

2014

IV.

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAKTI



MASARYKOVA UNIVERZITA
PRÁVNICKÁ FAKULTA
BRNO

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

Ročník XXII
číslo 4/2014

Redakční rada

Předseda

prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

Členové externí

JUDr. PhDr. Stanislav Balík

prof. Ing. JUDr. Mgr. Alexander Bělohávek, dr.h.c.

doc. JUDr. Kristián Csach, Ph.D.

prof. zw. Dr. hab. Leonard Etel

JUDr. Jiří Mucha

prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc.

prof. zw. Dr. hab. Krzysztof Skotnicki

Doc. JUDr. Miroslav Slašťan, Ph.D.

dr. Gábor Sulyok

doc. JUDr. Marián Vrabko, CSc.

Členové interní

prof. JUDr. Josef Fiala, CSc.

prof. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.

doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.

prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.

doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.

prof. JUDr. Vladimír Týč, CSc.

prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.

Vydává: Masarykova univerzita, Brno ♦ Adresa redakce: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Veveří 70, 611 80 Brno, e-mail: redakce.cpvvp@law.muni.cz ♦ Odborní asistenti redakce: JUDr. Tereza Kyselovská, Ph.D., e-mail: tereza.kyselovska@law.muni.cz; Mgr. Bc. Jaroslav Benák, e-mail: jaroslav.benak@law.muni.cz ♦ Administrace: Mgr. Jana Kledušová, tel. 549 495 489, e-mail: jana.kledusova@law.muni.cz ♦ Tisk: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno ♦ Objednávky vyřizuje Ekonomické oddělení Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Veveří 70, 611 80 Brno. Formulář je dostupný na adrese: <http://www.law.muni.cz/content/cs/cpvvp>; e-mailová adresa: Zdenka.Matsova@law.muni.cz

Předplatné na rok 2015 je 800 Kč ♦ Cena jednoho čísla 250 Kč ♦ Vychází 4x ročně v češtině s anglickým summary, příležitostně v anglické mutaci.

Toto číslo bylo dáno do tisku v lednu 2015

ISSN 1210-9126 (Print), 1805-2789 (Online)
MK ČR E 6667

Časopis pro právní vědu a praxi je zařazený do Seznamu recenzovaných neimpaktovaných periodik vydávaných v České republice.

Od čísla 2/2010 jsou publikované texty v ČPVP zpřístupněny se souhlasem autorů pro následné šíření zpracovaných dat v Právním informačním systému ASPI, a to s příslušným citačním vzorem /bez nároku na další autorskou odměnu/.

Články jsou anonymně hodnoceny dvěma recenzenty.

Informace pro autory:

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://www.law.muni.cz/content/cs/cpvvp/informace-pro-autory>

ČLÁNKY

Myška Matěj: Nový občanský zákoník a licenční smlouva k předmětům průmyslového vlastnictví	295
Rozehnalová Naděžda: Kolize kolizních norem – aneb k úpravě kvalifikace a zpětného odkazu v zákoně o mezinárodním právu soukromém	304
Svěráková Jana: Význam výhrady podle článku 95 pro aplikaci Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží	315
Šmíd Martin: Ochranná funkce a smluvní volnost v pracovním právu	323
Fryštská Marcela: K ekonomické analýze práva	328

DOKTORANDSKÉ PŘÍSPĚVKY

Klesniaková Jana: Zákonné změny v oblasti odškodňování trestných činů ze strany státu	337
--	-----

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Rosinová Alžběta: O zablokování soudu námitkami podjatosti a o tom, jakým způsobem (ne)řešit tuto situaci	344
--	-----

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

Grygar Tomáš: O (ne)možnosti členství cizinců v politických stranách v České republice	352
Komendová Jana: Ochrana rodičovství v právu EU a její implementace do právního řádu ČR	360
Konečná Jana: Informovaný souhlas / Informační povinnost / Poučení / Souhlas ošetřovaného	367

RECENZE A ANOTACE

Šťavíková Řezníčková Iva: Vítová: Nepřiměřená ujednání ve spotřebitelských smlouvách po rekodifikaci soukromého práva	377
Rohová Iveta: Bogdan: Concise Introduction to EU Private International Law	379
Sulitka Dušan: Bogdan: Concise Introduction to Comparative Law	382
Klesniaková Jana: Kolba, Šuláková: Nemajetková újma způsobená protiprávním výkonem veřejné moci	384
Chovanec Jan: Chromá: Právní překlad v teorii a praxi. Nový občanský zákoník	386
Virdzeková Alice: Adamová, Knoll, Valeš: Pozapomenuté právní instituty	387
Vitoul Vlastimil: Tichý, Ronovská, Kocí: Trust a srovnatelné instituty v Evropě	389
Ondřejková Jana: Zbiral: Přenos pravomocí členských států na Evropskou unii: cesta bez zpátečního lístku?	391
Springinsfeldová Nelly: Barancová: Ochrana zaměstnanců před diskriminací	392

ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Kyselovská Tereza a kol.: COFOLA 2015	395
Rozehnalová Naděžda a kol.: Slavnostní otevření nové knihovny PrF MU	396
Vyhnaněk Ladislav: Národní kolo Philip C. Jessup Moot Court Competition	399

ČLÁNKY

Nový občanský zákoník a licenční smlouva k předmětům průmyslového vlastnictví*

Matěj Myška**

1 Úvod

I přes nesporný hospodářský význam a zájem na bezproblémové aplikaci smluvního práva licenčního, nebyl až do roku 2014 institut licenční smlouvy upraven pro oblast soukromého práva jednotně. Regulace byla před reformou českého civilního práva hodnocena jako „roztříštěná a neústrojná.“¹ Vůdčí myšlenkou v rámci rekodifikace civilního práva Čes-

* Tento příspěvek byl zpracován na základě podpory Grantové agentury ČR projektu s identifikačním kódem P408/12/2210 – Projekt integrace veřejných licencí. Webová stránka projektu: www.flip.law.muni.cz. Příspěvek vychází z článku MYŠKA, Matěj. Vybrané aspekty licenční smlouvy v novém občanském zákoníku. *Revue pro právo a technologie*. 2013, roč. 3, č. 5, s. 9-11. ISSN 1804-5383 a autorovy práce „Nový občanský zákoník a jeho vliv na licenční smlouvy k předmětům průmyslového vlastnictví“, která byla předložena a obhájena jako závěrečná odborná práce na Institutu průmyslového právní výchovy Úřadu průmyslového vlastnictví v letním semestru 2014.

Příspěvek zohledňuje právní stav a zdroje k 30. 6. 2014, tedy před vydáním komentářové literatury k příslušným ustanovením OZ o licenční smlouvě.

** JUDr. Matěj Myška, asistent, Ústav práva a technologií, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno. Kontaktní e-mail: matej.myska@law.muni.cz

Mgr. Ing. Radek Ruban, JUDr. Pavel Koukal, Ph.D., Mgr. Jakub Harašta a doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D. byli tak laskaví, že si našli čas ke kritice a diskuzi textu, za což jim patří můj hluboký dík. Veškerá pochybení jsou ovšem má.

¹ TELEČ, Ivo. O vládním návrhu občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2009, roč. 17, č. 19, s. 677-684. ISSN 1210-6410. Kriticky k úpravě licence i TELEČ, Ivo. *Přehled práva duševního vlastnictví*. 2. upr. vyd. Brno: Doplněk. 2007, 199 s. ISBN 9788072392063. S. 93.

ké republiky tak dle důvodové zprávy² byla v oblasti regulace licenční smlouvy snaha o systematizaci a sjednocení právní úpravy tohoto smluvního typu. Mimo tohoto koncepčního posunu v úpravě licenční smlouvy došlo i k zásadní proměně chápání nehmotných statků. Oba tyto okruhy otázek jsou adresovány v **obecné části** tohoto příspěvku se zaměřením na práva k průmyslovému vlastnictví. Ve **zvláštní části** je pak provedena analýza právního rámce licenční smlouvy v účinném občanském zákoníku³ a to nejprve v obecném kontextu. V detailech je dále představena aktuální regulace vzniku, formy, stran, jejího obsahu (podstatným, pravidelným a vedlejším náležitostem), oprávnění k vymáhání práv z licenční smlouvy, jakož i dispozice s licencí. Pro demonstraci změn ve zkoumané oblasti je úprava v OZ komparována s úpravou ve zrušeném obchodním zákoníku.⁴ Pozornost je věnována i vztahům obecné právní úpravy v účinném občanském zákoníku a jednotlivých úprav ve speciálních zákonech.

Cílem tohoto článku tak je obecná analýza účinné národní právní úpravy typové licenční smlouvy k předmětům průmyslového vlastnictví a komparace s úpravou účinnou do 31. 12. 2013. Cílem příspěvku ovšem není, a vzhledem k jeho rozsahu a zaměření ani být nemůže, poskytnout komplexní zpracování dopadu OZ na oblast duševního vlastnictví.⁵ Příspě-

² Konsolidovaná důvodová zpráva k občanskému zákoníku. Dostupná z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf> - dále jen „DZ“.

³ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Dále jen „OZ“.

⁴ Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „ObZ“.

⁵ Lze ovšem odkázat na BOHÁČEK, Martin. In: JAKL, Ladislav, ed. *Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví*. První vydání. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, 163 s. ISBN 9788086855875. S. 12-43.

vek zohledňuje právní stav a zdroje k 30. 6. 2014, tedy před vydáním komentářové literatury k příslušným ustanovením OZ o licenční smlouvě.

2 Pojem licence a licenční smlouva v OZ

Licencí se v právu duševního vlastnictví obecně rozumí „svolení čili oprávnění k využívání nehmotného statku jinou osobou, aniž by došlo k jeho zcizení“⁶ V trojím doktrinálním chápání významu výrazu licence⁷ je pro dispozici s nehmotnými statky (resp. předměty průmyslového vlastnictví) nejdůležitější licence smluvní, poskytovaná licenční smlouvou. Terminologicky je ovšem úprava v OZ poněkud zkratovitá, kdy je jako **licence** v OZ označován jak samotný typový závazek (obligace), tak i skutečnost (dvoustranné právní jednání), tedy **licenční smlouva**, z níž tento závazek vzniká.⁸ Jak poznamenává Telec a Tůma, licenci je možno chápat *stricto sensu* i jako výraz pro pohledávku (právo na plnění), která je obsahem tohoto závazku.⁹ Dlužníkem tohoto závazku je pak poskytovatel licence, který je povinován splnit dluh věřitele (nabyvatele licence), který má právo na určité plnění jako pohledávku. V případě poskytnutí licence, která se nejčastěji realizuje v podobě licenční smlouvy, se jedná o relativizaci subjektivního absolutního majetkového práva poskytovatele vznikem smluvního závazku. Na rozdíl od translativního převodu práva se jedná pouze o převod konstitutivní a nedochází ke změně majitele příslušného předmětu licenční smlouvy.¹⁰

⁶ TELEC, Ivo. *Přehled práva duševního vlastnictví*. 2., upr. vyd. Brno: Doplněk. 2007, 199 s. ISBN 9788072392063. S. 97.

⁷ Licence dobrovolné, licence zákonné a licence nucené. Srovnej: Op. cit. S. 98. Zákonné a nucené licence (jak je např. upravena v § 19 zákona č. 527/1990 Sb., o vynálezech, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „ZOV“) nejsou předmětem tohoto příspěvku.

⁸ K obecné části občanského práva viz TICHÝ, Luboš. *Obecná část občanského práva*. Vyd. 1. Praha: Nakladatelství C.H. Beck, 2014, 372 s. Právní praxe. ISBN 9788074004834.

⁹ TELEC, Ivo a Pavel TŮMA. Licenční smlouva v In: JAKL, Ladislav, ed. *Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví*. První vydání. Praha: Metropolitan University Prague Press. 2012, 163 s. ISBN 9788086855875. S. 70.

¹⁰ Vizte: Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. března 2001, sp. zn. 21 Cdo 574/2000: „Licenční smlouvou, která se týká průmyslových práv a práv duševního vlastnictví, se nabyvatel nestává majitelem patentu, ale vzniká mu pouze oprávnění ve smluveném rozsahu patent využívat.“ Vizte též: HORÁČEK, Roman, Karel ČADA a Petr HAJN. *Práva k průmyslovému vlastnictví*. 2., dopl. a přeprac. vyd. V Praze: Nakladatelství C. H.

Další zásadní koncepční změnou je **rozšíření rozsahu** typové licenční smlouvy. Podle již neúčinného § 508 ObZ opravňoval poskytovatel nabyvatele licence k výkonu práv z průmyslového vlastnictví. Nejednalo se tak o obecnou licenční smlouvu k veškerému potenciálnímu duševnímu vlastnictví, resp. nehmotným statkům. Pojmově byla omezena pouze na práva k průmyslovému vlastnictví a její úprava se vztahovala pouze na smlouvy uzavírané mezi podnikateli.¹¹

Na rozdíl od relativně úzce pojatého § 508 ObZ („předměty průmyslového vlastnictví“) lze nyní licenční smlouvu nově použít k poskytnutí výkonu práva „duševního vlastnictví“. Jak uvádí Boháček,¹² důsledkem tohoto rozšíření záběru licenční smlouvy bude zejména u hraničních typů nehmotných statků diskuse nad tím, zda je tento smluvní typ ještě aplikovatelný, či zda bude nutno uzavírat smlouvy nepojmenované (§ 1746 odst. 2 OZ).

Licenční smlouva vedoucí ke vzniku závazku není jediným právním titulem, který vede k možnosti třetí strany vykonávat práva k průmyslovému vlastnictví. Český právní řád respektuje autonomii vůle majitele příslušného průmyslového práva a nijak mu nezakazuje nakládat se svým majetkem a umožnit jinému ho užívat na základě prostého (protideliktního) **souhlasu**. Tento je ovšem kdykoliv odvolatelný. Předmětem diskuze pak jsou následky odvolání takového souhlasu. Telec k tomu uzavírá, že by se v případě neodůvodněného a nepoctivého odvolání souhlasu mohlo jednat o výkon práva v rozporu s dobrými mravy, potažmo zjevné zneužití práva, které by nemuselo požívat právní ochrany (§ 8 OZ).¹³ Míra jistoty osoby užívající majetek na základě souhlasu tak je, vzhledem k jeho snadnému odvolání, řádově nižší než v případě smluvní licence. V praxi tedy bude licenční smlouva s velkou mírou pravděpodobnosti převažujícím právním titulem a to i v případě bezúplatného konstituování oprávnění k výkonu práv. Z těchto důvodů proto nebude dále institutu souhlasu věnována pozornost, nota bene, pokud je právě bezúplatnost jednou z největších změn v úpravě licence.¹⁴

Beck, 2011, xxvii, 480 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788074004179. S. 326.

¹¹ V obecných otázkách se taktéž aplikoval ObZ dle § 261 odst. 6.

¹² BOHÁČEK, Martin. Op. cit. S. 30.

¹³ Srovnej k institutu souhlasu v autorském právu: TELEC, Ivo. *Souhlas, nebo licenční závazek? Právní rozhledy*. 2013, roč. 21, č. 13-14, s. 457-514. ISSN 1210-6410.

¹⁴ Nelze ovšem nezmínit aktuální debatu nad právní povahou zejména tzv. „veřejných licencí“ k autorským dílům. Srovnej: TELEC, Ivo. a HUSOVEC, Martin. *Souhlas, nebo licenční závazek? Revue pro právo a technologie*. 2013, roč. 4, č. 8, s. 3-8. ISSN 1804-5383.

3 Duševní vlastnictví, předměty průmyslového vlastnictví a nehmotná věc dle OZ

S problematikou licenční smlouvy úzce souvisí nové chápání věci¹⁵ v právním smyslu a samotná právní povaha duševního vlastnictví, *in concreto* předmětů průmyslového vlastnictví v OZ. Jak poznamenává Telec a Tůma, pojem duševní vlastnictví není v OZ (resp. obecně v českém právním řádu) vůbec řešen a definován.¹⁶ Zmíněn je pouze okrajově v § 2178 OZ, který se týká kupí závodu, a právě v úpravě licenční smlouvy.¹⁷ Na základě tohoto legálního pojmu tak *duševního vlastnictví*¹⁸ zahrnuje průmyslové vlastnictví a jiné duševní vlastnictví.¹⁹ Du-

¹⁵ Vzhledem k tomu, že se jedná o poměrně zásadní změnu v oblasti civilního práva, byla tato problematika předmětem obsáhlé doktrinní diskuze. Viz zejména: STUNA, Stanislav a Jiří ŠVESTKA. K pojmu věc v právním smyslu v návrhu nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 10, s. 366-373. ISSN 1210-6410. KOUKAL, Pavel. Nehmotné statky a nehmotné věci v novém občanském zákoníku. In: *Aktuální problémy práva v podnikatelském prostředí ČR a EU*. Praha: TROAS, 2013, s. 42-138. ISBN 9788090459595. TELEC, Ivo. Duševní vlastnictví a jeho vliv na věc v právním smyslu. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 12, s. 444-450. ISSN 1210-6410. ELIÁŠ, Karel. Objekt vlastnického práva a návrh občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 11, s. 410-411. ISSN 1210-6410. ELIÁŠ, Karel. Věc jako pojem soukromého práva. *Právní rozhledy*. 2007, roč. 15, č. 4, s. 119-126. ISSN 1210-6410.

¹⁶ Naopak podle Úmluvy o zřízení Světové organizace duševního vlastnictví (WIPO) ze dne 14. července 1967 (vyhláška č. 69/1975 Sb.), čl. 2 bod viii), jsou v rámci duševního vlastnictví obsažena práva: „*k literárním, uměleckým a vědeckým dílům, k výkonům výkonných umělců, zvukových záznamů a rozhlasovému vysílání, k vynálezům ze všech oblastí lidské činnosti, k vědeckým objevům, k průmyslovým vzorům a modelům, k továrním, obchodním známkám a známkám služeb, jakož i k obchodním jménům a obchodním názvům, na ochranu proti nekalé soutěži a všechna ostatní práva vztahující se k duševní činnosti v oblasti průmyslové, vědecké, literární a umělecké.*“

¹⁷ TELEC, Ivo a Pavel TŮMA. Op. cit. S. 76-77.

¹⁸ Duševní vlastnictví je v kontextu tohoto příspěvku pojímáno axiomaticky. Nelze ovšem neupozornit na kritiku celého konceptu duševního „vlastnictví“. Srovnej např. KINSELLA, N. Stephan. *Against intellectual property*. Auburn, Ala.: Ludwig von Mises Institute, 2008. ISBN 9781933550329. BOLDRIN, Michele. *Against intellectual monopoly*. New York: Cambridge University Press, 2008. ISBN 9780521879286. Z českých zdrojů pak POLČÁK, Radim. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, 388 s. ISBN 9788087284223. S. 300-324.

¹⁹ Tedy práva autorská, práva související s právem autorským a zvláštní práva pořizovatele databáze.

ševní vlastnictví pak představuje majetek chráněný dle čl. 34 odst. 1 a čl. 11. odst. 1 Listiny základních práv a osob. Telec a Tůma²⁰ pak duševní vlastnictví rozdělují²¹ na následující dvě třídy nehmotných ideálních statků:

1. nehmotné věci (v právním slova smyslu)
 - a) které jsou předmětem subjektivních absolutních majetkových práv
 - b) které nejsou předmětem subjektivních absolutních majetkových práv
2. výtvoř, které nejsou nehmotné věci

Ad 1) nehmotné věci

Nově je opuštěna dosavadní koncepce předmětu právních vztahů (§ 118 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „SOZ“) a zaveden (resp. znovuzaveden) pojem „věc nehmotná“.²² Nová úprava totiž přijímá romanistické tzv. „široké pojetí věci“ v právním smyslu. Věcí se pak dle § 489 OZ rozumí vše, „*co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí*“, což zahrnuje jak věci hmotné, tak nehmotné. Dle § 496 OZ jsou nehmotné věci „*práva, jejichž povaha to připouští a jiné věci bez hmotné podstaty*“.²³ Aby se jednalo o věc nehmotnou, musí se jednat v případě práv v oblasti duševního vlastnictví o práva majetková a převoditelná. Do kategorie sub. 1 a) tak bude spadat z průmyslového vlastnictví zejména ochranná známka. Zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „ZOZ“) stanovuje absolutní práva poměrně extenzivně ve své hlavě páté.

Nehmotné věci, k nimž nikomu nenáleží subjektivní absolutní majetková práva (sub. 1 b), nazývají Telec a Tůma²⁴ **věci ničí**, které nemohou být předmětem soukromoprávní dispozice (typicky se jedná o označení původu a zeměpisná označení).

Ad 2) Výtvoř

Poslední kategorií (sub 2) jsou tzv. **výtvoř**, které nejsou nehmotnou věcí, a to zejména z důvodu jejich intenzivní osobnostní složky (typicky se do této

²⁰ TELEC, Ivo a Pavel TŮMA. Op. cit. S. 80.

²¹ K dalšímu chápání pojmu věci a duševnímu vlastnictví vizte: BOHÁČEK, Martin. In: JAKL, Ladislav, ed. *Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví*. První vydání. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, 163 s. ISBN 9788086855875. S. 34-36.

²² Ke genezi tohoto pojmu tohoto pojmu vizte: TELEC, Ivo. Duševní vlastnictví a jeho vliv na věc v právním smyslu. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 12, s. 444-450. ISSN 1210-6410.

²³ Ze své podstaty jsou nehmotné věci věci movitou ve smyslu § 498 odst. 2 OZ.

²⁴ TELEC, Ivo a Pavel TŮMA. Op. cit. S. 80.

kategorie řadí autorská díla, vynálezy, technická řešení, průmyslové vzory). Automaticky to ovšem neznamená, že by tyto nehmotné statky nemohly být majetkem²⁵ a předmětem práv smíšených (osobnostních a majetkových) a nemohl by k nim tedy vznikat typový licenční závazek.²⁶ Partikulární zákony totiž k tomuto majetku, který není nehmotnou věcí, stanovují subjektivní absolutní majetková práva, která pak lze relativizovat, a to zejména licenční smlouvou.²⁷

Pragmaticky lze ale toto dělení uzavřít s tím, že předmětem (smíšených) majetkových práv mohou tedy být nejen výše naznačené věci (nehmotné), ale i výtvořiny a to jako nepřímý předmět (např. vynález chráněný patentem je tak nepřímým předmětem licence).

3.1 Nehmotné statky, nehmotné věci a vlastnické právo

Jak poznamenává DZ,²⁸ není široké pojetí věci v plném rozsahu použitelné na úpravu věcných práv, zejména práva vlastnického. Ač tedy § 1011 OZ stanovuje, že vše, co někomu patří (majetek), je jeho vlastnictvím, je nutno reflektovat úpravu v § 979 OZ. Ustanovení o věcných právech se totiž použijí na práva jen potud, připouští-li to jejich povaha a neplyne-li ze zákona něco jiného.

Dle mého názoru nejlépe sumarizoval závěry obsáhlých diskuzí Boháček, když konstatoval, že „*ne všechny nehmotné statky tak musí být zároveň nehmotnými věcmi a ne všechny ty nehmotné statky, které bychom mezi nehmotné věci řadili, musí být ve vlastnictví s obecným režimem podle OZ*“.²⁹ Pokud se tedy v rámci diskursu používá pojem duševní vlastnictví, nelze jej dle OZ a od 1. 1. 2014 chápat pouze jako předmět vlastnického práva v užším slova smyslu (§ 1012 OZ). Na paradoxní důsledky opačného přístupu upozornil i Telec s Tůmou. Například uživatel nezapsaného označení (logo) by požíval lepší ochrany než majitel zapsané ochranné známky. Jak dále uvádějí výše uvedení autoři „*právní ochrana duševního vlastnictví by tak byla jen výjimkou, zhoršující obecnou soukromoprávní vlastnickou ochra-*

nu“.³⁰ Celý systém ochrany, jakož i speciální úprava licenční smlouvy, by tak ztratily poněkud smysl.

Důsledky těchto teoretických debat jsou pak i praktické. Pomáhají totiž identifikovat, k jakým nehmotným statkům lze uzavřít typovou licenční smlouvu a k jakým již je nutné uzavřít smlouvu inominátní – nepojmenovanou. Adekvátní právní kvalifikace předmětného nehmotného statku má význam též v případě jeho **převodu**. Pokud se totiž bude jednat o věc (nehmotnou), měla by se použít smlouva kupní (§ 2079 – 2183 OZ).³¹ V případě převodu ostatních předmětů duševního vlastnictví by se pak měla využít smlouva nepojmenovaná s analogickou aplikací ustanovení o smlouvě kupní.³² Přijmeme-li závěr, že za nehmotnou věc lze považovat i licenci jako takovou (ve smyslu pohledávky),³³ pak s ní lze i adekvátním způsobem disponovat, tedy ji např. i zastavit, jak bude rozvedeno níže.

4 Obecně k úpravě licenční smlouvy v OZ

Jak uvádí DZ,³⁴ smyslem nové úpravy licenční smlouvy bylo ujednotit doposud roztržštěnou úpravu této typové smlouvy a zakotvit doposud neexistující obecná ustanovení. Z hlediska systematiky se pak relevantní úprava nachází v části čtvrté upravující relativní majetková práva, in concreto v hlavě druhé (závazky z právních jednání), druhém dílu (přenechání věci k užití jinému), v oddílu 5. Ustanovení § 2358 – 2370 OZ představují obecnou část úpravy, která je však zároveň jedinou úpravou pro licenční smlouvu k předmětům práva průmyslového vlastnictví. V § 2371 – 2389 OZ je pak upravena licence k předmětům chráněným autorským zákonem, právy souvisejícími s právem autorským a zvláštními právy pořizovatele databáze a licenční smlouva nakladatelská, které ovšem nebudou předmětem dalšího výkladu.

Licenční smlouva je tak upravena jako specifický smluvní typ, který se odlišuje od dalších smluv, kterými se přenechává věc k užití jinému. V případě licence tedy nedochází k převodu práva, jak již bylo výše naznačeno, ale pouze ke konstituování práva k dočasnému užívání.³⁵ Zásadní rozdíl je právě

²⁵ Dle § 977 OZ pouze zákon může stanovit, zda k dané nehmotné majetku náleží absolutní majetková práva.

²⁶ TELEC, Ivo a Pavel TŮMA. Op. cit. S. 83.

²⁷ Zejména se zde jedná o zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů.

²⁸ DZ, s. 252.

²⁹ BOHÁČEK, Martin. Op. cit. S. 34. Nelze opomenout, že na problémy s definicí nehmotné věci upozorňovali již ŠVESTKA, Stanislav a Jiří STUNA. Op. cit.

³⁰ TELEC, Ivo a Pavel TŮMA. Op. cit. S. 84.

³¹ BOHÁČEK, Martin. Op. cit. S. 34. Takový závěr je ale značně diskuzní. Adekvátní výklad této problematiky je ovšem nad rámec tohoto příspěvku.

³² BOHÁČEK, Martin. Op. cit.

³³ Shodně: TELEC, Ivo. Souhlas, nebo licenční závazek? *Právní rozhledy*. 2013, roč. 21, č. 13-14, s. 457-514. ISSN 1210-6410.

³⁴ DZ k § 2358. S. 515.

³⁵ Dočasnost je pak omezena maximální dobou trvání ochrany.

v předmětu smlouvy, kdy se na rozdíl od ostatních smluv (nájemní, pachtovní, o výpůjčce) nejedná o nezuživatelnou věc, resp. zastupitelnou (smlouva o zápůjčce), ale o nehmotný statek. Typová licenční smlouva tak rozsahem práv a povinností respektuje specifickou povahu takových nehmotných statků, jako např. jejich potenciální ubikvitu, když reguluje výhradnost či nevýhradnost, potažmo i (ne)vylučnost, udělené licence.

4.1 Vznik licenční smlouvy

Licenční smlouva standardně vzniká v rámci kontrakčního procesu dvou stran – zájemce o licenci k výkonu práva duševního vlastnictví a majitele příslušného průmyslového práva (potenciálního poskytovatele licence). Tento kontrakční proces je plně ovládnut zásadou autonomie vůle (§ 1728 OZ). Každý tak má svobodu v tom, zda smlouvu uzavře, s kým ji uzavře a za jakých podmínek.³⁶ In concreto je tak licenční smlouva uzavřena ve chvíli, kdy přijetí nabídky nabyde účinnosti. V tomto kontextu lze upozornit na další „novinku“ v OZ, kterou je opuštění teorie absolutního konsenzu ohledně obsahu smlouvy.³⁷

Pokud již strany do jednání o uzavření licenční smlouvy vstoupí, nese každá z nich náklady ušlé příležitosti. Nově je ale v OZ *expressis verbis* uprave-

na problematika **předsmuvní odpovědnosti** (*culpa in contrahendo*), jako reakce na případné problémy, ke kterým by mohlo dojít v rámci kontrakčního procesu. Nejobecněji stipuluje § 6 OZ povinnost jednat v právním styku poctivě. Konkrétně pak v rámci sjednávání smluv (a to i licenčních) zakazuje vést vyjednávání o uzavření smlouvy, aniž by měl úmysl tuto smlouvu uzavřít (§ 1728 odst. 1 in fine). Stejně tak omezuje strany v libovolném ukončení vyjednávání o smlouvě, pokud už strany dospějí v procesu tak daleko, že se uzavření smlouvy jeví jako vysoce pravděpodobné (§ 1729). Kdo jedná proti těmto zákazům, jedná nepoctivě a musí druhé straně nahradit škodu, nejvýše však v rozsahu, který odpovídá ztrátě z neuzavřené smlouvy v obdobných případech (§ 1729 odst. 2 in fine OZ). Nová úprava i výslovně reguluje informační povinnost stran, tedy povinnost poskytnout veškeré podstatné informace ke kvalifikovanému rozhodnutí o uzavření smlouvy (§ 1728 odst. 2 OZ). Tyto poskytnuté informace ovšem podléhají ochraně, pokud mají důvěrný charakter. Strany tak musí dbát, aby nebyly takové důvěrné informace zneužity, nebo aby nedošlo k jejich prozrazení bez zákonného důvodu. V případě zneužití a současnému obohacení strany pak stíhá stranu, která tuto povinnost poruší, povinnost vydat to, oč se obohatila (§ 1730 odst. 2 OZ).

4.2 Forma licenční smlouvy

Dle již neúčinné právní úpravy byla licenční smlouva k předmětům průmyslového vlastnictví obligatorně písemná (§ 508 odst. 2 ObZ) pod sankcí neplatnosti (§ 272 ObZ). Nová úprava pak obecně umožňuje každému zvolit si pro právní jednání libovolnou formu, pokud tato volba není omezena ujednáním nebo zákonem (§ 559 OZ). V případě licence je pak zákonem stanovena písemná forma ve chvíli, kdy se jedná o licenční smlouvu výhradní nebo má-li být tato zapsána do příslušného veřejného seznamu (§ 2358 odst. 2 OZ). V případě nedodržení této předepsané formy by pak ke konstatování neplatnosti takového jednání bylo nutno obecně zkoumat, zda nedodržení formy odporuje zákonu a zda konstatování neplatnosti vyžaduje smysl a účel zákona (§ 580 a 547 OZ).³⁸ Spolu s Melzerem³⁹ lze jako prioritní funkci písemnosti výhradní smlouvy stanovit tzv. varující funkci a v případě licence zapisované do veřej-

³⁶ ELIÁŠ, Karel a Petr BEZOUŠKA a Bohumil HAVEL. Modul Rekodifikace k § 1728. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer, 2014 [cit. 30. 6. 2014].

³⁷ Ač se tato problematika přímo licenční smlouvy netýká a již se jedná o notoriu, lze formou poznámky pod čarou konstatovat, že úprava v již neúčinném občanském zákoníku § 44 odst. 2 SOZ ke vzniku smlouvy vyžadovala plný překryv nabídky a akceptace a vyžadovala naprosto shodu mezi návrhem a jeho přijetím. Ani přijetí návrhu s celkem nepodstatnými obsahovými změnami nebylo připuštěno. Nová právní úprava (§ 1740 odst. 3 OZ) ohledně přijetí nabídky opouští teorii absolutního konsenzu. Za přijetí nabídky se považuje i souhlas s dodatky nebo odchylkami, které podstatně nemění podmínky nabídky (modifikovaná akceptace). To ovšem pouze pokud to oferent předem v nabídce nevyloučí, resp. po obdržení takového modifikovaného přijetí bez zbytečného odkladu neodmítne. OZ výslovně nespecifikuje, které změny v nabídce považuje za podstatné a které ne. Důvodová zpráva (DZ k § 1740, s. 434.) pak jako inspirační zdroj uvádí čl. 19 Vídeňské úmluvy o mezinárodní koupi zboží, která jako podstatné modifikace podmínek nabídky uvádí zejména dodatky a odchylky ohledně kupní ceny, placení, jakosti a množství zboží, místa a doby dodání, rozsahu odpovědnosti jedné strany vůči druhé straně nebo řešení sporů. Důvodová zpráva dále specificky uvádí, že např. otázky pouhého balení zboží nepředstavují podstatnou modifikaci nabídky.

³⁸ A to zejména vzhledem k obecné preferenci platnosti právního jednání zakotvené v § 547 OZ.

³⁹ MELZER, Filip. Neplatnost právního jednání v návaznosti na nedodržení formy. *Právní rádce*. 25. 7. 2013. [cit. 30. 6. 2014]. Dostupné online z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/infocentrum/media/neplatnost-pravniho-jednani-v-navaznosti-na-nedodrzeni-formy/>

ného rejstříku ochrannou funkci (vzhledem k právní jistotě třetích stran).⁴⁰ Dikce § 582 odst. 1 OZ ovšem dává stranám možnost tuto vadu dodatečně zhojit. Dalším okruhem otázek je, zda se jedná o neplatnost relativní, či absolutní. Melzer⁴¹ i Handlar⁴² pak u smluv plnicích výše dvě uvedené funkce konstatují, že následkem nedodržení formy v takovém případě je neplatnost absolutní.

Na zápis licenční smlouvy do veřejného rejstříku je taktéž dle § 2358 odst. 3 OZ vázána její účinnost vůči třetím osobám. Toto ustanovení pak představuje úpravu obecnou. Podmíněnost účinnosti licenční smlouvy vůči třetím osobám jejím zápisem do příslušného veřejného seznamu pak konkrétně předpokládají ustanovení následujících zvláštních zákonů:

- § 14 odst. 2 č. ZOV, který se dle § 21 zákona č. 478/1992 Sb., o užitných vzorech, ve znění pozdějších předpisů a § 18 odst. 2 zákona č. 529/1991 Sb., o ochraně topografií polovodičových výrobků, použije obdobně i na zápis licence k užitému vzoru a topografii polovodičového výrobku,
- § 18 odst. 3 ZOZ,
- § 32 odst. 3 zákona č. 207/2000 Sb., o průmyslových vzorech, ve znění pozdějších předpisů.

Dle judikatury Nejvyššího soudu⁴³ ale nemá účinnost vůči třetím stranám tímto zápisem do veřejného seznamu vliv ani na platnost a účinnost samotné licenční smlouvy *inter partes*, ani na oprávnění užívat konkrétní předmět průmyslového vlastnictví. Vzhledem k tomu, že nová právní úprava nikterak nemění principy úpravy již neúčinné, nota bene je potvrzuje i obecným ustanovením § 2358 odst. 3 OZ, lze důvodně předpokládat, že tyto judikatorní závěry bude možno aplikovat i na úpravu novou.

Názory na otázky **formy změny** písemné smlouvy dle již neúčinné právní úpravy nebyly jednotné. Marek⁴⁴ byl toho názoru, že pokud by smluvní strany chtěly, aby i změny smlouvy byly prováděny jen písemně, musí si to ve smlouvě, vzhledem k textu ustanovení § 272 ObZ, výslovně sjednat. Opačný, dle

mého názoru systematicky korektnější, názor zastával Sláma (odkazujíc na Eliáše)⁴⁵ s tím, že se na formu změny smlouvy uplatňoval obecný § 40 odst. 2 SOZ. Ač OZ rozvolňuje úpravu formálnosti sjednávání smluv, v případě licence k předmětům průmyslového vlastnictví bude nutné i její změny provádět písemnou formou. Forma licenční smlouvy k průmyslovému vlastnictví je totiž dle zákona písemná (k tomu vizte výše) a tak je i její změny nutno provádět ve stejné, nebo přísnější formě (§ 2358 odst. 3 OZ ve spojení s § 564 OZ a zohledněním § 1906 OZ).⁴⁶

4.3 Obsahové náležitosti licenční smlouvy

Jak již bylo uvedeno výše, licenční smlouvou se poskytovatel licence v dohodnutém rozsahu zavazuje strpět zásah do svého, jinak výlučného, práva.⁴⁷

Obligatorními náležitostmi každé licenční smlouvy dle OZ pak jsou:

- určení předmětu licence,
- závazek poskytovat oprávnění k výkonu licencovaného práva k takto určenému předmětu v ujednaném omezeném nebo neomezeném rozsahu a
- ujednání o odměně.

V případě absence těchto podstatných náležitostí se pak nejedná o licenční smlouvu. Dle ObZ byla tato smlouva absolutně neplatná pro rozpor s kogentní zákonnou úpravou. Nová právní úprava ovšem stojí na preferenci platnosti právních jednání (§ 574 OZ) a není tak vyloučena, aby takové jednání stran, které má náležitosti jiného právního jednání, které je platné, do něj konvertovalo (§ 575 OZ). Relativní neplatnost by bylo dle OZ možno konstatovat až ve chvíli, kdy by absence podstatných náležitostí šla proti smyslu a účelu těchto ustanovení, potažmo, by to zjevně narušovalo veřejný pořádek. Vyloučena též není ani možnost uzavírat smlouvy inominátní se zohledněním benevolentního § 1726 OZ.⁴⁸

⁴⁰ Tuto lze spatřovat zejména v informační funkci veřejného seznamu udělených licencí a možnost kontroly potenciálního kontrahenta s nabyvatelem licence, zda je tento skutečně oprávněným nabyvatelem.

⁴¹ MELZER, Filip. Op. cit.

⁴² HANDLAR, Jiří. In: LAVICKÝ, Petr et al. *Občanský zákoník: komentář. I. Obecná část (§ 1-654)*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2014, 2380 s. Velké komentáře. ISBN 9788074005299. S. 2097–2101.

⁴³ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 7. 2009, sp. zn. 32 Cdo 1817/2008.

⁴⁴ MAREK, Karel. Licenční smlouva (k předmětům průmyslového vlastnictví). *Bulletin advokacie*. 2008, č. 7-8, s. 26–28. ISSN 1210-6348. S. 28.

⁴⁵ SLÁMA, Jiří. Licenční smlouva. *Bulletin advokacie*. 2008, č. 12, s. 26-28. ISSN 1210-6348. S. 27. ELIÁŠ, Karel. In: BEJČEK, Josef, Karel ELIÁŠ a Přemysl RABAN. *Kurs obchodního práva: obchodní závazky*. 4. vyd. Praha: C.H. Beck, 2007, 1, 535 s. ISBN 9788071797814. S. 16.

⁴⁶ Diskuzní pak ale zůstávají následky nedodržení písemné formy změny smlouvy. Vzhledem k § 582 odst. 1 OZ lze ale uvažovat o relativní neplatnosti.

⁴⁷ Jak uvádí Telec a Tůma, právo poskytovatele je sisťováno ve prospěch nabyvatele licence a v případě jejího zániku dochází ke konsolidaci práv v osobě majitele. TELEC, Ivo a Pavel TŮMA. Op. cit. S. 75.

⁴⁸ Ustanovení o typové licenční smlouvě by se pak na takovou smlouvu uplatnily podpůrně (§ 10 OZ).

4.3.1 Omezení licence

Obě úpravy jako obligatorní podmínku stanovují určení rozsahu oprávnění k výkonu práva průmyslového vlastnictví. Již neúčinná právní úprava vymezovala konkrétně rozsah, i území, nová úprava pak pouze rozsah. Licenční smlouvu tak lze dle OZ sjednat jako neomezenou, nebo omezenou co do rozsahu (územně, časově, množstevně, jinak) či způsobu výkonu.

Ohledně (sebe)omezení výkonu příslušných práv pak již neúčinná právní úprava konstruovala ze zákona preferenci nevýhradní a nevýlučné licence. Poskytovatel tedy v další dispozici s právem nebyl nijak omezen (§ 511 ObZ). Vzhledem k dispoziitivnímu charakteru této úpravy se ale strany mohly dohodnout i jinak. Nová úprava pak opět preferuje nevýhradní licenci (§ 2362 OZ). V případě ujednání výhradní licence pak nemůže poskytovat licence třetím osobám (§ 2360 odst. 1 OZ). Pokud by přeci jen licenci poskytl, tato vůbec nevznikne, ledaže by to nabyvatel výhradní licence písemně schválil. Poskytovatel licence se ale v případě výhradní licence musí zdržet i výkonu samotného práva, pokud není výslovně ujednáno jinak. Z hlediska praxe uzavírání licenčních smluv je tedy nutné upozornit na novou dispoziitivní úpravu a v licenčních smlouvách možnost předmětný statek poskytovatelem licence dále užívat výslovně sjednávat.

4.3.2 Úplatnost licence

Stará právní úprava vyžadovala u licenční smlouvy k předmětům průmyslového vlastnictví její úplatnost, přičemž absence úplaty měla za následek neplatnost licenční smlouvy.⁴⁹ Nutné protiplnění ze strany nabyvatele pak mělo povahu poskytování finanční úplaty, nebo jiné majetkové hodnoty. Tato úprava ovšem neodpovídala tržní praxi a nejmarkantněji se slabiny obligatorní úplatnosti licenční smlouvy projevovaly v právu známkovém. Důsledkem toho bylo uzavírání inominátních smluv bezúplatných k užívání ochranné známky. Dovolnost takového jednání pak potvrdila i judikatura Nejvyššího soudu.⁵⁰

Nová právní úprava pak na tuto nepraktičnost reagovala tím, že úpravu připodobnila regulaci odměny za poskytnutí licence k užití autorského díla.

⁴⁹ Srovnej ŠTENGLOVÁ, Ivana a Stanislav PLÍVA a Miloš TOMSA a kol.: *Obchodní zákoník*. Komentář. 13. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, 1469 s. ISBN 9788074003547. S. 1163.

⁵⁰ Srovnej rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 7. 2009, sp. zn. 32 Cdo 1817/2008. Je nutno ovšem upozornit i na protichůdný rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 3. 2012, sp. zn. 23 Cdo 3996/2010.

Ujednání o odměně je tak stále obligatorní součástí smluvního typu a je i předpokládáno s tím, že se nabyvatel licence zavazuje poskytovateli poskytnout odměnu.⁵¹ V souladu se zvýšeným respektem k principu autonomie vůle je ale nově dovoleno specificky stanovit, že se smlouva uzavírá jako bezúplatná (§ 2366 odst. 1 písm. b) OZ). Licenční smlouva je platná i v případě pouhého projevu vůle uhradit odměnu, ovšem bez určení její konkrétní výše. V té chvíli je nabyvatel dle § 2366 odst. 1 písm. a) OZ povinen uhradit odměnu ve výši, která je „obvyklá v době uzavření smlouvy za obdobných smluvních podmínek a pro takové právo“. Nadále tak již nebudou mít strany důvod uzavírat smlouvy inominátní o bezplatném užívání příslušného předmětu, byť tato možnost není s ohledem na § 1746 odst. 2 OZ vyloučena. Jak poznamenává Vitek, uzavíráním takových smluv by se tak „v případě opomenutí úpravy některé z oblastí, mohly připravit o ochranu plynoucí ze zákona pro licenční smlouvy“.⁵² Navíc, takové zastřené právní jednání by s největší pravděpodobností bylo vykládáno dle § 555 odst. 2 OZ jako bezúplatná licenční smlouva, i pokud by tak explicitně nebyla stranami označena.⁵³ V případě opomenutí ujednání o odměně, resp. absenci jednání stran o uzavření licenční smlouvy, které by naznačovalo, že chtějí strany uzavřít úplatnou smlouvu i bez určení výše odměny, by se dle mého názoru jednalo o právní jednání zdánlivé, a to z důvodu neurčitosti obsahu závazku stran.⁵⁴ Ač je tento názor diskutabilní, je dle mého názoru ujednání o odměně (resp. její absenci) stále podstatnou náležitostí licenční smlouvy k průmyslovým právům.

4.3.3 Trvání licence

Ohledně trvání závazku z licenční smlouvy nepřináší nová právní úprava zásadní změnu. Licenční smlouvu tak lze uzavřít na dobu neurčitou nebo určitou. V případě licencí k předmětům průmyslových práv zapisovaných bude ovšem délka trvání závazků omezena na maximální dobu na dobu trvání pří-

⁵¹ Explicitně stanovuje odměnu jako nutnou součást licenční smlouvy § 19 odst. 2 zákona č. 408/2000 Sb., o ochraně práv k odrůdám, ve znění pozdějších předpisů.

⁵² VÍTEK, Dominik. Licenční smlouva k předmětům průmyslového vlastnictví. *epravo.cz* [online]. 2014 [cit. 30. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/licennci-smlouva-k-predmetum-prumysloveho-vlastnictvi-dle-noz-93756.html?mail>

⁵³ Tamtéž.

⁵⁴ K diskuzi pak zůstává, zda by bylo možno interpretačními pravidly dle § 555 a 556 OZ dovést vůli stran uzavřít smlouvu bezúplatně. Díkce § 2356 OZ naznačuje, že toto ujednání musí být výslovnou součástí smlouvy.

slušných práv, tedy na dobu určitou. Obecně nejsou závazky ze smluv uzavřených na dobu určitou vypověditelné (§ 1998 a 1999 OZ). Nic ovšem nebrání stranám si i v takovém případě sjednat výpověď a okamžik nabytí její účinnosti.

Interpretačně zajímavou otázkou pak též je, jak postupovat v případě, že licenční smlouvou bude určen časového rozsahu úplně pominuto. V obecné úpravě licenční smlouvy totiž absentuje zákonné podpůrné ustanovení § 2376 OZ jako v případě licenčních smluv k předmětům chráněným autorským právem, tedy že je licence omezena na dobu obvyklou u daného druhu díla a způsobu užití a to po dobu maximálně jednoho roku. K diskusi pak je, zda by šlo takové projevy vůle stran interpretovat jako vůli uzavřít smlouvu na dobu trvání majetkových práv. Takové ujednání by ovšem opět bylo neurčité, neboť jasně neindikuje, zda strany měly na mysli skutečně celou možnou dobu trvání práv nebo pouze dobu do prvního placení poplatků za udržování ochrany.⁵⁵ Opět ovšem nelze vyloučit možnost následného vyjasnění takového projevu vůle dle § 553 OZ.

4.4 Aktivní legitimace k ochraně práv

Jednou z nejzásadnějších změn, kterou přinesla nová právní úprava je modifikace rozsahu povinnosti a oprávnění vymáhat práva z průmyslového vlastnictví v případě jejich porušení. Dle již **neúčinné právní úpravy** byl dle obecného § 514 ObZ aktivně legitimován poskytovatel licence, tedy majitel průmyslového práva.⁵⁶ Její nabyvatel měl vůči poskytovateli pouze informační povinnost o zjištěném porušení práv a povinnost poskytnout poskytovateli potřebnou součinnost (spolupůsobit při ochraně práv). Případné neinformování a neposkytnutí součinnosti zakládalo povinnost nabyvatele licence nahradit vzniklou škodu dle § 373 a násl. ObZ.

Speciální úprava v zákoně o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví⁵⁷ pak v § 2 odst. 2 rozšiřuje oprávnění domáhat se ochrany licenčně nabytých

⁵⁵ Např. v případě patentu by se tak jednalo o 1 rok (§ 5 zákona č. 173/2002 Sb., o poplatcích za udržování patentů a dodatkových ochranných osvědčení pro léčiva a pro přípravky na ochranu rostlin a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů).

⁵⁶ Sporné dle doktríny bylo, na čí náklady měla být ochrana práv z licence prováděna. Srovnej: HORÁČEK, Roman, Karel ČADA a Petr HAJN. *Práva k průmyslovému vlastnictví*. 2., dopl. a přeprac. vyd. V Praze: Nakladatelství C. H. Beck, 2011, xxvii, 480 s. Beckovy právnické učebnice. ISBN 9788074004179. S. 332.

⁵⁷ Zákon č. 221/2006 Sb., zákon o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „ZOVPPV“.

práv, když stanovuje, že „nabyvatel licence může vymáhat práva jen se souhlasem vlastníka či majitele práva.“ Sekundárně je pak nabyvatel licence legitimován v případě neaktivity jejího poskytovatele. Nezahájí-li tento příslušné řízení sám v subjektivní lhůtě jednoho měsíce od doručení oznámení nabyvatele o porušení či ohrožení práva, může licenci začít aktivně konat sám.

Ohledně *legitimace k vymáhání práv* dle **nové právní úpravy** je v § 2369 OZ předpokládáno „prohození“ rolí subjektů, které mohou konat příslušné kroky k ochraně poskytnuté licence. Nabyvateli licence zůstává zachována povinnost poskytovatele licence bez zbytečného odkladu o porušení licence informovat (jako v § 514 ObZ), subjektem poskytujícím součinnost v případě porušení či ohrožení licence, je ale dle OZ poskytovatel licence. Z výše uvedeného tak lze na první pohled dovodit, že aktivně konajícím subjektem v prosazování práv z průmyslového vlastnictví by měl být nově *ex lege* nabyvatel licence. Až v případě, že nebude nabyvatel licence tuto aktivně chránit, bude moci příslušné kroky podnikat poskytovatel licence. Tato pasivita nabyvatele by znamenala porušení zákonné povinnosti k ochraně licence a vznik příslušné odpovědnosti za vzniklou újmu.⁵⁸

Na první pohled se zdá, že speciální úprava je v rozporu s úpravou obecnou. V tomto případě lze ovšem tento zdánlivý konflikt vyřešit obecným intertemporálním pravidlem „*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*“, tedy že pozdější obecná úprava (tedy OZ), neruší předchozí úpravu speciální (tedy ZOVPPV). Byť poněkud nejasně, vyplývá tento závěr i z § 3029 odst. 2 OZ. Na úpravu speciální a obecnou lze ovšem nahlížet tak, že vůbec v rozporu nejsou. Požadovaná „*součinnost k právní ochraně licence*“ totiž teoreticky může spočívat i v tom, že vlastník nekoná (tj. svým projevem vůle vyvolává následky aprobované právní normou), a umožní tím nastoupení účinků § 2 odst. 2 věty druhé ZOVPPV.⁵⁹ V souladu s tímto ustanovením ale tyto nastoupí až po promeškání předvídané jednoměsíční lhůty.⁶⁰ Jedná se ovšem o teoretické konstrukce, v praxi lze očekávat rychlé jednání a shodu jak nabyvatele, tak poskytovatele licence za účelem efektivní ochrany práv z průmyslového vlastnictví.

4.5 Dispozice s licenci

Úprava v ObZ výslovně v úpravě smluvního typu nereflektovala možnost disponovat s nabytou licenci,

⁵⁸ VÍTEK, Dominik. Op. cit.

⁵⁹ Děkuji JUDr. Pavlu Koukalovi, Ph.D. za inspiraci k této interpretaci.

⁶⁰ Shodně VÍTEK, Dominik. Op. cit.

tedy zřizovat podlicenční právo či licenci postupovat. Dle § 511 odst. 2 ObZ bylo přenechání výkonu práva jiný osobám explicitně zakázáno. Jednalo se ovšem pouze o dispozitivní ustanovení a tak byla úprava v této oblasti ponechána na vůli stran a jejich shodě. V OZ jsou pak tyto otázky přímo adresovány, když § 2363 stanovuje, že „nabyvatel může oprávnění tvořící součást licence poskytnout třetí osobě zcela nebo zčásti, jen bylo-li to ujednáno v licenční smlouvě.“ V tomto případě nedochází ale ke změně stran původní licenční smlouvy, jako v případě postoupení licence. Taková změna je nyní výslovně dovolena v § 2364 OZ, ovšem pouze s výslovným souhlasem poskytovatele licence, který musí mít písemnou formu. Na rozdíl od výše uvedeného práva podlicencovat není nutné možnost postoupit licenci sjednávat v původní licenční smlouvě, z hlediska praxe lze ale takové ujednání doporučit. V případě postoupení též stíhá nabyvatele licence povinnost oznámit poskytovateli licence její postoupení, jakož i osobu postupníka. Modifikována byla úprava převodu licence v případě **převodu závodu** nebo jeho částí, která tvoří samostatnou složku. Dřívější úprava v § 479 ObZ nepředpokládala automatický převod licence. Jestliže by takový přechod odporoval licenční smlouvě k průmyslovému nebo povaze těchto práv, nedošlo by k němu. Nová úprava v § 2365 OZ změnila tento modus operandi tak, že při realizovaném převodu není potřeba souhlasu poskytovatele licence, ledaže by ve smlouvě ujednáno zvláště jinak.⁶¹

V teoretickém úvodu příspěvku bylo konstatováno, že licenci je možno považovat za movitou nehmotnou věc, tedy disponibilní pohledávku (tedy dle § 1310 OZ věc, s kterou lze obchodovat), a lze i uvažovat o vzniku **zástavního práva** k ní. Analogickou aplikací § 2364 OZ dospívá Telec a Tůma k závěru, že i k zastavení licence je ale potřeba souhlas ze strany jejího poskytovatele.⁶² Vzhledem k § 1309 OZ ale lze smluvně zakázat takovou možnost dispozice. Vůči třetím stranám bude takové ujednání o omezení dispozice s licenci účinné, jen pokud bude zapsáno do příslušného veřejného rejstříku.

Ohledně **povinnosti využít licenci**, tedy vykonávat příslušná licencovaná práva, se úprava v ObZ a OZ neliší. Výkon je tak povinný, pouze pokud na tom záleží trvání práva. Typicky by se tak jednalo o práva z ochranné známky (§ 2359 odst. 1 OZ). Stejně tak má poskytovatel licence povinnost příslušné právo udržovat po dobu trvání licence (§ 2359 odst. 2 OZ).

⁶¹ Samotný převod práva z průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví je pak dle § 2178 OZ při koupi závodu výslovně zakázán, pokud to vylučuje smlouva a nebo povaha takového práva.

⁶² TELEC, Ivo a Pavel TŮMA. Op. cit. S. 74.

5 Vztah obecné úpravy k úpravám zvláštním

Licenční smlouva není zmíněna a upravena výlučně a pouze v OZ. Speciální zákony upravující práva průmyslová s ní explicitně počítají (§ 14 ZOV, § 18a ZOZ) a obecná úprava se tedy použije podřídně.⁶³

Speciální (ve smyslu aplikace) ZOV pak v § 19 upravuje modifikaci kontraktačního procesu, tzv. veřejnou nabídku licence.⁶⁴ Přihlašovatel či majitel patentu pak má možnost prohlásit, že komukoli poskytne právo k využití vynálezu. Zájemce o takovou licenci pak musí písemně sdělit a právo na odměnu potenciálního poskytovatele není nijak dotčeno. Obdobnou úpravu pak specificky pro licenci k užití autorských děl zakotvuje i OZ v § 2373, tato ovšem není vázána písemně přijetí nabídky a není ji, vzhledem k neformálnosti autorskoprávní ochrany, potřeba zapisovat do veřejného rejstříku.

6 Závěrem

Obecně lze hodnotit sjednocení úpravy licenční smlouvy v OZ jako krok správným směrem. OZ vychází z úpravy licenční smlouvy v ObZ, vhodně ji ale rozšiřuje na obsáhlejší okruh nehmotných statků. Nelze ovšem úplně souhlasit s tvrzením v důvodové zprávě, že „nová úprava sleduje především naplnění systematického hlediska, platnou právní úpravu v obou speciálních zákonech přejímá, aniž ji podstatně mění.“⁶⁵ Významnou změnou je pak zejména, výše uvedené, rozšíření záběru licenční smlouvy (průmyslové a jiné duševní vlastnictví),⁶⁶ možnost sjednat bezúplatnou licenci i k předmětům průmyslového vlastnictví a aktivní legitimaci k ochraně licencovaných práv ve prospěch nabyvatele licence. Nepřímý vliv na problematiku bude mít zásadní koncepční změna chápání nehmotné věci v OZ.

Po provedené analýze a komparaci právní úpravy licenční smlouvy před a po 1. 1. 2014 lze tento příspěvek uzavřít s tím, že nová úprava licenční smlou-

⁶³ Explicitně tak stanoví § 32 odst. 3 ZOP a § 18 ZOZ. Oba zmíněné zákony odkazují na obecnou úpravu (specificky ObZ a SOZ), vzhledem k § 3029 odst. 1 OZ se ale užije úprava v OZ.

⁶⁴ Veřejná nabídka licence se nepoužije obdobně pro užitné vzory, průmyslové vzory, odrůdy rostlin, topografie polovodičových výrobků či ochranné známky.

⁶⁵ Srovnej DZ k § 2358 až 2389 OZ.

⁶⁶ Nelze ovšem ignorovat, že samotné pojetí nehmotné věci je značně diskutabilní a přináší další otázky a to zejména v oblasti dispozice s příslušnými nehmotnými statky a použitelnosti jednotlivých smluvních typů. K tomu vizte prameny zdroje citované výše v části 3.

vy vhodně reaguje na potřeby praxe, zároveň však otevírá další prostor k diskusi.

Summary

This paper analyses and compares the regulation of industrial property licensing agreement before and after the effective date of the new civil code. The general section introduces the conceptual change in the understanding of the licensing agreement as well as the new concept of immaterial things. The special part presents in further detail the regulation of the

formation, form, parties and content of the licensing agreement as well as the possible disposition therewith. The broadening of the scope of the licensing agreement (industrial and other intellectual property rights), the possibility to negotiate a royalty-free license, the changes in the subject entitled to enforce the rights from the license, the preference of an exclusive license as well as to possibility to assign the license with written consent of the licensor were identified as major changes. Overall, the new legislation concerning licensing agreements is evaluated as adequately reflecting the needs of practice.

Kolize kolizních norem – aneb k úpravě kvalifikace a zpětného odkazu v zákoně o mezinárodním právu soukromém

Naděžda Rozehnalová*

I Úvod

Cílem mezinárodního práva soukromého, jako právní disciplíny, je řešení kolizí právních řádů států. Vnitrostátní a mezinárodní úpravy využívají různých metod či prostředků k tomu, aby byla zodpovězena otázka, jakým právním řádem se bude řídit posuzovaný soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem. Metodou užívanou v řadě právních řádů, zejména potom evropských, je metoda kolizní. Ta využívá kolizních norem k tomu, aby byla kolize právních řádů vyřešena a byl určen právní řád, který řídí posuzovaný právní vztah. Nadpis naší studie však ukazuje na to, že existují i další možné problémy, resp. kolize, které souvisejí s užitím kolizních norem. A to zejména tam, kde se opíráme o kolizní normy neunifikované na universální mezinárodní úrovni. Což je dnes větší situace. Realitou současného světa jsou kolizní normy unifikované na národní úrovni a/nebo kolizní normy unifikované na regionální úrovni.¹

* Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., profesor na Katedře mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity Brno.

¹ Z posledního období lze doporučit k otázce národních kodifikací publikaci SYMEONIDES, C. S. *Codifying Choice of Law Around the World*. University Press: Oxford, 2014, s. 1 – 37. K problematice regionálního unifikovaného práva v české literatuře zejména: PAUKNE-

Problémy s užitím kolizních norem mohou být různé. My se soustředíme na dva, které spolu v určitých aspektech souvisejí a které jsou výslovně upraveny v zákoně č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém (dále jen ZMPS): kvalifikaci (§ 20) a zpětný či další odkaz (§ 21). Onu souvislost, která nám spojuje obě otázky a dovoluje nám jejich propojení do jedné studie, se pokusíme uvést s využitím publikace významného německého teoretika F. Kahna z počátku minulého století. Kahnovo dílo „*Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*“² je hodnoceno literaturou jako jeho nejvýznamnější dílo a současně také jako první dílo, kde byl jasně uveden problém později nazvaný „*kvalifikační problém*“ či „*kvalifikace*“. Kahn rozlišuje tři druhy kolizí: zjevnou kolizi, kolizi

ROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 21. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013. ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013.

² KAHN, F. *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Bd. 30, 1981, s. 7 a násl., s. 56 a násl., s. 107 a násl. Převzato z: *Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*. /Převzato: 23. 9. 2014/

hraničních určovateli a skrytou kolizi. Zjevnou kolizi nazývá situaci, kdy se využívá různých hraničních určovateli pro stejné kolizní normy. Například pro způsobilost k sňatku *lex patriae vs. lex domicilii*. Druhým případem je kolize hraničních určovateli, kdy jsou pro stejné pojmy dána různá naplnění – například užití navázání na trvalé bydliště a jeho různé naplnění. Třetím případem je skrytá, latentní, kolize a souvisí s vazbou kolizního práva na právo hmotné. Její podstata je dána různorodostí práva hmotného jednotlivých států a následnou růzností v hodnocení právních vztahů. Prvý případ je ztotožňován právě s otázkou možného následného využití jevu zpětného a dalšího odkazu, zatímco onen třetí s otázkou kvalifikace.

Cílem statě je uvést oba instituty pohledem nové české úpravy. Vzhledem k tomu, že se v případě kvalifikace jedná o nové legislativní ukotvení, poukázat i na to, nakolik nová či překvapující tato úprava je. Tedy nakolik je kontinuální se stávajícím doktrinálním vývojem, či naopak nakolik je překvapující. Článek by měl rovněž poukázat na význam správného metodologického uchopení práce s kolizní normou.

II Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém

II.1 Úvod do problému včetně historického vstupu

Existuje jev kvalifikace, nebo jde o důsledek například problematické formulace či konstrukce kolizní normy?³ Pokud se shodneme na existenci problematiky „kvalifikace“, je třeba si položit otázku, jak jej definovat a jaký je předmět kvalifikace? Máme-li jasno o těchto otázkách, je vhodné tento jev vůbec právně regulovat a „konzervovat“ vybranou metodu do právní normy? Není vhodnější nechat diskuse na právní praxi a právní teorii? Vždyť jak uvedla polská autorka K. Bagan – Kurluta: „nedostatek regulace institutu kvalifikace přináší osobě aplikující právo svobodu, omezuje však současně i jistotu o účincích“.⁴ Ponechání institutu mimo právní regulaci totiž umožňuje soudci využít různé metody či jejich kombinaci a reflektovat zvláštnosti daného faktického stavu. Dle konkrétních okolností případu

³ Tato úvodní otázka není vůbec překvapivá. Velmi kriticky k jevu kvalifikace například NEUNER, R. *Der Sinn der Internationalprivatrechtlichen Norm - Eine Kritik der Qualifikationstheorie*. Brunn - Prag - Leipzig - Wien: Verlag Rudolf M. Rohrer, 1932.

⁴ BAGAN-KURLUTA, K. *Qualification of concepts and its problems in cases with foreign element in Poland and the United Kingdom*. In: *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 32 (45) 2013, s. 72

tak může vázat kvalifikaci na tuzemské hmotné právo, nebo naopak může akcentovat autonomní prvky v kolizním právu a využít cizí právo či jiné metody. Na druhé straně může tato volnost, která přichází v lepším případě v průběhu řízení, v horším až při vydání rozhodnutí, představovat pro účastníky další z nepředvídatelných prvků procesu rozhodování. A pro soudce, který se nesetkává pravidelně se spory s mezinárodním prvkem, může naopak neregulování přinést mechanistické tlhnutí k tuzemskému právu.

