

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

Č. 1 | 2023 | ROČ. XXXI

ČLÁNKY

Natalie Dřínovská, Zuzana Vikarská

Evropská zletilost českých (nejvyšších) soudů aneb prvních 18 let předběžných otázek z Brna

Ondřej Klabačka

Historický vývoj podmíněného propuštění a jeho role v rámci výkonu trestu odnětí svobody do roku 1919

Tomáš Kirner

Issues of the Use of Intermediated Securities in Cross-Border Transactions

Josef Kotásek

Manažerské transakce v nařízení MAR

Michala Špačková

Opční akciové plány a vnitřní informace: dopady regulace a možnosti řešení

Michal Nový

Market Power, Economic Dependence, or Bargaining Power:
Why Do Titans Still Enjoy Protection in Several Member States?

Pavel Kotlán

„Covidová“ krádež – vyřešený problém?

Martin Kopecký

K možností zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku
jako podmínky pro vedení dalšího trestního stíhání

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

Č. 1 | 2023 | ROČ. XXXI



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 březnu 2023 / This number was put into print in March 2023.

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

Anonymní autoři.....	5
----------------------	---

ČLÁNKY / ARTICLES (recenzováno – reviewed)

Natálie Dřínovská, Zuzana Vikarská

Evropská zletilost českých (nejvyšších) soudů aneb prvních 18 let předběžných otázek z Brna / Coming of Age of the Czech (Supreme) Courts, or the First 18 Years of Preliminary References from Brno.....	9
---	---

Ondřej Klabačka

Historický vývoj podmíněného propuštění a jeho role v rámci výkonu trestu odnětí svobody do roku 1919 / Historical Development of Conditional Release and its Role in the Prison System until 1919	47
--	----

Tomáš Kirner

Issues of the Use of Intermediated Securities in Cross-Border Transactions.....	93
---	----

Josef Kotásek

Manažerské transakce v nařízení MAR / Managerial Transactions in the Market Abuse Regulation	113
--	-----

Michala Špačková

Opční akciové plány a vnitřní informace: dopady regulace a možnosti řešení / Stock Option Plans and Insider Information: Regulatory Implications and Solutions.....	137
---	-----

Michal Nový

Market Power, Economic Dependence, or Bargaining Power: Why Do Titans Still Enjoy Protection in Several Member States?	163
--	-----

Pavel Kotlán

„Covidová“ krádež – vyřešený problém? / „Covid” Theft – A Solved Problem?	187
---	-----

Martin Kopecký

K možností zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku jako podmínky pro vedení dalšího trestního stíhání / On the Possibilities of Annulment of a Legally Effective Decision on a Minor Offence as a Condition for Further Criminal Prosecution.....	203
---	-----

RECENZE A ANOTACE / BOOK REVIEW AND ANNOTATIONS

Ladislav Vojáček

VOZÁR, Jozef. Zakladatelia Právnickej fakulty Univerzity Komenského217

Petr Osina

KOKEŠOVÁ, Jana. Vládnoucí a ovládaní. Explikace vlivu, kontroly a legitimního vládnutí223

Jana Kvasnicová

HAVELKOVÁ, Barbara. Gender Equality in Law.

Uncovering the Legacies of Czech State Socialism229

Pokyny pro autory237

Journal Guidelines241

Anonymní autoři

Dorozumíme se, protože nevíme, kdo jsme.

Fernando Pessoa, *Knihy neklidu*

Identita autorů i recenzentů je v Časopise pro právní vědu a praxi zahalena dočasným tajemstvím. Po dobu recenzního řízení ji znají pouze dva lidé a ani jeden z nich není šéfredaktor. Anonymitu autorů v naší redakci obvykle udržíme, pravda někdy za cenu komických situací, které ovšem potvrzují funkčnost systému, a navíc, jejich popisem můžeme bavit publikum, třeba na konferencích nebo vánočních besídkách. Recenzent například pokárá autora, protože postrádá citace některých významných děl. Tyto publikace však napsal recenzovaný sám a ze skromnosti na ně neodkázal. Jindy je autorovi vyčten příznak plagiátorství, třebaže jen legitimně upravuje a rozvíjí své dřívější texty.

Přiznávám, že naše snahy o anonymitu nejsou vždy úspěšné. Tvůrce se někdy odhalí sám. Osobitostí stylu, jazykovou manýrou, nestandardním literárním zázemím či jinou idiosynkasií. Prozradit jej může také něco banálnějšího, např. odkaz na dřívější vlastní publikace („*jak jsem správně uvedl ve svém komentáři...*“) či dedikace na veřejný projekt; pokud tedy tyto horké stopy uniknou jinak pečlivému oku tajemnice redakce.

Na minulé redakční radě chyběla, což mělo své konsekvence.

Poté, co jsme schválili články a určili jejich pořadí v čísle, nebyl nikdo, kdo by zvedl oponu utkanou z naší snahy o objektivitu, nikdo, kdo by prolomil naše nepersonalizované zaujetí obsahem a odtajnil zatím neznámé tvůrce. Rozcházelí jsme se s tím, že neznáme autory a zjistíme je, pokud tedy budeme chtít, až číslo vyjde.

Ta představa nás pobavila a chvíli jsme si pohrávali s myšlenkou, co by se stalo, kdyby anonymita autorů nebyla dočasná, ale trvalá a obecná. Zkusme si na chvíli představit svět, kde jsou standardem *anonymní autoři*.

Jediným identifikátorem díla by krom názvu bylo jen DOI (Digital Object Identifier), což je kód udělovaný článku, nikoliv osobě. Autorství by se řešilo jen v ultimátních případech a v uzavřených kruzích, např. při podezření z plagiátorství či pro účely grantové nebo kvalifikační (excellence nezavlažovaná potleskem a uznáním totiž nevydrží dlouho).

Co bychom získali, co bychom ztratili?

Nezní to nijak objektivně a objektivně to taky není, ale: potlačení subjektů ubývá subjektivity. Odpadá vše, co zatím úspěšně cenzurovala péče o vlastní renomé a osobní příběh. Přibývá odvahy, hravosti a humoru, mizí osobní kopance a špílce. Autoři bez zábran kritizují svá dřívější stanoviska. Nehledají názorové oponenty venku, nýbrž v sobě v rámci vnitřní diskuse, věcně povzbuzované texty, které nemají oficiálního nositele. *Argumentum dixit Randa? Kdo je Randa?*

Polemika je především vnitřní, a tím i svobodnější. Změna názoru pod vlivem argumentů jiného anonyma není blokována egem, závislostí na cestě či obavou z kolize s autoritou. Kdo publikoval nonsens, má možnost nápravy a neodepisuje se hříchy, které se v akademii nikdy nepromlčí ani neodpouštějí. Názory se tvoří a opouštějí s lehkostí, s jakou se mění spodní prádlo – samozřejmě a bez publika. Příspěvky beze jména se stávají dílem kolektivní inteligence, patří všem a nikomu. *Dorozumíme se, protože nevíme, kdo jsme.*

Příklady úspěšné anonymity z velké literatury ostatně máme. Pseudonymy ji nezajistí, což by asi potvrdil Otokar Březina, a možná i čtenář tohoto editoria, který si právě vybavil skutečné Březinovo příjmení. I velmistr autorských převleků Fernando Pessoa publikující pod identitou mnoha svých heteronym se ke svým mnohačetným jménům povětšinou přihlásil – řídil se přitom svou maximou, že *předstírat znamená znát sám sebe*¹.

Jak ovšem podotýká švýcarský spisovatel Felix Philipp Ingold, moderní tvůrce nežije ani tak z umění, které tvoří, nýbrž z obrazu, který o sobě samém šíří². Málokterý současný autor si programově uchovává anonymitu. Zdárně si v tomto ohledu vede například Thomas Pynchon, ovšem nepřekonatelná je Elena Ferrante, o které zatím nevíme vůbec nic, tedy krom toho, že její jméno je smyšlené; nemáme ani její/jeho fotografii. Tato tajemná osobní nepřítomnost je součástí díla a stojí za ní pečlivě dodržovaný záměr.³ Ferrante je objektem mnoha spekulací a projekcí, jež navíc tu a tam povzbudí falešný portrét na obalu jejich/jeho knih.

Pravda, jsou tu i nevýhody, když se na věc podíváme optikou odborných příspěvků.

Jméno autora je důležitou metainformací, která doprovází odborné dílo a slouží k jeho dekódování, resp. novému zakódování. To ostatně platí obecně: ruku na srdce, jak by čtenář vnímal některé povídky od Kafky, kdyby nevěděl, kdo je jejich autorem?

Autorská anonymita se odráží i na recenzních posudcích. Tušíme, že v některých případech mohl být verdikt jiný, příznivější, pokud by recenzent mohl pracovat se jménem autora či alespoň s obecnou informací o jeho odborném zaměření. Např. sociolog píšící o právu by se patrně dočkal větší recenzní velkorysosti tam, kde se neorganicky zmiňuje o pozitivní

¹ CIURATUR, C. Fernando Pessoa and His Heteronyms. *Poetry Society of America* [online]. Dostupné z: <https://poetrysociety.org/poems-essays/tributes/fernando-pessoa-his-heteronyms>

² INGOLD, F.P. Wie macht sich ein Autor einen Namen? Wichtiger als sein Werk ist oft sein Image. *Neue Zürcher Zeitung* [online]. 11.6.2019. Dostupné z: <https://www.nzz.ch/feuilleton/autoren-sind-kaum-je-anonym-die-meisten-arbeiten-an-ihrem-image-ld.1480056>

³ Bliže k tomu FLEMROVÁ, A. Vyprávění jako pakt důvěry. *Host* [online]. 2018, roč. 34, č. 5, vyšlo 9. 5. 2018. Dostupné z: <https://casopishost.cz/files/magazines/327/491dyabv-host-18-05-cl.pdf>

právní úpravě. Podobné (nijak silné) imunity by požíval znalec práva životního prostředí, pokud by u problematiky, která má trestněprávní rozměr, nešel do hlubší analýzy z pohledu trestního práva – není to prostě jeho parketa, máme pochopení, jistě.

Nemluvě o autorech, kteří si zničili svou pověst, např. recyklacemi téhož textu nebo se odepali absurdními názory, za kterými nestojí odborná analýza, ale snaha provokovat a přitahovat negativní pozornost (říkám takovým programovým provokatérům mainstreamu „odporníci“). Příkladem z poslední doby je pozoruhodná myšlenka, že *podle našeho občanského zákoníku mají manželé povinnost souložit* (myšleno spolu). Tvůrce takových závěrů je vhodné číst s obzvláštní opatrností; těžko se odolává pokušení nečíst je vůbec.

Nadšení z anonymity brzdí také zkušenost s novým *Journal of Controversial Ideas*⁴, jehož zaměření je patrné již z názvu. Časopis vycházející zatím jednou ročně vznikl mj. v reakci na zážitky jedné ze zakladatelek, která se stala terčem výhrůžek smrti poté, co v roce 2014 publikovala kontroverzní článek o dětské eutanázii. V pokynech pro autory redakční rada mj. uvádí následující: „*The journal offers authors the option to publish their articles under a pseudonym, in order to protect themselves from threats to their careers or physical safety. We hope that this will also encourage readers to attend to the arguments and evidence in an essay rather than to who wrote it.*“ Po letmém prohlédnutí zatím publikovaných dvou čísel (které zabere i několik hodin, protože článkům s názvy *The Epistemology of No Platforming: Defending the Defense of Stupid Ideas on University Campuses* nebo *Will Moralization of Science Lead to „Better“ Science?* se prostě těžko odolává), je zřejmé, že autoři nabízené anonymity až tolik nevyužívají, odhadem jich pod pseudonymem publikuje necelá čtvrtina.

Nakonec mé fantazie o světě anonymních autorů definitivně rozbila úplně jiná, ryze pragmatická úvaha týkající se autorů z akademie, kteří stojí za většinou odborných publikací. S viditelným autorstvím jsou totiž spojeny neviditelné psychické příjmy. Spatří-li autor své jméno v časopise či na obalu knihy, obdrží slušnou dávku dopaminu. Tato slast tvoří nezanedbatelnou složku odměny každého publikujícího akademika. Ne-li tu nejvýznamnější, chce se hořce podotknout, když vidíme almužnu méně šťastných kolegů z humanitních a sociálních oborů na univerzitách, které nenesou Masarykovo jméno.

Nikdo ale nedostane svou dávku slasti jen na základě DOI. Akademické varny dopaminu vyžadují jména. Připravíme-li anonymní autory o odměnu v podobě návykových neurotransmiterů, musíme jim to kompenzovat radikálním zvýšením mezd. V případě některých univerzit by stačilo vyplácet částku, která by byla označení mzda hodna.

Ale v tom je právě ta potíž. Systém anonymních autorů nelze ufinancovat.

Josef Kotásek
šéfredaktor

⁴ Časopis je v režimu *open access* dostupný z: <https://journalofcontroversialideas.org/>

Evropská zletilost českých (nejvyšších) soudů aneb prvních 18 let předběžných otázek z Brna*

Coming of Age of the Czech (Supreme) Courts, or the First 18 Years of Preliminary References from Brno

Natalie Dřínovská**, Zuzana Vikarská***

Abstrakt

Tento článek nabízí analýzu všech předběžných otázek, které od vstupu České republiky do EU vzešly od obou českých nejvyšších soudů. V předkládaném textu nejprve stručně představujeme mechanismus řízení o předběžné otázce a existující akademické texty, jež se věnují roli vnitrostátních soudů v něm (část I). Následně nabízíme přehledová data o předběžných otázkách v evropském srovnání, což čtenáři umožňuje vnímat aktivitu českých soudů v širším kontextu (část II). Těžiště článku představuje analýza rozhodovací činnosti obou českých nejvyšších soudů, jež vychází především ze studia textu samotných soudních rozhodnutí (část III). Stěžejní třetí část dělíme do tří podkapitol podle jednotlivých fází řízení. Nejobsáhlejší je analýza předkládacích usnesení vnitrostátních soudů (fáze A), z nichž lze pozorovat například různou míru zapojení a různou míru asertivity soudkyň a soudců, nebo také různé motivace k pokládání předběžných otázek. Nejstručněji zkoumáme „evropskou“ fázi řízení (fáze B), kde se zaměřujeme na to, jak posuzuje relevanci předložených otázek samotný Soudní dvůr. Opět o něco podrobněji se věnujeme následnému řízení u vnitrostátních soudů (fáze C), abychom zjistily, zda české nejvyšší soudy loajálně následují právní názory Soudního dvora. Nakonec formulujeme několik závěrů o trendech, jež lze z rozhodovací činnosti českých nejvyšších soudů vypožorovat.

Klíčová slova

Předběžné otázky; Soudní dvůr EU; vnitrostátní soudy; mezisoudní dialog.

* Tento článek vznikl v rámci projektu „*Justiční dialog v evropských případech: příklad ČR a SR*“ podpořeného z prostředků Grantové agentury České republiky (kód projektu GA22-21872S). Za připomínky a vždy kvalitní diskusi děkujeme Ladislavu Kováčovi, Marku Pivodovi, Janu Rohlenovi, Filipu Vlčkovi a Pavlíně Vážanové. Za spolupráci při sběru dat dále děkujeme Michalu Kovalčíkovi, Terézii Lazarové a Elišce Dvořákové, která nám rovněž pomohla s manuálním kódováním dat týkajících se činnosti Nejvyššího správního soudu.

** Mgr. Natalie Dřínovská, doktorandka, Katedra ústavního práva a politikologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno; v době odeslání článku k recenznímu řízení asistentka soudce, Nejvyšší správní soud, Brno / Ph.D. student, Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic; at the time of submission of the article Law Clerk, Supreme Administrative Court of the Czech Republic, Brno / E-mail: natalie.drinovska@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-5874-0285

*** JUDr. Zuzana Vikarská, MJur, MPhil, Ph.D., Katedra ústavního práva a politikologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: zuzana.vikarska@law.muni.cz / ORCID: 0000-0003-0506-6503

Abstract

This article offers an analysis of all preliminary references that have originated from the two Czech Supreme Courts since the Czech Republic's accession to the EU. In the presented text, we first briefly introduce the preliminary reference mechanism and the existing academic texts that deal with the role of national courts in it (Part I). We then offer some overview data on preliminary references in a European comparison, which allows the reader to consider the activity of Czech courts in a broader context (Part II). The centerpiece of the article focuses on an analysis of the decision-making activity of the two Czech Supreme Courts, which draws primarily on a study of the text of the court decisions themselves (Part III). This central third part is divided into three subchapters according to the individual stages of the proceedings. The analysis of the referral orders of the national courts (phase A) is the most comprehensive, showing, for example, different levels of involvement and different levels of assertiveness of individual judges, as well as different motivations for submitting preliminary references. The 'European' phase of the proceedings (Phase B) is the most briefly explored, focusing on how the Court of Justice itself assesses the relevance of the questions referred to it. We look again in somewhat more detail at the follow-up proceedings in the national courts (Phase C), to see whether the Czech Supreme Courts follow the ECJ's legal opinions loyally. We conclude with some observations on the trends that can be observed from the Czech Supreme Courts' decision-making.

Keywords

Preliminary References; Court of Justice of the EU; National Courts; Judicial Dialogue.

Úvod

Dne 1. 5. 2022 se Česká republika („ČR“) po boku dalších devíti zemí zařadila do rodiny dospělých členských států Evropské unie („EU“). Ačkoli je dobrým zvykem slavit spíše kulatá výročí, symbolická osmnáctka rovněž nabízí příležitost k reflexi. Na politické a diplomatické úrovni jsme dospělost prokázali zdařilým předsednictvím v Radě EU ve druhém pololetí 2022;¹ jak si ale vedou české soudy? V předkládaném textu nabízíme odpovědi na otázku, zda české vrcholné soudy stihly za 18 let svého evropského mandátu dožrát v rovnocenné partnery pro dialog se Soudním dvorem.²

Tento text je prvním ze série výstupů tříletého grantu věnovanému zapojení českých a slovenských soudů do mechanismu předběžné otázky.³ Máme v plánu analyzovat všechny předběžné otázky od soudů těchto dvou zemí během prvních 20 let jejich členství v EU. Místo tradičního zaměření na rozhodování Soudního dvora se však soustředíme na vnitrostátní

¹ České předsednictví EU ukázalo, že jsme dobří vyjednaváci. V Evropě máme silný hlas, hodnotí Fiala. In: *Radiožurnál* [online]. 22. 12. 2022 [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://radiozurnal.rozhlas.cz/ceske-predsednictvi-eu-ukazalo-ze-jsme-dobri-vyjednavaci-v-evrope-mame-silny-8896053>; Opening remarks by EVP Timmermans at the Environment Council. In: *European Commission* [online]. [cit. 2. 1. 2023]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_22_7859

² V označování unijních soudů vycházíme z terminologie, kterou zavádí samotné primární právo v čl. 19 Smlouvy o Evropské unii. Soudní dvůr Evropské unie („SDEU“) používáme pro označení celé instituce, která se dále dělí na (evropský) Soudní dvůr (ten v textu označujeme jako „ESD“ nebo „Soudní dvůr“) a Tribunál. Srov. BARENTS, R. *Remedies and Procedures Before the EU Courts*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2020, s. 1 a násl.

³ GAČR, kód projektu GA22-21872S. Pro bližší informace viz projektový web: <http://dialogue.law.muni.cz/>

soudy, tedy jednak na usnesení obsahující předběžnou otázku (či otázky), a také na rozhodnutí vnitrostátních soudů vydávaná v návaznosti na odpověď Soudního dvora.

S ohledem na specifický rozsah předkládaného článku se sluší uvést několik poznámek a upozornění:

- 1) Vzhledem k datu uzavření rukopisu tohoto článku nemůžeme obsáhnout celé zkoumané období 20 let. Analyzujeme proto pouze období od 1. 5. 2004 do 30. 4. 2022, tedy prvních 18 let členství v EU.
- 2) Ačkoli budeme postupně analyzovat všechny předběžné otázky položené českými a slovenskými soudy, z důvodu lepší dostupnosti dat ve veřejných databázích jsme si pro první výstupy z grantového projektu vybraly jen vrcholné soudy obou zkoumaných zemí. S ohledem na rozdílné cílové skupiny a na široký rozsah zkoumané problematiky rozdělujeme analýzu činnosti vrcholných soudů do dvou článků: předkládaný text se věnuje českým vrcholným soudům a v samostatném článku podrobuje analýze slovenské vrcholné soudy.⁴
- 3) Mluvíme-li o českých vrcholných soudech, myslíme tím Nejvyšší soud („NS“), Nejvyšší správní soud („NSS“) a Ústavní soud („ÚS“). Vzhledem k tomu, že Ústavní soud doposud žádnou předběžnou otázku nepodal, zužuje se naše analýza pouze na rozhodovací činnost NS a NSS, jež také společně označujeme jako *nejvyšší soudy*. Přestože považujeme vnitrostátní ústavní dimenzi mechanismu předběžné otázky za extrémně zajímavou,⁵ pro účely tohoto textu se jí dotkneme pouze okrajově.
- 4) Oba nejvyšší soudy považujeme za tzv. *soudy posledního stupně*, jež mají – až na výjimky – nejen možnost, nýbrž i povinnost předběžné otázky předkládat.⁶ Zatímco nejvyšší soudy nutno za soudy posledního stupně považovat vždy, neplatí to zrcadlově, neboť ve specifických situacích může tato povinnost dopadat i na soudy nižších instancí. Přesto zde zkoumáme pouze činnost soudů nejvyšších.
- 5) Rozdíl mezi dvěma nejvyššími soudy se projevil už ve fázi sběru dat. Zatímco všechna rozhodnutí NSS jsou veřejně dostupná ve webovém vyhledávači NSS,⁷ v případě NS jsme přes původní očekávání narazily na to, že některá předkládací usnesení v databázi nsoud.cz chybí. Nakonec se nám všechna relevantní rozhodnutí NS podařilo shromáždit za použití žádosti o informace v režimu zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím.⁸

⁴ KOVÁČ, L., VIKARSKÁ, Z. Prejudiciálne otázky slovenských vrcholných súdov v prvých osemnástich rokoch európskeho mandátu: vedieme už so Súdnyim dvorom zrelý dialóg? (publikace v recenzním řízení).

⁵ Srov. DŘÍNOVSKÁ, N. *Referenční rámec ústavnosti a právo Evropské unie*. Diplomová práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2021. Viz také PIVODA, M. *Constitutional Courts and Preliminary References to the CJEU*. Diplomová práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2019.

⁶ Viz čl. 267 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie („SFEU“). Srov. též BOBEK, M. a kol. *Předběžná otázka v komunitárním právu*. Praha: Linde, 2005, s. 215.

⁷ NSS Hledání – Vyhledávač NSS. In: *Nejvyšší správní soud* [online]. [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://vyhledavac.nssoud.cz/>

⁸ Veřejně nedohledatelná byla předkládací usnesení ve věcech *L a M*, C-656/13 (NS, 30 Cdo 1994/2013-362a); *Matoušková*, C-404/14 (NS, 30 Nd 201/2013-87); *NEW WAVE CZ*, C-427/15 (NS, 23 Cdo 2765/2012-121); *Tommy Hilfiger*, C-494/15 (NS, 23 Cdo 1184/2013-204); *E.ON*, C-560/16 (NS, 29 Cdo 4403/2014-321); *Svobodová*, C-653/16 (NS, 21 Cdo 4156/2016-121); *Catlin Europe*, C-21/17 (NS, 23 Cdo 1542/2016-137); a *Petruchová*, C-208/18 (NS, 30 Cdo 3918/2017-253). Všechna rozhodnutí, které grantový tým získal formou info-žádostí, budou k dispozici na webových stránkách projektu: <http://dialogue.law.muni.cz/>

- 6) Při plném vědomí limitů, které z toho plynou, jsme se v prvním stadiu našeho výzkumu rozhodly analyzovat pouze ta rozhodnutí vnitrostátních soudů, jež vedla k položení předběžné otázky. Je nám jasné, že o naplňování či nenaplňování unijní role vnitrostátních soudů mnohem více vypovídají ta řízení, jež do položení předběžné otázky neustí; přesto však považujeme za důležité nabídnout nejprve analýzu položených předběžných otázek, abychom se následně v dalších výstupech mohly věnovat i případům, které se i přes svou významnou unijní dimenzi do Lucemburku nedostaly.

V předkládaném článku nejprve stručně představujeme mechanismus řízení o předběžné otázce a existující akademické texty, jež se věnují roli vnitrostátních soudů v něm (část I). Následně nabízíme několik přehledových dat o předběžných otázkách předložených českými soudy, a to ve srovnání s několika dalšími členskými státy, což čtenáři nabízí širší kontext pro posouzení aktivity českých soudů ve zkoumaném období (část II). Těžiště článku představuje analýza rozhodovací činnosti dvou českých nejvyšších soudů (část III). Tuto část dělíme do tří podkapitol podle jednotlivých fází řízení, přičemž nejobsáhlejší je analýza předkládacích usnesení (fáze A); nejstručněji zkoumáme „evropskou“ fázi řízení, tedy odpovědi Soudního dvora (fáze B); a opět o něco podrobněji se věnujeme následnému řízení u vnitrostátních soudů (fáze C). Nakonec formulujeme několik závěrů o trendech, jež lze z rozhodovací činnosti českých nejvyšších soudů vyzorovat.

I Mechanismus řízení o předběžné otázce: otázka (A) – odpověď (B) – pokračování (C)

Řízení o předběžné otázce umožňuje vnitrostátním soudům obracet se na Soudní dvůr⁹ jednak s žádostmi o výklad unijního práva¹⁰ a – méně obvykle – také s otázkami na platnost unijních právních norem sekundárního práva.¹¹ Vnitrostátní soudy sehrávají v systému unijní justice klíčovou roli; také proto je Soudní dvůr ve své rozhodovací činnosti označil za *strážce (guardians)* unijního právního řádu.¹² Akademická literatura dokonce národní

⁹ Předběžné otázky lze – zatím – podávat pouze Soudnímu dvoru, ačkoli se v poslední době intenzivně mluví o částečné delegaci této působnosti ze Soudního dvora na Tribunál, což předvídá čl. 256 odst. 3 SFEU. Srov. IGLESIAS SANCHEZ, S. Preliminary Rulings before the General Court: Crossing the Last Frontier of the Reform of the EU Judicial System? *EU Law Live*. 2022, č. 125. V českém prostředí srov. též OTTA, Š. Rozhodování předběžných otázek Tribunálem – bortí se poslední nedotknutelný pilíř soudního systému Evropské unie? *Právník*. 2023, roč. 162, č. 4, s. 326–336.

¹⁰ Srov. čl. 267 odst. 1 písm. b) SFEU. Dle čl. 19 odst. 1 Smlouvy o Evropské unii má SDEU za úkol zajišťovat dodržování práva při výkladu a provádění Smluv.

¹¹ Srov. čl. 267 odst. 1 písm. a) SFEU. Platnost unijních norem může posoudit pouze Soudní dvůr, jak plyne z rozsudku ESD ve věci *Foto-Frost*, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

¹² Posudek ESD ve věci 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, bod 66. V českém překladu tohoto rozhodnutí se o něco méně poeticky uvádí, že „na dodržování [...] právního řádu a soudního systému Unie dbají Soudní dvůr a soudy členských států.“ Srov. také BARATTA, R. National Courts as Guardians and Ordinary Courts of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ. *Legal Issues of Economic Integration*. 2011, roč. 38, č. 4. DOI: <https://doi.org/10.54648/LEIE2011020>

soudy považuje za nejdůležitější aktéry pro efektivitu unijního práva;¹³ hráče *v první linii*;¹⁴ či symbolické *ruce* unijního právního řádu.¹⁵ Úspěch či neúspěch hry, kterou na evropském kontinentu Soudní dvůr rozehrál, totiž nakonec kriticky závisí na tom, zda se vnitrostátní soudy nechají zlákat, aby tuto hru hrály taky.¹⁶

Přestože je mechanismus předběžné otázky založený na mezisoudním dialogu, v literatuře i v právní praxi se dlouhodobě podceňuje význam jeho vnitrostátní dimenze. Zatímco rozhodnutí Soudního dvora jsou známá a čtená, rozhodnutí jeho vnitrostátních protějšků často vůbec nelze dohledat. Zájemci o unijní právo nejspíš důvěrně znají principy plynoucí ze slavných rozsudků jako *Van Gend*, *Costa*, *Cassis de Dijon*, či *Francovich*; kdo z nás ale ví, zda společnost *Van Gend en Loos* nakonec vysoudila vrácení cla, které vůbec neměla na německo-nizozemských hranicích zaplatit,¹⁷ zda pan Flaminio Costa musel uhradit společnosti E.N.E.L. účet za elektřinu,¹⁸ zda společnost *Rewe-Zentral AG* nakonec dovezla zásilku líkeru *Cassis de Dijon* na německý trh,¹⁹ či zda pan *Andrea Francovich* vysoudil od Italské republiky náhradu škody za chybějící transpozici směrnice?²⁰ Vnitrostátní implementace rozhodnutí Soudního dvora bohužel zůstává neprobádaným a přehlíženým tématem a my víme jen velmi málo o tom, co se s rozhodnutími stane poté, co se řízení vrátí z Lucemburku zpátky k vnitrostátním soudům.²¹

Náš výzkum si proto klade za cíl obrátit pozornost do členských států a zaměřit se v rámci zkoumání předběžných otázek nikoli pouze na rozhodovací činnost Soudního dvora (fáze B – *odpověď*), nýbrž i na předkládací usnesení vnitrostátních soudů (fáze A – *otázka*) a na řízení, která po odpovědi Soudního dvora u vnitrostátních soudů pokračují (fáze C – *následné rozhodnutí*).²² Zatímco otázky vnitrostátních soudů (A) lze ve většině případů najít v databázi CURIA, následná rozhodnutí (C) již součástí databáze bohužel nejsou, a to i přesto, že Soudní dvůr ve svém doporučení vnitrostátním soudům uvádí, že po obdržení odpovědi (B) „*by měl*

¹³ PAVONE, T., KELEMEN, R. D. The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and National Courts Revisited. *European Law Journal*. 2019, roč. 25, č. 4, s. 353. DOI: <https://doi.org/10.1111/eulj.12321>

¹⁴ VARJU, M., VÁRNAY, E. After the Judgment: The Implementation of Preliminary Rulings in the Hungarian Judicial System 2004–2019 and Beyond. *Common Market Law Review*. 2022, roč. 59, č. 6, s. 1743. DOI: <https://doi.org/10.54648/COLA2022117>

¹⁵ LENAERTS, K. Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue. *Yearbook of European Law*. 2019, roč. 38, s. 6. DOI: <https://doi.org/10.1093/yel/yez002>

¹⁶ STONE SWEET, A., BRUNELL, T. L. The European Court and the National Courts: a Statistical Analysis of Preliminary References, 1961–95. *Journal of European Public Policy*. Routledge, 1998, roč. 5, č. 1, s. 69. DOI: <https://doi.org/10.1080/13501768880000041>

¹⁷ Rozsudek ESD ve věci *Van Gend en Loos*, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

¹⁸ Rozsudek ESD ve věci *Flaminio Costa proti E.N.E.L.*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

¹⁹ Rozsudek ESD ve věci *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, věci 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

²⁰ Rozsudek ESD ve spojených věcech *Francovich a Bonifaci*, C-6/90 a C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428.

²¹ NYIKOS, S. A. The Preliminary Reference Process: National Court Implementation, Changing Opportunity Structures and Litigant Desistment. *European Union Politics*. SAGE Publications, 2003, roč. 4, č. 4. DOI: <https://doi.org/10.1177/146511650344002>

²² V případě dvou věcí u NSS mělo řízení až pět fází, jelikož věc postupovala od původního tříčlenného senátu k rozšířenému senátu NSS a následně byla i jednou vrácena k rozhodnutí do původního senátu. V těchto případech jsme obsah těchto dvou rozhodnutí vnímaly jako součást fáze A, resp. fáze C.

[předkládající soud] *Soudní dvůr informovat o důsledcích, jež z tohoto rozhodnutí vyvodil ve věci v původním řízení. Konečné rozhodnutí předkládajícího soudu musí být zasláno s výslovným uvedením čísla, které bylo věci přiděleno před Soudním dvorem...*²³ Uvedená formulace je poněkud matoucí: v první větě totiž zní jako pouhé doporučení („by měl“), ve druhé již jako uložená povinnost („musí být“), což navíc neodpovídá typu daného dokumentu, jelikož jde pouze o doporučení, které dle Smluv není závazné.²⁴ Akademičtí kolegové, kteří se zkoumáním následných rozhodnutí věnovali v jiných členských státech, se v roce 2017 obrátili na Soudní dvůr s dotazem, zda mají vnitrostátní soudy povinnost poskytovat informace o následných rozhodnutích. Soudní dvůr se však přímé odpovědi vyhnul a pouze tazatelům sdělil, že jeho rozhodnutí jsou veřejně dostupná v online databázi CURIA, což oni bezpochyby dávno věděli.²⁵

Fázi C, tedy vnitrostátní pokračování a završení mechanismu předběžných otázek, zatím akademici zkoumali spíše sporadicky než systematicky. První vlašťovka se objevila v 80. letech 20. století, kdy se pracovní skupina právníků z Nizozemska pustila do studia vnitrostátních následných rozhodnutí ve všech řízeních, v nichž došlo k položení předběžné otázky.²⁶ Dle úvodní kapitoly této studie šlo o projekt koordinovaný Evropským univerzitním institutem ve Florencii pod taktovkou prof. Josepha Weilera, přičemž původně měla studie zahrnovat i další členské státy,²⁷ kromě nizozemské studie se nám však podařilo dohledat už jen studii německou.²⁸ V regionu střední a východní Evropy se tématu věnoval především Michal Bobek, který analyzoval zapojení soudů „nových“ členských států nejprve po čtyřech letech od jejich vstupu do EU,²⁹ a pak opětovně po první dekádě jejich členství.³⁰ Prvních pět let unijního mandátu českých soudů komentoval rovněž Milan Žondra,³¹ po patnácti letech zhodnotili české předběžné otázky Václav Stehlík a David Sehnálek³² a velmi detailní analýzu

²³ *Doporučení pro vnitrostátní soudy o zahájení řízení o předběžné otázce* (Úř. věst. C 380, 8. 11. 2019, s. 1–9), bod 32, zvýraznění doplněno. Tato doporučení (dostupná též online na webu SDEU) mají za cíl zlepšit průběh řízení o předběžné otázce, aby měl vnitrostátní soud k dispozici dostatek informací o tom, jak při pokládání otázky postupovat, a aby Soudní dvůr poskytl vnitrostátnímu soudu co nejužitečnější odpověď.

²⁴ Srov. čl. 288 SFEU. Za podnět k upřesnění této teze děkujeme jednomu ze dvou anonymních recenzentů.

²⁵ Viz SQUINTANI, L., ANNINK, D. Judicial Cooperation in Environmental Matters: Mapping National Courts' Behaviour in Follow-up Cases. *Journal for European Environmental & Planning Law*. 2018, roč. 15, č. 2, s. 152. DOI: <https://doi.org/10.1163/18760104-01502003>

²⁶ KORTE, J. et al. Primus Inter Pares: The European Court and National Courts. The Follow-up by National Courts of Preliminary Rulings ex Art. 177 of the Treaty of Rome: A Report on the Situation in the Netherlands. *EUI* [online]. 1990 [cit. 18. 4. 2021]. Dostupné z: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/69>

²⁷ Citovaná studie se považuje za „the Dutch contribution to an EEC-wide research project“. Ibid., s. III.

²⁸ Následná rozhodnutí německých soudů byla zpracována v krátké monografii (54 s.): SCHWARZE, J. *Die Befolgung von Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs durch deutsche Gerichte*. Baden-Baden: Nomos, 1988.

²⁹ BOBEK, M. Learning to Talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice. *Common Market Law Review*. 2008, roč. 45, č. 6. DOI: <https://doi.org/10.54648/COLA2008115>

³⁰ BOBEK, M. Talking Now?: Preliminary Rulings in and from the New Member States. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. SAGE Publications Ltd, 2014, roč. 21, č. 4.

³¹ ŽONDRA, M. Reference to Preliminary Rulings Lodged by Czech Courts, 2004–2009. In: BĚLOHLÁVEK, A. J., ROZEHNALOVÁ, N. *Czech Yearbook of International Law – Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis – 2010*. Juris Publishing, Inc., 2010.

³² STEHLÍK, V., SEHNÁLEK, D. The Use of the Preliminary Ruling Procedure by Czech Courts: Historical Retrospective and Beyond. *TaITech Journal of European Studies*. Sciendo, 2019, roč. 9, č. 4. DOI: <https://doi.org/10.1515/bjes-2019-0041>

patnácti let maďarských předběžných otázek a jejich vnitrostátního završení nabídli Marton Varju a Ernő Várnay.³³ Bez vazby na konkrétní jurisdikci zkoumal Michal Bobek otázku legitimacy rozhodovací činnosti Soudního dvora,³⁴ jakož i otázku role vnitrostátních soudů v aplikaci práva EU v případech, kdy k položení předběžné otázky nedošlo.³⁵

V roce 2017 zmapovala Sanja Bogojević následná rozhodnutí švédských soudů v oblasti práva životního prostředí. Ve svém textu mimo jiné formulovala výzvu, aby akademici zkoumali následná rozhodnutí i v jiných zemích EU a aby tak vznikla „*mapa justičních dialogů zhabájených v různých členských státech*“; neboť „*zkoumání rozhodnutí vnitrostátních soudů je sice náročné, ale důležité cvičení*.“³⁶ Po jejím vzoru se pak do podobné práce pustil Lorenzo Squintani, a to postupně hned ve čtyřech jurisdikcích s různými spoluautory, ve všech případech také se zaměřením na právo životního prostředí: s Jonem Rakipim prozkoumal následná rozhodnutí britských soudů,³⁷ s Dionne Annink následná rozhodnutí nizozemských soudů³⁸ a nakonec se Sjoerdem Kalisvaartem následná rozhodnutí italských a belgických soudů.³⁹ Bez odvětvového zúžení se tématem následných rozhodnutí zabýval Jasper Krommendijk, a to nejprve v článku analyzujícím rozhodování nizozemských vrcholných soudů,⁴⁰ a poté v monografii věnované činnosti národních soudů ve třech jurisdikcích: v Nizozemsku, v Irsku a ve Spojeném království.⁴¹

Právě k textům Jaspéra Krommendijka a k článku dvou maďarských spoluautorů se svým zaměřením nejvíce blíží i zde předkládaný text. Po úvodním kvantitativním přehledu rozhodovací činnosti (všech) českých soudů předmět zkoumání zužujeme a v podrobnější analytické části se zaměřujeme pouze na rozhodovací činnost obou českých nejvyšších soudů. Na rozdíl od Krommendijka vycházíme pouze z obsahové analýzy samotných soudních rozhodnutí, podobně jak to v případě analýzy maďarských soudů dělají Varju a Várnay,⁴²

³³ VARJU, VÁRNAY, op. cit.

³⁴ BOBEK, M. Of Feasibility and Silent Elephants: The Legitimacy of the Court of Justice through the Eyes of National Courts. In: ADAMS, M. et al. (eds.). *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice* [Bloomsbury Collections]. London: Hart Publishing, 2013.

³⁵ BOBEK, M. The Court of Justice, the National Courts, and the Spirit of Cooperation: between Dichtung and Wahrheit. In: LAZOWSKI, A., BLOCKMANS, S. *Research Handbook on EU Institutional Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016.

³⁶ BOGOJEVIĆ, S. Judicial Dialogue Unpacked: Twenty Years of Preliminary References on Environmental Matters Initiated by the Swedish Judiciary. *Journal of Environmental Law*. 2017, roč. 29, č. 2, s. 283. DOI: <https://doi.org/10.1093/jel/eqx009>

³⁷ SQUINTANI, L., RAKIPI, J. Judicial Cooperation in Environmental Matters: Mapping National Courts Behaviour in Follow-up Cases. *Environmental Law Review*. SAGE Publications, 2018, roč. 20, č. 2. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461452918767791>

³⁸ SQUINTANI, ANNINK, op. cit.

³⁹ SQUINTANI, L., KALISVAART, S. Environmental Democracy and Judicial Cooperation in Environmental Matters: Mapping National Courts' Behaviour in Follow-up Cases. *European Papers*. 2020, roč. 5, č. 2.

⁴⁰ KROMMENDIJK, J. The Highest Dutch Courts and the Preliminary Ruling Procedure: Critically Obedient Interlocutors of the Court of Justice. *European Law Journal*. 2019, roč. 25, č. 4. DOI: <https://doi.org/10.1111/eulj.12322>

⁴¹ KROMMENDIJK, J. *National Courts and Preliminary References to the Court of Justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781800374171>

⁴² VARJU, VÁRNAY, op. cit.

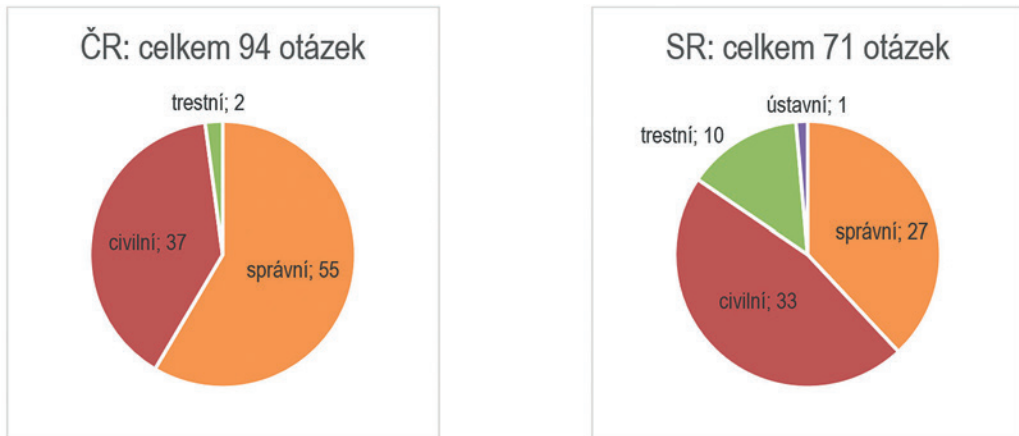
a nedoplňujeme ji dalšími metodami, jako například rozhovory se soudci. Považujeme za důležité totiž nejprve vyslovit závěry založené na objektivních datech, abychom tyto závěry mohly následně prostřednictvím jiných metod buď potvrdit, nebo vyvrátit či upřesnit.

II Několik čísel ohledně předběžných otázek českých soudů (i v širším kontextu)

Při plném vědomí toho, že data sama o sobě nemohou vysvětlit fungování mechanismu předběžných otázek,⁴³ v této části předkládáme čtenáři několik čísel a informací, které mohou aktivitu českých soudů uvést do širšího kontextu. Pro tuto část rozšiřujeme zkoumanou materii a díváme se nejen na soudy nejvyšší, nýbrž na všechny české soudy, a to i ve srovnání se soudy jiných států.

Během prvních 18 let členství v EU se (všechny) české soudy obrátily na Soudní dvůr s předběžnou otázkou celkem v 94 případech, z čehož se 55 případů týká správního práva, 37 případů civilního práva (hmotného i procesního) a pouze 2 případy spadají do oblasti trestního práva. Pro srovnání, slovenské soudy předložily za stejné období 71 předběžných otázek, z nichž 33 případů patří do oblasti civilního práva, 27 případů do oblasti správního práva, 10 případů do oblasti trestního práva a 1 věc je ústavněprávní.

Obr. č. 1: České a slovenské předběžné otázky dle oblastí právní úpravy



Zdroj: autorky a vlastní databáze projektu DialogUE. Dostupné z: <http://dialogue.law.muni.cz/content/cs/blog/dialogue-case-chart/>

⁴³ BROBERG, M., FENGER, N. *Preliminary References to the European Court of Justice*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2021, s. 29 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198843580.003.0002>; KROMMENDIJK, 2021, op. cit., s. 28; BOBEK, 2008, op. cit., s. 1612.

Pokud předběžné otázky českých soudů rozdělíme podle jejich původu, až 52 z nich vzešlo od dvou nejvyšších soudů (38 od NSS a 14 od NS); 3 otázky od soudů odvolacích, 35 otázek od soudů první instance a 4 otázky pochází od jiných než soudních institucí.⁴⁴ Pro srovnání opět uvádíme i informace o Slovensku, kde jednu předběžnou otázku položil ústavní soud, 25 nejvyšší soud,⁴⁵ 18 odvolací soudy, 25 prvoinstanční soudy a jednu otázku položila jiná než soudní instituce.⁴⁶

Tab. č. 1: *České a slovenské předběžné otázky dle soudních instancí*

	1. instance	2. instance	vrcholné soudy	jiné než soudy	celkem
ČR	35	3	52	4	94
SR	25	18	26	1	71

Zdroj: autorky a vlastní databáze projektu DialogUE. Dostupné z: <http://dialogue.law.muni.cz/content/cs/blog/dialogue-case-chart/>

Jak si stojí české soudy ve srovnání se soudy jiných členských států?

Je známo, že „staré“ členské státy se ptají častěji než státy „nové“; z pochopitelných důvodů přichází od velkých států více otázek než od malých.⁴⁷ Vzhledem k různým kontextům a délce zkušeností však považujeme za zajímavé srovnat i data týkající se šesti zakládajících členských států v kontrastu k deseti „čerstvě zletilým“ členským státům, a to za stejné zkoumané období, tedy od 1. 5. 2004 do 30. 4. 2022. Země uvádíme sestupně dle počtu obyvatel a kromě souhrnného počtu položených předběžných otázek za 18 let uvádíme též průměrný počet otázek za rok. Tento průměr však nutno vnímat jednak v kontextu různé velikosti daných zemí (proto uvádíme rovněž počet otázek za rok na 10 milionů obyvatel), a také v kontextu různého počtu soudců v dané zemi (proto v posledním sloupci uvádíme počet položených předběžných otázek za rok na každých 1 000 soudců dané země).

⁴⁴ Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky ČR a Agrární komoře ČR (C-126/07); Úřad průmyslového vlastnictví (C-49/13); Úřad pro přístup k dopravní infrastruktuře (C-453/20; C-104/21).

⁴⁵ I Slovenská republika má svůj NSS, ten však vznikl pouze nedávno, na základě ústavního zákona č. 422/2020 Z. z., a fungovat začal v srpnu 2021. Z tohoto důvodu pochází všechny doposud předložené slovenské otázky v oblasti správního práva od slovenského NS. Zajímavé ale je, že po zřízení NSS došlo k přesunu správní agendy, v důsledku čehož můžeme pozorovat unikátní jev: předběžné otázky, které položil ještě slovenský NS, se po rozhodnutí Soudního dvora nevrací k NS, nýbrž jsou postoupeny k rozhodnutí nově zřízenému NSS. Srov. případ *Slovenský plynárenský priemysel*, C-113/20, nebo případ *Hydina SK*, C-186/20. Blíže viz KOVÁČ, L., VIKARSKÁ, Z. Prejudiciálne otázky slovenských vrcholných súdov v prvých osemnástich rokoch európskeho mandátu: vedieme už so Súdnyim dvorom zrelý dialóg? (v recenzním řízení).

⁴⁶ Úrad pre verejné obstarávanie (C-204/22).

⁴⁷ BROBERG, FENGER, 2021, op. cit., s. 29.

Tab. č. 2: *Statistika položených předběžných otázek od 1. 5. 2004 do 30. 4. 2022: zakládající členské státy EU*

země	počet obyvatel	počet soudců	počet otázek za 18 let	průměrný počet otázek za rok	počet otázek za rok na 10 mil. obyvatel	počet otázek za rok na 1000 soudců
Německo	83 166 711	20 323	1 541	85,61	10,29	4,21
Francie	67 485 531	7 277	443	24,61	3,65	3,38
Itálie	59 641 488	7 015	887	49,28	8,26	7,02
Nizozemsko	17 407 585	2 522	536	29,78	17,11	11,81
Belgie	11 522 440	1 523	520	28,89	25,07	18,97
Lucembursko	626 108	222	56	3,11	49,69	14,01
průměr EU 6	39 974 977	6 480	664	36,88	19,01	9,9
průměr EU 28	18 375 385	3 025	275	15,26	12,97	7,7

Zdroj: Data o počtu obyvatel a počtu soudců čerpány z databáze na stránkách Rady Evropy: European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). *Dynamic Database of European Judicial Systems* [online]. 2022. Dostupné z: <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-stat>; data o počtu položených předběžných otázek pak pochází z databáze CURIA. Ve zbytku jde o vlastní výpočty autorek.

Další tabulky a grafy čerpají ze stejných zdrojů.

 Tab. č. 3: *Statistika položených předběžných otázek od 1. 5. 2004 do 30. 4. 2022: členské státy přistoupení v r. 2004*

země	počet obyvatel	počet soudců	počet otázek za 18 let	průměrný počet otázek za rok	počet otázek za rok na 10 mil. obyvatel	počet otázek za rok na 1000 soudců
Polsko	37 958 138	9 776	277	15,39	4,05	1,57
ČR	10 693 939	3 029	94	5,22	4,88	1,72
Maďarsko	9 769 526	2 892	247	13,72	14,05	4,74
SR	5 457 873	1 378	71	3,94	7,23	2,86
Litva	2 794 090	758	94	5,22	18,69	6,89
Slovinsko	2 095 861	867	36	2,00	9,54	2,31
Lotyšsko	1 907 675	559	106	5,89	30,87	10,53
Estonsko	1 328 976	233	37	2,06	15,47	8,82
Kypr	888 005	118	9	0,50	5,63	4,24
Malta	514 564	45	4	0,22	4,32	4,94
průměr EU 10	7 340 865	1 966	98	5,42	11,47	4,86
průměr EU 28	18 375 385	3 025	275	15,26	12,97	7,7

Z tabulek lze vyčíst, že ve srovnání s ostatními státy EU jsou české soudy málo aktivní: zatímco soudy všech členských států (EU 28)⁴⁸ se na Soudní dvůr ve zkoumaném období obrátily v průměru 15× ročně, české soudy položily v průměru pouze 5 otázek za rok. To se na druhou stranu příliš nevyvíká průměru mezi novými členskými státy (EU 10) – avšak pouze dokud nevezmeme v potaz počet jejich obyvatel, příp. počet jejich soudců. Po zohlednění těchto kritérií si totiž ČR i ve srovnání s novými členskými státy stojí téměř nejhůř. Odhlédneme-li od malých ostrovních států (Malty a Kypru), méně otázek než ČR položily pouze Slovensko (71), Estonsko (37) a Slovinsko (36), ačkoli je ČR ve skupině zemí EU 10 druhým největším státem jak v počtu obyvatel, tak i v počtu soudců. Třeba počtem obyvatel srovnatelné Maďarsko položilo za prvních 18 let svého členství v EU až 247 otázek.

Pokud se podíváme i na data zakládajících členských zemí, v používání mechanismu předběžné otázky jednoznačně vede Německo, jehož soudy položily za zkoumané období až 1541 předběžných otázek. Nabízí se jasné vysvětlení, a sice populace větší než 83 milionů obyvatel. Přesto je však Německo v pokládání otázek násobně aktivnější než ostatní velké členské státy. Zobrazení dat v kontextu velikosti zkoumaných zemí však zároveň odhaluje, že tři menší ze zakládajících členských států (tedy státy Beneluxu) jsou v pokládání předběžných otázek s ohledem na počet obyvatel a počet soudců mnohem aktivnější než tři velké zakládající členské státy (Francie, Itálie, Německo).

Diachronní pohled na trendy v čerstvě zletilých členských státech (EU 10)

Vraťme se ale k deseti čerstvě zletilým členským státům. Pokud by nás zajímalo, jak se aktivity jejich soudů vyvíjela v čase, můžeme zkoumané období 18 let rozdělit na jednotlivé roky, vždy od 1. května jednoho roku do 30. dubna dalšího roku, a zobrazit tento vývoj v tabulce. Jelikož budeme v další části dělit toto období 18 let na třetiny, graficky to znázorníme už v této tabulce.

Tab. č. 4: Počet předběžných otázek po jednotlivých letech členství v EU: členské státy přistoupení v r. 2004

	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.	10.	11.	12.	13.	14.	15.	16.	17.	18.	SUM
Polsko	0	2	3	5	5	11	9	12	5	11	15	19	18	20	32	36	39	35	277
ČR	0	3	2	1	2	5	2	8	8	4	6	7	6	7	10	7	11	5	94
Maďarsko	2	3	5	6	6	7	8	15	19	21	19	17	16	25	27	14	22	15	247
SR	0	0	1	1	0	2	5	5	8	2	6	6	3	5	8	11	3	5	71
Litva	0	1	0	2	3	2	2	1	3	12	3	10	10	11	6	6	11	11	94
Slovinsko	0	0	0	0	0	2	1	1	1	2	4	3	4	3	2	5	4	4	36
Lotyšsko	0	0	0	2	1	4	3	12	4	5	9	12	5	5	6	14	18	6	106
Estonsko	0	0	0	4	0	2	1	0	7	1	0	3	0	8	2	3	4	2	37
Kypr	0	0	0	0	1	1	0	0	0	4	1	0	0	0	2	0	0	0	9
Malta	0	0	0	0	0	1	0	1	0	0	0	1	0	0	0	1	0	0	4

⁴⁸ Čtyři státy ze skupiny EU 28 nepatřily do Unie po celé zkoumané období. Bulharsko a Rumunsko přistoupení v roce 2007, Chorvatsko v roce 2013, Spojené království naopak v roce 2020 z Unie vystoupilo. Při počítání průměru jsme proto tyto čtyři členské státy „kalibrovaly“, tedy vydělily jsme reálný počet otázek počtem měsíců strávených v EU, což jsme následně vynásobily číslem 216 (18 let = 216 měsíců); tím jsme dospěly k předpokládanému počtu položených otázek, pokud by tyto země byly v EU po celou dobu 18 let. Pro kontrolu uvádíme hodnoty, se kterými jsme pracovaly: první údaj je reálný počet otázek, údaj v závorce je kalibrovaný počet otázek: Bulharsko 248 (291), Rumunsko 278 (326), Chorvatsko 34 (69), Velká Británie 292 (334).

U nových členských států je pochopitelné, že se ze začátku ptají spíše pomalu a méně, než se ve své nové unijní roli začnou cítit komfortně. Ze zkoumané desítky zemí pouze Maďarsko položilo dvě předběžné otázky hned v prvním roce svého členství; ČR se (společně s Polskem a Litvou) osmělila k položení první předběžné otázky až ve druhém roce členství, Slovensko v roce třetím a všechny ostatní členské státy ještě později, nejpozději však v roce šestém (Slovinsko a Malta). Michal Bobek shledává důvod pomalého rozjezdu „nových“ členských států mimo jiné v rozsudku Soudního dvora ve věci *Ynos*:⁴⁹ Soudní dvůr totiž – v rozporu se svou dřívější judikaturou – rozhodl, že přijatelné jsou pouze takové předběžné otázky, které se týkají sporů fakticky nastalých až po přistoupení dané země k EU. Tento rozsudek tak mohl mít na nové členské státy odrazující účinek (*chilling effect*).⁵⁰

Diachronní pohled na výše uvedená data však svědčí o tom, že po pomalém rozjezdu pokládaly soudy nových členských států čím dál tím víc předběžných otázek. Pokud tedy nějaký *chilling effect* vůbec zapůsobil, tak zjevně netrval dlouho. U všech států lze pozorovat, že ve druhé polovině zkoumaného období předložily Soudnímu dvoru více otázek než v polovině první; pouze v případě Malty jsou počty v obou obdobích stejné (2+2). Pokud zkoumané období rozdělíme na třetiny, s výjimkou malých ostrovních zemí Kypru a Malty lze opět říct, že počet podaných předběžných otázek v čase roste, a to v případě některých členských států (včetně ČR) dokonce výrazně.

Tab. č. 5: Počet předběžných otázek podle šestiletých období: členské státy přistoupení v r. 2004

	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.	10.	11.	12.	13.	14.	15.	16.	17.	18.	SUM
Polsko			26						71						180				277
ČR			13						35						46				94
Maďarsko			29						99						119				247
SR			4						32						35				71
Litva			8						31						55				94
Slovinsko			2						12						22				36
Lotyšsko			7						45						54				106
Estonsko			6						12						19				37
Kypr			2						5						2				9
Malta			1						2						1				4

Tommaso Pavone a Daniel Kelemen upozornili na to, že po původní silné vlně otázek od nižších soudů dochází k posílení role vrcholných soudů.⁵¹ Michal Ovádek se spoluautory tuto tezi potvrdili i tvrdými daty – trend odlivu od nižších soudů k vrcholným je vidět

⁴⁹ Rozsudek ESD ve věci *Ynos kft proti János Vargovi*, C-302/04, ECLI:EU:C:2006:9; podobně také usnesení ESD ve věcech *Lakép a další*, C-261/05, ECLI:EU:C:2006:98, a *Ceramika Paradyż*, C-168/06, ECLI:EU:C:2007:139; odlišně pak rozsudek ESD ve věci *Telefónica O2 Czech Republic*, C-64/06, ECLI:EU:C:2007:348, body 21–24. Srov. BOBEK, 2008, op. cit., s. 1616–1620.

⁵⁰ BOBEK, 2008, op. cit., s. 1617–1618.; BOBEK, 2014, op. cit., s. 783–784.

⁵¹ PAVONE, KELEMEN, op. cit.

v Belgii, Finsku, Francii, Německu, Itálii, Polsku a Španělsku.⁵² V rámci tří šestiletých období jsme se proto u českých předběžných otázek podívaly na to, zda pochází od soudů nižších instancí, nebo od soudů vrcholných.

Tab. č. 6: Počet předběžných otázek českých soudů podle šestiletých období a podle soudní hierarchie

	počet otázek celkem	rozdělení na třetiny		
		2004–2010	2010–2016	2016–2022
nižší soudy ČR	38	7	10	21
vrcholné soudy ČR	52	5	24	23

Praxe českých soudů však závěrům Pavoneho a Kelemena (zatím) zcela neodpovídá. Zatímco vrcholné soudy po pomalém rozjezdu (5 otázek za prvních 6 let) dosáhly relativně stabilního počtu (24 otázek ve druhé třetině a 23 otázek ve třetí třetině zkoumaného období), u nižších soudů pozorujeme pořád rostoucí tendenci (postupně 7, 10 a 21 otázek ve třech šestiletých obdobích). Tomu odpovídají i závěry Ovádka et al., kteří u nižších soudů zaznamenali propad mezi lety 2010–2017, v pozdějších letech však pozorovali další nárůst. Růst počtu předběžných otázek položených nižšími soudy může souviset s narůstající erudicí soudců nižších soudů v unijním právu. Přeci jen v roce 2004 dominovali české justici soudci a soudkyně, kteří během studií pochopitelně nemohli mít kontakt s unijním právem; nyní je však již situace jiná. Nelze tedy říct, že by české vrcholné soudy svou aktivitou v poslední době zastiňovaly činnost nižších soudů.

III Analýza rozhodovací činnosti dvou českých nejvyšších soudů

V této části již zužujeme předmět zkoumání pouze na rozhodovací činnost českých nejvyšších soudů, tedy na těch 52 případů, v nichž se NS či NSS obrátily na Soudní dvůr před 1. květnem 2022.⁵³ Valná většina z těchto případů (45) dospěla do finální fáze již v rámci zkoumaného období a měly jsme tak možnost pozorovat mechanismus předběžné otázky v celé jeho šíři (fáze A–B–C).⁵⁴ U čtyř případů NSS byla sice následná rozhodnutí (fáze C) vydána až po 1. 5. 2022, přesto je však do analýzy zahrnujeme. Pouze u tří zkoumaných otázek, které NS předložil před 1. 5. 2022, Soudní dvůr před koncem roku 2022 nerozhodl;

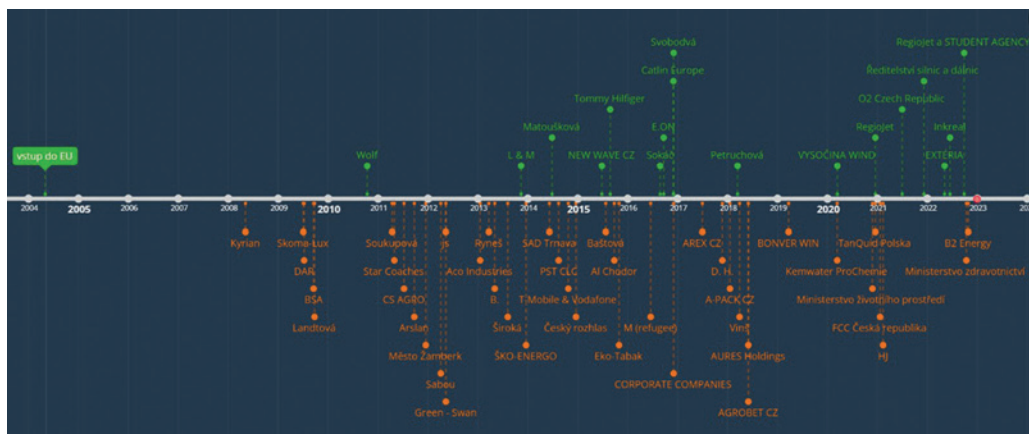
⁵² OVÁDEK, M., WIJTVLIET, W., GLAVINA, M. Which Courts Matter Most? Measuring Importance in the EU Preliminary Reference System. *EJLS Online First*. 2020, roč. 12.

⁵³ Okamžik položení předběžné otázky lze zkoumat buď podle data rozhodnutí vnitrostátního soudu, nebo podle data, kdy otázku zaevidoval Soudní dvůr. Rozdíl mezi těmito daty bývá zpravidla několik týdnů. Pro účely tohoto článku jsme pracovaly s daty rozhodnutí vnitrostátních soudů, selekce případů by však zůstala stejná i v případě použití dat evidence u Soudního dvora.

⁵⁴ Pro účely tohoto textu považujeme za ukončení procesu rozhodnutí vnitrostátního soudu ve fázi C. To však nemusí ve všech případech znamenat, že skončilo i řízení jako takové. V řadě zkoumaných případů nejvyšší soudy zrušily napadená rozhodnutí nižších soudů, které tak dále pokračují v řízení; zároveň jsme zatím nezkoumaly, zda rozhodnutí nejvyšších soudů ve fázi C nebyla napadena ústavními stížnostmi.

analyzujeme u nich proto pouze fázi A. Mezi 1. květnem a 31. prosincem 2022 položily české nejvyšší soudy ještě dalších 5 předběžných otázek: dvě pochází od NSS,⁵⁵ tři od NS.⁵⁶ V rámci fáze A jsme zkoumaly celkem 6 kategorií: 1. sebevnímání předkládajícího soudu jako soudu posledního stupně (aneb reflexi CILFIT kritérií), 2. typ otázky (aneb na co se vnitrostátní soud ptá), 3. nerovnosti mezi aktivitou jednotlivých soudců a soudkyň, 4. důvody pro položení otázky (aneb zda jde o nějakou formu rebelie ve vnitrostátním kontextu), 5. asertivitu soudu (aneb zda soud již v otázce projevil svůj právní názor) a 6. roli účastníků řízení (zda otázku navrhli, případně dokonce formulovali). Ve fázi B jsme pozorovaly pouze to, zda si položená otázka „vysloužila“ odpověď ve formě rozsudku, nebo byla vypořádaná odůvodněným usnesením, případně také zda Soudní dvůr vyhodnotil otázku jako dostatečně zajímavou na to, aby k ní bylo sepsáno stanovisko generálního advokáta. U fáze C jsme se zaměřily na způsob interakce vnitrostátního soudu s rozhodnutím Soudního dvora, a to podle kritérií navržených v existující akademické literatuře, pouze s drobnými úpravami. Pro přehlednost budou jednotlivé kategorie více rozebrány u jednotlivých částí.

Obr. č. 2: *Předběžné otázky položené českými nejvyššími soudy – časová osa*⁵⁷



Zdroj: autorky a vlastní databáze projektu DialogUE. Dostupné z: <http://dialogue.law.muni.cz/content/cs/blog/dialogue-case-chart/>

Obecně k aktivitě českých nejvyšších soudů ve vztahu k Soudnímu dvoru

Pokud jsme v předchozí kapitole tvrdily, že české soudy jsou v předkládání předběžných otázek spíše zdrženlivé, NSS je v tomto ohledu – alespoň na české scéně – výjimkou. Ze všech 94 českých předběžných otázek předložených během zkoumaného období

⁵⁵ Viz probíhající řízení ve věcech *Ministerstvo zdravotnictví*, C-659/22 (NSS, 8 Ao 7/2022-71) a *B2 Energy*, C-676/22 (NSS, 4 Afs 291/2021-34).

⁵⁶ Viz probíhající řízení ve věcech *EXTÉRIA*, C-393/22 (NS, 30 Cdo 1985/2021-69), *Inkreal*, C-566/22 (NS, 30 Nd 674/2021-60) a *RegioJet a STUDENT AGENCY*, C-700/22 (NS, 23 Cdo 1180/2021-577).

⁵⁷ I přes horší čitelnost jsme se rozhodly časovou osu do článku zařadit, neboť z ní graficky hezky plyne nepoměr v činnosti obou zkoumaných nejvyšších soudů a různá míra jejich zapojení v různých časových okamžicích.

pochází 52 od dvou nejvyšších soudů; jejich zastoupení je však nerovnoměrné. Zatímco od NS vzešlo 14 žádostí (+ další tři mezi 1. 5. a 31. 12. 2022), NSS položil už 38 otázek (+ další dvě mezi 1. 5. a 31. 12. 2022). Aktivitu obou českých nejvyšších soudů znázorňuje časová osa, na níž lze vidět všechny jimi do konce roku 2022 předložené případy.

Z časové osy výše lze vyčíst, že ačkoli v posledních letech aktivita NS stoupla, v součtu pořád panuje mezi aktivitou dvou nejvyšších soudů výrazný nepoměr. Ten lze pozorovat i ve srovnání podle právních odvětví (viz výše v části II), z něhož plyne, že správní agenda mezi českými otázkami výrazně převažuje, a to především na úrovni vrcholných soudů. Rovněž ve srovnání se soudci správního kolegia slovenského NS je český NSS mnohem aktivnější a jeho otázky pocházejí z pestřejšího spektra oblastí. Co se týče NS, jeho otázky se prozatím týkaly především mezinárodního práva soukromého v civilní oblasti, přičemž ze 14 předložených otázek pochází pouze jediná od trestněprávního kolegia. Je to však nepoměr očekávatelný vzhledem k míře unijní harmonizace jednotlivých právních oblastí. Pro zajímavost můžeme uvést, že mnohem větší nepoměr panuje u slovenských vrcholných soudů, které položily za stejné období celkem 26 předběžných otázek, a to v oblasti práva ústavního (1), trestního (3) a správního (22), avšak vůbec žádnou v oblasti práva soukromého.⁵⁸

1 Fáze první: Otázka (A)

1.1 Sebevnímání nejvyšších soudů jako soudů poslední instance (čl. 267 odst. 3 SFEU)

Jak jsme uvedly již v úvodu, oba české nejvyšší soudy „budou vždy soudy posledního stupně [...] a jako takové budou povinny v případě, že v řízení vynaláží otázku výkladu komunitárního práva nespadá pod některou z výjimek případu *CILFIT*, zahájit řízení o předběžné otázce.“⁵⁹ Oba nejvyšší soudy tuto svou pozici ve většině položených otázek také explicitně reflektovaly, a to s více či méně detailní argumentací. Pouze v několika málo předběžných otázkách nelze najít žádnou zmínku o tom, zda o sobě předkládající soud přemýšlí jako o soudu poslední instance, resp. zda zvažoval případné naplnění některé z výjimek stanovených v rozsudku *CILFIT*,⁶⁰ což by vedlo k tomu, že předběžnou otázku pokládat nemusí. Zcela chybějící posouzení *CILFIT* kritérií jsme u NS pozorovaly pouze ve dvou případech a u NSS v 11 případech. V případě NSS jsme chybějící výslovné zvážení *CILFIT* kritérií nejčastěji pozorovaly u otázek desátého senátu, konkrétně pak u soudce zpravodaje Zdenka Kühna.⁶¹

⁵⁸ KOVÁČ, L., VIKARSKÁ, Z. Prejudiciálne otázky slovenských vrcholných súdov v prvých osemnástich rokoch európskeho mandátu: vedieme už so Súdnyim dvorom zrelý dialóg? (v recenzním řízení).

⁵⁹ BOBEK a kol., 2015, op. cit., s. 215. Srov. také BOBEK, M., BRÍZA, P., HUBKOVÁ, P. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 21–22.

⁶⁰ Rozsudek ESD ve věci *CILFIT*, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

⁶¹ Případy *Al Chodor*, C-528/15 (NSS, 10 Azs 122/2015-88), *D. H.*, C-704/17 (NSS, 10 Azs 252/2017-43), *A-PACK*, C-127/18 (NSS, 10 Afs 71/2016-44), *FCC Česká republika*, C-43/21 (NSS, 10 As 322/2020-69), či *HJ*, C-101/21 (NSS, 10 Ads 262/2020-34).

Nejčastěji se nejvyšší soudy s rozhodnutím *CILFIT* vypořádaly tak, že tento rozsudek (příp. alespoň čl. 267 odst. 3 SFEU) sice v posledním odstavci předkládajícího usnesení zmínily, avšak úvahy tímto směrem nijak dále nerozvíjely. Taková situace nastala v 10 případech u NS a v 15 případech u NSS. Typicky lze na konci předkládacího usnesení najít obdobný (či identický) odstavec o tom, že z těchto důvodů NS/NSS jako soud poslední instance pokládá předběžnou otázku.⁶²

Poslední kategorii představují případy, ve kterých se předkládající soud podrobněji věnuje výjimkám z povinnosti položit předběžnou otázku a vysvětluje, proč žádná z nich nenastala. Transparentní úvahy o tom, že se nejedná ani o otázku judikatorně vyřešenou (*acte éclairé*), ani o věc zcela jasnou (*acte claire*), nalezneme u 2 případů NS a u 10 případů NSS; v případě NSS jde nejčastěji o rozhodnutí pátého senátu. Jeho členové typicky věnují tři krátké odstavce tomu, že 1) jsou soudem poslední instance a zvažovali použití *CILFIT* výjimek; 2) nepovažují věc za jasnou bez interpretace; a 3) nepodařilo se jim v dosavadní judikatuře Soudního dvora najít dostatečné vysvětlení.

Po přečtení všech zkoumaných rozhodnutí však máme za to, že výsledky této kategorie svědčí spíše o stylu soudcovského psaní a o přístupu jednotlivých soudců a soudkyň k délce svých rozhodnutí než o kvalitě práce vnitrostátních soudů s unijním právem či unijní judikaturou. I v celkovém kontextu jsou to u NSS totiž rozhodnutí pátého senátu, která jsou z předkládacích usnesení nejdelsí (8 až 27 stran). Naopak absence zmínky o *CILFIT* kritériích odpovídá i krátkosti usnesení desátého senátu (typicky 6 až 13 stran).

O něco zajímavější je naše zjištění, že ve dvou případech NS došlo k položení předběžné otázky až po zásahu Ústavního soudu.

První taková situace nastala ve věci *E.ON Czech Holding*, v níž se v určité fázi řízení ocitl Vrchní soud v Praze v pozici soudu poslední instance, neboť občanský soudní řád (ve znění účinném do 31. 12. 2012) neumožňoval v daném typu řízení podat dovolání. Vrchní soud však předběžnou otázku nepodal a účastník řízení napadl jeho usnesení ústavní stížností. Ústavní soud dal stěžovateli za pravdu a konstatoval, že Vrchní soud měl buď předběžnou otázku položit, nebo měl uvést, že byla splněna některá z výjimek dle rozsudku *CILFIT*.⁶³ Věc se tedy vrátila k Vrchnímu soudu, v mezidobí se však v důsledku změny právní úpravy stalo dovolání v dané věci přípustným. V pozici soudu poslední instance se tak ocitl NS, který již – poučen zásahem ÚS – předběžnou otázku podal.⁶⁴

Druhým podobným případem je jedna z nejčerstvějších českých předběžných otázek předložených Nejvyšším soudem. Ve věci *Ředitelství silnic a dálnic*,⁶⁵ o níž Soudní dvůr ještě nerozhodl, podal předběžnou otázku senát 21 Cdo poté, co ÚS zrušil jiné jeho rozhodnutí týkající se stejných účastníků řízení, a to právě z důvodu nepoložení předběžné otázky.⁶⁶

⁶² Typická formulace se objevuje u NS např. ve věci *Callin Europe*, C-21/17 (NS, 23 Cdo 1542/2016-137), a u NSS např. ve věci *ACO Industries Tábor*, C-80/13 (NSS, 1 Afs 38/2012-127, bod 21).

⁶³ Nález ÚS ze dne 11. 9. 2012, sp. zn. II. ÚS 2504/10 (N 154/66 SbNU 311; soudce zpravodaj Stanislav Balík).

⁶⁴ Případ *E.ON Czech Holding AG*, C-560/16 (NS, 29 Cdo 4403/2014-321).

⁶⁵ Případ *Ředitelství silnic a dálnic*, C-57/22 (NS, 21 Cdo 2124/2021-181).

⁶⁶ Nález ÚS ze dne 10. 12. 2020, sp. zn. II. ÚS 2522/19 (soudce zpravodaj Jaroslav Fenyk).

ÚS upozornil na to, že NS měl s unijním právem pracovat pečlivěji, konkrétně že se „*měl zabývat tím, zda musí výkladový problém [unijního práva] odstranit položením předběžné otázky SDEU nebo zda je zde důvod, pro nějž jej může vyřešit sám, a pokud by jej našel, přesvědčivě jej vtělit do odůvodnění svého [...] rozhodnutí. Jestliže za těchto okolností Nejvyšší soud předběžnou otázku SDEU nepředložil, [...] zasáhl tím do pravomoci SDEU vykládat unijní právo...*“⁶⁷ Citovaný náleží ÚS byl vydán 10. 12. 2020 a zatímco řízení po zásahu ÚS dále probíhá u obecných soudů, soudci NS přistoupili k podání předběžné otázky v jiném, souvisejícím řízení (21 Cdo 2124/2021) se stejnými účastníky. V odůvodnění předkládacího usnesení přitom NS na tento zásah ÚS explicitně odkazuje.⁶⁸

1.2 Na co se nejvyšší soudy ptají?

Největší část předběžných otázek podaných NS tvoří agenda mezinárodního práva soukromého v civilní oblasti (6 ze 14 zkoumaných případů). Ve zbytku se NS ptal na otázky duševního vlastnictví (2), pracovního práva (2), životního prostředí (1), soutěžního práva (1) a obchodního smluvního práva (1); pouze jediná ze 14 položených otázek se týkala trestního práva (i to spíše okrajově). Pokud na stejná data hledíme z perspektivy jednotlivých senátů, nejvíce předběžných otázek položil senát 23 Cdo, jenž se věnuje oblasti obchodních závazků, práv duševního vlastnictví a nekalé soutěže. Celkový počet věcí projednávaných Nejvyšším soudem však podtrhává míru neaktivity tohoto soudu: dle statistik rozhodl NS v letech 2015 až 2021 v průměru 1 650 trestních a 5 150 civilních věcí ročně.⁶⁹

V rozhodovací činnosti NSS zaujímá mezi předběžnými otázkami významnou část problematika finančního práva. Téměř polovina předběžných otázek (18 ze 38) vzešla z národního rejstříku Afs, který zahrnuje nejen veškerou daňovou agendu, ale například i otázky cel. To není překvapivé zjištění, neboť v oblasti cel má EU výlučnou pravomoc, zatímco u nepřímých daní existuje vysoká míra harmonizace právních předpisů.⁷⁰ Žádné další odvětví ve správní agendě nepřevažuje, ve zbytku se jedná spíše o nahodilé problémy s unijním prvkem. Překvapivým často se vyskytujícím rejstříkem může být agenda Ads, oblast sociálního zabezpečení, z níž vzešlo 5 otázek. Naopak překvapivě málo řízení vzešlo v oblasti migrace. NSS za 18 let předložil pouze dvě otázky z oblasti azylového práva⁷¹ a dvě k zajišťování cizinců, ve kterých se prolínala jak úprava zákona o pobytu cizinců, tak zákona o azylu.⁷² Azylové a cizinecké právo je přitom také významnou doménou unijního práva.⁷³ Čísla

⁶⁷ Srov. body 61 a 62 citovaného nálezu ÚS II. ÚS 2522/19.

⁶⁸ Srov. bod 15 předkládacího usnesení NS č. j. 21 Cdo 2124/2021-181.

⁶⁹ Viz Ročenka Nejvyššího soudu. *Nejvyšší soud* [online]. Dostupné z: https://www.nsoud.cz/judikatura/ns_web.nsf/Rocenka_2021_CZ.pdf

⁷⁰ Směrnice Rady 2006/112/ES ze dne 28. 11. 2006 o společném systému daně z přidané hodnoty.

⁷¹ Případy *Al Chodor*, C-528/15 (NSS, 10 Azs 122/2015-88), a *M (refugee)*, C-391/16 (NSS, 5 Azs 189/2015-36).

⁷² Případy *Arslan*, C-534/11 (NSS, 1 As 90/2011-59), a *D. H.*, C-704/17 (NSS, 10 Azs 252/2017-43).

⁷³ Viz čl. 67 odst. 2 SFEU a podrobně čl. 77–80 SFEU. Na ty navazuje rozsáhlý balíček sekundární legislativy. Ve věcech azylových je to zejména: nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 604/2013 ze dne 26. 6. 2013 (tzv. nařízení Dublin III), směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU ze dne 13. 12. 2011 (tzv. kvalifikační směrnice), směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/32/EU ze dne 26. 6. 2013 (tzv. procedurální směrnice). V pobytových věcech existuje řada směrnic upravující každý pobytový titul samostatně, viz: <https://www.mvcr.cz/migrace/clanek/migrace-web-legislativa-legislativa.aspx?q=Y2hudW09Mw%3D%3D>

překvapí nejen vzhledem k europeizaci daných oblastí, ale i v celkovém počtu věcí, které v těchto agendách NSS rozhodl. V období od 1. 5. 2004 do 30. 4. 2022 sice vydal NSS v rejstříku Afs konečných rozsudků nejvíce (10 177), v cizinecké agendě Azs ale rozhodl jen o třetinu věcí méně (6 862). V hojně dotazovaném právu sociálního zabezpečení (agenda Ads) rozhodl NSS pouhých 4 671 věcí.⁷⁴

Tab. č. 7: Přehled předběžných otázek dle odvětví

rejstřík NSS	označení u ESD	počet otázek	senát NS	označení u ESD	počet otázek
NSS (38)			NS (14)		
Afs (18)	Sbližování právních předpisů	1	11 Tdo (1)	Spravedlnost a vnitřní záležitosti	1
	Volný pohyb služeb	2	20 Cdo (1)	AFSJ/MPS	1
	Daně	11	21 Cdo (2)	Sociální politika	1
	Volný pohyb kapitálu	1		Volný pohyb pracovníků	1
	Životní prostředí	1	23 Cdo (5)	Sbližování právních předpisů	2
	Volný pohyb zboží	1		AFSJ/MPS	1
	Svoboda usazování	1		Hospodářská soutěž	1
Ads (5)	Sociální politika	1	Svoboda usazování	1	
	Sociální zabezpečení	3	29 Cdo (1)	AFSJ/MPS	1
	Sbližování právních předpisů	1	30 Cdo (3)	AFSJ/MPS	2
Azs (3)	AFSJ – azyl & migrace	3		Sbližování právních předpisů	1
As (12)	Životní prostředí	3	30 Nd (1)	AFSJ/MPS	1
	Sbližování právních předpisů	3			
	Zemědělství a rybolov	2			
	AFSJ – azyl & migrace	1			
	Svoboda usazování	2			
	Volný pohyb služeb	1			

Zdroj: autorky. Kategorie vycházejí z našeho vlastního kódování věcí. Viz web projektu: <http://dialogue.law.muni.cz/content/cs/blog/dialogue-case-chart/>

Pokud odhlédneme od pouhého formálního zařazení jednotlivých kauz, zjistíme, že se tyto věci často týkají i dalších otázek, včetně základních principů fungování práva EU či klíčových ustanovení primárního práva. NSS se tak již opřel o argument procesní autonomie,⁷⁵ Listinu základních práv EU⁷⁶ či zákaz diskriminace.⁷⁷ Samoučelné zařazení do vnitrostátních rejstříků tak nemá velkou výpovědní hodnotu o tom, čeho se věc týká na unijní úrovni. Totéž lze ale říci i o kategoriích Soudního dvora, které – ačkoliv jsou určovány až *ex post* – nemusí odpovídat skutečnému obsahu předběžné otázky.

⁷⁴ Informace o počtu rozhodnutých věcí byla čerpána z databáze rozhodnutí na webu NSS (www.nssoud.cz), a to podle vyhledávání dle rejstříku.

⁷⁵ Případ *AGROBET CZ*, C-446/18 (NSS, 1 Afs 271/2017-56, bod 43).

⁷⁶ Případ *D. H.*, C-704/17 (NSS, 10 Azs 252/2017-43).

⁷⁷ Případy *JS*, C-253/12 (NSS, 6 Ads 18/2012-82), *BONVER WIN*, C-311/19 (NSS, 5 As 177/2016-61), či *Soukupová*, C-401/11 (NSS, 8 As 8/2010-94).

1.3 Nerovnosti mezi aktivitou jednotlivých soudců⁷⁸

Z informací poskytnutých ve veřejném vyhledávání NS – na rozdíl od NSS – není možné zjistit soudce zpravodaje jednotlivých rozhodnutí. Naše analýza nerovností mezi soudci zpravodaji se proto týká pouze rozhodovací činnosti NSS; v případě NS totiž známe pouze složení senátů, z nichž předběžné otázky vzešly. Můžeme proto zkoumat pouze to, kteří soudci a soudkyně se objevují v předkládacích usneseních. Přesto však můžeme konstatovat, že se v 17 zkoumaných předkládacích usneseních NS objevují jména 30 soudců a soudkyň, a to nejen soudců stálých, nýbrž docela často i soudců dočasně přidělených. Opakovaně se v předkládacích usneseních objevuje 10 jmen: Pavel Horák (5), Pavel Simon (5), Vít Bičák (4), Zdeněk Des (3), Bohumil Dvořák (3) Lubomír Ptáček (3), Jiří Doležilek (2), Kateřina Hornochová (2), Pavel Tůma (2) a David Vláčil (2); zbylých 20 soudců lze v souvislosti s předběžnou otázkou pozorovat pouze jedinkrát. Přestože tyto informace mohou obsahovat řadu falešných pozitiv, s jistotou z nich lze vyčíst jedno důležité negativum: až 29 ze 48 současných soudců občanskoprávního a obchodněprávního kolegia a 22 ze 23 současných soudců trestněprávního kolegia⁷⁹ nemá s pokládáním předběžné otázky žádnou zkušenost, což považujeme za – na první pohled – alarmující. Další zkoumání může samozřejmě ukázat, že trestněprávní věci u NS s unijním aspektem jsou řešeny zcela správně, neboť problematické otázky již Soudnímu dvoru předložily nižší soudy či soudy v jiných členských státech.⁸⁰

U NSS se sice s předběžnou otázkou setkalo více tamního osazenstva, disproporce mezi autory je však také znatelná.

⁷⁸ V této kategorii analyzujeme předběžné otázky položené do 31. 12. 2022, tedy u NS celkem 17 věcí, u NSS 40. Jdeme tak nad rámec zkoumaného období 18 let a činíme tak proto, že v článku upozorňujeme na soudce a soudkyně, kteří se nikdy na žádnou předběžnou otázku nezeptali. Vůči těm, kteří tak stihli učinit ve zbytku roku 2022, jsme tedy nechtěli být neférové.

⁷⁹ Jedinou trestněprávní předběžnou otázku položil v srpnu 2016 senát ve složení Stanislav Rizman (soudce NS do r. 2018), Antonín Draštík (současný soudce NS) a Karel Hašch (soudce NS do r. 2018). Zajímavostí této předběžné otázky je, že její podání inicioval (a její znění formuloval) státní zástupce v daném řízení.

⁸⁰ Zde děkujeme za připomínku jednomu ze dvou anonymních recenzentů. Souhlasíme, že pokud zároveň v závěru článku upozorňujeme na to, že kvalita a kvantita není totéž, pak je trochu nespravedlivé kritizovat NS za nízkou kvantitu položených předběžných otázek, aniž bychom ověřily kvalitu jeho práce ve všech věcech, v nichž k položení předběžné otázky nedošlo, ale přesto mohlo být unijní právo zohledněno naprosto správně.

Tab. č. 8: Počty předběžných otázek soudců NSS do konce roku 2022⁸¹

počet otázek	soudce/soudkyně
6+1*	Kühn (2012, 2013, 2017, 2018, 2019, 2021, 2021)
4+1*	Mikeš (2017, 2020, 2020, 2020, 2022)
4	Camrda (2009, 2009, 2011, 2014)
3	Kaniová (2008, 2011, 2013), Šimáčková (2012, 2012, 2013)
2	Hubáček (2009, 2014), Žiškova (2011, 2013)
1	Vlašín (2009), Šimíček (2011), Hipšr (2011), Došková (2014), Roztočil (2014), Passer (2015), Weissová (2015), Zemanová (2015), Pořízková (2016), Mrákota (2016), Matyášová (2018), Výborný (2018), Baxa (2018), Palla (2022)
0	Bejčková, Bobek, Dienstbier, Foltas, Havelec, Juříčková, Krupičková, Kučera, Langášek, Malík, Molek, Podhrázký, Pospíšil, Rychlý, Šimka, Šiškeová, Šonková, Tomková, Zavřelová, Brothánková, Cihlářová, Hnízdil, Chrastilová, Kamlach, Mazanec, Novotný, Nygrínová, Průcha, Příhoda, Součková, Turková, Valentová, Vyklický, Vyvadil

* Přičtené otázky jsou ty, které měli tito soudci zpravodajsky přiděleny v rozšířeném senátu. Jejich zpravodajství bylo rozpoznáno z pořadí soudců v hlavičce usnesení (byli uvedeni na druhém místě).

Ačkoliv v absolutních číslech vychází NSS jako *československý šampion* v pokládání předběžných otázek, rozhodně se nejedná o aktivitu všech jeho členů. Od vstupu ČR do EU působilo na NSS celkem 53 soudců.⁸² Nicméně, pouze 21 z nich (39,6 %) iniciovalo řízení o předběžné otázce. Ke kontextualizaci těchto dat stručně představíme systém senátního rozhodování u NSS.

Dnes již možná úsměvnou vsuvkou je rozličný procesní postup, který v prvních letech zaujímaly různé senáty. Do novely účinné od 1. 1. 2012 měl usnesení o předběžné otázce vydávat pouze předseda senátu.⁸³ Nyní je usnesení o přerušení řízení a předložení předběžné otázky přijímáno v tříčlenném senátu po vzájemné shodě alespoň dvou jeho členů.⁸⁴ V období od 1. 5. 2004 do 1. 1. 2012 položil sám předseda/předsedkyně senátu předběžnou otázku jen třikrát.⁸⁵ Ve stejné době ale už jiné senáty zřejmě měly na mysli vyšší standard ochrany procesních práv účastníků a usnesení vydávaly ve tříčlenném složení.⁸⁶ V obou

⁸¹ Data byla sbírána z veřejně dostupné databáze na www.vyhledavac.nssoud.cz, která nově ukazuje i kategorii soudce zpravodaje. Data byla upravena u K. Šimáčkové a J. M. Passera, u jejichž věci vyhledávač ukazuje jako soudce zpravodaje jejich nástupce po odchodu na Ústavní soud a Soudní dvůr EU. Autorství těchto soudců bylo odvozeno z toho, že jsou to jejich jména, která se změnila v hlavičce mezi fází A a fází C a z toho, že jejich odchod z NSS časově koresponduje s těmito předběžnými otázkami.

⁸² Jejich přehled najdeme na webu NSS, viz pozn. 85 a 86.

⁸³ Srov. zákon č. 303/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

⁸⁴ § 48 odst. 1 písm. b) s.ř.s.

⁸⁵ Případy *Kyrian*, C-233/08 (NSS, 5 Afs 48/2007-107, soudkyně zpravodajka Lenka Kaniová), případ *Skoma-Lux II*, C-339/09 (NSS, 7 Afs 11/2008-75, soudce zpravodaj Jaroslav Hubáček), a případ *Star Coaches*, C-220/11 (NSS, 1 Afs 103/2010-68, soudkyně zpravodajka Marie Žiškova).

⁸⁶ Případ *DAR Duale Abfallwirtschaft*, C-299/09 (NSS, 5 As 49/2009-138), případ *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09 (NSS, 5 As 38/2008-182), případ *Landtová*, C-399/09 (NSS, 3 Ads 130/2008-107), případ *C.S. AGRO Ronov*, C-390/11 (NSS, 2 As 49/2011-83), případ *Soukupová*, C-401/11 (NSS, 8 As 8/2010-94), případ *Arslan*, C-543/11 (NSS, 1 As 90/2011-59), a případ *Město Zámberk*, C-18/12 (NSS, 5 Afs 1/2011-58).

procesních postupech je nicméně případ přiřazen pouze jednomu soudci zpravodaji, který spis jako první prostuduje a navrhuje znění rozhodnutí ostatním členům senátu. Pro tuto fázi výzkumu proto považujeme za autora otázky soudce zpravodaje dané věci, ačkoli to někdy nemusí odpovídat realitě, neboť každý ze soudců či soudkyň může na tvorbě předběžné otázky spolupracovat s jinými kolegy, případně se na její formulaci vůbec nepodílet.

Absolutní číslo aktivních soudců je nutné posuzovat také prizmatem délky působení všech soudců na NSS. Například soudce Michal Bobek, který v říjnu 2021 završil svůj šestiletý mandát generálního advokáta Soudního dvora, jistě neměl během svého několikaměsíčního působení u NSS (od července 2022) tolik příležitostí k položení předběžné otázky jako soudci, kteří na soudu působí už téměř dvě dekády.⁸⁷ Stejně jako nově přichozí nelze plně srovnávat ani některé členy první generace NSS, kteří na soudě působili jen pár let od vstupu do EU.⁸⁸ Výrazná nerovnost v iniciativě je však viditelná i mezi zapojujícími se necelými 40 % soudy. Jak je vidět v tabulce výše, valná většina soudců a soudkyň (14) položila pouze jedinou předběžnou otázku. Ve skutečnosti tak bylo z celkového počtu 40 otázek až 12 (tedy 30 %) zahájeno jen dvěma soudci: Zdeňkem Kühnem a Petrem Mikešem.

Tato dvě jména pravděpodobně nepřekvapí čtenáře, kteří jsou v českém justičním prostředí zblhlí. Zdeňk Kühn je soudce a profesor právní teorie s širokými zkušenostmi se vzděláním a působením v zahraničí. Již na počátku své akademické kariéry psal o tématech týkajících se EU⁸⁹ a od roku 2007 působí jako *ad hoc* soudce Evropského soudu pro lidská práva.⁹⁰ Petr Mikeš je soudcem z mladší generace NSS, má titul Ph.D. z oboru Ústavní právo, mezinárodní právo, evropské právo⁹¹ a během své předchozí praxe se věnoval např. přípravě podání prezidenta republiky k Ústavnímu soudu.⁹² Působí také jako člen rozšířeného senátu NSS, ve kterém právě jednu z předběžných otázek sepsal.⁹³

⁸⁷ Dalšími nováčky na NSS jsou např. Veronika Juříčková, Sylva Šiškeová a Jitka Zavřelová (od r. 2020). Viz informace dostupné z: <https://www.nssoud.cz/o-soudu/soudci/soucasni-soudci>

⁸⁸ Např. Brigita Chrastilová (do r. 2008) či Marie Součková (do r. 2009). Seznam všech bývalých soudců NSS i s časovým rozmezím jejich působení je dostupný z: <https://www.nssoud.cz/o-soudu/soudci/byvali-soudci>

⁸⁹ KÜHN, Z., KYSELA, J. Na základě čeho bude působit komunitární právo v českém právním řádu? *Právní rozhledy*. 2004, č. 1; či KÜHN, Z. Ještě jednou k ústavnímu základu působení komunitárního práva v českém právním řádu. *Právní rozhledy*. 2004, č. 10. K sáze slovenských důchodů KÜHN, Z. Ultra Vires Review and the Demise of Constitutional Pluralism: the Czecho-Slovak Pension Saga, and the Dangers of State Courts' Defiance of EU Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2016. roč. 23, č. 1, s. 185–194. DOI: <https://doi.org/10.1177/1023263X1602300111>; nebo z nedávné doby např. KÜHN, Z. The Czech Republic: From a Euro-Friendly Approach of the Constitutional Court to Proclaiming a Court of Justice Judgment Ultra Vires. In: ALBI, A., BARDUTZKY, S. (eds.). *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2019. DOI: https://doi.org/10.1007/978-94-6265-273-6_17

⁹⁰ List of Ad hoc judges for the year 2022. *Rada Evropy, Evropský soud pro lidská práva* [online]. Dostupné z: https://www.echr.coe.int/Documents/List_adhoc_judges_BIL.pdf

⁹¹ MIKEŠ, P. *Pronikání mezinárodního práva do rozhodovací činnosti vnitrostátních orgánů*. Disertační práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2011.

⁹² NSS – Soudci. In: *Nejvyšší správní soud* [online]. [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://www.nssoud.cz/o-soudu/soudci/detail/petr-mikes-1978>

⁹³ Případ *Kemwater ProChemie*, C-154/20 (NSS, 1 Afs 334/2017-54).

Ačkoli tedy Zdeněk Kühn ani Petr Mikeš v čele žebříčku nepřekvapí, podle přerozdělování práce na soudě by neměl být mezi nimi a ostatními tak markantní rozdíl. Od roku 2014 již neexistuje na NSS systém specializace senátů;⁹⁴ všichni řadoví soudci tedy dostávají dle rozvrhu práce stejný přísun věcí ze všech oblastí správního práva.⁹⁵ Pravděpodobnost, že se některý ze soudců bude zabývat otázkou související s právem EU, by proto měla být u všech soudců stejná. Že se soudci ptají nerovnoměrně nicméně odpovídá tezi evropských akademiků o tom, že předběžné otázky podávají spíše soudci, kteří už mají predispozice k tomu se na lucemburský soud obrátit.⁹⁶

Ovšem ani dřívější rozdělení na finanční a sociální kolegium v první dekádě členství ČR v EU nenaznačuje větší rozdělení soudců zpravodajů podle těchto specializovaných témat. V letech 2004 až 2013 položil NSS 17 otázek, z nichž pouze 3 se týkaly oblasti sociálního zabezpečení a 4 oblasti finančního/daňového práva. Zbytek otázek byl tedy rozdělen bez ohledu na příslušnost soudců ke kolegiím. Naopak, proti intuici o tematickém rozdělení senátu, právě v prvních letech práce s právem EU byla jména soudců zpravodajů různá, zatímco v posledních 5 letech převažují jména pouze dvě, a to opět Zdeněk Kühn a Petr Mikeš.

Aktivita při pokládání předběžných otázek na NSS neodpovídá ani profesnímu zaměření soudců. V pořadí třetí nejaktivnější soudce Jakub Camrda, známý svou erudicí v cizineckém právu,⁹⁷ sám neinicioval žádné otázky v oblasti azylu či pobytu; naopak stál za otázkami v oblasti DPH či životního prostředí.⁹⁸ Odborník na oblast sociálního zabezpečení Jaroslav Vlašín byl autorem otázky ve věci *Landtová*, která se sice týkala jeho důchodové specializace, od roku 2009 se však už v žádné obdobné kauze před Soudním dvorem neangažoval. Obdobně například Lenka Matyášová či Barbara Pořízková, odbornice na daňové právo, se v rámci pokládání otázek ve své specializaci angažovaly minimálně: z celkových 18 otázek položených v rejstříku Afs byla pouze jedna předložena soudkyní zpravodajkou Lenkou Matyášovou⁹⁹ a žádná soudkyní Barbarou Pořízkovou. Nelze tedy tvrdit, že by se soudci a soudkyně NSS při pokládání předběžných otázek zaměřovali na problémy vyskytující se v jejich známém prostředí.

⁹⁴ Usnesení pléna NSS ze dne 27. 11. 2013, č. j. S 4/2013-2/3.

⁹⁵ NSS – Rozvrh práce. In: *Nejvyšší správní soud* [online]. [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://www.nssoud.cz/o-soudu/rozvrh-prace>

⁹⁶ KROMMENDIJK, 2021, op. cit., s. 72–76.

⁹⁷ CAMRDA, J. Čl. 43 [Právo na azyl]. In: HUSSEINI, F., BARTOŇ, M., KOKEŠ, M., KOPA, M. a kol. *Listina základních práv a svobod*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2021; CAMRDA, J. Podceňované právo azylu. *Jiné právo* [online]. [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://jinepravo.blogspot.com/2011/02/podcenovane-pravo-azylu.html>

⁹⁸ Případy *DAR Duale Abfallwirtschaft*, C-299/09 (NSS, 5 As 49/2009-138), *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09 (NSS, 5 As 38/2008-182), *Město Žamberk*, C-18/12 (NSS, 5 Afs 1/2011-58), a *Český rozhlas*, C-11/15 (NSS, 5 Afs 124/2014-79).

⁹⁹ Případ *AURES Holding*, C-405/18 (NSS, 5 Afs 138/2017-26).

Jedno z možných vysvětlení snížené rozmanité aktivity posledních let může být zahlcenost NSS.¹⁰⁰ Od roku 2017 se před NSS neustále zvyšuje počet napadených věcí.¹⁰¹ S přibývajícím počtem nedodělků a snahou snížit množství stárnoucích spisů tak logicky zbývá méně času na zvažování všech možných aspektů, včetně unijní dimenze projednávaných případů. To by vysvětlovalo i dominanci dvou soudců z celého pléna NSS. Ze statistik zveřejněných v dubnu 2022¹⁰² vyplývá, že jak Zdeněk Kühn, tak Petr Mikeš patří mezi třetinu soudců s nejnižším počtem nedodělků. S nižším množstvím spisů na stole jim tak zaprvé zbývá více času na posouzení případů a zadruhé, a to především, se k problematickým otázkám dostanou na pořadu dne jako jedni z prvních. Předběžné otázky těchto dvou soudců se však v posledních letech netýkaly zásadních problémů, se kterými by se NSS setkával v rámci každodenní práce. Právě naopak, otázky typu zařazení papouška ary hyacintového¹⁰³ či prodloužení povolení k ukládání skládky¹⁰⁴ jsou otázkami spíše ojedinělými. Sníženou aktivitu valné většiny soudu tak nelze omlouvat rychlostí jednotlivců; ta může být maximálně argumentem pro více otázek z jejich dílny.

Jestliže se tedy v rámci nápadu nerozlišuje mezi agendami, měla by se mezi soudce všechna právní odvětví (tedy i ta více *européizovaná*) dostávat víceméně stejně. Pokud tomu neodpovídá autorství předběžných otázek, znamená to, že někteří soudci a soudkyně mohou zanedbávat svou povinnost soudů poslední instance podle čl. 267 odst. 3 SFEU. Totéž platí v případě soudců a soudkyň NS, u nichž je neaktivita v pokládání předběžných otázek dokonce mnohem markantnější.

1.4 Předběžná otázka jako nástroj právní změny: typy položených otázek a jejich cíl

Mechanismus předběžné otázky může vrcholným soudům sloužit i jako nástroj pro znovuzískání klíčové pozice v rámci domácí justice.¹⁰⁵ Z analýzy typu otázek, které české nejvyšší soudy vznášají, vyplývá, že je umí využívat nejen jako nástroj pro pomoc s výkladem unijního

¹⁰⁰ POKORNÝ, M. Jsme zahlcení, řešte to, stěžuje si šéf Nejvyššího správního soudu sněmovně. Jeden případ trvá průměrně 195 dní. In: *Hospodářské noviny (HN.cz)* [online]. 14. 1. 2020 [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://archiv.hn.cz/c1-66705560-jsme-zahlceni-reste-to-stezuje-si-sef-nejvyssiho-spravniho-soudu-snemovne-jeden-pripad-trva-prumerne-195-dni>; Jak pomoci přetíženému Nejvyššímu správnímu soudu? To bylo hlavní téma setkání soudců se členy Ústavně-právního výboru Senátu ČR. In: *Nejvyšší správní soud* [online]. 20. 4. 2022 [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://www.nssoud.cz/aktualne/tiskove-zpravy/detail/jak-pomoci-pretizenemu-nejvyssimu-spravnimu-soudu-to-bylo-hlavni-tema-setkani-soudcu-nss-se-cleny-ustavne-pravniho-vyboru-senatu-cr>; Nejvyšší správní soud je podle předsedy Šimky přetížený. In: *ČTK – České noviny* [online]. 11. 2. 2022 [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://www.ceskenoviny.cz/zpravy/nejvyssi-spravni-soud-je-podle-predsedy-simky-pretizeny/2159410>

¹⁰¹ Všechny statistiky jsou dostupné na webu NSS, rozděleny dle let, čtvrtletí či měsíců: Statistiky. In: *Nejvyšší správní soud* [online]. [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://www.nssoud.cz/rozhodovaci-cinnost/statistiky>

¹⁰² PROCHÁZKOVÁ, A. Zahlčený NSS může nakonec soudit mrtvé právo. In: *Tydeník Respekt* [online]. 1. 4. 2022 [cit. 28. 12. 2022]. Dostupné z: <https://www.respekt.cz/agenda/zahlceny-nejvyssi-spravni-soud-muze-ohrozit-vymahatelnost-spravedlnosti>

¹⁰³ Případ *Ministerstvo životního prostředí*, C-659/20 (NSS, 8 As 175/2018-45).

¹⁰⁴ Případ *HJ*, C-101/21 (NSS, 10 Ads 262/2020).

¹⁰⁵ PAVONE, KELEMEN, op. cit., s. 355.

práva, ale i jako institut prosazování právních změn na domácí půdě. Rozhodnutí NS a NSS jsme proto zkoumaly i s ohledem na to, na co přesně se soudy ptaly a zda v jejich otázce pozorujeme nějakou míru rebelie proti vnitrostátní právní úpravě či proti judikatuře nižších či vyšších soudů.

