tourists around the world. According to Abram de Swaan, English has become the first and (by definition) only hyper-central language<sup>25</sup>. The European Union is no exception, as English has become its main internal language. The only significant exception is French at the Court of Justice. It also dominates law-making. Translation figures show that it has become the dominant source language<sup>26</sup>. Brexit has not reversed this trend. On the contrary, its subsequent neutrality has become another argument for favouring it<sup>27</sup>.

In this article, written for the international readership, the use of English terminology is a matter of course. However, a careful terminological check requires a comparison of equivalents.

Translating the word *act* itself seems intriguing. First of all, there is no uniformity in the cases listed. The translators are divided into three groups. The first group used their equivalents based primarily on the etymology derived from Latin<sup>28</sup>. The second group, however, insisted on regulation<sup>29</sup>. And the third<sup>30</sup> group resorted to the “word” discussed later<sup>30</sup>.

The translation of *law* in “European Climate Law” deserves our utmost attention. We presume that the negotiations took place in English and English was the original for translations in the other languages. Many versions followed (German *Gesetz*, French *loi*, Bulgarian *закон*,

<sup>24</sup> Among others, see M. Gazzola, Managing Multilingualism in the European Union: language policy evaluation for the European Parliament. *Language Policy* (2006) 393-417, 397.

<sup>25</sup> SWAAN, A. de. *Words of the World: The Global Language System*. Polity, 2002.

<sup>26</sup> For recent figures, see EUROPEAN COMMISSION. *Translation in figures*. 2022, p. 7, 2,541,294 of 2,767,078 pages were translated from English to other languages in 2021, thus exceeding 90% of all the source documents. If we consider documents originating in non-English-speaking countries, the documents resulting from the all-EU negotiations may be almost entirely in English.

<sup>27</sup> BAAIJ, J. *Legal Integration and Language Diversity. Rethinking Translation in EU Lawmaking* (Oxford: Oxford University Press: 2018. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190680787.001.0001>), see also KUŽELEWSKA, E. *Quo Vadis English? The Post-Brexit Position of English as a Working Language of the EU*. *International Journal of Semiotics and Law*. 2021, pp. 1417–1432. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11196-020-09782-x>

<sup>28</sup> Bulgarian *акт*, Czech *akt*, German *Rechtsakt*, Greek *πράξη*, Irish *an Gníomh*, Croatian *akt*, Latvian *akts*, Lithuanian *aktas*, Hungarian *jogszabály*, Maltese *l-att*, Polish *akt*, Slovak *akt*, Slovene *akt*, Swedish (-)akten in the Cybersecurity Act (above).

<sup>29</sup> French *reglement*, Spanish *reglamento*, Danish *forordningen*, Dutch (-)verordening, Estonian *määrus*, Italian *regolamento*, Portuguese *regulamento*, Romanian *regulamentul*, Finnish (-)asetus.

<sup>30</sup> German *Datengesetz*, Spanish *Ley de Datos*, Romanian *Legea privind datele*, perhaps Finnish *datasäädös*.

Croatian *zakon*, Danish *lov*, Portuguese *lei*, Romanian *legea*, Dutch *wet*, Swedish *lag*, Finnish *laki*)<sup>31</sup>. However, other translators had a different opinion. They have resorted to various alternatives (Italian *normativa*, Spanish *legislativa*, Slovenian *pravila*<sup>32</sup>), including denoting law in its entirety (Polish *prawo*<sup>33</sup>) as the second meaning of the word ‘law’, which will be discussed later, creating descriptions (Czech *právní rámec*, Slovak *právný rámec*<sup>34</sup>), or preferred ‘(legal) act’ (Latvian *akts*, Lithuanian *teisės aktas*<sup>35</sup>). In contrast to various nouns in most versions, the remaining translators repeated the word regulation (Estonian *määrus*, Hungarian *rendelet*).<sup>36</sup> We should also be cautious about nuances in languages belonging to smaller language branches and families (Greek *νομοθέτημα*, Irish (Gaelic) *an dlí*, Maltese *il-liġi*).<sup>37</sup>

This fascinating divergence does not reflect linguistic constraints. Several translators dared to use the “word”, but others sought alternatives. The preparatory documents do not indicate that this choice was debated by any circle, council or institution, let alone specific translations. We can only speculate whether translators discussed this phenomenon – within their language sections or among themselves. Comparing the approved text with the drafts suggests at least that several translators changed their minds.<sup>38</sup>

As mentioned above, the Animal Health Act preceded the ECL. Its translation was even less consistent. Seven versions contain the “word”, but the translators into French and German avoided it<sup>39</sup>. The adjective “European” is missing, reminding us less of the failed terminology. Finally, this regulation has less political significance than the ECL. It has hardly been noticed by EU legal scholars.

The European Communities and the European Union were established or joined by *states/nations*. Terminologies thus primarily reflect national phenomena. The equivalents in EU terminology should have the same meanings. EU translation services have created

<sup>31</sup> German *Europäisches Klimagesetz*, French *loi européenne sur le climat*, Bulgarian *Европейски закон за климата*, Croatian *Europski zakon o klimi*, Danish *den europæiske klimalov*, Portuguese *Lei europeia em matéria de clima*, Romanian *Legea europeană a climei*, Dutch *Europese klimaatwet*, Swedish, *europaisk klimatlag*, Finnish *europalainen ilmastolaki*.

<sup>32</sup> Italian *Normativa europea sul clima*, instead of *legge*, Spanish *Legislación europea sobre el clima* instead of *ley*, Slovenian *evropska podnebna pravila*, i.e. rules, instead of *zakon*.

<sup>33</sup> Polish *Europejskie prawo o klimacie*, if the word stands for *Recht* or *Droit*. Nonetheless, the word stands also for some codifications, (generally *kodeks*: for example, *kodeks cywilny*) such as *Dz.U. 2017 Poz. 1566 Ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne*, i.e. *Gesetz Wasserrecht*.

<sup>34</sup> Czech *evropský právní rámec pro klima*, i.e. legal framework, and Slovak *európsky právny predpis v oblasti klímy*, i.e. legal act, avoiding *zákon* in both languages, an equivalent to *Gesetz/loi*.

<sup>35</sup> Latvian *Eiropas klimata akts* and Lithuanian *Europos klimato teisės aktas*, with the adjective “legal”.

<sup>36</sup> Estonian: *Euroopa kliimamäärus* stands for regulation, while *seadus* stands for *Gesetz/loi*, Hungarian *európai klímarendelet*, if *rendelet* is regulation, while *törvény* is *Gesetz/loi*.

<sup>37</sup> Irish *An Dlí Aeráide Eorpach*, and Greek “*ερωπαϊκό νομοθέτημα για το κλίμα*. *Νομοθέτημα* builds on *νόμος* and translates as “legislative act”. Maltese *il-liġi* resembles Italian *la legge*, which is not used here.

<sup>38</sup> See the proposal COM (2020) 80 final 2020/0036(COD), 4/3/2020. Four translators abandoned “the word”: Spanish *Ley de Clima Europea*, Estonian *Euroopa Kliimaseadus*, Greek *ερωπαϊκός νόμος για το κλίμα* and Italian *Legge europea sul clima*, while two used it, thus abandoning descriptions: Bulgarian *Европейски законодателен акт за климата* (legislative act), and Croatian *Europski propis o klimi* (“Vorschrift”).

<sup>39</sup> Danish *dyresundhedsloven*, Greek *νόμος για την υγεία των ζώων*, Croatian *Zakon o zdravlju životinja*, Maltese *Liġi dwar is-Saħħa tal-Annimali*, Portuguese *Lei da Saúde Animal*, Romanian *Legea privind sănătatea animală* and Swedish *djurhälsolag*, but French *législation sur la santé animale* and German *Tiergesundheitsrecht*.

thesauri such as EuroVoc. Not surprisingly, the equivalents thus specified sometimes deviate from the original concept. An autonomous terminology<sup>40</sup> is an aspect of the autonomy of EU law<sup>41</sup>.

The differentiation identified in the short title of ECL falls short of the desirable coherence. Nonetheless, the equivalents used in several other languages, including French *la loi* and German *das Gesetz*, resemble, even more than English, the terminology envisaged by the Treaty establishing a Constitution for Europe.

### 3 The Failed Statist Terminology Twenty Years Ago

The Treaty establishing a Constitution for Europe, signed in October 2004, switched to the statist terminology with the word *Constitution*. The consequence for secondary law was replacing regulations with *European laws* and directives with *European framework laws*<sup>42</sup>. The Constitutional Treaty also provided for non-legislative regulations and decisions<sup>43</sup>.

The negative results of the referenda in France and the Netherlands stopped the project. The reform coincided with the EU's Eastern Enlargement and the fatigue associated with this event was understandable. Federalist tendencies regarding EU law also played a role. The Constitutional Treaty included an explicit provision on the primacy of the EU law.<sup>44</sup>

We should also consider the impact of the statist terminology. “Constitution” is a term associated with states, as it refers to their founding document<sup>45</sup>. It is not surprising that politicians, journalists, students and other discussants shorten it as ‘Constitution’, sometimes adding the prefix ‘Euro-’ or saying ‘Constitutional Treaty’, which we prefer as more accurate. The official title “Treaty establishing a Constitution for Europe” sounded unusual. The equating of the Union with Europe could have been seen as megalomaniac. Yet the title

<sup>40</sup> Among others, TAYLOR, S. The European Union and National Legal Languages: An Awkward Partnership? *Revue française de linguistique appliquée*, 2011, pp. 105–118. DOI: <https://doi.org/10.3917/rfla.161.0105>, addressing language peculiarities of English and French.

<sup>41</sup> For recent reflections, see ECKES, Ch. The autonomy of the EU legal order. Collection of Reflection Essays on Opinion 1/17. *Europe and the World: A law review*. 2020, Vol. 4, no. 1. DOI: <https://doi.org/10.14324/111.444.ewlj.2019.19>, OBERG, M.-L. Autonomy of the EU Legal Order: A Concept in Need of Revision? *European Public Law*. 2020, pp. 705–740. DOI: <https://doi.org/10.54648/EURO2020061>

<sup>42</sup> Article I-33: “... *A European law shall be a legislative act of general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States. A European framework law shall be a legislative act binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.*”

<sup>43</sup> Article I-37(4): “*Union implementing acts shall take the form of European implementing regulations or European implementing decisions.*”

<sup>44</sup> Article I-6 “*The Constitution and law adopted by the institutions of the Union in exercising competences conferred on it shall have primacy over the law of the Member States*”, an analysis by KUMM, M., FERRERES COMELLA, V. The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*. 2003, pp. 473–492. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moi029>

<sup>45</sup> Despite its use in the founding treaties of international organisations which do not strive for becoming federations: the International Labour Organisation (agreed upon in 1919, amended in 1922, coming into force in 1934) and the World Health Organisation (1946, 1948).

captured the change quite well. The Member States wanted a document referred to as a constitution to be issued by an international treaty. And this failed because of being the latter. Fifteen years later, a meta-analysis of political scientists' observations was carried out examining whether the terminology contributed to the failure because people disliked an eventual federalization<sup>46</sup>, and an analysis of legal scholars' reflections on its appropriateness was made.<sup>47</sup>

We do not identify any impact of the change on secondary law. Even EU law scholars barely remember that regulations were to be replaced by *European laws* and directives by *European framework laws*. Recent textbooks, commentaries, and monographs<sup>48</sup> mention it as a brief episode or ignore it altogether<sup>49</sup>. Even the most voluminous works only briefly outline the then reasons and problems<sup>50</sup>.

As expected, the Constitutional Treaty provided for the continuity of the existing acts<sup>51</sup>. However, no provision expected a comprehensive renaming of the existing regulations and directives. Twenty years later, we could only speculate how this terminological reform would have been materialised. It would have been inconsistent to amend European (framework) laws without renaming the original ones. On the contrary, a revision would trigger substantial changes, often sensitive ones.

The Lisbon Treaty was an attempt to retain the substance of the Constitutional Treaty. Changes regarded as desirable for steering the enlarged European Union had priority. Indeed, the Lisbon Treaty reduced the challenging unanimity requirements in the Council and expanded the powers of the European Parliament.

Therefore, Member States – i.e., their politicians, advised by officials and experts – avoided any national symbols, including terminology<sup>52</sup>. Even the word “Reform” in the title, which sufficiently captures the essence, sounded risky. In the end, “Lisbon” has become an exclusive

<sup>46</sup> LAURSEN, F. *The rise and fall of the EU's constitutional treaty*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004168060.i-560>

<sup>47</sup> BARBER, N. W., CAHILL, M., EKINS, R. *The rise and fall of the European constitution*. Oxford: Hart, 2008.

<sup>48</sup> PIRISS, J. C. *The Lisbon Treaty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 93–94. “In contrast to the Lisbon Treaty under the European Constitution is should not have been the legislative procedure, but the denomination of the legal act as ‘European law’ or ‘European framework law’ which would have been decisive”.

<sup>49</sup> KELLERBAUER, M., KLAMMERT, M., TOMKIN, J. (eds.). *EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A commentary on Art. 288*. Oxford University Press, 2019, p. 1897. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198794561.001.0001>, does not mention European (framework) laws.

<sup>50</sup> CALLIES, C., RUFFERT, M. (eds.). *EUV AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2016, pp. 2437–2438.

<sup>51</sup> Art. IV-438(3): “The acts of the institutions, bodies, offices and agencies adopted on the basis of the treaties and acts repealed by Art IV-437 shall remain in force. Their legal effects shall be preserved until those acts are repealed, annulled or amended in implementation of this Treaty...”

<sup>52</sup> BAST, J. New Categories of Acts After the Lisbon Reform: Dynamics of Parliamentarization in the EU. *Common Mkt. L. Rev.* 2012, pp. 885–927, p. 49. DOI: <https://doi.org/10.54648/COLA2012034>. “However, when the political decision was made to save the substance of the failed Constitution by removing the language of constitutionalism, the concept of ‘laws’ almost naturally fell foul of the semantic demobilization.”, citing also CRAIG, P. *The Lisbon Treaty*. Oxford University Press, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199595013.001.0001>

official designation<sup>53</sup>. Primacy was also recognized hesitantly. Member States confirmed this with a declaration<sup>54</sup> of a peculiar style: “Our in-house counsel reminds us about...”<sup>55</sup>

The Lisbon Treaty thus retained the terminology of secondary law that originated half a century ago. It did it in the Treaty on the Functioning of the European Union, which is the longer and more detailed one of the two treaties. According to its Article 288, there are five instruments, as the “founding fathers” called them: regulations, directives, decisions, recommendations, and opinions. The only change was the redefinition of decisions. The reform consisted mainly in stabilising the implementing and delegated acts.

Regulations, directives, and decisions adopted jointly by the European Parliament and the Council under the ordinary legislative procedure are *legislative acts*. This classification has retained some of the ambitions of the Constitutional Treaty<sup>56</sup>.

References to legislative regulations, directives, or decisions can be made in official documents and academic papers. However, this is a complex vocabulary not accessible to the general public. It is not surprising that such a result has not aroused much enthusiasm.<sup>57</sup>

By the way, the categorisation was imperfect. Some acts did not fit the categories, and careful observers proposed labelling them “innominate” acts<sup>58</sup> while the EUR-Lex statistics classify them imprecisely as “other legislative”.

#### 4 The Recent Crises, Planned Reforms and Terminology of Secondary Law

There was a consensus when the *European (framework) laws* emerged at the Convention on the Future of Europe (2001–2003). Some EU legal scholars regarded the terminology a ‘mild earthquake’<sup>59</sup>. Nevertheless, they welcomed it as a confirmation of the features

<sup>53</sup> The full title: The Treaty of Lisbon amending the Treaty on the European Union and the Treaty Establishing the European Community.

<sup>54</sup> Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon – Declarations concerning treaties, Declaration 17 concerning primacy.

<sup>55</sup> See CALLIES, RUFFERT, 2016, *op. cit.*, p. 489.

<sup>56</sup> Art. 289 TFEU. Let us, however, consider other language versions, for example the German one: *Gesetzgebungsakte* are closer to *Europäischen (Rahmen)gesetze* than latinisation in other versions.

<sup>57</sup> BEST, E. Legislative Procedures after Lisbon: Fewer, Simpler, Clearer? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2008, Vol. 15, no. 1, pp. 85 an. DOI: <https://doi.org/10.1177/1023263X0701500109>

<sup>58</sup> SVOBODOVÁ, M. On the Concept of Legislative Acts in the European Union Law. *Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper*. 2016, No. II/1. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2855190>

<sup>59</sup> HOFMANN, A. A Critical Analysis of the New Typology of Acts in the Draft Treaty Establishing a Constitution of Europe. *European Integration Online Papers*. 2003, no. 9, LENAERTS, K., DESOMER, M. Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures. *European Law Journal*. 2005, p. 744. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2005.00285.x>



of secondary law as it has developed<sup>60</sup>. We have found no arguments against it. The consensus on this issue was tacit.

We should regret the retreat from the Lisbon Treaty under these conditions. The acts and law(s) in short titles of recently adopted and proposed regulations encourage us to consider the revival of this terminology as primary law is intended to be reformed.

Such a reform would undoubtedly be difficult. The “Lisbon” version of primary law – two inseparable treaties plus the Charter of Fundamental Rights, elevated to their prominent position – has been in force for thirteen years now. The hectic reforms of previous decades are now history. Unfortunately, this is not stability, but a stalemate brought about by crises.

The European project has always been accompanied by peculiar blues tunes<sup>61</sup>. However, in the last two decades, crises cumulated and escalated. Entire treatises of ‘Euro-crises’ appeared in the last decade<sup>62</sup>. They can only be listed<sup>63</sup> here: public (and private) indebtedness requiring bailouts and ultimately threatening the euro as a single currency, immigration causing strain on the asylum system, weak foreign and security policies, and a shattered rule of law in some member states with revolts against the European Union. With Brexit, one influential member state left the club. The COVID-19 pandemic triggered a temporary disintegration with the closure of borders, exposing the limits of solidarity. Dealing with the climate change will require long-term and unprecedented measures. Russia’s aggression in Ukraine has forced pacifists to engage in military issues.

Unsurprisingly, these crises, the policies responding to them, and the relevant legislation are analysed in a number of articles. However, one generalisation may be made and may come in handy. Disagreements among nations and their elites mark these events and possible remedies. Supranational politics is unable to resolve these contradictions, which many countries struggle to resolve internally. The absence of European *demos* as a precondition for the federalization can be found in many reflections. People lack a single language – metaphorically and literally. The ensuing democratic deficit is the subject of recurrent debates among experts, philosophers, journalists, and politicians.

Supporters of further integration call for expanded competences, adjusted procedures, and reshaped institutions. In particular, they call for a reduction of unanimity, which is seen as an obstacle to decision-making. For them, *more Europe* continues to be a universal remedy. Others, however, oppose these changes. National and EU politicians can only pay

<sup>60</sup> Among others ZILLER, J. Separation of powers in the European Union’s intertwined system of government a treaty based analysis for the use of political scientists and constitutional lawyers. *Il Politico*. 2008, pp. 133–179, p. 144: “There is hardly any doubt that it has been the European Convention’s merit to start calling a spade a spade, and a law a law. [...] The Treaty [...] has therefore replaced the designations used since the Rome treaties, i.e. regulations and directives, by European laws and European framework laws.”

<sup>61</sup> MARTINI, S. Standing before the second Lisbon decade. The Legal Discourse on the Future of European Integration. *Europa-Kollega Hamburg Discussion Paper*. 2020, Vol. 05, no. 2, citing WEILER, J. *The European Community in Change: Exit, Voice and Loyalty*. 1987, p. 18.