Tyto otázky se objevují od konce 19. století, kdy nezávisle na sobě dva autoři – německý právní teoretik *Franc Kahn* a Francouz *Etienne Bartin* identifikovali otázku kvalifikace a snažili se nastínit její obecné řešení. Od té doby byly napsány desítky knih a stovky článků obsahujících diskuse o vhodné metodě uchopení jevu kvalifikace.⁵ Diskuse o této problematice je diskusí jak o správném uchopení metody a práci s kolizní normou, tak i diskusí o formulaci rozsahu kolizní normy. Je to rovněž diskuse o tom, jak v případě existence národních kolizních norem zajistit mezinárodní rozhodovací harmonii.

Vymezení kvalifikace. Termín „kvalifikace“ má jak v právní terminologii, tak v obecném jazyce více významů.⁶ Jako pojem užitý v mezinárodním právu soukromém jej lze pro účel našeho článku uvést s pomocí vymezení v § 20 odst. 1 část věty první (podobně i odstavec třetí téhož paragrafu) ZMPS:

„Právní hodnocení určitého právního poměru nebo otázky za účelem vyhledání použitelného kolizního ustanovení pro určení rozhodného práva....“⁷

⁵ Poměrně bohatý rejstřík článků i knih viz zejména: MISTELIS, L.A. *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

⁶ Existují právní odvětví, kde je pojem „kvalifikace“ využíván pravidelně a teorie či praxe s ním pracuje. Existují jiná, kde tomu tak není. Byť jde o myšlenkový metodologický proces, který probíhá ve všech oblastech hmotného práva obdobně. Typickým příkladem prvního je trestní právo a mezinárodní právo soukromé. V konkrétních podmínkách se nicméně obsah tohoto procesu, resp. důsledky jeho užití, liší. V případě trestního práva jde o interakci konkrétní skutkové podstaty a právní skutkové podstaty. Výsledkem je subsumpce případu pod určitou právní normu daného právního řádu s následnou možností konstatovat určitý právní následek. V mezinárodním právu soukromém jde – jak uvidíme – o poněkud odlišný proces.

⁷ Viz také KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*, Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 9. vydání, s. 141. Toto vymezení konvenuje s naším přístupem k této otázce – kvalifikační otázka je jevem spojeným s pravidelným použitím kolizní normy. Teprve kvalifikační problém je problematikou, která nastává pouze v některých situacích.

Ve výše uvedené zákonné definici je naznačena i metodologická cesta. Lze ji zjednodušeně vyjádřit následovně: hodnocení právní, které je realizováno s využitím institutů hmotného práva určitého státu a za účelem subsumpce pod rozsah užití kolizní normy. V tomto smyslu jde současně o základní metodologické uchopení práce s kolizní normou. Tedy nikoli o mimořádnou, jen v některých krajních případech přicházející do úvahy, situaci. V tomto významu také vidíme účel diskuse o kvalifikaci.

Kvalifikace tak, jak je výše uvedena, je vázána na:

- aplikaci multilaterálních (resp. dvoustranných či oboustranných) kolizních norem. Nikoli na normy unilaterální (jednostranné), které vylučují působnost právního řádu.⁸
- tradiční kolizní metodu. Nikoli na případy, kdy tato byla nahrazena jiným typem úvah o rozhodném právu.⁹ Zvláštností může tento proces vykazovat v případě řízení před rozhodci,¹⁰ tam, kde je zastávána pozice tzv. fakultativního kolizního práva¹¹ či je dána preference na přímou vazbu hmotného práva fóra.
- aplikaci norem vnitrostátního původu. Unifikované normy mezinárodního a regionálního původu, u nichž se objevuje požadavek autonomního výkladu pojmů, „naplňují“ pojmy užití v rozsahu jinou cestou. Zcela samostatnou problematiku představují normy obsažené v evropském kolizním právu, kde může vést jednotná interpretace realizovaná SD EU ke vzniku nových pojmů, které nejsou navázány na konkrétní právní řád.¹²

⁸ K vymezení multilaterálních a unilaterálních norem v české literatuře: KUČERA, Z. Systematika a třídění kolizních norem. In Studie z mezinárodního práva, Svazek 16, Praha: Nakladatelství České akademie věd ACADEMIA, 1982.

⁹ Zde odkazujeme na oblast anglosaského práva. Zejména doporučujeme: ROBERTSON, A.H. A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws. In: Harvard Law Review, 1939, s. 747 – 772.

¹⁰ HEISKANEN, V. And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration. Arbitration International, Vol. 26, No. 4, s. 441 – 466.

¹¹ K teorii fakultativního kolizního práva zejména FLESSNER, A. Fakultatives Kollisionsrecht. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law 34. Jahrg., H. 3/4, KONRAD ZWEIGERT zum 60. Geburtstag (1970), s. 547-584.

¹² Viz například: BARATTA, R. Process of Characterization in the EC Conflict of Laws, in Yearbook of Private International Law, Volume 6, 2004. V české literatuře: ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I). Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 40 - 46.

Tato otázka zde pro svou teoretickou odchylnost není řešena.

Při procesu kvalifikace existuje více kroků, které jsou nedílnou součástí celého aplikačního procesu kolizní normy a které by více či méně mohly odpovídat našemu vymezení. Jak uvádí ve svém článku Čermák, mohou být rovněž takto označovány. Což bývá často důvodem rozličného výkladu problému.¹³ Je vhodné označit, který z nich bude v této kapitole analyzován.

Prvým krokem je ten, který jsme uvedli výše – kvalifikace konkrétního právního poměru či otázky za účelem nalezení kolizní normy, tj. právní hodnocení relevantních skutečností s cílem následného podřazení otázky pod rozsah kolizní normy. Vždy se jedná o případ přesahující ony pomyslné hranice právního řádu jednoho státu.

Ve druhém navazujícím kroku – použití hraničního určovatele uvedeného v kolizní normě – nalézáme rovněž prvky hodnocení, kvalifikace. Proces například hodnocení místa uzavření smlouvy či hodnocení nejužšího spojení má nejenom interpretační stránku (interpretace právního pojmu), ale zahrnuje i hodnocení skutková. Nebo domicil či bydliště rovněž obsahují vedle interpretace termínu užitého v kolizní normě i nutné hodnocení skutečností.

Třetím krokem v procesu hledání práva pomocí kolizní metody je určení právního řádu, resp. určení konkrétních norem tohoto právního řádu, kterým se právním poměr či otázka, kvalifikované v prvním kroku a vyjádřené v terminologii právního řádu užitého k tomuto hodnocení, budou řídit. I zde hovoří někteří autoři o kvalifikaci a doktrína se v tomto směru rozvinula v kvalifikaci prvního a druhého stupně, resp. v teorii stupňové kvalifikace.¹⁴

Náš zájem se týká onoho prvního kroku. Stranou našich úvah ponecháváme otázku předmětu kvalifikace – otázku, která v české literatuře byla zajímavým způsobem analyzována Čermákem, na jehož výklad odkazujeme.¹⁵

Hledání cest v minulosti. Pohlédneme-li do minulých i současných pojednáních o kvalifikaci, nalézáme zde mimořádně bohatou diskusi. A to od úvah navázaných na konkrétní právní řád, přes odpoutání se od něj a hledání řešení na průsečíku právních řádů.

BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA J., Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2014, s. 133 – 135.

¹³ ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, č. 6, 1999, s. 497 a násl.

¹⁴ KROPHOLLER, J. Internationales Privatrecht, Mohr Siebeck: Tübingen, 2006, 6. Auflage, s. 130 – 131.

¹⁵ ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, č. 6, 1999, s. 497 a násl.

Krátký přehled je vhodné začít s metodou vycházející z nacionálně-positivistických pozic, které zastávali „objevitelé kvalifikace“ Kahn s Bartinem – kvalifikací *lex fori*. Tedy případem, kdy právně hodnotíme otázku dle hmotného práva místa rozhodování sporu. Východiskem koncepce je myšlenka o náležitosti kolizní normy určitému národnímu právu a její legislativní i aplikační propojení na hmotné právo tohoto státu. Je však třeba poznamenat, že ani u svých prvých zastánců tato metoda neabsolutizuje pozici práva fóra. Výjimkou se využívá zpravidla u kvalifikace věcí movitých a nemovitých (*lex rei sitae*) a v případě smluv (*lex loci contractus*).¹⁶ Výhody a nevýhody této metody se téměř vyrovnávají. Pro soudce je blízké kvalifikovat případ dle tuzemského práva. Využití této kvalifikace představuje v rámci aplikace hmotných a kolizních norem nesporně logický krok. Pro strany je tento přístup předvídatelný. Rovněž interpretace norem je vedena zpravidla zásadou interpretace dle práva, k němuž norma náleží. Ostatně řada názorů shlíží na kvalifikaci jako na proces interpretace a proto postup dle zásady *ejus est interpretari cujus est condere* má své odůvodnění. Ne nepodstatným argumentem je poukaz na jednotu právního řádu. Mezinárodní právo soukromé je součástí určitého právního řádu a to i přesto, že hodnocená faktická situace má vazby na zahraničí. Termíny využívané kolizními normami by měly vycházet z tohoto právního řádu. Používali se například termín „rozvod“, měl by být stejně použit v právu hmotném, procesním i kolizním. Ostatně samotná argumentace „pro“ tuto metodu se v čase měnila. Zatímco dříve převažovala argumentace směřující k pozitivistické ideologii a státní suverenitě, dnes se výrazněji objevuje argumentace opírající se o konsistenci právního řádu a proti argumentaci na řešení v kruhu, které přináší metoda dle *lex causae*. Existují a existovaly další argumenty proti této metodě či její dominanci. Battifol poukazuje na vznikající izolaci při jejím použití.¹⁷ Bystrický hovoří o expanzivnosti této metody s důsledky těmi, že soudce může dát cizímu právu jiný smysl a obsah, než jaký ve skutečnosti má.¹⁸ Široce kritizoval tuto metodu Rabel (stejně ovšem napadá i kvalifikaci dle *lege causae*): řada otázek či institutů je v jednotlivých

¹⁶ KAHN, F. Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts. In: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 30: N.F Bd. 18, 1891, s. 80 – 97.

Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. BARTIN, E. De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, CLUNET, 1897, s. 223.

¹⁷ Battifol, H., Aspects philosophiques du droit international privé. Paris: Dalloz, 1956, poznámka 133.

¹⁸ BYSTRICKÝ, R. Základy mezinárodního práva soukromého. Praha: Orbis, 1958, s. 97.

vých národních právech různě kvalifikována, interpretace rozsahů kolizních norem stejným způsobem jako hmotných norem daného právního řádu násobí kolize právních řádů, které jsou následně mezinárodně neřešitelné, prohlubováním národních řešení se ztěžuje unifikace.¹⁹

Poměrně krátce po vydání Bartinových prací přichází F. Despagnet s metodou kvalifikace *lex causae*, tj. dle právního řádu, jímž se bude či má řídit posuzovaný právní vztah. V literatuře je uváděna především jeho práce „*Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*“.²⁰ Jde zřejmě o prvního proponenta této doktríny. Nicméně název doktríny přinesl až Martin Wolff ve třicátých letech. S ním bývá dnes většinou i spojována.²¹ Dle Wolffa vede kvalifikace dle *lege fori* - bez zohlednění cizího práva - k „falsifikaci“ obsahu tohoto cizího práva. Metodologie, kterou přináší, se snaží zvýraznit právě onu další vazbu případu na jiné právní řády. Literatura se dnes více věnuje problémům spojeným s touto metodou jako metodou jedinou. Slabou stránkou je nelogičnost tohoto úvodního kroku – tj. právní hodnocení dle práva, ke kterému máme na základě kolizní normy teprve dospět. S tím souvisí i metodologická výhrada směřující k tomu, že je nutné rozlišovat mezi kvalifikací vztahu a interpretací práva. Naopak za silnou stránku je považována skutečnost, že se tato metoda lépe vypořádává s tzv. kvalifikačním problémem spočívajícím v neexistenci institutu v právu fóra. A rovněž i případy zpětného a dalšího odkazu tvoří jisté pnutí při užití metody *lex fori* a naopak se s nimi lze lépe vypořádat u této metody.²²

Ne náhodou se objevují kombinace těchto metod. Přístupů je více. Zmínit je možné tzv. stupňovou kvalifikaci, která se objevila v rakouské doktríně i praxi.²³ Kvalifikace prvního stupně probíhá dle *lege fori*. Je-li povoláno cizí právo, přichází kvalifikace druhého stupně, zde již dle *lege causae*. Toto „překvalifikování“ již probíhá nezávisle na pojmech

¹⁹ RABEL, E. Das Problem der Qualifikation. Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1931, s. 241 – 243.

²⁰ WEBER, H. Die Theorie der Qualifikation. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1986, s. 54 a násl.

²¹ WOLFF, M. Private International Law. London: Clarendon Press (2d ed. 1950), s. 146 a násl. Také viz WOLFF, M., Das internationale Privatrecht Deutschlands. 3. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg: Springer, 1954, s. 49 – 59.

²² Podrobněji MISTELIS, L.A. Charakterisierung und Qualifikation im internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck. 1999, s. 193

²³ KROPHOLLER, J. Internationales Privatrecht. Mohr Siebeck: Tübingen, 2006, 6. Auflage, s. 130 – 131. V české literatuře také ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, 6/1999, s. 510 – 511.

práva fóra a s plným dopadem rozhodného práva. Kritiky směřují jak k záměně problému kvalifikace za problém předběžné otázky, tak důsledkům přístupu, kdy se mohou násobit podmínky pro přiznání nároku.²⁴ Do jisté míry je zde popřena sama funkce kolizních norem fóra – určit právní řád, kterým se má řídit právní vztah. Na straně druhé je zde akcentováno to, že pojmy určitého právního řádu jsou naplňovány právě tímto právem. S různě pojímanou více stupňovitostí se setkáváme u řady autorů z oblasti common law, kteří rozlišují primární a sekundární kvalifikaci. Namátkově je možné uvést Robertsona²⁵ a Falconbridge (tzv. *via-media* jako řešení oscilující rovněž mezi *lex fori* a *lex causae*).²⁶ V souvislosti se stupňovou kvalifikací a jejím překonáváním se rovněž objevuje pojem „směřované, resp. usměrněné navázání“ – „*kanalisierte Verweisung*“, popírající pevné uchopení stupňů.²⁷

Kvalifikace *lex fori* a dle *lex causae*, případně jejich kombinace, představují případy, kdy vycházíme při hodnocení z konkrétních právních řádů. Tyto vazby popírá přístup internacionální či autonomní, snažící se odtrhnout od konkrétního právního řádu a nalézt řešení odpovídající povaze faktických vztahů na průsečíku právních řádů. Jmenovat je třeba především italského teoretika S. Gemmu²⁸ a v období po první světové válce nejznámějšího proponenta tohoto přístupu E. Rabela. Právě s jeho jménem je dnes tato metoda spojována. Rabel přichází nejprve s krátkým nastíněním problematiky v roce 1929. O dva roky

²⁴ KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Doplněk, 1975, 2. vydání, s. 98 – 99.

²⁵ ROBERTSON, A.H. A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws. In: Harvard Law Review, 1939, s. 747 – 772. Zde navíc s vysvětlením přístupu Cheshire.

²⁶ FALCONBRIDGE, J.D. Characterization in the Conflict of Laws, L.Q.R., 1937. Charakteristika nicméně vzhledem k nedostupnosti převzata z: TURPIN, C.C. Characterization and Policy in the Conflict of Laws. In: 1959 Acta Juridica 222, 1959. Rovněž také MISTELIS, L.A. Charakterisierung und Qualifikation im internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck. 1999, s. 196. Rovněž také ALLAROUSSE, V. A comparative approach to the conflict of characterization in private international law. Case Western Reserve Journal of International Law, Summer 91, Vol. 23, Issue 3, s. 493 a násl. /převzato EBSCO 10. 10. 2014/

²⁷ ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, 6/1999, s. 510 – 511.

²⁸ Gemma se vymezuje zejména vůči Bartinovu přístupu ke kvalifikaci. Odmítá kvalifikaci jako institut založený na určitém právním řádu. Vrací se k Savignyho snaze o zprostředkování skutečné povahy právního vztahu aplikací právních norem všech dotčených právních řádů. Tak, jak je Despagnet hodnocen jako zakladatel směru tendujícího k hodnocení dle *lex causae*, je Gemma hodnocen jako zakladatel myšlenek autonomního hodnocení

později vychází jeho obsáhlejší studie ke kvalifikaci, která byla následně vícekrát vydána v řadě jazyků.²⁹ Zatímco Kahn nalézá, definuje a analyzuje kolize a snaží se v rámci národního práva vymezit řešení, má Rabel jiný cíl: nalézt obecně platné kolizní právo a to cestou komparativního naplňování pojmů uváděných v kolizních normách tak, že budou odtrženy od národního hmotného práva. A to jakéhokoli. V tomto naplnění lze potom hledat harmonii v mezinárodním rozhodování. Sám svůj přístup nazývá spíše „metodou“ než doktrínou. Jeho přístup vychází z emancipace a autonomie mezinárodního práva soukromého na právu hmotném.

Další z metod, které jsou dnes využívány a jsou připomínány, je Neuhausova funkční kvalifikace. Podstatou je myšlenka o nutnosti hodnocení kolizní normy nikoli úvahami právně technickými, nýbrž s přihlédnutím k funkci institutu v právním řádu.³⁰ Na druhé straně není ovšem možné opomenout i názory, které zcela popírají existenci jevu kvalifikace a dovozují, že se jedná o případ špatného legislativního uchopení kolizních norem. Zde odkazujeme především na Neunera a jeho několikrát zmiňovanou práci.³¹

Současný svět přináší plejádu přístupů. Stěží by bylo možné je zde vyjmenovat. Zde jen odkazujeme a doporučujeme publikaci Mistelise, která se pokouší o shrnutí přístupů dřívějších i moderních. Autor se zde vyslovuje k problematice kvalifikace, kterou se pokouší vnímat z pohledu procesního, a v tomto směru ji uchopit. Nesporně jeho analýza problému poukazuje na různý pohled na kvalifikaci v závislosti na jednotlivých fázích řízení.³²

II.2 Česká doktrína a stávající česká úprava

Pohled českých teoretiků na problém kvalifikace do jisté míry mapuje vývoj světový a předurčuje nesporně podobu úpravy tak, jak se objevila v novém zákoně o mezinárodním právu soukromém. Toto tvrzení je vhodné alespoň krátce rozvinout.

²⁹ RABEL, E. Das Problem der Qualifikation. Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1931, s. 241 – 288.

³⁰ NEUHAUS, P. H. Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts. Tübingen: J.C.B. Mohl (Paul Siebeck). 2. Auflage, 1962, s. 129 – 132.

³¹ NEUNER, R. Der Sinn der Internationalprivatrechtlichen Norm - Eine Kritik der Qualifikationstheorie. Brunn – Prag-Leipzig - Wien: Verlag Rudolf M. Rohrer, 1932.

³² MISTELIS, L.A. Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck. 1999.

Autor, kterým bude vhodné začít, je J. Krčmář s dílem Úvod do mezinárodního práva soukromého, část I. Propedeutická.³³ S odkazem zejména na práce Bartina, Kahna, Gemmy, Despagneta se přiklání k řešení Bartinovu a kvalifikaci *lex fori*. U kvalifikace movitostí a nemovitostí doporučuje řešení dle práva polohy věci. To ovšem s výhradou výslovného ustanovení v zákoně.

Mezi dvěma světovými válkami přichází se svou učebnicí mezinárodního práva soukromého brněnský autor ruského původu M.A. Zimmermann.³⁴ Výstižné hodnocení pojetí kvalifikace u Zimmermanna jako zastávce normativní teorie podává ve své studii Čermák.³⁵ Na něj s hodnocením, a zejména s poukazem na analýzu pnutí mezi východisky normativní teorie a povahou či potřebami kolizního práva a norem, odkazujeme. Výstižně vysvětluje u Zimmermanna právě onu absenci obecného řešení a soustředění se na jednotlivé případy.

Po druhé světové válce je nejprve nutné zmínit R. Bystrického a jeho práce jak učebnicového, tak článkového typu³⁶. Bystrický odmítá to, že by existovala jednotná abstraktní odpověď na konflikt kvalifikací. Odmítá apriorní hlediska vycházející z kvalifikace *lex fori* či *lex causae*. Ta vedou nutně k formálnímu použití zákona a k jeho úzce dogmatickému pojetí. Zdůrazňuje propedeutiku postupu. Zdůrazňuje souvislost kvalifikace a výkladu kolizních norem spolu s jejich aplikací na konkrétní skutkový stav. Problém kvalifikace nepředchází výkladu kolizní normy, nýbrž naopak je důsledkem správného výkladu kolizní normy při její aplikaci na daný skutkový stav. Soudce postupuje od abstraktní kolizní normy ke konkrétnímu skutkovému stavu a nikoli naopak. Jeho přístup je označován jako přístup ad hoc. Sám k tomu uvádí, že není ani účelné, ani správné dávat soudci závazné směrnice pro řešení všech kvalifikačních problémů. To, co je možné, je vytyčit určitá vodítka.³⁷

Nejvýraznější osobou v novodobé historii mezinárodního práva soukromého a současně duchovním

³³ KRČMÁŘ, J. Úvod do mezinárodního práva soukromého. Část I. Propedeutická. Praha: Bursík a Kohout. 1906.

³⁴ ZIMMERMANN, M.A. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Čs. A.S. Právnick, 1933. S. 63 a násl. Pro zájemce dostupné i na: <http://science.law.muni.cz/content/cs/open-access/historicko-pravni-fond/k/datu/12.5-2014/>

³⁵ ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právnick, 1999, s. 514-515.

³⁶ BYSTRICKÝ, R. Základy mezinárodního práva soukromého. Praha: Orbis, 1958, s. 90 – 102. BYSTRICKÝ, R. Zum Problem der Qualifikation. Fragen des Internationalen Privatrechts, Berlin 1958, s. 36 a násl.

³⁷ BYSTRICKÝ, R. Základy mezinárodního práva soukromého. Praha: Orbis, 1958, s. 102 – 103.

otecem stávající české zákonné úpravy je Z. Kučera. Jeho kurs Mezinárodního práva soukromého se dočkal devíti vydání a postupně v něm krystalizovala i úvaha o přístupu ke kvalifikační otázce.³⁸ Své úvahy v tomto směru uvedl rovněž v samostatné studii publikované v devadesátých letech³⁹ a v komentáři publikovaném v osmdesátých letech.⁴⁰ Jeho přístup k problematice metod lze – na průsečíku jednotlivých výše uvedených publikací – charakterizovat následovně:

1. **Neexistuje jediné řešení.** Kučera uvádí (např. výslovně ve 4. vydání své učebnice), že řešení vyžaduje diferencovaný a analytický přístup. Zvažovat je třeba, zda v konkrétním případě vystačíme s určením jediného právního řádu (respektive metody pozn. autora), či nikoli. Upozorňuje také na to, že je nutné si uvědomit, v jaké fázi o dané otázce uvažujeme. Právě případ, kdy byla kvalifikována základní situace a byl určen právní řád, a teprve poté následují další kvalifikace otázky, plně jinak zahrnuté pod určený statut, vyžaduje jiný přístup.
2. **Využití vyjmenovaných metod závisí na typu situace.** Postupně v jednotlivých vydáních krystalizuje i otázka odlišení situací, ve kterých se pohybujeme. Rozlišuje situaci relativně samostatnou (v pozdějších dílech přesněji situace s relativně samostatnou právní úpravou), situaci relativně nesamostatnou (resp. také nesamostatné situace spojené se situacemi upravenými jiným právem) a kvalifikaci základní situace spolu s dalšími kvalifikacemi po určení rozhodného práva pro tuto základní situaci. Pro jednotlivé varianty uvádí i různá možná řešení a především jejich varianty. Tuto jeho analýzu doporučujeme jako jistý další metodologický doplněk k zákonné úpravě. Umožňuje totiž pochopit a uchopit jednotlivé rozdílné situace.
3. **Východiskem úvah je metoda *lex fori*.** V případě situací s relativně samostatnou právní úpravou jde o ponechání kvalifikace plně v dosahu práva fóra. V případě situace relativně nesamostatné, kdy jsou pro dvě na sobě závislé otázky stanoveny různé kolizní normy, sice vychází rovněž z práva fóra. Pokud by však společné použití norem vyčleněných ze dvou či více právních řádů

³⁸ Poslední vydání KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 7. opravené a doplněné vydání, 2009.

³⁹ KUČERA, Z. The Problem of Classification. In: Miscellany of Papers in International Law, Acta Universitatis Brunensis, Iuridica No. 92, Brno 1991, s. 99 a násl.

⁴⁰ KUČERA, Z., TICHÝ, L. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. Praha: Panořama. 1989, s. 51 – 58.

vedlo k neudržitelným výsledkům, doporučuje využít funkční kvalifikaci. Toto řešení připodobňuje adaptaci. V případě posledním využívá kombinace *lex fori* a *lex causae*. V některých vydáních výslovně vyčleňuje otázku kvalifikace rozdílu mezi movitými a nemovitými věcmi. Například ve druhém vydání nevidí důvod pro jiné úvahy. Lze si vystačit jak s *lege causae* (i kdyby toto nebylo současně právem polohy věci), tak i s *lege fori*. Záleží na typu situace. V jiných vydáních se o této otázce vůbec nezmiňuje.

Je to právě Kučerova teorie, která se stala základem pro zákonnou úpravu.

Cennou je rovněž již několikrát připomínaná a zmiňovaná studie Čermákova, kde analyzuje jak světovou literaturu k této otázce, tak se vyslovuje k české doktríně.⁴¹

Zákonná úprava. Nový zákon o mezinárodním právu soukromém obsahuje v § 20 výslovnou definici kvalifikace jako postupu při použití kolizní normy a upravuje využití jednotlivých metod. Zvláštní úprava pro kvalifikaci movitostí a nemovitostí, kde je obsažen přímý odkaz na určité právo, které má konkretizovat a naplnit určitý právní pojem, je obsažena v § 69 odst. 1 věta druhá.

Prvou otázkou je, nakolik vůbec má či nemá být tento typ problematiky obsažen v zákonné úpravě. Jedná se totiž o uchopení metodologie přístupu k nakládání s kolizní normou. Jak vyplývá z předchozího výkladu, neexistuje na tuto otázku ve světové literatuře jednotná odpověď. Není obvyklé, aby tato otázka byla výslovně v zákoně upravena. Zejména potom tam, kde by založila vysoký stupeň formalizace v uchopení problematiky. V tom je česká úprava poměrně výjimečná. Pro odpověď na položenou otázku je třeba se vrátit k základním předpokladům zákonného řešení a charakterizovat předloženou úpravu. Právní úprava v této oblasti by měla zajistit řešení předvídatelné s akcentem na právní jistotu stran na jedné straně, a přitom řešení dostatečně pružné tak, aby odráželo specifika jednotlivých případů. To obzvláště platí tam, kde se jedná o aplikační postup, který nemá zcela jednoznačné řešení. Pokud z tohoto pohledu analyzujeme českou úpravu, je třeba říci následující. Samotná úprava využití jednotlivých metod tak, jak je v ustanovení § 20 uvedena, je flexibilní. Sice přístup tam uvedený je možné označit za výchozí, nicméně není postupem výlučným. Pro konkrétní případy je možné využít i jiné přístupy. To je významné pro méně standardní situace i pro oblast rozhodčího řízení. Uvedená úprava rovněž není překvapující. Tak, jak jsme uvedli českou doktrínu, navazuje nesporně na dlouhodobě zastávaný doktrinální přístup.

Základní úprava institutu kvalifikace je obsažena v § 20, speciální úprava pro kvalifikaci věcí movitých a nemovitých potom v § 69 odst. 1 věta druhá. Důvodem pro speciální úpravu je nesporně jak významná vazba k tomuto místu, tak i rozdíl mezi předmětem kvalifikace. V případě kvalifikace movitosti a nemovitosti je předmětem nepřímý předmět právního vztahu. Zvláštní úprava není dána ani pro případ závazků tam, kde byla využita volba práva. Což je situace, o které se rovněž domníváme, že by mohla být přímo podrobena kvalifikaci dle *legis causae*. Zde lze najít jak argumenty pro, tak i proti. Pro je nesporně univerzální využití tohoto navázání a vysoký předpoklad použití zvoleného právního řádu. Proti je nesporně to, že v daném případě dochází k onomu nesprávnému aplikačnímu postupu pro použití kolizní normy, o kterém jsme hovořili. Tyto argumenty je třeba zvažovat.

Využití metod v novém zákoně. Východiskem pro kvalifikaci je právo fóra – zde postup dle českého práva. Pokud bychom chtěli blíže přiblížit tuto variantu a její využití pro konkrétní případ, jde o situaci, kterou Kučera nazývá „relativně samostatnou situací“. Či spíše pro odlišení od faktické situace „právně relativně samostatnou situací“. Odstavec 2 doplňuje tuto základní variantu kvalifikační funkční. V souladu s ní tam, kde se má pro právní hodnocení použít právní ustanovení z více než jednoho právního řádu, je možné při hodnocení přihlídnout k funkci, kterou tato ustanovení plní v rámci svého právního řádu. Základem je kvalifikace *lex fori*, nicméně je možné využít i kvalifikaci funkční. Opět v souladu s již uvedeným přístupem Kučery by se zde jednalo o případy „relativně právně nesamostatných situací“, jejichž příklady uvádí (vazba formy a plné způsobilosti k právním jednáním, postavení manželky v řízení o vypořádání majetku a v dědickém řízení). Další variantu přináší odstavec 3: tam, kde je určeno rozhodné právo, tam využití kvalifikace dle tohoto práva. Tedy dle kvalifikace dle *legis causae*. Nejedná se o stupňovitou kvalifikaci, spíše o kvalifikaci pokračující, kde je akcent kladen na vazbu rozhodného práva. Například kvalifikace smlouvy a jejího typu, přijetí a konstatování existence platné volby práva a následná kvalifikace věci a jejího příslušenství.

Vedle základní situace v ustanovení § 20 ZMPS je třeba připomenout speciální pravidlo obsažené v § 69 odst. 1 věta druhá: kvalifikaci věcí movitých a nemovitých, která se řídí dle místa polohy věci. Jak již bylo uvedeno na jiných místech, dominance práva tohoto místa, a to včetně veřejného či procesního práva, a také rozdílná povaha předmětu kvalifikace nesporně odůvodňují tuto výjimku.

Samostatnou otázkou představuje právní hodnocení skutečností užitých v navázání kolizní normy. Tuto problematiku reflektuje ustanovení § 20 odst. 4. Výslovně je užito české právo, tedy postup dle metody

⁴¹ ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, 1999, s. 514-515.

lex fori. Od tohoto právního hodnocení skutečnosti je nutné odlišit jiný proces – interpretaci pojmů užitých v navázání kolizní normy – tj. hraničních určovatelů. Podléhají interpretaci právního řádu, ke kterému kolizní norma náleží.

II.4 Závěr

Úprava v ZMPS nevyvolává pochybnosti pro uchopení definice kvalifikace a metod kvalifikace jako spíše pro to, že vůbec došlo k legislativnímu zakotvení této otázky.⁴² Pro zvážení faktů „pro“ nesporně hovoří vůbec upozornění na existenci celého procesu. Upozornění, které napomáhá správnému uchopení aplikace kolizní normy a neopouští konstatování předpokladů pro její využití na podvědomém využití práva fóra. V tom lze vidět přínos této úpravy.

Na druhé straně hodnocení kolizí samotných je jinou otázkou. Je to otázka nastavení rozsahů kolizních norem. Ve světle tohoto hodnocení se ukazuje zcela nesmyslné navazovat v kodifikacích kolizní normy přímo na normy hmotného práva, jak se objevila tato otázka v počátku prací na novém občanském zákoníku. Opomeneme-li úvahy o relativní samostatnosti mezinárodního práva soukromého⁴³ a o vazbách faktické situace na jiné právní řády, onen pomyslný „přenos“ mezi právními řády zajistí jen a pouze využití obecných systémových pojmů a navazování na ně. Zjednodušeně lze říci – čím méně dílčích kolizních norem, tím méně potenciálních kolizí.

III Zpětný a další odkaz

III.1 Úvod do problému a historie jevu

Problematiku zpětného a dalšího odkazu spojuje s kvalifikací mnohé. Především je to vůbec základní uchopení práce s kolizní normou a otázka, zda v případě zpětného odkazu není celý problém „vyroben“ špatným uchopením odkazu. S tím souvisí i jev naznačený v názvu článku – kolize kolizních norem, v tomto případě kolize zjevná. Zajímavá si-

⁴² Viz i komentářová literatura: BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA J., Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H. Beck 2014. PAUKNEROVÁ, M. ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. Zákon o mezinárodním právu soukromém. Praha: Wolters Kluwer, 2013.

⁴³ KROPHOLLER, J. Internationales Privatrecht. Mohr Siebeck: Tübingen, 2006, 6. Auflage, s. 124 – 125.

tuace může nastat také v případě některých druhů kvalifikací – konkrétně stupňové – tam, kdy by při primárním odkazu nastala situace zpětného či dalšího odkazu.

Na rozdíl od kvalifikace, která byla sice uchopena doktrinárně, nicméně nikoli legislativně, patří problematika zpětného⁴⁴ a dalšího odkazu⁴⁵ k těm, které jsou legislativně upraveny pravidelně jak na vnitrostátní, tak na regionální⁴⁶ či universální úrovni. Právě úprava tohoto jevu je způsobilá předcházet násobením a vytváření problémových situací tzv. bludného kruhu⁴⁷ (*právní ping-pong, lawn tennis, Spiegelkabinett, merry-go-round, chaise croisé*).⁴⁸

Uvedená problematika a její řešení mají dva rozměry: právně technický a právně filosofický. Technická stránka sleduje konstrukci kolizní normy, formulaci navázání, dosah dopadu, logiku řešení atd.; právně filosofická se táže spíše po úmyslu zákonodárce či smyslu takového řešení, konečnosti řešení a jeho příspěvku směrem k rozhodovací harmonii při užití různých variant přístupu k tomuto jevu. Jde o otázku zasahující celé mezinárodní právo soukromé.⁴⁹ Jedná se o otázku uchopení odkazu na cizí prá-

⁴⁴ Jinak také *remise, renvoi, Rückverweisung, renvoi au premier degré*. Zpětný odkaz je případ, kdy kolizní norma tuzemského práva přikazuje použít zahraniční právo a dle kolizní normy zahraničního práva se má použít zpětně tuzemské právo. Bližší KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 7. opravené a doplněné vydání, 2009, s. 159.

⁴⁵ Jinak také *transmise, double nebo multiply renvoi, Weiterverweisung, renvoi au second degré*. Další odkaz je případ, kdy kolizní norma tuzemského práva přikazuje použít zahraniční právo a dle kolizní normy zahraničního práva se má použít právo dalšího státu. KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 7. opravené a doplněné vydání, 2009, s. 159.

⁴⁶ Nařízení Řím I - článek 20, odmítnutí zpětného a dalšího odkazu s výjimkou vymezených situací. Nařízení Řím II - článek 24, odmítnutí zpětného a dalšího odkazu, Nařízení Řím III - článek 11, vyloučení zpětného a dalšího odkazu. Nařízení o dědictví se staví k otázce zpětného a dalšího odkazu odchylně - viz článek 34.

⁴⁷ Či jak uvádí starší česká literatura - téměř pejorativně - vadného kruhu.

⁴⁸ Vedle výše uvedených pojmů zpětný odkaz, další odkaz a bludný kruh se v české literatuře, s odkazem na německou literaturu, objevil i termín „skrytý zpětný odkaz - versteckte Rückverweisung“ a to s úvahou na jeho využití. ČIHULA, T. Skrytý zpětný odkaz - teorie tohoto institutu a jeho praktické využití. Právník, 2003, č. 8, s. 745 a násl.

⁴⁹ SAUVEPLANNE, J. G. Renvoi, Chapter 6. Volume III. Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, s. 4.

vo: zda odkazujeme jen na normy hmotné či na cizí právo jako celek, tudíž i na normy kolizní. A také jak vůbec vnímat vlastní kolizní normy a jejich odkaz na cizí právo. Ne náhodou je tato problematika v některých pracích kritizována jako důsledek špatného uchopení aplikace kolizních norem a následného zařazení v praxi.⁵⁰

Existence zpětného a dalšího odkazu se váže zpravidla k národním kolizním normám, typu jejich odkazu a navázání. Nicméně i při existenci unifikovaných úprav, ať již například vzhledem k tomu, že nebylo dosaženo universální úpravy a nadále existují i národní či regionální kolizní normy, tomuto jevu „kolize kolizních norem“ nelze zabránit. Stejně jako u kvalifikace, i zde se týká problematika zpětného odkazu jen případů multilaterálních (či i dvoustranných kolizních norem). Problém nevzniká tam, kde je využita unilaterální norma stanovící pouze působnost vlastního právního řádu.⁵¹

Diskuse o vhodnosti řešení situace zpětného a dalšího odkazu se prolínají mezinárodním právem soukromým od doby identifikace problému koncem 19. století do dnes.⁵² Odborná literatura uvádí jako jeden z prvních citovaných případů⁵³, na němž byly demonstrovány problémy spojené se zpětným odkazem, případ Forgo, který byl projednáván a rozhodnut v roce 1878 francouzským kasačním soudem.⁵⁴

⁵⁰ VON OVERBACK, A. E. Renvoi in the Institute of International Law. American Journal of Comparative Law, 1963, s. 544, poznámka 1 s odkazem na RABEL, E. The Conflict of Laws: A Comparative Study (2nd ed., Ann Arbor, 1958) Vol. 1, s. 75.

⁵¹ LALIVE, P. Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général). Recueil des Cours, 1977, s. 279.

⁵² Přehled k této problematice v jednotlivých právních řádech v české literatuře zejména: ČERMÁK, K. Zpětný a další odkaz v mezinárodním právu soukromém. Právník, 1998, č. 10 – 11, s. 157 a násl.

⁵³ LORENZEN, E.G. The „Renvoi“ Theory and the Application of Foreign Law. I. „Renvoi“ in General. In: Columbia Law Review. Vol. 10, No. 3, 1910, s. 191 – 193. Uvádí zde řadu případů. Některé i z doby předcházející případu Forgo. Konkrétně z judikatury anglických soudů je to případ Collier v. Rivaz vedený u Prerogative Court Canterbury (1841) a z rozhodování německých soudů potom případ Krebs vs. Rosalino vedený u OLG Lübeck a rozhodnutý 21. 3. 1861. /in MyJSTOR cit. 8. 8. 2014/. SONNETAG, M. Renvoi Im Internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 1. Auflage, 2001, s. 17 - 22. Sonnetag rovněž poukazuje na dřívější případy. Konkrétně na již zmíněný případ Krebs vs. Rosalino, Collier vs. Rivaz. Dále jde v odkazu na rozhodnutí milánského soudu z první poloviny 17. století.

⁵⁴ DÖLLE, H., Internationales Privatrecht. Eine Einführung in seine Grundlagen. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller. 1968, s. 67. V české literatuře také v pracích

Samotný počátek vědecké diskuse se váže ke konci 19. století a je spojen se jménem P. S. Manciniho.⁵⁵ Ten v nich zúročil své zkušenosti z případu *Samama*, v němž vystupoval jako právní zástupce a kde se objevila rovněž tato problematika.⁵⁶

Celou diskusi o přístupu k této otázce významně ovlivňuje na jedné straně idea mezinárodní rozhodovací jednoty a na straně druhé (zcela pragmaticky) možnost aplikace tuzemského práva.⁵⁷ Universální rozhodovací jednotka je v realitě národních systémů mezinárodního práva soukromého iluze. Nicméně právě otázka zpětného odkazu může přinést rozhodovací jednotu alespoň do vazeb mezi *lex fori* a *lex causae*.

V zásadě se nabízejí dvě řešení a jejich následné kombinace: přijmout odkaz a nepřijmout odkaz. Od těchto krajních pozic se potom liší varianty uvádějící jednu z nich jako základ a výjimky z nich atd. Toto až zjednodušené technické konstatování „přijmout“ vs. „nepřijmout“ za sebou skrývá nesčetné diskuse o kolizích právních řádů a přístupu k nim. Lišit se mohou i pozice v rámci jednotlivých oblastí. Jiný základní přístup se objevuje v oblasti závazků ze smluv, jiný ve věcech statusových, dědických atd. Liší se i přístup v mezinárodních smlouvách či regionálních unifikačních nástrojích. Zajímavý posun v názorech představují i tzv. mezinárodní resoluce přijaté na zasedání Institut de Droit international. Zvláštní pozici zastává anglické právo se svou doktrínou „foreign – court – theory“.⁵⁸ V souladu s ní soudce rozhoduje tak, jak by rozhodl soudce v rámci jurisdikce, na jejíž právo kolizní norma rozhoduje. Tedy nikoli na základě příkazu, resp. typu příkazu vlastní kolizní normy.

Jednotlivé právní úpravy přistupují k legislativnímu řešení této otázky různě. Spíše výjimkou je u národních úprav vyloučení možnosti přijmout zpětný a další odkaz.⁵⁹

Bystrického, Čermáka či Kučery, které jsme průběžně citovali.

⁵⁵ Byť například dobová literatura (viz zmiňovanou práci Krčmáře) uvádí Labbého a jeho práci.

⁵⁶ SONNETAG, M. Renvoi Im Internationalen Privatrecht. Tübingen: J.C. B. Mohr/ Siebeck, 1. Auflage, 2001, s. 24.

⁵⁷ Blíže NEUHAUS, P. H. Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 2. Auflage, 1962, s. 270

⁵⁸ K této otázce například: MARTIN, M. Constitutional review of foreign law in English and German courts. A comparative study. Oxford University Comparative Law Forum. 2002./http://ouclf.iuscomp.org/articles/martin.shtml – citována 7. 8. 2014/.

⁵⁹ Jako příklad lze uvést Řecko (článek 32 Občanského zákoníku). Nicméně i zde existují výjimky a samotný odmítavý přístup je doktrínou kritizován. Viz VRELLIS,

Česká doktrína a názory k otázce zpětného a dalšího odkazu. Rozsáhle se věnoval problematice zpětného a dalšího odkazu ve vazbě na formální různost kolizních norem na počátku minulého století J. Krčmář. Ať již v samostatné stati,⁶⁰ tak i ve svém propedeutickém úvodu do mezinárodního práva soukromého⁶¹ uvedl jednak analýzu tehdejších postojů vybraných teoretiků, jednak svůj pohled na řešení. Při studiu jeho názorů si ovšem musíme připomenout několik momentů. Konec 19. století a počátek století 20. přináší jiný obraz norem mezinárodního práva soukromého oproti předchozímu období. Do jisté míry jednotný přístup vycházející ze statutární teorie se mění a jednotlivé právní řády přinášejí své kolizní normy, v řadě případů se lišící v uchopení navázání na jiný právní řád. Otázka těchto kolizí je – jak jsme viděli i výše – rozsáhle diskutována a jsou hledána řešení. Různost kolizních norem působí nepříznivě na uspořádání mezinárodních soukromoprávních poměrů. Mimo jiné se objevuje onen příklon soudů a některých teoretiků k pragmatickému řešení právě pomocí zpětného a dalšího odkazu. Pohled Krčmáře na řešení kolizí přijímáním zpětného, příp. dalšího odkazu, není tomuto jevu příznivý.⁶²

Další vyjádření nacházíme v době mezi světovými válkami v Zimmermanově učebnici Mezinárodního práva soukromého.⁶³ Jeho názor je poměrně opatrný. Snad vzhledem k typu diskusí probíhajících ve 30. letech, kdy učebnice vznikala. Snad, a to je nutné si uvědomit, je omezen možnostmi normativní teorie. Pro pochopení je třeba se vrátit do části, kde rozebírá navázání. Zde výslovně stanoví postoj normativní teorie k normám kolizním, podřízenost tzv. přímého navázání mezinárodnímu právu soukromému.⁶⁴ Zpětný a další odkaz vysvětluje pomocí koncepce prvotních (přímých) a nepřímých navázání. Do přímých navázání řadí navázání *lex patriae* a *lex rei*

sitae. Do nepřímých *lex domicilii*, *lex loci celebrationis*, *lex electa* atd. Uchopení ukazuje na případu Forgo: přímé navazování se realizovalo odkazem na právo jeho státní příslušnosti; jen toto právo poskytuje nezpochybnitelnou kolizní zásadu; odkazující-li potom na jiné právo, realizuje tzv. nepřímý odkaz. Tím je následně navazování ukončeno.⁶⁵

Bystrický ve své učebnici z padesátých let, která reflektuje zákon 41/1948 Sb., odráží spíše pragmatický pohled na institut zpětného a dalšího odkazu.⁶⁶ Poznamenat je třeba, že zákon č. 41/1948 Sb. sice obsahoval v některých kolizních normách výslovné připuštění zpětného odkazu (§ 17, § 23; rovněž také zákon směnečný a šekový v § 91). Nicméně nikoli v obecném institutu tak, jak tomu bylo u zákona č. 97/1963 Sb. Podobně také některé mezinárodní smlouvy. Bystrický zdůrazňuje, že ve všech případech (nikoli jen tam, kde je to výslovně uvedeno), kdy československá kolizní norma odkazuje na cizí právo a toto obsahuje zpětný odkaz na české právo, mají soudy tento zpětný odkaz přijmout. Cizí právo je aplikováno v zájmu hladké realizace mezinárodního styku. Není však důvodu, když se cizí právo prohlašuje „*desinteresovaným*“, resp. když deleguje rozhodování zpět českému právu, proč by nemělo být aplikováno toto domácí právo. Rovněž odkazuje na zásadu rozumného uspořádání vztahů v případech násobných odkazů. Výslovně uvádí, že tyto by měly být použity jen jednou. Odkazuje na to, že otázka přijetí či nepřijetí zpětného a dalšího odkazu souvisí se správným výkladem kolizní normy při její aplikaci na konkrétní skutkový stav. Problém, na který poukázal a který rozvinul v případě dědického práva Donner, je, zda se může zpětný a další odkaz přijmout pouze při existenci výslovného zmocnění v kolizní normě či nikoli. A zda je možné zvažovat využití tohoto institutu i v jiných případech. Souhlasí s názorem Bystrického, že není vhodné omezovat jeho aplikaci jen tam, kde by zákon výslovně toto uvedl. U Donnerovy stati jsou ovšem zajímavé další poznámky: jednak se vyslovuje k pozici soudce s tím, že ponechání příliš velké volnosti nemusí zde být ke zdaru výsledku. Jednak uvádí, že řešení je nutné hledat v typu odkazu. A za správný vidí od-

S. Private International Law in Greece. Aalphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2011, s. 45 a násl.

⁶⁰ KRČMÁŘ, J. O odporu mezi normami kolizními, jmenovitě o zpětném a dalším poukazu. Sborník věd právních a státních, III, s. 479 a násl.

⁶¹ KRČMÁŘ, J. Úvod do mezinárodního práva soukromého. Část I. Propedeutická. Praha: Bursík a Kohout. 1906, s. 145 a násl.

⁶² KRČMÁŘ, J. Úvod do mezinárodního práva soukromého. Část I. Propedeutická. Praha: Bursík a Kohout. 1906, s. 192 -193.

⁶³ ZIMMERMANN, M.A. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Čs. A.S. Právnick, 1933, s. 98 a násl. Pro zájemce dostupné i na: <http://science.law.muni.cz/content/cs/open-access/historicko-pravni-fond /k datu 12.5-2014/>

⁶⁴ ZIMMERMANN, M.A. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Čs. A.S. Právnick, 1933, s. 74. Pro zájemce dostupné i na: <http://science.law.muni.cz/content/cs/open-access/historicko-pravni-fond /k datu 12.5-2014/>

⁶⁵ ZIMMERMANN, M.A. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Čs. A.S. Právnick, 1933, s.106 a násl. Pro zájemce dostupné i na: <http://science.law.muni.cz/content/cs/open-access/historicko-pravni-fond /k datu 12.5-2014/>

⁶⁶ BYSTRICKÝ, R. Základy mezinárodního práva soukromého. Praha: Orbis, 1958, s. 83 a násl. Viz také krátké dotknutí se v případě dědického práva ve stati: K základním otázkám mezinárodního dědického práva soukromého v Československu, ČMP, č.

kaz na právní řád jako celek, tj. včetně jeho kolizních norem.⁶⁷

Po přijetí zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, který odráží předcházející diskuse hovořící o vhodnosti přijetí, nicméně s ponecháním možnosti soudci zvážit přijetí odkazu, odpovídá-li to rozumnému a spravedlivému uspořádání vztahů, se objevují další práce. Samozřejmě je nutné uvést především práce Kučerovy. Své názory rozpracoval zejména ve svém mnohonásobném kursu mezinárodního práva soukromého.⁶⁸ Nicméně také v publikaci věnované komparaci v oblasti soukromého práva⁶⁹ a samozřejmě v komentáři k zákonu o mezinárodním právu soukromém.⁷⁰ Je poměrně zajímavé, že zejména v učebnicovém kursu se vyslovuje spíše pro flexibilní řešení závislé na tom, jakou intenzitu má daný případ k tuzemskému právu. Což – jak uvidíme – nebylo promítnuto takto do nového zákona a přiklonil se zde spíše k pojetí, které uvedl ve své komparativní studii.⁷¹

Již na několika místech jsme zmínili další práce, které se věnují otázkám zpětného a dalšího odkazu. Práce Čermákova široce zasahuje jak názory doktríny, tak právní úpravu jiných států. Jeho analýza článku 35 zákona č. 97/1963 Sb. přináší konzistentní pohled na problematiku. Zajímavé je, že se rovněž přiklání k vynechání možnosti přijmout či odepřít užitím termínu „lze“ a vyjadřuje se pro jednoznačnější úpravu.⁷²

Čihulova práce, která se objevuje v roce 1999 rovněž v časopise Právník, přináší poměrně obsáhlý výklad problematiky skrytého zpětného odkazu tak, jak je pojat v německé doktríně.⁷³ Zajímavé na Čihulově práci je kritický pohled na českou doktrínu

⁶⁷ DONNER, B. Zpětný odkaz a československé dědicke kolizní právo. Časopis pro mezinárodní právo. 1958, s. 338 a násl.

⁶⁸ KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 7. opravené a doplněné vydání, 2009, s. 157 – 169.

⁶⁹ KUČERA Z. Vybrané otázky srovnávacího mezinárodního práva soukromého. Praha: Carolinum, 1996.

⁷⁰ KUČERA, Z., TICHÝ, L. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. Praha: Panorama. 1989, s. 197 – 202.

⁷¹ KUČERA Z. Vybrané otázky srovnávacího mezinárodního práva soukromého. Praha: Carolinum, 1996, s. 48 a násl.

⁷² ČERMÁK, K. Zpětný a další odkaz v mezinárodním právu soukromém. Právník, 1998, č. 10 – 11, s. 172.

⁷³ Jde o případ, kdy je kolizní norma odvozena z procesní normy cizího státu určující soudci. Čihula zde demonstruje uvedenou otázku na střetu koncepcí kontinentálního práva a amerického práva při užití „jurisdiction“. ČIHULA, T. Skrytý zpětný odkaz – teorie tohoto institutu a jeho praktické využití, Právní, 2003, č. 8, s. 747 a násl.

i znění zákona, které neumožňují danou variantu. A přimlouvá se za její začlenění do textu budoucího zákona a za diskusi v této oblasti.

Úprava v novém zákoně. Úprava v ustanovení § 21 ZMPS se liší od úpravy předchozí v následujících momentech:

- Neumožňuje soudci zvažovat přijetí či nepřijetí zpětného odkazu. Odkaz na cizí právo je uchopen jako odkaz na právo jako celek. Zpětný odkaz potom již jako odkaz na hmotné normy českého práva.
- Výslovně je upraven i další odkaz. V tomto případě je přípustný jen jeden další odkaz s tím, že toto cizí právo musí být potvrzeno i kolizními normami tohoto dalšího právního řádu. Pokud není, použije se právo české ve smyslu hmotného práva.
- Ke zpětnému a dalšímu odkazu se nepřihlíží v oblasti závazkového a pracovního práva.
- Zvláštní úprava je dána pro věci směnečné a šekové (§ 31 odst. 1 věta druhá, nevýslovný, speciální zpětný odkaz). Rovněž také pro aplikaci práva rozhodného v řízení rozhodčím je v zákoně zvláštní úprava (§ 119 věta druhá: Ke kolizním ustanovením rozhodného práva lze přihlídnout jen tehdy, jestliže to vyplývá z volby práva učiněné stranami.) Nicméně naposledy uvedená úprava neříká nic jiného než § 21 odst. 2.

Uvedená úprava, stejně jako předchozí, neupravuje výslovně střet tohoto institutu se subsidiárními normami, které zachovávají platnost určitého úkonu. Zde se ovšem názory v literatuře jednoznačně kloní k použití subsidiární normy.⁷⁴

Samozřejmě, tato úprava se použije tam a pouze tam, kde nespadá do působnosti nařízení či mezinárodní smlouvy.

IV.2 Závěr

Úprava zpětného a dalšího odkazu se posunula z řešení, které umožňovalo širší rámec zvážení soudci, do řešení, které je pevněji uchopeno a vymezeno. Jakoby se zde více objevila ona úvaha, která zazněla ve jmenovaných pracích Kučery i Čermáka o vhodnosti omezení volnosti dané rozhodujícím orgánem, a to ve prospěch pevného uchopení zpětného odkazu a jednoznačné omezení řetězení dalších odkazů ve prospěch posílení vnější rozhodovací harmonie.

⁷⁴ Příkladmo: ČERMÁK, K. Zpětný a další odkaz v mezinárodním právu soukromém. Právník, 1998, s. 187. BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P. PTÁČEK, L., SVOBODA J., Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H. Beck 2014, s. 137.

V Zcela na závěr

Oba jevy obecné části mezinárodního práva soukromého mají mnoho společného – mimo jiné i to, že existují kritiky spojující oba jevy s nevhodnou aplikací či nevhodným legislativním uchopením kolizní normy. Jak vyplývá i z historického přehledu, byly tyto kritiky nejsilnější v počátcích diskuse. Potom jakoby mizí a dochází k „smíření“ se s těmito jevy a jejich uchopením jako pravidelných institutů kolizního práva. Lze snad i připustit skutečnost, že věda mezinárodního práva soukromého prodiskutovala oba jevy a došla k řešením, která zajišťují na universální úrovni i jistou stabilitu. V případě české úpravy i legislativním řešením. Tím ovšem nemizí podstata jevu naznačená nadpisem naší práce: kolize kolizních norem; kolize skrytá, jejíž podstatou je rozdílný obsah právních pojmů užitých v navázání, či kolize zjevná, spočívající v rozdílných výkladech či užitích hraničních určovatелů. Samozřejmě, legislativní uchopení řeší důsledky, ne příčiny. Zatímco v případě zpětného či dalšího odkazu si lze představit legislativní řešení – universálně jednotné uchopení hraničních určovatелů a jejich významů, je to v případě kvalifikace nemožné. Vždyť problém spočívá právě v rozdílnosti hmotného práva. Jisté zmírnění mohou přinést formulace rozsahů, které se pokoušejí reflektovat obecné právní pojmy.

A jaký smysl má náš článek pro praxi? Nesporně jde o správné metodologické uchopení kolizních norem, kdy jsme vůbec schopni uvedené jevy uchopit a případně řešit i problémy tam, kde nastanou.

Význam výhrady podle článku 95 pro aplikaci Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží

Jana Svěráková*

Vídeňská úmluva je jedním z nejvýznamnějších pramenů práva mezinárodní obchodu. Otázka její aplikovatelnosti však není vždy jednoznačně zodpověditelná – v případě České republiky obzvláště vzhledem k vázanosti výhradou podle čl. 95 Úmluvy. S ohledem na složitost problematiky byl tento článek rozdělen na dvě části, přičemž v části první byl rozebrán především historický aspekt vzniku výhrady podle čl. 95¹ a dále též obecné úvahy o aplika-

* Mgr. Jana Svěráková, právník, Energetický regulační úřad, Jihlava.

Summary

The new Czech Act on Private International Law, adopted under No. 91/2012 Coll., entered into force on 1 January 2014. Contrary to the old Act on Private International Law (Act No. 97/1963 Coll.), the new law contains regulation of many general issues of private international law, which have not been covered by the former Act. For example, the new PIL Act contains express provisions on overriding mandatory rules, preliminary question, qualification, application of foreign law etc. Obviously, the application of the new PIL Act is limited by the European (EU) legislation and international conventions. This paper is focused on analysis of two problems connected with the application of the conflict-of-law rules: characterization (or qualification) and renvoi. Both questions are considered to be the classic problems of private international law. In this paper, the new Czech regulation of characterization (§ 20) and renvoi (§ 21) is analyzed. According to the author, the characterization is primarily a matter of method, and not only the rare case of conflicts of characterization. The central issue of this paper is how the new PIL Act follows the doctrinal development, how is the purpose of characterization and renvoi reflected in the Czech legal theory; and also how to use these provisions in specific conflict cases.

ci Vídeňské úmluvy z pohledu územně personálního aspektu. Analyzována byla též základní aplikace

¹ Výhradu učinil nevelký počet států, některé však patří mezi obchodní velmoci. Výhrada dnes platí pro Českou republiku, Čínu, USA, Singapur, Slovenskou republiku a Svatého Vincenta a Grenadiny. Blíže viz Status 1980: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *UNCITRAL* [online]. Aktualiz. 18. 07. 2011 [cit. 18. 07. 2011]. Dostupné z: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>.

Úmluvy, tj. dle čl. 1 odst. 1 písm. a), v jehož smyslu je Úmluva použitelná, pokud smlouva o koupi zboží byla uzavřena mezi stranami majícími místa podnikání v různých státech, které jsou státy smluvními. V tomto směru bylo konstatováno, že výklad ustanovení písm. a) odst. 1 čl. 1 Úmluvy nepřináší žádná významná úskalí. Důvodem je skutečnost, že aplikace dle předmětného ustanovení je automatická, a není tedy třeba, aby kolizní normy na Úmluvu odkazovaly.

Předmětem této části článku je navazující problematika aplikace podle čl. 1 odst. 1 písm. b) ve spojení s výhradou podle čl. 95 Úmluvy. Právě tato otázka představuje nejsložitější aplikační problém v rámci Úmluvy vůbec a zaslouží si být uceleně rozebrána.

Ustanovení čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy přichází na řadu až v okamžiku, kdy nebyla splněna kritéria vymezená v písm. a) čl. 1 Úmluvy. Takováto situace nastane, pokud se místa podnikání jedné, či dokonce obou stran smlouvy nenachází na území smluvního státu. Úkolem písm. b) je tedy především značně rozšířit dosah působnosti Úmluvy,² a to v protikladu k restriktivnímu ustanovení písm. a). To je sice založeno na jednoznačném a zásadně neproblematickém principu reciprocit, nicméně zároveň se stává i zdrojem limitace v expandování použitelnosti Úmluvy.³

Pro aplikaci Úmluvy podle písm. b) musí být splněny dva základní požadavky – jednak se stejně jako v případě písm. a) musí místa podnikání stran nacházet v různých státech a jednak oproti náročnějšímu požadavku písm. a) postačuje, aby rozhodné právo určené podle pravidel mezinárodního práva soukromého (dále též „MPS“) fóra představovalo právo smluvního státu.⁴ Zároveň je též třeba připomenout,

že v nezměněné podobě platí i požadavky věcné a časové působnosti, stejně jako potřeba předvídatelnosti vyžadovaná v čl. 1 odst. 2 Úmluvy.⁵

Ustanovení písm. b) se tedy oproti písm. a) výslovně opírá o pravidla MPS⁶ a aplikaci Úmluvy činí ve své základní podobě závislou na absolvování dvou kroků. Nejprve bude soud fóra aplikovat svá pravidla MPS s cílem určit rozhodné právo a následně bude zjišťovat, zda stát, k němuž kolizní normy míří, je smluvním státem Úmluvy.⁷

Použití čl. 1 odst. 1 písm. b) je však komplikováno výhradou podle čl. 95 Úmluvy. Existence výhrady vyvolává celou řadu problémů a otázek. Do imaginární rovnice vstupuje několik proměnných – místa podnikání, lokalizace fóra a pravidla MPS. *Winship* tak vypočítává, že existuje celkem 54 permutací, z nichž ale pouze dvě hodnotí jako problémové.⁸

V dalším textu budou rozebrány varianty, které vznikají za použití dvou proměnných – místa fóra a práva státu, které určily za rozhodné normy MPS.

1 Fórum ve smluvním státě bez výhrady

Smluvní státy, které neučinily výhradu podle čl. 95, jsou v plné míře vázány aplikací čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy.⁹ Soud takového státu je tedy povinen článek aplikovat, a pokud dospěje k závěru, že Úmluva je použitelná, aplikuje ji jako své vlastní právo a nikoli jako cizí.¹⁰

² Ziegel uvádí: „Article 1(1)(b) plays a key role in expanding the scope of the CISG where the contracting parties are not located in different Convention states or one of them is not located in a Convention state.“ Podrobněji In: ZIEGEL, J. The Scope of the Convention: Reaching Out to Article One and Beyond. *Journal of Law and Commerce*. 2005-2006, roč. 25, č. 1, s. 59-73 [online]. Aktualiz. 06. 10. 2006 [cit. 18. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel7.html>>.

³ BERNASCONI, CH. The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1). *Netherlands International Law Review*. 1999, roč. 46, č. 2, s. 137-170 [online]. Aktualiz. 07. 04. 2008 [cit. 18. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bernasconi.html>>.

⁴ FERRARI, F. Cross-references and editorial analysis: Article 1. *Pace Law School Institute of International Commercial Law*. 1996 [online]. Aktualiz. 07. 12. 2005 [cit. 18. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-1.html>>.

⁵ SCHLECHTRIEM, P.; SCHWENZER, I. *Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG)*. 2. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2005. s. 33.

⁶ FERRARI, F. Dílo citované v poznámce č. 4.

⁷ HUBER, P.; MULLIS, A. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. 1. vyd. München: Sellier. European Law Publishers, 2007. s. 57.

⁸ WINSHIP, P. The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts. In: GALSTON, N. M.; SMIT, H. *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: Matthew Bender. 1984, s. 1-53 [online]. Aktualiz. 07. 12. 2005 [cit. 18. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>>.

⁹ BERNSTEIN, H.; LOOKOFSKY, J. Understanding the CISG in Europe: a compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 2. vyd. The Hague: Kluwer Law International, 2003. s. 15.

¹⁰ SCHLECHTRIEM, P.; SCHWENZER, I. Dílo citované v poznámce č. 5. s. 34.

1.1 Rozhodné právo je právo smluvního státu bez výhrady

Naznačenou variantu lze označit za základní a zároveň za ideální. Schematický průběh zkoumání aplikovatelnosti Úmluvy si lze ukázat na celé řadě rozhodnutí, která potvrzují, že soudy v zásadě nemají s takovou aplikací Úmluvy problém.