Na prostou intepretaci unijního práva se nejvyšší soudy zeptaly přibližně v polovině položených otázek (27 z 52 případů). Ve 13 případech (tedy 25 %) se zeptaly, zda je vnitrostátní právní úprava v souladu s unijním právem, Soudní dvůr však i tyto otázky přeformuloval jako otázky na výklad práva EU, neboť platnost vnitrostátního práva unijní soud posuzovat nemůže.¹⁰⁶ Deset případů jsme posoudily jako kombinaci těchto dvou typů otázek: tedy na výklad unijního práva a/nebo na soulad vnitrostátního práva s právem unijním. Pouze ve dvou případech šlo o méně obvyklou předběžnou otázku na platnost unijní právní úpravy; obě tyto věci předložil Soudnímu dvoru NSS.¹⁰⁷

U zkoumaných věcí nás dále zajímala motivace předkládajícího soudu k položení předběžné otázky. Ta se samozřejmě nejlépe zjišťuje formou rozhovorů s předkládajícími soudci a soudkyněmi, což máme v plánu pro další výstupy z tohoto projektu, pro účel tohoto textu jsme se však omezily na to, co je patrné přímo z textu předkládajících usnesení.

Ve více jak čtvrtině věcí (10 z 38) se NSS obrátil na Soudní dvůr proto, aby výkladem unijního práva přebil národní právní úpravu a nemusel ji aplikovat.¹⁰⁸ Typicky byly tyto otázky formulovány stylem: „*Brání výklad [unijního práva] takové vnitrostátní úpravě...?*“¹⁰⁹; „*Je v souladu s unijním právem opatření členského státu...?*“¹¹⁰; či „*Je třeba vykládat [unijní právo] tak, že brání vnitrostátním předpisům, které...?*“¹¹¹. Tímto způsobem NSS docílil například toho, že již není možné zadržovat celou část nadměrného odpočtu, když správce daně rozporuje pouze jeho část,¹¹² nebo toho, že u zemědělců mužů a žen se použije pro odchod do důchodu stejný věk, i když český zákon stanovil pro ženy jiné pravidlo.¹¹³ U NS se tento typ motivace objevil pouze dvakrát: jednou v předběžné otázce týkající se platu soudců, kterou NS formuloval stylem: „*Představuje česká právní úprava [...] nerovné zacházení v oblasti odměňování, které je zakázáno směrnicí...?*“¹¹⁴ a podruhé ve specifické věci *Vysočina WIND*, v níž se NS zeptal, zda musí být ustanovení směrnice vykládáno „*tak, že brání členskému státu uložit povinnost...*“ a i přes formulaci předběžné otázky na výklad skončila tato věc částečným zneplatněním ustanovení unijní směrnice.¹¹⁵

¹⁰⁶ BARENTS, 2020, op. cit., s. 467 a násl.

¹⁰⁷ Případ *PST CLC*, C-405/14 (NSS, 2 Afs 51/2014-73), a případ *M (refugee)*, C-391/16 (NSS, 5 Azs 189/2015-36).

¹⁰⁸ Srov. také BOBEK, 2008, op. cit., s. 1624–1625. Bobek uvádí maďarský případ ve spojených věcech *Nádasdi a Németh*, C-290/05 a C-333/05, a polský případ ve věci *Brzezziński*, C-313/05, jako ilustrace přístupu, jehož prostřednictvím vnitrostátní soudy usilují o překonání unijně nekonformních ustanovení národního práva.

¹⁰⁹ Případ *D.H.*, C-704/17 (NSS, 10 Azs 252/2017-43).

¹¹⁰ Případ *AGROBET CZ*, C-446/18 (NSS, 1 Afs 271/2017-56).

¹¹¹ Případ *ŠKO-ENERGO*, C-43/14 (NSS, 1 Afs 6/2013-46).

¹¹² Případ *AGROBET CZ*, C-446/18 (NSS, 1 Afs 271/2017-56). Ke stejnému závěru došel rovněž Ústavní soud v nálezu ze dne 22. 2. 2019, sp. zn. II. ÚS 819/18 (N 29/92 SbNU 304).

¹¹³ Případ *Soukupová*, C-401/11 (NSS, 8 As 8/2010-94).

¹¹⁴ Případ *Svobodová*, C-653/16 (NS, 21 Cdo 3258/2015-121).

¹¹⁵ Případ *VYSOČINA WIND*, C-181/20 (NS, 30 Cdo 880/2019-212).

Nejvyšší soudy ovšem nezůstávají jen u boje s potenciálně problematickou legislativou; nebojí se pustit ani do střetu s jinými hráči na poli vnitrostátní justice. Z dílny NSS do této kategorie patří snad nejznámější případ *Landtová*¹¹⁶ a o něco méně známý případ *JS*, který nakonec skončil zastavením řízení kvůli zpětvzetí kasační stížnosti.¹¹⁷ V těchto dvou věcech se NSS postavil proti judikatorní linii Ústavního soudu ve věci tzv. slovenských důchodů. Předběžné otázky ve věci *Landtová* byly formulovány jako jakékoliv jiné otázky na interpretaci unijního aktu; až odpověď na domácí půdě dala NSS prostor postavit se dlouhodobě zastávanému názoru ÚS.¹¹⁸ Ve druhé věci *JS* se NSS chystal obrnit proti praxi ÚS, která se opírala o argument ústavní identity.¹¹⁹ NSS se Soudního dvora výslovně dotázal, zda je „*vážán právními posouzeními podanými Ústavním soudem ČR, pokud se zdá, že uvedená posouzení nejsou v souladu s právem Unie*“.¹²⁰ NSS se sice nepodařilo přesvědčit o svém výkladu ÚS, podařilo se mu nicméně docílit změny správní praxe na ministerstvu a spor tak byl nakonec ukončen smírně mezi účastníky.¹²¹

Nejvyšší soud se zatím do otevřeného konfliktu s Ústavním soudem nepustil, řada jeho předběžných otázek však vedla ke zpochybnění závěrů nižších soudů a ke zrušení či změně jejich rozhodnutí, a to jak v oblasti mezinárodního práva soukromého,¹²² tak i ve věcech práva duševního vlastnictví¹²³ či trestního práva.¹²⁴

NSS se zase nezdráhal skrze mechanismus předběžné otázky ohradit proti právním názorům sobě rovného NS. V nedávné věci *HJ* (u NSS označované jako *T. P.*) se totiž NSS skrze předběžnou otázku vyhnul použití judikatury NS o souběhu funkcí v obchodních společnostech ve své správní agendě.¹²⁵ Tenze mezi nejvyššími soudy je patrná již ze znění předběžné otázky NSS: „*Brání [unijní právo] takové vnitrostátní judikatuře, dle níž...?*“ Nesouhlas je však zřetelný i z odůvodnění předkládacího usnesení, v němž NSS dává jasně najevo, že minimálně ve svojí agendě judikaturu NS následovat nechce.¹²⁶

Přes vše výše uvedené nelze NSS označit za soud, který by cíleně vířil jen své domácí vody. I když je předběžná otázka známá především jako prostředek pro jednotný výklad unijního

¹¹⁶ Případ *Landtová*, C-399/09 (NSS, 3 Ads 130/2008-107).

¹¹⁷ Případ *JS*, C-253/12 (NSS, 6 Ads 18/2012-211).

¹¹⁸ Pro detailní analýzu celé ságy slovenských důchodů viz BOBEK, M. *Landtová*, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure. *European Constitutional Law Review*. 2014, roč. 10, č. 1, s. 54–89. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1574019614001047>

¹¹⁹ Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 5/12 ze dne 31. 1. 2012 (N 24/64 SbNU 237), část VII.

¹²⁰ Případ C-253/12 *JS* (NSS, 6 Ads 18/2012-211), třetí předběžná otázka. Pro srovnání, slovenský NS podobně formuloval svou otázku ve věci C-416/10 *Križan* (NS SR, 1Sžp/1/2010), čímž úspěšně rebeloval proti judikatuře slovenského ÚS. Blíže viz KOVÁČ, L., VIKARSKÁ, Z. Prejudiciálne otázky slovenských vrcholných súdov v prvých osemnástich rokoch európskeho mandátu: vedieme už so Súdnyim dvorom zrelý dialóg? (v recenzním řízení)

¹²¹ Usnesení NSS o pokračování v řízení ze dne 23. 1. 2013, č. j. 6 Ads 18/2012-191, bod 6.

¹²² Případy *L a M*, C-656/13 (NS, 30 Cdo 1994/2013), a *Petruchová*, C-208/18 (NS, 30 Cdo 3918/2017).

¹²³ Případy *NEW WAVE*, C-427/15 (NS, 23 Cdo 2765/2012), a *Tommy Hilfiger*, C-494/15 (NS, 23 Cdo 1184/2013).

¹²⁴ Případ *Sokáč*, C-497/16 (NS, 11 Tdo 212/2016 a 11 Tdo 344/2017).

¹²⁵ Případ *HJ*, C-101/21 (NSS, 10 Ads 262/2020-34).

¹²⁶ Usnesení NSS č. j. 10 Ads 262/2020-34, body 28 a 29.

práva, může mířit i na platnost unijního sekundárního práva, pokud by bylo v rozporu s právem primárním. Předběžnou otázku na platnost položil NSS již dvakrát, a přestože podle výsledku řízení by se mohlo zdát, že byl v obou případech neúspěšný, při hlubším čtení rozhodnutí docházíme spíše k opačnému závěru.

Ve věci *PST CLC* v roce 2014 se NSS zeptal Soudního dvora na platnost části tzv. kombinované nomenklatury, podle níž se celně zařazují veškeré výrobky. Tato nomenklatura, vydaná ve formě nařízení, se často mění, protože pro tento případ existovaly tři relevantní verze z roku 1987, 2004 a 2009. Stěžovatel se zpětně domáhal vrácení cla za období v roce 2008, které mu bylo vyměřeno právě na základě zařazení podle nomenklatury z roku 2004. Vrácení se domáhal proto, že v roce 2009 Soudní dvůr ve věci *Kloosterboer Services* vykládal starší nařízení z roku 1987 a zařadil problematické zboží do jiné kategorie, než to činilo nařízení z roku 2004.¹²⁷ K nařízení z roku 2004 se ale Soudní dvůr ve zmiňovaném rozsudku nevyjadřoval, jelikož se na danou věc ještě nepoužilo. V mezidobí, v roce 2009, přistoupila Evropská komise ke zrušení problematického ustanovení v nařízení z roku 2004, a to právě v reakci na rozsudek *Kloosterboer Services*. NSS se proto zeptal, zda bylo toto problematické zařazení neplatné i v letech 2004–2009, tedy do doby, než ho Komise zrušila. Soudní dvůr odpověděl pouze odůvodněným usnesením podle čl. 99 jednacího řádu¹²⁸ a odpověď dovedl z výkladu poskytnutého v rozsudku *Kloosterboer Services*. Jelikož bylo špatné zařazení ve starší úpravě a novější byla s tímto výkladem v rozporu, zneplatnil i tuto novější úpravu. NSS tedy docílil svého, a i když se jednalo „pouze“ o odůvodněné usnesení, podařilo se mu nakonec napadený unijní akt zneplatnit.¹²⁹

Druhou otázku na platnost unijního práva položil NSS ve věci *M (refugee)*. O věci sice rozhodoval velký senát Soudního dvora, rozhodl však zamítavým rozsudkem.¹³⁰ Jednalo se o možnost, respektive důvody odnětí mezinárodní ochrany. Tzv. kvalifikační směrnice¹³¹ umožňuje nepřiznat, neprodloužit, nebo odebrat mezinárodní ochranu někomu, koho lze dostatečně průkazně považovat za ohrožení bezpečnosti členského státu. Typickým případem může být závažná trestná činnost, což se stalo i v případě stěžovatele *M*. Argument z pera soudce Ondřeje Mráky nebyl složitý, byl ovšem velmi silný: kvalifikační směrnice je v rozporu s mezinárodními závazky ČR, jelikož poskytuje uprchlíkům nižší ochranu než Ženevská úmluva.¹³² Ta taxativně stanovuje důvody pro odebrání mezinárodní ochrany a zakazuje smluvním státům, aby tyto důvody jakkoli rozšiřovaly. NSS v předkládacím usnesení hojně odkazuje na mezinárodní prameny a přináší obsáhlou analýzu všech vrstev právní úpravy.

I přes zamítavý rozsudek velkého senátu Soudního dvora však NSS může tuto otázku považovat za úspěšnou. Zaprvé, NSS nebyl jediný, kdo si rozporu mezi unijním a mezinárodním

¹²⁷ Rozsudek ESD ve věci *Kloosterboer Services BV*, C-173/08, ECLI:EU:C:2009:382.

¹²⁸ Jednací řád Soudního dvora (Úř. věst. L 265, 29. 9. 2012, s. 1-42), dále jen „jednací řád“.

¹²⁹ Usnesení ESD ve věci *PST CLC*, C-405/14, ECLI:EU:C:2015:402.

¹³⁰ Rozsudek ESD ve věci *M (refugee)*, C-391/16, ECLI:EU:C:2019:403.

¹³¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU ze dne 13. 12. 2011 o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochrany, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (Úř. věst. L 337, 20. 12. 2011, s. 9–26).

¹³² Úmluva o právním postavení uprchlíků ze dne 28. 7. 1951, publikována sdělením MZV č. 208/1993 Sb.

právem všiml: na unijní úrovni byla tato věc spojena s belgickou předběžnou otázkou na stejné téma. NSS tak obstál ve srovnání se „služebně starším“ belgickým soudem, který je navíc (na rozdíl od NSS) specializovaným cizineckým soudem.¹³³ O důležitosti otázky svědčí i délka řízení, které před Soudním dvorem trvalo bezmála 3 roky, a vyjádření sedmi členských států a tří unijních institucí.¹³⁴ Přestože se Soudní dvůr neztotožnil s potřebou zneplatnit část směrnice, zdůraznil, že je nutné ji vykládat ve světle Ženevské úmluvy a že společný azylový systém je vystavěn i na mezinárodních závazcích členských států.¹³⁵ Soudní dvůr nakonec dospěl k závěru, že Listina základních práv EU přiznává uprchlíkům více práv než Ženevská úmluva a že ani po odejmutí statusu uprchlíka nemohou členské státy navrátit cizince do jejich země původu, pokud jim hrozí nebezpečí porušení lidských práv.¹³⁶ NSS tak nakonec sice nedosáhl zrušení napadených ustanovení směrnice, docílil však výkladu, který je pro ČR v kontextu jejich mezinárodních závazků přijatelný.

1.5 Vyjádření vlastního názoru předkládajícího soudu

Řada evropských akademiků,¹³⁷ stejně jako sám Soudní dvůr,¹³⁸ považují řízení o předběžné otázce za dialog. Tento narativ však začíná být zpochybňován: Jasper Krommendijk hovoří spíše o monologu Soudního dvora¹³⁹ a podle nedávné empirické studie Anny Wallerman Ghavanini se vnitrostátním soudům jen málokdy podaří svou argumentací rozhodnutí Soudního dvora jakkoli ovlivnit.¹⁴⁰

Ze studia předkládacích usnesení jsme shledaly, že české nejvyšší soudy se svůj právní názor projevit nebojí. Ze 14 zkoumaných věcí vyjádřil NS svůj preferovaný výklad unijního práva devětkrát, přičemž k tomu použil například tyto formulace: „*Ačkoli NS výše uvedl svůj názor na možné řešení předkládané předběžné otázky, toto řešení postrádá jasnost a nepochybnost...*“,¹⁴¹ „*podle názoru předkládajícího soudu,*“¹⁴² „*názor [účastníka řízení] nelze podle přesvěd-*

¹³³ Otázku položila *Conseil du contentieux des étrangers* (Rada pro spornou cizineckou agendu).

¹³⁴ Rozsudek velkého senátu ESD ve věcech *M a další*, C-391/16, C-77/17 a C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403.

¹³⁵ *Ibid.*, body 79 a násl.

¹³⁶ *Ibid.*, body 93 a násl.

¹³⁷ TRIDIMAS, T. The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation, and Instability. In: CHALMERS, D., ARNULL, A. (eds.). *The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford Handbooks*. Oxford Academic, 2015, s. 403–430; GESTEL, R. van, POORTER, J. de. Dialogue as a Concept. In: *In the Court We Trust: Cooperation, Coordination and Collaboration between the ECJ and Supreme Administrative Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge Studies in European Law and Policy, 2019, s. 22–58.

¹³⁸ Za všechny srov. posudek pléna ESD 2/13 ze dne 18. 12. 2014, vydaný na základě čl. 218 odst. 11 SFEU, o přistoupení EU k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, ECLI:EU:C:2014:2454, bod 176.

¹³⁹ KROMMENDIJK, 2021, op. cit., s. 118.

¹⁴⁰ WALLERMAN GHAVANINI, A. Mostly Harmless: The Referring Court in the Preliminary Reference Procedure. *European Law Review*. 2022, roč. 47, č. 3, s. 328.

¹⁴¹ Případ *Wolf Naturprodukte*, C-514/10 (NS, 20 Cdo 4468/2008, bod 15), stejná formulace se objevuje též v případě *L a M*, C-656/13 (NS, 30 Cdo 1994/2013-362a, bod 16).

¹⁴² Případ *Matoušková*, C-404/14 (NS, 30 Nd 201/2013–87, bod 17), podobně též případ *Petruchová*, C-208/18 (NS, 30 Cdo 3918/2017-253, bod 20).

čení NS považovat za správný,¹⁴³ „předkládající soud má za to...“¹⁴⁴ či dokonce „správný výklad [směrnice] by proto podle předkládacího soudu měl být takový, že...“¹⁴⁵ U NSS bylo asertivně formulováno 20 ze 38 věcí a mezi typické formulace patří například: „NSS je přesvědčen, že...“¹⁴⁶, „NSS se domnívá, že...“ či „Podle NSS...“¹⁴⁷ U jednotek případů NSS argumenty pouze naznačuje (např. stylem NSS „se kloní spíše k výkladové alternativě, která...“¹⁴⁸), jeho explicitní názor na věc však není možné stoprocentně určit.¹⁴⁹ V pěti věcech u NS a v sedmi u NSS jsme pak pozorovaly to, že překládající soud svůj právní názor neprojevil vůbec a položil pouze zcela otevřenou otázku, případně že poukázal na předchozí judikaturu a na možné argumenty pro obě strany s tím, že odpověď se mu samotnému nepodařilo najít.¹⁵⁰ V součtu tak můžeme české nejvyšší soudy považovat za relativně asertivní aktéry justičního dialogu, neboť celoujinný průměr vyjadřování právního názoru v předběžné otázce se pohybuje kolem 40 %.¹⁵¹ Zároveň musíme dát za pravdu výše zmiňované studii Anny Wallerman Ghavanini, neboť asertivita předkládajících soudů ještě neznamena, že Soudní dvůr s projeveným právním názorem bude i souhlasit.

1.6 Role účastníků řízení: tiší společníci, nebo zatajení autoři?

Často skloňovanou dvojicí aktérů v mechanismu předběžné otázky bývají soudy – vnitrostátní soud a Soudní dvůr. Svou roli při formulaci otázky ale může hrát i někdo třetí, a to účastníci řízení. I když je položení otázky nakonec volbou soudu samotného, advokáti stran mají za úkol ho o potřebnosti předběžné otázky přesvědčit.¹⁵² Celou monografii věnoval tomuto tématu Tommaso Pavone.¹⁵³

Ve věcech předložených Nejvyšším soudem se z rozhodnutí soudu ve fázi A o roli účastníků řízení nedozvídáme téměř nic. Výjimkou je pouze předkládací usnesení ve věci *Ředitelství silnic a dálnic*, kde NS v naraci uvádí, že dovolatelka navrhovala položení předběžné otázky v řízení u nižších soudů, z textu usnesení ale nelze poznat, zda na tomtéž trvala i v dovolacím řízení.¹⁵⁴ Pokud však do zkoumání zahrneme i fázi C, ve třech případech se o akti-

¹⁴³ Případ *E.ON Czech Holding*, C-560/15 (NS, 29 Cdo 4403/2014-321, bod 27).

¹⁴⁴ Případ *Svobodová*, C-653/15 (NS, 21 Cdo 4156/2016-121, bod 18); podobně též případ *Catlin Europe*, C-21/17 (NS, 23 Cdo 1542/2016-137, body 23-26).

¹⁴⁵ Případ *VYSOČINA WIND*, C-181/20 (NS, 30 Cdo 880/2019-212, bod 23).

¹⁴⁶ Případ *Kemwater ProChemie*, C-154/20 (NSS, 1 Afs 334/2017-54, bod 28).

¹⁴⁷ Případ *Al Chodor*, C-528/15 (NSS, 10 Azs 122/2015-88, body 20–21).

¹⁴⁸ Případ *CS AGRO Ronov*, C-390/11 (NSS, 2 As 49/2011-83, bod 14).

¹⁴⁹ Případ *TanQuid Polska*, C-711/20 (NSS, 8 Afs 313/2018-56).

¹⁵⁰ Případ *Ministerstvo životního prostředí*, C-659/20 (NSS, 8 As 175/2018-45).

¹⁵¹ NYIKOS, S. A. Strategic Interaction among Courts within the Preliminary Reference Process – Stage 1: National Court Preemptive Opinions. *European Journal of Political Research*. 2006, roč. 45, č. 4. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1475-6765.2006.00627.x>

¹⁵² BOBEK, 2008, op. cit., s. 1625; BOBEK a kol., 2015, op. cit., s. 152.

¹⁵³ PAVONE, T. *The Ghostwriters: Lawyers and the Politics behind the Judicial Construction of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781009076326>

¹⁵⁴ Případ *Ředitelství silnic a dálnic*, C-57/22 (NS, 21 Cdo 2124/2021-181, bod 5).

vitě účastníků řízení dozvídáme z následných rozhodnutí NS. V trestněprávní věci *Sokáč* předběžnou otázku docela raritně navrhl (a dokonce i formuloval) státní zástupce, což NS zmiňuje v naraci svého následného rozhodnutí.¹⁵⁵ Ve věci *E.ON* položení otázky navrhl jako alternativní řešení dovolatel;¹⁵⁶ ve věci *VYSOČINA WIND* vychází iniciativa k položení otázky rovněž od dovolatelky. Ve zbytku zkoumaných případů NS nepřiznává autorství či iniciativu nikomu; vzhledem k nedostatku dat však větší roli stran zatím nemůžeme vyloučit. Aktivitu NS jsme totiž zkoumaly pouze z rozhodnutí soudu, nikoli z podání účastníků řízení.

O něco víc informací jsme měly k dispozici u rozhodovací činnosti NSS. Z 38 otázek NSS jsme totiž měly možnost u 25 případů (tedy u 65,8 % ze všech věcí) zkoumat také obsah vyjádření účastníků řízení.¹⁵⁷ K dispozici nám byla vyjádření jak stěžovatele (tj. iniciátora kasačního řízení), tak druhého účastníka řízení, příp. také osob zúčastněných na řízení. K dispozici jsme měly nejen první podání každého z účastníků, ale i další – na sebe potenciálně vzájemně reagující – doplnění.

V analýze aktivity účastníků řízení jsme postupovaly ve dvou krocích: nejprve stejně jako u NS, tedy čtením samotných rozhodnutí, až následně jsme se podívaly do podání stran. Zjistily jsme, že i když NSS umí být ohledně vlastního právního názoru na věc vokální, při úvahách o položení předběžné otázky ve svých usneseních nezmiňuje názor účastníků řízení. V 32 případech, tj. v 84 % předkládacích usnesení, nenajdeme žádnou zmínku o tom, že by návrh na položení předběžné otázky vznesly strany sporu. Z odůvodnění je patrné, že se strany v podáních např. věnují právu EU a argumentují jím,¹⁵⁸ nicméně o samotné předběžné otázce senáty NSS hovoří až při svém vlastním posouzení.

NSS explicitně přiznal autorství otázky účastníkům řízení pouze ve dvou případech.¹⁵⁹ Tento nepoměr v autorství (resp. iniciativě) však neodpovídá skutečnosti.

Ve druhém kroku, tedy v rámci analýzy podání stran, jsme pozorovaly dvě kategorie: a) *nějakou* argumentační práci stran s unijní dimenzí případu, příp. b) formulaci samotné předběžné otázky. U *nějaké* argumentace unijním právem jsme našly shodu téměř ve všech zkoumaných případech. Ve 22 případech účastníci řízení identifikovali, že ustanovení vztahující se na jejich situaci vzešla z unijní úpravy, a byli schopni pracovat s navazujícími prameny (typicky judikaturou) a dovozovat z nich relevantní argumenty. Ve valné většině těchto případů (20) byl alespoň jeden z účastníků schopen navázat argumentem tvrzeného rozporu mezi českou právní úpravou (příp. správní nebo soudní praxí) a právem EU. V mnohem menší míře však účastníci posunuli tuto úvahu o krok dál, k formulaci předběžné otázky.

¹⁵⁵ Případ *Sokáč*, C-497/16 (NS, 11 Tdo 344/2017, bod 17).

¹⁵⁶ Případ *E.ON*, C-560/16 (NS, 29 Cdo 4403/2014).

¹⁵⁷ Přístup jsme získaly se souhlasem předsedy NSS Karla Šimky, a to skrze Informační systém NSS pod podmínkou, že ve výstupech nebude užito osobních údajů účastníků řízení. Žádost byla podána dne 26. 4. 2022; předseda NSS žádosti vyhověl dne 4. 5. 2022. Ke zbývajícím 32,5 % případů nemáme vyjádření účastníků řízení k dispozici proto, že podání stran jsou v digitální podobě uchovávaný pouze od roku 2012.

¹⁵⁸ Např. případ *ACO Industries Tábor*, C-80/13 (NSS, 1 Afs 38/2012-53, bod 5).

¹⁵⁹ Případy *CS AGRO Ronov*, C-390/11 (NSS, 2 As 49/2011-83, bod 6), a *T-Mobile a Vodafone*, C-508/14 (NSS, 7 As 131/2013-86, bod 19).

Pouhý návrh na položení předběžné otázky, aniž by ji účastník blíže upřesnil, padl dvakrát, zatímco výslovný podnět k položení předběžné otázky včetně návrhu jejího přesného znění se objevil v 6 případech, tj. ve 24 % dostupných podání. Nejčastěji však účastníci řízení zůstali u identifikace rozporu vnitrostátní úpravy či praxe s právem EU, přičemž zároveň nevyvinuli snahu o iniciaci či dokonce formulaci předběžné otázky. Ve 3 případech se pak žádný z účastníků předběžné otázce nevěnoval, přestože ve své argumentaci poukázali na rozpor s právem EU.

Prokázaná aktivita účastníků řízení se ovšem výrazně neprojevuje v odůvodněných překládajících usnesení NSS. Pokud se zaměříme pouze na 6 výsledků, v nichž účastníci navrhovali výslovné znění předběžné otázky, pak pozorujeme, že v nich NSS roli stran nezmiňuje, maximálně jim zásluhu připisuje formulací *stěžovatel/účastník navrhl položit Soudnímu dvoru předběžnou otázku*.¹⁶⁰ Pouze v jednom ze šesti případů NSS informaci o „autorství“ předložené otázky předal dál.¹⁶¹

Je samozřejmě pouze na předkládajícím soudě, zda předběžnou otázku položí, či nikoli. Samotné znění čl. 267 SFEU hovoří o právu (případně povinnosti) soudu členského státu se na Soudní dvůr obrátit; pohledem účastníka řízení na položení předběžné otázky neexistuje nárok.¹⁶² Máme však za to, že pro transparentnost při jednání s účastníky řízení by bylo vhodnější, kdyby nejvyšší soudy volily otevřenější přístup, a to zejména proto, že jsou soudem poslední instance. Je to nakonec účastník řízení, nikoliv předkládající soud, kdo má možnost se v Lucemburku k věci vyjádřit během ústního jednání. Vnitrostátní soudy by se tím tak vyhnuly případným argumentům o špatně položené či irelevantní otázce, se kterými se třeba NSS ve svých řízeních už také setkal.¹⁶³

2 Fáze druhá: Odpověď (B)

Vzhledem k našemu důrazu na vnitrostátní dimenzi mechanismu předběžné otázky se fází B věnujeme pouze ve stručnosti a zkoumáme, jakou formou Soudní dvůr na položené otázky reagoval. Snažíme se tím o rámcově odlišení relevance položených předběžných otázek, ačkoli jsme si vědomy toho, že jakékoli měření *důležitosti* jednotlivých případů je náročné, ne-li nemožné.¹⁶⁴

Za klíčové rozlišení považujeme to, zda Soudní dvůr na otázkou odpoví meritorním rozsudkem, nebo jen odůvodněným usnesením. Odůvodněné usnesení podle čl. 53 odst. 2 jednacího řádu se vydává v případech zjevné nepřipustnosti otázky; odůvodněné usnesení podle čl. 99 jednacího řádu pak může Soudní dvůr použít, pokud se k němu dostane otázka, kterou (podle jeho názoru) již dostatečně řeší předchozí judikatura. Někteří autoři tvrdí, že dostat takové usnesení je pro vnitrostátního soudce ostuda, jelikož to znamená,

¹⁶⁰ Případ *BONVER WIN*, C-311/19 (NSS, 5 As 177/2016-61, bod 12).

¹⁶¹ Případ *T-Mobile a Vodafone*, C-508/14 (NSS, 7 As 131/2013-86).

¹⁶² LENAERTS, K. et al. *EU Procedural Law*. Oxford University Press, 2014, s. 65, sekce 3.19.

¹⁶³ Rozsudek ESD ve věci *Skoma-Lux II*, C339/09, bod 20.

¹⁶⁴ Stejně též OVÁDEK, WIJTVLIET, GLAVINA, op. cit., s. 137.

že předkládající soud nevěnoval přípravě dostatek času a nenastudoval si judikaturu předem. Takový názor zaznamenaly Karin Leijon a Monika Glavina přímo od vnitrostátních soudců.¹⁶⁵ Arthur Dyevre a jeho spoluautoři v pozdější studii empiricky ukázali, že na celkových číslech se odrazení od podávání předběžných otázek kvůli odůvodněnému usnesení neprokázalo; naopak, v krátkém časovém období po usnesení Soudní dvůr s větší pravděpodobností odpoví rozsudkem.¹⁶⁶ Používání odůvodněných usnesení zkoumal také Stein Arne Brekke, který společně se svými spoluautory formuloval závěr, že je to způsob, jakým soud šetří svůj limitovaný čas. Typicky je používá na obdobné otázky ze stejného členského státu, a to mnohem častěji, než když otázky pocházejí z různých členských států.¹⁶⁷

Ve vztahu k českým nejvyšším soudům reagoval Soudní dvůr odůvodněným usnesením celkem pětkrát, z toho třikrát ve vztahu k NSS a dvakrát ve vztahu k NS. NSS obdržel všechna odůvodněná usnesení mezi lety 2011 a 2014, kdy ještě Soudní dvůr nebyl tolik zahlcen; dvě usnesení v odpovědi na otázky NS pocházejí z roku 2017. Jednu z věcí pocházející od NSS jsme již komentovaly výše: usnesením ve věci *PST CLC* nakonec Soudní dvůr poněkud netradiční cestou zneplatnil napadenou sekundární legislativu, tuto věc proto nepovažujeme za příklad neúspěchu předkládajícího soudu.

Ve zkoumaných rozhodnutích se nepotvrdil výše uvedený předpoklad Steina Arneho Brekkeho: ve všech třech věcech, jež si vysloužily usnesení podle čl. 99 jednacího řádu, totiž Soudní dvůr založil své odůvodnění na judikatuře vzešlé z předběžných otázek z jiných členských států, nikoli na judikatuře z dřívějších českých předběžných otázek. V případě *Star Coaches* šlo o to, zda lze autobusovou společnost, která poskytuje pouze dopravu (bez jakýchkoli navazujících služeb), považovat za cestovní kancelář pro účely DPH. Soudní dvůr odkázal NSS na dřívější judikaturu vztahující se ke starší směrnici o DPH s tím, že z ní jasně vyplývá, že poskytování pouze jedné jediné služby vlastní cestovní kanceláři tomuto režimu zdanění nestačí.¹⁶⁸ Ve věci *SAD Trnava* se NSS zeptal, zda může ČR po zahraničních autobusových dopravcích požadovat jiná povolení (a tím pádem více překážek pro vstup na trh) než po dopravcích českých. Na to Soudní dvůr odpověděl, že již v letité judikatuře označil takové odlišné zacházení za rozporné se svobodou usazování a že ČR nepřednesla žádné legitimní důvody pro ospravedlnění takové překážky.¹⁶⁹ Nakonec v jediné zkoumané trestněprávní věci se NS tázal, zda držení přípravku obsahujícího prekursor drog může naplnit skutkovou podstatu trestného činu nedovolené výroby a jiného nakládání s omamnými a psychotropními

¹⁶⁵ LEIJON, K., GLAVINA, M. Why Passive? Exploring National Judges' Motives for Not Re-requesting Preliminary Rulings. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2022, roč. 29, č. 2, s. 274 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1177/1023263X221091768>

¹⁶⁶ DYEYRE, A., LAMPACH, N., GLAVINA, M. Chilling or Learning? The Effect of Negative Feedback on Interjudicial Cooperation in Nonhierarchical Referral Regimes. *Journal of Law and Courts*. 2022. roč. 10, č. 1, s. 105. DOI: <https://doi.org/10.1086/714704>

¹⁶⁷ BREKKE, S. A., NAURIN, D., ŠADL, U., LÓPEZ-ZURITA, L. That's an Order! How the Quest for Efficiency Is Transforming Judicial Cooperation in Europe. *Journal of Common Market Studies*. 2023, roč. 61, č. 1, s. 60. DOI: <https://doi.org/10.1111/jcms.13346>

¹⁶⁸ Usnesení ESD ve věci *Star Coaches*, C-220/11, ECLI:EU:C:2012:120.

¹⁶⁹ Usnesení ESD ve věci *SAD Trnava*, C-318/14, ECLI:EU:C:2015:352, bod 45. V usnesení Soudní dvůr také odkazuje na předkládací usnesení NSS s tím, že předkládající soud sám správnou odpověď naznačoval.

látkami a s jedy, tedy zda přípravek obsahující prekursor sám je či není prekursorem pro účely trestní odpovědnosti. Unijní dimenze případu přitom spočívala v tom, že pojem prekursoru upravují unijní právní předpisy. Soudní dvůr však v reakci na otázku NS uvedl, že „*již měl příležitost upřesnit rozsah pojmu,*“ na nějž se předkládající soud zeptal, a na existující judikaturu tak pouze stručně odkázal.¹⁷⁰ Poslední věc, kterou Soudní dvůr vyřešil pouze odůvodněným usnesením, nespočívala v existující prejedikatuře, nýbrž ve zjevné nepřipustnosti předložené otázky. NS se v dané věci tázal na soulad české právní úpravy odměňování soudců s unijní směrniceovou úpravou zákazu diskriminace v oblasti odměňování. Soudní dvůr však pouze stručně konstatoval, že možné nerovné zacházení „*nesouvisí s diskriminací na některém ze základů podle směrnice 2000/78, a do působnosti této směrnice tedy nespadá.*“¹⁷¹

V případě meritorních rozsudků má v rámci hledání relevance předložených otázek smysl rozlišovat ta rozhodnutí, jimž předchází stanovisko generálního advokáta, od těch, u kterých stanovisko vydáno nebylo. Dle čl. 20 Statutu SDEU jsou totiž bez stanoviska generálního advokáta případy projednány tehdy, pokud má Soudní dvůr za to, „*že věc neobsahuje žádnou novou právní otázku.*“¹⁷² Takových případů od českých nejvyšších soudů vzešlo celkem 15, z toho 3 od NS¹⁷³ a 12 od NSS.¹⁷⁴

Po odečtení případů zodpovězených odůvodněným usnesením a případů bez stanoviska generálního advokáta nám tedy zbývá 29 *plně relevantních* předběžných otázek od českých nejvyšších soudů ze 49 doposud zodpovězených otázek. České nejvyšší soudy tedy předložily *plně relevantní* předběžnou otázku, která si vysloužila stanovisko generálního advokáta i meritorní rozsudek, v téměř 60 % věcí. Pro srovnání, pokud se kritériem stanoviska generálního advokáta podíváme na širší skupinu případů, tak u nižších českých soudů bylo stanovisko vydáno v 19 ze 45 případů (42 %), u všech českých soudů pak ve 48 z 94 případů (51 %). Průměrná evropská hodnota je 43 %, neboť stanovisko generálního advokáta bylo během zkoumaného období vydáno ve 3 264 ze 7 516 případů. V případě maďarských soudů je tato hodnota 37 %, v případě polských soudů 36 %, slovenské soudy si stanovisko generálního advokáta vysloužily pouze ve 30 % věcí.¹⁷⁵ V tomto kontextu se jeví být české předběžné otázky nadprůměrně úspěšné, v případě českých nejvyšších soudů jde dokonce o silný nadprůměr.

3 Fáze třetí: Pokračování (C)

Když už se vnitrostátní soud rozhodne předběžnou otázkou položit, lze důvodně očekávat, že je názoru Soudního dvora otevřený, aplikaci unijního práva nakloněný, a že v důsledku této otevřenosti dojde ve fázi C většinou k bezvýhradnému vyřešení dané věci na základě

¹⁷⁰ Usnesení ESD ve věci *Sokáč*, C-497/16, ECLI:EU:C:2017:171, body 24 a 29.

¹⁷¹ Usnesení ESD ve věci *Svobodová*, C-653/16, ECLI:EU:C:2017:371, bod 27.

¹⁷² Protokol (č. 3) o Statutu Soudního dvora Evropské unie (Úř. věst. C 203, 7. 6. 2016, s. 72–95).

¹⁷³ Případy *L a M*, C-656/13, *NEW WAVE CZ*, C-427/15, a *Tommy Hilfiger*, C-494/15.

¹⁷⁴ Případy *Skoma-Lux II*, C-339/09, *CS AGRO Ronov*, C-390/11, *Město Žamberk*, C-18/12, *Green-Swan*, C-299/12, *B.*, C-394/13, *T-Mobile a Vodafone*, C-508/14, *CORPORATE COMPANIES*, C-676/16, *A-PACK CZ*, C-127/18, *Vinš*, C-275/18, *Kemwater ProChemie*, C-154/20, *TanQuid Polska*, C-711/20, a *HJ*, C-101/21.

¹⁷⁵ Zdroj: databáze CURIA a vlastní výpočty.

instrukcí obdrženy v rozhodnutí Soudního dvora.¹⁷⁶ Vnitrostátní soudy členských států celkem konzistentně přistupují k odpovědím Soudního dvora jako k závaznému pramenu práva. Jeden z nizozemských soudců nabídl úsměvnou analogii, když verdikty Soudního dvora přirovnal k papežské bule, neboť Soudní dvůr má přece vždy pravdu.¹⁷⁷ Tendenci vnitrostátních soudů nepochybňovat závěry Soudního dvora označila Stacy A. Nyikos pojmem *implementační předsudek (implementation prejudice)*,¹⁷⁸ jelikož k odmítnutí závěrů Soudního dvora dochází ve fázi C jen velmi výjimečně. Marton Varju a Ernő Várnay se rozhodli tento implementační předsudek podrobit zkoumání v maďarském kontextu, ale i přes různé prohrěšky Maďarska jako členského státu čelícího obviněním z porušování právního státu se implementační předsudek ani u maďarských soudů nepodařilo vyvrátit.¹⁷⁹

3.1 Plná spolupráce: 84 % případů, avšak s různou mírou vlastního zapojení

V těchto souvislostech čtenáře nepřekvapí, že i české nejvyšší soudy se k rozhodnutím Soudního dvora staví spíše nekriticky a ve valné většině zkoumaných rozhodnutí (41 ze 49 případů) bez dalšího přejímají závěry z fáze B do fáze C. Těchto 84 % „poslušných“ následných rozhodnutí českých soudů označujeme jako případy plné spolupráce. Tuto kategorii představil Lorenzo Squintani se svými spoluautory jako jednu z pěti možností, jak může vnitrostátní soud s odpovědí z Lucemburku naložit. Vedle plné spolupráce navrhuje Squintani et al. rovněž spolupráci částečnou, spolupráci předpokládanou, spolupráci zpětvzetím a spolupráci pozastavenou.¹⁸⁰

I v případech plné spolupráce českých nejvyšších soudů jsme identifikovaly různé způsoby práce s odpovědí od Soudního dvora; bylo by možné je označit za podkategorie Squintaného dělení. Za suboptimální způsob práce s unijním právem považujeme 9 případů, kde české nejvyšší soudy pouze zkopírovaly odůvodnění Soudního dvora z fáze B, aniž by s ním ve fázi C jakkoli dále pracovaly. Tento trend jsme ve větší míře pozorovaly u NS (6 případů)¹⁸¹ než

¹⁷⁶ VARJU, VÁRNAY, op. cit., s. 1747.

¹⁷⁷ KROMMENDIJK, 2021, op. cit., s. 145.

¹⁷⁸ NYIKOS, S. A. The European Court of Justice and National Courts: Strategic Interaction within the EU Judicial Process. *CiteSeer^x* [online]. San Francisco, 2001 [cit. 18. 1. 2023]. Dostupné z: <https://citeseerx.ist.psu.edu/pdf/9ec3ef2672a5dd57e89c98a66db74105765af1a5>

¹⁷⁹ VARJU, VÁRNAY, op. cit., s. 1744.

¹⁸⁰ V případě *plné (full)* spolupráce vnitrostátní soud závěry Soudního dvora bez dalšího přejímá. V *částečné (fragmented)* spolupráci dochází k přeformulování otázky ve fázi B, takže vnitrostátní soud odpověď přebírá v takovém rozsahu, v jakém je to pro něj možné a užitečné. *Předpokládaná (presumed)* spolupráce označuje případy, kdy jedna ze stran původního sporu litigaci ukončí poté, co na základě rozhodnutí Soudního dvora zjistí, že by v pokračujícím vnitrostátním řízení pravděpodobně prohrála. Ke spolupráci *zpětvzetím (withdrawn cooperation)* dochází, pokud Soudní dvůr odkáže vnitrostátní soud na svou předchozí judikaturu a navrhne mu, zda nechce předběžnou otázku vzít zpět. A raritní kategorie *pozastavené (suspended)* spolupráce označuje případy, kdy se vnitrostátní soud po obdržení odpovědi od Soudního dvora rozhodne zahájit ještě další podobné řízení, jako například řízení o ústavnosti předmětné právní úpravy. Srov. SQUINTANI, RAKIPI, op. cit., s. 95.; SQUINTANI, ANNINK, op. cit., s. 164.; SQUINTANI, KALISVAART, op. cit., s. 952.

¹⁸¹ Případy *Wolf Naturprodukte*, C-514/10 (NS, 20 Cdo 4468/2008-II), *Matoušková*, C-404/14 (NS, 30 Nd 201/2013), *Tommy Hilfiger*, C-494/15 (NS, 23 Cdo 1184/2013), *Sokáč*, C-497/16 (NS, 11 Tdo 344/2017), *E.ON Czech Holding*, C-560/16 (NS, 29 Cdo 4403/2014), a *Petruchová*, C-208/18 (NS, 30 Cdo 3918/2017-276).

u NSS (3 případy z mnohem větší množiny).¹⁸² Někdy to ale může být v pořádku – pokud je totiž odpověď natolik jasná, že se tím rozhodne o výsledku celé věci, může být cokoli dalšího nadbytečné. Za raritní považujeme postup NS v jeho celkem první předběžné otázce ve věci *Wolf Naturprodukte*: NS ve finálním usnesení ve fázi C vůbec položení předběžné otázky nepřiznal. V usnesení sice cituje závěry Soudního dvora z fáze B, nepřiznává však, že řízení sám inicioval. Tuto pozoruhodnou situaci však připisujeme spíše nedostatku zkušeností s mechanismem předběžné otázky než jakékoli jiné motivaci.

Positivně naopak hodnotíme ta následná rozhodnutí, v nichž vnitrostátní soudy ve fázi C lépe zasadily závěry Soudního dvora do vnitrostátního kontextu. Tato dobrá praxe přitom nevyžaduje žádná rozsáhlá pojednání o unijním právu. Typickým příkladem plné spolupráce „s přidanou hodnotou“ může být věc *CORPORATE COMPANIES*, kde NSS jen shrnul dosavadní průběh řízení a zopakoval argumenty Soudního dvora; jelikož se však jednalo o jedinou otázku potřebnou k vyřešení případu, vlastní odůvodnění se vešlo do jediného souhlasného odstavce.¹⁸³

U NSS jsme dále vyzorovaly jev, který zavedené kategorie nijak nerozlišují. NSS umí z právního základu obratně vypreparovat unijní rozměr případu a na Soudní dvůr se obrátit jen s touto částí.¹⁸⁴ Může se tak stát, že předkládací usnesení z fáze A nepokrývá všechny problémy, které poté NSS řeší v následném rozhodnutí ve fázi C. Plná spolupráce ale nevyžaduje, aby vnitrostátní soud předložil všechny právní otázky případu; naopak, Soudní dvůr se může vyjadřovat jen k výkladu unijního práva. Proto když NSS i zde fázi B následoval, řadíme uvedené případy do kategorie plné spolupráce.

3.2 Jiná než plná spolupráce: narušený dialog, utlumený dialog, daná spolupráce

Vedle neproblematické plné spolupráce lze u vnitrostátních soudů výjimečně pozorovat i jiný přístup k závěrům Soudního dvora. Hned tři typy výjimečných situací identifikovala Sanja Bogojević v rámci studia švédských následných rozhodnutí v oblasti práva životního prostředí.¹⁸⁵ Zaprvé, pokud vnitrostátní soud zpětně zpochybní obsah odpovědi Soudního dvora, příp. samotnou unijní legislativu, aniž by dal Soudnímu dvoru příležitost se (znovu) vyjádřit, jde o interakci *neúplnou (gapped)*. Takový případ jsme však v rozhodovací činnosti českých nejvyšších soudů neidentifikovaly.

Zadruhé, pokud mezi fází B a fází C dojde k legislativní změně na vnitrostátní úrovni, označuje Bogojević takový mezisoudní dialog za *narušený (interrupted)*. Podobnou situaci jsme identifikovaly pouze v jednom řízení u NSS ve věci *D. H.*, kde však nedošlo k legislativní

¹⁸² Případy *SAD Trnava*, C-318/14 (NSS, 4 As 148/2013-126), *BONVER WIN*, C-311/19 (NSS, 5 As 177/2016-61), a *Ministerstvo životního prostředí*, C-659/20 (NSS, 8 As 175/2018-45).

¹⁸³ Případ *CORPORATE COMPANIES*, C-676/16 (NSS, 9 As 176/2016-121, bod 38). Podobně hodnotíme i stručné odůvodnění v případě *Vinš*, C-275/18 (NSS, 8 Afs 252/2016-96, body 19-20).

¹⁸⁴ Případy *Sabou*, C-276/12 (NSS, 1 Afs 73/2011-167), či *AREX CZ*, C-414/17 (NSS, 9 Afs 137/2016-176).

¹⁸⁵ BOGOJEVIĆ, op. cit., s. 274–281.

změně, nýbrž k derogaci právní úpravy Ústavním soudem.¹⁸⁶ Věc se týkala povinnosti správních soudů zastavit soudní přezkum zajištění cizinců, pokud bylo v mezidobí jejich zajištění ukončeno. NSS ve věci položil předběžnou otázku, skupina senátorů však zároveň předložila problematická ustanovení k abstraktní kontrole ústavnosti. Než stihl Soudní dvůr o předběžné otázce rozhodnout, ÚS právní úpravu zrušil.¹⁸⁷ NSS na rozhodnutí Soudního dvora nečekal a vzal žádost o rozhodnutí o předběžné otázce zpět, přestože je z jeho usnesení cítit, že by názor Soudního dvora rád slyšel.¹⁸⁸

Zatřetí, pokud Soudní dvůr sice poskytne jasnou odpověď, ale vnitrostátní soud ji nezohlední a případ rozhodne na podvozkou jiné právní otázky, jde o interakci *utlumenou* (*silenced*). Tuto kategorii jsme v ryzí formě mezi zkoumanými rozhodnutími rovněž nenašly, nejvíce se jí však blíží rozhodnutí v případě *Green-Swan*, kde NSS ve fázi C zcela zamlčel, že v daném řízení byla předběžná otázka vůbec položená, označil krajský rozsudek za nepřezkoumatelný a zapracování právního názoru Soudního dvora nechal na krajském soudu.¹⁸⁹

Pokud se vrátíme k výše uvedenému dělení podle Squintaniho et al., identifikovaly jsme mezi rozhodnutími českých nejvyšších soudů i dva případy připomínající předpokládanou spolupráci, oba z nich u NSS.¹⁹⁰ Ve věcech *DAR Duale Abfallwirtschaft* a *JS* došlo k zpětvzetí kasačních stížností už po položení předběžné otázky, účastníci tedy ani nevyčkali názoru Soudního dvora (jako tomu bylo ve Squintaniho et al. případech)¹⁹¹. V případě *JS*, jedné z kauz slovenských důchodů, se angažovalo žalované ministerstvo, které nakonec samo výši důchodů dorovnalo.¹⁹² V *DAR Duale Abfallwirtschaft* sice důvody zpětvzetí ze strany žalobce neznáme, z povzdechu NSS nad stažením předběžné otázky však dovozujeme, že by jeho názor rád vyslechl a následoval ho.¹⁹³

3.3 Něco mezi: „poslušný nesouhlas“ vnitrostátních soudů

To, že jsou české soudy vůči právním názorům Soudního dvora poddajné, ještě neznamená, že mezi soudy probíhá kvalitní dialog rovnocenných hráčů. Rovněž z toho nelze usuzovat, že vnitrostátní soudy se závěry Soudního dvora vždy souhlasí. Jak u německých soudů v dávnější studii,¹⁹⁴ tak i u nizozemských vrcholných soudů v novější studii autoři pozorovali,

¹⁸⁶ Případ *D. H.*, C-704/17 (NSS, 10 Azs 252/2017).

¹⁸⁷ Nález ÚS ze dne 27. 11. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 41/17 (N 189/91 SbNU 329; soudce zpravodaj Ludvík David).

¹⁸⁸ Usnesení NSS ze dne 31. 1. 2019, o pokračování v řízení ve věci *D. H.*, č. j. 10 Azs 252/2017-68, bod 7: „Ať je NSS přesvědčen, že by rozhodnutí Soudního dvora o předložené otázce významně přispělo k objasnění výkladu principů práva EU, musí konstatovat, že v projednávané kauze již není dán důvod, pro nějž se původně obracel na Soudní dvůr s uvedenou předběžnou otázkou.“

¹⁸⁹ Případ *Green-Swan*, C-299/12 (NSS, 6 Ads 167/2011-151).

¹⁹⁰ Případy *DAR Duale Abfallwirtschaft*, C-299/09 (NSS, 5 As 49/2009), a *JS*, C-253/12 (NSS, 6 Ads 18/2012).

¹⁹¹ SQUINTANI, RAKIPI, 2018, op. cit., s. 95. Pro účely svého článku brali autoři v potaz jen ta řízení, kde Soudní dvůr věcně rozhodl a až po něm vzali účastníci věc zpět, protože čekali, že jej vnitrostátní soud bude následovat. Jak vysvětlujeme dál, vůle následovat rozhodnutí Soudního dvora byla citelná již z předkládacích usnesení NSS, a proto shledáváme předpokládanou spolupráci i v těchto případech.

¹⁹² Případ *JS*, C-253/12 (NSS, 6 Ads 18/2012-191, bod 6).

¹⁹³ Usnesení NSS o pokračování v řízení ze dne 8. 4. 2010, č. j. 5 As 49/2009-160, bod 8.

¹⁹⁴ SCHWARZE, 1988, op. cit., s. 39.

že ochota soudů uplatnit názory Soudního dvora v následných řízeních se nemusí nutně krýt s jejich bezvýhradným souhlasem.¹⁹⁵ Nevyřčený *poslušný nesouhlas* pak může vytvářet trvalou napětí.¹⁹⁶

Příkladem *poslušného nesouhlasu* by mohlo být nedávné rozhodnutí NSS ve věci *Kemwater ProChemie*. Poté, co Soudní dvůr předběžnou otázku od rozšířeného senátu NSS odbavil pouze rozsudkem tříčlenného senátu bez stanoviska generálního advokáta, rozšířený senát NSS sice postupoval podle pokynů Soudního dvora, ale zároveň uvedl, že si je vědom problémů, které aplikace těchto pokynů způsobí.¹⁹⁷ Nesouhlas s právním názorem Soudního dvora je v následném rozhodnutí NSS cítit na více místech. NSS mimo jiné kárá stěžovatele za to, že s některými argumenty přichází až ve fázi C a nepřednesl je už během ústního jednání v Lucemburku. Jelikož ale NSS vyhodnotil, že už nemá prostor k manévrování, tak se rozhodl pro pouhé „*přítakání polemice*“. S případnými aplikačními problémy se tak NSS bude muset dle vlastních slov poprat až v dalších řízeních.¹⁹⁸

Závěr: Jak si tedy zatím vedou české nejvyšší soudy?

Lze dosavadní aktivitu českých nejvyšších soudů na základě všeho výše uvedeného zhodnotit? Zčásti ano, komplexně však nikoli. Předložený článek sleduje dětství a dospívání českých soudů v EU a má tři cíle, které se odrážejí v jeho struktuře: (I) představit literaturu k činnosti vnitrostátních soudů v řízení o předběžné otázce a zasadit náš výzkum do existujícího rámce; (II) zobrazit informace o dosavadní činnosti (všech) českých soudů a zasadit je do širšího kontextu dalších evropských zemí; a (III) podrobněji analyzovat rozhodovací činnost obou českých nejvyšších soudů v dosud položených předběžných otázkách.

Klasickou past pro účely hodnocení představuje kvantita. Dá se říct, že když se vnitrostátní soudy na Soudní dvůr obracují často, dělají svou práci dobře? Máme za to, že nikoli – a právě proto druhá část předloženého článku představuje spíše kontextualizaci než hodnocení. Nyní víme, že se české soudy ve srovnání se soudy jiných členských států ptají předběžných otázek málo. To ale může znamenat leccos: třeba že unijní právo ve své rozhodovací praxi ignorují (a porušují tak mezinárodní závazky ČR), nebo že mu naopak rozumí tak výtečně, že pomoc z Lucemburku nepotřebují. Jak ukazujeme ve stručné analýze „*fáze B*“, české předběžné otázky si zatím vysloužily nadprůměrný počet stanovisek generálních advokátů, což může indikovat kvalitu a relevanci položených otázek. Zároveň jsme ve vzorku studovaných případů nenašli žádný, který by na vnitrostátní úrovni svědčil o naprostém nepochopení unijního práva, ať už ve fázi otázky (A), nebo ve fázi následného rozhodnutí (C).

Některá čísla však význam jistě nesou. To, že za 18 let vzešla od Nejvyššího soudu *jediná* předběžná otázka trestněprávního kolegia, a i ta se týkala okrajové otázky z oblasti farmaceutik,

¹⁹⁵ KROMMENDIJK, 2019, op. cit., s. 3. Krommendijk postupoval formou rozhovorů s vnitrostátními soudci; příkladů *tichého nesouhlasu* bylo ve zkoumaném vzorku překvapivě mnoho.

¹⁹⁶ BOBEK, 2013, op. cit.

¹⁹⁷ Případ *Kemwater ProChemie*, C-154/20 (NSS, 1 Afs 334/2017-208, bod 32).

¹⁹⁸ Případ *Kemwater ProChemie*, C-154/20 (NSS, 1 Afs 334/2017-208, body 29 a 32).

považujeme za podezřelé. To, že valná většina soudců NS nemá s položením předběžné otázky žádnou zkušenost, jsme dokonce označily za alarmující, ačkoli jsme následně toto přísné hodnocení poněkud zmírnily v naději, že i přes neexistující dialog v trestněprávních otázkách si je NS vědom důležitosti svého unijního mandátu. Míra harmonizace trestního práva je dnes již docela vysoká, nemluvě o oblasti správního trestání, v níž jistě unijní aspekty vyvstávají často; přesto NSS zatím žádnou předběžnou otázku v této oblasti nepoložil. U NSS dále zcela chybí zaměření třeba na hospodářskou soutěž (která se naopak k Soudnímu dvoru dostala přes NS v civilněprávních sporech), jen marginálně je zastoupena oblast ochrany osobních údajů; u NS lze za zarážející označit naprostou absenci otázek spotřebitelského práva. U obou nejvyšších soudů nás pak zaujala absence otázek na výklad primárního práva, včetně otázek lidskoprávních.

Europeizaci vnitrostátních soudů však nelze měřit pouze tím, jak často se tyto na Soudní dvůr obracejí a zda jeho rozhodnutí následně poslušně aplikují. Zajištění plného účinku unijního práva totiž závisí i na tom, zda jsou vnitrostátní soudy vybaveny „*schopnostmi, dovednostmi, vědomostmi, zdroji, epistemickými východiskými, právní kulturou a principy*“ potřebnými k tomu, aby dobře plnily svůj unijní mandát.¹⁹⁹ Soudkyně schopná samostatně a správně vyřešit problém s unijním prvkem nakonec udělá unijnímu právu lepší službu než soudkyně, která se obrátí na Soudní dvůr s prosbou o pomoc a obdrží od něj pouze odůvodněné usnesení, že daná právní otázka již přece byla v judikatuře dávno vyřešena.

Vzhledem k postupné generační obměně soudů v nových členských státech očekáváme, že nyní již dospělé soudy pomyslně vylétnou z hnízda a budou s unijním právem stále více kvalitně pracovat, ať už za použití předběžných otázek, či bez nich. Na soudech jsou čím dál tím víc zastoupeni soudci a soudkyně, kteří se s unijním právem setkali už během svého studia, a to nejen na českých právnických fakultách, ale často také v zahraničí. Mladá generace soudců a soudkyň s větší jazykovou vybaveností a téměř neomezenými zdroji informací má totiž pro dialog se Soudním dvorem, ale i pro vlastní kvalifikovanou práci s unijním právem, mnohem lepší předpoklady.²⁰⁰

Jak jsme uvedly již v úvodu, jsme si vědomy toho, že stejně hodnotné informace se budou skrývat ve věcech, v nichž i přes jejich unijní dimenzi k položení předběžné otázky nedošlo. Rovněž si uvědomujeme, že obsahová analýza soudních rozhodnutí nám o případech sice řekne mnoho, mnoho ale také zůstává skryto. Pro zjištění dalších „proč“ je proto důležité přidat k obsahové analýze i jiné metody, ať už rozhovory se soudci, dotazníky mezi účastníky řízení či studium zkoumaných věcí až do úplného procesního konce. Tyto metody totiž mohou – na pozadí zde nabízených dat – poskytnout různá doplnění či vysvětlení. K evropským osmnáctinám si totiž české (nejen nejvyšší) soudy za svou dosavadní práci dárek v podobě dalšího akademického zkoumání určitě zaslouží.

¹⁹⁹ JAREMBA, U., MAYORAL, J. A. The Europeanization of National Judiciaries: Definitions, Indicators and Mechanisms. *Journal of European Public Policy*. Routledge, 2019, roč. 26, č. 3, s. 388. DOI: <https://doi.org/10.1080/13501763.2018.1433708>

²⁰⁰ Srov. NYIKOS, S. A. Courts. In: GRAZIANO, P., VINK, M. P. (eds.). *Europeanization: New Research Agendas*. London: Palgrave Macmillan UK, 2008, s. 193.

Historický vývoj podmíněného propuštění a jeho role v rámci výkonu trestu odnětí svobody do roku 1919*

Historical Development of Conditional Release and its Role in the Prison System until 1919

Ondřej Klabačka**

Abstrakt

Předkládaný článek se zabývá historickým vývojem trestněprávního institutu podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody. Vznik tohoto nástroje nebyl doposud v České republice uceleně zpracován a publikace, které jsou v tuzemsku dostupné, uvádějí k jeho původu rozdílné informace. Nicméně tato nejasnost se objevuje i v zahraničních textech. Předním cílem článku je tak tyto nejasnosti rozptýlit a podat historický výklad o tomto institutu, a to na pozadí obecného vývoje výkonu trestu odnětí svobody. Text sleduje období pouze do roku 1919, jelikož v uvedeném roce byl v tehdejší Československu přijat zákon č. 562/1919 Sb., o podmíněném odsouzení a podmíněném propuštění, který sledovaný institut poprvé zakotvil do našeho právního řádu. Po tomto historickém milníku již lze informace k podmíněnému propuštění poměrně snadno nalézt.

Klíčová slova

Podmíněné propuštění; výkon trestu odnětí svobody; uvěznění; parole; Alexander Maconochie; Bonneville de Marsangy; Zebulon Brockway; ticket-of-leave; ticket of leave; Elmira; Intermediate prison; trestání; trestanecké kolonie; Schönborn; apprenticeship by indenture; podmíněná milost; milost; bodový systém; systém známek; známkování odsouzených; věznice; Walter Crofton; podmíněné propuštění z výkonu trestu odnětí svobody; propuštění na podmínku; podmíněčné propuštění; podmíněčné propuštění z výkonu trestu odnětí svobody.

Abstract

The article deals with the historical development of conditional release. The origins of this penological tool have not been comprehensively described in the Czech Republic so far. Czech

* Tento článek vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Problematika podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody z pohledu ústavního práva* (MUNI/A/1602/2021).

Autor dále děkuje za cenná doporučení Mgr. Bc. Terezií Bokové, Mgr. Jiřímu Novákovi, JUDr. Jakubu Drápalovi, M.Phil., Ph.D. Speciální poděkování patří Mgr. Tereze Hanelové za pomoc s překladem některých německých a rakouských textů. *Vielen Dank auch Dr. Thomas Luzer aus der Universitätsbibliothek der Universität Wien für die Hilfe mit dem Suchen der Schönborn Novelle aus dem Jahr 1889* [Děkuji také Dr. Thomasi Luzerovi z knihovny Vídeňské univerzity za pomoc při dohledání Schönbornovy novely z roku 1889]. Autor také děkuje pracovnícům knihovny Nejvyššího soudu, které v souvislosti s tímto článkem výrazně vytěžoval, a které si vždy (přes různé vrtochy autora) zachovaly vstřícný a profesionální přístup.

** Mgr. Bc. Ondřej Klabačka, Katedra ústavního práva a politologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno; asistent soudkyně, Nejvyšší soud, Brno / Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic; Legal Assistant, Supreme Court of the Czech Republic, Brno / E-mail: 421766@mail.muni.cz

publications provide contradictory information in this regard. Nevertheless, such uncertainties also appear in articles written by foreign authors. The aim of this article is to explain these ambiguities and to describe the origins of conditional release in the context of the development of imprisonment. The article covers a period until 1919 when this instrument was first enshrined in our legal system by the Act No. 562/1919 Coll., on Suspended Sentence and Conditional Release. After this historical milestone, it has become easy to find information on the further development of conditional release in our country.

Keywords

Conditional Release; Conditional Discharge; Conditional Liberation; Ticket-of-Leave; Parole; Parole Release System; Walter Crofton; Bonneville de Marsangy; Zebulon Brockway; Elmira Reformatory; Elmira; Intermediate Prison; Punishment; Imprisonment; Incarceration; Apprenticeship by Indenture; Conditional Pardon; Absolute Pardon; Mark System; Alexander Maconochie; Prison.

Úvod

V posledních letech vyšla řada článků či akademických kvalifikačních prací,¹ které se týkaly institutu podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody (dále také jako „podmíněné propuštění“). Ten však na přelomu tohoto tisíciletí nebyl v tuzemsku až tak lákavým tématem ke zpracování, jako je tomu nyní.² O jeho atraktivitu se zasloužil v nemalé míře zákonodárce, a to častými změnami právní úpravy,³ či také Ústavní soud, jenž v posledních dvou dekádách do rozhodování o podmíněném propuštění významně ingeruje skrze svou judikaturu.

Z důvodu těchto legislativních a judikatorních „poryvů“ se v České republice vytvářejí různé názorové proudy o tom, co vše a jakým způsobem při rozhodování o podmíněném propuštění zohlednit,⁴ zda existuje ústavně zaručené právo na podmíněné propuštění či nikoliv,⁵ jak

¹ Srov. zadej „podmíněné propuštění“ či „parole“ do vyhledávače vysokoškolských kvalifikačních prací – např. *Theses*. Dostupné z: <https://theses.cz/> či do některého ze systémů právních informací.

² Od roku 2010 do konce roku 2022 bylo v tuzemsku vydáno přes 40 článků či příspěvků ve sbornících, které se tomuto institutu věnují. Zmíněný počet silně převyšuje četnost výstupů o tématu v období od roku 1993 do konce roku 2009.

³ Podmíněného propuštění se dotkly novely provedené zákony č. 181/2011 Sb., č. 330/2011 Sb., č. 357/2011 Sb., č. 390/2012 Sb., č. 287/2018 Sb., č. 333/2020 Sb., č. 220/2021 Sb.

⁴ Viz např. náleží Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2001, sp. zn. III. ÚS 611/2000; ze dne 12. 5. 2011, sp. zn. III. ÚS 1735/10, nebo ze dne 12. 2. 2019, sp. zn. III. ÚS 2204/17, a řada dalších. Také NOVÁK, J. Propuštění na rozcestí. *Právník*. Akademie věd ČR, Ústav státu a práva, 2022, roč. 161, č. 9. VICHÉREK, R. Vedení řádného života jako předpoklad podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody. *Státní zastupitelství*. 2019, roč. 17, č. 1. BRUCKNEROVÁ, E. Aktuální vývoj institutu podmíněného propuštění. In: JELÍNEK, J. a kol. *Deset let od přijetí českého trestního zákoníku*. Leges, 2019, a řada dalších.

⁵ Viz odlišné stanovisko ústavního soudce prof. JUDr. Jana Filipa, CSc., k části výroku a odůvodnění náleží Ústavního soudu ze dne 13. 7. 2021, sp. zn. IV. ÚS 575/21. Stručné shrnutí viz JAKOUBKOVÁ, A. Existuje ústavně zaručené právo na podmíněné propuštění? *Právo21* [online]. 2021 [cit. 14. 11. 2022]. Dostupné z: <https://pravo21.cz/pravo/existuje-ustavne-zarucene-pravo-na-podminene-propusteni>

odůvodnit rozhodnutí o podmíněném propuštění⁶ atd. Vede se tak odborná diskuse o tom, na jakých principech by mělo být podmíněné propuštění založeno či co od odsouzeného očekáváme, a to jak při samotném rozhodování o podmíněném propuštění, tak i posléze ve zkušební době.

Vzniklé akademické výstupy zkoumají daný institut z rozličných úhlů, nicméně minimálně jeden z nich je dlouhodobě opomíjen. Tím je jeho historický vývoj. Pokud chceme na výše uvedené otázky zodpovědně hledat odpovědi, pak je vhodné znát také dějinnou linku tohoto nástroje, a to nejlépe i v kontextu jeho užívání v rámci věznění. Podmíněné propuštění totiž logicky nevzniklo ve vakuu, ale jako důsledek trestání osob skrze odnětí svobody, což má také svůj osobitý vývoj.

V novodobém českém právním prostředí lze nalézt pouze jeden článek zabývající se historií podmíněného propuštění, který sepsal v roce 2013 *Vicherek*.⁷ V něm se obecně věnuje zmíněnému institutu na našem území od přelomu 18. a 19. století dále a lze jej v tomto ohledu ocenit. Podíváme-li se však do četných akademických prací⁸, které se týkají podmíněného propuštění, zjistíme, že *modus operandi* autorů je následující. Buď je z textu historie předmětného institutu úplně vypuštěna, nebo začíná vývojem od roku 1919, kdy bylo poprvé v českých zemích podmíněné propuštění zakotveno zákonem.⁹ V odvážnějších případech autoři začínají buď západohaličským trestním zákonem (stejně tak jako *Vicherek* ve svém článku), nebo trestním zákonem o zločinech, přečinech a přestupcích č. 117 ř. z. z roku 1852. I v prvním případě však započnou věcně samotnou diskusí o podmíněném propuštění až v souvislosti s trestním zákonem z roku 1852.

Sluší se dodat, že se jedná o celkem logickou strukturu z pohledu dějinného vývoje českého práva a absence hlubší (světové) historie institutu se nedá autorům zazlívat, jelikož ta není obecně v České republice uceleně zpracována. Nadto různé publikace uvádějí často o vývoji tohoto nástroje odlišné informace, přičemž podmíněné propuštění směšují s institutem *Parole*¹⁰, či naopak je viditelně odlišují.¹¹ Existují názory, které počátek podmíněného

⁶ Např. nález Ústavního soudu ze dne 28. 11. 2018, sp. zn. II. ÚS 482/18. V souvislosti s tímto nálezem je také vhodné upozornit, že byl podroben výzkumu ohledně jeho dopadů na aplikační praxi. Viz diplomová práce Jany Drápalové: DRÁPALOVÁ, J. *Závaznost nálezu Ústavního soudu: Normativní východiska a praktické limity*. Diplomová práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2021. Dostupné z: <https://dspace.cuni.cz/handle/20.500.11956/127749> [cit. 14. 11. 2022].

⁷ VICHEREK, R. *Institut podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody z historického hlediska. Trestní právo*. Wolters Kluwer ČR, 2013, roč. 18, č. 1.

⁸ Včetně diplomové práce autora, kde hlubší dějinný vývoj podmíněného propuštění absentuje také. Viz KLABAČKA, O. *Rozdílný přístup soudů při rozhodování o podmíněném propuštění z výkonu trestu odnětí svobody a jeho ústavněprávní souvislosti*. Diplomová práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2018. Dostupné z: <https://is.muni.cz/th/lav9/> [cit. 14. 11. 2022].

⁹ Viz zákon č. 562/1919 Sb., o podmíněném odsouzení a podmíněném propuštění.

¹⁰ V českém prostředí tento výraz také zdomácněl, proto bude dále v textu využívána zejména jeho česká varianta – *parole*.

¹¹ Ohledně směšování pojmů např. INCIARDI, A. J. *Trestní spravedlnost* (z amerického originálu *Criminal Justice*, přeložil Ing. Vladimír Drábek). Victoria Publishing, 1994, s. 689 a násl. Opačně pak např. SUCHÝ, O. *Podmíněné propuštění a postpenitenciární péče (komparativní studie)*. Praha: Výzkumný ústav kriminologický při generální prokuratuře ČSSR, 1970, s. 5–8.

propuštění zasazují do Francie, kde jej definoval *Bonneville de Marsangy* ve svých *Doplňkových institucích penitenciárního režimu* (1847), přičemž následně mělo být podmíněné propuštění přijato v Anglii (1853) pod názvem „*ticket-of-leave*“.¹² Jiný názor pak spatřuje počátek podmíněného propuštění v progresivních systémech, které byly (obecně řečeno) založeny na přerazování odsouzených z přísnějšího do mírnějšího režimu, přičemž v posledním stupni mohl být vězeň propuštěn.¹³ Implicitně tak datují počátky tohoto nástroje přibližně do poloviny devatenáctého století, kdy uvedené progresivní systémy vznikají. Jiné prameny pak uvádějí, že podmíněné propuštění se užívalo ve Spojených státech již v roce 1817.¹⁴ Dále lze najít myšlenku, že v 18. století měli trestanci šanci na propuštění před uplynutím celého trestu skrze již výše zmíněný „*ticket-of-leave*“,¹⁵ což na první pohled odporuje jeho zakotvení až v roce 1853. Také je možné setkat se s informací, že podmíněné propuštění má své prvopočátky v 16. století, přičemž za „otce“ tohoto nástroje (v jeho nejjistší formě), je považován guvernér trestanecké kolonie Norfolk Island *Alexander Maconochie* (1840).¹⁶

I v zahraniční literatuře můžeme nalézt rozdílné názory. Například informaci, že *Maconochie* vyvinul své schéma podmíněného propuštění o několik let dříve před *de Marsangym*, přičemž navzájem o svých myšlenkách nevěděli.¹⁷ Lze se také setkat s tím, že podmíněné propuštění vytvořil *sir Walter Crofton*.¹⁸ Dále s články, které vyvracejí, že by někdo ze jmenovaných tento institut vytvořil¹⁹, nebo s texty, podle kterých se kořeny podmíněného propuštění datují

¹² SUCHÝ, 1970, op. cit., s. 5–8, či přím. ROZUM, J. a kol. *Institut dohledu u podmíněného propuštění – Závěrečná zpráva výzkumu*. Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2004, s. 8.

¹³ ŠÁMAL, P., VÁLKOVÁ, H. K podmíněnému propuštění z výkonu trestu odnětí svobody. *Trestněprávní revue*. 2012, roč. 11, č. 11–12, s. 249–255. Také MÍŘICKÁ, A. *Trestní právo hmotné. Část obecná i zvláštní*. Všehrd, 1934, s. 147, či VICHEREK, 2013, op. cit. Příměřeně také VÁLKOVÁ, H., KUČHTA, J. a kol. *Základy kriminologie a trestní politiky*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 230–238.

¹⁴ SOLNAŘ. V. Neurčité odsouzení. (Příspěvek k theorii reformačního systému se zvláštním zřetelem k československé osnově trestního zákona). *Sborník věd právních a státních*. Praha: Nákladem vlastním, 1925, roč. XXV, seš. 3–4, Doplňný zvláštní otisk, s. 244.

¹⁵ MICHL, O. Parole? To je přece čestné slovo! Poznámky k problematice předčasného propuštění. *České vězeňství*. 1996, č. 5 a 6, s. 6–7. Přitom lze zmínit, že *ticket-of-leave* Otakar Michl celkem trefně a doslovně překládá jako „*jízdenka na svobodu*“.

¹⁶ INCIARDI, A. J., 1994, op. cit., s. 689 a násl. V českém překladu této knihy byl termín *Parole* přeložen jako „volná vazba“ či podmíněné propuštění, a tak se napříč knihou směřují. Lze upozornit, že spojením „volná vazba“ se v českém prostředí běžně označuje institut vazby se zmírněným režimem viz § 8 zákona č. 293/1993 Sb., o výkonu vazby, či Zpráva z návštěv zařízení 2022 – Vazební věznice. *Veřejný ochránce práv* [online]. 2022, s. 18 [cit. 1. 3. 2023]. Dostupné z: <https://www.ochrance.cz/uploads-import/ESO/Brozura%20vazebni%20veznice%2010-22%20online.pdf>

¹⁷ Například NORMANDEAU, A. Pioneers in Criminology: Arnould Bonneville De Marsangy (1802–1894). *Journal of Criminal Law and Criminology*. 1969, roč. 60, č. 1. DOI: <https://doi.org/10.2307/1141732>. Ancel například uvádí, že daný institut byl vytvořen penitenciární školou, která se rozvíjela zejména ve Francii a Belgii v letech 1830–1875. Viz ANCEL, M. *Suspended sentence*. London: Heinemann, 1971, s. 9–10.

¹⁸ GRUNHUT, M. *Penal Reform*. Oxford Clarendon Press, 1948, s. 84, převzato z NORMANDEAU, op. cit., 1969.

¹⁹ Například MORAN, A. F. The Origins of Parole. *Yearbook*. 1945, či zejména kritika WHITE, S. Alexander Maconochie and the Development of Parole. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 1976, roč. 67, č. 1. DOI: <https://doi.org/10.2307/1142459>. Také DOHERTY, F. Indeterminate Sentencing Returns: The Invention of Supervised Release. *New York University Law Review*. 2013, roč. 88, č. 3, s. 966.

do počátku 19. století.²⁰ Přitom se různě využívá pojmů jako podmíněné propuštění (*conditional release*²¹, *conditional discharge*, *conditional liberation*, *ticket of leave*, *system of release on licence*) a *Parole*, *Parole release system*.

Čtenáři je z výše uvedeného asi patrné, že samotný vznik podmíněného propuštění se jeví být nejasným, stejně tak nelze ani uvést, zda vedle tohoto institutu vznikal nezávisle institut parole, či mají tyto nástroje společnou historii a zda je lze vzájemně v historickém kontextu zaměňovat.²² Z uvedených zdrojů je sice možno pojmut „důvodné podezření“, že v polovině 19. století se podmíněné propuštění výrazněji prosazuje v rámci progresivního systému trestu, avšak jakou cestou byl tento institut do tohoto systému zakotven, popsáno není. Z většiny českých textů není ani patrné, jak se vlastně do našeho právního řádu podmíněné propuštění zakotvilo, krom toho, že se objevuje v roce 1919 společně s podmíněným odsouzením v úpravě samostatného zákona.

Níže uvedený text tak má za primární cíl zodpovědět „sedm základních kriminalistických otázek“, a to z pohledu historického vývoje podmíněného propuštění. Tedy: *Kdo, jak, čím, proč, kde, kdy, vyvinul (co?) tento trestněprávní nástroj? Dále: Má podmíněné propuštění shodné historické kořeny jako americká parole? Jak došlo k zakotvení podmíněného propuštění do českého právního řádu? Sekundárně by pak mohl článek podnítit diskusi o původním a současném smyslu podmíněného propuštění, o jeho inovaci na základě historické zkušenosti, či dokonce o jeho opuštění jakožto nástroje zastaralého, nebo naopak příliš pokrokového, který se nedá aplikovat v současném stavu vězeňství, a je třeba jej nahradit nástrojem jiným.*

Je nutno upozornit, že předkládaný text nekomparuje historickou právní úpravu podmíněného propuštění s úpravou současnou. Uvedené by si pro zpracování vyžádalo samostatný článek, případně výstup v podobě akademické kvalifikační práce.²³ V tomto ohledu tak v textu nejsou činěny žádné hlubší závěry a právě toto je přenecháno pro samostatnou úvahu čtenáři, který je může sám rozvinout v aplikační praxi či v rámci akademických výstupů. Článek je primárně koncipován jako historický výklad vývoje tohoto institutu a sleduje pouze historické období do roku 1919. Po tomto období již lze poměrně

²⁰ STRANGE, C. Mercy and Parole in Anglo-American Criminal Justice Systems from the Eighteenth century to the twenty-first century. In: KNEPPER, P., JOHANSEN, A. (eds.). *Oxford handbook of the History of Crime and Criminal Justice*. Oxford University Press, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199352333.013.30>

²¹ Někdy se toto spojení však užívalo pro anglosaskou verzi podmíněného odsouzení s názvem „probation“. Viz LINDSEY, E. Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 1925, roč. 16, č. 1, s. 9. DOI: <https://doi.org/10.2307/1134297>. Rozdíl anglosaského (probace) a francouzsko-belgického typu podmíněného odsouzení viz DRÁPAL, J. Podmíněné odsouzení: Jeho účel a vývoj na území Česka. *Státní zastupitelství*. 2021, roč. 19, č. 6.

²² Detailní rozbor současných rozdílů převážně kontinentálního podmíněného propuštění a americké parole by bylo téma na samostatný článek, proto autor poukazuje na vývoj daných institutů pouze v rámci historického kontextu, kde jsou rozdíly evidentní. Zejména navázání institutu parole na institut neurčitěho odsouzení (viz dále v textu). I bez hlubší analýzy jejich současného pojetí není vhodné tyto termíny automaticky slučovat, a to již minimálně pro historické odlišnosti (viz dále v článku) a pro jejich typické užívání v rozdílných právních systémech. Nadto je třeba zmínit i rozdílné pojetí institutu neurčitěho odsouzení a (evropského) podmíněného propuštění z pohledu účelu trestu. Viz SOLNAŘ, 1925, op. cit., s. 233–238.

²³ Autor plánuje předestřít některé detailnější závěry, které mají dopad i do současné právní úpravy, až v rámci textu své disertační práce.

pohodlně nalézt v českém právním prostředí dostatek informačních zdrojů pro případný další výzkum. Text se také nezabývá speciálními skupinami odsouzených, jako jsou cizinci, mladiství, osoby vojenské služby, osoby se zdravotním postižením, případně ženy atd., a jejich podmíněným propuštěním. Odkaz na tuto úpravu je učiněn pouze v nutných případech. Je tomu zejména z důvodu rozsahu článku.

Článek je rozdělen do tří základních částí. První část textu se zabývá obecným historickým vývojem uvěznění, který vrcholí výkladem o vzniku penologických systémů v 19. století. Již v úvodu lze přiznat, že podmíněné propuštění se začalo plošněji užívat právě v souvislosti s těmito systémy, což bylo odrazem změny náhledu na trestání pachatelů. Tato část článku sleduje vývojovou linii, která je v České republice názorově asi nejvíce zastoupena i přesto, že není zcela přesná. Tedy, že vznik podmíněného propuštění se pojí s vytvořením progresivních systémů 19. století. Nicméně jedná se o vhodnou výchozí pozici pro čtenáře, na jejímž základě pak lépe porozumí skutečnému vzniku tohoto trestněprávního institutu. Druhá část pak mapuje samotný vznik institutu podmíněného propuštění právě před jeho užíváním ve výše zmíněných penologických systémech. Ač je takové členění textu pro někoho možná zvláštní, je toto činěno právě s úmyslem, aby čtenář při „pátrání“ po skutečném vzniku podmíněného propuštění v druhé kapitole již disponoval obecným přehledem z první části. Text přitom ověřuje populární názory, že podmíněné propuštění vytvořil *Bonneville de Marsangy*, nebo *Alexandr Maconochie*, či dokonce *sir Walter Crofton*. Poslední část článku je pak zaměřena na právní úpravu podmíněného propuštění od roku 1852 do přijetí výše uvedeného zákona v roce 1919 na českém území. Tato část textu již předpokládá znalost předchozích dvou kapitol a předkládá čtenáři reakci převážně české odborné veřejnosti na institut podmíněného propuštění a určitou snahu jej zakotvit již před rokem 1919.

1 Obecně k historickému vývoji uvěznění a vzniku penologických systémů, ve kterých se začíná užívat podmíněné propuštění

1.1 Obecně o vývoji uvěznění jako jedné z forem trestu

„Snad vězení? A proč bych měl žít ve vězení a být nevolníkem úřadu pokaždé dosazeného, sboru jedenácti? Či snad peněžitou pokutu a zůstat ve vazbě, až bych ji zaplatil? Ale to je pro mne totéž jako to, o čem jsem právě teď mluvil; vždyť nemám peněz, z kterých bych ji zaplatil. Nebo si mám navrhnout vyhnanství?“²⁴

Ve výše uvedeném citátu Sokrates přemýšlí nad tím, jaký trest by si sám zvolil místo trestu smrti, který mu navrhli žalobci. V tomto textu tak můžeme nalézt výčet některých sankcí využívaných již čtyři století před naším letopočtem. Jak je patrno, jednou z nich je i uvěznění, přičemž právě ve starověkém Řecku vznikaly jedny z prvních zařízení, které lze vnímat jako rané věznice.²⁵ Ty se označovaly názvem *phylake* nebo *desmoterion*. Ve stejném období můžeme i ve starověkém Římě nalézt zmínky o vězení pod názvy jako *carcer*, *robur* nebo

²⁴ PLATÓN. *Euthyfrón: Obrana Sókrata. Kritón*. 5. opr. vyd. Praha: Oikoymenh, 2005, s. 66.

²⁵ Představu o nich si lze dokreslit například vyhledáním věznice ve webovém vyhledávací, kde byl údajně vězněn právě Sokrates, a která se do současnosti zachovala „*The Prison of Socrates*“.

lautumiae.²⁶ Za fyzický důkaz lze například považovat *Carcere Mamertino* neboli také *Tullianum*. Jedná se o věznici postavenou ve třetím století před našim letopočtem v Římě, která se dochovala dodnes. Další zmínky o často improvizovaných věznicích (k tomuto účelu sloužily například tehdejší sýpky či jiné budovy) však lze nalézt i v hlubší historii, a to například již v Asýrii (746–539 př. n. l.) či v období Střední říše ve starověkém Egyptě (2050–1786 př. n. l.).²⁷

Zmíněné „rané“ věznice ale nelze pojímat v současném smyslu slova.²⁸ Tedy jako zařízení, která by měla (mimo jiné) výchovně působit na pachatele trestné činnosti, a to prostřednictvím různých postupů. Pověštinou bylo účelem těchto věznic spíše zadržení dlužníků, výkon těžké práce či jejich dočasné střežení před samotným soudem, nebo do doby výkonu trestu smrti. Převážný postoj starověké společnosti k trestu odnětí svobody a jeho účelu je tak patrný například z myšlenky Ulpiána *Carcere enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* [vzření je třeba mít na zadržení lidí, ne na potrestání].²⁹

V období 6.–13. století se postupně začínají objevovat tresty uvěznění na určité časové úseky, a to v rámci tzv. klášterních vězení určených převážně pro kriminální duchovní.³⁰ Ve dvanáctém století se již očekávalo, že biskupové budou mít vlastní diecézní věznice. Nicméně i v sekulárním světě se postupně začíná objevovat užití uvěznění jako trestu ze strany vladaře. Řada deliktů byla nicméně řešena spíše pokutami, což bylo pro stát lacinější řešení.³¹

Pro běžné pachatele však uvěznění do první poloviny 16. století představovalo spíše raritní záležitost, převážně jako důsledek zmírnění výkonu trestu smrti či jako alternativa k pokutě,

²⁶ KNÁPKOVÁ, D., TITLOVÁ, M. *Penologie*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2016, s. 12, a CADOUX, T. J. *The Roman Carcer and Its Adjuncts. Greece and Rome*. Cambridge University Press, 2008, roč. 55, č. 2, s. 202–221. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0017383508000533>

²⁷ EDWARD, M. P. *Prison Before the Prison: The Ancient and Medieval Worlds*. In: MORRIS, N., ROTHMAN, D. J. (eds.). *The Oxford History of the Prison*. Oxford: Oxford University Press, 1995, s. 5–21.

²⁸ V tomto bodě si je třeba uvědomit, že ve starověké historii se s trestem odnětí svobody tak, jak ho známe dnes, nesetkáváme, a to především z důvodu jeho nákladnosti (ale i účelu trestu). Zřizování věznic bylo velice finančně náročné i pro větší města, a to vzhledem k nákladům potřebným pro vězeňský personál, stravování vězňů atd. KNÁPKOVÁ, TITLOVÁ, 2016, op. cit., s. 11. Obdobně VÁLKOVÁ, H., KUČHTA, J., HULMÁKOVÁ, J. a kol. *Základy kriminologie a trestní politiky*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 221. I v současnosti je výkon trestu nákladný. Například podle bývalého nejvyššího státního zástupce JUDr. Pavla Zemana stojí stát jeden odsouzený denně přibližně 1 200 Kč. Viz VACULÍK, R. *Jeden vězeň stojí 1 200 Kč denně. Nejvyšší žalobce chce víc alternativních trestů*. *Novinky.cz* [online]. 2020 [cit. 14. 11. 2022]. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/clanek/domaci-jeden-vezen-stoji-1200-kc-denne-nejvyssi-zalobce-chce-vic-alternativnich-trestu-40313697>. K 11. 11. 2022 bylo v českých věznicích 17 621 odsouzených. Z těchto údajů tak zjišťujeme, že v daný den vyšlo věznicí uvedeného počtu osob (bez započítání vazby) přibližně na 21 145 200 Kč. Viz Měsíční statistické hlášení ke dni 11. 11. 2022. *Vězeňská služba České republiky* [online]. 2022 [cit. 14. 11. 2022]. Dostupné z: <https://www.vscr.cz/sekce/rok-2022>

²⁹ EDWARD, 1995, op. cit., s. 21.

³⁰ V devátém století se už tato klášterní/církevní vězení považují za běžná. Lze to odůvodnit tím, že navzdory tomu, že v dané době, kdy trestní právo ve většině zemí mělo řadu trestů zahrnující často násilné fyzické tresty způsobující zranění nebo i smrt, bylo v církvi zakázáno dopouštět se takového „krveprolití“. Církev však mohla předat pachatele i sekulárním úřadům, které již tělesné či absolutní tresty mohly vykonat. Na druhou stranu, světské právo stále věznice užívalo spíše pro účely vazby. Viz JOHNSTON, N. *Evolving Function. Early Use of Imprisonment as Punishment*. *The Prison Journal*. 2009, roč. 89, č. 1, s. 14. DOI: <https://doi.org/10.1177/0032885508329761>. Lze dodat, že VÁLKOVÁ, KUČHTA, HULMÁKOVÁ a kol. 2019, op. cit., s. 221, uvádějí, že klášterních vězení se užívalo také pro privilegované vrstvy obyvatel.

³¹ JOHNSTON, 2009, op. cit., s. 11.

pokud byl pachatel v platební neschopnosti. Obdobně tak činila většina evropských zemí v dané době.³²

Obecně se uvěznění jako trest začíná rozšiřovat až ke konci 16.–17. století.³³ V tomto období se také začínají objevovat žaláře, tedy místa, kam jsou odsouzení posíláni k výkonu trestu, avšak převážně v těch geografických oblastech, kde nebylo možno jednoduše umístit pachatele na galeje,³⁴ či je transportovat do kolonií. Například první existenci vězení dočasného i doživotního v českých zemích dokládají Koldínova práva městská z roku 1579.³⁵ Stále však lze v daném období hlavní účel věznic vnímat jako místo pro zadržení osob.³⁶ V této souvislosti je možno uvést příklad z Francie, kde ještě okolo roku 1750 byla věznice převážně jen „zastávkou“ pro odsouzené či jako „testovací půda“ pro případnou nevinu, na jejich cestě ke skutečnému trestu, kterým byla smrt, zmrzačení, nucená práce na galejích nebo vyhnanství.³⁷

I přes výše uvedené lze zobecnit, že v 17. a v 18. století se trestní systém v Evropě postupně velmi změnil. Do té doby preferované tělesné tresty, tresty smrti, galeje, vyhnanství nebo deportace (transport), se pomalu upozaďují.³⁸ To částečně z důvodu humanizace trestního práva, ruku v ruce se zjištěním, že veřejné popravy nemají dostatečný účinek pro odstrašení osob před pácháním trestné činnosti.³⁹ V centru této transformace začalo být právě určení věznic jako hlavní instituce pro potírání kriminality.⁴⁰ Jako trest pro široké vrstvy obyvatel se vězení tedy nakonec začíná používat primárně až v 18. století.⁴¹ Avšak své největší slávy dosáhlo jako forma trestu přibližně v polovině 19. století,⁴² kde již začíná mít rysy, které

³² EDWARD, 1995, op. cit., s. 43–44.

³³ SPIERENBURG, P. *The Body and the State*. In: MORRIS, ROTHMAN, 1995, op. cit., s. 52.

³⁴ DRÁPAL, J., JIŘIČKA, V., RASZKOVÁ, T. (eds.). *České vězeňství*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 10. Převzatý odkaz na SPIERENBURG, 1995, op. cit., s. 67.

³⁵ ŠÁMAL, VÁLKOVÁ, 2012, op. cit., s. 249–255.

³⁶ Většinou nic neplatí absolutně, a i zde je třeba poznamenat, že již v roce 1555 vzniká v Anglii „nápravné zařízení“ v paláci Bridewell, o kterém je možno říci, že bylo asi prvním zařízením se zaměřením na nápravu nebo změnu zvyků osob. Což je v této době však výjimkou. JOHNSTON, H. *Prison histories, 1770s–1950s: Continuities and contradictions*. In: JEWKES, Y. CREWE, B., BENNETT, J. (eds.) *Handbook on Prisons*. 2. vyd. Abingdon: Routledge, 2016, s. 27–28. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315797779-3>

³⁷ O'BRIEN, P. *The Promise of Punishment: Prisons in Nineteenth-Century France*. Princeton University Press, 1982, s. 17. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400856282>

³⁸ V případě transportu, nebylo zmíněné upozaďování natolik významné jako u jiných druhů uvedených trestů. Například deportace do anglických kolonií spíše nabírala na popularitě s krátkou pauzou z důvodu Americké revoluce. Nakonec sice byla v polovině 19. století vězněním také upozaďována, některé státy ale uplatňovaly hojně deportaci i v druhé polovině 19. století či ve 20. století (například Francie). Srov. části k jednotlivým státům v publikaci ANDERSON, C. (eds.). *A Global History of Convicts and Penal Colonies*. Bloomsbury Academic, 2018, ePub. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781350000704.ch-001> [V anglicky psaných textech je daný termín označován jako „*transportation*“, nicméně pro překlad do českého jazyka byl užít výraz deportace, který autorovi přišel výstižnější – pozn. aut.].

³⁹ Srov. DRÁPAL, JIŘIČKA, RASZKOVÁ, 2021, op. cit., s. 10.

⁴⁰ SPIERENBURG, 1995, op. cit., s. 49.

⁴¹ DRÁPAL, JIŘIČKA, RASZKOVÁ, 2021, op. cit., s. 10.

⁴² K výraznému posunu věznic (a to minimálně v evropském a americkém měřítku) na konci 18. a začátkem 19. století přispěl výzkum anglického reformátora Johna Howarda (1726–1790), publikovaný pod názvem *The State of the Prisons* (1777). V té Howard mimo jiné, poukazuje na nezdravé prostředí věznic, smíšenou vězeňskou populaci aj. JOHNSTON, 2016, op. cit., s. 29.

poznáme i v současnosti (např. stovky osob v komplexu, kde je činnost organizována podle časového rozvrhu, stejnokroj pro vězně, působení odborných pracovníků, separace obviněných od odsouzených, mužů od žen atd.)^{43, 44}

1.2 Vznik penologických systémů a podmíněné propuštění jako jeden z jejich prvků

Od doby, kdy se věznice stala ústředním bodem trestání, stala se také ohniskem reformního úsilí. Konec osmnáctého a následně pak období devatenáctého století by se dalo definovat parafrází otázky, kterou užila *Johnston* v jednom ze svých textů: *Pokud jsme se jednou rozhodli užívat vězení jako formu trestu, tak co budeme dělat s lidmi během toho času, po který jsou uvězněni?*⁴⁵ Právě v dané době se začala silně objevovat pokroková myšlenka, že kriminální povaha člověka může být změněna prostřednictvím specializovaného zacházení v průběhu výkonu trestu. Vznikají například novátorské přístupy, které cílí na omezení kriminálního chování důrazem na striktní dodržování kázně ve věznici, mlčení, odloučení či skrze práci. Jejich myšlenkou bylo, že komunikací si vězni mezi sebou předávali informace, podporovali se, a tudíž se také vzájemně kontaminovali (tzv. kriminální infekce) a lépe tak „odolávali“ pokusům o jejich nápravu.⁴⁶ To vedlo k vybudování penologických systémů, kvůli kterým se v devatenáctém století stávaly věznice totálními institucemi, jež dohlížely a kontrolovaly každý aspekt denního života odsouzených, což ostatně ve velkém měřítku přetrvává až dodnes.

Výše zmíněné systémy vězeňství (penologické systémy) měly zprvu kolébku ve Spojených státech.⁴⁷ Mezi ty nejnámější patřil filadelfský systém (zvaný také někdy jako pensylvánský) založený v roce 1790 a poprvé použitý ve Věznici *Walnut Street* ve Filadelfii.⁴⁸ Tento systém považoval samotu za nejvhodnější prostředek pro vzbuzení skutečného pokání. Vězni neměli dovolen jakýkoliv styk (ani písemný) s příbuznými a s vnějším světem vůbec. Ničím nerušené zpytování svědomí mělo vést k nápravě. Jediné, čím si mohl odsouzený krátit

⁴³ Výstižně rozdíl mezi věznicí, ale i vnímáním uvěznění jako formou trestu v 18. a v 19. století, popisuje O'Brien, a to v kontextu Francie. Zde uvádí, že osoba odsouzená pro stejnou věc v roce 1850, za kterou by jí v minulosti čekal trest na galejích, byla umístěna na konkrétní dobu do státní věznice, kde byl její život kompletně kontrolován. Šest dní v týdnu, dvanáct hodin denně pracovala. Vstávala, šla spát, jedla, myla se a vykonávala další tělesné potřeby v souladu s harmonogramem. Daná rutina měla za cíl vhodnou změnu jejího chování. Věznice přitom byly spíše protkány spoustou samostatných cel s vysoce organizovanými a kontrolovanými aktivitami denního režimu. Pro odsouzeného v roce 1750 však žádná taková regulace neplatila. Staré věznice byly povětšinou velké společné místnosti plné lidí různého věku, pohlaví, čekající na soud, či již odsouzení, a to pro různorodou trestnou činnost. Otřesné materiální podmínky, jejichž symbolem byla například otevřená toaleta uprostřed těchto společných místností, byly následně důvodem pro naprostou diskreditaci tohoto způsobu věznění. O'BRIEN, 1982, op. cit., s. 17–18.

⁴⁴ JOHNSTON, 2016, op. cit., s. 25, či DRÁPAL, JIŘÍČKA, RASZKOVÁ, 2021, op. cit., s. 10.

⁴⁵ JOHNSTON, 2016, op. cit., s. 24.

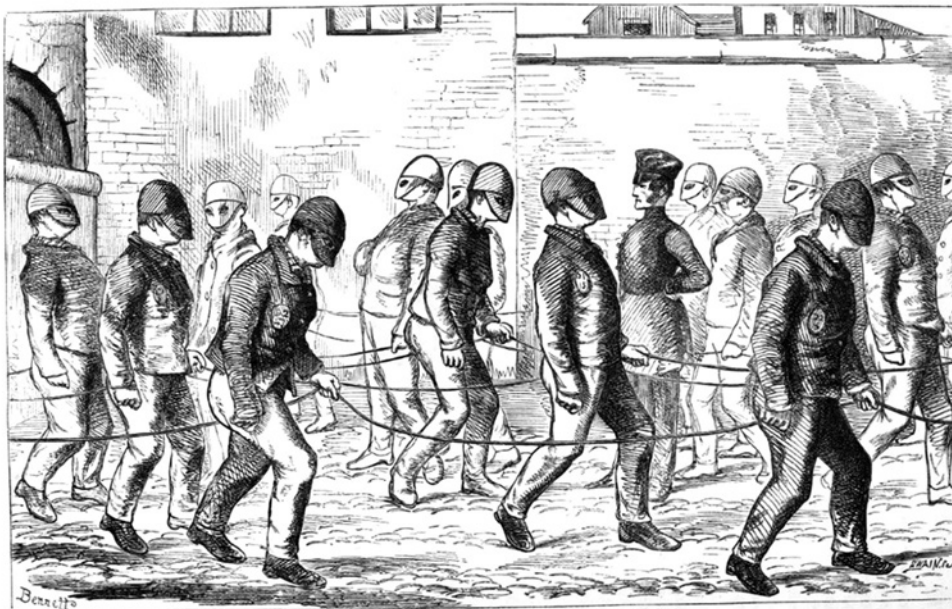
⁴⁶ MCGOWEN, R. The Well-Ordered Prison. In: MORRIS, ROTHMAN, 1995, op. cit., s. 99–100.

⁴⁷ Lze však připomenout výše uvedený Bridewell, mimo který vznikají následně v Holandsku (1595–7) zařízení pro žebráky, tuláky, zloděje (*tuchtbuis*), také pro zahalečky a prostitutky (*spinbuis*). Přitom tyto zařízení se snažily vychovávat chovance k práci tuhou kázní. Ty ostatně například Solnař vnímá jako kolébku trestu na svobodě v pravém slova smyslu. SOLNAŘ. V. *Trestní právo hmotné. Část obecná*. 1947, s. 134.

⁴⁸ Jednalo se o první státní vězení ve Spojených státech postavené pro daný účel. Viz JOHNSTON, 2009, op. cit., s. 18.

chvíli, byla práce na cele či čtení Bible. Tento systém však měl negativní vliv na psychiku odsouzených. Později byl proto „zmírněn“ a spíše se z naprosté izolace přebudoval na *the separate system*, ve kterém již byly povoleny například i návštěvy služebních funkcionářů či externích pracovníků, kupříkladu duchovních. Eliminace komunikace mezi vězni dopadala na různé aspekty vězeňského života. Například, pokud vězni vyšli z cely, museli mít na obličejích masky a byli označeni pouze číslem. Podle upravené verze daného systému byla například v roce 1842 vybudována známá anglická věznice Pentonville.⁴⁹

Obr. č. 1: Rytina znázorňující odsouzené v anglické věznici Pentonville, kde byl užíván filadelfský systém



CONVICTS EXERCISING AT PENTONVILLE PRISON.

Zdroj: MAYHEW, H., BINNY, J. *The Criminal Prisons of London and Scenes of Prison life*. Londýn, 1862.

V roce 1823 byl vytvořen nový systém zvaný auburnský⁵⁰ neboli také newyorský či „*the silent system*“ [systém mlčení]. Ten předepisoval skupinovou práci odsouzených přes den, a to v naprostém tichu, s jejich následnou izolací na noc. Jeho pravidla zakazovala jakékoli mluvení a dokonce i výměnu pohledů. Uvedené systémy existovaly současně vedle sebe

⁴⁹ McGOWEN, 1995, op. cit., s. 100–1002, a PANÍČEK, F. *Výkon trestu odňatia slobody v minulosti a dnes*. Bratislava: Obzor, 1970, s. 47–49.

⁵⁰ Obdobou tohoto systému v Evropě byl švýcarský systém genfský (1825). VÁLKOVÁ, KUČHTA, HULMÁKOVÁ a kol., 2019, op. cit., s. 225.

a silně mezi sebou soupeřily.⁵¹ Výraznou výhodou auburnského systému bylo, že umožňoval společnou práci odsouzených i vně věznic, na rozdíl od pensylvánského, ve kterém mohli odsouzení pracovat jen ve svých celách.⁵² Tyto systémy či jejich jednotlivé prvky byly přeneseny i do evropského kontextu,⁵³ přičemž v Evropě převážil auburnský systém.⁵⁴ Oba systémy však byly jako prostředek nápravy zločinců neúspěšné.⁵⁵ Jak píše Drápal, „[j]iž v roce 1867 se ve Spojených státech dochází k závěru, že ani jeden z těchto systémů nemá za primární cíl reformovat odsouzené vyjma vyžadování naprosté disciplíny...“⁵⁶

1.3 Anglický progresivní systém

V roce 1853 se však v Anglii vytvořil nový systém. Ten byl založený na několika fázích, kterými odsouzený procházel v průběhu výkonu trestu.⁵⁷ Je znám pod názvem anglický progresivní systém. Vznik tohoto systému lze vnímat jako vyústění neúspěchů výše zmíněných systémů a prvotní myšlenky o nápravu odsouzeného skrze jeho aktivní podíl na výkonu trestu odnětí svobody.⁵⁸ Nadto se ozývaly hlasitější diskuse o problému recidivy, či také v Anglii o nutnosti věznit vysoký počet zločinců, jelikož deportace pachatelů do kolonií

⁵¹ Obecně z pohledu příznivců pensylvánského systému byl auburnský systém kompromisní řešení. Uváděli, že sice auburnský systém zakazoval pod tresty konverzaci, ale odsouzení byli spolu u jídla či při práci. Bylo tak nevyhnutelné, že dozorcí budou nuceni trestat neposlušné vězně, čímž se vytváří v takové věznici atmosféra krutosti a korupce. Příznivci auburnského systému zase uváděli, že je pensylvánský systém nepraktický v souvislosti s poskytováním stravy vězňům a práce v jednotlivých celách. Zdi věznic pensylvánského typu nebyly dost silné, aby zabránily konverzaci. Podle nich byla také úplná izolace nepřirozená a vězně doslova přiváděla k šílenství. Nejdůležitější argument však byl, že údržba auburnského typu věznice byla méně nákladná a práce vězňů ve společných dílnách přinášela vyšší výnosy. ROTHMAN, D. *Perfecting the Prison: United States*. In: MORRIS, ROTHMAN, 1995, op. cit., s. 116–119.