<sup>62</sup> RIDDERVOLD, M., TRONDAL, J., NEWSOME, A. (eds.). *The Palgrave Handbook of EU Crises*. Palgrave MacMillan, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-51791-5>

<sup>63</sup> A similar list can be found in WEBBER, D. *European disintegration? The politics of crisis in the European Union*. London; New York: Red Globe Press, 2018.

occasional and limited attention during the ongoing crises. The European Commission has recognised this situation by outlining several divergent scenarios<sup>64</sup>. Citizens' involvement in the Conference on the Future of Europe has given rise to mixed feelings, including helplessness from and distrust to the existing institutions<sup>65</sup>.

Another effort would be to reflect on the fundamentals of supranational law and consider their possible improvement – including terminology<sup>66</sup>. This reflection is a task for legal scholars and lawyers in practice. Politicians, journalists, and social scientists cannot replace them. Unsurprisingly, the Conference on the future of Europe did not even touch on legal instruments beyond mentioning the symbol-laden *Constitution*<sup>67</sup>.

Such consideration would be challenging. A comparative view shows that legal systems are stable in terms of their basic features. German law, for example, has existed as a model since the 19th century, despite the profound political, economic, and social changes in Germany. Even the necessary reflection of Nazism did not alter the fundamentals of German law. Similarly, some aspects of communist laws have persisted decades after the regime collapse, and their demise is not in sight<sup>68</sup>. European law also has its own methods of interpretation, specific education, and research, and we may perceive a particular integrationist ethos in it<sup>69</sup>.

Arguing for a terminological reform of secondary law is not easy. The literature addressing the Treaty establishing a Constitution for Europe and its failure is not helpful, either. Indeed, there was a consensus about this terminology twenty years ago. Nobody campaigned for this issue after its defeat. Legal scholars did not write any treatises. In general, there is little interest in the EU law terminology.

## 5 National Laws, their Hierarchy and Related Terminology

Equating EU regulations and directives, i.e., legislative acts, with national laws requires understanding the notions of (a) *law*, *act*, *statute*, and *code*, from a comparative viewpoint.

German comparativist Uwe Kischel emphasizes in his treatise that “statutes” form a primary source of law in the Continental (civil) law countries. Their entirety even equals the law as a system<sup>70</sup>. Statutes in common law countries may have a different role. Undoubtedly,

<sup>64</sup> White Paper on the Future of Europe. Reflections and scenarios for the EU27 (the United Kingdom excluded). *European Commission* [online]. 1. 3. 2017.

<sup>65</sup> For an excellent first-time analysis of the features of the Conference, its reflection and criticism, see BLOKKER, P. Experimenting with European Democracy: Citizen-driven Treaty Change and the Conference on the Future of Europe. *VerfassungsBlog* [online]. 21. 6. 2022. Available at: <https://verfassungsblog.de/experimenting-with-european-democracy/>

<sup>66</sup> See the author's reflection two years ago “Unfortunately, there is nadir for any terminological change.” (KŘEPELKA, 2021, op. cit., p. 804).

<sup>67</sup> Full-text search of the 336 pages-long *Report of the Final Outcome of the Conference on the Future of Europe* published on 9 May 2022 with keywords “Directive”, “Regulation”, “European law”, and “European framework law”. The EU Constitution will be mentioned below.

<sup>68</sup> KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*. C.H.Beck, 2015, p. 571–594, explaining laws in *Ostenropa*, and the author's own experience.

<sup>69</sup> KISCHEL, 2015, op. cit., pp. 956–962, distinguishing EU law romantics, sceptics and technicians.

<sup>70</sup> See KISCHEL, 2015, op. cit., pp. 392.

many of them express policies as their Continental counterparts, but others regulate law based on customs and judgments. As sources of law, statutes exist besides rules distilled from judgments, deserving the designation “case law”, which is controversial if used in the Continental jurisprudence.<sup>71</sup>

These statutes have been dealt with extensively by Kischel<sup>72</sup>. Countries have constitutions, laws/acts/statutes adopted by parliaments, differentiated into subcategories in some countries, various instruments adopted by executive authorities, and by-laws adopted by local governments. It may be noted that depicting these three or four levels in a pyramid is a usual visualisation.

Comparing Kischel’s German original and the English translation indicates a tricky translation of (*das*) *Gesetz*. The author and his translator preferred *statute* to *law* and *act*.<sup>73</sup> Their choice deserves attention because *law* prevails in English translations of the titles of statutes of non-English countries. The official long and short titles of British and American laws use the word *act*.

*Zákon* in the author’s native Czech is an unequivocal equivalent to the German *das Gesetz* because the Czech (Czechoslovak) legal terminology followed the Austrian-German one at the time of the Habsburg monarchy. They correspond with the French word *loi* and its equivalents in other languages. Embracing a broad notion of statutes as *materielle Gesetze*, Kischel’s treatise avoided translating terms for instruments specific to particular countries.

We also encounter another linguistic ambiguity. While writing about statutes in their entirety or as a phenomenon, statutory law is a good term. Nevertheless, this English expression has also another meaning. It denotes a legal system of particular countries, fields/disciplines, or a phenomenon worldwide. People mention Afghan or Zimbabwean law, differentiate civil, administrative and criminal law, explain specifics of EU law, and distinguish law from morals. Young people study law, while professors lecture on law. In other languages there exist other terms for this phenomenon: German *Recht*, French *droit*, Latin *ius* and Czech *právo*.<sup>74</sup> Perhaps the authors of the ECL original envisaged that and the above-mentioned Polish translation is the best one, while the French, German and other versions are erroneous.

Before starting to lament this ambiguity, it is good to consider the double meaning of these words in some languages as either a system or entitlement distinguished as *objektives* and *subjektives Recht* in German legal theory. English has an unequivocal term for the latter using the word *right*. One need not be a linguist to match it with German *Recht*. The centuries-long development has resulted in many terminological nuances like that.

<sup>71</sup> See KISCHEL, U., HAMMEL, A. (translator) *Comparative Law*. Oxford University Press, 2019, p. 890. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198791355.001.0001>, and compare it with the German original cited in the previous footnote.

<sup>72</sup> KISCHEL, 2015, op. cit., pp. 395–298.

<sup>73</sup> See KISCHEL, 2019, op. cit., pp. 364–367, namely his remark on translatability (367), confirmed also in a discussion with the author in Greifswald in June 2019.

<sup>74</sup> FLETCHER, G. P. In Honour of “Ius” et “Lex”. Some Thoughts on Speaking about Law. Lecture in honour of Leon Petrażycki Inauguration of “Ius et Lex”. *Legal Magazine*. 2001. Available at: <https://iusetlex.pl/pdf/fletcher.pdf> [cit. 20. 6. 2021].

Let us complete this comparison with *codes*. Indeed, codification is an idea, method, and essence of the Continental law.<sup>75</sup> Its lawmakers generalise and systematise. Yet, countries differ in labelling particular statutes as codes. In some countries, they call all of them codes if they do not consider their entire statutory law as a single code. Other countries reserve the term for prominent statutes.

Hierarchies of statutes (in the broad sense mentioned above) exist in both civil and common law countries. Not surprisingly, the terminology reflects specific instruments and their national specificities. Their translation is therefore tricky. Remarkable differences exist even between countries that share the same language.<sup>76</sup>

Nonetheless, most national nomenclatures draw on distinct nouns: constitutions, statutes adopted by parliaments and regulations, decrees, and edicts adopted by the executive branch. The latter even gained a general label of *statutory instruments* in British terminology.<sup>77</sup> Local governments enact by-laws or ordinances. It may be expected that even lay people understand these categories, realise their hierarchy, and differentiate their legitimacy.

Mentioning (national) laws and regulations in the English version of the EU regulations and directives – in some cases also in their titles – indicates the knowledge of these differences. Other language versions resort to descriptions.<sup>78</sup>

Many languages use the “word” outside legalese. Several meanings may result from various semantic shifts.<sup>79</sup> Nonetheless, the following second meaning is hardly a coincidence. *Scientific laws* are “*Universal principles that describe the fundamental nature of something, the universal properties and the relationships between things or a description that purports to explain these principles and relationships*,”<sup>80</sup> similarly as *Naturgesetz* in German, *lois scientifiques* in French and similar terms in other languages.

Regarding “legal” laws, people perceive them as a legitimate expression of peoples’ will by their representatives. These representatives *establish* rules, as the etymology of Latin *statutum*, its equivalent in German *das Gesetz* (also old English *gesetnes*) or Polish *ustawa* indicate.<sup>81</sup>

<sup>75</sup> This effort lies in the mindset of lawyers, law-makers and scholars from civil law countries. For recent collective reflection of *Kodifikationsgedanke*, see KOCH, A., ROSSI, M. (eds.). *Kodifikation in Europa. Aunsburger Studien zum Internationalen Recht. Band 10*. Peter Lang, 2012. DOI: <https://doi.org/10.3726/978-3-653-02085-4>, and KISCHEL, 2015, op. cit., pp. 405–421.

<sup>76</sup> *Verordnung* (VO) in Germany, Austria, and Switzerland. Parliamentary and judicial *Verordnungen* exist in Switzerland. We may note that *Bundesgesetz* can be subject of direct democracy.

<sup>77</sup> It is delegated legislation with principles outlined in the Statutory Instruments Act (1846), empowering ministers and agencies, specifying parliamentary control, and enabling devolution.

<sup>78</sup> Let us compare a typical formulation in the English version of Art. 40 Directive 2004/38/EC on the rights of the citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States: “Member States shall bring into force *the laws, regulations and administrative provisions*” with German: *Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, French: *les dispositions législatives, réglementaires et administratives*, or Polish: *przepisy ustawodawcze, wykonawcze i administracyjne*.

<sup>79</sup> Czech and Slovak use the noun *zákon* (avoided in both versions of the ECL) for the Old Testament and the New Testament. Theologians and linguists agree on its inappropriateness in both languages.

<sup>80</sup> Exceptionally resorting to the article “Scientific law” in English Wikipedia.

<sup>81</sup> (German) Mittelhochdeutsch *gesetze, gesetzedē*, althochdeutsch *gisezzida*, eigentlich = *Festsetzung, zu setzen*, see at: <http://www.duden.de> [cit. 20. 6. 2021].

Based on a sound understanding of things, laws deserve this designation. Under these conditions, they are capable to oblige people, this being the origin of the Latin *lex*.<sup>82</sup> Laws should stabilise the society, as the archaic root of *zákon* in many Slavic languages indicates.<sup>83</sup> We find the “word” in symbolic settings as in the legendary *Symonides epitaph*, among others, remembering Greeks who succumbed in the Battle of Thermopylae,<sup>84</sup> or in the Belgian anthem *Brabançonne*.<sup>85</sup> Perhaps, other nations also have famous quotations using the “word” in literature, theatre and film, as the Czechs have – “Se mnou přijde zákon!” (“The Law will come with me!”) in the iconic parody of Western films entitled *Limonádový Joe* (“Lemonade Joe”).<sup>86</sup>

On the contrary, regulations indicate authority, power, and dominance. Someone regulates others. Regulations should not be arbitrary, as its Latin etymology<sup>87</sup> suggests. Yet, the term denotes rules prescribed by the executive branch, including monarchs and authoritarians. The risk of arbitrariness is then apparent. Unsurprisingly, we can hardly imagine this word in a symbolic context, especially when people today do not applaud obedience. Similarly, this term in science hints at processes or mechanisms in which some phenomenon determines results.<sup>88</sup>

## 6 Comparing the Proposed and Existing Terminology

Kischel suggests that *transnational* legal systems also deserve a comparative perspective.<sup>89</sup> European law – including that of the Council of Europe, specifically the European Convention on Human Rights, which the European Court of Human Rights interprets – is Continental. Kischel showed – before the 2016 Brexit referendum – an understanding of British reluctance to EU law.<sup>90</sup> The reality seems to be more complex, touched upon in his reflections on the convergence of Anglo-American and Continental law and the inattention to secondary law the terminology of which we are discussing. Its insurmountable number and the need to take the related national laws into account may also play role.<sup>91</sup>

One may even perceive some indifference to secondary law. EU legal scholars focus on the founding treaties and the Convention as both European courts interpret them. This

<sup>82</sup> See the KACZYŃSKA, E. The Indo-European origin of Latin *lex*. *Habis*. 2013, pp. 7–14.

<sup>83</sup> Old Slavonic language *zakonъ* allegedly reflects order of things since the beginnings *Původ slova zákon*. *Český etymologický slovník online* [online]. Available at: <http://www.ceso.cz> [cit. 20. 6. 2021].

<sup>84</sup> Old Greek *ὁ ζεῖν', ἀγγέλλειν Λακεδαιμονίοις ὅτι τῆδε κείμεθα, τοῖς κείνων πειθόμενοι νομίμοις*, French translation by LEGRAND, P.-E. *Étranger, va dire à Lacédémone que nous gisons ici par obéissance à ses lois*.

<sup>85</sup> In its original French version: “... *Aura pour devise immortelle: Le Roi, la Loi, la Liberté!*”

<sup>86</sup> For the plot, cast and reception, see *Limonádový Joe* aneb koňská opera. *Internet Movie Database* [online]. Available at: [https://www.imdb.com/title/tt0058275/?ref\\_=nv\\_sr\\_srsq\\_0](https://www.imdb.com/title/tt0058275/?ref_=nv_sr_srsq_0) [cit. 15. 10. 2022]. One may enjoy the quotation with English subtitles at: <https://www.youtube.com/watch?v=Z7dqHb8mrA>

<sup>87</sup> *Regula*: straight stick, bar, ruler, see <https://www.etymonline.com/word/rule> [cit. 20. 6. 2022].

<sup>88</sup> For example, “Regulation of gene expression” as mechanisms for the production of RNA or proteins.

<sup>89</sup> KISCHEL, 2015, op. cit., pp. 945.

<sup>90</sup> KISCHEL, 2015, op. cit., pp. 960–961.

<sup>91</sup> KISCHEL, 2015, op. cit., pp. 666–678 (convergence) and 968 (secondary law).

approach resembles that in the United States of America, where prominent scholars focus on federal constitutional law as interpreted by the Supreme Court.<sup>92</sup>

Perhaps, this indifference explains little interest in the terminology of the instruments. Additionally, the above explained double meaning of “law” in English may obscure the issue in prestigious scholarly literature written in this language.

However, regulations and directives are – in Kischel’s approach – *EU statutes*, whether direct or indirect, despite all the specificities of the European Union and its law. Regulations, directives and (several) decisions<sup>93</sup>, which are jointly adopted by the European Parliament as a directly elected body and the Council under the ordinary legislative procedure, are statutes in a narrower sense of the word.<sup>94</sup>

How can we explain the essence of these legislative regulations and directives to lay people? We could say that they are laws or framework laws. The terminology of the failed reform is their simplest explanation.

International treaties are the EU primary law. These treaties play an important role in shaping economic integration. Secondary law, on the other hand, consists of acts adopted by the EU institutions. The establishment of direct effect and primacy of EU law over national law was a kind of constitutionalisation.<sup>95</sup>

Despite the well-known specificities, there is a hierarchy in EU law as well as in national law. The distinction between *primary* and *secondary law* is well-known, but *tertiary law* can also be considered. Some scholars would hesitate with it. Nevertheless, this ordinal number seems acceptable in the end. Even the Commission occasionally mentions it.<sup>96</sup> *Tertiary law* has even made its way into textbooks as comprehensible.<sup>97</sup> There are mechanisms to restore consistency between the subordinate instruments and the superordinate ones.<sup>98</sup>

This makes EU law look more like national law than international law, made up of many treaties without a similar hierarchy. Moreover, the need to use adjectives (delegated and implementing as binding, legislative, non-legislative, etc.) to distinguish secondary and tertiary law makes the situation even more confusing. It would be preferable to distinguish them using nouns.

<sup>92</sup> KISCHEL, 2015, op. cit., pp. 366-367.

<sup>93</sup> Another study resulting from the project will examine these “normative” decisions and their recent frequent transformations into regulations, see (forthcoming) KŘEPELKA, F. *Demise of “Normative” Decisions? Retrospective Scrutiny of the Third Instrument Exemplified on the Reform of the EU Epidemic Law*.

<sup>94</sup> KISCHEL, 2015, op. cit., pp. 397.

<sup>95</sup> Among others, two decades ago when “Constitution” was discussed as a profound reform, PIRIS, J. C. Does the European Union have a constitution? Does it need one? *Harvard Jean Monnet Working Paper*. 2000, no. 5/00, p. 7–8.

<sup>96</sup> See *Annual Report on Better Regulation: Completing the Better Regulation Agenda* COM(2017) 651 final, 6.

<sup>97</sup> JÄGER, T. *Introduction to European Union Law. Foundations, Institutions, Enforcement, Internal Market Rules*. Wien: Facultas, 2021, p. 46.

<sup>98</sup> Art. 263, 267, 277 TFEU, as explained in case law, commentaries, papers, monographs and textbooks.

Having concluded that European (framework) laws are an appropriate terminology for regulations and directives – legislative acts, we should also examine whether the existing terms are appropriate, comparing their original meanings with their current usage.

As already mentioned, the terminology of EU law drew on concepts derived from national law. Thus, the terminology of the original languages of the European Communities, French, German, Italian and Dutch, also deserves our attention.

It might be interesting to study what *Verordnung* / *regolamento* / *verordening* and *Richtlinie* / *direttiva* / *richtlijn* meant seven decades ago. However, the Treaty establishing the European Coal and Steel Community was *de facto* authentic in French.<sup>99</sup> In general, French was the language of diplomacy. We assume that it was the language of the negotiations, too.

Therefore, we pay special attention to the meanings not altered by the European integration. Thus, the notion of *règlement* in France at that time appears to be decisive. The French legal terminology sees it as a general concept. However, there were also specific connotations. In particular, the 1958 French constitution, which addressed ineffective parliamentary democracy, introduced *règlements autonomes* adopted by the executive branch.<sup>100</sup> *Règlements* are also in the titles of the French versions of documents of international organizations dealing with their internal affairs. Even the norms applied to the Member States are referred to as such when they are adopted by a simplified procedure rather than as an international treaty.<sup>101</sup>

Translating *règlement* was simple. Many equivalents served well, as many countries speeded up their law-making by sidelining parliaments. *Verordnungen*, namely those *mit Gesetzeskraft*, are an example of this phenomenon.

*Directives* – an identical word in English and French, differing only in pronunciation – and its equivalents in other EU languages refer to formulated orders, measures, directives, or instructions from heads of companies, public institutions and public administrations. We expect them to be understood differently by European nations. The “founding fathers” apparently chose this term as it was not used in law-making.<sup>102</sup>

For decades, regulations and directives have been developed through the interaction of the Commission as a supranational executive and national executives meeting in the Council.<sup>103</sup> The terminology was therefore adequate.

However, the situation has gradually changed. Many regulations and directives have evolved from technical frameworks and limited interventions in national legislation into genuine

<sup>99</sup> See art. 100 TECCS expected one version of the treaty while being tacit on languages. Several commentators mention that French was the sole language, SOMSSICH, R. What Language for Europe? *ELTE Law Journal*. 2016, pp. 103–115, p. 104. Nonetheless, all four relevant language versions were published simultaneously in the same style (scanned in EUR-Lex) in the then emerging ECCS publication instruments.

<sup>100</sup> Art. 37 *Constitution française du 4 octobre 1958* (“5th Republic”).