Přehledně lze rozebrat postup soudu při analyzování aplikovatelnosti Úmluvy např. v případě „*Tessela v. Ixela*“.¹¹ Věc se týkala sporu vzniklého ze smlouvy uzavřené mezi italským prodávajícím a řeckým kupcem. K uzavření kontraktu došlo v době, kdy Řecko ještě nebylo smluvním státem Úmluvy, a vyloučena byla proto aplikace Úmluvy podle čl. 1 odst. 1 písm. a). Italský soud byl nucen využít svých norem MPS. Itálie byla vázána Haagskou úmluvou z roku 1955, soud proto aplikoval její čl. 3 odst. 1, který odkazuje k právu prodejce, a tedy k italskému právu. Itálie je smluvním státem Úmluvy, a proto byly splněny veškeré požadavky, které klade čl. 1 odst. 1 písm. b), a Úmluva byla použita.

Výše uvedený příklad byl uveden pouze namátkově, dohledat lze ale řadu dalších.¹² Z těchto případů lze dovodit, že soudy smluvních států nemají s aplikací podle čl. 1 odst. 1 písm. b) v zásadě žádné problémy.

1.2 Rozhodné právo je právo smluvního státu s výhradou

Zatímco o výše popsané situaci lze hovořit jako o zásadně bezproblémové, v případě této varianty platí jednoznačně opak. Výchozí a krizovou otázku je možno identifikovat takto. Pokud soud smluvního státu bez výhrady aplikuje čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy a jeho normy MPS povedou k právu smluv-

ního státu s výhradou, má aplikovat Úmluvu podle písm. b) bez ohledu na skutečnost, že smluvní stát s výhradou není vázán ustanovením písm. b), nebo naopak?

Autoři zabývající se tímto problémem se v podstatě ustálili na dvou kontradiktorních názorech, přičemž oba tyto pohledy mají svá logická odůvodnění. Teoretické spory zatím nevyřešila ani praxe, neboť soudy dosud nevydávají rozhodnutí, která by opakovaně zaujímal stejné stanovisko. Ba co víc – soudy se této otázce spíše vyhýbají a příliš ji neřeší.

Pokud se blíže zaměříme na rozbor obou přístupů, pak první z nich zastává stanovisko, že soud fóra je vázán čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy, a proto použije Úmluvu jako součást cizího práva.¹³ To, že smluvní stát s výhradou není vázán čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy, je irelevantní. Odůvodněním je samo znění čl. 95 Úmluvy: „*Kterýkoli stát může prohlásit při uložení svých listin o ratifikaci, přijetí schválení nebo přístupu, že nebude vázán ustanovením článku 1 odst. 1 písm. b) této Úmluvy.*“ Jazykový výklad tedy naznačuje, že stát s výhradou není vázán pouze aplikací čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy, avšak Úmluva jako celek zůstává plně použitelná. Pokud by neměl být smluvní stát s výhradou vázán Úmluvou celkově, pak by byla dikce čl. 95 stejná jako v případě čl. 92 odst. 2 Úmluvy, kde je jasně určeno: „*Smluvní stát, který učinil prohlášení podle předchozího odstavce ohledně části II nebo části III této Úmluvy, se nepovažuje za smluvní stát ve smyslu článku 1 odst. 1 této Úmluvy ohledně obsahu úpravy obsažené v části, na kterou se prohlášení vztahuje.*“

Ferrari se staví k tomuto závěru kladně a argumentuje principem mezinárodního práva veřejného, dle něhož je každý stát suverénní a nemůže být vázán žádnou smlouvou, úmluvou či výhradou, kterou učinil jiný stát. Dále též podotýká, že z pohledu fóra smluvního státu bez výhrady jsou splněny všechny podmínky aplikovatelnosti podle písm. b), tudíž soud v podstatě nemá na výběr.¹⁴

Ale i názor protichůdný má celou řadu svých zastánců. Opačný postoj se staví na stranu možnosti, že soud fóra by měl aplikovat vnitrostátní právo smluvního státu s výhradou s vyloučením Úmluvy. Tito autoři se odvolávají na zásadu, že soud státu bez výhrady by měl aplikovat právo smluvního státu s výhradou tak, jak by to činil soud tohoto smluvního státu s výhradou. Tento soud by sa-

¹¹ Rozsudek Tribunale di Pavia, Itálie, ze dne 29. 12. 1999, sp.zn. nezjištěna [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupný z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991229i3.html>>.

¹² Jako další rozhodnutí lze uvést např.: věc „*Shirts case*“, blíže viz: Rozsudek Oberlandesgericht Düsseldorf, Německo, ze dne 10. 2. 1994, sp.zn. 6 U 32/93 [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupný z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940210g1.html>>; věc „*Mayer Alejandro v. Onda Hofferle*“, blíže viz: Rozsudek Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Argentina, ze dne 24. 4. 200, sp.zn. neznámá [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupný z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000424a1.html>>; nebo věc „*Propan case*“, blíže viz: Rozsudek Oberster Gerichtshof, Rakousko, ze dne 6. 2. 1996, sp.zn. 10 Ob 518/95 [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupný z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>.

¹³ HUBER, P.; MULLIS, A. Dílo citované v poznámce č. 7. s. 54.

¹⁴ FERRARI, F. Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing. *Journal of Law and Commerce*. 1995, roč. 15, s. 1-126 [online]. Aktualiz. 20. 03. 2008 [cit. 19. 07. 2011]. Dostupný z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>>.

možřejmě aplikoval své vnitrostátní právo s vyloučením Úmluvy, a proto by stejně měl postupovat i soud lokalizovaný ve smluvním státě bez výhrady.¹⁵ Soud ve smluvním státě by tak byl čl. 95 Úmluvy vázán nepřímo.¹⁶

Bernasconi relativizuje citovaný *Ferrariho* argument. Domnívá se, že by prohlášení o nevázanosti čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy mělo být vykládáno jako rozlišení uvnitř *lex causae*, tj. jako pomůcka k určení, jaké právo se má aplikovat. To dle něj v důsledku povede k harmonizovaným rozhodnutím a zároveň bude fungovat jako prevence jevu *forum shopping*.¹⁷

K problému se jednoznačným způsobem postavil i *Honnold*.¹⁸ Z důvodu respektu k volbě smluvního státu nebyť vázán čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy, by se mělo aplikovat vnitrostátní právo. Argument respektu k výhradě opakovaně zastával především *Schlechtriem*, který dochází k závěru, že s ohledem na existenci výhrady nemůže být vůči státu, který ji učinil, Úmluva aplikována jinak, než za splnění podmínek písm. a) čl. 1 Úmluvy. Soud smluvního státu má akceptovat rozhodnutí o výhradě jiného státu a neaplikovat Úmluvu.¹⁹ Stejný přístup prosazuje např. i *Lookofsky*.²⁰

¹⁵ HUBER, P.; MULLIS, A. Dílo citované v poznámce č. 7. s. 55.

¹⁶ SCHLECHTRIEM, P.; SCHWENZER, I. Dílo citované v poznámce č. 5. s. 37.

¹⁷ BERNASCONI, CH. Dílo citované v poznámce č. 3.

¹⁸ HONNOLD, J. Article 1: Basic Rules on Applicability: Internationality, Relation to Contracting State. In: HONNOLD, J. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. vyd. The Hague: Kluwer Law International, 1999. s. 29-45 [online]. Aktualiz. 07. 12. 2005 [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho1.html>>.

¹⁹ SCHLECHTRIEM, P. Uniform Sales Law: The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany. *Juridisk Tidskrift*. 1991-1992, roč. 3, č. 1, s. 1-28 [online]. Aktualiz. 07. 12. 2005 [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/schlechtriem1.html>>.

²⁰ *Lookofsky* uvádí: „It should also be noted that a Contracting State which has not made an Article 95 declaration should not apply Article 1(1)(b) in respect of any Contracting State that has made an Article 95 declaration.“ Blíže In: LOOKOFSKY, J. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In: HERBOTS, J. H.; BLANPAIN, R. *International Encyclopaedia of Laws – Contracts*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2000. s. 1-192 [online]. Aktualiz. 07. 12. 2005 [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo1.html>>.

Jako argumentační pomůcka k podpoření tohoto závěru lze také použít obecnou poznámku Německa, které prohlásilo, že nebude aplikovat písm. b) ve vztahu k jakémukoliv státu, který deklaroval, že nebude aplikovat čl. 1 odst. 1 písm. b).²¹ Výsledek je tedy nasnadě. Pokud německý soud dospěje za pomoci svých kolizních norem k závěru, že se má aplikovat české právo, bude aplikovat české vnitrostátní právo, tedy např. občanský zákoník.

Postoj německých soudů lze velmi dobře ilustrovat za pomoci vybraného judikátu. Ten je sice z doby, kdy Německo ještě nebylo smluvním státem (a tedy by jeho přesné zařazení nespadlo do této kapitoly), nicméně charakter postoje německého soudu je takový, jako by již Německo smluvním státem bylo. Přístup Německa lze dovodit z případu „*Shoes case*.“²² Německý soud v něm sice dochází k závěru, že se Úmluva bude aplikovat, neboť rozhodné právo je italské (tedy jde o právo státu bez výhrady), avšak jeho interpretaci čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy lze spatřovat v tvrzení: „Vzhledem k tomu, že Úmluva vstoupila v Itálii v platnost 1. 1. 1988 a Itálie neučinila výhradu podle čl. 95 Úmluvy, aby vyloučila aplikaci čl. 1 odst. 1 písm. b), použije se na rozhodnutí sporu Úmluva, k níž směřují německé kolizní normy.“ Soud tedy uvádí, že se Úmluva aplikovat bude, ale jenom a pouze kvůli tomu, že Itálie neučinila výhradu – kdyby byla situace opačná, aplikoval by národní italské právo.

Přesto je ale nutné upozornit, že německé soudy k takovým rozhodnutím váže vnitrostátní zákon obsahující citovanou poznámku (čl. 2 Vertragsgesetz). Daný způsob rozhodování proto nelze bezvýjimečně vztáhnout na ostatní fóra smluvních států.

1.3 Rozhodné právo je právo nesmluvního státu

Ustanovení čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy striktně požaduje, aby normy MPS vedly k právu smluvního státu. V daném případě tedy není splněn základní požadavek a o aplikaci Úmluvy nelze uvažovat.

²¹ Oficiální znění této poznámky zní: „Upon ratifying the Convention, Germany declared that it would not apply article 1, paragraph 1 (b) in respect of any State that had made a declaration that that State would not apply article 1, paragraph 1 (b).“ Podrobněji In: Status 1980: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *UNCITRAL* [online]. Aktualiz. 19. 07. 2011 [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>.

²² Rozsudek Oberlandesgericht Frankfurt, Německo, ze dne 17. 9. 1991, sp.zn. 5 U 164/90 [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910917g1.html>>.

2 Fórum ve smluvním státě s výhradou

Soudy smluvního státu s výhradou nejsou povinny aplikovat Úmluvu na základě čl. 1 odst. 1 písm. b). Nicméně tento fakt nezaručuje, že se vnitrostátní právo bude aplikovat vždy a Úmluva nikdy, stejně jako zachování čl. 1 odst. 1 písm. b) nezajistí, že se Úmluva bude aplikovat bez výjimky. V případě, kdy nejsou splněny podmínky písm. a), musí soud smluvního státu s výhradou tak jako tak určit rozhodné právo za pomoci svých norem MPS.

2.1 Rozhodné právo je právo smluvního státu bez výhrady

V případě názorů na předkládanou variantu se zřejmě nejvíce různí názory teorie a praxe. Zdá se, že autoři, přimlouvající se za aplikaci vnitrostátního práva, tvoří spíše menšinu.

Bell soudí, že stát fóra by měl aplikovat Úmluvu, neboť skrze své vlastní normy MPS identifikoval právo, jehož je Úmluva součástí. Povinnost aplikovat Úmluvu vyplývá a priori z mezinárodního práva soukromého, nikoli z Úmluvy.²³ *Evans* doplňuje, že účinkem písm. b) neměla být změna obecně přijímaných principů MPS. Navíc stejně jako bylo možno argumentovat, že by soudy smluvního státu bez výhrady měly respektovat rozhodnutí smluvního státu s výhradou, tak by konzistentně soudy smluvních států s výhradou měly respektovat volbu smluvních států bez ní.²⁴ *Bernasconi* též tvrdí, že základním účelem výhrady bylo upřednostnit aplikaci domácího práva státu fóra, ke kterému však v tomto případě kolizní normy nemíří.²⁵

Bell opatrně navrhuje možný protiargument. Soud státu s výhradou by se mohl pokusit odůvodnit použití vnitrostátního práva odkazem na fakt, že tím, že se jeho stát rozhodl přijmout výhradu, jej v podstatě připravil o možnost aplikovat Úmluvu podle písm. b) a nutí jej k aplikaci Úmluvy pouze za předpokladu, že jsou splněny podmínky dle písm. a).²⁶

²³ BELL, G. F. Why Singapore Should Withdraw Its [Article 95] Reservation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Singapore Year Book of International Law and Contributors*. 2005, roč. 9, s. 55-73 [online]. Aktualiz. 07. 12. 2005 [cit. 18. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bell2.html>>.

²⁴ EVANS, M. Article 95. In: BIANCA, C. M.; BONNELL, M. J. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987. s. 27-33. [online]. Aktualiz. 07. 12. 2005 [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/evans-bb95.htm>>.

²⁵ BERNASCONI, CH. Dílo citované v poznámce č. 3.

²⁶ BELL, G. F. Dílo citované v poznámce č. 23.

Zdá se, že v praxi převládá přístup upřednostňující aplikaci vnitrostátního práva. Předpokládaný postoj lze ilustrovat na základě argumentace použité v rozhodnutích, kdy soudy USA jako rozhodné právo identifikovaly své vlastní. Ve věci „*Prime Start Ltd. v. Maher Forest Products Ltd. et al.*“²⁷ se žalobce z nesmluvního státu dovolával aplikace Úmluvy na základě čl. 1 odst. 1 písm. b), neboť označil jako možné rozhodné právo kanadské, americké a ruské právo. Všechny tyto státy jsou smluvními státy. Nicméně soud zaujal jiné stanovisko. Výslovně zdůraznil, že Úmluva se může aplikovat jedině za situace, kdy všechny strany pochází ze smluvních států. Pokud nejsou všechny strany ze smluvních států Úmluvy, pak nemůže aplikovat Úmluvu na spor, i když kolizní normy povedou k aplikaci práva USA nebo jiného smluvního státu.²⁸ Tedy přímo popsal svou možnou reakci na situaci, kdy by ho kolizní normy odkázaly na právo jiného smluvního státu, a to bez jakékoli relevance, zda by se jednalo o smluvní stát s výhradou či bez ní. Podobný přístup lze zřejmě očekávat u všech soudů smluvních států, které učinily výhradu podle čl. 95 Úmluvy.

2.2 Rozhodné právo je právo smluvního státu s výhradou

Na první pohled se může zdát, že v dané situaci bude jasně upřednostňováno vnitrostátní právo před aplikací Úmluvy. Nicméně i v názoru na tuto variantu se odborné názory různí.

Huber a *Mullis* se domnívají, že řešení by mělo být obdobné, jako by se fórum nacházelo v nesmluvním státě. Pro vyloučení Úmluvy nehraje jen důvod respektu k výhradě, ale zde stát fóra jasně vyjádřil vůli neakceptovat dopad písm. b). Autoři tak soudí, že výhrada funguje podobně jako rozhodnutí státu vyloučit zpětný odkaz, prostřednictvím něhož stát určil, že kolizní normy směřují pouze k ustanovením hmotného práva.²⁹ Přestože nezůstávají ve svém názoru osamoceni,³⁰ existují i tendence k opačnému pojetí. Zastáncem pro nerozlišování situací, kdy kolizní normy směřují ke státu s výhradou a státu bez výhra-

²⁷ Rozsudek U.S. District Court, Western District Washington, at Seattle, USA, ze dne 17. 7. 2006, sp.zn. C05-1195C [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060717u1.html>>.

²⁸ Tamtéž. „*Because not all parties are from countries that signed the CISG, the CISG cannot apply to this dispute, even if a traditional choice-of-law analysis leads to the application of the law of the United States (or one of its states) or any other signatory State.*“

²⁹ HUBER, P.; MULLIS, A. Dílo citované v poznámce č. 7. s. 56.

³⁰ Podobné názory jsou zřetelné i v citovaných člancích *Bernasconiho* či *Evanse*.

dy, je především *Ferrari*. Argumentuje, že Úmluva zůstává součástí práva této země a krom toho ji lze charakterizovat jako *lex specialis*, tedy jako normu přednostně použitelnou pro mezinárodní obchod.³¹ Nicméně, ač se zdá, že takový postup dodržuje formálně požadavky kolizního práva, není na místě otázka, co by výhrada státu přinesla, kdyby byl nucen aplikovat Úmluvu namísto práva státu, který sdílí stejné stanovisko? A pokud budeme precizní, pak neměl by tedy aplikovat Úmluvu i za předpokladu, že kolizní normy určí jako právo rozhodné právo tohoto státu samého, když i on zůstává formálně stále smluvním státem? Takový přístup by se však maximálně přičil účelu výhrady a nekorespondoval by s legislativní historií.

V databázích lze nalézt řadu rozhodnutí, která jsou v zásadě jednotná, a proto představují i dostatečně reprezentativní vzorek pro podpoření názoru, že směřují-li kolizní normy fóra s výhradou k jeho právu, pak se Úmluva nepoužije. Jako příklad lze uvést rozsudek čínského soudu ze dne 25. 12. 2002 ve věci *„Zhuguang Oil Company v. Suci Zhongrui Group Corporation.“*³² Kupující z Jižní Koreje zažaloval před čínským soudem prodávajícího obchodníka z Číny. Čínský soudce uvedl, že Čína sice na rozdíl od Koreje je smluvním státem Úmluvy, avšak učinila výhradu k písm. b). Důsledkem toho je, že Čína souhlasí s aplikací Úmluvy pouze, pokud obě strany mají svá místa podnikání ve smluvních státech. Korea není smluvní stát, a proto Úmluva nemůže být aplikovatelná na tento případ.³³

2.3 Rozhodné právo je právo nesmluvního státu

Situace je prostá jakýchkoliv nejasností. Ani v nejmenším není možné Úmluvu aplikovat a soud je povinen aplikovat vnitrostátní právo třetího státu.

3 Fórum v nesmluvním státě

Čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy v žádném případě nemůže vázat stát, který není smluvním státem. Existují však případy, kdy i soudy nesmluvních států aplikovaly Úmluvu, přičemž odůvodnění evokovalo

³¹ FERRARI, F. Dílo citované v poznámce č. 14.

³² Rozsudek High People's Court [Appellate Court] of Jiangsu Province, Čína, ze dne 25. 12. 2002, sp.zn. nezjištěna [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021225c1.html>>.

³³ Jako další příklad lze uvést rozsudek ve věci *„Prime Start Ltd. v. Maher Forest Products Ltd. et al.“* Blíže viz: Rozsudek U.S. District Court, Western District Washington, at Seattle, USA, ze dne 17. 7. 2006, sp.zn. C05-1195C [online]. [cit. 16. 02. 2011]. Dostupné z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060717u1.html>>.

spíše dojem, že se cítí tímto ustanovením vázány. Např. ve věci *„Tuzzi Trend Tex Fashion v. Keijer-Somers“*³⁴ nizozemský soud (jako soud tehdy ještě nesmluvního státu) aplikoval Úmluvu, neboť jeho kolizní normy vedly k právu Německa, které již smluvním státem bylo, a proto byly splněny požadavky písm. b). Výsledek je sice stejný, ale odůvodnění není správné.

Z pohledu nezávaznosti písm. b) pro nesmluvní stát je nutné zvažovat všechny varianty, které mohou v rámci určování rozhodného práva nastat.

3.1 Rozhodné právo je právo smluvního státu bez výhrady

Pokud třetí stát dospěje k rozhodnutí o aplikaci Úmluvy, můžeme hovořit pouze o nepřímém účinku čl. 1 odst. 1 písm. b). Soudce nesmluvního státu totiž nemůže aplikovat Úmluvu, neboť z pohledu mezinárodního práva veřejného k tomu nemá povinnost.³⁵ Nesmluvní stát bude pravděpodobně postupovat obvyklou cestou použití vlastních norem MPS, s jejichž pomocí určí rozhodné právo. Pokud se však jedná o právo smluvního státu, bude aplikovat Úmluvu?

Lze se domnívat, že spíše ano, neboť čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy v podstatě říká, že relevantní částí rozhodného práva, která se má použít na smlouvy o mezinárodní koupi zboží, je ve smluvním státě Úmluva. Z tohoto úhlu pohledu tedy funguje jako „vnitřní kolizní norma“, tj. norma určující, který z konkrétních hmotněprávních předpisů platných a účinných v určitém státě bude aplikován. Prostřednictvím čl. 1 odst. 1 písm. b) tak bude soudce fóra fakticky odkázán z pravidel určených pro vnitrostátní obchod na tuto specializovanou Úmluvu.³⁶ Aplikace Úmluvy nesmluvním státem by se mohla jevit nepatřičnou, a to tím spíš, pokud by obě smluvní strany pocházely z nesmluvních států. Výsledek se však zdá být adekvátním, neboť fórum prostřednictvím kolizních norem „odsune“ režim závazku ze sféry svého práva, a to směrem k právu státu cizího – tedy ipso facto přijímá aplikaci cizího právního řádu jako takového. Stát poté jen akceptuje, že smluvní stát, k jehož právu míří, určil Úmluvu za soubor pravidel pro mezinárodní kupní smlouvu.³⁷

Nesmluvní stát samozřejmě může odmítnout Úmluvu aplikovat skrze výhradu veřejného pořádku.

³⁴ Rozsudek Arrondissementsrechtbank Amsterdam, Nizozemí, ze dne 5. 10. 1994, sp.zn. H93.2900 [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941005n1.html>>.

³⁵ BERNASCONI, CH. Dílo citované v poznámce č. 3.

³⁶ HUBER, P.; MULLIS, A. Dílo citované v poznámce č. 7. s. 53.

³⁷ Tamtéž.

ku. Jde však o prostředek ve své podstatě výjimečný, resp. krajní, proto si lze jeho využití představit skutečně jen v mezních situacích a nikoli jako pravidlo.

Teoretici se vesměs shodují, že současný trend k aplikaci Úmluvy ze strany nesmluvních států je spíše vstřícný.³⁸ Závěr o náklonnosti k aplikaci Úmluvy podporuje i judikatura. Tak např. případ „*Wine case*“ byl před německým soudem řešen v roce 1990, přičemž Německo je smluvním státem až od roku 1991. Jednalo se o spor mezi německým kupcem a italským prodejcem týkající se místa plnění. Protože strany nezvolily žádné právo jako rozhodné, musel německý soud nejprve aplikovat své kolizní normy. V čl. 28 EGBGB je stanoven odkaz na zemi, s níž smlouva nejužší souvisí. V odst. 2 je pak stanovena domněnka, že nejužší spojení je dáno se zemí, v které má poskytovatel charakteristického plnění svůj domicil či místo podnikání v době uzavření smlouvy. Rozhodné bylo tedy italské právo, konkrétně Úmluva jako jeho část. Německý soud v podstatě přímo uvádí, že Úmluva je aplikovatelná skrze čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy, neboť jí Itálie stanovila, že se má Úmluva použít jako části jejího právního řádu.³⁹

Již byla naznačena určitá analogie mezi soudy nesmluvního státu a rozhodčími institucemi, jako je Rozhodčí soud při Mezinárodní obchodní komoře.⁴⁰ I ten je spíše nakloněn k aplikaci Úmluvy, pokud bude jako rozhodné právo určeno právo smluvního státu. Výmluvně to vyplývá např. z rozhodnutí „*Failure to open letter of credit and penalty clause case*.“⁴¹

³⁸ Viz např. *Bonell a Liguori*. BONELL, M.J.; LIGUORI, F. The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law - 1997 (Part 1). *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*. 1997, roč. 40, č. 2, s. 385-395 [online]. Aktualiz. 07. 12. 2005 [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/libo1.html>>.

³⁹ „*Die Verweisung auf das italienische Sachrecht (Art. 35 Abs. 1 EGBGB) führt gem. Art. 1 Abs. 1 lit. b des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (VKNÜ) zur Anwendung dieses UN-Kaufrechtsübereinkommens v. 11. 4. 1980 als Teil des italienischen Rechts.*“ Rozsudek Oberlandesgericht Koblenz, Německo, ze dne 23. 2. 1990, sp.zn. 2 U 1795/89 [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/19.htm>>.

⁴⁰ Viz k tomu 1. část článku „Význam výhrady podle článku 95 pro aplikaci Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží“ publikovaná v čísle 2/2012 Časopisu pro právní vědu a praxi.

⁴¹ Rozhodčí nález Rozhodčího soudu při Mezinárodní obchodní komoře v Paříži, Francie, z nezjištěného dne roku 1992, sp.zn. 7197 of 1992 [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupný z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927197i1.html>>.

3.2 Rozhodné právo je právo smluvního státu s výhradou

Pokud normy MPS fóra nesmluvního státu povedou k právu smluvního státu s výhradou, je otázka, zda se na něj má pohlížet stejně jako na jiný smluvní stát (a dát spíše přednost použití Úmluvy), nebo zda se má zohlednit nevíle takového státu k aplikaci podle písm. b) vyjádřená výhradou podle čl. 95 Úmluvy.

Soud zde samozřejmě není vázán ustanovením čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy a problém se přesouvá do roviny aplikovatelného práva. Část autorů se přiklání k názoru, že učiněním výhrady dotčený stát prohlásil, že neakceptuje účinky čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy a nesmluvní stát by měl takové rozhodnutí respektovat.⁴² *Schlechtriem* soudí shodně, že by se Úmluva s ohledem na výhradu měla vyloučit z aplikace.⁴³

V nemalé míře se nicméně ozývají i zastánci opačného pojetí, tj. že je na místě aplikace Úmluvy. *Siehr* dospěl k názoru, že odkazem na hmotné právo smluvního státu nevyplývají oproti situaci, kdy jde o smluvní stát s výhradou, žádné výrazné rozdíly. I zde je tedy při odkazu na právo smluvního státu třeba aplikovat Úmluvu, ať už je přítomna výhrada či ne.⁴⁴ *Ferrari* též preferuje aplikaci Úmluvy, neboť Úmluva se tu aplikuje ze shodných důvodů jako v případě smluvního státu bez výhrady – tedy pro znění pravidel MPS fóra a nikoli pro čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy.⁴⁵

*Borisová*⁴⁶ k této věci uvádí celou řadu rozhodnutí, jimiž toto přesvědčení potvrzuje. Nicméně všechna rozhodnutí, která autorka jmenuje, vedou ve výsledku k právu smluvního státu bez výhrady. Spíše je proto nelze vnímat jako zcela přesvědčivý argument, protože presumovaná situace je odlišná.

⁴² HUBER, P.; MULLIS, A. Dílo citované v poznámce č. 7. s. 56.

⁴³ SCHLECHTRIEM, P. Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG. *Victoria University of Wellington Law Review*. 2005, roč. 36, č. 4, s. 781-794 [online]. Aktualiz. 24. 02. 2006 [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem9.html>>.

⁴⁴ SIEHR, K. Der internationale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts (Prozeß in einem Nichtvertragsstaat). *Online-conference: CISG 20 YEARS* [online]. Aktualiz. 22. 01. 2001 [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://20jahre.cisg-library.org/siehr8.html>>.

⁴⁵ FERRARI, F. Dílo citované v poznámce č. 14.

⁴⁶ BORISOVA, B. Geographic sphere of application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace Law School Institute of International Commercial Law*. 2002 [online]. Aktualiz. 07.12.2005 [cit. 19.07.2011]. Dostupné z: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova.html>>.

Zdá se, že jediným dobře dostupným a na situaci použitelným judikátem je rozhodnutí japonského soudu ve věci „*Nippon Systemware Kabushikigaisha v. O.*“ z roku 1998 – tedy z doby, kdy ještě Japonsko nebylo smluvním státem. Ačkoli soud prohlásil, že není příslušným k projednání sporu mezi prodejcem z USA a japonským kupujícím, lze z publikovaného komentáře dovodit, že Úmluva by se neměla aplikovat v situacích, kdy kolizní normy směřují k právu státu s výhradou. „*V situaci, jako je tato, kde (1) fórum je nesmluvním státem, (2) rozhodné právo určené fórem je právo smluvního státu, který učinil výhradu podle čl. 95 Úmluvy, a (3) strany mají místa podnikání v USA (stát s výhradou) a Japonsku (nesmluvní stát), existuje konsensus, že se Úmluva NEBUDE aplikovat.*“⁴⁷

Nicméně jak bylo podotknuto, soud prohlásil svou nepřislušnost, a proto nelze komentář k rozhodnutí brát za bernou minci. Otázka naznačená v úvodu této kapitoly tak zůstává v praxi stále otevřenou.

3.3 Rozhodné právo je právo nesmluvního státu

Pokud normy MPS fóra nesmluvního státu povedou k právu nesmluvního státu, je zcela zřejmé, že se Úmluva aplikovat nemůže. Samozřejmě zůstává teoretickou možností situace, kdy strany v rámci své smlouvy vyjádří svou vůli, aby se jejich kontrakt řídil Úmluvou. V takovém případě se Úmluva však bude aplikovat jen v rámci kogentních norem rozhodného práva nesmluvního státu, a tedy pouze jako soubor obvyčejných pravidel.⁴⁸

4 Závěr

V předchozích řádcích byly vymezeny problémy, které vznikají v důsledku existence výhrady podle čl. 95 Úmluvy. Z toho, jak byly tyto otázky nastíněny, vyplývá, že lze stěží dospět k určitému kategorickému tvrzení, které by bylo všeobecně akceptovatelné. Proti sobě se totiž staví řada principů mezinárodního práva soukromého i veřejného, které požívají stejné důležitosti, a uplatnění jednoho z nich musí nutně vést k omezení druhého.

Formulace výhrady v čl. 95 Úmluvy je natolik nešťastná, že v podstatě neumožňuje jednoznačný výklad. Její znění mělo být spíše analogické výhra-

dě podle čl. 92 Úmluvy a mělo v ní být pregnantně formulováno, že stát, který učinil výhradu, se pro takové případy nepovažuje za smluvní stát. Většinové stanovisko proto nevyznívá ve prospěch výhrady a otázkou je, zda by nebylo lepší přistoupit k jejímu stažení. Ostatně pro českého obchodníka protekcionismus cílený výhradou dle čl. 95 Úmluvy není dlouhodobě příliš aktuální. Nejprve byl pod silným vlivem Úmluvy formován zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, tudíž vyloučení aplikace Úmluvy, která se české právní úpravě výrazně podobala, ztratilo na významu. Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v řadě zásadních ohledů vychází z obchodního zákoníku (např. v otázkách kontraktačního procesu), a i on tedy navázal na principy zakotvené v Úmluvě. Zároveň však nutno podotknout, že existence nového soukromoprávního kodexu vyvolává celou řadu otázek, které může uspokojivě vyřešit až budoucí judikatura. K Úmluvě oproti tomu existuje velmi bohatá rozhodovací praxe, proto z ryze praktického hlediska lze nyní pro českého obchodníka z pohledu právní jistoty paradoxně považovat za výhodnější aplikaci Úmluvy. Otázka, zda je nutné trvat na upřednostňování vnitrostátního předpisu oproti mezinárodnímu instrumentu, tak ještě více nabyla na významu.

K limitaci komplikací způsobených výhradou podle čl. 95 Úmluvy může vést i jiná cesta. Tak, jak expanduje potřeba otevírání se světu v oblasti přeshraničních obchodů, vzrůstá i potřeba jednotné a zároveň též zásadně jednoduché regulace, kterou nabízí právě Vídeňská Úmluva. Lze předpokládat, že Úmluva bude schůdnou variantou i pro další státy napříč různými kontinenty. Čím více států podpoří myšlenku unifikovaného obchodního práva a k Úmluvě se připojí, tím více bude Úmluva aplikována za pomoci čl. 1 odst. 1 písm. a), neboť bude pravděpodobnější, že místa podnikání stran budou situována ve smluvních státech. Tak se může stát, že aplikace Úmluvy na základě čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy může být přirozeně vytlačena, a tento článek se může postupem času stát prakticky mrtvým ustanovením.

Prozatím však výhrada podle čl. 95 Úmluvy zůstává zdrojem právní nejistoty, na niž se zřejmě při jejím zachování nenajde účinný lék. I nadále proto bude mimořádně zajímavé sledovat, jak soudy naloží s existencí výhrady podle čl. 95 při svém rozhodování.

Summary

This paper deals with the application of CISG under Article 1 (1) (b) in conjunction with the reservation under Article 95 of the Convention. This question is the most complicated problem of applica-

⁴⁷ Rozsudek Tokyo Chiho Saibansho, Japonsko, ze dne 19. 3. 1998, sp.zn. 1997-wa-19662 [online]. [cit. 19. 07. 2011]. Dostupné z: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980319j1.html>>.

⁴⁸ ROZEHNALOVÁ, N. *Právo mezinárodního obchodu*. 2. aktualiz. a dopl. vyd. Praha: ASPI, a. s., 2006. s. 255.

tion of the Convention. The initial hypothesis is based on the assumption that the existence of the reservation under Article 95 of the Convention may, under certain circumstances, establish legal uncertainty for the parties. There are analysed all variants, which arise from using of two variable – location of the forum and applicable law. This paper outlines these issues, showing that a specific imperative statement that would be acceptable for all situations without reservations can hardly be achieved. Namely, there are

many principles of the private and public international law in opposition to each other, though being of the same importance; and if one principle is applied, the other will necessarily have to be applied with limitations. Many experts recognised worldwide also contradict each other in this respect, e.g. Schlechtriem or Ferrari to be more specific. This facts do not speak for the maintenance of the reservation under Article 95 of the Convention.

Ochranná funkce a smluvní volnost v pracovním právu

Martin Šmíd*

1 Vymezení problematiky

Tento článek se zabývá problematikou ochranné funkce a smluvní volnosti v českém pracovním právu. Rozebírá význam a postavení ochranné funkce v pracovním právu a dále analyzuje smluvní volnost, jakožto jednu ze zásad pro soukromé (a tedy i pracovní) právo významných. Syntézou obou rozborů je potom popis vzájemného vztahu ochranné funkce a smluvní volnosti.

Dalším podstatným bodem článku, který s tím bezprostředně souvisí, je kontext nového občanského zákoníku, který posílil pozici smluvní volnosti jakožto určující zásady soukromoprávních vztahů. „Účel občanského kodexu je umožnit i garantovat svobodné utváření soukromého života, a ponechat tedy co nejširší prostor svobodné iniciativě jednotlivce. Proto také osnova klade zásadní důraz na hledisko autonomie vůle. Se zřetelem k tomu se za první zásadu soukromého práva nepokládá rovnost osob, ale zásada autonomie vůle.“¹

Do značné míry tedy v této souvislosti vzniká otázka, zda vlivem nového občanského zákoníku dochází k posílení smluvní volnosti (a tím nutně i oslabení ochranné funkce) v pracovníprávní úpravě, nebo zda si v pracovním právu ochranná funkce udržuje svůj

význam, který je pro samostatnost tohoto právního odvětví do určité míry nepostradatelný, což v zásadě platilo již od doby utváření pracovního práva jako takového.²

Pokus o zodpovězení této otázky, zda se nějakým způsobem promění vztah ochranné funkce a smluvní volnosti v důsledku přijetí nového občanského zákoníku, by měl být základním cílem tohoto článku.

2 Ochranná funkce v pracovním právu

Jak již bylo řečeno, ochranná funkce je jednou ze základních charakteristických znaků, které vymezují pracovní právo jako samostatné právní odvětví, které je sice součástí práva soukromého, je pro něj však typická širší a kogentnější právní regulace³ a tedy i vyšší zásah veřejné moci do jeho fungování.

² Podle Z. Neubauera pracovní právo v užším smyslu obsahovalo „právní předpisy na ochranu zaměstnance jako slabšího smluvníka smlouvy pracovní“, čímž omezovalo smluvní svobodu a diktovalo určitý obsah pracovní smlouvy [NEUBAUER, Z. Právní řád práce. In: *Brázda*, roč. 4 (22)/1941, s. 290]

³ „V úzké souvislosti s tím pak pracovní právo prostřednictvím množství kogentních norem, které co do počtu významně převyšují dispozitivní, ukládá zaměstnavatelům řadu povinností a současně určuje minimální standardy práv zaměstnanců. [...] Ačkoli se lze s určitou mírou uplatnění této metody regulace setkat i v rámci právní úpravy vztahů občanskoprávních či obchodněprávních, které patří do práva soukromého, v pracovníprávních vztazích dochází k uplatnění těchto spíše veřejnoprávních prvků v nesrovnatelně větším rozsahu.“

* JUDr. Martin Šmíd, doktorand na Katedře pracovního práva a sociálního zabezpečení, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno.

¹ *Důvodová zpráva k novému občanskému zákoníku (konsolidovaná verze)* [online]. s. 20. [cit. 2014-06-20]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

Ochranná funkce je nejstarší funkcí pracovního práva a jednou ze dvou základních (vedle funkce organizační). Tuto funkci si nese již od svého vzniku, kdy hlavním smyslem pracovního práva bylo chránit pracujícího, zejména jeho život a zdraví a bránit zneužívání jeho pracovní síly. Stejnou funkci si zachovalo dodnes, byť obsahově je ochrana zaměstnance v dnešní době nepochybně širší. Zdůrazněna je i tím, že se v této souvislosti hovoří o zařazení pracovního práva do tzv. práva sociálního a je zde nepopiratelné propojení s dalšími odvětvími ochranného zákonodárství (především právem sociálního zabezpečení a právem a politikou zaměstnanosti). Zvláštní zákonná ochrana zaměstnance je též jednou ze základních zásad pracovního práva, vyjádřených v § 1a zákoníku práce.

Pokud jde o obsah ochranné funkce, lze jej obecně shrnout do několika základních oblastí. V první řadě je to stanovení minimálních standardů pracovních podmínek. Ty by měly garantovat výkon práce pokud možno bez ohrožení života nebo zdraví zaměstnanců a určovat maximální možnou míru využití pracovní síly zaměstnance (úprava pracovní doby a doby odpočinku, přestávky v práci, pracovních podmínek, bezpečnosti a ochrany zdraví při práci atd.).

Za druhé by měla být jejím prostřednictvím chráněna stabilita pracovního zapojení zaměstnance, což souvisí i s právem na práci, která nezahrnuje jen právo práci získat, ale také právo práci si udržet. Na základě působení ochranné funkce se tak odlišuje postavení zaměstnavatele a zaměstnance v možnostech rozvázání pracovního poměru. Zatímco autonomie zaměstnance je širší (výpověď může v souladu s § 50 odst. 3 zákoníku práce z jakéhokoli důvodu), zaměstnavatelova svoboda je omezena (možnost výpovědi ze strany zaměstnavatele je tak omezena na zákonné důvody stanovené v § 52 zákoníku práce, omezující jsou také některé další podmínky – zákaz výpovědi v ochranné době atp.).

Dále by pracovní právo mělo směřovat k tomu, aby závislá práce mohla zaměstnanci sloužit jako důstojný zdroj obživy a byly mu dány určité základní sociální standardy (úprava minimální a zaručené mzdy, srážek ze mzdy, ale v širším smyslu i odpovědnosti za škodu nebo dovolené).⁴

Celkově lze tedy říci, že ochranná funkce je pro chápání pracovního práva (historicky i dnes) nezbytná a určující.

3 Smluvní volnost v pracovním právu

V souvislosti s přijetím nového občanského zákoníku vystupuje v pracovním právu do popředí zásada autonomie vůle, kterou tento zákon chápe jako výchozí zásadu soukromoprávních vztahů. Měla by se tedy uplatnit i v pracovněprávním jednání a pracovněprávních vztazích.

Ostatně základním titulem vzniku pracovněprávních vztahů je pracovní smlouva, tedy projev vůle zaměstnance a zaměstnavatele. Toto východisko si s sebou pracovní právo neslo vždy: „[...] pracovní právo vyrůstalo ze sféry soukromého práva (u nás především z ustanovení občanského zákoníku o námezdní smlouvě a po novelizaci z roku 1916 o služební smlouvě), ale svůj osobitý charakter získávalo díky ochrannému zákonodárství státu a uplatnění kolektivních smluv jako specifického pramene práva“⁵ a v zásadě nemohlo být popřeno ani zákoníkem práce z roku 1965, který vycházel z koncepce odmítající dualismus soukromého a veřejného práva (a víceméně i soukromou sféru vůbec).

Jedním ze základních cílů rekonstrukce soukromého práva mělo být definitivní opuštění socialistického chápání práva a jeho institutů a rozšíření prostoru pro svobodu jednotlivce: „zákon vystupuje jako ultima ratio jen tam, kde dohoda vůbec není možná, anebo nedojde-li k ní“⁶. Současně se ve vztahu občanského zákoníku a zákoníku práce potvrdil princip subsidiarity, který je vyjádřen především v § 4 zákoníku práce (ale naznačen je i v § 2401 odst. 1 občanského zákoníku). Dokonce postupem zákonodárce došlo k užšímu sepětí obou kodexů: některé tradičně pracovněprávní otázky (zejména statusové) byly inkorporovány do nového občanského zákoníku (§ 34 a 35 občanského zákoníku) a pracovní poměr byl zařazen mezi závazky, byť obsahem příslušného dílu je de facto pouze odkaz na zvláštní zákon (výše zmíněný § 2401 odst. 1 občanského zákoníku) a vyloučení ustanovení o ochraně spotřebitele na práva a povinnosti zaměstnance (§ 2401 odst. 2 občanského zákoníku).

Ve vztahu k obsahu autonomie vůle tradičně hovoříme o čtyřech dimenzích její realizace, kterými jsou: svoboda rozhodnutí, zda vůbec právně jednat; svoboda volby adresáta právního jednání; svoboda

[GALVAS, M.A. kol. Pracovní právo. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2012. s. 34]

⁴ GALVAS, M.A. kol. Pracovní právo. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2012. s. 31

⁵ VOJÁČEK, L. a kol. Vývoj soukromého práva na území českých zemí. Brno: Masarykova univerzita, 2012. s. 810.

⁶ *Důvodová zpráva k novému občanskému zákoníku (konsolidovaná verze)* [online]. s. 19-20. [cit. 2014-06-20]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

volby obsahu právního jednání a svoboda volby formy právního jednání.⁷

Takové pojetí autonomie vůle nemůže platit absolutně. V praxi je samozřejmě autonomie vůle spojena s řadou omezení, vyplývajících mimo jiné z ochranné funkce pracovního práva. V pracovním právu se tato omezení objevují nejčastěji v dimenzi svobody volby obsahu (úprava řady aspektů pracovního poměru – pracovní doba, dovolená, překážky v práci) a svobody volby formy (předepsaná písemná forma pro některá pracovněprávní jednání – pracovní smlouva, výpověď aj.). Omezení volby, zda vůbec právně jednat, a volby adresáta takového jednání budou spíše výjimkou, ale může jít třeba o případy související s veřejným zájmem vyjádřeným politikou zaměstnanosti nebo principem rovného zacházení a zákazem diskriminace.

4 *Vzájemný vztah ochranné funkce a smluvní volnosti*

Již v úvodu nastíněnou otázkou tedy je, jaký je vztah ochranné funkce a smluvní volnosti v pracovním právu. Odpověď na tuto otázku vychází z analýzy obou institutů a dala by se rozdělit do těchto bodů:

1. kogentnost či dispozitivnost pracovněprávní úpravy, 2. ochranná funkce jako limitace smluvní volnosti a naopak 3. smluvní volnost jako limitace ochranné funkce a 4. s oběma body související pojem flexicity.

Prvním vybraným problémem je otázka kogentnosti či dispozitivnosti pracovněprávních norem. Zákoník práce z roku 1965 stále výhradně na principu kogentnosti, od 90. let ale bylo lze postupně sledovat určitý přechod k dispozitivnosti pracovněprávních norem. Nicméně ani přijetí nového pracovněprávního kodexu v roce 2006 nebylo z tohoto pohledu až tak zásadní změnou, neboť požadovanou liberalizaci příliš nepřineslo.⁸

Rozlišení obou druhů norem je podstatné především z pohledu dualismu soukromého a veřejného práva. Zatímco ve veřejném právu jsou kogentní nor-

my standardem, v soukromém by měly být pouze určitou nutností. „Kogentní normy na rozdíl od norem dispozitivních tak omezují autonomii vůle v soukromém právu. Podíl kogentních norem v soukromém právu proto spoluurčuje míru svobody v soukromém životě.“⁹

Zásadní kritérium pro rozlišení povahy právního ustanovení je § 1 odst. 2 nového občanského zákoníku, který stanoví, že nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchýlně od zákona. „Z tohoto ustanovení plyne kromě jiného závěr, že normy soukromého práva jsou *zásadně dispozitivní*.“¹⁰ Tak by tomu mělo být i v pracovním právu, ačkoli je asi zřejmé, že případů, kdy zákon možnost ujednání výslovně zakáže, bude v pracovním právu více než například v závazkovém právu. Na druhou stranu, opuštění kogentních norem ve prospěch dispozitivních může reálně snížit stupeň ochrany zaměstnanců.¹¹

Zákoník práce kombinuje pro odlišení dispozitivních a kogentních norem dvě kritéria. Jedno je výše zmíněná obecná zásada vyplývající z § 1 odst. 2 občanského zákoníku (dříve též § 4 b zákoníku práce), druhé je hledisko výčtu kogentních norem, od nichž není možné se odchýlit. Tento výčet vychází ze zpracování předpisů Evropské unie a je obsažen v § 363 zákoníku práce. Takové řešení pravděpodobně není z pohledu přehlednosti právního řádu a právní jistoty ideální, z hlediska souladu českého pracovního práva s právem Evropské unie je však pravděpodobně nezbytné.

Dále je třeba ještě podotknout, že v pracovním právu je rozlišení složitější vzhledem k existenci tzv. relativně kogentních norem, od kterých je možné se částečně odchýlit, a to pouze v jednom směru (relativně kogentní norma zpravidla stanoví nejvyšší nebo nejnižší míru práva nebo povinnosti), jak vyplývá z § 4a odst. 1 zákoníku práce.¹² „Meze odchýlné individuální úpravy může stanovit nejen zákon, ale i kolektivní smlouva. Nelze tedy sjednat individuální smlouvu více nebo méně, než stanoví kolek-

⁹ MELZER, F. Dispozitivní a kogentní normy v novém občanském zákoníku. In: *Právní rozhledy* 7/2013, s. 253

¹⁰ MELZER, F. Dispozitivní a kogentní normy v novém občanském zákoníku. In: *Právní rozhledy* 7/2013, s. 253

¹¹ GALVAS, M.A. kol. *Liberalizace pracovního práva a její nástroje v současném období*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 31-32

¹² Odst. 3 téhož paragrafu stanoví toto pravidlo obdobně pro výše zmíněná ustanovení vypočtená v § 363. I ta tedy můžeme řadit mezi relativně kogentní, je-li možné se od nich odchýlit ve prospěch zaměstnance. Některá z těchto ustanovení takové odchýlení nepřipouštějí a ta jsou potom kogentní za všech okolností (např. § 16 odst. 2 a 3 zákoníku práce).

⁷ GALVAS, M.A. kol. *Pracovní právo*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2012. s. 20

⁸ „Současné pracovní právo pokládá zaměstnance za tak slabou, nesamostatnou bytost mdlého rozumu, že ho musí chránit i před projevem jeho vlastní vůle; na druhou stranu si musíme uvědomit, že právní řád takovému zaměstnanci zcela volně umožňuje nabývat a zcizovat majetek, postavit dům, založit rodinu – jinými slovy, vzít život do vlastních rukou.“

[BEZOUŠKA, P. *Pracovní právo ve společnosti 21. století*. In: *Právní rozhledy* 1/2008, s. 19]

ktivní smlouva, jako nejméně nebo nejvýše přípustné.¹³ Vnitřním předpisem lze odchylně stanovit pouze práva zaměstnance, nikoli jeho povinnosti (k jejich úpravě může dojít pouze smlouvou).

Druhou rozebíranou otázkou je pojetí ochranné funkce jakožto určitého limitujícího faktoru smluvní volnosti. Lze to vyjádřit tak, že obecně by měla v soukromoprávních (tedy i v pracovněprávních) vztazích platit zásada autonomie vůle, nicméně v konkrétních případech je žádoucí upřednostnit ochrannou funkci (zpravidla ochranu zaměstnance). To vyplývá i z formulace § 4 zákoníku práce, podle kterého je možné aplikovat občanský zákoník na pracovněprávní vztahy jedině v souladu se základními zásadami pracovněprávních vztahů. Mezi nimi je explicitně vyjádřena na prvním místě ochrana zaměstnance - § 1a odst. 1 písm. a) zákoníku práce; Ochranný charakter však mají nepochybně i další zásady zde vyjádřené: uspokojivé a bezpečné pracovní podmínky (písm. b), spravedlivé odměňování zaměstnance (písm. c) a rovné zacházení se zaměstnanci a zákaz jejich diskriminace (písm. e).

Z obecně soukromoprávního úhlu pohledu lze částečně ztotožnit ochrannou funkci s ochranou slabší strany, kterážto je v soukromoprávních zásadách v rámci nového občanského zákoníku upravena.

Ochranné zákonodárství bude vždy přinášet určité omezení smluvní volnosti subjektů pracovněprávních vztahů. V tomto směru je žádoucí nalézt rovnováhu mezi vyjádřenou svobodnou vůlí stran a garancí právního postavení zaměstnance.¹⁴

Stejný problém lze pojmout i obráceně, vezmeme-li jako pro charakter pracovněprávní úpravy určující ochrannou funkci, lze potom autonomii vůle chápat jako určitou limitaci v tom smyslu, že rozhodující je ochrana postavení zaměstnance s tím, že vůli subjektů nelze zcela pomíjet. Vzhledem k pojetí soukromého práva vyplývajícího z nového občanského zákoníku se k takovému vyjádření vztahu obou institutů nelze přiklánět.

Přesto však nelze pominout, že na tomto chápání je i zákoník práce z roku 2006 do jisté míry dodnes postaven. Dílčí změny (včetně nálezů Ústavního soudu č. 116/2008 Sb.) sice posunuly zákoník práce k liberálnějšímu pojetí, celková ochranná koncepce však do určité míry zůstává a je otázkou, nakolik

je na místě. „Snaží-li se pracovní právo vše regulovat, oklešťuje-li přespříliš smluvní svobodu, vede to pouze k tomu, že smlouva, ať pracovní nebo kolektivní, ztrácí svůj smysl.“¹⁵

Zajímavým projevem tohoto úhlu pohledu může být i zákon č. 303/2013 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekodifikace soukromého práva (změnový zákon), který v souvislosti s rekodifikací novelizoval i zákoník práce. V tomto zákoně lze vysledovat určité tendence, směřující k negování posílení smluvní svobody a zachování silné pozice ochranné funkce v pracovním právu. Jako příklad může posloužit § 1a odst. 2 zákoníku práce, spojující vybrané pracovněprávní zásady s veřejným pořádkem, nebo nulitnost formálně vadných (ústních) právních jednání směřujících k rozvázání pracovního poměru. Ty nově nejsou neplatné, ale vůbec se k nim nepřihlíží (§ 50 odst. 1, § 60 či § 77 odst. 4 zákoníku práce).

Otázkou zůstává další vývoj této problematiky. Lze ale předpokládat, že autonomie vůle i ochranná funkce zůstanou v pracovněprávním zákonodárství zachovány, zbývá jen dořešit v jaké míře. Nelze ale předpokládat, že by došlo k jednoznačnému převážení jednoho principu nad druhým, nedojde-li k výrazné změně společenských a politických poměrů. To předpokládá i věda pracovního práva: „Můžeme říci, že autonomie vůle se bude projevovat stále výrazněji a eventuální její omezení (reglementace státu) budou spíše nepřímá, vyvolaná ekonomickým tlakem anebo se zde i nadále bude projevovat ochranná funkce pracovního práva, ‚veřejný zájem‘ na ochraně pracovní síly, který bude realizován přímými zákazy, event. příkazy. Podle našeho názoru se bude v oblasti pracovního práva i nadále projevovat ochranná funkce pracovního práva, která bude realizována přímými regulativy, které budou upravovat chování subjektů pracovního práva [...]“¹⁶

Souvisejícím aspektem, který byl dosud pomínut, je pojem flexicurity (též flexikurita, případně flexijistota). Ta může být určitým řešením, propojujícím stránku svobody smluvních stran (flexibility) a ochranu postavení zaměstnance jakožto slabší strany (security).

Obsah pracovního poměru by měl odpovídat představám smluvních stran, na druhou stranu by měly být zajištěny podmínky poskytující ochranu zaměstnanci, zejména z pohledu bezpečnosti výkonu činnosti. „Právní normy pracovního práva by tak měly být dostatečně flexibilní a chránící postavení zaměstnance zároveň. Umožnit smluvní volnost a autonomii vůle [...], při současně garantované míře ochrany

¹³ BĚLINA, M. *Zákoník práce: Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 85.

M. Bělina dále zpochybňuje toto řešení, zejména z ústavněprávního hlediska, neboť takové znění umožňuje omezit kolektivní smlouvou i práva nečlenů odborové organizace.

¹⁴ HŮRKA, P. *Ochrana zaměstnance a flexibilita zaměstnávání: Princip flexijistoty v českém pracovním právu*. Praha: Auditorium, 2009, s. 166.

¹⁵ BEZOUŠKA, P. *Pracovní právo ve společnosti 21. století*. In: *Právní rozhledy* 1/2008, s. 19

¹⁶ GALVAS, M.A. kol. *Pracovní právo*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2012. s. 21

zaměstnance [...], není nikterak jednoduché.¹⁷ Principiálně tato flexikurita spočívá v tom, že funguje vysoká flexibilita smluvního vztahu mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem a ochrana zaměstnance (a zejména jeho příjmu) je zajištěna funkční a aktivní politikou zaměstnanosti.

Na příkladu flexicurity lze vidět, že oba principy nemusí být protichůdné a navzájem se popírat, ale že vztah ochranné funkce a smluvní volnosti může být postaven i na symbióze a vzájemném doplňování.

5 Dopady nového občanského zákoníku na ochrannou funkci a smluvní volnost v pracovním právu

V souvislosti s nedávným nabytím účinnosti nového občanského zákoníku lze ještě zdůraznit jeho dopady na vztah ochranné funkce a smluvní volnosti v pracovním právu, byť do určité míry vyplývají již z předchozího textu.

Především dochází k jednoznačnému (i formálně vyjádřenému) provázání obou soukromoprávních kodexů, které dřív víceméně vycházelo jen z ustanovení zákoníku práce. Nicméně soukromoprávní charakter zákoníku práce byl již dříve (zejména z pohledu autorů rekodifikace) nepochybný.¹⁸

Význam nabývají také soukromoprávní zásady vyjádřené v části první, hlavě I nového občanského zákoníku, které jsou podle § 3030 nového občanského zákoníku použitelné i na práva a povinnosti, která se jinak posuzují podle dosavadních právních předpisů. Protože jde o obecné soukromoprávní zásady a nový občanský zákoník je obecným soukromoprávním kodexem, je třeba tyto zásady aplikovat i na pracovní právní vztahy, což může mít významný dopad na chápání některých ujednání a jejich výklad a řešení i v případných soudních sporech.

¹⁷ HŮRKA, P. *Ochrana zaměstnance a flexibilita zaměstnávání: Princip flexijistoty v českém pracovním právu*. Praha: Auditorium, 2009, s. 23.

¹⁸ „Jakkoli je totiž celé pracovní právo odvětví hybridní, prolínající veřejnoprávní i soukromoprávní sféru, nelze totéž tvrdit ani dnes o úpravě zákoníku práce. Ta je až na řídké výjimky soukromoprávní. Lze jen obtížně hledat odborné nebo praktické důvody, proč by měla mít k občanskému zákoníku jiný vztah, než třeba obchodní zákoník (kde je ostatně veřejnoprávních ustanovení daleko více), autorský zákon, zákon o ochranných známkách atd.“

[ELIÁŠ, K. Rekodifikace soukromého práva a nový zákoník práce. In: *Právní rozhledy* 9/2003, s. 433]

6 Závěr

Ochranná funkce a smluvní volnost jsou do určité míry protichůdné principy, které svým vzájemným působením pomáhají utvářet dnešní pracovní právo. Na jedné straně je zde historický soukromoprávní základ, z kterého pracovní právo vyšlo, na druhou stranu k jeho samostatnému ustavení došlo právě až působením ochranného zákonodárství, tedy převážně veřejnoprávními zásahy.

Oba instituty se na podobě pracovního práva podílejí natolik významně, že nelze jeden z nich upřednostnit a nelze to ani předpokládat v dalším vývoji právní úpravy (de lege ferenda). Je třeba zachovat smluvní základ pracovníprávních vztahů a svobodu obou stran upravit si své zájmy podle svých představ a potřeb. Vystupuje zde ale i nepopíratelný veřejný zájem na ochranu zaměstnance, jehož možnost prosadit si svá práva v pracovníprávním vztahu bez opory v právní úpravě je omezená (vzhledem k jeho faktickému postavení a ekonomické závislosti na vykonávané práci). Vhodným směrem se proto jeví takový přístup, který by ochrannou funkci i autonomii vůle pokud možno zkombinoval, aby byly obě zachovány v nejširší možné míře.

Takovýmto přístupem je flexicurity, která ovšem vyžaduje aktivní politiku zaměstnanosti, která bude schopná zaměstnance v potřebných situacích chránit. Příkladem může být dánský model, kombinující liberální úpravu pracovního poměru s intenzivní sociální ochranou a aktivní politikou zaměstnanosti. Takový systém je ale náročný na veřejné zdroje, jeho realizovatelnost je tedy závislá na ekonomické situaci státu.¹⁹

Pozice ochranné funkce a autonomie vůle v pracovním právu může být v nejbližším vývoji ovlivněna také aplikací nového občanského zákoníku. Přestože bylo ukázáno, že úprava zákoníku práce nakročila v reakci na rekodifikaci mírně opačným směrem, nelze důraz na svobodu v ustanoveních nového občanského zákoníku podceňovat. Vývoj směrem k větší autonomii vůle a dispozitivnosti ustanovení bude ale spíše dlouhodobý než okamžitý. Dále je také třeba říci, že ochrana zaměstnance je v obecných ustanoveních nového občanského zákoníku subsumovatelná pod ochranu slabší strany, na kterou je v jeho úpravě také kladen důraz.

Celkově tedy nelze předpokládat významný posun právní praxe v chápání vzájemné limitace obou zásad.

¹⁹ HŮRKA, P. *Ochrana zaměstnance a flexibilita zaměstnávání: Princip flexijistoty v českém pracovním právu*. Praha: Auditorium, 2009, s. 24-25.

Summary

The article discusses the issue of the protection function and freedom of contract labor law. It deals with their importance and especially with their mutual position. The position and the contents of the function and then contractual freedom in today's legal framework of labor law is explained first. Following this, their relationship and effect is analyzed, divided into four basic points: the question of

cogency or dispositivity of labor law, position of the protective function as a factor limiting the freedom of contract, contrary the position of freedom of contract as a limiting factor of the protective function and, last but not least, the connection of their mutual relations to the concept of flexicurity. This analysis is accompanied with the relevance of re-codification of private law for the understanding of the importance of the function and especially freedom of contract for labour law.

K ekonomické analýze práva*

Marcela Fryštenská**

Právo a ekonomie jsou obory, které se studují převážně odděleně. Jsou však vzájemně propojeny, neboť mají společný předmět zkoumání či regulování – chování člověka. Nepřekvapí nás proto, že právní normy a instituty ovlivňují hospodářství a zároveň jsou hospodářstvím samy ovlivňovány. Angličan John Stuart Mill (1806-1873) konstatoval, že kdo bude opomíjet právo, nepronikne do politické ekonomie, a kdo bude přehlížet politickou ekonomii, nebude schopen vystopovat smysl práva. Záměrem tohoto příspěvku je seznámit čtenáře s ekonomickou analýzou práva, jakožto jednou z metod právní interpretace a aplikace, jejímž kritériem jsou náklady a užitek a ukázat, že právo a ekonomie mají mnohem více společného, než si lidé obvykle myslí.

PRÁVO A EKONOMIE

Ekonomická analýza práva propojuje dva obory: ekonomii a právo, a proto je vhodné se u nich krátce zastavit a objasnit účel a smysl obou vědních disciplín. Toto nám bude základem pro pochopení ekonomické analýzy práva v hlubších souvislostech.

Ekonomie je společenská věda, která zkoumá, jak lidé a společnost rozhodují o využití vzácných zdrojů,

kteřé mají alternativní užití, za účelem výroby různých statků a poskytování služeb, a jak jsou tyto statky a služby rozdělovány mezi jednotlivé osoby a skupiny ve společnosti. Ekonomie tedy zkoumá cesty, jak hospodárně nakládat s omezenými zdroji tak, aby daná společnost dosáhla co největší prosperity, respektive nejvyšší souhrnné míry uspokojení potřeb. Z konceptu vzácnosti vyplývá nevyhnutelnost volby, na které ekonomové staví svoji vědu (volba v podmínkách vzácnosti), ale také z ní vyplývá nevyhnutelnost konfliktu a potřeba jej řešit.

Koncept vzácnosti brilantně zachycuje film „Bohové musí být šílení“ z roku 1981. Příběh vypráví o Křovácích v poušti Kalahari. Zvyky kmene dovolí členům žít v relativním pohodlí s tím, co příroda nabízí. Je to hojnost, kterou jim nabízí Bůh. Jednoho dne malé reklamní letadlo letí z Jižní Afriky nad oblastí, kde Křováci žijí, a pilot zde odhodí prázdnou sklenici od Coca-Coly. Děti kmene dostanou tento dar od Boha a vymýšlejí si s ní různé hry. Jejich matky ve sklenici vidí jiné možnosti užití. Vznikne konflikt mezi členy kmene o tom, kdo a na jak dlouho bude tu podivnou věc užívat. Má mnoho způsobů užití, ale je jen jedna. Takový spor je pro příslušníky kmene něčím novým. Rada starších se shromáždí, aby diskutovali o problému. Uzavřou, že bohové na ně musí být rozhněvaní, a proto jim seslali předmět, který je zdrojem neshod. Jeden člen kmene dostane úkol, jít na konec světa, a tam tu zlou věc vyhodit. Láhev je nedostatkovým zbožím. Není jí dost pro všechny členy kmene. Nemohou ji vyrobit. Členové kmene se proto musí vypořádat s problémem, jak nedostatkový předmět použít. Tím, že se rozhodnou láhev zavit, potřebu volby o způsobu užití „vzácného zdroje“ vyloučí. Jelikož konflikt vyplývá z omezených zdrojů a neomezených potřeb

* Tento příspěvek vznikl za podpory projektu Zaměstnáním čerstvých absolventů doktorského studia k vědecké excelenci (POSTDOC I.), Reg. č.: CZ.1.07/2.3.00/30.0009. Tento projekt je spolufinancován Evropským sociálním fondem a státním rozpočtem České republiky.

** JUDr. Marcela Fryštenská, Ph.D., odborná výzkumná pracovníce, Katedra právní teorie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno.

a vyspělé společnosti se rozhodly jít opačným směrem než Křováci, kteří se „vzácného zdroje způsobující konflikt“ raději zbavili, je třeba hledat způsoby řešení konfliktů.