⁵² DRÁPAL, JIŘIČKA, RASZKOVÁ, 2021, op. cit., s. 11.

⁵³ Například izolace byla nepřehlédnutelným znakem trestních systémů ve většině Evropy během devatenáctého století. Výrazně byl tento typ „ubytování“ užíván v Nizozemsku, oproti ostatním evropským zemím, kde se izolace uplatňovala pouze na malou část vězeňské populace. Koncept primární izolace přitom zůstal ve své podstatě v Nizozemsku nezměněn po celou první polovinu dvacátého století. SPIERENBURG, P. *Four Centuries of Prison History*. In: FINZSCH, N., JÜTTE, R. *Institutions of Confinement. Hospitals, Asylums, and Prisons in Western Europe and North America, 1500–1950*. Cambridge University Press, 1997, s. 30. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052535.003>

⁵⁴ DRÁPAL, JIŘIČKA, RASZKOVÁ, 2021, op. cit., s. 11. Solnař uvádí, že v Evropě se spíše zprvu prosazoval systém Pensylvánský. Konkrétně uvádí Anglii, Německo, Belgie, kdy posléze převážil systém Auburnský. Srov. SOLNAŘ, 1947, op. cit., s. 136.

⁵⁵ WITMER, L. H. *The Development of Parole in the United States*. *Social Forces*. Oxford University Press, 1925, s. 318. DOI: <https://doi.org/10.2307/3004583>

⁵⁶ DRÁPAL, JIŘIČKA, RASZKOVÁ, 2021, op. cit., s. 11.

⁵⁷ Z pojednání o penologických systémech v publikaci *Základy kriminologie a trestní politiky* lze usuzovat, že určitý progresivní prvek obsahoval již ženevský smíšený klasifikační systém (1833). VÁLKOVÁ, KUČHTA, HULMÁKOVÁ a kol., 2019, op. cit., s. 225.

⁵⁸ Tyto názory lze zaznamenat již na počátku 19. století, ale i dříve. Například vyjádření Dublinského arcibiskupa Whatelyho z roku 1832 „[p]řipadá mi naprosto rozumné, že ti, jejichž špatné chování nás nutí je poslat do nápravného ústavu, by neměli být znovu propuštěni do společnosti, dokud neprojeví nějaký náznak o změně charakteru. Místo toho, aby byli odsouzeni k odnětí svobody na určitou dobu, měli by být odsouzeni k získání určitého [zaměstnání/kvalifikace], dále takové částky finančních prostředků, která by byla dostačující k tomu, aby byli po jejich propuštění chráněni před tlakem okamžité nouze a během této doby zaměstnání by měli dosáhnout řádného a poslušného chování vynuceného pod případným trestem prodloužení jejich uvěznění.“ WITMER, 1925, op. cit., s. 319.

spěla ke konci.⁵⁹ Konkrétně hlavní anglická trestanecká kolonie ve Van Diemenově zemi (dnešní Tasmánie) definitivně v roce 1852 uzavřela své brány pro deportované odsouzené, což vyvolalo náhlý tlak na úřady, aby „ubytovaly“ vězně na anglické půdě. V reakci na tuto krizi přijal britský parlament v roce 1853 *Penal Servitude Act*, který upravoval používání *ticket-of-leave*⁶⁰ (v německé literatuře „der Urlaubsschein“⁶¹).

Daný systém byl založen na postupování skrze jednotlivé úrovně a převážně se o něj zasloužil *sir Joshua Jebb*, dlouholetý předseda Rady ředitelů věznic pro odsouzené v Anglii. První fáze progresivního systému⁶² se sestávala z několikaměsíčního pobytu (až 18 měsíců)⁶³ odsouzeného na samotce. V druhé fázi pak byl odsouzený převeden do věznice zajišťující náročné veřejné práce (muži se účastnili stavby opevnění, vlnolamů, práce v lomech atd., ženy pracovaly v prádelně, šily nebo pletly).⁶⁴ Poslední fáze pak umožňovala dřívější propuštění skrze určitý druh propustky označované jako *ticket-of-leave*.⁶⁵

Princip systému byl v tom, že uložené tresty byly převedeny na určitý počet známek či „bodů“⁶⁶ a odsouzenému se sdělilo, jaký počet bodů jej dělí od propuštění, přičemž body mu byly udělovány (dobré chování) či odečítány (vadné chování) za jeho jednání. Při výrazném porušení pravidel se užívalo bičování a zhoršení podmínek výkonu trestu např. přiložením řetězů. V případě dosažení určitého počtu bodů mohl být odsouzený propuštěn na *ticket-of-leave*. Takový propuštěný však mohl být opětovně dodán do výkonu trestu pro své špatné chování, které nemuselo být ani trestné, přitom výkon zbytku trestu mu byl uložen často za přísnějších podmínek.⁶⁷

⁵⁹ V padesátých letech devatenáctého století byla již anglická deportace osob na útlumu, jelikož kolonie v Novém Jižním Walesu (Austrálie) a Van Diemenově zemi (dnešní Tasmánie) odmítaly přijmout další trestance. Australští kolonisté začali protestovat proti tomu, aby anglická vláda využívala zemi jako „odkladště zločinců“. Byla vytvořena snaha o zmírnění kritiky vytvořením systému pečlivého výběru vězňů určených k převozu do Austrálie. Plán zahrnoval, aby vězni před transportem nejprve prošli obdobným výcvikem a disciplínou v nápravném zařízení v Anglii, a to po dobu 18 měsíců. Tento experiment však skončil neúspěchem, nicméně lze jej považovat za jeden ze začátků využívání vyškolených a zkušených osob k výběru vězňů. Ten přitom činili tři vězeňští komisaři a podle Morana již toto vytvářelo precedent, kterým se řídili američtí vězeňští reformátoři při vytváření tříčlenných parolových komisí. Transport odsouzených do Austrálie tak ustal v roce 1867 za přispění (mimo jiné) hrozby vzpoury kolonistů. JOHNSTON, 2016, op. cit., s. 25, také MORAN, 1945, op. cit., s. 79–80.

⁶⁰ DOHERTY, 2013, op. cit., s. 972.

⁶¹ HOLTZENDORFF, F. *Die Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen und die bedingte Freilassung der Sträflinge in ihrem Verhältnisse zum Strafmasse und zu den Strafzwecken*. Leipzig, 1861, s. 16.

⁶² Standardně se tento systém užíval pro delší tresty, které byly označovány jednotným názvem „*Penal Servitude*“.

⁶³ McNALLY, G. James P. Organ, the „Irish System“ and the Origins of Parole. *Irish Probation Journal*. 2019, roč. 16, s. 45. V jiných zdrojích však lze nalézt délku pouze 9 měsíců. VÁLKOVÁ, KUČHTA, HULMÁKOVÁ a kol., 2019, op. cit., s. 226.

⁶⁴ JOHNSTON, 2016, op. cit., s. 25–26.

⁶⁵ McGOWEN, 1995, op. cit., s. 101–103.

⁶⁶ Systém známkování vymyslel kapitán *Alexander Maconochie*, guvernér trestanecké kolonie ostrova Norfolk – o tom více dále v textu. Také je vhodné uvést, že v angličtině se užívá v tomto kontextu výraz „*Marks*“, proto nalezneme často v českých publikacích označení jako „systém známek“, nicméně významově je možná vhodnější označení bodový systém.

⁶⁷ McCONVILLE, S. The Victorian Prison: England, 1865–1965. In: MORRIS, ROTHMAN, 1995, op. cit., s. 136–138.

Každý podmíněně propuštěný v té době v Anglii měl mít v *ticket-of-leave* uvedeno, že v případě závadného chování může být toto anulováno. Dále také, že k tomu, aby byl *ticket-of-leave* zrušen, nebylo v žádném případě nutné, aby byl jeho držitel odsouzen za nějaký nový trestný čin. Postačilo, pokud propuštěný vedl zahálčivý nebo nevedl řádný život, neměl žádné viditelné prostředky k získání poctivého živobytí atd. A tudíž se mohlo předpokládat, že se znovu chystá k páchání trestné činnosti. V takovém případě měl být propuštěný okamžitě zadržen a znovu uvězněn podle původního rozsudku.⁶⁸

Progresivní systém tedy nově nenahlížel na odsouzeného jako na nějaký pasivní objekt snahy o reformování jeho chování, ale již jej více vnímal jako subjekt, který může sám ovlivnit délku svého uvěznění tím, že se podvolí vězeňskému režimu, který jej měl napravit. Reguloval však také narůstající počet odsouzených ve věznicích a vysokou poptávku po pracovní síle. Od poloviny 19. století tak mohl být v Anglii odsouzený propuštěn dříve, než mu uplynula standardní doba trestu,⁶⁹ přičemž povinná časová složka, kterou musel vykonat, se různila. Například po roce 1857 v této souvislosti existovala pohyblivá škála přibližně od jedné šestiny pro nejkratší trest až po jednu třetinu v případech odsouzených, kteří si odpykávali trest odnětí svobody na patnáct let a více.⁷⁰

Podle *Morana* britská veřejnost takový postup zpočátku akceptovala, jelikož vězeň měl podstupovat ve věznicí nápravné programy a pouze vybraní vězni, kteří předložili jednoznačný důkaz, že tato výchova na ně pozitivně působila, byli podmíněně propuštěni.⁷¹ Podmíněné propuštění tak nemělo být ani v rozporu s blahem společnosti. To se však systému nedařilo a spíše paušálně propouštěl odsouzené, kteří vyloženě nezavdali silný důvod pro jejich ponechání ve věznicí. Za což tento systém čelil silné kritice.⁷²

Ze zprávy, kterou vypracovali čtyři soudci, kteří navštívili věznicí *West Riding* ve Wakefieldu, vyplývalo, že udělení *ticket-of-leave* skutečně závisí na denních záznamech o chování odsouzeného. Soudci však uvedli, že z jejich šetření není zřejmé, zda záznamy o chování odsouzeného či samotná práce, mají vůbec vliv na stanovení doby pro podmíněné propuštění. Také poznamenali, že nezjistili, že by bylo podmíněné propuštění jedince obecně odloženo na dobu delší, než je nejbližší termín, kdy bylo možné odsouzeného propustit. Vznegli

⁶⁸ MORAN, 1945, op. cit., s. 82.

⁶⁹ Zde lze zmínit poznámku Holtzendorffa, který uvádí, že určité kořeny podmíněného propuštění můžeme nalézt i v německém trestním soudnictví. Zejména v 18. století, bylo v některých částech Německa zvykem promíjet zločincům trest za podmínky dobrého chování, a to do případné recidivy. Tehdejší trestní věda však pravděpodobně neodhalila potenciál tohoto institutu, k němuž možná přistupovala příliš teoreticky, nebo se jednalo o institut příliš pochybný vzhledem ke svrchovanému právu panovníka na milost. Podmíněné propuštění formou milosti tak v Německu postupně vymizelo, nebo zůstalo omezeno pouze na jednotlivé vzácné případy. Nový impuls pak přišel až z Anglie, kde podmíněné propuštění seřálo v dějinách trestního práva důležitou roli. Viz velice zajímavá publikace HOLTZENDORFF, 1861, op. cit., s. 11–12.

⁷⁰ McCONVILLE, 1995, op. cit., s. 137.

⁷¹ Podle *Morana* se již na základě zkušenosti z australských kolonií vědělo (kde se *ticket-of-leave* také uplatňoval, viz druhá kapitola článku), že podmíněné propuštění vězně bez dalšího dohledu je vážnou chybou. Veřejnost se však domnívala, že stát plánuje vymáhat dodržování podmínek uložených podmíněně propuštěným. Později se však ukázalo, že žádné takové tendence nebyly a ve skutečnosti se o osud propuštěných nezajímá. MORAN, 1945, op. cit., s. 82–83.

⁷² Viz MORAN, 1945, op. cit., s. 83–86.

kritiku, že takový nástroj ztrácí původní účel, když se z naděje na propuštění stává jistota v případě, že se odsouzený „pouze“ zdrží hrubého porušení vězeňských pravidel. Poukazují také na skutečnost, že tyto denní záznamy píší dozorcí, kteří ze strachu z odsouzených nebo v důsledku úplatků, mohou zprávy upravit. To podle nich zdůvodňuje velmi dobré hodnocení většiny odsouzených. Nefunkčnost systému také dokazovalo to, že se po jeho zavedení rapidně zvýšila kriminalita, což bylo dáváno za vinu právě nedostatečnému dohledu podmíněně propuštěných vězňů (např. absence předávání informací mezi orgány, kdo byl vlastně propuštěn; propuštění schválně ničili *ticket-of-leave* pro horší identifikaci atd.). Proto byl následně systém upraven zejména v části vynucování podmínek podmíněně propuštěných na svobodě. I to však nezabránilo další kritice.⁷³ O efektivitě podmíněného propuštění se tak veřejně diskutovalo.⁷⁴ O tom svědčí i skutečnost, že se na toto téma vytvořila dokonce v roce 1863 divadelní hra s názvem *The-Ticket-of-Leave Man*.

Jednalo se tak o první penologický systém, který využíval koncept podmíněného propuštění a který Anglie oficiálně legislativně zakotvila jako první na světě v roce 1853. Lze ve zkratce ještě dodat, že před tímto rokem se podmíněně propuštění skrze *ticket-of-leave* užívalo pouze u odsouzených deportovaných do Austrálie (viz druhá kapitola článku), nicméně ve výše uvedeném roce byl tento institut rozšířen i na odsouzené nacházející se na celém anglickém území a vtělen do nového penologického systému.⁷⁵ Avšak v důsledku nefunkčnosti systému (převážně povrchní způsob hodnocení odsouzeného a téměř absence dohledu po propuštění) a silné veřejné kritice, bylo anglickou královskou komisí navrženo přejít na systém uplatňovaný v Irsku, známý také jako irský systém (někdy také jako „*the Intermediate system*“), který slavil i úspěchy na mezinárodním poli. Anglický systém tak v tomto důsledku přejal některé z postupů z irského systému právě například v oblasti dohledu nad podmíněně propuštěnými.⁷⁶

1.4 Irský systém

Irský systém, který se vyvíjel paralelně s anglickým progresivním systémem, s ním také soupeřil. Byl vytvořen v roce 1854, a to v rámci přijetí zákona *The Convict Prisons (Ireland) Act*. Ten uděloval ředitelům věznic rozsáhlé pravomoce, přičemž předsedou Rady ředitelů věznic pro odsouzené v Irsku byl jmenován *sir Walter Crofton*.⁷⁷ Systém byl rozdělen na čtyři základní fáze. V první fázi výkonu trestu byli odsouzení drženi v rámci izolace na 9 měsíců (tedy oproti anglickému systému zkrátit tento pobyt na polovinu). Z toho 4 měsíce dostával odsouzený omezenou stravu a první tři měsíce mu nebyla přidělena žádná zajímavá práce. Samota a nuda tak měly zajistit, aby se odsouzený zamyslel nad svými činy a plány do budoucna. To bylo podpořeno světským i náboženským vedením. Pokud po danou dobu

⁷³ MORAN, 1945, op. cit., s. 82–83.

⁷⁴ Systému *ticket-of-leave* se v 50. a počátkem 60. let 19. století stal také terčem kritiky, a to v rámci propukající „*garrotting panic*“, kdy noviny obviňovaly propuštěné osoby z kriminality a útoků v Anglii a Walesu. Veřejné mínění se tak stále více domnívalo, že vězně je třeba zlomit tvrdým režimem. McNALLY, 2019, op. cit.

⁷⁵ AMERICAN ASSOCIATION FOR THE ADVANCEMENT OF SCIENCE. The Conditional Liberation of Prisoners. *Science*. 1887, roč. 9, č. 210, s. 125. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.ns-9.210.125>

⁷⁶ MORAN, 1945, op. cit., s. 87.

⁷⁷ McNALLY, 2019, op. cit., s. 45.

odsouzený plnil bezvadně své povinnosti, mohl postoupit do další fáze dokonce i dříve. Odsouzený se tak měl naučit, že systém je v jeho prospěch, a pokud bude ve věznici spolupracovat, může si i zkrátit uložený trest.⁷⁸

Očekávalo se, že po zlepšení stravy a absenci zajímavé činnosti bude mít odsouzený chuť do práce. V druhé fázi proto byl odsouzený přemístěn do některé z přidružených věznic, kde se zajišťovala práce. Za tu přitom dostával mzdu. Její výše záležela na třídě, ve které se odsouzený nacházel. O finance však mohl odsouzený i přijít, a to pokud se dopustil nějakého závadového jednání – pokus o útěk, násilné jednání atd. V případě, že odsouzený byl propuštěn standardně, finance mu byly vyplaceny ihned při propuštění, pokud však byl propuštěn podmíněně, mzda se mu vyplácela ve splátkách během prvních tří měsíců, či podle uvážení ředitele.⁷⁹

V druhé fázi se uplatňoval také systém klasifikace na základě známek/bodů získaných za dobré chování a úspěchy ve vzdělání a práci. Díky tomu si mohl odsouzený uvědomit, jak v systému postupuje měsíc po měsíci. Tato fáze byla údajně přísnější než v anglickém systému. Odsouzení museli tvrdě pracovat, aby dosáhli dostatečného počtu bodů a postoupili přes řadu nutných klasifikací. V rámci irského systému byl zvýšený důraz na vzdělávání odsouzených, jelikož nevzdělanost byla podle *Croftona* jednou z hlavních příčin kriminality v Irsku. Odsouzený přitom mohl za měsíc získat maximálně devět známek – tři za kázeň; tři za snahu o zdokonalení se; tři za pracovitost. Druhá fáze obsahovala čtyři stupně, přitom odsouzený byl zprvu zařazen do třetí třídy a postupně se skrze vyšší počet známek⁸⁰ dostával do třídy první.⁸¹ Z první třídy se poté ještě mohl posunout do tzv. „*advanced class*“ nebo také někdy označované jako „*exemplary class*“, kde byl zaměstnán na speciální práce a držel dál od ostatních odsouzených.⁸² Odsouzení se mohli proti odebrání známky odvolat, přitom nosili na pažích „odznaky chování“, které ukazovaly, kolik známek získali a kolik jich ještě musí získat, než postoupí do další třídy. Úrovní třídy, ve které se odsouzení nacházeli, odpovídala také barva ústavního oděvu, který nosili.⁸³

⁷⁸ HINDE, E. S. R. Sir Walter Crofton and the Reform of the Irish convict system, 1854-61—I. *Irish Jurist*. 1977, roč. 12, č. 2, s. 140–141.

⁷⁹ HOLTZENDORFF, F. *The Irish Convict System: More Especially Intermediate Prisons*. Dublin, 1860, s. 82–83. Zde lze uvést, že například v Anglii byla polovina financí odsouzeného zaslána přímo na poštu v místě jeho budoucího bydliště. Druhá polovina se pak zaslala nejdříve po třech měsících na vyzádání s doloženým potvrzením o dobrém chování od příslušných úřadů, duchovního nebo zaměstnavatele (HOLTZENDORFF, 1861, op. cit., s. 47). Jagemann k tomu pak v souvislosti s německou praxí uvádí, že propuštěným mohly být finance vypláceny také postupně či dokonce mohly být předány osobě, která se o odsouzeného stará (JAGEMANN, E., HOLTZENDORFF, F. *Handbuch des Gefängniswesens. Zweiter Band*. Hamburg: Verlag von J. F. Richter, 1888, s. 122, pozn. 25).

⁸⁰ Pro postup ze třetí třídy do druhé musel odsouzený získat 18 známek (nejméně tedy 2 měsíce). Pro další postup do první třídy záleželo, jak rychle dokázal získat 54 známek (nejméně tedy 6 měsíců). Pro přechod z první do pokročilé třídy bylo nutno získat 108 známek (nejméně 12 měsíců). HOLTZENDORFF, 1860, op. cit., s. 141.

⁸¹ Systém známek byl souběžně doplňován o informace z knihy se záznamy o vadném chování odsouzeného a knihy popisující obecnou charakteristiku odsouzeného a informace o jeho trestné činnosti a odsouzeních. *Ibid*, s. 79–80.

⁸² *Ibid*, s. 141, a MORAN, 1945, op. cit., s. 90–91.

⁸³ DOHERTY, 2013, op. cit., s. 972.

Pokud vězeň prošel uvedenými úrovněmi a setrval určitou dobu v pokročilé třídě, mohl být přerazen do tzv. „*intermediate prison*“ (třetí fáze), která jej měla připravit na propuštění či případné podmíněné propuštění,⁸⁴ přičemž zde již byl větší důraz na individuální práci s odsouzenými. Tato část irského systému se však vyvinula až v roce 1856.⁸⁵ V této třetí fázi odsouzení již nepodléhali systému známek, ale byli rozděleni do malých skupinek s minimálním dohledem a očekávalo se, že budou spolupracovat na jejich vlastní změně. Odsouzení dále absolvovali další školení a testování jejich připravenosti včetně pochůzek bez dozoru, např. za účelem zakoupení nástrojů nebo doručení zpráv. Bylo jim umožněno volně nakládat s částí jejich financí.⁸⁶ Tyto vězňovny se vyznačovaly snahou o co nejnornálnější podmínky bez uplatnění většího omezení, než bylo nutné pro udržení pořádku. Odsouzení, kteří se osvědčili v této fázi a kteří nebyli v uplynulých několika měsících kázeňsky trestáni, mohli být podmíněně propuštěni (čtvrtá fáze).

Podmíněné propuštění v rámci *ticket-of-leave* se mělo udělovat pouze těm vězňům, kteří podali viditelné důkazy o dosažených úspěších v nápravě a změně postojů, přitom byly stanoveny praktičtější podmínky, které měl propuštěný⁸⁷ na svobodě dodržovat a skrze které bylo možno na něj dohlížet. Například držitel *ticket-of-leave* si tento musel uschovat a předložit jej na výzvu; odsouzený se nesměl stýkat s notoricky známými špatnými osobami. Nesměl žít zahálčivý život bez prostředků z poctivé obživy. Pokud byl odsouzen za trestný čin, musel si zbytek trestu vykonat. O nástupu odsouzeného do zaměstnání se podávala informace řediteli vězňovny. Přičemž hlavní informační toky o odsouzeném byly mezi věznicí, zaměstnavatelem, policií. Každý propuštěný se musel standardně měsíčně hlásit na policejní stanici v místě svého bydliště. Propuštěný nesměl změnit místo pobytu, aniž by tuto změnu oznámil tam, kam se chěl přemístit. Jakékoliv takové porušení mohlo způsobit domněnku, že osoba žije zahálčivý a nevede řádný život a mohlo jí být podmíněné propuštění odvoláno. Přitom propuštěným žijícím v Dublinu zajišťoval *Inspector of Released Prisoners* povinně práci a každé dva týdny navštěvoval jejich obydlí a ověřoval jejich zaměstnání.⁸⁸

Klíčové rozdíly mezi anglickým a irským systémem byly podle *Morana* převážně v tom, že v Irsku byl zaveden mezistupeň přípravy (*intermediate prison*) odsouzených na propuštění, intenzivnější dohled po podmíněném propuštění a také cíleném zaměstnání, které mělo odsouzeného lépe připravit na reálný pracovní trh.⁸⁹ *Holtzendorff* uvádí, že oproti irskému systému v Anglii získal podmíněné propuštění každý, kdo prošel druhou fází daného systému

⁸⁴ HOLTZENDORFF, 1860, op. cit., s. 85–86.

⁸⁵ Před tímto rokem nebylo vydávání *ticket-of-leave* v Irsku povoleno, což změnila až právní úprava z roku 1856. Lze v tomto ohledu uvést, že *sir Joshua Jebb* ve „svém“ anglickém progresivním systému předběhl irský systém ohledně inkorporace podmíněného propuštění jako součást složky jednoho z uvedených penologických systémů.

⁸⁶ HOLTZENDORFF, 1860, op. cit., s. 107–108.

⁸⁷ Jen pro zajímavost lze uvést, že údajně bylo v Irsku od roku 1856 do roku 1860 podmíněně propuštěno 1250 odsouzených a pouze 77 byl *ticket-of-leave* zrušen, také 828 odsouzených bylo propuštěno standardně po výkonu celého trestu a pouze u 20 bylo zaznamenáno, že se vrátili zpět do výkonu trestu. MORAN, 1945, op. cit., s. 53.

⁸⁸ MORAN, 1945, op. cit., s. 87–89, HOLTZENDORFF, 1860, op. cit., s. 141. Jedním z takových inspektorů byl i James P. Organ – více o jeho práci In: McNALLY, 2019, op. cit.

⁸⁹ MORAN, 1945, op. cit., s. 45.

a měl dobré chování.⁹⁰ Významným rozdílem byla také skutečnost, že v Irsku se nezastíralo, že je osoba podmíněně propuštěna a toto bylo i veřejně deklarováno. V Anglii naopak tento přístup odmítali jako vytváření občanů druhé kategorie (takové vnímání odsouzených se údajně v rámci irského systému ale nepotvrdilo). Jak v Anglii, tak i v Irsku, se po roce 1864 zřídily organizace dotované vládou, které zaměstnávaly osoby, a jež se plně věnovaly dohledu nad propuštěnými vězni, a napomáhaly jim se znovu začleněním do společnosti, přičemž již v té době se jako nejkritičtější období podmíněně propuštěného vnímal první měsíc po výstupu z věznice. Z pramenů se také zdá, že irský systém byl úspěšnější než ryzí systém anglický, přičemž se prvotně o plném přijetí irského systému uvažovalo i ve Spojených státech, což se pak nakonec neuskutečnilo a vytvořil se systém Elmira.⁹¹

1.5 Systém Elmira

Vývoj anglické a irské verze progresivního systému se tedy odrazil i ve Spojených státech, které se potýkaly s neúspěchem auburnského a filadelfského systému. Postupně se tak zde formoval systém nový.⁹² Ten využíval kombinaci prvků z vícera systémů, převážně však z výše uvedených systémů progresivních, a vykrytalizoval v nově vybudovaném nápravném zařízení zprvu převážně pro mladé prvopachatele (mezi 16–30 lety) s názvem „*Elmira Reformatory*“ (1876). Od toho se pak odvodil název nového systému jako „*Elmira System*“, také někdy označovaného jako „*Reformatory System*“. Jeho originalita spočívala především v *indeterminate sentence* [neurčitém odsouzení].⁹³ Tedy, na rozdíl od kontinentální Evropy, „finální“ délka trestu odnětí svobody nebyla stanovena ihned v rozsudku, ale později v kooperaci s parolovou radou či dalšími orgány participujícími na výkonu trestu.⁹⁴ Nikdo si však nemohl odpykat delší trest než maximální trest stanovený v trestním zákoně.⁹⁵

⁹⁰ HOLTZENDORFF, 1860, op. cit., s. 136.

⁹¹ MORAN, 1945, op. cit., s. 90–91.

⁹² Zde lze poukázat na rozrůstání jednotlivých koncepcí podmíněného propuštění v rámci různých penologických systémů na americký kontinent. V roce 1866 Gaylor B. Hubbell, ředitel Věznice Sing Sing, navštívil Irsko, aby prozkoumal fungování irského systému a následně jej doporučil implementovat v New Yorku, což nakonec vyústilo v plán revize newyorského vězeňského systému. Enoch Cobb Wines a Theodore Dwight jako členové výkonné rady *New York Prison Association* navštívili řadu věznic v různých státech a závěry z tohoto získané zaznamenali do zprávy v roce 1867, která se stala následně legislativním podkladem s názvem „*Prisons and Reformatories of the United States and Canada*“. V rámci dané snahy o reformu bylo v roce 1868 doporučeno zřízení nové věznice, ve které by se tento irský systém odzkoušel, přičemž pro její zřízení bylo v roce 1870 zvoleno místo ve městě Elmira. Současně ve zprávě vyzvali zákonodárce, aby přijal reformativní tresty a opustil praxi trestů na určitý čas. LINDSEY, 1925, op. cit., s. 15–17. DOHERTY, 2013, op. cit., s. 976.

⁹³ V českém právním prostředí se daný termín historicky překládal jako „neurčité odsouzení“ (Solnař) či také jako „nevymezený rozsudek“ (Kallab). V německém jazyce pak tomuto odpovídalo „*unbestimmte Verurteilung*“. Srov. MIRIČKA A. Solnař, Neurčité odsouzení. *Právník*. 1926, s. 18–24, anebo SOLNAŘ, V. *Neurčité odsouzení*. Praha, 1925, s. 227–229.

⁹⁴ Jelikož ona parolová rada se mohla napříč jednotlivými státy různit, lze tu alespoň poukázat na jednotnou úpravu parolových rad pro odsouzené ve federálních věznicích. Ta se skládala ze tří členů – ředitel věznice, lékař věznice a vězeňský komisař z ministerstva spravedlnosti. DOHERTY, 2013, op. cit., s. 986.

⁹⁵ WITMER, 1925, op. cit., s. 321. LINDSEY, 1925, op. cit., s. 9. Pro dobové ústavněprávní námitky vůči neurčitému odsouzení viz LINDSEY, 1925, op. cit., s. 40 a násl.

Za určitou „hnací sílu“ této reformy, která stála i za zřízením *Elmira Reformatory*, lze přitom označit *New York Prison Association*. Hnutí, které se v 60. a 70. letech 19. století prosadilo jak na tamní národní, tak i mezinárodní úrovni. Z iniciace tohoto hnutí pak byl v roce 1870 zorganizován *Congress of the National Prison Association* v Cincinnati, který přijal *Declaration of Principles*, která se stala významným dokumentem pro formování neurčitěho odsouzení ve Spojených státech. Kongres také dospěl k závěru, že irský systém, resp. jeho nejcennější částí, vyjma *ticket-of-leave*⁹⁶, je možno ve Spojených státech aplikovat stejně snadno jako v Irsku.⁹⁷

Navzdory znepokojení vyjádřených na kongresu v roce 1870 k *ticket-of-leave*, stanovil předpis upravující výkon trestu v *Elmira Reformatory* možnost propuštění skrze institut parole,⁹⁸ což ve své podstatě byla úprava *ticket-of-leave*. Systém Elmira tak byl nakonec vybudován zejména na dvou hlavních bodech, neurčitěho odsouzení s možností parole a využívání známek/bodů.⁹⁹

Zde tak lze spatřovat oficiální počátky americké parole,¹⁰⁰ postavené převážně na anglickém a irském progresivním systému, a která tedy byla jednou ze složek konceptu neurčitěho odsouzení¹⁰¹ v systému Elmira.¹⁰²

S určitým zkrácením trestu se však lze ve Spojených státech setkat ještě před tímto rokem, jak naznačuje Solnař ve své publikaci *Neurčité odsouzení*.¹⁰³ Nelze jej však považovat za institut podmíněného propuštění či parole jako takové, ale jako zmírnění trestu ve formě jeho

⁹⁶ *Ticket-of-leave* byl na kongresu vystaven kritice a vyvolal nesčetné námitky. Například se měla veřejnost „otřást“ představou, že by odsouzený byl propuštěn na svobodu dříve, než mu plně vyprší původní trest. Někteří údajně namítali, že daný „mezikrok“, ani vězení, ani svoboda, je v rozporu s „americkými představami“. Další se zase obávali, že kontrola držitelů *ticket-of-leave* by byla neproveditelná vzhledem k možnosti útěku přes hranice státu. DOHERTY, 2013, op. cit., s. 976.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Proč došlo k takovému kopernikovskému obratu, se autorovi však nepodařilo dohledat.

⁹⁹ Bohužel od systému známek se po roce 1900 v rámci Elmírského systému upouštělo, údajně proto, že byl příliš obtížný pro běžné vězeňské úředníky. Došlo tak k určité degradaci v tendenci zařadit každého, kdo se choval slušně, do první třídy, přičemž ve druhé třídě zůstalo jen několik málo osob a ti, kteří byli skutečně trestáni, byli zařazeni do třídy třetí. Začala tak převládat „stará“ vězeňská disciplína, která kladla důraz na to, aby byl odsouzený „dobrým/poslušným vězněm“, bez ohledu na cokoliv zásadnějšího. DOHERTY, 2013, op. cit., s. 976.

¹⁰⁰ První užití slova „*parole*“ je přitom připisováno Dr. S. G. Howeovi z Bostonu, který 21. 12. 1846 napsal výkonnému výboru *New York Prison Association* „I believe that there are many who might be so trained as to be left upon their PAROLE during the last period of their imprisonment with safety and with great advantage to themselves.“ Viz WITMER, 1925, op. cit., s. 321–322.

¹⁰¹ Edward Lindsey toto spojení dokonce popsals jako neoddelitelné, tedy v rámci uvažování o institutu parole je třeba vnímat i institut neurčitěho odsouzení, a to proto, že jsou teoreticky spojeny jako součást jednoho penologického systému a také tak byly praxi aplikovány. LINDSEY, 1925, op. cit., s. 9.

¹⁰² Nicméně i toto neurčité odsouzení mělo své odpůrce, a to zejména od soudců, kteří nebyli ochotni vzdát se svého tradičního privilegia určovat dobu, kterou si vězni za trestný čin musí odpykat. I přes tento odpor však byla úprava přijata a následně se neurčité odsouzení na počátku dvacátého století rozšířilo do dvaceti šesti amerických států. MORAN, 1945, op. cit., s. 95.

¹⁰³ Solnař uvádí, že podmíněné propuštění se užívalo ve Spojených státech již v roce 1817. Viz SOLNAŘ, 1925, op. cit., s. 244.

změny prostřednictvím *commutation laws*,¹⁰⁴ známých také jako *good-time laws*.¹⁰⁵ Na jejich základě se odsouzenému zkracoval určitý počet dnů z uloženého trestu za dobré chování po určitou dobu. Stačilo tak být „poslušným odsouzeným“. Oproti podmíněnému propuštění či institutu parole zde absentoval požadavek nápravy. První *good-time law* zavedla newyorská právní úprava již v roce 1817. Ta umožňovala ředitelům věznic propustit osobu po odpykání 3/4 trestu, která byla odsouzena nejméně na dobu pěti let, a která předložila potvrzení od příslušného pracovníka věznice, že se chovala řádně a disponovala určitou částkou finančních prostředků pro osobní potřebu. Daná úprava se však údajně neaplikovala. V roce 1836 byl přijat ve státě Tennessee zákon, který umožňoval zmírnit odsouzenému trest nejvýše o dva dny za každý měsíc, který se choval bezúhonně. V obdobných úpravách pak pokračovaly i další státy.¹⁰⁶

Oproti výše uvedenému byla parole v systému Elmira považována za určitý druh „promoce“, závěšení vzdělávacího procesu, na který se Elmírský systém zaměřoval. Propuštění bylo uděleno skrze parolovou radu složenou převážně z úředníků zařízení¹⁰⁷ poté, co odsouzený získal určitý počet známek na základě chování, postupu ve výchově a v práci. *Zebulon Brockway*, správce *Elmira Reformatory* (v období 1876–1900), někdy označován také jako otec parole ve Spojených státech, uvedl k systému následující. Bylo stanoveno, že minimální doba, kterou musel odsouzený ve věznici strávit, aby na něj měl účinek její nápravný vliv, bylo 12 měsíců, přičemž zkušební doba v rámci podmíněného propuštění byla stanovena na 6 měsíců s tím, že kratší doba by byla nedostatečná a delší doba by průměrného propuštěného mohla odrazovat.¹⁰⁸

Preferovaným místem, kam se měl odsouzený navrátit, bylo to, kde byl odsouzen, či jeho obvyklé bydliště.¹⁰⁹ *Brockway* byl toho názoru, že zotavení se z pošramocené reputace a obnovení důvěry společnosti je nejvhodnější v komunitě, kde k pochybení došlo. Propuštění by totiž neměli popírat ani podvodně skrývat svou historii. Téměř bez výjimky bylo propuštěným

¹⁰⁴ Komutace trestu se již běžně užívala dříve např. v 15. století v Portugalsku či v počátcích 17. století ve Švédsku. Viz HEINSEN, J. *The Scandinavian Empires in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, a COATES, T. J. *The Portuguese Empire, 1100–1932*. In: ANDERSON, C. (eds.). *A Global History of Convicts and Penal Colonies*. Bloomsbury Academic, 2018, ePUB.

¹⁰⁵ Vedle *commutation laws* se ve Spojených státech užívala ke zkrácení trestu také milost. Ta často sloužila jako pojistný ventil proti vzpourám v přeplněných amerických věznicích. Například v letech 1791–1809 byly tři čtvrtiny vězňů ve Věznici *Walnut Street* propuštěny na základě milosti. To mělo za následek zakořenění domněnky v odsouzených, že po polovině odpykání trestu mají právo na milost. Udělování milostí se však na začátku devatenáctého století značně snížilo, což se odsouzeným kompenzovalo skrze jiná opatření (např. přiděly tabáku navíc atd.), tak aby se zajistilo dodržování pravidel a příkazů vězni. Viz STRANGE, 2016, op. cit.

¹⁰⁶ LINDSEY, 1925, op. cit., s. 10, také LARKIN, J. P. *Clemency, Parole, Good-Time Credits, and Crowded Prisons: Reconsidering Early Release*. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*. 2013, roč. 11, č. 1, s. 11.

¹⁰⁷ Moran uvádí, že již v roce 1839 navštívil Ameriku skotský filozof George Combe, který navrhoval myšlenku trestní komise, která by v pravidelných intervalech posuzovala, zda již je odsouzený připraven na propuštění, z čehož se vyvinul systém parolových rad. MORAN, 1945, op. cit., s. 94.

¹⁰⁸ MORAN, 1945, op. cit., s. 96.

¹⁰⁹ Při propuštění v rámci parole dostala osoba nový oděv a dostatek finančních prostředků na cestu do místa určení a na úhradu okamžitých výdajů. Po příjezdu se měl hlásit propuštěný u dohledového pracovníka a napsat přímo speciálnímu pracovníkovi do věznice oznámení, že tak učinil. Do věznice se také zasílaly zprávy dohledového pracovníka a potvrzení zaměstnavatele o mzdě podmíněného propuštěného. Tyto zprávy měly údajně původ v zasílání informací propuštěných vězňů *Prisoners Aid Societies*, které jim pomáhaly se znova začleněním do společnosti. Každý propuštěný, který využíval benefitů této organizace, ji musel zasílat zprávy o svých pokrocích, chování, výdělcích a úsporách. MORAN, 1945, op. cit., s. 95–97.

poskytnuto předem domluvené zaměstnání, do kterého měli neprodleně nastoupit. Jednalo se přitom o takovou práci, pro kterou byli během věznění školeni. Zaměstnavatel a parolový pracovník, který na propuštěného dohlížel, byli vždy seznámeni s fakty týkající se propuštěného, a to pro podporu vzájemného důvěrného vztahu. Vyžadovaly se měsíční zprávy ověřené zaměstnavatelem a parolovým pracovníkem.¹¹⁰

Elmirský systém se následně stal vzorem pro podobné instituce ve většině amerických států¹¹¹ koncem devatenáctého a počátkem dvacátého století.¹¹² Neurčité odsouzení a s ním spojená parole se tak rychle staly dominantní strukturou trestání ve Spojených státech.¹¹³ V Evropě si však v dané době většího významu nenašly.¹¹⁴ Lze však přiznat, že se o institutu neurčitého odsouzení uvažovalo i v raném Československu. Danou úpravu je možné najít v přípravných osnovách trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového z roku 1926.¹¹⁵ Ten měl přitom fungovat vedle klasického podmíněného propuštění, který daný trestní zákon také upravoval.¹¹⁶

1.6 Rozšíření myšlenky podmíněného propuštění

Od konce osmnáctého století a v průběhu století devatenáctého se objevují různé vězeňské reformní proudy, čerpající inspiraci z pokroků v rozličných oblastech vědění, včetně změny v přesvědčení o příčinách a „správné léčbě deviací“ či posunů ve společenských postojích ke zločinu a zločincům. Vězeňské prostředí se tak stávalo „laboratoř“ pro testování nových přístupů k výkonu trestu odnětí svobody a k nápravě odsouzeného.¹¹⁷ Předávání jednotlivých pokrokových myšlenek v mezinárodní penologické komunitě umožňovaly

¹¹⁰ WITMER, 1925, op. cit., s. 321–324.

¹¹¹ Viz STRANGE, 2016, op. cit. Například v roce 1922 byl Elmirský systém uplatňován v určitém rozsahu již ve čtyřiceti čtyřech státech. LINDSEY, 1925, op. cit., s. 52, srov. pozn. č. 102.

¹¹² V tomto kontextu lze pouze krátce poznamenat, že ve Spojených státech ke konci dvacátého století začal na druhou stranu útlum v nadšení z parole pro kritiku její neúčinnosti. Po roce 1987 byla například parole zakázána pro odsouzené za federální zločiny. Minimálně 16 států zrušilo institut parole zcela a další část ji vyloučila pro určité trestné činy. GANN, S. M., PALMER, J. W. *Constitutional rights of prisoners*. 10. vyd. New York: Routledge, 2022, s. 269. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780429342660>

¹¹³ DOHERTY, F. 2013. 976.

¹¹⁴ Zejména pro jeho problematickou aplikovatelnost v evropském právním prostředí. Viz souhrn různých vyjádření k tomuto institutu In: SOLNAŘ, 1925, op. cit., s. 227–229 [velice zajímavá publikace i v rámci úvah o odplatném účelu trestu – pozn. aut.]. V této souvislosti lze také odkázat na formulaci Solnaře „... *ježto jde o instituci nám dosud zcela neznámou, kterou žádný novodobý zákonodárny návrh – kromě osnovy italské a československé – neodvážil se doporučiti.*“ Ibid., s. 228. Dále také LINDSEY, 1925, op. cit., s. 58–69.

¹¹⁵ Viz § 67 *Přípravné osnovy trestního zákona o zločinech a přečinech a zákona přestupkového. I, Osnovy*. Praha: Nákladem Ministerstva spravedlnosti, 1926. Dostupné z: <https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/7991> [cit. 14. 11. 2022].

¹¹⁶ Ibid., § 119.

¹¹⁷ V současné době lze jako takovou laboratoř označit v rámci českého prostředí již několik let fungující „pilotní“ projekt první české otevřené věznice v Jiřicích. Více o ní viz DRÁPAL, JIŘIČKA, RASZKOVÁ, 2021, op. cit., s. 49 a násl. Dále také BIEDERMANOVÁ, E. Otevřená věznice v Jiřicích – vstup do problematiky, recidiva odsouzených. *Kriminalistika: čtvrtletník pro kriminalistickou teorii a praxi*. Praha: Magnet-Press, 2022, č. 2, s. 97 a násl. Stručně také KOVÁŘOVÁ, K. Otevřená věznice. *Trestněprávní revue*. 2018, roč. 17, č. 4, s. 89–92, či na oficiálních webových stránkách *Věznice Jiřice* [online]. 2022 [cit. 14. 11. 2022]. Dostupné z: <https://www.vscr.cz/organizacni-jednotky/veznice-jirice>

mezinárodní kongresy,¹¹⁸ které v Evropě vzkvétaly od druhé poloviny devatenáctého století, na nichž se pravidelně začali scházet zástupci vlád, reformátoři a odborníci na vězeňství, aby diskutovali o prevenci kriminality a reformě trestání.¹¹⁹ Na konci 18. a v průběhu 19. století se zdálo, že anglické, americké a také francouzské věznice představovaly model spravedlivého a humánního vězení, ze kterého mohly čerpat další evropské národy. Každý národ tak studoval vězeňství jiných států, aby sám mohl vymyslet nejlepší způsob reformy svých vlastních věznic.¹²⁰

Směrem ke konci devatenáctého století se však uvěznění postupně stávalo předmětem větší kritiky a začalo ztrácet své absolutní postavení, které si vydobylo jako dominantní forma trestu. Hlasy kritiků začaly přehlušovat hlasy jeho obhájců a statistiky pomalu odkrývaly důkazy o tom, že nové věznice, jejichž hlavním cílem byla náprava vězňů, byly neúspěšné a místo toho odsouzení více tíhli k páchání trestné činnosti.¹²¹ Mnoho států proto začalo uvažovat nad alternativními způsoby trestu k uvěznění.¹²²

Reformy devatenáctého století v oblasti trestání se v západní Evropě, ale například i ve Spojených státech, obecně vyvíjely v průběhu století zhruba paralelně. Společný profil reformy lze částečně vysvětlit neustálou mezinárodní výměnou modelů věznic, myšlenek o správném výkonu trestu, včetně podrobných informací o stravovacích plánech, hygieně vězňů, správné tělesné výchově atd.¹²³ Společného konsensu se začalo dostávat také v myšlence experimentů s kratšími a alternativními tresty,¹²⁴ a tedy i v otázkách podmíněného odsouzení¹²⁵ a podmíněného propuštění. Přičemž podmíněné propuštění zakotvila do svého právního řádu (obecně pro dospělou kriminální populaci) jako první Anglie (1853). Na evropském kontinentu jako první pak Portugalsko v roce 1861.¹²⁶ V průběhu dalších let jej následně zakotvilo Sasko (1863), jeden z kantonů ve Švýcarsku (1868 – postupně se k úpravě přidávaly i další kantony), Srbsko (1869), Německo, Dánsko (1873),

¹¹⁸ Před vznikem výše zmíněných pravidelných Mezinárodních penologických kongresů docházelo samozřejmě také k výměně informací v oblasti trestů, byť méně formálním způsobem. Viz např. ANDERSON, C. *A Global History of Convicts and Penal Colonies*. 2018, s. 27–29, ePub. <https://doi.org/10.5040/9781350000704.ch-001>

¹¹⁹ O'BRIEN, P. Prison Reform in France and Other European Countries in the Nineteenth Century. In: FINZSCH, N., JÜTTE, J. (eds.). *Institutions of Confinement. Hospitals, Asylums, and Prisons in Western Europe and North America, 1500–1950*. Cambridge University Press, 1996, s. 293–294. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139052535.018>

¹²⁰ Ibid, s. 288.

¹²¹ Ibid, s. 289.

¹²² O'BRIEN, 1995, op. cit., s. 199–200.

¹²³ O'BRIEN, 1995, op. cit., s. 286.

¹²⁴ Podle O'Brien nebyly alternativní tresty reakcí na selhání vězení, o čemž se na konci devatenáctého století nepochybně všeobecně diskutovalo, ale spíše projevem víry ve schopnost státu rozšířit disciplínu a dohled i mimo vězení do společnosti. Viz O'BRIEN, 1995, op. cit., s. 296.

¹²⁵ Poprvé jej zavedla Belgie v roce 1888, poté Francie v roce 1891. Zde je však vhodné doplnit, že belgický zákon byl odvozen od francouzského návrhu, který byl předložen francouzskému Senátu již v roce 1884 a na kterém se podílel René Bérenger. Ancel přitom ve své publikaci uvádí, že jedním z faktorů, který se spolupodílel na vytvoření vhodné atmosféry pro přijetí úpravy podmíněného odsouzení, bylo i rozšiřování myšlenky podmíněného propuštění. Viz ANCEL, 1971, op. cit., s. 15–16.

¹²⁶ O'BRIEN, 1995, op. cit., s. 211.

Chorvatsko (1875), Maďarsko (1878), Nizozemsko (1881), Japonsko (1882), Francie (1885), Bosna (1887), Belgie (1888), Itálie, Finsko a Bulharsko (1896), Egypt (1897), Brazílie (1890), Norsko (1900), Švédsko (1906), Španělsko (1914) či Československo (1919).¹²⁷

V důsledku podmíněného propuštění, ale i populárního podmíněného odsouzení, bylo uvěznění odsunuto z pozice hlavního dominantního trestu, byť obecně zůstalo na vrcholu trestních sankcí. Stalo se tak „pouze“ jedním z mnoha nástrojů v rozšířené síti trestů. To však mělo i svou stinnou stránku, jelikož ti, kteří si začali opravdu odpykávat nepodmíněný trest odnětí svobody, tvořili ve věznicích koncentrovanější recidivní populaci¹²⁸ či populaci pachatelů závažnější trestné činnosti.

2 Prvopočátky podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody

Ze závěrů uvedených v předchozí části textu je patrné, že se změnou přístupu k pachatelům trestné činnosti jako k osobám, které lze napravit, se ke konci 18. a počátkem 19. století začínají formovat známé penologické systémy, které výrazně ovlivňují výkon trestu odnětí svobody. Objevuje se v nich právě i prvek podmíněného propuštění, který se konkrétně začal užívat v progresivních systémech výkonu trestu¹²⁹ jako jeho poslední fáze, do které mohl odsouzený postoupit, pokud splnil určité podmínky. V rámci těchto penologických systémů zakotvil podmíněné propuštění poprvé systém anglický, a to v roce 1853, kde bylo umožněno využívání podmíněného propuštění skrze *ticket-of-leave*, na celém tehdejší anglickém území. V roce 1856 pak *ticket-of-leave* začal využívat i irský systém (o který se zejména zasloužil *sir Walter Crofton*). Z těchto systémů pak vycházela v roce 1876 i americká parole zakotvená v systému Elmira, který podmíněné propuštění převzal a upravil jej (parolové rady, zasazení do konceptu neurčitého odsouzení). Následně je patrný jistý „boom“, v rámci kterého se podmíněné propuštění začíná hojně uplatňovat i v dalších státech světa včetně Československa (1919).

Nezodpovězenou otázkou však zůstává, odkud tato myšlenka „dřívějšího“ propuštění pronikla do uvedených systémů, respektive do anglického progresivního systému v roce 1853. Již v této části textu lze vyloučit, že by *sir Walter Crofton* byl oním tvůrcem, přitom je v některých textech za něho považován. Je třeba však prozkoumat, zda lze souhlasit s tím, že anglický progresivní systém vytvořil myšlenku podmíněného propuštění, nebo přijmeme tvrzení (v České republice také populární), že za vytvořením podmíněného propuštění stojí Francouz s belgickými kořeny *Bonneville de Marsangy* (ten měl podmíněné propuštění definovat v roce 1847, tedy o 6 let dříve než v Anglii), nebo také *Alexander Maconochie* (a to již v roce 1837).

¹²⁷ ROZUM, a kol., 2004, op. cit., s. 8–9. AMERICAN ASSOCIATION FOR THE ADVANCEMENT OF SCIENCE, 1887, op. cit., s. 125. BLAKESLEY, L. Ch. Conditional Liberation (Parole) in France. *Louisiana Law Review*. 1978. LINDSEY, 1925, op. cit., s. 60.

¹²⁸ O'BRIEN, 1995, op. cit., s. 196.

¹²⁹ Přitom je třeba poznamenat, že progresivních systémů následně vznikla celá řada (anglický, irský, belgický, borstalský aj.). Viz ROZUM a kol., 2004, op. cit., s. 8.

2.1 Bonneville de Marsangy

Je pravdou, že v roce 1847 byl institut podmíněného propuštění ve Francii skutečně definován. Je ale otázkou, zda poprvé, nebo byl inspirován nějakou jinou a dřívější úpravou. Pro její zodpovězení musíme nejprve uvedený francouzský typ tohoto nástroje detailněji prozkoumat.

Již před rokem 1847 lze vypozařovat určité právní instituty, které nesly (více či méně) rysy podmíněného propuštění. Určité základy tohoto nástroje „francouzského“ typu můžeme nalézt již v institutu dohledu, který byl vymezen ve francouzském (napoleonském) trestním zákoníku z roku 1810 (například realizovatelnost kontroly propuštěného vězně ze strany státu při uložení určitých podmínek). Nelze si jej však představovat jako současný stejnojmenný nástroj využívaný českým trestním zákoníkem.¹³⁰ V dané době dohled sloužil jako dodatečný trest po výkonu „základního“ trestu, jelikož byla na počátku devatenáctého století v tehdejší francouzské společnosti převážně přítomna myšlenka, že věznice nenapravují vězně, ale pouze produkují odsouzené. Jinak řečeno, věznice nefungují pro nápravu pachatele a odsouzený po výkonu trestu stále vytváří permanentní nebezpečí pro občanskou společnost. Proto mohl být podle prvotní úpravy daného institutu nařizen i dohled odsouzenému po výkonu trestu, a to až do konce jeho života.¹³¹

Tehdejší dohled spočíval obecně v „totálním“ dozoru a kontrole policií nad propuštěným vězněm, který se musel v různě dlouhých intervalech (stanoveno individuálně) hlásit na policejní stanici. V původní verzi byla dokonce po propuštění vyžadována kauce, a v případě jejího nesložení zůstávala osoba v dispozici státu na místě (oblasti), které bylo také státem určeno. Pokud se osoba dopustila další trestné činnosti v průběhu této doby, byla z kauce pokryta například náhrada škody poškozeným či osoba mohla být podle pozdější úpravy deportována.¹³²

Vedle uvedeného dohledu existoval ve Francii v 19. století tzv. patronát (vytvořen 1823), který se převážně zaměřoval na propuštěné mladistvé a mladé odsouzené, a který poskytovaly často soukromé osoby či organizace. Ten byl založen na myšlence náhrady často chybějící rodiny a zázemí, resp. v nutnosti morální rodičovské autority pro vhodný rozvoj mladistvých osob, a dále na oddělení mladých odsouzených od kriminálního prostředí. Na vytvoření této patronátní sítě měli nezanedbatelný vliv *René Bérenger* či *Charles Lucas*, kteří byli významnými reformátory v rámci trestní legislativy a vězeňských reforem dané doby ve Francii.¹³³

¹³⁰ Viz § 49 a násl. tr. zákoníku č. 40/2009 Sb.

¹³¹ O'BRIEN, 1982, op. cit., s. 229 a 231–233, 242–244.

¹³² Podle nařízení z roku 1851 mohla být ve Francii osoba, která porušila pravidla dohledu, bezodkladně deportována, bez soudního řízení či možnosti obhajoby, do nápravné kolonie v Alžírsku nebo na Francouzskou Guyanu. Součástí dohledu byl také často zákaz pohybu na určená místa např. Paříž, Marseille, Lyon atd. Což mělo za jeden z důsledků, že odsouzení byli vyloučeni z míst, kde by si nejčastěji mohli najít práci, či se jednalo o jejich rodné místo, kde měli zázemí. O'BRIEN, 1982, op. cit., s. 229 a 231–233, 242–244.

¹³³ Ibid.

Výsledkem tvrzeného úspěchu¹³⁴ této patronátní sítě byla důvěra v její efektivitu, která se odrazila posléze i v systému podmíněného propuštění. To tedy oficiálně v roce 1847 ve Francii definoval *Bonneville de Marsangy*, a to v rámci představení svých pokrokových myšlenek ve své práci s názvem *Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire* [*An Essay on the Institutions Complementary to the Penitentiary System* – do češtiny překládáno jako „Doplňkové instituce penitenciárního režimu“¹³⁵].¹³⁶ Zde se *de Marsangy* věnoval právě tématům jako odškodnění oběti pachatelem, institutu milosti, podmíněnému propuštění či následné péči o odsouzené po jejich propuštění. Podmíněné propuštění přitom vymezil jako jakýsi střední pojem mezi absolutní milostí a výkonem celého trestu. Tedy jako pravomoc přiznanou soudům, aby za určitých podmínek a po vykonání dostatečné délky trestu prozatímne propustily odsouzeného, který se zdá být napraven, resp. existují důkazy o jeho „sociální regeneraci“. To však s možností jeho opětovného navrácení do věznic v případě neplnění podmínek. Marsangyho systém podmíněného propuštění byl v základu rozdělen do dvou etap: „kvazi propuštění“ a podmíněné propuštění *per se*. První etapa v sobě zahrnovala práci v některém ze státních průmyslových nebo zemědělských komplexů, kde odsouzení i bydleli. V případě pracovního zařazení pro soukromé osoby se odsouzení na noc vraceli zpět do věznic. Záměrem tak bylo připravit odsouzené na pracovní trh, usnadnit jejich znovuzачlenění do společnosti, ale také, aby prokázali své morální polepšení. Druhá fáze pak obsahovala samotné propuštění, dohled probačního úředníka (či patrona), který odsouzenému poskytoval vedení, pomoc, ale také jím byl kontrolován.¹³⁷

Marsangyho návrh systému počítal s podmíněným propuštěním odsouzeného (za současného sledování, dohledu a kontroly na svobodě) nejdříve po výkonu jedné poloviny trestu. Odsouzený přitom musel disponovat zárukou patrona, že propuštěnému poskytne zaměstnání nebo prostředky k obživě. Dále musel disponovat potvrzením o polepšení vydaným například ředitelem věznic nebo komisí pro dohled ve věznicích. Také o jeho propuštění musel příznivě rozhodnout policejní prefekt. Odsouzený musel současně uhradit náklady soudního řízení, případně pokuty, náhradu škody způsobenou jeho trestnou činností. O každé žádosti měl rozhodovat ministr vnitra. V případě vadného chování, neplnění podmínek propuštění, resp. pokud někdo podal proti podmíněně propuštěnému pouze odůvodněnou stížnost, měl být propuštěný bezodkladně dodán k výkonu zbytku trestu.¹³⁸

¹³⁴ Patronátní organizace uváděly, že průměrně pouze 3,5 z 10 mladých propuštěných, kteří byli vystaveni jejich vlivu, spáchalo poté další trestný čin. Viz O'BRIEN, 1982, op. cit., s. 254.

¹³⁵ ROZUM a kol., 2004, op. cit., s. 8.

¹³⁶ Nicméně myšlenku tohoto institutu v obrysech představil již v roce 1846 při zahajovacím zasedání tribunálu v Remeši.

¹³⁷ NORMANDEAU, 1969, op. cit., s. 6.

¹³⁸ BLAKESLEY, 1978, op. cit., s. 5–6, pozn. č. 10.

Výše zmíněná myšlenka se však paradoxně legislativně ve Francii zakotvila (všeobecně pro dospělé odsouzené)¹³⁹ až v rámci tzv. čtvrté vlny¹⁴⁰ vězeňských reforem na konci 19. století, konkrétně v roce 1885.¹⁴¹ Ta krom určitých represivních opatření, zejména vůči recidivním pachatelům, zakomponovala právě i změny v podobě alternativních trestů včetně podmíněného odsouzení pro prvopachatele, ale i podmíněné propuštění za „dobré chování ve věznicích“. Tyto reformní změny bylo možno interpretovat jako shovívavost vůči „novým pachatelům“ / „prvopachatelům“ a zosílenou represi vůči notorickým zločincům. Podle zákonné úpravy z roku 1885 bylo podmíněné propuštění umožněno odsouzeným po odpykání poloviny trestu (stejně tedy jako v Marsangyho schématu). Na ty posléze dohlížely již výše zmíněné patronátní organizace dotované státem, které také tímto výrazně posílily své postavení ve společnosti. I přesto, že na tuto ranou formu podmíněného propuštění měli nárok jen pachatelé lehčích deliktů, bylo jich v letech 1886–1895 podmíněně propuštěno přibližně 12 000. Údajně pouze 200¹⁴² se vrátilo zpět do ústavu.¹⁴³

¹³⁹ Podmíněné propuštění bylo ve Francii upraveno již zákonem pro mladistvé v roce 1850 a v roce 1854 pak na politické vězně transportované do trestaneckých kolonií. O'BRIEN, 1982, op. cit., s. 247, 123–125. Také O'BRIEN, 1995, op. cit., s. 211; či AMERICAN ASSOCIATION FOR THE ADVANCEMENT OF SCIENCE, 1887, op. cit., s. 125.

¹⁴⁰ První vlna (1790–1820) měla za ústřední myšlenku vytvoření vhodných (moderních) institucí pro výkon trestu odnětí svobody. Další reforma (vrcholila 1830–1840) se vyznačovala experimentováním v přístupech k práci s odsouzenými. Třetí vlna pak následovala po revoluci v 1848, která se odrazila v tvrdších represivních opatřeních vůči odsouzeným a přerušila tak vlnu optimistických reforem. Čtvrtá vlna nastala po roce 1871 a pokračovala v určitém represivním přístupu zvláště pro recidivní pachatele [např. vytvoření zákona o deportaci recidivistů na doživotí do trestaneckých kolonií (1885) či zákona o samovazbě odsouzených v institucích (1875)]. O'BRIEN, 1982, op. cit., s. 20–25.

¹⁴¹ Určitá pre-forma podmíněného propuštění byla údajně experimentálně vyzkoušena již ve 30. letech 19. století ve Francii v nápravném zařízení *La Petite Roquette* pro mladistvé muže. S touto informací se lze setkat ve více zdrojích, nicméně v žádném nebyl tento systém detailněji popsán. Pouze Jagemann zmiňuje u souběhu podmíněného propuštění, že mladistvý mohl být podmíněně propuštěn ze zařízení pro výkon trestu pod podmínkou nástupu do „záchranného zařízení“ zejména pro péči o mladistvé [*Rettungshaus*], ze kterého byl následně opětovně podmíněně propuštěn. Přitom uvádí, že podmíněné propuštění mladistvých bylo zavedeno již ve Francii a Anglii v roce 1838, resp. 1850, tedy dlouho před jeho všeobecným přijetím. Nicméně další autoři i přes zmínku o takovém propouštění mladistvých ve Francii v roce 1838 vážou vznik podmíněného propuštění například až k rokům 1846–7. Lze tedy usuzovat, že daný nástroj nepovažovali za podmíněné propuštění jako takové, ale spíše jako nějakého systémového předchůdce s rysy podmíněného propuštění. Nepodařilo se však dohledat primární zdroj, ze kterého by bylo možno tuto původní verzi analyzovat. Je však uvěřitelné, že by se nějaký takový nástroj pro reformu pachatele na daném místě užíval. *La Petite Roquette* bylo totiž nápravné zařízení, kde se ve 30. až 50. letech 19. století intenzivně experimentovalo s přístupy pro nápravu mladistvých pachatelů, převážně však prostřednictvím „samotky“ „*the solitary confinement*“, která v některých případech trvala i déle než rok. K izolaci se využívaly například cely o rozměru [6 feet by 7 ½ feet], tedy přibližně 183 cm na 229 cm (srov. doporučení CPT: Ubytovací plocha připadající na jednoho vězně ve vězeňských zařízeních. *Council of Europe* [online]. 2015 [cit. 14. 11. 2022]. Dostupné z: <https://rm.coe.int/16808ef5b4>). Úmrtnost chovanců ve věku 14 let přitom byla 24× vyšší než v běžné společnosti, či téměř 2× vyšší než v jiných nápravných ústavech. Z některých náznaků se však lze také domnívat, že jako na podmíněné propuštění mohlo být pohlíženo právě na již zmíněnou patronátní síť, která se poprvé právě uplatňovala pro mladistvé propuštěné v rámci dohledu. O'BRIEN, 1982, op. cit., s. 247, 123–125. Také O'BRIEN, 1995, op. cit., s. 211. AMERICAN ASSOCIATION FOR THE ADVANCEMENT OF SCIENCE, 1887, op. cit., s. 125. Také JAGEMANN, V. § 6 Praktische Gesichtspunkte für die Anwendung der Begnadigung. In: *Handbuch des Gefängniswesens. Zweiter Band*. Hamburg: Verlag von J. F. Richter, 1888, s. 115, pozn. 15.

¹⁴² Societe generale des prisons. *Les institutions penitentiaires de la France en 1895*. Paris, 1895.

¹⁴³ Jedná se však o neověřitelné, ale také „neověřitelné“, statistiky, které mohly mít za cíl zpopularizovat efektivitu účinnosti tohoto nástroje napříč veřejností.

Uvedené legislativní zakotvení bylo důsledkem obecného rámce daných reforem, které měly za cíl snážit populaci vězňů ve francouzských městských věznicích. Motivem, kromě údajného „odměňování“ odsouzených za dobré chování, byl zcela jistě i pohled ekonomický. Přeplnění věznic a finanční nákladnost byly silnými faktory pro prosazení a rozvoj podmíněného propuštění v dobové Francii. Navrhovatelem daného zákona byl právě již uvedený francouzský právník a poslanec *René Bérenger*, který byl také autorem dalšího zákona, který zakotvil ve Francii i podmíněné odsouzení (i když toto navrhoval již dříve). To ostatně bylo vyústěním trendu konce 19. století ve Francii, tíhnoucímu k deinstitucionalizaci.¹⁴⁴ Tento trend měl za důsledek následné mírné zastínění věznic při současném opětovném vynesení deportace na pomyslné „výsluní“ systému trestů ve Francii,¹⁴⁵ a to převážně u recidivních odsouzených k výkonu trestu do trestaneckých kolonií Afriky či Jižní Ameriky. Následnou popularitu deportace pachatelů lze ilustrovat tím, že od roku 1852 do roku 1953 bylo takto deportováno do francouzských trestaneckých kolonií více než 100 000 odsouzených.¹⁴⁶

Jednoznačný závěr týkající se *de Marsangyho*, jako osoby, která tento institut poprvé definovala, je však nepřesný. Lépe jej lze označit za „otce“ evropské-kontinentální verze podmíněného propuštění. Nemohlo se však jednat o tvůrce tohoto institutu, jelikož obdobně se užívalo již před rokem 1846–7, a to konkrétně v anglických koloniích. Nicméně tato praxe, jak již bylo výše uvedeno, se zakotvila v rámci celého anglického území až v roce 1853. Tudíž tvrzení, že *Bonneville de Marsangy* byl oním tvůrcem, je nutno jednoznačně vyloučit. Sice v dané době nebyla angličtina natolik rozšířeným světovým jazykem, jako je tomu v současnosti, je však vysoce pravděpodobné, že se v Anglii o podmíněném propuštění diskutovalo, a to minimálně v souvislosti s kritikou života trestanců v anglických koloniích. Lze tak mít důvodné pochybnosti, že by *de Marsangy* takové diskuse, které probíhaly hned za Lamanšským průlivem, nezaznamenal a čirou náhodou vytvořil obdobný systém ve Francii. I kdyby tomu tak bylo, pak by tak učinil již řadu let po tom, co tento institut vznikl.

2.2 Alexander Maconochie

Zde se právě dostáváme k *Alexandru Maconochiemu*.¹⁴⁷ Ten byl po čtyři roky guvernér ostrova Norfolk, slavné trestanecké kolonie východně od Austrálie (založené v roce 1788). Údajně definoval svůj model výkonu trestu včetně podmíněného propuštění již v roce 1837,¹⁴⁸

¹⁴⁴ Režim disciplíny a kontroly se tak přesunul z věznic do společnosti, resp. mezi soukromé osoby, organizace. O'BRIEN, 1982, op. cit., s. 254–256.

¹⁴⁵ O'BRIEN, 1982, op. cit., s. 258–259.

¹⁴⁶ Viz SANCHEZ, L. J. The French Empire, 1542–1976. In: ANDERSON, C. (ed.). *A Global History of Convicts and Penal Colonies*. Bloomsbury Academic, 2018, ePub, s. 166.

¹⁴⁷ *Alexander Maconochie* se narodil v roce 1787 v Edinburghu, zemřel 1860 v Morden (Anglie). Zajímavostí je, že sám byl válečným vězněm poté, co jej v roce 1810 zajali Francouzi, když jeho plavidlo, kde sloužil jako poručík, ztroskotalo v důsledku bouře. Je pravděpodobné, že právě kvůli tomuto zážitku byl schopen vnímat chyby v systému věznění osob. Viz BARRY, V. *Pioneers in Criminology. Alexander Maconochie (1787–1860)*. *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. 1956. DOI: <https://doi.org/10.2307/1140385>

¹⁴⁸ *Maconochie* o svém schématu údajně informoval v roce 1837 anglický *House of Commons*, tedy tři roky před svým jmenováním. Viz MORAN, 1945, op. cit., s. 79.

přičemž v letech 1840–1844 jej aplikoval na uvedeném ostrově na vězňe, kteří tam byli nově transportováni.¹⁴⁹ Tedy o několik let dříve než výše zmíněný *Bonneville de Marsangy*.

Podle *Maconochieho* měly vězňice připravovat odsouzené na propuštění, což by nemělo být činěno z laskavosti, ale z důvodu ochrany společnosti před zločinem.¹⁵⁰ První fáze trestu se měla vykonat na izolovaných místech kolonie. V rámci další nápravné fáze měli odsouzení pracovat na cestách či vykonávat další veřejné práce. Po této fázi byli podmíněně propuštěni a to skrze *ticket-of-leave* do soukromého zaměstnání. Tedy odsouzený mohl pracovat „na sebe“ a pohybovat se po zbytek trestu v určené části trestní kolonie. V případě trestanců disponujících *ticket-of-leave* na Norfolk Island však vyvstal problém v tom, že *Maconochievův* model byl považován za experiment, který se setkal se značnými problémy. Mimo jiné také s tím, že po dlouhou dobu tohoto experimentu se ze strany anglických představitelů váhalo, zda tyto ostrovní držitelé *ticket-of-leave* mohou opustit zmíněný ostrov, respektive usadit se na jiných místech Austrálie. Až ke konci *Maconochieva* pobytu bylo připuštěno, že není možno takové osoby stále držet pouze na ostrově, a to zejména z ekonomických důvodů, jelikož na ostrově se nenacházeli žádní svobodní osadníci, pro které by případně podmíněně propuštěni pracovali. Jejich výživa tak vyšla finančně stát na stejný obnos jako ostatní odsouzení. Podmíněně propuštění na ostrově Norfolk tak mohli být následně přemístěni do tehdejší Tasmánie.¹⁵¹

Maconochieho systém byl postaven na níže uvedených myšlenkách, přičemž věřil, že takovéto nastavení omezí nutnost využívání tělesných trestů. Zejména navrhl, aby nebyli pachatelé odsouzení pro výkon trestu v určité délce v dané kolonii, ale k určitému množství práce. Množství práce, kterou musí odsouzený vykonat, by mělo ekvivalentně odpovídat počtu *Marks* [známek],¹⁵² které má odsouzený získat skrze jeho polepšení v chování, šetrným způsobem života, pracovními návyky. *Maconochie* považoval za důležité, aby zisk a ztráta známek byly měřitelné, transparentní a bezprostřední, respektive měly být zaznamenávány ze dne na den, aby odsouzený viděl daný efekt ihned, ne až ve vzdálené budoucnosti. Jednalo se tak o určitou alternativní „mzdu“, za kterou si mohli odsouzení koupit jídlo a oblečení navíc, nebo odečtení dní z uloženého trestu.

Za spravedlivou denní mzdu bylo považováno deset známek, čímž si odsouzený mohl zkrátit trest o jeden den. Systém však pamatoval i na nadstandardně tvrdou práci a práci přesčas, za což odsouzený dostával další známky navíc. Kromě přístřeší a nejnútnejších věcí si vše hradil odsouzený ze získaných známek sám. Jednalo se například o přiděly jídla – nejlevnější odsouzeného vyšlo na tři, lepší na čtyři, nejlepší strava se pak pohybovala okolo pěti známek. Sporný odsouzený si tak mohl ušetřit obecně sedm známek denně. Za vadné chování

¹⁴⁹ Během tohoto období bylo údajně propuštěno 1 450 vězňů, přičemž jejich znovuodsouzení mělo být méně než tři procenta. Z 950 recidivních pachatelů údajně pouze 20 bylo znovu odsouzeno. Nicméně u uvedených údajů nebyla informace, za jak dlouhé období po propuštění byly tyto informace sledovány a opět absence ověření daných statistik. Viz BARRY, 1956, op. cit., s. 145, 155.

¹⁵⁰ Viz STRANGE, 2016, op. cit.

¹⁵¹ WHITE, 1976, op. cit., zejména s. 87.

¹⁵² Zde je označován zrod „známkování“ chování odsouzených, což se pak hojně užívalo v anglickém či irském systému, jak již bylo rozebráno v předchozí části článku.

byly odsouzení naopak známky odečteny. Pokud byl k tomu svou kázní způsobilý, měl pracovat společně v menším počtu dalších vězňů (6 až 7 osob), přičemž celá skupina byla odpovědná za chování každého svého člena. K tomuto se přistupovalo až v pozdější části trestu (kdy nebyl nutný tak přísný dohled). Odsouzení si přitom společníky mohli sami vybrat. Daná skupina měla společný fond známek, do kterého se odváděl denní výdělek každého a z něhož se každému srážely potraviny a případně tresty. Byli tak zodpovědní za chování druhého. Tímto způsobem chtěl *Maconochie* vzbudit sociální citění v osobách vykazujících často silné sobectví vůči druhým. Poslední bod spočíval v tom, že v konečné „individualizované“ fázi měl být odsouzený oddělen od skupiny a podroben méně přísné disciplíně, aby byl připraven na podmíněné propuštění do společnosti. Stále však měl povinnost pracovat a snažit se získávat další známky, mimo to byl ve své podstatě již svobodný. Mohl mít vlastní chýši a zahradu, nebo například chovat domácí zvířata.¹⁵³ V případě následného propuštění na *ticket-of-leave* musela osoba dodržovat stanovené podmínky (zejména nepáchat další trestnou činnost), při jejichž porušení mohl být *ticket-of-leave* zrušen a odsouzený musel opětovně pracovat v rámci trestu.¹⁵⁴

Ač tento systém byl údajně úspěšný, byl *Maconochie* nakonec v roce 1844 odvolán zpět do Anglie,¹⁵⁵ kde vykonával osvětu svého systému vydáváním různých pamfletů a celkově se jej snažil zpopularizovat.¹⁵⁶ Je třeba si uvědomit, že jeho „experimenty“ se omezovaly pouze na ostrov Norfolk,¹⁵⁷ přičemž „novátorským“ prvkem byl zejména systém známek. Ten následně přešel jak anglický, tak i irský systém (či další). *Maconochieho* model měl také dopad i ve Spojených státech, a to skrze irský systém, jenž z některých jeho myšlenek čerpal, a který významně ovlivnil i systém Elmira. V této souvislosti byl jeho přístup ve Spojených státech údajně užíván k obhajobě¹⁵⁸ myšlenky *the indeterminate sentence* [neurčitěho odsou-

¹⁵³ HIRST, J. The Australian Experience: The Convict Colony. In: MORRIS, ROTHMAN, 1995, op. cit., s. 290–292. BARRY, 1956, op. cit., s. 152–153.

¹⁵⁴ Nicméně sám *Maconochie* prosazoval, že by dané propuštění nemělo podléhat nějakým podmínkám, respektive obával se, aby policejní dohled nebránil reintegraci a aby tak nedošlo k zahlcení propuštěného restrikcemi. Prosazoval, že propuštěnému by se mělo dostat standardních záruk a ochrany. DOHERTY, 2013, op. cit., s. 969.

¹⁵⁵ V roce 1840 na počest narozenin královny povolil *Maconochie* odsouzeným volno, během kterého se mohli účastnit divadelního představení, hrát hry, či dokonce dostali malé množství rumu a limonády pro příchutě na královnino zdraví. Ač během daného dne nebylo zaznamenáno žádné zneužití takové benevolence, byl daný den začátkem konce jeho kariéry jako guvernéra ostrova. Zpráva o daném dnu v kolonii byla natolik kontroverzní, že příslušné autority začaly hledat jeho nového nástupce a v únoru 1844 byl *Maconochie* z funkce odvolán. Poté se Norfolk vrátil zpět do svých „starých kolejí“ tvrdého přístupu k odsouzeným. Viz BARRY, 1956, op. cit., s. 154. Je totiž nutno dodat, že Anglie chtěla mít z kolonie odstrašující příklad pro potenciální zločince, což právě humánnější přístup často diskreditoval.

¹⁵⁶ I z tohoto důvodu je tak například zcela neuvěřitelné, že by již výše zmíněný *Bonneville de Marsangy* nezaregistroval *Maconochieho* systém, který podmíněné propuštění také obsahoval.

¹⁵⁷ MORAN, 1945, op. cit., s. 78–79.

¹⁵⁸ HIRST, 1995, op. cit., s. 290–292.

zení].¹⁵⁹ *Maconochieho* však nelze také považovat za tvůrce podmíněného propuštění, resp. *ticket-of-leave*, jak bude rozvedeno dále v textu.

2.3 Skutečný původ podmíněného propuštění

Výše uvedená koncepce, tedy, že podmíněné propuštění bylo „vynalezeno“ jedním z uvedených mužů (*Bonneville de Marsangy* či *Alexander Maconochie*), byla nějakou dobu rozšířena i napříč odbornou veřejností ve dvacátém století.¹⁶⁰ V České republice přitom přetrvává až do 21. století názor, že jej vytvořil *Bonneville de Marsangy*, nebo že vznikl v souvislosti s vytvořením progresivních systémů trestu. Z výše uvedeného však vyplývá, že *Maconochie* měl před *de Marsangym* několikaletý náskok. Pokud se zaměříme na *Maconochieho* systém, tak z pohledu podmíněného propuštění nás převážně zajímá poslední část jeho způsobu výkonu trestu, tedy propuštění odsouzeného skrze *ticket-of-leave*. Již zde je patrné, že právě *ticket-of-leave*, který byl od roku 1853 součástí anglického progresivního systému byl převzat z praxe v anglických koloniích v Austrálii. Pokud pátráme po vzniku podmíněného propuštění, mělo by být objasněno, zda *ticket-of-leave*, který jednoznačně lze označit za počátek podmíněného propuštění,¹⁶¹ byl poprvé definován právě *Maconochiem*, což by se nabízelo, jestliže jej využíval v rámci svého modelu výkonu trestu v kolonii.

Pokud se však podíváme na jedno z *Maconochieho* nejranějších děl, tedy publikaci *Thoughts on Convict Management* (1838), zjišťujeme, že autor při popisu tehdejšího stavu deportace zločinců do nápravných kolonií (před jeho dosazení do kolonie jako guvernéra) uvádí, že v závěru určitých období trestu mohl odsouzený požádat o *ticket-of-leave*.¹⁶² Je tedy otázkou, jak mohli *Maconochie* či dokonce *de Marsangy* vytvořit myšlenku podmíněného propuštění, když již v *Maconochieho* díle, popisující ranější období než rok, ke kterému řada zdrojů pojí vznik tohoto institutu, je uvedeno, že *ticket-of-leave* se aplikoval v anglických koloniích v Austrálii, před tím, než se stal guvernérem ostrova Norfolk. Odpovědí je, že *ticket-of-leave*

¹⁵⁹ Ještě před *Maconochieho* příchodem se v koloniích v Austrálii využívala úkolová práce, kdy po jejím vykonání se mohli trestanci věnovat svým vlastním povinnostem či dalšímu vlastnímu přivýdělků ve zbývajícím volném čase. Na rozdíl od svých protějšků v britských věznicích, nebyli zpočátku trestanci v kolonii zavíráni do vězení ani přísně střeženi (to se změnilo po odvolání guvernéra Lachlana Macquarieho v roce 1820). Namísto toho se pečlivě vyvažovala práce vykonávaná pro větší dobro kolonie (práce na silnicích, docích, budovách atd.) a volný čas, kdy mohli odsouzení zakládat a provozovat soukromé podniky a provozovat různá řemesla a lukrativní služby. Z důvodu nedostatku zásob a potřeb udržet veřejné náklady na nízké úrovni, dostávali odsouzení jen omezené přiděly potravin, neměli zajištěné stabilní přístřeší, a tak jim nezbývalo ve zbývajícím čase, po splnění úkolů v rámci svého trestu, pracovat sami na sebe, aby přežili. Viz CROCKETT, G. *Convict Sydney: For the civic good. Museums of History New South Wales* [online]. 2017 [cit. 1. 3. 2023]. Dostupné z: <https://mhns.wau/stories/convict-sydney/civic-good/>. Myšlenka neurčitého odsouzení, má tak možná hlubší kořeny, než k osobě *Alexandra Maconochieho*, když již na počátku 19. století měl trestanec po odpracování povinného úkolu „volno“, ve kterém se mohl omezeně věnovat vlastním cílům.

¹⁶⁰ Např. již uvedený BLAKESLEY, 1978, op. cit.; NORMANDEAU, 1969, op. cit.; také BARNES, H., TEETERS, N. *New Horizons in Criminology* (1. vyd. 1943, 2. vyd. 1951, 3. vyd. 1959).

¹⁶¹ WHITE, 1976, op. cit., s. 72. Také § 7 *Der Entlassungsgrund der bedingten Freilassung. Vorläufige Entlassung*. In: *Handbuch des Gefängniswesens. Zweiter Band*. Hamburg: Verlag von J. F. Richter, 1888, s. 113.

¹⁶² „At the end of the several allotted periods, each man may ask for, and according to the report made of him, may obtain, or be refused, a ticket-of-leave...“ Viz MACONOCHIE, A. *Thoughts on Convict Management and Other subjects connected with the Australian Penal colonies*. 1838, s. 3.

fungoval již řadu let, a to dříve než se *Maconochie* začal o penologii vůbec zajímat.¹⁶³ Již bylo zmíněno, že jeho model byl zejména „novátorský“ z důvodu uplatnění známkového systému (který vymyslel) a také pro jeho humánní přístup k trestancům. Nicméně *ticket-of-leave* se užíval napříč australskými koloniemi všeobecně, ne pouze v *Maconochieho* systému.¹⁶⁴ Nad to sám *Maconochie* měl na efektivitu samotného systému *ticket-of-leave* proměnlivý názor¹⁶⁵ a z jeho vyjádření je patrné, že spíše prosazoval svůj model jako celek. Preferoval, aby poslední fází bylo propuštění odsouzeného v závislosti na získaném počtu známek, avšak bez uložení nějakých podmínek.¹⁶⁶ Byl té myšlenky, že po průchodu jeho systémem by již žádný *ticket-of-leave* nebyl potřeba a odsouzený měl být propuštěn bez nějakých nutných restrikcí. Takový názor byl však ze strany představitelů Anglie silně odmítán, a proto se *Maconochie* spokojil alespoň se systémem *ticket-of-leave*, který se v dané době na australské pevnině běžně užíval.¹⁶⁷

Podle aktuální zahraniční literatury¹⁶⁸ samotný vznik *ticket-of-leave* totiž údajně sahá až do roku 1800 či 1801, kdy tento nástroj měl představit guvernér Nového Jižního Walesu (Austrálie), pravděpodobně kapitán *Philip Gidley King*, přičemž se stal prostředkem k udělení „podmíněné svobody“ odsouzeným před vypršením jejich trestu. Impulzem k takovému postupu bylo zejména snížení zátěže na zásoby potřebné k uživení těch odsouzených, kteří svým chováním vykazovali jisté polepšení a byli schopni se sami o sebe postarat. Je třeba připomenout, že se jednalo o poměrně nové kolonie, které se potýkaly s řadou problémů, ať již s nedokonalým skladováním potravin, četnými konflikty s domorodci, hledáním vhodných oblastí pro pěstování nejrůznějších plodin a neustálým zvyšováním populace dopravených trestanců.

Zpočátku nebylo pevně stanoveno, jakou část trestu musel odsouzený před žádostí o propuštění vykonat. V dané době nebyl nad takovým propuštěným stanoven ani nějaký dohled. Dokonce osoby s cennými dovednostmi či silnou zárukou jiné osoby dostávaly *ticket-of-leave* hned po příjezdu do kolonie v Austrálii. Až od roku 1811 bylo neformálně upraveno,

¹⁶³ WHITE, 1976, op. cit., s. 73.

¹⁶⁴ Obecně k fungování výkonu trestu v Austrálii lze uvést, že vězni byli po příjezdu zařazováni na různé veřejné práce, v případě dobrého chování prošli dvěma nebo třemi stupni, v nichž pracovali pro osadníky (soukromé osoby včetně bývalých trestanců), kteří za takovou práci platili vládě. V případě podmíněného propuštění v rámci *ticket-of-leave* se mohl propuštěný nechat zaměstnat sám u osadníka, přitom si mohl vybrat oblast a osobu, pro kterou měl pracovat, nicméně toto nemohl změnit bez vědomí policejního orgánu a po „policejní hodině“ (8 hodin večer) se musel na daném místě vždy zdržovat. Po uplynutí „zkušební doby“ byl kompletně osvobozen. *Maconochie* tak pouze vylepšil daný systém, a to zejména o systém známek. WHITE, 1976, op. cit., s. 76, a LINDSEY, 1925, op. cit., s. 11. V této souvislosti je nutno také upozornit na to, že výše popsaný *Maconochieho* systém či podmínky v koloniích v Austrálii nelze vnímat jako všeobecný obraz podmínek a způsobu „odbytí“ trestu v trestaneckých koloniích v jednotlivých částech světa. Kolonie pod nadvládou různých států se diametrálně odlišovaly (srov. k jednotlivým státům in ANDERSON, 2018, op. cit.).

¹⁶⁵ Například rozporoval výrazný dohled policie (ten preferoval minimální), který bránil podmíněné propuštěným získat skutečné pocity a návyky svobodných osob. Dokonce podmíněné propuštěné označoval jako otroky policie. Na druhou stranu, posléze, po jeho návratu do Anglie se vyjadřoval ohledně *ticket-of-leave* jako o „uspokojujícím“ systému. WHITE, 1976, op. cit., s. 74–76.

¹⁶⁶ WHITE, 1973, op. cit., s. 74 a násl.

¹⁶⁷ WHITE, 1976, op. cit., s. 88.

¹⁶⁸ STRANGE, 2016, op. cit.

že si museli odsouzení odsloužit určitou dobu, aby mohli být podmíněně propuštěni. Pro panující nejednotnost pak byla v roce 1821 vytvořena oficiální stupnice. Vězni, kteří byli odsouzeni na sedm let, mohli být podmíněně propuštěni po odpykání čtyř let, vězni odsouzeni na čtrnáct let po odpykání šesti let a vězni odsouzení na doživotí po odpykání osmi let.¹⁶⁹

Ticket-of-leave se tak vyvinul z aktuální potřeby řešit situaci s narůstajícím počtem deportovaných odsouzených, jejichž životní potřeby byly nutně kryty ze strany státu. Jednalo se o písemné prohlášení podepsané guvernérem nebo jeho zástupcem, kterým se oprostil odsouzený od účasti na pracích v rámci trestu a bylo mu umožněno, aby si pod podmínkou, že se bude živit sám, našel zaměstnání v předem určené oblasti, nejčastěji u soukromého osadníka.¹⁷⁰

Pokud se však vydáme ještě dál do historie, zjistíme, že myšlenka podmíněně propustit odsouzeného sahá až do 17. století. V tomto ohledu se tak stal cenným zdrojem článku *Fredericka A. Morana* s názvem *The Origins of Parole*, který již v roce 1945 na nejednotnost a nepřesnost informací ohledně vzniku podmíněného propuštění upozornil.¹⁷¹

Podle *Morana* není vznik podmíněného propuštění vázán na nějaký konkrétní experiment, ze kterého by vzešel. *Moran* v kontextu amerického vývoje parole¹⁷² uvádí, že se jedná o nástroj vzniklý na základě řady nezávislých institutů, včetně *conditional pardon* [podmíněné milosti]¹⁷³ – v německé literatuře *die bedingte Begnadigung*, aplikace specifického druhu smluvního závazku *apprenticeship by indenture*,¹⁷⁴ deportování zločinců do Ameriky a Austrálie, zkušenosti anglického a irského systému s *ticket-of-leave* a také vyústěním práce amerických vězeňských reformátorů v průběhu devatenáctého století.¹⁷⁵ *Moran* uvádí, že již koncem 16. století (1597) bylo možno osobě uložit vyhnanství z území Anglie, přitom začátkem

¹⁶⁹ MORAN, 1945, op. cit., s. 79. Také LINDSEY, 1925, op. cit., s. 11.

¹⁷⁰ Znění takového prvotního *ticket-of-leave* bylo: “It is His Excellency, the Governor’s pleasure to dispense with the government work of [...] tried at [...] convicted of [...] and to permit [...] to employ [...] (off government stores) in any lawful occupation within the district of [...] for his own advantage during good behavior or until His Excellency’s further pleasure shall be made known.” Viz MORAN, 1945, op. cit., s. 79.

¹⁷¹ MORAN, 1945, op. cit. S úsměvem lze odkázat již na první slova článku “A number of false beliefs exist regarding parole...”, s. 71.

¹⁷² Nicméně tyto příčiny lze převést v omezené míře i na obecný vývoj podmíněného propuštění, jelikož, jak je patrné již z předchozí části článku, systém Elmira, který zakotvil institut parole jako součást neurčitého odsouzení, má kořeny v irském a anglickém progresivním systému, které také čerpaly z koloniální zkušenosti *ticket-of-leave*.

¹⁷³ Pokud čtenáři zní termín podmíněné milosti zvláště, nechť nahlédne například do § 369 tr. ř., kde je takový institut i v České republice v současnosti upraven, a která byla udělena například Jirímu Kajínkovi.

¹⁷⁴ MORAN, 1945, op. cit., s. 71. Opět lze čtenáře odkázat na webový vyhledávač, přes který si může najít, jak takový smluvní závazek byl přenesen do hmotné formy. Přitom původně bylo *apprenticeship by indenture* využíváno jako smlouva o tom, že učňové řádně ukončili svoje vyučení v řemeslu a jejich mistr tak souhlasí, aby si našli práci jinde.

¹⁷⁵ MORAN, 1945, op. cit., s. 72, také STRANGE, 2016, op. cit.

17. století se začala v Anglii praktikovat deportace (*transportation*) do Ameriky.¹⁷⁶ To jako opatření ke snížení přeplněnosti nápravných zařízení (Bridewells) a dále jako alternativa k trestu smrti pro trestné činy, které nebyly „nejvyšší ohavností“ a odsouzení byli schopni přepravy a práce. Takové přemístění do trestní kolonie mohlo být buď na doživotí, či konkrétní dobu. To údajně jako snaha o jejich nápravu skrze práci v anglické kolonii a milosrdenství krále.¹⁷⁷ Nicméně jako pravý účel lze spíše vyzorovat snahu o saturaci nedostatku pracovních sil v koloniích, ekonomickou výhodnost takového opatření a možnost permanentně osídlit vzdálené oblasti země. Konalo se tak na základě určitého druhu milosti.¹⁷⁸ A ač se měli takoví omilostnění trestanci nalodit k přepravě do kolonie, stávalo se, že se tomuto vyhýbali či se posléze vraceli zpět před vypršením trestu do Anglie.¹⁷⁹ Z tohoto důvodu byla okolo roku 1655 daná forma milosti doplněna o specifické podmínky a vznikla podmíněná milost, při jejich nedodržení ji bylo možno anulovat.¹⁸⁰ Od počátku 18. století bylo výslovně zákonem ustaveno, že trestanec, který se předčasně vrátí, bude potrestán smrtí.¹⁸¹ Zákon z roku 1717 přitom (*the Transportation Act*) rozšířil deportace i na méně závažné trestné činy.¹⁸²

V počátcích přitom platila vláda zaměstnavateli v kolonii za dopravu trestance do „Nového světa“. Od roku 1717 byl tento postup nahrazen praxí, kdy zaměstnavatel nebo kapitán lodi dostal trestance jako „majetek ve službě“ do doby konce výkonu trestu. Jakmile byla osoba předána, vláda se už o její další osud nezajímala, pokud neporušila podmínky milosti a nevrátila se do Anglie před uplynutím trestu. Po příjezdu do kolonií tak mohli být podmíněně omilostnění trestanci prodáni do služby kapitánem lodi nejvyšší nabídkce, přičemž osoba se přestávala označovat za trestance, ale stala se *indentured servant* [smluvním/námezdním

¹⁷⁶ Již v roce 1584 *Richrad Hakluyt* navrhl Alžbětě I., aby zahálčiví tuláci byli odsouzení ke službě v kolonii Newfoundland a dalších částech Ameriky, což odůvodnil v jedenadvaceti kapitolách svého dokumentu. K její realizaci přispěl právě velký příliv osob do měst z důvodu nedostatečného počtu pracovních pozic na venkově. V tomto důsledku došlo k přeplnění Londýnských nápravných zařízení „Bridewell“ pro chudé, což vyústilo v roce 1617 k zakotvení transportu jako trestu zejména pro chudé obyvatelstvo bez zaměstnání. To bylo totiž v dané době kriminalizováno. Srov. MAXWELL-STEWART, H. *Transportation from Britain and Ireland, 1615–1875*. In: ANDERSON, 2018, op. cit., s. 247–248.

¹⁷⁷ MORAN, 1945, op. cit., s. 72.

¹⁷⁸ Přičemž výsadní moc panovníka udělovat milost odsouzcům spadá v Anglii až do 11. století do doby zákoníků Viléma Dobyvatele. Se zavedením konstituční monarchie v Anglii na konci sedmnáctého století byla královská moc značně omezena, ale panovník si ponechal výsadu udělovat milost. Udělování milostí se tak stalo výrazným atributem Koruny. Například právě v období okolo sedmdesátých let 18. století bylo omilostněno přibližně 60 % na smrt odsouzených. STRANGE, 2016, op. cit.

¹⁷⁹ Ohledně důvodů vyhýbání se takovému nalodění se lze domnívat, že byly obdobné jako důvody zmiňované v souvislosti s deportací do Austrálie. Těmi měly být obtížný způsob návratu domů, strach z možných nemocí a děsivá vyhlídka na vzdálenou „barbarskou zemi“. Heinsen také v souvislosti s neúspěchem v 17. století nalákat svobodné osadníky do švédské kolonie v Americe [New Sweden] uvádí jako příčinu to, že bylo v dané době rozšířeným přesvědčením, že Amerika je strašlivé místo. Viz HEINSEN, J. *The Scandinavian Empires in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. In: ANDERSON, 2018, op. cit., s. 136.

¹⁸⁰ MORAN, 1945, op. cit., s. 71–73.

¹⁸¹ BRETT, P. *Conditional Pardons and the Commutation of Death Sentences. The Modern Law Review*. 1957, roč. 20, č. 2, s. 135. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1957.tb00432.x>

¹⁸² Nově mohli být všichni pachatelé s trestem delším než tři roky deportováni do Ameriky.

pracovníkem].¹⁸³ Pokud trestanec nabídl více než jiný kupující, mohl se ve své podstatě vykoupit sám.¹⁸⁴ Po odsouzení závazku mohli tito odsouzení požádat „svého“ kupce o *freedom dues* – tedy finanční či věcnou pomoc do nového začátku.¹⁸⁵

Od poloviny 17. století se začalo postupně upouštět od využívání *indentured servants* v britských koloniích v Americe, a ti byli ve větší míře nahrazováni africkými otroky. Americká válka za nezávislost ukončila přepravu do těchto kolonií. Nově vzniklé Spojené státy americké přijaly legislativu zakazující další deportace trestanců z Británie.¹⁸⁶ Tato skutečnost však nevedla ke zrušení deportačního práva.¹⁸⁷ Britští soudci dále ukládali tento trest a místa pro prozatímní uvěznění odsouzených se začala pomalu přepřínovat.¹⁸⁸ Situaci se vláda snažila řešit udělováním milostí, ale poté, co došlo k nárůstu kriminality, veřejnost požadovala, aby byly deportace vynucovány. Vláda vnímala závažnost situace, a proto po roce 1770, kdy byla Austrálie „objevena“ kapitánem Cookem, začala uvažovat o jejím využití pro trestance. V roce 1787 oznámil panovník Anglie, že Austrálie bude takto využita a v květnu 1787 vyplula první flotila, která dorazila do australské Botany Bay¹⁸⁹ (dnešní Sydney) dne 17. ledna 1788.¹⁹⁰ Jednalo se o jedenáct lodí s více než sedmi sty vězni a jejich dozorcí a správci, kteří zde začali budovat základy nejdlehlější a nejizolovanější evropské kolonie na světě.¹⁹¹

Při přepravě trestanců do Austrálie se však využilo jiného přístupu než do Ameriky. Vláda hradila veškeré náklady na výživu trestance atp. Guvernér trestanecké kolonie sice přiděloval jednotlivé trestance na práci svobodným osadníkům, kteří uzavřeli smlouvu o převzetí „majetku“ do služby, vězni ale zůstali i přesto pod kontrolou státu, přičemž ten převzal odpovědnost za jejich chování a blaho. V roce 1790 byla udělena guvernérům trestaneckých kolonií v Austrálii pravomoc promíjet tresty transportovaným vězňům skrze milosti a podmíněné milosti,¹⁹² přičemž byly vládou uděleny instrukce, že měli být propuštěni z trestu

¹⁸³ Odsouzení přepravovaní jako *indentured servants* přitom museli konkurovat běžným námezdním dělníkům, které „kupci pracovní síly“ z Ameriky preferovali. To také formovalo stanovení odsouzení délky trestu k transportu. Dělníci se běžně zavazovali k výkonu práce na kratší období, proto byla také stanovena minimální délka transportu na sedm let, aby se pro kupující zvýšila atraktivita takových transportovaných odsouzených. Například v letech 1767–1775 byla u odsouzených vyloďených v Baltimoru průměrná doba trestu devět let, zatímco u běžných námezdních dělníků činil průměrný závazek čtyři roky. Stručně řečeno, délka transportu nebyla stanovena ani tak z penologických důvodů, ale za účelem lepšího konkurenčního postavení odsouzených. Viz MAXWELL-STEWART, 2018, op. cit., s. 241–242.

¹⁸⁴ MORAN, 1945, op. cit., s. 76–77.

¹⁸⁵ MAXWELL-STEWART, 2018, op. cit., s. 251.

¹⁸⁶ Ibid., s. 248–253.

¹⁸⁷ MORAN, 1945, op. cit., s. 74–76.

¹⁸⁸ Jako alternativní vězňice byly využity zakotvené staré, pro boj již nepoužitelné lodě, označované *hulks* – (pro představu lze opět odkázat na webový vyhledávač a zadat „*Prison Ship – Hulk*“).

¹⁸⁹ KHAN, 1967, op. cit., s. 11 a násl.

¹⁹⁰ MORAN, 1945, op. cit., s. 76–77.

¹⁹¹ First Fleet Ships. *Museums of History New South Wales* [online]. 2017 [cit. 1. 3. 2023]. Dostupné z: <https://mhnsw.au/stories/general/first-fleet-ships/>

¹⁹² V dané době 1790 byl guvernérem Nového Jižního Walesu komodor Arthur Phillip, a tak lze první využití podmíněných milostí či milostí v dané oblasti přisuzovat pravděpodobně právě jemu. LINDSEY, 1925, op. cit., s. 11.

ti zločinci, jejichž chování a pracovní záznamy naznačovaly, že jsou toho hodni (dobré chování, záslužná služba či z důvodu sňatku) a v této souvislosti získat i kus půdy v nové kolonii.¹⁹³ Zprvu tito trestanci získávali *absolute pardon* [absolutní milost], nicméně později se přistoupilo opět k podmíněné milosti. Z té na přelomu 18. a 19. století následně vznikl již zmíněný *ticket-of-leave*.¹⁹⁴

Jistě není možné *de Marsangymu* či *Maconochiemu* upřít významný vliv, který měli na formování podmíněného propuštění. Nelze však souhlasit se závěry, že to byli právě oni, kdo podmíněné propuštění vytvořili, když propuštění v rámci *ticket-of-leave* fungovalo již desítky let před jejich pracemi. Je možné souhlasit s již výše prezentovaným závěrem Morana, že vznik podmíněného propuštění (z jeho pohledu parole)¹⁹⁵ nelze zakotvit k jedné konkrétní osobě či ke konkrétní historické události. Lze tak v tomto obecně uzavřít, že podmíněné propuštění se vyvinulo z milostí, resp. z podmíněných milostí, a následně bylo upraveno do podoby *ticket-of-leave*, což poprvé systémově umožňovalo odsouzeného „propustit“ z výkonu trestu odnětí svobody, respektive umožnit mu, aby se pohyboval v určité části kolonie a sám si zajišťoval obživu, a to před výkonem celého trestu, za předpokladu, že po určitou dobu bude dodržovat stanovené podmínky.

Počátky podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody se tak nepojí se vznikem věznic jako takových, ale se zkušeností z deportací odsouzených do trestaneckých kolonií. Ta jako „lehce opomenutá“ historie trestání předcházela vzniku věznic, koexistovala následně vedle nich a tímto způsobem je také ovlivňovala. Ze zkušeností z trestaneckých kolonií různých států čerpáme dodnes, jelikož byly klíčovým prostorem pro inovace v oblasti trestních „technologií“. Mimo počátky podmíněného propuštění se zde také formovaly první prvky progresivních systémů výkonu trestu (srov. část o *Alexandru Maconochiem*), a to desítky let před progresivním systémem anglickým (1853), dále také metody vedení záznamů o odsouzených apod.¹⁹⁶

3 Úprava podmíněného propuštění na našem území od roku 1852 do roku 1919

Vzhledem k výše popsanému vývoji, ze kterého je patrné, že institut podmíněného propuštění se začíná v západní právní kultuře výrazněji rozšiřovat až od poloviny 19. století

¹⁹³ Což ostatně nebylo pouze doménou kolonií v Austrálii, ale této „taktiky“ k osidlování se využívalo například i v rámci portugalských kolonií v Africe, kde takoví odsouzení nabyli danou půdu do vlastnictví, pokud na ní řádně hospodařili dalších 10 let po odpykání celého trestu. COATES, 2018, op. cit., s. 86–87.

¹⁹⁴ Přitom je nutno poznamenat, že vznik *ticket-of-leave* nekonzumoval používání milostí, či podmíněných milostí. Ty se udělovaly i nadále, avšak raritně, jelikož se s nimi nepojilo takové omezení a nevýhody jako s „pouhým“ *ticket-of-leave*. Jagemann uvádí, že *Conditional pardon* sloužila jako prominutí trestu („pouze“) pod podmínkou setrvání v kolonii – viz HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 113. O tom jak takový *ticket-of-leave* vypadal a další podrobnosti o určitých typech propuštění viz How were convicts rewarded for good behaviour? *Museums of History New South Wales* [online]. 2017 [cit. 1. 3. 2023]. Dostupné z: <https://mhns.wa.gov.au/learning/rewards-freedom/>

¹⁹⁵ Nicméně v této části historie je nevýznamné, zda se jedná o kořeny parole či podmíněného propuštění, když parole se vyvinula až v roce 1876.

¹⁹⁶ ANDERSON, 2018, op. cit., s. 28–29.