<sup>101</sup> *Le Règlement sanitaire international* (International Health Regulations) is a framework of the World Health Organisation for the cooperation in the field of contagious diseases. Indeed, some specifics regarding its adoption incite debates whether we can call it an international treaty.

<sup>102</sup> Directive as an instrument appears for the first time in the Rome Treaty.

<sup>103</sup> The TECCS contained dispersed provisions on *règlements* and *décisions* adopted by the ECCS. TEEC as adopted in Rome in 1957 established the above-mentioned canon of instruments.

codes dealing with politically significant issues. At the same time, the procedure for their adoption has changed. They were adopted by the European Commission and the Council, i.e., by supranational and national executive bodies. The growing powers of the elected body (since 1979) have reduced the perceived democratic deficit. The European Parliament now adopts regulations and directives – legislative acts - jointly with the Council, usually in the *ordinary legislative procedure*.<sup>104</sup>

As far as the regulations are concerned, their direct effect became quickly apparent.<sup>105</sup> Complex doctrines<sup>106</sup> emerged to address the deficient, delayed, or lacking implementation of the directives or their ambiguity.<sup>107</sup> Meanwhile, the directives became increasingly detailed. Textually, they now resemble regulations. The *margin of appreciation* for Member States has thus shrunk. Unfortunately, no mechanism has ensured their framework nature.<sup>108</sup> Both complex doctrines, dealing with superficial implementation and legislative style, have brought directives closer to regulations. These trends have triggered the transformation of directives into regulations.<sup>109</sup> There are several reasons for their adoption. Mandatory transposition threatens to foster dissatisfaction and frustration. The general public might be unaware of the origins of the standards imposed on the EU by directives. They would better recognise regulation as a transnational product. Uniformity could make interpretation more efficient. Last but not least, regulations could speed up the resolution of problems, as transposition of directives takes years.<sup>110</sup>

It is true that prioritising regulations does not solve everything. There is a need for accompanying legislation regarding procedures, sanctions, and options. Predominant decentralised enforcement leads to divergent practices. Procedures for streamlining interpretation<sup>111</sup> only mitigate this problem.

<sup>104</sup> Art. 294 TFEU.

<sup>105</sup> “*Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.*” The demand for confirming judgments results, citing Fratelli Variola S.p. A. gegen Amministrazione italiana delle Finanze (34–73), ECLI:EU:C:1974:101 (10 Oct. 1973) 10. 12. 1971 47–71 Politi S.A.S. proti Ministero delle Finanze, ECR 1971, 01039.

<sup>106</sup> CALLIES, RUFFERT, 2016, op. cit., p. 2466, mention, at the end of their detailed commentary addressing directives, its “Ausufernde Rechtsdogmatik” (“overcomplicated doctrine”).

<sup>107</sup> The textbook cases are *Ratti* (148/78) EU:C:1979:110 (5. 4. 1979), *Marshall* (152/84) EU:C:1986:84, *Paola Faccini Dori vs. Recreb* (Case C-91/92) ECLI:EU:C:1994:292, *Kolpinghuis Nijmegen* (80/86) EU:C:1987:431 (8. 10. 1987), *Unilever Italia vs. Central Food* (Case C-443/98) ECLI:EU:C:2000:496, *31 von Colson and Kamann* (14/83) EU:C:1984:153 (10. 4. 1984), *Marleasing* (C-106/89) EU: C:1990:395 (13. 11. 1990).

<sup>108</sup> A rarely mentioned judgment in *Enka BV vs. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem*, C-38/77, ECLI:EU:C:1977:190 (23. 11. 1977), for sporadic discussion, see ENGEL, A. *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union*. Cham: Springer 2018, pp. 51–77. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-00274-9>. Unfortunately, the Court confirmed legality of detailed directives excluding any margin of appreciation.

<sup>109</sup> At least, three dozen legal frameworks become uniform with transformations of directives into regulations, see KŘEPELKA, 2021, op. cit., p. 789, “the top ten” and remaining in footnote 46.

<sup>110</sup> See KŘEPELKA, 2021, op. cit., Chapter 8 titled “No panacea, but an enhancement”. Nonetheless, further debate about advantages and limits of regulations versus directives would be desirable, and we will deal with defenders of directives, such as WUNDERLICH, N., PICKARTZ, T. Hat die Richtlinie ausgedient? Zur Wahl der Handlungsform nach Art. 296 Abs. 1(6) AEUV. *Europarecht*. 2014, pp. 659–670. DOI: <https://doi.org/10.5771/0531-2485-2014-6-659>

<sup>111</sup> Among others, The European Data Protection Board for GDPR.



These transformations of directives into regulations are continuing. An obstacle is usually the competence provisions that the directives prescribe, and inattention or reluctance, not infeasibility. In this light, it is desirable to emphasise the reason for the two main *legislative acts* that solve problems in the European Union. A renewed terminology would express this convergence better than two different nouns.

## 7 Campaigning for a Basic Terminology Reform

A comparative terminology analysis provides general arguments. However, consideration of the context would enable to identify potential objections and barriers.<sup>112</sup>

Some commentators would say that renaming regulations and directives as European (framework) laws would arouse suspicion. Others would argue that their frequent use in the EC/EU environment has changed the meanings of both terms. Adjectives denoting this supranational polity modify the substance, or the context allows it even without adjectives. Indeed, both terms now appear frequently in this context. Regulations and directives are thus different from any national homonyms. Another stream of opponents points to the persistent shortcomings of supranational democracy in the European Union, namely, the limited legitimacy of the European Parliament.<sup>113</sup> It could also be argued that frequently amended and fragmented acts do not deserve to be renamed European (framework) laws.

The recent developments are not favourable, either. Worldwide, countries have moved to emergency legislation passed by the executive during the COVID-19 pandemic. To the dismay of many, the pandemic law included ‘regulations’, ‘decrees’, ‘orders’ or ‘measures’ rather than law in general.<sup>114</sup> If dealing with the pandemic was a sprint, climate change will be a marathon. Declarations of climate emergency, including those made by the European Union, make this clear.<sup>115</sup> Similarly, a large-scale war in the vicinity expands the executive law-making. The EU lawmakers introduce *acts* solely in one specific field of information technology. The word *law* is sporadic, being found exclusively in the ECL, while AHL is ambiguous. It would be easy to suppress this emerging practice that has gone unnoticed during recent events.

In addition, the “European Climate Law” is specific. It deals with the biggest global challenge today.<sup>116</sup> Accelerating the reduction of greenhouse gas emissions is politically

<sup>112</sup> See Kischel’s recommendation to consider *Rechtskontexte* instead of *Rechtskultur*, KISCHEL, 2015, op. cit., p. 238.

<sup>113</sup> See RUSSACK, S. EU parliamentary democracy: how representative? *CEPS Policy Insights*. 2019, no. 07.

<sup>114</sup> Papers can be found in, among others, HONDIUS, E., SANTOS SILVA, M., NICOLUSSI, A., CODERCH, P. S., WENDEHORTS, C., ZOLL, F. (eds.). *Coronavirus and the Law in Europe*. Intersentia, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781839701801>. For the author’s homeland Czechia, where the resort to administrative measures was excessive from a comparative view, see VIKARSKÁ, Z. Czechs and Balances – If the Epidemiological Situation Allows... *VerfBlog* [online]. 20. 5. 2020. Available at: <https://verfassungsblog.de/czechs-and-balances-if-the-epidemiological-situation-allows/>

<sup>115</sup> The European Parliament resolution on the climate and environment emergency 2019/2930(RSP), 28. 11. 2019.

<sup>116</sup> For an early analysis of the path towards ECL, see PÉREZ de las HERAS, B. European Climate Law(s): Assessing the Legal Path to Climate Neutrality. *Romanian Journal of European Affairs*. 2021, pp. 19–32.

important.<sup>117</sup> However, ECL is primarily a programmatic document, as it implies scrutiny of other EU measures.<sup>118</sup> It does not impose obligations on individuals. A directive could require the Member States to reduce emissions, as was previously the case with the promotion of renewable energy sources.<sup>119</sup> Yet this regulation supports individuals in the climate change litigation.<sup>120</sup> However, there is no indication that this is a reason for choosing this instrument.<sup>121</sup>

Regulations (or statutes at national level) can no doubt stipulate ambitious goals and imply scrutiny of legislative proposals. However, elevating ECL to a ‘law of laws’<sup>122</sup> is problematic as it does not comply with the rule *lex posterior derogat legi priori*. The Member States should amend their founding treaties or conclude a specific treaty to establish this policy. There are examples that can be followed.<sup>123</sup> This would be an additional constitutionalisation.<sup>124</sup> Nevertheless, it would be useful if there were a willingness to consolidate these commitments. The ECL may be politically irrevocable, but implicit changes are possible.

However, this peculiarity does not preclude the existence of this recognised law and other *de facto* EU (framework) laws. We should therefore regret that the failure of the Constitutional Treaty stopped the renaming of the main regulations and directives, which are also the result of the presumed ordinary legislative procedure, as *European (framework) laws*. It would be desirable to acknowledge their nature, not to continue concealing it.<sup>125</sup>

<sup>117</sup> See Art. 2 (climate neutrality in 2050) and Art. 4 (intermediate Union climate targets) ECL.

<sup>118</sup> Art. 6–8 ECL.

<sup>119</sup> Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council (...) on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC.

<sup>120</sup> The first affirmative judgment in the post-communist Central and Eastern European countries is the judgment of *Městský soud v Praze* (the City Court of Prague) of 15. 6. 2022. The first instance court of the Czech administrative judiciary held liable four ministries for inactivity. The preliminary summary indicates that the court considered ECL and the Paris Agreement as directly applicable, available at: <https://www.klimazaloba.cz/en/> [cit. 20. 6. 2021].

<sup>121</sup> See the explanatory memorandum: “*The objectives of the present proposal can best be pursued through a Regulation. This will ensure direct applicability of the provisions. Requirements are placed on Member States to contribute to achieving the long-term objective. Moreover, many of the provisions are directed to the Commission (assessment, reporting, recommendations, additional measures, review) and also to the European Environment Agency and could therefore not be implemented by national transposition. A legislative rather than a non-legislative approach is needed to anchor the long-term objective into EU law.*”

<sup>122</sup> The press release of the Council, 5. 5. 2021, available at European climate law: Council and Parliament reach provisional agreement – Consilium (europa.eu): the Portuguese Minister of Environment and Climate Action João Pedro Matos Fernandes stated: “... *The ECL is the law of laws that sets the frame for the EU’s climate-related legislation for the 30 years to come...*”

<sup>123</sup> *Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*, enforcing the Stability and Growth Pact (2. 3. 2012) and being gradually ratified by most Member States. We should be sober about its real disciplining effect. On the contrary, *the European Climate Pact* is no international treaty among supranational and national institutions, but an initiative launched by the European Commission.

<sup>124</sup> It is plausible to consider also the pre-ECL development in this way. For a thoughtful analysis, see SIKORA, A. *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU Law*. Europa Law Publishing, 2020.

<sup>125</sup> BEST, 2008, op. cit., p. 85: “*The renaming of the legislative acts could certainly be seen to have a political overtone – just as the original proposal to ‘call a law a law’ (emphasised), in addition to clarifying the hierarchy of norms, had been intended by many of those behind it to have a political impact.*”

Let us take this opportunity to emphasise the multilingualism of the European Union. The “compressed” equivalents in the Constitutional Treaty<sup>126</sup> refer in most cases to acts adopted by parliaments, not to the law in its entirety, as in English: Bulgarian *европейския (рамков) закон*, Croatian *europski (okvirni) zakon*,<sup>127</sup> Czech *evropský (rámcový) zákon*, Danish *en europæisk (ramme)lov*, Dutch *de Europese (kader)wet*, Estonian *Euroopa (raam)seadus*, Finnish *eurooppa (puite)laki*, French *la loi(-cadre) européenne*, Irish (Gaelic) *an dlí (réime) Eorpach*,<sup>128</sup> German *das Europäische (Rahmen)G(esetz)*, Greek *ο ευρωπαϊκός νόμος(-πλαίσιο)*, Hungarian *az európai (keret) törvény*, Italian *la legge (quadro) europea*, Latvian *eiro(ietvar)likums*, Lithuanian *europinis (pagrindu) įstatymas*, Maltese *liġi (kwadru) Ewropea*, Polish *europajska ustawa (ramowa)*,<sup>129</sup> Portuguese *a lei(-quadro) europeia*, Romanian *legea(-cadru) europeană*, Slovak *európsky (rámcový) zákon*, Slovenian *europski (okvirni) zakon*, Spanish *la ley (marco) europea*, and Swedish *en europeisk (ram)lag*.

Embracing the statist terminology with caution towards the federalisation of the European Union may be confusing. An explanation is therefore desirable. Such a transformation of this unique supranational polity could include this terminological change. Frankly, this is speculation, as it is nowhere in sight.

However, it is not necessary to see statehood as a prerequisite for the introduction of statist terminology for legal instruments. Indeed, the EU institutions apply only part of the rules. The enforcement by Member State authorities is predominant but practice is decisive. The doctrine does not need to stress that regulations apply directly to individuals.<sup>130</sup> Paradoxically, this is clearer thanks to their definition in the founding treaty than the direct effect of the founding treaty itself.<sup>131</sup>

Lawyers could see the regulations as uniform laws applied in parallel in the Member States. Inspiration and transposition precede the involvement of international organisations. Uniform laws result from bilateral or multilateral cooperation. As far as directives are concerned, this argument is similarly persuasive. The Member States apply their national laws, while directives ‘stay behind them’ as *meta-laws*.

In addition, the representatives of the national executives in the Council and the representatives of the nations in the European Parliament jointly adopt the regulations, while the European Parliament can veto them. Despite any shortcomings of supranational democracy, it is the directly elected body that makes the decisions. There is no doubt that EU law-makers should strive for adequate, comprehensive and lasting legislation.

<sup>126</sup> Equivalents used for *European (framework) law* (the noun being underlined) in the other language versions of the Constitutional Treaty, were combined for saving space. Different capitalisation of nouns and adjectives, various ordering of modifiers “Europe(an)” and “framework”, including compounds, and definite or indefinite articles, reflect the grammar and orthography.

<sup>127</sup> Due to inaccessibility of the translation in Croatian version in Bosnian-Herzegovinian federal laws.

<sup>128</sup> In the author’s poor understanding, Irish *an dlí* emulates the double meaning of English “law”.

<sup>129</sup> With the altering position of the adjective “European” reflecting its positioning in Polish.

<sup>130</sup> Judgments 47–71 *Politi S.A.S. vs. Ministero delle Finanze*, ECR 1971, 01039 (10 Dec. 1971) or *Fratelli Variola S.p. A. gegen Amministrazione italiana delle Finanze* (34–73), ECLI:EU:C:1974:101 (10 Oct. 1973).

<sup>131</sup> Recurrent debates about the direct effect and primacy including textbook judgments van Gend en Loos, *Costa v. ENEL* and *Internationale Handelsgesellschaft*) especially when national courts are against it.

It should be noted that this terminology is not unheard-of. The authors of the Constitutional Treaty envisaged it twenty years ago and there was no opposition to it.<sup>132</sup> Therefore, its revival should not be shocking. Reiterating it at the beginning of the reform debate would be desirable to mobilise support for this technically uncomplicated but psychologically significant change before the now debated revision of the founding treaties.

Renaming (the existing and planned) legislation and directives as *European (framework) laws* would be an effort at standardisation from the comparative and linguistic point of view. Think of ‘European General Data Protection Act’ or ‘European Framework Law on the Common System of Value Added Tax’ as short and long names for important regulations and directives known to the general public or to a wide range of professionals.<sup>133</sup>

This chapter quotes a sentence containing *lex*, which is the Latin equivalent of “the word”. Despite the fact that the Court of Justice cites it only sporadically,<sup>134</sup> the principle is a general one and the Latin phrase has become a universally known expression of this principle. At the same time, this Latin word is identified in the title of the EU law database EUR-Lex and its predecessor CELEX.<sup>135</sup> Have the European Communities and the European Union unconsciously admitted that they were enacting – for several decades – *leges*?

## 8 Additional Terminological Considerations

When discussing the secondary law provisions of the Treaty establishing a Constitution for Europe, the members of the Convention proposed several minor changes. Among other things, they suggested a special category of organic laws, proposed the adjective “EU” for (framework) laws, called for an emphasis on the framework nature of directives, and questioned the exclusion of non-legislative directives.<sup>136</sup>

However, the primary issue is the “word”, which is examined in this article. *Statutes, acts and codes* may be an alternative to *laws* in English. However, the author’s preferred “statute” does not match the prevailing practice, “act” is ambiguous, and the European Union reserves “code” for selected complex frameworks. The views of Anglicists and English and British/Irish lawyers would be valuable in this respect. Perhaps resorting to *European*

<sup>132</sup> No participant in the Convention debates on the future of Europe regarding I-32 (summarised in Chapter 8) rejected the change or questioned its substance. We found no outright refusal in the scholarly literature.

<sup>133</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and Council Directive 2006/112/EC (...) on the common system of value added tax, respectively.

<sup>134</sup> Does the Court avoid it because of the sensitive noun? Or does it avoid Latin because it is not official? Latin phrases serve well in many jurisdictions and languages. Nonetheless, we should not make premature conclusions. Perhaps, there was little need to use the phrase.

<sup>135</sup> CELEX originating in 1965 is generally deciphered as *Comunitatis Europaeae Lex*. The EU institutions occasionally resort to Latin when multilingualism is not feasible.

<sup>136</sup> See the archived web pages [www.european-convention.europa.eu](http://www.european-convention.europa.eu), Proposed amendments to the text of the Treaty Establishing a Constitution for Europe, Art. I-32 (finally I-33). For the contemporary assessment, see SENDEN, L. *The Quality of European Legislation and its Implementation and Application in the National Legal Order, General Report. Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union, 19th colloquium. The Hague, 14-15 June. 2004*, pp. 28–29.

(*framework*) laws twenty years ago was an example of Euro-English<sup>137</sup> as a language variety<sup>138</sup> that also reflected the Continental law prevailing in Europe, which is different from common law in English-speaking countries.<sup>139</sup> For that matter, we wonder whether Brexit will weaken the insistence on British English.<sup>140</sup>

Opponents of the European Union sometimes claim that it does not equal to Europe. Its name or abbreviation – the *European Union* or *EU (framework) laws* – would be more accurate than using the word *European*. However, using many words is not desirable. European framework laws need three words – both in English and most other languages. Mentioning our continent is redundant in an internal setting. *Union (framework) laws* could be an alternative. It is similar to the adjective *federal* in the United States. Nonetheless, we hope that other European nations will not see this as misappropriation, and “European” thus will remain an acceptable adjective.

The approved terminology change would also correspond to the observed and adopted transformations of directives into regulations. In general, “framework” is a modifier. It denotes the mediating nature. It could disappear, like the directives themselves. Regulations, as *European* laws, contain provisions similar to directives, thus being partially the *framework* ones.<sup>141</sup>

In the languages of the countries where similar phenomena existed, there was a perfect linguistic equivalence: German *Rahmengesetze*<sup>142</sup> or Italian *leggi quadro/cornice*<sup>143</sup>. The past tense is not an error. These countries used framework laws in a limited way, and eventually stopped using them.

Regulations also need accompanying national legislation. They interact with each other, especially as far as boundary competences are concerned.<sup>144</sup> This tendency would allow

<sup>137</sup> For a general reflection two decades ago, see JENKINS, J., MODIANO, M., SEIDLHOFER, B. Euro-English. *English Today*. 2001, pp. 4:13–19. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0266078401004023>

<sup>138</sup> We should take into consideration that English lacks an official regulator. It is poly-centric, and its international variants escape the control of English-speaking nations.