A právě řešení konfliktů a jejich předcházení je účelem a smyslem práva. Jak kdysi poznamenal Thomas Hobbes (1588-1679): „*Kde není společné vlády, tam není zákona, kde není zákona, tam není ani spravedlnosti. Podvod a násilí jsou za války dvě základní cnosti*“¹ Podle Hobbese společnost, kde se lidé nemohou spolehnout na právní ochranu, musí zůstat mnoho lidských přání a tužeb neuspokojeno. Ustanovení suveréna, který bude právo vynucovat, je proto nezbytným prostředkem k předcházení násilí a nastolení řádu v mezilidských vztazích.

Ekonomie řeší problémy vzácnosti pravidly efektivního rozhodování a hospodárnosti. Právo reaguje na problém vzácnosti snahou o jasné vymezení práv a nastavení procesů pokojného řešení sporů.² Má-li společnost směřovat k ekonomické prosperitě a neplýtvání zdroji na straně jedné a zároveň k pokojnému uspořádání vztahů na straně druhé, je pak nanejvýš žádoucí, aby došlo k průniku účelu ekonomie a účelu práva.

DIFERENCE V MYŠLENÍ PRÁVNÍKŮ A EKONOMŮ

Ekonomická analýza práva spojuje poznatky obou vědních disciplín za účelem jejich praktického využití. Ekonomie tím, že zkoumá zákonitosti racionálního rozhodování za podmínek vzácnosti, poskytuje právním analýzám cenné informace, které mohou významně napomoci pochopit důležité faktory ohledně působení právních pravidel, napomoci dopředu lépe odhadnout jejich účinky, odhalit motivační faktory a v důsledku i zhodnotit jejich efektivitu.³

Přínos v propojení myšlenkového světa právníků a ekonomů vyjádřil brilantně na modelu neopatrného lovce Richard Posner⁴. Neopatrný lovec postřelí jiného lovce, který ho následně žaluje o náhradu škody. Jedinou otázku, kterou si dle Posnera strany a jejich právníci položí, mají-li být náklady na léčbu přeneseny z postřeleného lovce na toho střilejšího, resp., zda je to spravedlivé. Právník zraněného lovce bude tvrdit, že jeho klient má dostat kompenzaci, neboť byl bez svého zavinění zraněn. Právník druhého lovce bude tvrdit, že zraněný lovec byl neopatrný,

a proto jeho klient škodu hradit nemá. Spravedlnost a poctivost nejsou ekonomické pojmy. Pro ekonomu je nehoda uzavřená kapitola. Vzniklé náklady jsou již utopenými. Zatímco zúčastněné strany a jejich právníky zajímají následky minulé nehody, ekonomu zajímá snížení nehod a tedy i nákladů na ně směrem do budoucna. Dichotomie v myšlení právníků a ekonomů naznačená v případě s lovcem je poněkud přehnaná. Ani soudci a právníci nemohou ignorovat budoucnost. Soudce v rámci soudcovské diskrece dotváří pravidla a zákonodárce v rámci zákonodárského procesu tvoří právní pravidla, která ovlivní chování lidí v budoucnu. Právě tato stránka bude zajímat ekonomu. Úvahy o budoucím chování lidí ve stádiu utváření a dotváření právních pravidel jsou výchozím bodem pro spolupráci ekonomů a právníků na cestě efektivních právních pravidel. Právníci potřebují ekonomy, aby provedli empirické analýzy zpřístupňující informace o tom, jak právo působí na chování jednotlivců a skupin (např. analýza dopadu právních norem na zvýšení či snížení počtu nehod), a aby za pomoci modelů ekonomické analýzy (např. teorie her, teorie racionální volby, behaviorální ekonomie) pomohli lépe predikovat vliv právních pravidel na chování lidí směrem do budoucna. Ekonomie může do značné míry vyplnit mezery, kterými izolované právní zkoumání trpí.⁵ Ekonomové potřebují právníky, aby faktům dávali morální rozměr. Zde je nutné zdůraznit, že ani ekonomie není pouze analytickou vědou. Stejně jako právní věda i ekonomie vynáší analytické i normativní soudy.

POZITIVNÍ A NORMATIVNÍ ANALÝZA

Ekonomie se tradičně dělí na dvě větve, a sice větev pozitivní a větev normativní. Pozitivní ekonomie popisuje fakta a ekonomické vztahy mezi subjekty. Nezabývá se tím, jaké by věci měly být, ale tím, jaké věci jsou. Zatímco normativní ekonomie se zabývá společenskými cíli (typicky ekonomická efektivnost) a jejich dosahováním. Normativní ekonomie se ptá, zda využití zdrojů jsou z hlediska navrženého cíle lepší než jiná, popřípadě které využití je nejlepší.⁶ Normativní ekonomie se zabývá tím, jaké by věci měly být, provádí hodnotové soudy a dává doporučení.

Co platí o ekonomickém přístupu obecně, platí i pro ekonomický přístup k právu. Obdobně tedy můžeme vyčlenit pozitivní ekonomickou analýzu práva a normativní ekonomickou analýzu práva. Pozitiv-

¹ EPSTEIN, A. Robert. *Právo, ekonomie a politika*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2010.

² BEJČEK, Josef a kol. *Obchodní právo: Obecná část. Soutěžní právo*. Praha: C.H.Beck., 2014, s. 16.

³ Tamtéž.

⁴ POSNER, A. Richard. *Economic analysis of law*. 8. Vyd. New York: ASPEN Publisher, 2011.

⁵ BEJČEK, Josef a kol. *Obchodní právo: Obecná část. Soutěžní právo*. Praha: C.H.Beck., 2014, s. 18.

⁶ BROULÍK, Jan. *Ekonomická analýza práva není jen o prosazování ekonomických cílů do práva*. [cit. 15. 2. 2015]. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.cz/2014/08/jan-broulik-pleteme-si-v-souvislosti-s.html>

ní ekonomická analýza práva se snaží popsat, proč se lidé chovají daným způsobem (tj. popsat reakci na platné právo) a dále se snaží předpovědět, jak se lidé budou chovat (tj. na základě zjištěných reakcí popsat reakce budoucí).⁷ Jako příklad může posloužit analýza chování majitelů firem po zvýšení minimální mzdy. Dalším příkladem může být analýza chování potenciálních škůdců při zpřísnění (či změkčení) standardu odpovědnosti. Pozitivní ekonomickou analýzu práva také zajímá, proč máme takové právo, jaké máme, a snaží se zjistit, zda lze existující právní normy chápat jako nástroje směřující k dosažení ekonomických cílů.⁸ V závislosti na předmětu a cíli zkoumání využívá empirických postupů a logických metod. Pozitivní analýza nevynáší hodnotící soudy ohledně stávajícího práva. To přenechává analýze normativní, která se táže, jak může být zákon vylepšen, aby se lépe docílilo efektivity. Normativní ekonomická analýza práva se ptá: Jaké by právo mělo být? Tato analýza nabízí hodnotící kritérium, ke kterému mohou přistoupit další kritéria a poskytuje doporučení *de lege ferenda*. Normativní ekonomická analýza práva je založena na předpokladu, že efektivita by měla být cílem práva, a že právní normy by měly být změněny, pokud tento cíl nesledují.⁹ Například normativní ekonomická analýza se ptá, jak je třeba stanovit výši minimální mzdy, aby se dosáhlo optimálního stavu na pracovním trhu.

Oba druhy analýzy mají své nezastupitelné místo. Pozitivní analýza přitom zůstává vůči právu hodnotově indiferentní. Normativní se naopak snaží o nalezení optimální právní normy, k tomu tak musí nejdříve zhodnotit stav platný, k čemuž využívá analýzy pozitivní. Účelem normativní ekonomické analýzy práva je „vytvoření“ efektivního práva, které díky své existenci povede k efektivnímu chování jedinců, tj. takovému chování, při kterém nebude plýtváno časem, penězi a zdroji¹⁰.

⁷ SHAVELL, S. *Foundation of economic analysis of law*. Cambridge-London: The Belknap press of Harvard university press, 2004, s. 1.

⁸ BROULÍK, Jan. Ekonomická analýza práva není jen o prosazování ekonomických cílů do práva. [cit. 15. 2. 2015]. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.cz/2014/08/jan-broulik-pleteme-si-v-souvislosti-s.html>

⁹ MICELI, Thomas. *The economic approach to law*. 2. vyd., Stanford (CA): Stanford University Press, 2008, s. 2.

¹⁰ Zdroje sloužící k uspokojení lidských potřeb poskytuje příroda v omezeném množství. Tyto zdroje lze označit jako ekonomické statky (zdroje, které neexistují v neomezeném množství). Ekonomické statky jsou typické svoji vzácností. Tato vzácnost se projevuje ve dvou rovinách. Za prvé se jedná o omezenost zdrojů a za druhé se jedná o jejich užitečnost. Člověk je ochoten vynaložit úsilí k získání nějakého zdroje, který není volně dostupný. (Těžko někdo bude kupovat otopové dřevo, když bydlí vedle lesa, kde může sbírat klestí.) Zdroje, které jsou

RACIONÁLNÍ VOLBA

Ekonomie vychází ze dvou předpokladů. Za prvé, že lidé mají neomezené potřeby, ale jen omezené možnosti. Např. spotřeba domácnosti je omezena svým příjmem. Produktivita stavební firmy je omezena materiálem a nástroji, které má firma k dispozici. Druhou premisou ekonomie je fakt, že lidé chtějí zvýšit svůj užitek, a že každý jedinec je schopen posoudit, co je pro něj dobré a co špatné. Axiomem ekonomie je, že člověk je *racionální* a chce *maximalizovat svůj užitek*.

Co je však racionální chování? Řekněme, že jedinec se chová racionálně, když dokáže jasně specifikovat své cíle, které mohou a nemusí být sobecké a využije dostupných možností, aby dosáhl cíle s co nejmenším plýtváním. Albert Schweitzer například měl cíl vyléčit co nejvíce lidí v Africe, jak je to jen možné. Mohl by být označen jako racionální, pokud v čase, který měl k dispozici a potřebu vydělávat peníze na cestování v Evropě, vyléčil maximální počet pacientů.¹¹ Maximalizace znamená, že ze všech dostupných alternativ, které jedinec má, dá přednost té, která mu přinese největší užitek. Racionálně se chovající jedinec si na základě svých preferencí zvolí cíl a snaží se cíle dosáhnout tak, aby neplýtval zdroji a měl z dosaženého cíle co největší užitek. Jelikož štěstí ani spokojenost nelze objektivně měřit, pracuje ekonomická analýza práva často namísto s kritériem užitku ve filozofickém smyslu slova s poněkud přízemnějším, za to však lépe měřitelným konceptem racionální maximalizace bohatství¹².

Individuální rozhodování stojí na třech pilířích: nedostatek, racionální volba a nejistota. Nedostatek statků a času nás staví před neustálou volbu v procesu rozhodování. Racionální volba je volba, když porovnáváme náklady a užitek. Člověk se snaží učinit nejlepší možnou volbu ve světle svých tužeb a preferencí. Ve společenských vědách je tato myšlenka známá jako racionální volba¹³.

Mnoho právníků si myslí, že ekonomie je vědou o inflaci, nezaměstnanosti, podnikatelských cyklech a dalších makroekonomických fenoménech vzdálených od každodenních záležitostí právního systému.

užitečné a volně dostupné, lze označit jako volné statky. Příkladem je voda nebo vzduch. V současnosti tento příklad již není zcela vhodný, neboť třeba čisté pitné vody je nedostatek.

¹¹ SCHÄFER, Hans-Bernd, OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2004, s. 52.

¹² RICHTER, Tomáš. *Insolvenční právo*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 31.

¹³ ELSTER, John. *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 11-13.

Tohoto omylu se mohou dopustit jen ti, kdo si neuvědomují, že ekonomická rozhodnutí ve smyslu nákladů a užítku činí lidé při každodenních aktivitách. Každé lidské jednání a každá lidská aktivita má své náklady. Pravidlo, které používáme při rozhodování je velice jednoduché. Označíme-li náklady na činnost x symbolem $C(x)$ a prospěch symbolem $B(x)$, pak platí:

Jestliže $B(x) > C(x)$, pak dělej x ; jinak x nedělej.

Ekonomická rozhodnutí činíme po celý život. Měli bychom přijmout pracovní nabídku nebo hledat lepší práci? Máme si pronajmout byt nebo koupit byt? Máme mít dvě nebo tři děti? Koupíme nové auto nebo koupíme odložíme? Pojedeme na dovolenou na Filipíny nebo raději opravíme dům?

Racionální žalobce zvažuje, zda podá žalobu nebo uzavře dohodu. S pomocí svého právníka zvažuje pravděpodobnost výhry¹⁴, náklady (na advokáta, soudní poplatek, obětované příležitosti, atd.) a zisk. Díky experimentálnímu výzkumu behaviorální ekonomie víme, že lidé mají tendenci opomíjet implicitní náklady, tedy náklady příležitostí, respektive přisuzovat jim menší váhu než explicitním nákladům, tedy hotovým výdajům (out of pocket costs), přestože podle modelu racionální maximalizace by měl člověk chápat, že tyto dva druhy nákladů mají být hodnoceny totožně.¹⁵ Žalobce by tedy do nákladů na řešení právního sporu měl zahrnout i náklady obětovaných příležitostí, neboť tím, že se rozhodne vyhledat advokáta, aby se s ním poradil, zda podat žalobu nebo žalobu nepodat, přijde o možnost v ten samý čas pracovat a vydělávat peníze. Jestliže zisk z dohody je 60 000 Kč, zatímco zisk ze soudního sporu je 40 000 Kč, pak racionální účastník sporu maximalizuje svůj užitek, pokud se dohodne.

Co se týče předpokladu dokonalé racionality, pak nelze zastírat, že neodpovídá realitě. Subjekty jsou nadány spíše racionalitou omezenou, nežli dokonalou. Neplatí totiž, že by lidé měli dokonalou znalost o všech potenciálních důsledcích svého jednání, všechny relevantní informace. Jeden z nejvlivnějších kritiků homo economicus, americký vědec Herbert

Simon (1916-2001), nositel Nobelovy ceny za ekonomii, poukázal na to, že je nerozumné předpokládat, že ti, co přijímají rozhodnutí, mají mentální kapacitu a informace nezbytné k neustálé maximalizaci svého užítku.¹⁶ Co z toho plyne? Homo economicus, tj. racionální člověk maximalizující užitek je metoda analýzy, která studuje odchylku skutečného chování od chování modelového. Odchylka od racionálního chování by nás měla přimět hledat důvody, proč konkrétní jedinec se odchyluje od modelového chování. Pokud reálné poměry dokonalé racionalitě neodpovídají, je třeba zavést korektivní mechanismy tak, aby se subjekty jejich naplnění co možná nejvíce přiblížily.¹⁷ Jsou-li lidské kognitivní schopnosti omezené, není v lidských silách uzavírat úplné smlouvy. Je-li smlouva neúplná, může právo stranám pomoci dvěma způsoby. Buďto může dát pravomoc rozhodnout o smlouvou neupravené otázce straně, která je k takovému rozhodnutí nejlépe informačně vybavena a má k němu největší motivaci.¹⁸ Nebo může chybné smluvní pravidlo doplnit vhodným formulováním právního pravidla.¹⁹ Podle ekonomické analýzy práva má informační povinnost mít ta strana, která je schopna informace zajistit za nejnižší náklady (*the least-cost information gathering rule*).

Třetím pilířem individuálního rozhodování je nejistota. Během našeho života musíme činit rozmanitá rozhodnutí, neboť žijeme ve světě s omezenými zdroji. Jídlo, oblečení, přístřeší, ale rovněž prchavější aspekty našeho bytí jako je láska, moc, prestiž jsou dostupné jen v omezené nabídce. Člověk si musí vybrat. Mít jednu věc znamená vzdát se jiné.²⁰ Ekonomičtí hráči činí rozhodnutí nejen o věcech, které jsou jisté (zda pojedou na dovolenou do Turecka či Maroka), ale rovněž o věcech, které zahrnují element nejistoty. Rozhodnutí studovat na právnické škole může být motivováno snahou získat po studiu dobře placené zaměstnání. A přestože volba studia na právnické fakultě může být podpořena statistikami, které řeknou, zda se studiem na právnické fakultě zvýší pracovní příležitost, o jistotě v tomto případě hovořit nelze. Různí lidé mají různé preference a různé schopnosti vypořádat se s rizikem, které je přítomné při jakémkoliv aktivitě, neboť vždy se něco může pokazit. Vždy

¹⁴ Pravděpodobnost je čistě subjektivní kategorie. Jde pouze o účastníkův odhad pravděpodobnosti výhry soudního sporu. Tato pravděpodobnost závisí rovněž na sebevědomí daného člověka, ale i jiných charakterových vlastnostech (na tvrdohlavosti závisí, jak dlouho nám pocit křivdy vydrží; od empatie jsou odvislé šance na odpuštění a podobně). V tomto bodě hraje významnou roli profesionál (zpravidla advokát), který z titulu své odbornosti a praktických zkušeností může odhadnout s větší přesností než právní laik, pravděpodobnost výhry. Pokud je pravděpodobnost výhry sporu velmi malá, může profesionál zabránit litigaci.

¹⁵ RICHTER, Tomáš. Insolvenční právo. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 41.

¹⁶ Srov. SIMON, A. Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. [online] *The Quarterly Journal of Economics*, 1955, Vol. 69, No. 1, s. 99-118. [cit. 7. 3. 2015]. Dostupné z: http://www.jstor.org/stable/1884852?seq=1#page_scan_tab_contents

¹⁷ BEJČEK, Josef a kol. Obchodní právo: Obecná část. Soutěžní právo. Praha: C.H.Beck., 2014, s. 18.

¹⁸ RICHTER, Tomáš. Insolvenční právo. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 38.

¹⁹ Tamtéž.

²⁰ MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2014, 48.

existuje riziko, že se stane něco nežádoucího (vyšší moc, informační šum, ztráta dat, změna tržních podmínek, technická porucha atd.)²¹. Zároveň platí, že následky takové nežádoucí situace musí někdo uhradit. Někdo vždy musí náklady tohoto rizika nést. Na někoho musí být riziko alokováno.²² Ekonomická analýza se ptá: Podle jakého principu rozhodnout, kdo ponese náklady, aby bylo dosaženo hospodárného stavu, neplýtvalo se zdroji a subjekt byl dostatečně motivován k prevenci před rizikem? Racionální subjekt, který ví, že pokud nastane škodlivá událost, že ji bude muset zaplatit, je motivován k tomu, aby učinil preventivní opatření. Aby právní norma riziko alokovala efektivně, měla by je alokovat na osobu, která může preventivní opatření učinit za nejnižší náklady (*the cheapest cost avoider*). Tímto pohledem je možno nahlížet na jakoukoliv oblast právní regulace. Je velmi užitečné a přínosné pro lepší pochopení smyslu mnohých právních norem přemýšlet o jejich účelu ve vztahu k alokaci rizika.²³ Existují rizika, kterým se nemůže vyhnout žádná smluvní strana, např. škoda způsobená bouřkou, záplavami. Druhotné náklady mohou být sníženy pojištěním. Pojistitel je v lepší pozici, pokud jde o absorbování rizika než pojištěnec. Má vůči němu komparativní výhodu. Například při uzavírání životní pojistky pojištěnec nemůže vědět, který rok zemře. Na úrovni celé společnosti lze však ze statistik předpovědět, kolik jedinců v dané skupině daný rok zemře. Pojištění je založeno na sdílení rizika, spočívající v tom, že všechny pojištěné osoby platí pojistné, které je nastaveno tak, aby pokrylo skutečné náklady rizika.²⁴

Z AMERIKY DO EVROPY

Na průnik mezi právem a ekonomikou poukazovali již ve svých dílech Niccoló Machiavelli (1469-1527), Thomas Hobbes (1588-1679), John Lock (1632-1704) a představitelé skotského osvícenství David Hume (1711-1776), Adam Ferguson (1723-1816) a Adam Smith (1723-1790)²⁵. Avšak až do nedávné doby leželo ve středu zájmu ekonomie pouze antimonopolní právo, regulace průmyslu, daně a právo na náhradu škody. Početné záznamy případů z těchto oblastí akumulovaly rozsáhlé informace

²¹ Srov. BEJČEK, Josef a kol. *Obchodní právo: Obecná část. Soutěžní právo*. Praha: C.H.Beck., 2014, s. 22.

²² Tamtéž.

²³ BEJČEK, Josef a kol., *Obchodní právo: Obecná část. Soutěžní právo*, s. 23.

²⁴ MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2014, s. 11.

²⁵ MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2014, s. 17.

o obchodních praktikách a podnítily ekonomy i právníky k hledání praktického využití těchto poznatků. Na počátku expanze ekonomické analýzy do dalších právních oblastí byly kladeny otázky: Jak by ekonomické metody bylo možno použít na právní systém přes smlouvy, vlastnictví, rodinné právo, pracovní právo, civilní, trestní a správní proces? Jaký má právní systém vliv na efektivitu hospodářského systému?

Tím byl položen základní stavební kámen pro vystavení mezioborového předmětu ekonomická analýza práva (v angličtině Law and Economics), který se začal rozvíjet od 30. let 20. století na Chicagské univerzitě. V této době vyšel Ronaldu Coasemu (1910-2013) slavný článek „*The Nature of the Firm*“, ve kterém hledá ekonomické zdůvodnění vzniku firmy. Ronald Coase v něm uvádí, že kdyby neexistovaly společnosti, musel by každý podnikatel pro případ každé jednotlivé zakázky uzavírat celou řadu smluv s jednotlivci (stavebník by musel uzavřít smlouvy o dílo s každým jednotlivým tesařem, zedníkem či jiným řemeslníkem, ale také například s účetními), což by si vyžádalo značné množství práce a času, tedy transakční náklady by byly velmi vysoké. Tyto náklady se se vznikem stavební společnosti sníží, neboť není nutné pokaždé vyjednávat o ceně služeb s každým zedníkem či účetním, protože je s ním uzavřena jen jediná pracovní smlouva. Ronald Coase tvrdil, že ve světě nulových transakčních nákladů by společnosti vůbec neexistovaly.²⁶

Skutečný zlom v přístupu právnické obce k ekonomické analýze práva nastal od 40. let minulého století, kdy chicagskou právnickou fakultu vedl Aaron Director (1901-2004). Ekonomický teoretik, který vyučoval předmět Ekonomická analýza a veřejná politika, se snažil přesvědčit své kolegy z právnické fakulty, aby se zabývali ekonomickou analýzou a aplikovali ji v právní vědě. On sám šel příkladem a aplikoval ekonomický aparát při analýze jednotlivých právních případů, zejména na antimonopolní zákonodárství.²⁷ Toto období později Richard Posner pojmenoval jako tzv. staré období školy Law and Economics.

Dalším významným mezníkem ekonomické analýzy práva se stal rok 1961, kdy Ronald Coase publikoval článek „*The Problem of Social Cost*“, ve kterém vysvětluje vztah mezi transakčními náklady a směnou vlastnických práv a představuje to, co je dnes označováno za Coasův teorém. Podle Ronaldy Coaseho by ve světě nulových transakčních nákladů nebyl důvod pro existenci práva, respektive jediným účelem práva by bylo vymezení výchozích

²⁶ LIŠKA, V. a SLUKOVÁ, K. a VOLEJNÍKOVÁ J. *Institucionální ekonomie*. 1. Vyd. Praha: Professional Publishing, 2012, s. 62-63.

²⁷ HOLMAN, Robert a kol. *Dějiny ekonomického myšlení*. 3. Vyd. C.H. Beck, 2005, s. 445.

vlastnických práv. Kdyby totiž transakční náklady byly nulové, byly by externality např. poškození úrody, hluk či obecné znečištění internalizovány a byla by nainstalována ochranná zařízení, jako jsou čističky, ploty apod. (pokud bude existovat někdo, kdo si úrody, ticha nebo čistého životního prostředí bude cenit více než alternativy)²⁸ i bez státních zásahů. Z Coaseho teorému plyne poučení, že efektivních výsledků je možno dosáhnout i bez státních zásahů na základě vyjednávání, a že stát může podpořit řešení externalit například snížením nákladů spojených s dohodami nebo podporovat uzavírání dohod cestou alternativního způsobu řešení sporů. V témže roce, 1961, vyšel Guidu Calabresimu první článek, ve kterém se věnuje otázce deliktů „*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*“. Richard Posner uvádí, že od toho roku se propojení ekonomických teorií a common law stalo nepřehlédnutelným.²⁹ Začalo tzv. nové období školy Law and Economics. Když pak v roce 1968 Gary Becker (1931-2014) publikoval článek „*Crime and Punishment*“, zdálo se, že není právního odvětví, které by nebylo možno podrobit ekonomické analýze.

V materiální rovině lze zmínit vznik časopisu *The Journal of Legal Studies* (1972) zaměřený na ekonomický přístup k právu, který brzy následovaly další časopisy³⁰, v nichž začaly vycházet články, kde ekonomické teorie byly používány na oblasti jako vlastnické právo, smluvní právo, pracovní právo, rodinné právo, právo životního prostředí, antidiskriminační právo, civilní a trestní proces, správní právo, rozhodování soudce, a to je jen část ze seznamu. Henry Manne (1928-2015) začal organizovat semináře pro učitele práva a soudce, aby je seznámil s novými myšlenkami a představil jim mikroekonomické teorie nezbytné pro ekonomickou analýzu práva.

Skutečný zlom v právní komunitě nastal s vydáním první učebnice této mezioborové disciplíny s názvem „*Economic Analysis of Law*“ v roce 1972. Autor knihy, sám právník, Richard Posner (nar. 1932), představil ekonomickou analýzu práva v jazyce, kterému právníci rozuměli. Učebnice shrnuje všechny do té doby známé poznatky ekonomické analýzy práva a svou komplexností (rodinné

²⁸ ŠÍMA, Josef. *Ekonomie a právo*. Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze: Fakulta národohospodářská., 2004, s. 28.

²⁹ POSNER, A. Richard. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*. The Chicago Working Paper Series, No.53. Index. [cit. 10. 02. 2015] Dostupné z: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1607&context=law_and_economics&sei-redir=1

³⁰ Například: *Research in Law and Economics*; *International Review of Law and Economics*; *Journal of Law, Economics, and Organization* (1980); *Journal of Empirical Legal Studies* (2004).

právo, pracovní právo, smluvní právo, trestní právo, finanční právo, procesní právo atd.) je mimořádným dílem. Myšlenkovou nití, která se táhne celou učebnicí, je Posnerovo přesvědčení, že common law (právo vytvářené soudci skrze precedenty) je efektivnější, a proto i spravedlivější, než kodifikované právo vytvářené zákonodárci, a to z důvodu vyšší obeznamenosti soudce s případem. Soudce podle autora dokáže intuitivně vyhodnotit ekonomické aspekty případu a rozhodnout efektivně. K tomu ani nepotřebuje ekonomické vzdělání, neboť intuitivně jsme všichni velmi dobrými ekonomy. Zákonodárce naopak podléhá tlaku lobbystických skupin. Posnerovský soudce má imitovat trh a nařídít výsledek, který by patrně docílil trh. Jeho soudce může zvýšit efektivitu tím, že odpovědnost přenesou na tu stranu, která se zdá být tou, která problému může zabránit s nejmenšími náklady. Tato myšlenka vyvolala bouřlivou reakci ze strany tradičních teoretiků práva, kteří svou vizi ideálního právního systému stavěli výhradně na konceptu spravedlnosti a nebyli ochotni učinit jakékoli ústupky analýze nákladů a přínosů.³¹ Richard Posner byl jedním z představitelů ekonomické analýzy práva, který byl přesvědčen o exkluzivitě ekonomického přístupu k právu. Nutno doplnit, že postupem času ze své radikální pozice ustoupil, až ji zcela opustil.

Myšlenka, že právníci a ekonomové se od sebe mohou vzájemně učit techniky ve prospěch zjištění a prosazení ekonomické efektivity s cílem dosažení blahobytu, našla velmi brzy úrodnou půdu na prestižních právnických fakultách. V Evropě byl důležitý rok 1991, kdy byl v rámci programu Erasmus podpořen výzkum a výuka tohoto mezioborového předmětu, což propojilo spolupráci mezi některými univerzitními městy jako Hamburg, Rotterdam, Gent, Bologna, Manchester, Aix-en-Provence, Paris-Dauphine, Oxford³².

Ukázalo se, že právníká obec v Evropě přistupuje k ekonomické analýze práva mnohem opatrněji než v USA. Někteří autoři vyvinuli úsilí s cílem vystopovat příčiny tohoto fenoménu, přičemž nejčastěji poukazují na tyto tři faktory: (1) právní systémy; (2) právní kultura; (3) akademické instituce.

Odlišnost mezi common law (angloamerickým právním systémem) a civil law (kontinentálním právním systémem) spočívá především v dominantním postavení odlišných druhů pramenů práva a s tím související rozdílnou rolí soudce. Kontinentální systém je systémem práva psaného, kde jiné prameny práva (zejména právo obyčejové) jsou prameny

³¹ ŠÍMA, Josef. *Ekonomie a právo*. Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze: Fakulta národohospodářská., 2004, s. 37.

³² MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2014, s. 26.

subsidiárními. Soudce podle tohoto systému právo toliko nalézá, avšak nevytváří je.³³ Oproti tomu angloamerický právní systém bývá charakterizován tím, že je to systém soudcovského práva.³⁴ Soudce v něm má zvláštní postavení spočívající v tom, že na rozdíl od panujícího pojetí kontinentálního nejen právo nalézá, ale i právo tvoří. I v tomto systému však kromě práva soudcovského existují i jiné prameny práva, zejména právo zákonné (psané), které stále nabývá na významu.³⁵ Kontinentální právní systém v přístupu k judikatuře prošel změnou. V současném evropském prostředí se považuje za nesporné, že i kontinentální soudy tvoří právo.³⁶ I přes tyto vývojové změny však lze konstatovat, že soudy v angloamerickém právním systému se podílejí na tvorbě práva ve větším rozsahu než soudy v kontinentálním právním systému. Pokud předpokládáme, že využitelnost ekonomického přístupu ze strany soudců je přímo závislá na velikosti jejich právotvorné funkce, uvedená tradice mezi právními tradicemi common law a civil law může potenciálně vysvětlovat větší rozšíření ekonomického přístupu k právu mezi angloamerickými soudci než mezi kontinentálními soudci.³⁷ Rozdílnost právních systémů common law a civil law však nestaví překážky pro využitelnost ekonomické analýzy práva v kontinentálním právním systému v rámci soudcovské diskrece, legislativní činnosti nebo právní akademie.

V souvislosti s vlivem právní kultury na rozšíření ekonomické analýzy práva někteří autoři uvádějí, že americká právní akademie pocítila daleko dříve než ta evropská potřebu zkoumat právo za využití jiných společenskovedních disciplín. A přestože v Evropě existuje nepochybně zájem o interdisciplinární výzkum, Evropané nepocítují žádnou intelektuální prázdnotu nebo oborovou krizi sebevědomí, kterou musí zaplnit ekonomická analýza práva.³⁸ To, že Evropa nehledá nové přístupy k právu, možná i proto, že je více zakořeněna v historii a tradicích než USA neznamená, že by ho neměla využít.

³³ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck., 1995, s. 92.

³⁴ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*, s. 95.

³⁵ Tamtéž.

³⁶ KÜHN, Zdeněk, BOBEK, Michal, POLČÁK, Radim. *Judikatura a právní argumentace: Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha: Auditorium, 2006, s. 6.

³⁷ BROULÍK, Jan. *Ekonomický přístup k právu v USA a Evropě: Příčiny odlišného rozčíření*. (přípraveno k vydání)

³⁸ DAU-SCHMIDT, Kenneth, BRUN, C.L. *The Economic Analysis of Law in the United States and Europe*. [on line]. Indiana Legal Studies Research Paper No. 13 [cit. 7. 3. 2015]. 2006, s. 619 Dostupné z: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=facpub>

Jako třetí faktor mající vliv na odlišný přístup k ekonomické analýze práva v Evropě a USA bývá uváděna odlišná struktura vzdělávání budoucích právníků na obou kontinentech. Zatímco v Evropě studenti nastupují na právnické fakulty okamžitě po střední škole, ve Spojených státech je právnické vysokoškolské vzdělání vždy tříletým vzděláním navazujícím na předchozí univerzitní (bakalářské) neprávnické vzdělání. Podle Richarda Posnera předchozí studium neprávnického oboru vede k tomu, že studenti se perspektivu tohoto oboru nesou s sebou i při studiu práva.³⁹ Z toho lze obecně vyvodit i větší otevřenost absolventů práva k přístupu k právu skrze mimo-právní disciplíny. Dalším neméně důležitým faktem pro námi sledovaný fenomén je i skutečnost, že americké právnické fakulty nenabízí studentům, Ph.D. programy. Proto lze na prestižních amerických právnických fakultách nalézt mnohem více akademiků s doktoráty z ekonomie, politikologie, sociologie apod. než na fakultách evropských.⁴⁰

Ačkoliv ekonomická analýza práva nemusí být v Evropě nikdy tak důležitá jako je v USA, je nepochybně aplikovatelná na evropské právní problémy a má v sobě potenciál svoji roli v budoucnu zvyšovat.

PEDAGOGICKÝ POHLED NA EKONOMICKOU ANALÝZU PRÁVA

Z pedagogického pohledu může ekonomická analýza práva studentovi přiléhavěji a srozumitelněji osvětlit smysl a účel právních norem, tj. proč dané právní normy vůbec existují. Ilustrujme si uvedené na smluvním právu, deliktním závazkovém právu a trestním právu.

Smluvní právo a ekonomická analýza

Ekonomická analýza smluvního práva začíná otázkou: Proč racionální strany potřebují smluvní právo, aby uzavřely smlouvu? Odpověď zní, protože snižuje transakční náklady a to jak při uzavírání smlouvy, tak po uzavření smlouvy. Každá transakce při níž dochází k alokaci zdrojů z jednoho subjektu na druhý má své náklady. Ty je možno rozlišit na: (1) náklady na průzkum, (2) náklady na vyjednávání, (3) vynucovací náklady⁴¹. Pod pojmem transakční náklady rozumějme tedy náklady na směnu. Náklady

³⁹ POSNER, A. Richard. *Law and Legal Theory in England and America*. New York: Oxford University Press, 1996, s. 70.

⁴⁰ BROULÍK, Jan. *Ekonomický přístup k právu v USA a Evropě: Příčiny odlišného rozčíření*. (přípraveno k vydání)

⁴¹ COOTER, Robert, ULEN, S. Thomas. *Law & Economics*. 6. vyd., Courier Westford, Inc., 2011, s. 88.

na vyjednávání představují náklady, které musí být vynaloženy pro nalezení smluvního partnera. Tyto náklady mohou být vysoké u jedinečného zboží a služeb a nízké pro standardní zboží či služby. Nalézt někoho, kdo prodává Ferrari je obtížnější, než nalézt někoho, kdo prodává limonádu. Náklady na vyjednávání zahrnují například náklady spojené s výměnou informací, náklady na dopravu do místa jednání, ušlý výdělek, náklady na sepsání smlouvy atd. V případě informací záleží, kolik z relevantních informací je veřejně dostupných a kolik jich je dostupných pouze jedné ze stran smlouvy. Například u prodeje jablek mnoho informací pro realizaci směny není třeba. Naopak u koupě domu budou náklady na vyjednávání vysoké, neboť mnoho informací, které má k dispozici pouze jedna smluvní strana musí být odhaleny druhé smluvní straně. Prodávající ví o skrytých vadách bytu nebo domu víc než kupující. Kupující má zase více informací o svých finančních možnostech. V souvislosti s transakčními náklady je rovněž nezanedbatelné, kolik je účastníků smlouvy. Obecně lze říci, že čím více je účastníků, tím vyšší jsou transakční náklady. Charakteristika transakcí, které mohou ovlivnit jejich náklady je uvedena v tabulce⁴².

Nízké transakční náklady	Vysoké transakční náklady
Běžné zboží nebo služba	Specifické zboží nebo služba
Jednoduchá jasná pravidla	Složitá komplexní pravidla
Málo stran transakce	Mnoho stran transakce
Vstřícnost mezi stranami	Nepřátelství mezi stranami
Důvěra mezi stranami	Nedůvěra mezi stranami
Rozumné chování	Nerozumné chování
Okamžitá směna	Odložená směna
Žádná omezení či komplikace	Početná omezení a komplikace
Nízké náklady na kontrolu	Vysoké náklady na kontrolu
Nízká sankce za porušení	Vysoká sankce za porušení

Jak smluvní právo snižuje transakční náklady smluvním stranám i státu? Uzavřením smlouvy se aktivují nejen normy kogentní, ale i normy dispozitivní. To znamená, že obsah smlouvy netvoří jenom to, co v ní je slovy vyjádřeno, ale i zákonná úprava, dobré mravy a zvyklosti. Smluvní strany proto nemusí při zakládání právního vztahu jednat o každém detailu, transakční náklady by v mnoha případech byly příliš vysoké. Zároveň dispozitivní normy zbaývají smluvní strany i soud břemene rekonstrukce kompletní smlouvy, soudní spory tak vyžadují méně času, což snižuje vynucovací náklady (náklady, které musí být vynaloženy v jednotlivých fázích řešení sporu). Studentovi jsou odhaleny ekonomické funkce smluvního práva k níž patří snížení transakčních nákladů, zabránění oportunistu, zavádění efektivních podmínek, trestání chyb, kterým se lze vyhnout ve smluvním procesu, alokace rizika atd.

⁴² COOTER, Robert, ULEN, S. Thomas. *Law & Economics*. 6. vyd., Courier Westford, Inc., 2011, s. 91.

Delikttní závazkové právo a ekonomická analýza

Proč racionální škůdce a racionální poškozený potřebují delikttní závazkové právo? Jak potenciální škůdce, tak potenciální poškozený jsou racionálními kalkulátory, kteří srovnávají očekávané náklady a užitek. Věcné právo a smluvní právo nepokrývá veškeré životní situace, při kterých dochází ke vzniku škody, například poškozený utrpěl v důsledku jednání škůdce škodu na zdraví, újmu na pověsti nebo cti. Tělo, čest a pověst nejsou vlastnictvím poškozeného, a proto nelze použít normy věcného práva při uplatnění nároku na náhradu újmy. Je proto třeba vedle věcného práva a smluvního obligačního práva třetí oblasti práva, která by poskytovala právní titul pro kompenzaci za škodlivé jednání jiné, než je porušení smlouvy nebo věcného práva. Nebylo by například možné, aby všichni řidiči uzavřeli mezi sebou smlouvu, na základě které by alokovali náklady z budoucích možných dopravních nehod. Překážkou by zde byly vysoké transakční náklady. Bez delikttního závazkového práva by v řadě situací, při nichž dochází ke škodám, neměl potenciální škůdce žádnou motivaci k předběžným opatřením zamezujícím či snižujícím riziko vzniku škody. Dle ekonomické analýzy práva snižuje delikttní závazkové právo náklady tím, že snižuje počet škodných událostí a obětí internalizací ceny škody, která může nastat při nedodržení odborné péče.⁴³

Trestní právo a ekonomická analýza

Gary Becker modeluje *delikventa jako racionálního „kalkulátora“*, jenž očekává, že jeho prospěch z trestné činnosti převyší náklady. Přičemž prospěchem se rozumí různá hmotná uspokojení (např. peníze) nebo nehmotné uspokojení (například poškození dobré pověsti) z trestné činnosti. Náklady zahrnují různé výdaje (zbraň, přestrojení, nářadí k loupení atd.), náklady obětovaných příležitostí (čas strávený trestnou činností je překážkou pro jinou činnost. čas strávený ve vězení je překážkou k výdělečné činnosti na svobodě.) a očekávané náklady na trest v případě odhalení a odsouzení. Když se zvýší cena obětovaných příležitostí, sníží se počet trestných činů. Kupříkladu zvýšením pracovních příležitostí se sníží zisk z protiprávní činnosti. Pokud se sníží prospěch z krádeže, sníží se i počet trestných činů. Pohled na delikventa jako na racionálního „kalkulátora“ může narazit u mnoha čtenářů jako něco ne-realistického, zejména když jde o delikventa s nízkým vzděláním nebo delikventa bez motivace zisku. Empirické studie na trestnou činnost však odhalují,

⁴³ COOTER, Robert, ULEN, S. Thomas. *Law & Economics*. 6. vyd., Courier Westford, Inc., 2011, s. 152.

že delikventi reagují na změny nákladů obětovaných příležitostí (*opportunity cost*), pravděpodobnost odhalení, tvrdost trestu a další relevantní proměnné, jako kdyby byli racionální kalkulátoři, jak je představuje ekonomický model. Nezáleží přitom na tom, zda se jedná o trestný čin spáchaný kvůli peněžitému či nepeněžitému zisku, delikventa vysoce vzdělaného nebo nevzdělaného.⁴⁴ Je pravdou, že pokud lidé nemají dobré informace o pravděpodobnosti zatčení a odsouzení, mohou perspektivy přeceňovat nebo naopak podceňovat. Zvýší-li se pravděpodobnost odhalení, sníží se i trestná činnost. Čím méně účinné jsou nástroje odstrašení, tím přísnější musí být tresty. Co kdyby tresty byly stanoveny tak vysoko, že prospěch potenciálního delikventa by nikdy nepřevýšil náklady? Společnost by z toho profitovala, neboť by nemusela utrácet prostředky na trestání delikventů. V reálném světě neúplných informací je toto řešení však nemožné. Trestné činy budou vždy páčány, neboť vždy se najdou delikventi, kteří chybně neodhadnou prospěch a náklady. Vysoké tresty by mohly lidi odrazovat od společensky žádoucího chování. Argumentace ve prospěch trestního práva může být následující: (1) Oběť nemusí mít zájem na soudním vymáhání. Má zájem na kompenzaci a otázka generální prevence ji zpravidla nezajímá. (2) Oběť nemusí mít potřebné informace, aby věděla, že je oběť. (3) Oběť nemusí mít dostatečné prostředky potřebné pro efektivní odhalení protiprávního jednání. (4) Oběť nebo svědek trestného činu mohou mít obavu z uplatňování svého nároku soudní cestou. Trestní právní systém je velmi nákladný (výdaje na policii, státní zastupitelství, věznice, soudy, obhájce, probační a mediační služba atd.). Kromě těchto výdajů na stíhání, odsouzení a výkon trestu je třeba zvažovat další náklady, které jsou obtížně vyčíslitelné jako je snížení pracovní perspektivy delikventa, snížení rodinné stability, v případě delikventa právnické osoby může dojít k propuštění zaměstnanců, zastavení dodávky zboží a služeb spotřebitelům, stigmatizace nejen pachatele, ale i členů rodiny⁴⁵. Navzdory vysokým nákladům jej nelze nahradit. Trestní právo legitimizuje věznění nebezpečných delikventů, zabraňuje potenciálním deliktům v páčání trestné činnosti, poskytuje obětem pocit zadostiučinění, vyjadřuje společenské hodnoty.

Analýzou právních norem a institucí je studentům odhalována skutečnost, že za mnoha právními normami stojí ekonomický přístup. Studenti si uvědomí, že ekonomický přístup se často překrývá s použitím selského rozumu.

SHRNUTÍ

Ekonomická analýza práva je jednou z metod přístupu k právu, jejímž kritériem jsou náklady a užitek. Při interpretaci a aplikaci právních pravidel, ale i při její tvorbě je vhodné integrovat právní a ekonomické myšlení a v maximální možné míře hledat společný základ pro obojí.⁴⁶ Ekonomická analýza právních norem odhaluje hlubší ekonomické souvislosti, ať již jde o účelové opodstatnění jednotlivých pravidel, jejich funkční smysl, anebo účinky na chování dotčených subjektů. Empirické analýzy zpřístupňují informace o tom, jak právo působí na chování jednotlivců a skupin a modely ekonomické analýzy dovolují lépe predikovat účinky právních pravidel na chování lidí. Pozitivní ekonomická analýza práva se ptá, proč máme takové právo, jaké máme, a snaží se zjistit, zda lze existující právní normy chápat jako nástroje směřující k dosažení ekonomických cílů. Zůstává přitom hodnotově indiferentní. Normativní ekonomická analýza práva se naopak snaží o nalezení optimální právní normy, k tomu tak musí nejdříve zhodnotit stav platný, k čemuž využívá analýzy pozitivní. Účelem normativní ekonomické analýzy práva je „vytvoření“ efektivního práva, které díky své existenci povede k efektivnímu chování jedinců, tj. takovému chování, při kterém nebude plýtváno časem, penězi a zdroji. Metodu analýzou nákladů a užítku lze použít ve fázi formování, interpretace a aplikace všech právních odvětví a z pedagogického pohledu může studentovi přiléhavěji a srozumitelněji vysvětlit smysl a účel právních norem.

Summary

The aim of the contribution is to explain why a lawyer should study the interdisciplinary subject of the economic analysis of law. At the beginning it briefly acquaints a reader with the history of the economic analysis of law. Subsequently it introduces the economic analysis of law as one of the theoretical method of the legal interpretation and application, which is based on the assumption that efficiency should be the aim of law in the stage of its creation, interpretation as well as application. The model of costs and benefits is useful and needed complement to the approach towards the law. The contribution emphasis both, this interpretation shouldn't obtain the priority and it shouldn't be undervalued. It can improve the quality of law and as a consequence of it the economic analysis of law can have a positive impact on the whole society. A lawyer who enriches his/her knowledge about microeconomic theories will get a new view of law and will get a new coherence.

⁴⁶ BEJČEK, Josef a kol., Obchodní právo: Obečná část. Soutěžní právo, s. 13.

⁴⁴ POSNER, A. Richard. *Economic analysis of law*. 8. Vyd. New York: ASPEN Publisher, 2011, s. 279.

⁴⁵ Srov. BROWN, D. Cost-Benefit Analysis in Criminal Law. *California Law Review*, vol. 92, March 2004, No. 2, p. 325.

DOKTORANDSKÉ PŘÍSPĚVKY

Zákonné zmeny v oblasti odškodňovania obetí trestných činov zo strany štátu

Jana Klesniaková*

Úvod

Za posledné roky sa zintenzívnili kroky zákonodarcu pri formovaní úpravy trestnoprávných predpisov smerom k cieľom restoratívnej justície s dôrazom na zlepšenie postavenia poškodeného.¹ Významný legislatívny posun v posilnení postavenia a v rozšírení práv obetí trestných činov v procesnom postavení poškodeného predstavuje zákon č. 45/2013 Sb., o obětech trestných činů a o změně některých zákonů (zákon o obětech trestných činů), (ďalej len „ZOTČ“ alebo „zákon o obetiach trestných činov“), účinný od 1. 8. 2013. Prínosom zákona o obetiach trestných činov je predovšetkým úprava komplexného katalógu práv obeť trestného činu v jednej zákonnej norme. Jedným z tohto nového komplexu práv je aj právo obeť trestného činu na peňažnú pomoc zo štátnych prostriedkov, ktorého reglementácia bola s čiastočnými, ale podstatnými, zmenami prebratá z predchádzajúcej právnej úpravy prvej časti zákona č. 209/1997 Sb., o poskytnutí peněžité pomoci obětem trestné činnosti a o změně a doplnění některých zákonů (ďalej len „ZPP“), ktorú nový zákon o obe-

tiach trestných činov nahradil. Nová právna úprava poskytovania peňažnej pomoci zo strany štátu odstránila viaceré nedostatky, ktoré znemožňovali alebo sťažovali obetiam trestných činov podať žiadosť o poskytnutie peňažnej pomoci a získať ju od štátu v zákonnom rozsahu. Na strane druhej však zákon o obetiach trestných činov nereflektoval niektoré naliehavé potreby praxe pri odškodňovaní obetí, ktoré mohli byť vyriešené práve touto normou.

Nasledujúci článok sa venuje rozboru legislatívnych zmien v novej úprave poskytovania peňažnej pomoci obetiam trestných činov zo strany štátu z pohľadu dostupnosti informácií o tomto práve, z pohľadu vymedzených podmienok poskytnutia peňažnej pomoci a stanovených lehôt pre podávanie žiadostí o peňažnú pomoc a nakoniec aj z pohľadu spôsobu vymáhania nároku na náhradu škody alebo nemajetkovej ujmy v rozsahu poskytnutej peňažnej pomoci.

1 Prínos novej úpravy poskytovania peňažnej pomoci obetiam trestných činov

Hlavným účelom poskytovania peňažnej pomoci zo štátnych prostriedkov je podľa § 25 (1) ZOTČ snaha štátu pomôcť obetiam trestného činu a pozostalým po obeti, ktorá v dôsledku trestného činu zomrela, preklenúť zhoršenú sociálnu (hlavne finančnú) situáciu spôsobenú trestným činom. U obetí trestného činu proti ľudskej dôstojnosti v sexuálnej oblasti a dieťaťa, ktoré je obeťou trestného činu týrania zverenej osoby, ktorým vznikla nemajetková ujma, má štátom poskytnuté odškodnenie pomôcť uhradiť náklady spojené s poskytnutím odbornej psychoterapie a fyzioterapie či inej odbornej služby zameranej na nápravu vzniknutej nemajetkovej ujmy. V otázke, či sa má peňažná pomoc poskytovať aj za účelom repará-

* JUDr. Jana Klesniaková, študentka doktorandského študijného programu na Katedre trestného práva Právnickej fakulty MU v Brne.

¹ Dôkazom toho sú viaceré novelizácie Trestního řádu uskutočnené, jednak zákonom č. 181/2011 Sb., ktorá rozšírila, s účinnosťou od 1. 7. 2011, predmet adhézneho konania o nemajetkovú ujmu a bezdôvodné obohatenie, ktoré vznikli poškodenému v príčinnej súvislosti s trestným činom, jednak, zákonom č. 193/2012 Sb., účinným od 1. 9. 2012, ktorým sa upravil nový procesný inštitút dohoda o vine a treste vrátane postavenia poškodeného v dohodovacom konaní a samozrejme jednak, osobitným zákonom č. 45/2013 Sb., o obětech trestných činů a o změně některých zákonů, účinným od 1. 8. 2013, ktorý garantuje obetiam trestných činov v postavení poškodených šetrný a ohľaduplný prístup v priebehu celého trestného konania.

cie ujmy,² sa názori odborníkov³ líšia. Každopádne poskytnutie odškodnenia hoci v najnižšej paušálnej čiastke⁴ vymedzenej v § 28 ZOTČ, predstavuje pre obeť trestného činu veľkú pomoc pri zmierňovaní negatívnych dopadov trestného činu na spôsob jej života. Z toho dôvodu má hoci nepatrné zvýšenie jednorázových čiastok peňažnej pomoci v novej úprave⁵ v porovnaní s predchádzajúcou dikciou v § 7 ZPP, pre obeť trestných činov podstatný význam.

Z toho dôvodu treba vyzdvihnúť prínos novej zákonnej úpravy pre obeť trestných činov v oblasti ich odškodňovania v porovnaní s pôvodným zákonom

² Nejednotnosť odborníkov spočíva v tom, či sa má peňažná pomoc poskytnúť aj za účelom nahradenia škody, nemajetkovej ujmy alebo ublíženia na zdraví či ťažkej ujmy na zdraví, ak obeť trestného činu ako poškodený nedosiahla v trestnom konaní ich priznanie, napr. z dôvodu, že páchatel bol oslobodený spod obžaloby, nepodarilo sa zistiť totožnosť páchatela, alebo jeho pobyt v zahraničí nie je známy, či trestné stíhanie bolo zastavené, avšak z trestného spisu alebo zo zistených skutkových okolností, za ktorých k spáchaniu trestného činu došlo, vyplýva, že obeť bola trestným činom skutočne spôsobená ujma, ktorej náhradu súd v trestnom konaní neprizná.

³ Reparácia ujmy ako sekundárny účel peňažnej pomoci je spolu s odôvodnením tohto stanoviska uvádzaná v publikácii prof. Jelínka – Jelínek, J. et. al.: Zákon o obětech trestných činů. Komentář s judikaturou. Praha: Leges, 2013, s. 127. Opačný názor, že peňažná pomoc sa nevzťahuje na odškodnenie bolesti, ani na odškodnenie hodnoty odcudzených vecí alebo peňazí, teda na náhradu škody, zastáva riaditeľka českej organizácie Bieleho kruhu bezpečia Mgr. Vitoušová v publikácii – Čírťková, L., Vitoušová, P. et. al.: Pomoc obětem (a svědkům) trestných činů. Příručka pro pomáhající profese. Praha: GRADA Publishing, 2007, s. 170.

⁴ Jednotlivé paušálne čiastky sa svojimi hraničnými výškami navzájom líšia podľa druhu ujmy, ktorá vznikla obeť trestným činom. Nie je však jasné, z akých dôvodov zvolil zákonodarca konkrétne limity hornej a dolnej hranice poskytovania peňažnej pomoci v novej zákonnej úprave. In: Král, V.: Odškodňování obětí trestné činnosti. Zákony s poznámkami. Praha: C.H.Beck, 1998, s. 28, 31-32.

⁵ Napríklad, zvýšenie maximálnej výšky peňažnej pomoci poskytnutej vo svojom súčte zo 150 000 Kč na 200 000 Kč pri ublížení na zdraví, ťažkej ujme na zdraví a pri usmrtení osoby, pričom peňažná pomoc poskytovaná viacerým pozostalým osobám nesmie vo svojom súčte presiahnuť 600 000 Kč z predchádzajúcich 450 000 Kč, ako aj zvýšenie paušálnej čiastky poskytovanej obeť pri ťažkej ujme na zdraví z 25 000 Kč na 50 000 Kč. V prípade novo odškodňovanej ujmy spôsobenej obeť trestnými činmi proti ľudskej dôstojnosti v sexuálnej oblasti je stanovená paušálna čiastka do celkovej výšky 50 000 Kč ná úhradu nákladov spojených s poskytnutím odbornej psychoterapie a fyzioterapie či inej odbornej služby zameranej na nápravu vzniknutej nemajetkovej ujmy.

č. 209/1997 Sb. Ide hlavne o poučenie obeť trestného činu o práve na peňažnú pomoc od štátu policajným orgánom nielen písomne, ale aj ústne na základe jej žiadosti, ďalej o predĺženie lehôt pre podávanie žiadosti o peňažnú pomoc, či o zmenu subjektu, ktorý si po vyplatení peňažnej pomoci, môže uplatniť výšku poskytnutého plnenia v trestnom konaní voči obvinenému.

1.1 Poučenie o práve na peňažnú pomoc od štátu

Peňažnú pomoc zo štátnych prostriedkov možno poskytnúť len na základe žiadosti obeť trestného činu. Uvedená požiadavka je upravená zhodne v oboch zákonoch - § 9 (1) ZPP, § 28 (1) ZOTČ. Ani v oprávnených prípadoch poskytnutia peňažnej pomoci nekoná Ministerstvo spravodlivosti ČR ex offio. Štatistiky Ministerstva spravodlivosti ČR⁶ však deklarujú, že i napriek vysokému počtu trestných činov, ktoré sú spáchané na území ČR, je počet obeť, ktoré požiadajú o peňažnú pomoc každoročne okolo stovky.

Viacerí odborníci tento nízky počet žiadostí pripisujú práve nevedomosti obeť trestných činov o tejto možnosti finančnej podpory štátu. Je to výsledok zle nastavenej povinnosti policajného orgánu poučiť obeť o možnosti podať žiadosť o peňažnú pomoc zo štátnych prostriedkov.

Osobitnú poučovaciu povinnosť policajného orgánu o právach obeť trestných činov v postavení poškodených obsahujú, okrem duplicitne novelizovaných ustanovení § 2 (15) a § 46 zákona č. 141/1961 Sb. o trestním řízení soudním, Trestní řád, ve znění pozdějších předpisů (ďalej len „TrŘ“), oba právne predpisy (ZPP, ZOTČ). Ustanovenie § 14 ZPP upravovalo iba povinnosť orgánov činných v trestnom konaní poučiť obeť, bez ohľadu na formu. Poučenie bolo vypracované na niekoľkých stranách a obeť bola poučená ich prečítaním. V súčasnosti zakotvujú ustanovenia § 3 (4) ZOTČ a § 8 (1) písm. g ZOTČ povinnosť policajného orgánu informovať pri prvom kontakte obeť trestného činu, za akých podmienok a v akom rozsahu má právo na peňažnú pomoc, vrátane poučenia o lehote pre podanie žiadosti. Podľa § 8 (2) ZOTČ poskytuje policajný orgán uvedené poučenie písomne. Z toho vyplýva, že nový zákon o obeť trestných činov rozšíril rozsah poučovacej

⁶ Napríklad, v roku 1998 bolo podaných 169 žiadostí o peňažnú pomoc od štátu, v roku 2005 to bolo 132 žiadostí, v roku 2007 to bolo 66 žiadostí, v roku 2008 to bolo 118 žiadostí, v roku 2010 to bolo 125 žiadostí a v roku 2012 narástol počet žiadostí o peňažnú pomoc na 134. Štatistické údaje sú dostupné na stránkach Ministerstva spravodlivosti ČR, <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?j=33 & o=23 & k=5871>.

povinnosti voči obetiam trestných činov, avšak nezmenil kvalitu poučovacej povinnosti. Nové poučenie v rozsiahlejšom písomnom vyhotovení síce obeť informuje o všetkých jej procesných právach ako aj o všetkých jej právach podľa ZOTČ, bohužiaľ bez zohľadnenia špecifických potrieb obeť ako aj psychického stavu, v ktorom sa obeť po trestnom čine nachádza. Výsledkom je formálne poučenie obeť o práve na peňažnú pomoc, i keď nesplnila podmienky pre jej poskytnutie.⁷

Ak obeť trestného činu nerozumie obsahu niekoľko stranového poučenia s citovanými paragrafmi trestnoprávných predpisov, môže sa buď obrátiť na niektorí zo subjektov poskytujúcich pomoc obetiam trestných činov, ktorý je zapísaný v registri poskytovateľov pomoci obetiam alebo požiadať policajný orgán o ústne vysvetlenie svojich práv.

Subjekty poskytujúce pomoc obetiam trestných činov, napríklad neziskové organizácie, môžu obeť trestného činu (klienta) informovať, podľa § 9 písm. b ZOTČ, o tom, či spĺňa podmienky pre poskytnutie peňažnej pomoci a žiadosť o peňažnú pomoc s ňou aj spísať.

Alebo podľa § 8 (4) ZOTČ môže obeť trestného činu požiadať policajný orgán o ústne vysvetlenie ustanovení zákona o obetiach trestných činov, ktoré upravujú právo na peňažnú pomoc. Policajný orgán by mal obeť vysvetliť, či spĺňa podmienky pre poskytnutie peňažnej pomoci ako aj postup, ako uvedenú žiadosť podať. Vysvetlenie musí byť pritom zrozumiteľné {§ 8 (4) ZOTČ, § 2 (15) TrŘ}. Policajný orgán by nemal len citovať jednotlivé paragrafy predpisov, ale vysvetliť konkrétne právo a jeho uplatnenie v praxi. Z tejto požiadavky kladenej na rozsah vedomostí policajných orgánov vyplýva nevyhnutnosť policajné orgány školiť o spôsobe a o obsahu ústneho poučenia o právach obeť a o po-

⁷ Podmienky, za ktorých má obeť trestného činu nárok na peňažnú pomoc od štátu: 1) postavenie obeť s ohľadom na štátnu príslušnosť/trvalý pobyt na území Českej republiky alebo v inom členskom štáte EÚ, 2) vymedzený okruh narušených záujmov (ujma) trestným činom, 3) existencia trestného činu, 4) príčinná súvislosť medzi trestným činom a ujmom (narušeným záujmom), 5) ujma nebola plne nahradená, 6) obeť nie je spoluobvinená pri trestnom čine, ktorým jej bola spôsobená ujma a ani nie je účastníkom takeého trestného činu, 7) súhlas obeť s trestným stíhaním v prípadoch, v ktorých sa vyžaduje, 8) poskytnutie súčinnosti orgánom činným v trestnom konaní (podanie včasného oznámenia pri trestnom čine, v súvislosti s ktorým vznikla obeť ujma, či v pozícii svedka nevyužila právo odoprieť výpoveď s odvolaním sa na svoj pomer k páchatelovi), 9) obeť sa nepodieľala svojím zavinením na vzniku ujmy, 10) obeť využila všetky zákonné prostriedky na uplatnenie nároku na náhradu škody alebo nemajetkovej ujmy voči páchatelovi. V oboch predpisoch (ZPP, ZOTČ) sú tieto podmienky konštruované totožne.

stupe k ich uplatneniu. Na základe zrozumiteľného poučenia obeť trestného činu o možnosti podať žiadosť o peňažnú pomoc sa môže zvýšiť počet podaných žiadostí na odbore odškodňovania Ministerstva spravodlivosti ČR, čím sa nielen zlepši finančná situácia obeť trestného činu, ale taktiež sa zmiernia negatívne následky trestného činu.

1.2 Predĺženie lehôt na podávanie žiadosti o peňažnú pomoc

Oba právne predpisy (ZPP, ZOTČ) umožňujú obeť trestného činu podať žiadosť o poskytnutie peňažnej pomoci na odbore odškodňovania Ministerstva spravodlivosti ČR v konkrétnej lehote, ktorej márnym uplynutím právo na peňažnú pomoc zanikne. Rozdiel v oboch úpravách však spočíva v dĺžke lehôt, kedy si obeť môže podať žiadosť. Podľa ustanovenia § 9 (2) ZPP bola obeť trestného činu oprávnená podať žiadosť o peňažnú pomoc do jedného roka odo dňa spáchania trestného činu. Uvedená koncepcia bola veľmi prísna. Preto úprava § 30 (2) ZOTČ zakotvila na podávanie žiadostí dve lehoty - subjektívnu a objektívnu lehotu, ktoré v porovnaní s predchádzajúcou úpravou predĺžila v prospech obeť trestných činov. Subjektívna lehota plynie dva roky odo dňa, kedy sa obeť dozvedela o ujme spôsobenej trestným činom. Objektívna lehota trvá najdlhšie päť rokov od spáchania trestného činu. Predĺžením oboch lehôt sa zákonne zabezpečil obetiam trestného činu širší časový priestor na uplatnenie práva na peňažnú pomoc. Čo je veľkým prínosom pre obeť tých druhov trestných činov,⁸ ktorých následkom je prežívanie ťažkej psychickej ujmy (poruchy spánku, tras, úzkostné stavy) alebo závažné poškodenie zdravia (kóma, invalidita, posttraumatická stresová porucha).⁹

1.3 Prechod nároku voči páchatelovi na štát

Významné zmeny nastali aj v oblasti vymáhania poskytnutej peňažnej pomoci, a to konkrétne v subjekte, ktorý poskytnuté peňažné plnenie vymáhal od páchatel'a v trestnom konaní, ako aj v postupe Ministerstva spravodlivosti ČR pri vymáhaní poskytnutej peňažnej pomoci obeť trestného činu.

Postupom podľa § 12 ZPP poskytoval štát peňažnú pomoc vo forme pôžičky, ktorú obeť trestného činu musela po 5 rokoch štátu vrátiť. Najväčším nedostatkom takto koncipovanej spätnej splatnosti poskyt-

⁸ Predovšetkým, trestných činov proti životu, trestných činov proti zdraviu, trestných činov proti ľudskej dôstojnosti v sexuálnej oblasti.