(Anglie 1853), se tato část článku zaměřuje právě na období rakouského trestního zákona z roku 1852. V tomto roce nabyl účinnosti trestní zákon o zločinech, přečinech a přestupcích č. 117/1852 ř. z., který byl údajně pouhou revizí trestního zákona z roku 1803, provedenou pod dohledem pozdějšího ministra spravedlnosti Hye.¹⁹⁷ Podle Vicherka sice tento zákon neobsahoval samotný institut podmíněného propuštění, ale bylo již zde možné nalézt nástroje, které byly jeho předstupněm a naplňovaly rehabilitační a resocializační cíle. Mezi ty patřila změna trestu a prominutí trestu.¹⁹⁸ První zmíněný se aplikoval u trestu za zločiny, za něž se ukládal trest odnětí svobody toliko ve výměře do pěti let. V takovém případě bylo možno přihlížet i k „nevinné rodině“ odsouzeného. Pokud by té byla způsobena delším výkonem trestu „významná škoda ve výživě“, bylo možné trest odnětí svobody zkrátit pod 6 měsíců. Podmínkou však bylo, aby delší výměra původně uloženého trestu byla nahrazena jedním nebo několika způsoby ztuhnutí, např. půstem, tvrdým ložem, samovazbou, zavřením o samotě v „temné komůrce“, káráním holí nebo metlou.¹⁹⁹ Prominutí trestu se uplatnilo v případech, že veřejný úřad k tomu povoláný anebo žalobník, který měl k tomuto právo, odpustil odsouzenému.

Podle úpravy trestního řádu z roku 1873 mohl zmírnění a prominutí trestu, které nebylo v trestním zákoně z roku 1852 definováno, aplikovat pouze císař skrze milost. O tu mohl obecně požádat odsouzený. K takové žádosti připojila věznice své vyjádření o chování a zdraví odsouzeného. Tu následně předložila soudu, jenž v jeho věci rozhodl v prvním stupni. Pokud neseznal důležité důvody, žádost zamítl. V opačném případě ji postoupil se svým návrhem soudu druhého stupně. Ten po vyjádření vrchního státního zástupce mohl žádost také zamítnout, nebo postoupit ministru spravedlnosti.²⁰⁰

Institut podmíněného propuštění však rakouská právní úprava neobsahovala, a to i přes výše uvedenou skutečnost, že okolní státy podmíněné propuštění do svých trestněprávních úprav od 50. let 19. století postupně zakotvily. I přes neexistenci takové úpravy na našem tehdejší území lze vypočítat vliv těchto pokrokových myšlenek na odbornou veřejnost. V této souvislosti je možné odkázat na článek redakce časopisu Právník z roku 1863, který pravděpodobně sepsal JUD. Rudolf kníže z Thurn-Taxisů, s názvem *Slovo o theorii polepšení*. Zde autor tvrdí, že je nemožné stanovit spravedlivý trest jedním rozsudkem, ale je zapotřebí zkoumat účinek trestu v průběhu jeho výkonu a následně tento trest potvrdit či změnit rozsudkem druhým, a to s odstupem času.²⁰¹ Z článku lze také seznat silný akcent na účel trestu, kdy trest

¹⁹⁷ MIŘIČKA, 1934, op. cit., s. 8. Krohne uvádí, že zákon z roku 1803 byl pouze menší revizí trestního zákona z roku 1787. Dodává, že v celé monarchii tak odpovídal výkon trestu až do poloviny 19. století primárně účelu odstrašení. Viz KROHNE, K. *Lehrbuch der Gefängniskunde unter Berücksichtigung der Kriminalstatistik und Kriminalpolitik*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1889, s. 126.

¹⁹⁸ VICHEREK, 2013, op. cit., s. 1–2.

¹⁹⁹ Viz § 19 a § 55 obecného zákona trestního č. 117, ze dne 27. května 1852 (dále také jako „trestní zákon z roku 1852“).

²⁰⁰ Srov. § 529 a § 526 zákona č. 119/1873, řád soudu trestního či také STORCH, F. *Řízení trestní rakouské. Díl II*. Právníká jednota v Praze, 1897, s. 605.

²⁰¹ Zde lze vysledovat určité přiblížení k myšlence neurčitého odsouzení. Obdobně o obtížnosti stanovit spravedlivý trest jedním definitivním rozsudkem viz § 11 *Rechtfertigung einer Relativität in dem richterlich erkannten Maasse der Freiheitsstrafe*. In: HOLTZENDORFF, 1861, op. cit., s. 92 a násl.

má být také cestou k napravení, ne pouze prostředkem k trestání, přičemž v případě dřívější nápravy pachatele je možno další jeho držení ve věznici vnímat jako nespravedlivé.²⁰²

Roku 1889 lze také ve stejném periodiku najít zajímavý článek Bohuše Lepaře s názvem *Ticket-of-leave*, ve kterém rozebírá institut podmíněného propuštění, včetně jeho různých variací.²⁰³ Z obsahu článku je patrné, že reaguje na návrh nové osnovy rakouského trestního zákoníku, kterou předložil tehdejší ministr spravedlnosti hrabě Schönborn dne 11. dubna 1889.²⁰⁴ Ten však zůstal pouze „na papíře“. Jednalo se tak o jednu z prvních úprav (ač neúspěšnou) podmíněného propuštění²⁰⁵ v českých zemích.²⁰⁶ Lepař nicméně zmiňuje, že o přijetí úpravy podmíněného propuštění se uvažovalo již dříve, a to v souvislosti s návrhem novely z roku 1867.²⁰⁷ Poukazuje také na to, že tento institut zakotvil do svých trestněprávních úprav již téměř každý evropský národ. Konkrétně uvádí „[l]iberation conditionelle zavedená v Anglii ujala se brzo i v Sasku (l. 1863), kdež svého času státní zástupce Schwarze krále Jana na ni upozornil, a touž dobou téměř v Oldenburku; dále stala se zákonem v Německu, Švýcarsku, Itálii, ve Francii, v Dánsku, v Rusku, v Srbsku (od roku 1869), v Nizozemsku, ano i v Japonsku. V Ubrách dle nařízení uherského ministerstva práv ze dne 9. srpna 1880 pod podmínkou propuštění dokonce i vojenské povinnosti²⁰⁸ své konati smějí. V Chorvátsku zákonem ze dne 25. dubna 1875 zavedena liberation conditionelle, a vyloučení z ní toliko zřáháři a sprostí zločincové ze zisku. V ostatních zemích rakouských propuštění podmíněčné zákonem teprve státi se má přijetím výše zmíněného návrhu Schönborna a známo

²⁰² Článek *Slovo o theorii* polepšení lze doporučit k přečtení, jeho pokrokovost vyjadřuje následující citace „[k]do však tvrdí, že ten neb onen člověk jest nepolepšitelný, zapírá v něm povahu lidskou, aneb nezná základních zásad psychologie. I nejzarytější zlosyn má v sobě aspoň jedinou jiskru původní své lidské povahy dobré, která právě oživití a sesílití se musí, aby takto nespravedlnost v něm vykořeněna byla. V tomto působení nesmí se šetřiti nijakých nákladů, byt' se i v jednotlivých případech činnost lidská s účelem svým minula, podobně jako lékař před smrtí nemocného nikdy činnosti své zastaviti a jeho za zřazeného prohlásiti nesmí.“ Viz JUD. Rudolf kníže z Thurn-Taxisu. *Slovo o theorii polepšení. Právník*. 1863, roč. 2. [JUD. dobové označení titulu JUDr. – pozn. aut.]

²⁰³ V tomto ohledu je zajímavé poukázat na to, že už Lepař v textu uvádí „[p]řes historický počátek podmíněného tobo propuštění nesluší hledati ani na pevnině britské. Liberation conditionelle (provisoire, prépaatoire) má kolébku svou v anglických osadách v Austrálii, a dostala-li se z tohoto nejodlehlejšího dílu světa do Evropy, a zdomácněli tak rychle u všech vzdělaných národů, jest to zajisté velice zajímavým zjevem a zároveň důkazem, že národové, navzájem vyměňující si ideje, zďármych docházejí výsledkův i na poli trestnickém.“ Což ostatně potvrzuje výše uvedený výklad v předchozích částech článku. LEPAŘ, B. *Ticket-of-leave. Právník*. 1889, s. 613.

²⁰⁴ V návrhu Schönborna mohl být trestanec podmíněně propuštěn po třech čtvrtinách trestu, nejméně však po jednom roce výkonu trestu. Schönbornův návrh zákona lze nalézt na stránkách Rakouské národní knihovny *Österreichische Nationalbibliothek* [online]. 2022 [cit. 14. 11. 2022]. Dostupné z: <https://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=spa&datum=0010&page=28528&size=45>. Obsah návrhu dostupný z: <https://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=spa&datum=0010&page=28664&size=45>

²⁰⁵ Také se jedná o první návrh obsahující úpravu podmíněného odsouzení pro prvotrestané v českých zemích. Viz ANCEL, 1971, op. cit., s. 13.

²⁰⁶ Rakouský trestní zákoník z roku 1852 byl novelizován pouze zákonem č. 8/1863 ř. z., a to v důsledku přijetí únorové ústavy z roku 1861. Další pokusy (všechny neúspěšné) o novelu byly v roce 1867 (A. Hye), 1874 (J. Glaser), 1881 (A. Pražák), 1889 a 1891 (F. Schönborn). Podobně dopadly i poslední návrhy trestního zákoníku, které od poloviny devadesátých let připravovala k tomu účelu zřízená a časem obměňovaná komise. Viz SCHELLE, K., VOJÁČEK, L. *Z dějin moderního trestního práva*. 2020, s. 20.

²⁰⁷ Lepař uvádí, že v nařízení ministerstva spravedlnosti ze dne 3. ledna 1866, které upravovalo administrativně udělení milosti, se již zmiňuje také o systému podmíněného propuštění, který se již osvědčil v Saském království. Vyslovuje také naději, že se tak stane zákonem také v Rakousku. LEPAŘ, 1889, op. cit., s. 616.

²⁰⁸ K důvodům odmítnutí výkonu vojenských povinností u podmíněně propuštěných viz HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 124, pozn. 2.

toliko z návrhu zákona z roku 1867.²⁰⁹ Z výše uvedené citace si tak lze představit, jak rychle se myšlenka podmíněného propuštění, často společně se „slavnějším sourozencem“,²¹⁰ podmíněným odsouzením, rozšiřovala napříč západním světem.

Za zmínku také stojí jeho obecné pojednání o podmínkách nutných pro podmíněné propuštění, kdy vychází i z různých právních úprav. U časové podmínky obecně píše, že odsouzený by si měl vykonat 3/4 trestu,²¹¹ minimálně však rok, nicméně je na zvážení, zda podmíněné propuštění udělit i doživotně odsouzeným, což se napříč státy různí. Zde lze doplnit, že návrh počítal s propuštěním u doživotně odsouzených po 15 letech vykonaného trestu, přitom po nich požadoval „pouze“ stejné podmínky, jaké musel splnit běžný odsouzený.²¹² U podmínky spočívající v dobrém chování trestance a důkazu svědčícím o jeho polepšení uvádí, že pod dobrým chováním²¹³ nelze rozumět to, že by odsouzený nesměl mít uložen žádný disciplinární trest. Je toho názoru, že nepatrný poklesek nemůže být rozhodující pro špatné či dobré chování.²¹⁴ Je totiž známo, že právě „starší ‚ostrlení‘ ničemové“

²⁰⁹ LEPÁŘ, 1889, op. cit., s. 615–616.

²¹⁰ Z textů druhé poloviny devatenáctého století, ale hlavně na začátku dvacátého století, je zřejmé, že podmíněné propuštění je trochu zastíněno úspěchem a slávou podmíněného odsouzení. I v textu Lepáře již nalezneme takové náznaky, např. když hovoří o státech, kde už podmíněné propuštění zakotveno bylo, tak se také zmiňuje, že: „[v]šak Belgie honosí se institucí dosud ojedinelou. Jest to *condamnation conditionelle*, ustanovení to velehumanní i liberální! [...] Zákon ze dne 31. května 1888 stanoví totiž, že kdo poprvé klesl a komu rozsudkem nebyl vyměřen trest větší než šestiměsíční, smí – hoden-li toho – účasten býti zvláštní milosti. Zákon dává tu k provinilci: Zhrěšil jsi, jež to vzdálil jsi se od dosavadní cesty práva; jsi vinen a zákon, který jsi porušil, trestuje tě 2, 3 až 6 měsíci. Soudní dvůr bere však ohled ku dosavadní zachovalosti tvé, k rodině tvé, k okolnostem, které přivedly poklesek tvůj a spoléhá na vlastní právní cit tvůj, jenž vzbudí lítost i trvalé polepšení tvé. Abys mohl ukázkati, že hoden jsi shovívavosti a důvěry té, dává ti soud lhůtu 3, 4, 5 let. Osvědčíš-li se v době té hodným důvěry v tebe skládané, jsi volným a beztrestným pro poklesek právě spáchaný, očišten vlastním chováním se a dnešní odsouzení jako by se bylo nikdy nestalo; žádná vysvědčení nezaznamená jeho, žádná zpráva policejní o něm zmínky neučiní. Zmyslí-li se ale soud v tobě a podruhé-li probřešiš se v době ti určené proti zákonu, budeš ovšem pro nový skutek zase odsouzen, ale odpykáš i bez milosti starý trest. [...] Čtenář soudný sám uzná, kolik nešťastníků zákon ten chrání, kolika rodinám zachovává otce, živitele, a kolika jednotlivcům podává již již ztracenou čest a dobré jméno.“ LEPÁŘ, 1889, op. cit., s. 615.

²¹¹ Podmínka výkonu 3/4 trestu uvedená ve zmíněné novele přitom byla souladná s tehdejší většinou právních úprav podmíněného propuštění v dalších státech, např. i v sousedním Německu. Na druhou stranu např. v některých švýcarských kantonech byla vyžadována 1/3, Chorvatsku 1/2, Francie 1/2, Anglie 2/3 – 3/4. Viz HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 115, pozn. 4.

²¹² Viz § 19 část 3 Schönbornovy novely.

²¹³ Schönbornova novela pouze obecně uváděla, že osoba může být po 3/4 propuštěna, jestliže její chování během výkonu trestu ve spojení s dalšími okolnostmi, poskytuje dostatečnou záruku, že její propuštění neohrozí veřejný pořádek a že její chování bude v souladu se zákonem. Ti, kteří si budou vydělávat na živobytí sami, musí svou výdělečnou schopností, šetrností a pracovitostí ve výkonu trestu poskytovat záruku, že budou pokračovat v poctivé práci. O propuštění, ale také o jeho odvolání, měl rozhodovat ministr, a to po slyšení vězeňské komise. Z podmíněného propuštění přitom byly vyloučeny některé typy trestné činnosti např. opětovné spáchaní loupeže, krádeže, vydírání atd. (viz § 19 část 4 Schönbornovy novely). Což nebylo ničím neobvyklým. Například v Chorvatsku se neudělovalo u odsouzení za žhářství a trestné činy spáchané za účelem zisku. Itálie vylučovala cizince a bandity. Oba tyto státy neumožňovaly tento institut také u osob, které se dopustily recidivy podruhé. V Holandsku nemohla tatáž osoba získat podmíněné propuštění více než jednou. Viz HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 111 (obdobně také s. 115).

²¹⁴ Obdobné myšlenky byl ZUGSCHWERDT, B. J. *Der Vollzug der Freiheitsstrafe*. Wien: Verlag v. R. v. Waldheim, 1867, s. 344–345. Také Jagemann uvádí, že podmíněné propuštění nemá být založeno na úsudku dozorců ani na pouhé aritmetice, ale na základě hodnocení vězeňských pracovníků, které je prosté libovůle a podrobně zdůvodněné. Neboť mají-li být tyto otázky poprvé zodpovězeny až s blížícím se uplynutím doby, pak snadno převáží dojmy z posledního období. HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 118.

se nejlépe dovedou vyhnout disciplinárním trestům a dodává, že „... *kedo žádá příliš patrně, aby trestníke, nového oblekl člověka, podporuje lícoměrnost a pokrytství. Pojmy ‚dobré‘ a ‚špatné‘ chování nelže přesně právnícky vykládati, nýbrž paedagogicky. Chybou tudíž bylo by z úsudku dozorců anebo i z úsudku trestnických úředníků, pokud nemají potřebného předběžného vzdělání, souditi, že podmíněné propuštění při tom kterém individuu jest oprávněno.*“²¹⁵ Lepař také v dané době odsuzuje myšlenku, že by měl odsouzený pro účely podmíněného propuštění doložit zajištění existence aspoň v prvních dnech po propuštění.²¹⁶ Odkazuje přitom na vznik osudného rozdílu mezi majetnými a nemajetnými. Zde proto uvádí, že by mohlo být účelem podpůrných spolků a lidumilů,²¹⁷ aby pomohli tento problém překonat, přičemž připouští, že právě čas bezprostředně po propuštění je problematický pro mnoho trestanců.²¹⁸ Také poukazuje na to, že v případě, pokud byl již propuštěný na závadné chování upozorněn, resp. varován, mělo by stačit k odvolání podmíněného propuštění pouze podezřelé chování.²¹⁹ Přitom uvádí, že běžným důvodem pro takové odvolání je vyhýbání se práci, recidiva, obcování s podezřelými, nedostatek průkazu o poctivé výživě, úmyslné nedbání kontrolních policejních předpisů aj.²²⁰ Naproti tomu však dodává, že přestupek z opomenutí, nikoliv však ze zlé vůle, nemůže být příčinou zrušení.²²¹

V této souvislosti lze poukázat i na zajímavé dobové názory z německé odborné literatury, na kterou Lepař ve svých úvahách také odkazuje. Konkrétně Jagemann uvádí, že podmíněné propuštění považuje za zvláštní fázi/stadium trestu, v jehož průběhu se teprve ukáže²²², zda povede ke zmírnění (započtení doby na svobodě do trestu), nebo ke zpřísnění (obnovení zbytku trestu po době strávené ve zkušební době) trestu. Jelikož v druhém případě se celá fáze stává bezcennou. Je toho názoru, že ve smyslu účelu výkonu trestu nemůže být přistupováno stejně k osobám, kdy jedna ve výkonu trestu činí jen dobré věci, druhá

²¹⁵ LEPAŘ, 1889, op. cit., s. 618.

²¹⁶ Tento požadavek však nebyl součástí předmětné novely.

²¹⁷ Vhodné poznamenat, že i v tehdejší Rakousku mohli propuštění odsouzení získat určitou finanční či věcnou podporu skrze fondy na podporu vězňů [die Sträflingsunterstützungsfonds] či prostřednictvím spolků péče o vězně [der Sträflingsfürsorgevereine]. Přitom první takový spolek byl založen v roce 1838 v Praze. Viz HOEGEL, H. *Freiheitsstrafe und Gefängniswesen in Österreich von der Theresiana bis zur Gegenwart*. Graz: Moser, 1916, s. 150.

²¹⁸ Zde Lepař očividně vychází z myšlenek Jagemanna, který dokonce takovou aplikaci podmíněného propuštění označuje za tímokratickou [tímokratische] u institutu, který je primárně založen na výchovném aspektu dobrého chování, které je dosažitelné pro všechny. Viz HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 117.

²¹⁹ Zde lze odkázat na § 20 Schönbornovy novely, kde bylo pouze obecně uvedeno, že propuštění může být odvoláno, jestliže chování odsouzeného na svobodě neodpovídá důvěře, která v něj byla vložena. Takový odsouzený mohl být dočasně zadržen do vydání rozhodnutí o odvolání propuštění. Poté musel odsouzený zbytek trestu vykonat, avšak část, kterou byl v takovém zadržení, se mu započítala do odpykaného trestu. Zajímavé je, že novela umožňovala obecně i opětovné podmíněné propuštění u takové osoby, a to v případě výskytu zvlášť důvodných okolností.

²²⁰ Další podmínky, které se napříč státy ukládají viz HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 124 a násl.

²²¹ LEPAŘ, 1889, op. cit., s. 618–620.

²²² Krohne specifikuje, že podmíněným propuštěním stát pro odsouzeného zajišťuje důvěru u běžné veřejnosti. Tím, že jej určitou dobu drží pod přísným dohledem a hrozí mu, že ho v případě špatného chování pošle zpět do vězení, dává všem, kteří propuštěného zaměstnávají, ubytují atd., určitou jistotu, že se bude chovat dobře. KROHNE, 1889, op. cit., s. 261–262.

jen ty špatné. V opačném případě by se totiž jednalo čistě o formální výkon spravedlnosti. Současně však upozornil na to, že odsouzený nemá na tuto fázi trestu vymahatelné právo, ale nárok na podání takové žádosti, aby příslušný orgán skrze spravedlivé uvážení posoudil, zda byly splněny nezbytné podmínky.²²³

Lze se však ptát, proč podmíněné propuštění tedy nebylo do roku 1919 zakotveno zákonem? Krom primárního důvodu, že většina novel trestního zákona z roku 1852 skončila neúspěchem, byly tu i důvody jiné (ostatně podmíněné propuštění nemuselo být zakotveno pouze v rámci větší novely). Lepař například uvádí, že se objevují kritické hlasy, že podmíněné propuštění porušuje rozsudek, který již nabyl právní moci. Na to odpovídá, že se jedná pouze o modifikaci provedení trestu. Také byla podle něj patrná značná nedůvěra v dobrovolnou psychologickou změnu trestance, ke které má dospět z opravdové lítosti, a ne vyslovení pouze formálního slibu, že se bude chovat dobře, a to z čistě vypočítavosti.²²⁴ Což by podle něj mělo být zajištěno pedagogickým přístupem k odsouzenému.²²⁵ Lze se však také legitimně domnívat, že dalším důvodem byl názor, že takovým institutem sahá soudce do oboru udělování milosti, což nemůže být trpěno vzhledem k „suverenitě mocnářově“. Právě tento argument se objevil v článku Zuckera, který se sice týká podmíněného odsouzení,²²⁶ avšak z výše uvedeného výkladu je patrné, že i podmíněné propuštění určitým způsobem do milosti zasahuje, když se z tohoto institutu ve své podstatě vyvinulo. Ostatně milost [die Begnadigung] v Rakousku určitým způsobem suplovala podmíněné propuštění [die bedingte Freilassung / vorläufige Entlassung]²²⁷, které již fungovalo jak v sousedním Německu (od 1873)²²⁸, tak na počátku 20. století i ve většině okolních států.²²⁹ To lze

²²³ Viz HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 113–118.

²²⁴ Opět lze odkázat na Jagemanna, který uvádí, že byť zpočátku slouží dobré chování odsouzenému zejména k vlastnímu prospěchu, tak následně může přerůst do lepších návyků. Viz HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 113–114.

²²⁵ LEPAŘ, 1889, op. cit., s. 616.

²²⁶ ZUCKER, A. Řízení ve věcech milosti po rozumu nařízení ministerstva práv ze dne 25. listopadu 1902 a podmíněné odsouzení. *Právník*. 1903, s. 78.

²²⁷ Die vorläufige Entlassung [předběžné propuštění]; die bedingte Freilassung či také bedingte Entlassung [podmíněné propuštění]. Někdy též die provisorische Entlassung/Freilassung [prozatímní propuštění] či die bedingungsweise Freilassung [podmíněné propuštění] (HOLTZENDORFF, 1861, op. cit., s. 12 a 14, 103–104). Jagemann dále doplňuje, že se někdy označovalo pouhým Entlassung [propuštění], či také Beurlaubung [HORÁLKOVÁ, M. *Německo-český právní slovník*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017: u slova Beurlaubung „uvolnění, zproštění úředních povinností (dočasně)“ – zřejmě v tomto kontextu také „propuštění“ – použití např. ZUGSCHWERDT, 1867, op. cit., s. 345]. Francouzsky libération conditionnelle [podmíněné propuštění] či také libération (liberté) provisoire/prépatoire [propuštění prozatímní / přípravné]. Viz poznámka pod čarou č. 1. Viz HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 115. Zajímavý výklad k jednotlivým názvům tohoto institutu viz § 12 Grundsätzliches Wesen der „bedingten Entlassung“ In: HOLTZENDORFF, 1861, op. cit., s. 101 a násl.

²²⁸ Zde podmíněné propuštění podléhalo uplynutí 3/4 trestu; vyžadováno bylo dobré chování a známky polepšení; souhlas odsouzeného, jelikož bude na svobodě vystaven řadě omezení. Německo neumožňovalo podmíněné propuštění z trestu odnětí svobody na doživotí (některé státy toto umožňovaly po 15 letech). Minimální doba výkonu trestu pro podmíněné propuštění byla v Německu 1 rok (např. Itálie 2, Holandsko 3, Francie již od 3 měsíců). HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 113–116.

²²⁹ Kriegsmann v roce 1912 lehce nadneseně píše, že podmíněné propuštění nacházíme ve všech státech s jedinou výjimkou, kterým je Rakousko. Viz KRIEGSMANN, H. N. *Einführung in die Gefängniskunde*. Heidelberg, 1912, s. 286.

seznat i ze zápisů prof. Dr. Storcha, ve kterých také reaguje na Schönbornovu novelu. V jeho ručně psané publikaci Hmotné právo trestní 1890–1891 se uvádí, že „[o]d let 60 tých propouštějí se vězňové, kteří odbyli 2/3 trestu a podali dostatečné důkazy svého polepšení, na svobodu. Propouštění děje se z milosti císařské a je definitivním, bezvýjimečným.²³⁰ Osnova nov. zák. trestního tuto instituci pojala také, ale ve smyslu systému irského.“

Obr. č. 2: Kopie strany 113 Hmotné právo trestní. Prof. Dr. Storch 1890–1891²³¹

právo při delším zalcově dočasném. Od let 60
 již propouštějí se vězňové, kteří odbyli 2/3
 trestu a podali dostatečné důkazy svého polepšení,
 na svobodu.
 Propouštění děje se z milosti císařské a je definitivní,
 bezvýjimečným. Osnova nov. zák. trestního
 tuto instituci pojala také, ale ve smyslu
 systému irského.

Je tak zřejmé, že určitá forma podmíněného propuštění skrze milosti již byla v Rakousku přítomna.²³² K tomu lze poukázat na dobový názor Jagemanna, který obecně akceptuje milost, mj. jako odměnu za dosažené polepšení odsouzeného. Současně však upozorňuje na to, že udělení milosti může být vystaveno nebezpečí svévole a narušení soudní moci²³³. Proto považoval za vhodné vyčlenit ty kategorie případů, které do udělení milosti objektivně patří (a na kterých se praxe ustálila), do zvláštních právních institutů, jako se to podařilo právě u podmíněného propuštění v mnoha zemích. Odkazuje také na to, že někteří autoři se domnívali, že podmíněné propuštění je vhodné pro „opakované testování“ recidivistů, zatímco neodvolatelná milost je vhodná pro ty, kteří jsou trestáni poprvé.²³⁴ Zugschwerdt i Holtzendorff přitom souhlasí, že přípustnost a účelnost podmíněného propuštění je všeobecně uznávána, což ostatně lze seznat i z dalších děl.²³⁵

²³⁰ Definitivnost, resp. milosti bez podmínky, kritizoval např. i Průšák v případě jejího užití u mladistvých pachatelů namísto institutu podmíněného odsouzení: „[n]evyhodnost této úpravy udělování milosti osobám mladistvým je v tom, že milost se uděluje definitivně, bez ohledu na to, zda odsouzený pozdějším svým chováním se ukáže jí býti hoděn neb ne.“ Viz PRUŠÁK, J. *Rakouské právo trestní. Díl všeobecný*. Praha: Všeohr, 1912, s. 238.

²³¹ Kniha je dostupná v knihovně Právnické fakulty Masarykovy univerzity. Pozdější verze ručně psané publikace Dr. Storcha z roku 1904 je pak dostupná v knihovně Nejvyššího soudu.

²³² Podle informací z uvedeného Storchova textu se taková praxe uplatňovala již od 60. let, přičemž Solnař uvádí, že formální zakotvení o takovém užívání milosti je možno nalézt také v zákoně z roku 1872 o výkonu trestu v samovazbě a v obvyklém zkracování trestů cestou milosti. Srov. SOLNAŘ, 1947, op. cit., s. 145.

²³³ V této souvislosti o narušení soudní moci i ZUGSCHWERDT, 1867, op. cit., s. 346.

²³⁴ HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 107 a násl., a s. 115, pozn. 11.

²³⁵ ZUGSCHWERDT, 1867, op. cit., s. 346. HOLTZENDORFF, 1861, op. cit., s. 87 a násl.

Byť tento institut v tehdejší Rakousku zakotven nebyl, měl být nahrazen alespoň postupem na základě ministerského výnosu ze dne 3. ledna 1866, který dopadal zejména²³⁶ na recidivní pachatele, kteří prokazovali polepšení.²³⁷ Hoegel pak ve své publikaci uvádí, že cílem daného výnosu bylo vytvořit systém periodických/pravidelných milostí, který by zastoupil systém podmíněného propuštění zavedený v jiných státech²³⁸ „než bude možné tento systém zavést i v Rakousku skrze moc zákonodárnou“. Za tímto účelem měly být v nápravných zařízeních zřízeny komise, které měly vypracovat seznamy odsouzených, kteří by mohli být omilostněni. Do těchto seznamů se pak zpravidla zařazovali ti odsouzení, kteří: a) si odbyli 2/3 trestu;²³⁹ b) svým dobrým chováním během výkonu trestu soustavně prokázali své skutečné polepšení a současně jak tímto, tak i chováním před nástupem do výkonu trestu podávají dostatečnou záruku, že se budou chovat v souladu se zákonem i po propuštění a není nad to u nich obava, že ohrozí veřejnou bezpečnost; c) pokud si na živobytí musí vydělávat sami (tedy nemají dostatečný vlastní majetek nebo spolehlivou podporu od příbuzných či přátel), musí prokázat svou výdělečnou schopnost, pracovitost a šetrnost.²⁴⁰

Miříčka uvádí, že ač v novodobých trestních zákonodárstvích byl hojně přijat převážně anglický progresivní systém, přičemž byl ve své podstatě přijat i uherským trestním zákonem z roku 1878, zůstaly podmíněné propuštění či zařazení odsouzeného do přechodného ústavu rakouskému právu neznámy. K tomu obecně potvrzuje výše uvedené, že řada trestanců, kteří si vytrpěli již větší část trestu, nebyli zpětní (recidivisté) a podali řádným chováním v trestu důkazy svého polepšení, byli pravidelně navrhováni k udělení milosti.²⁴¹

Po další neúspěšné Schönbornově novele (1891) pracovalo od roku 1895 tehdejší Ministerstvo spravedlnosti na nové osnově, která byla uveřejněna v roce 1909, avšak ani ta po dílčích úpravách nebyla v roce 1913 uzákoněna.²⁴² Kallab vnímal danou osnovu, resp. v ní načrtnutý systém trestů, jako jakýsi progresivní trestní systém, avšak stále ještě bez jasné a přesné regulace postupu mezi jednotlivými třídami vnitřní diference.²⁴³ Dále vnímá v osnově prvek irského systému vsunutím zvláštní přechodné třídy a podmíněného propuštění. Podle takové úpravy mohla justiční správa odsouzeného, který v první polovině svého (tři roky převyšujícího) trestu postoupil do první třídy, zařadit do zemědělského

²³⁶ Tato milost se ale výjimečně mohla vztahovat i na recidivní pachatele, jestliže zde byly silné indikace o jejich polepšení a současně byly přítomny zvláštní okolnosti, např. závažné onemocnění odsouzeného či někoho z jeho nejbližších příbuzných, či naléhavé výživovací či výchovné důvody vzhledem k jeho bezúhonně rodinně. HOEGEL, 1916, op. cit., s. 74.

²³⁷ HOLTZENDORFF, JAGEMANN, 1888, op. cit., s. 109, pozn. 11.

²³⁸ Pro zajímavost lze uvést, že v roce 1883 Rakousko omilostnilo více než 7 % mužů a 15 % žen ze svých trestních ústavů. Ibid., s. 112, pozn. 1.

²³⁹ Výjimečně z obdobně závažných důvodů jako recidivisté mohli být omilostněni i běžní odsouzení před výkonem dvou třetin trestu, jestliže vykonali alespoň polovinu a výše zmíněné podmínky pod písmeny b) a c). Viz HOEGEL, 1916, op. cit., s. 74.

²⁴⁰ HOEGEL, 1916, op. cit., s. 73–74.

²⁴¹ MIŘIČKA, 1934, op. cit., s. 147.

²⁴² Ibid., s. 10.

²⁴³ Výraznější kritiku uváděl u nejasností při přechodu ze samovazby (kde mohla být osoba držena až 2 roky) do progresivního výkonu trestu, kde nebylo např. jasné, do jaké třídy vnitřní diference se taková osoba zprvu zařadí.

přechodného ústavu. V tom má být vyžadována mírnější kázeň a režim by měl být přiměřeně způsobu života svobodného dělníka, tak aby se usnadnilo jeho osvědčení na svobodě. Pokud by byl odsouzenec uložen v přechodném ústavu přísnější trest než důtka, pak měl být navrácen do trestnice. Vedle tohoto mohli být odsouzení k více než jednomu roku, kteří si odpykali dvě třetiny svého trestu, podmíněně propuštění, pokud byla naděje, že se na svobodě osvědčí; přitom jim mohl být uložen zákaz pobytu na určitém místě, či aby hlásili místo svého pobytu. Zkušební doba se rovnala zbytku trestu, avšak nebyla kratší než 6 měsíců a delší než 5 let. Doživotně odsouzení mohli být podmíněně propuštěni po odpykání 15 let z trestu.²⁴⁴ Jak už však bylo výše uvedeno, i tato novela skončila neúspěchem.

I přes několik pokusů promítnout do rakouského trestního práva nové přístupy k trestání, prosazující se od poloviny devatenáctého století, tak zůstal rakouský trestní zákoník v tomto ohledu bez významnější změny. Ta tedy nastala až během první republiky.²⁴⁵

Po vzniku Československé republiky vytanul problém, jaké právo bude v novém státě platit. S touto otázkou se vypořádala tzv. recepční norma (z. č. 11/1918 Sb.). Zákonodárce tak jejím prostřednictvím recipoval dosavadní rakouské a uherské právo do nového státu, což zapříčinilo dualismus trestního práva. Nepřehlednost trestněprávních norem umocňovalo to, že k trestním zákonům byla vydávána řada vedlejších zákonů. Jedním z nich byl právě zákon č. 562/1919 Sb.,²⁴⁶ o podmíněném odsouzení a o podmíněném propuštění, který nabyt účinnosti symbolicky na první narozeniny Československé republiky. Ten do našeho právního řádu poprvé oficiálně zakotvil podmíněně²⁴⁷ propuštění (jako takové), přičemž obsahoval úpravu jak hmotněprávní, tak i procesněprávní. Ohledně přijetí tohoto zákona lze odkázat na slova Dr. Alberta Miloty, který uvedl, že „[s]nadnost, s jakou byl přijat, a radostné nadšení, s jakým jej Národní shromáždění uvedli zpravodaj Dr. Bouček i ministr spravedlnosti Dr. Veselý, svědčí o tom, jak ho bylo v té části republiky, kde dosud platí rakouské trestní zákony, nanejvýš zapotřebí. Tím více se od této potěšitelné rychlosti odráží fakt, že v bývalém Rakousku obojí instituce nemohla býti

²⁴⁴ KALLAB, J. *Trestní systém osnovy trestního zákoníku*. Knihotiskárna Dra Ed. Grégra a syna v Praze, 1910, s. 57.

²⁴⁵ Nicméně již v devatenáctém století bylo podmíněně propuštění (společně s podmíněným odsouzením) zakotveno v Uhrách. Zde byl tento institut zaveden již trestním zákonem z roku 1878 (resp. navazující úpravou z roku 1880). Jeho znění podmíněného propuštění po novele z roku 1908 si může čtenář prostudovat v jeho digitalizované verzi dostupné v *Digitální knihovně Právnické fakulty MU* [online]. 2019, s. 10, § 48 a násl. [cit. 14. 11. 2022]. Dostupné z: <https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/13808>. V tomto ohledu tak mají naši slovenští sousedé prvenství.

²⁴⁶ Návrh zákona byl podán vládou Československé republiky Národnímu shromáždění dne 8. 10. 1919 pod č. tisku 1688, byl přijat ve schůzi Národního shromáždění dne 17. října 1919 a uveřejněn ve sbírce zákonů a nařízení dne 27. října 1919 pod č. 562. Viz Sběrka zákonů a nařízení státu československého ze dne 27. října 1919 v elektronické podobě dostupná v digitální podobě v *Národní knihovně České republiky* [online]. [cit. 14. 11. 2022]. Dostupné z: <https://www.digitalniknihovna.cz/nkp/view/uuid:545d5b70-9372-11e9-9209-005056827e51?page=uuid:a06ac390-937c-11e9-8812-5ef3fc9bb22f>

²⁴⁷ Při analýze pramenů z rané doby našeho státu bylo patrné, že tehdejší autoři také často označovali tento institut jako „podmínečné propuštění“. Již v roce 1919 se k tomuto vyjádřil Milota, který uvedl, že „[z]ákon užívá slova ‚podmínečný‘, vládní osnova měla název ‚podmínečný‘. Tento název zdá se býti jazykově správnější onoho, neboť vyjadřuje v l a s t n o s t těchto institucí podobně jako: výmínečný, společný, konečný na rozdíl od vymínečný, spolčený, ukončený atd. Přes to bylo v dalším ponecháno slovo ‚podmínečný‘, aby nebyl vnášen rozpor mezi zákonem a jeho užíváním.“ Viz MILOTA, A. *Podmínečné odsouzení a propuštění: (výklad zákona)*. Plzeň: nákladem Karla Beniška, [1919], s. 7.

uzákoněna, ač od r. 1889²⁴⁸ bylo tu podáno několik návrhů o ní. Příčinou toho byl skrytý odpor Koruny i kerubů jí blízkých, které v ní viděly porušení výsostného práva císařova.“²⁴⁹ Uvedeným zákonem tak byl tento institut zaveden na území celé republiky, a co víc, byl na tomto území sjednocen. Sama důvodová zpráva k zákonu uvádí, že „[t]ímto zákonem splatí republika modernímu trestnímu právu část velkého dluhu, který převzala po bývalém Rakousku. Zvýšenými požadavky, které v něm bude klásti na soudce, přiblíží je k modernímu názoru na provinilce a na trest, a bude je tak připravovati na velké úkoly, které na ně čekají v budoucnosti při reformě trestního soudnictví.“ Z výše uvedených citací je patrné, že tehdejší zákonodárce byl pyšný na přijetí tohoto zákona, jenž byl začátkem modernizace trestního práva v Československu. Lze tak v závěru odkázat na vyjádření Dr. Boučka (zpravodaje ve věci) k předmětnému zákonu na 84. schůzi Národního shromáždění: „[s]nad ještě nikdy v životě jsem tak rád nemluvil jako dnes. Mám odůvodnit návrh zákona, který patří k nejkrásnějším vymoženostem moderní kriminalistiky.“²⁵⁰

Závěr

V úvodu článku bylo předestřeno několik možných historických vývojových linií podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody. Z druhé části textu vyplývá, že jeho skutečné prvopočátky se pojí s institutem milosti a s deportováním anglických trestanců na americký kontinent na přelomu 16. a 17. století. Následně se udělování milostí (resp. později podmíněných milostí) systematizovalo a vyvinul se na území Austrálie (okolo roku 1800) v rámci rozšířených pravomocí guvernérů trestaneckých kolonií *ticket-of-leave*. Ten je možno obecně označit jako přímého předchůdce současného podmíněného propuštění. *Ticket-of-leave* byl původně využíván jako odměna za dobré chování odsouzeného, ale také jako ekonomicky výhodnější řešení pro stát, který musel náklady na odsouzeného finančně krýt. Jeho benefit byl v prvopočátku zejména v tom, že se mohl podmíněně propuštěný pohybovat v určité části trestanecké kolonie a nemusel být podroben práci v souvislosti s uloženým výkonem trestu. Mohl se tak žít sám, resp. pracovat pro svobodného osadníka a požíval tak relativní svobody. Užívání této propustky se postupem času upravovalo na základě zkušeností z těchto kolonií, až bylo následně v Anglii v roce 1853 zakotveno jeho plošné užívání skrze *Penal Servitude Act*. S tím lze také pojit počátky anglického progresivního systému. Posléze se přitom tento trestněprávní nástroj v různých variacích začal uplatňovat i v řadě jiných států a na přelomu 19. a 20. století se těšil vysoké popularitě.

Vývoj daného institutu přitom odráží změny (popsané v první části článku) v účelu trestu, kdy čistá represe a užívání tělesných či absolutních trestů se postupně nahrazuje uvězněním a v trestání okolo 18. století již je možno vysledovat známky humánnějšího přístupu. Na konci 18. století a v počátku 19. století se přitom začínají objevovat první penologické

²⁴⁸ Lze tak uvažovat, že Schönbornova novela mohla být první úpravou podmíněného propuštění na našem území, avšak to odporuje tvrzení Lepaře, že již mělo být podmíněné propuštění obsaženo v návrhu novely z roku 1867.

²⁴⁹ Viz MILOTA, 1919, op. cit., s. 7.

²⁵⁰ Stenozáznam ze dne 17. října 1919. *Poslanecká sněmovna České republiky* [online]. Digitální depozitář [cit. 14. 11. 2022]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/stenprot/084schuz/s084011.htm>

systémy v důsledku snahy o nápravu odsouzených osob umístěných ve věznicích, což bylo výsledkem myšlenky, že lze zločince napravit a současně bylo odnětí svobody na pomyslném vrcholu trestních sankcí té doby. S postupným zjištěním, že úspěch původních progresivních systémů není až tak vysoký, je na sklonku 19. století zřetelná snaha o přesunutí trestu mimo finančně nákladné věznice. Podmíněné propuštění je doplňováno o institut podmíněného odsouzení, které odráží tehdejší projev víry ve schopnost státu rozšířit disciplínu a dohled i mimo zdi věznice do společnosti.

V úvodu článku také nebylo zřetelné, zda mělo podmíněné propuštění stejnou historickou cestu jako americká parole, či se jedná o jinou vývojovou větev. V tomto lze uzavřít, že parole a podmíněné propuštění mají obecně stejnou historickou linii do vzniku systému Elmira (1876), který institut parole zakotvil. Ten totiž čerpal z více penologických systémů, přitom hlavní inspirací byly zejména progresivní systémy, kde se *ticket-of-leave* užíval jako finální fáze výkonu trestu, a který lze z pohledu americké parole považovat také za jejího předchůdce. Od tohoto historického bodu tak není vhodné dané termíny plně směřovat. Ač mají tyto instituty k sobě velice blízko, tak bylo nastíněno, že parole byla užívána v rámci neurčitěho odsouzení v kontextu amerického trestního práva, kde byl kladen důraz na posuzování chování odsouzeného parolovou radou. Lze tak souhlasit s Michlem, že se jedná o určitý druh podmíněného propuštění, avšak nelze je plně ztotožňovat.

Bylo vyvráceno, že *Bonneville de Marsangy*, *Alexander Maconochie* či *sir Walter Crofton* byli tvůrci podmíněného propuštění, ač lze jednoznačně přiznat, že měli na jeho vývoj nemalý vliv. *Bonneville de Marsangy* sice jako první definoval (1846) na evropském kontinentu podmíněné propuštění, nelze však souhlasit s myšlenkou, že by tento institut vytvořil izolovaně, když v dané době již aktivně fungovala mezinárodní síť výměny informací týkající se vězeňství a *ticket-of-leave* se běžně užíval již desítky let v rámci australských kolonií. Podmíněné propuštění bylo vynálezem trestaneckých kolonií, a to ve snaze o snížení ekonomických nákladů a osídlení odlehlých částí země. To může být další z argumentů, že kořeny tohoto institutu nesahají do Francie, když tam se deportace odsouzených ve větším měřítku začala užívat až od poloviny 19. století. Přínos *Alexandra Maconochieho* byl převážně ve vytvoření známkového/bodovacího systému vězňů, nicméně podmíněné propuštění fungovalo ještě před jeho jmenováním guvernérem trestanecké kolonie na ostrově Norfolk. I tvrzení, že *sir Walter Crofton* by byl tvůrcem podmíněného propuštění, lze jednoznačně odmítnout, když ten teprve čerpal z některých myšlenek *Alexandra Maconochieho*. Nicméně jeho „*Intermediate prison*“ má zřetelný otisk jak v osnově trestního zákona z roku 1909 (přeřazení odsouzeného do přechodného zemědělského ústavu), tak i v zákoně o podmíněném odsouzení a podmíněném propuštění z roku 1919. V rámci toho bylo možné odsouzeného přeřadit do přechodného trestního ústavu, ve kterém byl trestanec pod mírnějším dohledem a měl si zvykat svobodnějšímu pohybu a volnější práci.²⁵¹ Přitom za první republiky byl zakotven progresivní systém v rámci přeřazování odsouzených do určitých tříd ve věznicích. Nabízí se však otázka, jak významný vliv měl vlastně na kontinentu Marsangyho francouzský systém, když například v československé právní úpravě odraz jeho myšlenek není zcela zřetelný. V této souvislosti lze maximálně uvažovat o inspiraci v institutu „ochranného dozorce“, jenž byl

²⁵¹ Viz § 16 odst. 2 zákona č. č. 562/1919 Sb., o podmíněném odsouzení a o podmíněném propuštění.

zakotven v zákoně o podmíněném odsouzení a podmíněném propuštění v roce 1919 a který nese jistý otisk patronátní sítě užívané ve francouzském modelu.

Po přijetí trestního zákona z roku 1852 byly v tehdejší Rakousku zřejmé snahy podmíněné propuštění, ale i podmíněné odsouzení, zakotvit. Přitom patrně jedna z prvních novel, ne-li úplně první, byla ze strany tehdejšího ministra spravedlnosti Schönborna (1889). Jako jeden z důvodů neúspěchu zakotvení uvedených trestních institucí lze vnímat skutečnost, že (podle slov Miloty) byl „skrytý odpor Koruny“, tedy vnímání takových institucí jako porušení výsostného práva císaře udělovat milosti. Ty určitým způsobem (lze říci i systematicky) nahrazovaly roli podmíněného propuštění do roku 1918. Přitom, jak již bylo výše uvedeno, v roce 1919 byl tento institut poprvé oficiálně na našem území upraven zákonem.

Z uvedených souvislostí vyplynul také velice úzký vztah mezi institutem milosti, resp. i podmíněné milosti, a podmíněným propuštěním, kterým se české právní prostředí vůbec nezaobývá. Přitom tuzemský právní řád obsahuje všechny tyto nástroje. V textu bylo nastíněno, že někteří autoři považovali podmíněné propuštění za další fázi výkonu trestu odnětí svobody, která může být jejím zmírněním, ale i zpřísněním. U druhého zmíněného je možné odkázat právě na nutnost podmíněně propuštěného dodržovat určité povinnosti, přičemž jeho selhání vyústí v bezcennost celé takové zkušební doby. Z důvodu těchto různých restrikcí, kterým se podmíněně propuštěný musel ve zkušební době vystavit, tak byl v některých právních rádech dokonce vyžadován souhlas odsouzeného. Ten se přitom k takovému institutu musel povětšinou (a stále musí) propracovat. Zaznamenány byly také úvahy, že trest má být cestou k nápravě, přičemž v případě dřívějšího polepšení odsouzeného je jeho další držení ve věznicí možné vnímat jako nespravedlivé. Lze se tak i z pohledu současné právní úpravy (a zásad plynoucích z demokratického právního státu, které zákonitě prozařují i do trestního práva) legitimně ptát, zda můžeme takový institut odpovědně označit jako benevolenci či také jako dobrodiní? Případně, jak v takové souvislosti nahlížet na institut milosti či podmíněné milosti?

Dále lze také krátce poukázat na některé zajímavosti, které se při sepisování tohoto textu z historie podmíněného propuštění vynořily, ale jejich detailní rozebrání již také není předmětem tohoto článku. Proto je nechám k úvaze čtenáře. Za zmínku stojí, že podmíněně propuštěný musel ve zkušební době vést řádný život. Ten v sobě skýtal řadu omezení, které mnohdy byly spíše i morálního charakteru, a propuštěný tak často nemohl zavdat ani podezření, že by se mohl dopustit opětovně trestné činnosti. Pro „odvolání“ podmíněného propuštění tak nebylo nezbytné, aby se osoba dopustila další trestné činnosti. Objevily se přitom i úvahy, že nedbalostní trestná činnost by neměla mít na navrácení propuštěného vliv. Vhodné poznamenat, že v případě porušení podmíněného propuštění mohl být následný zbytek výkonu trestu odnětí svobody zpřísněn. Doživotně odsouzení přitom mohli na podmíněné propuštění (pokud bylo u této skupiny povoleno) dosáhnout již po výkonu trestu od 8 do 15 let. Zajímavá myšlenka byla také ve výši mzdy, která se vyplácela odsouzeným za jejich práci, a jež se odvíjela od jejich dostupné třídy ve věznicí. Ušetřené finance mohly být také odsouzenému sníženy v důsledku jeho závadného jednání. V této souvislosti stojí za úvahu také skutečnost, že v některých systémech byly uspořené finanční prostředky

zasílány podmíněně propuštěnému v etapách, tak, aby je v prvotní radosti z propuštění ihned neutrátil. Za výrazně zajímavou (i z kontextu dnešní doby) je možno považovat myšlenku, že výraznějšího individuálního zacházení se v některých systémech dostalo pouze těm odsouzeným, kteří na sobě pracovali, resp. prostupovali do vyšších tříd, čímž se tak pravděpodobně kompenzoval k tomu určený omezený počet pracovníků. V některých systémech byly také nastaveny hlavní informační toky mezi zaměstnavatelem propuštěného, policií a věznicí, přičemž podmíněné propuštění záviselo na zajištění zaměstnání, do kterého musel propuštěný bezodkladně nastoupit, o čemž se podala zpráva věznicí. Případně existoval pracovník, který měl povinnost propuštěnému pomoci zajistit zaměstnání. Několikrát v textu také zazněla myšlenka, že pouhá skutečnost, že odsouzenému byl uložen disciplinární trest, neměla automaticky podmíněné propuštění znemožnit.

Závěrem tohoto článku je také vhodné připomenout Bohuše Lepaře, českého právníka, jenž (mimo jiné) pracoval ve Věznici Valdice (Kartouzy), a který sice velice stručně, ale správně, popsal ve svém článku *Ticket-of-leave* z roku 1889, vznik podmíněného propuštění.

Issues of the Use of Intermediated Securities in Cross-Border Transactions

Tomáš Kirner*

Abstrakt

Tento článek se zabývá otázkami plynoucími z používání cenných papírů v mezinárodních transakcích, ať už jako předmět kupní smluv, nebo jako zástavy. Jakmile se listinné cenné papíry převedly do registrované podoby a jejich úschova nabyla virtuální podoby, komplikovanost finančního mezinárodního systému se dále prohloubila. Na druhou stranu tato tranzice usnadnila obchody, které by se dříve neuskutečnily kvůli vysokým transakčním nákladům a právní nejistotě.

Logickým krokem v tomto vývoji proto bylo zavedení zprostředkovaných systémů držby cenných papírů, kdy jeden nebo více zprostředkovatelů provádí pro své klienty úschovní služby v různých jurisdikcích a poskytuje jim služby podnikového zmocněnce. Nicméně systém mezinárodní úschovy cenných papírů není stále harmonizován, protože různé právní režimy regulují držbu cenných papírů odlišně.

Tento článek analyzuje strukturu těchto systémů a zabývá se právními problémy, které z nich vyplývají pro účastníky transakcí. Analytická část se zabývá možnými řešeními a nabízí alternativy k současným návrhům akademické literatury s použitím subjektů ze soukromého sektoru tam, kde se veřejná a mezinárodní komunita potýká s neúspěchem.

Klíčová slova

Investiční nástroje; zprostředkované cenné papíry; evidence cenných papírů; registry cenných papírů.

Abstract

This paper explores issues arising from international transactions using securities either in sale and purchase contracts or as collateral. Once paper securities were transferred to registered ones and book-keeping took virtual form, the complexity of the financial international system further increased. At the same time it facilitated trades across the globe that previously would not take place due to high transaction cost and legal uncertainty.

Logical step in this evolution was, therefore, the introduction of intermediated securities holding systems where one or more securities intermediaries can hold securities for their clients across various jurisdictions and perform book-keeping and corporate proxy roles for a plethora of customers. Nevertheless, the system is still not harmonized as various legal regimes implement holdings of securities differently.

This paper analyzes the structure of these systems and discusses the legal issues they pose on the transacting parties. The analytical part discusses possible solutions and provides alternatives to the current academic literature proposals by implementing private sector participants where the public and international community struggles to succeed.

* Mgr. Ing. Tomáš Kirner, LL.M. (Columbia Law School), doktorand, Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Commercial Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: tomas.kirner@yahoo.com

Keywords

Securities; Investment Securities; Intermediated Securities; Securities Holding Systems; Registry of Securities.

Introduction

This paper explores issues arising from international transactions using securities either in sale and purchase contracts or as collateral. The modernization of capital markets allowed market participants to replace paper securities and related formal steps related to their transfers to computerized registers representing securities holdings.

These intermediated securities holding systems are systems where an intermediary or custodian intermediates the holding of a security between an issuer of a security and an ultimate investor. Typically, this role is fulfilled by a central securities depository (a **CSD**) providing an initial recording of a security in its registry and standing at the top of a tiered structure¹ for a limited number of other intermediaries being financial institutions such as banks, broker-dealers, and other licensed custodians. In the cross-border finance world, it is common that there are more security intermediaries, one or more in an issuer's jurisdiction, one or more in an investor's jurisdiction, and possibly others in another jurisdiction intermediating the contact between the issuer and the investor.

The complexity of these systems allows for an increase in international trade by inviting new counterparties across the world. The role of intermediaries is, therefore, substantial as they ensure working communication channels between issuers and investors, or among several investors.

On the other hand, the globalization of securities and finance transactions leads to the evolution of new legal risks due to differences in legal regimes that may apply to holdings in the intermediated securities holding systems.

Currently, no internationally uniform legal norm governing the holding and disposition of intermediated securities exists, even though efforts in this direction have been made. The UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities² (the **Convention**) is the most advanced product providing legislators with a set of substantive rules that they can use either directly by ratifying the convention or by using the concepts when creating or replacing their national legal regimes³. To raise attention among academics, UNIDROIT further published the Guide which provides a concise explanation of the main institutes surrounding the cross-border use of intermediated securities and

¹ UNIDROIT Legislative Guide on Intermediated Securities Implementing the Principles and Rules of the Geneva Securities Convention, 2018, p. 5. Available at: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/LEGISLATIVE-GUIDE-English> (the **Guide**)

² UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities, Geneva, 2009. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/capital-markets/geneva-convention/>

³ The Convention has not been ratified yet.

as such is a relevant starting point in researching or implementing solutions to issues arising from the use of intermediated securities in international trade.

The lack of a binding legal framework creates a necessity to analyze potential legal risks⁴ impacting parties engaged in trading intermediated securities. To sustain or improve the volume of international securities trading, liquidity, and therefore the effective allocation of capital, it is practical to analyze intermediated securities holding systems, and ways in which securities are transferred to identify threats to international finance transactions. As a result, this paper discusses the phenomenon of intermediated securities and identifies issues of their cross-border trading in the current legal environment.

Chapter 2 explains the character of intermediated securities and summarizes the currently used types of holding systems of intermediated securities. The further focus in this paper is then narrowed to the systems used in the US, UK, and mainly the Czech Republic being representants of different intermediated securities holding systems. Based on these findings, chapter 3 discusses the main issues that must be thought of when structuring transactions using intermediated securities and offers solutions that the market participants and bodies may implement to minimize the impacts of the identified risks.

The topic of intermediated securities is broad and therefore this paper is limited only to the topics affecting entities engaging in international trade. Where appropriate the paper refers to articles that deal with certain aspects in more detail. The limits of the current system are primarily visible in the cross-border system where different legal regimes interact depending on the circumstances of each case. Therefore, to discuss the issues that are inherent to the system of holding and transferring intermediated securities, this paper uses like the authors of the Convention, a functional approach in analyzing the system and connected issues on their face value. This paper uses methods comprising an analysis of the current holding systems for intermediated securities based on published articles and a specific comparison of identified limits of different substantive laws.

1 Intermediated Securities and Intermediated Securities Holding Systems

An *intermediated security* is a term of art and as such is used primarily in industry-specific academic literature and the Convention.⁵ An intermediated security is simply a security held via a security account operated by an intermediary. Unlike direct holdings of securities in bearer or registered form, the intermediary provides the holder of the intermediated security with safekeeping, administration, and related account services.

Accordingly, references to an intermediated securities holding system (the **intermediated system**) refer to any system that is used for holdings of intermediated securities regardless of their local operational or legal rules.

⁴ For a discussion about what constitutes legal risks, see DIXON, V. The Legal Nature of Intermediated Securities: An Insurmountable Obstacle to Legal Certainty? In: *INTERMEDIATION AND BEYOND 47*. Oxford: Hart, 2019, pp. 53–54. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509919925.ch-003>

⁵ The Guide, pp. 2–3.

The intermediated systems are understood to be a result of the ‘*paper crunch*’⁶ that occurred in the US stock market in the late 1960s. Increasing volumes in stock trading⁷ caused backlogs and delays in the settlement of paper-based transactions which, in turn, led to a loss of trust in financial markets causing threats to the market stability.⁸ Brokers-dealers were left with pressure to improve their back-office processes and to replace the formalism of the exchange of paper-based securities with an automated system.⁹ As Benjamin and Gullifer state, “[t]o address the risk of such disruption, the [intermediated system] permits settlement in the name of the intermediary on behalf of investor clients, on an electronic and a net basis”.¹⁰

The evolution of the financial market led to a slow replacement of bearer and registered securities with dematerialized¹¹ or immobilized¹² ones. Besides the displacement of the paper-based form, the introduction of intermediated systems led to the separation of legal and economic (or beneficial) interests in the security itself.

In a typical intermediated system, an issuer issues its securities with its CSD being the **top-tier intermediary**. The CSD allows only its participants that are licensed firms in the safekeeping industry to directly hold the securities in the accounts opened by the CSD. In turn, holders of the securities accounts at the CSD (**second-tier intermediaries**) hold the intermediated securities on securities accounts in their records for their clients being either other intermediaries (**third-tier intermediaries** and together with second-tier intermediaries the **lower-tier intermediaries**) or investors (**ultimate account holders**). As follows, only the top tier intermediary is the legal owner of the security, unless applicable law creates a fiction that another person down the holding chain is the owner or co-owner instead¹³. Accordingly, a distinction can be made between an underlying (issued) security held by the CSD and an asset¹⁴ or a right¹⁵ of a lower tier intermediary or an investor holding

⁶ DIXON, 2019, op. cit., p. 49.

⁷ LEDRUT, E., UPPER, Ch. The US paper crunch, 1967–1970. *BIS Quarterly Rev.* Dec. 2007, pp. 83, 84.

⁸ BENJAMIN, J., GULLIFER, L. Stewardship and Collateral: The Advantages and Disadvantages of the No Look Through System. In: *INTERMEDIATION AND BEYOND 215*. Oxford: Hart, 2019, p. 224. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509919925.ch-011>

⁹ DIXON, 2019, op. cit., p. 49.

¹⁰ BENJAMIN, GULLIFER, 2019, op. cit., p. 224.

¹¹ Pursuant to the Guide, dematerialization is an issuance of a security that is not represented by a paper certificate at all. “*The issue is usually document by a record maintained by the issuer or a [central securities depository] or some other intermediary. The [dematerialized] securities are credited to securities accounts and held and transferred by way of book entries in securities accounts.*”. The Guide, pp. xxiii–xxiv.

¹² Pursuant to the Guide, immobilization means an act of durably depositing a security with a depository, allowing “*the crediting of an equal amount of securities to securities accounts and the transferability of such securities by way of book entry*”. The Guide, op. cit., p. xxiv.

¹³ See the discussion about different models of holding systems in chapter 1.1 below.

¹⁴ See BENJAMIN, GULLIFER, 2019, op. cit., p. 224, who are characterizing the intermediated security as an asset being an interest in the underlying security.

¹⁵ McFarlane and Stevens characterize the intermediated securities as characterizing the intermediated securities as equitable property rights or rights to rights and not as the underlying security itself. Their analysis is made under English and Welsh law, however, the way of analysis of the asset itself can be used as a guide also in other systems. McFARLANE, R., STEVENS, R. Interests in Securities: Practical Problems and Conceptual Solutions. In: *INTERMEDIATED SECURITIES: LEGAL PROBLEMS AND PRACTICAL ISSUES*. Oxford: Hart, 2010, pp. 33, 34–38.

instead an interest in the underlying security¹⁶ (i.e., the intermediated security as referred to in this paper). Economically, the underlying security and the intermediated security are the same but from a purely legal perspective they are distinct.¹⁷ The separation causes the investors to not obtain a legal interest in the underlying security nor a direct relationship with the issuer. Instead, the account holders at each tier possess rights solely against the intermediary operating their accounts.¹⁸

Intermediaries are, generally, regulated entities present in the financial markets and besides safekeeping provide their clients with other administrative and account services. The multi-tier structure, accordingly, allows investors to maintain customer-service provider relationships only with one or a few intermediaries. This cumulation of their holdings allows them to reduce costs that would otherwise have to be distributed among all separate issues or issuers.¹⁹

According to Thévenoz the emergence of intermediated securities and the related creation of *new securities markets* “were often quick fixes and ready-made solutions, with legislatures shying away from designing new concepts”²⁰. Dixon further elaborates that some states managed to implement new legal rules regulating these instruments, but many others did not and still use traditional legal concepts to cover this relatively novel area of law.²¹ A relevant element of the applicable regulation is whether the ultimate account holder retains the legal control of the underlying security or whether the legal regime took this right away leaving them only with the right to the derivative intermediated security vis-à-vis the direct upstream intermediary. The answer to this question is namely relevant for the ultimate account holder to find out whether the applicable legal regime provides them with enough protection of their rights and allows them to enforce all economic rights connected with the underlying security regardless of the departure of legal ownership. It is, therefore, important to ensure that the relevant system has sufficient rules dealing with the use of omnibus accounts²², holding

¹⁶ Similarly, Twemlow notes that “[i]ntermediated holding fundamentally alters the nature of the entitlement of the holder [of the intermediated security] as they will have an interest in or in relation to securities rather than hold them directly.” TWEMLOW, Ch. Why are Securities Held in Intermediate Form? In: *INTERMEDIATION AND BEYOND*. Oxford: Hart, 2019, pp. 85, 86. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509919925.ch-004>

¹⁷ This is an important distinction to directly held securities that primarily leads to creation of multiple separate legal relationship at each tier between the securities account keeper and the securities account holder. As Twemlow states, “[u]nder a direct holding structure, the legal relationship between the issuer and the account holder [or simply the investor] is governed by the law under which the security is constituted and the account holder [or the investor] has directly enforceable rights against the issuer in accordance with the terms of the issue”. TWEMLOW, 2019, op. cit., p. 85.

¹⁸ Each of these relationships can, therefore, be governed by different applicable law or legal doctrine applicable to different assets.

¹⁹ TWEMLOW, 2019, op. cit., p. 86.

²⁰ THÉVENOZ, L. Intermediated Securities, Legal Risk, and the International Harmonization of Commercial Law. *13 Stan. Jour. Law. Bus. Fin.* 2008, p. 386.

LEDROUT, UPPER, 2007, op. cit., pp. 83, 84.

²¹ DIXON, 2019, op. cit., p. 55.

²² An omnibus account is an account pooling intermediated securities of multiple account holders. Unlike in case of segregated accounts, it is not possible to trace holdings of given intermediated securities to their respective ultimate account holder.

chains including multiple intermediaries and potential insolvency issues, and cross-border transactions²³.

1.1 Models of Intermediated Systems

Currently, the academic literature, including the Guide, distinguishes five intermediated systems models: (i) individual ownership model, (ii) co-ownership model, (iii) trust model, (iv) security entitlement model and (v) contractual model. These models simplify the actual legal regimes; hence it is necessary to add that such categorization shall not be interpreted as a comprehensive description. Also, certain models may combine elements from various legal regimes together.²⁴

The categorization is an important benefit allowing us to understand the aspects of the individual system by their very comparison to approaches in dealing with issues of the use of intermediated securities that occur regardless of the applicable rules.

In an **individual ownership model**, the ultimate account owner maintains the legal ownership of the underlying security, even though the security is held via the CSD and at least one additional intermediary. In this system, the issuer issues securities to the CSD which maintains accounts only for eligible participants being banks, securities brokers, and other licensed institutions. These second-tier intermediaries then maintain accounts for their clients who are either third-level intermediaries or ultimate account holders. Many EU countries use this model including France, Spain, Italy, Sweden, Finland and the Czech Republic.²⁵ The ultimate account holder accesses its securities account via its direct intermediary.²⁶

For instance, under Czech law, ultimate account holders are considered to be legal owners of the (underlying) securities regardless that they do not hold them directly. The applicable law contains a rebuttable presumption²⁷ circumventing the actual holding pattern ensuring that their legal ownership is not separated from the economic one. Therefore, the holding chain ensures that the ultimate account holder is the legal owner of the intermediated security held in the ultimate account in the Czech Republic. Nevertheless, this does not prevent a foreign entity to open a securities account with a Czech bank or Czech securities dealer being a customer of the Czech CSD and to take the securities outside the Czech Republic. In such case, under Czech law, the legal owner of the securities will be this foreign entity

²³ DIXON, 2019, op. cit., p. 55. Dixon considers these factors to be internal aspects of legal certainty of the applicable legal regime and as such shall be evaluated from the perspective of legal risks when engaging in trades that can be affected by rules of a given jurisdiction.

²⁴ For more details of individual systems see DIXON, 2019, op. cit., pp. 57–71, and The Guide, op. cit., pp. 17–22.

²⁵ The Guide, op. cit., p. 17, DIXON, 2019, op. cit., p. 57. Dixon adds that Brazil, China, Norway, and Japan also use this system and that certain securities in the UK are also held pursuant to this model when they are held via CREST that is the central securities depository for markets in the United Kingdom and for Irish stocks.

²⁶ The Guide, op. cit., p. 17.

²⁷ Section 527 of the Code No. 89/2012 Coll., the Civil Code, as amended (the **Czech Civil Code**). Section 528 of the Czech Civil Code further states that the account holders at the CSD are not legal owners of the intermediated securities registered thereof {the direct customers of the CSD can have special accounts with the CSD where they may keep securities they own}.

regardless of whether it is, in fact, a custodian for its customers and as such intermediates for them the access to the Czech capital market, unless the *true* ultimate account holder rebuts the presumption by proving that it is the legal owners of the (underlying) securities.²⁸

Further, in case of holding chains reaching beyond one jurisdiction that further increases the complexity in the holding chain the discussed rule affects the relationship between the ultimate account holder and the direct intermediary may effectively prevent access of the ultimate account holder to the information that would be necessary for the investor to prove its claim. For instance, if there are two intermediaries beyond the borders of Czech law, it may be given by the terms of the account agreement entered between the ultimate account holder and her intermediary, that the intermediary is not obliged to provide it with contact to its intermediary higher in the chain due to bank secrecy, confidentiality, or other privacy rules²⁹. Accordingly, the ultimate account holder may, in case of non-cooperation of its intermediary, be prevented from effectively exercising its rights vis-à-vis a issuer of Czech law governed securities held through the Czech CSD regardless of that, under Czech doctrinal law, the investor would be able to prove that she is the legal owner of the affected security.

As will be discussed below, the complexity increases in the case of foreign custodians holding securities for their clients on omnibus accounts. In such situations, the identification of an owner of specific intermediated securities may be deeply problematic when the ultimate account holder would want to exercise her rights directly (in the indirect ownership model). Therefore, the individual ownership model regardless of its structural simplicity still faces significant limits in the context of cross-border transactions.

The **co-ownership model** typically uses immobilization as the means of the creation of intermediated securities. A local CSD holds the global certificate and maintains securities accounts for intermediaries that, in turn, maintain securities accounts for ultimate account holders. Under this model, the investor owns a proportionate ownership in a pool of securities held by the CSD. Accordingly, it co-owns them with other investors investing in that issue. The securities are legally separated from the ownership of the CSD and other intermediaries, and therefore in case of insolvency of any of them, the securities will not become a part of their insolvency estate. Instead, the investors become entitled to exercise rights attached to the underlying securities.³⁰ This model is used in Germany, Austria, Slovakia, Benelux countries and Mexico.³¹

²⁸ Although the Czech Supreme Court ruled that it is generally possible to claim and prove relevant circumstances to rebut the presumption (Decision of the Czech Supreme Court no. 29 Cdo 4272/2011, dated 25 January 2011), it did not set a legal standard for the evidence necessary for rebutting the presumption in this context. Several arguments could be made as to what evidence shall be sufficient, but this discussion goes beyond the scope of this paper.

²⁹ A separate analysis on determination of governing law between the ultimate account holder, its intermediary and potentially the issuer must be always carefully assessed to determine all rights the ultimate account holder may have and against whom.

³⁰ The Guide, op. cit., p. 18.

³¹ DIXON, 2019, op. cit., p. 67.

The **trust model** is for instance used in England and Wales, Ireland, and Australia.³² The significant distinction to the previous models is the inclusion of a trust and related separation of legal and economic (or in this case more precisely beneficial) ownership. At the top of the model is again a top-tier CSD. Only the second-tier intermediaries that are allowed to have accounts opened at the CSD (again typically banks and security dealers) hold legal ownership to the underlying securities. Each further lower tier intermediary or ultimate account holder holds a beneficiary title to the underlying security and has only a right to dispose of the rights arising from this beneficiary claim.³³ In other words, the lower tier intermediaries are in the position of trustees and the ultimate account holder is a beneficiary. Accordingly, the ultimate account holder holds its rights to the intermediated security via a chain of trust and sub-trusts created at levels of lower-tier intermediaries.

The trust model has a certain limitation as to whether securities held on omnibus accounts are sufficiently specific as a trust can be created only in respect of a certain subject matter. Dixon's analysis of English law concepts suggests that English courts recognize sufficient specificity of subject matter for trust over securities for various investors³⁴ as was found in *Pearson vs. Lehman Brothers*. In this case, the court held that “a trust works by creating a beneficial co-ownership share in the identified fund, rather than in the conceptually much more difficult notion of seeking to identify a particular part of that fund which the beneficiary owns outright”³⁵. Nevertheless, in situations where the intermediary did not separate the assets in the trust from its property and became insolvent, the English courts seem to take a stance that the investors do not obtain proprietary claim to the intermediated securities that shall be part of the trust and only stand in a position of ordinary creditors.³⁶

³² DIXON, 2019, op. cit., p. 63.

³³ Refer to McFarlane and Stevens analysis for a detailed analysis of the English and Welsh model. These authors explain, in detail, functioning of this system considering the established legal doctrines applicable under traditional English law to the intermediate system without necessity to change the system. They argue that under the established legal doctrines applicable to trusts the holders down the chain have rights against rights in respect of their intermediaries that permit them to enjoy the possession of the underlying security as if they held it directly. McFARLANE, STEVENS, op. cit., pp. 38–52. Moss, QC on the other hand argues for changes to the English and Welsh legal system that would clarify the related concepts to produce sufficient legal clarity, mainly in respect of insolvency issues that may arise in case of insolvency of an intermediary (a trustee). MOSS, G. QC, *Intermediated Securities: Issues Arising from Insolvency*. In: *INTERMEDIATED SECURITIES: LEGAL PROBLEMS AND PRACTICAL ISSUES*. Oxford: Hart, 2010, pp. 61, 62–64. His arguments are based on slow distribution and transfer of the intermediated securities in insolvency proceedings as they occurred in litigation following the fall of Lehman Brothers and more precisely their UK subsidiary Lehman Brothers International (Europe). (*Re Lehman Brothers International (Europe) (in administration), Person v Lehman Brothers Finance SA* [2010] EWHC 2914 (Ch) (upheld [2011] EWCA Civ 1544).

³⁴ DIXON, 2019, op. cit., p. 66.

³⁵ *Re Lehman Brothers International (Europe) (in administration), Person vs. Lehman Brothers Finance SA* [2010] EWHC 2914 (Ch) (upheld [2011] EWCA Civ 1544).

³⁶ See *MacJordan Construction Ltd vs. Brookmount Erostin Ltd* [1994] CLC 581 or *Re Global Trader Europe Ltd* [2009] EWHC 602 (Ch). Although, in my opinion, these cases should be read with caution as neither of them specifically covered situation where the entity failing to separate the assets was a financial institution that should hold the intermediated securities in trust on behalf of investors. Also, client assets held by financial institutions are subject to much higher scrutiny from regulators, hence examples of financial institutions failing to separate client assets should be limited.

The trust model seems to work properly in jurisdictions where it is used, however, in a cross-border context, many jurisdictions³⁷ still do not fully recognize foreign concepts of trusts and the separation of proprietary (legal) interest from the economic (beneficial) interest in an asset. This brings further complexity in cases of cross-border insolvency proceedings of financial intermediaries vis-à-vis rights of their clients investing in intermediated securities.³⁸

In the United States^{39,40} the applicable model for intermediated securities is based on the creation of a new type of *sui generis* proprietary interest, so-called **security entitlement**. Unlike any of the previously discussed models, the security entitlement model operates under the presumption that the underlying security and intermediated security (or security entitlement) are separate assets. The security entitlement is introduced by Article 8 Uniform Commercial Code (the **UCC**)⁴¹. The security entitlement shall be understood as a right and property interest of its holder to a financial asset^{42,43}. In practice, this means that the underlying security is issued by an issuer and deposited with a CSD which is the Depository Trust Corporation. Intermediaries down the chain hold securities entitlements for their account holders that are *de lege* distinctive bulks of rights of the respective account holder against their direct intermediaries. The reference to the right in the definition of the security entitlement refers to any personal rights arising from the underlying security such as voting rights and the reference to the property interest refers to Section 8-503(b) of the UCC, specifying that it is the *pro rata* proprietary interest in all interests in that financial asset held by the intermediary, irrespective of the sequence of the account holder's acquisition time of the security entitlement, or the relevant intermediary's acquisition time of the interest in that financial asset.⁴⁴

As a result, the security entitlement holder has no rights against the issuer and the intermediaries must obtain and pass on rights the rights linked to the underlying security under instructions of the owner of such security entitlement. Each account holder can, therefore, exercise rights arising from the security entitlement only vis-à-vis its direct intermediary as it has no legitimate claim against other parties in the chain. In case of insolvency of the intermediary, the account holder's right to the security entitlement is separated from the intermediary's estate.⁴⁵

³⁷ Including the Czech Republic.

³⁸ In the area of international law, the Hague Convention on Law Applicable to Trusts and on their Recognition (Convention of 1 July 1985) (the **Hague Convention**) tries to overcome this obstacle. However, most non-common law jurisdictions have not ratified it yet.

³⁹ Other states that use this system are for instance Canada or Switzerland, see DIXON, 2019, op. cit., p. 66.

⁴⁰ For a detailed analysis of the current US legal regime applicable to security entitlements, see CHUN, Ch. *Cross-border Transactions of Intermediated Securities: A Comparative Analysis in Substantive Law and Private International Law*. 2012, p. 504.

⁴¹ The UCC is not a statutory law, but a model law that is implemented by individual states in the US. However, as of now it has been implemented in all 50 states of the US.

⁴² Financial asset is defined very broadly and consists of securities and other properties as defined in Section 8-102(a)(10) of the UCC.

⁴³ Section § 8-102(a)(17) of the UCC.

⁴⁴ CHUN, 2012, op. cit., p. 213.

⁴⁵ The Guide, op. cit., p. 20.

The last **contractual model** is substantially different from the previous ones as it does not provide the account holders with proprietary or beneficial interests in the underlying securities. The account holders acquire only contractual rights against their intermediaries. This model is rarely used in jurisdictions with developed financial markets as it provides only limited protection to the investors that are, in fact, in a position of other creditors of the respective intermediary. Similarly, it entails higher negotiation costs as any additional protection must be contractually agreed upon.⁴⁶

1.2 Exposure of the Models to Cross-border Transactions with Intermediated Securities

The first four identified models prove that investors participating in transactions with intermediated securities in the identified jurisdictions can rely on developed legal systems that reflect the existence of intermediated securities trading. As a result, it can be concluded that the use of intermediated securities in these jurisdictions is expected, and the investors' rights are either directly or indirectly protected. Specific limits of individual systems can occur; however, a specific analysis of individual legal systems goes beyond the scope of this paper. Although the discussed models differ in structure, they protect the account holders in respect of the intermediated securities they hold regardless of whether the system treats them as legal owners or economic owners of the underlying security. Disregarding the last model that is rarely used in states with developed financial systems⁴⁷, they attempt to ensure that investors will ultimately have access to the underlying securities or rights arising from them and that their rights against the issuers can be exercised signaling to the market participants that use of intermediated securities is recognized and reinforced, even though if the investors might have to go through their direct intermediaries.

However, as noted by the authors of the Guide “[e]ven between two internally sound and reliable domestic systems, holding securities through a chain of intermediaries across borders may give rise to various problems”⁴⁸. As already discussed, these problems arise from the fact that the intermediated systems are created as close-end systems expecting that the ultimate account holder will be from the same jurisdiction as the issuer and the intermediaries. The introduction of a foreign element into a domestic intermediated system breaches its integrity and without proper calibration at the point of entry of the foreign intermediary to the holding chain, the rules that are in place to protect ultimate investors protect only the foreign intermediary being recognized as the ultimate account holder in the given intermediated system of a single jurisdiction.

Accordingly, for the intermediated system to work in the global financial markets, it is necessary to analyze the issues that arise when intermediated systems of two or more jurisdictions meet and what legal questions must be answered to limit the legal risks the ultimate account holders undertake when purchasing securities on a cross-border basis.

⁴⁶ The Guide, op. cit., p. 21.

⁴⁷ For instance, Dixon who analyses in its article the legal nature of the intermediated securities completely disregarded this model which further supports this conclusion.

⁴⁸ The Guide, op. cit., p. 26.

The main issues that have been identified relate to a recognition of account holders down the chain in a different jurisdiction (i.e., whether these account holders can exercise their rights arising from the intermediated security maintaining the same rights as attached to the underlying security), limits on upper-tier attachments without consent of the ultimate account holders (typically required by an insolvency administrator of an insolvent intermediary up the holding chain or in anti-money laundering cases), or conflict of laws issues arising in respect of the determination of rights among individual participants in the holding chain.

Given the complexity of the global system, it is impossible to find a single solution solving these problems once and for all, unless a single global substantive law solution is enacted⁴⁹. Nevertheless, their identification is significantly useful as it provides the intermediaries and investors with a framework of issues that must be analyzed prior to a conclusion of a transaction involving an intermediated security from a different jurisdiction or including an intermediary into a holding chain residing in a different jurisdiction. The specific problems could be analyzed in a transaction or jurisdiction-specific opinions, hence improving the transparency of cross-border trading. Since it is not an uncommon practice major players or industry bodies they could implement it to limit their legal exposure.⁵⁰

2 Issues Caused by the Inclusion of Cross-border Elements

Investors purchase securities to diversify their investment portfolios, to obtain collateral for other financial transactions such as securities lending or repurchase transactions or to steer future actions of issuers.

Therefore, to protect their interests they need to be ensured that they can maintain their holdings (regardless of insolvency of intermediaries in the chain), dispose of their shares by transfers or creation of security interests, or exercise shareholder or bondholder rights. Primarily, these protections are taken care of by imposing regulatory duties on intermediaries who are obliged to separate the assets of their clients from their balance sheet and who must follow the client's instructions to dispose of the intermediated securities or to perform rights by proxy voting. Nevertheless, the intermediated systems and cross-border holdings may limit the true performance, hence it is necessary to ensure that affected legal frameworks do not prevent investors from enjoying their investments.

⁴⁹ Given that the Convention that provides only high-level regulation of substantive law applicable to intermediated securities has not been ratified by a single state, this goal seems to be impossible. Similarly, the Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary (the **Hague Convention**) dealing only with procedural rights determining governing law in respect of some issues relating to the use of intermediated securities has been ratified only by the US, Switzerland, and Mauritius. The list of signatories is available at: <http://hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=72>

⁵⁰ For example, International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA) is an organization of traders in over-the-counter derivatives that has an ongoing project monitoring enforceability of close-out netting clauses and validity of collateral provision under its documentation governed by various laws. On an annual basis ISDA updates these opinions by liaising to local counsels issuing a comprehensive analysis covering possible adverse issues under arising under local insolvency rules and conflict of law rules. Opinions Overview. *ISDA.org* [online]. [cit. 12. 4. 2022]. Available at: <https://www.isda.org/opinions-overview/>

2.1 Transparency Issues of Corporate Actions

The discussed models provide for a different level of transparency between the issuer and the ultimate account holder. In case of the direct ownership, the issuer knows its ultimate account holders from the same jurisdiction as these are treated as legal owners of the issued underlying security. On the other hand, in the case of other models, namely the trust model and the security entitlement model, the intermediated systems are based on the so-called ‘no look through principle’. Benjamin and Gullifer note that “[a]ccording to this principle, ultimate account holders of intermediated securities do not under normal circumstances enjoy direct rights of action against the issuer but must rely on the [intermediary to exercise their rights]”⁵¹.

If a cross-border element in the holding structure is included, this problem spills over to the intermediated systems with transparent ownership. Under certain laws, such as those in the Czech Republic, it is still possible for the ultimate account holder from a different jurisdiction to prove that he is the owner of the security if he rebuts the legal presumption discussed above. However, generally, this issue cannot be disregarded in those other regimes either.

Intermediaries, therefore, play an important role in the dissemination of information and exercise of rights on the axis of the issuer and ultimate account holders. This approach gets, for obvious reasons, costlier the more complex the holding chain is. The obligation to transfer relevant information and exercise rights can be imposed by statutory intervention or contractually. For instance, the EU adopted the Shareholder Rights Directive⁵² imposing duties on issuers and intermediaries regarding the identification of shareholders, the transmission of information and the facilitation of the exercise of shareholders’ rights. However, where such statutory intervention does not exist (for instance in respect of debt instruments that fall outside the Shareholder Rights Directive), it is necessary to ensure that the intermediaries will enforce these rights on behalf of each lower-tier intermediary all the way down to the ultimate account holder.

Keijser and Mooney propose an alternative and complex solution to this problem being the implementation of distributed ledger technology (the **DLT**) in the intermediated systems that would close the information gap by tracing the rights and sharing information through the holding chain.⁵³ This approach has certainly the potential of closing the information gap, however, unlike other proponents⁵⁴ of the use of the DLT in intermediated systems I remain skeptical about its implementation on a global scale.

⁵¹ BENJAMIN, GULLIFER, 2019, op. cit., p. 223.

⁵² Articles 3a, 3b and 3c of Directive 2007/36/EC (Shareholders Rights Directive), as amended by Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement.

⁵³ KEIJSER, T., MOONEY, Ch. W. jr. Intermediated Securities Holding Systems Revisited: A View Through the Prism of Transparency. In: *INTERMEDIATION AND BEYOND 309*. Oxford: Hart, 2019, p. 315. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509919925.ch-015>

⁵⁴ See a detailed discussion on the implementation of the DLT in intermediated systems in GREEN, S., SNAGG, F. Intermediated Securities and Distributed Ledger Technology. In: *INTERMEDIATION AND BEYOND 337*. Oxford: Hart, 2019, pp. 340–356. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509919925.ch-016>

In the international environment, standardization efforts may be the short-term solution for the harmonization of standards among intermediaries and issuers of intermediated securities⁵⁵ and if it proves useful, it may even lead to the implementation of the DLT and smart contracts to specific automated tasks corresponding to rights attached to securities. These rules, however, must be implemented in the contracts with account holders so long as they are not statutorily enforceable.

2.2 Upper-tier Attachments

In intermediated systems with the ‘no look through principle’ or transparent systems with the cross-border link in the holding chain, the ultimate account holders cannot constantly monitor actions happening beyond the tier of their direct intermediary. Accordingly, it seems appropriate that any attachments to an intermediated security beyond the reach of the ultimate account holder shall be prohibited (e.g., as proposed in Article 22 of the Convention)⁵⁶. Otherwise such upper-tier attachments⁵⁷ could prevent the ultimate account holders from disposing of the intermediated security or from exercising their rights.

The problem with upper-tier attachments is that they undermine the ability of other intermediaries from performing their duties because the economic right represented by the intermediated security at their level can be trumped, effectively blocking their holding and the holding of the ultimate account holders. The upper-tier attachment can also affect more intermediated securities than intended in cases where the intermediaries do not segregate the ownership all the way down to each ultimate account holder but hold the securities on an omnibus account. Conversely, the upper-tier intermediary holding more securities for one intermediary that is affected by the attachment would have problems in limiting the attachment only to the affected portion even if segregation would be possible under the applicable substantive law. In such case, it would likely incur additional costs due to their segregation.⁵⁸

Although this may limit the rights of creditors who would prefer to have the ability to freeze or restrict assets at the highest level of the chain, or at least in a jurisdiction with the most favorable enforcement environment, the negative impacts on the international intermediated system are significant.

⁵⁵ As Keijser and Mooney also point out, TARGET2-Securities system promotes harmonization of corporate actions by implementation of market standards produced by the Corporate Actions Joint Working Group. KEIJSER, MOONEY, 2019, op. cit., p. 15.

⁵⁶ See the discussion regarding prohibition of upper-tier attachments in The Guide, op. cit., pp. 77–80.

⁵⁷ “The phrase ‘upper-tier attachment’ is commonly used where a creditor of an account holder attempts to attach securities credited to a securities account maintained by an intermediary which is not the account holder’s/debtor’s intermediary.” See The Guide, op. cit., p. 77. The definition of upper-tier attachment under Article 22(2) of the Convention is broad and includes “any judicial, administrative or other act or process to freeze, restrict or impound intermediated securities of that account holder in order to enforce or satisfy a judgment, award or other judicial, arbitral, administrative or other decision or in order to ensure the availability of such intermediated securities to enforce or satisfy any future judgment, award or decision”.

⁵⁸ For further policy reasons see The Guide, op. cit., pp. 77–78.

The issue of upper-tier attachment appears to be relevant, namely, because of anti-terrorism and anti-money laundering rules. In *Bank Markazj aka Central Bank of Iran vs. Peterson*,⁵⁹ the US Supreme Court adhered to freezing assets of the Iranian Central Bank due to sponsorship of acts of terrorism in favor of victims of these acts. The Iranian Central Bank had assets in an account in Italy, that were in turn in Luxembourg and finally by Citibank NA in New York. Although, Section 8-112(c) of the UCC allows intervention to a security entitlement by creditors of the debtor for whom the securities account is maintained, under antiterrorism U.S. Federal law⁶⁰ it is allowed to lead court proceedings against so-called ‘blocked assets’ that in this case included the assets of the Iranian Central Bank, regardless of that they were held via a chain of intermediaries, at Citibank NA as a non-direct intermediary. In this case, the attachment did not cause any commingling concerns because all information necessary for blocking the relevant holding of intermediated securities was known by Citibank NA.⁶¹ Therefore, it remains unresolved whether the US Supreme Court would hold the same if it was not possible to distinguish the assets of various account holders down the holding chain.

Since the upper-tier attachments in the current system may occur, and it is unlikely that the direct intermediaries would take responsibility for such impediments on the holdings,⁶² it remains appropriate for a cautious investor to undertake a proper review of the relevant laws applicable to the individual intermediaries in the holding chain to determine whether this risk may materialize as it may otherwise prevent such investor from an immediate disposition of his holdings.

2.3 Re-use of Intermediated Securities

Alongside purchasing intermediated securities to obtain holdings in shares or bonds, investors and financial institutions use intermediated securities for other financial operations including securities lending transactions, repurchase transactions, or to collateralize their debt obligations. These transactions are often short-term, and their purpose is to provide additional liquidity to financial markets by using securities as collateral.

Intermediated systems allow for the creation of a more fluid and speedy transfer of collateral across market participants and allow long-term investors to lower costs on their securities holdings. For instance, in the case of a simple securities lending transaction, a lender transfers securities to a borrower who is obliged to return them and pay a margin. Financial institutions that offer securities lending may provide securities safekeeping or have access to institutions doing so. To promote these kinds of transactions, financial institutions such as broker-dealers allow long-term investors to participate on fee margin in return for allowing the broker-dealers to use their intermediated securities in these transactions. In practice,

⁵⁹ *Bank Markazj aka Central Bank of Iran vs. Peterson* 578 US, 136 S.Ct. 1310, 194 L.ED. 2D 463 (2016).

⁶⁰ Terrorism Risk Insurance Act of 2002, Section 201(a) read together with Section 201(d)(2) defining the ‘blocked assets’.

⁶¹ KEIJSER, MOONEY, 2019, op. cit., p. 319.

⁶² Keijser and Mooney claim that “[m]any intermediaries, however, contractually exclude responsibility for the acts and omissions of upper-tier entities.” KEIJSER, MOONEY, 2019, op. cit., p. 316.

these schemes can be much more complicated, especially when a broker-dealer enters into a prime brokerage agreement with its client allowing the broker-dealer to practically use any assets of the client for trading on the financial market subject to regulatory limitations. As a result, long-term investors may participate in funding short-term investors via financial markets by providing them with access to intermediated securities they own. Under the present market conditions, broker-dealers and other financial institutions use omnibus accounts combining holdings of various account holders that provide them with quick access to a bigger pool of securities and so transfer them in a single big transaction.⁶³ Also, the complexity of trading allows for setoffs with the same entities across various holdings limiting the actual number of exchanged assets being money and intermediated securities.

The above is permitted namely due to the possibility to mix intermediated securities at the upper tiers of the holding chain. Nevertheless, such trading raises concerns as to potential shortfalls of securities caused by market errors, non-settled transactions, or due to liquidity shortages on the side of the broker-dealer.⁶⁴

These risks are closely related to insolvency proceedings of intermediaries as discussed below; however, they can be limited by risk-averse market participants who do not want to risk potential shortages on their securities accounts. These account holders may simply decide that they do not want to have their assets re-used for such trading. The issue may arise regardless of their decision if their indirect intermediaries are not prevented from mixing and re-using their assets at the upper-tier parts of the holding chain. To limit this risk, the ultimate account holders who do not want to allow intermediaries to re-use their assets shall ask for confirmation from their direct intermediaries that their assets will be held separately all the way up to the relevant CSD.

2.4 Insolvency of an Intermediary and Systemic Risk

In intermediated systems, the insolvency of an intermediary may prevent direct or indirect account holders of such intermediary from accessing their intermediated securities. Insolvency of the intermediary raises mainly two concerns. The inability of account holders to immediately access their funds, and the possibility that the intermediary does not have enough intermediated securities for all its clients causing a shortfall. According to Dixon, shortfalls typically occur due to an administrative error or a fraud⁶⁵. Keijser and Mooney further add that they may occur for legitimate reasons as well. They refer to the US system that does not require the intermediary to debit the account of its client in case of the legitimate use of funds at the intermediary's level.⁶⁶

The first identified problem regarding the limit in accessing clients' funds was a hot issue after the great financial crisis between 2007 and 2009. After the collapse of Lehman

⁶³ BENJAMIN, GULLIFER, 2019, *op. cit.*, p. 216.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 223.

⁶⁵ DIXON, 2019, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁶ KEIJSER, MOONEY, 2019, *op. cit.*, p. 319.

Brothers, its European subsidiary Lehman Brothers International (Europe) (**LBEI**) registered in the UK became insolvent and the administrator with the confirmation of the English Companies Court rejected a request of affected account holders to directly transfer the assets to the custody to the lower tier intermediaries and account holders because the court did not agree to short circuit the administration process.⁶⁷ Following the decision, changes have been made to the applicable regulation, and a special administration regime was introduced⁶⁸. As Twemlow summarizes under the amended rules, “*the client assets can be promptly returned to clients in the event of an investment firm failure*”⁶⁹.

The issue that was dealt with by the English Companies Court shows the possible problems of the intermediated systems that shall be thought of when reviewing the applicable legal regime(s). Such a shortcoming may have a significant impact on the value of the investments as the investors are effectively prevented from disposing of their intermediated securities and thus exposed to market trends impacting the value of the underlying securities. This issue is difficult to overcome without substantive provisions in the respective legal regimes requiring the separation of clients’ assets from the estates of the intermediaries and forced transfers upon the intermediary insolvency to another solvent intermediary.

In the intermediated systems based on direct holding models the risk of mismatch in the number of securities held by intermediaries for their client should be generally low, however neither these systems can completely rule out intermediary’s error or fraud causing a shortfall. Further, the use of omnibus accounts, where intermediated securities of individual investors are not segregated but held in a bulk, limits the precise allocation of the intermediated securities to their rightful owners if case the shortfall occurs.

There are several solutions to this problem some of which are already implemented in practice. As suggested, the use of segregated accounts all the way up the chain will minimize the risk that an investor loses a portion of its securities as each intermediary will have to hold their securities separately. This solution will increase costs that will have to be invested into the system. The second solution is ongoing supervision of the intermediaries so that their holdings of securities sufficiently cover the intermediated securities vested in them. This relates to the requirement of the intermediaries to separate their holdings from the holdings of their clients that are applicable in most developed jurisdictions, including the Czech Republic⁷⁰ or the US.

Another method to limit shortfalls would be to constantly match and reconcile holdings across the whole chain⁷¹. I think that this would be very costly and problematic unless harmonized and implemented across the whole system. I agree with Keijser and Mooney that for these purposes an implementation of a DLT based system would be helpful, however

⁶⁷ See *RAB Capital Plc vs. Lehman Brothers International (Europe)* [2008] EWHC 2335 (Ch).

⁶⁸ Investment Bank Special Administration Regulation SI 2011 No 245 (SAR Regulations), made under the Banking Act 2009, as new amended by the Investment Bank (Amendment of Definition) and Special Administration Amendment) Regulation SI 2017 No 443.

⁶⁹ TWEMLOW, 2019, op. cit., p. 104.

⁷⁰ Act No. 256/2004 Coll., on Undertaking Business on Capital Markets, as amended.

⁷¹ KEIJSER, MOONEY, 2019, op. cit., pp. 319–320.

since *‘the devil is in the detail’*, the actual settings of such system are very important and if implemented too strictly can prove to be even inefficient. Constant immediate matching and reconciliation effectively replace setoffs of expositions among intermediaries and their clients, causing more transactions to occur, and more data to be constantly verified. In the real world, this would require the diversion of more resources (including electricity) to the financial markets and so could be condemned by the public.

In my view, the best approach to limiting shortfalls is the one implemented in France or the US. These systems require the licensed intermediaries (banks, broker-dealers, and other licensed entities) to contribute to guarantee funds that are meant to be used to pay out clients if an intermediary becomes insolvent and shortfalls in assets held for its client must be covered. In France, the investors are protected up to € 70,000⁷². The US regulation mandates under the Securities Protection Act⁷³ that brokers-dealers and other supervised entities must be members of the Securities Investor Protection Corporation and in case of their insolvency, the assets of their clients are protected up to \$ 500,000 per client.⁷⁴⁷⁵

In the case of cross-border transactions, the investors should therefore obtain confirmation that their assets are protected by at least some of the above-discussed concepts limiting the negative impacts of intermediary insolvency.

On top of the above discussion, insolvency of a globally systemically important intermediary or several systemically important intermediaries that would lead to significant shortfalls or freezing of their assets in several insolvency or administrative proceedings can lead to spillovers of intermediaries’ defaults caused by their inability to delivery intermediated securities stuck with at another level of the holding chain. Therefore, the identified issues shall be observed in detail not only by the investors but by the regulators as well.⁷⁶

2.5 Conflict of Laws Rules

Conflict of laws rules determine law applicable proprietary aspects an account holder or intermediary has in respect of a given intermediated security as well as governing law applicable to their mutual relationships. By their nature, they cannot be considered legal hurdles but are inherent aspects of any cross-border trade that must be given proper consideration in the planning stage.

⁷² Arts. L. 322-1 through 322-4 C. mon. fin. And Resolution of 29 September 1999, esp. Art 5, and see DIXON, 2019, op. cit., p. 81.

⁷³ 15 U.S.C. § 78aaa et seq.

⁷⁴ 15 U.S.C. § 78fff-3(a).

⁷⁵ Further, the investors in securities entitlements shares their losses caused by shortfalls by the intermediaries on *pro rata* basis. I believe that this approach is just and more appropriate than distributing the losses on the basis of timing preference.

⁷⁶ A detailed analysis of the systematic impacts caused by insolvent intermediaries goes beyond the scope of this paper.

In the case of intermediated securities, at least in the EU and the US⁷⁷, the rules governing choice of law incorporate the tier-by-tier⁷⁸ approach meaning that at each level of the holding chain, a separate analysis must be undertaken to determine what are the laws applicable to proprietary rights⁷⁹ governing and arising from the holding of the intermediated securities. Specifically, the EU adopted the Financial Collateral Directive which in Article 9 establishes that the governing law is the law of the country where the account is maintained (sometimes referred to as the place of the relevant intermediary or PRIMA rule)⁸⁰. In the US a more flexible approach has been taken. Section 8-110(e) of the UCC allows the parties to choose the law governing the proprietary rights relating to the security entitlement in question.

The approach taken by the mentioned jurisdictions shows that they realize that the international intermediated systems when communicating with each other are non-transparent and so do not allow the disposition rights of investors to be automatically governed by laws of the issuer's residency.⁸¹ I believe that this approach is appropriate and reflects the diversified models of the intermediated systems that are currently in place. Accordingly, investors can rely primarily on the analysis of the laws that most likely will be governed by the jurisdiction of the intermediary they choose. However, they should ask for representation and other assurances (incl. provision of legal opinions by the intermediaries) that laws applicable to relations with upper-tier intermediaries will not trump investors' proprietary rights to their intermediated securities.

Conclusion

The variation among intermediated systems poses several obstacles that investors to intermediated securities must tackle. Different states may have completely different approaches to the regulation of various aspects of this still-modern phenomenon. Investors, therefore,

⁷⁷ The Hague Convention is not considered in this chapter due to its limited territorial scope of application (US, Switzerland, and Mauritius).

⁷⁸ The Guide, op. cit., p. 113.

⁷⁹ By proprietary rights I refer to Article 9(2) of the Financial Collateral Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements, as amended (the **Financial Collateral Directive**) for the purposes of the EU regulation and to UCC § 8-110(b) for the purposes of US regulation where the Hague Convention is not applicable.

⁸⁰ It is important to remember that the Financial Collateral Directive is only a harmonization directive and states may elect to broaden its scope when implemented in their respective national legislations. For instance, the Czech legislator implemented the PRIMA rule in its hybrid form allowing parties disposing with an intermediated security to choose governing law among jurisdictions where the relevant intermediary has registered seat or a branch. See Section 83(3) of the Act No. 89/2012 Coll., on the International Private Law, as amended.

⁸¹ For more articles relating to the conflict of laws issues relating to the intermediated securities, see HEANTJENS, M. European Harmonisation of Intermediated Securities Law: Dispossession and Segregation in Regulatory and Private Law. In: *INTERMEDIATION AND BEYOND*. Oxford: Hart, 2019, p. 259. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509919925.ch-013>, and PEACH, P. Conflict of Laws and Relational Rights. In: *INTERMEDIATION AND BEYOND*. Oxford: Hart, 2019, p. 289. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509919925.ch-014>

must remain vigilant about their exposure to legal risks arising from their holdings of intermediated securities.

The purpose of this paper was to describe the global playground and by unraveling differences and commonalities, identify issues that arise in disposition with intermediated securities across borders. It shows that many of the identified issues have already found patches in regulation improving investors protection. Nevertheless, none of the identified risks has been eliminated by the operation of any type of the discussed intermediated systems; therefore, investors must analyze these issues in each relevant jurisdiction on an individual basis.

As proposed, the most practical solution seems to be a market push for harmonization. In the meantime, the industry bodies and large intermediaries shall focus on producing jurisdiction-specific legal opinions analyzing local legal risks to at least limit the gap in legal transparency across the global financial system that is without doubt fueled by transactions in intermediated securities.

Manažerské transakce v nařízení MAR*

Managerial Transactions in the Market Abuse Regulation

Josef Kotásek**

Abstrakt

Příspěvek se zaměřuje na otevřené otázky právní úpravy tzv. manažerských transakcí v nařízení MAR (Market Abuse Regulation). V první části se kriticky věnuje proklamovaným cílům právní úpravy, které nejsou zcela v souladu s archetypem regulace, tj. právní úpravou v USA, a jejich obhajitelnost je empiricky či hodnotově sporná. V další části je analyzován zvolený systém post-trading disclosure, a to v první řadě z hlediska vymezení povinných osob, který je extenzivní a ve značné míře zahrnuje i osoby stojící mimo emitenta. U oznamovaných obchodů se příspěvek zaměří na vybrané sporné otázky, ať již při úpravě druhů hlášených obchodů, možnosti využití portfolio managementu či zavedení pravidla de minimis. Poslední část příspěvku je věnovaná úpravě výjimek ze zákazu obchodování během tzv. uzavřených období.

Klíčová slova

Manažerské transakce; uzavřené období; zasvěcená osoba; vnitřní informace; portfolio manažer; nařízení o zneužívání trhu; MAR; MTF; OTF; akcie; seznam zasvěcených osob; BaFin; ESMA.

Abstract

The paper focuses on the open questions of the regulation of so-called managerial transactions in the Market Abuse Regulation (MAR). In the first part, it critically examines the proclaimed objectives of the regulation, which are not entirely consistent with the archetype of regulation, i.e. the US regulation, and their defensibility is empirically or value contested. The next section analyses the chosen system of post-trade disclosure, primarily in terms of the definition of obligated persons, which is expansive and largely includes persons standing outside the issuer. For reported trades, the paper will focus on selected contentious issues, whether in the regulation of the types of reported trades, the possibility of using portfolio management or the introduction of a de minimis rule. The last part of the paper is devoted to the modification of exemptions from the prohibition on trading during so-called closed periods.

Keywords

Managers' Transactions; Dircetos' Dealing; Closed Period; Insider; Inside Information; Portfolio Manager; Market Abuse Regulation; MAR; MTF; OTF; Shares; Inside List; BaFin; ESMA.

* Tento příspěvek vznikl v rámci projektu specifického výzkumu Nástroje odměňování se zvláštním zřetelem k cenným papírům (MUNI/A/1290/2021).

** Doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Commercial Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: josef.kotasek@law.muni.cz / ORCID: 0000-0001-6792-3422 / Scopus ID: 57210131896

Úvod

V červenci 2016 nabylo účinnosti Nařízení o zneužívání trhu (MAR)¹ a dvě na ně navazující prováděcí nařízení². Komplexní úprava, později navíc doplněná dalším prováděcím nařízením, věcně vychází ze starší Směrnice o zneužívání trhu z roku 2003³. Stejně jako ona přináší rozsáhlou paletu nástrojů, jejichž primárním cílem je ochrana finančních trhů před zneužíváním. MAR zakazuje nedovolené využití vnitřní informace, stanoví v souvislosti s nimi rozsáhlé informační povinnosti (zejména emitentům) a zapovídá manipulaci s trhem.

Nepominutelnou součástí regulace je úprava obchodů osob s řídicí pravomocí, které se tradičně označují jako manažerské transakce či manažerské obchody (Managers' Transactions, Directors' Dealings)⁴. Vybrané osoby ze sféry emitenta (obvykle jde o členy orgánů, *senior management* a osoby s nimi spojené) jsou povinny zdržet se po určité období (closed period) obchodů s některými cennými papíry emitenta. Dále jsou povinny informovat o obchodech s těmito nástroji a informace o jejich transakcích jsou následně zpřístupněny širší veřejnosti (na stránkách emitenta, burzy či dohledového orgánu).

I přes některé odlišnosti právních úprav zejména mezi USA a Evropou, platí v zásadě ve všech zemích s rozvinutým kapitálovým trhem, že investorská veřejnost profituje z transparentnosti manažerských transakcí: získává přehled o obchodech, které s nástroji emitenta uzavřely osoby, jež mají v rámci emitenta prominentní přístup k významným informacím a zásadním způsobem ovlivňují jeho strategická rozhodnutí a obchodní vedení.

Regulace manažerských transakcí není v Evropě novinkou a představuje již tradiční položku v komplexu norem kapitálového trhu. Nejprve byla upravena prostřednictvím Směrnice o zneužití trhu, resp. její prováděcí směrnice⁵. Do českého práva byly požadavky směrnic

¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 596/2014 ze dne 16. dubna 2014 o zneužívání trhu (nařízení o zneužívání trhu) a o zrušení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/6/ES a směrnice Komise 2003/124/ES, 2003/125/ES a 2004/72/ES (dále jen „MAR“).

² Tento přímo aplikovatelný předpis doprovázela dvě prováděcí nařízení: Prováděcí nařízení Komise (EU) 2016/347 ze dne 10. března 2016, kterým se stanoví prováděcí technické normy, pokud jde o přesný formát seznamů zaskvěčených osob a pro aktualizaci těchto seznamů v souladu s nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 596/2014. Prováděcí nařízení Komise (EU) 2016/523 ze dne 10. března 2016, kterým se stanoví prováděcí technické normy, pokud jde o formát a vzor pro oznamování a zveřejňování obchodů osob s řídicí pravomocí v souladu s nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 596/2014.

³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/6/ES ze dne 28. ledna 2003 o obchodování zaskvěčených osob a manipulaci s trhem (zneužívání trhu), dále jen „Směrnice o zneužívání trhu“.

⁴ V tomto příspěvku budu pojmy „obchody osob s řídicí pravomocí“ a „manažerské obchody“ či „manažerské transakce“ používat jako synonyma.

⁵ Směrnice o zneužití trhu na obchody manažerů pamatovala v čl. 6 odst. 4: osoby s řídicí odpovědností u emitenta a osoby s nimi úzce propojené měly informovat o operacích uskutečněných s akciemi emitenta a dalšími vybranými nástroji na vlastní účet. Podrobnější pravidla stanovila prováděcí Směrnice Komise 2004/72/ES ze dne 29. dubna 2004, kterou se provádí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/6/ES, pokud jde o uznávané tržní postupy, definici důvěrných informací ve vztahu ke komoditním derivátům, sestavování seznamů zaskvěčených osob, oznamování manažerských transakcí a oznamování podezřelých transakcí.

transponovány v rámci úpravy v zák. č. 256/2004Sb., zákona o podnikání na kapitálovém trhu (dále „ZPKT“)⁶.

Řešení předpokládané ve Směrnici o zneužití trhu převzalo i aktuální nařízení MAR ve svém čl. 19. Řadu sporných a nejasných otázek lze tedy řešit recepcí dosavadních výkladů a praxe či srovnáním se starší úpravou v rámci historického výkladu. Srovnání s předchozí úpravou potvrzuje obecný trend regulace kapitálového trhu: v reakci na finanční krizi v roce 2008⁷ dochází k postupnému zpřísnění právní úpravy a rozšiřování palety povinností.

V tomto příspěvku se budu z důvodu větší přehlednosti zabývat problematikou manažerských transakcí zejména v souvislosti s obchody s akciemi, dluhovými nástroji a od nich odvozenými instrumenty. Nařízení MAR se dle čl. 2 odst. 1 věta 2 vztahuje také na jednání nebo obchody, včetně nabídek, týkající se dražeb povolenek na emise (povolenky na emise skleníkových plynů) nebo od nich odvozených dražených produktů, a to i když nejsou finančními nástroji, na dražební platformě povolené jako regulovaný trh v souladu s nařízením Komise (EU) č. 1031/2010⁸. Až na výjimky se nebudu z důvodu přehlednosti textu zaměřovat na problematiku trhů s povolenkami na emise a odvozenými nástroji⁹.

Nejprve se pokusím o kritickou analýzu regulatorních cílů právní úpravy manažerských transakcí, neboť – jak bude patrné níže – ta hraje pro výklad klíčových ustanovení MAR zásadní roli. Poté se zaměřím na nevyjasněné otázky, které vyvolává poměrně rozmáchlé vymezení povinných osob a dotčených transakcí v MAR a ohlašovaných transakcí. Na závěr se zaměřím na zákaz obchodování v tzv. uzavřených obdobích a možnosti emitenta udělit z tohoto zákazu výjimku¹⁰.

1 Cíle právní úpravy manažerských obchodů: střelba na pohyblivý terč?

Cíle právní úpravy manažerských transakcí v MAR problematizuje skutečnost, že její vzor – tj. právní úprava v USA, která je archetypem regulací po celém světě – sleduje zčásti odlišné

⁶ Evropské předlohy byly do českého práva transponovány v prvé řadě ustanovením § 125 odst. 5 PKT. To obecně ukládalo vybraným osobám ze sféry emitenta, příp. s nimi spojeným osobám, aby ČNB oznamovaly vybrané druhy transakcí: šlo o obchody na vlastní účet, které učinily dotčené osoby s cennými papíry vydanými emitentem nebo finančními nástroji odvozenými od těchto cenných papírů. Bližší úpravu hlášení obchodů osob, které se podílely na rozhodování emitenta, pak upravovala vyhláška č. 536/2004 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona o podnikání na kapitálovém trhu v oblasti ochrany proti zneužívání trhu.

⁷ K tomu více ANDERSSON, H. Fighting insider dealing at all costs? – due process aspects on the EU market abuse régime. *Capital Market Law Journal*. 2022, roč. 17, č. 3, s. 197–198. DOI: <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmac001>

⁸ Nařízení Komise (EU) č. 1031/2010 ze dne 12. listopadu 2010 o harmonogramu, správě a jiných aspektech dražeb povolenek na emise skleníkových plynů.

⁹ Co se týče zneužíváním trhu s velkoobchodními energetickými produkty, je právní úprava obdobná MAR obsahem nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1227/2011 ze dne 25. října 2011 o integritě a transparentnosti velkoobchodního trhu s energií (REMIT).

¹⁰ Z české literatury k problematice srov. zejména KOTÁSEK, J. *Ochrana vnitřních informací*. Tribun EU, 2018; ČECH, P., PELIKÁNOVÁ, I. Využívání důvěrných informací na kapitálovém trhu (insider trading). *Právo a podnikání*. 2002, č. 11; ŠPAČKOVÁ, M. Opční akciové plány a vnitřní informace: dopady regulace a možnosti řešení. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2023, roč. 31, č. 1, s. 137–161. DOI: <https://doi.org/10.5817/CPVP2023-1-5>

účely. Základem americké úpravy je Section 16 (a) SEA¹¹ a na něj navazující prováděcí nařízení americké Komise pro cenné papíry¹² (SEC Rule 16a-3). Podle citovaného předpisu jsou vedoucí osoby (*directors, officers*) a klíčoví majitelé cenných papírů (*beneficial holder*)¹³ povinni nejprve nahlásit své jméno a postavení u emitenta, a to v zásadě bez ohledu na to, zda cenné papíry emitenta již vlastní, či ne (tzv. *Initial Statement of Beneficial Ownership of Securities*). Povinné osoby poté hlásí SEC a příslušné burze veškeré obchody s cennými papíry emitenta, a to ve lhůtě dvou pracovních dnů¹⁴ od provedení transakce (*Statement of Changes in Beneficial Ownership*)¹⁵. SEC takto získané údaje publikuje způsobem umožňujícím dálkový přístup, a to do jednoho dne od podání hlášení¹⁶.

Úprava v USA byla vzorem pro tvůrce evropské směrnice o zneužití trhu, resp. její prováděcí směrnice, a následně nařízení MAR. V Evropě se ovšem nepočítá s povinnými odvody zisků zasvěcených osob dosažených v průběhu posledních šesti měsíců (tzv. *short swing profit rule*). Zatímco je reportování tzv. manažerských obchodů v USA nedílně spojeno s odčerpáním zisků, nařízení MAR nic takového nepředpokládá a jím deklarované cíle regulace jsou tedy (nikoliv nevýznamně) jiné.

Tvůrci nařízení MAR (srov. zejména bod 58 preambule) si od transparentností operací prováděných osobami s řídicí pravomocí v rámci emitenta (případně osobami s nimi úzce propojenými) slibují efektivní prevenci proti zneužívání trhu, zejména obchodování zasvěcené osoby. Publikace těchto obchodů, podle nich „*může být, přinejmenším jednotlivě, velmi cenným zdrojem informací pro investory*“. Úplná a řádná transparentnost trhu je pak dle tvůrců nařízení nezbytným „*předpokladem pro důvěru tržních subjektů a zejména důvěru akcionářů společnosti*“. Oznamování obchodů uskutečněných na vlastní účet osobami s řídicí pravomocí v rámci emitenta nebo osobou s nimi úzce propojenou je „*nejen cennou informací pro účastníky trhu, ale také dalším prostředkem kontroly trhu pro příslušné orgány*“. Zvláštní pozornost je v rámci odůvodnění věnována zákazů obchodovat před oznámením finančních zpráv (bod 61 preambule, k tomu blíže kapitola šestá).

¹¹ Securities Exchange Act.

¹² Securities and Exchange Commission (dále „SEC“).

¹³ Beneficial holder je každý vlastník více než desetiprocentního podílu na příslušném druhu cenných papírů emitenta, které jsou registrovány dle Sec. 12 SEA. Z toho jsou vyňati profesionální investoři (banky, obchodníci s cennými papíry, pojišťovny, fondy apod.), pokud podíl nenabyl s cílem vykonávat ve společnosti vliv.

¹⁴ Dvoudenní lhůta byla zavedena až v roce 2002, do té doby postačovalo oznámení do deseti dnů od konce měsíce, v němž transakce proběhla. V reakci na finanční podvody, přijal kongres zákon „Sarbanes-Oxley Act“, který mj. novelizoval i Sec. 16 SEA a lhůtu zkrátil na současné dva pracovní dny. Oznámení musí být podáno elektronicky do informačního systému provozovaného SEC pod názvem „EDGAR“.

¹⁵ Uvedená povinnost přechodně trvá i po ztrátě postavení, které ji založilo (např. při odvolání člena orgánů emitenta). Bývalí reprezentanti emitenta jsou povinni hlásit své obchody ještě po dobu šesti měsíců od ztráty svého postavení.

¹⁶ Totéž pak učiní i emitent. Tuto průběžnou informační povinnost potom doplňuje periodická publicita v „Annual Statement of Beneficial Ownership of Securities“, v němž jsou shrnuty všechny transakce s nástroji emitenta za uplynulý rok a který poskytuje veřejnosti přehled o aktuálním portfoliu.

1.1 Hlášení „manažerských obchodů“ jako prevence před nedovoleným využitím vnitřní informace?

Transparentnost obchodů osob s řídicí pravomocí má dle tvůrců MAR působit jako prevence před nedovoleným využitím vnitřní informace. Z pohledu zasvěcence se zvyšuje riziko odhalení¹⁷ ovšem za podmínky, že zasvěcenec spadá do kategorie osob s řídicí pravomocí a oznámí obchod, který je současně nedovoleným využitím vnitřní informace (čl. 14 MAR). Statistická data, která by potvrzovala preventivní účinek hlášení transakcí dle MAR (či předchozích národních transpozic Směrnice o zneužití z roku 2003) ovšem chybí, takže úvahy jsou hypotetické. Statistika by musela vycházet ze srovnání skutečných (a reprobovaných) zasvěcenceckých transakcí před a po zavedení regulace, což pochopitelně není reálné.

Transparentnost manažerských transakcí podřizuje obchody vyššího managementu „veřejnému dohledu“. Z pohledu zasvěcence zvyšuje riziko odhalení¹⁸. Kontrola je fakticky vykonávána širokou veřejností a médii, jejichž nepřímý tlak na chování příslušného reprezentanta společnosti nelze podceňovat. Jakkoliv je tento závěr spíše intuitivní, lze očekávat, že pod dohledem veřejnosti klesá pokušení protiprávního využití vnitřní informace¹⁹, resp. zasvěcená osoba bude hledat méně okaté způsoby zneužití vnitřní informace.

Publikované informace vedou také k větší senzibilitě širší investorské obce k problematice zneužívání vnitřních informací a k většímu tlaku (investorů a médií) na dohledové orgány.

S preventivním účinkem publikace obchodů osob s řídicí pravomocí ovšem souvisí další, často opomíjený efekt. MAR vymezuje v čl. 7 vnitřní informaci jako informaci „přesné povahy, která nebyla uveřejněna, týká se přímo nebo nepřímo jednoho nebo několika emitentů nebo jednoho nebo několika finančních nástrojů a která, pokud by byla zveřejněna, by pravděpodobně měla významný dopad na ceny těchto finančních nástrojů nebo na ceny souvisejících derivátových finančních nástrojů“. Povinnost oznámit manažerskou transakci není logicky nijak spojena s vnitřní informací: publikační povinnosti sice mají zneužití vnitřní informace předcházet, ale povinná osoba se dopustí deliktu, byť za (neoznámenou) transakcí nestálo reprobované využití vnitřní informace. Transparentnost je vyžadována pro každou transakci, bez ohledu na její motivaci a (od překročení rozhodného prahu²⁰) její hodnotu. Preventivní efekt se tím *de facto* vztahuje i na tzv. *soft informations*, které pro svůj nevýznamný dopad na ceny finančních nástrojů nakonec nejsou klasifikovány jako vnitřní informace, např. z důvodů nedostatečné kurzotvorné relevance.

Transparentnost manažerských obchodů má význam i pro vztahy emitenta s investorskou veřejností: *cum grano salis* je hlídačem věrohodnosti komunikace emitenta s veřejností a nutí management dostát heslu *put your money where your mouth is*.

¹⁷ Srov. také bod 26 preambule směrnice o zneužití, resp. bod 7 preambule prováděcí směrnice.

¹⁸ Srov. také bod 58 preambule MAR, resp. bod 26 u Směrnice o zneužití trhu.

¹⁹ Obdobně DEDEYAN, D. *Regulierung der Unternehmenskommunikation*. Zürich: Schulthess, 2015, s. 776.

²⁰ Více k tomu kapitola 5.3.

1.2 Obchody osob v řídicí pravomocí – indikátor budoucího vývoje?

Druhým deklarovaným cílem MAR je využití efektu manažerských obchodů jakožto indikátoru budoucího vývoje²¹ (srov. text z preambule: „*může být, přinejmenším jednotlivě, velmi cenným zdrojem informací pro investory*“). Průzkumy prováděné v zemích s dlouhodobou regulací manažerských transakcí potvrzují, že vyšší management při obchodech s cennými papíry svého zaměstnavatele dosahuje vyšších zisků než trh obecně²². Starší empirické výzkumy prováděné v USA zejména v souvislosti s nabídkami převzetí prokazují účinnost investičních strategií založených na sledování (napodobování) transakcí jednotlivých „directors“²³ a existují dokonce zvláštní fondy, které mají svou investiční strategii cíleně vybudovanou na kopírování strategie „manažerů“²⁴.

Novější studie v Evropě však úspěšnost následování manažerských transakcí zpochybňují, a zdůrazňují nespolehlivost jejich signálního efektu: výkony stínujících investorů a fondů podle nich jen obtížně překonávají výkonnost samotného trhu²⁵. Vysvětlením jen nevýznamně vyšší úspěšnosti manažerů emitenta má být využití „ziskových šoků“, krátkodobých reakcí na publikaci informace, která navíc nutně nemusí mít povahu informace vnitřní. Jednoznačnější „signální“ efekty manažerské transakce potvrzují výzkumy u těch společností, které se nacházejí před insolvencí²⁶.

Regulační cíl MAR, který míří na indikativní a signální efekty manažerských transakcí, vzbuzuje určité pochybnosti. Důvody jsou nasnadě: pokud tvůrci připouštějí, že obchody osob s řídicí pravomocí mohou představovat „velmi cenný zdroj informací pro investory“, nepřímou tím naznačují, že uvedené transakce nejsou realizovány z legitimních důvodů (např. pro opatření likvidity na soukromou spotřebu, což je pro kapitálový trh samozřejmě zcela irelevantní), nýbrž potenciálně i z důvodů spekulace s nedovoleným využitím vnitřních informací. Využití vnitřní informace ovšem MAR zakazuje a je tak otázkou, zda zmiňovat potenciální indikatorní účinky hlášení manažerských obchodů.

Trvá-li na něm tvůrce nařízení (tím, že uvedené informace považuje potenciálně za „velmi cenný zdroj informací pro investory“), vzbuzuje určitou pochybnost o efektivitě právní úpravy zakazující zneužití vnitřní informace. Zákodárce jakoby veden racionální apatii

²¹ K tomu srov. DICKGIESSER, S. P. F. *Directors' Dealings, Market Efficiency, and Strategic Insider Trading in the German Stock Market*. Dizertační práce. Mnichov: Technische Universität, 2010, s. 83 a násl. Dostupné z: <https://mediatum.ub.tum.de/doc/976227/976227.pdf>

²² Srov. např. MEULBROEK, L. K. An Empirical Analysis of Illegal Insider Trading. *Journal of Finance*. Roč. 47, č. 5, s. 1661 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-6261.1992.tb04679.x>. Výsledky obdobného výzkumu v SRN byly publikovány in RAU, M. *Directors' Dealings am deutschen Aktienmarkt*. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-322-81854-6>

²³ BE'TTIS, C., VICKREY, D., VICKREY, D. W. Mimickers of Corporate Insiders who make Large-Volume Trades. *Financial Analysts Journal*. 1997, roč. 53, č. 5, s. 57–66. DOI: <https://doi.org/10.2469/faj.v53.n5.2118>

²⁴ Dle SPIERING, J. Insidergeschäfte: Wenn Börse handeln. *Euro am Sonntag*. 5. 10. 2003, s. 11.

²⁵ GRUNDELEHNER, W. Erfolglos trotz Insiderwissen. *Neue Zürcher Zeitung*. 2014. Dostupné z: <https://www.nzz.ch/finanzen/erfolglos-trotz-insidervwissen-ld.1076945?reduced=true>

²⁶ Srov. OZKAN, A., POLETTI-HUGHES, J., TRZECIAKIEWICZ, A. Directors' share dealings and corporate insolvencies: evidence from the UK. *The European Journal of Finance*. 2017, roč. 23, č. 5, s. 427–455. DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/1351847X.2015.1040168>

připouští neefektivnost zákazů zasvěcencových transakcí, obtížnost jejich odhalení a s tím související bezradnost zákonodárce i orgánů dohledu. Ve vynucené publikaci manažerských obchodů pak nalézá určitou faktickou (a nepřiznanou) kompenzaci tohoto informačního deficitu: tím, že nutí zasvěcence, aby se o přínosy (zakázané a neodhalené) dispozice s vnitřní informací nepřímou „podělili“ s celým trhem – a to alespoň vnějším projevem jejího využití, který lze napodobit (byť v reálu většinou nevede k většímu investičnímu úspěchu). Tento skeptický náhled potvrzuje zvýšená prodejní či nákupní aktivita manažerů emitenta před publikací negativní či pozitivní zprávy²⁷, která ale v reálu nevede k odhalení zakázané transakce.

Pominout bychom ale neměli vedlejší efekty transparentnosti, která nijak nesouvisí s ochranou před zneužitím trhu. Investorská veřejnost může svým způsobem „parazitovat“ na zkušenostech a znalostech manažerů týkajících se např. příslušného hospodářského odvětví, jeho obecných trendů a panující atmosféry nebo kondice konkurence atp. V těchto případech samozřejmě může jít o „velmi cenný zdroj informací pro investory“, nikoliv však zdroj, který má legitimně na mysli MAR, neboť není cílem právní úpravy, aby část populace tímto způsobem vydávala veřejně všanc své znalosti a investiční strategie.

1.3 Pragmatický přístup investorské veřejnosti a rizika manipulace

Racionální a opatrný investor nebude informační hodnotu tzv. manažerských obchodů přeceňovat. Náhlý prodej významných účastí reprezentantů emitenta sice může jako „kanárek v dole“ signalizovat úpadek emitenta – a naopak větší nákup může být předzvěstí budoucího růstu. Zvláště významný je indikační efekt manažerských obchodů v případech, kdy jsou tyto transakce ve frapantním rozporu s oficiální komunikací emitenta.^{28,29}

Motivace i k masivnímu a panickému výprodeji soukromého portfolia může být ale ryze osobní – manažeri nejsou vždy standardní účastníci sekundárního trhu, nástroje emitenta získávají obvykle za účelem odměny. Jejich obchody nutně nemusí mít vztah k hospodářské situaci emitenta³⁰, mohou být silně personálně podmíněny, a o „indikačním efektu“ transparentnosti pak nemůže být ani řeči.

V publikaci jejich obchodů lze naopak spatřovat rizika: „veřejnost“ transakcí vytváří prostor pro manipulaci, která zneužije „stádní chování“ investorů, jež slepě následují investiční

²⁷ FLEISCHER, H. *Empfiehl es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?* Dostupné z: <https://beckassets.blob.core.windows.net/product/toc/5789/holger-empfiehl-interesse-anlegerschutzes-foerderung-finanzplatzes-deutschland-kapitalmarkt--boersenrecht-9783406493485.pdf>

²⁸ Obdobně DEDEYAN, D. *Regulierung der Unternehmenskommunikation*. Zürich: Schulthess, 2015, s. 772.

²⁹ Srov. KRAAKMAN, R. Disclosure na Corporate Governance: An Overview Essay. In: FERRARINI, G. et al. *Reforming Company and Takeover Law in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 97.

³⁰ Jak plyne z přílohy I prováděcího nařízení Komise (Nařízení 2016/253, kterým se stanoví prováděcí technické normy, pokud jde o formát a vzor pro oznamování a zveřejňování obchodů osob s řídicí pravomocí v souladu s nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 596/2014), není součástí oznámení o transakci sdělení důvodů, proč k transakci došlo. *De lege ferenda* lze proto zvažovat rozšíření obsahu hlášení o uvedení důvodu či motivace transakce. Formulář by v tomto ohledu mohl být vodítkem tím, že by obsahoval katalog obvyklých důvodů pro transakci s cennými papíry emitenta (osobní výdaje, restrukturalizace portfolia, investice do nemovitostí...).

strategie managementu emitenta, případně se pokouší zvrátit negativní očekávání publika cílenými demonstrativními nákupy u korporací v obtížích³¹.

Tyto obavy potvrzují některé publikované studie poukazující na signifikantní kurzovou relevanci manažerských transakcí³² pro celý trh. Nevidí však za ním nedovolené využití vnitřní informace (na které pak bez znalosti konkrétní informace participují méně privilegovaní účastníci trhu prostým následováním managementu emitenta), nýbrž stádní chování investorů a sebenaplňující proctví publikovaných transakcí. Vzniká tak určitý paradox: manažerské obchody nereagují na informace, informace samy vytvářejí.

Z uvedeného můžeme dovodit poměrně skeptický závěr, který zpochybňuje proklamované cíle a záměry MAR: vynucenou publikaci manažerských transakcí nelze legitimně ani empiricky odůvodnit tím, že představuje „velmi cenný zdroj informací pro investory“³³. Pro tento závěr chybí opora jak v právní úpravě (využití vnitřní informace je zakázáno), tak i v „datech“ – signalizační funkci nepotvrzují publikované průzkumy.

V poměrech českého kapitálového trhu navíc signalizační funkci manažerských transakcí devaluje i jiná okolnost: nižší počet ohlášených obchodů. Ten může jen stěží konkurovat vyspělému zahraničí, kde jsou více rozšířené odměny v podobě opčních akciových programů. Z informací publikovaných ČNB na Centrálním úložišti regulovaných informací plyne, že od 2. 3. 2017 do 16. 12. 2022 eviduje ČNB celkem 598 oznámených transakcí, z nichž přitom skoro polovinu (279) představují transakce řídících osob ČEZ, a. s. a téměř čtvrtinu obchody s akciemi Kofola ČeskoSlovensko, a. s. (141). U zbylých emitentů jde pak jen o několik desítek obchodů, v drtivé většině případů jde o transakce fyzických osob.

2 Hlášení manažerských obchodů v konkurenci jiných informačních povinností a zákazů

Hlášení obchodů osob, které se obvykle podílejí na rozhodování emitenta, je třeba striktně odlišit od publikace vnitřní informace podle čl. 17 nařízení MAR. Dle citovaného ustanovení je emitent finančního nástroje povinen uveřejnit každou vnitřní informaci, která se ho „přímo týká“. Transakce osob s řídicí pravomocí tento předpoklad nesplňují. Vzhledem k tomu, že jde o okolnosti, které jsou zpravidla mimo sféru emitenta a týkají se společníků, nemělo by tedy dojít ke kolizi se samostatnou povinností uveřejnit vnitřní informaci³⁴.

³¹ Srov. OZKAN, A., POLETTI-HUGHES, J., TRZECIAKIEWICZ, A. Directors' share dealings and corporate insolvencies: evidence from the UK. *The European Journal of Finance*. 2017, roč. 23, č. 5, s. 427–455. DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/1351847X.2015.1040168>

³² Srov. zejména přehled in OSTERLOH, F. *Directors' Dealings – § 15a WpHG im Vergleich mit den Regelungen in den Vereinigten Staaten von Amerika, Großbritannien sowie der europäischen Marktmissbrauchsrichtlinie unter besonderer Berücksichtigung des persönlichen Anwendungsbereichs*. Dizertační práce. Bonn, 2007, s. 67 a 87. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-52512-6>. K problematice opčních programů viz ŠPAČKOVÁ, M. Opční akciové plány a vnitřní informace: dopady regulace a možnosti řešení. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2023, roč. 31, č. 1, s. 137–161. DOI: <https://doi.org/10.5817/CPVP2023-1-5>

³³ Shodně DEDEYAN, D. *Regulierung der Unternehmenskommunikation*. Zürich: Schulthess, 2015, s. 775.

³⁴ Nehledě na obecně nízkou kurzotvornou relevanci takových údajů.

U řádně ohlášených obchodů by ostatně neexistovala žádná vnitřní informace určená k publikaci, neboť informaci o proběhnuvší transakci uveřejní na svých stránkách samotná ČNB, čímž publikované údaje (pokud vůbec kdy měly kvalitu vnitřní informace) ztratí svou vnitřní povahu.

Hypoteticky přichází v úvahu faktický souběh s informační povinností týkající se významné změny podílů na hlasovacích právech³⁵. Nelze vyloučit, že relevantní podíl na hlasovacích právech bude dosažen transakcí, která má být současně hlášena jako manažerský obchod, neboť dotyčný akcionář je současně osobou s řídicí pravomocí.

Uvedený souběh by ovšem neměl svádět k závěru, že jedno oznámení může nahradit druhé. Oba předpisy (tj. § 122 ZPKT a čl. 19 MAR) se liší skutkovou podstatou, povinnými subjekty, odlišnými lhůtami pro oznámení, jinak formulovanými výjimkami a také právními důsledky. Především je však odlišuje *ratio legis*; každá z publikačních povinností sleduje jiné cíle (informace o podílech na korporaci vs. informace o obchodech potenciálních zasvěcenců) a podle toho je také konstruována. Pravidla pro ohlašování podílů na hlasovacích právech tedy nelze pojímat jako *lex specialis* k obecnému pravidlu o publikaci „manažerských obchodů“ či naopak. Povinná osoba bude informovat samostatně a způsobem předepsaným pro danou publikační povinnost.

Úpravou manažerských transakcí není dotčena úprava zákazu zasvěceneckých obchodů dle čl. 8 a čl. 14 MAR, což ostatně připomíná preambule (bod 59). Stejný názor (byť v kontextu starší úpravy v ZPKT, který transakce zasvěcence zakazoval v § 124) formuloval Nejvyšší správní soud ve známém rozsudku, který se týkal manažera společnosti ČEZ Alana Svobody³⁶: „nabytí nebo zřízení akcie, jíž se týká vnitřní informace, kterou má obviněný k dispozici, je přestupkem i tehdy, pokud toto nabytí nebo zřízení bylo řádně oznámeno Komisi pro cenné papíry. Toto oznámení nemá vůči přestupku podle § 124 odst. 4 písm. a) ZPKT účinky liberační. Slouží spíše k usnadnění dohledu nad osobami, které mohou vnitřními informacemi disponovat.“

NSS k tomuto korektnímu závěru ovšem dodává pozoruhodné konstatování, které koliduje s (tehdejší i současnou) úpravou zneužití vnitřní informace. Podle NSS totiž „... existuje i řada osob, které v organizačních strukturách emitentů cenných papírů zaujímají tak významné postavení, že prakticky neustále disponují nějakými informacemi, které naplňují definici uvedenou v § 124 odst. 1 ZPKT, zvláště pokud jde o emitenta, v němž – vzhledem ke komplikovanosti jeho fungování – prakticky neustále koluje řada vnitřních informací ve smyslu této zákonné definice. Pro osoby v takovém postavení by ustanovení § 124 odst. 4 písm. a) citovaného zákona mělo implikovat, že prakticky vždy disponují nějakou vnitřní informací, takže by prakticky nikdy neměly investiční nástroje emitenta nabývat. Možnost transparentně takové nabytí ohlásit na tom nic nemění.“

Uvedené *obiter dictum* NSS není přesvědčivé. Předně proto, že stejně jako § 124 ZPKT, tak i MAR (v čl. 7), požaduje, aby vnitřní informace měla významný dopad na ceny těchto finančních nástrojů nebo na ceny souvisejících derivátových finančních nástrojů (v ZPKT byl tento kurzotvorný potenciál vnitřní informace vymezen tak, že jde o informaci, jež by mohla „poté, co by se stala veřejně známou, významně ovlivnit kurz nebo výnos tohoto

³⁵ Srov. k tomu § 122 ZPKT.

³⁶ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, sp. zn. 2 Afs 36/2012.

investičního nástroje“. Vnitřní informace musí být emitentem uveřejněna. Představa, že se to u emitenta jen hemží desítkami vnitřních informací, je poněkud přehnaná. Koncepce NSS navíc koliduje s vymezením objektivní a subjektivní stránky deliktu nedovoleného využití vnitřní informace v judikatuře ESD. Ta sice pracuje s podobnou presumpcí, ovšem jen za předpokladu, že vzniklo podezření z deliktu, srov. např. rozhodnutí ve věci *Spector Photo Group NV*, C-45/08.

Závěr, že některé řídicí osoby jsou v podstatě permanentně v postavení zasvěcené osoby, ovšem obstojí, a to i v kontextu aktuální úpravy. Je také v souladu s prováděcím nařízením 2016/237³⁷, které na permanentní zasvěcené osoby pamatuje v rámci vedení seznamu zasvěcených osob. Důsledkem však nebyl (za účinnosti ZPKT) a není (dle MAR) úplný zákaz obchodování tak, jak sugestivně formuloval NSS.

Ustanovení čl. 8 a násl. MAR zavádí pravidla, která brání tomu, aby zasvěcená osoba (či jiná osoba jednající na základě jejího doporučení) zneužila vnitřní informaci k obchodu. Zasvěcené osobě se zakazují transakce s finančními nástroji, doporučování takových transakcí a ukládá se jí povinnost mlčenlivosti. Nejde však o úplný zákaz transakcí. Zasvěcená osoba však může provádět obchody s finančními nástroji pomocí zástupce jednajícího na její účet nebo portfolio manažera za podmínky, že zástupce jedná na základě dříve schváleného transparentního transakčního plánu nebo *portfolio manager* výhradně na základě svého uvážení. Zástupce nebo *portfolio manager* samozřejmě nesmí dostávat investiční doporučení (pokyny) od zasvěcené osoby, mezi vznikem a uveřejněním vnitřní informace platí mezi těmito osobami a zasvěcenou osobou zákaz komunikace³⁸. Manažerská transakce tak někdy bude aprobovaným obchodem zasvěcené osoby (tj. nebude nedovoleným zneužitím vnitřní informace).

3 Povinné osoby

Osoby, které jsou povinny hlásit manažerskou transakci, vymezuje čl. 19 odst. 1 MAR skrze dvě kategorie osob. Primárně je k oznámení transakce povinná osoba s řídicí pravomocí. Druhou skupinu povinných osob tvoří osoby, které jsou s nimi (tj. s osobami s řídicí pravomocí) úzce propojené.

Povinné osoby jsou tedy vymezeny buď svým bezprostředním vztahem k uvedenému emitentovi, nebo odvozeně – poměrem k primárně povinné osobě. Povinnou osobou není emitent (ten se ostatně o příslušných obchodech se svými nástroji teoreticky nemusí vůbec dozvědět, protože je odkázán na aktivitu povinné osoby, která mu obchod hlásí). To platí i pro případné transakce emitenta s vlastními nástroji, např. při odkupu vlastních akcií³⁹.

U zahraničních emitentů je ovšem obvyklé, že manažerské transakce oznamuje na základě plné moci přímo emitent finančního nástroje. Tento postup je možný, povinnou osobou však nadále zůstává příslušný manažer.

³⁷ Prováděcí nařízení Komise (EU) 2016/347, viz pozn. č. 2.

³⁸ Srov. Stanovisko ČNB: Soubor odpovědí na dotazy související s regulací ochrany trhu proti zneužívání trhu a transparentnosti. ČNB [online]. 28. 11. 2018. Dostupné z: <https://www.cnb.cz/cs/dohled-financni-trhu/legislativni-zakladna/stanoviska-k-regulaci-financniho-trhu/RS2018-14>

³⁹ Shodně např. stanovisko německého BaFin: FAQ zu Eigengeschäften von Führungskräften nach Art. 19 der Marktmissbrauchsverordnung (EU) Nr. 596/2014 (7. verze, stav k 7. 11. 2022).

Osoby s řídicí pravomocí vymezuje čl. 3 jako členy „správního, řídicího nebo dozorčího orgánu“ emitenta finančního nástroje. Emitentem je tedy jakákoliv osoba, která emitovala finanční nástroj splňující kritéria čl. 4 odst. 1 bodu 15 směrnice 2014/65/EU (směrnice MIFID) – srov. přílohu C této směrnice⁴⁰. Emitentem může být dále účastník trhu s povolenkami na emise nebo emitent jiného subjektu uvedeného v čl. 19 odst. 10 MAR (tj. dražební platformy, dražitelé a subjekty sledující dražby, pokud jsou zapojené do dražeb pořádaných podle nařízení 1031/2010).

Status povinné osoby pro účely čl. 19, tj. pro účely manažerských transakcí, však (bez ohledu na to, zda jde o primárně či sekundárně zasvěcené osoby) vyžaduje, aby finanční nástroje emitenta byly obchodovány na regulovaném trhu (anebo o to emitent požádal). Dle čl. 19 odst. 4 MAR dopadá působnost úpravy i na emitenty, jejichž nástroje jsou či na žádost emitenta mají být obchodovány v mnohostranném obchodním systému (Multilateral Trading Facility, MTF) nebo emitent schválil zařazení nástroje organizovaného obchodního systému (Organised Trading Facility, OTF).

V českých poměrech to znamená, že úprava manažerských obchodů dopadá i na osoby působící u emitentů (resp. osoby s nimi úzce propojené), jejichž nástroje jsou obchodovány na Free Market Burzy cenných papírů Praha či na Volném trhu burzy RM-System. Jde o segmenty mnohostranného obchodního systému, tedy trhu s investičními nástroji organizovaného burzami dle § 69 ZPKT. Povinnou osobou bude ovšem standardně člen voleného orgánu emitenta akcií či dluhopisů, které jsou obchodovány na regulovaném trhu.

Krom toho mezi primární povinné osoby (v postavení řídicí osoby) patří vedoucí pracovníci, kteří nejsou členy exekutivních či dozorčích orgánů, ale mají a) pravidelný přístup k vnitřním informacím týkajícím se přímo nebo nepřímo emitenta a současně b) disponují pravomocí činit řídicí rozhodnutí, která ovlivňují budoucí vývoj a obchodní vyhlídky emitenta (srov. čl. 3 bod 25 MAR). Obvykle půjde o vysoce postavené manažery (CEO, CFO atp.).

Z již zmíněného přehledu transakcí publikovaných ČNB na Centrálním úložišti regulovaných informací plyne (za období od 2. 3. 2017 do 16. 12. 2022), že drtivá většina transakcí byla provedena osobou s řídicí pravomocí.

Sekundární povinné osoby jsou vymezeny svým vztahem k primární povinné osobě – jsou s ní „úzce propojené“. Definiční ustanovení čl. 3 MAR stanoví, že jde o manžela, manželku či partnera, vyživované dítě, příbuzného, který s primární povinnou osobou žil nejméně po dobu jednoho roku před uskutečněním obchodu ve společné domácnosti.

Povinnou osobou je konečně také právnická osoba či svěřenský fond, ve které řídicí funkce vykonává některá z výše uvedených osob (primárně či sekundárně povinných), nebo které a) tyto osoby alespoň nepřímo ovládají, b) byly zřízeny v jejich prospěch nebo c) jejich ekonomické zájmy „v podstatě“ odpovídají jejich ekonomickým zájmům. Okruh povinných osob je v zásadě v souladu s řešením, které vycházelo ze Směrnice o zneužití trhu⁴¹.

⁴⁰ S ohledem na rozsah a zaměření příspěvku (hlášení manažerských transakcí se týká omezeného počtu finančních nástrojů) autor blíže nerozebírá status emitenta a povahu jím emitovaných finančních nástrojů.

⁴¹ V německém právu obdobně STÜBER, K. Directors' Dealings nach der Marktmissbrauchsverordnung. *Deutsches Steuerrecht*. 2016, s. 1222.

Emitent musí mít přehled o povinných osobách. Písemně oznámí osobám s řídicí pravomocí jejich povinnosti vyplývající z čl. 19 MAR a současně sestaví seznam veškerých osob s řídicí pravomocí a osob, jež jsou s nimi v úzce propojené.

Stejně jako u vedoucích osob bude třeba i u členů dozorčích orgánů vyřešit otázku, zda jejich oznamovací povinnost trvá i po ztrátě postavení, které oznamovací povinnost založilo (např. po účinnosti odvolání valnou hromadou). Tvůrci MAR se v tomto ohledu nenechali inspirovat řešením v USA⁴² a nepředpokládají žádnou „karanténní“ lhůtu po ztrátě statusu vedoucí osoby, v níž by měl ex-reprezentant emitenta hlásit své obchody s cennými papíry bývalého zaměstnavatele⁴³. Pro takové řešení lze argumentovat např. tím, že ztrátou pozice v rámci emitenta sice reprezentant přišel o kontakt s vnitřními informacemi, na druhou stranu zvláště u transakcí provedených brzy po opuštění emitenta nelze vyloučit využití relativně starších, ale stále „živých“ vnitřních informací – zvláště významné je to tam, kde došlo k odkladu publikace vnitřní informace dle čl. 17 MAR.

Jak ale připomíná Sethe (který je proti rozšíření této povinnosti na bývalé reprezentanty a členy dozorčích orgánů), je pravděpodobné, že transakce těchto osob budou spočívat na jiných motivech, než je využití vnitřních informací (zvláště při nedobrovolném opuštění emitenta)⁴⁴. S tím lze souhlasit, publikace takových transakcí může přispět spíše ke zmatení veřejnosti než k větší transparentnosti.

Interpretačních obtíží generuje nová úprava i tak více než dost. Řadu otázek a pochybností vyvolává rozšíření povinných osob o mimostojící subjekty, tj. osoby s nimi propojené. Oznamovací povinnost tak stíhá osoby, od kterých nemůžeme žádat profesionalitu legitimně očekávanou u členů statutárních a dozorčích orgánů obchodní korporace. Nákup relevantních cenných papírů neprofesionálním zákazníkem je přitom podstatně jednodušší než plnění oznamovací povinnosti emitentovi a ČNB v relativně krátké lhůtě tří dnů na předepsaném formuláři.

V minulosti se proto objevil návrh, aby za uvedené osoby plnily oznamovací povinnost právě osoby s řídicí pravomocí, když přeci právě kvůli možnému retušování jejich vlastních transakcí byl okruh povinných osob rozšířen (na osoby, které k nim mají určitou osobní vazbu⁴⁵). Přenos oznamovací povinnosti o transakcích blízkých osob na reprezentanta společnosti některé právní řády v minulosti upravovaly.

I to má však své úskalí. Ti rodinní příslušníci, kteří např. činí své vlastní samostatné transakce s cennými papíry emitenta (např. dvacetiletý syn člena představenstva studující vysokou školu), totiž nemusí vedoucí osobu („tatínka“) informovat o svých vlastních operacích. V takovém případě by k příslušnému oznámení nakonec, a to nikoliv vinou reprezentanta společnosti, nedošlo.

Ustanovení čl. 19 odst. 5 MAR ukládá osobám s řídicí pravomocí, aby písemně oznámily osobám, jež jsou s nimi úzce propojené, jejich povinnosti vyplývající z regulace manažerských

⁴² Sec. 16-b SEA.

⁴³ Viz k tomu kapitulu první.

⁴⁴ SETHE, R. In: ASSMANN, H. SCHNEIDER, U. *Wertpapierhandelsgesetz*. 4. vyd. Köln: C. H. Beck, 2005, s. 637.

⁴⁵ FLEISCHER, H. Directors' Dealings. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2002, č. 8, s. 1226.

transakcí, a ponechají si kopii tohoto oznámení. Suchý jazyk nařízení poněkud zastírá komičnost celé situace. Primárně povinná osoba má provést jakési „proškolení“ blízkých osob – a dokonce o něm musí mít písemné potvrzení.

Úvahy *de lege ferenda* plédující pro redukci povinných osob jsou limitovány tím, že povinné osoby vymezuje přímo evropské nařízení. Oprávněnost těchto návrhů prokázají až další zkušenosti s plněním oznamovacích povinností „úzce propojených“ osob a zejména zhodnocení přínosu oznamování jejich transakcí. Limity a nebezpečí (pře)regulace ilustrativně shrnuje Knurs: „*how far into the ambit of outside legal person the disclosure obligation, the core purpose of which is to increase transparency on inside managers' transactions, may be extended, without causing inefficiencies in the information economics of managerial disclosures and without imposing an overly inclusive disclosure regime which would restrict the integrity of outside actors in a financial market context.*“⁴⁶

Jak jsem již uvedl, výčet povinných osob nekončí jen u osob blízkých. Z podobných důvodů jako u předchozí skupiny rozšířil čl. 3 MAR okruh povinných osob i na vybrané osoby právnické, svěřenské fondy a „společenství“. Způsob úpravy připomíná jadernou řetězovou reakci. Oznamovací povinnost se bude vztahovat také na právnické osoby (fondy a společenství), ve kterých jsou všechny ostatní povinné osoby (tj. osoby s řídicí pravomocí a osoby s nimi spojené) v postavení řídicí osoby.

Vysvětleno na příkladu s manželkou člena představenstva emitenta, jehož akcie se obchodují na regulovaném trhu (např. BCPP). Pokud manželka působí jako jednatelka společnosti s ručením omezeným, bude ohlašovací povinnost dopadat i na tuto obchodní korporaci, samozřejmě za podmínky, že splňuje další kvalitativní a kvantitativní podmínky stanovené MAR pro příslušné obchody.

Tím ale „řetězová reakce“ nekončí: povinnosti hlásit manažerské transakce neuniknou dle čl. 3 bodu 26 písm. b) ani právnické osoby (a také fondy a jakákoliv společenství), v nichž jsou „povinné osoby“ ovládajícími osobami či se jejich ekonomické zájmy v podstatné míře shodují s ekonomickými zájmy „povinných osob“, případně byly zřízeny v jejich prospěch.

Na první pohled je patrné, k jaké extenzi ve vymezení povinných osob tím došlo. V některých případech se může negativně projevit na postavení rodinných příslušníků, vedoucích osob či členů dozorčích orgánů. Pro kariérní postup mezi řídicí osoby může být překážkou právě skutečnost, že s angažováním tohoto rodinného příslušníka může být potenciálně spojena oznamovací povinnost o transakcích s papíry emitenta.

Nejde přitom o nějakou překvapivou novinku, tuto úpravu předpokládala i Směrnice o zneužití. Praxe orgánů dohledu v členských státech ukazuje, že dopady extenzivní úpravy byly tradičně regulovány konsekventně restriktivním výkladem. Ten jako regulační olovené tyče v reaktoru minimalizoval rozsah „řetězové reakce“ vyvolané příliš širokou formulací třetí skupiny povinných osob⁴⁷.

⁴⁶ DELL'ERBA, M. In: VENTORUZZO, M., MOCK, S. (eds.). *Market Abuse regulation*. London: Oxford University Press, 2017, s. 410.

⁴⁷ Tento zužující přístup je patrný i z doporučení CESR: The Committee of European Securities Regulators, Advice on the Second Set of Level 2 Implementing Measures for the Market Abuse Directive (CESR/03-212c) z roku 2003. Z textu doporučení vyplývá mj. následující: „*Furthermore, all trusts, companies or other legal persons are subject to the disclosure requirements, if a person discharging managerial responsibilities within an issuer, or a person closely associated with him, has the power to manage its business or to materially influence its management decisions.*“

Za příklad dle starší úpravy vycházející z obdobného ustanovení Směrnice o zneužití může posloužit výklad německého dohledového orgánu (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BaFin), který pro zařazení do okruhu povinných osob v těchto případech mj. vyžadoval alespoň padesátiprocentní podíl povinné osoby na hlasovacích právech dotčené právnické osoby⁴⁸.

Podobné „regulační tyče“ budou namíště i při interpretaci okruhu povinných osob dle čl. 19 MAR. Vrátime-li se k příkladu s manželkou člena představenstva emitenta, můžeme konstatovat, že právnická osoba bude povinna hlásit transakce tam, kde manželka jako „osoba úzce propojená“ působí v jejím statutárním orgánu. Jak tomu však bude tam, kde je „pouze“ vedoucím pracovníkem, který nemá jakýkoliv vliv na investiční rozhodnutí emitenta (působí např. jako ředitelka HR)? Východiskem může být opět dokument ESMA⁴⁹, který navrhuje zužující výklad v tom směru, že obchody právnických osob (a svěřenských fondů) mají být hlášeny jen tam, kde osoba s řídicí pravomocí, případně osoba s ní úzce propojená v dané osobě skutečně rozhodují o nákupu finančních nástrojů, resp. jej ovlivňují. Tím samozřejmě není dotčena úprava v čl. 3 bod 26 písm. c) *in fine* – povinnost hlášení se však týká právnické osoby, kterou by manželka přímo či nepřímo ovládala, tato osoba byla zřízena v její prospěch či ekonomické zájmy manželky by byly konsonantní se zájmy této korporace. K tomuto zužujícímu výkladu se hlásí německý BaFin ve svém „Emittentenleitfaden“⁵⁰.

Obdobnou výkladovou redukcí zvolil BaFin u právnických osob, které jsou založeny za veřejně prospěšným či dobročinným účelem. V uvedené příručce pro emitenty vychází z faktu, že osoby s řídicí pravomocí u těchto typů právnických osob „nemohou mít ze společnosti nebo instituce významný hospodářský prospěch vzhledem k jejímu neziskovému statusu“. Nemají proto vůbec spadat do okruhu povinných osob.

4 Modely právní úpravy

Tvůrcům MAR se u manažerských transakcí nabízely čtyři potenciální modely právní úpravy: dvě řešení ultimativní (povolení manažerských transakcí bez ohlašovací povinnosti, nebo naopak jejich úplný zákaz), *pretrading disclosure* (předobchodní oznamovací povinnost) nebo *posttrading disclosure*⁵¹ (oznamovací povinnost po provedení transakce). Tvůrci MAR zvolili poslední model. Úplné uvolnění transakcí bez informační povinnosti bylo nemyslitelné a popřelo by dosavadní genezi právní úpravy; transparentnost manažerských obchodů požadovala již předchozí úprava ve Směrnici o zneužití. Věcně jde o jeden z pilířů regulace.

⁴⁸ Srov. tzv. Emittentenleitfaden (příručka pro emitenty). Dostupné z: http://www.bafin.de/schreiben/89_2005/emittentenleitfaden.pdf

⁴⁹ ESMA Questions and Answers On the Market Abuse Regulation (ESMA70-145-111), Q7.7. Dostupné z: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-111_qa_on_mar.pdf

⁵⁰ Dostupné z: https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Emittentenleitfaden/Modul3/Kapitel2/Kapitel2_1/Kapitel2_1_2/kapitel2_1_2_node.html

⁵¹ Viz blíže MAUME, P., KELLNER, M. Directors' Dealings unter der EU-Marktmisbrauchsverordnung. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*. 2017, s. 279. DOI: <https://doi.org/10.1515/zgr-2017-0011>

Naproti tomu úplný zákaz transakcí by byl stěžejí akceptovatelný z pohledu ústavních limitů (čl. 26 Listiny), navíc by bránil některým standardním a efektivním způsobům odměny managementu (opční akciové programy), což by znevýhodnilo emitenty kótované na evropských trzích.

Potenciálně se nabízela varianta *pretrading disclosure*, v níž se oznamuje již pouhý záměr učinit transakci s příslušnými nástroji emitenta. Asi nejznámějším jejím proponentem je J. M. Fried⁵². Zavedení předobchodní oznamovací povinnosti bylo diskutováno např. v rámci novely německé úpravy s nemalým počtem hlasů pro tuto variantu⁵³. Návrhy byly tradičně zpochybňovány s tím, že od příslušného manažera nelze žádat, aby již oznámenou transakci také skutečně provedl, což by jej znevýhodňovalo oproti jiným investorům v tom, že by trh mohl na publikovaný záměr dopředu reagovat úpravou ceny. Navíc by se vytvořil prostor pro manipulaci kapitálového trhu – cílenou publikací „potěmkinovských“ transakcí, které by nakonec reprezentantem emitenta nebyly provedeny⁵⁴.

S předobchodní transparentností je spojena další otázka: musela by řídicí osoba transakci realizovat v souladu se svým oznámením? Založí její oznámení kontraktační povinnost? Musí povinná osoba dostát svému reportu a dokončit (zatím jen anticipovanou) transakci? Maume s Kellnerem v povinnosti provést obchod nespaturují nepřiměřenou tvrdost, či dokonce protiústavnost: argumentují hodnotově tím, že podobně „tvrdého“ řešení lze dosáhnout v rámci smluvního práva. Autoři ovšem navrhuji, aby pro případ „nedokončení“ oznámeného obchodu byly stanoveny nižší pokuty.

Dalším problematickým důsledkem *pretrading disclosure* je možnost manipulace trhem informací o plánovaném obchodu. Taková praktika (tj. spekulativní storno s cílem využít manipulativního vlivu informace o zamýšlené transakci) je ale stejně zakázána v rámci obecného zákazu manipulace.

Případné zrušení plánované transakce může navíc – byť to není dvakrát pravděpodobné – kolidovat s úpravou zákazu využít vnitřní informace: za obchodování zasvěcené osoby se totiž dle čl. 8 odst. 1 věta druhá MAR považuje také využití vnitřní informace ke zrušení nebo změně pokynu týkajícího se finančního nástroje, jehož se informace týká, pokud byl tento pokyn zadán předtím, než dotyčná osoba vnitřní informaci získala.

5 Oznamované obchody

5.1 Obchodované nástroje

Primární limitace oznamovací povinnosti je krom vymezení povinné osoby a emitenta dána typem relevantního nástroje, který emitent vydal. Nařízení MAR vymezuje dvě skupiny

⁵² FRIED, J. M. Reducing the Profitability of Corporate Insider Trading Through Pretrading Disclosure (1998). *S. Cal. L. Rev.* 1998, roč. 71, s. 303–392. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=1461>

⁵³ Viz blíže MAUME, P., KELLNER, M. Directors' Dealings unter der EU-Marktmisbrauchverordnung. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.* 2017, s. 281. DOI: <https://doi.org/10.1515/zgr-2017-0011>

⁵⁴ V Německu šlo o případy „Intershop“ „ComROAD“, srov. např. http://www.schoene-historische-wertpapiere.de/aktienbetrug_historische_wertpapiere.html

nástrojů. Povinnost informovat o transakcích na vlastní účet se předně vztahuje na emitentovy akcie, dluhové nástroje, případně k jejich derivátům a dalším finančním nástrojům, které jsou s nimi spojeny. Druhou skupinu pak tvoří u účastníků trhu s povolenkami na emise obchody vztahující se k emisním povolenkám a souvisejícím produktům (srov. čl. 19 odst. 1 písm. b) MAR). U první uvedené skupiny lze jen uvítat zúžení okruhu dotčených nástrojů; úprava se rozumně koncentruje na ty veřejně obchodované (burza, MTF, OTF⁵⁵) typy cenných papírů či odvozené finanční nástroje, které bezprostředně odrážejí ekonomický vývoj společnosti a umožňují profit ze (zakázaných) zasvěcencových transakcí.

Pro definici relevantního nástroje je určující vymezení v čl. 3 odst. 1 finančního nástroje, které odkazuje na úpravu ve směrnici MiFID II⁵⁶. Zajímavou otázkou je zde transakce s cennými papíry kolektivního investování a indexovými či košovými nástroji, pokud tyto finanční nástroje (fond, index, koš) zahrnují akcie či dluhové nástroje emitenta. ESMA navrhuje výklad, dle kterého se uvedené nástroje považují za „spojené“ s akciemi či dluhovými nástroji emitenta za podmínky, že jejich podíl činí v okamžiku transakce alespoň 20 % a osoba s řídicí pravomocí či jiná povinná osoba věděla či vědět mohla, jak vysoký tento podíl je: *„index-related product, a basket and a share/unit of investment funds (AIFM and UCITS) shall be deemed as a financial instrument linked to the issuer's shares or debt instruments only when the weight carried by the issuer's shares and/or debt financial instruments in the composition of the index, basket or investment fund is 20% or more of the total composition of the index-related product, basket or investment fund, at the time of the transaction.“*⁵⁷ Určení prahové hodnoty je nutné; u většiny finančních nástrojů kolektivního investování či košových a indexových produktů bychom dovedli „spojení“ s nástroji emitenta, což by vedlo k zahlcení orgánů dohledu přívalem oznámení o manažerských transakcích⁵⁸ a informačnímu šumu plného falešných signálů.

5.2 Oznamované transakce

Čl. 19 odst. 1 MAR se vztahuje na „obchody“, čímž by z povahy věci neměl založit oznamovací povinnost nabytí cenných papírů a finančních nástrojů v důsledku univerzální

⁵⁵ V souladu s čl. 4 odst. 1 MAR organizátoři regulovaných trhů, obchodníci s cennými papíry, organizátoři mnohostranných obchodních systémů nebo organizovaných obchodních systémů oznámí bezodkladně České národní bance finanční nástroj, pro nějž byla předložena žádost o přijetí k obchodování v jejich obchodním systému, jež byl přijat k obchodování nebo s nímž je obchodováno poprvé. České národní bance oznámí i finanční nástroje, které již nejsou obchodovány nebo již nejsou přijaty k obchodování (pokud tento údaj neplyne z dřívějšího oznámení. Česká národní banka technickou část procesu oznamování delegovala na Evropský orgán pro cenné papíry a trhy (*Financial Instruments Reference Data System* – systém FIRDS), který vede seznam takto oznámených finančních nástrojů (srov. blíže Soubor odpovědí na dotazy související s regulací ochrany trhu proti zneužívání trhu a transparentnosti. ČNB [online]. 28. 11. 2018. Dostupné z: <https://www.cnb.cz/cs/dohled-financni-trh/legislativni-zakladna/stanoviska-k-regulaci-financniho-trhu/RS2018-14/>

⁵⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/65/EU ze dne 15. května 2014 o trzích finančních nástrojů (MiFID II).

⁵⁷ Srov. čl. 5.4 ESMA's draft technical advice on possible delegated acts concerning the Market Abuse Regulation. *ESMA* [online]. ESMA/2014/808, 11. 7. 2014. Dostupné z: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/esma_2014-808_consultation_paper_u_on_mar_draft_technical_advice_0.pdf

⁵⁸ RITZ, ESMA Level 2 – Vorschläge zu Eigengeschäften von Führungskräften (director's dealings) und Insiderlisten. *Recht der Finanzinstrumente*. 2016, s. 267.

sukcese – typicky děděním⁵⁹ či nabytí finančního nástroje v rámci přeměny emitenta (kdy se nemění podstata finančního nástroje). Jak však uvidíme níže, je řešení zcela jiné.

Transakce s příslušnými nástroji může spočívat v různém právním jednání povinných osob. Třebaže v praxi bude obvyklé nabytí či převod na základě kupní smlouvy, nelze vyloučit ani uzavření směnné či darovací smlouvy, smlouvy o zajišťovacím převodu práva nebo zápůjčky. Čl. 19 odst. 7 tyto transakce upravuje detailně a zahrnuje mezi ně i některé obchody realizované v rámci životního pojištění.

U darů nepanovala názorová jednota již při schvalování Směrnice o zneužití. Proti zavedení povinnosti oznamovat dary cenných papírů či odvozených finančních nástrojů bylo argumentováno tím, že informace o těchto operacích nemají žádnou hodnotu pro investorskou veřejnost a navíc nespočívají na aktivním jednání povinné osoby⁶⁰. Jednoznačné stanovisko v tomto aspektu neměla ani evropská Komise⁶¹ (ovšem pouze v situacích, kdy byla povinná osoba příjemcem daru).

Textace čl. 19 („každý obchod“) svědčí spíše pro závěr, že oznamovány mají být i dary příslušných nástrojů, a to bez ohledu na to, kdo je dárcem a obdarovaným. Hypoteticky nelze vyloučit možnost, že by informace např. o darování většího balíku akcií členem představenstva byla relevantním signálem pro veřejnost. Jako příklad je v odborné literatuře⁶² uváděno darování akcií nadaci s tím, že zřizovatelem byla založena nezczizitelnost nadačního jmění (trh by tím byl mj. informován o tom, že příslušný balík velmi pravděpodobně nebude již předmětem dalších obchodů a snižuje tedy tzv. *free-float*).

Je potom otázkou, zda si pro tyto případy nevystačíme s oznamovací povinností o podílech na hlasovacích právech dle ZPKT. Na druhou stranu ale platí, že oznamování tzv. manažerských obchodů má být mj. také efektivní prevencí proti nedovolenému využití vnitřních informací. Informace o daru cenných papírů emitenta či odvozených finančních nástrojů v situaci, kdy dárcem je povinná osoba, právě takovou funkci sehrává. Reprezentant společnosti by unikl oznamovací povinnosti a tedy i případné pozornosti orgánů dohledu simulováním daru dotčených nástrojů třetí osobě (jakkoliv je z ekonomického pohledu taková transakce nepravděpodobná).

Určité pochybnosti o smyslu právní úpravy, resp. výkladu zahrnující i darování, však zůstávají, a to zejména v případě, kdy je příjemcem daru povinná osoba anebo v situaci, kdy je darovací smlouva uzavřena mezi povinnými osobami (typicky mezi rodinnými příslušníky).

⁵⁹ Opačně ale bod 95 recitálu a čl. V.V a ESMA's draft technical advice on possible delegated acts concerning the Market Abuse Regulation. *ESMA* [online]. ESMA/2014/808, 11. 7. 2014. Dostupné z: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/esma_2014-808_consultation_paper_u_on_mar_draft_technical_advice_0.pdf. Z textu návrh plyne mj. následující: „*The term acquisition also includes, among others, transactions where the PDMR or the closely associated person does not play an active role in the investment decision, such as gifts, inheritances and donations received by a PDMR or a closely associated person. Similarly, the term disposal should encompass any donation or gift by a PDMR or a closely associated person.*“

⁶⁰ ERKENS, M. Directors' Dealings nach neuem WpHG. *Der Konzern*. 2005, č. 1, s. 35.

⁶¹ Srov. k tomu CESR: The Comitee of European Securities Regulators, Advice on the Second Set of Level 2 Implementing Measures for the Market Abuse Directive (CESR/03-212c), pozn. č. 38.

⁶² SETHE, R. In: ASSMANN, H. SCHNEIER, U. *Wertpapierhandelsgesetz*. 4. vyd. Köln: C. H. Beck, 2005, s. 655.

Ve druhém jmenovaném případě zůstávají dotčené nástroje ve stejné sféře (z hlediska regulace manažerských transakcí).

Jasnější je situace u podmíněných obchodů. Čl. 10 prováděcího nařízení Komise 2016/522 (srov. čl. 19 odst. 14 MAR) definitivně vyřešil otázku, zda je třeba hlásit uzavření obchodů s odkládací podmínkou, nebo až realizaci obchodu po nastoupení podmínky. Pro oznamovací povinnost je rozhodná druhá událost, nevyžaduje se tedy dvojí oznámení (čl. 10 odst. 2 nařízení 2016/522). Text prováděcího nařízení sice druhy podmínek (odkládací, rozvazovací) nijak nerozlišuje, z preambule (bod 30) ale plyne, že míří na podmínky odkládací („*Ve vztahu k podmíněným obchodům vzniká oznamovací povinnost v případě, že nastane dotčená podmínka nebo podmínky, tedy v okamžiku, kdy k dotčenému obchodu skutečně dojde*“)⁶³.

Jednoznačná je situace u transakcí, které na účet povinného učinila třetí osoba na základě volné úvahy při obhospodařování majetku zákazníka (portfolio management). Ohlašovací povinnost dopadá i na obchody, na které neměla příslušná osoba žádný vliv, tj. nedala k obchodu pokyn, podnět či doporučení. ČNB se k této otázce vyjádřila již dříve v kontextu tehdejší národní právní úpravy, tj. v souvislosti s aplikací § 125 odst. 5 ZPKT ve znění po novele provedené zák. č. 230/2009 Sb. (znění citovaného ustanovení odpovídá čl. 19 odst. 1 v MAR: v českém předpisu šlo o transakce, které osoba „učinila na vlastní účet“, v MAR „obchod uskutečněný na jejich vlastní účet“)⁶⁴. V kontextu MAR stejný závěr potvrzuje preambule nařízení (čl. 58 MAR) a také samotný čl. 19 odst. 7, který zahrnuje i obchody, které portfolio manager provádí dle vlastního uvážení.

Ustanovení čl. 19 odst. 14 MAR zmocňuje Komisi k vydání prováděcího nařízení k určení druhů transakcí, které podléhají oznamovací povinnosti. Komise tak učinila v roce 2016⁶⁵. Z bodu 28 preambule plyne, že cílem Komise bylo co nejširší vymezení obchodů: „Povinnost oznamovat obchody prováděné osobami s řídicí pravomocí nebo osobou s nimi úzce propojenou se vztahuje na široké spektrum operací a zahrnuje každý obchod provedený na vlastní účet. Je proto vhodné určit široký demonstrativní výčet konkrétních druhů

⁶³ Shodně POELZIG, D. Die Neuregelung der Offenlegungsvorschriften durch Marktmissbrauchsverordnung. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2016, s. 768.

⁶⁴ Stanovisko České národní banky, ID RS2009-02, dostupné z: <https://www.cnb.cz/cs/dohled-financni-trh/legislativni-zakladna/stanoviska-k-regulaci-financniho-trhu/RS2009-02>. ČNB ve svém stanovisku argumentuje změnou dikce § 125 odst. 5 ZPKT. Dle ČNB „*oznámení transakcí uskutečněných v rámci portfolio managementu, byť k nim došlo bez jakéhokoliv vlivu osoby s řídicí pravomocí, je vedeno potřebou zajistit dostatečnou tržní transparentitu. Informace o obchodování s investičním nástrojem pro ostatní účastníky trhu by mohla být deformována, pokud by osoba s řídicí pravomocí např. oznámila nabytí akcií, poté je svěřila obchodníkovi s cennými papíry do obhospodařování a ten je prodal už bez oznámení. Veřejnost by byla v mylném domnění, že osoba s řídicí pravomocí akcie stále drží. Další důvodem je posílení prevence před zneužíváním vnitřních informací.*“ Požadavek na širší plnění oznamovací povinnosti, tj. ohledně všech transakcí uskutečněných v rámci portfolio managementu pro osobu s řídicí pravomocí, podle ČNB vyplývá zřetelně i ze zákona o podnikání na kapitálovém trhu, po změně provedené zákonem č. 230/2009 Sb. Dřívější formulace, podle níž osoby s řídicí pravomocí zasílaly ČNB oznámení o transakci, „*kterou učinily na vlastní účet*“, se od 1. 8. 2009 změnila tak, že předmětem oznamování je každá transakce, „*která byla učiněna na jejich účet*“.

⁶⁵ Nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) 2016/522 ze dne 17. prosince 2015, kterým se doplňuje nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 596/2014, pokud jde o výjimku pro některé veřejné orgány a centrální banky třetích zemí, ukazatele manipulace s trhem, prahové hodnoty pro zveřejnění, příslušný orgán pro oznamování odložení zveřejnění, povolování obchodů během uzavřeného období a druhy obchodů osob s řídicí pravomocí podléhající oznamovací povinnosti.

obchodů, pro něž platí oznamovací povinnost. Tím by se mělo nejen usnadnit dosažení plné transparentnosti obchodů ze strany osob s řídicí pravomocí a osob, jež jsou s nimi úzce propojeny, ale také zmírnit riziko obcházení oznamovací povinnosti prostřednictvím určení konkrétních druhů obchodů podléhajících oznamovací povinnosti.“

V souladu s tímto záměrem čl. 10 vymezuje obchody podléhající oznamovací povinnosti tak, že do nich spadají „standardní transakce“, tj. koupě, prodej, úpis či výměna, včetně akciových opcí, derivátové nástroje, ale také poskytnuté nebo přijaté dary či přijaté dědictví⁶⁶ či transakce portfolio manažera. Hlásit je tak třeba i nabytí vyměnitelného či prioritního dluhopisu a poté nabytí akcie (pokud se vlastník příslušného dluhopisu rozhodl akcií získat). Oznamovací povinnosti podléhá také upsání nové akcie při zvýšení základního kapitálu (uskutečněním transakce je zde zápis do listiny upisovatelů)⁶⁷.

5.3 Vynětí bagatelních transakcí

Třetím limitem je rozsah obchodů. Podobně jako Směrnice o zneužití, i MAR pracuje s výjimkou *de minimis*. Oznamovací povinnost nevzniká, jestliže transakce povinné osoby nepřesáhnou v jednom kalendářním roce hodnotu 5 000 €. Úprava vychází z toho, že podlimitní transakce mají jen malou vypovídací hodnotu a potenciál zneužití vnitřní informace, a nemělo by proto smysl zatěžovat povinné osoby oznamovací povinností. Absence bagatelní hranice by se mohla naopak projevit negativně: záplavou publikovaných banálních transakcí, ve kterých by se veřejnost jen nelehko orientovala.

Limit platí absolutně a povinná osoba nemůže provést *netting*, tzn. vzájemně započítat nákupní a prodejní transakce jednoho titulu a hlásit jen „výsledek“⁶⁸. Hranice se pro každou povinnou osobu stanoví samostatně za daný kalendářní rok. Transakce osoby s řídicí pravomocí se nesčítají s obchody propojených osob.

Pozitivně lze hodnotit zavedení lhůty jednoho kalendářního roku, na kterou je hranice 5 000 € vázána. Odpadají tak výkladové obtíže, které řešíme při výkladu podlimitních veřejných nabídek u prospektů. Transakce jednotlivých povinných osob se pro účely určení, zda došlo k překonání prahové hodnoty 5 000 €, sčítají.

Problematické může být určení hodnoty transakce v situacích, kde dochází ke směně. Hodnota nástroje, který je protiplněním, se v takovém případě stanoví podle kurzu na regulovaném trhu; to je samozřejmě možné jen tehdy, pokud je na tomto trhu nástroj skutečně obchodován. Pokud tomu tak není, musí být hodnota věcně zdůvodněna. Pokud došlo

⁶⁶ Což je novinka oproti dřívější úpravě, srov. POELZIG, D. *Kapitalmarktrecht*. Mnichov: C. H. Beck, 2018, s. 279. DOI: <https://doi.org/10.17104/9783406730818>

⁶⁷ Oznámení o obchodu osoby s řídicí pravomocí podle čl. 19 MAR je zasláno prostřednictvím elektronického formuláře, jehož struktura je uvedena v příloze č. 13 Vyhlášky ČNB č. 234/2009 Sb. Elektronický formulář obsahuje zejména jedinečnou identifikaci informace, případně jedinečnou identifikaci původní informace a obsah a důvody oprav, identifikaci osoby emitenta, identifikaci osoby oznamovatele, vztah oznamovatele k emitentovi, detaily transakce, včetně identifikace investičního nástroje, kontaktní údaje oznamovatele, doplňující informace a případně identifikaci kontaktní osoby.

⁶⁸ Shodně POELZIG, D. *Kapitalmarktrecht*. Mnichov: C. H. Beck, 2018, s. 280. DOI: <https://doi.org/10.17104/9783406730818>

ke směně a ohodnocení nástroje na základě kurzu regulovaného trhu, případně ke věcnému zdůvodnění protihodnoty, je třeba to v oznámení manažerské transakce uvést v režimu doplňující informace.

MAR nepředpokládá dodatečné hlášení všech obchodů realizovaných před dosažením kritické hranice. Vzhledem k časovému odstupu, v praxi může jít téměř o rok, bude informační hodnota takového oznámení v mnoha případech rovna nule. Na rozdíl od starší úpravy vycházející ze směrnice je tedy hlášena pouze ta transakce, jíž byl překročen stanovený limit, jakož i všechny transakce navazující – nikoliv zpětně veškeré obchody s dotčenými nástroji. Limit 5 000 € platí pro všechny transakce povinné osoby bez ohledu na to, s jakým nástrojem bylo obchodováno. Bagatelní hranice tedy není počítána pro příslušný druh nástroje (např. jen pro vybraný druh akcií), ale počítá se kumulovaně: z hodnoty všech transakcí se všemi akciemi, dluhovými nástroji a jejich deriváty.

Hranice 5 000 € může být orgánem dohledu zvýšena až na hranici 20 000 €, v SRN tak učinil BaFin s účinností od 1. 1. 2020 a podobně práh zvýšila řada států ze starších členských zemí⁶⁹. ČNB ke zvýšení limitu zatím nepřistoupila. Snad se toho dočkáme v budoucnu, protože základní hranice je nastavena i s ohledem na sčítací princip poměrně nízko.

6 Zákaz obchodů během uzavřených období (*closed periods*)

Nařízení MAR zakazuje v čl. 19 odst. 11 osobě s řídicí pravomocí, aby se přímo ani nepřímo podílela „na obchodech na svůj vlastní účet či na účet třetí strany v souvislosti s akciemi či dluhovými nástroji emitenta nebo deriváty či jinými s nimi souvisejícími finančními nástroji“. Tento zákaz neplatí všeobecně: dopadá pouze na transakce v určitém předem daném období (tzv. *closed periods*). Jde o 30 kalendářních dnů před oznámením průběžné finanční zprávy nebo výroční zprávy, kterou je emitent povinen uveřejnit v souladu s pravidly příslušného obchodního systému (typicky burzovního řádu) či vnitrostátními předpisy (v českém prostředí srov. § 21a zákona o účetnictví; § 118 ZPKT).

Ustanovení jedenáctého odstavce MAR vyvolává tři otázky: 1) Vztahuje se zákaz i na obdobně relevantní publikace vnitřních informací (*ad-hoc* publicity)? 2) Platí zákaz také pro osoby, které jsou s osobou s řídicí pravomocí úzce propojené? 3) Na které zprávy (krom publikace účetních závěrek) úprava dopadá?

Odpověď na první otázku není komplikovaná, neboť MAR žádnou povinnost pro jiné publikované údaje nezavádí, třebaže by to bylo v souladu s cíli regulace: vytvořit efektivní preventivní nástroj předcházející zneužití vnitřní informace. Důvodem limitace pouze na periodické zprávy bude zejména praktická nemožnost určit rozhodnou lhůtu pro *closed periods* u informací publikovaných *ad-hoc*. Publikace vnitřní informace dle čl. 17 MAR má být co možná nejrychlejší (srov. výraz „co nejdříve“ v čl. 17 odst. 1 MAR) reakcí emitenta, který zjistí existenci vnitřní informace, jež se jej přímo týká. Jde o povinnost, u které lze

⁶⁹ Přehled těchto zemí, které využily možnost zvýšení bagatelní hranice, publikuje ESMA na svých stránkách. Dostupné z: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-1020_-_list_of_thresholds_increased_pursuant_to_mar_article_199.pdf

ale dopředu těžko odhadnout, kdy a jak často v průběhu roku emitentovi vznikne, neboť je pojmově spojena právě s existencí vnitřní informace. S určitou nadsázkou můžeme konstatovat, že zákon u tohoto druhu informací stejně upravuje specifickou *closed period*: plyne ze zákazu využití vnitřní informace dle čl. 8 MAR.

Bez obtíží bude odpověď na druhou otázku. Vymezení povinné osoby v čl. 19 je jednoznačné a explicitní. Úprava dopadá výhradně na osoby s řídicí pravomocí, a nikoliv osoby jí blízké. Opačný náhled, který dovozuje v německé doktríně Krause, je spíše výsledkem přehlédnutí a citovaný autor jej blíže nezdůvodnil⁷⁰.

Nejsložitější je odpověď na otázku třetí: na jaké „zprávy“ úprava vlastně dopadá? Otázka má velkou praktickou relevanci. Pokud někteří emitenti publikují kvartální zprávy, znamená to pro osoby s řídicí pravomocí v podstatě pět měsíců „období sucha“ – možnost zobchodovat klíčové nástroje emitenta je až na výjimky zaměstnaneckých odměňovacích mechanismů dle čl. 19 odst. 12⁷¹ velmi limitovaná.

Čl. 19 odst. 11 se bez pochybností vztahuje na výroční zprávy a pololetní zprávy, uveřejňované do 3 měsíců po uplynutí prvních 6 měsíců účetního období.

Komplikovanější je to u zpráv publikovaných v menších intervalech v průběhu roku. Např. Burzovní pravidla Burzy cenných papírů Praha vyžadují u emitentů, jejichž nástroje jsou obchodovány na elitním Prime Market⁷², vyhotovení „mezitímních zpráv“ (příčemž z přílohy z Burzovních pravidel je patrné, že tato zpráva se zpracovává každé čtvrtletí).

Český překlad MAR pracuje s pojmem „průběžné finanční zprávy“. V německém znění jde o *Zwischenbericht* (tj. mezitímní zprávu), v anglickém *interim financial reports*. Restriktivní výklad pojmu „mezitímní zprávy“ navrhuje K. Stüber, která argumentuje reálným obsahem kvartálních zpráv – v německém kontextu jde o zprávy vyžadované v § 51a Burzovního řádu Frankfurtské burzy cenných papírů (*Börsenordnung für die Frankfurter Wertpapierbörse*, dále jen FWB-BO)⁷³ pro prémiový trh. K. Stüber zde navrhuje výkladovou redukci tak, aby se do rozhodných zpráv (které vyžadují předchozí třicetidenní „obchodní abstinenci“ u osob s řídicí pravomocí), nezahrnovaly ty kvartální.

⁷⁰ Blíže KRAUSE, H. Kapitalmarktrechtliche Compliance: neue Pflichten und drastisch verschärfte Sanktionen nach der EU-Marktmisbrauchverordnung. *Corporate Compliance Zeitschrift*. 2014, s. 257, který implicitně dovozuje, že *closed periods* platí i pro osoby úzce propojené s osobou s řídicí pravomocí (nahestehende Personen).

⁷¹ Toto zvláštní rozvolnění *closed periods* umožňuje Nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) 2016/522 ze dne 17. prosince 2015, kterým se doplňuje nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 596/2014, pokud jde o výjimku pro některé veřejné orgány a centrální banky třetích zemí, ukazatele manipulace s trhem, prahové hodnoty pro zveřejnění, příslušný orgán pro oznamování odložení zveřejnění, povolování obchodů během uzavřeného období a druhy obchodů osob s řídicí pravomocí podléhající oznamovací povinnosti. Čl. 12 citovaného nařízení u zaměstnaneckých odměňovacích programů umožňuje zavedení výjimky ze zákazu obchodování. Předpokladem je formální krok ze strany emitenta, který osobě s řídicí pravomocí v rámci emitenta může povolit obchody během uzavřeného období na svůj vlastní účet či na účet třetí strany. Tato diskrece předpokládá naplnění řad podmínek, zejména nastavení určitého „odměňovacího automatismu“, kdy finanční nástroje osoba s řídicí pravomocí získává bez možnosti zasahovat do nabytí na základě vlastního uvážení.

⁷² Srov. Burzovní pravidla, část VI. *Prague Stock Exchange* [online]. Dostupné z: https://www.pse.cz/userfiles/related_documents/cs/PSE-Podminky-prijeti-akcii-Prime.pdf

⁷³ STÜBER, K. Directors' Dealings nach der Marktmisbrauchverordnung. *Deutsches Steuerrecht*. 2016, s. 1221.

V kontextu německé právní úpravy přitom argumentuje účelově: obsahem kvartálních zpráv, který zdaleka nemá dosahovat standardů výroční a pololetní zprávy a jejich významu pro investorskou veřejnost: „Ze sdělení burzy o povinném obsahu čtvrtletního výkazu, má obsah zprávy orientačně vycházet z mezitímního výkazu podle § 37x WpHG (staršího znění). Její obsah však nemusí být dostatečný, pokud jde o dosud požadované informace. Čtvrtletní zpráva poskytuje přehled o obchodních aktivitách emitenta v období, na které se zpráva vztahuje, a navazuje na informace ve výroční finanční zprávě a pololetní finanční zprávě. Má postačovat čistě popisná prezentace a údaje, zejména není nutná rozvaha ani výkaz zisku a ztráty. Vzhledem k těmto kvalitativním odlišnostem od mezitímní závěrky se zejména v literatuře k zákonu o auditorech uvádí, že taková čtvrtletní závěrka není ani přezkoumatelná auditorem, protože pro ni neexistují žádné auditorské standardy. Více důvodů tedy svědčí pro závěr, že uzavřené období se netýká zveřejnění čtvrtletní závěrky podle § 51a BörsO FWB, protože nejde o povinnou součást účetního výkaznictví.“

Proti tomu však stojí stanovisko založené na cílech právní úpravy (vyloučení osoby s řídicí pravomocí z obchodování před publikací potenciálně významných informací předtím, než informace bude moci absorbovat trh) a reálném obsahu zprávy⁷⁴. Aktuální úprava je v SRN pro trh *Prime Standard* obsažena v ustanovení § 53 FWB-BO, dle kterého informace obsažená ve kvartálních zprávách „umožňují posoudit, jak se podnikání emitenta vyvíjí. Informace musí umožnit posouzení vývoje podnikání emitenta v období, na které se zpráva vztahuje. Čtvrtletní výkaz zahrnuje významné události a transakce, které se týkají období v podnikání emitenta a jejich vliv na finanční situaci emitenta a finanční výsledky emitenta za dané období.“⁷⁵

Nepříznivé konsekvence z pohledu povinných osob (jak jsem uvedl výše, potenciálně jde až o pět měsíců vynucené obchodní pasivity) zmírňuje čl. 19 odst. 12 MAR, resp. prováděcí nařízení, která dávají emitentovi možnost udělit povinné osobě výjimku ze zákazu obchodování. Emitent rozhodne buď na základě individuální výjimky (výjimečné okolnosti, např. závažné finanční potíže), nebo s ohledem na povahu daného obchodování (typicky u zaměstnaneckých odměňovacích mechanismů).

Bližší předpoklady udělení výjimky upravuje Nařízení Komise 2016/522. Obecné podmínky MAR dále doplňuje tak, že osoba s řídicí pravomocí musí prokázat, že daný obchod nelze uskutečnit mimo uzavřené období, neboť neexistuje přiměřená alternativa, jak získat finanční prostředky. Emitent je oprávněn povolit okamžitý prodej akcií pouze v případě, že lze považovat okolnosti takového obchodu za výjimečné: jsou mimořádně naléhavé, neočekávané a přesvědčivé, jejich příčina je mimo osobu s řídicí pravomocí a tato osoba nad nimi nemá žádnou kontrolu.

Závěry

- 1) Evropské nařízení o zneužití trhu (MAR) upravuje tzv. manažerské transakce. Osobám s řídicí pravomocí zakazuje obchodování v uzavřených obdobích a současně jim

⁷⁴ Srov. MAUME, P., KELLNER, M. Director's Dealings unter der EU-Marktmisbrauchsverordnung. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*. 2017, č. 3, s. 294. DOI: <https://doi.org/10.1515/zgr-2017-0011>

⁷⁵ Srov. § 53 odst. 2 FWB-BO. Dostupné z: <https://www.xetra.com/resource/blob/35136/0d465defe02486256756161f86764543/data/2022-06-13-Boersenordnung-fuer-die-frankfurter-wertpapierboerse.pdf>

ukládá, aby hlásily příslušnému orgánu své transakce s finančními nástroji emitenta. Deklarované cíle právní úpravy nejsou konzistentní. Tvůrci nařízení si od transparentnosti obchodů vyššího managementu slibují lepší prevenci před zneužitím vnitřních informací a současně mají za to, že tyto obchody mají signální efekt pro investorskou veřejnost. Preventivní účinky ovšem nepotvrzují žádné studie a signální účinky jsou buď zcela odmítány, zpochybňovány nebo limitovány na specifické situace (korporace v obtížích). V poměrech českého kapitálového trhu signalizační funkci devaluje nízký počet hlášených obchodů, resp. limitovaný počet emitentů.

- 2) Publicitu manažerských transakcí je třeba striktně odlišit od publikace vnitřní informace podle čl. 17 MAR nebo informační povinností týkající se významné změny podílů na hlasovacích právech dle ZPKT. Souběh nelze vyloučit: relevantní podíl na hlasovacích právech může být dosažen transakcí, která má být současně hlášena jako manažerský obchod, neboť dotyčný akcionář je současně osobou s řídicí pravomocí, resp. s ním spojenou osobou.
- 3) Zasvěcené osoby (a to i tzv. permanentně zasvěcené osoby) mohou za podmínek stanovených v nařízení obchodovat s nástroji emitenta. Příkladem může být obchodování portfolio manažera či transakce konané na základě dokumentovaných transakčních plánů.
- 4) Povinné osoby jsou vymezeny buď svým bezprostředním vztahem k uvedenému emitentovi, nebo odvozeně – poměrem k primárně povinné osobě. Úprava sekundárně povinných osob v MAR vede k pochybnostem, neboť významně rozšiřuje okruh povinných osob o mimostojící subjekty (rodinní příslušníci, další právnické osoby). Praxe orgánů dohledu v členských státech ukazuje, že dopady extenzivní úpravy jsou moderovány konsekventně restriktivním výkladem. Totéž potvrzují i stanoviska ESMA. Příkladem může být zužující výklad „ovládání“ právnické osoby či požadavek na kvalifikované působení povinné osoby jako řídicí osoby jiného subjektu (vyžaduje se podíl na rozhodování o investicích) anebo úplné vyloučení právnických osob založených za veřejně prospěšným či dobročinným účelem. Ve všech případech se argumentuje cíli právní úpravy, která má učinit transparentními transakce s potenciálem zneužití vnitřní informace.
- 5) Z modelů právní úpravy manažerských transakcí tvůrci MAR zvolili standardní řešení v podobě *posttrading disclosure* (oznamovací povinnost po provedení transakce). Primární limitace oznamovací povinnosti je krom vymezení povinné osoby a emitenta dána typem relevantního nástroje, který emitent vydal. V souvislosti s vymezením hlášených transakcí vzniká několik nejasností. Spornou otázkou je zařazení cenných papírů kolektivního investování a indexových či košových nástrojů, pokud tyto finanční nástroje (fond, index, koš) zahrnují akcie či dluhové nástroje emitenta. Praxe ukazuje jednak potřebu zavedení prahových hodnot, jednak nutnost, aby povinná osoba věděla či vědět mohla, jak vysoký tento podíl je. Důsledky striktního přístupu nejsou akceptovatelné, neboť u nástrojů kolektivního investování či košových a indexových produktů bychom často dovodili „spojení“ s nástroji renomovaného emitenta. Právně-politicky

sporné je i zahrnutí darů, na které úprava MAR dopadá: informace o těchto operacích nemají žádnou hodnotu pro investorskou veřejnost, navíc nespočívají na aktivním jednání povinné osoby. V případě, kdy je příjemcem daru povinná osoba, anebo v situaci, kdy je darovací smlouva uzavřena mezi povinnými osobami (typicky mezi rodinnými příslušníky), oslabuje se informační význam transakce. Ohlašovací povinnost dopadá i na obchody, na které neměla příslušná osoba žádný vliv, tj. nedala k obchodu pokyn, podnět či doporučení (obchody, které portfolio manager provádí dle vlastního uvážení). Mezi oznamované transakce spadá úpis akcie či nabytí vyměnitelného či prioritního dluhopisu (a následné nabytí akcie).

- 6) Úprava vychází z toho, že podlimitní transakce (s kumulovanou hodnotou pod 5 000 €, případně 20 000 €) mají jen malou vypovídací hodnotu a potenciál zneužití vnitřní informace. Úprava nepředpokládá *netting*, tzn. vzájemně zápočet investičních a dezinvestičních obchodů. Problematické ale může být určení hodnoty transakce v situacích, kde dochází ke směně. Hodnota nástroje, který je protiplněním, se v takovém případě stanoví podle kurzu na regulovaném trhu; to je samozřejmě možné jen tehdy, pokud je na tomto trhu nástroj skutečně obchodován. Pokud tomu tak není, musí být hodnota věcně zdůvodněna. Limit 5 000 € platí pro všechny transakce povinné osoby v rozhodném období – bez ohledu na to, s jakým nástrojem bylo obchodováno. Bagatelní hranice tedy není počítána pro příslušný druh nástroje (např. jen pro vybraný druh akcie), ale počítá se kumulovaně pro veškeré stanovené nástroje. ČR zatím nepřistoupila ke zvýšení bagatelního prahu.
- 7) Nařízení MAR zakazuje v čl. 19 odst. 11 transakce v určitém předem daném období (tzv. *closed periods*) před publikací některých periodických finančních zpráv. Důvodem limitace pouze na periodické zprávy bude zejména praktická nemožnost určit rozhodnou lhůtu pro *closed periods* u informací publikovaných *ad-hoc*. Zákaz obchodování dopadá výhradně na osoby s řídicí pravomocí, a nikoliv osoby jí blízké. Není zcela jasné, na jaké „zprávy“ úprava dopadá – zda se týká i práv publikovaných v menších intervalech v průběhu roku (typicky čtvrtletní zprávy). Proti zužujícímu výkladu, který je navrhován v SRN, stojí stanovisko založené na cílech právní úpravy (vyloučení osoby s řídicí pravomocí z obchodování před publikací potenciálně významných informací předtím, než informace bude moci absorbovat trh) a reálném obsahu zpráv a jeho významu pro kapitálový trh. Pokud čtvrtletní výkaz zahrnuje významné události a transakce, které se týkají období v podnikání emitenta a jejich vlivu na finanční situaci emitenta a jeho finanční výsledky za dané období, je jejich zahrnutí do okruhu relevantních zpráv legitimní. Nepříznivé a právně-politicky sporné konsekvence z pohledu povinných osob (až pět měsíců obchodní pasivity) zmírňuje čl. 19 odst. 12 MAR, resp. prováděcí nařízení, která dávají emitentovi možnost udělit povinné osobě výjimku ze zákazu obchodování.

Opční akciové plány a vnitřní informace: dopady regulace a možnosti řešení*

Stock Option Plans and Insider Information: Regulatory Implications and Solutions

Michala Špačková**

Abstrakt

Príspevok sa zabyvá aplikačným dopadom vybraných pravidiel z oblasti transparence kapitálového trhu a jeho ochrany před nedovoleným nakládáním s vnitřními informacemi v kontextu akciových opčních programů používaných emitenty finančních nástrojů k odměňování vybraných osob (reprezentantů exekutivy a vrcholných manažerů společnosti) formou umožnění nabytí účasti na společnosti. Předmětem příspěvku je rovněž zkoumání konkrétních opatření napomáhajících vyvážení požadavku rovného přístupu všech investorů k tržně relevantním informacím na straně jedné a potřeby nastavení funkčních odměňovacích schémat plnících motivační roli na straně druhé. Příspěvek dospívá k závěru, že zkoumaná veřejnoprávní pravidla nelze chápat jen jako faktickou překážku využívání kompenzací spojených s nabytím vlastnického práva k akciím, ale rovněž jako podnět pro parametrické nastavení opčních programů umožňující minimalizovat některá negativa, jež se s tímto kompenzačním nástrojem obvykle pojí.

Klíčová slova

Akciové opční plány pro reprezentanty exekutivy; odměňování; transparentnost; kapitálový trh; vnitřní informace; manažerské obchody; zasvěcenec, zasvěcenecké obchodování.

Abstract

The paper deals with the application impact of selected rules of capital market transparency and the protection against illegal dealing with inside information in the context of stock option programs used by issuers of financial instruments to remunerate selected persons (executive representatives and top managers of the company) in the form of enabling the acquisition of shares in the company. The goal of this paper is also the examination of specific measures enabling the balance of the requirement of equal access of all investors to market-relevant information on the one hand and the need to set up functional remuneration schemes fulfilling a motivational role on the other. It comes to the conclusion, that the investigated public law rules cannot be understood only as a factual obstacle to the use of compensations associated with the acquisition of ownership rights to shares, but also as an incentive for the parametric setting of option programs, enabling to minimize some of the negatives usually associated with this compensation tool.

* Tento příspěvek vznikl v rámci projektu specifického výzkumu Nástroje odměňování se zvláštním zřetelem k cenným papírům (MUNI/A/1290/2021).

** JUDr. Michala Špačková, Ph.D., Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Commercial Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: michala.spackova@law.muni.cz / ORCID: 0000-0001-9897-3326 / Scopus ID: 57670553400

Keywords

Stock Options Plans for Executives; Remuneration; Transparency; Capital Market; Inside Information; Managers' Transactions; Insider; Insider Dealing.

Úvod

Pobídka k nákupu finančních nástrojů na kapitálovém trhu je obvykle spojována s očekáváním růstu jejich hodnoty. Jako stimul k pozitivnímu cenovému vývoji mohou sloužit též akciové opční programy umožňující vybraným osobám nabytí akcií emitenta za zvýhodněných podmínek. S ohledem na svoji konstrukci jsou opční akciové programy určené zejména reprezentantům exekutivy a vedoucím zaměstnancům, tedy osobám, které mají přímou možnost ovlivnit svými rozhodnutími hospodářské výsledky společnosti. Tyto beneficienty lze současně kategorizovat i jako primární zasloučníky, kteří při nabývání a zcizování finančních nástrojů emitenta podléhají zvláštnímu režimu. Přímou aplikovatelná regulace představovaná nařízením o zneužití trhu (*Market abuse regulation*, dále též „MAR“)¹ těmto osobám zakazuje využít vnitřní informace za účelem obchodování s finančním nástrojem emitenta (*insider dealing*).² Pro beneficienty z řad řídicích osob rovněž stanoví zvláštní povinnost uveřejnit uskutečněné manažerské obchody s finančními nástroji emitenta (*directors dealing*).³

Nařízení o zneužití trhu je však významné nejen z pohledu odměňovaných osob, ale též z pohledu emitentů finančních nástrojů v souvislosti s plněním jejich *ad-hoc* informačních povinností. Rozhodnutí o odměňování členů výkonných orgánů či zaměstnanců společnosti prostřednictvím akcií totiž může představovat událost s kurzotvornou relevancí, a za předpokladu splnění všech dalších definičních znaků vnitřní informace dle čl. 7 MAR, vzniká povinnost takovou skutečnost uveřejnit.

Obě skupiny regulatorních omezení adresovaných jak emitentům finančních nástrojů, tak odměňovaným osobám, sledují primárně veřejný zájem na fungujícím kapitálovém trhu garantujícím rovnocenné podmínky všem jeho účastníkům (*level playing field*). Fungující kapitálový trh těšící se důvěře investorů je jedním z významných nástrojů kapitalizace obchodních korporací, proto by mělo dodržování pravidel korelovat se zájmy emitentů nabízejících na tomto trhu finanční nástroje. Je však otázkou, zda v případě, že se emitent rozhodne povzbudit efektivitu své podnikatelské činnosti spuštěním akciového opčního programu, nedostává do rozporu snaha o udržení si zájmu obou skupin stakeholderů. Na jedné straně totiž můžeme v nabízení akciových opcí identifikovat úsilí o povzbuzení správců korporace k co největšímu výkonu (a potenciálně i k větší atraktivitě emitovaných finančních nástrojů), na druhé straně je však základním výchozím předpokladem jakékoliv transakce prostřednictvím veřejného trhu důvěra investorů, kterou je nutné udržovat mj. právě i důsledným dodržováním množství regulatorních požadavků.

¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 596/2014 ze dne 16. dubna 2014 o zneužívání trhu (nařízení o zneužívání trhu) a o zrušení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/6/ES a směrnice Komise 2003/124/ES, 2003/125/ES a 2004/72/ES.

² Čl. 8 odst. 1 ve spojení s čl. 14 písm. a) MAR.

³ Čl. 19 MAR.

Předmětem tohoto příspěvku je proto zkoumání možných aplikačních dopadů regulace na ochranu před zneužíváním trhu na transakce realizované v kontextu akciových opčních programů. V případě identifikace aplikačních limitů vyplývající ze zkoumané regulace je pak praktickým cílem tohoto příspěvku nabídnout možnosti řešení těchto dopadů, a to prostřednictvím nastavení jednotlivých parametrů akciového opčního programu tak, aby byly v souladu s požadavky příslušné regulace.

1 Opční motivační plány jako forma kompenzace

Akciové opční plány představují jeden z nejrozšířenějších a historicky nejstarších způsobů ekvitního odměňování (*equity-based incentive compensation*). Vzhledem k pestrosti v praxi se vyskytujících modalit odměňování na bázi nabytí podílu na společnosti, či majetkové hodnoty tento podíl reflektující, nepřekvapí absence univerzálně přijímané definice. Alespoň pro určité základní přiblížení a pochopení institutu lze (s vědomím určitého zjednodušení) ekvitní nástroje odměňování vymezit jako nenárokové formy variabilního odměňování spojeného s nepeněžitou odměnou ve formě účasti na programech umožňujících nabytí účastnických cenných papírů, případně umožnění participace na alternativách takových programů, jejichž prostřednictvím jsou beneficianti odměňováni jakýmkoliv jiným právem na získání účastnických cenných papírů, eventuálně jsou odměňováni na základě pohybu ceny účastnických cenných papírů, aniž by se stali jejich vlastníky.⁴

Systémy odměňování pracujících s odměnami na bázi poskytnutí akcií, práv k jejich nabytí, či finančních kompenzací reflektujících vývoj hodnoty akcií, jsou obvykle spojovány s premisou pozitivní motivace jejich beneficiantů k řádnému výkonu činnosti odrážející se v predikovaném zvýšení efektivity fungování společnosti v souladu s ekonomickým zájmem akcionářů (koncept *shareholder value*) a budování pocitu (spolu)vlastnictví korporace (filosofie *ownership mindset*). Vedle plošně působících programů určeným všem zaměstnancům společnosti (např. plány přidělování zaměstnaneckých akcií nebo granty *restricted stock units*) lze identifikovat i nástroje zacílené na odměňování členů exekutivy a dalších klíčových osob podílejících se na řízení společnosti. Kromě motivačního efektu spojeného se spekulací ohledně nárůstu hodnoty akcií jako typického bazického instrumentu je dalším očekávaným přínosem akciových opčních programů konvergence zájmů pána a správce korporace jako řešení problému zastoupení (*agency problem*) pomocí redukce nákladů zastoupení (*agency costs*).⁵

Praktické zkušenosti nicméně naznačují, že zkoumané odměňovací nástroje nejsou spojeny pouze s pozitivy. Excesivní výše odměn, podstupování nepřiměřeného rizika s cílem dosažení co nejvyšších zisků za co nejkratší období, ředění stávající akcionářské struktury, *ex post* snížení původní realizační ceny nerentabilní opce cestou přecenění opcí, antedatování, či problém „černého pasažéra“ jsou pouze ukázkou problémů, jejichž společným

⁴ Srov. Doporučení Komise ze dne 14. prosince 2004 o podpoře vhodného systému odměňování členů správních orgánů společností kótovaných na burze (2004/913/ES).

⁵ JENSEN, M. C., MECKLING, W.H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*. 1976, roč. 3, č. 4, s. 5–7. DOI: [https://doi.org/10.1016/0304-405X\(76\)90026-X](https://doi.org/10.1016/0304-405X(76)90026-X)

jménovatelem je snaha o maximalizaci vlastního profitu odměňovaných osob bez recipročního zvýšení produktivity (*rent seeking*).⁶ Zaslíbené obchodování představuje další z možných rizik spojených s realizací opčních programů. Zákaz tohoto jednání je konstruován normativně, stejně jako povinnost uveřejnit vnitřní informace, za které lze za určitých předpokladů označit též informace o opčních programech.

2 *Ad-hoc* informační povinnost a vnitřní informace o opčním programu

Dle hypotézy efektivního kapitálového trhu (*efficient capital market hypothesis*) je kapitálový trh informačně efektivní tehdy, odráží-li tržní ceny (kurs jednotlivých investičních nástrojů) v jakémkoliv okamžiku v plné míře veškeré veřejně dostupné informace o obchodovaném aktivu.⁷ Esenciálním předpokladem naplnění alokační efektivity trhu je dostupnost tržně relevantních informací zajišťující účastníkům kapitálového trhu rovný přístup k informacím (*equal access theory*). V důsledku publikace tržně relevantních informací by dle teoretických očekávání mělo dojít ke korekci kurzu cenných papírů a nalezení nového ekvilibria reflektujícího nové skutečnosti.⁸ Požadavek informační parity by měl současně působit jako preventivní nástroj v boji proti nekalým praktikám představovaným zneužitím trhu (*insider dealing*) ze strany zaslíbených osob⁹, neboť obligatorní publikace vnitřní informace „*zmužuje okerub potenciálních zaslíbených a omezuje také dobu, v níž může dojít ke zneužití informace*“.¹⁰

Zmíněné úvahy se promítají i do právní regulace reprezentované nařízením o zneužití trhu, jež ukládá ve svém čl. 17 odst. 1 emitentům finančních nástrojů povinnost uveřejnit tzv. vnitřní informace, které se jich přímo týkají, přičemž k uveřejnění vnitřní informace musí dojít v zájmu vyrovnání informační asymetrie jednotlivých účastníků trhu co nejdříve.

Implementace akciových opčních programů má dle teoretických předpokladů vést nejen ke zvýšení motivace odměňovaných osob, ale (ve svém důsledku) též ke zvýšení tržní hodnoty účastnických cenných papírů emitenta. Předmětem dalších úvah je proto otázka, zda lze informace týkající se akciového opčního programu kvalifikovat jako vnitřní informace

⁶ Srov. např. GORDON, J.N. Executive Compensation: If There's a Problem, What's the Remedy? The Case for "Compensation Discussion and Analysis". *Journal of Corporation Law*. 2006, s. 113–114; HALL, B. J., MURPHY, K. J. The Trouble With Stock Options. *Journal of Economic Perspectives*. 2003, č. 3, s. 2; BEBCHUK, L., FRIED, J. *Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, s. 137; z domácích autorů pak např. HOLEŠÍNSKÝ, P., ŠURMANOVÁ, M. Opční akciové programy. *Právní rádce*. 2007, č. 3, s. 24, či HURYCHOVÁ, K. *Odměňování exekutivy akciových společností*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, s. 29; KOTÁSEK, J. Insider trading jako odměna pro management? In: *Sborník příspěvků z mezinárodní konference studentů doktorského studijního programu „obchodní právo“ Masarykovy univerzity „Ekonomické aspekty právní úpravy a jejího výkladu“*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 166.

⁷ Jedná se o tzv. středně-silnou teorii efektivních kapitálových trhů. K jednotlivým teoriím blíže viz FAMA, E. The Behavior of stock market. *The Journal of Business*. 1965, roč. 38, č. 1, s. 34–105. DOI: <https://doi.org/10.1086/294743>

⁸ PAYNE, J. Disclosure of Inside Information. *Oxford Legal Studies Research Paper*. 2019, č. 8, s. 3. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3244401

⁹ K pojmu „zaslíbená osoba“ blíže viz kapitolu č. 4 *Zákaz zaslíbené obchodování a realizace opčních programů*.