<sup>139</sup> See ROBERTSON, C. EU Legal English: Common Law, Civil Law, or a New Genre. *European Review of Private Law*. 2012, pp. 1215–1240. DOI: <https://doi.org/10.54648/ERPL2012077>

<sup>140</sup> See *English Style Guide. A handbook for authors and translators in the European Commission*. 8.ed. 2016, updated 2022. Available at: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/styleguide\\_english\\_dgt\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/styleguide_english_dgt_en.pdf) [cit. 20. 6. 2021]. Its update mentions Irish/British usage.

<sup>141</sup> RÖSCH, F. *Zur Rechtsformenwahl des europäischen Gesetzgebers im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Von der Richtlinie zur Verordnung. Exemplifiziert anhand des Lebensmittelrechts und des Pflanzenschutzmittelrechts*. Duncker & Humblot GmbH, 2013. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-53601-6>. The author analyses Regulation 178/2002 laying down the general principles and requirements of food law (...). She critically assesses this choice, identifies directive-like provisions and suggests a split into a regulation and a directive.

<sup>142</sup> Art. 75 *Grundgesetz* before *Federalismusreform* in 2005, an analysis can be found in STREPPPEL, T.P. *Die Rahmenkompetenz. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Rahmengesetzgebung des Bundes*. Nomos Verlag, 2005.

<sup>143</sup> In accordance with Art. 117 Costituzione della Repubblica Italiana, before the 2001 reform, the Republic adopted in the field of concurring law-making “*principi fondamentali*” for the laws adopted by regions.

<sup>144</sup> An example is Regulation 536/2014 of the European Parliament and of the Council (...) on clinical trials on medicinal products for human use. There are significant interactions with the national laws, see (forthcoming) KŘEPELKA, F. *Clinical Trials of Medicinal Products: The Extent and Limits of one Uniform “European Law”*.

us to shift our attention from the lacking or superficial implementation of directives as slowly disappearing<sup>145</sup> *European framework laws* to feasible adaptations of regulations as *European laws* with *national laws* – as two interconnected *layers of law*.<sup>146</sup>

Finally, it would be desirable to reconsider the terminology of “tertiary law”. The two instruments foreseen by the Constitutional Treaty – regulations and decisions – seem sufficient, as implementing and delegated directives are quite rare.<sup>147</sup> Different words, perhaps decrees or regulations, would distinguish these acts from the recent regulations. Yet their possible equivalents in other EU languages sound unusual. Fortunately, this distinction is unnecessary because *regulation* is feasible from the comparative point of view.

## 9 And the Constitution?

Given the above-mentioned features of EU law, the word *Constitution* in the title of the 2004 revised primary law was adequate and will remain so. More recently, the noun would be even more appropriate, as the European Union has its catalogue of fundamental rights and freedoms. We should therefore discuss whether it is a prerequisite for European (framework) laws. This term is, unfortunately, controversial. The federalist political group Greens/EFA supports its renewal.<sup>148</sup> It has also been mentioned by some participants in the Conference on the Future of Europe.<sup>149</sup> Eurosceptics, however, would oppose it. Unsurprisingly, mainstream politicians are silent about the issue.

The legal argument for restraint is based on the foundations of EU law. The Member States have built a supranational structure through international treaties and will be changing it along with them for the foreseeable future. The forthcoming reform must rely on this instrument. Grammatically, ‘Treaty’ was an object and ‘(a) Constitution’ was a (mere) modifier. Resurrection of this term is therefore unnecessary. Perhaps the best name for a future founding treaty is the simplest one, “Treaty on European Union”. The adjectives “New,” “Reformed,” “Revised,” or “Consolidated” to distinguish it from the previous versions could be unofficial.

The expected discussion invites us to reflect on the situation. The *Constitution* in the title of a possible future founding document hits the nerve: the *constitutionalisation*<sup>150</sup> of the

<sup>145</sup> We are reluctant to adopt quantitative methods consisting of counting laws, treaties and others as “items”, as they vary regarding their scope, importance and sensitivity. Nonetheless, we hypothesise a gradual retreat of directives has taken place since 2000. Undoubtedly, the European Union adopts most directives for an indefinite period, reducing thus opportunities for their enactment if there are no amendments or revisions.

<sup>146</sup> For similarly hinting at regulations and their importance in national legal practice, see BRINK, T. van den. The Impact of EU Legislation on National Legal Systems: Towards a New Approach to EU – Member State Relations. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2017, pp. 211–235. DOI: <https://doi.org/10.1017/cel.2017.2>

<sup>147</sup> See *Legal acts – Statistics* in EUR-Lex. Several delegated directives amend unimportant parts of legislative directives, but see KRÁL, R. On the Practice of Amending or Supplementing EU Directives by EU Delegated Regulations. *European Law Review*. 2020, pp. 409–414. *Commission implementing directives* are sporadic.

<sup>148</sup> Greens/EFA want to revive the EU Constitution | Speaking of Europe. 14 May 2021. [cit. 20.6. 2022].

<sup>149</sup> See *Conference on the Future of Europe – Report on the Final Outcome*, 10 May 2022, Proposal 39, p. 7, and not approved by the plenary, proposal 35.

<sup>150</sup> “Constitutionalisation” as a process clearly prevails over “Constitutionalism” as an arrangement.

European Union. This phenomenon has become a frequent topic among legal scholars and political scientists.<sup>151</sup> There are different views on its origins, development, scope, and specifics. There seems to be a consensus on its existence, but various experts view it differently. Some criticisms may reflect dissatisfaction with specific provisions of the founding treaties or their interpretation. The expected opposition could be their echo in the wider political and social sphere. Among legal scholars, Dieter Grimm has conceptualised this criticism.<sup>152</sup> Yet this constitutionalism is embraced by many EU legal scholars. Others, if being asked, would consider it an inherent feature of the supranational polity and its law. Many experts, politicians, journalists, and a significant number of Europeans regard it as the basis of the supranational liberal polity protecting them from populist challenges and external threats. The term expresses the legal aspect of the finality desired by many – the European Union as a federation.

This phenomenon deserves an intense discussion among lawyers as a contribution to a broader debate on the European Union. They cannot leave it to others but must explain it to people, because it is also a political issue.

It is not surprising that under these conditions we are far from having effective corrective measures. The de-constitutionalisation and re-politicisation of the European Union proposed by Dieter Grimm, Fritz Scharpf<sup>153</sup> and other proponents of the *over-constitutionalisation* thesis<sup>154</sup> suggest several reforms the success of which is difficult to predict.

Nevertheless, the instrument for such re-politicisation is evident. Any law-abiding polity expresses its policies with law-making. The transforming of regulations and directives – legislative acts – to European (framework) laws will be a recognition of their importance. The European Union would need a dose of *légicentrisme*<sup>155</sup> – both in substance and terminology. The recent crises and dramas are politicising the European Union. In addition to detailed regulations that are not known outside professional circles, such as the ‘Animal Health Act’, there are also politically significant regulations, the ‘European Climate Act’ being undoubtedly one of them. The COVID certificate, which certifies vaccination, testing and recovery, is an example of the European Union’s appropriate legislative involvement, reflecting its helping role in the fight against the pandemic. It has facilitated mobility which the Member States restricted and

<sup>151</sup> TUORI, K. *European Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316091883>, ISIKSEL, T. *Europe’s Functional Constitution: A Theory of Constitutionalism Beyond the State*. Oxford University Press, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198759072.001.0001>, expanding on previous generation. WEILER, J. H. H. *Do the new clothes have an Emperor?* Cambridge University Press, 1999, and HARTLEY, T. C. *Constitutional Problems of the European Union*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

<sup>152</sup> GRIMM, D. Democratic Costs of Constitutionalisation. *European Law Journal*. 2015, pp. 460–473. DOI: <https://doi.org/10.1111/eulj.12139>

<sup>153</sup> SCHARPF, F. W. De-constitutionalisation and majority rule: A democratic vision for Europe. *European Law Journal*. 2017, pp. 315–334. DOI: <https://doi.org/10.1111/eulj.12232>

<sup>154</sup> Namely, HÖPNER, M., SCHMIDT, S. Can We Make the European Fundamental Freedoms Less Constraining? A Literature Review. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2020, pp. 182–204. DOI: <https://doi.org/10.1017/cel.2020.11>

<sup>155</sup> We can only mention here *légicentrisme* as a French legal doctrine. Firstly, we should distinguish it from *legalisme* as the rule of law and *legisme* as the philosophy school in ancient China. Art. 6 of the *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789* is a fertile soil, together with considering the constitution primarily a solemn proclamation. For rare reflections on that, see E. Ella, *Démocratie et légicentrisme* (Publibook 2019).

controlled to an unimaginable extent.<sup>156</sup> Moreover, it has provided them with a tool to favour the vaccinated persons in their home environment. Unsurprisingly, these policies have been controversial,<sup>157</sup> including possible assistance from the European Union. It is to be hoped that the legitimacy of this *legislative act* would be somewhat enhanced if it were established by the ‘European Law on EU COVID Digital Certificate’ (short title).<sup>158</sup> An overwhelming majority of MEPs supported this measure.<sup>159</sup> Yet, the noun *legitimacy* and the adjective *legitimate* in English and their equivalents in many other languages come from *lex*.<sup>160</sup>

Crises increase the current preference for regulations because of the need to react quickly. EU legislators do not need to express the view that directives are impractical.<sup>161</sup> The specific proposals of the European Health Union are also regulations.<sup>162</sup> Similarly, the expanding climate law is also increasingly resorting to this instrument.<sup>163</sup>

It may seem to the readers that this chapter repeats arguments already formulated. However, the mention of one recent EU ‘law’ reveals another problem of secondary law. Many laws (statutes) passed by national parliaments stipulate policies, some of which are quite controversial. Parliamentary elections can result in policy changes involving the repeal of the existing legislation or its amendment. Ordinary laws (statutes) also enjoy legitimacy because of their changeability.<sup>164</sup>

<sup>156</sup> Among others, THYM, D. Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal (Part I) and (Part II). *EU Immigration and Asylum Law and Policy*. 2020. Available at: <http://eumigrationlawblog.eu/travel-bans-in-europe-a-legal-appraisal-part-i/>; <http://eumigrationlawblog.eu/travel-bans-in-europe-a-legal-appraisal-part-ii/> [cit. 20. 6. 2021].

<sup>157</sup> Accompanied by significant hesitation of national and international institutions. In particular, the Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe 2361 (2021) COVID-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations, 7.3.1, 7.3.2 fuelled the opposition to any advocacy of vaccination or privileging the vaccinated.

<sup>158</sup> Regulation 2021/953 of the European Parliament and of the Council (...) on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable COVID-19 vaccination, test and recovery certificates.

<sup>159</sup> Final vote on 9/6/2021, 546 for, 93 against, 51 abstentions.

<sup>160</sup> The term has several meanings as the compliance with laws and rules (also legality), fairness and acceptance by a particular society. In the past, in often identified “true” heirs to throne or generally children born in wedlock.

<sup>161</sup> See recital 63 “Given the urgency of the situation related to the COVID-19 Pandemic, this regulation should enter into force on the day of its publication in the Official Journal of the EU.”

<sup>162</sup> Extending the mandates of the European Medicines Agency and the European Centre for Disease Prevention and Control reflects their establishment by regulations. The change is the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on serious cross-border threats to health and repealing Decision 1082/2013/EU, 11/11/2020, COM/2020/727, and in the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space, 22/5/2022 COM/2022/197 repealing Art. 14, Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council (...) on the application of patients’ rights in cross-border healthcare.

<sup>163</sup> See ECL, Regulation 2018/1999 of the European Parliament and of the Council on the Governance of the Energy Union and Climate Action (...), Regulation 2018/842 of the European Parliament and of the Council (...) on binding annual greenhouse gas emission reductions by Member States from 2021 to 2030 contributing to climate action to meet commitments under the Paris Agreement (...), or Regulation 2018/841 of the European Parliament and of the Council (...) on the inclusion of greenhouse gas emissions and removals from land use, land use change and forestry in the 2030 climate and energy framework (...).

<sup>164</sup> See GRIMM, D. *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*. C. H. Beck, 2016, pp. 101–120. DOI: <https://doi.org/10.17104/9783406688706>, identifying the tension between constitutionalism and democracy.



Even standard law-making by the European Parliament and the Council is quite demanding, but achieving this supermajority is desirable in a heterogeneous polity. However, this requirement also makes it difficult and often impossible to repeal them. Regulations and directives thus achieve a quasi-constitutional status. The COVID certificate is also legitimate because it exists for a limited period of time, and its renewal has necessitated a political re-evaluation.<sup>165</sup>

This unchangeability goes hand in hand with the fact that several regulations are considered to be the exclusive specification of the values laid down by the founding treaties as the Constitution of the European Union in all but name. An example is the General Data Protection Regulation, which is seen by some as a ‘data bible’. Even the politicians involved in its adoption admit that it is excessive.<sup>166</sup>

Sceptics would say that European (framework) laws in place of regulations and directives threaten to reinforce these tendencies. In this context, one can only emphasise the genuine respect for subsidiarity and proportionality. EU politicians and officials should exercise EU powers wisely. However, this is another issue that has been addressed in academic monographs and articles and that resonates in Euro-politics.<sup>167</sup> Optimists may respond that an appropriate terminology could increase the awareness of the nature of secondary law instruments and reduce over-regulation.

## Conclusions

If the Treaty establishing a Constitution for Europe had succeeded, we would have adopted and applied *European (framework) laws* instead of regulations and directives. This terminology would be commonplace within the past fifteen years. This change would undoubtedly not have prevented any of the crises that the European Union is now facing. Nevertheless, this terminology – in the EU’s twenty-four languages, as this supranational community is multilingual – could increase the legitimacy of EU secondary law, as it better reflects its nature. The European Parliament, as a directly elected body, approves them. Regulations and directives apply to individuals and transform national law. Its incidence in a few short titles suggests that the terminology is attractive even without such a reform. While we recognise its sensitivity, we propose to revive it in the context of the emerging discussions on the reform of the founding treaties.

<sup>165</sup> Until 30. 6. 2022 and 30. 6. 2023, see Art. 3, as amended by Regulation (EU) 2022/1035 of the European Parliament and of the Council (...) amending Regulation (EU) 2021/954 (...).

<sup>166</sup> VOSS, A. Fixing the GDPR: Towards Version 2.0. Position Paper. *axel-voss-europa.de* [online]. 25. 5. 2021. Available at: <https://www.axel-voss-europa.de/wp-content/uploads/2021/05/GDPR-2.0-ENG.pdf> [cit. 15. 11. 2022].

<sup>167</sup> Among others, see WEATHERHILL, S. The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court’s Case Law has become a “Drafting Guide”. *German Law Journal*. 2011, Vol. 12, no. 3, pp. 827–864. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200017120>

# Právna kvalifikácia manželstva Marca Antonia a Kleopatry\*

## Legal Qualification of Marriage of Marcus Anthony and Cleopatra

Martin Gregor\*\*

### Abstrakt

Údajné manželstvo medzi rímskym vojvodcom Marcom Antoniom a egyptskou kráľovnou Kleopatrou by mohlo predstavovať vynikajúci námet na prípadovú štúdiu zo starovekého manželského práva, ktorá by bola navyše spestrená o právne eventuality priamo zo života. Tento článok sa pokúsi aspoň čiastočne o rozpracovanie uvedenej myšlienky. Na základe historického a filologického výskumu predostrieme právnu a romanistickú analýzu ich vzájomného spolužitia, ktoré vykazovalo prvok medzinárodnosti, pričom zároveň poukážeme na zopár právnych inštitútov spojených s ich príbehom (napr. darovanie štátneho územia, právny režim bigamie a ďalšie otázky).

### Klíčová slova

Rímske právo; manželstvo; konkubinát; cudzinecké právo; Kleopatra; Marcus Antonius.

### Abstract

The alleged marriage between the Roman military leader Marcus Antonius and Queen Cleopatra of Egypt might present an excellent topic for a case study of ancient marriage law, which would also be diversified by legal eventualities flowing directly from life itself. This article attempts, at least partly, to develop this idea. Based on historical and philological research, we present both legal and romanist analyses of their mutual coexistence, which showed signs of internationality, whereas we point out the legal institutes associated with their life story (e. g. donation of state territory, legal regime of bigamy and other legal issues).

### Keywords

Roman Law; Marriage; Concubinage; *ius gentium*; Cleopatra; Marcus Antonius.

## Úvod

Charakter manželstva nebol v dejinách nemenný. Povaha tohto inštitútu bola do značnej miery pretváraná pod vplyvom meniacich sa spoločenských náhľadov. Napríklad v ranom

\* Príspevok bol podporený grantom č. APVV-17-0022 s názvom „Rímsko-kánonické vplyvy na slovenské verejné právo“. Témy článku boli prednesené ako habilitačná prednáška autora na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave dňa 15. 6. 2022.

\*\* Doc. JUDr. Martin Gregor, PhD., Katedra rímskeho práva, kánonického a cirkevného práva, Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika / Department of Roman Law, Canon Law and Ecclesiastical Law, Faculty of Law, Comenius University, Bratislava, Slovak Republic / E-mail: martin.gregor@flaw.uniba.sk / ORCID: 0000-0001-6168-9233 / Scopus ID: 57219350436

novoveku bolo pokladané za jednu zo sviatostí, ktorá spadala výlučne do režimu cirkevného práva.<sup>1</sup> Napríklad podobu katolíckeho manželstva ovplyvnil Tridentský koncil. Pritom nebolo vôbec zvláštne, ak rôzne konfesie v tej istej krajine podliehali odlišným pravidlám manželského spolužitia (niekde až do 20. storočia). Vďaka výdobytkom osvietenského absolutizmu (v našom priestore sa o to zasadil najmä Jozef II.) sa z manželstva stala vec právneho poriadku v režime „štátneho práva“. Čoskoro sa z manželstva vyprofilovala zmluva, ako to exaktne vyjadril napr. Všeobecný občiansky zákonník rakúsky (ABGB) v § 44: „*Rodinné pomery sa zakladajú manželskou zmluvou. Manželskou zmluvou prejavujú dve osoby rôzneho pohlavia zákonným spôsobom svoju vôľu žiť v nerozlučnom spoločenstve...*“<sup>2</sup> Aj v rímskom práve sa v súvislosti s uzatváraním manželstva tradične používal výraz „*contrahere*“, napriek tomu ho vôbec nechápali ako kontrakt. V klasickom rímskom práve išlo o faktickú skutočnosť, ktorá mohla kedykoľvek odpadnúť. Viazala sa jedine na vôľu žiť v manželstve, pričom pravidlá uzatvárania a zániku tohto „zväzku“ boli relatívne benevolentné.<sup>3</sup>

Rímske manželstvo bolo charakterizované prostredníctvom slávnej a vzletnej definície právnika Modestina, podľa ktorého ide o „*spojenie muža a ženy, spoločenstvo na celý život, vzájomnú účasť na božskom i ľudskom práve*“.<sup>4</sup> Z tejto trochu sprofanizovanej a filologicky nie bezproblémovej definície manželstva podľa rímskeho práva prvoplánovo vyplývajú tri skutočnosti:

- 1) ide o zväzok muža a ženy;
- 2) malo by ideálne trvať po celý ďalší život manželov (*consortium omnis vitae*);
- 3) okrem čisto spoločenskej stránky mohlo mať aj určité náboženské súvislosti.