⁹ Rozsudek NS ČR ze dne 19. 6. 2013, sp. zn. 8 Tdo 46/2013.

nutého peňažného plnenia zo štátnych prostriedkov bolo ponechanie obeti v tom, aby vyžadovala od páchatel'a finančnú kompenzáciu za vytrpené ujmy, čo samozrejme nie vždy mohla v trestnom konaní alebo v zdĺhavejšom civilnom konaní dosiahnuť. Preto buď bola demotivovaná uplatniť a vymáhať ujmu od páchatel'a, keďže už určité finančné prostriedky od štátu mala k dispozícii, alebo skrátka nedosiahla kompenzáciu od páchatel'a, pretože trestný súd nerozhodol o povinnosti obvineného k náhrade ujmy. Dôsledkom toho potom bolo, že náhradu ujmy platili všetci daňoví poplatníci a páchatel'om sa tak vyslal signál, že nie je nevyhnutné hradiť spôsobenú ujmu. Štát sa tak pripravil o možnosť dosiahnuť poskytnutú peňažnú pomoc obeti trestného činu od páchatel'a späť.¹⁰

Zmenu zakotvil zákonodarca v ustanovení § 33 ZOTČ. Poskytnutím peňažnej pomoci obeti trestného činu prechádza na štát jej nárok na náhradu škody alebo nemajetkovej ujmy voči páchatel'ovi, a to až do výšky poskytnutého peňažného plnenia. Uvedený novo konštruovaný postup vymáhania poskytnutej peňažnej pomoci vychádza z čl. 10 Európskeho dohovoru o odškodňovaní obetí násilných trestných činov, podpísaný v Štrasburgu dňa 24. 11. 1983.¹¹ Obet' získa od štátu jednorazové odškodnenie, s ktorým môže disponovať podľa svojej potreby bez starosti s jej neskorším vrátením štátu. Samotný štát sa môže pripojiť k trestnému konaniu so svojim nárokom vo výške poskytnutého odškodnenia ako poškodený.

Uplatňovaním nároku na náhradu peňažnej čiastky vo výške poskytnutej peňažnej pomoci môže byť činnosť Ministerstva spravodlivosti ČR nepríjemne zaťažaná. Riaditeľ odškodňovacieho odboru Ministerstva spravodlivosti ČR, Mgr. Jakub Severa, na konferencii organizovanej Bielym kruhom bezpečia v Prahe 21. 10. 2013 poukázal nato, že na základe postupu podľa § 33 ZOTČ bude štát v trestnom konaní zaťažovaný dôkazným bremenom o vzniku škody alebo nemajetkovej ujmy obeti trestného činu v rozsahu poskytnutého peňažného plnenia. Pri deklarovaní svojho nároku voči páchatel'ovi, nebude môcť štát spolupracovať s obeťou v trestnom konaní, napríklad v pozícii svedka, z obavy prehlbovania sekundárnej viktimizácie u tejto obete trestného činu. Aby sa predchádzalo týmto problémom Ministerstva

spravodlivosti ČR v postavení poškodeného v trestnom konaní, je podľa Mgr. Severu nevyhnutné ustanovenie § 33 ZOTČ legislatívne zmeniť.

2 *Nedostatky novej úpravy poskytovania peňažnej pomoci obetiam trestných činov*

Nová zákonná úprava poskytovania peňažnej pomoci nezohľadnila špecifické potreby obetí všetkých druhov trestných činov. Príkladom je čiastočné rozšírenie okruhu oprávnených žiadateľ'ov o poskytnutie peňažnej pomoci zo štátnych prostriedkov ako aj viazanie peňažnej pomoci na existenciu tiaživej sociálnej situácie u obetí v dôsledku trestného činu.

Uvedené obmedzenia nespĺňajú účel poskytovania peňažnej pomoci štátom, a hlavne nevedú štát k prebratiu zodpovednosti za bezpečnosť a ochranu občanov pred kriminalitou. Ak štát nedokázal zabrániť spáchaniu trestného činu a obeť nedosiahla náhradu priamo od páchatel'a, malo by byť jeho povinnosťou pomôcť obeti a škodu kompenzovať.¹²

2.1 Čiastočné rozšírenie okruhu oprávnených žiadateľ'ov o peňažnú pomoc

Predchádzajúca právna úprava v ustanovení § 2 (1, 2) ZPP vymedzovala obeť trestného činu na účely poskytovania peňažnej pomoci od štátu. O odškodnenie zo štátnych prostriedkov mohli požiadať iba obeť, ktorým bola spôsobená trestným činom škoda na zdraví a osoba pozostalá po obeti, ktorá v dôsledku trestného činu zomrela. Z peňažnej pomoci boli tak úplne vylúčené obeť majetkovej trestnej činnosti a obeť, ktoré primárne utrpeli pri trestnom čine psychickú ujmu. Čiastočne tento vážny nedostatok v rovnosti obetí získať jednorazovú peňažnú pomoc od štátu napravila nová právna úprava v ustanovení § 24 (1) ZOTČ. Popri obetiach, ktorým bolo trestným činom ublížené na zdraví, a ktorým bola spôsobená trestným činom ťažká ujma na zdraví, sa okruh oprávnených žiadateľ'ov rozšíril jednak, v prípade pozostalých¹³ o konkrétne špecifikované pozície ro-

¹⁰ Koláčková, J.: Finanční aspekty postavení poškozeného v trestním řízení a oběti trestného činu. In *Trestněprávní revue*, 2007, roč. 7, č. 5, s. 136.

¹¹ Európsky dohovor o odškodnení obetí násilných trestných činov bol prijatý Radou Európy dňa 24. 11. 1983 v Štrasburgu. Česká republika k Dohovoru pristúpila 15. 10. 1999 a do platnosti vstúpil dňa 1. 1. 2001. Dohovor je vyhlásený v zbierke zákonov ČR pod č. 141/2000 Sb.m.s.

¹² Jelínek, J.: K odškodňování obětí trestné činnosti – vybrané problémy. In *Kriminalistika*, 1998, roč. 31, č. 4, s. 282.

¹³ Vymedzenie pozostalých po obeti, ktorá v dôsledku trestného činu zomrela, ako oprávneného žiadateľ'a o peňažnú pomoc od štátu v § 24 (1) písm. c ZOTČ sa líši od okruhu pozostalých, ktorým ustanovenie § 2 (3) ZOTČ priznáva status obeti. Pozostali ako oprávnení príjemcovia odškodnenia sú vymedzení užšie ako pozostali, ktorým ZOTČ priznáva postavenie obete. Oprávneným žiadateľ'om peňažnej pomoci od štátu ako pozostalý po obeti, ktorá v dôsledku trestného činu zomrela, nie je na-

dinných príslušníkov (súrodeneč, registrovaný partner) za podmienky, že žili so zomretým v domácnosti v čase jeho smrti a jednak, o obeť trestných činov proti ľudskej dôstojnosti v sexuálnej oblasti a o deti, ktoré sú obeťou trestného činu týrania zverenej osoby podľa § 198 zákona č. 40/2009 Sb., Trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (ďalej len „TrZ“). V súvislosti s novým zákonným vymedzením okruhu oprávnených žiadateľov o odškodnenie možno vyzdvihnúť aj snahu zákonodarcu prispôbiť terminológiu¹⁴ (na niektorých miestach v ZOTČ) tej, ktorá je zaužívaná v trestnoprávných predpisoch (TrZ, TrŘ) ako aj v novom občianskom zákonníku, zákon č. 89/2012 Sb., (ďalej len „NOZ“).

Neprehliadnuteľným nedostatkom, na ktorý poukazovali odborníci z praxe,¹⁵ je vylúčenie obetí majetkových trestných činov z okruhu oprávnených žiadateľov o peňažnú pomoc zo strany štátu. Obete tohto druhu kriminality by mali mať taktiež garantované právo na jednorazovú peňažnú pomoc, nakoľko dochádza k neoprávnenému zásahu do ich majetkovej sféry v rôznej výške, ktorá môže obeť trestného činu priviesť do zlej sociálnej (finančnej) situácie. Vzhľadom na jednoduchší výpočet výšky majetkovej škody a vyčíslenia jej náhrady v nároku uplatnenom v adhéznom konaní, ako aj vzhľadom na povinnosť súdov, konštruovanú v ustanovení § 228 TrŘ vždy uložiť obžalovanému povinnosť k náhrade škody, pokiaľ je škoda súčasťou popisu skutku uvedeného vo výroku odsudzujúceho rozsudku, by sa mohlo javiť, že obeť majetkovej trestnej činnosti majú jednoduchšie postavenie pri priznávaní a vymáhaní náhrady škody. Keďže však trestné súdy i v prípadoch dôkazmi preukázateľnej výšky škody aspoň v minimálnom rozsahu, odkazujú poškodených na konanie vo veciach občianskoprávných,¹⁶ popisované výhody obetí

príklad druh, osvojenec, osvojiteľ zomretého a taktiež ostatní pozostalí vymenovaní v § 2 (3) ZOTČ, ak v čase smrti so zomretým nežili v domácnosti alebo, ak nejde o osoby, ktorým zomretý poskytoval alebo bol povinný poskytovať výživu.

¹⁴ Jedná sa o zavedenie zaužívaného termínu „ublíženie na zdraví“, ktorými operujú § 122 (1) TrZ ako legálna definícia ublíženia na zdraví, § 43 (1) TrŘ ako ujma, ktorej náhradu si poškodený môže uplatniť v adhéznom konaní ako náhradu škody a § 2958 NOZ ako ujma, ktorej náhradu si poškodený môže uplatniť v civilnom konaní ako jeden z nárokov týkajúcich sa náhrady nemajetkovej ujmy.

¹⁵ Svatoš, R.: Odpovídá právní úprava obětí trestných činů v České republice mezinárodním dokumentům? In *Trestněprávní revue*, 2012, roč. 11, č. 4, s. 87., Bohuslav, L.: Peněžitá pomoc obětím trestných činů – komparativní analýza. In Jelínek, J., Gřivna, T. et. al.: *Poškození a oběť trestného činu z trestněprávního a kriminologického pohledu*. Praha: Leges, 2012, s. 148-159.

¹⁶ Usnesení NS ČR ze dne 10. 2. 2010, sp. zn. 3 Tdo 70/2010., rozsudek OS Praha, sp. zn. 35 T 254/2010.

majetkovej trestnej činnosti nie sú v praxi uplatňované. Preto by mala byť táto kategória obetí zahrnutá do okruhu oprávnených žiadateľov o peňažnú pomoc od štátu, tak ako je im priznané postavenie obeti trestného činu v súlade s ustanovením § 2 (2) ZOTČ.

Je pravda, že navrhovaným začlenením obetí majetkovej trestnej činnosti do zákonného výpočtu oprávnených žiadateľov o peňažnú pomoc, sa prejaví určité negatívne následky vyplývajúce z podstatného zvýšenia okruhu osôb požadujúcich túto pomoc (vzhľadom na najvyšší podiel majetkovej trestnej činnosti na páchaní celkovej kriminality). Jednak sa výrazne zaťažia rozhodujúce orgány (predovšetkým úradníci odboru odškodňovania Ministerstva spravodlivosti ČR, hoci je povinnosťou žiadateľa o peňažnú pomoc preukázať požadovanú výšku ujmy)¹⁷ a jednak, sa podstatne zvýšia výdavky štátu na odškodňovanie obetí trestnej činnosti. I napriek týmto negatívam, uvedená zákonná zmena by bola pre obeť majetkovej trestnej činnosti veľkým prínosom, zodpovedala by presadzovanému prístupu k obeť ako k objektom zvláštnej starostlivosti a česká legislatíva by sa posunula k zrovnoprávňovaniu obvineného a obeti trestného činu v procesnom postavení poškodeného, nielen rozsahom procených práv v trestnom konaní a mimo neho,¹⁸ ale aj v oblasti vynakladania finančných prostriedkov na zlepšenie ich sociálnej situácie po trestnom čine.

2.2 Zohľadnenie finančných pomerov obetí trestného činu

Skúmanie majetkových pomerov obete vyplývajúce z ustanovení § 2 (3) ZPP, § 8 ZPP a § 10 (1) písm. c ZPP, totožne prevzala aj nová dikcia v § 25 (1) ZOTČ, § 29 ZOTČ a § 31 (1) písm. c, (2) ZOTČ. Zákonodarca totiž stanovuje ako jednu z podmienok pre poskytnutie peňažnej pomoci obeti trestného činu

¹⁷ Kuchta, J.: Odškodňování obětí trestných činů v České republice. In *Oběti kriminality – Victims of crime*. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie konanej 25. novembra 2010 na Paneurópskej vysokej škole v Bratislave. Bratislava: EUKÓDEX, 2010, s. 65-66.

¹⁸ V súčasnosti počet pracovníkov väzenskej služby prevažuje v Českej republike 10,5 tisíce osôb, pričom počet pracovníkov, ktorí sa ako špecialisti zaoberajú obeťami v sociálnych a iných službách aj v zdravotníctve, sa dá odhadnúť maximálne na niekoľko málo stoviek. Pokiaľ je odhad správny, vychádza na jedného väzňa viac než dvadsaťkrát väčšia profesionálna a personálna kapacita než na jednu obeť. In Matoušek, O., Matoušková, A.: Cíle při profesionální práci s obětí a pachatelem násilného trestného činu - restoratívni přístup. In *Trestněprávní revue*, 2012, roč. 12, č. 9, s. 201., Válková, H., Gřivna, T.: Nový zákon o obětech trestných činů a jeho význam pro aplikační praxi. *Trestněprávní revue*, 2013, roč. 13, č. 4, s. 83.

jej majetkové a zárobkové pomery, ktoré obeť musí preukázať pri podávaní žiadosti. Výraznou pomocou pre obeť je možnosť nahradiť doklady o výške zárobku a majetku čestným vyhlásením. Cieľom je zistiť finančnú situáciu obeť, keďže peňažná pomoc štátu by sa mala poskytovať iba v prípadoch zhoršenej sociálnej situácie spôsobenej trestným činom.¹⁹ Bez ohľadu na závažnosť vzniknutej ujmy, musí obeť zdokladovať svoju finančnú situáciu a dosahované príjmy, ak chce štát požiadať o peňažnú pomoc. Jednoznačne ide o negatívny prístup zákonodarcu i štátu k obetiam trestných činov pri poskytovaní peňažnej pomoci.

Východiskom by bolo vymedzenie prípadov (okruhu trestných činov), v rámci ktorých by sa poskytovalo odškodňovanie obetiam trestnej činnosti bez ohľadu na ich majetkové pomery. Príkladom sú trestné činy proti ľudskej dôstojnosti v sexuálnej oblasti alebo v prípade kategórie zvlášť zraniteľnej obeť (§ 2 (4) ZOTČ) alebo pri trestných činoch, ktorých následkom je spôsobenie ťažkej ujmy na zdraví, ktorá môže závažným spôsobom zťažiť nielen život obeť, ale aj samotné úkony pri vymáhaní náhrady utrpenej ujmy v adhéznom konaní. Naopak, v prípade majetkových trestných činov alebo trestných činov, ktorými sa ublížilo na zdraví obeť by skúmanie majetkových a zárobkových pomerov tejto obeť ako aj jej sociálnej situácie po čine, mohlo byť zachované. Podobný model zohľadňovania finančných pomerov obeť vybraných druhoch trestných činov pri ich odškodňovaní funguje i vo Francúzsku.²⁰

Závažnosť následku trestného činu, ktorá sa prejaví na zdraví fyzickom či duševnom, by mala byť prvoradým kritériom pri posudzovaní vhodnosti poskytnutia peňažnej pomoci zo strany štátu. Okrem Francúzska je Taliansko ďalším pozitívnym príkladom zakotvenia uvedenej podmienky odškodňovania obeť trestnej činnosti do vnútroštátnej legislatívy. Zákonodarcu garantuje zraneným obetiam s určitou mierou invalidity vyplácanie doživotnej renty vo výške 500 €. ²¹ V zvlášť závažných prípadoch by tak aj český zákonodarcu mohol zakotviť vyplácanie renty, resp. dôchodku, a to popri jednorazovom poskytnutí peňažnej pomoci.

V dôsledku uvedených riešení poskytovania peňažnej pomoci by bolo nevyhnutné navýšiť rozpoč-

tovú kapitolu štátu vyčlenenú na pomoc obetiam trestnej činnosti,²² ako aj posilniť účel peňažnej pomoci v podobe reparácie spôsobenej ujmy.

2.3 Neurčitá zákonná terminológia

Nová zákonná úprava obeť trestnej činnosti využíva terminológiu v súlade so znením trestnoprávných predpisov. Okrem toho niektoré používané termíny definuje sama. Príkladom je definícia pojmu „obeť“ v § 2 (2, 3, 4) ZOTČ, vymedzenie okruhu oprávnených žiadateľov o peňažnú pomoc od štátu v § 24 (1) ZOTČ, či koncepcia termínu „ublíženie na zdraví“ v § 24 (2) ZOTČ, odlišne od § 122 (1) TrZ, alebo výklad „ťažká ujma na zdraví“ v § 24 (3) ZOTČ prezatý z ustanovenia § 122 (2) TrZ.

Na druhej strane sú však v zákone o obetiam trestných činov využívané termíny, ktorých výklad je dôležitý s ohľadom na posúdenie splnenia podmienok pre poskytnutie peňažnej pomoci a zákon o obetiam trestných činov ich bližšie nešpecifikuje. Príkladom je konštruovanie jednej zo základných podmienok pre pridelenie peňažnej pomoci štátom, a to zhoršenej sociálnej situácie obeť, ku ktorej došlo vplyvom trestného činu v § 25 (1) ZOTČ a v § 29 ZOTČ. Zákon ďalej len úvádza na aké účely (na úhradu akých nákladov) sa poskytne obeť peňažné odškodnenie. Rozsah zhoršenej sociálnej situácie, jej hranica, konkrétny rozsah majetkových a zárobkových pomerov obeť a iné bližšie parametre pre posúdenie, čo podľa zákonodarcu predstavuje termín „zhoršená sociálna situácia“ nie sú v zákone špecifikované a jeho výklad zostáva v rukách úradníkov odboru odškodňovania Ministerstva spravodlivosti ČR.

Rovnako je v novom zákone o obetiam trestných činov v nesprávnom význame používaný pojem „škoda“²³ či nahradzovanie termínu „ublíženie

¹⁹ Účel poskytovania peňažnej pomoci zo štátnych prostriedkov je vyjadrený v oboch predpisoch totožne - § 2 (3) ZPP, § 25 (1) ZOTČ.

²⁰ Koláčková, J.: Finanční aspekty postavení poškozeného v trestním řízení a oběti trestného činu. In *Trestněprávní revue*, 2007, roč. 6, č. 5, s. 137.

²¹ Bohuslav, L.: Peněžité pomoc obětem trestných činů – komparativní analýza. In Jelínek, J., Gřivna, T. et. al.: *Poškozený a oběť trestného činu z trestněprávního a kriminologického pohledu*. Praha: Leges, 2012, s. 156-157.

²² Zákonnou možnosťou navýšenia štátneho rozpočtu pre potreby poskytovania peňažnej pomoci obetiam trestnej činnosti je napríklad zvýšenie využívania odklonov v trestnom konaní, podmiennečného zastavenia trestného stíhania a narovnania. Súd rozhoduje týmito odklonmi, ak je okrem iných, splnená obligatórna podmienka spočívajúca v povinnosti páchatel'a zaplatiť štátu peňažnú čiastku určenú na peňažnú pomoc obetiam trestnej činnosti {podľa § 307 (2) písm. b TrŘ a podľa § 309 (1) písm. d TrŘ}. Okrem toho sa samotný páchatel' podieľa na odčinení negatívnych následkov trestnej činnosti.

²³ Nesprávny termín „škoda“ ako škoda majetková {§ 43 (1) TrŘ} využitý v § 29 písm. b ZOTČ v zmysle všeobecnej ujmy. Správne sa všeobecný následok trestného činu „ujma“ ako škoda a nemajetková ujma používa v ustanovení § 30 (2) ZOTČ alebo v ustanovení § 31 (1) písm. b ZOTČ.

na zdraví“ a „řazká ujma na zdraví“ jednotným pojmom „škoda na zdraví“,²⁴ od ktorého aplikácie upustil zákonodarca v § 2958 NOZ, ale podľa úvodných ustanovení ZOTČ aj samotný nový zákon, napríklad pri vymedzení okruhu obetí trestných činov v § 2 (2) ZOTČ a v ustanovení § 24 (1) ZOTČ.

Záver

V oblasti poskytovania peňažnej pomoci priniesol nový zákon o obetiach trestných činov viacero zmien v porovnaní s predchádzajúcou dikciou. Možno skonštatovať, že ide o zmeny pozitívne, vďaka ktorým sa poskytovanie odškodnenia zo štátnych prostriedkov stalo dostupným širšiemu okruhu obetí trestných činov. Legislatívny posun v úprave peňažnej pomoci predstavuje nielen výrazná procesná zmena, keď konanie o žiadosti obete trestného činu o peňažnú pomoc je správnym konaním, hoci § 37 ZOTČ prevzal chybnú reguláciu z predchádzajúcej dikcie v § 13 ZPP, ktorá odkazuje na úpravu právnych vzťahov podľa občianskeho zákonníka. V duchu splnenia medzinárodných záväzkov²⁵ sa zákotvilo v zákone o obetiach trestných činov tiež predĺženie lehôt na podávanie žiadostí o peňažnú pomoc, a taktiež prechod nároku na náhradu ujmy z obete trestných činov na štát až do výšky poskytnutého peňažného plnenia. Poskytovanie poučenia policajným orgánom o práve na peňažnú pomoc, ako aj čiastočné rozšírenie okruhu oprávnených žiadateľov o odškodnenie má svoje pre aj proti v otázke zlepšenia poskytovania peňažnej pomoci obetiam trestných činov. Isté je hlavne to, že v dôsledku zvýšenej informovanosti o odškodňovaní z prostriedkov štátneho rozpočtu a zvýšenia čiastok jednorazovej peňažnej pomoci, ako aj v dôsledku rozšírenia okruhu oprávnených žiadateľov, dochádza k zvýšeniu objemu vyplácania peňažnej pomoci, a to nad miliónové odhady odborníkov uvádzané v dôvodovej správe k zákonu o obetiach trestných činov.²⁶

Súčasťou paragrafového znenia zákona o obetiach trestných činov sú však aj viaceré nedostatky ako napríklad, preverovanie finančných a zárobkových pomerov obete trestného činu ako podmienky pre poskytnutie peňažnej pomoci, nesprávne zvolená terminológia výrazov označujúcich následky trestného

činu či diskriminácia obete majetkovej trestnej činnosti vo využívaní práva na peňažnú pomoc od štátu.

I napriek nedostatkom v reglementácii práva na peňažnú pomoc predstavuje účinná zákonná úprava rozšírenie základných práv obete trestného činu, posilnenie jej postavenia v trestnom konaní, ako aj priblíženie sa úpravám členských krajín Európskej únie, ktoré majú v oblasti ochrany obetí trestných činov dlhoročnú prax. Postupné odstraňovanie načrtnutých zákonných nedostatkov možno zabezpečiť ďalším legislatívnym vývojom v prospech ochrany oprávnených záujmov obetí trestných činov.

Summary

The new Victim of Crime Act brought several changes comparing to the previous diction in the field of the provision of financial support. This is considered as a positive changes. Financial support is therefor provided to a wider range of victims of crime. In terms of the international obligations the law has settled an extension of periods for applications of financial support, and also the transit of claim for a compensation of harm from victim of crime to the state (Czech republic) up to the provision of financial performance. Providing instructions for police authorities about the right to financial support, as well as a partial extension of the eligible applicants for compensation, has its for and against in the question of improving the provision of financial support to crime victims. As a result of those legislative changes will be increased amount of the payment of financial support. The Victim of Crime Act also contains more defaults in the field of provision of financial support to crime victims. As an example can be used the examination of the financial circumstances and incomes of the victim, incorrectly chosen terminology of phrases indicating results of crimes or discrimination of victims of property crimes in embrasing of their right to financial support from the state. Despite the lack of regimentation in the right to financial support, the effective Victim of Crime Act represents the distension of fundamental rights of the victim, strengthening of its position in criminal proceedings and the approach to modifications of the Member States of the European Union, which have long term experience in the field of protection victims of crime. Another legislative development in the field of crime victims protection creates space for the consistent elimination of above mentioned defaults.

²⁴ Nesprávny termín „škoda na zdraví“ je použitý v ustanovení § 31 (3) ZOTČ.

²⁵ Podľa čl. 6 a čl. 10 Európskeho dohovoru o odškodnení obetí násilných trestných činov.

²⁶ Kuchta, J.: Odškodňování obětí trestných činů v České republice. In Sborník příspěvků z konference Dny práva 2013/Days of Law 2013. Část III. Postavení poškozeného a oběti v trestním řízení. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. III-76.

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

O zablokování soudu námitkami podjatosti a o tom, jakým způsobem (ne)řešit tuto situaci

Alžbeta Rosinová*

Úvod

Nestrannost soudu, tedy absence předsudků či podjatosti u konkrétního soudce¹, je jedním z elementárních prvků práva na spravedlivý proces. I při sebelepších institucionálních zárukách nezávislosti soudní moci by nebylo možné považovat určité řízení za spravedlivé, pokud by ve věci rozhodovala taková osoba, jež by měla pozitivní či negativní vazby k jedné ze stran řízení nebo jeho předmětu.

Odrazem principu nestrannosti jsou také procesní pravidla² upravující institut vyloučení soudce pro podjatost. Jednak bývá standardně zakotvena možnost samotného soudce, jenž se cítí být podjatým, oznámit tuto skutečnost, jednak může účastník řízení proti soudci takovou námitku sám vznést.

Příliš mnoho vznesených námitek podjatosti může na druhou stranu komplikovat řízení a zejména u centralizovaných soudů s nízkým počtem soudců (typicky ústavní soudy) způsobit situaci, kdy v konečném důsledku nebude možné danou věc rozhodnout vůbec. V takovém případě na sebe naráží požadavek na nestranného soudce se zákazem odepření spravedlnosti (*denegatio iustitiae*) a vyvstává otázka, jak takovou situaci co možno nejlépe řešit.

U slovenského Ústavního soudu (dále také „ÚS SR“), skládajícího se z třinácti soudců, se v roce 2014 v souvislosti se stížností Jozefa Čentěše, coby nejmenovaného kandidáta na pozici generálního prokurátora prezidentem republiky, vyskytla

zajímavá situace, kdy byly oběma účastníky řízení podány námitky podjatosti proti celkem dvanácti soudcům. ÚS SR byl tedy v důsledku této „námitkové války“ v podstatě zablokován a tuto svízelnou situaci se snažil řešit jak samotný soud, tak i slovenský zákonodárce prostřednictvím novelizace příslušné úpravy týkající se vylučování soudců.

Je zajímavé, že podobný stav, kdy počet vznesených námitek podjatosti mohl ohrozit schopnost soudu danou věc rozhodnout, na Slovensku nevznikl poprvé. Již v řízení v letech 2010 – 2011 musel ÚS SR řešit obdobnou situaci v případě kárného řízení vedeného proti kontroverznímu bývalému předsedovi Nejvyššího soudu SR, Štefanu Harabinovi. Uvedený případ se tehdy dostal až k Evropskému soudu pro lidská práva („ESLP“), jenž uvedl své výhrady k postupu, jakým ÚS SR řešil vzniklou situaci.

Cílem příspěvku je analyzovat oba zmíněné případy a zhodnotit aktuální změnu slovenské úpravy vylučování ústavních soudců ve světle judikatury ESLP. Nejprve se budu věnovat případu Harabin proti Slovensku (Část I.) a následně stručně shrnu situaci v kauze Jozefa Čentěše (Část II.). Dále budu analyzovat dosah čl. 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a z344ákladních svobod (dále jen „Úmluva“) na rozhodování o námitkách podjatosti (Část III.) a nakonec budu hodnotit řešení, k nimž přistoupil slovenský zákonodárce a ÚS SR, z pohledu Úmluvy (Část IV. a V.). V závěru se vyjádřím také k možnosti aplikace tzv. doktríny nezbytnosti (Část VI.) a pokusím se rovněž nastínit možné návrhy na změny v aktuální české právní úpravě, jimiž by se předcházelo případnému zablokování Ústavního soudu České republiky v důsledku nadužívání institutu podjatosti (Část VII.).

* Studentka Právnické fakulty Masarykovy univerzity.

¹ MOLEK, P. *Právo na spravedlivý proces*. Praha: Wolters Kluwer, 2012. ISBN 978-80-7357-748-3, s. 169.

² V České republice například § 36 – 38 zákona č. 182/1993 Sb., zákon o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů, § 14 – 17 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, nebo § 30 – 31a zákona č. 141/1961 Sb., trestní řád, ve znění pozdějších předpisů.

I Harabin proti Slovensku³

Případu předcházela následující politická situace. Po parlamentních volbách v roce 2010 nahradila na Slovensku vládu Roberta Fica (koalice ve složení SMER-SD, SNS v čele s Jánem Slotou a ĽS HZDS, v jejímž čele stál zase Vladimír Mečiar) vláda Ivety Radičové tvořená stranami SDKÚ, KDH, MOST-HÍD a SaS. Nově vytvořená vláda si ve svém programovém prohlášení stanovila jako jeden z hlavních cílů větší transparentnost v oblasti hospodaření státních orgánů, přičemž se zavázala za tímto účelem provádět také audity.⁴

Již v průběhu roku 2010 pověřil ministr financí Ivan Mikloš skupinu auditorů provedením auditu na Nejvyšším soudu za účelem kontroly nakládání s veřejnými prostředky. Štefan Harabin byl od června 2009 předsedou Nejvyššího soudu a z této pozice provedení auditu opakovaně znemožňoval. Z tohoto důvodu vůči němu iniciovala ministryně spravedlnosti Lucia Žitňanská kárné řízení, k němuž je na Slovensku příslušný ÚS SR.⁵ Následně ministryně vznesla námitku podjatosti proti třem ústavním soudcům, kteří podle ní měli se Štefanem Harabinem osobní vztah a byli v minulosti nominováni na různé posty v soudnictví stejnou politickou stranou jako on. Harabin naproti tomu vznesl čtyři námitky podjatosti proti jiným soudcům (mezi nimi byli i soudci Juraj Horváth a Ladislav Orosz), a to pro údajná předchozí vzájemná negativní vyjádření. Všichni namítaní soudci se vyjádřili, že se necítí být podjatí.

ÚS SR při rozhodování o námitkách podjatosti zohlednil i to, že k uvedenému kárnému řízení je příslušné plénum soudu⁶, které je usnášeníschopné za přítomnosti alespoň sedmi soudců, přičemž k přijetí rozhodnutí je potřeba nadpoloviční většina všech soudců, jinak bude návrh zamítnut.⁷ S ohledem k tomu by přílišný formalismus při zkoumání předchozích vyjádření jednotlivých soudců mohl ochromit celé řízení. Přezkum dané věci plénem podle ÚS SR zaručoval dodržení principu nezávislosti a navíc se všichni soudci zavázali, že budou rozhodovat

vždy nestranně a nezávisle, podle svých nejlepších schopností a svědomí. Proto namítaní soudci nebyli z rozhodování v kárném řízení vyloučeni.

Poté ÚS SR, rozhodující v plném počtu třinácti soudců, shledal Štefana Harabina vinným z navrhovaných kárných provinění a uložil mu opatření spočívající ve snížení platu o 70 % po dobu jednoho roku⁸, což podle něj ve výsledku představovalo částku 51 299,96 €. Štefan Harabin se následně domáhal u ESLP mimo jiné vyslovení porušení práva na spravedlivý proces zaručeného čl. 6 Úmluvy, jelikož v jeho věci nerozhodovali nestranní soudci.

ESLP ve svém rozsudku shledal jako podstatnou skutečnost, že dva ze čtyř soudců namítaných stěžovatelem v daném kárném řízení (soudci Juraj Horváth a Ladislav Orosz) byli již předtím v jiných řízeních v senátních věcech, v kterých vystupoval stěžovatel jako účastník nebo jako zástupce účastníka, vyloučení jako podjatí.

Podle štrasburského soudu ÚS SR „při vyvažování mezi potřebou zabývat se námitkami podjatosti a potřebou zachovat si způsobilost rozhodnout ve věci samé nezaújal přiměřený postoj z pohledu čl. 6 Úmluvy, jelikož nedal odpověď na argumenty požadující vyloučení jeho soudců.“⁹ Jelikož dva ze soudců namítaných Štefanem Harabinem byli vyloučeni již v předchozích řízeních týkajících se jeho osoby, mohly vzniknout pochybnosti o jejich nestrannosti. Proto měly být uvedeny přesvědčivé argumenty, jež by jasně naznačily, proč nebylo možné akceptovat stejné námitky také v předmětném případě.¹⁰ Potřeba udržet si schopnost rozhodnout ve věci nemůže podle ESLP odůvodnit účast na rozhodování zmíněných dvou soudců, již byli v předchozích řízeních vyloučeni pro nedostatek nestrannosti a jejichž podjatost nebyla v dalším řízení přesvědčivě vyvrácena.¹¹

Z rozsudku ESLP tedy podle mého názoru vyplývá povinnost soudů řádně se vznesenými námitkami podjatosti zabývat a v případě, že někteří soudci již byli v předchozích řízeních vyloučeni z důvodu vazeb na určitého účastníka řízení, je nutné navíc zdůvodnit, v čem se další řízení liší a proč mohou v dané věci na rozdíl od předchozích řízení rozhodovat i dříve vyloučení soudci.

³ Rozsudek ESLP ve věci Harabin proti Slovensku ze dne 20. 11. 2012, stížnost č. 58688/11. Dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

⁴ *Programové vyhlásenie vlády SR na obdobie rokov 2010-2014* [online]. Úrad vlády Slovenskej republiky [cit. 18. 2. 2015]. Dostupné z: <<http://www.vlada.gov.sk/programove-vyhlasenie-vlady-sr-na-obdobie-rokov-2010-2014>>.

⁵ Čl. 136 odst. 3 zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenské republiky, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Čl. 131 odst. 1 zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenské republiky, ve znění pozdějších předpisů.

⁷ § 4 odst. 2 a 3 zákona č. 38/1993 Z. z., o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov, ve znění pozdějších předpisů.

⁸ Usnesení Ústavního soudu Slovenské republiky ze dne 29. 6. 2011, sp. zn. PL. ÚS 92/2011. Dostupné z: <<http://portal.concourt.sk>>.

⁹ Rozsudek ESLP ve věci Harabin proti Slovensku ze dne 20. 11. 2012, stížnost č. 58688/11, § 136. Dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

¹⁰ Tamtéž, § 137.

¹¹ Tamtéž, § 140.

II Kauza Čentěš¹²

K dočasnému zablokování ÚS SR došlo následně v roce 2014 v případě ústavní stížnosti Jozefa Čentěše. Národní rada Slovenské republiky ho v roce 2011 zvolila generálním prokurátorem, nicméně prezident Ivan Gašparovič ho do funkce odmítl jmenovat, proti čemuž se Jozef Čentěš bránil ústavní stížností. K řízení o ústavní stížnosti je přitom, stejně jako je tomu v České republice, příslušný tříčlenný senát.¹³

Velice podobně jako v České republice byl upraven také mechanismus rozhodování o vyloučení soudců pro podjatost – rozvrhem práce bylo stanoveno, že soudci určitého senátu rozhodují o vyloučení soudců jiného senátu (například soudci II. senátu rozhodují v případě, že se jedná o vyloučení soudce z I. senátu apod.).¹⁴

Předmětná ústavní stížnost byla podle rozvrhu práce přidělena I. senátu, proti jehož dvěma soudcům stěžovatel ihned vznesl námitku podjatosti. O jeho námitkách rozhodoval II. senát, který jim vyhověl a vyloučené soudce Petra Brňáka a Milana Lalika nahradil dvěma jinými soudci. Proti oběma těmto soudcům zase vznesl námitku podjatosti druhý účastník řízení (prezident republiky). Opět o nich měl rozhodovat II. senát, nicméně prezident označil za podjaté všechny jeho soudce. O námitkách proti soudcům II. senátu měl následně rozhodovat III. senát. Proti jeho dvěma soudcům však vznesl námitku podjatosti stěžovatel Jozef Čentěš. Následně plénum ÚS SR rozhodlo o vytvoření senátu složeného ze tří tehdy nikým nenamítaných soudců. Poté však Ivan Gašparovič namítl dva členy nově vytvořeného senátu a nakonec Jozef Čentěš namítl i jeho třetí soudkyni. Na celém soudu tudíž zbyla pouze jediná soudkyně, proti které nebyla vznesena žádná námitka podjatosti.¹⁵

¹² Nález Ústavního soudu Slovenské republiky ze dne 4. 12. 2014, sp. zn. I. ÚS 397/2014. Dostupné z: <<http://portal.concourt.sk>>.

¹³ § 5 odst. 1 a § 2 odst. 5 zákona č. 38/1993 Z. z., o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁴ Srov. čl. IV odst. 1 Rozvrhu práce Ústavného soudu Slovenskej republiky na období 1. 3. 2014 – 28. 2. 2015, dostupné z: <<http://portal.concourt.sk/pages/viewpage.action?pageId=2064472>>, a § 10 odst. 1 Rozvrhu práce Ústavního soudu České republiky na období od 1. ledna 2015, dostupné z: <<http://www.usoud.cz/vnitri-predpisy>>.

¹⁵ Přehlednější schéma celého případu srov. Čentěš *namieta aj Macejkovú, zostal posledný sudca*. SME.sk [online]. Petit Press, publikováno 19. 3. 2013 [cit. 20. 1. 2015]. Dostupné z: <<http://www.sme.sk/c/6739053/centes-namieta-aj-macejkovu-zostal-posledny-sudca.html>>.

V předmětné kauze se nakonec komplikovaná situace vyřešila politicky, a to tím, že se po prezidentských volbách v roce 2014 nově zvolený prezident Andrej Kiska vyjádřil, že jako účastník řízení nemá žádné námitky podjatosti vůči soudcům ÚS SR a ani se neztotožňuje s námitkami vznesenými bývalým prezidentem.¹⁶ Ještě předtím se však jak soud, tak parlament, pokusili danou situaci řešit prostředky, které danou kauzu přesahují a mohou mít dopad i na další řízení.

III Dosah čl. 6 Úmluvy

Ustanovení čl. 6 Úmluvy zakotvuje právo každého na to, aby byla jeho záležitost spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem zřízeným zákonem. Nestrannost je přitom ze strany ESLP posuzována subjektivním a objektivním testem nestrannosti. Zatímco u subjektivního testu se zkoumá osobní přesvědčení a chování konkrétního soudce, u objektivního testu se řeší to, jestli soud jako takový nabízí dostatečné záruky pro vyloučení legitimních pochybností o jeho nestrannosti.¹⁷

Ochrana čl. 6 Úmluvy se však vztahuje toliko na ta řízení, v kterých se rozhoduje o „občanských právech nebo závazcích“ nebo o „oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění“. Právě rozsah tohoto ustanovení může být důležitý při hledání řešení zablokování vrcholných soudů námitkami podjatosti. Z hlediska dosahu čl. 6 Úmluvy je totiž nutné odlišovat od sebe meritorní řízení a řízení o námitkách podjatosti.

Na řízení ve věci samé o občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti trestního obvinění se čl. 6, zaručující také právo na nestranného soudce, vztahovat bude. Za takové řízení lze přitom pokládat i řízení před ústavními soudy, pokud může mít vliv na rozhodnutí obecných soudů o občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti trestního obvinění.¹⁸

Naproti tomu samostatné řízení o námitce podjatosti, nezávislé na řízení, v rámci kterého byla ta-

¹⁶ *Prezident Andrej Kiska sa stretol s predsedníčkou Ústavného súdu SR*. [online]. Kancelária prezidenta SR, publikováno 3. 7. 2014 [cit. 20. 1. 2015]. Dostupné z: <http://www.prezident.sk/?rok=2014 & news_id=19481>.

¹⁷ Srov. např. rozsudek ESLP ve věci Micallef proti Maltě ze dne 15. 10. 2009, stížnost č. 17056/06, § 93. Dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

¹⁸ KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2012. ISBN 9788074003653. s. 607.

ková námitka vznesena, nelze v zásadě považovat za řízení, kterým by bylo rozhodováno o občanských právech či závazcích nebo trestním obvinění, tudíž nepodléhá požadavkům čl. 6 Úmluvy.¹

Pokud tedy stěžovatel podá ústavní stížnost, na základě které může dojít k zrušení rozhodnutí vydaných obecnými soudy v civilní nebo trestní věci, bude řízení o ústavní stížnosti podléhat také zárukám obsaženým v čl. 6 Úmluvy. Pokud však stěžovatel nebo jiný účastník řízení vznesou námitku podjatosti proti některému z ústavních soudců, čímž se zahájí samostatné řízení o vyloučení soudce, nebude stěžovatel v rámci tohoto dílčího řízení chráněn čl. 6 Úmluvy. Po rozhodnutí o vyloučení či nevylovení soudce se však v navazujícím meritorním řízení bude čl. 6 opět aplikovat.

IV Novelizace pravidel vylučování z pohledu Úmluvy

Zablokování ÚS SR námitkami podjatosti v případě ožehavé politické kauzy volby generálního prokurátora se pokusil řešit i slovenský zákonodárce, a to prostřednictvím novely zákona o ústavním soudu,² která byla schválena expresně v průběhu dvou dnů v rámci zkráceného legislativního řízení.³ V té době, tedy v roce 2013, již měla po předčasných parlamentních volbách parlamentní většinu strana SMER-SD, které se dokonce podařilo vytvořit jednobarevnou vládu v čele s Robertem Ficem.

Podle příslušných ustanovení zákona o ústavním soudu ve znění zmiňované novely se v případě plennárních věcí rozhoduje o vyloučení soudce v plénu, ve věcech spadajících do působnosti senátů rozhodují jiné senáty určené rozvrhem práce. Pokud by však takovýto postup nebyl s ohledem na vyloučení nebo namítnutí více soudců možný (tedy pokud by nastala situace jako v případě ústavní stížnosti Jozefa Čentěše), rozhodne plénum resp. senát v původním složení ve věci samé, přičemž se k vyloučení nebo namítnutí soudců pro podjatost nepřihlíží. Ta samá

pravidla se uplatní i v situaci, kdy je podjatost namítnuta ze strany soudců.⁴ Nová pravidla se navíc měla podle přechodných ustanovení retroaktivně použít také na ta řízení, jež byla zahájena před nabytím účinnosti novely.⁵

Novela byla ihned napadena před ÚS SR skupinou opozičních poslanců namítajících, kromě nepřipustnosti zpětného působení, vad legislativního procesu nebo porušení principu dělby moci, především porušení práva na nestranného soudce. ÚS SR nicméně v převážné části jejich návrh zamítl⁶, tudíž novelou zavedený model rozhodování o námitkách podjatosti je pořád účinný.

Toto řešení však není podle mého názoru z pohledu judikatury ESLP příliš šťastné. Pokud lze totiž z rozhodnutí ESLP ve věci Harabin proti Slovensku něco vyvodit, tak je to závěr, že se soud musí námitkami podjatosti vznesenými v rámci meritorního řízení řádně zabývat. Nová pravidla vylučování však umožňují, že pokud bude vznesen určitý počet námitek, nebude se k nim vůbec přihlížet. To znamená, že se jimi nebude vůbec nikdo věcně zabývat a rozhodovat o nich.

Dalším dopadem nové úpravy je to, že při určitém počtu námitek podjatosti se rozhodování v meritorním řízení vždy vrátí celému plénu nebo senátu v původním složení. Důsledkem toho se může stát, že v řízení ve věci samé spadajícím pod čl. 6 bude rozhodovat soudce, jehož nelze považovat za subjektivního či objektivního hlediska za nestranného. Ještě závažnější však je, že nová pravidla umožňují v určitých situacích nepřihlížet nejenom k vzneseným a doposud nerozhodnutým námitkám podjatosti, ale také k již vydaným rozhodnutím o vyloučení soudců. Proto dokonce může nastat situace, že budou nakonec rozhodovat ve věci samé soudci, již byli

⁴ § 28 odst. 2 - 4 zákona č. 38/1993 Z. z., o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov, ve znění pozdějších předpisů.

⁵ § 79c zákona č. 38/1993 Z. z., o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ ÚS SR zrušil pouze část novely, jež stanovovala, že v případě rovnosti hlasů při vylučování soudců rozhoduje hlas předsedy. Toto ustanovení shledal být v rozporu s čl. 131 odst. 1 Ústavy, jenž stanovuje, že se „plénum ústavného soudu... uznáša nadpolovičnou väčšinou všetkých sudcov. Ak sa táto väčšina nedosiahne, návrh sa zamietne.“ Srov. náleží Ústavného soudu Slovenské republiky ze dne 17. 9. 2013, sp. zn. PL. ÚS 8/2013. Rozhodnutí nebylo doposud písemně vyhotoveno a zveřejněno, s jeho obsahem je nicméně možné se seznámit na: <http://portal.concourt.sk/plugins/servlet/get_attachment/main/ts_data/TI_info_66_14_st_obc_ZoUS.pdf> a <http://portal.concourt.sk/plugins/servlet/get_attachment/main/ts_data/TI_info_68_14_ZoUS_doplnenie.pdf>.

¹ KMEC, J., KOSAR, D., KRATOCHVIL, J., BOBEK, M., 2012, op. cit., s. 604. Tento závěr vyplývá z rozhodnutí ESLP ve věci Ovcharenko proti Ukrajině ze dne 20. 10. 2009, stížnost č. 26362/02, a Mianowicz proti Německu ze dne 19. 5. 2009, stížnost č. 37111/04. Dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

² Zákon č. 114/2013 Z. z., kterým se mění a doplňuje zákon č. 38/1993 Z. z. o organizácii Ústavného soudu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov, ve znění pozdějších předpisů.

³ Usnesení Ústavného soudu Slovenské republiky ze dne 5. 6. 2013, sp. zn. PL. ÚS 8/2013-24. Dostupné z: <http://portal.concourt.sk/SearchRozhodnutia/rozhod.do?urlpage=dokument & id_spisu=492871>.

předtím v tom samém řízení pravomocně vyloučení pro podjatost.

Pokud by se daná pravidla uplatnila v případě Jozefa Čentéše, tak jak bylo zamýšleno, rozhodoval by nakonec o jeho ústavní stížnosti I. senát, jehož členy by byly také soudci Peter Brňák a Milan Ľalík. Již předtím však byli tito soudci vyloučeni z daného řízení. Soudce Milan Ľalík proto, že v předchozích řízeních souvisejících s projednávanou věcí vyjadřoval názory, které vzbuzovaly legitimní obavu z nedostatku jeho nestrannosti. Soudce Peter Brňák byl zase vyloučen pro blízké osobní vztahy s prezidentem republiky Ivanem Gašparovičem. Prezident republiky byl přitom stěžovatelem označen jako porušovatel jeho základních práv v řízení, v kterém rozhodoval jako monokratický orgán: „Ústavný soud však v prerokúvanej veci považuje za rozhodujúce to, že obaja aktéri – prezident i sudca ústavného súdu Peter Brňák – boli v danej situácii ustanovení za tú istú politickú stranu do nie nevýznamných funkcií v rámci zákonodarného zboru. V dôsledku toho možno dôvodne predpokladať, že miera ich politických kontaktov v danom období bola podstatne vyššia než u tzv. „radových“ poslancov a že táto okolnosť môže pri objektívnom vnímaní všetkých okolností prípadu zakladať pre vonkajšieho pozorovateľa odôvodnené pochybnosti o tom, že sudca Peter Brňák bude schopný posudzovať konanie prezidenta, ktoré je predmetom sťažnosti sťažovateľa, s nevyhnutnou nestrannosťou.“⁷

ESLP shledal v případě Harabin proti Slovensku jako porušení čl. 6 Úmluvy, že v dané věci rozhodovali dva soudci, kteří byli vyloučeni v předchozích řízeních, přičemž takový postup nebyl řádně zdůvodněn. Proto je podle mého názoru tím spíše problematické, pokud se určitými námitkami vznesenými v meritorním řízení nebude zabývat vůbec nikdo, nebo pokud budou ve věci samé rozhodovat soudci, kteří byli pravomocně vyloučeni v tom samém řízení jako podjatí.

Nově nastavený systém rozhodování o námitkách podjatosti je navíc podle mého názoru velice snadno zneužitelný. Umožňuje totiž, aby jeden účastník řízení zcela účelově namítl všechny ústavní soudce bez jakéhokoli odůvodnění, a tím způsobil, že se ÚS SR již nebude vůbec zabývat dříve učiněnými námitkami podjatosti druhého účastníka řízení, a věc bude automaticky meritorně rozhodovat senát v původním složení. Domnívám se, že nová úprava tak otevírá široký prostor pro zneužívání institutu námitky podjatosti jako nástroje obstrukce a procesního taktizování,

a to v mnohem větším rozsahu, v jakém tomu bylo doposud.

V Dodatek k rozvrhu práce z pohledu Úmluvy

ÚS SR se pokusil vyřešit výše nastíněnou patologickou situaci v kauze Jozefa Čentéše přijetím dodatku k rozvrhu práce. Ten stanovil, že pokud nelze rozhodnout o vyloučení soudce pro podjatost podle standardních pravidel, rozhodne o něm senát ve složení určeném plénem ústavního soudu. Takto určený senát v případě potřeby rozhodne o všech námitkách podjatosti vznesenými účastníky řízení i o prohlášeních soudců o své podjatosti v dané věci. Důležitou změnou, kterou dodatek zavedl, bylo, že se nepřihlíží k případným námitkám podjatosti vzneseným vůči soudcům takto určeného zvláštního senátu nebo jejich vlastním prohlášením o své podjatosti.⁸ Dodatek k rozvrhu práce tedy umožňuje vytvoření zvláštního „námitkového“ senátu, který bude příslušný k projednání námitek podjatosti za situace, kdy o nich nebude možné rozhodnout jiným způsobem.

Tento způsob řešení považuji za vhodnější než pravidla zavedená novelou zákona o ústavním soudu. Na rozdíl od pravidel zavedených novelou totiž umožňuje, aby byly námitky podjatosti vznesené účastníky v rámci meritorního řízení před ÚS SR řádně projednány a věcně rozhodnuty. Bude tedy zřejmé, kteří soudci jsou podjatí, a proto vyloučení, a u kterých naopak nebyly shledány důvody pro jejich vyloučení.

Dalším rozdílem je to, že zatímco u řešení podle novely budou ve výsledku v meritorním řízení rozhodovat soudci původního senátu (resp. plné plénum), a to bez ohledu na jejich vztah k účastníkům nebo předmětu řízení, v postupu zavedeném dodatkem k rozvrhu práce budou v meritorním řízení podléhajícímu čl. 6 Úmluvy rozhodovat soudci, kteří nebyli námitkovým senátem vyloučeni pro podjatost. Domnívám se, že tím budou dostatečně naplněny požadavky na nestrannost vyplývající z Úmluvy.

Je sice pravdou, že o námitkách podjatosti vznesených vůči soudcům námitkového senátu nebude rozhodnuto, neboť se k nim jednoduše nebude nepřihlížet. Podle mého názoru však tato skutečnost není z hlediska Úmluvy problematická, jelikož pravomoc námitkového senátu se vztahuje výlučně k dílčímu řízení o námitkách podjatosti, na které se, jak již bylo zmíněno, čl. 6 neaplikuje.

⁷ Usnesení Ústavního soudu Slovenské republiky ze dne 24. 1. 2013, sp. zn. II. ÚS 44/2013. Dostupné z: <http://portal.concourt.sk/SearchRozhodnutia/rozhod.do?urlpage=dokument & id_spisu=471713>.

⁸ Čl. IV. odst. 2 a 3 Rozvrhu práce Ústavního soudu Slovenskej republiky na období 1. 3. 2014 – 28. 2. 2015, dostupné z: <<http://portal.concourt.sk/pages/viewpage.action?pageId=2064472>>.

VI Lze nepřihlížet k námitkám podjatosti s odkazem na doktrínu nezbytnosti?

Důvodová zpráva k novele zákona o ústavním soudu výslovně odkazuje na doktrínu nezbytnosti obsaženou v tzv. Bangalorských principech (*Bangalore Principles of Judicial Conduct*).⁹ Jedná se o dokument obsahující základní zásady etického chování soudců (např. nezávislost, nestrannost, odborná způsobilost apod.), které byly vypracovány mezinárodní skupinou odborníků z oblasti justice v roce 2002 a následně byly zmíněny také v Rezoluci Komise pro lidská práva č. 2003/43.¹⁰ K těmto zásadám se poté přihlásila například i Soudcovská unie ČR.¹¹

V důvodové zprávě k novele se uvádí, že „*pre vyriešenie vzniknutého problému sa navrhuje výslovné v zákonnej právnej úprave zakotviť doktrínu nevyhnutnosti... Podstata tejto doktríny umožňuje sudcovi, ktorý je inak vylúčený, konať a rozhodovať vo veci, ak by nekonanie zo strany súdu viedlo k nespravodlivosti, v tomto prípade popretiu zákazu odmietnutia spravodlivosti, čo v konečnom dôsledku vedie k odmietnutiu poskytnutia ústavne garantovanej ochrany základných práv a slobôd, a to v konaní pred ústavným súdom.*“¹²

Motivace pro změnu úpravy vylučování soudců byla tedy na první pohled zřejmá – pokud v důsledku podání velkého množství námitek podjatosti dojde k zablokování daného řízení, jelikož nemá kdo rozhodnout ani o těchto námitkách, je lepší nevzít je potaz a umožnit meritorní projednání věci tak, aby nedošlo k odepření spravedlnosti.¹³

Bangalorské principy skutečně obsahují formulaci, která stanovuje, že vyloučení soudce nesmí být vyžadováno, pokud nemůže být ustanoven žádný

jiný soud k projednání věci nebo pokud by, kvůli náležitým okolnostem, nečinnost soudu vedla k vážnému porušení spravedlnosti.¹⁴ Komentář k tomuto ustanovení dále uvádí, že taková situace může nastat, pokud neexistuje žádný jiný přiměřeně dostupný soudce, jenž by nebyl vyloučen, nebo pokud by přerušení řízení způsobilo mimořádně tvrdou újmu, nebo pokud by nebylo možné bez účasti namítaného soudce ustanovit soud k projednání a rozhodnutí věci. Jak dokument dále správně uvádí, „*taková situace bude velice vzácná a bude se čas od času objevovat na soudech poslední instance, které mají pouze malý počet soudců a důležitou ústavní nebo apelační funkci, jež nemůže být přenesena na jiné soudce.*“¹⁵ Tato doktrína tak umožňuje ve výjimečných případech preferovat zákaz odepření spravedlnosti před právem na nestranného soudce.

ESLP se ve věci Harabin proti Slovensku pouze stručně vyjádřil, že se v daném případě nevyžaduje přezkum toho, jestli je uvedená doktrína slučitelná se zárukami obsaženými v čl. 6 Úmluvy, jelikož se neprokázalo, že v daném případě došlo k situaci, jež by vyžadovala její aplikaci.¹⁶ Otázka, zda bylo nevyhnutelné některého ze soudců potřebné a odůvodněné, totiž mohla vzniknout jenom po důkladném přezkoumání tvrzení stran a zjištění, zda námitky proti soudcům byly odůvodněné, což v daném případě ÚS SR dostatečně nesplnil.¹⁷

Jinými slovy, soud se na doktrínu nezbytnosti může odvolat až po tom, co po důkladném přezkoumání námitek podjatosti dospěje k závěru, že je podjatý takový počet soudců, který znemožňuje meritorní projednání věci. Jelikož však systém zavedený novelou v podstatě neumožňuje, aby byla část námitek podjatosti vůbec projednána, a aby o nich bylo rozhodnuto, nebylo podle mého názoru vhodné odkazovat na tuto doktrínu.

⁹ *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*. Dostupné z: <http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf>.

¹⁰ *Commission on Human Rights Resolution 2003/43: Independence and Impartiality of the Judiciary, Jurors and Assessors and the Independence of Lawyers*. Dostupné z: <<http://www.refworld.org/docid/43f313390.html>>.

¹¹ Etické zásady chování soudce. [online]. Soudcovská unie ČR, [cit. 21. 1. 2015]. Dostupné z: <<http://www.sucr.cz/o-nas/eticke-zasady-chovani-soudce.html>>.

¹² Důvodová správa k zákonu č. 114/2013 Z. z., ktorým se mení a dopĺňa zákon č. 38/1993 Z. z., o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov. Dostupné z: <<http://www.nrsr.sk/web/Page.aspx?sid=zakony/zakon & ZakZborID=13 & CisObdobia=6 & CPT=481>>.

¹³ Je však nutné připomenout, že se nejedná o jediné možné řešení situace, které mohl slovenský zákonodárce zvolit. V úvahu mohlo přicházet také zavedení rozhodování ve věci samé prostřednictvím náhradníků, jak bude dále rozvedeno v části VII.

¹⁴ Bod 2.5 *in fine*. *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*. Dostupné z: <http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf>.

¹⁵ *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*. Dostupné z: <http://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf>, s. 77.

¹⁶ Rozsudek ESLP ve věci Harabin proti Slovensku ze dne 20. 11. 2012, stížnost č. 58688/11, § 139. Dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

¹⁷ Tamtéž.

VII Možné změny právní úpravy v České republice *de lege ferenda*

Při nadužívání institutu podjatosti mohou vyvstávat dva okruhy problémů. Jednak může vzniknout situace, kdy nebude možné pro jejich velký počet rozhodnout o všech vznesených námitkách podjatosti, jak tomu bylo na Slovensku v kauze Jozefa Čentěše. Dále se může stát, že bude vyloučeno takové množství soudců, že nebude možné rozhodnout ve věci samé, jak hrozilo v plenárním kárném řízení proti Štefanu Harabinovi.

Podle mého názoru ani na jeden z těchto problémů současná česká právní úprava nepamatuje. Na jedné straně se není čemu divit, jelikož je zřejmé, že se nejedná o často se vyskytující situace. Na druhou stranu však nelze vznik těchto problémů zcela vyloučit. Domnívám se, že se mohou vyskytnout kauzy, v kterých vznesou velké množství námitek podjatosti účastníci řízení (ať už s úmyslem obstrukce nebo z důvodu objektivních pochybností o nestrannosti soudců)¹⁸, nebo dojde také k namítnutí své podjatosti ze strany samotných ústavních soudců, a v konečném důsledku může dojít k ochromení schopnosti rozhodování Ústavního soudu České republiky („ÚS ČR“).

Řešení prvního z nastíněných problémů nemusí být příliš složité a podle mého názoru se lze v tomto ohledu inspirovat řešením aplikovaným ze strany ÚS SR. Doplnění pravidel vylučování a zřízení zvláštního námitkového senátu, který by rozhodoval o podjatosti či nepodjatosti soudce v případě, že by nebylo možné rozhodnout podle standardních pravidel, je podle mého názoru poměrně jednoduchá změna, která by mohla být zařazena do rozvrhu práce ÚS ČR. Jak již bylo rozebráno v předchozích částech, nebylo by podle mého názoru takové řešení ani v rozporu s čl. 6 Úmluvy.

Naproti tomu řešení druhé uvedené otázky, tedy situace, kdy již bylo pravomocně vyloučeno takové množství soudců, že věc nelze meritorně projednat a rozhodnout, je složitější. Vznik takové situace je podle mě pravděpodobnější v plenárních věcech, v nichž by teoreticky postačovalo vyloučení více než pěti soudců a plénum ÚS ČR by již nebylo usnáše-

níschopné.¹⁹ Takovému stavu se podle mého názoru zatím nejvíce blížila situace ve věci vedené v souvislosti s kauzou odvolání předsedkyně Nejvyššího soudu, v níž bylo rozhodováno o vyloučení celkem pěti soudců ÚS ČR.²⁰

Jedním z možných řešení takové situace by mohla být aplikace doktríny nezbytnosti předpokládané Bangalorskými principy. Tedy po tom, kdy by došlo k vyloučení určitého počtu ústavních soudců, by se k těmto rozhodnutím nepřihlíželo, a soud by rozhodoval za účasti vyloučených soudců.

Vhodnějším řešením by však podle mého názoru mohlo být zavedení náhradníků, kteří by rozhodovali ve věci samé, pokud by nebylo možné rozhodnout prostřednictvím klasických soudců.²¹ Takový systém přitom není v České republice úplně cizí, jelikož se uplatňuje v případě kárného soudu v řízeních ve věcech soudců, státních zástupců a soudních exekutorů. Pokud totiž dojde k vyloučení člena kárného senátu z projednávání a rozhodování věci, bude nahrazen náhradníkem, jehož určí předseda kárného soudu podle stanoveného pořadí.²²

Systém náhradníků se vyskytuje také například u Rakouského ústavního soudu (*Verfassungsgerichtshof*). Ten se skládá z předsedy, místopředsedy, dvanácti dalších soudců a šesti náhradníků.²³ Pokud byl některý z členů soudu shledán podjatým z pracovních nebo osobních důvodů, nebude se dále účastnit projednání a rozhodování ve věci, ale bude vyměněn za náhradníka.²⁴

Uvedené řešení spočívající v zavedení funkce náhradníků by podle mého názoru mělo tu výhodu,

¹⁹ § 11 odst. zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰ Jedná se o celkem tři usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 30. 5. 2006 a ze dne 11. 7. 2006, sp. zn. Pl.ÚS 18/06. Dostupné z: <<http://nalus.usoud.cz>>. V dané věci se postupně rozhodovalo o vyloučení Elišky Wagnerové, Dagmar Lastovecké, Pavla Rychetského, Miloslava Výborného a Vlasty Formánkové. Nakonec však nebyl vyloučen žádný ze soudců.

²¹ Srov. ROCHVARG, A. Is the Rule of Necessity Really Necessary in State Administrative Law: The Central Panel Solution. *Journal of the National Association of Administrative Law Judges*, 1999. roč. 19, č. 35, s. 53. Dostupné z: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324781>.

²² § 6 odst. 4 a § 10 zákona č. 7/2002 Sb., o řízení ve věcech soudců, státních zástupců a soudních exekutorů, ve znění pozdějších předpisů.

²³ § 1 odst. 1 zákona z roku 1953 o Rakouském ústavním soudu. Dostupné z: <<https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishvfgg.pdf>>.

²⁴ The Constitutional Court. [online] *Verfassungsgerichtshof Österreich*. [cit. 24. 1. 2014]. Dostupné z: <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/downloads/VfGH_Broschuere_E.pdf>.

¹⁸ Například v případě jedné ústavní stížnosti projednávané ÚS ČR stěžovatel namítl podjatost všech soudců IV. senátu a následně také všech soudců III. senátu, který měl o jeho námitkách rozhodovat. Naštěstí však stěžovatel další námitky nevznesl, proto mohl o námitkách vůči soudcům III. senátu rozhodnout I. senát, který namítnuté soudce nevyloučil. Následně se tak mohl III. senát vypořádat s námitkami proti soudcům IV. senátu. Srov. usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 7. 11. 2012, sp. zn. IV. ÚS 1880/12. Dostupné z: <<http://nalus.usoud.cz>>.

že by (na rozdíl od případné aplikace doktríny nezbytnosti) v meritorním řízení rozhodovaly osoby, které předtím nebyly shledány podjatými. Řešení by tak bylo vůči stěžovateli mnohem vstřícnější.