¹⁰ KOTÁSEK, J. In: KOTÁSEK, J., POKORNÁ, J., RABAN, P. a kol. *Kurs obchodního práva. Právo cenných papírů*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 7 a 28.

podléhající obligatorně publikaci ze strany emitenta. Předpokladem kladného zjištění je naplnění všech definičních znaků vnitřní informace ve smyslu čl. 7 odst. 1 písm. a) MAR, tedy informace, která: *a) je přesná, b) není veřejně známá, c) týká se přímo nebo nepřímo jednoho nebo několika emitentů finančního nástroje nebo jednoho nebo několika finančních nástrojů, a d) měla by poté, co by se stala veřejně známou, pravděpodobně významný dopad na ceny těchto finančních nástrojů nebo na ceny souvisejících derivátových finančních nástrojů.*

2.1 Přesná informace

Dle zpřesňujícího výkladu obsaženého v čl. 7 odst. 2 věta první MAR se informace považuje za informaci přesné povahy, „*pokud je jejím obsahem souborná okolnost, který existuje nebo u něhož lze důvodně očekávat, že vznikne, nebo událost, která nastala nebo u níž lze důvodně očekávat, že nastane, pokud je konkrétní natolik, že umožňuje vyvozovat závěry týkající se možného vlivu tohoto souborné okolnosti nebo události na ceny finančních nástrojů nebo souvisejících derivátových finančních nástrojů, souvisejících spotových komoditních smluv nebo dražených produktů založených na povolenkách na emise.*“ Při zkoumání přesné povahy informace je dále nutné zohlednit judikaturu Soudního dvora, dle které nelze požadovanou preciznost informace ztotožňovat s exaktností či znalostí konkrétního výsledku. Určitost je nutná v takové míře, aby bylo možné učinit určitý závěr o dopadech informace na trh. Znalost emitenta, v jakém směru se informace projeví na cenách obchodovaných aktiv poté, co bude uveřejněna, tedy není požadována.¹¹ Za vnitřní informace nelze naopak považovat informace obecné či vágní, na jejichž základě nelze jakkoliv predikovat vývoj kurzu finančního nástroje.

S ohledem na uvedený výklad pojmu přesnosti nelze dle mého názoru za vnitřní informace považovat údaje o akciovém programu existujícím pouze v podobě záměru poskytnout jako jednu z komponent odměny akcie společnosti, aniž jsou vyjasněny základní parametry takového plánu. Mezi ty lze zařadit například úpravu otázek, jaké konkrétní bazické instrumenty lze nabýt, v jakém objemu, jakým způsobem, které kategorie osob mohou na programu participovat, jaká bude výše opční prémie a realizační ceny či jakým způsobem bude program financován. Do vyjasnění záměru a jeho „vykrytalizování“ do podoby akciového opčního programu s konkrétními parametry nelze činit závěry o dopadech na kapitálový trh.

Při posuzování podmínky přesnosti naopak není dle mého názoru na překážku skutečnost, že opce je spojena s potestativní podmínkou, a tedy i prvkem nejistoty ohledně rozhodnutí oprávněného. To je činěno na základě spekulativního posouzení, zda se využití nákupní opce vyplatí (tj. zda akcie spojené s opcí mají vyšší tržní hodnotu, než je tzv. realizační cena opce), či nikoliv. Dle výkladu pojmu určitosti informace lze totiž za relevantní obsah informace přesné povahy považovat též okolnosti nejisté či budoucí, existuje-li rozumná míra pravděpodobnosti, že tyto okolnosti nastanou.¹² Přestože tedy nelze se 100% jistotou činit závěry o tom, kolik osob nakonec nákupní opci využije, s ohledem na smysl a účel opčních programů lze důvodně předpokládat, že je v zájmu emitentů, aby opční právo bylo beneficiary

¹¹ Rozsudek Soudního dvora (druhého senátu) ze dne 11. 3. 2015, *Jean-Bernard Lafonta proti Autorité des marchés financiers*, věc C-628/13.

¹² KOTÁSEK, J. *Emitent finančního nástroje a vnitřní informace*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 43–44 a 106–107.

realizováno, opce byly zásadně „*in the money*“¹³ a jejich vlastníci tak mohli na opcích vydělat. Ze stejného důvodu nelze prvek nejistoty vylučující přesnost informace spojovat s otázkou přijetí potřebných korporátních rozhodnutí ze strany emitenta. Byť nelze garantovat s absolutní jistotou, že valná hromada schválí zvýšení základního kapitálu, případně přijme rozhodnutí o zpětném odkupu akcií, v situaci, kdy je smyslem přijatých rozhodnutí realizace akciových bonusových programů, lze přijetí těchto rozhodnutí považovat za pravděpodobná.

2.2 Neveřejná informace

Vnitřní informace musí být z povahy věci informací neveřejnou. Praktický význam při interpretaci definičních znaků vnitřní informace lze přisoudit rovněž metodickému výkladovému materiálu ČNB ve formě souboru odpovědí na dotazy související s regulací ochrany proti zneužívání trhu a transparentnosti (dále jen „Stanovisko ČNB k MAR“) dle kterého se obecně považuje informace za veřejně známou, je-li dostupná širokému okruhu investorů neurčitého počtu.¹⁴ Z ekonomického hlediska pak lze informaci označit za veřejnou tehdy, pokud zasvěcená osoba využitím takové informace již nemůže dosáhnout jakýchkoliv zvláštních výhod ve srovnání s jinými účastníky kapitálového trhu.¹⁵ Veřejnost informací o opčních akciových programech může být důsledkem plnění některé z dalších publikačních informací emitenta (podrobněji ke kumulaci informačních povinností viz kap. 2.6). Při posouzení nutnosti publikace informace o akciovém opčním programu jako informace vnitřní, je tak vhodné posoudit, zda tato informace nebyla zveřejněna již dříve, z jiného titulu.

2.3 Informace, jež se přímo týká emitenta

Publikační povinnost se týká primárně informací, které se „*přímo dotýkají emitenta finančního nástroje, jeho hospodářské situace a vyhlídek do budoucna, popřípadě které se týkají práv plynoucích z finančního nástroje.*“¹⁶ V případě akciových opčních programů bude tento definiční znak vnitřních informací s velkou pravděpodobností splněn, neboť možnost nabytí účasti na emitentovi se týká jak přímo emitenta, tak jeho hospodářské situace a práv plynoucích z emitovaného finančního nástroje.¹⁷ Totožný závěr se uplatní dle mého názoru i v případě

¹³ Realizační cena (*strike price*) se stanoví zpravidla ve výši tržní ceny akcií v okamžiku uzavření opční smlouvy (*at the money*). Výhodnější realizační cena pod tržní cenu akcií (*in the money*) je poskytována v případě očekávané stagnace růstu hodnoty akcií. Pokud je ve výsledku realizační hodnota opce vyšší než současná tržní cena akcie, hovoříme o ztrátových opcích (*out of money* či *underwater*).

¹⁴ Stanovisko ČNB k MAR, bod 2.3.

¹⁵ KOTÁSEK, J. *Emitent finančního nástroje a vnitřní informace*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 46 a 107.

¹⁶ Stanovisko ČNB k MAR, bod 2.2.

¹⁷ Předmětem ochrany může být též vnitřní informace, která se emitenta týká nepřímo, v případě, že jde o přesnou neveřejnou cenotvornou informaci, která může významně ovlivnit hospodaření emitenta, potažmo výnosy z účasti na emitentovi, vzniká povinnost s takovou informací nakládat jako s informací vnitřní. Ačkoliv ji emitent není povinen uveřejnit, je kvalifikace takové informace významná zejména z pohledu zasvěceného obchodování či dalších zakázaných jednání. Příkladem může být informace o zavedení tzv. *windfall tax* u vybraných daňových poplatníků. Bude-li takovou informací v předstihu disponovat např. zaměstnanec či člen orgánu emitenta, jehož výnosy budou nově podléhat mimořádnému zdanění, lze dle mého názoru dovodit zákaz užití této neveřejné informace (indikující propad hodnoty akcií) při prodeji finančních nástrojů emitenta za aktuální (vyšší) cenu dosud neovlivněnou negativní vnitřní informací.

akciových opčních programů, do kterých jsou (převážně z daňových důvodů) zapojeny jako přímí poskytovatelé odměny mateřské společnosti emitenta, případně jiné další osoby tvořící koncern.

2.4 Informace s kurzotvorným potenciálem

Mezi klíčové, současně však nejhůře vymežitelné pojmové znaky vnitřní informace patří podmínka významného kurzotvorného potenciálu. Dle čl. 7 odst. 4 MAR platí, že tržně relevantní informací se rozumí „*informace, kterou by racionální investor pravděpodobně použil jako součást základu pro svá investiční rozhodnutí.*“ Zvažován je hypotetický, nikoliv skutečný dopad na vývoj ceny investičního nástroje. Z (*ex ante*) pohledu referenční zaslíbené osoby by měla mít informace takovou hodnotu, že ji (jako racionálního investora) motivuje k realizaci transakce, kterou hodnotí ve výsledku (tzn. po odečtení nezbytných nákladů) jako efektivní. Stanovisko ČNB k MAR v rámci katalogu skutečností způsobilých přivodit významnou změnu ceny nastávající přímo ve sféře emitenta finančního nástroje uvádí *inter alia* též „*návrh a následné rozhodnutí o snížení nebo zvýšení základního kapitálu, nové emise investičních nástrojů vydávaných emitentem finančního nástroje, která významně ovlivní jeho finanční situaci nebo činnost*“ či „*projednání a rozhodnutí týkající se nabývání vlastních finančních nástrojů (buy-back program) nebo rozsáhlých transakcí s jinými finančními nástroji*“.¹⁸

Obě zmíněná korporátní rozhodnutí přitom hrají významnou úlohu při generování podkladových aktiv, která lze následně využít jako odměnu v rámci akciových opčních programů. Z tohoto pohledu lze rozhodnutí o schválení opčního programu nahlížet jako určitou předzvěst kroků s výrazným kurzotvorným potenciálem. Nelze proto vyloučit, že již samotné schválení opčního programu bude naplňovat zkoumanou charakteristiku definice vnitřní informace.¹⁹ Na druhou stranu se lze setkat i s negativním stanoviskem zahraniční i tuzemské doktríny k hodnocení zavedení akciového opčního programu jako vnitřní informace, přičemž důvod je shledáván právě v absenci kurzotvorného potenciálu takové informace.²⁰ Pausální závěry k problematice možné kurzotvorné významnosti informací o akciových opčních programech však dle mého názoru nelze vyslovit. Při posuzování otázky budou klíčovou roli hrát individuální okolnosti konkrétního případu, přičemž lze očekávat, že míra vlivu informace na cenu se bude u jednotlivých emitentů a konkrétních finančních nástrojů lišit.²¹

¹⁸ Stanovisko ČNB k MAR, bod 2.6.

¹⁹ DIETBORN, Ch. In: KESSLER, M., SAUTER, T. *Handbuch Stock options: rechtliche, steuerliche und bilanzielle Darstellung von Stock-Option-Plänen*. München: Verlag C. H. Beck, 2002, s. 247 a 257–258.

²⁰ OECHSLER, J. § 71 AktG. In: SPINDLER, G., STILTZ, E. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. 5. vyd. 2019, Rn 298; či LOTZE, Ch. *Die insiderrechtliche Beurteilung von Aktienoptionsplänen*. München: Herbert Utz Verlag, 2000, s. 36. Z tuzemských autorů srov. KOTÁSEK, J. *Emitent finančního nástroje a vnitřní informace*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 55.

²¹ Jak k tomu uvádí Kotásek, „*určitá skutečnost se může u jednoho emitenta projevit neutrálně, bez vlivu na vývoj kurzu, a stejná skutečnost bude u jiného emitenta, informační třaskavinou vedoucí k prudkým výkyvům.*“ KOTÁSEK, J. *Emitent finančního nástroje a vnitřní informace*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 59.

2.5 Dílčí krok jako vnitřní informace

Vnitřní informací nemusí být pouze výsledná konkrétní událost, ale též jednotlivé dílčí kroky, které v tuto událost vyústily, pokud samy o sobě budou splňovat kritéria požadovaná čl. 7 odst. 1 MAR.²² Kvalifikace dílčího kroku dlouhodobého procesu jako vnitřní informace je relevantní též pro posouzení otázky, s jakými konkrétními skutečnostmi spojovat vnitřní informaci týkající se akciového opčního programu, jako určitého komplexního záměru.²³

Opční programy jsou zpravidla realizovány jako víceleté a sestávají standardně z několika relativně samostatných fází spojených jak s nabýváním, tak pozbýváním akcií. Po obdržení příslibu (*grant*) oprávnujícího beneficenta k nabytí určitého počtu akcií (*grant size*) za předem stanovenou tzv. realizační cenu (*exercise price*; též jako *strike price*) běží zpravidla vázací doba (*vesting period*) po kterou je odměňovaná osoba povinna setrvat ve funkci člena orgánu či na příslušné pracovní pozici. Alternativou je rovněž podmínění možnosti uplatnění opčního práva dosažením konkrétních výkonnostních kritérií. Po uplynutí této vázací doby (v trvání obvykle 3 až 5 let) či dosažení konkrétního milníku (např. IPO či vstup nového investora) je beneficent oprávněn uplatnit nákupní opci (*exercise*), vyzvat emitenta k převodu akcií a zaplatit realizační cenu. V případě, že tak neučiní ve stanovené lhůtě (obvykle desetileté), právo opce zaniká (*expire*). Akcie nabyté na základě výkonu práva opce musí beneficent dle nastavení konkrétního programu buď držet po určitou dobu (*retention period*), či je může prodat za tržní cenu (*exit*). Motivační působení opcí je pak spojeno s možností dosažení zisku představovaného rozdílem mezi realizační cenou opce a tržní cenou akcií.

Z hlediska smyslu a účelu regulace MAR se jako klíčové transakční momenty jeví uplatnění opčního práva (fáze *exercise*) a zcizení aktiv nabytých díky účasti v programu (fáze *exit*). Byť ve většině případů patrně nepůjde o události s významným vlivem na kurs finančních nástrojů, je na místě obezřetnost při některých mimořádných transakcích. Pokud např. CEO společnosti zcizí významný balík akcií, aniž pro toto rozhodnutí existuje jiný důvod (např. změna kontroly a s ní související personální změny či neodkladná potřeba získání peněžních prostředků), může tímto krokem signalizovat zbývajícím tržním aktérům informaci o blížícím se poklesu hodnoty akcií.²⁴

Jak naznačují některé zahraniční studie, vývoj hodnoty akcií může být v některých případech ostatními účastníky trhu odhadován rovněž ze způsobu výkonu opčního práva. Volba mezi možnostmi okamžitého prodeje realizovaného bezprostředně poté, co opce dospěje (*early exercise*) či naopak držení akcií může úzce souviset s neverejnými informacemi (ne nutně

²² Srov. body 16 a 17 preambule a čl. 7 odst. 3 MAR a související judikaturu Soudního dvora, zejména rozsudek Soudního dvora (druhého senátu) EU ze dne 28. 6. 2012, *Markus Gelll proti Daimler AG*, věc C-19/11.

²³ Srov. DIETBORN, Ch. In: KESSLER, M., SAUTER, T. *Handbuch Stock options: rechtliche, steuerliche und bilanzielle Darstellung von Stock-Option-Plänen*. München: Verlag C. H. Beck, 2002, s. 259.

²⁴ Toto riziko je pak jedním z důvodů, proč emitenti v řadě případů jako prevenci před negativním vývojem ceny akcií zahrnují do opčních programů povinnost nabývat či zcizovat akcie pouze postupně, resp. retenční povinnost držet po určitou dobu část akcií ve svém portfoliu. Podrobněji viz výklad v kap. 5 k vybraným omezujícím podmínkám v opčních smlouvách.

svoji povahou vnitřními), kterými odměňovaná osoba disponuje.²⁵ V případě programů, u nichž nefunguje automatické nastavení okamžiků pro uplatnění opce, si beneficiant navíc může okamžik nabytí a okamžitého prodeje akcií „načasovat“ na nejpříhodnější okamžik, např. těsně před uveřejněním nepříznivé zprávy o výsledcích hospodaření.²⁶ Uplatnění práva opce může být za těchto okolností vnímáno jako indikátor blížícího se propadu hodnoty akcií. Pokud si naopak po uplatnění opčního práva beneficiant akcie ponechá, aniž je k držení akcií nepřímo donucen omezeními v obchodování²⁷, lze naopak usuzovat na existenci pozitivních skutečností nasvědčujících růstu hodnoty akcií.

2.6 Kumulace publikačních povinností jako možné řešení

Ad hoc informační povinnost emitentů finančních nástrojů se nevyčerpává pouze obligatorní publikací vnitřních informací. Praktickým řešením otázky, zda určitá skutečnost týkající se akciového opčního programu je či není vnitřní informací, tak může být identifikace jiného a jednoznačněji aplikovaného právního titulu pro povinné uveřejnění údajů.

Možnou kumulaci publikačních povinností lze ilustrovat na příkladu opčního programu realizovaného emisí tzv. „mladých“ akcií. V případě emitentů účastnických cenných papírů přijatých k obchodování na regulovaném trhu se sídlem v ČR [§ 118 odst. 1 písm. a) ZPKT] rozšiřuje sféru průběžných informací povinné předložení návrhu rozhodnutí valné hromady o zvýšení základního kapitálu organizátorovi evropského regulovaného trhu a České národní bance (§ 120 odst. 1 ZPKT). Jestliže má být na pořadu jednání valné hromady rozhodnutí o zvýšení nebo snížení základního kapitálu, emitent uveřejní spolu s oznámením o konání valné hromady, případně zašle spolu s pozvánkou na valnou hromadu, informace o dopadu rozhodnutí na práva vlastníka (§ 120a odst. 3 ZPKT). Totéž pravidlo se uplatní přiměřeně, bude-li o zvýšení základního kapitálu rozhodovat z pověření valné hromady představenstvo společnosti (srov. § 120a odst. 4 ZPKT). Konkrétní seznam a obsah povinně publikovaných informací stanoví § 120b ZPKT, dle jehož třetího odstavce platí, že emitent zpřístupní dokumenty vyjmenované v odst. 1 akcionářům a uveřejní údaje o výsledcích hlasování konkretizované v odst. 2 bezplatně na svých internetových stránkách. Emitenti finančních nástrojů spadající do kategorie emitentů zmíněných v § 118 odst. 1 písm. a) ZPKT mají dále povinnost uveřejňovat vybrané informace (typicky dokumenty z oblasti finančního výkaznictví) na periodické bázi.

²⁵ CICERO, D. C. The Manipulation of Executive Stock Option Exercise Strategies: Information Timing and Backdating. *Journal of Finance*. 2009, roč. 64, č. 6, s. 2627–2663. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-6261.2009.01513.x>; CAI, J. *Executive Stock Option Exercises: Good Timing or Backdating?* 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.951693>

²⁶ Okamžitý prodej akcií může mít i jiná vysvětlení, než je předtucha negativního vývoje akciového kurzu. Např. v USA, tj. v zemi s vysoce rozvinutým kapitálovým trhem, je tzv. *cash exercise* zdaleka nejčastějším způsobem uplatnění opčního práva, jelikož akciové opce tvoří v USA nezřídka podstatnou část odměny beneficiantů. Obvyklým důvodem okamžitého zpeněžení opčního práva je snaha eliminovat možná tržní rizika, a to vzhledem k nemožnosti užití obvyklých preventivních prostředků, např. diverzifikace portofolia či *hedgingu*. KYRIACOU, K., LUINTEL, K. B., MASE, B. Private Information in Executive Stock Option Trades: Evidence of Insider Trading in the UK. *Economica*. 2010, roč. 77, č. 308, s. 751–774. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.2009.00775.x>

²⁷ Podrobněji viz výklad níže k vybraným omezujícím podmínkám v opčních smlouvách, zejména pak k uzavřeným obdobím (*closed periods*) a obchodním oknům (*trading windows*).

V oblasti transparency týkající se odměn je zvláštní právní úprava spojená s konceptem „*say on pay*“. Ten zahrnuje schvalování obecných odměňovacích principů (*remuneration policy*) v pravidelných čtyřletých intervalech a uveřejnění schválené politiky odměňování na internetových stránkách společnosti (§ 121j a násl. ZPKT). Pod koncept *say on pay* dále spadá vyhotovení, schválení a zveřejnění zprávy o odměňování (*remuneration report*) obsahující úplný přehled odměn poskytnutých nebo splatných v průběhu účetního období předešlého kalendářního roku (§ 121o ZPKT). Výslovně je přitom pamatováno na odměny představované akciovými opcemi. Dle § 121p odst. 1 písm. d) ZPKT konkrétně platí, že zpráva o odměňování obsahuje „*počet poskytnutých nebo nabídnutých akcií a opcí na akcie a hlavní podmínky uplatnění práv z opčního programu, včetně ceny a data realizace opce, a jakékoli změny těchto podmínek*“. Tyto údaje je emitent povinen ve zprávě uvést na individuální bázi, tedy nikoliv jako souhrnný údaj.²⁸

2.7 Odložení publikace vnitřní informace jako možný problém

Zatímco plnění některé z výše uvedených publikačních povinností může přispět nejen ke zvýšení transparency kapitálového trhu, ale též jako prevence před některými zakázanými jednáními v čele se zasvěceným obchodováním, jako potenciálně rizikové je nutné naopak vnímat odložení publikace vnitřní informace, bez ohledu na to, zda se týká akciového opčního programu či jiné události, jež s odměňováním bezprostředně nesouvisí.²⁹

Obecně platí, že k uveřejnění vnitřní informace musí dojít v zájmu vyrovnání informační asymetrie jednotlivých účastníků trhu co nejdříve (čl. 17 odst. 1 MAR).³⁰ Okamžikem publikace vnitřní informace zaniká a stává se veřejnou. Čím kratší je interval mezi vznikem a uveřejněním informace, tím menší je riziko zneužití této informace ze strany zasvěcených osob. V některých případech však bude emitent motivován k využití moratoria upraveného v čl. 17 odst. 4 MAR, dle kterého lze zveřejnění vnitřních informací odložit, za předpokladu, že: *a) okamžitě zveřejnění pravděpodobně obrozí oprávněné zájmy emitenta, b) odkladem zveřejnění pravděpodobně nedojde ke uvedení veřejnosti v omyl, a c) emitent je schopen zajistit důvěrnost těchto informací.*

I v případě oprávněného využití této výjimečné možnosti je nutné pamatovat na možnou kolizi s akciovým opčním programem. Jako problematické lze vnímat zejména účelové načasování přidělení opce (*fáze grant*) po uveřejnění negativních vnitřních informací, a naopak

²⁸ K otázce konkretizace povinné publikovaných informací týkajících se odměn bližze viz ŠPAČKOVÁ, M. Právo na vysvětlení ohledně individuálně vyplácených odměn reprezentantů exekutivy akciových společností. *Obchodněprávní revue*. C. H. Beck, 2022, roč. 2022, č. 3, s. 153–163.

²⁹ Srov. CHARNITZKY, M. Die Festsetzung variabler Vergütungsbestandteile im Vorstandsvergütungssystem börsennotierter Gesellschaften. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2021, s. 1442.

³⁰ Dle stanoviska ČNB k MAR, bod 3.1, lze lhůtu „co nejdříve“ vyložit jako „*přiměřený časový úsek, v němž je emitent finančního nástroje schopen uveřejnit vnitřní informace za daných okolností, s využitím všech možností pro splnění povinnosti a při svém běžném chodu.*“ Forma a způsob uveřejňování povinně uveřejňované informace je stanoven v § 19 a 20 vyhlášky ČNB č. 234/2009 Sb., o ochraně proti zneužívání trhu a transparenci a dále v prováděcím nařízení Komise (EU) 2016/1055, kterým se stanoví prováděcí technické normy, pokud jde o technické prostředky pro vhodné zveřejňování vnitřních informací a odklad zveřejnění vnitřních informací v souladu s nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 596/2014. Veškeré vnitřní informace je emitent povinen publikovat na svých internetových stránkách, standardně v rámci zvláštního oddílu pro investory [srov. čl. 3 prováděcího nařízení Komise (EU) 2016/1055].

zveřejnění pozitivních vnitřních informací těsně před využitím opčního práva (fáze *exercise*). Jako možné řešení uvedeného střetu se nabízí smluvně zakotvený zákaz obchodování s akciemi v době odložení vnitřní informace či využití některé z obligačních alternativ akciových programů (např. stínových akciových plánů).

2.8 Dílčí závěr

Na základě rozboru jednotlivých znaků vnitřní informace nelze poskytnout jednoznačnou odpověď na otázku, zda informace týkající se akciového opčního programu představuje vnitřní informaci, či nikoliv. Zavedení opčního programu s jasně formulovanými základními parametry ohledně předmětu plnění, oprávněných osob či lhůt, by na jednu stranu vnitřní informaci představovat mohlo, neboť toto korporální rozhodnutí předjímá následné transakční kroky, jako je zpětný odkup akcií, či zvýšení základního kapitálu, které jsou obecně považovány za skutečnosti obvykle tvořící obsah vnitřní informace. Protiargumenty naopak pracují s tvrzením, že akciové opční programy ve většině případů nepředstavují skutečnosti s významným vlivem na vývoj ceny akcií. Posouzení schválení opčního programu jako vnitřní informace tak ve výsledku bude záležet na vyhodnocení okolností každého jednotlivého případu. Významnou roli při posouzení zkoumané otázky bude mít zejména konkrétní parametrické nastavení programu z hlediska načasování a možného objemu transakcí, okruhu oprávněných osob a osoby emitenta.

Praktické obtíže při hodnocení akciového opčního programu, resp. jeho dílčích fází, jako vnitřní informace ve smyslu čl. 7 odst. 1 MAR lze překlenout nahrazením opčního akciového programu obligační variantou. Alternativa založená např. na stínových akciích současně může pomoci eliminovat rizika účelového načasování realizace akciového programu související s odložením vnitřní informace.

Další možností řešení je dobrovolná (preventivní) publikace informací týkajících se implementace akciového opčního programu, případně splnění jiné z řady publikačních povinností, které dopadají ať již na emitenty (např. povinnost publikovat zprávu o odměňování) nebo na odměňované osoby (např. hlášení manažerských transakcí zahrnující i nabytí opce či nabytí akcií), jak bude podrobněji zkoumáno níže.

3 Hlášení manažerských obchodů při nabytí opcí a při nabytí akcií

Informační povinnosti mohou stíhat nejen emitenty finančních nástrojů, ale též jejich nabyvatele, tedy odměňované osoby. Vedle oznámení o dosažení, překročení či snížení materiálně významného podílu na hlasovacích právech dle § 122 a násl. ZPKT, jde zejména o hlášení manažerských obchodů (*director's dealing*) ve smyslu čl. 19 odst. 1 MAR. Pro osoby s řídicí pravomocí³¹, jakož i osoby, jež jsou s nimi úzce propojené³², je konkrétně stanovena

³¹ Povinnými osobami (fyzickými i právnickými) jsou nejen členové orgánů emitenta, ale i jakékoliv jiné osoby, které mají pravidelný přístup k vnitřním informacím a jednají jménem emitenta finančního nástroje nebo se podílejí na jeho rozhodování (typicky vysoce postavení manažeři, CEO, CFO a další osoby, jež jsou přímo zapojené do rozhodování o budoucím vývoji a strategii emitenta). Srov. čl. 3 odst. 1 bod 25 MAR.

³² Srov. čl. 3 odst. 1 bod 26 MAR.

povinnost oznámit emitentovi a současně též ČNB každý obchod uskutečněný na jejich vlastní účet, vztahující se k akciím nebo dluhovým nástrojům daného emitenta nebo k derivátům nebo k jiným finančním nástrojům s nimi spojeným. Oznámení podléhají zásadně veškeré druhy transakcí s výjimkou přeměn, tedy nejen úplatné obchody s cennými papíry, ale rovněž případy nabytí na základě dědění, darování či výpůjčky. Povinnému hlášení manažerských transakcí budou z tohoto důvodu podléhat rovněž případy nabytí akcií ve spojitosti s akciovým bonusovým programem, bez ohledu na to, zda jsou akcie nabývány úplatně, se zvýhodněním či zcela bezúplatně.

3.1 Výjimka *de minimis*

Výjimku z oznamovací povinnosti představují transakce, pro něž platí, že součet jejich hodnot v kalendářním roce nedosahuje částky odpovídající hranici 5 000 € (čl. 19 odst. 8 MAR). Při aplikaci výjimky *de minimis* se jako klíčové ukazuje správné stanovení hodnoty transakce, přičemž obecným standardem je tržní hodnota předmětu transakce ke dni uskutečnění. V případě investičních nástrojů, jejichž hodnota se vztahuje k akciím, zatímním listům nebo dluhovým nástrojům (tj. typicky právě u opcí) se hodnotou rozumí ekonomická hodnota těchto odvozených nástrojů uvedená jejich emitentem při jejich vydání, příp. hodnota zjištěná na základě jiných výpočtů.³³ Jako východisko pro správné posouzení podmínek využití bagatelní klauzule tak bude sloužit hodnota opcí určená pomocí některé ze standardních metod valuace. Dle názoru ESMA je využitelný jakýkoliv běžně akceptovaný model oceňování opcí určující cenu přidělených opcí na základě proměnných jako je aktuální tržní cena akcií emitenta, realizační cena opce či expirační lhůta opce. Z dalších v úvahu přicházejících proměnných lze zmínit bezrizikovou úrokovou míru, budoucí dividendu a implikovanou volatilitu.

Užití konkrétních veličin bude záviset na použití příslušného oceňovacího modelu.³⁴ V případě opcí poskytovaných emitentem bezúplatně se hodnota transakce bude rovnat nule.³⁵

³³ Stanovisko ČNB k MAR, bod 10.2.

³⁴ Za celosvětově nejrozšířenější způsob valuace opcí lze označit *Black-Scholes* metodu z roku 1973. Výchozí premisou tohoto matematického modelu je úvaha, dle které je cena opce implicitně dána vývojem ceny akcie jako bazické hodnoty. Cena akcií se přitom vyvíjí stochasticky s konstantním posunem a s konstantní likviditou. Jako každý oceňovací model je i *Black-Scholes* metoda pouze aproximací skutečné hodnoty. Některé základní předpoklady pro fungování modelu proto nebudou vždy korespondovat s realitou (např. volatilita a bezriziková sazba se mění v čase, oproti výchozím předpokladům modelu tedy nejde o konstantní veličiny), což se může projevit negativně právě u dlouhodobějších opcí. V praxi jsou užívány i jiné metody valuace opcí (binomický model či alternativy vycházející z *Black-Scholesova modelu*, např. model s konstantní elasticitou rozptylu), které mohou dospívat k odlišným výsledkům. Nelze tedy vyloučit, aby splnění podmínky bagatelnosti manažerské transakce ve smyslu čl. 19 odst. 8 MAR bylo v případě užití některé valuační metody konstatováno, a naopak v případě užití alternativního modelu oceňování vznikla povinnost nabytí ohlásit z důvodu překročení minimální hodnoty transakce. Podrobněji k otázce valuace opcí viz např. MURPHY, K. J. *Executive compensation*. 1998, s. 19 a násl. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=163914

³⁵ ESMA. *QA 7.6 Questions and Answers On the Market Abuse Regulation (MAR)*. Stav ze dne 23. 9. 2022 (ESMA70-145-111. Version 17).

3.2 Okamžik vzniku informační povinnosti

Dlouhodobost opčních akciových programů, resp. jejich rozdělení do několika vzájemně provázaných, současně však relativně samostatných fází může v praxi komplikovat nejen otázku existence povinnosti emitenta uveřejnit (*ad hoc*) vnitřní informaci, ale i otázku načasování hlášení manažerských obchodů.

Obecně platí, že k oznámení transakce musí dojít nejpozději do tří obchodních dnů od uskutečnění obchodu (čl. 19 odst. 1 MAR). Dle stanoviska ČNB k MAR tímto „*uskutečněním transakce se pro účely vzniku oznamovací povinnosti rozumí zejména okamžik nabytí nebo zcizení nástroje. Fyzické vypořádání transakce již není pro vznik oznamovací povinnosti podstatné.*“³⁶ Obchody podléhající oznamovací povinnosti a okamžik vzniku této povinnosti konkretizuje čl. 10 prováděcího nařízení Komise k MAR (EU) 2016/522 (dále jen „prováděcí nařízení Komise“).

Dle čl. 10 odst. 2 písm. b) prováděcího nařízení Komise do obchodů podléhajících oznamovací povinnosti spadá též přijetí nebo uplatnění akciové opce, a to i akciové opce poskytnuté osobám s řídicí pravomocí nebo zaměstnancům v rámci jejich odměny, a zcizení akcií vzniklých uplatněním akciové opce. Povinnost hlásit nabytí nebo uplatnění opce lze dále opřít o písm. f) téhož článku, dle kterého se informační povinnost vztahuje dále na nabytí, zcizení nebo uplatnění práv, včetně prodejních a kupních opcí, a warrantů. Dle čl. 10 odst. 2 písm. j) prováděcího nařízení Komise podléhá oznámení rovněž automatická nebo neautomatická konverze finančního nástroje na jiný finanční nástroj včetně výměny konvertibilních dluhopisů za akcie. Z textu prováděcího nařízení lze tedy v případě obchodů realizovaných prostřednictvím akciových opcí vyčíst tři časové mezníky plnění oznamovací povinnosti, a to nabytí práva opce, uplatnění opčního práva a nabytí akcií.³⁷

Tento závěr však nepodporuje formulace konkretizujících pravidel obsažených ve stanovisku ČNB k MAR, ze kterých pro případ realizace opčních programů vyplývá dvojfázové plnění oznamovací povinnosti. První krok představuje oznámení o nabytí práva opce, přičemž za rozhodující okamžik uskutečnění transakce se považuje uzavření opční smlouvy.³⁸

V závislosti na tom, zda oprávněná osoba využije oprávnění plynoucí z opční smlouvy, či nikoliv, nastupuje jako druhý krok oznámení nabytí akcií.³⁹

Využití opčního práva dle stanoviska ČNB k MAR oznámení nepodléhá, na druhou stranu však platí, že využití opčního práva je považováno za okamžik uskutečnění transakce.⁴⁰

Jelikož právo opce pracuje s odkládací podmínkou, nabízí se dále otázka aplikace pravidel formulovaných pro oznamování podmíněných transakcí. Dle čl. 10 odst. 2 písm. i)

³⁶ Stanovisko ČNB k MAR, bod 10.2.

³⁷ Samostatnou oznamovací povinnost by dále zakládalo případné zcizení akcií.

³⁸ Srov. ESMA. *QA 7.6 Questions and Answers On the Market Abuse Regulation (MAR)*. Stav ze dne 23. 9. 2022 (ESMA70-145-111. Version 17).

³⁹ Je-li akciový opční program realizován cestou zvýšení základního kapitálu společnosti, bude v souladu s čl. 10 odst. 2 písm. a) prováděcího nařízení Komise nutné oznámit jako manažerský obchod úpis akcií, přičemž dle stanoviska ČNB k MAR se uskutečněním transakce rozumí zápis do listiny upisovatelů.

⁴⁰ Podobně viz též bod II.3.9.1.2 metodiky BaFin. *Emittentenleitfaden. Modul C. Regelungen aufgrund der Marktmissbrauchsverordnung (MAR)*. Stav ze dne 25. 3. 2020, s. 74 a 75.

prováděcího nařízení Komise se v případě podmíněných transakcí oznamovací povinnost spojuje až s uskutečněním transakce, nikoliv s uzavřením smlouvy. Odkládací podmínku spojenou s vnější objektivní skutečností (např. s uplynutím času) však nelze zaměňovat s uplatněním práva opce, které lze z hlediska obecné úpravy obsahu závazků charakterizovat jako utvářecí právo (*Gestaltungsrecht*)⁴¹, resp. potestativní podmínku⁴², jejíž splnění je závislé na vůli osoby, která má právo nabývat. Tento rozdíl je reflektován i ve stanovisku ČNB k MAR, dle kterého platí, že transakce vázaná na odkládací podmínku, již může uplatnit výlučně povinná osoba, se oznamuje jako bezpodmínečná transakce. Případné rozhodnutí o neuplatnění opčního práva je pak dle ČNB nutno oznamovat znovu. Informaci, že byla transakce podmíněná, je třeba uvést do oznámení jako doplňující informaci.⁴³

3.3 Kritika regulace oznamování manažerských transakcí a dílčí závěr

Nabytí akcií prostřednictvím akciového opčního plánu znamená z pohledu hlášení manažerských obchodů komplikaci. Dle výtek formulovaných v odborné literatuře představuje redundantní oznamování týkající se v principu téže transakce, ke kterému nabádá početný výčet skutečností podléhajících publikaci obsažený v čl. 10 odst. 2 prováděcího nařízení Komise, zbytečné zatížení pro beneficianty. Rizikem pro emitenty je dle kritiků snížení motivačního efektu zvoleného odměňovacího schématu. Poukazuje se i na kumulaci s dalšími informačními povinnostmi emitenta cenných papírů, zejména na povinnost publikace zprávy o odměňování (*remuneration report*) jako dalšího zdroje, ze kterého lze informace o uskutečnění manažerského obchodu vyčíst. Opakovaná publikace nabytí práva opce a následně nabytí akcií na základě využití opčního práva může být dle některých názorů škodlivá i z pohledu ostatních účastníků regulovaného trhu, neboť může způsobovat informační únavu (*information fatigue*) a zhoršovat transparentnost.⁴⁴

Řešení je spatřováno ve výkladu povinnosti hlásit manažerské transakce v souladu se smyslem a účelem nařízení na ochranu před zneužitím trhu, o což se do určité míry snaží také ESMA, resp. ČNB, v rámci svých odpovědí na dotazy veřejnosti⁴⁵. Po praktické stránce je jako možný nástroj vedoucí k eliminaci problému kumulace povinných hlášení uváděno alternativní využití virtuálních akciových opčních programů.⁴⁶

Z důvodu širě svého záběru a z toho plynoucího množství překryvů v hlášení dílčích skutečností nelze úpravu skutečností spojených s nutnou publikací dle čl. 10 odst. 2 prováděcího

⁴¹ CASPER, M. *Der Optionsvertrag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, s. 42–74.

⁴² Srov. ZÖLLTER-PETZOLDT, I., HÖHLING, N. Die Annahme von Aktienoptionen als Directors' Dealings. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2018, s. 690.

⁴³ Srov. stanovisko ČNB k MAR, bod 10.2 a odpovědi na otázky publikované ESMA. *QA 7.5 Questions and Answers On the Market Abuse Regulation (MAR)*. Stav ze dne 23. 9. 2022 (ESMA70-145-111. Version 17).

⁴⁴ ZÖLLTER-PETZOLDT, I., HÖHLING, N. Die Annahme von Aktienoptionen als Directors' Dealings. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2018, s. 689–691.

⁴⁵ Viz stanovisko ČNB k MAR, bod 10.2 a odpovědi na otázky publikované ESMA. *QA 7.5 Questions and Answers On the Market Abuse Regulation (MAR)*. Stav ze dne 23. 9. 2022 (ESMA70-145-111. Version 17).

⁴⁶ BaFin. Emittentenleitfaden. Modul C. Regelungen aufgrund der Marktmissbrauchsverordnung (MAR), stav ze dne 25. 3. 2020, s. 75.

nařízení Komise považovat za ideální. Jako řešení možných praktických obtíží spojených se snahami o maximální míru publikace informací může sloužit nastavení automatických režimů při nabývání opcí, resp. při uplatňování opčního práva. Nutno podotknout, že odměňovací schémata s potřebným algoritmickým nastavením okamžiku nabývání opcí, resp. akcií, v praxi převládají. Eliminace vlivu odměňovaných osob při určování okamžiku přidělení opcí a uplatnění opčního práva přitom současně slouží i jako určitá forma prevence před dalším zkoumaným rizikem spočívajícím v zasvěceném obchodování.

4 Zákaz zasvěceného obchodování a realizace opčních programů

Vysoká úroveň transparence umožňující, aby jednotliví účastníci trhu disponovali aktuálními a korektními informacemi, na jejichž základě mohou z pozice (potenciálních) vlastníků přijímat adekvátní investiční rozhodnutí a v roli akcionářů se informovaně podílet na řízení společnosti,⁴⁷ představuje pouze jeden z pilířů řádného fungování kapitálového trhu. Druhý významný nástroj reprezentují pravidla zabráňující neoprávněnému těžení z informačního náskoku na straně zasvěcených osob v mezidobí ohraničeném seznámením se s vnitřní informací a její publikací. Vedle nedovoleného doporučování a navádění k obchodování a nedovoleného zpřístupnění vnitřní informace je právní úpravou výslovně zakázáno zneužití vnitřní informace formou zasvěceného obchodování. Na rozdíl od regulace hlášení manažerských obchodů tak není řešením uveřejnění uskutečněného obchodu, ale naopak zákaz jakýkoliv obchod s využitím vnitřní informace uskutečnit.⁴⁸

O zakázané zasvěcené obchodování se dle čl. 8 odst. 1 MAR věty první jedná tehdy, pokud „osoba disponuje vnitřní informací a použije ji při nabytí nebo zřízení finančních nástrojů, jichž se informace týká, na svůj vlastní účet nebo na účet třetí osoby, přímo nebo nepřímo“. Dle věty druhé čl. 8 odst. 1 MAR se za obchodování zasvěcené osoby považuje také „využití vnitřní informace ke zrušení nebo změně pokynu týkajícího se finančního nástroje, jehož se informace týká, pokud byl tento pokyn zadán předtím, než dotyčná osoba vnitřní informaci získala.“ Pro vyřešení otázky, zda je zákaz zasvěceného obchodování aplikovatelný i na případy transakcí uskutečňovaných v rámci akciových opčních programů, je nutné blíže vymezit pojmy „zasvěcená osoba“, „finanční nástroj“, „užití vnitřní informace“ a „nabytí nebo zřízení finančního nástroje“. Ohledně definování pojmu „vnitřní informace“ lze odkázat na výklady shora uvedené.

4.1 Beneficienti opčního programu jako zasvěcené osoby

Jako (primární) zasvěcenou osobu označuje čl. 8 odst. 4 MAR každou osobu, která disponuje vnitřní informací v důsledku toho, že je členem správních, řídicích nebo dozorčích orgánů emitenta (ad a), má podíl na kapitálu emitenta (ad b), má přístup k této informaci v souvislosti s výkonem zaměstnání, povolání nebo v souvislosti s plněním povinností (ad c), nebo je zapojena do trestné činnosti

⁴⁷ KRAAKMAN, R. H. Disclosure and Corporate Governance: An Overview Essay. In: FERRARINI, G. et al. (eds.). *Reforming Company and Takeover Law in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 96.

⁴⁸ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 9. 2012, sp. zn. 2 Afs 36/2012, a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, sp. zn. 6 As 152/2014.

(*ad d*). Dále je za (sekundární) zasvěcenou osobu považována každá osoba mimo výše uvedený okruh primárních zasvěcenců, pokud tato osoba ví nebo by měla vědět, že se jedná o vnitřní informaci. Zatímco pro okruh primárních zasvěcenců je prvořadě jejich formální postavení, u sekundárních zasvěcenců (může jít i o osoby, které se vnitřní informaci dozvěděly zcela nahodile, novináře, osoby blízké primárním zasvěcencům atd.) je rozhodující subjektivní vědomost zasvěcené osoby o povaze informace.

Participanty akciových opčních programů z řad reprezentantů exekutivy akciových společností bude zásadně možné kvalifikovat jako *primární zasvěcence*, a to z titulu výkonu jejich funkce v rámci řídicích orgánů společnosti (*ad a*).⁴⁹

U dalších beneficentů programu záleží jejich kvalifikace jako zasvěcených osob na konkrétní pracovní či jiné povinnosti. Za primární zasvěcence dle písm. *c*) se přitom nepovažují pouze osoby vykonávající určitou činnost pro emitenta, ale může jít též o jiné osoby, na osobě emitenta nezávislé, které ve vztahu k emitentovi plní (smluvní) povinnost, např. poradce. Není vyloučeno, aby rovněž těmto osobám byla přiznána účast v opčním programu emitenta.

Akciové opční programy s ohledem na svoji dlouhodobost zpravidla umožňují postupné „dozrávání“ opčního práva v předem stanovených časových úsecích, a tedy i postupně se otevírající možnosti nabývání akcií v samostatných tranších. I v případě, že by odměňovaná osoba nebyla zasvěcencem dle písm. *a*) či *c*) před nabytím vlastnického práva k akciím, bylo by možné status zasvěcence odvozovat od získaného akcionářského postavení dle písm. *b*). Z pohledu kvalifikace určité osoby jako zasvěcence dle čl. 8 odst. 4 písm. b) MAR je přitom irelevantní, zda má osoba postavení majoritního či pouze minoritního společníka.

4.2 Opce na akcie a finanční nástroje

Regulace MAR svoji věcnou působnost spojuje s finančními nástroji, které lze dle čl. 3 odst. 1 bod 1 MAR definovat jako jakékoliv finanční nástroje vymezené v čl. 4 odst. 1 bodu 15 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/65/EU ze dne 15. května 2014 o trzích finančních nástrojů (MiFID II).⁵⁰ Uvedený pojem zahrnuje mimo jiné též nástroje

⁴⁹ Zasvěcenými osobami budou zásadně též členové dozorčích rad. Opční programy však nejsou vzhledem ke svému zaměření na výkonnost určené nevýkonným členům orgánů. Za zcela nevhodné jsou považovány programy počítající s odměňováním členů dozorčích rad prostřednictvím akcií společnosti. Byť se v minulosti takové programy vyskytovaly (srov. např. starší verzi opčního programu společnosti ČEZ, a. s. schváleného valnou hromadou společnosti dne 19. 6. 2001), v současnosti je taková praxe považována za problematickou. Přestože tuzemská právní úprava, na rozdíl např. od úpravy v SRN (srov. § 192 odst. 2 bod 3 AktG), výslovně členství členů dozorčích rad v opčních programech nezakazuje, resp. ji zmiňuje jako nežádoucí v rámci *soft-law* doporučení [srov. Kodex správy a řízení společností (ČR) 2018 bod 4. 1. 4], lze v tomto ohledu upřednostnit zdrženlivost. K podrobnějšímu odůvodnění nevhodnosti odměňování členů dozorčích rad na základě akciových opcí viz rozsudek německého Spolkového soudního dvora ze dne 16. 2. 2004, sp. zn. II ZR 316/02. Podobný závěr lze vztáhnout i na nabytí akcií členy dozorčí rady na základě vyměnitelných a prioritních dluhopisů. ZÖLLTER-PETZOLDT, I., HÖHLING, N. Die Annahme von Aktienoptionen als Directors' Dealings. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2018, s. 688.

⁵⁰ Do tuzemského právního řádu byla transpozice směrnice MiFID II provedena novelou ZPKT (zákonem č. 204/2017 Sb.), v jejímž důsledku došlo k určitému zpřesnění pojmu finančních nástrojů upraveného v § 3 ZPKT a jeho sladění s evropskou úpravou. Věcná působnost MAR zahrnuje i investiční nástroje podléhající regulaci MIFID II, mezi které patří např. emisní povolenky či investiční nástroje obchodovatelné na mimoburzovních (OTF) trzích či prostřednictvím MTF obchodních platforem.

obchodované (či přijaté k obchodování) na mimoburzovních trzích a rovněž nástroje odvozené (deriváty), včetně opcí. Tyto veřejně obchodované opce jakožto finanční nástroje však nelze automaticky ztotožňovat s opcemi představujícími základní konstrukční prvek opčních motivačních programů.⁵¹ Právo opce poskytované emitentem jednotlivým odměňovaným osobám na základě opční smlouvy je s ohledem na smysl a účel opčních motivačních programů právem nepřevoditelným. Zásadně jej tak nebude možné kvalifikovat jako finanční nástroj ve smyslu čl. 3 odst. 1 bod 1 MAR. Na základě uplatnění opčního práva pak dochází k nabytí akcií zásadně přímo od společnosti, tedy mimo kapitálový trh. Tato skutečnost, stejně jako fakt, že právo opce není finančním nástrojem, však ještě neopravňuje k závěru, že se na takový převod regulace MAR neaplikuje, byť by k takovému závěru mohl vést doslovný výklad textu použitého v čl. 8 odst. 1 MAR. Bez ohledu na způsob nabytí akcií je totiž s ohledem na smysl a účel regulace nutné za rozhodující vnímat skutečnost, že realizací transakce došlo k obohacení odměňované osoby na úkor ostatních účastníků kapitálového trhu (srov. bod 23 preambule MAR).⁵²

4.3 Nedovolené užití vnitřní informace a získání nespravedlivé výhody

Za primární smysl zákazu zasvěceneckého obchodování lze označit zabránění vzniku nespravedlivé výhody a těžení z informačního náskoku ke škodě ostatních účastníků i trhu jako takového. Klíčový význam při zkoumání (ne)dovolenosti užití informace proto hraje dopad tohoto užití z pohledu možného získání nespravedlivé výhody ve prospěch odměňované osoby, resp. na úkor třetích stran, které těmito informacemi nedisponují. Z tohoto pohledu zákaz obchodování zasvěcené osoby platí dle bodu 23 preambule MAR tehdy, „získá-li osoba, která má k dispozici vnitřní informaci, díky této informaci nespravedlivou výhodu tím, že v souladu s touto informací provede tržní transakce tím, že nabude nebo zcizí finanční nástroj, pokusí se takový nástroj nabyt nebo zcizit, zruší či změní nebo se pokusí zrušit či změnit pokyn k nabytí nebo zcizení takového finančního nástroje, a to přímo nebo nepřímo na vlastní účet nebo na účet třetí strany.“ Dle domněnky formulované v bodu 24 preambule MAR současně platí, že pokud osoba disponující vnitřní informací skutečnou tržní transakcí týkající se finančních nástrojů, k nimž se vnitřní informace vztahuje, či se o takovou transakci pokusí, je třeba se domnívat, že zasvěcená osoba vnitřní informaci použila. Uvedená domněnka je nicméně konstruována jako vyvratitelná, kdy obhajobu osoby disponující vnitřní informací lze opřít o tvrzení, že na základě obchodní transakce k žádnému neoprávněnému zvýhodnění nedošlo.⁵³

⁵¹ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2017, sp. zn. 29 Cdo 1738/2015.

⁵² Srov. KOTÁSEK, J. *Ochrana vnitřních informací*. Brno: Tribun EU, 2008, s. 127.

⁵³ Srov. rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 23. 12. 2009, *Spector Photo Group NV a Chris Van Raemdonck proti Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA)*, věc C-45/08. Další výjimky spojené s obrácením důkazního břemene stanoví čl. 9 MAR upravující legitimní jednání. Příkladem mohou být obchody za účelem nabytí nebo zcizení finančních nástrojů, které zasvěcená osoba provádí v rámci plnění povinnosti vzniklé v dobré víře, pokud tato povinnost není určena k obejití zákazu obchodování zasvěcené osoby a vyplývá z pokynu zadaného nebo z dohody uzavřené předtím, než dotyčná osoba získala vnitřní informaci.

4.3.1 Jednání v rozporu s vnitřní informací

K absenci zvýhodnění bude docházet typicky v situacích, kdy zasvěcená osoba jedná nikoliv v souladu, ale naopak v rozporu s vnitřní informací. Jako konkrétní příklad může sloužit prodej akcií za aktuální nižší tržní cenu, v situaci, kdy je prodávající vnějšími okolnostmi donucen zpeněžit svůj majetek a nemůže proto vyčkávat na skutečné promítnutí vnitřní informace do navýšení ceny. O jednání v rozporu s vnitřní informací se dále může jednat v případě, kdy zasvěcená osoba prodává podhodnocené akcie, zohlední-li možnou cenovou diskrepanci, a nabídne tak kupujícímu vyšší cenu reflektující vnitřní informaci.⁵⁴

4.3.2 Absence kauzality

Z konceptu zneužití vnitřní informace dále vyplývá požadavek kauzality mezi vnitřní informací a uskutečněnou transakcí. Jinými slovy jde o to, že právě znalost vnitřní informace je důvodem realizace určité obchodní transakce. Naopak platí, že bez znalosti vnitřní informace by k obchodu nedošlo. Absence kauzality pak vede k tomu, že jednání nemůže být shledáno jako nelegitimní.

V případě uplatnění opčního práva zneužití vnitřní informace zásadně nebude přicházet v úvahu právě z důvodu chybějící kauzality. Primární příčinou realizace práva opce a následného nabytí akcií je totiž předchozí ujednání mezi odměňovanou osobou a emitentem finančního nástroje zakládající účast v akciovém opčním programu. K využití opčního práva dle základní logiky fungování opcí pak dochází v případě, že je realizační cena opce nižší, než tržní cena akcií („*in the money*“) a odměňovanému se tedy uplatnění opčního práva vyplácí. Skutečnost, že odměňovaný současně disponuje pozitivní vnitřní informací je pak v odborné literatuře vnímáno jako irelevantní.⁵⁵ Byť by se následně vlivem vnitřní informace cena akcií dodatečně zvýšila, z hlediska kauzality je hlavním důvodem realizace opčního práva opční prémie jako taková, nikoliv její výše. V případě, že by naopak odměňovaný disponoval negativní vnitřní informací indikující pravděpodobný pokles hodnoty akcií, a nevyužil proto z důvodu nevýhodnosti takové transakce opčního práva, nelze o užití vnitřní informace ve smyslu čl. 8 odst. 1 MAR hovořit. Nevyužití opce je právem volby odměňovaného a nelze jej ztotožňovat např. se situací zrušení nevýhodného pokynu, které naopak může být z pohledu zasvěceneckého obchodování relevantní.

Při zcizování akcií nabytých na základě využití opčního práva (či z jakéhokoliv jiného titulu) budou pod zákaz zasvěceneckého obchodování zásadně spadat veškeré transakce spojené s užitím negativní vnitřní informace. Za rizikové z pohledu zasvěceneckého obchodování lze

⁵⁴ HANSEN, J. L. Market Abuse Case Law—Where Do We Stand With MAR? *European Company and Financial Law Review*. 2017, roč. 14, č. 2, s. 379. DOI: <https://doi.org/10.1515/ecfr-2017-0019>; či HANSEN, J. L. The Danish Green Paper on Insider Dealing. *European Business Organization Law Review*. 2011, roč. 12, č. 2, s. 263. DOI: <https://doi.org/10.1017/S156675291120003X>

⁵⁵ Srov. OECHSLER, J. § 71 AktG. In: SPINDLER, G., STILTZ, E. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. 5. vyd. 2019, Rn 298; DIETBORN, Ch. In: KESSLER, M., SAUTER, T. *Handbuch Stock options: rechtliche, steuerliche und bilanzjelle Darstellung von Stock-Option-Plänen*. München: Verlag C. H. Beck, 2002, s. 251; či HARRER, H. *Mitarbeiterbeteiligungen und Stock-Option-Pläne*. 2., přepr. vyd. München: C. H. Beck, 2004, s. 146.

přítom označit zejména programy, u nichž není následný prodej akcií nijak omezen, a je tedy na volné úvaze odměňované osoby, zda, resp. kdy a za jakých podmínek akcie převede. Vnitřní motivace odměňované osoby přitom není z pohledu kvalifikace takového jednání podstatná. Dle odborné literatury nelze proto činit výjimku ani v situaci, kdy je kauzou prodeje potřeba získat peněžité prostředky pro plnění jiných povinností, typicky daňových, byť by vznik těchto povinností byl v příčinné souvislosti s účastí zasvěcence na opčním programu.⁵⁶

4.3.3 Zpětný odkup akcií jako výjimka ze zákazu zasvěcenceckého obchodování

Jako potenciální zasvěcená osoba připadá v úvahu rovněž společnost, pokud realizuje akciový opční program prostřednictvím zpětného odkupu akcií na sekundárním trhu. Nabízí se proto otázka, zda lze při znalosti pozitivní vnitřní informace na nákup vlastních akcií společností nahlížet jako na *insider trading*. Řešení této v minulosti diskutované otázky⁵⁷ přináší čl. 5 MAR, který některá jednání zcela vylučuje ze zákazu zasvěcenceckého obchodování. Mezi jednání dovolená patří i program zpětného odkupu, je-li jeho jediným účelem splnění podmínek vyplývajících z akciových opčních programů [srov. čl. 5 odst. 1, 2 písm. c) a 3 MAR], pokud emitent oznámí příslušnému orgánu obchodního systému, na němž byly akcie přijaty k obchodování nebo jsou obchodovány, každý obchod související s programy zpětného odkupu. Jelikož je zpětný odkup obvykle vnímán jako skutečnost s výrazným kurzotvorným potenciálem, je využití tohoto postupu spojováno rovněž s *ad hoc* informační povinností dle čl. 17 MAR a dále s povinností informování o konání valné hromady rozhodující ve věci zpětného odkupu a o výsledcích jejího zasedání dle § 120b ZPKT.⁵⁸ S ohledem na kumulaci informačních povinností je možnost využití institutu odkladu publikace vnitřní informace ve smyslu čl. 17 odst. 4 MAR, který jinak představuje zvýšení rizika užití vnitřní informace s cílem získání neoprávněné výhody, fakticky vyloučena. Lze proto usuzovat, že společnost v praxi zásadně nebude mít možnost své případné informační výhody využít.

4.4 Nabytí nebo zcizení investičního nástroje

Jak již bylo zmíněno, akciové opční programy jsou obvykle konstruovány jako víceleté a jejich realizace je rozdělena do několika dílčích fází, kdy beneficiant nejprve (dle své volby) uplatňuje opční právo a až následně nabývá vlastnické právo k akciím, či jej (opět ze své vůle) pozbývá prostřednictvím prodeje akcií společnosti na sekundárním trhu. Otázkou tak je, jakým způsobem je odměňovaná osoba disponující vnitřní informací omezena v jednotlivých fázích realizace akciového opčního programu z pohledu čl. 8 MAR, který užití vnitřní informace spojuje s nabytím nebo zcizením finančního nástroje. Zakázaný je přitom rovněž pokus o nabytí nebo zcizení, zrušení nebo změna pokynu k uskutečnění transakce (včetně pokusu o zrušení nebo změnu pokynu). MAR rovněž nerozlišuje, zda k zakázané transakci došlo přímo nebo nepřímo na vlastní účet třetí strany.

⁵⁶ KUTSCH, A. § 32 Vorstands- und Mitarbeiterbeteiligung. In: SCHÜPPEN, M., SCHAUB, B. *Münchener Anwaltsbandbuch Aktienrecht*. 3. vyd. München: C. H. Beck, 2018, Rn. 100.

⁵⁷ LOTZE, Ch. *Die insiderrechtliche Beurteilung von Aktienoptionsplänen*. München: Herbert Utz Verlag, 2000, s. 67.

⁵⁸ Srov. stanovisko ČNB k MAR, bod 2.6.

4.4.1 Uplatnění práva opce (*exercise*) jako nabytí finančního nástroje

Výkon práva opce získaného jako součást kompenzačního balíčku zpravidla nebude možné podřadit pod nedovolené užití vnitřní informace z již zmíněného důvodu chybějící kauzality. Je-li využití opčního práva podmíněno uplynutím lhůty v řádu několika let, je praktické využití vnitřní informace v zásadě limitované. Rozhodující roli totiž hraje disponování vnitřní informací v okamžiku uzavření smlouvy, přičemž lze mít pochybnosti, zda s odstupem času bude možné původní skutečnost označit za vnitřní informaci.⁵⁹

Proti nelegitimnímu využití vnitřní informace zpravidla svědčí též v praxi hojně využívaný automatismus v nastavení jednotlivých realizačních kroků nabývání akcií. Zjednodušeně lze konstatovat, že šance na vyvrácení domněnky nelegitimního užití vnitřní informace je nepřímou úměrná rozhodovacímu prostoru, který byl beneficiantovi ponechán.⁶⁰ Aplikace čl. 8 odst. 1 MAR tak bude připadat v úvahu pouze výjimečně, v případě programů, u nichž je načasování realizace a konkrétní způsob výkonu opčního práva přizpůsoben potřebám beneficianta. Zvláštní pozornost přitom bude nutné věnovat situacím, kdy je beneficiant současně osobou, která má vliv na plnění *ad hoc* publikační povinnosti emitenta spočívající v uveřejnění vnitřních informací ve smyslu čl. 17 odst. 1 MAR, resp. ve využití možnosti odložení publikace dle čl. 17 odst. 4 MAR.⁶¹

Neutrální z pohledu dopadu norem na ochranu proti zneužívání trhu nebude typicky například realizace opčního práva, jehož cena není pevně stanovena předem, ale je určena až k okamžiku uplatnění opčního práva. Načasování realizace opčního práva (a tím i výše realizační ceny) je totiž v tomto případě v rukou odměňovaného.⁶²

Další potenciálně problematickou situaci může představovat bezhotovostní realizace opčních programů (*cashless exercise*, též jako *same day sale*), při níž dochází k nabytí akcií a jejich prodeji v tentýž den, přičemž výnos z prodeje akcií slouží na úhradu realizační ceny. Fázi prodeje akcií v takovém případě nelze oddělit od okamžiku uplatnění opce, a proto není vyloučeno ani s prodejem související riziko využití negativní vnitřní informace.

4.4.2 Převod akcií (*exit*) jako zcizení finančního nástroje

Za nejrizikovější fázi akciového opčního programu z pohledu zákazu zasvěceného obchodování lze označit následný převod akcií. Na ten se totiž uplatní obecný režim aplikovatelný i na jakékoliv jiné převody finančních nástrojů, bez ohledu na způsob jejich nabytí. Klasickým příkladem nelegálního jednání při prodeji akcií zasvěcenou osobou je *front*

⁵⁹ DIETBORN, Ch. In: KESSLER, M., SAUTER, T. *Handbuch Stock options: rechtliche, steuerliche und bilanzielle Darstellung von Stock-Option-Plänen*. München: Verlag C. H. Beck, 2002, s. 249.

⁶⁰ KUTSCH, A. § 32 Vorstands- und Mitarbeiterbeteiligung. In: SCHÜPPEN, M., SCHAUB, B. *Münchener Anwaltsbandbuch Aktienrecht*. 3. Auflage, München: C. H. Beck, 2018, Rn. 99.

⁶¹ Srov. YERMACK, D. Good Timing: CEO Stock Option Awards and Company News Announcements. *The Journal of Finance*. 1997, roč. 52, č. 2, s. 449–476. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-6261.1997.tb04809.x>

⁶² LOTZE, Ch. *Die insiderrechtliche Beurteilung von Aktienoptionsplänen*. München: Herbert Utz Verlag, 2000, s. 67. Srov. též DIETBORN, Ch. In: KESSLER, M., SAUTER, T. *Handbuch Stock options: rechtliche, steuerliche und bilanzielle Darstellung von Stock-Option-Plänen*. München: Verlag C. H. Beck, 2002, s. 250.

running, tedy situace, kdy v předstihu před zveřejněním vnitřní informace indukující pokles tržní hodnoty akcií zasvěcenec jím vlastněné akcie prodá za stávající (vyšší) cenu. Rovněž v tomto případě může jako určité řešení pomoci omezení svobodného prostoru pro úvahu prodávajícího zakotvením automatického mechanismu prodeje (konkrétní příklady nástrojů viz níže) v kombinaci se zvýšenou transparentností a důsledným dodržováním povinnosti publikace vnitřních informací ve smyslu čl. 17 MAR.⁶³

5 Smluvní řešení

Právní úprava nenabízí preskriptivní řešení regulující (obecně) opční smlouvu, natož (speciálně) opční smlouvu na akcie. Obsahové náležitosti opčních smluv uzavíraných typicky jako smlouvy inominační (§ 1742 odst. 2 ObčZ) jsou tak ponechány do značné míry kreativitě smluvních stran. Prostor pro autoregulaci lze využít za účelem posílení jak incentivních, tak retenčních funkcí motivačních programů spojených s možností nabytí majetkové účasti na emitentovi. Právě druhá zmíněná oblast přitom v praxi často zahrnuje prvky využitelné nejen z pohledu optimalizace managementu lidských zdrojů, ale i jako prevence zasvěcenec-kého obchodování. Porušení norem na ochranu trhu před jeho zneužitím je totiž rizikové nejen z pohledu pokut ukládaných zasvěcencům⁶⁴, ale i z pohledu emitentů, neboť podezření ze zneužití vnitřní informace může vést k narušení jejich renomé a odlivu zájmu investorů.

Společným jmenovatelem jednotlivých „bezpečnostních komponentů“ tvořících obsahovou součást opčních smluv, je omezení prostoru pro autonomii vůle odměňované osoby a posílení předvídatelnosti transakcí z hlediska času či objemu. Uvedené nástroje jsou současně zmiňovány i v právní nauce⁶⁵ či v tuzemském Kodexu správy a řízení společností (ČR) 2018 (dále jen „Kodex CG“).⁶⁶ Dodržování těchto standardů lze proto označit za dobrou praxi (*best practice*). Přestože nelze využití ochranných limitů chápat jako absolutní garanci toho, že transakce bude zcela neutrální z pohledu dopadu norem na ochranu proti zneužívání trhu⁶⁷, lze s vědomím uvedené rezervy zakotvení těchto prvků do opčních smluv obecně doporučit.

⁶³ CHARNITZKY, M. Die Festsetzung variabler Vergütungsbestandteile im Vorstandsvergütungssystem börsennotierter Gesellschaften. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2021, s. 1442.

⁶⁴ K sankcím srov. zejména § 160 odst. 1 písm. a) ZPKT a § 177 odst. 1 písm. a) ZPKT. Zasvěcenec-ké obchodování může být též trestněprávně postižitelné dle § 255 TrZ, resp. dle § 7 TOPO (ve spojení s § 255 TrZ).

⁶⁵ Srov. např. BAUMS, T. *Aktioptionen für Vorstandsmitglieder*. 1996, s. 39–40. Dostupné z: <https://d-nb.info/1059710056/34>; či HARRER, H. *Mitarbeiterbeteiligungen und Stock-Option-Pläne*. 2., přepr. vyd. München: C. H. Beck, 2004, s. 147.

⁶⁶ Srov. Kodex CG, body 4.1.8 a 4.1.11 až 4.1.16. Kodex správy a řízení společností (ČR) 2018 je dostupný z: https://www.mfcr.cz/assets/cs/media/2018_Kodex-spravy-a-řízení-spolocnosti-CR.pdf

⁶⁷ Použití ochranných lhůt a dalších limitů omezujících autonomii vůle odměňované osoby může vést k jinému kontroverznímu jednání, jenž spočívá v obchodování se „substituty“ finančních nástrojů emitovaných např. konkurenty společnosti poskytující odměnu. Příkladem může být využití vnitřní informace o získání veřejné zakázky na dodání bezpečnostních systémů pro kontrolu letového provozu pro následný short sale akcií konkurenční společnosti, která tutěž zakázku nezískala. Problematické může být rovněž obchodování s finančními nástroji dodavatelů nebo zákazníků emitenta. Příkladem může být nákup akcií společností produkcující polovodiče v situaci, kdy odměňovaná osoba disponuje vnitřní informací o tom, že společnost, ve které působí, zaznamenala rekordní prodeje čipů, při jejichž výrobě je nutné používat právě polovodiče. Podrobněji viz AYRES, I., BANKMAN, J. Substitutes for Insider Trading. *Stanford Law Review*. 2001, roč. 54, č. 2, s. 235–294. DOI: <https://doi.org/10.2307/1229397>

5.1 Obchodní okna (*trading windows*) a uzavřená období (*closed periods*)

První skupinou limitujících pravidel jsou časové podmínky, jejichž společným cílem je podpora záměru dlouhodobosti programů a zabránění možnosti krátkodobých spekulací.

Obchodní okna (*trading windows*) umožňují obchodování pouze v předem vyhrazených časech, přičemž intervaly, po které je možné transfery finančních nástrojů uskutečnit, jsou zpravidla vázány na oznámení tržně významných informací. Obvykle se jedná o lhůty v řádech několika týdnů po prezentování čtvrtletních výsledků (*earnings calls*) přenášných obvykle v reálném čase prostřednictvím internetu a dalších médií tak, aby byly sdělované informace dostupné co nejdříve co nejširšímu okruhu investorů. Smyslem obchodních oken je tedy umožnit obchodování v době, kdy je riziko využití informačního náskoku minimální. S ohledem na reakční dobu ze strany trhu absorbujícího čerstvě prezentované informace⁶⁸ je současně doporučováno otevření obchodního okna až s určitým odstupem od uveřejnění výsledků hospodaření (*reasonable waiting period*) s cílem zabránění rizika uskutečnění obchodu před tím, než informace vyvolá adekvátní investiční odezvu (*beating the news*).

Obdobou obchodního okna je uzavřené období (*closed period*) v jehož rámci je možnost obchodování vyloučena.⁶⁹ Smyslem uzavřeného období je opět odstranění informačního náskoku, který by mohl jinak vést k neoprávněnému zvýhodnění odměňované osoby. Zpravidla se jedná o období předcházející prezentování hospodářských výsledků, které je spojeno s největším rizikem zaskvěceného obchodování.

Zvláštní úpravu uzavřeného období před uveřejněním finančních zpráv obsahuje rovněž čl. 19 odst. 11 a 12 MAR pro obchody řídicích osob. Uzavřeným obdobím se dle čl. 19 odst. 11 MAR rozumí období 30 kalendářních dnů před oznámením jakékoliv průběžné finanční zprávy nebo výroční zprávy. Po tuto dobu tedy řídicí osoba nesmí uskutečňovat jakékoliv transakce s finančními nástroji emitenta na svůj účet ani na účet třetí osoby. S ohledem na povahu obchodování je v čl. 19 odst. 12 MAR stanovena výjimka, dle které může emitent finančního nástroje dovolit osobě s řídicí pravomocí obchodování i během uzavřeného období v případě obchodů uskutečňovaných v rámci systému zaměstnaneckých akcií, systémů spoření, nároků či oprávněnosti k akciím nebo v souvislosti s nimi nebo obchodů, kdy se podíl na výtěžku z příslušného cenného papíru nemění.⁷⁰

V souvislosti s využíváním výše uvedených ochranných lhůt je pro úplnost nutné upozornit na riziko nivelizace jejich efektu v situaci, kdy vnitřní informace není publikována. K tomu

⁶⁸ Jak naznačují některé studie, konkrétní délka reakční doby (jež se obecně udává v řádech minut) závisí na řadě faktorů, mimo jiné i na překvapivosti sdělované informace. Podrobněji viz BROOKS, R. M., PATEL, A., SU, T. How the Equity Market Responds to Unanticipated Events. *The Journal of Business*. 2003, roč. 76, č. 1, s. 109–134. DOI: <https://doi.org/10.1086/344115>

⁶⁹ K zákazu obchodů během uzavřených období podrobněji viz KOTÁSEK, J. Manažerské transakce v nařízení MAR. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2023, roč. 31, č. 1, s. 132–134. DOI: <https://doi.org/10.5817/CPVP2023-1-4>. Ke starší úpravě srov. KOTÁSEK, J. Prevence před zneužitím vnitřních informací (insider trading) v českém právu – vybrané otázky. In: *Evropské finanční systémy*. Brno: Masarykova univerzita, ESF, 2008, s. 265–270. ISBN 978-80-210-4628-3.

⁷⁰ Bližší upřesnění podmínek využití výjimky obsahují čl. 7 až 9 prováděcího nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) 2016/522.

může dojít nejen v situaci zatajování vnitřní informace motivovaném blížícím se *trading window*, ale rovněž odložením publikace vnitřní informace dle čl. 17 odst. 4 MAR.

5.2 Minimální doba držení akcií (*retention period a retention ratio*)

Po uplynutí vázací doby se obvykle odměňovaná osoba stává plnoprávným akcionářem, jehož akcie jsou v principu neomezeně převoditelné, byť jak bylo zmíněno výše, realizace převodu může být v některých případech uskutečňována pouze v předem stanovených cyklicky se opakujících časových úsecích. Za účelem posílení vazby odměňované osoby na dlouhodobé cíle, resp. na setrvání ve společnosti, se lze v praxi setkat s dalším možným prvkem omezujícím autonomii odměňované osoby, pokud jde o rozhodnutí ohledně načasování transakce. Konkrétně jde o formulaci časově podmíněných dispozičních omezení stanovících povinnost držet na svém majetkovém účtu akcie nabyté na základě uplatnění opčního práva, či alespoň jejich části, po určitou dobu (např. po dobu trvání akciového opčního programu). V případě, že je doba minimálního držení akcií (celého balíku nebo jeho částí) shodná s délkou funkčního období člena statutárního orgánu, je nasnadě, že v takovém případě k realizaci transakce může dojít až po uplynutí funkčního období. K tomuto okamžiku dojde zpravidla i k ukončení privilegovaného informačního postavení této osoby, a tím i k faktickému omezení příležitosti pro tržní využití informačního zvýhodnění. Jelikož odměňovaný nemá při tomto aranžmá reálnou možnost akcie po určitou dobu zpeněžit, je vzniklé oslabení motivační funkce programu v praxi nezřídka kompenzováno prostřednictvím zápůjček peněžitých prostředků poskytovaných za zvýhodněných podmínek. Do určité míry pak mohou i tyto zvýhodněné zápůjčky fungovat jako prvek (nepřímo) podporující prevenci před zasvěceným obchodováním. V okamžiku, kdy osoba informacemi disponuje, je případně vzniklá potřeba získání kapitálu řešitelná právě skrze zápůjčky. V momentě, kdy již tyto informace nemá, je naopak odměňovanému umožněno obstarat si potřebný kapitál prostřednictvím prodeje akcií.

5.3 Transakční plány, *restricted lists* a obchodování s využitím nezávislé třetí osoby

Další inspiraci při nastavování podmínek opční smlouvy lze nalézt v metodickém Stanovisku ČNB k MAR, které jako prevenci před podezřením ze zasvěceného obchodování zmiňuje provádění transakcí s finančními nástroji pomocí zástupce jednajícího na účet zasvěcené osoby, případně prostřednictvím portfolio manažera, za podmínky, že zástupce jedná na základě dříve schváleného transparentního transakčního plánu nebo portfolio manažer výhradně na základě svého uvážení.⁷¹

Další možností jsou tzv. *restricted lists* nebo *watch lists* představující seznam vybraných finančních nástrojů, se kterými zaměstnanci nesmí obchodovat z preventivních důvodů. U finančních nástrojů, které byly ze zákazu obchodování vyňaty, je současně možné limitovat zhodnocení akcií využitím pravidla o zastropování odměny (*remuneration cap*).⁷²

⁷¹ Stanovisko ČNB k MAR, bod 9.

⁷² Kodex CG, bod 4.1.8.

5.4 Alternativy akciových programů

K eliminaci rizika protiprávního jednání při nabývání a zcizování akcií může napomoci rovněž volba alternativy akciových opcí představovaná virtuálními akciovými programy. Odměňovací nástroje čistě obligacního charakteru, typicky stínové akcie (*phantom shares*) nebo bonusy ve formě práva na zhodnocení akcií (*stock appreciation rights*), nejsou na rozdíl od nástrojů spojujících odměnu s nabytím vlastnického práva k akciím vystaveny riziku zasvěceneckého obchodování. Jelikož odměňovaná osoba nabývá oprávnění pouze obligacního, nikoliv věcněprávního charakteru, je z podstaty věci *insider trading* ve smyslu čl. 8 MAR fakticky vyloučen, stejně jako povinnost hlásit manažerské obchody dle čl. 19 MAR.⁷³ Podobný efekt může mít rovněž nabídka alternativní možnosti vypořádání opčního práva v penězích (*cash out*), případně v cenných papírech jiného emitenta, ke kterému nemá odměňovaný žádný vztah zakládající možnost disponovat s vnitřní informací.

Závěr

V zájmu zachování informační parity a rovných tržních podmínek (*market egalitarianism*) je beneficiům akciových opčních programů zapovězeno využívat při obchodování s finančními nástroji vnitřní informace. V praxi je proto realizace těchto bonusových programů umožňujících nabytí účasti na emitentovi spojena s řadou omezení a podmínek, které mají zamezit neoprávněnému těžení z informační výhody, kterou beneficianti programů jako zasvěcenci obecně mají. V případě absence „pojistek“ proti *insider tradingu* hrozí nejen faktický výskyt právně reprobovaného jednání ze strany odměňovaných, ale též negativní reakce účastníků trhu. Při nastavování konkrétních podmínek akciového opčního programu proto musí emitenti finančních nástrojů jako poskytovatelé odměny řešit souběh rizika zneužití vnitřní informace potenciálně aktivující následky právní (ve formě veřejnoprávních sankcí) a ekonomické (ve formě poklesu zájmu investorů o nabízení akcie) a rizika příliš svazujících podmínek, v jejichž důsledku nebude akciový opční program pro nadměrnou komplikovanost podmínek plnit zamýšlenou roli. Cestou autoregulace je tak nutné hledat hodnotově ospravedlnitelné řešení umožňující jak realizaci funkčních opčních programů, tak soulad s regulací mířící na ochranu kapitálového trhu.

Zmíněná série opatření přijatých za účelem snížení rizika *insider tradingu* mohou současně přispívat i k odstranění mnohých rizik dalších, jež jsou předmětem kritiky opčních programů. Jako příklad lze uvést možnou eliminaci rizika morálního hazardu pramenícího ze skutečnosti, že beneficiant jakožto akcionář a současně člen vedení společnosti v jedné osobě by teoreticky mohl ovlivnit podmínky nabytí akcií ve svůj prospěch. Zakomponování „pojistek“ do akciových opčních programů vynucené regulací na ochranu proti zneužívání trhu však tuto možnost *de facto* neguje.

⁷³ ZÖLLTER-PETZOLDT, I., HÖHLING, N. Die Annahme von Aktienoptionen als Directors' Dealings. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2018, s. 688 a 690; ROSCHMANN, Ch., ERWE, P. In: HARRER, H. *Mitarbeiterbeteiligungen und Stock-Option-Pläne*. 2., přepr. vyd. München: C. H. Beck, 2004, s. 43; či HARRER, H. *Mitarbeiterbeteiligungen und Stock-Option-Pläne*. 2., přeprac. vyd. München: C. H. Beck, 2004, s. 143.

Současně je nutné korektně uvést, že ani sebestřísněji nastavený opční akciový program neposkytuje absolutní jistotu před zneužitím vnitřních informací. Řešení problému zasvěceného obchodování by proto nemělo dle mého názoru spočívat pouze v zakotvení ochranných limitů (časových, objemových, věcných, personálních) do jednotlivých akciových programů, ale též na intenzivním plnění informačních povinností, a to (preventivně) i na dobrovolné bázi.

Při posuzování povinnosti publikace vnitřních informací (nejen z pohledu dodržení publikačních povinností, ale i jako prevence před *insider trading*) je současně nutné mít na paměti, že i spuštění akciového opčního programu může představovat kurzotvornou skutečnost. Přestože nelze spoléhat na fungování sebenaplňujících se proroctví, kdy v důsledku publikace informace o schválení akciového opčního programu automaticky dojde k pozitivní reakci trhu, signifikantnímu zvýšení hodnoty akcií a ve výsledku i k potvrzení presumované efektivity programu, je namístě nahlížení rozhodnutí o odměně ve formě akciových opcí jako na potenciální vnitřní informaci vyžadující nakládání v souladu s regulatorními požadavky. Nejistota ohledně kvalifikace informace o opčním akciovém programu jako informace vnitřní ve smysl čl. 7 MAR může vést v praxi ke komplikacím nejen při hodnocení dodržování *ad hoc* povinností publikace vnitřních informací, ale i ve vztahu k aplikaci zákazu zasvěceného obchodování dle čl. 8 MAR. Jelikož je realizace akciového opčního programu spojena s nabýváním a zcizováním finančních nástrojů, je dle mého názoru namístě eliminace jakýchkoliv rizik, která by mohla ve výsledku ohrozit přínos těchto programů z pohledu motivace odměňovaných osob. Naopak neoznámení informací týkajících se akciového opčního programu by teoreticky mohlo z těchto osob (zbytečně) činit zasvěcence vystavující se nebezpečí zakázaného jednání. S ohledem na možná rizika spojená s existencí vnitřní informace, zejména pak nebezpečí zasvěceného obchodování lze proto doporučit co největší transparentnost, byť ve výsledku na dobrovolné bázi. I v případě, že by se nakonec o vnitřní informaci z důvodu nesplnění všech jejích definičních znaků nejednalo, může dobrovolná transparentnost ohledně akciového opčního programu, podmíněk nabytí akcií (zejména jejich ceny a množství) a vymezení konkrétních realizačních fází přinejmenším přispět ke snížení rizika zasvěceného obchodování odměňovaných osob.

Market Power, Economic Dependence, or Bargaining Power: Why Do Titans Still Enjoy Protection in Several Member States?

Michal Nový*

Abstract

The paper addresses a long-standing discussion on what are the major sources of power asymmetry among the suppliers and the buyers in the agri-food chain, and thus, a primary cause of pursuing various kinds of so-called unfair trading practices. Basically, three theoretical frameworks stay beyond combating against these practices: market power, economic dependence, and bargaining power approach. The setting of personal scope in the new EU Directive 2019/633 profoundly prefers the lastly mentioned theoretical framework. But does such a preference signify the true triumph of the bargaining power conception? The paper intends to scrutinize it using an evaluation of the major traits of the frameworks, stressing that some of them may allow for the protection of those entrepreneurs who are not in need of it. The analysis of the ways how the Directive has been implemented in the Member States then indicates that such giant suppliers continuously enjoy protection in several countries. A special attention is devoted to Czech legislation whose development may serve as a kind of a natural experiment of how these competing conceptions function in the practice.

Keywords

Bargaining Power; Market Power; Economic Dependence; Supplier and Buyer; Buyer Power; Agri-food Chain; Unfair Trading Practices.

Introduction

The issue of buyer power does not seem to be a new topic. It can be even said that it is a fairly well described concept reflected in a large number of scientific papers, but also in a decision-making practice of public authorities across Europe. For example, the buyer power has been examined in the seminal work of John K. Galbraith from the early 1950s discussing the pivotal traits of American economy. It can be also seen as the basis for the well-known Porter's five forces model, which provides a comprehensive theory for analysing a competitive environment of economic units in a market.¹

* Ing. Mgr. Michal Nový, Ph.D., student, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / student, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: novy.micha@gmail.com

¹ GALBRAITH, J. K. *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*. Boston, Houghton Mifflin, Cambridge: Riverside Press, 1952, 220 p. ISBN 978-15-60-006749; PORTER, M. E. *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. New York: Free Press, 1980, 416 p. ISBN 978-07-43-26088-6.

The buyer power mostly arises from a power imbalance among the undertakings in the market. The uneven subjects' positions during the negotiation process appear to be a natural phenomenon in a vast majority of the markets. Although it is sometimes anticipated that private law rests on the principle of subjects' parity², in fact, the trading partners are not perfectly equal in terms of their skills, financial abilities, assets etc. Normally, moderate disparities in an economic importance of these partners do not cause a significant issue. In some specific cases, however, the imbalance is overly sharp, which encourages state intervention using various kinds of legal instruments to protect a weaker contracting party.

In the agri-food chain, the need for a protection of a weaker party is even amplified by a nature of the sector. In the twentieth century, many countries have experienced a rapid growth of several entrepreneurs in both food processing and retail.³ These leading forces in business at the state level have then transformed themselves into the multinational corporations whose brands are nowadays well-known across many societies. At present, almost every consumer in Europe can unequivocally identify brand products from Nestlé, CocaCola or Danone, and likewise, he or she can quickly recognize a trademark of Lidl, Tesco or Billa. These companies have simply become 'too big to fail', which reinforces the necessity of a special legal treatment, a so-called special responsibility.

In the previous paragraph, one of the key sources of the buyer power has been already described: a market power. When some corporation occupies the position of a market leader, it may negatively influence the fundamental competitive conditions in that market, the prices and quantity in particular. To combat effectively with various kinds of a misuse of the market power, competition law has been developed and still functions in all of EU member states (based on Article 101 a 102 of the TFEU⁴, accompanied by the respective national legislation). Nevertheless, such an institutional setting enables state authorities to restrict an economic power of the true giants, but not all those who have sufficient abilities to act more or less unfairly towards their partners in trade.⁵

It is common in the agri-food chain that despite the absence of any market leader, the one party's power is so high that it is capable of achieving a diverse set of counterparty's concessions.

² HURDÍK, J., LAVICKÝ, P. The System of Principles of Private Law. *Časopis pro právní vědu a praxi*. Brno: Masaryk University, 2008, Vol. 16, no. 3, pp. 230–235; KNAPP, M. Protection of a Weaker Party in Public Interest – Material Scope of the Directive on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Agricultural and Food Supply Chain. *Public Governance, Administration and Finances Law Review*. Ludovika: Ludovika University Press, 2020, Vol. 5, no. 1, pp. 62–72. ISSN 2786-0736. DOI: <https://doi.org/10.53116/pgaftr.2020.1.4>

³ SEXTON, R. Market Power, Misconceptions, and Modern Agricultural Markets. *American Journal of Agricultural Economics*. Milwaukee: Agricultural & Applied Economics Association, 2013, Vol. 95, no. 2, pp. 209–219. ISSN 1467-8276. DOI: <https://doi.org/10.1093/ajae/aas102>; TEN KATE, G., WAL, S. van der. Eyes on the price: International supermarket buying groups in Europe. *SOMO Paper* [online]. March 2017 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://www.somo.nl/international-supermarket-buying-groups-in-europe/>; MARKOU, M., STYLIANOU, A., GIANNAKOPOULOU, M., ADAMIDES, G. Identifying business-to-business unfair trading practices in the food supply chain: the case of Cyprus. *New Medit: Mediterranean Journal of Economics, Agriculture and Environment*. Bologna: Bononia University Press, 2020, Vol. 19, no. 1, pp. 19–34. ISSN 2611-1128.

⁴ See Article 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), dealing with the prohibited agreements and the abuse of dominant position.

⁵ DASKALOVA, V. The New Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks? *Journal of European Competition Law & Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, Vol. 10, no. 5, pp. 281–296. ISSN 2041-7764.

The present belief of the EU institutions, and the majority of the member states as well, is that such practices should be also forbidden, albeit it brings, besides the need for some other piece of legislation for B2B relationships, the introduction of solid theoretical framework to justify public intervention into the market.⁶ In addition to market power, thus, another two conceptions have been discussed in the existing literature on the food supply chain, i.e., an economic dependence and bargaining power approach.

Since the special responsibility in the EU Directive 2019/633 rests on a turnover proportion between the buyer and the supplier, it may appear that the EU law prefers the lastly mentioned approach focusing on the bargaining process and its consequences. On the other hand, the Directive represents just a minimum standard of harmonization, and therefore, each member state may, to some extent, select its own approach which is more stringent in terms of the personal scope of the legislation.

The aim of the paper is to show to what extent this choice may influence the behaviour of the buyers and the suppliers nested in the national markets concerning agricultural and food products and why is it that. The decision to be stricter may very often arise from the recent national legislation on unfair trading practices (path dependency). It may also have some other reasons, for example, to avoid the complicated calculations of the undertaking's turnover. In some cases, however, this decision also causes that the titans from the supply side of the market are gaining an excessive and needless protection. Thus, this paper contains an overview of how the Directive's conception of buyer's special responsibility has been implemented in the EU member states and where the giant suppliers are enjoying legal benefits due to their status of the weaker contracting party.

1 The Puzzle of Buyer Power

This chapter should look for a persuasive reply on what might be the major source of the power asymmetry in the agri-food chain. Of course, numerous views on that question have been presented in the existing literature.⁷ These views substantially differ in the concepts

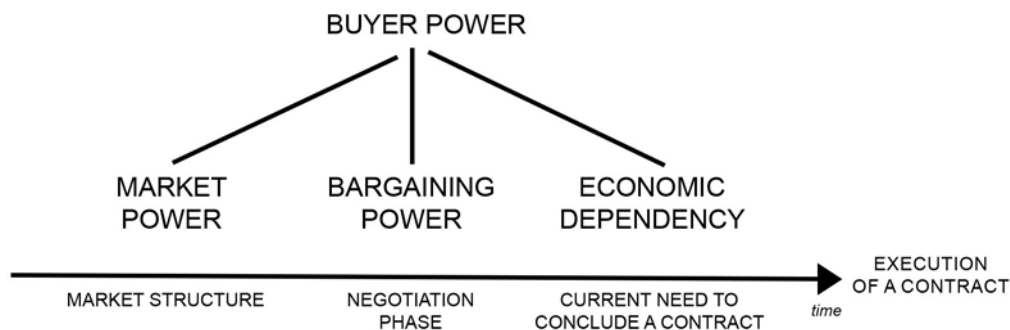
⁶ E.g. EUROPEAN COMMISSION. Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe. In: *EUR-Lex* [online]. Brussels: European Commission, 2013, 22 p. [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0037&from=EN>

⁷ E.g. KIRKWOOD, J. B. Consumers, Economics and Antitrust. In: KIRKWOOD, J. B. *Antitrust Law and Economics. Volume 21*. Oxford: Elsevier JAI, 2004, pp. 35–41. ISBN 978-07-62-31115-6. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0193-5895\(04\)21001-6](https://doi.org/10.1016/S0193-5895(04)21001-6); CHEN, Z. Defining Buyer Power. *The Antitrust Bulletin*. London: SAGE, 2008, Vol. 53, no. 2, pp. 241–249. ISSN 1930-7969; DECONINCK, K. Concentration and Market Power in the Food Chain. *OECD Food, Agriculture and Fisheries Paper* [online]. 2021, no. 151, 52 p. [cit. 10. 10. 2022]. Available at: https://www.oecd-ilibrary.org/agriculture-and-food/concentration-and-market-power-in-the-food-chain_3151e4ca-en; ANCHUSTEGUI, I. H. *Buyer Power in EU Competition Law*. Bergen: University of Bergen, 2017, 563 s.; DOBSON, P. W., CHAKRABORTY, R. Buyer Power in the U.K. Groceries Market. *The Antitrust Bulletin*. London: SAGE, 2008, Vol. 53, no. 2, pp. 333–368. ISSN 1930-7969; BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masaryk University, 2016, 516 p. ISBN 978-80-210-8185-7; DASKALOVA, V. Regulating Unfair Trading Practices in the EU Agri-Food Chain: A Case of Counterproductive Regulation? *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*. Warsaw: Centre for Antitrust and Regulatory Studies, 2020, Vol. 13, no. 21, oo. 7–53. ISSN 1689-9024. DOI: <https://doi.org/10.7172/1689-9024.YARS.2020.13.21.1>

used for explaining it, as well as in their definitions, which may potentially bring confusion and very diverse interpretation of the same phenomenon.

Above all, since the role of the *buyers* as a more powerful party in the agri-food supply chain is under scrutiny, the buyer power should represent a so-called umbrella concept which generally describes the power imbalance in the B2B relationships among the undertakings. The buyer power can be regarded very generally as the asymmetry of the powers between the supplier and the buyer, in which the position of the buyer is pivotal due to a diverse set of specific traits.⁸ It is therefore a kind of a superiority of a contracting party on the demand side of the market, which can be based on very different foundations that are determined by somewhat more specific subtypes of the buyer power clarifying the mechanism of the buyers' influence on the suppliers.

Figure no. 1: *The Puzzle of the Buyer Power*



Source: Author

Figure 1 summarizes three specific conceptions of the buyer power. It presumes a potential existence of the market power, bargaining power and economic dependence. According to Figure 1, the sources of an uneven position of the buyer can be primarily the market structure (present and potential competition in the market), circumstances related to the bargaining phase (the imbalance in initial bargaining positions of the contracting parties in particular), and the acute need to conclude a contract (in relation to the existential issues of the weaker contracting party's business). These circumstances, which are described below in a detailed way, are usually settled in a different distance from the moment of a conclusion and execution of an individual contract.

At the same time, it should not be overlooked that in general, there are many more types of the buyer power to be found in the literature, apart from those presented in Figure 1. For the sake of comprehension, e.g. a dominant position, which represents a kind of a qualified

⁸ See CHEN, Z. Defining Buyer Power. *The Antitrust Bulletin*. London: SAGE, 2008, Vol. 53, no. 2, pp. 241–249. ISSN 1930-7969.

market power, or a countervailing power, which has been included below in the section dealing with the economic dependence, can be mentioned as the potentially distinctive approaches to tackle an unfairness in the B2B relationships concerning the agricultural and food products. Nonetheless, Figure 1 contains what can be perceived to be the mainstream approaches in this field of research and intends to show some tacit ties among them, based on a time perspective.

1.1 Structural Approach: The Market Power as a Part of Competition Law

The primary reason for which state intervention in the market can be convincingly justified can be seen in the existence of the market failures. These are a variety of situations resulting into an inefficient allocation of the resources, i.e., a deviation from the assumption of how the market would function under the regular conditions. The market concentration (and the consequent forms of an ineffective competition) is one of the basic market failures identified in lots of markets.⁹

If the market structure does not guarantee at least an effective competition, which ensures an acceptable market equilibrium by smooth functioning of the main competitive constraints (pressures)¹⁰, the small number of the privileged entities will have the opportunity to act independently on the other market participants, particularly in terms of setting prices and quantities of the output. Both the supply and demand side of the market can therefore be classified by using a continuum with the ends representing a perfect competition and a monopoly (or, in the case of concentration on the demand side, a monopsony).

According to some authors, the structure of the markets aimed at foodstuff in the EU member states can be often associated with the market failure in the form of an oligopsony, i.e., a significant concentration of the entities on the demand side of the market.¹¹ As a result of the concentrated market, the largest buyers should then have the so-called market power. The market power is usually defined as an ability of a particular competitor to modify and maintain prices above the level that would exist under the conditions of the effective competition, or, more broadly, to rule the market and its basic parameters owing to its own size.¹²

⁹ MANKIWI, G.W. *Principles of Economics*. Mason: Thomson Higher Education, 2007, 888 p. ISBN 978-05-38-45305-9.

¹⁰ These pressures include particularly an actual or potential competition and countervailing power of the counterparty. See Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>

¹¹ DOBSON, P.W., CHAKRABORTY, R. Buyer Power in the U.K. Groceries Market. *The Antitrust Bulletin*. London: SAGE Publications, 2008, Vol. 53, no. 2, pp. 333–368. ISSN 1930-7969; BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masaryk University, 2016, 516 p. ISBN 978-80-210-8185-7.

¹² SORRENTINO, A., RUSSO, C., CACCHIARELLI, L. Market Power and Bargaining Power in the EU Food Supply Chain: The Role of Producer Organizations. *New Medit: Mediterranean Journal of Economics, Agriculture and Environment*. Bologna: Bononia University Press, 2018, Vol. 17, no. 4, pp. 21–31. DOI: <https://doi.org/10.30682/nm1804b>; VELÁZQUEZ, B., BUFFARIA, B., EUROPEAN COMMISSION. About Farmers' Bargaining Power within the new CAP. *Agricultural and Food Economics*. 2017, Vol. 5, no. 16, pp. 1–13. ISSN 2193-7532. DOI: <https://doi.org/10.1186/s40100-017-0084-y>

The idea of the ‘subdominance’ of the largest buyers in the market has moved the regulation of the unfair trading practices very close to the competition law. However, the competition law as such often fails to regulate the market power of the buyers in the agri-food chain.¹³ This is because the powerful entities (the retail chains and large food processors in particular) do not fulfil the standard criteria to achieve the dominant position, which is characterised by a high degree of the market concentration (for example, the most significant retail chain in the Czech Republic has the market share of around 15 per cent). Given the ineffective competition in these markets, characterised by the alleged presence of the so-called gatekeepers (i.e., irreplaceable distribution channels), some member states introduced the legislation to cope with not dominant, but still significant market power.¹⁴

In recent years, such a structural approach (i.e., based primarily on the assessment of the market structures), assuming that the market power lies on the buyers’ side, has been subject to a criticism. Above all, some authors have pointed out that the above assumptions do not generally correspond to the actual conditions of the market. As emphasized above, the degree of concentration of the buyers in food markets is normally not very high. For example, the standard indicators of the market structures suggest that the EU has, on average, just moderately concentrated national foodstuff markets.¹⁵

Moreover, the degree of concentration of the retail market is mostly lower than the concentration of the suppliers (especially the food processing corporations and food brokers) in some specific product markets. Purely from the view of the market structure analysis, the market in which the retail chains are theoretically supposed to have the market power often is characterized by more favourable competitive conditions than the markets where the entities protected by the respective legislation are operating. Thus, the empirical implications of the structural approach tend to weaken rather than support the argument for the existence of the market power of a group of the most significant buyers.

Summing up, even though it can be concluded that the structure of several markets in the agri-food chain shows certain, but not very high level of concentration on the demand side, this finding does not establish the need for the specific legislation on the unfair trading practices by itself.

¹³ E.g. DASKALOVA, V. The New Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks? *Journal of European Competition Law & Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, Vol. 10, no. 5, pp. 281–296. ISSN 2041-7764. DOI: <https://doi.org/10.1093/jecclap/lpz032>; KNAPP, M. Protection of a Weaker Party in Public Interest – Material Scope of the Directive on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Agricultural and Food Supply Chain. *Public Governance, Administration and Finances Law Review*. Ludovika: Ludovika University Press, 2020, Vol. 5, no. 1, pp. 62–72. ISSN 2786-0736; CSIRSZKI, M.M. Unfair Trading Practices in the Agriculture and Food Supply Chain – Comparing the 2019/633 EU Directive with the Hungarian Regulation. *European Integration Studies*. Kaunas: Kaunas University of Technology, 2021, Vol. 17, no. 1, pp. 191–197. ISSN 2335-8831. DOI: <https://doi.org/10.46941/2021.se1.191-197>

¹⁴ Cf. RENDA, A., CAFAGGI, F., PELKMANS, J., IAMICELI, P., CORREIA DE BRITO, A., MUSTILLI, F., BEBBER, L. Study on the Legal Framework Covering Business-to-business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain. *European Commission* [online]. 2014. [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c82dc8c6-ec15-11e5-8a81-01aa75ed71a1/language-en>

¹⁵ DECONINCK, K. Concentration and Market Power in the Food Chain. *OECD Food, Agriculture and Fisheries Paper* [online]. 2021, no. 151, 52 p. [cit. 10. 10. 2022]. Available at: https://www.oecd-ilibrary.org/agriculture-and-food/concentration-and-market-power-in-the-food-chain_3151e4ca-en

Despite the criticism, the concept of market power or significant market power in the agri-food chain appeared in several EU member states' laws on the unfair trading practices. One of the examples is Czechia¹⁶, but significant market power had been also adopted in Slovenia¹⁷ and Hungary¹⁸. At the same time, however, it should be emphasized that after the transposition measures were enacted, it usually lost its original theoretical substance based on the market power conception (see below).

1.2 The Economic Dependence as an Ideal-type Construction

In contrast to the market power, the advocates of the economic dependence conception may emphasize that the privileged position of the buyers in the food supply chain is not determined by the market constellation of the competitors in the first place. For them, it is suitable to take into account of who has the ability to enforce unilaterally unfair contractual terms *against whom*. This corresponds with the assumption that one of the fundamental competitive restraints in the markets is, in addition to the actual and potential competition, the countervailing power of the counterparty.

The emphasis on the countervailing power gives the concept of the economic dependence a high added value. There is no doubt that the look on the balancing power of the supplier should form an integral part of any consideration of the regulation of the supplier-buyer asymmetry in the agri-food chain. Of course, the countervailing power is not a new discovery. In his study from the 1950s, Galbraith clarifies that in the American economy, a sophisticated way of forming sufficient countervailing power appears to be the 'best response' to the emerging economic power in concentrated markets, the power of the largest corporations in particular.¹⁹ The interesting fact from Galbraith's seminal work is that although he addresses the possibilities of countervailing forces to the emerging big concerns, he considers them in the reversed way to that envisaged in the recent papers and legislation. In his view, the right answer to the rapid growth of the large food producers (i.e., the suppliers) at that time was to build the chains (or the networks) in the retail sector, giving some Scandinavian countries as an example. Here, the network of consumer cooperatives appropriately balanced the power position of the largest producers.

Following Galbraith's findings, van den Maelen and her colleagues also underline the role of the 'all-powerful' food producers, pointing out that one of the main instruments for promoting the interests of the food companies are brands.²⁰ These authors metaphorically label the negotiations between the large food companies and the retail chains as a 'clash of the titans', whereby the termination of cooperation and delisting of the branded products from

¹⁶ Section 3 of Czech Act on Significant Market Power 2009, as amended.

¹⁷ Article 61.f of Slovenian Act on Agriculture 2008 (zakon o kmetijstvu), as amended.

¹⁸ Hungarian Act on Trade 2006, as amended.

¹⁹ GALBRAITH, J.K. *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*. Boston, Houghton Mifflin, Cambridge: Riverside Press, 1952, 220 p. ISBN 978-15-60-006749.

²⁰ MAELEN, S. van der, BREUGELMANS, E., CLEEREN, K. The Clash of the Titans. On Retailer and Manufacturer Vulnerability in Conflict Delistings. *Journal of Marketing*. London: SAGE, 2017, Vol. 81, no. 1, pp. 118–135. ISSN 1547-7185. DOI: <https://doi.org/10.1509/jm.15.0282>

the shelves is not beneficial to anyone: the supplier loses sales in one of its important distribution channels, but at the same time, the supermarket chain loses the customers due to the absence of the branded products in its stores.

The economic dependence is a concept strongly tied to the countervailing power. It presupposes a very close linkage between the supplier and the buyer, in which the supplier is existentially reliant on the cooperation with one specific buyer.²¹ The potential termination of the mutual contract may plausibly threaten the future business activities of the weaker supplier, making the weaker partner unable to break out this vicious circle voluntarily. For the supplier, there are no other comparable means of selling goods at the same price and quantity, which enables the buyer to set unilateral terms in the contract.

In general, it seems that the economic dependence should be rather exceptional situation in the B2B relationships, because each entrepreneurs should build a broader portfolio of its business partners in order to secure a continuation of its own business activities. However, in the agri-food chain, some special circumstances (shipping costs, perishability of goods etc.) of the business conduct of the vulnerable suppliers, typically by the farmers, may cause that they have only one or at most few selling opportunities (distribution channels) in their perimeter. If they fail to agree with any of them, it is likely that they will be condemned to close down.

Most frequently, the degree of the economic dependence is measured by using the proportion of the turnover with a particular non-substitutable partner to the total turnover of the weaker party. Besides this proportion, it is possible to ascertain some other indicators of the dependence, for example, to evaluate the weaker party's switching opportunities, i.e., the theoretical ability of the weaker party to deliver its goods in a traded volume in a short term through an alternative distribution channel.

In the practice, a fundamental pitfall of the economic dependence is that most of business professionals in the agri-food chain genuinely tend to have a wider portfolio of the buyers and other business contacts ensuring them a relative stability of sales. Since a professional care of the entrepreneur also includes the effort to prevent the risks and uncertainty, just a very small number of the suppliers in the chain fulfil the definition of their dependence on the buyer.²² In such circumstances, the enforcement of the special liability imposed on the buyers could therefore cover a negligible proportion of the practices, which the legislation was intended to eliminate in the agri-food chain. Given its minimal scope, the law using the

²¹ See WAKUI, M., CHENG, T. K. Regulating Abuse of Superior Bargaining Position Under the Japanese Competition Law: An Anomaly or a Necessity? *Journal of Antitrust Enforcement*. Oxford: Oxford University Press, 2015, Vol. 3, no. 2, pp. 302–333. ISSN 2050-0696. DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnv022>; PETR, M. Právní úprava tzv. ekonomické závislosti. *Právní zpravodaj*. Praha: C. H. Beck, 2007, Vol. 8, no. 5, pp. 5–9; DASKALOVA, V. Regulating Unfair Trading Practices in the EU Agri-Food Chain: A Case of Counterproductive Regulation? *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*. Warsaw: Centre for Antitrust and Regulatory Studies, 2020, Vol. 13, no. 21, pp. 7–53. ISSN 1689-9024.