Trvanie manželstva po celý život však bolo v praxi klasického práva skôr zbožným priáním, než normatívnym príkazom.<sup>5</sup> Aj náboženský charakter manželstva, ktorý bol prítomný

<sup>1</sup> O úprave manželstva vo vtedajšom cirkevnom práve a postupnej transformácii tohto inštitútu do oblasti svetského práva pozri BRAUNEDER, W. *Europäische Privatrechtsgeschichte*. Wien – Köln – Weimar: Böhlau Verlag, 2014, s. 81–84; BUCHHOLZ, S. *Recht, Religion und Ehe: Orientierungswandel und gelehrte Kontroversen im Übergang vom 17. und 18. Jahrhundert*. Frankfurt a. Main: V. Klostermann, 1988; s. 137 a nasl.; MEDER, S. *Familienrecht: Von der Antike bis zur Gegenwart*. Köln – Wien – Weimar: Böhlau Verlag, 2013, s. 72 a nasl. DOI: <https://doi.org/10.36198/9783838539010>; VACEK, J. *Manželské právo dle názorů církve římskokatolické. Díl I*. Brno: Čs. a. s. Právník, 1922, s. 40 a nasl.

<sup>2</sup> K úprave manželstva v ABGB pozri STUBENRAUCH, M. *Commentar zum allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch*. Erster Band. Wien: Verlag von Friedrich Manz, 1864, s. 110–113; SEDLÁČEK, Jaromír. *Rodinné právo*. Brno: Čs. a. s. Právník, 1934, s. 20.

<sup>3</sup> Práve faktickosť manželského zväzku ako kritérium rímskeho práva sa môže stať východiskom pre uznanie manželstva ako zväzku osôb, ktoré spolu fakticky žijú aj v súčasnosti. O týchto úvahách pozri DUTTA, A. *Paarbeziehungsregime jenseits der Ehe: Rechtsvergleichende und rechtspolitische Perspektiven*. *Archiv für civilistische Praxis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, roč. 206, č. 5, s. 638 a nasl. DOI: <https://doi.org/10.1628/000389916X14695180170561>

<sup>4</sup> D. 23, 2, 1 (Mod. 1 Reg.).

<sup>5</sup> Prvok celoživotného spoločenstva v tomto fragmente skritizoval medzi prvými už Siro Solazzi ako prejav kresťanského vplyvu na koncepciu manželstva v prospech tézy o jeho nerozlučiteľnosti, vyvinutej v poklasickej dobe. Pozri SOLAZZI, S. *Consortium omnis vitae*. *Annali della R. Università di Macerata*. Padova: Editrice Antenore, 1929, roč. 5, s. 27. Podľa viacerých autorov však musíme spojenie „*consortium omnis vitae*“ interpretovať úplne inak, než sa prvoplánovo ponúka: „celoživotné spoločenstvo“ nepoukazuje na nerozlučiteľnosť manželstva v rímskom práve, ale ide o prvok, ktorý je podmienený a vyplýva z vôle žiť v manželstve. pozri ROBLEDA, O. *Amore coniugale e matrimonio – „res facti“*. *Gregorianum*. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1970, roč. 51, č. 2, s. 369.

v archaických dobách, postupom času uvoľnil miesto čisto faktickému chápaniu manželského spoluzitia.<sup>6</sup>

Antika predstavovala dlho jeden z hlavných ideových zdrojov západnej kultúry, pričom mnohé jej motívy spracovali slávni spisovatelia a neskôr prenikli do masovej kultúry. Jeden z takýchto príbehov sa venoval aj láske Marca Antonia a Kleopatry.<sup>7</sup> Ich spoluzitie vyvolávalo množstvo dohadov. Nielen kuloárnych, ale dokonca aj historických a romanistických. Viaceré pramene totiž potvrdzujú, že vzájomne uzavreli manželstvo. Ich relatívne komplikovaný život by mohol byť námetom na spracovanie a analýzu „praktického prípadu“ z oblasti starovekého manželského práva, ktorého výhodou by bolo, že vychádza zo skutočných udalostí. Máme za to, že životné zákruty našich protagonistov ponúkajú viacero príležitostí na hlbšie zamyslenie a hodnotenie z pohľadu právneho romanistu. Takto nastavený cieľ si však v prvom rade vyžaduje, aby v tomto článku došlo k prepojeniu histórie a práva, pričom v určitých prípadoch aj právne dedukcie môžu prispieť k posilneniu jednej z teórií o tom, „ako to skutočne bolo.“ Na tomto základe sa článok pokúša pracovať so zachovanými prameňmi a ich interpretáciami, pričom historická exegéza môže byť z pohľadu interpretácie textu blízka aj právnikom.

## 1 Historické pozadie prípadu

Gaius Iulius Caesar – doživotný rímsky diktátor – bol zavraždený na marcové ídy v roku 44 p. n. l. *Sic semper tyrannis!*<sup>8</sup> Polarizovaná rímska spoločnosť sa následne rozdelila medzi Caesarových prívržencov a odporcov. Trvalo celé dva roky, kým v bitke pri macedónskom meste Philippi boli zástancovia rímskej republiky porazení. Na strane víťazov stál Caesarov adoptívny syn Gaius Octavius (63 p. n. l. – 14 n. l.)<sup>9</sup> a Caesarov najlepší vojvodca Marcus Antonius (82–30 p. n. l.), ktorý mal ešte zostať na východe ríše.<sup>10</sup> V Tarse ho na jar 41 p. n. l. zastihol príchod egyptskej kráľovnej Kleopatry VII. (69–30 p. n. l.), s ktorou už dlhší čas korešpondoval. Po mnohých oslavách ju nasledoval do Alexandrie. A tak, kým sa Antoniova manželka Fulvia<sup>11</sup> a brat Lucius pokúšali v Itálii bojovať proti vzráhajúcej moci Gaia

<sup>6</sup> Pre ilustráciu bližšie pozri HERSCH, K. *The Roman Wedding: Ritual and Meaning in Antiquity*. New York: Cambridge University Press, 2010, s. 227 a nasl. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511762086>

<sup>7</sup> Napríklad: SHAKESPEARE, W. *Antonius a Kleopatra*. Bratislava: Ikar, 2006, 181 s.

<sup>8</sup> „Tak končia tyrani,“ údajne zvolal Brutus. Na právnických fakultách v 19. storočí bola Caesarova vražda vďačným podnetom na diskusiu v rámci hodín právnej filozofie.

<sup>9</sup> Už vtedy vystupoval pod svojím adoptívnym menom *Gaius Iulius Caesar filius*, neskôr do dejín vošiel ako cisár Augustus, teda Vznešený.

<sup>10</sup> Spolu s Marcom Aemiliom Lepidom vytvorili tzv. druhý triumvirát, pozri BLEICKEN, J. *Zwischen Republik und Prinzipat: Zum Charakter des Zweiten Triumvirats*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990, s. 12 a nasl.; MILLAR, F. *Triumvirate and Principate*. *Journal of Roman Studies*. London-Cambridge: Cambridge University Press, 1973, roč. 63, s. 50–67. DOI: <https://doi.org/10.2307/299165>; GRATTAROLA, P. *I cesariani dalle idi di marzo alla costituzione del secondo triumvirato*. Torino: Tirrenia Stampatori, 1990, s. 74–79.

<sup>11</sup> Ako dodáva historik „Fulvia, na ktorej nebolo ženské nič, okrem pohlavia, všade rinčala zbraňami“ (Vell. Pat. 2, 74, 3). Neskorší životopisec ju opisuje veľmi nemilosrdne ako „frigidnú, chladnú a natoľko mocichtivú ženu, až kým ju jej ambície neprivedli na hranicu šialenstva“ (BUCHAN, J. *Augustus: Erster römischer Kaiser*. Herrsching: Pawlak, 1988, s. 41).

Octavia, sám Marcus Antonius zostával na Kleopatrinom dvore a žil ako súkromná osoba.<sup>12</sup> Úsilie jeho príbuzných napokon skončilo neúspechom. Nešťastná Fulvia čoskoro na to zomrela.<sup>13</sup>

V roku 40 p. n. l. sa Marcus Antonius vrátil do Itálie. Pokúsil sa nanovo usporiadať mocenské pomery tým, že uzavrel s Gaiom Octaviom zmluvu v Brundisiu, ktorou si triumvírovia rozdelili svoju sféru vplyvu.<sup>14</sup> V rámci posilnenia ich spojeneckých záväzkov zároveň padol návrh, aby sa čerstvo ovdovelý Marcus Antonius oženil s Octaviovou nevlastnou sestrou Octaviou. Uzavretie tohto zväzku vyvoláva pozornosť, lebo Octavia bola tiež čerstvou vdovou po úmrtí jej prvého manžela Gaia Marcella v máji 40 p. n. l. Ako napísal Plutarchos: „Všetci sa zisli v Ríme a slávilí svadbu, hoci zákon zakazoval vstupovať do manželstva skôr, než uplynúť desať mesiacov od manželovej smrti. Ale senát im svojim uznesením urobil výnimku kvôli Octavii.“<sup>15</sup> V danom prípade muselo dôjsť k prelomeniu inštitútu tzv. smútočného roku vdovy (*tempus lugendi*), ktorý trval presne desať mesiacov. Senát jej však udelil výnimku spod platnosti všeobecných pravidiel. Z hľadiska legality to bolo obvyklým gestom, keďže jednou z formujúcich sa právomocí senátu bolo aj udeľovanie výnimiek spod platnosti zákonov (*legibus solvere*).<sup>16</sup>

Antonius prejavoval istý čas vôľu žiť v manželstve s Octaviou. V Aténach dokonca prežili počas nasledujúceho roka šťastné obdobie. V roku 37 p. n. l. sa triumvírovia opätovne stretli v Tarente, pričom pri tej príležitosti sa Octavia rozhodla vrátiť späť do Ríma k bratovi, hoci naďalej ostala Antoniovou manželkou. Možno práve jej konanie urýchlilo Antoniovo rozhodnutie, aby sa od roku 37 p. n. l. opätovne vrátil ku Kleopatre do Egypta. Po príchode vykonal celkom mimoriadne gesto: Kleopatre daroval pod vládu jej koruny rímske územia, konkrétne celú Sýriu (vrátane Fenície, Judska, časti Kilíkie), ako aj ostrov Cyprus, ktorý v minulosti podliehal Ptolemaiovcovi. V tejto súvislosti vzniká ústavnoprávna otázka, či tak smel Antonius urobiť a vzdať sa časti územia v mene Rímskej ríše (*imminutio imperii Romani*). Postúpenie územia medzi štátmi je rovnako otázkou práva medzinárodného. Okrem toho Marcus Antonius legitimoval deti, ktoré sa Kleopatre narodili z ich prvého dlhšieho vzťahu pred troch rokov: išlo o chlapca Alexandra Helia a dievča Kleopatru Selenu.

<sup>12</sup> App. Bell. civ. 5, 10: „Nevyčkal, keď sa rozbitá krajina upokojí, ale rozdelil svoje vojsko do jednotlivých provincií, aby tam prezímovalo a sám šiel do Egypta za Kleopatrou. Tá ho privítala okázalo. Antonius v Egypte prezímoval bez toho, aby dával najavo, že je vrchným veliteľom, žil a vystupoval ako súkromná osoba.“

<sup>13</sup> FISCHER, R. *Fulvia und Octavia: Die beiden Ehefrau des Marcus Antonius in den politischen Kämpfen der Umbruchszeit*. Berlin: Logos Verlag, 1999, s. 147.

<sup>14</sup> Bližšie pozri GREGOR, M. *Rímsky štát a právo za vlády cisára Augusta*. Praha: Leges, 2018, s. 34.

<sup>15</sup> Plut. Ant. 31; Podobne aj App. Bell. civ. 5, 64.

<sup>16</sup> Smútočný rok (podľa toho niekedy *annus lugendi*) ženám dovoľoval uzavrieť nové manželstvo až desať mesiacov po zániku toho predchádzajúceho. Mal zaistiť, aby nevznikla neistota o otcovstve prípadného dieťaťa v dôsledku súbehu príslušných domniek podľa rímskeho práva. Ak by žena za bežných okolností smútočný rok porušila, stávala sa nečestnou (*infamia*). Uvedené pravidlá sa dodržiavali už v archaickom rímskom práve, ako dosvedčuje napr. Plutarchos v životopise druhého rímskeho kráľa (Plut. Num. 12, 2): „*Numa ďalej stanovil obdobie smútku podľa veku a období. V zmysle jeho zásad [...] najdlhšie obdobie smútku bolo desaťmesačné. Aj manželky zosnulých museli takto dlho zachovávať vdovstvo. Žena, ktorá sa vydala skôr, musela podľa Numových zákonov obetovať telnú kravu.*“ Vo všeobecnosti k tomu pozri RASI, P. *Tempus lugendi*. In: *Scritti in onore di Contardo Ferrini I*. Milano: Vita e Pensiero, 1947, s. 393–409; YARON, R. *Ad secundas nuptias convolare*. In: *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae I*. Leiden: Brill, 1968, s. 263–279.

V nasledujúcich rokoch zamestnávalo Antoniovu myseľ vojenské ťaženie proti Partskej ríši zväčša na území starovekého Arménska.<sup>17</sup> Po jeho nie až tak presvedčivom víťazstve v roku 34 p. n. l. usporiadal triumf, ktorý sa celkom mimoriadne nekonal v Ríme, ale v Alexandrii. Pri tej príležitosti verejne vyhlásil, že Kleopatra bola legitímnou manželkou Gaia Iulia Caesara a ich spoločného syna Caesariona vyhlásil za legitímneho spoluvládcu nad Egyptom, Cyprom, Líbyou a časťou Sýrie. Syna Alexandra, ktorého mal Antonius od Kleopatry, vyhlásil za kráľa Arménska, ich mladšieho syna Ptolemaia za kráľa Fenície.<sup>18</sup> Kleopatre udelil titul „kráľovná kráľov“ (βασιλισσα βασιλέων).

Tieto udalosti upriamili pozornosť Rimanov na rozmarne správanie Marca Antonia, pričom kritike verejnej mienky neušlo, že sa v roku 32 p. n. l. pomerne nedôstojne rozviedol s Octaviou po vyostrení nezhôd s jej nevlastným bratom Octaviom. Octavia totiž aj po svojom návrate do Ríma naďalej bývala v dome Marca Antonia, navyše sa starala o jeho deti, ktoré v Ríme ostali. V dôsledku udržiavania dekóra sa aj naďalej pokladala za jeho plnoprávnu manželku. Po príchode Antonia a Kleopatry z Alexandrie do Atén, však „*poslad do Ríma mužov, ktorí mali Octaviu vyhnat' z jeho domu. A ona vraj odišla...*“<sup>19</sup> Zrejme spolu s nimi Antonius zaslal svojej manželke aj rozvodový list.<sup>20</sup>

Nepriazeň Rimanov voči Antoniovi ešte vyburcoval Gaius Octavius tým, že v senáte prečítal jeho závet, ktorý podľa najčastejšie uvádzanej verzie opatrovali vestálske kňažky.<sup>21</sup> Antonius si v ňom želal, aby bol pochovaný v Egypte, pričom Kleopatru a ich spoločné deti ustanovil za dedičov veľkého majetku. Tento politicky kľúčový ťah Gaia Octavia tiež otvára viacero právnych otázok o povahe a platnosti tohto závetu. Následne sa obaja bývalí spojenci ocitli vo vojne, ktorá skončila v roku 30 p. n. l. smrťou Marca Antonia a neskôr aj jeho manželky Kleopatry.<sup>22</sup>

V rámci sumarizácie spomeňme, že manželstvo Marca Antonia a Kleopatry je spoľahlivo doložené v prameňoch. Napriek tomu je jeho charakter stále predmetom vedeckých diskusií. Určitá neistota vyplýva najmä zo skutočnosti, že jednotliví autori sa dosiaľ nezjednotili na dobu jeho vzniku a trvania. Svadobný obrad sa totiž nekonal verejne. Predmetom nášho skúmania teda nebude len charakter manželstva „s cudzím prvkom“, uzavreté medzi rímskym občanom a egyptskou kráľovnou, ale posúdenie komplikovaného praktického prípadu.

<sup>17</sup> Porovnaj BENGTON, H. *Zum Partherfeldzug des Antonius*. München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1974, 48 s.

<sup>18</sup> Plut. Ant. 54.

<sup>19</sup> Plut. Ant. 57.

<sup>20</sup> GARDTHAUSEN, V. *Augustus und seine Zeit. Zweiter Teil. Erster Halbband*. Leipzig: Verlag von B. G. Teubner, 1891, s. 175.

<sup>21</sup> CROOK, J. A Legal Point about Mark Antony's Will. *Journal of Roman Studies*. London-Cambridge: Cambridge University Press, 1957, roč. 47, č. 1–2, s. 37. DOI: <https://doi.org/10.2307/298563>; SYME, R. *Roman revolution*. Oxford: Oxford University Press, 1974, s. 282. Jeho závet súvisí s posúdením statusu potomkov Marca Antonia a Kleopatry a tým má dopad aj na ich manželstvo. Tieto deti by totiž podľa rímskeho práva boli zrejme cudzincami, ako to vyplýva z Gaiovej učebnice: „Či už si rímsky občan vezme za ženu cudzinku, alebo cudzinec si vezme rímsku občianku, má ten, kto sa z tohto manželstva narodí, postavenie cudzinca [...] Je jasné, že hovoríme iba o tých, ktorí nemajú vzájomné právo uzavrieť manželstvo.“ (Gai Inst. 1, 75–76). Je sporné, či by ich deti mohli ako cudzinci vystupovať v pozícii testamentárnych dedičov, či odkazovníkov.

<sup>22</sup> Pozri Flor. ep. 2, 21, 8–10.

Existuje hneď niekoľko indícií, kedy sa ich svadba mohla uskutočniť. Preto sa aj v literatúre dátum uzavretia manželstva rôzni podľa zlomových udalostí v ich spoločnom živote:

- 1) niektorí autori tvrdia, že uzavreli manželstvo už v rokoch 41–40 p. n. l., keď Antonius po prvý krát strávil v Alexandrii po boku Kleopatry dlhší čas, pričom malo ísť o zväzok, uzavretý výlučne podľa egyptských zvykov a v tejto krajine bol zároveň pokladaný za legitímny;<sup>23</sup>
- 2) prevažná väčšina autorov sa prikláňa k alternatíve roku 36 p. n. l., keď sa Antonius prakticky opäť vrátil ku Kleopatre a daroval jej rímske územia v Sýrii a na Cypre;
- 3) ďalšou možnosťou by bolo datovanie ich svadby do roku 34 p. n. l., keď Antonius usporiadal tzv. Alexandrijský triumf, pričom im deťom udelil kráľovské tituly a tomu zodpovedajúce územia;
- 4) napokon najmenej problematickou by sa zdala verzia, ak by Antonius a Kleopatra uzavreli manželstvo v roku 32 p. n. l., prípadne neskôr, teda po Antoniovom rozvode so svojou rímskou manželkou Octaviou.