Závěr

Je zřejmé, že konflikt mezi právem na nestranného soudce a zákazem odepření spravedlnosti se bude vyskytovat pouze ojediněle ve výjimečných situacích. Slovenská zkušenost však ukazuje, že i když se problém zablokování soudu námitkami podjatosti vyskytne jenom zřídkakdy, může taková situace nastat právě v celospolečensky důležitých politických kauzách, na jejichž výsledek bude mít rozhodnutí v dané věci významný vliv. I z tohoto důvodu nelze podle mého názoru riziko „námitkové“ války podceňovat, a to obzvláště u těch soudů, jež mají omezený počet soudců a jsou jedině svého druhu v daném státě.

V členských státech Rady Evropy je při řešení tohoto problému nutné zohlednit také požadavky, jež klade na soudní řízení čl. 6 Úmluvy, a relevantní judikaturu ESLP. Z té (a zejména z analyzovaného případu Harabin proti Slovensku) vyplývá, že soud nemůže bez dalšího rezignovat na svou povinnost řádně se zabývat vznesenými námitkami podjatosti, a to ani v případě, kdy je ohrožena způsobilost soudu meritorně danou věc rozhodnout.

Co se týče způsobů řešení aplikovaných na Slovensku, je podle mého názoru z hlediska čl. 6 Úmluvy méně problematické řešení pomocí vytvoření zvláštního senátu, jenž je v krizové situaci příslušný rozhodovat o vznesených námitkách podjatosti. Zavedení takového řešení by bylo podle mého názoru vhodné i v České republice.

Druhou problematickou situací, kdy by byla po vyloučení určitého počtu soudců oslabena schopnost soudu rozhodnout ve věci samé, by bylo podle mě vhodné řešit prostřednictvím náhradníků, kteří by rozhodovali v případě, že by nebylo možné věc rozhodnout standardně prostřednictvím stálých soudců. Domnívám se, že zavedení funkce náhradníků by ve vztahu k ústavním soudům stálo za úvahu, jelikož se jedná o soudy, které mají omezený počet soudců a speciální kompetence, jejichž výkon nelze přenést na žádný jiný soud. Bylo by to vhodné zejména v menších státech, kde jsou časté úzké osobní či rodinné vazby mezi politiky, soudci či jinými členy právnických profesí a riziko podjatosti je tudíž větší.

Summary

The article addresses a complicated question – how to solve a situation when too many motions for recusal are filed by parties to a dispute, which in effect impedes the ability of the court to perform its function? First, I describe two landmark cases of the Constitutional Court of Slovakia – the case of Štefan Harabin, and the case of Jozef Čentéš – which were both controversial and of highly political nature. Then I proceed to the analysis of the application of Article 6 (right to a fair trial) of the European Convention on Human Rights. I argue that Article 6 is applicable to proceedings on the merits, but does not apply to recusal process. This leads me to the conclusion that the relevant provisions of Work Schedule of the Constitutional Court of Slovakia are in compliance with the Article 6, unlike the disputed amendment of the Constitutional Court Act. Next, I shift my attention to the doctrine of necessity, i.e. the principle that a judge who would be otherwise disqualified is allowed to hear and decide the case when failure to do so may result in injustice. I contend that the doctrine of necessity cannot justify the controversial amendment of the Constitutional Court Act; the main reason is that this doctrine may be applied only after the decision on motion for recusal has been issued. In the end I draw on the experience of Slovakia and suggest possible changes to the Czech legislation regarding exclusion of the judges of the Constitutional Court of the Czech Republic. I propose an introduction of alternative decision-makers (replacements) for the situations when the primary decision-makers are disqualified.

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

O (ne)možnosti členství cizinců v politických stranách v České republice*

Tomáš Grygar**

1 Úvod

Na základě několika vyjádření Veřejné ochránčyně práv se v posledních měsících otevřela diskuze o na první pohled podstatných změnách zákona o volbách do zastupitelstev obcí a rovněž zákona o sdružování v politických stranách a v politických hnutích (dále jen zákon o politických stranách) ve vztahu k cizincům. Cílem novely zákona o volbách do zastupitelstev obcí, které se nebudu v tomto příspěvku podrobněji věnovat, má být zrušení podmínky trvalého pobytu v ČR (ve smyslu zákona o evidenci obyvatel) při výkonu aktivního volebního práva pro občany EU, která je údajně v rozporu s právem EU, avšak je vyžadována naším volebním zákonem. Za pravdu Veřejné ochránčyně práv dal nakonec Krajský soud v Brně usnesením z 19. 9. 2014.¹ V tiskovém prohlášení Veřejné ochránčyně práv se však rovněž uvádí, že „ani občané EU, kteří v ČR získají povolení k trvalému pobytu, se nemohou stát členy politické strany...“² To je také hlavním důvodem, proč by mělo podle Veřejné ochránčyně práv v budoucnu dojít rovněž k novele zákona o politických stranách. Cílem tohoto příspěvku je představit zcela odlišný výklad

Listiny základních práv a svobod (LZPS) a zákona o politických stranách, který by cizincům členství v politických stranách umožňoval. Na začátku rozeberu tuto problematiku prostřednictvím standardního gramatického výkladu a judikatury Nejvyššího a Ústavního soudu ČR ve vztahu k povaze politických stran, následně pak stručně poukáži na právní úpravu členství v politických stranách v prvorépublikových právních předpisech, které cizincům výslovně zakazovaly, stát se členy politických stran. V poslední části se zaměřím na komparativní výklad, konkrétně poukáži na právní úpravu členství cizinců v politických stranách v Německu, Rakousku, v Listině základních práv EU a v Evropské úmluvě o ochraně lidských práv se zohledněním „limitace“ v článku 16 EÚLP.

2 Současná právní úprava členství v politických stranách a povaha politických stran

Názor, že cizinci nemohou být v České republice členy politických stran je všeobecně přijímán a lze ho nalézt prakticky ve všech komentářích i učebnicích k ústavnímu právu. V jedné z učebnic ústavního práva se např. uvádí, že „cizinci nemohou strany zakládat ani jejich založení kvalifikovaně požadovat, nemohou být členy politické strany ani poskytovat stranám bezúplatná plnění a dary.“³ Obdobně Petr Kolman tvrdí, že „cizinci nesmí být, alespoň dle platného práva, v dnešní době členy českých politických stran a hnutí. A to dokonce ani občané ze sedmadvacítky (prozatím) spřátelených zemí EU.“⁴ Komentář k Ústavě a Listině od Karla Klímy pak

* Příspěvek byl ve značně upravené a zkrácené podobě publikován na serveru Česká justice. GRYGAR, T. Cizinci už nyní mohou být členy českých politických stran. [online] publikováno 24. 9. 2014. Dostupné z: <http://www.ceska-justice.cz/2014/09/tomas-grygar-cizinci-uz-nyni-mohou-byt-cleny-ceskych-politickych-stran>

** Tomáš Grygar je studentem Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci, tgrygar@gmail.com. Za kritické připomínky děkuji doc. JUDr. Michalovi Bartoňovi, Ph.D.

¹ Usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 19. 9. 2014, 64 A 6/2014 – 20.

² VEŘEJNÝ OCHRÁNCE PRÁV. *Občané EU žijící v ČR mají právo účastnit se politického života*. [online] publikováno 23. 7. 2014 [cit 15. 9. 2014]. Dostupné z: <http://www.ochrance.cz/tiskove-zpravy/tiskove-zpravy-2014/obcane-eu-zijici-v-cr-maji-pravo-ucastnit-se-politickeho-zivota>

³ JIRÁSEK, J. et al. *Ústavní základy organizace státu*. Praha: Leges, 2013, s. 97-98.

⁴ KOLMAN, P. *Proč nesmí být cizinci členem české politické strany?* [online] publikováno 19. 3. 2013. [cit 17. 9. 2014]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/efocus/proc-nesmi-byt-cizinec-clenem-ceske-politicke-strany-89822.html>

uvádí, že sdružování v politických stranách „je vázáno na státní příslušnost, zakládat politické strany a sdružovat se v nich tedy přísluší pouze státním občanům ČR“.⁵

Listina základních práv a svobod (dále jen LZPS) v článku 20, odst. 2 stanovuje, že „občané mají právo zakládat též politické strany a politická hnutí a sdružovat se v nich.“ Na „ústavní úrovni“ je tedy právo sdružovat se v politických stranách garantováno pouze občanům (ustanovení speciální) a to na rozdíl od „obecného“ práva sdružovacího (čl. 20, odst. 1 LZPS), které je ústavně zaručeno všem subjektům práv (tedy i právnickým osobám), bez ohledu na jejich státní příslušnost.⁶ Dle mého názoru je logické, že LZPS právo sdružovat se v politických stranách koncipuje jako právo občanské, neboť politické strany představují primárně „spojující článek“ (nejen) ve volbách mezi státem a občany. Sekundárně, především při volbách do obecních zastupitelstev a volbách do Evropského parlamentu, však i mezi státem a cizinci. **Z ustanovení článku 20, odst. 2 LZPS však není možné automaticky vyvozovat, že pokud je právo sdružovat se v politických stranách garantováno jen občanům, tak všem ostatním (tedy cizincům) musí být ze strany politických stran odepřeno, nejspíše v té podobě, že cizince nesmí za svého člena přijmout.** Obzvláště by to platilo právě tehdy, pokud bychom označili politické strany za soukromoprávní právnické osoby. Zřejmě jediný ústavní právník, u kterého jsem v krátkém článku na jeho blogu zaznamenal, že se spíše přiklání k tomu, že i de lege lata je členství cizincům v našich politických stranách umožněno je Zdeněk Koudelka, který správně uvádí, že „je-li něco ústavně garantováno pro někoho, nelze vyvozovat, že jiný toto právo mít nemůže, jen nesmí být upřeno občanům.“⁷ Rovněž upozorňuje na skutečnost, že ani „běžný zákon“ cizincům členství v politických stranách výslovně nezakazuje, a že zákon o politických stranách v podstatě přejímá právní úpravu LZPS, když v ustanovení § 2, odst. 3 tvrdí, že „členem strany a hnutí může být občan starší 18 let, který může být však členem pouze jedné strany nebo hnutí.“ Lze souhlasit s tím, že zákon přejímá „podmínky“, avšak v porovnání s LZPS má mírně odlišný obsah. Zatímco LZPS stanovuje, komu je ústavně zaručené právo sdružovat se v politických stranách přiznáno, zákon vymezuje, kdo se **může** členem politické strany stát. S ohledem na zásadu legální licence však spatřuji

rozdíl jen v rovině teoretické, nikoliv praktické (aplikační).

Klíčovou roli při zodpovězení otázky, zda cizinec může být členem našich politických stran, bude hrát to, zda je politická strana právnickou osobou veřejného práva (či dokonce součástí veřejné moci, jak se někdy velmi chybě uvádí)⁸, nebo soukromoprávní právnickou osobou. V prvním případě by se na politické strany uplatňovala zásada enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí⁹, v druhém případě pak zásada legální licence (čl. 2, odst. 3 LZPS), která umožňuje i jednání praeter legem.

Dělení právnických osob na soukromoprávní a veřejnoprávní je nesmírně složité a mění se nejen v prostoru, ale i v čase.¹⁰ Dle mého názoru je nezbytné posuzovat soukromoprávní či naopak veřejnoprávní povahu právnických osob především z pohledu jejich ustavení. Zatímco soukromoprávní právnické osoby jsou ustaveny **založením** a rozhodující je zde volné a dobrovolné rozhodnutí zakladatele(ů), veřejnoprávní právnické osoby jsou ustaveny **zřízením**, ve smyslu aktu veřejné moci (např. prostřednictvím zákona). Je potřeba zdůraznit, že zákon o politických stranách hovoří o založení politické strany, nikoliv o jejím zřízení. Je samozřejmě pravdou, že na politické strany dopadá řada předpisů veřejnoprávní povahy, a že vznikají až okamžikem registrace. Velké množství veřejnoprávních předpisů však dopadá i na jiné právnické osoby, o jejichž soukromoprávní povaze nepochybujeme, např. na obchodní korporace, které rovněž vznikají jistým „projevem veřejné moci“ v podobě zápisu do obchodního rejstříku. Jaromír Sedláček pak upozorňoval na to, že veřejnoprávní korporaci lze chápat jako „normu autorizující k vydávání veřejnoprávních předpisů“¹¹, přičemž v tomto pojetí veřejnoprávní korporace splývá s pojmem veřejného orgánu.

Spor o soukromoprávní a veřejnoprávní povahu politických stran řešil v minulosti opakovaně i Ústavní soud ČR, který dospěl v roce 1995 k závěru, že „politické strany a politická hnutí jsou

⁸ Pojetí, že politické strany jsou nejen veřejnoprávními právnickými osobami, ale dokonce i součástí veřejné moci je nutno striktně odmítnout, jelikož takové pojetí by bylo v přímém rozporu s článkem 20, odst. 4 LZPS.

⁹ GERLOCH, A. *Teorie práva*. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 31.

¹⁰ Emanuel Tilsch ve své publikaci z roku 1910 mezi veřejnoprávní právnické osoby zařazuje např. i obchodní komory, církev katolickou či náboženské obce židovské, což je dnes jen obtížně představitelné (byť částečně stále sporné). TILSCH, E. *Občanské právo. Část všeobecná*. Praha: Wolters Kluwer, 2012 (reprint). s. 131-132.

¹¹ SEDLÁČEK, J.; ROUČEK, F. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl první*. Praha: V. Linhart, 1935, s. 260.

⁵ KLÍMA, K. et al. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 1136.

⁶ Ibid., s. 1135.

⁷ KOUDELKA, Z. *Občanství a stranictví*. [online] publikováno 10. 8. 2007 [cit 19. 9. 2014]. Dostupné z: <http://blog.aktualne.cz/~jf~/blog/zdenk-koudelka.php?itemid=1375>

korporacemi na soukromoprávním základu, v nichž členství není výsledkem aktu veřejné moci, ale volného rozhodnutí jednotlivců, nemají veřejnoprávní statut...“¹², zároveň však politické strany odmítli přímo ztotožnit se soukromými spolky. Nejvyšší soud v rozsudku z roku 2010¹³ pak pro změnu judikoval, že u politických stran „je dominantní prvek veřejnoprávní“, přičemž „dominance veřejnoprávního prvku v jejich aktivitách musí být zohledněna při výkladu zákona o politických stranách.“ Proti tomu však vystoupil Ústavní soud, který o rok později judikoval, že „nemůže akceptovat ani konkrétní závěry Městského soudu v Praze a zejména Nejvyššího soudu... jimiž... dovodily, že z hlediska charakteru politické strany je dominantní prvek veřejnoprávní“.¹⁴ K soukromoprávní povaze politických stran se přiklonil rovněž ESLP.¹⁵

I pokud bych připustil tzv. „smíšenou povahu“ politických stran s „dominancí veřejnoprávního prvku“, ke které se přiklání Nejvyšší soud nebo názor Tomáše Dvořáka, který politické strany pokládá za právnické osoby „hybridní povahy“¹⁶, tak nelze vyvozovat, že cizinci nesmějí být členy našich politických stran. **Samotné členství cizinců v politických stranách totiž dle mého přesvědčení nemá veřejnoprávní účinky. Veřejnoprávní účinky by měla např. až kandidatura těchto cizinců ve volbách, nikoliv však jejich pouhé členství ve straně.**

Jelikož politické strany mohou jednat i praeter legem (a nikoliv pouze secundum legem), musel by zákon, pokud by chtěl cizincům znemožnit členství v politických stranách, obsahovat výslovný zákaz. Žádný právní předpis však cizincům členství v politických stranách (na rozdíl např. od prvorepublikové právní úpravy) nezakazuje. Stejně jako Zdeněk Koudelka¹⁷ vycházím při jazykovém výkladu z toho, že členství cizincům není v žádném právním předpise výslovně zakázáno a tudíž by mělo být možné, aby cizinci členy politických stran byli (argumentum

a silentio legis¹⁸ z něhož pro soukromoprávní subjekty plyne zásada legální licence). Považuji však v této souvislosti za vhodné upozornit na usnesení Nejvyššího soudu ČR, v němž se konstatuje, že „nedovolenost určitého jednání nemusí právní předpis upravovat vždy výslovně, ale může vyplynout z kontextu jednotlivých ustanovení příslušného právního předpisu (či více předpisů).“¹⁹ Osobně se však domnívám, že toto usnesení je na zákaz členství cizinců v politických stranách neaplikovatelné. Jak plyne z výše uvedeného usnesení, tak o potvrzení zrušení rozhodnutí orgánu obchodní společnosti, které bylo předmětem soudního přezkumu, bylo rozhodnuto z důvodu kogentnosti předmětných ustanovení pramenících z taxativního výčtu pravomocí orgánu společnosti, jejichž překročení zákon sankcionoval neplatností, což je podle mého názoru jen **forma sice nepřímého, ale stále výslovného zákazu**.²⁰ **Navíc dané jednání neupravovaly ani stanovy.** Pokud by stanovy politické strany připouštěly přijetí cizince za člena (např. by stanovily, že členem může být každý, o jehož přijetí orgán strany rozhodne), bylo by přijetí cizince dle mého názoru právně v pořádku. Navíc by neplatnost takového přijetí nemohl (až na výjimky) jiný člen strany s ohledem na § 16a zákona o politických stranách ani namítat u soudu. Vykročení za hranice textu § 16a připustil ÚS, jen pokud by zde došlo k zásadnímu porušení vnitrostranické demokracie, např. v podobě rozsáhlého přijímání tzv. „mrtvých duší“ za členy strany.²¹ I pokud by byl přijat názor, že zákaz určitého jednání skutečně nemusí být výslovný, lze o jeho správnosti polemizovat. Na výslovnosti zákazu trval ve své knize Teorie práva i František Weyr, který ve vztahu k „soukromníkům“ zdůrazňoval důležitost platnosti věty „vše je dovoleno, co není výslovně zakázáno“.²²

V zákoně o politických stranách najdeme pouze striktní ustanovení, které v § 6, odst. 2 uvádí, že „členy přípravného výboru musí být občané, kteří dosáhli 18 let.“ Není tedy možné, aby došlo ke vzniku

¹² Nález Pl. ÚS 26/94 ze dne 18. 10. 1995.

¹³ Rozsudek NS ČR 28 Cdo 3373/2009 ze dne 1. 4. 2010.

¹⁴ Nález II ÚS 1969/10-1 ze dne 27. 12. 2011.

¹⁵ ESLP ze dne 23. 6. 1981, stížnosti č. 6878/75, 7238/75, Le Compte, Van Leuven a De Meyere proti Belgii ve spojení s ESLP ze dne 30. 1. 1998, stížnost č. 19392/92, Sjednocená komunistická strana Turecka a další proti Turecku.

¹⁶ DVOŘÁK, T. In ŠVESTKA, J.; DVOŘÁK, J.; FIALA, J. et al. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek 1.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 106.

¹⁷ KOUDELKA, Z. *Občanství a stranictví.* [online] publikováno 10. 8. 2007 [cit 19. 9. 2014]. Dostupné z: <http://blog.aktualne.cz/~jfj~/blogy/zdenk-koudelka.php?itemid=1375>

¹⁸ GERLOCH, A. *Teorie práva.* 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 134.

¹⁹ Usnesení NS ČR ze dne 21. 8. 2003, sp. z. 29 Odo 185/2003.

²⁰ K problematice přímého a nepřímého zákazu viz LASÁK, J. In LASÁK, J.; POKORNÁ, J.; ČÁP, Z.; DOLEŽIL, T. et al. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář. 1. díl.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 10.

²¹ Nález II ÚS 1969/10-1 ze dne 27. 12. 2011.

²² Weyr upozorňoval např. i na „pochybnou“ judikaturu „starého Rakouska, která dovozovala např. nepřipustnost spalování mrtvol z okolnosti, že nebylo právním řádem soukromníkům výslovně dovoleno dát své mrtvolky spáliti“. WEYR, F. *Teorie práva.* Praha: Orbis, 1936, s. 308. Ze současných právních předpisů pak na výslovnosti zákazu v zásadě trvá i občanský zákoník v ustanovení § 1, odst. 2.

ku politické strany pouze cizinců, resp. takové, v jejímž přípravném výboru cizinci jsou. Nic však nebrání tomu, aby se cizinci stali v ČR „běžnými“ členy politických stran, byť by jich bylo ve straně větší množství. **Zde je tedy patrný značný rozdíl v moralitě.** Zatímco v § 2, odst. 3 se stanovuje, že „*členem strany a hnutí může být občan starší 18 let...*“, u přípravného výboru se již stanoví, že jeho členové „*musí být občané, kteří dosáhli 18 let.*“

Nedomnívám se, že pojem „*může*“ představuje hranice možného. K takovému výkladu se nedochází ani u řady jiných právních předpisů, ani ve vztahu k členství cizinců v politických stranách např. v Německu (podrobněji níže). **Realita je navíc taková, že cizinci členy některých politických stran v ČR již nyní jsou. To dokonce otevřeně přiznal i bývalý předseda Strany zelených ve vysílání Českého rozhlasu.**²³ V případě, že by byli cizinci členy politické strany, nemohou orgány veřejné moci udělit politické straně ani jejím členům žádnou sankci. To je podle mého názoru pouhým důsledkem skutečnosti, že dané jednání není zakázáno (chybí dispozice v podobě zákazu a logicky tudíž chybí i sankce).²⁴ Je rovněž vhodné si položit otázku, proč by vůbec měl racionální zákonodárce členství v politických stranách zákonem ve vztahu k občanství (případně věku atp.) upravovat, pokud by členství cizincům mělo být stejně umožněno. Dle mého názoru je nutné si uvědomit, že v oblasti úpravy soukromoprávních právnických osob nelze stát stále primárně chápat jako „*nekompromisního regulátora*“, ale spíše jako subjekt, který prostřednictvím právního řádu určuje jistý standart chování, od něhož se ve většině případů lze odchýlit. Věra Jirásková se pak domnívá, že požadavek přijímat za členy pouze občany ČR představuje pro politické strany pouze jakýsi morální apel.²⁵ Argumentum ad absurdum nelze podle mého názoru vyloučit ani to, aby byla de lege lata jedna osoba členem více politických stran (pokud to budou politické strany tolerovat), ani aby členem politické strany byla např. osoba mladší 18 let. Jelikož toto konstatování může působit pro některé skutečně absurdně, na problematiku (ne)možnosti členství cizinců v našich politických stranách se dále dívám i pohledem jiných výkladových metod, než nyní uplatněné jazykové.

²³ ČESKÝ ROZHLAS. *Zaostřeno na cizince*. [online] [cit 19. 9. 2014] Dostupné z: http://media.rozhlas.cz/_audio/02871610.mp3

²⁴ Jsem si však vědom toho, že podle převažujícího názoru dispozice v podobě zákazu existuje a zákonodárce na sankci zřejmě jen „zapomněl“. Nepochybně však je, že ustanovení § 2, odst. 3 zákona o politických stranách není vůbec klasickou právní normou s trichotomickou (či tetrachotomickou) strukturou.

²⁵ JIRÁSKOVÁ, V. In PAVLÍČEK, V. et al. *Ústavní právo a státověda 2. díl*. Praha: Leges, 2011, s. 597.

3 Historicko-právní exkurz

Ustanovení § 113 Ústavní Listiny z roku 1920, které upravovalo právo spolčovací (sdružovací) a shromažďovací na ústavní úrovni výslovně odkazovalo na zákony, které „*výkon práva spolčovacího a shromažďovacího upravují*“. V případě práva sdružovacího se jednalo o zákon o právu spolčovacím z roku 1867, který byl recepční normou převzat v roce 1918 i do právního řádu tehdejší Československé republiky a obsahoval výslovný zákaz, který stanovoval, že „*cizozemci, osoby ženské a nezletilé nemohou přijímání býti za členy spolků politických*“.²⁶ V Uhrách pak bylo spolčovací právo upraveno ministerskými nařízeními.²⁷ Politické strany tehdy představovaly de facto dovolenou „*morální osobu*“²⁸ podle § 26 ABGB a dále byly po dlouhou dobu blíže upraveny jen výše uvedeným „*obecným*“ spolčovacím zákonem a zákony volebními. Tuto velmi stručnou právní úpravu a absenci zákona o sdružování v politických stranách kritizoval v Lidových novinách v roce 1922 i F. Weyer, jelikož podle jeho názoru „*jsme byli nuceni postavit celý náš politický život státní na základ politických stran, tyto strany ponechali jsme však v naprostém chaosu... je tudíž nezbytně třeba zákona o organizaci politických stran*“.²⁹ Výslovný zákaz přijímat za členy strany cizince obsahovalo např. i vládní nařízení č. 355/1938 Sb. z. a n. o politických stranách, které mělo de facto povahu zákona³⁰ a v § 6 stanovovalo, že „*politická strana nesmí přijímat za členy osoby, které nedosáhly 21. roku věku nebo které nejsou státními občany česko-slovenskými*“. Je tedy patné, že pokud zákonodárce chtěl v minulosti cizincům členství v politických stranách zakázat, často vkládal do právního předpisu výslovný zákaz, který měl cizincům členství v politických stranách znemožnit.

Pavel Molek pak při kritice toho, že LZPS negarantuje právo sdružovat se v politických stranách i cizincům velmi trefně upozorňuje na to, že „*takovéto specifické omezení není odůvodněno ani žád-*

²⁶ § 30, část druhá zákona č. 134/1867 z 15. listopadu 1867

²⁷ WEYR, F. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, s. 261.

²⁸ Pojem „*morální osoba*“ je na rozdíl od dnes užívaného pojmu „*právní osoba*“ širší a zahrnuje i tzv. „*societas*“, která dnes není za právní osobu považována. BERAN, K. *Pojem osoby v právu*. Praha: Leges, 2012, s. 61-62

²⁹ WEYR, F. *Dělba práce v politice*. Lidové noviny roč. 30. z 18. července 1922, titulní strana

³⁰ Toto vládní nařízení bylo vydáno v souladu s ustanovením čl. 2 tzv. ústavního zmocňovacího zákona č. 330/1938 Sb. z. a n., který zmocňoval vládu, aby po stanovenou dobu přijímala veškerá opatření, k nimž bylo jinak třeba zákona.

nou historickou zkušeností, ba naopak. Sotva může jít o nástroj jakési ochrany státní suverenity, když československé dějiny 20. století nás přesvědčují o tom, že pokud různé cizí moci chtěly zasahovat do vnitřních záležitostí našeho státu, činily to velmi úspěšně pomocí politických stran, jejichž členy byly výhradně českoslovenští občané (ať už sudetští Němci v Sudetoněmecké straně, nebo komunisté v KSČ, která byla po většinu své existence jen satelitní stranou KSSS)...³¹ Domnívám se, že právě neúčinnost zákazu členství cizinců v politických stranách v minulosti byla důvodem, proč zákonodárce od podobného zákazu upustil. Takovýto zákaz by koneckonců nebyl ani příliš legitimní. Pokud vycházíme z toho, že právo sdružovat se (i pro politické účely) je přirozenoprávní povahy (existuje i bez státu), neměl by zákonodárce svévolně soukromoprávnímu subjektu bránit v tom, aby přijal cizince za své členy. Jednalo by se o zásah do negativní statusu. Pokud chce zákonodárce cizincům členství v politické straně zakázat, měl by k tomu mít alespoň nějaký legitimní důvod. Pokud žádný legitimní důvod nemá a zasahuje do přirozených práv zcela svévolně, jedná se o porušení konstitucionalismu.³²

4 Právně komparativní pohled

4.1 Německo

Německý zákon o politických stranách (PartG)³³ uvádí v § 2, odst. 1 že „politické strany jsou sdružením občanů“. Z tohoto ustanovení se však v Německu nevyvozuje, že cizinci členy politických stran být nesmějí. Například stanovy politické strany FDP uvádějí, že „členem strany se může stát každý, kdo v Německu žije, pokud dosáhl 16 let věku a ztotožňuje se se základními principy a stanovami strany... K přijetí cizinců se však v obvyklých případech předpokládá jejich dvouroční pobyt v Německu... Členství je umožněno jen fyzickým osobám... Současné členství v FDP a v jiné jí konkurující straně nebo volební skupině je vyloučené. To rovněž platí pro souběžné členství v jakékoliv zahraniční straně, organizaci či sdružení, pokud jejich stanovené cíle cílům FDP

³¹ MOLEK, P. *Politická práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 352.

³² Jak správně upozorňovat F. A. Hayek, tak podstatou konstitucionalismu je již z definice omezenost vlády, vyjadřující protiklad k vládě svévolné či despotické. HAYEK, F. A. *Právo, zákonodárství a svoboda*. Praha: Portál, 2011, s. 15.

³³ Parteiengesetz (PartG) - Gesetz über die politischen Parteien in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 1994 (BGBl. I S. 149), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. August 2011.

odporují.³⁴ Politická strana CDU pak umožňuje plnohodnotné členství v souladu s výše uvedeným zákonem pro občany se státní příslušností kteréhokoliv členského státu EU, kteří bydlí v Německu.³⁵ Je tedy patrné, že prostor pro úpravu podmínek členství v německých politických stranách je poměrně široký. V § 2, odst. 3 německého zákona o politických stranách se pak pouze striktně uvádí, že politické sdružení není politickou stranou, pokud většinu jejích členů či většinu členů jejího předsednictva tvoří cizinci. Právní řád BRD i ČR tedy cizincům členství v politických stranách nikde výslovně nezakazuje, pouze obsahuje omezení ve vztahu k poměru počtu členů občanů a cizinců ve straně jako celku a v jejím předsednictvu (BRD), popř. obsahuje podmínku občanství pro člena přípravného výboru strany (ČR).

4.2 Rakousko

V Rakousku spolkový zákon o financování politických stran³⁶ v § 1 uvádí, že „politická strana je trvale organizované sdružení, jehož cílem je dosáhnout prostřednictvím společné činnosti ovlivňování politiky státu, především pak prostřednictvím účasti ve volbách do všeobecných zastupitelstev a Evropského parlamentu...“ Na rozdíl od právní úpravy v ČR či v BRD se zde tedy o „občanech“ nehovoří vůbec. Zákon výslovně ponechává na politických stranách, aby si otázky spojené se členstvím upravily ve svých stanovách. Například Svobodná strana Rakouska (FPÖ) ve svých stanovách uvádí, že „řádným členem se může stát osoba, která dovrší 16. roku věku a přihlásí se k základním principům strany... Podporujícím členem mohou být fyzické i právnické osoby.“³⁷ Lze tedy vyvodit dílčí závěr, že nejen v Německu, ale i v Rakousku, s nímž jsme sdíleli společnou ústavněprávní historii je cizincům členství v politických stranách de lege lata umožněno. To potvrzuje v těchto zemích i „politická praxe“.

4.3 Právní úprava na úrovni práva Evropské unie

Explicitní úpravu sdružovací práva najdeme v Listině základních práv Evropské unie (dále jen Listina

³⁴ FDP. Bundessatzung – Stand am 15. Mai 2011. [online] [cit 27. 9. 2014] Dostupné z: <http://www.fdp.de/files/585/Bundessatzung-2011-komplett.pdf>

³⁵ CDU. Fragen und Antworten. [online] [cit 19. 9. 2014] Dostupné z: <http://www.mitglied-werden.cdu.de/page/18.htm>

³⁶ Bundesgesetz über die Finanzierung politischer Parteien (Parteiengesetz 2012 – PartG) StF: BGBl. I Nr. 56/2012.

³⁷ FPÖ. Satzungen. [online], [cit 27. 9. 2014] Dostupné z: http://www.fpoe-parlamentsklub.at/fileadmin/Content/portal/PDFs/_dokumente/2011_satzungenfpoe_web.pdf

ZPEU), kde se v článku 12 stanovuje, že „každý má právo na svobodu pokojného shromažďování a na svobodu sdružovat se s jinými na všech úrovních, zejména pokud jde o záležitosti politické, odborové či občanské....“ Toto ustanovení tedy přiznává právo sdružovat se, i pokud jde o záležitosti politické (kam nepochybně patří i členství v politické straně) každému subjektu práva³⁸. Lze se domnívat, že toto právo je tedy přiznáno i těm, kteří vůbec nemají státní občanství některého ze členských států EU. V opačném případě by totiž Listina ZPEU zřejmě nepoužívala výraz „každý“, nýbrž výraz „každý občan Unie“, jako např. v ustanovení článku 15, odst. 2. To lze nepřímou vyvodit i z tzv. „Úplného znění vysvětlení k Listině základních práv EU“³⁹, kde se uvádí, že rozsah článku 12 Listiny ZPEU je ještě širší než článek 11 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv.

Listina ZPEU je součástí primárního práva EU, což v zásadě potvrzuje článek 6, odst. 1 SEU, který je ve své podstatě inkorporačním odkazem, který Listinu ZPEU zařazuje do primárního práva.⁴⁰ Přestože samotná Listina ZPEU nebyla předmětem ratifikačního procesu, lze dovést její aplikační přednost jakožto pramene primárního práva EU z výše zmíněného „inkorporačního“ ustanovení ve Smlouvě o Evropské unii ve znění Lisabonské smlouvy, která byla prezidentem republiky ratifikována a k jejíž ratifikaci udělily souhlas obě komory Parlamentu ČR (tzv. prezidentská mezinárodní smlouva). Takováto mezinárodní smlouva je podle článku 10 Ústavy ČR součástí právního řádu a tudíž je jí v souladu s ustanovením článku 95, odst. 1 Ústavy ČR vázán soudce při svém rozhodování.

Rovněž však považují za nutné upozornit na omezené (podle mého názoru však nikoliv zcela vyloučené) použití čl. 12 Listiny ZPEU. Toto limitované použití pramení z čl. 51 Listiny ZPEU, který stanovuje, že „ustanovení této listiny jsou při dodržování zásady subsidiarity určena... členskými státy, výhradně pokud uplatňují právo Unie...“ Pokud tedy členský stát aplikuje právo Unie, ať už primární či sekundární, je povinen se ustanoveními Listiny ZPEU řídit. Je patrné, že reálná aplikovatelnost čl. 12 Listiny ZPEU ve vztahu k politickým stranám příliš velká nebude, jelikož v této oblasti členské státy (až na výjimky, kterým se věnuji níže) neuplatňují

³⁸ Může být sporné, zda právo politicky se sdružovat je garantováno jen osobám fyzickým nebo i osobám právnickým. Osobně se přikláním k názoru, že je garantováno všem subjektům práv (tedy i právnickým osobám), byť se to může jevit z pohledu politické praxe jako značně neobvyklé.

³⁹ Úplné znění vysvětlení k Listině základních práv Evropské unie, jak vyplývá ze změn provedených Lisabonskou smlouvou, 2007/C 303/02

⁴⁰ PÍTROVÁ, L. In SYLLOVÁ, J. et al. *Lisabonská smlouva. Komentář*. C. H. Beck, 2010, s. 40.

právo Unie. Je však otázkou, zda takto restriktivně bude článek 51 Listiny ZPEU Soudním dvorem EU v budoucnu s ohledem na budování stále těsnější Unie (Ever Closer Union) skutečně vykládán. Rainer Arnold například uvádí, že působnost Listiny ZPEU musíme chápat „jako maximálně rozsáhlou“⁴¹, přičemž princip subsidiarity zde nelze „vykládat tak, že primárně platí národní ustanovení o lidských právech a teprve subsidiárně Listina... Ostatně není vyloučeno, aby byla Listina... používána jako měřítko pro členské státy v jejich čistě vnitrostátní působnosti.“⁴²

Výše zmíněné výjimky „nepřímou“ tvoří především volby do Evropského parlamentu a obecních zastupitelstev, u nichž primární právo EU stanovuje, že občané Unie mají právo volit a **být voleni** ve volbách do EP a v obecních volbách v členském státě, v němž mají bydliště, za **stejných podmínek** jako státní příslušníci tohoto státu.⁴³ Toto právo je pak vykonáváno v souladu s podrobnou úpravou ve formě směrnic⁴⁴, které jsou předmětem transpozice ve „vnitrostátních“ volebních zákonech. Česká republika tak uplatňuje právo Unie, přičemž je Listinou ZPEU vázána. Pokud bychom trvali na tom, že cizincům je členství v politických stranách zapovězeno, je nutné si zodpovědět otázku, zda by to nebylo v rozporu s požadavkem, aby občané z jiných členských zemí EU s bydlištěm v ČR vykonávali i pasivní volební právo za stejných podmínek jako občané ČR. Osobně zde rozpor, především při volbách do Evropského parlamentu shledávám. K obdobnému závěru pak dochází i Pavel Molek.⁴⁵

Šance cizince coby „nečlena“ strany (formálně osoby „bez politické příslušnosti“) na zařazení na kandidátní listinu politické strany pro volby do Evropského parlamentu je poměrně malá, resp. podstatně menší, než kdyby tento cizinec členem strany byl. Tato skutečnost by se pochopitelně reflektovala i do šance cizince coby osob „bez politické příslušnosti“ na získání mandátu. Pokud bychom se podívali na kandidátní listiny těch politických subjektů, které v posledních volbách do EP získali alespoň jeden mandát, tak zastoupení kandidátů „bez politické příslušnosti“ činilo „pouze“ 12 %. Pokud bychom do průměru nepočítali politický subjekt ANO 2011, které průměr značně zkruskuje, tak by průměr „osob bez politické příslušnosti“ na kandidátkách těchto stran činil „jen“

⁴¹ ARNOLD, R. In TICHÝ, L. et al. *Evropské právo*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 138.

⁴² Ibid.

⁴³ Viz čl. 20, odst. 1, písm. b) SFEU; čl. 22 SFEU a čl. 39 Listiny ZPEU.

⁴⁴ Uvedme alespoň Směrnicí Rady 93/109/ES a Směrnicí Rady 2013/1/EU.

⁴⁵ MOLEK, P. *Politická práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 352.

necelých 6 %.⁴⁶ Zdůrazněme, že podávat kandidátní listiny pro volby do Evropského parlamentu mohou jen registrované politické strany a hnutí (pokud nebyla pozastavena jejich činnost), popř. jejich koalice.⁴⁷ Marek Antoš pak upozorňuje na malou pravděpodobnost zařazení těchto kandidátů cizinců, coby nestraníků i na kandidátky pro obecní volby, přičemž takováto úprava může bránit efektivnímu výkonu volebního práva občanům EU.⁴⁸ S tím lze souhlasit, v porovnání s volbami Evropského parlamentu je však tato pravděpodobnost u komunálních voleb dle mého názoru daleko menší. U kandidátek v komunálních volbách je totiž v porovnání s těmi do EP daleko menší „přetlak“, jelikož řada politických stran má mnohdy problém kandidátní listinu do komunálních voleb vůbec naplnit. V literatuře je pak správně upozorňováno na to, že pokud by tito cizinci chtěli kandidovat jako nezávislí kandidáti (tj. nikoliv na kandidátce politické strany), popř. jako sdružení nezávislých kandidátů, museli by předkládat petici s mnohdy i naprosto neúměrným počtem podpisů.⁴⁹ Vojtěch Šimíček pak poznamenává, že „*vyloučení možnosti členství v politických stranách i těch cizinců, kteří ve volbách do zastupitelstev obcí (a přirozeně též ve volbách do Evropského parlamentu) disponují aktivním i pasivním volebním právem, by mělo být shledáno protiústavním, jelikož odporuje principu rovnosti volebního práva a rovněž principům svobodných voleb a politické plurality.*“⁵⁰

Rozdíl mezi mnou a výše uvedenými autory spočívá v tom, že dle mého přesvědčení je cizincům členství v politických stranách umožněno již nyní. Navíc, pokud existuje možnost, jak vyložit Listinu základních práv a svobod a zákon o sdružování v politických stranách a hnutích tak, aby bylo členství cizinců v politických stranách umožněno a nedošlo tak k (byť „nepřímému“) rozporu s prameny práva EU, což podle mého názoru lze, měl by mít takovýto výklad přednost. Rovněž Ústavní soud judikoval, že „*pokud existuje několik interpretací Ústavy, jejíž součástí je Listina základních práv a svobod, přičemž jen některé z nich vedou k dosažení závazku, který převzala Česká republika v souvislosti se svým členstvím v EU, je nutno volit výklad, který podporuje realizaci tohoto závazku, a nikoliv výklad, který*

tuto realizaci znemožňuje.“⁵¹ Pokud bychom stále trvali na většinově přijímané interpretaci, že cizincům není členství v politických stranách umožněno, jednalo by se, přinejmenším ve vztahu k občanům z jiných členských států EU, nejen o rozpor s právem EU, nýbrž i o rozpor s článkem 10 Ústavy ČR a článkem 1, odst. 2 Ústavy ČR (dodržování závazků vyplývajících z mezinárodního práva).⁵²

4.4 Právní úprava v Evropské úmluvě o ochraně lidských práv

Sdružovací právo upravuje Evropská úmluva o ochraně lidských práv (EÚLP) společně s právem shromažďovacím v článku 11, který v prvním odstavci přiznává tato práva „každému“, výslovně pak včetně práva zakládat odbory. Pokud bychom tedy vycházeli pouze z díky čl. 11 EÚLP, jedná se o právo lidské, nikoliv občanské. ESLP pak dovedl aplikovatelnost článku 11 EÚLP i na politické strany.⁵³ Článek 11, odst. 1 EÚLP totiž obsahuje výraz „včetně“, z čehož ESLP dovedl, že odkaz na právo zakládat odbory a sdružovat se v nich nelze považovat za výčet taxativní, nýbrž za demonstrativní.⁵⁴

Celou situaci však poněkud „komplikuje“ čl. 16 EÚLP, který výslovně umožňuje mimo jiné i ve vztahu k právu sdružovacímu uvalit omezení na politickou činnost cizinců. ESLP řešil výklad tohoto článku ve větším rozsahu zatím pouze v rozsudku *Piermont proti Francii*⁵⁵. Stěžovatelka D. Piermont (občanka BRD a členka Evropského parlamentu) namítala, že jejím vyhoštěním z Francouzské Polynésie, došlo vedle zásahu do svobody pohybu, i k porušení zákazu diskriminace a především svobody projevu, u něhož čl. 16 EÚLP rovněž připouští omezení ve vztahu k politické činnosti cizinců. Stěžovatelka totiž na území Francouzské Polynésie chtěla pronést projev proti francouzským pokusům v jaderné energetice. Francouzská vláda namítala, že stěžovatelka je cizincem a politicky činnou osobou a tudíž došlo k omezení svobody projevu v souladu s čl. 16 EÚLP. Stěžovatelka naopak argumentovala tím, že cizincem není, jelikož má „občanství EU“ a je členkou Evropského parlamentu. ESLP

⁴⁶ Vlastní výpočet na základě údajů z kandidátních listin.

⁴⁷ § 21, odst. 1 zákona č. 62/2003 Sb. o volbách do Evropského parlamentu ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁸ ANTOŠ, M. *Politická participace cizinců v České republice*. Politologický časopis. 2012, č. 2, s. 123-124.

⁴⁹ Ibid. Obdobně TOKARSKÝ, V. *Volby do zastupitelstev obcí*. In ANTOŠ, M.; WINTR, J. (eds.). *Volby, demokracie a politické svobody*. Praha: Leges, 2010, s. 40-47.

⁵⁰ ŠIMÍČEK, V. in WAGNEROVÁ, E.; ŠIMÍČEK, V.; LANGÁŠEK, T. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 486.

⁵¹ Nález Pl. ÚS 66/04 ze dne 3. 5. 2006.

⁵² Povinnost dodržovat mezinárodní závazky podle čl. 1, odst. 2 Ústavy ČR se vztahuje nepochybně i na závazky z členství v EU. Viz PAVLÍČEK, V. et al. *Ústavní právo a státověda* 2. díl. Praha: Leges, 2011, s. 343.

⁵³ ESLP ze dne 30. 1. 1998, stížnost č. 19392/92, Sjednocená komunistická strana Turecka a další proti Turecku, bod 24-25.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ ESLP ze dne 20. 3. 1995, stížnost č. 15773/89 a 15774/89, Piermont proti Francii.

argumentaci institutem unijního občanství neuznal, protože Maastrichtská smlouva, která tento institut zavedla, ještě nebyla v době podání stížnosti ratifikována. Přesto však ESLP konstatoval porušení svobody projevu⁵⁶, jelikož v této kauze „*postačila k prokázání svazku postaveného naroveň občanství účast ve volbách do Evropského parlamentu, a to i přesto, že před ratifikací Maastrichtské smlouvy občanství EU neexistovalo.*“⁵⁷ Na občany EU tedy podle mého názoru nelze (tím spíše po ratifikaci Maastrichtské smlouvy) čl. 16 EÚLP aplikovat. Marek Antoš však upozorňuje na skutečnost, že argumentace členstvím v Evropském parlamentu ve věci Piermont proti Francii „*znemožňuje, abychom tento případ bez dalšího vztáhli na všechny evropské občany.*“⁵⁸ Zároveň však přiznává jisté pochybnosti o aplikaci tohoto článku na občany EU s ohledem na pojetí Evropské úmluvy jako živého dokumentu.⁵⁹ David Kosař pak po ratifikaci Maastrichtské smlouvy aplikaci čl. 16 EÚLP na občany EU vylučuje zcela.⁶⁰ Dále pak v komentáři k EÚLP upozorňuje na to, že podle mnohých (převážně zahraničních) komentátorů je čl. 16 EÚLP dnes již zcela obsoletní⁶¹, přičemž k tomuto názoru se přikláním i já.

Pokud bychom tedy připustili obsoletnost čl. 16 EÚLP, byl by zřejmě zákaz členství cizinců v politických stranách v ČR nekonformní s tímto lidskoprávním katalogem nejen ve vztahu k cizincům z jiných členských států EU, ale rovněž ve vztahu k cizincům ze „třetích“ zemí. K omezení tohoto práva by mohlo dojít jen z důvodů stanovených v čl. 11, odst. 2 EÚLP. Lze si však jen stěží představit, že by omezení členství cizinců v politických stranách mohlo být dnes samo o sobě v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti skutečně nezbytné, popř. že by byly naplněny další důvody zmiňované Evropskou úmluvou umožňující omezení takového práva. Navíc veřejná moc stále disponuje právem politickou stranu ze zákonem stanovených důvodů rozpustit, či pozastavit její činnost, což lze chápat jako určitou „pojistku“. Avšak provést rozpuštění či pozastavení činnosti politické strany pouze z toho důvodu, že jejími členy jsou cizinci, není podle mého názoru možné.

⁵⁶ Další části stížnosti však byly zamítnuty.

⁵⁷ KOSAŘ, D. In KMEC, J.; KOSAŘ, D.; KRATOCHVÍL, J.; BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Velký komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 122.

⁵⁸ ANTOŠ, M. Politická participace cizinců v České republice. *Politologický časopis*. 2012, č. 2, str. 124.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ KOSAŘ, D. In KMEC, J.; KOSAŘ, D.; KRATOCHVÍL, J.; BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Velký komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 122.

⁶¹ Ibid., s. 123.

5 Závěr

Jsem přesvědčen, že i současná právní úprava umožňuje cizincům být členy politických stran. Zda politická strana přijme cizince za člena, či nikoliv záleží výlučně na jejích stanovách a diskreci příslušného orgánu strany. Členství cizinců v politických stranách není žádným právním předpisem výslovně zakázáno. Jelikož politické strany jsou soukromoprávními právními osobami a členství cizinců nemá samo o sobě veřejnoprávní účinky, je nutné na výklad problematiky (ne)možnosti členství cizinců v politických stranách uplatnit zásadu legální licence. Pokud by chtěl zákonodárce členství cizincům znemožnit, do zákona by uvedl výslovný zákaz (jako tomu bylo v minulosti). Interpretovat LZPS a zákon o politických stranách tak, že cizincům je členství v politických stranách znemožněno, neodpovídá praxi uplatňované v některých jiných evropských zemích a navíc je v rozporu s právem EU (minimálně ve vztahu k občanům Unie) i v rozporu s Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a to ve vztahu ke všem cizincům, připustíme-li obsoletnost čl. 16 EÚLP. Výklad zákona by měl mít podle mého názoru přednost před jeho novelou. Pokud se však v zákoně nějakou formou „dořekne“, že cizinci skutečně mohou být členy našich politických stran, bude to tak nepochybně správně a návrh Veřejné ochránčyně práv lze z důvodu nemalého „interpretačního chaosu“ v této oblasti podpořit. Nechme výlučně na politických stranách, ať se rozhodnou, zda cizince (ať už pocházejí odkudkoliv) za své členy přijímat chtějí, či nikoliv. Zda se politické strany rozhodly správně, může posoudit pouze politický boj mezi nimi a ve finále pak volební výsledky.

Summary

The author of this paper is convinced in contrast to generally established voices that foreigners can be de lege lata members of political parties in the Czech Republic. The Declaration of Fundamental Rights and Freedoms guarantees the right to be a member of a political party only to citizens. However, it cannot be concluded that foreigners cannot be members of political parties, because, according to judicature, political party is mostly private law legal body and thus the principle of legal licence must be applied. Also the membership of foreigners in political parties has no public-law effects. If law-makers would like to make the membership of foreigners in political parties impossible, the legal prescription would have to include an explicit ban, such as e.g. legal prescriptions applied during the period of the „First Republic“. The general established voice saying that foreigners cannot be members of political parties is also inconsistent with historical interpretation and with the principle of „acquis communautaire“.

Ochrana rodičovství v právu EU a její implementace do právního řádu ČR

Jana Komendová*

Úvod

Ochrana zaměstnanců pečujících o děti v pracovněprávním vztahu představuje jeden z nejvýznamnějších prostředků podpory sladování rodinného a pracovního života jako jednoho z cílů sociální politiky zaměřené na rodiny s dětmi ve všech členských státech EU. Tato problematika je upravena rovněž unijním právem, které stanoví zejména minimální požadavky na délku rodičovské dovolené, ochranu zaměstnanců před méně příznivým zacházením z důvodu čerpání rodičovské dovolené a návrat do práce po skončení rodičovské dovolené. Právo na rodičovskou dovolenou jakožto právo obou rodičů na pracovní volno z důvodu péče o dítě hraje neopomenutelnou roli rovněž při zajišťování práva na rovné zacházení mezi muži a ženami v zaměstnání a při výkonu povolání, neboť na rozdíl od ochrany mateřství, která je neoddelitelně spjata s těhotenstvím a porodem a tudíž se týká výhradně žen, pokrývá ochrana rodičovství zaměstnance obou pohlaví bez rozdílu. Tento článek pojednává o požadavcích týkajících se ochrany rodičovství vyplývajících z práva EU. Kromě samotné právní úpravy obsažené jak v primárním, tak v sekundárním právu se zaměřuje na výklad vybraných forem ochrany související s rodičovskou dovolenou v judikatuře Evropského soudního dvora (dále jen ESD). Samostatná část článku je věnována implementaci minimálních požadavků na ochranu rodičovství stanovených unijním právem do českého právního řádu.

1 Úprava ochrany rodičovství v právu EU

Ochrana rodiny po stránce právní, hospodářské i sociální je zaručena čl. 33 Listiny základních práv Unie. Uvedené ustanovení rovněž zmiňuje v souladu s úsilím smířit rodinný a profesní život mimo jiné právo každého člověka na rodičovskou dovolenou po narození nebo adopci dítěte. Konkrétní pravidla týkající se ochrany rodičovství jsou v současné době obsažena ve směrnici Rady 2010/18/EU ze dne 8. března 2010 o Revidované rámcové dohodě o rodičovské dovolené uzavřené mezi organizacemi EKOS, BUSINESSSEUROPE, UEAPME a CEEP.¹

Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené, která je přílohou směrnice 2010/18, stanoví minimální požadavky usnadňující sladění pracovních a rodičovských povinností pracujících rodičů. Text dohody výslovně zdůrazňuje, že při tomto sladění má být přihlédnuto ke vzrůstající rozmanitosti v uspořádání rodiny při současném dodržování vnitrostátních předpisů, kolektivních smluv nebo zvyklostí. Podle výkladové příručky EKOS k Revidované rámcové dohodě o rodičovské dovolené zahrnují rozmanitosti v uspořádání rodiny například rodiče samoživitele, nesezdané páry nebo osoby stejného pohlaví.²

Rozsah působnosti Revidované rámcové dohody o rodičovské dovolené zahrnuje všechny pracovníky, muže a ženy, kteří mají pracovní smlouvu nebo jsou v pracovněprávním vztahu vymezeném právními předpisy, kolektivními smlouvami nebo zvyklostmi platnými v každém členském státě. Za zmínku stojí, že oproti původní Rámcové dohodě o rodičovské dovolené posílila Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené ochranu pracovníků v atypických pracovních poměrech, neboť obsahuje výslovný zákaz, aby členské státy vyjmuly z oblasti její působnosti, pracovníky, pracovní smlouvy nebo pracovněprávní vztahy pouze na základě skutečnosti, že se jedná o pracovníky na částečný úvazek, pracovníky se smlouvou na dobu určitou nebo pracovníky, kteří uzavřeli pracovní smlouvu nebo jsou v pracovněprávním vztahu s agenturou práce.

Ochrana pracovníků upravená Revidovanou rámcovou dohodou o rodičovské dovolené zahrnuje zejména:

1. Právo na rodičovskou dovolenou,

rykovy univerzity, Brno.

¹ Směrnice 2010/18 zrušila předchozí směrnici Rady 96/34/ES ze dne 3. června 1996 o Rámcové dohodě o rodičovské dovolené uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS. Vzhledem k datu implementace nové směrnice do vnitrostátního právního řádu členských států se judikatura ESD uváděná v tomto článku převážně týká již zrušené směrnice. Tato skutečnost však nemá žádný vliv na aktuálnost výkladu ESD, neboť nová úprava v převážné míře pouze rozšířila, doplnila či zpřesnila již existující minimální požadavky unijního práva v oblasti rodičovské dovolené.

² Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené, výkladová příručka EKOS. Dostupné z: <http://petition.etic.org/IMG/pdf/Czech-2.pdf>.

* JUDr. Jana Komendová, Ph.D., Katedra pracovního práva a sociálního zabezpečení Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

2. Ochranu před méně příznivým zacházením z důvodu čerpání rodičovské dovolené nebo žádosti o rodičovskou dovolenou,
3. Návrat do práce po skončení rodičovské dovolené,
4. Pracovní volno z důvodu vyšší moci.

1.1 Právo na rodičovskou dovolenou

Rodičovská dovolená je chápána jako individuální právo pracujícího muže nebo ženy na pracovní volno z důvodu narození nebo osvojení dítěte poskytované za účelem možnosti péče o dítě do stanoveného věku nejvýše osmi let, který definují členské státy nebo sociální partneři. Podle výkladu ESD podepřeného účelem rodičovské dovolené, kterým je usnadnění rodičovských a pracovních povinností, jsou osobami, kterým náleží právo na rodičovskou dovolenou, rodiče v postavení pracujících a nikdo jiný.³ Právo na rodičovskou dovolenou není tudíž přenositelné na třetí osoby například prarodiče dítěte nebo jiné členy širší rodiny, a to ani v případě, kdy rodiče dítěte svého práva na rodičovskou dovolenou nevyužijí.

Minimální délka rodičovské dovolené je stanovena na čtyři měsíce. Oproti předchozí úpravě obsažené v Rámcové dohodě o rodičovské dovolené, která stanovila právo na rodičovskou dovolenou v minimálním rozsahu pouze tři měsíců, došlo k prodloužení minimální délky rodičovské dovolené o jeden měsíc. Je třeba zdůraznit, že Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené nepojímá rodičovskou dovolenou pouze jako nepřítomnost zaměstnance v práci po dobu, o kterou požádá, nýbrž předpokládá více způsobů čerpání rodičovské dovolené. Účelem několika možných způsobů čerpání rodičovské dovolené je flexibilní aplikace práva na rodičovskou dovolenou, což reaguje na zvláštní potřeby některých podniků nebo zaměstnání a má usnadnit přístup pracovníků k rodičovské dovolené. Zákon nebo kolektivní smlouva vymezení v jednotlivých členských státech podmínky přístupu k rodičovské dovolené a prováděcí pravidla. Členské státy nebo sociální partneři mohou zejména:

- a. Rozhodnout, zda se rodičovská dovolená přiznává po celou pracovní dobu nebo na část pracovní doby, po částech nebo systémem časových úvěrů.
- b. Podmínit právo na rodičovskou dovolenou splněním podmínky odpracované doby nebo doby trvání pracovního poměru, která nesmí přesáhnout jeden rok.⁴

³ Srov. Rozsudek ESD ze dne 16. 9. 2010 ve věci Zoi Chatzi v. Ypourgos Oikonomikon (C - 149/10) par. 34 a 35.

⁴ Při uplatňování tohoto ustanovení zajistí členské státy nebo sociální partneři, že v případě po sobě jdou-

- c. Vymezit podmínky, za kterých je při projednání v souladu s vnitrostátními právními předpisy, kolektivními smlouvami nebo zvyklostmi zaměstnavateli dovoleno odložit poskytnutí rodičovské dovolené z ospravedlnitelných důvodů spojených s provozem organizace.⁵ Jakékoli obtíže vyplývající z uplatňování tohoto ustanovení by měly být řešeny v souladu s vnitrostátními právními předpisy, kolektivními smlouvami nebo zvyklostmi.
- d. Navíc k případům uvedeným v písmenu c) schvalovat zvláštní opatření k uspokojení provozních a organizačních požadavků malých podniků.

Členské státy nebo sociální partneři stanoví lhůty pro oznámení dané zaměstnavateli pracovníkem, který uplatňuje své právo na rodičovskou dovolenou, upřesňující zahájení a skončení doby dovolené. Při stanovení těchto lhůt zohlední členské státy nebo sociální partneři zájmy pracovníků i zaměstnavatelů. Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené výslovně zmiňuje specifické potřeby rodičů dětí se zdravotním postižením nebo s dlouhodobým onemocněním. Členské státy nebo sociální partneři mohou definovat specifické podmínky rodičovské dovolené v těchto případech, například stanovit delší rodičovskou dovolenou nebo zvýšení věkové hranice dítěte. Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené stanoví rovněž zvláštní pravidla v případě osvojení dítěte, čímž zohledňuje zvláštní potřeby adoptivních rodičů. Právo na rodičovskou dovolenou je výslovně přiznáno i rodičům v případě osvojení dítěte, přičemž členské státy nebo sociální partneři mohou přijmout doplňující opatření, pokud jde o rodičovskou dovolenou v případě osvojení dítěte.

V souvislosti s právem na rodičovskou dovolenou stojí za zmínku problematika rodičovské dovolené v případě narození více dětí současně. Ačkoli Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené stejně jako původní Rámcová dohoda o rodičovské dovolené výslovně neupravuje nárok na rodičovskou dovolenou v případě narození dvou či více dětí zároveň, řešil ESD ve své rozhodovací praxi otázku, zda narození dvojčat zakládá právo na počet rodičovských dovolených odpovídajících počtu narozených dětí nebo zda zakládá, stejně jako v případě

cích pracovních smluv na dobu určitou, vymezených ve směrnici Rady 1999/70/ES o pracovních poměrech na dobu určitou, u téhož zaměstnavatele bude pro účely výpočtu rozhodné doby zohledněn souhrn těchto smluv.

⁵ Podle výše zmiňované výkladové příručky EKOS k Revidované rámcové dohodě o rodičovské dovolené může být takovýmto ospravedlnitelným důvodem například práce sezónního charakteru, pokud nelze během lhůty po oznámení najít náhradu za pracovníka žádajícího o rodičovskou dovolenou, pokud velká část pracovníků požádá současně o rodičovskou dovolenou nebo pokud má určitá funkce strategický význam.

narození jednoho dítěte, právo pouze na jednu rodičovskou dovolenou. Přestože Generální advokát ve svém stanovisku vyjádřil názor, že samostatný nárok na rodičovskou dovolenou v minimální délce tří měsíců (podle současné úpravy v minimální délce čtyř měsíců) pro každé z dvojčat je nejlepším způsobem pomoci rodičům, kteří mají obzvláště náročný úkol péče o dvojčata, ke sladění jejich rodinných a pracovních povinností⁶, dospěl ESD k závěru, že Rámcová dohoda o rodičovské dovolené (nyní Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené) nezakládá právo na počet rodičovských dovolených odpovídajících počtu narozených dětí.⁷ Ve svém rozsudku nicméně ESD poukázal na zvláštní potřeby rodičů dvojčat a konstatoval, že ve světle zásady rovného zacházení ukládá ustanovení 2 odst. 1 uvedené dohody vnitrostátnímu zákonodárci povinnost zavést režim rodičovské dovolené, který rodičům dvojčat zajistí v závislosti na situaci existující v dotyčném členském státě zacházení, které bude řádně zohledňovat jejich zvláštní potřeby.⁸

1.2 Ochrana před méně příznivým zacházením z důvodu čerpání rodičovské dovolené

S čerpáním rodičovské dovolené v jakékoli podobě předpokládané Revidovanou rámcovou dohodou o rodičovské dovolené úzce souvisí zachování práv pracovníků, zejména pokud jde o jejich pracovní podmínky. Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené, stejně jako původní Rámcová dohoda o rodičovské dovolené, stanoví, že pracovníci čerpající rodičovskou dovolenou mají až do skončení rodičovské dovolené právo na zachování svých práv, která mají nebo která nabývají v den začátku rodičovské dovolené. Nabývají rovněž práv, která získali ostatní pracovníci během doby, po kterou byla rodičovská dovolená čerpána. Na rozdíl od převážné většiny ustanovení Revidované rámcové dohody o rodičovské dovolené určených členským státům nebo sociálním partnerům se v případě zachování práv jedná o práva, jichž požívají samotní pracovníci. Podle názoru ESD se jednotlivec může dovolávat práva na zachování práv před vnitrostátními soudy.⁹

Pojem „*práva pracovníka, která má nebo která nabývá v den začátku rodičovské dovolené*“, vyložil ESD ve své rozhodovací praxi tak, že zahrnuje všechna práva a peněžité či naturální zvýhodnění odvozená přímo či nepřímo z pracovního poměru, jež může pracovník uplatňovat vůči zaměstnavateli v den začátku rodičovské dovolené. Mezi taková práva a zvýhodněními zahrnul ESD všechna práva a zvýhodnění týkající se podmínek zaměstnání, jako je právo pracovníka s plným pracovním úvazkem, který čerpá rodičovskou dovolenou na část pracovní doby, v případě jednostranného ukončení smlouvy uzavřené na dobu neurčitou ze strany zaměstnavatele na výpovědní dobu, jejíž délka závisí na délce trvání pracovního poměru v podniku a jejímž účelem je usnadnění hledání nového zaměstnání.¹⁰ Za součást práv bezprostředně odvozených z pracovního vztahu uznal ESD rovněž nárok na placenou dovolenou za kalendářní rok, přičemž konstatoval, že vnitrostátní právní úprava, podle které pracovníci, kteří využijí svého práva na dvouletou rodičovskou dovolenou, ztrácí po uplynutí této dovolené nároky na placenou dovolenou za kalendářní rok získané během roku předcházejícího narození jejich dítěte, je v rozporu s ustanovením 2 bodem 6 Rámcové dohody o rodičovské dovolené.¹¹ Naproti tomu ESD během své rozhodovací praxe dospěl k závěru, že právo na zachování práv pracovníka nebrání tomu, aby při výpočtu trvalého invalidního důchodu pracovníka byla zohledněna skutečnost, že tento pracovník čerpal částečnou rodičovskou dovolenou, během které odváděl příspěvky a nabýval nároky na důchod poměrně k obdržené odměně.¹²

Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené přinesla významný posun v ochraně pracovníků čerpajících rodičovskou dovolenou tím, že ukládá členským státům nebo sociálním partnerům přijmout nezbytná opatření na ochranu před méně příznivým zacházením nebo propouštěním z důvodu žádosti o rodičovskou dovolenou nebo čerpání rodičovské dovolené. Na rozdíl od původní Rámcové dohody o rodičovské dovolené, která upravovala pouze ochranu před propouštěním z důvodu žádosti o rodičovskou dovolenou nebo z důvodu čerpání rodičovské dovolené, došlo k rozšíření ochrany pracovníků před méně příznivým zacházením z důvodu žádosti o rodičovskou dovolenou nebo z důvodu čerpání rodičovské dovolené. Podle názoru ESD brání ochrana pracovníka před propouštěním z důvodu čerpání

⁶ Stanovisko generální advokátky Juliane Kokotte ze dne 7. 7. 2009 ve věci Zoi Chatzi v. Ypourgos Oikonomikon (C - 149/10) par. 37.