²² HODONOVA, Z., OLEKSIK, R. The Slovak Parliament draws rules on unfair supply contract terms for foodstuffs (Act No. 140/2010). *E-Competitions* [online]. May 2010 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/may-2010/The-Slovak-Parliament-draws-rules-31177>; DASKALOVA, V. Regulating Unfair Trading Practices in the EU Agri-Food Chain: A Case of Counterproductive Regulation? *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*. Warsaw: Centre for Antitrust and Regulatory Studies, 2020, Vol. 13, no. 21, s. 7–53. ISSN 1689-9024.

economic dependence approach would not be able to fulfil its basic purpose of the elimination of the abusive practices in the markets concerning agricultural and food products.

Notwithstanding this fact, again, there are several member states in which the legislation on the unfair practices was built on such approach in the past decades. For example, one can make a reference to the German legislation, where the concept of the dependence has been successfully established in the law against restrictions of competition, as a supplement to the abuse of dominant position.²³ However, the dependence is conceived here in a somewhat different way than it was explained above: in relation to the sufficient and reasonable possibilities of the weaker party to shift to the third parties, to a significant imbalance of power between the contracting parties and to the countervailing power of these parties, whereby these elements are collectively referred to as a ‘relative market power’. Thus, the dependence may be interpreted here very broadly, and in fact, it can be perceived to be a mixture of all of the major sources of power asymmetry that this paper has been jointly referred to as the buyer power. To give another example, in Italy, the legislation employed a broad definition of the economic dependence, too, which enables relatively smooth legal application in the practice.²⁴ And finally, Cyprian legislation also included the economic dependence, which was based primarily on the absence of an equivalent alternative in trade.²⁵

Thus, the concept of the economic dependence in its narrow sense has, on the one hand, been developed in order to respond to some of the shortcomings associated with the concept of the market power (in particular, it has taken into account the neglected issue of the countervailing power). At the same time, however, in its pure definition, it is an example of the ideal-type construction of the supplier-customer linkages that finds almost no empirical response in most of the countries. For this reason, the use of the economic dependence in laws may be a deadlock and can make the enforcement of laws on the unfair trading practices virtually impossible. Of course, someone may say that such a statement is, following the German or Italian model, false, but in fact, these countries did not regulate the economic dependence in its original sense.

1.3 The Bargaining Power: Finally an Anchor for a Protection of a Weaker Party?

Up to now, the paper has tried to outline that in a daily practice, the structural approach, i.e. the concept of the market power, in the environment of the moderate market concentration, as well as the dependence approach coping with the difficulties to meet assumption of an irreplaceability of a distribution channel, cannot be usually regarded as the useful theoretical frameworks for regulation of the special buyers’ liability for conducting the unfair trading practices. What is then the suitable alternative that should be used as a ground for

²³ Section 20 of the Act against the Restraints of Competition (GWB).

²⁴ RENDA, A., CAFAGGI, F., PELKMANS, J., IAMICELI, P., CORREIA DE BRITO, A., MUSTILLI, F., BEBBER, L. Study on the Legal Framework Covering Business-to-business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain. *European Commission* [online]. 2014 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c82dc8c6-ec15-11e5-8a81-01aa75ed71a1/language-en>

²⁵ MARKOU, M., STYLIANOU, A., GIANNAKOPOULOU, M., ADAMIDES, G. Identifying business-to-business unfair trading practices in the food supply chain: the case of Cyprus. *New Medit: Mediterranean Journal of Economics, Agriculture and Environment*. Bologna: Bononia University Press, 2020, Vol. 19, no. 1, pp. 19–34. ISSN 2611-1128. DOI: <https://doi.org/10.30682/nm2001b>

the formulation of such legislation? As indicated earlier, a kind of a third way of ensuring protection of the weaker party is represented by the concept of the bargaining power.

Kirkwood²⁶ defines the bargaining power as the ability to extract concessions from the other party through the threat of imposing costs or withdrawal of benefits if the party does not concede them. In another study, the same author adds that the bargaining power is by far the most common type of the buyer power, and when this type of the power asymmetry is utilized, the buyers benefit primarily from the ability to shift their purchases easily between the suppliers, which creates incentives for the suppliers to provide various discounts or other concessions, regardless of the specific economic reasons.²⁷

This feature clearly distinguishes the bargaining power from both the market power and economic dependence. Since the lastly mentioned one is rare in the practice, the literature mainly concerns the difference between the bargaining power and market power. As Deconinck²⁸ summarizes: “As traditionally understood, market power refers to a situation where one firm is so large relative to the market that its decisions on how much to purchase or to sell can influence market prices, which in turn means that the optimal strategy for the firm is to restrict quantities to reduce prices paid to suppliers and/or increase prices paid by its customers. Bargaining power, on the other hand, refers to the power to obtain concessions from another party by the use of threats. In the context of UTPs, firms which are too small to exert market power may nevertheless have bargaining power.”

Thus, the concept of the bargaining power delimits only the minimum conditions for its application, but at the same time, it contains sufficiently specific traits of the concept (the ability of the buyer to obtain concessions through a threat of switching), which makes it not vague. Although it is not a panacea that would make the determination of the buyer’s responsibility a complete routine, the bargaining power finally provides a theoretical approach that is consistent with the reality of the commercial relations in the agri-food chain and is also established in the previous research.

In light of Chen’s work, it can be said that the bargaining power has some common features with the countervailing power (see above), probably because it involves the aspect of a sophisticated psychological threat for the counterparty’s position, which is also typical of the countervailing power, without requiring complicated indicators.²⁹ Other authors, on the other hand, believe that the potential of the bargaining power lies in its focus on the individual negotiations between the potential trading partners and does not deal with the state of affairs at the market level, which is varying considerably according to the structure of the market.³⁰

²⁶ KIRKWOOD, J. B. Buyer Power and Exclusionary Conduct: Should Brooke Group Set the Standards for Buyer-induced Price Discrimination and Predatory Bidding? *Antitrust Law Journal*. Chicago: American Bar Association. 2005, Vol. 72, no. 2, pp. 625–668. ISSN 0003-6056.

²⁷ KIRKWOOD, J. B. Consumers, Economics and Antitrust. In: KIRKWOOD, J. B. *Antitrust Law and Economics. Volume 21*. Oxford: Elsevier JAI, 2004, pp. 35–41. ISBN 978-07-62-31115-6.

²⁸ DECONINCK, K. Concentration and Market Power in the Food Chain. *OECD Food, Agriculture and Fisheries Paper* [online]. 2021, no. 151, 52 p., pp. 19–20 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: https://www.oecd-ilibrary.org/agriculture-and-food/concentration-and-market-power-in-the-food-chain_3151e4ca-en. See also ANCHUSTEGUI, I. H. *Buyer Power in EU Competition Law*. Bergen: University of Bergen, 2017, 563 p.

²⁹ Cf. CHEN, Z. Defining Buyer Power. *The Antitrust Bulletin*. London: SAGE, 2008, Vol. 53, no. 2, pp. 241–249. ISSN 1930-7969.

³⁰ VELÁZQUEZ, B., BUFFARIA, B., EUROPEAN COMMISSION. About Farmers’ Bargaining Power within the new CAP. *Agricultural and Food Economics*. 2017, Vol. 5, no. 16, pp. 1–13. ISSN 2193-7532.

Not surprisingly, the negotiation phase is of key importance for the bargaining power. According to some authors, which present a basic model of bargaining, the bargaining power breaks down into two components, namely the initial bargaining position and the negotiating power.³¹ The initial bargaining position represents the minimum acceptable outcome that a particular party expects from the negotiation. The failure to achieve such bargaining position results in the failure to agree on a contract, which in turn forms a credible threat of mutual losses from the non-execution of the contract.

The negotiating power then allows to shift the initial bargaining position within the bargaining space to an ideal point, so that the stronger party cuts a larger share of the total amount of gains from the trade, and thus actually extracts the maximum possible outcome from the trade. The negotiating power is the ability to achieve the bargaining outcome that is closest to the ideal outcome within the bargaining space. It should be understood as a relational variable, i.e., it always assesses the ability to achieve the ideal outcome vis-a-vis a particular counterparty.

If the bargaining power of the two contracting parties is exactly same, then the initial bargaining positions will be located at the same distance from the centre of the bargaining continuum (and thus, it is assumed that the eventual outcome in the form of a non-agreement on the contract affects both parties equally). Under such conditions, the negotiation outcome is expected to be located exactly at the centre of the negotiation space and both parties are expected to share the gains from the trade equally. This is how the market would operate under conditions of, for example, almost no market concentration and absolute economic independence of the weaker party. This situation is depicted by the continuum A in Figure 2.

Figure no. 2: Modelling bargaining power



Source: Author, inspired by SORRENTINO, A., RUSSO, C., CACCHIARELLI, L. Market Power and Bargaining Power in the EU Food Supply Chain: The Role of Producer Organizations. *New Medit: Mediterranean Journal of Economics, Agriculture and Environment*. Bologna: Bononia University Press, 2018, Vol. 17, no. 4, pp. 21–31. DOI: <https://doi.org/10.30682/nm1804b>

³¹ SORRENTINO, A., RUSSO, C., CACCHIARELLI, L. Market Power and Bargaining Power in the EU Food Supply Chain: The Role of Producer Organizations. *New Medit: Mediterranean Journal of Economics, Agriculture and Environment*. Bologna: Bononia University Press, 2018, Vol. 17, no. 4, pp. 21–31.

In fact, the initial bargaining positions of the specific trading partners are not identical, since the assumption of an equality in the private law is simply unfeasible. In the food supply chain, however, only those situations where the bargaining power of one buyer greatly exceeds that of the supplier are identified as an issue. On the continuum dividing the total gains from the trade, this situation causes the rational buyer to be able to set its initial bargaining position closer to the centre of the continuum, thereby narrowing the negotiating space (see situation B in Figure 2).

This positioning of one party is made possible due to the fact that the buyer is not faced with the threat of the losses from a non-agreement, as a broad group of the suppliers compete for an access to the buyer's distribution channel given its size. The buyer is immediately able to compensate for any loss from the non-agreement by contracting with an alternative supplier who accepts its initial bargaining position. On the other hand, especially the smaller suppliers are much more affected by the threat of failing to agree on a contract with the large buyer, since there is virtually no actual buyers' competition for their specific products in the food markets. The suppliers themselves have to make a great effort to acquire a portfolio of the buyers that will ensure them sufficient sales.

The essential question for the bargaining models is how much of narrowing of the bargaining space by the power on the buyer's side can still be regarded as acceptable, without the need for the public law regulation. To some extent, this may return economic reasoning about the buyer power to the level of morals and ethics, which may vary across each society. Anyway, I have also presented the situation C in Figure 2, in which basically no negotiation on the parameters of a contract is made. Here, the supplier may either accept the terms and conditions unilaterally set by the buyer or lose the distribution channel completely (*take it or leave it principle*).

In the Czech grocery market, for example, the extreme situation shown by the situation C has proved to be common in the supplier-retailer relationships in recent years.³² When negotiating especially with small and medium-sized suppliers, the retail chains often used standardized agreements establishing certain imbalance in the parties' rights and obligations, typically in terms of contractual penalties, marketing allowances, fabricated services offered to the suppliers etc. Despite this fact, such agreements have been mostly accepted, which may, given the uneven content of the agreement, seem surprising. However, the reason for the suppliers' consent was just that they were acting under the threat of potential losses from the disagreement.

In addition to the initial bargaining position, the second component of the bargaining power should be also briefly discussed. As mentioned earlier, it is usually referred to as the negotiating power. It is worth noting that the sources of the negotiating power can be exceptionally

³² See the Decision of the Office for the Protection of Competition. *Office for the Protection of Competition* [online]. 21. 10. 2019, S0356/2018/TS-28761/2019/461/MN0 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://www.uohs.cz/cs/vyznamna-trzni-sila/sbirky-rozhodnuti/detail-16397.html>, or the final report of the Office on the outcome of sector inquiry. Available at: <https://www.uohs.cz/cs/vyznamna-trzni-sila/metodicka-cinnost/vykladova-stanoviska-a-doporuceni.html>

diverse in the individual seller-buyer relationships.³³ In the B2B relationships, factors such as negotiation skills, patience, attitude to risk and availability of sufficient information may play a significant role. This is why the entrepreneurs use research and market analyses, establish the position of a key account manager or negotiate in several rounds in order to seize the largest proportion of the negotiation space.

When thinking about the most important indicators of the bargaining power as a whole, however, it should be stressed that the food supply chain falls into the FMCG (fast moving consumer goods) sector, where the objective of both the suppliers and buyers is to maximise the sales of traded goods, since the high frequency of sales combined with the low unit prices bring the parties the expectation of better profits.³⁴ The basic indicator of the volume of traded goods is the turnover (i.e. the sales expressed in prices), which can be perceived to be by far the most important measure of the bargaining power. But, in light of the fact that the bargaining approach rests on the individual, two-sided relationships, instead of the absolute number, a turnover ratio of the buyer and the supplier may express on which side the bargaining power occurs.

Thus, having the higher turnover usually means being more powerful in the food supply chain and more attractive to the potential contractual partners. This fact may also explain why various kinds of strategic partnership among two or more independent undertakings in the food supply chain are often promoted into the form of the so-called buying or selling alliances. In order to achieve higher volumes and thus better contractual terms when negotiating with the counterparties, the buyers and the suppliers tend to join with each other and form more or less formal organisations such as the buying headquarters, selling cooperatives, producers' associations etc.

In this respect, of course, the question arises whether such alliances do not constitute a horizontal agreement prohibited by the Article 101 of the TFEU, and/or corresponding national legislation. In the case of an aggregation of the suppliers, the answer will be mostly negative, since such cooperation is normally covered by a set of exemptions in the context of the promotion of the objectives of the EU's common agricultural policy.³⁵ Conversely, on the buyer side, such agreements may bring risks to functioning of competition, which need not be covered by the existing exceptions to the general prohibition of the competitors' agreements.³⁶

³³ SORRENTINO, A., RUSSO, C., CACCHIARELLI, L. Market Power and Bargaining Power in the EU Food Supply Chain: The Role of Producer Organizations. *New Medit: Mediterranean Journal of Economics, Agriculture and Environment*. Bologna: Bononia University Press, 2018, Vol. 17, no. 4, pp. 21–31. DOI: <https://doi.org/10.30682/nm1804b>

³⁴ SHAH, J. *Supply Chain Management: Text and Cases*. Chennai: Pearson Education, 2009, 446 p. ISBN 978-81-31-71517-8.

³⁵ Regulation (EU) No. 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products and repealing Council Regulations (EEC) No. 922/72, (EEC) No. 234/79, (EC) No. 1037/2001 and (EC) No. 1234/2007, as amended.

³⁶ BEJČEK, J. Nákupní aliance po novele zákona o významné tržní síle. *Antitrust*. Praha: Sdružení KAIROS, 2017, Vol. 2017, no. 4, pp. 104–111. ISSN 1804-1183.

What seems surprising is that the bargaining power approach had been implemented in almost none of the EU countries up to 2019.³⁷ This changed rapidly with the adoption of the Directive, whose assessment of the individual power asymmetry derives from the turnover proportion between the supplier and the buyer. Basically, Article 1 (2) of the Directive sets five turnover levels, starting from 2 million €, to be achieved by the buyer (see Table 1 below). When some of the thresholds is exceeded by the buyer, it takes the special responsibility against not all, but only its weaker suppliers (weaker in terms of their annual turnover). Given the necessary harmonisation of national laws (2019–2022), it was expected that the bargaining power approach should become prevalent in the Member States' national arrangements.

Table no. 1: Turnover categories expressing the bargaining power in the B2B relationships

Protected supplier's annual turnover	Buyer's annual turnover
At most 2 mil. €	More than 2 mil. €
More than 2 to a maximum of 10 mil. €	More than 10 mil. €
More than 10 to a maximum of 50 mil. €	More than 50 mil. €
More than 50 to a maximum of 150 mil. €	More than 150 mil. €
More than 150 to a maximum of 350 mil. €	More than 350 mil. €

Source: Author according to the Article 1 (2) of the Directive 2019/633.

2 The Harmonisation and Member States' Divergences

After mapping the puzzle of the buyer power in the agri-food supply chain theoretically, some tendencies in the EU member states related to the current use of the conceptions discussed above (as they are fixed in January 2023) should be displayed. Even though the Commission has established a webpage describing the harmonisation outcomes across the member states³⁸ and a preliminary report has been also issued³⁹, there are still cer-

³⁷ RENDA, A., CAFAGGI, F., PELKMANS, J., IAMICELI, P., CORREIA DE BRITO, A., MUSTILLI, F., BEBBER, L. Study on the Legal Framework Covering Business-to-business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain. *European Commission* [online]. 2014 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c82dc8c6-ec15-11e5-8a81-01aa75ed71a1/language-en>; CAFAGGI, F., IAMICELI, P. *Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Retail Supply Chain: An overview on EU Member States legislation and enforcement mechanisms*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. ISBN 978-92-79-92903-8.

³⁸ National transposition measures communicated by the Member States concerning Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain. *EUR-Lex* [online]. European Commission, 2022 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/NIM/?uri=CELEX:32019L0633>

³⁹ EUROPEAN COMMISSION. Report from the Commission on the state of the transposition and implementation of Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain. *EUR-Lex* [online]. 27. 10. 2021 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021DC0652>

tain obstacles to provide exhaustive information on the issue. Firstly, there are some states in which the harmonisation was substantially delayed (several infringement procedures were initiated by the EU institutions⁴⁰). Secondly, most of the states did not provide an English version of the legislation and a machine translation may not be accurate. And finally, there can be context-biased interpretation of the Article 1 (2) of the Directive, which may result in confusion of which conception is actually preferred by the national legislation.

In light of the wording of the Preamble and the Article 1 (2) of the Directive, one could assume that the harmonisation efforts in the EU should bring almost the unification of the power asymmetry assessment across the member states, arising from the bargaining power approach. Nevertheless, Article 9 of the Directive allows the member states to ensure somewhat higher level of the suppliers' protection, which may mean maintaining or introducing stricter rules aimed at combating unfair trading practices. The possible deflections from the initial principle of the five turnover categories set by the Directive (see Table 1 above) are then covered by this provision.

In most of the EU member states, the national legislation nowadays follows the bargaining power approach (see the overview in Appendix A).⁴¹ More precisely, in fifteen countries⁴², the buyer's special responsibility is derived from the turnover proportion of the individual contracting parties. But there are two specific forms of how the bargaining approach has been implemented. Of course, the first one is a full adoption of the Article 1 (2) of the Directive. Such kind of legislation is now in effect in the countries like Malta or Ireland (a so-called copy-and-paste approach).

For some states, however, this was insufficiently severe, and therefore, they enacted some supplementary provisions that extend the scope of the buyer's responsibility, but without leaving the bargaining power conception. In Germany, for example, the legislation stipulates some additive threshold protecting more powerful suppliers. It deals with the protection of the suppliers reaching turnover up to 4 billion € in the certain sectors⁴³, albeit according to the Directive, only those suppliers, whose annual turnover does not exceed 350 million €, deserve some degree of the protection. Likewise, in Austria, where the additional turnover category has been introduced, the law anticipates the protection of the suppliers reaching the turnover up to 1 billion € against the buyers whose turnover exceeds 5 billion €.⁴⁴

⁴⁰ Commission opens infringement procedures against 12 Member States for not transposing EU rules banning unfair trading practices. *European Commission* [online]. 2021 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3903

⁴¹ The presented analysis draws on the data accessible from the webpage of the Commission, which makes reference to respective national legislation. See National transposition measures communicated by the Member States concerning Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain. *EUR-Lex* [online]. European Commission, 2022. [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/NIM/?uri=CELEX:32019L0633>

⁴² Bulgaria, Czechia, Finland, Ireland, Lithuania, Luxembourg, Malta, Germany, Netherlands, Poland, Portugal, Austria, Romania, Greece and Slovenia.

⁴³ Section 10 of *Zweites Gesetz zur Änderung des Agrarmarktstrukturgesetzes*.

⁴⁴ Section 5a of *Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen*, as amended.

Finally, the bargaining power approach, represented by a set of the turnover categories, has been also introduced in Czechia, where the newly enacted national legislation⁴⁵ added one extra provision focusing on the buyers whose *national* turnover exceeds 5 billion CZK (around 200 mil. €). From the wording of the respective provision, it seems that these buyers are perceived to be sufficiently strong in the *national* market to take special responsibility to all of their suppliers, not only those who are weaker in terms of the annual turnover.⁴⁶ But according to the Czech enforcement authority (the Office for the Protection of Competition), this provision should be interpreted in line with the Directive and the remaining turnover categories. Therefore, the buyer's national turnover will be always confronted with the turnover of the suppliers.⁴⁷ The case of Czech Republic is analysed in more detail in the separate section below.

In eight of the remaining countries, a favoured way of the transposition arises from the argument that the unfair trading practices that cause the imbalance in the B2B relationships should be, by their nature, unfair and thus forbidden for all buyers, regardless of their position in the market and/or to a counterparty. On the basis on such finding, the turnover thresholds for both the buyers and the suppliers are not included in the national legislation at all, which implies that all buyers are under the scope of the legislation, and also all the suppliers, including the largest titans, are protected by the national legislation. The 'all-to-all' setting now exists in Italy, Cyprus, Hungary, Spain, Estonia, Slovakia, Belgium and France (see again Appendix A).

To some little extent, this view on unfairness may be close to the market power approach, because it does not take any special effort to examine the supplier's countervailing power into account. However, this conception is even amplified by creating a legal fiction that already the position on the demand side of the agri-food markets enables the buyers to exert an undue pressure on the suppliers. In such an arrangement, thus, a local grocery store owned by one self-employed person is responsible for its business acting to the largest food processing concerns such as Nestlé or CocaCola, but not vice-versa. This setting, which can be named 'general responsibility', is, in my view, completely disproportional and grossly deviates from the purpose of the Directive to protect particularly the small and medium enterprises.

The rest of the EU countries (i.e. Croatia, Sweden, Latvia and Denmark; see Appendix A) also decided to replace the default bargaining power approach with somewhat different conception which, again, has its foundations most likely in the market power conception. In these member states, a special responsibility is applied to all buyers exceeding some modest turnover threshold (usually 2 million € or an equivalent in the national currency). But what is important is that these buyers must refrain from executing the unfair trading practices to all their counterparties, regardless of the supplier's turnover. Such an arrangement

⁴⁵ Section 3 of Act No. 359/2022 Coll. (the 2022 Amendment to Act on Significant Market Power 2009).

⁴⁶ In more detail, see the 2022 Amendment of the Czech Act on Significant Market Power 2009 (§ 3).

⁴⁷ The Statement on the Conception of Significant Market Power. *Office for the Protection of Competition* [online]. [cit. 3. 2. 2023]. Available at: <https://www.uohs.cz/cs/vyznamna-trzni-sila/metodicka-cinnost/vykladova-stanoviska-a-doporuceni/k-pojeti-vyznamne-trzni-sily.html>

has been sometimes entitled as an ‘absolute conception’ of the market power.⁴⁸ In the practice, however, most of the buyers exceeding such a low turnover threshold do not have any capacity to influence the market conditions significantly.

Although the implementation of the Directive has brought some minimum standard of the suppliers’ protection, the previous paragraphs have shown that its extent may vary considerably. In the environment of European internal market, then, the rate of the weaker party’s protection is context dependent, which may negatively affect the competitiveness of some entrepreneurs at the European level of the internal market. Some pundits also note that given its illogical consequences, the general and absolute conceptions of the special buyer’s responsibility fail to meet the basic principles of the Directive. Therefore, they represent an incorrect way of transposition and should be replaced.⁴⁹

3 Czechia: an Experimental Laboratory of the Buyer Power

For the sake of completeness, I present here a brief insight into the evolution of the legislation on the unfair trading practices in the Czech Republic, primarily aimed at the competing conceptions of the buyer power. From the comparative point of view, the case of the Czech law on the unfair trading practices may seem very valuable. This is because in the previous fourteen years (since 2009, when the Act on Significant Market Power was adopted), the legislation has repeatedly changed its approach for assessing the buyer power. These ‘natural experiments’, albeit they were often badly appraised by the legal experts, show the importance of right selection of theoretical justification to existing legal provisions and also the possible implications of the particular approach used to tackle the buyer’s special responsibility.

Up to 2016, the Act on Significant Market Power (hereinafter the Act) had combined the market power and economic dependence approach. As the title of the Act signifies, originally, it had been focused on preventing the largest buyers from the abuse of their significant *market power*. The significant market power was some kind of privileged market position (a sub-dominance) of the most significant retail chains in the national grocery market, achieved by those buyers who exceeded the annual turnover threshold of 5 billion CZK. At the same time, however, the Act described such a buyer’s position as a rebuttable presumption and added that it is the position, in which the supplier becomes *dependent* on the buyer in terms of a possibility of selling his products to the final consumer.

⁴⁸ BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, 516 s. ISBN 978-80-210-8185-7; BEJČEK, J., PETR, M., PIPKOVÁ, P. Czech Republic. In: PISZCZ, A., JASSER, A. (eds.). *Legislation Covering Business-to-business Unfair Trading Practices in the Food Supply Chain in Central and Eastern European Countries*. Warsaw: University of Warsaw, Faculty of Management Press, 2019, s. 85–124. ISBN 978-83-66282-05-6.

⁴⁹ BUTORAC MALNAR, V., BRAUT FILIPOVIC, M., ZUBOVIC, A. Rethinking Unfair Trading Practices in Agriculture and Food Supply Chain: The Croatian Perspective. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*. Osijek: Faculty of Law Osijek, 2021, Vol. 5, no. speciální, s. 2–28. DOI: <https://doi.org/10.25234/elic/18812>

This weird mixture of two contradictory conceptions of the buyer power in the same piece of legislation had triggered the debate on whether the buyer's position should be deemed as an absolute market power (i.e. power towards all the suppliers), or rather a relative market power (only to a small group of the economically dependent suppliers).⁵⁰ After some years of uncertainty, the Supreme Administrative Court ruled that a relative conception stressing the supplier's individual dependence should be the preferred one by the enforcement authority, since the criteria of evaluating the buyer power should be always examined in the every single B2B relationship, and also the interpretation methods, according to the Court, tend to prefer the dependence (relative) approach.⁵¹ But the following practical use of the dependence approach in a strict sense had caused that most of the cases of a potentially abusive conduct of the international retail chains was terminated without imposing fine – almost none of the suppliers trading with the particular retailer under scrutiny showed a sufficient level of the dependence on the distribution channel represented by a stocking capacity of the retailer.

Such implications had stimulated the need for better anchoring of the absolute conception based on the assumption of the (significant) market power of a small number of the largest retailers. In 2016, the amendment of the Act had tried to introduce such absolute conception. But surprisingly, this not very elaborated plan failed again: even though the economic dependence had been discharged from the legal definition of the significant market power, the preservation of the rebuttable presumption of the existence of the market power (i.e., turnover exceeding the threshold of 5 billion CZK), supplemented by a set of moderately adjusted criteria that allowed to disprove it, had caused that the enforcement authority faced almost the same situation as before.

Given this fact, since 2016, the concept of the significant market power had been interpreted as an absolute one, but with a relative corrective.⁵² The consequences of the interpretation were slightly different from the previous period. The retailers were required to prove that they do not have the significant market power to some suppliers, the food processing titans in particular. Under such state of the legislation, some cases of the market power abuse were successfully resolved and the enforcement authority also imposed few fines and accepted several commitments.

In 2019, however, the Directive has been adopted at the EU level, and the deadline for its transposition into the national legislation was on 1 May 2021. The legislative bodies in Czechia did not manage to adopt the harmonisation amendment to the Act in time, and therefore, an indirect effect of the Directive was conceded by the enforcement authority.

This circumstance also affected the existing conception of the significant market power. Considering the objective of the Directive, the protection of the small and medium-sized businesses in particular, hence, the euro-conform interpretation of the Act brought significant changes in the conception of the buyer's responsibility. It was assumed that in the

⁵⁰ KINDL, J., KOUDELKA, M. *Zákon o významné tržní síle: Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2017, 304 p.

⁵¹ Decision of the Supreme Administrative Court of 31. 10. 2017, file no. 3 As 88/2016-40.

⁵² KINDL, J., KOUDELKA, M. *Zákon o významné tržní síle: Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2017, 304 p.

new arrangement, only the weaker suppliers (weaker compared to the suspected buyer, in terms of the annual turnover) need the public-law protection. Given the fact that most of significant retailers exceeded the turnover threshold of 350 million € (i.e. those classified using especially the fifth turnover category established by the Article 1 (2) of Directive), only those suppliers not exceeding the same threshold were considered to be protected by the Act. Using such an interpretation, the market power approach was *de facto* replaced by the bargaining power approach, regardless of what was written in the existing national legislation.

But the interim phase of the indirect effect of the non-implemented Directive cannot last forever. After the 2021 general election, a new proposal of the amendment of the Act took place in the legislative procedure. Despite the fact that the declared aim of the amendment was the full harmonisation of the Czech legislation, the outcome authorized by the legislative bodies again seems to contain a strange combination of two different approaches of examining the buyer power.

On the one hand, the 2022 Amendment (section 3) exhaustively adopts the logic of five turnover categories which are included in the Article 1 (2) of the Directive. From this point of view, it introduces the bargaining power conception. As a result of an amendatory initiative of a small group of deputies, however, the wording of section 3 can be simultaneously regarded as an intention to establish the absolute (market power) conception, but only for the group of the buyers exceeding the *national* turnover threshold of 5 billion CZK. As noted earlier, the enforcement authority issued the statement in which it declares that the 2022 Amendment enacts only the bargaining power conception, not two competing conceptions for different groups of buyers.⁵³ The pundits are now waiting on how such a combination will be interpreted by the courts.

Conclusion

The relationships in the agri-food chain represent a fairly sensitive issue, as their execution ensures the basic necessities of a life for every individual. These relationships are therefore often subject to the stricter regulation, including many specific kinds of public interventions, than it is common in most of other economic sectors. In the past years, the sector regulation of the buyers' unfair trading practices was most frequently justified by the increasing market concentration of the food industry and retail, which has allegedly resulted in establishing the privileged position of some corporations whose economic power now allows them to unilaterally dictate the terms and conditions to their weaker partners in trade. To this, two competing explanations have been gradually added, the economic dependence and bargaining power conceptions.

⁵³ The Statement on the Conception of Significant Market Power. *Office for the Protection of Competition* [online]. [cit. 3. 2. 2023]. Available at: <https://www.uohs.cz/cs/vyznamna-trzni-sila/metodicka-cinnost/vykladova-stanoviska-a-doporuceni/k-pojeti-vyznamne-trzni-sily.html>

This paper has demonstrated that both the market power and economic dependence approach show some flaws that may be hardly fixed by a sophisticated legal interpretation. The first one assumes much higher concentration of the buyers than it actually is in the particular national markets, resulting in a dubious legal fiction that those who reach some turnover threshold automatically have the market power, albeit there is clear evidence indicating that their market power is not sufficient to rule the market. The second conception also poses almost unfeasible requirements, stressing that the supplier should be extremely reliant on the economic intentions of the stronger counterparty which should represent an indispensable distribution channel for that supplier.

Instead of these approaches, the paper has introduced the bargaining power conception as a favoured option that may express of what is actually happening in many markets forming the agri-food chain. The purpose of the article was to emphasize that such a realistic view, assuming that the power imbalance of two entrepreneurs primarily lies in the setting of the initial bargaining positions and the individual contest to seize as much bargaining space as possible, might, after the Directive has been adopted at the EU level, proliferate in most of the national laws, and cause the explanation of buyer's special responsibility much more feasible and convincing.

Following this statement, the empirical part has examined the proliferation of the bargaining power approach into the national laws on the unfair trading practices in the EU. It has been demonstrated that during the harmonisation process, the majority of the member states have accepted the use of the bargaining power framework, which is represented by the set of the turnover categories established in the Article 1 (2) Directive; sometimes with a certain context-biased appendix, sometimes in full.

What may seem slightly disturbing is that few of the member states have decided to introduce the conception of the general (all-to-all) responsibility of all the buyers in the agri-food supply chain (of course, except for customers), or the absolute responsibility of those buyers who exceeds a relatively low turnover threshold. In these legal arrangements, the questionable outcomes of the regulation may be expected in the nearest future, since the large corporations like CocaCola or Nestlé will enjoy protection against those buyers who are obviously lacking enough power to unilaterally dictate terms and conditions to them. In my view, the legislation on the unfair commercial practices should function exactly in the opposite direction than it has been set in these diverging countries.

In this context, the case of Czech Republic, which has been observed more closely, may serve as an example of how creative the legislation can be in the practice. In addition to the bargaining power conception, the Act, as it was amended, nowadays also includes the provision that can be interpreted by some scholars as the absolute responsibility conception for a certain group of the privileged buyers. This causes a considerable degree of legal uncertainty for the buyers in the agri-food chain and remotely resembles the period of 2010–2016 when the legal definition of the significant market power contained references both to the market power and economic dependence approach.

Appendix A: Overview of Transposition of Power Imbalance Issue into National Legislation

Country	Mode of transposition	Relevant legislation
<i>Bargaining power conception</i>		
Lithuania	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach	Law on Prohibition of Unfair Trading Practices in the Agricultural and Food Supply Chain (of 17 June 2021, No. XIV-409)
Ireland	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach	S.I. No. 198/2021 – European Union (Unfair Trading Practices in the agricultural and food supply chain) Regulations 2021
Slovenia	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach	Act on Agriculture, as amended
Greece	Turnover scales almost similar to Art. 1 (2) of the Directive, but the buyer's responsibility from 0.5 mil. € (not 2 mil. €)	Law 4792/2021 transposing Directive (EU) 2019/633 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain
Bulgaria	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach (amounts are in BGN)	Law on Protection of Competition (Amendment SG, issue 17 of 2021)
Poland	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach	Act of 17 November 2021 on counteracting contractual advantage in trade in agricultural and food products
Netherlands	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach	Act on Unfair Commercial Practices in Agricultural and Food Supply Chain 2021
Romania	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach	Law no. 81/2022 on unfair commercial practices between enterprises within the agricultural and food supply chain
Malta	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach	Subsidiary Legislation 117.42 on Unfair Trading Practices in the Food Supply Chain Regulations
Portugal	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach	Decree-Law No. 76/2021 of August 27
Luxembourg	Similar to Article 1 (2) Directive, copy-and-paste approach	Law of 1 June 2021 on relations between companies within the supply chain agricultural and food
Finland	Act is applied when the buyer's turnover exceeds 2 mil. € and is higher than the supplier's turnover. The suppliers achieving turnover of 350 mil. € and more are not protected	Food Market Act 2018, as amended (Amendment No. 116/2021)

Country	Mode of transposition	Relevant legislation
Austria	Turnover scales almost similar to Art. 1 (2) of the Directive, but one additional threshold protecting the suppliers up to 1 billion €	Act on Fair Competition, as amended (FWBG)
Germany	Turnover scales almost similar to Art. 1 (2) of the Directive, but one additional threshold to protect the suppliers up to 4 billion € in several sectors (dairy, meat etc.)	Agricultural Organisations and Supply Chain Act 2021
Czech Republic	Ordinary turnover scales supplemented by the additional national threshold of 5 billion CZK for the buyers	Act on Significant Market Power 2009, as amended (Amendment No. 359/2022 Coll.)
<i>Nearly market power conception (absolute responsibility)</i>		
Croatia	Responsibility imposed on all buyers reaching turnover of approx. 2 mil. € (15 mil. HRK)	Act on prohibition of unfair trading practices in the business-to-business food supply chain (Amendment NN 52/2021 of 14 May 2021)
Latvia	Responsibility imposed on all buyers reaching turnover of 2 mil. €	Law on Prohibition of Unfair Trading Practices 2021
Sweden	Responsibility imposed on all buyers reaching turnover of 2 mil. €	Act on Prohibition of improper trade methods between companies in the agricultural and food production chain (Lag 2021:579)
Denmark	Responsibility imposed on all buyers reaching turnover of 2 mil. € to the suppliers with the turnover up to 350 mil. €	Act on unfair trade practices in relations between companies in the agricultural and food supply chain 2021
<i>All-to-all conception (general responsibility)</i>		
Italy	No consideration of turnover, all-to-all approach	Legislative Decree no. 198/2021, implementing Directive (EU) 2019/633 on unfair commercial practices in the agri-food sector
Cyprus	No consideration of turnover, all-to-all approach	Law no. 200 of 2021 concerning Unfair Commercial Practices in the Agricultural Products and Food Supply Chain
Hungary	No consideration of turnover, all-to-all approach	Act No. XCV of 2009 on the prohibition of unfair distribution practices against suppliers of agricultural and food products, as amended

Country	Mode of transposition	Relevant legislation
Spain	No consideration of turnover, all-to-all approach	Law 16/2021, amending Law 12/2013 on measures to improve the functioning of the food supply chain (LCA)
Estonia	No consideration of turnover, all-to-all approach	Act on Combating Unfair Trading Practices in the Agricultural and Food Supply Chain 2021
Slovakia	No consideration of turnover, all-to-all approach	Act No. 91/2019 Coll. on inappropriate conditions in the grocery market
Belgium	No turnover scales, protection to all suppliers up to 350 mil. €	Act of 28 November 2021 on unfair trading practices in business-to-business relationships within the agricultural and food supply chain
France	No consideration of turnover, all-to-all approach	Commercial Code (Article L441 to L443), Amendment No. 2021-859 of 30 June 2021

Source: Author, according to the national transposition measures displayed in the table and National transposition measures communicated by the Member States concerning Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain. *EUR-Lex* [online]. European Commission, 2022 [cit. 10. 10. 2022]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/NIM/?uri=CELEX:32019L0633>

„Covidová“ krádež – vyřešený problém?

“Covid” Theft – A Solved Problem?

Pavel Kotlán*

Abstrakt

Článek se zabývá trestní odpovědností za trestný čin krádeže v době pandemie COVID-19. Velký senát trestního kolegia Nejvyššího soudu svým rozhodnutím z března 2021 sjednotil judikaturu. Především odmítl automatickou aplikaci nouzového stavu, vyhlášeného za účelem boje s pandemií, jako naplnění znaku kvalifikované skutkové podstaty trestného činu krádeže „*událost vážně ohrožující život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek*“ (§ 205 odst. 4 písm. b) trestního zákoníku), a naopak vytyčil požadavek věcné souvislosti mezi skutkem a pandemií. Hlubší trestněprávní analýzou smyslu kvalifikované skutkové podstaty a zohledněním ústavněprávních souvislostí jsou však správnost názoru velkého senátu i následná soudní praxe poněkud zpochybněny. Zmíněný znak kvalifikované skutkové podstaty totiž může být naplněn jen v případech zvýšeného ohrožení (v zákoně vyjádřeného) chráněného objektu (majetku), a to ve vztahu ke konkrétní formě trestného činu krádeže. K takové situaci v případě pandemie COVID-19 došlo za působnosti některých mimořádných opatření vlády (opírajících se o vyhlášený nouzový stav), a to během opatření omezujícího pohyb mezi okresy ve vztahu k trestnému činu krádeže vloupáním (§ 205 odst. 1 písm. b) trestního zákoníku) nebo během opatření nařizujícího v zásadě celoplošnou povinnost zakrytí dýchacích cest ve vztahu k trestnému činu kapesní krádeže (§ 205 odst. 1 písm. d) trestního zákoníku). Závěry článku by mohly být i určitým podnětem k diskusi o interpretaci základů trestní odpovědnosti a tvorbě samotných skutkových podstat.

Klíčová slova

Pandemie COVID-19; nouzový stav; trestní odpovědnost; krádež.

Abstract

The article deals with criminal liability for the crime of theft during the COVID-19 pandemic. The Grand Chamber of the Criminal Division of the Supreme Court unified the case law in its March 2021 decision. First of all, it rejected the automatic application of the state of emergency, declared to combat the pandemic, as fulfilling an element of the qualified offence of theft of “an event seriously endangering human life or health, public order or property” (Article 205(4)(b) of the Criminal Code), and instead set out the requirement of a factual link between the act and the pandemic. However, a deeper criminal law analysis of the meaning of the qualifying facts and consideration of the constitutional context casts some doubt on the correctness of the Grand Chamber’s opinion and subsequent case law. The aforementioned characteristic of the qualified offence can only be fulfilled in the event of an increased threat (expressed in the law) to the

* JUDr. Mgr. Pavel Kotlán, Ph.D. et Ph.D., Katedra sociálních věd, Vysoká škola PRIGO, Havířov / Department of Social Sciences, PRIGO University, Havířov, Czech Republic / E-mail: pavel.kotlan@prigo.cz / ORCID: 0000-0001-9946-1955 / Scopus ID: 57193093131

protected object (property) in relation to the specific form of the offence of theft. In the case of the COVID-19 pandemic, such a situation occurred during the application of certain emergency measures of the Government (based on a declared state of emergency), namely during a measure restricting movement between districts in relation to the offence of burglary (section 205(1)(b) of the Criminal Code) or during a measure ordering, in principle, a nationwide obligation to cover the respiratory tract in relation to the offence of pickpocketing (section 205(1)(d) of the Criminal Code). The conclusions of the article could also provide some stimulus for discussion on the interpretation of the bases of criminal liability and the drafting of the facts themselves.

Keywords

COVID-19 Pandemic; State of Emergency; Criminal Liability; Theft.

Úvod

Posuzování „covidové“ krádeže, tedy trestní odpovědnosti za trestný čin krádeže v době pandemie COVID-19, bylo až do nedávné doby ožehavým problémem. Zdálo by se, že rozhodnutím velkého senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 16. 3. 2021 byl sporům učiněn konec. Vskutku, od tohoto rozhodnutí trestněprávní praxe, bez výraznějšího stínu pochybností, „následuje“ názor velkého senátu. Je však tento názor správným? Smyslem tohoto článku je prezentovat problém zkoumané kvalifikované skutkové podstaty trestného činu krádeže v širším kontextu a upozornit na to, že není rozhodující jen dosažení (zdánlivě) uspokojivého výsledku, nýbrž i způsob, jakým se k němu dospělo. Z pohledu legislativního a interpretačního by pak mohl být podnětem k zamyšlení nad způsobem tvorby skutkových podstat trestných činů, a s tím souvisejícím výkladem znaků, které mají být vyjádřením zvýšené trestní represe.

1 Vývoj pandemie COVID-19 a související zásahy veřejné moci

Pandemie COVID-19 se projevila v ČR na počátku března 2020, na což vláda poměrně rychle reagovala dne 12. 3. 2020, v souladu s čl. 5 a 6 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti ČR, ve znění pozdějších předpisů (dále ÚZB), vyhlášením nouzového stavu, a to „z důvodu ohrožení zdraví v souvislosti s prokázáním výskytu koronaviru (označovaný jako SARS CoV-2) na území České republiky“ (usnesení vlády č. 69/2020 Sb.). Přibližně dva roky se v mohutnějších či menších vlnách pandemie vracela a zase vzdalovala, až, s převládnutím varianty omikron, se snad definitivně rozlila do bezvýznamnosti. Tyto vlny byly zpravidla provázeny dalším vyhlásováním a prodlužováním nouzových stavů (v délce cca 2–5 měsíců, až do prosince 2021), což se s ohledem na (ústavní) mimořádnost tohoto opatření nejevilo jako uspokojivé řešení. Od podzimu 2020 se proto začal připravovat nový zákon, který by umožňoval přiměřeně rychlý a razantní zásah státu proti pandemii, ovšem bez nutnosti suspendovat režim řádného vládnutí. Příprava zákona, snad pod dojmem zlepšující se epidemiologické situace, načas uvízla na mrtvém bodě, takže teprve od 28. 2. 2021 vstoupil zákon č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění COVID-19

a o změně některých souvisejících zákonů (dále pandemický zákon) v účinnost. S výjimkou dvou kratších nouzových stavů se stal, na maximálně rok účinný pandemický zákon, hlavní legislativní oporou pro protipandemická opatření. V únoru 2022 pak byl zákon novelizován/prodloužen, s tím, že účinnost klíčových institutů řešících pandemii COVID-19 byla schválena pouze do 30. 11. 2022.

V oblasti trestního práva se pandemie COVID-19 promítla především v oblasti trestní odpovědnosti při aplikaci zákonného znaku podmiňujícího naplnění kvalifikované skutkové podstaty „... jiné události vážně ohrožující život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek“ (dále *vážně ohrožující událost*), a to u trestných činů šíření nakažlivé lidské nemoci (§ 152 odst. 2 písm. b) a § 153 odst. 2 písm. a) trestního zákoníku), ohrožování zdraví závadnými potravinami a jinými předměty (§ 156 odst. 2 písm. b) a § 157 odst. 2 písm. a) trestního zákoníku), krádeže (§ 205 odst. 4 písm. b) trestního zákoníku), zpronevěry (§ 206 odst. 4 písm. c) trestního zákoníku), podvodu (§ 209 odst. 4 písm. c) trestního zákoníku), lichvy (§ 218 odst. 3 písm. a) trestního zákoníku) a šíření poplašné zprávy (§ 357 odst. 4 písm. a) trestního zákoníku); a v rovině trestání jako přitěžující okolnost podle § 42 písm. j) trestního zákoníku. Téměř okamžitě se *vážně ohrožující událost* ocitla „v hledáčku“ orgánů činných v trestním řízení, neboť mohla učinit z tzv. bagatelní recidivní krádeže (§ 205 odst. 2 trestního zákoníku) zločin (§ 205 odst. 4 písm. b) trestního zákoníku).

V první fázi, bez jakýkoliv hlubších úvah, orgány trestního řízení automaticky ztotožnily nouzový stav vyhlášený za účelem realizace opatření proti pandemii COVID-19 s *vážně ohrožující událostí*. Nejvyšší státní zastupitelství ve svém sdělení (již) ze dne 13. 3. 2020 k tomu uvedlo příklad vloupání do stánku s potravinami a způsobením škody 500 Kč, které mělo být trestáno právě podle přísnější trestní sazby podle § 205 odst. 2 a 4 písm. b) trestního zákoníku.¹ Stejně přísné pak byly i soudy: v této přísnější sazbě byl odsouzen zloděj pěti housek, oříšků a láhve vína v ceně 270 Kč² nebo zloděj vibrátoru v ceně 499 Kč.³

V srpnu 2020 se s tímto postupem objevil rázný nesouhlas v podobě rozhodnutí Krajského soudu v Plzni. Jádro argumentace plzeňského soudu spočívá v nesouhlasu se ztotožněním nouzového stavu s *vážně ohrožující událostí*, protože „není srovnatelný závažností s událostmi, které jsou vyjmenovány v ustanovení § 205 odst. 4 písm. b) trestního zákoníku, tedy ohrožením státu, válečným stavem, živelní pobromou nebo jinou událostí vážně ohrožující život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek“; přitom považuje tento nouzový stav za přitěžující okolnost (konkrétně krizovou situaci ve smyslu § 42 písm. j) trestního zákoníku).⁴

Praxe však (prozatím) převážně setrvala na původním postoji. To potvrdil názor čtvrtého senátu Nejvyššího soudu, posuzující jiný případ recidivní krádeže v době vyhlášeného nouzového stavu: „Obecně lze připustit, že obviněný se nedopustil trestné činnosti, jež by měla bezprostředně navazovat na vyhlášený nouzový stav, kdy krádež se netýkala např. ochranných pomůcek, ovšem toto pro posouzení věci není rozhodující a podstatné, neboť toto se pro naplnění dané skutkové podstaty ani

¹ DRÁPAL, J., DUŠEK, L. Tresty za nouzového stavu: nedořešený problém. *Trestněprávní revue*. 2021, č. 2, s. 99.

² Ibid.

³ Rozsudek Okresního soudu v Novém Jičíně ze dne 30. 9. 2020, sp. zn. 20 T 131/2020.

⁴ Rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 25. 8. 2020, sp. zn. 9 To 208/2020.

nevýžaduje. Je tomu tak proto, že smyslem zákonné úpravy v § 205 odst. 4 písm. b) tr. zákoníku a zvýšeného trestního postihu je zcela jistě pachatele od určitého trestního jednání za mimořádné situace odradit, když takové jednání je vysoce společensky škodlivé právě z důvodu situace, za které k němu dochází. Jinak vyjádřeno, krádeže spáchané za stavu jiné události vážně ohrožující život a zdraví jsou nepochybně výrazněji společensky škodlivější než krádeže v tzv. normálním stavu.⁵ Samotná existence vážně ohrožující události tak vlastně podle názoru čtvrtého senátu vyjadřuje vyšší společenskou škodlivost jednání, čímž má být kvalifikovaná skutková podstata odůvodněna.

Ve skutkově obdobné věci (recidivní krádež za vyhlášeného nouzového stavu) však šestý senát Nejvyššího soudu zaujal stanovisko jiné, které se nespokojuje s „pouhým“ vyhlášením nouzového stavu: „důvod pro užití kvalifikované skutkové podstaty trestného činu krádeže vymezené zákonným znakem spáchaní činu za jiné události vážně ohrožující život nebo zdraví lidí“ nastane „až tehdy, je-li současně prokázána bližší vazba způsobu provedení činu pachatele na stav, který lze za jinou událost vážně ohrožující život nebo zdraví lidí pokládat.“ S ohledem na rozporný náhled oproti čtvrtému senátu tak věc postoupil velkému senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu k rozhodnutí.⁶

Rozsudek velkého senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu z března 2021, konstituující následnou trestněprávní praxi (až do současnosti), dal v podstatě za pravdu šestému senátu. Podle velkého senátu „k tomu, aby mohly být ty případy krádeží, které jsou jinak pouhými přečiny (§ 205 odst. 1, 2 a 3 tr. zákoníku) posouzeny jako zločiny v důsledku naplnění některého ze zákonných znaků podle § 205 odst. 4 písm. b) tr. zákoníku a postiženy podstatně přísnějším trestem odnětí svobody (se sazbou od 2 roků do 8 let), musí zde být určitá věcná souvislost spáchané krádeže s danou událostí vážně ohrožující život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek.“⁷

Po uvedeném rozsudku tedy došlo k obratu o 180 stupňů, neboť recidivní bagatelní krádeže, za nouzového stavu dříve odsuzované jako zločiny,⁸ jsou nyní téměř vždy, s ohledem na požadavek „věcné souvislosti“, považovány za přečiny. Pokud přece jen určité soudní rozhodnutí vybočilo z mantinelů vytvořených rozsudkem velkého senátu, Nejvyšší soud učinil příslušnou korekci.⁹

K uvedenému vývoji se v ústavní rovině rovněž vyjádřil Ústavní soud, když zaujímal stanovisko k rozhodovací praxi před rozhodnutím velkého senátu Nejvyššího soudu. Svůj názor (konkrétně ke zmíněnému Usnesení Nejvyššího soudu, sp. zn. 4 Tdo 1255/2020) komplexně formuloval v nálezu z července 2021: „Ústavní soud nespatřuje v samotné skutečnosti, že stěžovatel byl odsouzen pro spáchaní trestného činu podle § 205 odst. 4 písm. b) trestního zákoníku na základě právního názoru posléze překonaného velkým senátem Nejvyššího soudu, porušení stěžovatelových ústavně zaručených práv...“ avšak, jak dále uvedl, převládající výklad před rozhodnutím velkého senátu Nejvyššího soudu by „ve svém důsledku [...] znamenal, že na celém území

⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 12. 2020, sp. zn. 4 Tdo 1255/2020.

⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 1. 2021, sp.zn. 6 Tdo 1330/2020.

⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 3. 2021, sp. zn. 15 Tdo 110/2021.

⁸ Drápal a Dušek uvádějí, že za tzv. bagatelní krádeže podle přísnějších trestních sazeb bylo odsouzeno cca 1000-1500 případů. DRÁPAL, DUŠEK, op. cit., s. 102 a 104.

⁹ Viz např. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 4. 8. 2021, sp. zn. 8 Tdo 809/2021, nebo Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 12. 2021, sp. zn. 8 Tz 108/2021.

České republiky více než rok byla každá krádež (jednání dle § 205 odst. 1 a 2 trestního zákoníku) zločinem s trestní sazbou od dvou do osmi let odnětí svobody, a to aniž by trestní sazby většiny ostatních trestných činů byly (tak razantně) zvýšeny, a proto „se jeví jako neudržitelný.“ Z toho pak resultuje závěr: „V konečném důsledku tak napadeným usnesením došlo k porušení stěžovatelova práva na soudní ochranu zaručeného čl. 36 odst. 1 Listiny, jakož i k porušení čl. 39 Listiny, neboť stěžovatel byl odsouzen pro spáchání trestného činu, aniž by (dosud) bylo shledáno naplnění všech jeho znaků.“¹⁰ Zjednodušeně řečeno, Ústavní soud má za to, že výklad znaku kvalifikované skutkové podstaty *vážně ohrožující událost* před rozsudkem velkého senátu Nejvyššího soudu, který automaticky považoval za jeho naplnění vyhlášený nouzový stav, je natolik neodůvodněný, že zasahuje do základních lidských práv (na soudní a jinou právní ochranu).

Ve smyslu uvedených rozhodnutí se pro pravomocně odsouzené před 16. 3. 2021 otevřela možnost revize jejich odsouzení, primárně formou podnětu k uplatnění stížnosti pro porušení zákona podaného ministrem spravedlnosti, tj. zejména tehdy, byla-li jejich právní kvalifikace podle § 205 odst. 4 písm. b) trestního zákoníku založena na vyhlášeném nouzovém stavu, aniž by byla zjištěována věcná souvislost s pandemií COVID-19.¹¹

2 Formulace problému: souvislost mezi pandemií COVID-19 a znakem kvalifikované skutkové podstaty trestného činu krádeže

Z přehledu předchozího vývoje, kdy se Nejvyšší soud i Ústavní soud v zásadě shodly na určitém výkladu *vážně ohrožující události*, by se zdálo, že problém je vyřešen a slovy Jana Wericha „jede se dál močálem černým, podél bílých skal“. Navíc nelze řešení upřít, že je daleko lepším než to předchozí. Skutečnost, že byli zloději – recidivisté trestáni za zločin v době trvání (kvůli pandemii vyhlášeného) nouzového stavu v podstatě automaticky, byla skutečně odrazem zcela nepřiměřené aplikace trestního práva.¹² Ovšem nelze souhlasit, jak se pokusím dále předestřít, se způsobem, jakým soudy k řešení došly; a konec konců ani s přesností řešení samotného.

2.1 Vymezení kvalifikované skutkové podstaty trestného činu

První otázkou, kterou je nutné si vyjasnit, je vymezení kvalifikované skutkové podstaty trestného činu. Skutkové podstaty jednotlivých trestných činů jsou typizací protiprávních jednání, před nimiž se zákonodárce rozhodl společnost (trestním právem) chránit. Každá

¹⁰ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 20. 7. 2021, sp. zn. IV. ÚS 767/21.

¹¹ K tomu viz i obecné stanovisko ministryně spravedlnosti ze dne 29. 7. 2021. Viz K podnětům k podání stížnosti pro porušení zákona v souvislosti s uloženými tresty za vybrané trestné činy spáchané za nouzového stavu státu (pandemie COVID-19). *Justice.cz* [cit. 2. 3. 2023]. Dostupné z: <https://www.justice.cz/web/msp/stiznosti-pro-poruseni-zakona>

¹² Ostatně již Beccaria trefně uváděl: „V krajích, kde malá domácí krádež jest trestána smrtí, není tento nepřiměřený trest příliš nebezpečný pro společnost? Neboť jestliže pán vydá svého služebníka spravedlnosti pro krádež nepatrnou, pro kterou bere se život tomuto nešťastníkovi, veškeré sousedstvo pojme hrůzu proti takovému pánovi.“ BECCARIA, C. *O zločinech a trestech*. Praha: Bursík a Kohout, 1893, s. 74. Problém byl navíc znásoben tím, že v případě samotné recidivní krádeže se často (u bagatelních částek), s ohledem na absenci spodní hranice škody, pochybuje o správnosti vyvození trestní odpovědnosti.

z nich přitom poskytuje ochranu společenskému (právnímu) statku označujícím pomyslnou hodnotu,¹³ neboli objekt trestného činu. Útok na tento objekt se projevuje ve formě újmy nebo ohrožení.¹⁴ Vymezení standardního trestněprávního jednání, které směřuje proti určitému objektu, je ve formě základní skutkové podstaty; společensky škodlivější jednání ve formě kvalifikované skutkové podstaty.¹⁵ Kvalifikovaná skutková podstata trestného činu tedy reflektuje určitou okolnost, která činí protiprávní jednání závažnějším. Tato okolnost spočívá v některém znaku skutkové podstaty trestného činu – tj. v subjektu, objektivní stránce nebo subjektivní stránce.

Každá okolnost zvyšující trestní odpovědnost formou kvalifikované skutkové podstaty musí být v zákoně vyjádřena a musí zvyšovat společenskou škodlivost skutku, tedy zasahovat/ohrožovat objekt takovým způsobem, že to vnímáme jako závažnější útok než ten standardní. Posledně uvedený fakt, tj. to, že vyšší závažnost skutku naplňujícího kvalifikovanou skutkovou podstatu musí souviset s ochranou „svého“ objektu, potvrzuje i názor Roxina. Ten uvádí, že jednotlivé znaky skutkové podstaty musí být teleologicky vykládány právě s ohledem na chráněný objekt.¹⁶ Takže, konsekventně s tím, musí tak být vykládány i v případě nestandardním, kvalifikovaném. Ostatně, trestat přísněji (v sazbě za kvalifikovanou skutkovou podstatu) bez zvýšeného ohrožení/zasažení objektu by bylo zcela zásadně v rozporu s principem subsidiarity trestní represe.

Klíčovou otázkou je to, jakého objektu se útok má týkat. Kratochvíl tvrdí, že pro trestní odpovědnost (vinu) jsou relevantní jen ve skutkové podstatě vyjádřené objekty.¹⁷ Roxin podobně říká, že výklad by měl být realizován jenom v tom rozsahu ochrany objektu, který je pojmově vyjádřen.¹⁸ V případě primárního objektu, tedy toho, který koresponduje se systematickým zařazením určitého trestného činu ve zvláštní části zákona, je situace jednoznačná. U dalšího objektu (sekundárního, případně terciárního), jehož ochrana se připojuje k ochraně objektu primárního, musí být zřetelné, že zákon v kvalifikované skutkové podstatě zvýšenou trestní odpovědnost (vyšší trestní sazbu) váže na ohrožení i tohoto dalšího objektu. Např. trestný čin křivého obvinění chrání v základní skutkové podstatě v § 345 odst. 1 trestního zákoníku („Kdo jiného lživě obviní z trestného činu...“) činnost veřejné moci (primární objekt) a nemajetková práva lživě obviněného (sekundární objekt); v kvalifikované skutkové podstatě v § 345 v odst. 4 písm. b) trestního zákoníku („způsobí-li takovým činem značnou škodu...“) navíc i majetek (terciární objekt).

¹³ KIENAPFEL, D., HÖPFEL, F. *Grundriss des Strafrechts*. 12., přeprac. a dopl. vyd. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007, s. 11.

¹⁴ Ohrožovací následek vlastně spočívá v tom, že chráněný objekt není změněn přímo, ale jeho postavení je v důsledku ohrožení změněné. KRATOCHVÍL, V. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 259.

¹⁵ ŠČERBA, F. a kol. *Trestní zákoník: komentář. Svazek 1, § 1 až 204*. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 176.

¹⁶ „... die einzelnen Tatbestandsmerkmale vom geschützten Rechtsgut her teleologisch ausgelegt werden müssen“. ROXIN, C. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. vyd. Berlin: Walter de Gruyter, 1973, s. 23. DOI: <https://doi.org/10.1515/9783110903577>

¹⁷ KRATOCHVÍL, op. cit., s. 270.

¹⁸ „... die nur den zum Schutze des Rechtsguts unverzichtbaren Strafbarkeitsbereich begrifflich einfängt“. ROXIN, op. cit., s. 23.

Výklad znaku kvalifikované skutkové podstaty, tj. toho znaku, kterým se odlišuje od skutkové podstaty základní a prostřednictvím něhož je zvýšena míra trestní odpovědnosti, se proto musí odvíjet od objektu zákonem vyjádřeného, ať už v základní nebo právě v této kvalifikované skutkové podstatě; zvýšené ohrožení objektu jiného, v zákoně nevyjádřeného, není pro naplnění (kvalifikované) skutkové podstaty relevantní.

2.2 Naplnění *vážně ohrožující události* jako znaku kvalifikované skutkové podstaty ve spojitosti s pandemií COVID-19

Vážně ohrožující událost se jako znak kvalifikované skutkové podstaty objevuje výběrově u několika, v kapitole 1 zmíněných skutkových podstat. Připomeňme si celé znění tohoto znaku: „*spáchá-li takový čin za stavu ohrožení státu nebo za válečného stavu, za živelní pohromy nebo jiné události vážně ohrožující život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek*“.

Jako „odrazový můstek“ k vymezení zmíněných pojmů je vhodné vycházet z ÚZB, který je speciálním předpisem k Ústavě pro případy mimořádného stavu.¹⁹ Mimořádnost situace, na kterou lze ÚZB aplikovat, přitom může být dána ohrožením státu vnějším i vnitřním, vojenského i nevojenského charakteru.²⁰ Podle čl. 2 ÚZB „*Je-li bezprostředně ohrožena svrchovanost, územní celistvost, demokratické základy České republiky nebo ve značném rozsahu vnitřní pořádek a bezpečnost, životy a zdraví, majetkové hodnoty nebo životní prostředí anebo je-li třeba plnit mezinárodní závazky o společné obraně, může se vyhlásit podle intenzity, územního rozsahu a charakteru situace nouzový stav, stav ohrožení státu nebo válečný stav.*“ Pro rozhodnutí, zda bude některý z uvedených mimořádných stavů zvolen, a jaký, je tedy určující intenzita, územní rozsah a charakter situace (čl. 2 ÚZB *in fine*).

K vyhlášení stavu ohrožení státu, může Parlament přistoupit, „*je-li bezprostředně ohrožena svrchovanost státu nebo územní celistvost státu anebo jeho demokratické základy*“ (čl. 7 odst. 1 ÚZB). Válečný stav je reakcí na situace, kdy je „*Česká republika napadena, nebo je-li třeba plnit mezinárodní smluvní závazky o společné obraně proti napadení*“ (čl. 43 odst. 1 Ústavy).

Události relevantní pro nouzový stav jsou v ÚZB charakterizovány v čl. 5: „*v případech živelních pohrom, ekologických nebo průmyslových havárií, nehod nebo jiného nebezpečí, které ve značném rozsahu ohrožují životy, zdraví nebo majetkové hodnoty anebo vnitřní pořádek a bezpečnost*“. K tomu nutno přidat z výčtu v čl. 2 ÚZB, týkajícího se všech mimořádných stavů, bezprostřední ohrožení životního prostředí značného rozsahu.²¹ Podle Dienstbiera není obsah samotného pojmu nouzový stav zřejmý, resp. to, zda lze pod něj subsumovat i „*mimořádné situace primárně politického charakteru (povstání, státní převrat, nepokoje)*“.²² O podobných situacích, ať už politického charakteru, či nikoliv, je uvažováno i v trestněprávních souvislostech *vážně ohrožující události*, coby přitěžující okolnosti (§ 34 písm. e) trestního zákona č. 140/1961 Sb., v posledním znění): „*Jinou událostí vážně ohrožující veřejný pořádek, život nebo majetek by mohly být rozsáhlejší*

¹⁹ SLÁDEČEK, V. Vláda a nouzový stav. *Správní právo*. 2020, č. 5–6, s. 272.

²⁰ MAREŠ, M. *Ústavní zákon o bezpečnosti České republiky: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 157.

²¹ Viz i HORÁK, F., DIENSTBIER, J., DERKA, V. Právní úprava mimořádného vládnutí v kontextu pandemie COVID-19. Rozhodnutí o vyhlášení nouzového stavu. *Právník*. 2021, č. 6, s. 440, s. 437.

²² DIENSTBIER, J. Rozbor návrhu novely ústavního zákona o bezpečnosti ČR. *Správní právo*. 2021, č. 2, s. 125.

*nepokoje, vzpoura vězňů, teroristické akce, větší železniční, letecká nebo jiná dopravní nehoda...*²³ V zásadě lze tedy připustit aplikaci nouzového stavu na události nejrůznějšího charakteru (politického, bezpečnostního, přírodní pohromy apod.). Každopádně je však nouzový stav považován z mimořádných stavů za tu nejméně závažnou formu.²⁴

Nouzový stav je tedy reakcí veřejné moci (mj.) na nebezpečí *ve značném rozsahu* ohrožujícím životy, zdraví nebo majetkové hodnoty anebo vnitřní pořádek a bezpečnost. Pokud bychom v této větě nahradili termín „značný rozsah“ termínem „vážné“, jedná se o téměř totožnou dikci s *vážně ohrožující událostí*. Z toho lze dovozovat, že událost, pro kterou je vyhlášen nouzový stav, lze pod *vážně ohrožující událost* podřadit.

Jinak je tomu ovšem v případě pandemické pohotovosti. Ustanovení § 14 pandemického zákona konstatuje, jak již bylo uvedeno, že pandemická pohotovost „*je stavem, v jehož rámci dochází k ohrožení života nebo zdraví lidí*“. Netrvá tedy na ohrožení vážném / ve značném rozsahu. Zákodárce k tomu v důvodové zprávě zmínil, že mimořádná opatření v režimu pandemického zákona jsou koncipována „*tak, aby jejich prostřednictvím nemohlo dojít k razantnímu plošnému omezení základních práv a svobod [...] jinak by vláda musela přistoupit k opětovnému vyhlášení nouzového stavu*“.²⁵ To jen potvrzuje, že pandemická pohotovost pamatuje na ohrožení běžné, které nevyžaduje vyhlášení mimořádného stavu. Proto stav, pro který je vyhlášena, za *vážně ohrožující událost* považovat nemůžeme. Ostatně i samotný nouzový stav, reagující na situaci závažnější než tu, pro kterou byla vyhlášena pandemická pohotovost, se pohybuje spíše na spodní hranici závažnosti v kvalifikované skutkové podstatě vyjmenovaných situací (oproti stavu ohrožení státu a válečnému stavu je, jak již bylo řečeno, méně závažnější formou mimořádného vládnutí).

V případě pandemie COVID-19 si lze představit naplnění *vážně ohrožující události* bez vyhlášení nouzového stavu při nenadálém „nástupu“ pandemie, na kterou veřejná moc dosud nestihla zareagovat. Ostatně i zákonodárce byl motivován při kodifikaci tohoto znaku kvalifikované skutkové podstaty snahou zavést přísnější postih za protiprávní jednání během povodní, tj. zpravidla nenadálých událostí.²⁶ Na druhé straně zde panuje určitá pochybnost o možnosti vyvodit trestní odpovědnost z pohledu subjektivní stránky, neboť, jak správně uvedl velký senát Nejvyššího soudu: „... *význam vyhlášeného nouzového stavu a veřejně dostupných informací o něm spočívá v možnosti dovozovat i z toho potřebné zavinění pachatele též k této zvlášť přítěžující okolnosti ve smyslu § 17 písm. b) tr. zákoníku, tj. že pachatel minimálně mohl a měl vědět o zmíněné události vážně ohrožující život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek, která vedla k vyhlášení nouzového stavu.*“²⁷

²³ ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákon: komentář. I. díl, (§ 1 až § 90)*. 6. dopl. a přeprac. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 261.

²⁴ MAREŠ, op. cit., s. 156. Ostatně oproti uvedeným, které jsou vyhlášeny na základě vůle Parlamentu, je nouzový stav vyhlášen „pouze“ vládou.

²⁵ Důvodová zpráva k zákonu č. 94/2021 Sb., komentář k Obecné části.

²⁶ Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., komentář k trestnému činu krádeže: „*Zásadní zprůsnění pak v tomto směru zavádí odstavec 4 písm. b), jestliže pachatel spáchal trestný čin krádeže za stavu ohrožení státu nebo za válečného stavu, za živelní pohromy nebo jiné události vážně ohrožující život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek, čímž se reaguje na takové trestné činy páchané v minulosti zejména při povodních.*“

²⁷ Tento fakt, byť nikoliv tak přesvědčeně, konstatuje i velký senát Nejvyššího soudu.

K tomu je vhodné podotknout, že zákonodárce běžně zaměňuje určitý (protiprávní) stav/událost s reakcí veřejné moci / právním institutem;²⁸ a i zde dochází k určitému směřování stavu s reakcí veřejné moci: kromě dvou reakcí veřejné moci (stav ohrožení státu a válečný stav) nacházíme v kvalifikované skutkové podstatě dva stavy (živelní pohroma a *vážně ohrožující událost*).²⁹ Užitá předložka „za“ je vlastně vyjádřením jakési časoprostorové charakteristiky, tedy že k jednání mělo dojít během uvedených událostí či během působení reakce veřejné moci, resp. opatření v rámci ní učiněných.

Z toho vyplývá, že pod *vážně ohrožující událost* můžeme podřadit: událost, kvůli níž je vyhlášen stav ohrožení státu (bezprostřední ohrožení svrchovanosti státu nebo územní celistvosti státu anebo jeho demokratických základů), i opatření učiněné v rámci stavu ohrožení státu; událost, kvůli níž je vyhlášen válečný stav (napadení ČR nebo společná obrana proti napadení), i opatření učiněné v rámci válečného stavu; živelní pohroma i kvůli ní vyhlášený nouzový stav (a související mimořádná opatření); a *vážně ohrožující událost*, i kvůli ní vyhlášený nouzový stav (a související mimořádná opatření). Přitom *vážně ohrožující událost* nutno chápat i jako jakousi sběrnou kategorii, která rovněž zahrnuje případy, kdy nebylo nutné, s ohledem na intenzitu, územní rozsah a charakter situace (viz čl. 2 ÚZB) mimořádný stav vyhlášovat, resp. nebylo to již potřebné (uvedený stav již pominul). Výčet konkrétních stavů (živelní pohroma) a reakcí státní moci (stav ohrožení státu a válečný stav) však logicky předpokládá, že *vážně ohrožující událost* bude podobně intenzivní/závažná.³⁰

Dílčí závěr této subkapitoly je následující: Nutnou podmínkou naplnění znaku kvalifikované skutkové podstaty *vážně ohrožující událost* v případě pandemie COVID-19 je taková závažnost (intenzita a charakter) této nakažlivé nemoci, že je srovnatelná s živelní pohromou nebo událostí, pro kterou je vyhlášen stav ohrožení státu nebo válečný stav. Pandemie COVID-19 tomuto stupni závažnosti odpovídá v zásadě tehdy, je-li vyhlášený nouzový stav; mimo nouzový stav lze existenci *vážně ohrožující události* dovozovat (snad) v případě, kdy dosud nestihla veřejná moc zareagovat, byť závažnost již byla dostatečná.³¹

2.3 Naplnění znaku kvalifikované skutkové podstaty trestného činu krádeže *vážně ohrožující událost* ve spojitosti s pandemií COVID-19

Jak vyplývá z předchozích subkapitol, podmínkou naplnění znaku kvalifikované skutkové podstaty *vážně ohrožující událost* během pandemie COVID-19 je vyšší než běžné ohrožení v zákoně vyjádřeného objektu, a to víceméně v době vyhlášeného nouzového stavu.

²⁸ Kollert kritizuje tento fakt v souvislosti se záměnou výjimečného stavu (institutu) s krizí (nežádoucí situace). KOLLERT, L. Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2021, č. 2, s. 234. DOI: <https://doi.org/10.5817/CPVP2021-2-2>

²⁹ Ostatně i ve vztahu k pandemii COVID-19 identifikujeme obdobný problém: pandemický zákon vytváří pojem pandemická pohotovost, který je podkladem pro realizaci protipandemických opatření, tedy je reakcí veřejné moci (nikoliv stavem). Přímo v samotném zákoně (§ 14) ovšem definuje, že pandemická pohotovost je „stavem, v jehož rámci dochází k ohrožení života nebo zdraví lidí“.

³⁰ Viz i Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 12. 2020, sp. zn. 4 Tdo 1255/2020: „Proto vyhlášení nouzového stavu z důvodu šíření epidemie koronaviru SARS-CoV-2 a následky tohoto vyhlášeného nouzového stavu jsou srovnatelné svojí závažností s událostmi, které jsou explicitně vyjmenovány v ustanovení § 205 odst. 4 písm. b) tr. zákoníku.“

³¹ V realitě by tomu tak zřejmě mohlo být několik dnů před 12. 3. 2020.

Posledním krokem, který je nutno učinit, je identifikovat *vážně ohrožující událost* ve vztahu k trestnému činu krádeže.

Připomeňme si analyzovanou kvalifikovanou skutkovou podstatu (§ 205 odst. 4 písm. b) trestního zákoníku): „*spáchá-li takový čin za stavu ohrožení státu nebo za válečného stavu, za živelní pohromy nebo jiné události vážně ohrožující život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek*“. Oproti základní skutkové podstatě zde tedy žádný jiný objekt než majetek vyjádřen není; prostě jde o to, že za určité situace (fakultativní znak objektivní stránky) shledává zákonodárce útok na majetek závažnějším. *Vážně ohrožující událost* se tak musí vztahovat k objektu ve formě majetku, resp. musí znamenat jeho zvýšené ohrožení.

Současný výklad krádeže, lpěním na oné věcné souvislosti, však (zřejmě) požaduje víc, resp. je konglomerátem požadavků, které by částečně mohly odpovídat vyššímu ohrožení objektu (majetku), částečně však nikoliv. Podle velkého senátu Nejvyššího soudu „*musí zde být určitá věcná souvislost spáchané krádeže s danou událostí vážně ohrožující život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek [...] Přítom může jít o různou souvislost spočívající např. v tom, že pachatel přímo využije či zneužije ke spáchání trestného činu existující událost, která vážně ohrožuje život nebo zdraví lidí, veřejný pořádek nebo majetek, anebo mu taková událost umožní či usnadní spáchání trestného činu, popřípadě pachatel počítá s tím, že v důsledku této události či opatření vyvolaných k jejímu řešení nebo zvládnání nebude odhalena jeho trestná činnost, resp. pachatel nebude zjištěn a dopaden apod. [...] Takový vztah bude dán zejména tehdy, usnadnila-li zmíněná událost (nebo omezení či jiná opatření přijatá v jejím důsledku) spáchání trestného činu pachateli či se jinak významněji projevila v jeho prospěch, anebo pokud se spáchaný čin týkal konkrétních předmětů, které mají zvláštní důležitost pro řešení dané události, a proto zasluhují zvýšenou ochranu i trestním právem (např. respirátory, dezinfekční prostředky, zdravotnické potřeby apod. v případě zvládnání pandemie způsobené virovým onemocněním).*“³²

V určitém směru se Nejvyšší soud ubírá správným směrem, neboť některé uvedené faktory – umožnění spáchání trestného činu nebo ztížení odhalení, znamenají zvýšené ohrožení objektu (majetku); nikoliv však krádež konkrétních předmětů souvisejících s řešením pandemie. Problém této věcné souvislosti spočívá v tom, že poskytuje aplikační praxi nepřehledné možnosti kreativity, co pod ni subsumovat. Přítom není jasně řečeno, že jen zvýšené ohrožení majetku je pro výklad okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby relevantní. Není proto divu, že samotný Nejvyšší soud (osmý senát) dovedla tato možnost kreativity až k absurdním úvahám: „*V neposlední řadě nezbyvá než uvést, že ani předmět útoku, tj. alkoholický nápoj, nepatří mezi předměty, resp. látky, mající zvláštní důležitost pro řešení koronavirové epidemie, a to ani jako dezinfekce (byť takto může být lidově vnímán), ani jako prostředek (nutno dodat, že poněkud problematický) k odlehčení stresové situace spojené s dosud neznámým virem či přijatými omezujícími opatřeními.*“³³

Po mém soudu není ani přiléhavý argument velkého senátu Nejvyššího soudu, který požadavek věcné/příčinné souvislosti odůvodňuje analogií s kvalifikovanou skutkovou podstatou trestného činu usmrcení z nedbalosti (§ 143 odst. 2 trestního zákoníku): „*Ostatně obdobným způsobem vyložil velký senát trestního kolegia v usnesení ze dne 17. 2. 2016, sp. zn. 15 Tdo 944/2015,*

³² Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 15 Tdo 110/2021.

³³ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 4. 8. 2021, sp. zn. 8 Tdo 809/2021.

publikovaném pod č. 32/2016 Sb. rozl. tr. jinou okolnost, která je znakem kvalifikované skutkové podstaty přečinu usmrcení z nedbalosti podle § 143 odst. 2 tr. zákoníku a která spočívá v porušení důležité povinnosti pachatele vyplývající z jeho zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce nebo uloženou mu podle zákona. I zde Nejvyšší soud akcentoval význam příčinné souvislosti mezi porušením takové povinnosti jako okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby a způsobeným následkem, přičemž odmítl možnost přísnější právní kvalifikace skutku jen na základě formálního naplnění uvedeného znaku kvalifikované skutkové podstaty daného přečinu.³⁴ V daném ustanovení trestného činu usmrcení z nedbalosti je totiž požadavek na příčinnou souvislost jednoznačně vyjádřen: „... proto, že porušil důležitou povinnost vyplývající z jeho zaměstnání, povolání, postavení nebo funkce nebo uloženou mu podle zákona“; u trestného činu krádeže nikoliv. Podmínit trestní odpovědnost za kvalifikovanou skutkovou podstatu takto široce chápanou „věcnou souvislostí“ je proto namísto jako celek odmítnout. Druhá chybná linie uvažování, která naopak směřuje k příliš přísnému posuzování viny (za kvalifikovanou skutkovou podstatu krádeže), se zaštiťuje vynaložením prostředků veřejné moci na zvládnutí pandemie a ochranou její činnosti. V rozhodovací praxi Nejvyššího soudu překonaném názoru čtvrtého senátu se uvádí, že „smyslem právní úpravy [kvalifikované skutkové podstaty krádeže podle § 205 odst. 4 písm. b) trestního zákoníku] je zdůraznit mimořádnou škodlivost předmětného trestného jednání za určitého extrémně škodlivého stavu, který vyžaduje, aby byly lidské zdroje směřovány k odstranění tohoto brozícího extrémně škodlivého stavu cestou mimořádných opatření, ať již se týkajících využití lidských zdrojů a prostředků či přijetím mimořádných právních opatření, která umožňují právě za uložení těchto jistých opatření či omezení brozící riziko eliminovat.“³⁵ Jak shrnuje Rosůlek dřívější převládající názor, vyšší míra trestní odpovědnosti měla být naplněna z důvodu mimořádného nasazení všech složek společnosti, včetně bezpečnostního aparátu, které se musí soustředit na zvládnutí pandemie.³⁶

Ovšem i velký senát Nejvyššího soudu, v rámci posuzování věcné souvislosti, reflektoval význam negativního ovlivnění činnosti veřejné moci pro naplnění znaku *vážně obrožující události*, když uvedl, že požadovaná věcná souvislost: „... je pak zřejmá zejména v případě, jestliže trestný čin pachatele bude zaměřen přímo proti opatřením či omezením učiněným k řešení zmíněné situace, anebo bude mařit či ztěžovat její zvládnutí nebo odvrácení atd.“; tedy nikoliv událost samotná „nybrž až vlastní projev pachatele, který zneužívá těchto existujících podmínek ke spáchání trestného činu“, tuto věcnou souvislost naplňuje.³⁷

Oba posledně zmíněné přístupy, byť dochází obecně k rozdílným závěrům, jsou chybné, neboť odvíjejí naplnění znaku kvalifikované skutkové podstaty *vážně obrožující události* od ohrožení činnosti veřejné moci. Samotná zvýšená činnost orgánů veřejné moci či útok proti této činnosti však nejsou pro určení trestní odpovědnosti za trestný čin krádeže významné; resp. jsou významné jen tehdy, pokud by to ve svém důsledku znamenalo vyšší ohrožení majetku (např. pokud by nasazení bezpečnostních složek na řešení pandemie snížilo ochranu majetku). Fakticky je však tvrzení o vyšší zátěži bezpečnostních složek v době

³⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 15 Tdo 110/2021.

³⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 12. 2020, sp. zn. 4 Tdo 1255/2020.

³⁶ ROSŮLEK, A. Zločin krádeže za nouzového stavu vyhlášeného v souvislosti s COVID-19. *Státní zastupitelství*. 2021, č. 2, s. 32.

³⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu, sp. zn. 15 Tdo 110/2021.

pandemie mylné. Naopak, kriminalita i potřeba dozoru a zásahu uniformovaných složek „v ulicích“, tedy celkové vytížení bezpečnostních složek, bylo výrazně nižší.³⁸

Ona věcná souvislost, na níž velký senát Nejvyššího soudu i následná judikatura postavily své rozhodování, byla výrazně „inspirována“ Provozníkem, který naplnění *vážně obrožující události* dává do kontextu „volnější“ příčinné souvislosti mezi znakem kvalifikované skutkové podstaty (fakultativním znakem objektivní stránky) a následkem (obligatorním znakem objektivní stránky).³⁹ Tím vlastně velký senát „dostal“ své poněkud „neurované“ úvahy do smysluplného teoretického kontextu. Provozníkův požadavek na volnější příčinnou souvislost *vážně obrožující události* s následkem trestného činu ovšem otevřel pověstnou Pandořinu skříňku soudcovské kreativity, reprezentované shora zmíněným příkladem zvažování významu alkoholického nápoje pro naplnění věcné souvislosti s pandemií. Věcnou souvislost, která váže naplnění kvalifikované skutkové podstaty *vážně obrožující událost* na větší zatížení orgánů veřejné moci nebo na spojitost kradených věcí s pandemií, nelze považovat za ohrožení/újmu na majetku, tedy na objektu vyjádřeném ve skutkové podstatě trestného činu krádeže. Vyžadování této souvislosti pro vinu pachatele je tak v podstatě dotvářením práva formou analogie, což však není metodologicky odůvodnitelné.

Abychom tedy určili, kdy přesně v nouzovém stavu došlo ke zvýšenému ohrožení majetku, je nutné si uvědomit, že existuje několik variant základní skutkové podstaty trestného činu krádeže (§ 205 odst. 1 trestního zákoníku), tj. pachatel si přisvojí cizí věc tím, že se jí zmocní, a

- a) způsobí tak na cizím majetku škodu nikoliv nepatrnou (krádež prostá),
- b) čin spáchá vloupáním,
- c) bezprostředně po činu se pokusí uchovat si věc násilím nebo pohrůžkou bezprostředního násilí,
- d) čin spáchá na věci, kterou má jiný na sobě nebo při sobě (kapesní krádež),
- e) čin spáchá na území, na němž je prováděna nebo byla provedena evakuace osob.

S ohledem na uvedené varianty existuje vícero alternativ, kdy byla *vážně obrožující událost* naplněna. Samotná událost, tj. pandemie COVID-19 zřejmě zvýšené ohrožení majetku v ČR neznamenala.⁴⁰ Rovněž vyhlášení nouzového stavu, samo o sobě, význam pro naplnění kvalifikované skutkové podstaty krádeže mít nemohlo, neboť bylo vyhlášeno z důvodu ohrožení zdraví (nikoliv majetku).⁴¹ Nezbyvá než zkoumat, jaké konkrétní opatření vlády,

³⁸ Tento fakt je patrný i z policejních statistik: V období před pandemií bylo registrováno výrazně více trestných činů (v roce 2018 – 192 405 a v roce 2019 – 199 221 trestných činů) než během ní (v roce 2020 – 165 525 a v roce 2021 – 153 233 trestných činů). Statistické přehledy kriminality viz *Policie.cz* [online]. [cit. 10. 9. 2022]. Dostupné z: <https://www.policie.cz/statistiky-kriminalita.aspx>

³⁹ PROVAZNÍK, J. In: ŠČERBA a kol., 2020, op. cit., s. 188–189. Ostatně na tomto názoru velký senát Nejvyššího soudu částečně postavil svou konstrukci věcné souvislosti.

⁴⁰ Takovým vážným ohrožením majetku mohly být např. dramatické okolnosti v severní Itálii, kdy bylo obyvatelstvo a veřejná správa, nepochybně i ve vztahu k ochraně majetku, značně paralyzovány.

⁴¹ Ve vztahu ke kvalifikovaným skutkovým podstatám chránících zdraví (šíření nakažlivé lidské nemoci a ohrožování zdraví závadnými potravinami a jinými předměty) je tento nouzový stav automaticky jejich naplněním; v případě šíření poplašné zprávy lze dokonce považovat jakékoliv vyhlášení nouzového stavu za *vážně obrožující událost*, neboť jím počíná mimořádné vládnutí, z podstaty věci vážně ohrožující činnost veřejné správy.

vydávané s oporou o vyhlášený nouzový stav, mohlo mít vliv na zvýšené ohrožení majetku, v té či oné skutkové podstatě.⁴²

Pro inspiraci, jaká opatření „hledat“, můžeme obrátit svou pozornost k římskému právu. Vnímání zvýšené společenské škodlivosti některých forem krádeží se odrazilo v přeměně soukromých deliktů v trestné činy, což je obdobná situace jako při vytváření kvalifikovaných skutkových podstat. Mám na mysli zejména krádež v noci nebo krádež v lázních.⁴³ Podstatou jejich vyšší závažnosti je zjevně snazší spáchání nebo těžší odhalení, a to s ohledem na situaci, ve které se realizovaly. S vědomím těchto forem krádeží ve starověkém Římě bychom tak hledali především opatření, které usnadňovalo krádež nebo ztěžovalo odhalení jejího pachatele; tedy ve svém důsledku znamenalo vyšší ohrožení majetku.

Usnesením vlády č. 247 ze dne 18. 3. 2020 byl zakázán s účinností od 19. března 2020 „*všem osobám pohyb a pobyt na všech místech mimo bydliště, bez ochranných prostředků dýchacích cest (nos, ústa) jako je respirátor, rouška, ústenka, šátek, šál nebo jiné prostředky, které brání šíření kapének.*“ Povinná ochrana dýchacích cest, tj. fakticky zakrytí obličeje nepochybně ztěžuje identifikaci osoby, která se dopustí kapesní krádeže (§ 205 odst. 1 písm. d) trestního zákoníku); případně i usnadňuje, s ohledem na nečitelnost mimiky, kapesní krádež samotnou.

Pokud se týká úvahy, zda nošení roušky/respirátoru nemohlo usnadňovat i krádež prostou (§ 205 odst. 1 písm. a) trestního zákoníku), či znesnadňovat její odhalení, lze souhlasit s argumenty Nejvyššího soudu, že nikoliv: „*Poukazoval-li odvolací soud dále na omezení pohybu osob na veřejnosti, pak tato okolnost rozhodně nesvědčila ve prospěch pachatelů krádeží v supermarketech, kteří byli naopak vzhledem k menšímu počtu nakupujících snadněji detekovatelní. Nad rámec uvedeného lze doplnit, že ani povinné zakrývání úst a nosu nebylo až tak velkým usnadněním trestné činnosti tohoto druhu, jak by se na první pohled mohlo zdát. K dopadení pachatele totiž obvykle dochází (a i předtím docházelo) tak, že je pracovníkem ostrahy či jinou osobou zpozorován přímo při činu a bezprostředně poté také zadržen. Za takové situace pak nemůže jakákoliv forma maskování zabránit jeho odhalení.*“⁴⁴

Usnesením vlády č. 216 ze dne 26. února 2021 bylo, „*za účelem předcházení šíření onemocnění COVID-19 v rámci zvýšené mobility osob mezi okresy a za účelem posílení odpovědnosti a prevence osob,*“ zakázáno „*všem osobám opustit území okresu nebo hlavního města Prahy, na jehož území mají trvalý pobyt nebo bydliště*“ a „*vstup, pohyb a pobyt na území okresu nebo hlavního města Prahy všem osobám, které nemají na území tohoto okresu nebo hlavního města Prahy místo svého trvalého pobytu nebo bydliště.*“ V důsledku tohoto mimořádného opatření se zásadně snížila mobilita lidí, což obdobně

⁴² Vydávání opatření ministerstvem zdravotnictví v režimu zákona o ochraně veřejného zdraví (zákon č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ve znění pozdějších předpisů) či v režimu pandemického zákona v době nouzového stavu nelze považovat za reflexi ohrožení vážného / ve značném rozsahu. Ostatně, mám za to, že se jednalo, s ohledem na „přepnutí“ vládnutí do mimořádného (ústavního) režimu, o nezákonnou praxi (podobně KOUDELKA, Z. Nouzové zákonodárství a roušky. *Právník*. 2020, č. 12, s. 962–964, nebo Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23. 4. 2020, sp. zn. 14 A 41/2020; naopak v souladu se zákonem takovou praxi shledává Nejvyšší správní soud v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 2. 2021, sp. zn. 6 As 114/2020).

⁴³ KINCL, J., URFUS, V., SKŘEJPEK, M. *Římské právo*. 2., dopl. a přeprac. vyd., v nakl. Beck 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 110 a 338; BUBELOVÁ, K., LÁDR, I. Texty ke studiu římského trestního práva. *IS MU* [cit. 10. 9. 2022]. Dostupné z: https://is.muni.cz/el/1421/podzim2017/LJBCb19/um/Texty_RPT_.pdf

⁴⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 4. 8. 2021, sp. zn. 8 Tdo 809/2021.

usnadňovalo spáchání a odhalení jiné formy krádeže, a sice krádeže vloupáním (§ 205 odst. 1 písm. b) trestního zákoníku). Objekty, do kterých se pachatelé vloupali (včetně motorových vozidel), totiž nebyly natolik používány, případně se k nim uživatelé vůbec nedostali (rekreační objekty); přítomnost potenciálně usvědčujících, náhodných svědků byla rovněž výrazně snížena. Nepochybně tak i zde byl majetek pro tuto formu krádeže snadnějším cílem a jeho ohrožení (proto) vyšší.

Samozřejmě by bylo možné uvažovat i o jiných opatřeních, avšak vždy ve vztahu ke konkrétnímu typizovanému trestnému jednání, vyjádřenému určitou formou skutkové podstaty trestného činu krádeže. Jako skutečné zvýšené ohrožení majetku však byly identifikovány jen výše zmíněné.

Pokud se vrátíme k požadavku věcné souvislosti, který byl vyhodnocen jako dotváření práva formou analogie, tak nyní lze doplnit, že se jedná o analogii, která může být ve prospěch pachatele trestného činu (*in bonam partem*) – např. kapesní krádež s pandemií nesouvisejících věcí za účinnosti mimořádného opatření, které nařizuje zakrytí dýchacích cest; ale i v jeho neprospěch (*malam partem*) – např. krádež roušek během vyhlášeného nouzového stavu.

3 Vážně ohrožující událost jako přitěžující okolnost

S malým zjednodušením lze říci, že *vážně ohrožující událost* je kromě znaku kvalifikované skutkové podstaty i přitěžující okolností v rámci trestání.⁴⁵ Na rozdíl od otázky viny však není při aplikaci v rovině trestání nutné trvat na souvislosti s ohrožením (v zákoně vyjádřeného) objektu (aby byl naplněn smysl trestní odpovědnosti za kvalifikovanou skutkovou podstatu), a lze tak pachateli jako přitěžující okolnost přičítat jakoukoliv okolnost ve smyslu § 39 odst. 2 trestního zákoníku, včetně ohrožení objektů nevyjádřených (např. činnost veřejné moci).⁴⁶ Teprve zde je možné zohledňovat věcnou souvislost jednání pachatele s pandemií, na pomyslné stupnici od „přihlédne málo“ až po „přihlédne velmi“.⁴⁷ K tomu lze doplnit, že nepochybně každý skutek spáchaný za nouzového stavu je možné podřadit pod pojem v § 42 písm. j) trestního zákoníku „krizová situace“. Tím se vlastně ocitnou trestné činy krádeže, podvodu, zpronevěry a lichvy, alespoň v rovině trestu (při hodnocení naplnění přitěžujících okolností), na stejné úrovni s ostatními majetkovými trestnými činy.

Závěr

Ve vztahu k pandemii COVID-19 lze dospět k následujícímu závěru: *vážně ohrožující událost* u trestného činu krádeže je naplněna během působnosti mimořádného opatření vlády

⁴⁵ Ono zjednodušení spočívá v tom, že tato přitěžující okolnost se netýká ohrožení zdraví (událost vážně ohrožující život, veřejný pořádek nebo majetek).

⁴⁶ Nevyjádřené objekty se projevují při individualizaci trestu jako obecná přitěžující okolnost, ať už v zákoně uvedenou, či nikoliv. KRATOCHVÍL, op. cit., s. 270.

⁴⁷ Právě z pohledu trestu, nikoliv viny, lze dát za pravdu velkému senátu Nejvyššího soudu v citovaném výroku, že určité předměty odcizené v době pandemie „*zaslужují zvýšenou ochranu i trestním právem (např. respirátory, dezinfekční prostředky, zdravotnické potřeby apod. v případě zvládnání pandemie způsobené virovým onemocněním)*“.

(v době vyhlášeného nouzového stavu), které ve svém důsledku znamená vyšší ohrožení majetku. Např. okolností podmiňující použití vyšší trestní sazby u krádeže vloupáním (§ 205 odst. 1 písm. b) trestního zákoníku) je účinnost mimořádného opatření omezujícího pohyb mezi okresy nebo u kapesní krádeže (§ 205 odst. 1 písm. b) trestního zákoníku) účinnost mimořádného opatření nařizujícího v zásadě celoplošnou povinnost zakrytí dýchacích cest.

Mimo nouzový stav se jedná o ohrožení chráněných hodnot, jež nedosahuje (snad s výjimkou počátku pandemie) stupně vážného. Požadavek věcné souvislosti, který jde nad rámec zvýšeného ohrožení objektu (majetku) – např. krádež s pandemií souvisejících předmětů (respirátorů, roušek, potravin apod.) nebo vynaložení prostředků veřejné moci na zvládnutí pandemie, není pro zvýšenou trestní odpovědnost (vinu), ve formě kvalifikované skutkové podstaty, relevantním; má však vliv, stejně jako ohrožení jiného, v dané skutkové podstatě nevyjádřeného objektu, na výši trestu, coby přitěžující okolnost ve smyslu § 42 písm. j) trestního zákoníku.

V širším kontextu si lze povšimnout nevhodně (kazuisticky) formulované kvalifikované skutkové podstaty, která směřuje (protiprávní) stavy a reakce veřejné moci (navíc různého rozsahu a intenzity), avšak především činí poněkud nejasným, jak se vztahuje k chráněnému právnímu statku (objektu).

K možnostem zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku jako podmínky pro vedení dalšího trestního stíhání

On the Possibilities of Annulment of a Legally Effective Decision on a Minor Offence as a Condition for Further Criminal Prosecution

Martin Kopecký*

Abstrakt

Problematika uplatňování pravidla *ne bis in idem* mezi správním řízením o přestupku a trestním řízením soudním vytváří řadu otázek spojených s tím, jaké další stíhání je vyloučeno, jestliže o určitém protiprávním činu již bylo jednou pravomocně rozhodnuto. Předložený článek rozebírá, za jakých podmínek je možné vést trestní stíhání o témže skutku téže osoby, o němž již bylo pravomocně rozhodnuto ve správním řízení jako o přestupku. Věnuje se podmínkám českého zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, který umožňuje, aby správní orgán zrušil již pravomocné rozhodnutí o přestupku, nasvědčující-li okolnosti, že by skutek měl být posuzován pro pachatele přísněji jako trestný čin podle trestního zákoníku. A porovnává tuto národní úpravu s pravidly mezinárodní smlouvy, a to čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, která umožňují jen za velmi restriktivních podmínek nové řízení o již jednou pravomocně rozhodnutém skutku.

Klíčová slova

Ne bis in idem; správní řízení; přestupek.

Abstract

The issue of the application of the *ne bis in idem* rule between administrative proceedings on a minor offence (“přestupek”) and criminal court proceedings creates several questions related to what further prosecution is excluded by the fact that a certain illegal act has already been finally decided. The presented article analyzes the conditions under which it is possible to prosecute the same act of the same person, which has already been legally decided in administrative proceedings as a minor offence. It is dedicated to the conditions of the Czech Act No. 250/2016 Coll., on liability for minor offenses and their proceedings, which allows an administrative authority to annul an already legally effective decision on a minor offence if the circumstances indicate that the act should be assessed more severely for the offender as a criminal offense under the Criminal Code. And it compares this national regulation with the rules of an international treaty, namely Article 4, paragraph 2 of Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which allows only under very restrictive conditions for a new trial of an offense that has already been finally decided.

* Prof. JUDr. Martin Kopecký, CSc., Katedra správního práva, Fakulta právnická, Západočeská univerzita v Plzni, Plzeň / Department of Administrative Law, University of West Bohemia, Faculty of Law, Pilsen, Czech Republic / E-mail: kopeckym@ksp.zcu.cz / ORCID: 0000-0001-5958-7027

Keywords

Ne bis in idem; Administrative Proceedings; Minor Offence.

Úvod

Skutečnost, že jak trestné činy podle trestního zákoníku, tak i přestupky jako základní druh správních deliktů se řadí do skupiny tzv. trestních věcí podle Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod („**Úmluva**“), vede k tomu, že se pro jejich postih uplatní řada společných pravidel, který vyplývají jak z Úmluvy, tak i z vnitrostátní ústavní a zákonné úpravy, a to včetně pravidla *ne bis in idem*. Předložený článek se věnuje více otázkám souvisejícím s vyloučením či naopak připuštěním možného projednání a postihu téhož činu poté, co o něm již bylo jednou pravomocně rozhodnuto, zvláště pak možnostem zrušení pravomocného rozhodnutí o skutku jako o přestupku jako legitimnímu odstranění překážky pro následné vedení trestního řízení soudního.

1 Pravidlo *ne bis in idem* ve vztazích řízení o přestupku a řízení o trestném činu

Pravidlo *ne bis in idem* představuje jeden ze základních postulátů pro projednávání trestných činů a dalších protiprávních jednání, za které hrozí veřejnoprávní trestní postihy. Zákaz dalšího stíhání se netýká jenom těch situací, kdy bylo pravomocně rozhodnuto (odsouzením nebo zproštěním obžaloby) o činu, který byl kvalifikován jako trestný čin *sensu stricto*, tedy čin trestný podle trestního zákoníku (trestního kodexu), ale vztahuje se i na projednávání činů dalších, řazených do skupiny tzv. správních deliktů, v našich podmínkách nyní především přestupků. Pravidlo *ne bis in idem* se vztahuje na rozhodování o trestních obviněních ve smyslu čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod („**Úmluva**“), základ pro jejichž posuzování vychází z tzv. engelovských kritérií,¹ detailně rozebíraných jak judikaturou Evropského soudu pro lidská práva („**ESLP**“), tak i soudů tuzemských a pochopitelně i doktrínou.

Soudy rozhodující v trestním řízení se s problematikou *ne bis in idem*, ponecháme-li stranou problematiku konfliktu s trestním rozhodnutím cizozemského orgánu, setkávají zejména při posuzování, zda není dán důvod nepřipustnosti trestního stíhání podle § 11 odst. 1 písm. i) zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů („**TrŘ**“) („*proti tomu, proti němuž dřívější stíhání pro týž skutek skončilo pravomocným rozhodnutím o schválení narovnání, jestliže rozhodnutí nebylo v předepsaném řízení zrušeno*“) nebo písm. k) („*jestliže dřívější řízení pro týž skutek proti téže osobě skončilo pravomocným rozhodnutím o přestupku a uplynula-li lhůta pro zabavení přezkumného řízení podle jiného právního předpisu, ve kterém může být rozhodnutí o přestupku zrušeno*“) nebo písm. m) („*stanoví-li tak vyblášená mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána*“).

¹ Viz rozsudek ESLP ze dne 8. 6. 1976, *Engel a další proti Nizozemsku*, č. 5100/71, a další.

Do úvahy přicházejí čtyři možné kombinace, při nichž může dojít k porušení zásady *ne bis in idem* v případě vynesení rozhodnutí nebo vedení řízení pro týž skutek, bylo-li již o něm pravomocně rozhodnuto:

- v případě vynesení dvou po sobě následujících rozhodnutí pro týž skutek kvalifikovaný v obou případech jako trestný čin (tzn. v kombinaci trestný čin – trestný čin),
- dvou takových po sobě následujících rozhodnutí pro týž skutek kvalifikovaný nejdříve jako trestný čin a poté jako přestupek (tzn. v kombinaci trestný čin – přestupek),
- dvou po sobě následujících rozhodnutí pro týž čin kvalifikovaný nejdříve jako přestupek a poté jako trestný čin (tzn. v kombinaci přestupek – trestný čin) a
- dvou takových po sobě následujících rozhodnutí pro týž čin kvalifikovaný v obou případech jako přestupek (tzn. v kombinaci přestupek – přestupek).

K možnému porušení zásady *ne bis in idem* nedojde, bylo-li první pravomocné rozhodnutí o skutku v příslušném řízení zrušeno.²

Zásada *ne bis in idem* zakazuje opakované řízení, tedy reflektuje právo nebýt stíhán nebo trestán podruhé v téže věci, nevylučuje však situace „dvojího řízení“, kdy dochází ke **kombinaci řízení utvářející jeden souvislý celek**. Např. penále uložené osobě podle daňového řádu pravomocným rozhodnutím správního orgánu za nesplnění povinnosti tvrzení, které se považuje za trestní sankci, byť *sui generis*, nebrání vedení trestního řízení o totožném skutku naplňujícím znaky trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby podle § 240 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.³ Jiný příklad: byť je záznam bodového hodnocení v registru řidičů podle § 123b odst. 1 zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů (zákon o silničním provozu), ve znění pozdějších předpisů, považován za trest ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod („Listina“) a čl. 7 odst. 1 Úmluvy, nedochází jím k porušení zásady *ne bis in idem* ve vztahu k pravomocně uloženému správnímu trestu za spáchání přestupku nebo trestu za spáchání trestného činu.⁴ Judikatura ESLP nevylučuje kombinaci různých řízení (soudních a správních) umožňujících postih téhož činu, i když jsou obě (popř. všechna) řízení „trestní“ povahy, a to za podmínky jejich „dostatečně těsné věcné a časové spojitosti“.⁵ I když bylo v jednom řízení pravomocně rozhodnuto, nepovažuje se další řízení za takové, v němž by byla osoba opakovaně stíhána nebo potrestána za trestný čin, za který již byla osoba osvobozena nebo odsouzena konečným rozsudkem, jak má na mysli čl. 4 odst. 1 Protokolu č. 7 k Úmluvě.