## 2 Dôkaz manželstva pomocou listu zo Suetoniovoho životopisu

Rímsky historik Suetonius sa vo svojom životopisnom diele (*De viis Caesarum*) vrátil k listu, ktorý údajne Marcus Antonius napísal samotnému Octaviovi. List má dôvernú povahu, pričom v jeho rámci Antonius nabáda adresáta, aby nezasahoval do jeho súkromného života, ak sám Octavius nežije celkom cnostne. Prenechajme priestor Suetoniovi: „*Raz mu Antonius, keď ešte nebol s ním celkom pohnevaný a nedošlo medzi nimi k otvorenej roztržke, dôverne napísal: „Čože si sa tak zmenil? Že obcujem s kráľovnou? Ved' je to moja žena. Začal som s ňou žiť len teraz, a či už pred deviatimi rokmi?“*“<sup>24</sup>

Dovoľujeme si upriamiť pozornosť na výraz „Ved' je to moja žena“, ktorý v origináli znie „*Uxor mea est,*“ pričom slovo „*uxor*“ relatívne presvedčivo poukazuje na legitímny manželský vzťah.<sup>25</sup> Celkový kontext Suetoniovej kapitoly poukazuje na to, že tento list mohol Antonius napísať okolo roku 32 p. n. l., čo by vzhľadom na určenie „začal som s ňou žiť pred deviatimi rokmi“ jasne odkazovalo na uzavretie manželstva v období rokov 41–40 p. n. l.

Voči Suetoniovmu svedectvu sa objavili dve zásadné námietky, ktoré znižujú jeho autenticitu. Prvá z nich má historickú povahu. Suetonius sa vo svojom životopise snaží navodiť dojem, akoby doslova citoval istý list Marca Antonia vo vzťahu k Octaviovi. V antickej literatúre sa však len málokedy používala exaktná citačná technika zachovaného prameňa. Už len prakticky nie je uveriteľné, aby sa do Suetoniovej doby (začiatok 2. storočia nášho letopočtu) zachoval list, ktorý by prostredníctvom Marca Antonia obviňoval Gaia Octavia ako neskoršieho zakladateľa principátu z nemorálneho správania, ba sexuálneho predátorstva, ako list pokračoval ďalej. Octavius vošiel totiž do dejín aj ako obnoviteľ rímskej morálky, napokon sám presadil svoje rodinné a mravnostné zákonodarstvo.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> WEIGALL, A. *The Life and Times of Cleopatra, Queen of Egypt*. London: Routledge, 2004, s. 244.

<sup>24</sup> Suet. Div. Aug. 69: „*Quid te mutavit? Quod reginam in eo? Uxor mea est. Nunc coepi an abhinc annos novem?*“

<sup>25</sup> VAAN, M. *Etymological Dictionary of Latin and the other Italic Languages*. Leiden: Brill, 2008, s. 649.

<sup>26</sup> Napr. Júliov zákon o cudzoložstve (*Lex Iulia de adulteriis coercendis*).

Oveľa pravdepodobnejšie je, že Suetonius – ktorý sa nezriedka označuje za zberateľa dvorných klebiet – rekonštruoval zmieneny list na základe ústne tradovaného podania. Okrem toho sa zrejme sústredil na to, aby bol jeho text živý a pokiaľ možno dramatický. Takým spôsobom sa mohli výraznejšie a presvedčivejšie vykresliť povahové vlastnosti oboch aktérov, ktoré sú inak celkom vierohodné.<sup>27</sup> Nie nadarmo sa hovorí, že „*Suetonius hľadel na dejiny prostredníctvom cností a pokleskov jednotlivých cisárov [...] presnosť zdrojov analitickej metódy nabradil bystrým pozorovaním charakterov.*“<sup>28</sup> Iný autor zdôrazňuje, že Suetoniov životopis Augusta je posiaty pochybnými a rozpornými miestami.<sup>29</sup>

Druhá výhrada mala filologický ráz. Do Suetoniovho textu mohla v dôsledku viacerých vydaní diela celkom seriózne zasiahnuť grafická chyba. Interpolácia by v podaní nemeckého filológa Konrada Krafta mohla spočívať v zámene opytovacej vety s oznamovacou.<sup>30</sup> Podľa neho by dotknutý úryvok mohol vyzerať nasledovne: „*Čože si sa tak zmenil? Že obcujem s kráľovnou? Je to moja žena? Začal som s ňou žiť len teraz, a či už pred deviatimi rokmi?*“<sup>31</sup> Zmena interpunkčného znamienka by teda zásadne zmenila význam celej vety, čo podporil aj Volterra.<sup>32</sup> Skrytej otázke v konštatovaní „*uxor mea est*“ nasvedčuje podľa niektorých autorov aj umiestnenie týchto slov v prostriedku medzi dvoma ďalšími opytovacími vetami.

V neposlednom rade možno namietat', že výraz „*uxor*“ nemusí predstavovať ekvivalent len pre manželku, teda ženu žijúcu v legitímnom rímskom manželstve, hoci ide názor, voči ktorému možno nájsť opozitnú mienku. Avšak napr. podľa Guarina možno takým spôsobom označiť aj konkubínu nerímskeho pôvodu, s ktorou Antonius síce fakticky žil, ale bez právneho puta, lebo aj keby s Kleopatrou spolunažíval „podľa obyčajov a mravov cudzincov“, nikdy by sa nemohla honosiť titulom manželky (*uxor*) podľa rímskeho práva.<sup>33</sup> Keďže Antonius v liste následne vypočítava Octaviove previnenia vernosti voči manželke Livii, sám obsah napovedá, že „primitívnu, vojenskou rečou“ hovorí o milenkách, nie o manželkách. Potenciálne uzavretie manželstva Marca Antonia a Kleopatry okolo roku 40 p. n. l. naráža na skutočnosť, že následne po smrti Fulvie uzavrel politicky výhodné manželstvo

<sup>27</sup> FUNAIOLI, G. Suetonius. In: *RE (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft)*, 2, 7. Stuttgart: J. B. Metzler, 1931, s. 611. Pozri aj DENNISON, W. The Epigraphic Sources of Suetonius. *American Journal of Archaeology*. Chicago: Archaeological Institute of America, 1898, roč. 2, č. 1–2, s. 28. DOI: <https://doi.org/10.2307/496775>

<sup>28</sup> MATTHEWS, J. The Emperor and his Historians. In: *A Companion to Greek and Roman Historiography I*. Oxford: Blackwell-Publishing, 2007, s. 292. Podobné motívy boli sčasti vlastné ešte aj stredovekým kronikárom: „*Autor chce gradáciou textu upútať čitateľa. Preto sa kroniky nachádzajú na hranici historických a literárnych prameňov a nemožno ich vždy pokladať za vierohodné.*“ BARTL, J. Kroniky. In: *Lexikón slovenských dejín*. Bratislava: Slovenské pedagogické nakladateľstvo, 1997, s. 241.

<sup>29</sup> SMITH, Ch. On the Edges of History. In: *Omnium Annalium Monumenta: Historical Writings and Historical Evidence in Republican Rome*. Leiden: Brill, 2018, s. 121.

<sup>30</sup> KRAFT, K. Zu Sueton, Divus Augustus 69, 2: M. Anton und Kleopatra. *Hermes: Zeitschrift für klassische Philologie*. Berlin-Leipzig: Akademie Verlag, 1967, roč. 95, č. 4, s. 497.

<sup>31</sup> V origináli by to znelo takto: „*Quid te mutavit? Quod reginam in eo? Uxor mea est? Nunc coepi an abhinc annos novem?*“

<sup>32</sup> VOLTERRA, E. Ancora sul matrimonio di Antonio con Cleopatra. In: BALLERSTEDT, K. (ed.). *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*. Köln: Otto Schmidt, 1978, s. 206.

<sup>33</sup> GUARINO, A. Konrad Kraft, Gesammelte Aufsätze zur Antiken Geschichte und Militärgeschichte, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1973. In: *Labeo: Rassegna di diritto romano*. Napoli: Jovene, 1975, roč. 21, č. 3, s. 393.



s Octaviou, nevlastnou sestrou svojho kolegu v triumviráte. Plutarchos v tejto súvislosti uvádza, že Antonius „svoj pomer ku Kleopatre nezakrýval, ale nechcel pripustiť, že by bola jeho manželkou.“<sup>34</sup> Preto možno uzavrieť ako pravdepodobné, že v danom období neprejavoval Kleopatre manželskú náklonnosť a preto aj následné manželstvo s Octaviou uzavrel riadne. Suetoniova správa sa nezdá byť v podrobnostiach dôveryhodná.

### 3 Žiadne manželstvo alebo dvojmanželstvo?

Uzavretie manželstva medzi Kleopatrou a Antoniom sa najčastejšie spája s udalosťami v roku 36 p. n. l., keď daroval jej korune rozsiahle územia na Blízkom Východe.<sup>35</sup> Dôkaz o ich svadbe nepriamo poskytujú zachované epigrafické nápisy, podľa ktorých došlo v tom čase k prečíslovaniu rokov Kleopatrinej vlády. Hoci Egyptu vládla už šestnásť rok, v nápisoch sa odvtedy možno stretnúť s datovaním od prvého roku. Niektorí vedci z toho usudzujú, že v dôsledku svadby s Kleopatrou sa Marcus Antonius stal jej spoluvládcom. V tejto optike sa zvyknú darované rímske územia charakterizovať ako „*Morgengabe*“ (dar ženicha po svadobnej noci).<sup>36</sup> Iní autori pokladajú domnienky o svadbe za veľmi implicitné, pričom zmenu číslovania pripisujú práve získaniu nových území, ktoré sa ocitli pod Kleopatrinou kontrolou.<sup>37</sup> Napriek tomu by ďalším markantným prejavom ich prípadného manželstva mohla byť aj verejná legitimácia ich spoločných detí (v tomto smere sme inšpirovaní poklaskickým spôsobom *per subsequens matrimonium*), ktoré sa narodili po prvej etape ich vzťahu (v roku 41–40 p. n. l.). Tu sa možno pozastaviť pri skutočnosti, že ich deti by boli z pohľadu rímskeho práva aj tak cudzincami. V neposlednom rade manželstvu opäť nepriamo nasvedčuje aj razenie mincí, na ktorých sa nachádzalo spoločné vyobrazenie Kleopatry a Marca Antonia.

Ak by sa Marcus Antonius predsa len rozhodol v danom období oženit' s Kleopatrou, jeho konanie by z pohľadu práva vyvolávalo závažné konzekvencie. Doktrína totiž trvá na tom, že Antoniovo manželstvo s Octaviou bolo platné a skončilo sa rozvodom až v roku 32 p. n. l. (aj po návrate do Ríma Octavia bývala v dome Marca Antonia, starala sa o jeho deti a pokladala sa za jeho manželku). V tom istom čase mohol mať Marcus Antonius manželku nielen v Ríme, ale aj v Ríme, čo znamená, že sa dopúšťal dvojmanželstva (bigamie). Náznak kontroverzného správania dosvedčuje zmienka z Plutarchových životopisov: „*Antonius mal naraž dve manželky, na čo si netrúfol nijaký Riman, potom však vyhnal tú, čo mala rímske občianstvo a bola jeho zákonnou manželkou, aby si vzal cudzinku, ktorá s ním žila nezákonne.*“<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Plut. Ant. 31.

<sup>35</sup> V literatúre napríklad STRACK, M. Kleopatra. In: *Historische Zeitschrift*. Berlin: Oldenbourg Verlag, 1916, roč. 115, s. 489. DOI: <https://doi.org/10.1524/hzhz.1916.115.jg473>

<sup>36</sup> KROMAYER, J. Kleine Forschungen zur Geschichte des zweiten Triumvirats. In: *Hermes*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1894, roč. 29, č. 4, s. 583.

<sup>37</sup> GARDTHAUSEN, V. Die Scheidung der Octavia und die Hochzeit der Kleopatra. In: ILBERG, J. (ed.). *Neue Jahrbücher für das klassische Altertum und Geschichte*. Leipzig: B. G. Teubner, 1917, roč. 20, s. 161.

<sup>38</sup> Plut. comparatio Demetr. c. Anton. 1, 4: „*Αντώνιος δὲ πρῶτον μὲν ὁμοῦ δύο γυναῖκας ἡγάγετο, πρῶγμα μηδὲν Ῥωμαίῳ τετολμημένον...*“

Text je pomerne náročný z interpretačného hľadiska. V prvej časti totiž hovorí o páchaní bigamie, no následne pokračuje tvrdením, že keď Antonius vyhnal rímsku manželku, vzal si egyptskú kráľovnú, s ktorou žil nezákonne (tu si možno položiť dôležitú prejudiciálnu otázku, či sa pod nezákonnosťou myslelo protiprávne konanie v zmysle bigamie, prípadne iba podľa rímskeho práva nezákonné, inak povedané nelegitímne manželstvo, resp. vzťah s osobou, ktorá nemá *conubium*). Podstata textu podľa nás tkvie práve v obvinení Antonia z bigamie. Prítomnosť tejto „manželskej prekážky“ však ostáva problematickou pri väčšine eventuálnych dátumov ich sobáša v rokoch 41–32 p. n. l. Len uzavretie manželstva po rozvode s Octaviou by podobnú ťažkosť nespôsobilo. Je potrebné si pritom uvedomiť, že spojenie medzi Marcom Antoniom a Kleopatrou vôbec nenarušilo legitimitu spojenia medzi ním a Octaviou, keďže tento zväzok bol uzavretý nielen skôr, ale zároveň bol jediným platným podľa rímskeho práva. Kleopatra nemala rímske *ius conubii*.

Z pohľadu rímskeho práva bolo iné, než monogamné manželstvo ťažko predstaviteľné. Jeho základný cieľ sa upriamoval na spolužitie jedného muža a ženy, pričom jeden subjekt predsa nemohol prejavovať manželskú náklonnosť (*affectio maritalis*) viacerým osobám. Táto vlastnosť mala čisto faktickú povahu a bola kedykoľvek odvolateľná. Ak Marcus Antonius raz uzavrel legitímne manželstvo (*iustae nuptiae*) s Octaviou, to trvalo dovtedy, kým bola zachovaná obojstranná vôľa žiť v manželstve. Nikto nepopiera, že jej zánik dal Antonius najavo v okamihu, keď Octaviu nechal vyhnúť zo svojho domu v roku 32 p. n. l. (zrejme spolu s listom o zapudení). Preto len jeden zväzok Marca Antonia mohol byť pokladaný za manželstvo, druhý vzťah by preto mohol ostať len cudzoložstvom. Na druhej strane si položíme otázku, čo ak Marcus Antonius psychologicky už dávno stratil *affectio maritalis* k Octavii a zostával s ňou zosobášený len formálne (napr. kvôli politickým ohľadom)? Sme toho názoru, že ak bola manželská náklonnosť prejavovaná verejne, vnútorná výhrada – nechut' – bola irelevantná.

Napokon práve podozrenie zo spáchania dvojmanželstva podľa nás definitívne vyvracia relevanciu Suetoniovho listu, ktorý bol predmetom skoršej analýzy. V jeho rámci Antonius odhaľuje Octaviovi manželstvo s Kleopatrou, čím sa svojmu rímskemu švagrovi súčasne priznáva, že uzavrel manželstvo v Ríme i v Egypte. Keďže predmetný list mal byť napísaný ešte v čase zdanlivého mieru medzi Octaviom a Antoniom, je o to viac nepravdepodobné, aby túto skutočnosť zdôrazňoval. Predstavitelia filologickej teórie, založenej na zmene interpunkčných znamienok a tým aj celkového významu textu, naopak z toho vyvodzujú záver, že na základe Suetoniovho tvrdenia disponujeme autentickou správou Marca Antonia ešte z roku 32 p. n. l., že s Kleopatrou žiadne manželstvo neuzavrel a to ani podľa rímskeho, egyptského, či cudzineckého práva. „Uzavretie manželstva teda nasledovalo až po rozvode s Octaviou [máj až jún roku 32 p. n. l.], pokiaľ vôbec niekedy Marcus Antonius uzavrel nejaký plnohodnotný zväzok.“<sup>39</sup>

Aj podľa najnovších výskumov bolo vykreslenie hĺbky vzťahu medzi Antoniom a Kleopatrou do značnej miery ovplyvnené politickou propagandou za vlády cisára Augusta, čo vďaka prevzala neskoršia romantická tradícia (napr. Shakespeare). Témy ako úpadok, orientálna

<sup>39</sup> KRAFT, K. Zu Sueton, Divus Augustus 69, 2: M. Anton und Kleopatra. In *Hermes: Zeitschrift für klassische Philologie*. Berlin: Akademie Verlag, 1967, roč. 95, č. 4, s. 499.

dekadencia, submisívne postavenie Antonia voči Kleopatre, to všetko malo politický potenciál pre posilnenie pozícií jeho nepriateľa. V skutočnosti sa ich vzťah mohol zakladať oveľa výraznejšie na politickom spojení. <sup>40</sup> Keďže samotný motív lásky bol snáď v realite preexponovaný, o to viac by mohli byť prehnané úvahy o ich potenciálnom manželstve. <sup>41</sup>

Jeho existenciu by podľa divokejších úvah mohol vylúčiť zákaz darovania medzi manželmi. Marcus Antonius predsa daroval Kleopatre rozsiahle územia Rímskej ríše, pričom tento prípad by zdanlivo mohol predstavovať exemplárne naplnenie zmyslu tohto inštitútu, v dôsledku čoho manželka nemala zneužívať mužovu priazeň. <sup>42</sup> Na druhej strane možno spochybnit', či darovanie rímskeho územia bolo vôbec v súlade s právom, minimálne či nešlo o svojvoľný akt triumvira. Ak darovanie bolo v rozpore s verejným právom, tým menej dôležité by bolo porušenie súkromnoprávneho zákazu darovania medzi manželmi. V tejto súvislosti sa vyskytujú aj tvrdenia, že Marcus Antonius sa ako rímsky úradník nemal právo oženit' so ženou z regiónu, ktorý spravoval, prípadne zaňho niesol zodpovednosť.

#### 4 Komparácia s ostatnými prameňmi

Záver, ktorý vyplýva iba z jednej interpretácie Suetoniovoho listu, však nemožno ešte pokladať za opodstatnený aj vzhľadom na to, že viaceré ďalšie pramene tiež poukazujú na existenciu ich manželstva. Zo zlomkov rímskeho historika Tita Livia sa napríklad dozvedáme, že: „*Antonius daroval Arménske kráľovstvo svojmu synovi, ktorého matkou bola Kleopatra. Už skôr k nej zahorel láskou a začal ju považovať za svoju manželku.*“ <sup>43</sup> Kým darovanie predmetného kráľovstva možno datovať do roku 34 p. n. l., uzavretie ich manželstva by snáď bolo možné podľa naznačených intencií zasadiť do roku 36 p. n. l. Aj v tomto úryvku sa používa výraz „*uxor*“, pričom v doslovnom preklade z latinčiny by sme mohli hovoriť o tom, že Kleopatra iba zaujala miesto jeho manželky, čo je pomerne opatrná formulácia.

Ďalej sa k tomuto príbehu vrátil aj Publius Ovidius Naso vo svojich *Premenách* či *Metamorfózach*, keď vzhľadom na zásluhy cisára Augusta odkázal aj na „*pád egyptskej manželky rímskeho vojvodu, ktorá daromne vkladala nádeje do svojej svadby, lebo márne brožilo, že sa Kapitol stane sluhom jej Kanopu.*“ <sup>44</sup> Na tomto mieste autor poeticky vykreslil vzťah Antonia a Kleopatry pomocou personifikácie kultového strediska Rimanov (Kapitolu) a miesta zábavy bohatých Alexandrijčanov (*Canopus*). <sup>45</sup> Dôležitejšie je, že na tomto mieste Ovidius použil výraz

<sup>40</sup> HOSE, M. *Erneuerung der Vergangenheit: Die Historiker im Imperium Romanum von Florus bis Cassius Dio*. Leipzig: B. G. Teubner, 1994, s. 308.