⁷ Srov. Rozsudek ESD ze dne 16. 9. 2010 ve věci Zoi Chatzi v. Ypourgos Oikonomikon (C - 149/10) par. 75.

⁸ Op. cit.

⁹ Srov. například rozsudek ESD ze dne 16. 7. 2009 ve věci Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (C - 537/07) par. 37.

¹⁰ Rozsudek ESD ze dne 22. 10. 2009 ve věci Christel Meerts v. Proost NV (C - 116/08) par. 44.

¹¹ Rozsudek ESD ze dne 22. 4. 2010 ve věci Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols v. Land Tirol (C - 486/08).

¹² Rozsudek ESD ze dne 16. 7. 2009 ve věci Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (C - 537/07) par. 44.

rodičovské dovolené nebo z důvodu žádosti o rodičovskou dovolenou tomu, aby paušální ochranné odstupné dlužné pracovníkovi, který čerpá rodičovskou dovolenou na část pracovní doby, bylo v případě, že zaměstnavatel bez závažného nebo dostatečného důvodu jednostranně ukončí pracovní smlouvu uzavřenou s tímto pracovníkem zaměstnaným na dobu neurčitou a na plný pracovní úvazek, stanoveno na základě snížené odměny, kterou tento pracovník pobírá ke dni jeho propuštění.¹³

Jedním z nejvýznamnějších činitelů ovlivňujících čerpání rodičovské dovolené jsou bezesporu příjmy pracovníka. Ačkoli Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené nestanoví právo pracovníka na zachování příjmu například v podobě dávky sociálního zabezpečení nahrazující příjem z výdělečné činnosti, ukládá, aby všechny otázky týkající se příjmů ve vztahu k této dohodě byly přezkoumány a rozhodnuty členskými státy nebo sociálními partnery v souladu s vnitrostátními předpisy, kolektivními smlouvami nebo zvyklostmi, s přihlédnutím k úloze příjmů jako jednoho z faktorů čerpání rodičovské dovolené. Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené věnuje pozornost rovněž otázce sociálního zabezpečení pracovníků čerpajících rodičovskou dovolenou. Všechny otázky týkající se sociálního zabezpečení ve vztahu k této dohodě musí být přezkoumány a rozhodnuty členskými státy nebo sociálními partnery v souladu s vnitrostátními právními předpisy nebo kolektivními smlouvami s přihlédnutím k důležitosti kontinuity nároků na sociální zabezpečení v rámci různých systémů, zejména v oblasti zdravotní péče.

1.3 Návrat do práce po skončení rodičovské dovolené

K zajištění uplatnění práva na rodičovskou dovolenou je třeba upravit rovněž návrat pracovníka do práce po skončení rodičovské dovolené. Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené stanoví právo pracovníků po skončení rodičovské dovolené vrátit se na stejné pracovní místo, nebo není-li to možné, na rovnocenné nebo podobné pracovní místo odpovídající jejich pracovní smlouvě nebo pracovnímu poměru. K zařazení pracovníce po skončení rodičovské dovolené na jiné pracovní místo se ESD ve své rozhodovací praxi vyjádřil tak, že Rámcová dohoda o rodičovské dovolené (nyní Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené) brání tomu, aby pracovníce, která byla po skončení rodičovské dovolené v návaznosti na hodnocení zaměstnavatele provedené v době čerpání rodičovské dovolené

převezena na jiné pracovní místo a následně propuštěna z důvodu zrušení tohoto nového pracovního místa, jestliže jí zaměstnavatel mohl umožnit návrat na stejné pracovní místo nebo jestliže práce, která jí byla přidělena, nebyla rovnocenná nebo podobná a neodpovídala její pracovní smlouvě nebo pracovnímu poměru, zejména proto, že zaměstnavatel byl v okamžiku převedení informován o tom, že nové pracovní místo má být zrušeno, což musí ověřit vnitrostátní soud.¹⁴

Za účelem lepší podpory sladění rodinného a pracovního života ukládá Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené členskými státy nebo sociálními partnery přijmout nezbytná opatření s cílem zajistit, aby pracovníci při návratu z rodičovské dovolené mohli požádat o změnu délky a/nebo rozvržení pracovní doby na určité období.¹⁵ Zaměstnavatelé tyto žádosti zváží a budou na ně reagovat s přihlédnutím k potřebám zaměstnavatelů i pracovníků. Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené rovněž vyzývá pracovníky i zaměstnavatele, aby za účelem usnadnění návratu do práce po skončení rodičovské dovolené v průběhu rodičovské dovolené udržovali kontakty a aby učinili opatření vedoucí k vhodnému opětovnému zapojení do práce po ukončení dovolené. Tato výzva však nesmí být vykládána tak, že umožňuje, aby byl na pracovníka přímo či nepřímo vyvíjen nátlak k dřívějšímu návratu do práce nebo aby pracovník plnil pracovní úkoly či vykonával jiné pracovní povinnosti.

1.4 Pracovní volno z důvodu vyšší moci

Pracovní volno z důvodu vyšší moci se týká naléhavých rodinných důvodů v případech nemoci nebo úrazu, při kterých je okamžitá přítomnost pracovníka nepostradatelná. Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené ukládá členskými státy nebo sociálními partnery přijmout v souladu s vnitrostátními předpisy, kolektivními smlouvami nebo zvyklostmi nezbytná opatření povolující pracovníkům pracovní volno v uvedených případech. Pracovní volno z důvodu vyšší moci není omezeno jen na potřeby dětí,

¹⁴ Rozsudek ESD ze dne 20. 6. 2013 ve věci Nadežda Riežniece v. Zemkopības ministrija, Lauku atbalsta dienests (C – 7/12).

¹⁵ V případě, že po návratu z rodičovské dovolené dojde ke zkrácení pracovní doby, je pracovníkovi poskytována ochrana podle směrnice Rady 97/81/ES ze dne 15. prosince 1997 o Rámcové dohodě o částečném pracovním úvazku uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS, která upravuje mimo jiné zákaz méně příznivého zacházení se zaměstnanci na částečný úvazek, pokud jde o pracovní podmínky, pouze z toho důvodu, že pracují na částečný úvazek.

¹³ Srov. rozsudek ESD ze dne 27. 2. 2014 ve věci Sophie Rogiers v. Lyreco Belgium NV (C – 588/12).

může se týkat i jiných naléhavých rodinných důvodů v případě nemoci nebo úrazu jiného člena rodiny (partnera, rodiče, apod.). Revidovaná rámcová dohoda však členským státům nebo sociálním partnerům umožňuje upřesnit podmínky přístupu nebo prováděcí pravidla týkající se pracovního volna z důvodu vyšší moci a omezit toto právo na určitou dobu za rok.

2 Implementace požadavků práva EU týkajících se ochrany rodičovství do právního řádu ČR

Ochrana zaměstnanců v pracovněprávních vztazích v souvislosti s péčí o děti má v právním řádu ČR poměrně dlouhou tradici. Obecně lze konstatovat, že před implementací požadavků unijního práva týkajících se zásady rovného zacházení a rovných příležitostí pro muže a ženy v zaměstnání a povolání a rodičovské dovolené poskytovala právní úprava ochranu v souvislosti s péčí o děti, až na výjimky, pouze zaměstnankyním, a to zejména prostřednictvím institutu mateřské dovolené, další mateřské dovolené a zvýšené ochrany před skončením pracovního poměru. V současné době se s ohledem na implementaci uvedené zásady rovného zacházení a rovných příležitostí pro muže a ženy v zaměstnání a povolání tato ochrana týká všech zaměstnanců bez ohledu na pohlaví.

2.1 Rodičovská dovolená

Rodičovská dovolená je v právním řádu České republiky upravena v ustanovení § 196 a násl. zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákoník práce). Právní úprava řadí rodičovskou dovolenou mezi překážky v práci, přesněji řečeno mezi důležité osobní překážky v práci na straně zaměstnance a chápe ji výhradně jako nepřítomnost zaměstnance v práci z důvodu prohloubení péče o dítě. Po dobu rodičovské dovolené má zaměstnavatel povinnost omluvit nepřítomnost zaměstnance v práci ani po něm nepožadovat výkon práce, zaměstnanci po dobu rodičovské dovolené nenáleží mzda ani náhrada mzdy, přičemž hmotné zabezpečení rodiče, který osobně celodenně a řádně pečuje o dítě, které je nejmladší v rodině, je upraveno v zákoně 117/1995 Sb. o státní sociální podpoře, ve znění pozdějších předpisů, formou rodičovského příspěvku.

Zákoník práce ukládá zaměstnavateli povinnost poskytnout zaměstnanci rodičovskou dovolenou na jeho žádost v rozsahu, o jaký požádá, nejdéle však do tří let věku dítěte. Matce přísluší rodičovská do-

volená po skončení mateřské dovolené, která trvá 28 týdnů nebo v případě narození dvou a více dětí současně 37 týdnů, otcí od narození dítěte. Zákoník práce umožňuje, aby oba rodiče čerpali rodičovskou dovolenou současně, popřípadě aby otec mohl čerpat rodičovskou dovolenou současně s mateřskou dovolenou matky. Česká právní úprava tedy v souladu s požadavky práva EU chápe rodičovskou dovolenou jako individuální právo zaměstnance. Pokud jde o délku rodičovské dovolené, kterou lze čerpat až do věku tří let dítěte, převyšuje česká právní úprava mnohonásobně minimální čtyřměsíční rozsah požadovaný Revidovanou rámcovou dohodou o rodičovské dovolené.¹⁶ Přesto lze konstatovat, že pojetím rodičovské dovolené výhradně jako nepřítomnosti zaměstnance v práci z důvodu prohloubení péče o dítě český zákonodárce zdaleka nevyužil široké škály možností úpravy čerpání rodičovské dovolené, kterou mu nabízela Rámcová dohoda o rodičovské dovolené (nyní Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené), což je zřejmě dáno tradicemi a návazností úpravy rodičovské dovolené na institut další mateřské dovolené. Pojetí rodičovské dovolené výhradně jako překážky v práci, která je v praxi ve většině případů čerpána v maximálním rozsahu, vede k vyloučení rodičů pečujících o děti v raném věku z trhu práce, což v mnoha případech ztěžuje návrat zaměstnance na stejnou nebo alespoň podobnou pracovní pozici, na které pracoval před začátkem čerpání rodičovské dovolené. Při řešení problému ztíženého postavením rodičů zejména žen vracejících se po skončení rodičovské dovolené na trh práce stojí za zvážení možnost čerpání rodičovské dovolené formou časových úvěrů několika měsíců ročně, což by mohli využít rodiče, kteří se chtějí v osobní řádné a celodenní péči o dítě střídat, nebo formou čerpání rodičovské dovolené na část pracovní doby prostřednictvím zkráceného pracovního úvazku například do čtyř let věku dítěte, což by představovalo řešení pro rodiče, kteří nemohou nebo nechtějí celodenně umístit dítě od věku tří let do mateřské školy či obdobného zařízení. Ačkoli vnitrostátní úprava nezakazuje, aby zaměstnanec ve zvolených časových intervalech opakovaně čerpal rodičovskou dovolenou a vracel se do práce až do věku tří let dítěte, popřípadě aby místo čerpání rodičovské dovolené požádal zaměstnavatele o kratší pracovní dobu z důvodu péče o dítě mladší než 15 let ve smyslu ustanovení § 241 odst. 2 zákoníku práce, stanovení flexibilnějších pravidel pro čerpání rodičovské dovolené s ohledem na potřeby zaměstnanců i zaměstnavatelů by mohlo představovat jedno z možných řešení problému vyloučení rodičů pečujících o děti v raném

¹⁶ Česká republika ostatně patří mezi státy EU s nejdelší rodičovskou dovolenou.

věku z profesního života.¹⁷ Současná situace, kdy převážná část rodičů, zejména žen, na jedné straně čerpá rodičovskou dovolenou do tří let věku dítěte a na druhé straně se po dosažení této věkové hranice vrací do zaměstnání na stanovenou týdenní pracovní dobu 40 hodin navíc značně ztěžuje sladění rodinného života s pracovními povinnostmi v období poměrně raného věku dítěte.

Jak již bylo zmíněno, zákoník práce ukládá zaměstnavateli povinnost poskytnout zaměstnanci rodičovskou dovolenou na jeho žádost a omluvit tak jeho nepřítomnost v práci. Po dobu čerpání rodičovské dovolené jednoho zaměstnance je zpravidla potřeba přijmout na jeho pracovní místo jiného zaměstnance, který jej bude zastupovat. Zákoník práce však nestanoví žádnou lhůtu pro podání žádosti zaměstnance o rodičovskou dovolenou. V praxi to může znamenat, že zaměstnanec požádá zaměstnavatele o rodičovskou dovolenou ode dne následujícího od doručení jeho žádosti a zaměstnavateli tak není ponechán žádný časový úsek pro nalezení vhodné pracovní síly, která bude zaměstnance na rodičovské dovolené zastupovat. Nejsou ojedinělé ani případy, kdy zaměstnankyně čerpající mateřskou dovolenou ani před koncem této dovolené zaměstnavateli neoznámí, zda a v jakém rozsahu bude čerpat rodičovskou dovolenou, což pro zaměstnavatele představuje značnou nejistotu, pokud jde o zajištění plnění svých úkolů a doby zastupování zaměstnankyně po dobu uvedených překážek v práci. V této souvislosti se nabízí využití možnosti, s níž počítá Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené, aby vnitrostátní úprava stanovila lhůtu pro oznámení zaměstnance, že hodlá využít svého práva na rodičovskou dovolenou, tak aby zaměstnavatel mohl provést potřebná personální opatření a zajistit bezproblémové plnění svých úkolů.¹⁸ Český zákonodárce nevyužil ani možnosti odložit poskytnutí rodičovské dovolené z ospravedlnitelných důvodů spojených s provozem organizace, se kterou Revidovaná rámcová dohoda rovněž počítá a která by v odůvodněných případech

mohla představovat pro zaměstnavatele řešení situace, kdy nemůže za zaměstnance odcházejícího na rodičovskou dovolenou najít odpovídající náhradu.

2.2 Návrat zaměstnance do práce po skončení rodičovské dovolené

Kromě samotného institutu rodičovské dovolené upravuje zákoník práce další otázky regulované Revidovanou rámcovou dohodou o rodičovské dovolené. Jednou z nich je návrat do práce po skončení rodičovské dovolené, který je částečně upraven v ustanovení § 47 zákoníku práce. Podle tohoto ustanovení platí, že nastoupí-li mimo jiné zaměstnankyně po skončení mateřské dovolené nebo zaměstnanec po skončení rodičovské dovolené v rozsahu doby, po kterou je zaměstnankyně oprávněna čerpat mateřskou dovolenou, do práce, je zaměstnavatel povinen zařadit je na původní práci a pracoviště. Není-li to možné, proto, že původní práce odpadla nebo pracoviště bylo zrušeno, je zaměstnavatel povinen zařadit je podle pracovní smlouvy. V souvislosti s rodičovskou dovolenou poskytuje ustanovení § 47 zákoníku práce ochranu zaměstnancům-mužům, kteří čerpali rodičovskou dovolenou v rozsahu, po kterou je zaměstnankyně-žena oprávněna čerpat mateřskou dovolenou, a to tak, že jim zaručuje právo na původní práci, kterou vykonávali před nástupem na rodičovskou dovolenou, a na původní pracoviště, na němž pracovali před nástupem na rodičovskou dovolenou. Pouze v případě, kdy návrat na původní práci a na původní pracoviště není možný z objektivních důvodů, proto, že původní práce opadla nebo původní pracoviště bylo zrušeno, může je zaměstnavatel zařadit na jinou práci a na jiné pracoviště. Jiné pracovní zařazení však musí vždy odpovídat druhu práce a místu výkonu práce sjednaném v pracovní smlouvě.

Na rozdíl od výše uvedené situace, kdy zaměstnanec čerpá rodičovskou dovolenou v rozsahu doby, po kterou je zaměstnankyně oprávněna čerpat mateřskou dovolenou, se návrat do práce po skončení rodičovské dovolené v praxi ve většině případů týká zaměstnankyň, které čerpaly rodičovskou dovolenou po skončení mateřské dovolené, méně často pak zaměstnanců, kteří se vrací do práce po skončení rodičovské dovolené, kterou čerpali ve větším rozsahu, než ve kterém je zaměstnankyně oprávněna čerpat mateřskou dovolenou. Těm již zákoník práce právo na původní práci a na původní pracoviště nezaručuje a v podstatě tuto problematiku ani výslovně nereguluje. Z obecné povinnosti zaměstnavatele upravené v ustanovení § 38 zákoníku práce přidělovat zaměstnancům práci podle pracovní smlouvy lze nicméně dovodit, že v případě návratu do práce po skončení rodičovské dovolené má zaměstnavatel povinnost přidělovat zaměstnanci práci podle pracovní smlou-

¹⁷ Více způsobů čerpání rodičovské dovolené je umožněno v mnoha členských státech EU. Například v Belgii mohou zaměstnanci v soukromém sektoru čerpat rodičovskou dovolenou buď přerušením plnění pracovních povinností po dobu čtyř měsíců, plněním pracovních povinností v rozsahu 50 % stanovené týdenní pracovní doby po dobu 8 měsíců nebo plněním pracovních povinností v rozsahu 1/5 stanovené týdenní doby po dobu 20 měsíců. Uvedené způsoby čerpání rodičovské dovolené lze navzájem kombinovat.

¹⁸ Například již výše zmiňovaný belgický právní řád ukládá zaměstnanci, který hodlá uplatnit své právo na rodičovskou dovolenou, informovat svého zaměstnavatele nejméně dva měsíce a nanejvýš tři měsíce předem. Tato lhůta může být zkrácena na základě vzájemné dohody mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem.

vy. V praxi pak záleží jak široce nebo naopak úzce byly v pracovní smlouvě sjednány druh práce, kterou zaměstnanec vykonává, a místo výkonu práce, ve kterém zaměstnanec pracuje. V návaznosti na požadavky vyplývající z Revidované rámcové dohody o rodičovské dovolené, podle které mají pracovníci po skončení rodičovské dovolené právo vrátit se na stejné pracovní místo, nebo není-li to možné, na rovnocenné nebo podobné pracovní místo odpovídající jejich pracovní smlouvě nebo pracovnímu poměru, by se autorce tohoto článku jevilo vhodnější, aby zákoník práce výslovně upravoval rovněž návrat do práce po skončení rodičovské dovolené obecně a neomezoval se pouze na specifické případy, kdy zaměstnanec čerpá rodičovskou dovolenou v rozsahu doby, po kterou je zaměstnankyně oprávněna čerpat mateřskou dovolenou.

2.3 Ochrana před skončením pracovního poměru

Další významnou formou ochrany zaměstnanců na rodičovské dovolené je zvýšená ochrana před skončením pracovního poměru po dobu trvání této překážky v práci na straně zaměstnance. Jak již bylo uvedeno výše, Revidovaná rámcová dohoda o rodičovské dovolené požaduje, aby členské státy nebo sociální partneři přijali nezbytná opatření na ochranu pracovníků před propouštěním z důvodu žádosti o rodičovskou dovolenou nebo čerpání rodičovské dovolené. Obecně lze konstatovat, že česká právní úprava poskytuje zaměstnancům čerpajícím rodičovskou dovolenou ochranu před vybranými formami právního jednání ze strany zaměstnavatele vedoucími k rozvázání pracovního poměru. Takovými právními jednáními jsou okamžité zrušení pracovního poměru a výpověď. Pokud, jde o první z uvedených právních jednání, jehož důsledkem je skončení pracovního poměru v okamžiku doručení zaměstnanci, obsahuje zákoník práce absolutní zákaz okamžitého zrušení pracovního poměru se zaměstnancem na rodičovské dovolené.¹⁹ Uvedená forma ochrany jde dalece nad rámec požadovaný Revidovanou rámcovou dohodou o rodičovské dovolené, neboť okamžité zrušení pracovního poměru ze strany zaměstnavatele je vázáno na závažné důvody týkající se osoby zaměstnance, při jejichž naplnění nelze po zaměstnavateli spravedlivě požadovat, aby zaměstnance dále zaměstnával,

a nijak tedy nesouvisí s čerpáním rodičovské dovolené ani se žádostí o rodičovskou dovolenou.²⁰

Druhou formou právního jednání ze strany zaměstnavatele vedoucí ke skončení pracovního poměru, před kterým je zaměstnanci čerpajícímu rodičovskou dovolenou poskytována ochrana, je výpověď. Na rozdíl od okamžitého zrušení pracovního poměru má výpověď za následek skončení pracovního poměru uplynutím výpovědní doby, která činí alespoň dva měsíce. V souvislosti s výpovědí je rodičovská dovolená chápána jako jedná z tzv. ochranných dob, jejichž taxativní výčet je obsažen v ustanovení § 53 zákoníku práce, což znamená, že v době čerpání rodičovské dovolené je, až na výjimky uvedené v ustanovení § 54, zakázáno dát zaměstnanci výpověď. Kromě zákazu výpovědi v samotné době čerpání rodičovské dovolené obsahuje zákoník práce rovněž specifické pravidlo pro případ, kdy byla zaměstnanci dána výpověď v době před nástupem na rodičovskou dovolenou. Tato ochrana spočívá ve specifickém běhu výpovědní doby, a to tak, že byla-li zaměstnanci dána výpověď před začátkem rodičovské dovolené tak, že by výpovědní doba měla uplynout v době rodičovské dovolené, rodičovská dovolená se do výpovědní doby nezapočítává. Pracovní poměr skončí teprve uplynutím zbývajících částí výpovědní doby po skončení rodičovské dovolené, ledažeby zaměstnanec sdělil zaměstnavateli, že na prodloužení pracovního poměru netrvá. Z uvedeného je zřejmé, že na rozdíl od okamžitého zrušení pracovního poměru je ochrana zaměstnance před skončením pracovního poměru výpovědí poněkud slabší, neboť zaměstnanec čerpající rodičovskou dovolenou nepoživá absolutní ochrany před rozvázáním pracovního poměru. Přesto i v případě výpovědi jde česká právní úprava daleko nad minimální rámec ochrany před propouštěním požadovaný Revidovanou rámcovou dohodou o rodičovské dovolené, neboť případy, kdy lze dát zaměstnanci čerpajícímu rodičovskou dovolenou výpověď, se týkají vybraných organizačních důvodů na straně zaměstnavatele nebo závažných důvodů spočívajících v osobě zaměstnance a s rodičovskou dovolenou tudíž nijak nesouvisí.

¹⁹ Kromě zaměstnankyň nebo zaměstnanců čerpajících rodičovskou dovolenou nesmí zaměstnavatel okamžitě zrušit pracovní poměr s těhotnou zaměstnankyní nebo zaměstnankyní na mateřské dovolené.

²⁰ Těmito důvody jsou pravomocné odsouzení zaměstnance pro úmyslný trestný čin k nepodmíněnému trestu odnětí svobody na dobu delší než jeden rok, pravomocné odsouzení zaměstnance pro úmyslný trestný čin spáchaný při plnění pracovních úkolů nebo v přímé souvislosti s nimi k nepodmíněnému trestu odnětí svobody na dobu nejméně šesti měsíců nebo porušení povinností zaměstnance vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k jím vykonávané práci zvláště hrubým způsobem.

Summary

The article analyses minimal standards of protection of workers taking care of children stated by the Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised framework agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and their implementation in the national law of the Czech Republic. These standards comprise, in particular, the right to parental leave granted for at least a period of four months on the grounds of birth or adaptation of a child, maintenance of rights acquired at the beginning of parental

leave, non-discrimination on the grounds of an application for, or the taking of, parental leave, return to work from parental leave and time off from work on the grounds of force majeure. The main purpose of mentioned revised framework agreement is to facilitate the reconciliation of parental and professional responsibilities of workers parents. In addition, the right to parental leave as an individual right of men and women workers plays an important role in the achievement of equal opportunities and equality of treatment between men and women in employment and occupation.

Informovaný souhlas / Informační povinnost / Poučení / Souhlas ošetřovaného

Jana Konečná*

Úvod

Oblast informovaného souhlasu byla zpracována v celé řadě publikací, domnívám se, že mnohé další budou následovat v návaznosti na změny přinášející právní předpisy, konkrétně na nový zákon č. 89/2012 Sb. občanský zákoník, účinný od 1. 1. 2014.¹ Lékařské výkony mají svá rizika, své důsledky a často i alternativy a možnosti. Jedním ze základních práv pacienta je právo pacienta být předem informován o účelu a povaze zákroku, jeho alternativách, důsledcích a rizicích. Povinností poskytovatele zdravotních služeb je tyto informace pacientovi poskytnout. Stále častěji poskytovatelé zdravotních služeb čelí stížnostem a žalobám na odborné pochybení při poskytování zdravotních služeb, nýbrž pro porušení pacientových práv.² S ohledem na tuto skutečnost pokládám za důležité zvyšovat právní vědomí v oblasti zdravotnického práva a představit účinnou úpravu informovaného souhlasu s důrazem na výkladové obtíže, které nastaly s účinností nového občanského zákoníku a nastínit možná východiska pro praxi.

* JUDr. Jana Konečná, AK PRUDIL a spol., s. r. o.

¹ Zákon č. 89/2012 Sb., Občanský zákoník.

² Autorka vychází ze svých zkušeností získaných v advokátní kanceláři a kanceláři České lékařské komory.

Vývoj institutu informovaného souhlasu

Povinnost lékaře informovat pacienta nelze však v žádném případě pokládat za novou povinnost, kterou by s dalšími povinnostmi pro zdravotnické pracovníky přinesl zákon o zdravotních službách č. 372/2011 Sb.,³ o němž bude pojednáno později (dále jen „zákon o zdravotních službách“). Co do základu jsou povinnosti a práva zdravotnických pracovníků upravena zejména v Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny č. 96/2001 Sb., (dále jen „Úmluva o biomedicině“) a ve zmíněném zákoně o zdravotních službách.⁴ Obdobně to lze konstatovat o právech pacientů. Do nabytí účinnosti zákona o zdravotních službách byla patientská práva upravena částečně obecně závaznými právními předpisy, zejména Úmluvou o biomedicině a zákonem o péči o zdraví lidu č. 20/1966 Sb., („zákon o péči o zdraví lidu“), který nabyl účinnosti dnem 1. 7. 1966, a čas-

³ Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách).

⁴ Existuje celá řada obecně závazných právních předpisů, které upravují povinnosti a práva zdravotnických pracovníků, ty nejdůležitější jsou uvedeny v závěru příspěvku a také jsou k nalezení např. na stránkách www.mvcr.cz a www.mzcr.cz

tečně pak etickými kodexy. Povinnost lékaře vhodným způsobem nemocného poučit, provádět léčebné a vyšetřovací výkony s jeho souhlasem byla taktéž zakotvena již v zákoně o péči o zdraví lidu. Poučení a souhlas nemocného zakotvený v ust. § 23 odst. 1, odst. 2 zákona o péči o zdraví lidu zněl takto: „*Lékař je povinen poučit vhodným způsobem nemocného, popřípadě členy jeho rodiny o povaze onemocnění a o potřebných výkonech tak, aby se mohli stát aktivními spolupracovníky při poskytování léčebně preventivní péče. Vyšetřovací a léčebné výkony se provádějí se souhlasem nemocného, nebo lze-li tento souhlas předpokládat. Odmítá-li nemocný přes náležité vysvětlení potřebnou péči, vyžádá si ošetřující lékař o tom písemné prohlášení (revers).*“ Zákon č. 111/2007 Sb., s účinností ode dne 15. 5. 2007 novelizoval zákon o péči o zdraví lidu tak, že do něj inkorporoval povinnosti poučit o účelu a povaze poskytované zdravotní péče a každého vyšetřovacího nebo léčebného výkonu, jakož i o jeho důsledcích, alternativách a rizicích. Poučení a souhlas nemocného zakotvený v ust. § 23 odst. 1, odst. 2 zákona o péči o zdraví lidu po novelizaci zněl takto: „*Zdravotnický pracovník způsobilý k výkonu příslušného zdravotnického povolání informuje pacienta, popřípadě další osoby v souladu s § 67 b odst. 12 písm. d), o účelu a povaze poskytované zdravotní péče a každého vyšetřovacího nebo léčebného výkonu, jakož i o jeho důsledcích, alternativách a rizicích. Vyšetřovací a léčebné výkony se provádějí se souhlasem nemocného, nebo lze-li tento souhlas předpokládat. Odmítá-li nemocný přes náležité vysvětlení potřebnou péči, vyžádá si ošetřující lékař o tom písemné prohlášení (revers).*“ Podrobnou úpravu souhlasu přinesla vyhláška o zdravotnické dokumentaci č. 385/2006 Sb., která ve svém původním znění měla nabýt účinnost dne 1. 11. 2006, ovšem novelou zákona č. 479/2006 Sb. byla její účinnost posunuta na den 1. 4. 2007. Další novelizaci této vyhlášky provedl zákon č. 64/2007 Sb., jež nabyl účinnosti dnem 1. 4. 2007. Vyhlášku o zdravotnické dokumentaci v jejím původním znění nebylo možno považovat za zdařilou pro její nevhodně zakotvenou podrobnou úpravu povinnosti písemného informovaného souhlasu prakticky u všech výkonů. Novelami sice byl odstraněn široký rozsah povinností písemného informovaného souhlasu, ale úprava samotného obsahu písemného informovaného souhlasu se nevylepšíla. Významný posun ve vnímání ustanovení § 23 zákona o péči o zdraví lidu přineslo přijetí Úmluvy na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny („Úmluva o biomedicině“), k jejíž ratifikaci dal Parlament České republiky souhlas a následně byla vyhlášena ve Sbírce mezinárodních smluv pod č. 96/2001 Sb.m.s.⁵

Pro Českou republiku vstoupila Úmluva o biomedicině v platnost dnem 1. 10. 2001. Úmluva o biomedicině je mezinárodní smlouvou, jak je z názvu patrné, upravuje práva pacientů v souvislosti s medicínou, léčbou a výzkumem. Obecné pravidlo informovaného souhlasu je zakotveno v Úmluvě o biomedicině v článku 5 „*Jakýkoli zákrok v oblasti péče o zdraví je možno provést pouze za podmínky, že k němu dotčená osoba poskytla svobodný a informovaný souhlas. Tato osoba musí být předem řádně informována o účelu a povaze zákroku, jakož i o jeho důsledcích a rizicích. Dotčená osoba může kdykoli svobodně svůj souhlas odvolat.*“ Nejen v tomto článku a dalších člancích Úmluva o biomedicině zdůrazňuje svobodnou vůli pacienta, ta je patrná už ze samotné preambule, podle které má svobodná vůle pacienta přednost před rozhodnutím lékaře. Dalším ustanovením Úmluvy o biomedicině upravujícím informovaný souhlas je článek 6, který obsahuje ustanovení o ochraně osob neschopných dát souhlas. V případě, kdy osoba není schopna dát souhlas k provedení zákroku, může být tento zákrok proveden, pouze pokud je to k jejímu přímému prospěchu. U nezletilých osob, které nejsou podle zákona způsobilé k udělení souhlasu se zákrokem, nemůže být zákrok proveden bez svolení zákonného zástupce, úřední osoby či jiné osoby nebo orgánu, které jsou k tomuto zmocněny. Názor nezletilé osoby musí být zohledněn jako faktor, jehož závaznost narůstá úměrně s věkem a stupněm vyspělosti. Pokud osoba nemůže dát souhlas se zákrokem z důvodu duševního postižení, nemoci nebo z podobných důvodů, lze zákrok provést pouze se souhlasem jejího zákonného zástupce nebo příslušného orgánu nebo osoby či instituce pověřených ze zákona. Zákonný zástupce, příslušný orgán, osoba, nebo instituce pověřené ze zákona obdrží na základě stejných podmínek, stejné informace, jako jsou uvedeny v článku 5 Úmluvy o biomedicině. Zástupný souhlas lze kdykoliv odvolat, je-li to v nejlepším zájmu osoby, resp. pacienta. Článek 7 Úmluvy o biomedicině pojednává o ochraně osob s duševní chorobou, pro něž platí „*v souladu s podmínkami stanovenými v zákoně na ochranu těchto osob včetně právní úpravy pro dohled, kontrolu a odvolání, může být osoba s vážnou duševní chorobou podrobena zákroku bez svého souhlasu, je-li zákrok zaměřen na léčbu jej duševní choroby, pouze v případě, že by bez takového léčení se vši pravděpodobností došlo*

byla otevřena k podpisu dne 4. dubna 1997 ve španělském Oviedu, 1. prosince 1999 vstoupila v platnost. Česká republika ji podepsala 24. června 1998. Vláda ČR uložila Ministerstvu zdravotnictví usnesením č. 403 ze dne 10. června 1998 předložit Úmluvu Parlamentu České republiky k vyslovení souhlasu. Proces ratifikace byl dokončen podpisem prezidenta. Ratifikační listiny byly 22. června 2001 uloženy u generálního tajemníka Rady Evropy, smlouva vstoupila v platnost 1. října 2001.

⁵ Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny

k závažnému poškození jej zdraví. “Důležitým ustanovením je článek 8 Úmluvy o biomedicině pojednávající o stavu nouze vyžadující neodkladná řešení, a to „pokud v situacích nouze nelze získat příslušný souhlas, jakýkoli nutný lékařský zákrok lze provést okamžitě, pokud je nezbytný pro prospěch zdraví dotčené osoby.“ Tímto článkem je omezeno ustanovení článku 5 Úmluvy o biomedicině. Článek 9 Úmluvy o biomedicině zaručuje respektování dříve vysloveného přání pacienta, podle kterého „bude brán zřetel na dříve vyslovená přání pacienta ohledně lékařského zákroku, pokud pacient v době zákroku není ve stavu, kdy může vyjádřit své přání.“

Z výše uvedeného je patrné, že povinnost informovat pacienta je povinností mnoho let známou a v právních předpisech již řadu let zakotvenou. Jednou ze základních povinností byla povinnost vhodného informování pacienta o léčebných záměrech lékaře. Účelem této povinnosti informovat a vysvětlit bylo přesvědčení, aby lékař nepodnikal žádné kroky bez souhlasu pacienta. Pacient mohl souhlasit s léčbou pouze za předpokladu, že mu byly lékařem poskytnuty všechny informace k zamýšlené léčbě. Úplná informace měla zahrnovat podstatné skutečnosti týkající se diagnózy, léčby, léčebných metod, následků a rizik, a v neposlední řadě i možných alternativ léčby. Rozsah informací a vysvětlování měly být přímo úměrné naléhavosti zákroku. V těchto shora uvedených právních předpisech nebyla opomenuta ani nouzová situace, kdy bylo možno postupovat bez vysvětlování a bez souhlasu. Nezbytnou podmínkou informování a vysvětlování byla srozumitelnost. Od pouhé povinnosti lékaře poučit pacienta se plynule přešlo k povinnosti vést s pacientem rozhovor, tak aby co nejlépe pacient porozuměl podávaným informacím, který neměl být nahrazován podáním letáku s návodem. Souhlas byl a je pokládán za jeden ze základních etických principů k upevnění vztahu lékař – pacient,⁶ jako respektu svobody pacienta. Uznání pacienta za odpovědnou osobu vyjadřuje změnu pohledu na vztah lékař – pacient. Přejít o paternalistického přístupu lékaře k pacientovi, který má být vnímán jak rovnoprávný partner a zákonné ustanovení patientských práv a povinností poskytovatele zdravotních služeb v zákoně o zdravotních službách

⁶ Ust. § 3 Stavovského předpisu české lékařské komory č. 10, Etický kodex české lékařské komory, stanoví, že lékař se má vzdát paternalitních pozic v postojích vůči nemocnému a respektovat ho jako rovnocenného partnera se všemi občanskými právy i povinnostmi, včetně zodpovědnosti za své zdraví. Lékař je povinen pro nemocného srozumitelným způsobem odpovědně informovat jeho nebo zákonného zástupce o charakteru onemocnění, zamýšlených diagnostických a léčebných postupech včetně rizik, o uvažované prognóze a o dalších důležitých okolnostech, které během léčení mohou nastat.

a v občanském zákoníku jsou toho výrazem.⁷ Je však třeba konstatovat, že oba zákony (zákon o zdravotních službách a občanský zákoník) mnohá pravidla chování ve stejných situacích upravují odlišně a právě těmto odlišnostem a dalším specifickým úpravám týkajícími se souhlasu s poskytováním zdravotních služeb bude věnován tento příspěvek.

Nová terminologie

Na tomto místě je třeba zmínit novou terminologii, kterou zavádí; právo na duševní a tělesnou integritu, informační povinnost před zákrokem, dodatečná informační povinnost, poučení ošetřovaného, ošetřovaný, úkon, řádně podané vysvětlení, zahrnující kromě požadavků na srozumitelnost i nutnost informovat o možných nebezpečích pro zdraví a alternativních postupech. V novém občanském zákoníku najdeme komplexní úpravu práva týkající se duševní a tělesné integrity (první část Hlava II) a také se nově setkáváme s pozitivním a negativním vymezením pojmu „péče o zdraví“, s pojmem „záznam o péči o zdraví“, a jinými novými pojmy, které jsou odlišné od pojmů zakotvených v zákoně o zdravotních službách a na které jsou zdravotničtí pracovníci a pacienti zvyklí. Např. zákon o zdravotních službách hovoří o pacientovi, občanský zákoník o ošetřovaném; zákon o zdravotních službách hovoří o souhlasu s poskytováním zdravotních služeb, občanský zákoník o souhlasu se zásahem do integrity člověka. Je na poskytovateli zdravotních služeb, jakou terminologii zvolí, zda provede informovaný souhlas nebo informační povinnost před zákrokem, zda jeho písemná forma ponese název poučení ošetřovaného nebo informovaný souhlas pacienta. Podstatný bude vždy obsah, tzn. zda pacient obdržel všechny informace v dostatečném rozsahu a za splnění zákonem stanovených požadavků pro tento úkon.⁸

Občanský zákoník definuje v ust. § 2637 péči o zdraví jako úkon zahrnující, prohlídku, radu a všechny služby, které se týkají bezprostředně ošetřovaného a které jsou vedeny snahou zlepšit nebo zachovat zdravotní stav. Vymezuje i to, co péče o zdraví není, nejsou to činnosti spočívající jen v prodeji nebo jiném převodu léků. Zákon o zdravotních službách vymezuje v ust. § 2 odst. 4 konkrétní výčet činností a opatření odpovídající zdravotní péči. Zdravotní

⁷ Právní úprava informovaného souhlasu obsažená v zákoně o zdraví o péči lidu nebyla dostatečná vzhledem k Úmluvě o biomedicině, s tímto vědomím byla vytvářena právní úprava v zákoně o zdravotních službách a i v občanském zákoníku.

⁸ Informovaný souhlas je právním jednáním ve smyslu občanského zákoníku a musí tedy splňovat náležitosti právního jednání.

pěči tak jak ji má na mysli zákon o zdravotních službách je předcházení, odhalení a odstranění nemoci, vady nebo zdravotního stavu, udržení, obnovení nebo zlepšení zdravotního a funkčního stavu, udržení a prodloužení života a zmírnění utrpení, pomoci při reprodukci a porodu, posuzování zdravotního stavu, poskytování preventivní, diagnostické, léčebné, rehabilitační, ošetrovatelské péče a jiných zdravotních výkonů k účelům shora uvedeným. Výčet nové terminologie v tomto textu je příkladný nikoliv úplný. Ze strany občanského zákoníku je úprava „péče o zdraví“ obecná a v zákoně o zdravotních službách úprava zvláštní (speciální). Podle zákona o zdravotních službách je zdravotní péče chápána jako jeden z druhů zdravotních služeb.⁹

Právo pacienta na informace

Práva pacientů jsou v posledních letech stále více posilována, což se odráží i v právních předpisech České republiky. Zákon č. 372/2011 Sb. o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), s účinností od 1. 4. 2012, přinesl rozsáhlou úpravu práv pacientů (ust. § 28 a následující),¹⁰ z nichž tím základním právem zakotveným v ust. § 28 odst. 1 je právo na informace: „Zdravotní služby lze pacientovi poskytnout pouze s jeho svobodným a informovaným souhlasem, nestanoví-li tento zákon jinak.“ Práva pacientů výrazně posiluje i nový občanský zákoník. Na rozdíl od dřívější právní úpravy¹¹ upravuje významně podrobněji, za jakých podmínek lze zasáhnout do osobnosti člověka. Se shora zmíněným ustanovením § 28 odst. 1 a dále ust. § 31 a 34 zákona o zdravotních službách souvisí ust. § 93 a 94 občanského zákoníku, která nově upravují zásah do integrity jiného člověka, který je možný pouze v případech předpokládaných zákonem nebo se souhlasem dotčeného, případně jeho zákonného zástupce. Zákonný zástupce může udělit souhlas se zásahem do tělesné integrity, je-li to k přímému prospěchu osoby, která není sama schopna udělit souhlas.

⁹ Ust. § 2 zákona č. 372/2011Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách).

¹⁰ Např. právo na respekt, právo zvolit si poskytovatele zdravotních služeb, právo na další názor, právo na přítomnost jiné osoby, právo přijímat návštěvy, právo na duchovní podporu a další.

¹¹ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Informovaný souhlas, jeho náležitosti a rozsah

V ust. § 31 zákona o zdravotních službách je stanovena povinnost poskytovatele zdravotních služeb¹² (dále také „poskytovatel“) srozumitelným způsobem v dostatečném rozsahu informovat pacienta o zdravotním stavu. Z ust. § 94 odst. 1 občanského zákoníku se podává „Kdo chce provést na jiném člověku zákrok, vysvětlí mu srozumitelně povahu tohoto zákroku.“ O náležitostech a rozsahu poučení pojednává i ust. § 2638 a 2639 občanského zákoníku, kdy poskytovatel je povinen srozumitelně vysvětlit ošetřovanému zamýšlené vyšetření i navrhovanou péči o zdraví. Oba zákony pokládají za stěžejní srozumitelnost podávaných informací. I přes odlišnou terminologii dochází zmíněnými ustanoveními občanského zákoníku ke zvýraznění a doplnění pravidel pro podávání informací pacientům zakotvených v zákoně o zdravotních službách.

Informace o zdravotním stavu podle ustanovení § 31 zákona o zdravotních službách musí obsahovat údaje o :

- příčině a původu nemoci, jsou-li známy, jejich stadiu a předpokládaném vývoji,
- účelu, povaze, předpokládaném přínosu, možných důsledcích a rizicích navrhovaných zdravotních služeb, včetně jednotlivých zdravotních výkonů,
- jiných možnostech poskytnutí zdravotních služeb, jejich vhodnosti, přínosech a rizicích pro pacienta,
- další potřebné léčbě,
- omezeních a doporučeních ve způsobu života s ohledem na zdravotní stav,
- možnosti vzdát se podání informace o zdravotním stavu,
- možnosti určit osoby nebo vyslovit zákaz o podávání informací o zdravotním stavu.

Informace o zdravotním stavu se sděluje pacientovi při přijetí do péče a dále vždy, je-li to s ohledem na poskytované zdravotní služby nebo zdravotní stav pacienta účelné. Určujícím kritériem pro první podání informace pacientovi je zásadně před poskytnutím zamýšlených zdravotních služeb, pro další podávání informací není určujícím kritériem časový okamžik, nýbrž účelnost odvislá od zdravotního stavu pacienta a potřeby podání informace. Informaci o zdravotním stavu podává ošetřující zdravotnický pracovník způsobilý k poskytování zdravotních služeb, kterého

¹² Poskytovatelem zdravotních služeb se rozumí fyzická nebo právnická osoba, která má oprávnění k poskytování zdravotních služeb podle zákona o zdravotních službách.

se podání informace týká.¹³ Tento pracovník provede záznam do zdravotnické dokumentace o tom, že byla informace podána. Nad rámec zákona o zdravotních službách je třeba zmínit další povinnost vyplývající rovněž z ust. § 2639 občanského zákoníku, dle kterého musí-li si poskytovatel být vědom, že u ošetřovaného vyvolal představu, že péčí o zdraví dosáhne určitého výsledku, ač ví nebo musí vědět, že výsledku nemusí být dosaženo, je povinen i toto ošetřovanému vysvětlit. Součástí povinnosti je i informace o tom, že se mohou objevit komplikace, konkrétně jaké, které mohou ovlivnit předpokládaný výsledek péče, a proto nelze její výsledek zaručit se stoprocentní jistotou.¹⁴

Informovaný souhlas nezletilého pacienta a pacienta s omezenou svéprávností

Občanský zákoník upravuje kritéria souhlasu nezletilého, který není plně svéprávný, kdy i tento může v obvyklých situacích udělit souhlas se zákrokem nezanechávající trvalé nebo závažné následky, je-li to přiměřené rozumové a volní vyspělosti a věku nezletilého. Kritériem je individuální vyspělost každého jednotlivého pacienta (ust. § 95). Toto kritérium je zakotveno i v ust. § 31 odst. 5 zákona o zdravotních službách „*Jde-li o nezletilého pacienta nebo pacienta s omezenou svéprávností, právo na informace o zdravotním stavu a právo klást otázky náleží zákonnému zástupci nebo opatrovníkovi pacienta a pacientovi, je-li k takovému úkonu přiměřeně rozumové a volně vyspělý,*“ s tím rozdílem, že předně poskytovatel zdravotních služeb informuje zákonného zástupce nebo opatrovníka a pacienta, jen je-li schopen informaci pochopit, s ohledem na jeho rozumovou vyspělost. V praxi to znamená, že zdravotnický pracovník má povinnost informovat pacienta, který není plně svéprávný se zákrokem tak, aby informace pochopil a mohl na základě podaných informací vyslovit souhlas. Nelze informaci neposkytnout s poukazem na to, že pacient není plně svéprávný, aniž by se zdravotnický pracovník přesvědčil o jeho schopnostech jim porozumět. Na prvním místě je pacient, resp. vůle pacienta. Zhodnocení rozumové vy-

spělosti a schopnosti pochopit podávané informace je zcela v rukou zdravotnického pracovníka, neboť se jedná o otázku ryze medicínskou nikoli právní. Byť by zde mohla vyvstat polemika nad tím, zda se jedná o otázku medicínskou nebo spíše o otázku psychologickou, je na zdravotnickém pracovníku, resp. lékaři, aby v danou chvíli zvážil, zda je pacient schopen, či neschopen vyslovit souhlas nebo nesouhlas s poskytováním zdravotních služeb. Výsledkem je tedy stanovisko lékaře o posouzení schopnosti či neschopnosti, vyřešení předběžné otázky před samotným poskytováním zamýšlené zdravotní služby s využitím svých lékařských i psychologických zkušeností nebo s využitím konzilia psychologem. Medicína a psychologie k sobě neodmyslitelně patří a to nejen při poskytování informací pacientovi.

Věková hranice 14 let

Ust. § 100 občanského zákoníku ve srovnání s ust. § 35 zákona o zdravotních službách. Z ust. § 100 občanského zákoníku se podává „*Má-li být zasaženo do integrity nezletilého, který dovršil čtrnáct let, nenabyl plně svéprávnosti a který zákroku vážně odporuje, třebaže zákonný zástupce se zákrokem souhlasí, nelze zákrok provést bez souhlasu soudu. To platí i v případě provedení zákroku na zletilé osobě, která není plně svéprávná.*“ Ustanovení občanského zákona zohledňuje vůli nezletilých starších 14 let a zletilých s omezenou svéprávností odmítnout či vynutit zákrok i přes opačné stanovisko zákonného zástupce. V obou případech rozhodne soud. Kritériem udělení soudního přivolení je prospěch osoby, do jejíž tělesné integrity mám být zasaženo. Z ust. § 35 odst. 1 zákona o zdravotních službách se podává „*Při poskytování zdravotních služeb nezletilému pacientovi je třeba zjistit jeho názor na poskytnutí zamýšlených zdravotních služeb, jestliže je to přiměřené rozumové a volní vyspělosti jeho věku. Tento názor musí být zohledněn jako faktor, jehož závažnost narůstá úměrně s věkem a stupněm rozumové a volní vyspělosti nezletilého pacienta. Pro vyslovení souhlasu s poskytnutím zdravotních služeb nezletilému pacientovi se použijí právní předpisy upravující svéprávnost fyzických osob s tím, že nezletilému pacientovi lze zamýšlené zdravotní služby poskytnout na základě jeho souhlasu, jestliže je provedení takového úkonu přiměřené jeho rozumové a volní vyspělosti odpovídající jeho věku. Tím není dotčena možnost poskytování zdravotních služeb bez souhlasu.*“ Podle zákona o zdravotních službách se pro vyslovení souhlasu s poskytnutím zdravotních služeb nezletilému pacientovi použijí právní předpisy upravující svéprávnost fyzických osob (dříve způsobilost fyzických osob k práv-

¹³ Zákon č. 95/2004 Sb., zákon o podmínkách získávání a uznávání odborné a specializované způsobilosti k výkonu zdravotnického povolání lékaře, zubního lékaře a farmaceuta. Zákon č. 96/2004 Sb., zákon o podmínkách získávání a uznávání způsobilosti k výkonu nelékařských zdravotnických pracovníků a k výkonu činností souvisejících s poskytováním zdravotní péče a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o nelékařských zdravotnických povoláních).

¹⁴ Prudil, Lukáš. Právo pro zdravotnické pracovníky. 1. vydání, Praha: Linde Praha, a. s. 2014, s.49.

ním úkonům)¹⁵ s tím, že nezletilému pacientovi lze zdravotní služby poskytnout na základě souhlasu, jestliže je provedení takového úkonu přiměřené jeho rozumové a volní vyspělosti odpovídající jeho věku. Ust. § 35 odst. 3 zákona o zdravotních službách, které spočívá v poskytování neodkladné péče nebo akutní péče a souhlas zákonného zástupce nelze získat bez zbytečného odkladu, rozhodne o jejich poskytnutí ošetřující zdravotnický pracovník. To neplatí, lze-li zdravotní služby poskytnout na základě souhlasu nezletilého pacienta. Ustanovení § 100 občanského zákoníku zavádí věkovou hranici, která byla ze zákona o zdravotních službách nedávnou novelou vypuštěna (věková hranice 15 let),¹⁶ a rozšiřuje ustanovení § 35 zákona o zdravotních službách o věkovou hranici 14 let. Zákon o zdravotních službách byl předmětem velkého očekávání, jak ze strany odborné, tak i laické veřejnosti. První rok od jeho účinnosti naznačil, že jeho praktické uplatnění není vůbec jednoduché, právě s ohledem na poskytování zdravotních služeb nezletilým pacientům a stanovené věkové hranici. Na řadu aplikačních problémů upozorňovali poskytovatelé zdravotních služeb, zdravotničtí pracovníci, pacienti i zákonní zástupci. Problematickou právní úpravu odstranila novela přijata zákonem č. 66/2013 Sb., s účinností dnem 14. 3. 2013. Stěžejním ustanovením novely byla úprava poskytování zdravotních služeb nezletilým, která byla nahrazena zcela novým zněním. Původní znění ust. § 35 zákona o zdravotních službách umožňovalo poskytnout zdravotní služby nezletilému pacientovi a pacientovi zbaveného způsobilosti k právním úkonům se souhlasem jeho zákonného zástupce a zároveň ukládalo povinnost zjistit názor nezletilého pacienta, který s ohledem na svůj věk je schopen vnímat situaci a vyjadřovat se, a tento názor musel být zaznamenán do zdravotnické dokumentace, popř. důvod, proč názor nemohl

¹⁵ Ust. § 31 a násl. zákona č. 89/2012 Sb. občanský zákoník. Zásady zakotvené v ust. § 3 občanském zákoníku, kdy soukromé právo chrání důstojnost a svobodu člověka, každý má právo na ochranu života a zdraví, jakož i svobody, cti, důstojnosti i soukromí a další. Zásada zakotvená v ust. § 81 „Každý je povinen ctít rozhodnutí člověka žít podle svého.“ Toto ustanovení odpovídá preambuli Úmluvy o biomedicíně, ze které vyplývá, že svobodné rozhodnutí člověka stojí nad ochranou života. Úmluva o právech dítěte, přijatá v České republice pod č. 104/1991 Sb., se vztahuje k některým úsekům poskytování zdravotních služeb nezletilým pacientům, mimo jiné stanoví i právo každé dotčené osoby vyjádřit se k problematice, která se dítěte týká, pokud je dítě na takové rozumové úrovni, že je schopno tvořit si samo své názory. Tuto právní ochranu nezletilého ve vztahu k poskytování zdravotních služeb obsahuje i Úmluva o biomedicíně.

¹⁶ Zákon č. 66/2013 Sb., kterým se mění zákon č. 372/2011 Sb. o zdravotních službách.

být zjištěn. Původní znění zákona vyžadoval souhlas obou rodičů k poskytnutí zdravotních služeb, které mohly podstatným způsobem negativně ovlivnit další zdravotní stav pacienta nebo kvalitu jeho života. U pacientů, kteří dovršili 15 let věku, mohli být zdravotní služby poskytnuty registrujícím poskytovatelem zdravotních služeb bez zjišťování souhlasu zákonného zástupce, pokud ten vyjádřil s takovým postupem písemný souhlas, který podmínil následným informováním o poskytnutých zdravotních službách. V praxi aplikační problém přineslo slovní spojení „*podstatným způsobem negativně ovlivnit další zdravotní stav pacienta nebo kvalitu jeho života*“, což představovaly téměř všechny lékařské výkony u nezletilých pacientů a tím nastaly problémy se získáváním souhlasu obou rodičů, zvláště u rozvedených manželství, rodičů, kdy jeden z nich pracoval např. v zahraničí. Při snaze o rozumný výklad daného ustanovení se zdravotničtí pracovníci dostávali do obtížné situace hodnocení pravděpodobnosti rizika vyžadující souhlas obou rodičů a situace méně rizikové, kdy postačil souhlas pouze jednoho z rodičů. Narůstající obavy a přílišná opatrnost ze strany zdravotnických pracovníků přinášela pseudořešení ve formě plných mocí, smluvních ujednání o zastupování mezi rodiči a jiné listiny usnadňující přístup k poskytování zdravotních služeb. Novela odstranila povinnost opakování souhlasu po 30 dnech a další aplikační problémy, a zvolila cestu účelnosti (informování pacienta vždy při přijetí a dále vždy, je-li to s ohledem na zdravotní služby nebo zdravotní stav pacienta účelné). Nové znění vychází z předpokladu, že určité právní úkony, v tomto případě vyslovení informovaného souhlasu, může učinit nezletilý pacient sám za předpokladu přiměřené rozumové a volní vyspělosti odpovídající jeho věku (u osob omezených na svéprávnosti se věk nezohledňuje). Snad zavedení věkové hranice občanským zákoníkem nepřinese podobné aplikační problémy jako původní znění zákona o zdravotních službách. V tomto případě je třeba respektovat obě ustanovení zakotvená jak v zákoně o zdravotních službách tak i v občanském zákoníku. Zdravotnický pracovník je nově povinen přihlížet k zákonem konkrétně stanovené věkové hranici 14 let.

Forma informovaného souhlasu

Občanský zákoník rozšiřuje okruh případů, kdy musí být souhlas se zásahem do integrity člověka udělen písemnou formou. Písemný souhlas se vyžaduje u zákroků, u nichž dochází k oddělení části těla, které se již neobnoví (např. i extrakce zubu), k zákrokům, které zdravotní stav nevyžaduje, vyjma kosmetických zákroků bez trvalých následků, dále k lékařským pokusům na člověku (ust. § 96). Naproti

tomu ust. § 34 odst. 2 zákona o zdravotních službách upravuje písemnou formu následovně: „*Písemná forma souhlasu se vyžaduje, pokud tak stanoví jiný právní předpis (například transplantční zákon)*¹⁷ *nebo pokud tak s ohledem na charakter poskytovaných zdravotních služeb určí poskytovatel. Souhlas s hospitalizací musí být vždy v písemné formě. Na vyžádání je pacientovi poskytnuta kopie písemné formy souhlasu.*“ Na rozdíl od občanského zákoníku zákon o zdravotních službách vyžaduje písemnou formu souhlasu pouze u hospitalizací,¹⁸ u ostatních zdravotních služeb ponechává formu souhlasu v dispozici poskytovatelů zdravotních služeb. S ohledem na shora uvedené je písemná forma souhlasu povinná u souhlasu s hospitalizací, u zákroků u nichž dojde k neobnovitelnému oddělení části těla, k lékařským pokusům, u těch zákroků a zdravotních služeb, kde to stanoví právní předpis,¹⁹ u těch zákroků a zdravotních služeb, kde to určí poskytovatel, a dále žádali o to ošetřovaný. Nově tedy, pokud pacient požádá o informace v písemné formě, je oprávněn informaci písemně obdržet, a to i když není písemná forma informovaného souhlasu stanovena.

U nezletilého pacienta nebo pacienta s omezenou svéprávností, musí z písemného souhlasu vyplývat, že výše uvedené příslušné údaje byly poskytnuty zákonnému zástupci a též pacientovi; pokud pacientovi nebyly takové údaje poskytnuty, uvede se důvod jejich neposkytnutí.

Pokud si poskytovatel zdravotních služeb určí, u který zdravotních služeb bude vyžadovat písemný souhlas, musí splnit povinnost, kterou mu zákon o zdravotních službách ukládá, a to, zpracovat seznam zdravotních služeb, k jejichž poskytnutí je vyžadován písemný souhlas tak, aby pacient dopředu věděl, že k té konkrétní zdravotní službě bude podepisovat i písemnou formu informovaného souhlasu. Zákon však již neukládá poskytovateli zdravotních služeb povinnost zveřejnění či umístění seznamu, je tak na poskytovateli jakým způsobem seznam svým pacientům poskytne. Je však třeba mít na mysli, že pacient by měl vědět předem k jakým zamýšleným zdravotním službám je vyžadován písemný informovaný souhlas. Doporučuji umístit tento seznam na místo volně přístupné pacientům spolu s dalšími informacemi, např. ceníkem zdravotních služeb. Tato povinnost však platí i v opačném případě, tzn. pokud poskytovatel zdravotních služeb neurčí zdravotní

služby, u nichž je vyžadován písemný informovaný souhlas, musí tuto skutečnost oznámit pacientům, nejlépe opět na místně přístupném pacientům formou písemného prohlášení „*poskytovatel zdravotních služeb nevyžaduje u žádné z poskytovaných zdravotních služeb písemný informovaný souhlas.*“ Tato povinnost neplatí pro poskytovatele zdravotnické záchranné služby, zdravotnické dopravní služby, přepravy pacientů neodkladné péče a lékárenské péče (ust. § 45 odst. 2 písm. h) zákona o zdravotních službách). Pokud by seznam poskytovatel zdravotních služeb nevedl, dopustí se správního deliktu a hrozí mu pokuta ve výši Kč 100.000,-. Doporučuji všem poskytovatelům zdravotních služeb (lůžkové i ambulantní péče), vypracovat seznam nebo sepsat rozhodnutí o tom, že nepožaduje písemný informovaný souhlas a toto podepsat pro případ eventuální kontroly.²⁰

Struktura informovaného souhlasu

K samotné formě informovaného souhlasu je nutné zmínit vyhlášku č. 98/2012 Sb., o zdravotnické dokumentaci, která stanovuje minimální obsah samostatných částí zdravotnické dokumentace. Vyhláška v příloze č. 1 bod 5 uvádí, jaké údaje má písemný informovaný souhlas s poskytnutím zdravotních služeb obsahovat, jedná se o minimální obsah: 1. údaje o účelu, povaze, předpokládaném prospěchu, následcích a možných rizicích zdravotních služeb, 2. poučení o tom, zda navrhované zdravotní služby mají nějakou alternativu a pacient má možnost zvolit si z několika alternativ, 3. údaje o možném omezení v obvyklém způsobu života a v pracovní schopnosti po poskytnutí příslušných zdravotních služeb, lze-li takové omezení předpokládat, a v případě změny zdravotního stavu též údaje o změnách zdravotní způsobilosti, 4. údaje o léčebném režimu a preventivních opatřeních, která jsou vhodná, a o poskytnutí dalších zdravotních služeb, 5. poučení o právu pacienta svobodně se rozhodnout o postupu při poskytování zdravotních služeb, pokud jiné právní předpisy toto právo nevyklučují, 6. záznam o poučení pacienta, jemuž byl implantován zdravotnický prostředek, formou poskytnutí podrobné informace o implantovaném zdravotnickém prostředku podle zvláštního právního předpisu, 7. datum a podpis pacienta a zdravotnického pracovníka, který pacientovi údaje a poučení poskytl. Jde-li o nezletilého pacienta nebo pacienta s omezenou svéprávností, musí z písemného souhlasu vyplývat, že příslušné údaje 1. až 7. byly poskytnuty zákonnému zástupci a též pacientovi; pokud pacientovi nebyly takové údaje poskytnuty,

¹⁷ Zákon č. 285/2002 Sb., transplantční zákon, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸ Hospitalizací se rozumí doba zpravidla delší než 24 hodin, po kterou je pacientovi přijatému na lůžko ve zdravotnickém zařízení poskytovatele lůžkové péče poskytována lůžková péče.

¹⁹ Např. zákon 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách, ve znění pozdějších předpisů.

²⁰ Mach, Jan. Jak dokumentovat informovaný souhlas a revers. *Tempus medicorum. Časopis České lékařské komory.* 2013, roč. 22, č. 04, s.34.

uvede se důvod jejich neposkytnutí. Ve vyhlášce, v příloze č. 1 bod 8 je stanoven u záznamu o souhlasu s poskytováním informací tento minimální obsah: určení osob, kterým lze informace sdělit, popřípadě určení osob, kterým informace sdělit nelze; rozsah informace, kterou lze sdělit; sdělení, zda má určená osoba nebo osoby právo nahlížet do zdravotnické dokumentace vedené o pacientovi a právo na pořízení její kopie nebo výpisu; sdělení, zda má určená osoba nebo osoby právo vyslovit souhlas nebo nesouhlas s poskytnutím zdravotních služeb pacientovi, pokud tak nemůže učinit sám pacient; sdělení, jakým způsobem mohou být informace poskytovány (například písemně, ústně, telefonicky, faxem, e-mailem, SMS), včetně odpovídajícího kontaktního spojení; místo, datum a podpis pacienta nebo zákonného zástupce a podpis zdravotnického pracovníka, který záznam zpracoval. Na základě této vyhlášky vypracovala Česká lékařská komora (ČLK) vzor struktury informovaného souhlasu s poskytováním zdravotních služeb, které lze nalézt na stránkách ČLK.²¹ Jedná se o stanovený minimální obsah písemného informovaného souhlasu, který musí být dodržen, další obsah informovaného souhlasu si může určit poskytovatel zdravotních služeb. Informovaný souhlas s některými zdravotními výkony lze mít připravený předem, ovšem upozorňují na jeho obecnost, proto vždy musí být doplněn o konkrétní údaje vztahující se k individuálnímu léčebnému plánu daného pacienta.