Podrobný rozbor, co je třeba splnit, aby kombinovaná trestní a správní řízení byla považována za dostatečně věcně a časově propojená, a tedy souladná s kritériem *bis* dle článku 4

² Např. Nejvyšší soud v usnesení ze dne 30. 1. 2019, sp. zn. 3 Tdo 1534/2018, k nebezpečí, že by došlo k porušení zásady *ne bis in idem*, v této souvislosti uvedl, že „to vše pochopitelně platí za předpokladu, že první pravomocné rozhodnutí o daném činu nebylo zrušeno v předepsaném řízení z podnětu mimořádného opravného prostředku. Navíc, s ohledem na specifické pojetí činu podle Úmluvy, nelze uведенé principy vztáhnout na všechny činy kvalifikované správními orgány smluvních stran této úmluvy jako přestupky, nýbrž toliko na ty z nich, které mají trestněprávní povahu...“

³ Viz usnesení Nejvyššího soudu (velkého senátu) ze dne 4. 1. 2017, sp. zn. 15 Tdo 832/2016.

⁴ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu (rozšířeného senátu) ze dne 30. 9. 2015, č. j. 6 As 114/2014-55.

⁵ Viz rozhodnutí ESLP ze dne 13. 12. 2005, č. 73661/01.

odst. 1 Protokolu č. 7 a přípustná z hlediska zásady *ne bis in idem*, podal **rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 15. 11. 2016, ve věci A a B proti Norsku**, č. 24130/11 a 29758,⁶ v tuzemské judikatuře na něj navázalo např. **usnesení velkého senátu Nejvyššího soudu ze dne 4. 1. 2017, sp. zn. 15 Tdo 832/2016**.

Rozboru problematiky *ne bis in idem* byla věnována jak v doktríně, tak i v judikatuře značná pozornost, rovněž i rozboru vzájemných vztahů trestního stíhání a projednávání přestupků, a to zejména z pohledu, jaké řízení je řízením o trestním obvinění, jak je vymezen skutek, který je předmětem řízení, kdy je dána jeho totožnost v jiném řízení, kdy je o skutku konečným způsobem v jednom řízení rozhodnuto a kdy jde o další řízení o tomtéž skutku či o existenci dvou řízení. V předloženém článku se chci zaměřit na **otázku, za jakých podmínek je možné provést řízení o skutku jako o trestném činu, jestliže již bylo o skutku pravomocně (konečným způsobem) rozhodnuto správním orgánem v řízení o přestupku**.

2 Možnost dalšího trestního stíhání po pravomocném rozhodnutí o přestupku

Listina v čl. 40 odst. 5 – po vymezení podstaty zákazu *ne bis in idem* („*Nikdo nemůže být trestně stíhán za čin, pro který již byl pravomocně odsouzen nebo zproštěn obžaloby.*“) – uvádí možné prolomení tohoto pravidla tak, že „*[t]ato zásada nevylučuje uplatnění mimořádných opravných prostředků v souladu se zákonem.*“ Čl. 4 Protokolu č. 7 k Úmluvě vymezuje zásadu *ne bis in idem* v prvním odstavci způsobem, který se obsahově neliší od Listiny („*Nikdo nemůže být stíhán nebo potrestán v trestním řízení podléhajícím pravomoci téhož státu za trestný čin, za který již byl osvobozen nebo odsouzen konečným rozsudkem podle zákona a trestního řádu tohoto státu.*“). Druhý odstavec čl. 4 Protokolu č. 7, umožňující prolomení zákazu nebo stíhání nebo potrestání, je oproti textu Listiny detailnější, neboť stanoví, co může být důvodem „*obnovy řízení*“⁷ předtím konečným způsobem rozhodnuté věci: „*Ustanovení předchozího odstavce nejsou na překážku obnově řízení podle zákona a trestního řádu příslušného státu, jestliže nové nebo nově odhalené skutečnosti nebo podstatná vada v předešlém řízení mohly ovlivnit rozhodnutí ve věci.*“ Je třeba podotknout známou, ale v praxi třeba zapomínanou okolnost, že mezinárodní smlouvy naplňující požadavky čl. 10 Ústavy České republiky („**Ústava**“), což samozřejmě Úmluva a protokoly k ní připojené jsou, jsou součástí právního řádu České republiky, a stanoví-li mezinárodní smlouvy něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva. Česká republika, ani předtím Česká a Slovenská Federativní Republika, neučinila výhradu k Protokolu č. 7 k Úmluvě, ostatně podle čl. 4 odst. 3 nelze od článku 4 tohoto Protokolu ani odstoupit.

Řešení situace, kdy bylo pravomocně rozhodnuto o skutku v řízení o přestupku, avšak skutečnosti nasvědčují tomu, že by mohlo jít o trestný čin, o kterém by mohly/měly vést orgány činné v trestním řízení trestní řízení, se vnitrostátní právo snažilo a snaží nalézt v procesních ustanoveních přestupkového zákona a trestního řádu.

⁶ Viz zejm. body 132 a 134 odůvodnění.

⁷ The reopening of the case, réouverture du procès.

Předchozí zákon o přestupcích, tedy zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích, stanovil v § 94, že „[s]právní orgán své pravomocné rozhodnutí o přestupku zruší, zjistí-li, že osoba, která byla uznána vinnou z přestupku, byla za týž skutek soudem pravomocně odsouzena nebo obžaloby zproštěna.“

Novelou trestního řádu zákonem č. 178/1990 Sb., kterým se mění a doplňuje trestní řád, bylo do § 11 trestního řádu, stanovícího situace nepřipustnosti trestního stíhání (kdy nelze trestní stíhání zahájit, a bylo-li již zahájeno, nelze v něm pokračovat a musí být zastaveno), vloženo písmeno ch) „stanoví-li tak mezinárodní smlouva, kterou je Česká a Slovenská Federativní Republika vázána.“ V době, kdy nabyla účinnosti tato novela (1. 7. 1990), byla ČSFR vázána Mezinárodním paktem o občanských a politických právech,⁸ podle jehož čl. 14 odst. 7 „[t]restní stíhání nelze zahájit proti tomu, proti němuž dřívější stíhání pro týž čin skončilo pravomocným rozhodnutím soudu, jímž byl obžalovaný uznán vinným nebo jímž byl obžaloby zproštěn.“

Ustanovení § 94 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, řešilo situaci, kdy bylo vydáno pravomocné rozhodnutí o přestupku, avšak osoba, která byla uznána takovým rozhodnutím vinnou z přestupku, byla (a mohlo to být jak před nabytím právní moci rozhodnutí o přestupku, nebo později) v trestním řízení pravomocně odsouzena nebo zproštěna obžaloby. V takovém případě měl správní orgán zrušit své předchozí pravomocné rozhodnutí. Zřejmě bylo možné vyložit, že by správní orgán měl zrušit své pravomocné rozhodnutí o přestupku též tehdy, bylo-li pravomocně rozhodnuto o zastavení trestního stíhání (§ 172 TrŘ). Zákon o přestupcích z roku 1990 neřešil, z legislativně technického hlediska ostatně ani nemohl, jaké důsledky má pravomocné rozhodnutí o přestupku na případné další vedení trestního stíhání osoby či na možnost jejího odsouzení soudem za trestný čin.

Judikatura ve věcech trestních tradičně vyvozovala nemožnost trestního stíhání, jestliže trestní stíhání osoby skončilo pravomocným rozhodnutím orgánu činného v trestním řízení o postoupení jinému orgánu podle § 171 TrŘ, jestliže výsledky přípravného řízení ukazovaly, že nejde o trestný čin, že však jde o skutek, který by mohl být jiným příslušným orgánem posouzen jako přestupek nebo kárné provinění.⁹ Ovšem jinak vycházela trestní judikatura dlouho z toho, že dřívější řízení vedené proti obviněnému skončené pravomocným rozhodnutím orgánu oprávněného projednávat přestupky nebrání trestnímu stíhání stejné osoby pro týž skutek.¹⁰ K uložení opatření¹¹ za přestupek měl soud přihlídnout při stanovení druhu trestu, popřípadě jeho výměry, pokud nebylo rozhodnuto o zastavení trestního stíhání z důvodu, že skutek nebyl trestným činem a nebyl důvod k postoupení věci jinému orgánu. Z této koncepce vycházely soudy a další orgány činné v trestním řízení i nadále, bez ohledu na to, že pro ČSFR, resp. ČR se stala závaznou Úmluva a dodatkové protokoly k ní, včetně výše popsaného pravidla *ne bis in idem*. Za zlom lze považovat **rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 7. 2004, sp. zn. 11 Tdo 738/2003**, který se k otázce *ne bis in idem* postavil

⁸ Vyhlášen pod č. 120/1976 Sb.

⁹ Srov. stanovisko Nejvyššího soudu Československé socialistické republiky ze dne 19. 12. 1973, sp. zn. Tpjf 20/73 (publikováno pod č. 3/1974 Sbírkou soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu ve věcech trestních).

¹⁰ Rozhodnutí Nejvyššího soudu České socialistické republiky ze dne 11. 1. 1988, sp. zn. 11 Tz 46/87 (publikováno pod č. 47/1989 Sbírkou soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu ve věcech trestních).

¹¹ Výraz „opatření“ použitý v zákoně č. 60/1961 Sb. byl sankcí (trestem) za přestupek.

nově tak, že vyslovil, že je porušením zásady *ne bis in idem* ve smyslu čl. 4 Protokolu č. 7 k Úmluvě, jestliže byl obviněný trestně stíhán a odsouzen pro stejný skutek, který byl jako čin trestněprávní povahy již dříve projednán příslušným správním orgánem v přestupkovém řízení, jež skončilo pravomocným rozhodnutím, kterým byl tento čin obviněného posouzen jako přestupek, pokud nedošlo ke zrušení tohoto rozhodnutí správního orgánu. V takovém případě ustanovení § 11 odst. 1 písm. j)¹² TrŘ ve spojení s ustanovením čl. 4 Protokolu č. 7 k Úmluvě činí trestní stíhání nepřipustným.

V pozdějším **usnesení ze dne 12. 12. 2007, sp. zn. 5 Tdo 1399/2007**,¹³ pak Nejvyšší soud vyslovil, že zásada *ne bis in idem* ve smyslu čl. 4 Protokolu č. 7 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod a § 11 odst. 1 písm. j) TrŘ brání též trestnímu stíhání a odsouzení toho, proti němuž dřívější přestupkové řízení o témže skutku (činu) trestněprávní povahy meritorně skončilo pravomocným rozhodnutím příslušného správního orgánu, a to včetně tehdejšího blokového řízení podle § 84 a násl. zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů. Vyloučit ochranu proti novému procesu s ohledem na zásadu *ne bis in idem* přitom nemůže ani skutečnost, že příčinou prvního projednání skutku (činu) v blokovém přestupkovém řízení byla jeho nesprávná kvalifikace jako přestupku, ačkoliv naplňoval znaky trestného činu. Právně bezvýznamné je též to, proč došlo k novému řízení a rozhodnutí v dané věci, aniž bylo zrušeno předcházející rozhodnutí o totožném skutku (činu).

Z takto vytvářené rozhodovací praxe trestních soudů vyplynulo, že se považuje za nepřipustné další trestní stíhání obviněného pro skutek, jestliže bylo o skutku této osoby pravomocně rozhodnuto v řízení o přestupku, a to včetně situace, kdy bylo rozhodnuto v blokovém řízení (podle pozdější úpravy příkazem na místě), nebylo-li pravomocné rozhodnutí o přestupku zrušeno, lze říci odklizen. Dle čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě je třeba při možnosti nového trestního stíhání respektovat důvod zásahu do předchozího konečného, tedy pravomocného rozhodnutí v téže věci.

3 Přestupkový zákon a trestní řád k možnosti zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku

Právní úprava přestupkového práva účinná od 1. 7. 2017, tedy zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich („**přestupkový zákon**“, „**PřesZ**“), řeší možnost konfliktu pravomocného rozhodnutí o skutku jako o přestupku s existujícím rozhodnutím o témže skutku vydaným orgánem činným v trestním řízení nebo s případným trestním stíháním pro tento skutek v úpravě v § 100. Tento paragraf, nadepsaný „*Přezkumné řízení*“, představuje zvláštní úpravu přezkumného řízení oproti obecné úpravě, obsažené v § 94 a násl. správního řádu („**SpŘ**“). Zvláštní úprava přezkumného řízení podle § 100 PřesZ se odlišuje od obecné úpravy nejen v délce lhůt pro zahájení přezkumného řízení (srov. § 100 odst. 2 a 3 PřesZ oproti § 96 odst. 1 a § 97 odst. 2 SpŘ), ale především ve vymezení důvodů

¹² Dřívější písmeno ch), tedy „*stanoví-li tak vyhlášená mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána*“.

¹³ Publikováno pod č. 10/2007 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu.

pro zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku. Ustanovení § 100 odst. 1 PřesZ uvádí dvě skupiny situací odůvodňujících zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku:

- 1) Vyjdou-li najevo skutečnosti, které odůvodňují posouzení skutku, o kterém již bylo pravomocně rozhodnuto jako o přestupku, jako trestného činu.
- 2) Bylo-li pravomocné rozhodnutí o přestupku vydáno přesto, že o totožném skutku již pravomocně rozhodl orgán činný v trestním řízení tak, že se nestal, nespáchal jej obviněný, spáchání skutku se nepodařilo obviněnému prokázat nebo že skutek je trestným činem, trestní stíhání bylo podmíněně zastaveno, trestní stíhání bylo zastaveno na základě schválení narovnání, bylo podmíněně odloženo podání návrhu na potrestání nebo bylo odstoupeno od trestního stíhání mladistvého.

Výkladem lze dospět k názoru, že „rozhodnutím o přestupku“ ve smyslu § 100 odst. 1 PřesZ bude třeba rozumět nejen rozhodnutí takto výslovně označené v hlavě VII části třetí přestupkového zákona (rozhodnutí, kterým je obviněný uznán vinným z přestupku, nebo rozhodnutí, kterým je obviněný uznán vinným jako právní nástupce), ale zřejmě i další rozhodnutí ukončující meritorně řízení o přestupku,¹⁴ za což lze považovat rozhodnutí o schválení dohody o narovnání (§ 87 odst. 1 PřesZ), usnesení o zastavení řízení z důvodu, že skutek, o němž se vedlo řízení, se nestal [§ 86 odst. 1 písm. a) PřesZ], že skutek nespáchal obviněný [§ 86 odst. 1 písm. b)] nebo že spáchání skutku, o němž bylo vedeno řízení, nebylo obviněnému prokázáno [§ 86 odst. 1 písm. c)].¹⁵

V případě některé situace ze druhé skupiny dojde zrušením pravomocného rozhodnutí o přestupku k nápravě toho, že bylo o skutku nepřipustně vydáno rozhodnutí o přestupku, když již předtím bylo o skutku pravomocně rozhodnuto v trestním řízení. Zrušením pravomocného rozhodnutí o přestupku nebude vyvolána potřeba nějakého dalšího řízení o skutku, jen se bez dalšího prosadí pravidlo *ne bis in idem*.

Složitější je však situace v první skupině, spočívající v tom, že vyjdou najevo skutečnosti odůvodňující posouzení skutku, o kterém již bylo pravomocně rozhodnuto jako o přestupku, jako trestného činu. Z textu § 100 odst. 1 PřesZ vychází, že o skutečnostech nasvědčujících, že je odůvodněno posouzení skutku jako trestného činu, se příslušný správní orgán (což je podle § 95 odst. 1 SpŘ správní orgán nadřízený správnímu orgánu, který rozhodnutí o přestupku vydal) dozví až poté, co bylo pravomocně rozhodnuto o skutku jako o přestupku. Přezkumné řízení obecně, a i v případě přezkumného řízení podle § 100 PřesZ, zahajuje správní orgán z moci úřední, on bude posuzovat, zda jsou naplněny podmínky pro zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku z důvodu, že najevo vyšle skutečnosti odůvodňující posouzení skutku jako trestného činu. Ačkoli nelze vyloučit, že by se o skutečnostech odůvodňujících posouzení skutku jako trestného činu dozvěděl správní orgán

¹⁴ Viz např. PRÁŠKOVÁ, H. *Přestupkové právo*. 2. vyd. Praha: Leges, 2022, s. 539, 540. ISBN 978-80-7502-612-5; JEMELKA, L., VETEŠNÍK, P. *Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. Zákon o některých přestupcích*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 834. ISBN 978-80-7400-772-9.

¹⁵ Naproti tomu, jak upozorňuje i H. Prášková v cit. pramenu, byť s chybným odkazem na spisovou značku a datum rozhodnutí, podle usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 5. 2018, sp. zn. 7 Tdo 576/2018, nezákládá překážku věci rozhodnuté usnesení správního orgánu o zastavení řízení z důvodu zániku odpovědnosti za přestupek uplynutím promlčecí doby.

i jinak, záměrem zákonodárce zřejmě bylo, aby podnět ke zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku pocházel od orgánů činných v trestním řízení. To se projevuje ve dvou ustanoveních trestního řádu:

- podle § 159b odst. 4 TrŘ policejní orgán dočasně odloží zahájení trestního stíhání též v případech, jestliže dřívější řízení pro týž skutek proti téže osobě skončilo pravomocným rozhodnutím o přestupku a dosud neuplynula lhůta pro zahájení přezkumného řízení podle jiného právního předpisu, ve kterém může být rozhodnutí o přestupku zrušeno. Po právní moci rozhodnutí o dočasném odložení trestního stíhání podle věty první dá policejní orgán podnět příslušnému správnímu orgánu ke zrušení rozhodnutí o přestupku v přezkumném řízení;
- podle § 173 odst. 1 písm. e) TrŘ státní zástupce přeruší trestní stíhání, jestliže dřívější řízení pro týž skutek proti téže osobě skončilo pravomocným rozhodnutím o přestupku a dosud neuplynula lhůta pro zahájení přezkumného řízení podle jiného právního předpisu, ve kterém může být rozhodnutí o přestupku zrušeno. Podle § 173 odst. 3 TrŘ po právní moci rozhodnutí o přerušení trestního stíhání podle § 173 odst. 1 písm. e) podá státní zástupce podnět příslušnému správnímu orgánu ke zrušení rozhodnutí o přestupku v přezkumném řízení.

Otázkám, jak postupovat při zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku tak, aby rozhodnutí o přestupku nebránilo vedení trestního stíhání pro totožný skutek, se věnovalo již více autorů.¹⁶ Texty zpravidla uvádějí, že § 100 PřesZ řeší možný střet se zásadou přednosti trestního postihu skutku i se zásadou *ne bis in idem*,¹⁷ rozebírá se, i s odkazem na rozhodnutí tuzemských soudů,¹⁸ že správní orgán nemůže zjišťovat a posuzovat trestněprávní odpovědnost pachatele, neboť to je výlučnou otázkou příslušných orgánů činných v trestním řízení, zdůrazňuje se, že úkolem rozhodnutí správního orgánu v přezkumném řízení je pouze odstranění překážky věci jím dříve pravomocně rozhodnuté a umožnění rozhodnutí o skutku jako o trestném činu.¹⁹ Uváděné prameny se rovněž pokoušejí vymezit, co rozumět pod pojmem skutečnosti, které odůvodňují posouzení skutku, o kterém již bylo rozhodnuto jako o přestupku, jako trestného činu, jak uvádí § 100 odst. 1 PřesZ.

Např. podle H. Práškové to bude tehdy, kdy „*vyjde najevo, že se jedná pravděpodobně o trestný čin [...] Není rozhodné, zda vyšly najevo další skutečnosti odůvodňující podezření ze spáchání trestného činu (např. byla zjištěna vyšší škoda, vážnější zranění, zdravotní komplikace nebo jiný závažnější následek,*

¹⁶ Např. PŠENIČKA, S. K přezkumnému řízení podle ustanovení § 100 zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. *Správní právo*. Praha: Ministerstvo vnitra, 2022, roč. 40, č. 6, s. 335–342. ISSN 0139-6005; MATES, P., ŠEMÍK, K. Přezkumné řízení rozhodnutí o přestupku. *Bulletin advokacie*. Praha: Česká advokátní komora, 2022, č. 6, s. 33–36. ISSN 1210-6348; PRÁŠKOVÁ, op. cit., zejm. s. 538–541; GRYGAR, T. Konkurence řízení o přestupku právnické osoby s trestním řízením proti právnické osobě pohledem principu *ne bis in idem*. *Správní právo*. Praha: Ministerstvo vnitra, 2020, roč. 38, 2020, č. 1, zejm. s. 14. ISSN 0139-6005; GONSIOROVÁ, B. Přezkumné řízení v přestupkové úpravě a jeho trestněprávní konsekvence. *Právní rozhledy*. Praha: C. H. Beck, 2019, č. 9, s. 317 a násl. ISSN 1210-6410.

¹⁷ Viz např. PRÁŠKOVÁ, op. cit., s. 538, PŠENIČKA, op. cit., zejm. s. 336, 337.

¹⁸ Viz např. rozsudek Krajského soudu v Praze z dne 10. 2. 2021, č. j. 44 A 58/2019-50; rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 1. 8. 2019, č. j. 18 A 23/2018-29.

¹⁹ Viz např. PRÁŠKOVÁ, op. cit., s. 539, PŠENIČKA, op. cit., s. 338.

než ze kterého správní orgán vycházel) nebo správní orgán od počátku skutek chybně právně kvalifikoval [...] Přezkumné řízení podle § 100 odst. 1 přestupkového zákona [...] umožňuje rozhodnutí o přestupku zrušit též na základě dodatečně, nově zjištěných skutečností a okolností, a to nejen právních, ale i skutkových (což je jinak zpravidla důvodem obnovy řízení). Podmínkou je, že tyto skutečnosti odůvodňují posouzení skutku jako trestného činu, přičemž postačí důvodná možnost nebo pravděpodobnost, že skutek byl trestným činem. Správní orgán nemůže zjišťovat a posuzovat trestněprávní odpovědnost pachatele, to je výlučně otázkou příslušných orgánů činných v trestním řízení.“²⁰

Podle S. Pšeničky lze pod pojem skutečnosti podřadit „zřejmě jakékoli nové podklady pro rozhodnutí ve věci, tedy i podnět orgánu činného v trestním řízení k zahájení přezkumného řízení podle výše uvedených ustanovení trestního řádu, o to více, že se nejedná o pouhý podnět, ale materiálně vzato rozhodnutí [...] o povaze skutku jako trestného činu; dovedeno do důsledku, rozhodnutí o přestupku je v přezkumném řízení rušeno na základě posouzení věci ze strany orgánů činných v trestním řízení, nikoli dalších úvah správního orgánu, zda je na místě skutek posoudit jako trestný čin [...] správní orgán může zkoumat toliko formální podmínky přezkumného řízení (existence pravomocného rozhodnutí o přestupku, neuplynutí stanovených lhůt pro zahájení přezkumného řízení, dostatečnost, přezkoumatelnost podnětu/podkladu ze strany orgánu činného v trestním řízení) než požadovat, aby správní orgán v daném přezkumném řízení posuzoval jakýmkoli, méně nebo více zastřeným způsobem, zda je daný skutek trestným činem, a činil v tomto směru své vlastní úvahy – nečiní tak definitivně ani v řízení o přestupku, a není sebemenšího důvodu, aby tak činil v řízení přezkumném.“²¹

Problematicke možnosti zrušení pravomocného rozhodnutí o skutku jako o přestupku se věnoval i Poradní sbor ministra vnitra ke správnímu řádu a správnímu trestání.²² Vyslovil, že „pravomocné rozhodnutí o skutku jako o přestupku je nezákonné, pokud následně vyjde najevo, že skutek je pravděpodobně trestným činem. Není přitom rozhodné, zda po právní moci rozhodnutí o přestupku vyšly najevo nové, v řízení o přestupku dosud neznámé skutečnosti odůvodňující posouzení skutku jako trestného činu, anebo správní orgán skutek chybně kvalifikoval jako přestupek, ačkoli mělo jít o trestný čin.“

K doplnění k výše uvedeným pramenům lze uvést, že literatura z oboru trestního práva procesního se zaměřuje spíše na problematiku postupů orgánů činných v trestním řízení při dočasném odložení věci podle § 159b odst. 4 TrŘ či přerušení trestního stíhání podle § 173 odst. 1 písm. e) TrŘ, nikoli však na otázku, jak by se měl příslušný správní orgán vypořádat s podnětem orgánu činného v trestním řízení na zrušení rozhodnutí o přestupku.²³ Z rozhodnutí trestních soudů lze odkázat na rozsudek Nejvyššího soudu z 29. 5. 2019, sp. zn. 8 Tz 46/2019, podle něhož „[j]estliže dřívější řízení pro týž skutek proti téže osobě skončilo pravomocným rozhodnutím o přestupku a dosud neuplynula lhůta pro zahájení přezkumného řízení podle

²⁰ PRÁŠKOVÁ, op. cit., s. 538 a 539.

²¹ PŠENIČKA, op. cit., s. 338.

²² Viz Závěr č. 179 ze zasedání Poradního sboru ministra vnitra ke správnímu řádu a správnímu trestání: Přezkumné řízení podle § 100 zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. *Ministerstvo vnitra ČR* [online]. 25. 11. 2022. Dostupné z: <https://www.mvcr.cz/clanek/zavery-poradniho-sboru-ministra-vnitra-ke-spravnimu-radu-a-spravnimu-trestani.aspx>

²³ Z komentářové literatury viz např. JELÍNEK, J. In: JELÍNEK, J. a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou*. 9. vyd. Praha: Leges, 2022, s. 822. ISBN 978-80-7502-637-8.

§ 100 odst. 2, 3 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů, nemůže soud trestní stíhání zastavit z důvodu uvedeného v § 11 odst. 1 písm. k) TrŘ, ale trestní stíhání přerušit z důvodu uvedeného v § 173 odst. 1 písm. e) TrŘ²⁴; Nejvyšší soud zde též uvedl: „Nebude-li odstraněna překážka trestního stíhání spočívající v existenci dřívějšího řízení pro týž skutek proti téže osobě, jež skončilo pravomocným rozhodnutím o přestupku, a uplyne lhůta pro zahájení přezkumného řízení podle § 100 odst. 2, 3 zákona č. 250/2016 Sb., ve které může být rozhodnutí o přestupku zrušeno, přichází v úvahu zastavení trestního stíhání z důvodu uvedeného v § 11 odst. 1 písm. k) TrŘ.“

Můj přístup k otázce, z jakých důvodů a za jakých podmínek může dojít ke zrušení dřívějšího pravomocného rozhodnutí o přestupku tak, aby mohlo být vedeno (nové) trestní stíhání, není s výše uvedenými názory zcela identický.

4 *Ne bis in idem* v Protokolu č. 7 k Úmluvě a rozsudek ve věci *Mihalache proti Rumunsku*

Lze vyjít z toho, že pravomocné rozhodnutí o přestupku, včetně příkazu na místě, je **konečným rozhodnutím** o přestupku, se kterým jsou již spojeny účinky rozhodnutí o něm, a je tedy konečným rozhodnutím o trestním obvinění, jak má na mysli čl. 4 odst. 1 Protokolu č. 7 ve spojení s čl. 6 odst. 1 Úmluvy. Jsou možné různé způsoby podle zákona, kterými lze zrušit pravomocné rozhodnutí o přestupku, a to

- zrušením v přezkumném řízení podle § 100 PřesZ,
- zrušením v přezkumném řízení podle § 97, případně § 95 odst. 2 nebo § 98 SpŘ,
- podle § 102 odst. 9 SpŘ novým rozhodnutím vydaným po rozhodnutí o obnově řízení,
- podle § 102 odst. 9 SpŘ novým rozhodnutím, je-li to nezbytné z důvodu prominutí zmeškání lhůty,
- rozsudkem soudu podle § 78 odst. 1 soudního řádu správního („SŘS“) v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu, přičemž řízení může být zahájeno i na základě žaloby podané ve veřejném zájmu (srov. § 66 SŘS),
- nálezem Ústavního soudu v řízení o ústavní stížnosti podle § 82 odst. 3 písm. c) zákona o Ústavním soudu.

K tomu, aby osoba, ve vztahu k níž bylo zrušeno předchozí pravomocné rozhodnutí o přestupku, mohla být pro týž skutek znovu trestána nebo odsouzena, nestačí samo o sobě zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku, ale je třeba, aby byly naplněny požadavky čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě, které jsou naplněny tehdy, jestliže (i) nové nebo (ii) nově odhalené skutečnosti nebo (iii) podstatná vada v předešlém řízení mohly ovlivnit rozhodnutí ve věci. Kdy jsou tyto podmínky naplněny, podrobněji rozebral **rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 8. 7. 2019, ve věci Mihalache proti Rumunsku**, č. 54012/10. V bodě 131 soud vyložil (s odkazy na dřívější rozsudky a důvodovou zprávu k Protokolu č. 7 k Úmluvě), že okolnosti týkající se případu, které existují během řízení, ale zůstanou před soudcem

²⁴ Publikováno pod č. 51/2019 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu.

skryté a objeví se až po skončení řízení, jsou „nově zjištěné“, okolnosti, které se týkají případu, ale objeví se až po skončení řízení, jsou „nové“, pod pojem „nové nebo nově zjištěné skutečnosti“ se zahrnují i nové důkazy vztahující se k dříve známým skutečnostem. V bodě 132 pak ESLP vyložil, že pod pojem „podstatné vady“ budou zařaditelná pouze vážná porušení procesních pravidel, která hluboce narušují integritu předcházejícího řízení. Pouze takové vady mohou být podkladem pro obnovu řízení v neprospěch obžalovaného, pokud byl osvobozen nebo potrestán pro méně závažný trestný čin, než je stanoven v použitelném právu. V důsledku toho by v takových případech pouhé přehodnocení důkazů ve spise státním zástupcem nebo nadřízeným soudem této podmínce nevyhovovalo. Avšak v případech, kdy byl obžalovaný shledán vinným a obnova řízení by mohla být v jeho prospěch, soud poukázal na to, že bod 31 důvodové zprávy k Protokolu č. 7 k Úmluvě (viz bod 37 cit. rozsudku) zdůrazňuje, že „*tento článek nebrání v obnově řízení ve prospěch odsouzené osoby a jakékoli změně rozsudku ve prospěch odsouzené osoby*“. V těchto případech musí být proto posouzena povaha vady, aby bylo primárně zjištěno, jestli došlo k porušení práv obhajoby, a tedy k překážce řádného výkonu spravedlnosti. Konečně ve všech případech musí být podle soudu důvody pro obnovu řízení podle čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě takové, aby „*mohly ovlivnit rozhodnutí ve věci*“, ať už ve prospěch obžalované/odsouzené osoby nebo v její neprospěch.

5 Vliv Úmluvy na aplikaci vnitrostátních zákonů

Je na vnitrostátním zákonodárství, aby určilo, jaký orgán je oprávněn svým aktem umožnit další trestní stíhání po předchozím konečném rozhodnutí o skutku jako o trestním obvinění. Akt tohoto orgánu však musí respektovat požadavky čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě a posoudit, zda jsou zde nové nebo nově odhalené skutečnosti nebo podstatná vada v předěšlém řízení, které mohly ovlivnit rozhodnutí ve věci. Český zákonodárce svěřil rozhodování o zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku v § 100 odst. 1 PřesZ správnímu orgánu příslušnému k rozhodování v přezkumném řízení, a to za kumulativního splnění podmínek: (1) o skutku bylo pravomocně rozhodnuto jako o přestupku, (2) dodatečně vyjdou najevo skutečnosti, (3) tyto skutečnosti odůvodňují posouzení skutku jako trestného činu. Podle publikovaného rozsudku soudu rozhodujícího ve správním soudnictví „*z hlediska naplnění třetí podmínky dle názoru soudu zcela postačí, že skutečnosti vyšlé najevo poskytují relevantní skutkový základ pro posouzení skutku jako trestného činu. K rozhodování o případné trestněprávní odpovědnosti pachatele jsou však příslušné orgány činné v trestním řízení. Předmětem soudem přezkoumávaného rozhodnutí a jemu předcházejícího řízení má tedy být toliko odstranění překážky věci dříve pravomocně rozhodnuté správním orgánem, nikoli to, zda se žalobce dopustil, či nedopustil trestného činu.*“²⁵ Správní orgán se však nemůže podle mne spokojit s pouhou existencí podnětu policejního orgánu nebo státního zástupce na zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku, byť podnětu kvalifikované povahy podle § 159b odst. 4 nebo § 173 odst. 1 písm. e) TrŘ, neboť je na správním

²⁵ Rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 10. 2. 2021, č. j. 44 A 58/2019-50 (bod 27 odůvodnění).

orgánu posoudit, zda jsou nad rámec podmínek podle § 100 odst. 1 PřesZ splněny i podmínky podle čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě.²⁶

Zákonná konstrukce, podle níž kvalifikovaný podnět ke zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku, vydaného správním orgánem, činí ve formě rozhodnutí podle trestního řádu orgán činný v přípravném trestním řízení,²⁷ avšak o tom, jestli jsou naplněny podmínky pro zrušení předchozího rozhodnutí o přestupku, rozhoduje správní orgán, se může jevit jako komplikovaná a může být příčinou složitých situací při posuzování, zda je v konkrétní věci přípustné zrušit pravomocné rozhodnutí o přestupku rozhodnutím vydaným v přezkumném řízení podle § 100 odst. 1 PřesZ.

Problematika vztahu úpravy § 100 odst. 1 PřesZ k čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě, a to i vzhledem k aktuální judikatuře ESLP, dosud nebyla rozhodována na úrovni vrcholných soudních instancí, ať už Nejvyššího správního soudu, Nejvyššího soudu či Ústavního soudu. Zajímavý je ovšem **rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 9. 2022, č. j. 41 A 32/2022-30**, jímž soud zrušil rozhodnutí vydané v přezkumném řízení podle § 100 odst. 1 PřesZ krajským úřadem a Ministerstvem vnitra jako odvolacím orgánem. V původním přestupkovém řízení byl vydán pravomocný příkaz, kterým správní orgán (Magistrát města Zlína) uložil žalobkyni pokutu za přestupek spočívající v ublížení jinému na zdraví, když pes žalobkyně pokousal poštovní doručovatelku. Zhruba půl roku poté ovšem policie došla k závěru, že její jednání bylo trestným činem. Požádala proto krajský úřad, aby příkaz zrušil v přezkumném řízení a odstranil tak překážku pro budoucí trestní postih žalobkyně. Krajský úřad jí vyhověl, Ministerstvo vnitra toto rozhodnutí vydané v přezkumném řízení potvrdilo. Policie ve svém podání uváděla, že poštovní doručovatelka utrpěla v důsledku napadení psem žalobkyně zranění, které je třeba vzhledem k jeho charakteru a k době léčení posoudit jako těžkou újmu na zdraví, jednání žalobkyně podle policie vykazovalo znaky přečinu těžkého ublížení na zdraví z nedbalosti podle § 147 odst. 1, 2 trestního zákoníku. Policie informovala krajský úřad, že na počátku ledna 2022 zahájila úkony trestního řízení. S ohledem na zákaz dvojího postihu za týž skutek podle čl. 4 Protokolu č. 7 k Úmluvě a § 11 odst. 1 písm. j) TrŘ ovšem žalobkyni kvůli příkazu magistrátu nešlo trestněprávně postihnout. Proto policie požádala krajský úřad, aby zahájil přezkumné řízení, příkaz magistrátu zrušil a věc vrátil policejnímu orgánu, který ve věci opětovně rozhodne podle trestního řádu. V daném případě z obdrženého podnětu policie vyplynulo, že jednání žalobkyně bylo nesprávně posouzeno jako přestupek, ač mělo být projednáno v rovině trestněprávní. Rozsah utrpeného zranění byl zřejmý z fotodokumentace a taktéž z lékařských zpráv ve správním spise. Z rozhodnutí krajského úřadu nevyplývá, že by tyto skutečnosti vyšly najevo až po právní moci příkazu.

²⁶ Je zajímavé, že se v citovaných literárních pramenech k problematice § 100 odst. 1 PřesZ neobjevuje odkaz na zmíněný relevantní rozsudek ESLP ve věci *Mihalache proti Rumunsku*, který však pouze omezené možnosti nového stíhání po vydaném konečném správním rozhodnutí detailně rozebírá.

²⁷ Přesněji: policejní orgán vyhotoví podle § 159b odst. 5 TrŘ o dočasném odložení zahájení trestního stíhání záznam, tedy učiní ve smyslu terminologie trestního řádu opatření (ač § 159b odst. 4 TrŘ píše o „*rozhodnutí o dočasném odložení trestního stíhání*“). Státní zástupce přeruší trestní stíhání podle § 173 TrŘ usnesením.

Krajský soud za této situace vyložil, i s odkazem na citovaný rozsudek ESLP *Mihalache proti Rumunsku*, že pokud nejde o některou z výjimek předvídaných čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě, pak omyly či vady postupu státních orgánů mohou být na prospěch jen obviněnému. Rizika spojená s chybou, jíž se dopustí orgány vedoucí řízení o trestním obvinění, musí nést veřejná moc. Nelze je napravit na úkor dotyčného jednotlivce. V konkrétním případě nevyplývalo, že by tu byly skutečnosti vyšlé najevo po právní moci příkazu správního orgánu odůvodňující změnu původního posouzení skutku z přestupku na trestný čin. Jednání obviněné bylo nesprávně posouzeno jako přestupek, ač mělo být projednáno v rovině trestněprávní. To ovšem není novou nebo nově odhalenou skutečností ve smyslu čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě, resp. skutečností, která by vyšla najevo po právní moci příkazu správního orgánu. Takovouto skutečností nemůže být pouhé pozdější právní přehodnocení skutku, když jiný právní názor na věc přijatý po právní moci rozhodnutí o přestupku není novou skutečností.

K předcházení možným sporným situacím z hlediska zásady *ne bis in idem* v případech, kdy bylo rozhodnuto pravomocně o skutku jako o přestupku, ačkoli nasvědčují okolnosti, že by se mohlo jednat ve skutečnosti o trestný čin, by mohla napomoci **metodická pomoc** Ministerstva vnitra jako ústředního správního úřadu plnicího koordinační úlohu v oblasti správního trestání,²⁸ a to jak vůči správním orgánům projednávajícím přestupky, tak i vůči policejním orgánům a orgánům státního zastupitelství, upozorňující na pouze omezené možnosti nápravy takovýchto situací. Obecně nepostačuje vycházet pouze z úpravy § 100 odst. 1 PřesZ o přezkumném řízení, ale je třeba dbát i na požadavek čl. 4 odst. 2 Protokolu č. 7 k Úmluvě a na výklady, které činí ESLP k tomuto ustanovení. Těchto pravidel by si měly být vědomy správní orgány ještě předtím, než vydají konečné rozhodnutí o přestupku, a měly by postupovat zvláště pečlivě v situacích, kdy by pojmově mohla nastat kolize s trestním stíháním podle trestního řádu. To bude zřejmě nejčastěji v případech, kdy došlo k ublížení na zdraví, a v případech krádeží. Z pohledu **možných legislativních změn** by bylo možné zvažovat o úpravě podmínek konečného rozhodnutí o skutku jako o přestupku, o zakotvení významnější role orgánů činných v trestním řízení ještě ve stadiu před konečným rozhodnutím o skutku v řízení o přestupku, případně i o zpřesnění zákonné úpravy o tom, s jakými skutečnostmi se musí vypořádat ten orgán, který rozhodne o zrušení pravomocného rozhodnutí o přestupku za účelem vedení dalšího trestního stíhání pro týž skutek.

Závěr

Pravidlo *ne bis in idem* je jedním ze základních zásad, kterými jsou ovládány procesy posuzující odpovědnost nejen za trestné činy *sensu stricto*, ale i další činy řazené do skupiny trestních obvinění, tedy i za přestupky. Obecně je vyloučeno, aby byl ten, o jehož skutku již bylo pravomocně, tedy konečně rozhodnuto v jednom řízení, znovu stíhán nebo odsouzen pro týž skutek. Existují ovšem výjimky, kdy lze na základě mimořádného prostředku pravomocně

²⁸ Viz § 12 odst. 2 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších právních předpisů.

rozhodnutí zrušit a umožnit vedení dalšího trestního stíhání. V článku jsem se pokusil ukázat na to, že úpravu přestupkového zákona o zrušení pravomocného rozhodnutí o skutku jako o přestupku v přezkumném řízení je třeba vykládat a aplikovat ve shodě s úpravou Úmluvy, resp. Protokolu č. 7 k Úmluvě o zásadě *ne bis in idem*, která umožňuje prolomení tohoto pravidla jen ze striktně omezených důvodů. Judikatura ESLP, aktuálně zejména ve věci *Mihalache proti Rumunsku*, je výzvou i pro praxi tuzemských orgánů při posuzování, kdy je možné znovu vést řízení o skutku, o němž již bylo pravomocně rozhodnuto. V článku jsem nastínil i možnosti změn v zákonné úpravě tak, aby byly požadavky lidskoprávní mezinárodní smlouvy v ní zřetelně promítnuty.

VOZÁR, Jozef. Zakladatelia Právnickej fakulty Univerzity Komenského

Bratislava: Veda, 2022, 141 s. ISBN 978-80-224-1980.

Ladislav Vojáček*

Stoleté výročí si v nedávné době připomínala nejen naše univerzita a fakulta, ale také Komenského univerzita v Bratislavě a její právnická fakulta. Na rozdíl od našich oslav, které se koncentrovaly do roku přijetí zákona (č. 50/1919 Sb., kterým se zřizuje druhá česká univerzita), jenž byl ovšem zároveň rokem zahájení výuky, bratislavské oslavy se vázaly nikoliv k přijetí zákona (č. 375/1919 Sb. z. a n., kterým se zřizuje československá státní univerzita v Bratislavě), ale až k zahájení výuky v roce 1921 a vzhledem k epidemické situaci se koncentrovaly až do roku 2022. Součástí bratislavských oslav byly také oficiální i jiné publikační počiny. Těm oficiálním vévodí trojdílná monumentální práce širokého kolektivu bratislavských učitelů vedeného trojicí členů Katedry právních dějin a právně komparatistiky *Dejiny právnickej fakulty Univerzity Komenského*.¹ Přiřadit k ní můžeme kromě drobných statí zejména práci Martina Gregora *Historiografia rímskeho práva na Slovensku*² a zajisté i jeho práci napsanou spolu s prof. Jánem Svákem *Karol Plank. Dielo a doba*,³ i když se přímo k počátkům fakulty nevztahuje. Tou „jinou“ prací, kterou chci čtenářům našeho časopisu přiblížit, je práce absolventa bratislavské právnické fakulty, uznávaného autora publikací věnovaných především mediálnímu právu a současného ředitele Ústavu státu a práva SAV docenta Jozefa Vozára, sledující životní osudy, ale především bratislavské působení prvních šesti profesorů Právnické fakulty UK v Bratislavě.

Na úvod bych chtěl připomenout, že pro J. Vozára není recenzovaná práce ani zdaleka první publikací věnovanou předním osobnostem slovenského právnictví, takže k jeho charakteristice jsem vlastně měl ještě přidat, že je známým propagátorem historie slovenského právnictví. V Ústavu státu a práva totiž založil edici *Významní slovenskí právníci* a sám do ní přispěl monografiemi věnovanými Vladimíru Fajnorovi⁴ a jedné ze zakladatelských osobností

* Prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc., Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: Ladislav.Vojacek@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-7654-0391

¹ Dosud vydané díly GREGOR, M., LYSÝ, M., MARTINCOVÁ, L. (eds.). *Dejiny právnickej fakulty Univerzity Komenského. I. Od roku 1921 do súčasnosti*. Bratislava: Právnická fakulty UK, 2022; GREGOR, M., LYSÝ, M., MARTINCOVÁ, L. (eds.). *Dejiny právnickej fakulty Univerzity Komenského. II. Katedry a ústany. Rozhovory*. Bratislava: Právnická fakulty UK, 2022; GREGOR, M., LYSÝ, M., MARTINCOVÁ, L. (eds.). *Dejiny právnickej fakulty Univerzity Komenského. III. Profesori*. Bratislava: Právnická fakulty UK, 2023.

² GREGOR, M. *Historiografia rímskeho práva na Slovensku. Príbehy štyroch profesorov*. Praha: Leges, 2021.

³ GREGOR, M., SVÁK, J. *Karol Plank. Dielo a doba*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2021.

⁴ VOZÁR, J. *Vladimír Fajnor*. Bratislava: Veda, 2017.

bratislavské právnické fakulty Augustínu Ráthovi.⁵ Jako spoluvedoucí autorského kolektivu se podílel také na tematicky příbuzné publikaci *100 rokov časopisu Právny obzor*.⁶ Tento přední slovenský právnický časopis, založený v roce 1917, totiž při vzniku univerzity a formování bratislavské právnické fakulty sehrál také významnou roli.

Relativně stručný text nejnovější práce J. Vozára je určený především pro širší právníkou veřejnost. Autor jej rozdělil na stručný Úvod, dvě kapitoly a Závěr. Přímo v textu jej doprovodil bohatou fotodokumentací, v níž vedle obrazového materiálu reprodukuje také řadu dokumentů z Archívu UK v Bratislavě. Mimo obligátních náležitostí odborných textů práce obsahuje přílohu s textem řeči prof. A. Rátha, přednesené při zahájení přednášek v roce 1921.

V první kapitole autor připomněl perzekuci slovenských právníků v bývalých Uhrách, založení Komenského univerzity a počátky materiálního a personálního budování její právnické fakulty. Zmínil také české a slovenské osobnosti, které se výrazně zasloužily o zrod univerzity (profesoři Jaroslav Vlček a Kristián Hynek, dr. Vavro Šrobár) a přiblížil problémy spojené s počátky samostatné právnické fakulty včetně potřeby postupného tlumení a ukončení existence nedávno předtím (1914) v Bratislavě, resp. Prešporku (též Pozsony, Pressburg), otevřené Právnické fakulty maďarské Alžbětínské univerzity. Hlavní pozornost ovšem věnoval zahájení výuky na fakultě (24. října 1921), studijnímu programu rozčleněnému na historickoprávní a pozitivněprávní studijní oddíl, jak to odpovídalo prvorepublikovým, přesněji recipovaným a částečně novelizovaným rakouským předpisům, které se uplatňovaly i na bratislavské fakultě, a konečně tomu, co se stalo hlavním předmětem jeho zájmu a zároveň a v dané chvíli představovalo velký problém – k personálnímu zabezpečení výuky na fakultě.

Logický závěr, že na fakultě fungující na Slovensku by měli vyučovat především slovenští učitelé, ještě umocňoval právní dualismus, tedy skutečnost, že v československém právu platném na území Slovenska zcela dominovalo recipované uherské právo, jehož originální maďarské zdroje byly naprosté většině českých právníků nesrozumitelné. Tato logika však v konkrétních slovenských poměrech selhávala. Rozvoj slovenského právnictví podstatně zbrzdila politika bývalých uherských vlád, bránících se přijímat do státních služeb osoby s politickým smýšlením nekorespondujícím s určující politickou linií jediného uherského národa. Pro uvědomělé Slováky tak nebylo místo v žádném odvětví veřejné správy, o akademické kariéře ani nemluvě. Před rozpadem monarchie se proto pro právníky hlásící se ke slovenské národnosti otevíraly v podstatě jen dvě cesty: buď se přestat hlásit ke slovenské národnosti, nebo se dát na dráhu advokáta.

Přesto několik slovenských kandidátů přicházelo v úvahu. Na Slovenku v dané době byli vědecky činní zejména Vojtech Tuka, který měl jako jediný zkušenost s vysokoškolskou výukou, a advokáti Augustín Ráth, Emil Stodola, Adolf Záturecký a Vladimír Fajnor. Habilitovaného V. Tuku, jenž se začal hlásit ke svému slovenskému původu, ovšem diskvalifikovala neznalost slovenštiny. Emil Stodola, který se věnoval především statistice, si v roce

⁵ VOZÁR, J. *Augustín Ráth. Prvý rektor Univerzity Komenského*. Bratislava: Veda, 2018.

⁶ OVEČKOVÁ, O., VOZÁR, J. a kol. *100 rokov časopisu Právny obzor*. Bratislava: Veda, 2017.

1922 zažádal o připuštění k habilitačnímu řízení, nakonec však svou žádost stáhl, a tak se před ním vysokoškolská kariéra zavřela. A. Záturecký se už před vznikem fakulty jako první Slovák etabloval na československém Nejvyšším soudu v Praze. Vladimíra Fajnora, který se v roce 1922 habilitoval a začal na bratislavské fakultě učit (a v roce 1936 se stal profesorem), J. Vozár jako možného kandidáta vůbec nezmínil. Když se totiž rozhodovalo o personálním zabezpečení fakulty, vykonával funkci ministra pro sjednocení zákonů a organizace správy (ministra unifikací) v úřednické vládě Jana Černého, a proto nebyl jeho příchod na fakultu v dané chvíli aktuální. Nakonec tedy mezi šesti zakladateli zůstal jako jediný Slovák Augustín Ráth a bylo nezbytné sáhnout mezi české akademiky. A. Rátha tak doplnili čeští učitelé Karel Laštovka, Otakar Sommer, Emil Svoboda, Bohuš Tomsa a pozdější brněnský profesor Jan Vážný.

Těžiště práce tvoří šest oddílů druhé kapitoly s životopisnými studii o jednotlivých zakladatelích fakulty. J. Vozár své protagonisty seřadil podle abecedy a akcentoval jejich působení na bratislavské fakultě. Proto jsou nejobsáhlejší kapitoly věnované těm, kteří na fakultě působili nejdéle, naopak Janu Vážnému, který v roce 1927 odešel do Brna, jsou věnovány pouhé tři stránky textu a Emilu Svobodovi, který v Bratislavě působil ještě kratší dobu, jen o půlstránku víc. Obsáhlejší oddíly se zpravidla člení na Úvod, *Působenie na Právnickej fakulte Univerzity Komenského* (dále rozčleněné na funkcionářskou činnost a činnost pedagogickou a vědeckou), *Odhod z Právnickej fakulty Univerzity Komenského* a *Záver*. Ve výkladech o K. Laštovkovi autor před závěrem vyčlenil ještě dílčí část *Aktivity mimo právnickej fakulty Univerzity Komenského*. Stejnou část najdeme i v oddíle věnovaném A. Ráthovi, kde si autor navíc v samostatné části všimá i jeho životních osudů před vznikem Univerzity Komenského (*Aktivity pred a po roku 1918*). Struktura dvou stručnějších oddílů věnovaných E. Svobodovi a J. Vážnému je stejná a vedle úvodu a závěru ji tvoří jediný a vnitřně už nečleněný oddíl *Působenie na Právnickej fakulte Univerzity Komenského*. Všechny tyto dílčí odlišnosti v členění jsou opodstatněné, neboť plynou z povahy věci.

V prvním oddílu druhé kapitoly autor přibližuje životní osudy profesora správního práva Karla Laštovky. Napsal jsem, že části této kapitoly věnované jednotlivým profesorům jsou uspořádány abecedně. Ovšem pokud se zaměříme především na Právnickou fakultu bratislavské univerzity, i při jiném členění by K. Laštovkovi náleželo přední místo. Profesorský sbor sice prvním děkanem fakulty zvolil A. Rátha, ten však reálně vykonával tuto funkci pouhý měsíc, neboť brzy nastoupil zdravotní dovolenou a následně se z rozhodnutí akademického senátu stal rektorem univerzity. Zpočátku jej tedy zastupoval proděkan, kterým byl právě K. Laštovka, následně pak opakovaně zvolený děkanem fakulty a v následujícím roce v duchu prvorepublikové tradice proděkanem. Především na něm tedy ležela tíže organizace a řízení fakulty v prvních nelehkých měsících a letech. A také ze všech českých zakladatelů fakulty s bratislavskou fakultou asi nejvíc srostl, i když ji v roce 1939 opustil – konec konců – z vlastního rozhodnutí.

U A. Rátha, jmenovaného profesorem v oboru občanského práva, autor ocenil jeho publikační i jiné veřejné aktivity z doby, kdy ještě působil jako advokát, které ho kvalifikovaly k tomu, aby se uplatnil na univerzitě. Připomněl i to, že se v roce 1907 stal spolupracovníkem

Ottova slovníku naučného (heslo *Moderní ústava*). Docenturu, která byla předpokladem pro ustavení do profesorské funkce, získal v roce 1920 v Praze. Za svého působení na bratislavské fakultě se stal předsedou nově založené *Učenej spoločnosti Šafárikovej*, jejíž jádro tvořili profesori univerzity, a zastával i řadu dalších funkcí. Autor cituje V. Fajnora (s. 71), který o něm při příležitosti jeho šedesátých narozenin v *Právnom obzore* napsal, že „*zostane až do konca tým zápalistým, bojovným a večne mladým Staroslovákom v peknom smysle slova, akým bol od jakeživa*“, a B. Tomsu (tamtéž), pro kterého byl „*prvním slovenským právníkem, který usiloval o skutečnou a samostatnou vědeckou práci nezávisle na těch, kteří podleli odnárodnění*“.

Třetí v pořadí – romanista Otakar Sommer – byl s bratislavskou fakultou spojen nejen jako učitel, ale – podobně jako s brněnskou – i jako vnější organizátor. Z pozice úředníka Ministerstva školství a národní osvěty (MŠANO) vypracoval návrh zákona na zřízení Komenského univerzity a podílel se na přizpůsobení rakouských studijních předpisů podmínkám samostatné republiky i na formování prvního profesorského sboru fakulty (například Emil Svoboda v posmrtné vzpomínce na něj líčil, s jakým zápalem jej získával pro nástup do Bratislavy). Přísný učitel a zkoušející a vášnivý polemik se výrazně zasloužil o budování knižního fondu fakulty a o vznik *Sborníka Právnickej fakulty UK*. Se zjevným zaujetím se i později vrhal do téměř permanentních diskusí o nové koncepci studia na československých právnických fakultách. V době, kdy působil jako rektor univerzity (akademický rok 1927/1928), vznikly již zmíněná *Učená spoločnosť Šafárikova* a jí vydávaný časopis *Bratislava* a na fakultě *Ústav slovanských práv*, vedený právním historikem Rudolfem Rauscherem (snad je tu namíste připomenout, že byl švagrem brněnského právního historika Františka Čády). I když O. Sommer v roce 1928 přijal profesuru na pražské fakultě, kontakty se slovenským prostředím nepřerušil a nadále pracoval jako redaktor *Sborníka Právnickej fakulty UK* a časopisu *Bratislava* a zasedal v judičiálních zkušebních komisích. „*Vášnivý milovník života a životnosti*“ (Albert Pražák, citováno na s. 87) se dožil pouhých padesáti pěti let.

Jak jsem již uvedl, působení civilisty a právního filozofa Emila Svobody v Bratislavě bylo jen krátkou epizodou. Tak krátkou, že se například v *Antologii československé právní vědy* můžeme dočíst, že bratislavského „*úřadu se však vzdal a nenastoupil ho*“.⁷ Jak však J. Vozár dokládá, v Archivu UK v Bratislavě se lze přesvědčit, že se zúčastňoval zasedání profesorského sboru, tedy že v Bratislavě reálně působil. Na jeho krátké bratislavské působení ostatně vzpomínali i jeho kolegové v soukromém neprodejném tisku, který pro sebe vydali při příležitosti desátého výročí fakulty (a který by dnes možná jeho autora stál místo na univerzitě).⁸

Bohuš Tomsa – na rozdíl od E. Svobody – na bratislavské fakultě působil až do nuceného odchodu na sklonku roku 1938 (a „externě“ i po válce) a – na rozdíl od svých výše uvedených kolegů a stejně jako J. Vážný – se na ní zpočátku stal mimořádným profesorem, přesněji mimořádným profesorem právní filozofie (řádnou profesuru získal v roce 1926). Později si svůj obor rozšířil i o mezinárodní právo veřejné. Vedle právnické fakulty po jistou dobu přednášel i na filozofické fakultě. Jako právní teoretik plédoval za potřebu širšího

⁷ SKŘEJPKOVÁ, P. Emil Svoboda (2. 10. 1978 v Praze – 20. 8. 1948 v Praze). In: *Antologie československé právní vědy v meziválečném období (1918–1938)*. Uspořádala a sestavila P. Skřejpková. Praha: Linde, 2009, s. 317.

⁸ *Epitaf*. Jako soukromý neprodejný tisk vydala pro sebe a svoje přátele Graeca Bratislaviensis. Bratislava, 1931, s. 7.

vzdělání a budování mravní integrity právníků. J. Vozár poměrně obsáhle citoval část textu z roku 1927, v němž B. Tomsa mimo jiné uvedl, že „dobré právo může se státi špatným tím, že se s ním v životě nakládá špatně, právě tak jako mnohdy právo nedokonalé stane se v rukou právníků dobrých nástrojem, který dobře slouží prospěchu jednotlivce i společnosti. Právnik jest mediem, které provádí syntesu práva a života, právník z práva činí živoucí organismus...“⁹

V kratičkém oddílu věnovaném mimořádnému (a od roku 1924 řádnému) profesorovi římského práva J. Vážnému se autor soustředil především na jeho vědeckou práci, zapojení do tzv. extenzí, jak se označovala popularizační činnost vysokoškolských učitelů, a připomenul i jeho tragický konec v koncentračním táboře v Mauthausenu.

Do velmi dobře napsané a čtivé práce se autorovi přece jen vloudily některé drobné nepřesnosti. Tak psal o neblahých zkušenostech „s rakúskou univerzitou v Praze“ (s. 12), když zřejmě myslel univerzitu s německou vyučovací řečí, která v Praze fungovala jak před rokem 1918, tak po vzniku republiky. Podobně když o několik stránek dál napsal, že A. Ráth „sa veľmi dôrazne postavil proti tomu, aby sa verejne nediskutovalo o takýchto problémoch, zo strachu z aktivit autonomistov“ (s. 16), a měl na mysli problémy provázející přípravu otevření univerzity, jistě nechtěl protestovat proti zdrženlivosti ve veřejném prezentování těchto problémů, tedy proti „nediskutování“, ale naopak proti veřejnému diskutování, neboť se obával, že tyto diskuse mohou ovládnout autonomisté. Neznalého čtenáře by také mohlo zmást, že ve vlastním textu psal „Jiří Hoetzl“, ale také (navíc ve spojení s editorstvím v Brně vydávaného *Slovníku veřejného práva československého*) „Juraj Hoetzl“ (s. 35). I když asi přesně citoval originální text, opravu si zasloužila v něm se nacházející chyba („venetia legendi“ místo venia legendi; s. 58).

To jsou však jen drobnosti, které nijak nesnižují hodnotu práce, která nesporně přispěje k propagaci historie právníckého vzdělávání v bývalém Československu. Pro nás je o to zajímavější, že se na budování právnícké fakulty v Bratislavě podíleli čeští profesori a že jedním z nich byl pozdější profesor brněnské fakulty Jan Vážný.

⁹ TOMSA, B. O filosofické výchově právníka. *Bratislava*. 1927, č. 3–4, s. 394.

KOKEŠOVÁ, Jana. Vládnoucí a ovládaní. Explikace vlivu, kontroly a legitimního vládnutí

Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2022, 288 s. ISBN 978-80-87439-53-1.

Petr Osina*

Jana Kokešová je výzkumnou pracovnicí oddělení teorie práva a právní filozofie Ústavu státu a práva Akademie věd České republiky. Zkoumá problematiku normativity a otázky legitimní politické autority. V roce 2022 vydal Ústav státu a práva AV ČR její první samostatnou monografii, která vychází z její disertační práce obhájené na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně v roce 2021.

Recenzovaná kniha sestává z pěti tematických bloků. První blok – Úvod – představuje výzkumnou otázku, metodologii a základní pojmy. Druhý blok – Dvě složky vládnutí – podává analýzu demokratické koncepce vládnutí. Třetí blok – Kontrola a sebekontrola – nabízí rozbor složek takového vládnutí. Čtvrtý blok – Lid a nástroj jeho sebevlády – se věnuje otázkám spojeným s legitimitou vládnutí. Pátý blok – Případová studie – je aplikací teorie rozvinuté napříč předchozími částmi knihy.

První blok Úvod se skládá z kapitol *Sebevláda a Pojmy a postup*. Legitimní demokratické vládnutí předpokládá sebevládu lidí, respektive osob, které jsou morálními aktéry. Různé teorie lidských práv se ale mezi osoby snaží zařadit co nejvíce lidí a pokud možno lidi úplně všechny. Skloubit obojí znamená vysvětlit, jak se na demokratickém vládnutí podílejí opravdu všichni lidé, a to včetně kupříkladu malých dětí, lidí v kómatu nebo těžce mentálně postižených. Na následujících stranách knihy autorka rozvíjí teorii, s jejíž pomocí otázku demokratické koncepce vládnutí postupně a po jednotlivých krocích zodpovídá.

Do tematického bloku *Dvě složky vládnutí* spadají kapitoly třetí a čtvrtá s názvy *Vládnutí a Političtí vydědění*. V kapitole třetí *Vládnutí* autorka explikuje demokratickou koncepci vládnutí, za jejíž podstatu považuje sebevládu lidí. Výzkumnou otázku dobře ilustruje na výroku Abrahama Lincolna. Lincoln charakterizoval demokracii jako vládu lidu, lidem a pro lid. Lincolnův výrok může vystihovat demokratickou koncepci vládnutí, pokud lid označovaný na prvním místě je totožný s lidem označovaným na třetím místě. Jinak řečeno, Lincolnův výrok charakterizuje demokratickou koncepci vládnutí, jestliže si vládnou právě ti samí lidé, kteří jsou ovládáni.

Na konci Lincolnova výroku jsou označováni i mentálně postižení, malé děti nebo lidé v kómatu. I jim jsou totiž směřovány povinnosti. A jestliže jsou označováni na konci

* JUDr. Petr Osina, Ph.D., Katedra teorie práva a právních dějin, Právnická fakulta, Univerzita Palackého, Olomouc / Department of Theory of Law and Legal History, Faculty of Law, Palacký University, Olomouc, Czech Republic / E-mail: petr.osina@upol.cz / ORCID: 0000-0001-6514-1048 / Scopus ID: 57213592213

Lincolnova výroku, měli by být označováni i na začátku a podílet se na vládnutí. Pokud si neumíme představit, jak se na vládnutí podílejí, tak si pod vládnutím patrně představujeme hlasování ve volbách, popřípadě využívání svobody slova, tedy určitý způsob výkonu kontroly nad politickou autoritou. Autorka tvrdí, že to ale není vše. Vládnutí má kromě kontroly ještě jednu složku. Kromě kontroly se můžeme na vládnutí podílet také tzv. podmíněným nekontrolovaným vlivem. Kontrola působí vertikálně a mají ji lidé vůči své politické autoritě, kdežto podmíněný nekontrolovaný vliv působí horizontálně a mají ho lidé vůči sobě navzájem. Malé děti, mentálně postižení a lidé v kómatu nemohou vládnout kontrolou, protože nejsou dostatečně schopni kontrolovat ani sami sebe, natožpak politickou autoritu. Vládnu ale svým podmíněným nekontrolovaným vlivem. Jím působí na ty, kteří kontrolu mají.

Kapitola čtvrtá *Politici vydědenci* obsahově přímo navazuje na předchozí kapitolu *Vládnutí*. V této kapitole autorka zdůvodňuje, že podmíněným nekontrolovaným vlivem musí vládnout nejen mentálně postižení, malé děti a lidé v kómatu, ale také svéprávní dospělí. Jen jestliže svéprávní dospělí mají podmíněný nekontrolovaný vliv, tak mohou mít i kontrolu. Jinak řečeno, kdo nevládne podmíněným nekontrolovaným vlivem, ten nevládne ani kontrolou. Takže zatímco kontrolou vládnou pouze svéprávní dospělí, tak podmíněným nekontrolovaným vlivem musí vládnout všichni včetně svéprávných dospělých. Jinak řečeno, demokratická koncepce vládnutí znamená, že všichni vládnou podmíněným nekontrolovaným vlivem a svéprávní dospělí navíc také kontrolou.

Do třetího tematického bloku *Kontrola a sebekontrola* spadají kapitoly pátá až sedmá s názvy *Kontrola*, *Postoje druhého řádu* a *Sebekontrola*. V páté kapitole *Kontrola* se autorka zaměřuje na pojmovou analýzu termínů kontrola, podmíněný nekontrolovaný vliv a výrazů s nimi souvisejících, především sebekontrola a nekontrolovaný vliv. Zatímco v kapitolách tři a čtyři tyto pojmy používá k explikaci demokratické koncepce vládnutí, tak v páté kapitole se zaměřuje právě na rozbor termínů, kterými vládnutí explikuje. V páté kapitole tedy podrobně rozebírá samotný analytický aparát – termín kontrola a pojmy s ní související.

Na pátou kapitolu navazuje kapitola šestá s názvem *Postoje druhého řádu*, ve které autorka vysvětluje mechanismus normativního působení kontroly. Argumentace je vystavěna na textech Harryho Frankfurta o hierarchickém uspořádání lidských postojů. Zatímco postoje prvního řádu, říká Frankfurt, mají zvířata i osoby, tak postoje druhého řádu disponují pouze osoby, tedy lidé. Postoje druhého řádu lidem umožňují nahlížet své postoje prvního řádu s odstupem a morálně je hodnotit jako dobré nebo špatné. Díky perspektivě, z níž lidé svá jednání nahlížejí, získávají nástroj kontroly nad svým vlastním jednáním. Shledají-li totiž špatnost svých postojů prvního řádu, mají důvod podle nich nejednat.

V sedmé kapitole *Sebekontrola* se autorka zaměřuje na mechanismus působení podmíněného nekontrolovaného vlivu. Jinými slovy, vysvětluje důvod, proč lidé něco dělají pro jiné i za cenu vlastních ústupků, a navíc mají důvod to považovat za svou povinnost. Argument je vystavěn na textech Christine Korsgaardové o možnosti intersubjektivního sdílení důvodů k jednání a sestává ze dvou tezí, a to (1) postoje druhého řádu působí normativně a (2) obsahem postojů druhého řádu je brát důvody ostatních lidí vážně.

Do čtvrtého tematického bloku *Lid a nástroj jeho sebevlády* spadají kapitoly osm až deset s názvy *Souhlas, Lid a Vláda lidu, lidem a pro lid*. V osmé kapitole *Souhlas* se autorka věnuje legitimitě politické autority. V demokracii si lidé vládnou sami, a tedy jsou sami zdrojem svých vlastních závazků a ukládají si je prostřednictvím své politické autority. Závazky jsou legitimní právě proto, že si je lidé ukládají sami (třebaže zprostředkovaně). Téměř intuitivním nástrojem pro vznik legitimního závazku se zdá být souhlas a alespoň v běžné mezilidské interakci jím zpravidla je. Jenže přenos takového legitimizačního nástroje na úroveň lidu je problematický. Právě proto Philip Pettit navrhuje chápat vládu lidu nikoliv jako udělování souhlasu politické autoritě, ale jako kontrolu lidu nad politickou autoritou. Souhlas (a nesouhlas) vyjádřený ve volbách nebo třeba na demonstracích proto není legitimizačním nástrojem, ale jen nástrojem, kterým lidé vykonávají kontrolu. Právě díky kontrole lidí nad politickou autoritou je autorita legitimní, tvrdí Pettit.

Takto pojatá kontrola ale podle autorky nevystihuje vládnutí v celé jeho šíři. Pettitovu teorii proto vhodně doplňuje o podmíněný nekontrolovaný vliv a říká, že legitimita demokratické autority je dána kontrolou lidu nad politickou autoritou, ale také existencí určitých vztahů mezi lidmi. Jen za předpokladu, že na sebe lidé působí podmíněným nekontrolovaným vlivem, mohou společně vytvářet legitimní politickou autoritu.

V deváté kapitole nazvané *Lid se zabývá* stejnojmenným pojmem. Ten je nejasný, protože označuje jak množinu jednotlivců, tak i jejich kolektivního aktéra a není zřejmé, kdo k lidu patří, zda jen aktuálně žijící generace, anebo i ty budoucí a minulé, a zda jen občané, anebo také někteří cizinci. Na rozdíl od množiny jednotlivců, která zahrnuje tolik vůlí, kolik existuje jednotlivců, má kolektivní aktér vůli jen jedinou a unikátní. Pro představu kolektivního aktéra lze uvést například rozhodování soudního senátu. Množinou jednotlivců jsou hlasující soudci, ale výsledek hlasování se nepřipisuje jim, nýbrž jejich kolektivnímu aktéru nazvanému soudní senát.

Autorka tvrdí, že Lincolnův výrok ve své první části označuje množinu jednotlivců, ve druhé jejich kolektivního aktéra a ve třetí opět stejnou množinu jednotlivců. Nezabývá se otázkou, jaké generace či občany nebo cizince k lidu přiřadit. Domnívá se však, že je alespoň možné dovodit jistá pravidla určování pořadí. Například když započítáme k lidu přespříští generaci, tak nemůžeme vynechat generaci příští. Když ale započítáme jen tu příští, pak tu přespříští vynechat můžeme. Lid tedy možná lze nadefinovat jakkoliv široce, avšak nelze přeskakovat pořadí. Vymezit pravidla pro určování pořadí je jedním z cílů této kapitoly. Druhým cílem je vysvětlit, jak vládnou všichni ti, kteří byli k lidu započítáni, ať už je lid vymezen jakkoliv široce.

V desáté kapitole *Vláda lidu, lidem a pro lid* se autorka zabývá interpretací Lincolnova výroku jako celku. Jakkoliv je práce na filosofickém problému mnohdy hermeneutickým kruhem, její zpracování do textu musí být lineární. A podobně, ačkoliv bylo zapotřebí nad každou kapitolou uvažovat v souvislosti s ostatními, výsledný text se musí každé z problematik věnovat jednotlivě a postupně, pokud má být alespoň přijatelně přehledný.

Proto rozbor Lincolnova výroku správně řadí až do desáté kapitoly, i když z jeho závěrů vychází už v kapitolách předcházejících. Bez pojmů, které vysvětluje v dřívějších kapitolách,

totiž nelze rozbor Lincolnova výroku komunikovat tak, aby byla použitá terminologie koherentní napříč celou knihou. Autorka tvrdí, že Lincolnův výrok vyjadřuje demokratickou koncepci vládnutí, jestliže na svém prvním a třetím místě označuje tutéž množinu jednotlivců a na druhém místě jejich nástroj sebevlády, tedy kolektivního aktéra, jehož si vytvářejí pro správu sebe sama.

Pátý blok *Případová studie* tvoří jedenáctá kapitola s názvem *Covid a náhrada škody*. V této kapitole autorka využívá explikata jako analytického nástroje pro rozbor konkrétní situace, a to první vlny pandemie SARS-CoV-2 v první polovině roku 2020. Z důvodu zpomalení postupu nákazy přijala vláda řadu restriktivních opatření a jedním z nich byly i dočasně uzavřeny restaurace, obchody a provozovny soukromých podnikatelů. Tím podnikatelům vznikla značná (někdy i likvidační) škoda. Situace vyvolala veřejnou diskuzi o povinnosti státu hradit podnikatelům vzniklou škodu (či dokonce újmu). Objevil se argument proti odškodňování podnikatelů, upozorňující, že to nebyl stát, kdo podnikatelům újmu způsobil, nýbrž pandemie. Protiargument zněl, že to nebyla pandemie, kdo uzavřel provozovny, nýbrž stát.

Většina diskuzí se týkala spíše výkladu platného práva, které se nakonec přece jen nemusí shodovat s morálkou. Stát patrně neodškodní podnikatele bez ohledu na neexistenci jejich morálního nároku na odškodnění. Autorčiným cílem zde není analyzovat právní úpravu a z ní plynoucí nárok na náhradu škody, respektive v širším pojetí na náhradu újmy. Namísto toho identifikuje morální nárok podnikatelů vůči státu na poskytnutí alespoň nějaké formy podpory. Tvrdí, že pandemie byla vyšší mocí, která dopadla na všechny občany a mají-li si být rovni, pak není možné, aby tíhu vyšší moci, která dopadla na ně všechny, odnesli svou újmou pouze někteří – jen podnikatelé – a ostatní byli tzv. černými pasažéry. Povinnost nebýt černými pasažéry mají ostatní lidé nikoliv proto, že by je o to podnikatelé prosili nebo jim to přikazovali. Povinnost nebýt černým pasažérem nevyplývá z žádného jednání nebo chování podnikatelů, ale z podmíněného nekontrolovaného vlivu, kterým by podnikatelé měli na ostatní působit.

Recenzovaná kniha poskytuje systematický výklad pracující s dvěma vzájemně provázanými pojmy, a to kontrola a vliv. Pojem kontrola je centrální v lidském normativním uvažování a jako analytický nástroj vykazuje potenciál změny perspektivy, umožňující vykročit mimo zaužívané kategorie a odhalit výzkumné problémy tam, kde jsme je už nebyli zvyklí vidět. Právě pojmu kontrola a jeho analytickému a explikačnímu potenciálu se věnuje v současnosti vznikající *Teorie kontroly*.

Kontroly, jakožto centrálního pojmu normativního uvažování, si všímá Tomáš Sobek ve svém textu *Etika svobody*,¹ v němž zároveň vytyčuje východiska nové teorie normativity s názvem *Teorie kontroly*. Tato teorie je deskriptivní teorií vycházející z tradice analytického myšlení a jejím primárním cílem je poskytnout analytické nástroje pro explikaci právního, právně-filosofického a politicko-filosofického pojmosloví. Teorie si všímá centrálnosti pojmu kontrola v lidském normativním uvažování a považuje za možné vyjádřit jakýkoliv normativní vztah prostřednictvím svého analytického aparátu.

¹ SOBEK, T. *Etika svobody*. In: SOBEK, T. et al. *Právní etika*. Praha: Leges, 2019, s. 37–80.

Mezi nástroje *Teorie kontroly* patří především pojem kontrola a s ním související pojem vliv. Pomocí těchto nástrojů autorka v recenzované knize explikuje demokratickou koncepci vládnutí a nahrazuje vágní pojem (explikandum) pojmem přesnějším (explikatum). Explikandem je pojem vládnutí a explikaty pojmy kontrola a vliv. S pojmy kontrola, vliv a vládnutí se nezřídko pojí další pojem, a to moc. V některých kontextech se tyto všechny pojmy vzájemně různě zaměňují nebo se jejich významy překrývají. Moc je ale pojem s vlastní historií, vlastním obsahem a vlastními způsoby používání, proto autorka v této knize pojem moc raději dále nezmiňuje.

K rozvoji teorie autorka využívá sérii příkladů, které nejsou empirickým popisem světa, nýbrž myšlenkovými experimenty sloužícími k projasnění pojednávaných pojmů. Recenzovaná kniha nepředstavuje psychologickou či sociologickou studii. Autorka tedy netvrdí, že lidé něco nějak skutečně dělají nebo že by nutně jednali tak jako aktéři myšlenkových experimentů. Naopak tvrdí, že lidé mají důvody právě určitým způsobem jednat a tyto důvody se snaží prokázat metodami analytické filosofie. Její poznatky o důvodech jsou deskriptivní v tom smyslu, že vyplývají z pojmové analýzy, a nikoliv v tom smyslu, že by popisovaly, jak lidé skutečně vždy nebo většinou jednají. Způsob, kterým text píše, možná může evokovat deklarování faktu o empirických zjištěních, nicméně o empirická zjištění nejde. Závěry jsou získány čistě metodami analytické filosofie a pojmové analýzy.

Teorie kontroly je teorií v procesu vzniku, pod jejíž hlavičkou bylo dosud publikováno pouze malé množství textů.² Tato kniha proto představuje nejen aplikaci dosavadních výstupů této teorie, ale snaží se ji také rozvíjet, a to především v oblasti pojmu vliv. Lze nepochybně konstatovat, že se jí to do značné míry daří. Recenzovaná kniha proto může oslovit každého, kdo se hlouběji zajímá o teorii práva nebo právní a politickou filosofii.

² SOBEK, T. Lidská práva existují objektivně. *Právník*. 2019, č. 8, s. 719–737; KOKEŠOVÁ, J. Dvě složky vládnutí. *Právník*. 2020, č. 6, s. 473–490; KOKEŠOVÁ, J. Morální nárok na finanční satisfakci. In: ŠEJVL, M. et al. *Vítězové a poražení: Právní a etické problémy koronakrizy*. Praha: Ústav státu a práva, 2020, s. 44–57; SOBEK, T. Jaké je to být odepsaný. In: ŠEJVL, M. et al. *Vítězové a poražení: Právní a etické problémy koronakrizy*. Praha: Ústav státu a práva, 2020, s. 35–43; SOBEK, T. Právní pozitivismus. In: HAPLA, M., SOBEK, T. et al. *Filosofie práva*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2020, s. 25–52.

HAVELKOVÁ, Barbara. Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism

Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, 337 s.

Jana Kvasnicová*

1 Genderová rovnost v právu?

Práce Barbary Havelkové, která je docentkou (Associate Professor) na Právnické fakultě Oxfordské university a Tutorial Fellow in Law na koleji St Hilda's tamtéž, byla vydána v roce 2017. Ačkoliv píše v anglickém jazyce, její práce se úzce zaměřuje na české prostředí a reaguje i na praxi českých soudů. Zaměřuje se na přetrvávající až negativní postoj politické reprezentace a odborné veřejnosti k antidiskriminačnímu právu a ukazuje, jak se tyto postoje (negativně) projevují při aplikaci práva před českými soudy. Jedná se dle ní o sdílenou zkušenost v zemích východní Evropy (bývalého tzv. socialistického bloku) a snaží se současnou situaci vysvětlit v souvislosti se zvyklostmi a postupy používanými v právu před rokem 1989. Dochází k závěru, že se jedná o výsledek kontinuity a současně i diskontinuity s obdobím před rokem 1989. Příkladem kontinuity je, že některé zvyklosti týkající se tvorby a aplikace práva přetrvaly i v období po roce 1989, což následně výrazně ztěžuje adekvátní interpretaci antidiskriminačního práva. Tvrzená diskontinuita s předchozím režimem, který se vyznačoval rigidními pravidly, naproti tomu ztěžuje přijímání genderově progresivní právní úpravy. Havelková kritizuje obě tyto tendence. Důsledkem první jsou nekvalitní výsledky aplikace práva (soudní rozhodnutí), u druhé naopak upozorňuje na nekonzistentnost, neboť systém před rokem 1989 se dle ní nevyznačoval genderově progresivním zákonodárstvím. Jako genderově progresivní by se dalo charakterizovat pouze krátké období v 50. letech

Havelková analyzuje, jak genderovou rovnost regulovalo právo a jak jí rozuměli zákonodárci, soudci a právní teoretici mezi lety 1948 a 2016. Konkrétně se zabývá vývojem práva v genderově relevantních oblastech, především zakotvením rovnosti a antidiskriminačním právem. Problémy, s nimiž se v Česku pojí řešení genderové rovnosti, jsou podle ní esencialistický přístup k rozdílu mezi muži a ženami, které jsou vnímány jako přirozené, názor, že rovnost je nekompatibilní se svobodou, domněnka, že Česko je unikátní v tom, že nečelí problému genderové nerovnosti jako jiné země, a dále vnímání platného práva jako

* Mgr. Bc. Jana Kvasnicová, doktorandka, Katedra ústavního práva a politologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno; Kancelář veřejného ochránce práv, Brno / Ph.D. student, Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic; Office of the Public Defender of Rights, Brno / E-mail: 134702@mail.muni.cz

objektivního a neutrálního, přičemž jakákoliv nová genderově progresivní regulace sociálních vztahů je neakceptovatelným zásahem do přirozeného sociálního řádu.

Genderově progresivní legislativa dle ní čelí problémům v každé fázi, tj. v procesu přijímání, interpretace i aplikace práva soudy, stejně jako při konceptualizaci právními teoretiky a teoretičkami. Vysvětluje, že tyto problémy vycházejí ze smýšlení o ženách, nedostatku porozumění genderu jako sociálnímu konstruktovi a genderovému řádu jako důležité a vše prostupující sociální struktuře, extrémně úzkému vnímání toho, co je možné považovat za diskriminaci, a odmítání použít právo k boji s diskriminací a k dosahování genderové rovnosti. Tyto problémy mají svůj základ už v předlistopadovém režimu. Jako problematičtější hodnotí přetrvávající neuvědomování si (slepotu) k genderu a genderovému řádu, kterou se vyznačují čeští zákonodárci, soudci i právní teoretici.

Autorka ve své práci používá různé metody, kdy čerpá z právních a mimoprávních zdrojů. Snaží se zachytit i dobový diskurz jak v předlistopadovém období, tak i v současnosti. Právo přitom vnímá jako důležitou patriarchální instituci, která může následovat existující struktury a utvrzovat je, nebo je naopak přetvářet. Právní úprava dle ní může být genderově konzervativní (patriarchální) nebo genderově progresivní (anti-patriarchální), ale nikdy genderově neutrální. Zaměřuje se proto na zkoumání, zda bylo české právo genderově konzervativní nebo genderově progresivní v době státního socialismu (před 1989) a v polistopadovém období a jak utvrdilo nebo narušilo patriarchální mocenské vztahy.

Metodami, které používá, je analyzování právních zdrojů, konkrétně ústavy, zákonů, podzákoných předpisů a obecně závazných vyhlášek, jakož i interních normativních instrukcí. Dále se zaměřuje na dokumenty spojené s procesem tvorby práva zákonodárci, tj. diskuze v parlamentu, předkládací zprávy a důvodové zprávy k návrhům zákonů, jakož i články v dobových časopisech. Posledním typem zdrojů jsou soudní rozhodnutí a jejich reflexe v literatuře.

Knihu autorka dělí do kapitol, které jsou rozřazeny jednak chronologicky – první část se věnuje období před rokem 1989, druhá část polistopadovému období – a současně tematicky, kdy každá kapitola z první části má svou dobu v druhé části. Kapitoly 2 a 6 se tak zabývají změnami v právní regulaci související s právy žen a genderovými vztahy, v kapitolách 3 a 7 autorka zkoumá pojetí práva a práv, v kapitolách 4 a 8 zkoumá právní koncepty a záruky rovnosti a zákazu diskriminace, v kapitolách 5 a 9 analyzuje porozumění genderu, genderovému řádu a genderovým nerovnostem.

Kvůli chronologickému rozdělení knihy na dvě části v kombinaci s párováním kapitol zaměřených na obdobná témata, se při čtení nelze vyhnout přelískávání mezi kapitolami z první či druhé části knihy. Lepší orientaci v knize by tak posloužilo spíše vypárování jednotlivých témat do jedné kapitoly s oddělenými částmi zaměřenými na předlistopadové a polistopadové období. V následujícím textu představím obsah jednotlivých kapitol, které na rozdíl od autorky budu řadit dle témat.

2 Právní regulace související s právy žen a genderovými vztahy

V první části knihy¹ věnované předlistopadové době Havelková definuje tři období mezi lety 48 a 89 a věnuje se základní charakteristice legislativních změn v relevantních oblastech, jako je trh práce, rodinný život, reprodukční zdraví a sociální oblast. Popis legislativních změn doplňuje daty o faktických změnách, diskurzem vedeným v odborných časopisech a vlastním komentářem.

V období mezi lety 1948 a 1962 došlo ke zlepšení právního postavení žen, zrovnoprávnění v rámci rodinného práva a opuštění některých konzervativních restrikcí zaměřených na ženy (jako legalizace interrupcí a liberalizace rozvodového práva). Období 50. let pak autorka charakterizuje jako období, kdy Východ v genderové rovnosti předstihl Západ.

Politické uvolnění v letech 1962 až 1968 znamenalo pluralizaci i v diskusích o rovnosti žen a mužů. Na jedné straně ženské organizace přišly s požadavky, které upozorňovaly na to, že se nedá cíl rovnosti považovat za splněný, a současně se objevila i otevřenější diskuse o tom, zda je namístě se o rovnost pohlaví pokoušet. Ze strany státu se začaly objevovat tendence k omezení výdajů např. na kolektivní péči o děti, když ji ženy mohou vykonávat zdarma samy. Autorka shrnuje, že ačkoliv je období 60. let obecně historiky vnímáno pozitivně, z pohledu genderové rovnosti jej není možné hodnotit jednoznačně pozitivně. Konkrétně upozorňuje na to, že právní postavení manželů bylo formálně rovné, avšak další podmínky jasně utvrzovaly ženy a muže v rolích otců živitelů a matek pečovatelek. Všechny příspěvky spojené s rodičovstvím byly přiznávány pouze matkám, daňové právo zase hledělo na otce jako na živitele rodiny. Zapojení žen do práce a pečovatelské povinnosti pak po ženách vyžadovaly tzv. trojí směnu (práce, péče o děti, domácí práce). Stejně tak specifické podmínky pro ženy v zaměstnání a sociální politika zaměřená na ženy utvrzovaly postavení žen jako matek a hospodyň. Z toho dle autorky vyvěrají dva základní problémy, kterými je přehlížení mužů a jejich pečovatelské role a nahlížení na ženy jako dělnice a pečovatelky, aniž by mohly skutečně skloubit rodinný a pracovní život. Kritizuje proto přemíru ochrany žen na pracovním trhu, která současně ohrožovala jejich pozici na pracovním trhu, a vyloučení mužů z péče o děti, což utvrdilo tradiční genderové role v rodině.

Období mezi lety 1969 a 1989 popisuje z hlediska aspirace na sociální změnu v oblasti rovnosti pohlaví jako období rezignace a stagnace. Přetrvala sice dřívější emancipační rétorika, ale byly přijaty genderově konzervativní regulace. Proto, pokud byl Východ v 50. a 60. letech před Západem, na konci 80. let už byl Východ pozadu.

Havelková shrnuje, že lze pozorovat krok zpět týkající se modernizace statusu žen a rovnosti v průběhu pozdních fází státního socialismu. Právní rámec, který jsme zdědili v 90. letech, pocházel právě z pozdního období normalizace, které podporovalo odlišné role žen a mužů, obzvláště v rodině. Žena už nebyla definována jako dělnice a aktivní občanka, jako to bylo v 50. letech, ale byla charakterizovaná jako manželka, která se starala o manželství, a matka, která se starala o rodinu. Ačkoliv v 90. letech byla tendence tvrdit, že genderová

¹ „The Three Stages of Regulation of Women and Gender“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 27–63.

rovnost nepotřebuje hlubší pozornost, protože ji vyřešil státní socialismus, komentátoři si neuvědomili, že fakticky jsme zdědili prorodinnou a promateřskou politiku, nikoliv politiku genderové rovnosti. Postsocialistická rétorika proti státnímu feminismu spojenému s nucenou emancipací se proto ve svém důsledku distancovala od politiky, která však již po tři dekády nebyla aktuální.

V druhé části knihy² autorka předestírá, že je obtížné odpovědět na otázku, zda se v polistopadovém období situace žen zhoršila, nebo zlepšila. Ženy sice získaly politické svobody, ale ztratily sociální jistoty. Různé skupiny žen byly ovlivněny různým způsobem, proto lze říct, že sametová revoluce zapříčinila rozrůznění ženských zkušeností a jejich postavení. Post-socialistické období přitom navazovalo na předchozí systém, neboť existovala kontinuita práva, mnoho právních profesí včetně soudců a soudkyň zůstalo na svých místech, a současně je možné hovořit o intelektuální kontinuitě, která se vyznačuje přetrváním určitých konceptů a absencí jiných.

Ačkoliv bylo období 90. let silně ovlivněno anti-socialistickým narativem a neoliberalní politikou propagující volný trh, v realitě přetrvávala sociální politika, kterou lze charakterizovat jako sociálně demokratickou. Nejedná se přitom o jediný případ, kdy lze vnímat rozpor mezi společenským diskurzem a reálnou praxí. Ekonomická transformace ženy každopádně ovlivnila negativně. Genderově konzervativní rétorika v kombinaci s nutností škrtnů vedla např. k rušení zařízení pro děti. Konec 90. se vyznačoval také značně hostilním nahlížením na feminismus. Po roce 2010 pak lze hovořit o citelném konzervativním obratu, k tomuto procesu dochází i v jiných postsocialistických zemích, avšak v Česku o něm lze mluvit až v souvislosti s vládou z roku 2010. Vládu z roku 2014 lze naopak charakterizovat tím, že se zaměřila na některé genderově progresivní návrhy.

Lze hovořit o propojení mezi sociálním konzervativismem a ekonomickým liberalismem. Konzervativní pozice podporuje ženy v tom, aby akceptovaly tradiční genderové role. Na druhou stranu ekonomický liberalismus připomíná, že by ženy měly být zodpovědné za svá rozhodnutí a neměly by očekávat, že se o ně postará někdo jiný. Tzv. „trest za mateřství“ tak z této perspektivy není fenoménem, kterému by bylo třeba věnovat pozornost. Dle Havelkové je naopak nutné, aby právo reflektovalo, že mnoho žen je v roli matek a pečují o závislé osoby. Na druhou stranu je třeba omezit příliš protektivní úpravu, která limituje ženy v jejich rozhodnutích a oslabuje jejich pozici na trhu práce, a současně dbát na to, aby se neutvrzovala sociální pozice žen jako pečovatelek. Genderově progresivní regulace by měla naopak povzbudit otce k tomu, aby se účastnili péče o děti, a současně sloužit ke smysluplnému sladění osobního a pracovního života pro oba rodiče.

² „Women and Gender After 1989“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 141–189.

3 Pojetí socialistického³ a postsocialistického⁴ práva a práv

Pokud jde o charakteristiku práva, první léta po roce 1948 autorka v návaznosti na práci Zdeňka Kühna⁵ označuje za aktivistická. V praxi soudů lze totiž spatřovat, že byly ovlivněny společenskými změnami. Jejich politický aktivismus se projevil v tom, že k právu přistupovaly tak, aby pomohlo přetvořit společnost a aby bylo dosaženo kolektivních cílů socialistické společnosti, třídy, dělníků apod. Poté, co byly připraveny socialistické rekonstrukce zákonů (v letech 1954 až 1968), už nebyl soudní aktivismus třeba a vrátila se potřeba formalismu, stability, pozitivismu a textualistického (jazykového) výkladu.

V období normalizace popisuje přístup k právu jako „nový socialistický pozitivismus“, který zahrnoval vybraná marxistická klíše, intelektuální neschopnost a ideologický důraz na centralizovanou autoritu zákonodárce. Praxi soudů pak lze (spolu s Kühnem) charakterizovat jako vázaný výklad práva. I přesto, že rétorika byla stále ideologická a antiformalistická, soudní praxe byla vedena formalismem a jazykovou (textualistickou) interpretací. Havelková shledává, že tento přístup přetrval i v období po roce 1989 a zvláště negativně se projevuje při aplikaci antidiskriminačního práva.

Pokud jde o pojmání práva (law), právní teoretici mají dle autorky sklon usuzovat o realitě z toho, jaká právní norma ji upravuje. Proto bylo dosažení rovnosti mezi muži a ženami dovozováno ze změn *de jure*. Pokud jde o pojetí práv (rights), byl jim přikládán zvláštní význam, který je propojoval s veřejným zájmem. Sociální práva přitom byla vnímána jako povinnosti. Na těchto základech stojí i současné mechanismy, v jejichž důsledku ani po roce 1989 nepřevládlo anti-majoritní pojetí základních práv.

V druhé části knihy⁶ vysvětluje, že kontinuita s předchozím obdobím, které se vyznačovalo lhostejností k právu a formalistickým paradigmatem, souvisí s neúspěchem žen v antidiskriminačních sporech. Dominuje totiž sklon k jazykovému, systematickému a „logickému“ výkladu, přičemž účelový (purposive) či teleologický výklad v odůvodněních rozsudků chybí. Teleologický výklad je však stěžejní pro řešení tzv. složitých případů (hard cases), které nelze vyřešit pouze s použitím jazykového výkladu. Antidiskriminační spory, v nichž je třeba používat koncepty jako nepřímá diskriminace a přenášení důkazního břemene, jsou složitými případy a interpretace zohledňující účel antidiskriminačního práva je při jejich řešení nutná.

V post-socialistickém období je také patrný odpor k regulaci zakládající tzv. sociální inženýrství. Negativní vnímání regulace je však značně selektivní. Odmítání právního řešení pro genderovou nerovnost a diskriminaci je často založeno na předpokladu, že se nejedná o právní, ale morální problém. Práva jsou vnímána jako legitimní, pokud chrání existující

³ „State-Socialist Law and Rights“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 64–82.

⁴ „Post-Socialist Law and Rights“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 190–211.

⁵ KÜHN, Z. *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Praha: C. H. Beck, 201 s.

⁶ „Post-Socialist Law and Rights“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 190–211.

svobody silných, ale naopak nelegitímní, pokud garantují svobody a možnost jejich využívání zranitelnými. Tyto perspektivy nejsou genderově neutrální, ale genderované. Nevnímavost k genderu, kterou autorka popsala ve vztahu k socialismu, tak v tomto ohledu pokračuje.

4 Rovnost jako socio-ekonomické vyrovnání⁷ a anti-diskriminační právo po roce 1989⁸

Vnímání rovnosti socialistickým režimem, především co se týče genderové rovnosti, bylo velmi úzké, jakkoliv překvapivé se to může zdát s ohledem na zývanou rovnostářskou ideologii. Pomocí srovnání Českoslovenka a Velké Británie autorka věnuje pozornost třem oblastem: 1. eliminaci mužských privilegií, 2. přijetí antidiskriminační legislativy a 3. vze-stupu materiální a transformativní rovnosti. Zjišťuje přitom, že pro post-socialistické země je typické, že poslední dvě fáze proběhly v opačném pořadí. Nejprve totiž došlo k realizaci transformativního projektu socio-ekonomického vyrovnání, jehož výsledkem měla být rovnost výsledků a antidiskriminační právo bylo přijato až později.

V druhé části knihy zaměřené na polistopadové období analyzuje soudní rozhodnutí, nejprve se věnuje pěti případům řešeným před Ústavním soudem týkajícím se genderové rovnosti a poznamenává, že všechny vzešly od mužů. Z komparativního hlediska to však není neobvyklé. Při kritickém hodnocení nálezů Ústavního soudu se nevěnuje jeho závěrům, ale odůvodnění. Identifikuje přitom tři přístupy: 1. reziduální, protektivní, pro-mateřské vnímání ženských práv zděděné z období socialismu, 2. formální vnímání rovnosti a antidiskriminačních opatření a 3. sofistikovanější porozumění genderové rovnosti, kterou se v současné době zabývají akademici a akademičky na Západe a které se do českého právního systému dostalo prostřednictvím evropského nebo mezinárodního práva. Dochází k závěru, že Ústavní soud v čisté podobě nepoužil ani jeden z těchto přístupů, ačkoliv lze nalézt prvky druhého, tj. formální pojetí rovnosti.

Následně se věnuje procesu přijímání antidiskriminační legislativy, která vycházela ze závazků vycházejících z členství České republiky v Evropské unii. Roli Evropské unie přitom označuje za paradoxní, protože sice umožnila přijetí legislativy, ale zamezila širší debatě před přijetím zákona. Česko tedy implementovalo antidiskriminační legislativu, aniž by jejímu systému blíže porozuměli zákonodárci a soudci. Výsledkem je nízká úroveň aplikace a vynucování antidiskriminačního práva. Vliv evropského práva hodnotí pozitivně, protože narušilo genderově konzervativní kontinuitu. Upozorňuje však, že implementace současně mobilizovala vnitřní opozici k anti-diskriminačnímu právu.

Z analýzy soudních rozhodnutí týkajících se diskriminace dovozuje, že české soudy ovlivněné formalismem, který se projevuje primárním používáním jazykového výkladu a mechanickou aplikací práva, mají s antidiskriminačním právem problém, neboť to vyžaduje

⁷ „Equality as Socio-Economic Levelling“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 83–104.

⁸ „Equality and Anti-Discrimination after 1989: Resisting the Ideas and the Legal Concepts“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 212–275.

teleologický (purposive) výklad. Mechanicky lze aplikovat pouze pravidlo, na základě něhož je třeba zacházet se stejným stejně. Jinak je vždy třeba identifikovat účel antidiskriminačního práva, protože je nezbytné mít povědomí o sociální realitě, existujících nerovnostech a diskriminaci. Ve výsledku soudy interpretovaly antidiskriminační právo příliš úzce, nebyly schopné či ochotné aplikovat příslušné právní instituty na konkrétní skutkový stav, ačkoliv jim způsob jejich aplikace vysvětlily vyšší soudy. České soudy současně aplikují různé strategie, které jim umožňují vyhnout se rozhodnutí v anti-diskriminačních sporech. Konkrétně jde o otázky příslušnosti, procesní či jiné formální a technické aspekty případů. Pokud je to možné, soudy interpretují namítané diskriminační jednání jako vyloučené ze soudního přezkumu. Často také nabádají žalobce k tomu, aby svoje tvrzení zaměřili na jiné porušení práva, než je diskriminace.

Problémy obecných soudů dává do spojitosti s tím, že Ústavní soud dosud nevymezil rozdíl mezi posuzováním diskriminace na základě některého z podezřelých důvodů (včetně pohlaví) a důvodů jiných. Obecné soudy často hodnotí diskriminaci na základě jiného důvodu stejně vážně nebo vážněji než diskriminaci založenou na podezřelém kritériu. Tento postoj lze přisuzovat slabému porozumění strukturálním znevýhodněním a relativně formálnímu pojetí rovnosti v české doktríně. Toto vnímání označuje jako „několik shnilých jablíček“ (few bad apples), kdy je za diskriminaci považováno pouze extrémní jednání. Představa, že diskriminaci představuje pouze jednání, které je zavrženíhodné nebo úmyslné, vylučuje ze soudního přezkumu diskriminaci vzešlou z neuvědomělého procesu a rozhodování, v rámci něhož se replikují společenské předsudky (bias).

5 Porozumění genderu, genderovému řádu a genderovým nerovnostem^{9,10}

Ačkoliv socialistický stát zrušil mnoho mužských privilegií, zamezil vyloučení žen z různých oblastí a garantoval jim přístup do různých sfér, jako je vzdělání, práce a politika, Havelková shledává, že k těmto změnám došlo toliko formálně. Současně nenarušil monogamní rodinu jako ekonomickou jednotku společnosti. Místo toho, aby socialistický režim prostřednictvím kolektivizace domácích prací a péče zbavil ženy „domácí dřiny“, jak sliboval, podporoval je v roli výlučných domácích pečovatelek.

Přestože se socialistický režim zaměřoval na ženy, nebyl schopný vidět gender jako sociální konstrukt, na základě něhož je společnost hierarchicky organizovaná. Proto nebyl spatřován problém v rozdílném odměňování prací považovaných za méně hodnotné a většinou vykonávaných ženami. Role mužů a žen byly vnímány jako přirozené v duchu biologického determinismu. Nereflektování patriarchy lze vysvětlit i tím, že jej jako systém nerozpoznávala ani ideologie marxismu-leninismu. Problematické situace ve vztazích mezi muži a ženami byly proto typicky interpretovány jako individuální problémy a chybělo jim strukturální porozumění.

⁹ „Blindness to Gender and Patriarchy“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 105–140.

¹⁰ „Wanted: Gender and Feminism“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 276–299.

V závěrečné kapitole¹¹ shrnuje, že v post-socialistickém období chybí konceptualizace materiální rovnosti, nevěnuje se pozornost genderovému řádu jako zdroji znevýhodnění či základním prvkům genderových studií a feministické teorii a praxi, což se současně jeví jako záměrné. Převažující konzervativní nahlížení na rovnost mezi muži a ženami nevychází pouze z kontinuity s předlistopadovým obdobím, ale navazuje i na meziválečnou dobu a lze jej identifikovat i v sousedních zemích, jako je Rakousko a Německo, které často slouží jako vzory jak pro zákonodárce, tak i pro soudy. V kombinaci s neoliberalismem pak tvoří triádu, která brání pokroku v oblasti genderové rovnosti. Konkrétní nerovnosti se považují za přirozené nebo za výsledek osobní volby, strukturální povaha nerovností se spíš přehlíží. Tuto situaci je možné uvést do kontrastu s vývojem na Západě, kde od 70. let díky feminismu došlo ke změně v paradigmatu, kterou reflektuje i značná část právnické komunity, dle něhož není nerovnost problémem žen, ale patriarchy. České prostředí feminismu nepřeje, je považovaný za zbytečný či přímo škodlivý, dle autorky je však genderová či feministická analýza nástrojem, který by pomohl porozumět problémům jako je materiální nerovnost a symbolické znevýhodnění.

Závěr

Barbara Havelková jako právnička vzdělaná i v genderových teoriích se zájmem o historii představila studii, která vyvrací široce rozšířený mýtus o tom, že období před listopadem 1989 bylo rovnostářské. Kontinuita s předlistopadovým obdobím a selektivně uplatňovaná diskontinuita pomáhá vysvětlit a porozumět přetrvávající rezervovanosti k antidiskriminačnímu právu zahrnující tvrzení o jeho (ne)potřebnosti a (ne)užitečnosti, stejně jako přesvědčení o (ne)možnosti řešení otázek nerovnosti s pomocí práva. Pro české čtenářstvo je přínosným i představení genderové a feministické analýzy práva. Praktické využití nabízí především kapitola věnující se rozhodování českých soudů v antidiskriminačních sporech, která upozorňuje na nedostatky při interpretaci antidiskriminačního práva spojenými s nedostatečným porozuměním základním konceptům, smyslu a účelu antidiskriminačního práva.

¹¹ „Wanted: Gender and Feminism“. In: HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law. Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford a Portland: Hart Publishing, 2017, s. 276–299.

Pokyny pro autory

Pravidla rubrik

Články

Recenzováno

Doporučený rozsah 20–60 normostran.

V rubrice se uveřejňují původní, dosud nepublikované¹, 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.

¹ 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, s. 230. 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, s. 110.

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

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.²

Recenzní řízení

Časopis pro právní vědu a praxi je recenzovaný vědecký časopis. Zaslané 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.

² [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 published³ 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.

³ 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, p. 230. 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, p. 110.

Electronic article

GODERIS, B., VERSTEEG, M. The Transnational Origins of Constituitions: Evidence From a New Global Data Set On Constitutional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, no. 10 [cit. 3. 5. 2014]. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216582

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.⁴

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.

⁴ [Http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/](http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/)

MUNI
PRESS

MUNI
LAW