<sup>41</sup> BUCHHEIM, H. *Die Orientpolitik des Triumvirn M. Antonius*. Heidelberg: C. Winter, 1960, s. 103.

<sup>42</sup> VOLTERRA, E. Ancora sul matrimonio di Antonio con Cleopatra. In: BALLERSTEDT, K. (ed.). *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*. Köln: Otto Schmidt, 1978, s. 210.

<sup>43</sup> Liv. per. 131: „[Cleopatra] *quam uxoris loco iam pridem captus amore eius habere coeperat*“. Na nespútanú lásku Marca Antonia upozornil aj Velleius Paterculus (2, 82, 4): „*Keď potom ohnivá láska ku Kleopatre ešte stupňovala jeho charakterové vady*“ [... *crescente deinde et amoris in Cleopatram incendio et vitiorum*].

<sup>44</sup> Ovid. Met. 15, 826: „*Romanique ducis coniunx Aegyptia taedae non bene fisa cadet, frustraue erit illa minata, servitura suo Capitolia nostra Canopo.*“ Práve Velleius je však príkladom historika vernému Augustovi.

<sup>45</sup> Rufinus, Hist. eccl. 2, 26. Pozri aj: THISSEN, H. *Canopus*. In: *Lexikon der Ägyptologie. Band III. (Horhekenu – Megeb)*. Wiesbaden: Otto Harrassowitz Verlag, 1980, s. 321.

„*coniunx*“.<sup>46</sup> Rovnako sa na adresu Kleopatry vyjadril vo svojom slávnom diele Vergílius, keď pri charakterizovaní námornej bitky pri Actiu použil na označenie Kleopatry slová „*Aegyptia coniunx*“.<sup>46</sup> Popri tom, že uvedený termín môže primárne evokovať slová „žena“ – „manželka“ – rovnako ho mnohí romanisti používajú aj na označenie konkubíny, prípadne partnerky. súložnice.<sup>47</sup> Ak teda bolo medzi nimi uzavreté nejaké manželstvo, rozhodne ho pramene dokumentujú omnoho menej presvedčivo, než by sa na prvý pohľad zdalo.

## Záver

V jadre článku sa čitateľ oboznámil so skutkovým stavom a právnymi východiskami načrtnutej kauzy. Pre rímske právo a staroveké právne dejiny vôbec je signifikantné, že exaktnú odpoveď na naše otázky už len z dôvodu fragility pramenného materiálu nemožno očakávať. Na základe tohto výskumu môžeme nastoliť len určité hypotézy. Je celkom pravdepodobné, že vzťah medzi Kleopatrou a Antoniom predsa len prerástol do manželstva. Takéto spojenie sa nemohlo prezentovať ako legitímne manželstvo z hľadiska rímskeho práva. Kvôli statusu kráľovnej Kleopatry (ako cudzinka nemala *ius conubii*) do úvahy prichádzala možnosť, aby uzavreli manželstvo podľa egyptského práva. Hoci takéto spojenie rímske právo fakticky uznávalo ako tzv. manželstvo podľa cudzineckého práva (*matrimonium iuris gentium*), v kozme rímskeho práva mu neprisozovali žiaden význam, s ktorými by sa spájali práva a povinnosti. Zo strany Egyptanov by sa bolo nutné skôr vyrovnat' s tým, že Kleopatra a jej (hoc nelegitímne) deti s Antoniom patrili ako členovia vládnucej dynastie medzi bohov. Podľa legendy sa aj Antonius v poslednom období života chcel štylizovať do role boha Dionýza, božský status by naňho zrejme prešiel skrze manželstvo s bohyňou.

<sup>46</sup> Vergil. Aen. 6, 688.

<sup>47</sup> BONFANTE, P. *Corso di Diritto Romano I.: Diritto di Famiglia*. Roma: Attilio Sampaolesi, 1925, s. 232.



# WINTR, Jan. Proměny parlamentní kultury\*

Praha: Auditorium, 2021, 328 s. ISBN 978-80-87284-90-2

Kateřina Ochodková\*\*

Na konci roku 2021 pražské nakladatelství Auditorium vydalo knihu Jana Wintra *Proměny parlamentní kultury*. Touto knihou se Wintř, profesor teorie, filozofie a sociologie práva působící na Katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy, snaží navázat na svůj pravděpodobně nejznámější odborný počín, knihu *Česká parlamentní kultura* z roku 2010.<sup>1</sup> V ní se zabýval českým parlamentem od jeho vzniku v roce 1993 do roku 2010. Svou pozornost přitom zaměřil především na improvizovanou parlamentní kulturu panující v Poslanecké sněmovně a problémy s ní spojené. Nejen díky nezpochybnitelnému informačnímu přínosu knihy, ale též díky Wintřově pečlivé práci se stenoprotokoly, jíž dokázal čtenářům<sup>2</sup> originálním způsobem zprostředkovat průběh jednání na plénu Poslanecké sněmovny, se knize dostalo kladných ohlasů<sup>3</sup> a stala se tak výchozí četbou pro zájemce o parlamentarismus. Wintř si tak úmyslem sepsat její pokračování sám sobě nastavil pomyslnou laťku kvality poměrně vysoko. V recenzi nejdříve shrnu obecná východiska knihy a upozorním na některé nové otázky, kterým se Wintř v knize věnuje oproti prvnímu dílu. Poté se budu detailněji věnovat obsahu jednotlivých kapitol práce a závěrečnému hodnocení knihy.

Na *Českou parlamentní kulturu* navazují *Proměny parlamentní kultury* časově, metodologicky, tematicky i strukturálně. Wintř v nich tak analyzuje šesté (2010–2013), sedmé (2013–2017) a osmé (2017–2021) volební období Poslanecké sněmovny, v případě Senátu se zabývá jeho funkčními obdobími po roce 2010. Stejně jako její první díl, odpovídá kniha metodologicky deskriptivnímu, analytickému a normativnímu přístupu.<sup>4</sup> Wintř tedy jednak čtenářům český legislativní proces a sněmovní praxi detailně popisuje, přičemž problematické aspekty sněmovní kultury opět umně demonstruje na pečlivě vybraných záznamech

\* Tato recenze vznikla na Masarykově univerzitě v rámci projektu Právo a politika (MUNI/A/1439/2021) podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2022. Autorka děkuje členkám a členům projektu jak za konstruktivní podněty k pracovním verzím recenze, tak za vlídná slova podpory při práci na ní.

\*\* Mgr. Bc. Kateřina Ochodková, doktorandka, Katedra ústavního práva a politologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno; studentka, Katedra politologie, Fakulta sociálních studií, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic; Master student, Department of Political Science, Faculty of Social Sciences, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: katerina.ochodkova@mail.muni.cz / ORCID: 0000-0002-9049-3894

<sup>1</sup> WINTR, J. *Česká parlamentní kultura*. Praha: Auditorium, 2010, 432 s. ISBN 978-80-87284-13-1.

<sup>2</sup> A čtenářkám. V textu dále používám generické maskulinum.

<sup>3</sup> Pro hodnocení knihy viz KLUSOŇOVÁ, M. Recenze práce Jana Wintra *Česká parlamentní kultura*. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2012, č. 2, s. 216–219. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/5922>

<sup>4</sup> Viz BOBEK, M. Výzkum v právu: Reklama na Nike, nebo kvantová fyzika? *Jurisprudence*. 2016, č. 6., s. 3–10.

z jednání sněmovního pléna, jednak je erudovaně kriticky analyzuje. Zároveň formuluje doporučení, jak by měla být pravidla jednání Poslanecké sněmovny upravena, aby se předešlo jejímu zhroucení. Podle Wintra totiž „*druhá dekáda 21. století ukázala narůstající problémy české Poslanecké sněmovny.*“<sup>5</sup> Zatímco v *České parlamentní kultuře* Wintr tyto problémy rozkrýval a pojmenovával, hlavním poselstvím druhého dílu je apel na jejich vyřešení prostřednictvím reformy jednacího řádu Poslanecké sněmovny.

V recenzované monografii se však Wintr nevěnuje jen těm problémům, které již částečně nastínil v prvním dílu, nýbrž i problémům zcela novým, které přinesl nejen české parlamentní kultuře dějinný vývoj. Jednu z velmi zajímavých částí knihy tak tvoří podkapitola věnovaná fungování parlamentů za nedávné pandemie COVID-19.<sup>6</sup> V ní Wintr přináší přehled způsobů, jimiž se parlamenty různých evropských států vypořádaly s rizikem šíření viru. Za zmínku stojí kupříkladu případ dolní komory britského parlamentu, jež umožnila vést jednání hybridním způsobem. Postupné omezování jednání se však dle Wintra negativně odrazilo na živosti debat, která je pro britský parlamentarismus příznačná. Důležité je, že v této souvislosti Wintr věnuje náležitou pozornost i parlamentům v zemích procházejících procesem de-demokratizace, Maďarsku a Polsku. V případě Maďarska Wintr upozorňuje na nebezpečí v podobě přijetí zmocňovacích zákonů umožňující tamní vládě vydávat nařízení s právní silou zákona. Polský případ Wintr vnímá jako případ omezení práv opozice v důsledku zneužití pandemie vládní stranou Právo a spravedlnost. Rozbor těchto případů by tak ke knize mohl přilákat i právníky či politiky se zájmem o problematiku politických režimů. Se zajištěním řádného chodu parlamentu během pandemie se zcela přirozeně museli vypořádat i čeští zákonodárci, na což Wintr samozřejmě nezapomíná. Na způsobu, jakým se se svou činností během pandemie vypořádala Poslanecká sněmovna, totiž poukazuje na svízel české sněmovní kultury, jež rozebírá na odlišném místě knihy, a to na svízel v podobě přílišné rychlosti zrychleného legislativního procesu.

Kromě nutnosti vypořádat se s nástrahami, které zákonodárcům přinesla pandemie COVID-19, nalezneme v knize i Wintrovo hodnocení dalších parlamentních „novot“. V její třetí kapitole,<sup>7</sup> v níž se věnuje Senátu, Wintr značně kriticky hodnotí ústavní novelu z roku 2012,<sup>8</sup> kterou došlo k zavedení přímé volby prezidenta republiky, a především jí provedenou změnu čl. 65 Ústavy, podle níž musí s podáním ústavní žaloby Senátu na prezidenta republiky nově vyslovit souhlas i třípětinová většina všech poslanců. Tato změna dle něj narušila princip dělby moci v českém ústavním systému, neboť zablokováním institutu ústavní žaloby vychýlila rovnováhu moci ve prospěch prezidenta republiky. Kromě této nejvýraznější změny v českém ústavním systému Wintr podává výčet i dalších ústavních změn, které se od vydání *České parlamentní kultury* uskutečnily<sup>9</sup>. V případě Senátem iniciované novelizace

<sup>5</sup> WINTR, J. *Proměny parlamentní kultury*. Praha: Auditorium, 2021, s. 7.

<sup>6</sup> Ibid., s. 19–34.

<sup>7</sup> Ibid., s. 113–136.

<sup>8</sup> Ústavní zákon č. 71/2012 Sb., kterým se mění ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů.

<sup>9</sup> WINTR, J. *Proměny parlamentní kultury*. Praha: Auditorium, 2021, s. 134.

Listiny základních práv a svobod,<sup>10</sup> spočívající v zakotvení „práva bránit se zbraní“ do jejího textu, je však škoda, že není Wintrem rozebrána podrobněji, neb jde teprve o její druhou změnu vůbec, navíc změnu značně kontroverzní. Wintr se v knize samozřejmě nevěnuje jen ústavním změnám, ale též některým změnám podústavního práva. Poukazuje např. na vypořádání velkého parlamentního dluhu spočívající v přijetí tzv. stykového zákona,<sup>11</sup> jehož absenci v prvním díle značně kritizoval.<sup>12</sup>

V **úvodu**<sup>13</sup> knihy Wintr pokládá pět otázek, jež nazývá „teoretickými otázkami“. Ty podle něj souvisejí s ambicí knihy hledat a nalézt řešení pro neduhy Poslanecké sněmovny skrze převzetí osvědčených postupů z parlamentů jiných zemí. Ptá se například, „*jak lze nastavit pravidla parlamentního jednání, aby vytvářela adekvátní rovnováhu mezi kvalitou zákonů a přiměřenou rychlostí a akceschopností zákonodárné činnosti.*“<sup>14</sup> Položení těchto otázek působí jemně problematicky. „Na první dobrou“ totiž není zcela zřejmý jejich smysl. Pokud má jít o „klasické“ výzkumné otázky, pak v úvodní kapitole chybí popis metodologie, prostřednictvím níž budou zodpovězeny. Wintr sice na tyto otázky výslovně souhrnně odpovídá v závěru knihy, to však, bez jejich průběžného zodpovídání v průběhu celé knihy, působí poněkud uměle v tom smyslu tak, že se může zdát, že Wintr tyto otázky klade jen proto, aby nějaké otázky kladl. Přitom z jeho výkladů především v první kapitole knihy odpovědi na tyto otázky určitým způsobem prosvítají. Pro lepší provázání jednotlivých částí knihy by bylo lepší přinášet čtenářům jasné odpovědi průběžně.

Kromě úvodu a závěru je recenzovaná kniha rozdělena do dalších čtyř kapitol. Stejně jako v *České parlamentní kultuře* je první kapitola teoretičtějšího rázu, druhá kapitola je zaměřena na shrnutí vybraných volebních období Poslanecké sněmovny, třetí kapitola je zasvěcena Senátu a ve čtvrté kapitole Wintr analyzuje problematické instituty sněmovní kultury. Čtenář, který má již za sebou četbu prvního dílu, tak její strukturou nebude vůbec překvapen a pokud jej zajímají jen některé problémy, bude i bez nahlédnutí do obsahu knihy vědět, na jaké její místo se podívat.

V **první kapitole**<sup>15</sup> knihy Wintr navazuje na teoretické výklady z prvního dílu, např. na klasifikaci parlamentů na pracovní parlamenty a parlamenty proslovů. Čtenářům zprostředkovává další poznatky německých právních vědců a politologů. Především výsledky výzkumné činnosti německého politologa Michaela Košeho,<sup>16</sup> který analyzoval reformy jednacích řádů parlamentů v některých evropských zemích, jsou pro Wintra cenné, protože podporují jeho argument o nutnosti provedení reformy jednacího řádu Poslanecké sněmovny.

<sup>10</sup> Ústavní zákon č. 295/2021 Sb., kterým se mění Listina základních práv a svobod, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb.

<sup>11</sup> Zákon č. 300/2017 Sb., o zásadách jednání a styku Poslanecké sněmovny a Senátu mezi sebou a navenek a o změně zákona č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>12</sup> WINTR, J. *Česká parlamentní kultura*. Praha: Auditorium, 2010, 432. s. 41–42, 392.

<sup>13</sup> *Ibid.*, s. 7–11.

<sup>14</sup> *Ibid.*, s. 9.

<sup>15</sup> *Ibid.*, s. 12–70.

<sup>16</sup> KOBE, M. *Parliaments in Time. The Evolution of Legislative Democracy in Western Europe, 1866–2015*. Oxford: ECPR, Oxford University Press, 2018. ISBN 978-0-19-876691-9.



V této kapitole tak Wintr kladně vytězuje své politologicko-historické vzdělání a orientaci na německojazyčné právní prostředí. Kromě přehledu poznatků plynoucích z prací německých akademiků v ní totiž dále přináší i zajímavou pasáž o reakci německého Bundestagu na snahu populistické Alternativy pro Německo narušovat zavedená pravidla parlamentního jednání, čtenář se tak např. dozví, v čem spočívá kouzelně znějící procedura *Hammelsprung*, nebo do historie orientovanou podkapitolu o společných kořenech rakouského a českého parlamentního práva. Významná je pak poslední podkapitola. V ní Wintr popisuje reformy jednacího řádu rakouské Národní rady, jimiž došlo k zefektivnění její práce za současného posílení práv parlamentní menšiny. Reforma jednacího řádu Poslanecké sněmovny by totiž dle Wintra měla být, s ohledem na společné historické kořeny a podobnost některých institutů, provedena právě po rakouském vzoru. Dále v kapitole též nalezneme část o ústavních principech parlamentního jednání a související judikatuře a taktéž již zmíněnou část o fungování parlamentů za pandemie COVID-19. Celkově lze ke kapitole vznést jen dvě drobné výtky. Zaprvé, zcela určitě by si v knize větší prostor zasloužilo vysvětlení, proč je jako případ „vypořádání se s populismem“ vybrán právě německý Bundestag. V případě podkapitol o Rakousku Wintr výběr země vysvětluje společnými historickými kořeny a podobností některých prvků českého a rakouského parlamentního práva. Nabízí se tak otázka, zda by i v případě tohoto problému nebylo lepší věnovat se právě rakouské Národní radě než německému Bundestagu. Zadruhé – vklínění podkapitoly o fungování parlamentů za pandemie mezi podkapitolu přinášející poznatky německých teoretiků a podkapitolu o ústavních principech parlamentního jednání a judikatuře nepůsobí příliš systematicky, vhodnější by bylo zařadit ji na samotný konec kapitoly.

Ve **druhé kapitole**<sup>17</sup> již Wintr přenáší čtenáře na místo činu, do Poslanecké sněmovny. Podává stručnou sumarizaci politického vývoje v prvních pěti volebních obdobích, tedy v letech 1993–2010. Připomíná, že Poslanecká sněmovna je orgánem, jemuž bylo při přijímání Ústavy dáno do vínku být orgánem dominantním, tato dominance se pak v praxi projevovала především vůči slabým vládám, jakož i to, že postupem času se v Poslanecké sněmovně vztahy mezi vládními politickými stranami a opozicí vyhroutily natolik, že se opoziční strany čím dál více uchylovaly k obstrukcím. Volební období po roce 2010 již Wintr rozebírá podrobně. Stále je však příjemně stručný, po připomenutí volebních výsledků a zformování vlád se věnuje těm nejzásadnějším politickým událostem v daném volebním období. K připomenutí důležitých nebo zajímavých momentů opět využívá stenoprotokoly z jednání sněmovních plén. Zatímco šesté volební období (2010–2013) nazývá „*bojištěm rozhodnuté bitvy*“<sup>18</sup> když vláda Petra Nečase, opírající se o pohodlnou většinu 118 hlasů, projevovala svou dominanci nad opozicí jejím ignorováním, sedmé volební období (2013–2017) hodnotí jako klidnější, ve vládě Bohuslava Sobotky se větší konflikty odehrály až ke konci volebního období v souvislosti s odvoláním ministra financí Andreje Babiše. Naopak na osmé volební období (2017–2021) nahlíží Wintr značně kriticky, neb právě během něj se „*prohloubily negativní jevy komplikující práci Poslanecké sněmovny*“<sup>19</sup> jako např. obstrukce. V případě obstrukcí

<sup>17</sup> WINTR, J. *Proměny parlamentní kultury*. Praha: Auditorium, 2021, s. 71–112.

<sup>18</sup> Ibid., s. 76.

<sup>19</sup> Ibid., s. 93.

Wintr zmiňuje nejen „taktické“ obstrukce, ale též „divoké“ obstrukce poslance Lubomíra Volného. Na příkladu zmínek o „divokých“ Volného obstrukcích lze přitom vyzdvihnout Wintrův výtečný přehled. Ačkoli snad téměř nikomu neušel nejznámější Volného exces v podobě fyzického napadení poslance Tomáše „desítky“ Hanzela („*Jestli tady půjdeš, dostaneš flákanec!*“),<sup>20</sup> za nějž byl poslanec Volný následně do konce dne vykázán ze sněmovního jednacího sálu, Wintr si všímá, a zde velmi vhodně využívá právě citaci stenoprotokolu, i dalších, méně známých „talentů“ poslance Volného, jako např. jeho schopnosti ochromit Poslaneckou sněmovnu pouhým mlčením („*Poslanec Lubomír Volný stojí u mikrofonu a mlčí.*“).<sup>21</sup>

**Třetí kapitola**,<sup>22</sup> věnovaná Senátu, je oproti předchozím dvěma kapitolám a oproti následující kapitole velmi stručná, má pouhých 23 stran. S ohledem na Wintrovo odborné zaměření se na dolní komoru Parlamentu to je sice pochopitelné, nicméně pak by bylo terminologicky přesnější knihu nazvat *Proměny sněmovní kultury*. I tak však na těchto dvou desítkách stran Wintr dokáže čtenáři předat základní informace o roli této „pojistky demokracie“, a případně doporučit zájemci o horní komory parlamentů další četbu.<sup>23</sup> Kromě popisu složení Senátu počínaje volbami v roce 2010 a vztahu Senátu a jednotlivých vlád dále nalezneme v kapitole části o roli Senátu při ochraně českého ústavního systému, roli Senátu při projednávání unijní agendy a Senátu jako fóru pro politickou participaci občanů. Právě poslední dvě zmíněné role Senátu jsou přitom nepříliš známé a je tak nepochybně dobře, že je Wintr přibližuje.

**Čtvrtá kapitola**<sup>24</sup> představuje nejhodnotnější část práce, neboť právě v ní Wintr kriticky analyzuje ony „*narůstající problémy české Poslanecké sněmovny*“.<sup>25</sup> V této kapitole se postupně věnuje chaotickému pořadu a průběhu řádných schůzí, neschopnosti opozice nastolovat svou agendu, problémům při hlasování s usnásenischopností, nízké atraktivitě rozprav a riziku obstrukcí, nedostatečné pravomoci předsedajících a nepružnosti zákonodárního procesu. Wintr vždy nejdřív vysvětlí, kde v psaných pravidlech parlamentního jednání či v parlamentní praxi leží jádro daného problému a následně problém demonstuje na náležitě vybraných stenoprotokolech – zajímavé je, že je z nich patrné, že daného problému jsou si často vědomi i sami poslanci. Je přitom důležité, že Wintr se k poslancům nebojí být kritický, a to navzdory tomu, že si pro ně mohl během svého působení jako tajemníka Stálé komise Poslanecké sněmovny pro Ústavu České republiky v letech 2019-2021 vypěstovat určité pochopení. Např. za nevyužívání svých pravomocí se nebojí kritizovat předsedající schůzí, kteří zároveň zastávají vysoké vnitrostranické funkce či jsou přímo předsedy svých politických stran. Wintr má totiž dojem, že jsou tito předsedající v řízení schůzí zdrženliví a svých pravomocí nevyužívají tak často, jak by měli. Oproti tomu předsedající schůzí, kteří

<sup>20</sup> Stenoprotokol, 80. schůze, část 35. *Poslanecká sněmovna* [online]. 21. 1. 2021 [cit. 31. 10. 2022]. <https://www.psp.cz/eknih/2017ps/stenprot/080schuz/s080035.htm#r4>

<sup>21</sup> WINTR, J. *Proměny parlamentní kultury*. Praha: Auditorium, 2021, s. 109–110.

<sup>22</sup> *Ibid.*, s. 113–136.

<sup>23</sup> Např. GRINC, J. *Národní parlamenty a demokratická legitimita Evropské unie*. Praha: Leges, 2015. ISBN 978-80-7502-091-8.

<sup>24</sup> WINTR, J. *Proměny parlamentní kultury*. Praha: Auditorium, 2021, s. 137–312.

<sup>25</sup> *Ibid.*, s. 7.

ve své politické straně takovou vysokou funkci nezastávají, jsou v řízení schůze jistější. Tato Wintrova zajímavá domněnka by nepochybně stála za podrobnější, empirické prozkoumání. V celé čtvrté kapitole se opět výrazně kladně projevuje Wintrova znalost německé a rakouské, ale i britské parlamentní kultury, neboť v ní přináší informace, zda se některé z problémů, s nimiž se v současnosti potýká Poslanecká sněmovna, vyskytly i právě v těchto zemích, a pokud ano, jak byly vyřešeny. Na neduhy českého parlamentarismu Wintř nabízí léky německé, především ale rakouské výroby, tedy, jak již bylo zmíněno výše, navrhuje se inspirovat především reformami jednacního řádu rakouské Národní rady a převzít do českého parlamentního práva některé prvky rakouské usměrněné parlamentní kultury. Reforma jednacního řádu Poslanecké sněmovny by měla vést ke zvýšení efektivitu práce Poslanecké sněmovny, kdy by např. mělo být zabráněno obstrukcím, zároveň by ale sněmovní opozici měly být přiznány nástroje, jež jí umožní účinně nastolit svou agendu, ty současné to dle Wintřa neumožňují. Jelikož účelem recenze není vyrazit všechny Wintřovy recepty, které na tyto problémy nabízí, lze zájemce o ně ponouknout k četbě právě této podkapitoly. K celé kapitole je třeba zmínit, že by čtenář neměl být překvapen, že mnoho stran knihy zabírají přímé citace vystoupení poslanců a senátorů. V některých případech by se za účelem zvýšení čtenářského komfortu dalo uvažovat o zkrácení citovaných pasáží, nicméně jejich ponechání v celém rozsahu představuje Wintřovu vědomou a explicitně formulovanou volbu, na nezkrácených stenoprotokolech se totiž snaží ukázat denní chléb poslanců, jako např. časté procedurální spory zabírající mnohdy i několik hodin během jednacního dne. Tuto Wintřovu volbu je tak tedy třeba respektovat.

V **závěru**<sup>26</sup> knihy Wintř opět stručně shrnuje problémy, se nimiž se v současnosti potýká česká sněmovní kultura a rekapituluje své návrhy na jejich vyřešení formulované ve čtvrté kapitole knihy. Na tomto místě též zodpovídá ony teoretické otázky, jež si položil v úvodu knihy, přičemž nejdůležitějším závěrem, který Wintř v této souvislosti činí, je závěr o vhodnosti přijetí prvků rakouské usměrněné parlamentní kultury, jež by měly posílit efektivitu jednání Poslanecké sněmovny, ale zároveň vybavit opozici účinnými nástroji k nastolení své agendy. Wintř si je přitom vědom, že se jeho analýzy omezují převážně na problémy jednání sněmovního pléna, avšak toto omezení nelze vnímat jako negativum Wintřovy práce. Hloubka a kvalita Wintřovy analýzy, byť omezena „jen“ na problémy sněmovního pléna, totiž svědčí o jeho důkladné znalosti této výšece parlamentní kultury.

**Celkově** lze *Proměny parlamentní kultury* zhodnotit jako důstojné pokračování *České parlamentní kultury*. Čtenář obeznámený s prvním dílem nebude jejich četbou zklamán, neb v nich nalezne rozvedení otázek „nakousnutých“ v prvním díle a jejich kritickou analýzu. Nalezne však v nich témata zcela nová, jako již zmíněný popis fungování parlamentů za pandemii. Čtenáři, který by po nich naopak sáhl bez znalosti prvního dílu, se jimi dostane solidního všeobecného přehledu o fungování obou komor Parlamentu. Recenzi tak lze uzavřít hodnocením, že pokud si Wintř úmyslem sepsat pokračování *České parlamentní kultury* sám sobě nastavil pomyslnou latku kvality poměrně vysoko, v *Proměnách parlamentní kultury* tuto latku dorovnává.

<sup>26</sup> WINTR, J. *Proměny parlamentní kultury*. Praha: Auditorium, 2021, s. 313–320.

# International Legal History Meeting of PhD Students\*

## Mezinárodní setkání studentů doktorského studia právních dějin

Jan Kabát\*\*

Ve dnech 8. a 9. září 2022 se na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně konal první ročník mezinárodního setkání studentů doktorského studia v oboru právních dějin a římského práva. Celá akce organizovaná Katedrou dějin státu a práva brněnské právnické fakulty tak byla pro jednotlivé účastníky vhodnou příležitostí prezentovat svým zahraničním protějškům své dosavadní výsledky, a to ať už v rámci výzkumu souvisejícího s disertační prací či jinými zajímavými právně historickými tématy.

Celkem se setkání zúčastnilo přes 30 účastníků. Nutno říct, že jejich zastoupení bylo v rámci konference poměrně pestré, a to nejen co do jednotlivých národností, ale rovněž co do zastoupení jednotlivých univerzit, což celé akci přineslo značnou diverzitu, která se pozitivně projevila zejména v diskusích nad jednotlivými příspěvky. Do Brna vedle účastníků ze sousedních států (Slovensko, Polsko, Rakousko, Německo) zavítali rovněž doktorští studenti z Maďarska, Slovinska, ale též z Řecka.

První den setkání přivítal přítomné za místní fakultu *Jaromír Tauchen*, vedoucí Katedry dějin státu a práva, a *David Kolumber*, který se zásadně podílel na celé organizaci akce. Následoval odborný program rozprostřený do obou dní, konkrétně do sekcí, které byly roztrženy dle právních odvětví. Na konci každé sekce vždy následovala diskuse všech účastníků k jednotlivým příspěvkům. Jak bylo již naznačeno výše i díky nebývalému zájmu a aktivitě jednotlivých účastníků byly diskuse velmi rozmanité a zajímavé, čímž se tato mezinárodní konference výrazným způsobem odlišovala od některých konferencí v České republice, kde diskuse k příspěvkům mnohdy zcela chybí.

Po odborné stránce celou konferenci započala římskoprávní sekce moderovaná romanistou *Radkem Černochem* z místní fakulty. První příspěvek se zabýval podvodným tvrzením o vlastním fundu od *Michaela Bindera* z Vídeňské univerzity. V příspěvku se podrobněji zabýval, zda *exceptio doli* uvedená ve fragmentu D 21, 2, 73 je důsledkem toho, že *dolo facit, qui petit quod redditurus est*, či nikoli. Následoval příspěvek *Václava F. Dvorského*, který se v praxi dlouhodobě věnuje bankovnímu právu včetně jeho historikoprávního vývoje. Jeho příspěvek

\* Tato zpráva vznikla na Masarykově univerzitě v rámci projektu Mezinárodní konference doktorských studentů oboru právní historie a římského práva MUNI/B/1310/2021 podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2022.

\*\* Mgr. Jan Kabát, doktorand, Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: Jan.Kabat@law.muni.cz / ORCID: 0000-0001-6469-0491

pojednával o rozdílnostech mezi mutuem a depositem coby možnostmi k uložení movitých věcí, a to optikou tří středověkých a raně novověkých právníků zabývajících se civilistikou. Poté představil *Vid Žepić* z Lublaňské univerzity svůj příspěvek o nezastavitelném majetku ve starověkém právu a hned po něm *Marek Prudovič* z Trnavské univerzity o legislativní aktivitě magistrátů jako možné inspiraci pro současné soudcovské dotváření práva.

Na římskoprávní sekci navázala sekce historickoprávní moderovaná *Davidem Kolumberem*. *Daniilo Brajović* z Vídeňské univerzity, původem ze Srbska, se ve svém příspěvku zabýval jihoslovanským institutem kolektivního vlastnictví tzv. *zadruga* se zaměřením na teoretické a praktické vlivy i faktory ovlivňující legislativní činnost v Rakousku-Uhersku. *Zadruga*, kterou se obecně v jihoslovanských zemích označovalo širší rodinné společenství hospodářící společně se svým majetkem, vyvolala značný zájem přítomných zejména v rámci diskuse. Dalším velmi zajímavým příspěvkem byl referát o historickém vývoji svobody uměleckého projevu v Rakousku, který si na brněnské setkání připravil *Bernhard Gollob* z univerzity ve Štýrském Hradci. Věnoval se v něm vývoji legislativy v oblasti ochrany umělecké tvorby, která byla v Rakousku přijata až v roce 1982, což je samo o sobě poměrně pozoruhodná skutečnost, vezmeme-li potaz, že Rakousko bylo a je označováno jako kulturní velmoc. Příspěvek na téma maďarského přechodu od feudální společnosti ke společnosti založené na občanských právech poté prezentoval *Kristóf M. Heil* z Univerzity Loránda Eötvöse v Budapešti. Biograficky laděný příspěvek o Josefu Redlichovi, rakousko-uherském právníkovi, univerzitním profesorovi a rodákovi z Hodonína, ve vztahu ke slavné revoluci liberalismu následně přednesl doktorand právnické fakulty ve Vídni *Petr V. Koluch*. Celou sekci uzavřel svým vystoupením *Igor Hron* z Univerzity Komenského v Bratislavě, v němž se věnoval historickým stopám osobnostních práv v rámci angloamerického systému práva.

Poslední sekci prvního dne setkání pak představovala sekce občanskoprávní se dvěma příspěvky, neboť někteří účastníci, kteří se na setkání přihlásili, z různých důvodů nedorazili. Přesto většina z nich dodala své písemné statě do sborníku z této konference.<sup>1</sup> První z příspěvků, který si připravil *Kristóf Szivós* z univerzity v Szegedu, se týkal vývoje institutu civilního procesu, konkrétně písemné předběžné přípravy v rámci ústního soudního jednání podle prvního maďarského civilního řádu soudního. Druhý příspěvek od *Lászla Ádáma Joó* z debrecínské univerzity, se pak týkal velmi zajímavého lokálního tématu, totiž rozšíření maďarského soukromého práva do Maďarsku přidělené oblasti Severního Sedmihradska na základě Druhé vídeňské arbitráže z roku 1940. Zbývá doplnit, že tuto sekci řídil *Pavel Salák* z brněnské Katedry dějin státu a práva. Následoval odpolední program, jež byl účastníkům zpestřen také kulturně. Členové místní katedry se spolu se zahraničními účastníky zúčastnili prohlídky kapucínské hrobky v Brně, načež následovala společná prohlídka města Brna s výkladem *Davida Kolumbera* se zaměřením na zde sídlící významné právní instituce.

<sup>1</sup> Svě příspěvky budou ve sborníku dále publikovat *Lukáš Malinák* z brněnské právnické fakulty (Undermining of Legal Certainty in the Decision-Making Practise of the Supreme Court of Czechoslovakia during the Period of First Republic in Private International Law), dále *Bence Krsóczy* ze szegedské univerzity (The Hungarian Arbitration System and the Unfair Competition) a *Enikő Kovács-Szépvolgyi* z Univerzity Istvána Széchenyiho v Rábu (The Role of the State in Child Protection in Hungary during the period of the Austro-Hungarian Monarchy).

Pátek patřil sekci veřejnoprávní a trestněprávní, které obě řídil energický *Bernhard Gollob*. V rámci veřejnoprávní sekce představili své příspěvky tři účastníci. *András Biczó* z Univerzity v Debrecenu v rámci svého výzkumu provedl analýzu josefinských reforem týkajících se maďarské soudní organizace se zaměřením na texty přísežných formulí. Po něm si připravila svůj referát *Alicia Haripershad*, původem z Jihoafrické republiky, současná doktorka na Institutu Maxe Plancka pro právní dějiny a právní teorii se sídlem ve Frankfurtu nad Mohanem. V rámci něj se věnovala sobě blízkému a pro ostatní účastníky poměrně exotickému tématu demisionalizace vzdělávání v jižní Africe v letech 1880 až 1920. Sekci poté zakončil svým příspěvkem *Jan Kabát* na téma fenoménu právnických sjezdů českých a slovenských právníků, které se konaly v první polovině 20. století.

Na úplný závěr setkání následovala trestněprávní sekce. V ní se na úvod představil *Borisz B. Burger* z Katolické univerzity Petra Pázmánye v Budapešti s velmi zajímavým tématem souvisejícím s trestním stíháním veřejných činitelů tzv. Maďarské republiky rad (krátké období totalitního státního zřízení Maďarska v roce 1919). Ve svém příspěvku se blíže zabýval problematikými otázkami, s nimiž se musely vypořádat trestní soudy při stíhání těchto veřejných činitelů, kteří se v rámci svých úřadů dopustili různých zločinů ve prospěch zvrhlého režimu Bély Kuna. Z ústavněprávního hlediska šlo zejména o otázku stanovení rozhodného práva, podle něhož by se posuzovalo jednání obžalovaných. Z trestněprávního hlediska pak v tomto období trestní zákoník postrádal konkrétní trestné činy pro stíhání politických vůdců uvedené diktatury. Po něm následovala *Paulina Kamberov* z gdaňské univerzity s příspěvkem, který se týkal kodifikace trestního práva v raném období tzv. druhé polské republiky. Sekci ukončili studenti brněnské fakulty *Petra Zapletalová* a *Milan Dobeš*. *Petra Zapletalová* představila svůj výzkum v oblasti historickoprávního vývoje advokacie v 50. letech minulého století v Československu se zaměřením na obhájce v trestním řízení. Mimo jiné se zabývala rolí obhájců v průběhu politických procesů a jejich aktivní a pasivní účastí v průběhu těchto zpolitizovaných soudních řízení. Konferenci posledním příspěvkem uzavřel *Milan Dobeš* se svým tématem o pachatelích trestného činu příživnictví, kteří byli na našem území za zmiňovaný trestný čin stíháni během minulého režimu, čímž zaujal pozornost především u zahraničních účastníků. Tématem se zabýval z pohledu „cílové skupiny“ zmiňovaného trestného činu, přičemž upozornil i na běžnou praxi zneužití tohoto trestného činu ze strany totalitního státu vůči svým oponentům.

S ukončením diskuse v rámci poslední sekce bylo setkání studentů doktorských studií ke spokojenosti všech účastníků oficiálně ukončeno *Davidem Kolumberem*, který průběh akce v nadsázce glosoval tím, že snad kromě smrti britské panovnice nic nenarušilo klidný průběh celého setkání, jež proběhlo nad očekávání výborně. Že byla akce úspěšná, bylo patrné zejména z ohlasů účinkujících, kteří po ukončení setkání zůstali ještě dlouho zabráněni ve vzájemných rozhovorech a diskusích v zasedací místnosti fakulty. Závěrem je třeba dodat, že konference tohoto typu, zaměřené na účast často začínajících mladých vědců, mají velký potenciál v jejich posunu v rámci studia, a to nejen z hlediska získání nových zahraničních kontaktů a internacionalizace, ale také z hlediska získání cenných zkušeností. To vše mohou tito studenti v budoucnu zúročit zejména ve své další vědecké práci a reprezentaci svých vědeckých pracovišť. V neposlední řadě je rovněž důležité takto atraktivně umožnit

začínajícím právním historikům a romanistům prezentovat se na takových akcích, neboť budou to právě oni, kdo dále ponese tradici studia v rámci oborů právních dějin a římského práva coby oborů spoluutvářejících plnohodnotné právní vzdělání a podporujících všeobecný rozhled. Odborná veřejnost se může s přednesenými příspěvky seznámit v konferenčním sborníku s názvem „*Edge of Tomorrow: The Next Generation of Legal Historians and Romanists*“; který vyšel v závěru roku 2022, přičemž dostupný je i v elektronické verzi na webových stránkách brněnské právnické fakulty.

# 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 Constitutions: 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