Odvolání souhlasu

Občanský zákoník upravuje i způsob odvolání uděleného souhlasu, který je možno odvolat v jakékoliv formě, tzv. je volně odvolatelný bez ohledu na formu, v jaké byl udělen. Pokud pacient udělí souhlas se zákrokem v písemné formě, neznamená to, že ho písemně musí i odvolat, platné bude i ústní odvolání souhlasu, či jakýkoli nepochybný projev vůle pacienta, tzn. v právní terminologii konkludentně (mlčky), např. výraznou gestikulací horních končetin. Je jasné, že z pohledu nutnosti unést důkazní břemeno, je pro poskytovatele zdravotních služeb vhodnější mít odvolaný souhlas v písemné formě, ale i ten může být později pacientem zpochybněn. Zákon o zdravotních službách dává pacientovi možnost svůj souhlas s poskytnutím zdravotních služeb odvolat bez podmínění jeho formy, tzn. je volně odvolatelný bez dalšího. Pro zdravotnického pracovníka to znamená, že nemá souhlas pacienta k poskytnutí zdravotní služby.

²¹ www.clkr.cz.

Zástupný souhlas

Ust. § 98 odst. 1 občanského zákoníku stanovuje hierarchii osob oprávněných udělit souhlas se zásahem do tělesné integrity v případě, kdy nemůže člověk vzhledem ke svému stavu udělit souhlas a nemá zákonného zástupce a není k dispozici dříve vyslovené přání. Souhlas uděluje manžel, rodič nebo jiná osoba blízká,²² a pokud nejsou přítomni, pak v pořadí manžel, není-li pak rodič, není-li pak osoba blízká, nelze-li je zastihnout, může udělit souhlas přítomná osoba, která dosvědčí o člověka (pacienta) mimořádný zájem. Ust. § 34 zákona o zdravotních službách vyžaduje přednostně souhlas osoby, kterou si pacient (podle ust. § 33 zákona o zdravotních službách) určil k podávání informací a k nahlížení do zdravotnické dokumentace. V případě, že takovou osobu pacient neurčil, uděluje zástupný souhlas manžel nebo registrovaný partner, není-li jich rodiče, není-li jich osoba blízká. Zde nejsou zákony ve shodě, zákon o zdravotních službách preferuje osobu určenou pacientem na rozdíl od občanského zákoníku, který s takovou osobou nepočítá a staví do první linie manžela. Na tomto místě je nutné opět zmínit, že ustanovení o zástupném souhlasu v zákoně o zdravotních službách je v poměru speciality k ustanovení o zástupném souhlasu upraveného v občanském zákoníku, tzn. že přednost k udělení zástupného souhlasu bude mít vždy na prvním místě osoba určená pacientem.

Zdravotní péče bez souhlasu

Z ust. § 99 občanského zákoníku se podává, je-li život člověka v náhlém a patrném nebezpečí a nelze-li souhlas ve stavu nouze získat ani v jiné než stanovené formě, lze okamžitě zakročit, pokud je to ve prospěch zdraví dotčené osobě nezbytné. Udělení souhlasu ustupuje ve stavu nouze nezbytnému zákroku. Občanský zákoník mluví o stavu nouze, kdy tento stav je rozhodujícím kritériem pro provedení zákroku za předpokladu nezbytnosti a prospěšnosti zákroku pro pacienta. Jedná se o otázku odbornou, kdy rozhoduje zdravotnický pracovník o nezbytnosti provedení zákroku. Podle ust. § 38 zákona o zdravotních službách lze hospitalizovat pacienta bez souhlasu nejen, je-li ohrožen jeho život, ale také v případě, kdy je vážně ohroženo zdraví, není-li pacient scho-

²² Zákon č. 89/2012 Sb. občanský zákoník, ust. § 22 „Osoba blízká je příbuzný v řadě přímé, sourozenec a manžel nebo podle jiného zákona upravující registrované partnerství (dále jen „partner“), jiné osoby v poměru rodinném nebo obdobném se pokládají za osoby blízké, pokud by újmu, kterou utrpěla jedna z nich, druhá důvodně pociťovala jako újmu vlastní. Má se za to, že osobami blízkými jsou i osoby sešvagřené nebo osoby, které spolu trvale žijí.“

pen vyslovit souhlas nebo nesouhlas, dále v případě ochranného léčení formou lůžkové péče, povinné léčby podle zákona o ochraně veřejného zdraví,²³ v případě, kdy pacient ohrožuje bezprostředně a závažným způsobem sebe nebo své okolí a jeví známky duševní poruchy nebo touto poruchou trpí nebo je pod vlivem návykové látky.²⁴ V případě nezletilého pacienta nebo pacienta s omezenou svéprávností lze bez souhlasu zákonného zástupce nebo opatrovníka hospitalizovat též v případě podezření na týrání, zneužívání nebo zanedbávání. Zákon o zdravotních službách ve větší míře předchází vzniku náhlých stavů, které ohrožují život a zdraví, způsobují náhlou bolest nebo změny chování a zamezuje ohrožení pacientů a okolí. Zákon o zdravotních službách stanovuje neodkladnou péči šířeji než pouze ohrožení života. Jde o zamezení nebo omezení vzniku náhlých stavů, které bezprostředně ohrožují nejen život a mohou vést k náhlému úmrtí, nebo způsobují náhlou nebo intenzivní bolest anebo náhlé změny chování. Ve všech těchto zákonem stanovených případech lze pacienta hospitalizovat bez jeho souhlasu.

Občanský zákoník upravuje institut dodatečné informační povinnosti vůči osobám bez předchozího souhlasu. Má-li být zasazeno do integrity člověka neschopného úsudku způsobem zanechávajícím neodvratitelné, trvalé a vážné následky nebo způsobem spojeným s vážným nebezpečím pro jeho život nebo zdraví, lze zákrok provést jen s přivolením soudu (ust. § 103). Mimo případy stavu nouze uvedených výše (ust. § 99). V případě, že člověk je ve stavu, kdy neví co se s ním děje a tudíž ani nemůže dát souhlas k zákroku, musí být podáno vysvětlení, jakmile to jeho stav dovolí, způsobem, kterému bude schopen porozumět, jaký zákrok mu byl proveden, a musí být poučen o jeho možných následcích a rizicích provedení zákroku.

Odmítnutí souhlasu

Podle občanského zákoníku má jak poskytovatel zdravotních služeb, tak i pacient povinnost potvrdit druhé straně na její žádost souhlas s úkonem (ust. § 2642). Odmítne-li ošetřovaný souhlas (ust. § 2642), potvrdí to poskytovateli na jeho žádost v písemné formě. Poskytovatel informaci o udělení souhlasu/nesouhlasu zaznamená do záznamu, který vede o ošetřovaném. Naproti tomu podle zákona o zdravotních službách, odmítá-li pacient souhlas se zákrokem nebo s poskytnutím zdravotních služeb, je poskytovatel povinen opakovaně pacienta infor-

movat o možných důsledcích a rizicích jeho rozhodnutí pro jeho zdravotní stav, a odmítá-li pacient i přes toho opakované, podrobné poučení zdravotní služby, je povinen si poskytovatel vyžádat nesouhlas pacienta v písemné formě. V případě odmítnutí udělení nesouhlasu v písemné podobě, je poskytovatel povinen zaznamenat udělení nesouhlasu se zamýšlenými zdravotními službami do zdravotnické dokumentace, který podepíše on a svědek. V tomto případě, je třeba vycházet ze zákona o zdravotních službách, který stanoví konkrétní pravidla a postup při nesouhlasu pacienta se zdravotními službami, které musí zdravotnický pracovník dodržet.

Zadržení informací

Zákon o zdravotních službách umožňuje poskytovateli zdravotních služeb zadržení nepříznivých informací. Občanský zákoník upravuje možnost dočasného odepření vysvětlení. Pokud podáním nepříznivé informace o zdravotním stavu by došlo ke zjevnému a vážnému ohrožení zdravotního stavu pacienta, lze podat informaci dodatečně v plném rozsahu. Musí být splněna podmínka zjevného a vážného ohrožení zdravotního stavu, ovšem ne samotným poskytovatelem, ale i jinou osobou v daném oboru, jinak nelze vysvětlení odepřít. V zákoně o zdravotních službách má poskytovatel právo zadržet informaci v zájmu pacienta až na zákonem stanovené výjimky. Naproti tomu nevyžaduje potvrzení jiným odborníkem, ale ponechává tuto možnost na uvážení ošetřujícího lékaře, který dotyčnému pacientovi poskytuje zdravotní služby. S ohledem na odlišnosti ustanovení lze doporučit používat v praxi tento institut výjimečně, za striktního dodržování zákonem stanovených podmínek, především provedení záznamu do zdravotnické dokumentace a z pohledu právní jistoty mít souhlas alespoň dvou lékařů, a výjimek uvedených v zákoně o zdravotních službách. Zadržet informaci v žádném případě nelze pokud si pacient žádá přesnou a pravdivou informaci o svém zdravotním stavu, stejně tak pokud by jeho zdravotní stav představoval riziko pro jeho okolí, a nebo informace o zdravotním stavu, resp. konkrétní nemoci nebo predispozici k ní je jediným způsobem, jak zajistit preventivní opatření nebo podstoupit včasnou léčbu.

Závěr

Závěrem je třeba říct, že obava není na místě, byť mnohá pravidla chování zdravotnických pracovníků a pacientů jsou jednotlivými ustanoveními obou zákonů upravena odlišně. Z právního hlediska, jak již bylo nastíněno výše, je zákon o zdravotních služ-

²³ Zákon č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů.

²⁴ Zákon č. 167/1998 Sb., o návykových látkách a o změně některých dalších zákonů.

bách zákonem *lex specialis*, bude mít přednost před občanským zákoníkem s tím, že ten se uplatní tehdy, pokud zákon o zdravotních službách nestanoví jiná, případně podrobnější pravidla.²⁵ To znamená, že pokud zákon o zdravotních službách neobsahuje podrobná pravidla nebo je neobsahuje vůbec a obsahuje je nový občanský zákoník, nezbyvá, než respektovat pravidla obsažená v občanském zákoníku. Například se bude jednat o respektování nesouhlasu čtrnáctiletého pacienta s lékařským zákrokem se zásahem do jeho tělesné integrity, byť s ním souhlasili oba zákonní zástupci, a nejde-li o neodkladnou zdravotní službu.

Informovaný souhlas je projevem vůle směřujícím ke vzniku práva poskytovatele zdravotních služeb poskytnout pacientovi zdravotní službu. K platnosti informovaného souhlasu musí být dodrženy všechny zákonem stanovené náležitosti. Souhlas musí být podán osobou, která je k němu způsobilá, nejedná v duševní poruše, činí jej svobodně, vážně, určitě a srozumitelně. V případě absence kterékoli náležitosti by měla za následek neplatnost takového ujednání. Podtrhla bych posledně jmenované „srozumitelně“. Jak už jsem zmínila na začátku tohoto příspěvku a znovu bych to ráda zdůraznila i v samotném závěru, doporučuji, aby mezi zdravotnickým pracovníkem a pacientem probíhal rozhovor v rámci kterého budou pacientovi poskytovány potřebné a požadované informace, čímž se jednak zamezí předcházení nejasnostem a vzájemným nepochopením se, s nimiž se v praxi mnohdy setkáváme, a také s největší pravděpodobností docílení naplnění zásadní a nejpodstatnější zákonné podmínky - předávání informací srozumitelným způsobem. V žádném případě nelze povinnost zdravotnického pracovníka informovat pacienta nahrazovat písemným, byť detailně vypracovaným papírem s názvem „Informovaný souhlas“, a mít za to, že povinnost informovat je tím splněna. Jak je známo, informování pacienta podporuje jeho vědomí o odpovědnosti za sebe sama a jeho účast na léčbě. Důležitá informace o léčebném režimu, preventivních a jiných opatřeních jsou pro provedení zamýšleného výkonu pro pacienta potřebné. Prohlášením o tom, že pacient byl poučen o svém právu klást otázky, svobodně se rozhodnout, zda s navrženou službou, výkonem souhlasí či nikoli, přičemž prohlašuje, že podávaným informacím rozumí, nemá žádné otázky ani nejasnosti a vyslovuje svůj informovaný souhlas, je podle mého názoru velmi důležité, protože pacient tím současně potvrzuje, že měl možnost hovořit s lékařem nebo zdravotnickým pra-

covníkem. Jak jsem již naznačila, rozhovor lékaře s pacientem je nezbytnou součástí informovaného souhlasu, a zásadním důkazem pro případné neshody (stížnost, žaloba) mezi nimi. Důkazní břemeno v případných sporech bude mít poskytovatel zdravotních služeb, a s tímto vědomím je třeba i k informovanému souhlasu přistupovat.

Summary

In April 2014, two years elapsed from the effective date of Act no. 372/2011 Coll., on health services („Health Services Act“), which was part of the laws of the long-awaited government health care reform. The main part of the Act is also a modification of the patient's consent to the providing of health services, which brought many application problems in practice, as evidenced by an amendment adopted by Act no. 66/2013 Coll., Which come into force effect from 14 March 2013. Another institute change the patient's consent to the providing of health which come into force from 1 January 2014. Act no. 89/2012 Coll., The Civil Code. In the following paper, the author gives a brief recapitulation of changes and modifications concerning consent to providing of health services in the context of the new legislation enshrined in the Civil Code. The issue of consent, respectively informed consent is elaborated in several publications, all possible sides and angles. This is reflected in from currently effective legislation as the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (hereinafter, Convention on Biomedicine „) and the provisions of § 31 et seq. Of Act on Health Services and also provision § 2638 of new Civil Code. Just last mentioned modification of legislation brought many difficulties of interpretation, to be discussed in this paper.

²⁵ Dne 3. 10. 2013 pořádala Česká lékařská komora seminář na téma „Nový občanský zákoník,“ kde ústavní soudce pan JUDr. Jiří Nykodým se vyjádřil tak, že zákon o zdravotních službách je v poměru speciality k novému občanskému zákoníku. Tento názor sdílí i ředitel právní kanceláře České lékařské komory pan JUDr. Jan Mach.

RECENZE A ANOTACE

VÍTOVÁ, Blanka: Nepřiměřená ujednání ve spotřebitelských smlouvách po rekodifikaci soukromého práva

Vydání druhé, první v Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014, 264 s. ISBN 978-80-7478-491-0

Iva Šťavíková Řezníčková*

V polovině roku 2014 vydalo nakladatelství Wolters Kluwer, jako druhé vydání, zajímavou odbornou monografii, která, jak deklaruje autorka textu, podává komplexní pohled na aktuální tematiku spojenou s nepřiměřenými smluvními ujednáními ve spotřebitelských smlouvách. První vydání monografie pod názvem „Nepřiměřená ujednání ve spotřebitelských smlouvách“ vzniklo v rámci řešení projektu Grantové agentury České republiky „Ochrana spotřebitele a její problematické aspekty se zaměřením na tzv. nepřiměřená ujednání ve spotřebitelských smlouvách a rozhodčí doložky“, reg. č. P408/10/0914.

Autorka Blanka Vítová působí nyní jako Of counsel v advokátní kanceláři DOHNAL PETROT SLANI-NA. Autorka od roku 2007 působila jako členka rekodifikační komise Ministerstva spravedlnosti pro přípravu nového občanského zákoníku, kde se mimo jiné zaměřovala na rekodifikaci spotřebitelského práva. Kromě toho autorka dlouhodobě působí jako odborná asistentka na katedře občanského práva Právnické fakulty v Olomouci. Blanka Vítová je jedním z mála odborníků věnujících se tematice ochrany spotřebitele komplexně již dlouhou řadu let. Autorka publikovala několik odborných statí, týkajících se ochrany spotřebitele, nejen v České republice, ale i v zahraničí.

Recenzovaná monografie je publikací z oblasti spotřebitelského práva resp. jeho soukromoprávní části. Stěžejním tématem je problematika nepřiměřených smluvních ujednání ve spotřebitelských smlouvách. Na toto téma v poslední době publikuje řada autorů,¹ nicméně dílo, které by bylo komplexní ana-

lyzou dané problematiky, zatím nebylo publikováno, a to přesto, že problematika nepřiměřených smluvních ujednání se dotýká prakticky každého občana při naprosto běžné interakci s podnikateli (např. při uzavírání smlouvy s mobilním operátorem, při koupi spotřebního zboží přes internet.).

Systematicky je monografie rozdělena do sedmi kapitol. První dvě kapitoly se věnují obecným otázkám spojeným s tematikou ochrany spotřebitele. Kapitola třetí je pak čistě věnována rozsahu věcné a osobní působnosti směrnice o 93/13/EHS. Tato kapitola věcně navazuje na podkapitulu 1. 1. s názvem spotřebitel. Recenzentka konstatuje, že subjekty resp. definiční znaky charakterizující jednotlivé smluvní strany spotřebitele a podnikatele nejsou příliš rozebrány resp. autorka se příliš nezabývá problematickými aspekty spojenými s vymezením jednotlivých subjektů smlouvy (spotřebitel, podnikatel).

Čtvrtá kapitola se věnuje problematikým aspektům spojených s generální klauzulí nepřiměřených ujednání ve smyslu směrnice 93/13/EHS. Naplnění všech kritérií generální klauzule je předpokladem

Šťavíková Řezníčková Iva. Právní a praktické dopady nesprávné transpozice směrnice o zneužívajících klauzulích Jurisprudence, 2013, č. 6, s. 27 – 31., Šťavíková Řezníčková, Iva. Prodloužení promlčecí lhůty ve spotřebitelských smlouvách. In Žatecká Eva. *Cofola 2013*. Brno: Právnická fakulta MU, 2013. s. 535-548, ISBN 978-80-210-6625-0. Dohnal, Jakub. Spotřebitelský úvěr. Praha: Leges, 2011, s. 128., Raban, Přemysl. Drobní dlužníci a zakázaná smluvní ujednání. *Právní rádce*, 2009, č. 11, s. 20 an., Paľko, Daniel. Poplatky za vedení úverového účtu. *Soudce*, 2013, č. 1, s. 7 - 14., Knoblochová, Věra. Zneužívající smluvní ujednání – další krok k ochraně spotřebitele? *Jurisprudence*, 2012, č. 7-8, s. 89 - 93. Hruďa, Ondřej. Poplatek za vedení úverového účtu – mají mít i české banky důvod k obavám? *Právní rozhledy*, 2012, č. 2, s. 57 - 62. Bobek Michal, Bříza, Marek: Vymáhání unijního práva v České republice. *Bulletin advokacie*. 2011, č. 12, s. 23 - 31.

* JUDr. Iva Šťavíková Řezníčková, Katedra občanského práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno.

¹ K tomu srovnej: Nový, Zdeněk. Arbitration Clause as Unfair Contract Term from the Perspective of Czech and EC Law. *Global Jurist*, Berkeley, CA, USA: The Berkeley Electronic Press, 2009, roč. 9, č. 4, s. 1-36. ISSN 1934-2640. Pelikánová, Irena. České právo, Evropa a rozhodčí doložky. *Bulletin advokacie* 10/2011.

pro vyslovení nepřiměřenosti smluvního ujednání. Autorka v této poměrně rozsáhlé kapitole zdařile analyzuje jednotlivé pojmy generální klauzule, přičemž poskytuje čtenáři komparativní pohled na danou tematiku. Recenzentka oceňuje i prezentaci poměrně rozsáhlého množství judikatury vnitrostátních soudů k dané tematice, protože jak správně autorka poznamenává, jen národní soud je oprávněn rozhodnout, zda konkrétní smluvní ujednání je či není nepřiměřené. Soudní dvůr EU může poskytnout jen vodítka k interpretaci pojmů obsažených v generální klauzuli. V této kapitole je dále věnován značný prostor problematice jednotlivých jazykových mutací směrnice 93/13/EHS resp. autorka poukazuje na rozdílnosti v chápání jednotlivých právních pojmů (např. dobrá víra) v různých právních kulturách.

Pátá a šesta kapitola se věnují tzv. „blue listu” - nezávaznému ilustrativnímu listu smluvních ujednání obsažených v příloze směrnice 93/13/EHS, které mohou být nepřiměřeny, naplní – li znaky generální klauzule směrnice. V páté kapitole je věnován prostor těm ujednáním, které byly implementovány do vnitrostátního práva resp. do zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Autorka se zabývá možnými způsoby náležité implementace tohoto seznamu smluvních ujednání. V této části publikace autorka podává nejen výčet smluvních ujednání, která mohou být nepřiměřená, ale uvádí i řadu praktických příkladů z praxe na kterých demonstruje nepřiměřenost vybraných smluvních ujednání. Z tohoto důvodu se pak tato prakticky zaměřená část publikace může stát cenným inspiračním zdrojem, zejména pro praktikující advokáty a soudce příp. rozhodce rozhodující spotřebitelské spory. Jistou slabinu této kapitoly spatřuje recenzentka v tom, že autorka se při uvádění některých příkladů možných nepřiměřených smluvních ujednání omezuje pouze na samotné tvrzení případné nepřiměřenosti, aniž by uvedla argumenty podporující takové tvrzení.²

Šestá kapitola je pak věnována těm smluvním ujednáním obsaženým v příloze směrnice 93/13/EHS, která nebyla implementována do vnitrostátního právního řádu. Autorka v úvodu kapitoly uvádí, že přesto že nebyla implementována některá ujednání uvedená v příloze směrnice, mohla by být vymahatelná i v horizontálních resp. soukromoprávních vztazích, a to s odkazem na rozsudek Soudního dvora EU ve věci Mangold.³ Sama autorka pak tuto myšlenku dále nerozvíjí a ani neuvádí argumenty podporující toto tvrzení. Recenzentka uvádí, že rozsudek Mangold se primárně týkal horizontálního účinku obecného právního principu.⁴ I když Soudní dvůr EU

ve své další judikatuře⁵ uvedl, že směrnice může mít horizontální účinek v případě, že samotná směrnice konkretizuje obecnou právní zásadu Unie, pokud ta spadá do působnosti práva EU, tak dle recenzentky nelze tyto závěry aplikovat na ujednání obsažená v příloze směrnice 93/13/EHS. Pokud bychom tvrdili, že ochrana spotřebitele je obecnou právní zásadou, kterou směrnice 93/13/EHS jen konkretizuje, pak bychom mohli tvrdit, že na všechna ustanovení v jednotlivých směrniciích na ochranu spotřebitele lze aplikovat horizontální účinek směrnice, pak by postrádalo jakýkoliv smysl rozlišovat mezi vertikálním a horizontálním účinkem směrnice. Kromě toho autorka si je vědoma faktu a sama to v publikaci uvádí,⁶ že i když určitá smluvní podmínka obsažená v příloze směrnice 93/13/EHS nebyla implementována do vnitrostátního právního řádu neznamena to, že by vnitrostátní soud nemohl takovou podmínku prohlásit za nepřiměřenou, ovšem nikoliv z důvodu aplikace horizontálního účinku směrnice, ale z důvodu, že při posouzení konkrétní smluvní podmínky by dospěl vnitrostátní soud k závěru, že jsou naplněny všechny znaky generální klauzule směrnice 93/13/EHS.

V sedmé kapitole autorka analyzuje následky nepřiměřených smluvních ujednání obsažených ve spotřebitelských smlouvách. Autorka interpretuje právní úpravu relativní neplatnosti nepřiměřených smluvních ujednání a následně právní úpravu neplatnosti absolutní. Na původní právní úpravu relativní neplatnosti, zakotvenou v zákoně č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů, existuje řada rozporuplných právních názorů.⁷ Zbytek této kapi-

zákazu horizontálního účinku směrnic. K tomu více: GA Geelhoeda stanovisko ze dne 16. března 2006 ve věci Chacón Navas, zejména body 51-55; stanovisko GA Mazáka ve věci Palacios, body 83 až 97 a body 130-138. K této ostré kritice se připojil GA Colomer ve stanovisku ze dne 24. ledna 2008 ve věci Michaeler (rozsudek ze dne 24. dubna 2008, Michaeler a Subito GmbH, C-55/07 a C-56/07, Sb. rozh. s. I-3135). Dále pak Generální advokátka Trstenjak ve svém stanovisku ze dne 29. března 2007 ve věci Carp (rozsudek ze dne 7. června 2007, Carp, C-80/06, Sb. rozh. s. I-4473), bod 70 zdůraznila, že podstatou rozhodnutí ve věci Mangold je výjimečná, v zásadě ústavní, hodnota zákazu diskriminace na základě věku, která si vyžaduje ochrany bez ohledu na to, zda je provedena ve směrnici, jež nemůže mít přímý účinek.

⁵ K tomu srovnej: Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 23. září 2008, C-427/06 Bartsch, Sb. roz. I-7245, Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 19. ledna 2010, C-555/07 Küçükdeveci.

⁶ K tomu srovnej - str. 209.

⁷ K tomu srovnej: Šťavíková Řezníčková Iva. Právní a praktické dopady nesprávné transpozice směrnice o zneužívajících klauzulích Jurisprudence, 2013, č. 6, s. 27 – 31., Dohnal, Jakub. Spotřebitelský úvěr. Praha:

² K tomu srovnej např.: str. 112, 115, 119, 135.

³ Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 22. listopadu 2005 ve věci C-144/04 Werner Mangold v. Rüdiger Helmov.

⁴ Hlavní kritika tohoto rozhodnutí směřovala k tomu, že právní závěry v případě Mangold obcházejí princip

toly je pak věnován zkratkovitému popisu ochrany spotřebitele v jednotlivých unijních právních nástro-

Leges, 2011, s. 128., Raban, Přemysl. Drobní dlužníci a zakázaná smluvní ujednání. *Právní rádce*, 2009, č. 11, s. 20 an., Krampera, Jan. Neplatnost nepřiměřených ujednáních ve spotřebitelských smlouvách, *Bulletin advokacie*, 2009, č. 1, s. 44 an., Usnesení Ústavního soudu ze dne 9. února 2011, sp. zn. Pl. ÚS 1/10.

jích regulace ochrany spotřebitele (nekalá soutěž, návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o společné evropské právní úpravě prodeje.)

Monografie Blanky Vítové je čtivá a čtenáři přístupná. Z důvodu zaměření publikace spíše na praktické otázky spojené s nepřiměřenými smluvními ujednáními ji lze doporučit zejména praktikujícím advokátům a soudcům příp. rozhodcům.

BOGDAN, Michael: Concise Introduction to EU Private International Law

2nd ed. Groningen: Europa Law Publishing, 2012, 228 s. ISBN 9789089521088.

Iveta Rohová*

V roce 2012 vyšlo v nakladatelství Europa Law Publishing v pořadí již druhé vydání knihy s názvem „*Concise Introduction to EU Private International Law*“, jejímž autorem je profesor právní komparatistiky a mezinárodního práva soukromého, původem československý rodák, v současné době působící na Univerzitě v Lundu, ve Švédsku, Dr. Michael Bogdan.

Poprvé byla publikace vydána v tomtéž nakladatelství v roce 2006. Evropské mezinárodní právo soukromé je však natolik dynamickým odvětvím, že po necelých šesti letech bylo nezbytně nutné monografii novelizovat a citelně rozšířit, aby i nadále mohla sloužit svému účelu. Především bylo zapotřebí promítnout do textu změny vyplývající z přijetí Lisabonské smlouvy (nacházející svůj odraz ve Smlouvě o fungování Evropské unie¹) a doplnit knihu o nově přijatá nařízení (či nařízení čekající na přijetí) v této oblasti.

Monografie sestává celkem z jedenácti kapitol, dále členěných na dvě úrovně podkapitol. V úvodní kapitole prof. Bogdan nejprve představuje me-

zinárodní právo soukromé jako samostatné právní odvětví, jeho předmět, jakož i jeho místo a význam v současném globalizovaném světě. V samostatné podkapitole se věnuje postavení Evropské unie a jejích zákonodárných orgánů, jakož i úloze Soudního dvora EU v procesu formování současného mezinárodního práva soukromého v členských státech. Úvod uzavírá podkapitola věnovaná pramenům (evropského) mezinárodního práva soukromého a jejich hierarchii. Na tomto místě prof. Bogdan zdůrazňuje, že nařízení EU jsou (ve srovnání s mezinárodními smlouvami, ale i s vnitrostátní legislativou) mnohem efektivnějším nástrojem regulace soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem, a to hned z několika důvodů. Hlavní přednost nařízení spočívá v tom, že nevyžadují (nutno dodat *zásadně*) provedení vnitrostátním právem, neboť jsou přímo aplikovatelná ve všech členských státech.² Tato jejich vlastnost by měla také zajistit jednotnou interpretaci a aplikaci nařízení ve všech členských státech EU (s. 16). O tom, jaká je reálná situace, bychom mohli polemizovat. To však není předmětem této stati ani recenzované monografie.

Druhá kapitola monografie nese název „Dopad Smlouvy o fungování Evropské unie na mezinárodní právo soukromé členských států EU“. Nutno dodat, že takto široce pojatá kapitola se blíže zaměřuje pou-

* Mgr. Iveta Rohová působí jako doktorandka a od roku 2015 též jako asistentka na Katedře mezinárodního a evropského práva na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně.

¹ Smlouva o fungování Evropské unie (konsolidované znění). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 10. 9. 2014]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=CS> (dále jen „SFEU“).

² I zde ovšem existují výjimky; v oblasti evropského mezinárodního práva soukromého tuto výjimku představuje v první řadě Dánsko, dále také Spojené království a Irsko.

ze na dva konkrétní aspekty, přesněji řečeno na dvě ze zásad, na nichž Smlouva o fungování EU spočívá.

První z nich je zásada zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti³ a její potenciální dopad na použití hraničních určovatelů v evropských (i vnitrostátních) kolizních normách. Touto otázkou se již zabýval Soudní dvůr v několika svých rozhodnutích, která jsou na tomto místě v krátkosti také analyzována. Prof. Bogdan, shodně s prof. Basedowem (s. 21, pozn. pod čarou č. 11), dospívá k závěru, že čl. 18 SFEU ve spojení s čl. 81 SFEU by v žádném případě neměl být vykládán tak, že použití státní příslušnosti (*lex patriae*) jakožto hraničního určovatele, případně jakožto kritéria pro určení soudní pravomoci (příslušnosti), odporuje primárnímu právu EU. Jinými slovy, evropské předpisy používající kritéria státní příslušnosti pro určení rozhodného práva či pro určení soudní pravomoci (příslušnosti)⁴ nelze prohlásit za neplatné s odkazem na tvrzený rozpor se základní zásadou práva EU – zásadou zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti. Takový způsob výkladu nejspíš nebyl zamýšlen ani při přijímání Amsterodamské či Lisabonské smlouvy. S tímto závěrem nelze než souhlasit.

Druhým aspektem, jemuž je v této kapitole věnován prostor – přesněji řečeno principem, na němž spočívá právo EU a který úzce souvisí s výše zmíněnou zásadou – je volný pohyb, ať již zboží, osob, služeb či kapitálu. Na otázku, jak čtyři základní svobody souvisejí s normami mezinárodního práva soukromého, existuje vcelku jednoduchá odpověď: jsou to právě čtyři základní svobody vnitřního trhu, které mají za následek za následek narůstající počet vztahů s mezinárodním prvkem, a teda zvyšující se potřebu (efektivní) právní regulace. V této souvislosti vyvstává také otázka vztahu mezi principem země původu a pravidly pro určení rozhodného práva. I zde dochází autor k závěru, že princip země původu by v žádném případě neměl bránit aplikaci práva jiného členského státu, neboť tento princip nelze chápat jako vlastní kolizní pravidlo, nýbrž spíše jako korektiv – únikovou doložku pro výjimečné případy (s. 25). Pro úplnost (v rovině kolizních úvah) je vhodné doplnit, že právo země původu bude nejčastěji povoláno prostřednictvím tzv. imperativních norem (např. tzv. *safety rules* v případě uvedení výrobku na trh mimo členský stát původu). Jejich aplikace ovšem neznamená odmítnutí aplikace cizího práva.

Zbývajících devět kapitol monografie se postupně věnuje jednotlivým pramenům (předpisům) evropského mezinárodního práva soukromého, z nichž ne-

chybí ani nařízení, která jiné publikace tohoto typu ponechávají stranou.

Kapitola třetí, nejrozsáhlejší ze zvláštní části, se zaměřuje na zřejmě nejdůležitější z předpisů, a sice nařízení Brusel I. Kapitulu otevírá krátký historický úvod k vývoji od čl. 220 původní Římské smlouvy a přijetí Bruselské úmluvy, přes změny v oblasti justiční spolupráce v civilních otázkách provedené jednotlivými novelami zřizovacích Smluv, až k přijetí nařízení Brusel I a jeho – v nedávné době dokončenou – revizi. Následující podkapitoly respektují systematiku samotného nařízení a věnují se postupně vymezení působnosti nařízení, obecnému (základnímu) pravidlu pro určení soudní pravomoci (příslušnosti), pravidlům alternativní a speciální pravomoci (příslušnosti), pravomoci výlučné, založené dohodou stran a konečně fázi uznání a výkonu soudních rozhodnutí. Závěrečná podkapitola krátce pojednává o návrhu revidovaného nařízení Brusel I (Brusel Ibis). Všechny pasáže jsou doplněny výňatky z výkladové judikatury Soudního dvora, která ve vztahu k nařízení Brusel I, potažmo ještě k Bruselské úmluvě, nabízí mnohé. Poněkud ke škodě dle mého názoru je, že monografie nereflexuje podrobněji změny, jež přináší nařízení Brusel Ibis. Nicméně je faktem, že v době vydání knihy (první polovina roku 2012) nebyla konečná podoba nového nařízení zcela zřejmá.⁵

Čtvrtá kapitola souhrnně pojednává o zvláštních procesních nařízeních, doplňujících režim zavedený nařízením Brusel I. Jedná se o nařízení o evropském exekučním titulu pro nesporné nároky, o nařízení o evropském platebním rozkazu a o nařízení o řízení o drobných nárocích. Jednotlivá nařízení jsou představena pouze v základních konturách a jsou vyzdvihnuty jejich specifika a výhody jejich použití. Prostor je věnován rovněž směrnici o určitých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech.

Kapitola pátá je zaměřena na nařízení Brusel II-bis. Stejně jako kapitola třetí respektuje i tato systematiku nařízení a v krátkosti se věnuje jednotlivým otázkám, jež spadají do rozsahu působnosti tohoto nařízení. Ani zde nechybí odkazy na relevantní judikaturu Soudního dvora EU.

V rámci kapitoly šesté prof. Bogdan stručně představuje další evropská nařízení, která obsahují pravi-

³ Článek 18 SFEU.

⁴ Jedná se přirozeně především o nařízení v oblasti dědického a rodinného práva (tj. např. nařízení Brusel IIbis, nařízení o dědictví a dalším).

⁵ Nařízení Brusel Ibis (Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (přepracované znění). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace EU [cit. 10. 9. 2014]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:cs:PDF>) bylo přijato teprve na prosincovém zasedání Rady EU, tedy dne 12. 12. 2012.

dla pro určení soudní pravomoci (příslušnosti) a pro uznání a výkon soudních rozhodnutí. Jmenovitě jde především o nařízení o výživném, nařízení o dědictví, (návrh) nařízení o manželském majetkovém režimu a o majetkovém režimu registrovaných partnerů, jakož i některá další nařízení či směrnice, v nichž nalezneme pravidla pro určení soudní pravomoci (příslušnosti).

Kapitoly sedm, osm a devět naopak pojednávají o předpisech kolizních. Kapitola sedmá se věnuje nařízení Řím I – jeho systematice, oblasti působnosti a analýze jednotlivých kolizních ustanovení, včetně problematiky tzv. imperativních norem a mezi obligacího statutu. Kapitola osmá představuje čtenáři nařízení Řím II. Opět začíná vymezením působnosti předmětného nařízení a pokračuje analýzou jednotlivých pravidel pro určení rozhodného práva pro mimosmluvní závazkové vztahy. Konečně kapitola devátá nabízí přehled a krátké představení dalších instrumentů, které obsahují kolizní normy pro soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem – najdeme zde např. nařízení o výživném, nařízení o dědictví, nařízení o právu rozhodném ve věcech rozvodu a rozluky (nařízení Řím III) či směrnicí o elektronickém obchodě.

Kapitola desátá seznamuje čtenáře s nařízením o insolvenční (s přeshraničním dosahem), jemuž také v řadě monografií a učebnic mezinárodního práva soukromého není věnován prostor.⁶ Také tato kapitola respektuje systematiku nařízení – nejprve pojednává o rozsahu působnosti a základních institutech nařízení, dále se věnuje pravidlům pro určení soudní pravomoci, pro určení rozhodného práva, fázi uznání a výkonu soudních rozhodnutí a také procesnímu společenství, informování věřitelů v přeshraničním řízení a dalším souvisejícím otázkám.

Poslední, jedenáctá kapitola nabízí krátké představení instrumentů v oblasti přeshraniční soudní spolupráce a právní pomoci. Čtenář se „v kostce“ dozvídá základní informace o nařízení o přeshraničním dokazování, nařízení o přeshraničním doručování a o nařízení o přeshraniční právní pomoci. Každé z těchto tří nařízení by si nepochybně zasloužilo prostor v podobě vlastní kapitoly. Nicméně, má-li být kniha „Stručným úvodem do mezinárodního práva soukromého EU“, je patrně namístě limitovat představení každého nařízení na několik málo stran textu.

Text monografie je doplněn abecedním (s. 193 an.) i číselným (s. 199 an.) seznamem rozhodnutí Soudního dvora EU, která se zabývají výkladem pojmů obsažených v předpisech evropského mezinárodního práva soukromého (jedná se především o judikaturu

k nařízení Brusel I, potažmo k jeho předchůdci – Bruselské úmluvě; v menší míře také k dalším z unijních předpisů v této oblasti). Samozřejmě nechybí ani seznam použitých zkratk v úvodu publikace (s. xii), jakož i věcný rejstřík v samém závěru knihy (s. 225 an.), včetně odkazů na konkrétní pasáže, které o daném pojmu či dokumentu blíže pojednávají. Kvalitu knihy podtrhuje bohatý poznámkový aparát a rozsáhlý seznam citované odborné literatury (monografií, článků i příspěvků ve sbornících), jež čtenář nalezne taktéž v závěru knihy (s. 205 – 223). Svě zastoupení má nejen literatura anglická, ale také německá, francouzská, italská, švédská či dánská, dokonce česká a slovenská (z českých autorů jmenujme např. prof. Rozehnalovou, prof. Pauknerovou či prof. Týče).

Recenzovaná publikace je svým obsahem, uspořádáním a především svým rozsahem vhodnou příručkou každého právníka, který – ať již v praxi či teorii – přichází do styku se soukromoprávními vztahy s mezinárodním prvkem. Představuje přehledný, stručný a přitom dostatečně široký přehled všech aktuálních pramenů evropského mezinárodního práva soukromého (snad jedinou výjimkou je nařízení Brusel Ibis). Nenárokuje si být obsáhlou publikací o tisíci a více stranách, nabízející důkladnou analýzu jednotlivých předpisů a související judikatury. Oproti tomu je sympatická svým praktickým formátem i účelně zaměřeným obsahem.

Sám autor svou knihu prezentuje jako „stručný nástin“, resp. „úvod do mezinárodního práva soukromého, které je součástí právního řádu Evropské unie“ (můžeme-li o tomto vůbec hovořit). Kniha je primárně adresována advokátům, soudcům a dalším odborníkům z oblasti právní praxe s přeshraničním dosahem, jimž v uchopitelné podobě nabízí přehled systému norem v oblasti evropského mezinárodního práva soukromého. Díky formě svého zpracování však stejně dobře poslouží jako způsobilý studijní materiál pro studenty právnických fakult, evt. neprávnických oborů, v jejichž osnovách je výuka práva EU a mezinárodního práva soukromého alespoň okrajově zařazena.

Srovnatelnou publikaci nabízí v českém prostředí prof. Pauknerová.⁷ I tato tři set stranová kniha poskytuje čtenáři stručný úvod do evropského mezinárodního práva soukromého – jeho pojmu, předmětu, vývoji, aktuálním otázkám a především systému pramenů. V rámci třinácti kapitol zvláštní části se postupně věnuje jednotlivým nařízením v této oblasti – nařízení Brusel I a Brusel Ibis, nařízení Brusel IIbis, nařízení Řím I, Řím II a Řím III, zvláštním procesním nařízením a dalším předpisům. Oproti svému první-

⁶ V českém prostředí je výjimkou např. PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 2. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, s. r. o., 2013. 306 s. ISBN 978-80-7400-504-6.

⁷ PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 2. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, s. r. o., 2013. 306 s. ISBN 978-80-7400-504-6.

mu vydání (r. 2008) se monografie prof. Pauknerové rozrostla kupříkladu o nařízení o dědictví či nařízení o výživném.

Konkurencí je nepochybně také monografie brněnského autorského kolektivu pod vedením prof. Rozehnalové.⁸ Tato publikace se svou povahou spíše blíží klasické vysokoškolské učebnici (což ovšem neznamená, že by nebyla způsobilou příručkou pro praktikující právníky a další zájemce o evropské mezinárodní právo soukromé). Po historicko-teoretickém úvodu do problematiky a vymezení evropského justičního prostoru v civilních otázkách nabízí nejen přehled, ale i podrobnější analýzu stěžejních pramenů evropského mezinárodního práva soukromého. Z kolizních předpisů, jak již samotný název napovídá, je věnován prostor nařízení Řím I a nařízení Řím II. Z předpisů procesních je to v první řadě

⁸ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie: (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2013. 445 s. ISBN 978-80-7478-016-5.

nařízení Brusel Ibis a dále nařízení o evropském exekučním titulu, nařízení o evropském platebním rozkazu a nařízení o drobných nárocích. V porovnání s recenzovanou monografií není věnována pozornost všem evropským předpisům mezinárodního práva soukromého. To si ovšem ani brněnská monografie nenárokují. Na druhou stranu čtenáři nabídne hlubší a systematičtější analýzu předmětných nařízení, včetně širších teoretických souvislostí. Vyzdvihnout lze také skutečnost, že pracuje již s revidovanou verzí nařízení Brusel I, tedy s nařízením Brusel Ibis. Monografií uzavírá kapitola věnovaná vlivu elektronizace na současné (evropské) mezinárodní právo soukromé, resp. na jeho vybrané aspekty.

Lze shrnout, že přestože monografie prof. Bogdana má v českém prostředí svou konkurenci, najde i zde zcela jistě své uplatnění. Její nespornou výhodou je skutečnost, že pojednává výhradně o pramenech unifikovaného evropského mezinárodního práva soukromého, a to v anglickém jazyce a bez reflexe na kterékoli vnitrostátní právo. Navíc velmi čtivým a přehledným způsobem. To ji činí použitelnou napříč všemi státy Evropské unie, a to jak pro odborníky z praxe, tak pro studenty tuzemské i zahraniční.

BOGDAN, Michael: Concise Introduction to Comparative Law

Groningen: Europa Law Publishing, 2013, 202 s. ISBN 978-90-8952-125-5.

Dušan Sulitka*

Nakladatel'stvo Europa Law Publishing v Groningene vydalo minulý rok knihu prof. Michaela Bogdana s názvom Concise Introduction to Comparative Law. Nejedná sa síce o nijak výrazne rozsiahlu prácu, sám ju však považujem za ideálny vstup do štúdia porovnávacieho práva.

Prof. Bogdan je rodákom z Banskej Bystrice, ktorý do Švédska, kde pôsobí na Univerzite Lund, emigroval po skončení svojho štúdia na pražských právach v roku 1969. Venuje sa prevažne porovnávaciemu a medzinárodnému právu súkromnému. Je autorom desiatich kníh a stoviek článkov vydaných vo všetkých svetových jazykoch.

Recenzovaná kniha je rozdelená do dvoch väčších celkov. V prvom sa prof. Bogdan venuje všeobecným otázkam porovnávacieho práva; v druhom pojednáva o jednotlivých právnych systémoch. Medzi nimi nechýba právo anglické, francúzske či nemecké, avšak ani kapitoly o práve islamskom a o právnom systéme ďalekého východu.

Definícia obsahu, resp. záujmu, právnej komparatistiky je pomerne náročná a všeobecná zhoda na nej neexistuje. Napriek tomu sa prof. Bogdan na prvých stranách práce pokúša o jej nájdenie. Dochádza k záveru, že porovnávacie právo zahŕňa komparatistiku základných črt či jednotlivých noriem a právnych systémov, a to za účelom nachádzania ich podobných či odlišných znakov. V tomto kontexte zdôrazňuje, že samotné štúdium cudzieho práva, bez tohto druhého elementu, za porovnávacie právo považovať nemožno. Uznáva však, že v situácii, kedy sa napr. nemecký právnik pokúša osvetliť určitý pojem juris-

* Mgr. Dušan Sulitka, doktorand Katedry medzinárodného a európskeho práva Právnickej fakulty Masarykovej univerzity, Brno.

tovi z Anglicka, nemôže sa vyhnúť použitiu nemeckej terminológie, čo samo o sebe podľa jeho názoru zahŕňa určitú formu právnej komparatistiky.

Autor formuluje myšlienku, že štúdium porovnávacieho práva nie je iba otázkou záujmu o cudzie právne systémy. Komparatistika nám môže pomôcť i pri štúdiu vlastného práva. Umožňuje nám získať odstup od úpravy, ktorú považujeme za samozrejmu. Častokrát totiž až pri štúdiu zahraničného práva zistíme, že riešenie, ktoré považujeme za samozrejmé, bolo v inej krajine opustené, resp. nebolo nikdy použité. Porovnávacie právo nám umožňuje získať novú perspektívu a kritický pohľad na fenomény a funkcie či hodnoty zavedeného právneho rámca. Zahraničná skúsenosť však nesmie byť prenášaná nekriticky. Pravidlá a inštitúty, ktoré sú funkčné v jednej krajine, sa môžu (s ohľadom na odlišný sociálny kontext, kultúrne hodnoty či náboženstvo) ukázať ako absolútne nepoužiteľné v právnom prostredí inom.

Právo je iba jedným z množstva sociálnych fenoménov a preto popisuje iba časť spoločenského prostredia. Nie je preto správne študovať ho izolovane. Porozumenie zahraničnej úprave zahŕňa nutnosť štúdia ekonomického prostredia, politickej kultúry, etických pravidiel či kultúrnych a náboženských presvedčení. Len tak je možno uchopiť právne pravidlo v jeho fakticite a pochopiť jeho skutočné uplatňovanie v praxi. Ako príklad prof. Bogdan uvádza zavedenie povinného príspevku zamestnávateľa na jazykovú prípravu zahraničného zamestnanca. Pre človeka pochádzajúceho z krajiny s vysokou nezamestnanosťou sa dané pravidlo môže javiť ako zámer odradiť zamestnávateľa od prijímania zahraničných pracovníkov. Pre osobu zo štátu s malou mierou nezamestnanosti sa naopak dané pravidlo môže javiť ako proimigračné a zavedené na ochranu prisťahovalcov a ich začlenenia do väčšinovej spoločnosti. Správna odpoveď na hľadanie účelu v práve môže byť nájdená iba pri pátraní po aktuálnom spoločenskom a ekonomickom kontexte konkrétneho štátu.

Existencia podobností či odlišností nevyhnutne vedie k otázke dôvodov týchto javov. Podľa autora je najzaujímavejším a najdôležitejším z pohľadu právnej komparatistiky práve ich objasňovanie. Učíme sa aké javy ovplyvňujú štruktúru, vývoj a obsah právnych poriadkov. Podobnosti a odlišnosti sú totiž dvomi stranami rovnakej mince. Nedostatok podobností znamená existenciu odlišností a naopak. Medzi faktory ovplyvňujúce vlastnosti právneho systému autor zaraďuje ekonomický či politický systém, štátnu ideológiu, náboženstvo, dejiny, geografické podmienky, demografiu či tzv. náhodné faktory. Do poslednej z kategórii zahŕňa vybrané ustanovenia francúzskeho Code Civil. Najmä oblasti rodinného práva ovplyvnené vplyvom konkrétnej osoby, Napo-

leona Bonaparte a jeho osobnými pohnútkami v oblasti právnej úpravy rozvodu manželstva.

Zaujímavou a podnetnou je časť práce, v ktorej autor rozoberá možnosti rozdelenia právnych systémov do vyšších celkov. Dochádza k záveru, že väčšina delení bola vytvorená z pedagogických dôvodov a pri štúdiu právnej komparatistiky je potrebné vyvárať sa zjednodušeniu, s ktorými tieto delenia pracujú. Právne poriadky rovnakej rodiny sú často odlišné, prípadne odlišnosti existujú i vo vnútri konkrétneho právneho poriadku. Je mysliteľné, že v rámci jediného štátu spadá ústavné právo do rodiny kontinentálneho práva, pričom právo rodinné je odvetvím common law. Za najvhodnejšie považuje autor delenie od Davida, ktorý za hlavné kritéria pre vytváranie právnych rodín považuje efektívnosť výuky v rámci rovnakého bloku a totožný filozofický základ.

Druhá časť práce sa venuje stručnému náhľadu do vybraných právnych systémov. Primárne je kniha určená študentom a praktikom z kontinentu a preto neprekvapí, že najväčšia pozornosť a podrobnosť výkladu sa zameriava na common law, najmä právo Anglicka a Walesu. Za najvýraznejšiu črtu anglického práva prof. Bogdan považuje silné puto na minulosť. Anglicko od roku 1066 prakticky neprešlo žiadnym kritickým právnym vývojom, ktorý by bol poznamenaný prevratnými revolučnými zmenami. Prehľadným spôsob je popisovaný vývoj equity, súdneho systému, ako aj práca s precedensami a aplikáciou zásady stare decisis.

Obdobne prof. Bogdan popisuje právne poriadky Francúzska a Nemecka. Vzhľadom k ich príbuznosti a začleneniu do kontinentálnej právnej rodiny nie však natoľko podrobne ako v predchádzajúcom prípade.

Za najprínosnejšie osobne považujem posledné dve kapitoly, v ktorých sa autor zaoberá vývojom a popisom islamského práva a konfucianizmu. Teda právnymi systémami, ktoré sú pre nás často neznáme a vedú nás k mylnému presvedčeniu o ich obsahu. Hoci stručná, je odbočka do týchto zemepisných končín hodná pozornosti. Prof. Bogdan analyzuje základne myšlienky konfucianizmu a poukazuje na zásadne rozdiely vo vnímaní práva medzi súkromnými osobami na ďalekom východe. Vedenie súdnych sporov môže viesť k strate sociálneho postavenia a tváre pred ostatnými osobami. Obchodovanie a uzatváranie právnych vzťahov je preto silne založené na osobnom kontakte a dôvere.

Pasáž o islamskom práve zahŕňa mimo iného pohľad na skutočné uplatňovanie rigidne pôsobiacich náboženských pravidiel. Okrem poukazu na odlišný obsah práva v jednotlivých moslimských krajinách zdôrazňuje dôležitosť pochopenia dopadu neexistencie vrcholnej náboženskej autority na aplikáciu právnych noriem. S výnimkou odlišného stupňa sekulari-

zácie je tento faktor ďalším, pre ktorý nie je možné na islam hľadieť ako na jednoliaty homogénny celok.

Pozoruhodným je i popis invenčnosti výkladu koránu pri uplatňovaní rodinného práva. V tejto súvislosti prof. Bogdan poukazuje na odlišné postavenie a práva manželov pri rozvode manželstva. Muž môže na rozdiel od ženy ukončiť manželstvo, a to jednostranne vyslovením slova taqlid. Odlišnosť postavenia žien v manželskom zväzku je zrejmá. Autor však poukazuje na zaujímavý jav, kedy je pri uzatváraní manželstva žene udeľované splnomocnenie

k tomu, aby v budúcnosti mohla sama (formálne síce ako splnomocnenec manžela) ukončiť manželstvo.

Kniha obsahuje mnoho podobných popisov a nahliadnutí do faktického uplatňovania práva v jednotlivých krajinách. Považujem ju za vhodný základ pre štúdium porovnávacieho práva. Pomáha poukázať na závoj neznalosti, ktorým sme veľakrát obklopení pri štúdiu cudzích právnych poriadkov. Zdôrazňuje dôležitosť skúmania sociálnej reality a súvisiacich faktorov, aby sme mohli pochopiť obsah zahraničnej právnej úpravy.

KOLBA, J., ŠULÁKOVÁ, M.: Nemajetková újma spôsobená protiprávnym výkonom verejné moci

Praha: Leges, 2014, 208 s. ISBN 978-80-7502-027-7.

Jana Klesniaková*

Výkon verejnej moci nie je bezchybný ani bezproblémový. Často dochádza v dôsledku rôznych pochybení zo strany štátu či územných samosprávnych celkov k vydaniu nezákonného rozhodnutia či k nesprávnemu úradnému postupu. Následkom takéhoto nesprávneho výkonu verejnej moci je vznik škody (majetkovej ujmy) alebo nemajetkovej ujmy (morálna ujma, ujma na zdraví) v sfére poškodeného. Uvedené negatívne následky je nevyhnutné odškodniť v podobe náhrady škody či poskytnutia primeraného zadosťučinenia za nemajetkovú ujmu. Zodpovedným a povinným subjektom k odškodneniu ujmy spôsobenej nezákonným rozhodnutím alebo nesprávnym úradným postupom je práve štát, ak ujma vznikla pri výkone štátnej moci, alebo územný samosprávny celok, ak ujma vznikla pri výkone verejnej moci zverenej mu zákonom v rámci samostatnej pôsobnosti. Uvedená problematika je ústrednou témou knižnej publikácie „Nemajetková újma spôsobená protiprávnym výkonom verejné moci“ spracovanej autorskými debutantmi J. Kolbom a M. Šulákovou. Kompetentnosť a odbornosť popísať a analyzovať problematiku zodpovednosti štátu za nemajetkovú ujmu spôsobenú nesprávnym výkonom verejnej moci hore uvedeným autorským kolektívom deklarujú ich praktické skúsenosti zo súdnej praxe ako aj publikácia

odborných článkov (príspevkov) z uvedenej oblasti. Precízna práca s rozhodovacou činnosťou českých všeobecných súdov, Ústavného súdu ČR ako aj judikatúrou Európskeho súdu pre ľudské práva a prehľad v účinných právnych predpisoch upravujúcich rôzne oblasti zodpovednosti štátu za ujmu pri nesprávnom výkone verejnej moci z oblasti trestného práva, občianskeho práva, ústavného práva či správneho práva robia publikáciu zaujímavou a originálnou.

Z obsahového hľadiska rozpracúva publikácia problematiku aplikácie zákona č. 82/1998 Sb., o zodpovednosti za škodu spôsobenou pri výkone verejné moci rozhodnutím alebo nesprávnym úradným postupom a o zmene zákona České národnej rady č. 358/1992 Sb., o notáriách a jejich činnosti (notársky rád) ve znění pozdějších předpisů (ďalej len „zákon č. 82/1998 Sb.“) a konkrétne podmienky poskytnutia primeraného zadosťučinenia za nemajetkovú ujmu spôsobenú nezákonným rozhodnutím alebo nesprávnym úradným postupom poškodenému s dôrazom na zmeny právnej úpravy, ktoré zakotvili právo na odškodnenie nemajetkovej ujmy do zákona č. 82/1998 Sb., a to zákonom č. 160/2006 s účinnosťou od 27. 4. 2006.

Publikácia je štrukturovaná do ôsmich logicky na seba nadväzujúcich kapitol. Úvod do problematiky, ktorú autori rozoberajú v publikácii, prináša prvá kapitola výkladom základných pojmov (verejná moc, polemika v otázke charakteru nároku na náhradu

* JUDr. Jana Klesniaková, študentka doktorandského študijného programu na Katedre trestného práva Právnickej fakulty MU v Brne.

du ujmy – súkromnoprávny či verejnoprávny nárok, rozbor prameňov nároku a okruh zodpovedných subjektov povinných k náhrade ujmy), ktoré súvisia s odškodňovaním nemajetkovej ujmy spôsobenej pri nesprávnom výkone verejnej moci.

V druhej kapitole je veľmi bravúrne zachytená problematika účelu poskytovania peňažného plnenia (satisfakcie) za spôsobenú ujmu poškodenému. Veľmi oceňujem analýzu rozdielov medzi pojmami „škoda“ a „nemajetková ujma“. Autori správne a vyčerpávajúco zachytili právnu úpravu oboch termínov v predchádzajúcej občianskoprávnej úprave (zákon č. 40/1964 Sb., Občiansky zákoník) a v novom občianskom zákoníku (zákon č. 89/2012 Sb., Občiansky zákoník) vrátane rozdielov v právnom vymedzení vzájomného vzťahu škody a nemajetkovej ujmy, ktoré rekodifikácia súkromného práva priniesla. Druhá kapitola okrem vymedzenia termínu „nemajetková ujma“ poukazuje aj na úskalía spojené s poskytovaním primeraného zadosťučinenia za nemajetkovú ujmu pri určovaní jej výšky. Osviežujúco je nastolená aj diskusia o sankčnom charaktere zadosťučinenia vychádzajúca z inštitútu angloamerickej právnej kultúry „punitive damages“ alebo „exemplary damages“.

V poradí tretia kapitola rozoberá vznik nemajetkovej ujmy spôsobenej nesprávnym úradným postupom, pod ktorý možno zaradiť aj neprímeranú dĺžku konania (prieťahy v konaní). Autorský kolektív poukazuje na dôležitosť uvedenej kapitoly vyzdvihnutím skutočnosti, že práve ujma spôsobená poškodenému neprímeranou dĺžkou konania bola podnetom pre českého zákonodarcu zakotviť odškodnenie tejto nemajetkovej ujmy do zákona č. 82/1998 Sb. Uvedená kapitola čitateľa oboznamuje s vymedzením nesprávneho úradného postupu, konkretizuje neprímeranú dĺžku konania, ponúka výklad „prieťahov v konaní“, ktoré odlišuje od neprímeranej dĺžky konania.

Druhý postup v rámci výkonu verejnej a štátnej moci, za ktorý nesie štát a územné samosprávne celky zodpovednosť, analyzuje štvrtá kapitola. Ide o ujmu spôsobenú nezákonným rozhodnutím. Kapitola oboznamuje adresáta publikácie postupne od výkladu pojmu „nezákonné rozhodnutie“ v zmysle zákona č. 82/1998 Sb. a vymedzenia subjektov, ktoré ich môžu vydávať, cez konkretizáciu podmienok zodpovednosti štátu za nemajetkovú ujmu spôsobenú nezákonným rozhodnutím, ktoré musia byť splnené na strane poškodeného, po rozbor situácií, ktoré môžu nastať po zrušení rozhodnutia pre nezákonnosť.

Piata kapitola sa zameriava na problematiku zodpovednosti štátu za porušenie práva na osobnú slobodu, teda v rámci výkonu väzby (predovšetkým zákonnej), výkonu trestu a výkonu ochranného opat-

renia. Ústrednou témou je otázka odškodňovania ujmy, ktorá poškodenému vznikla zákonnou väzbou. Autorský kolektív veľmi podrobne prostredníctvom analýzy navzájom si odporujúcich rozhodnutí Najvyššieho súdu ČR a Ústavného súdu ČR a doplnením vlastného názoru, ponúka riešenie otázky aplikovateľnosti právneho predpisu, podľa ktorého sa má poskytnúť poškodeným odškodnenie za nemajetkovú ujmu spôsobenú zákonnou väzbou. Kapitola ponúka aj popis okolností, ktoré vylučujú právo na odškodnenie za výkon zákonnej väzby, trestu či ochranného opatrenia nariadeného v trestnom konaní. Prínosom kapitoly je pohľad na zodpovednosť štátu za činnosť orgánov činných v trestnom konaní, ktoré svojím postupom spôsobujú neodôvodnenosť trestného stíhania poškodeného.

S právom na zadosťučinenie za nemajetkovú ujmu spôsobenú nesprávnym výkonom verejnej moci sa spája aj otázka premlčania, ktorú autori zapracovali do šiestej kapitoly. Náhrada nemajetkovej ujmy je síce osobným právom, ale majetkovej povahy, a preto podlieha premlčaniu. Autorský kolektív zdôrazňuje dôležitosť spracovania problematiky premlčacích lehôt v publikácii tým, že podľa zákona č. 82/1998 Sb., podliehajú premlčaniu všetky formy zadosťučinenia.

V siedmej kapitole sa sumarizuje aplikácia právneho predpisu pri odškodňovaní nemajetkovej ujmy spôsobenej nesprávnym úradným postupom spočívajúcim v neprímeranej dĺžke konania, a to pred a po účinnosti novely zákona č. 82/1998 Sb., ktorá s účinnosťou od 27. 4. 2006 zakotvila do zákonnej normy právo na odčinenie nemajetkovej ujmy.

Procesné súvislosti s odškodňovaním nemajetkovej ujmy autori zaradili do ôsmej záverečnej kapitoly. Za nedostatok tejto časti publikácie považujem absenciu problematiky nevyhovujúceho stavu ohľadom dôkazného bremena a tvrdenia, ktorého nositeľom je podľa zákona č. 82/1998 Sb. poškodený a nie zodpovedný štát či územný samosprávny celok. Uvedený nedostatok bol ČR vyčítaný aj Európskym súdom pre ľudské práva.

Uvedená publikácia poskytuje zaujímavý pohľad na problematiku odškodňovania nemajetkovej ujmy zo strany zodpovedného štátu či územného samosprávneho celku. Problematika je uchopená odborne s rozborom početnej judikatúry domácich súdov i štrasburských a poukazuje na problematické momenty súčasnej právnej úpravy. Vzhľadom k odbornosti nastolených problémov a možných riešení autormi, je publikácia vhodná pre odbornú verejnosť, hlavne pre študentov právnických fakúlt, ako i odborníkov z praxe. Keďže autori veľmi detailne vysvetľujú všetky právnické pojmy využité na osvetlenie problematiky a uvádzajú početné príklady z praxe, je publikácia vhodná aj pre laickú verejnosť.

CHROMÁ, Marta: Právní překlad v teorii a praxi. Nový občanský zákoník.

Karolinum, Praha, ISBN 978-80-246-2851-6, 2014, 270 s.

Jan Chovanec*

Z pera přední české odbornice na právní překlad Marty Chromé z Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze se nám do rukou dostává nová publikace, která se zabývá – jak je naznačeno již v názvu knihy – nejen teorií a praxí právního překladu ale také analýzou vybraných ustanovení nového občanského zákoníku s ohledem na jejich překlad do angličtiny. Publikace to je velmi aktuální, neboť se jedná o první práci, která se od účinnosti NOZ věnuje systematické analýze občanskoprávních institutů z pohledu překladatelství.

V úvodu knihy autorka uvádí, že jejím hlavním cílem je nastínit základní přístupy k překládání českých právních norem do angličtiny. Zároveň deklaruje, že je práce zamýšlena jako příspěvek k rozvoji teorie právního překladu v ČR i jako pomůcka pro překladatele. Tomuto zaměření odpovídá i základní struktura textu, který je koncipován do tří volně provázaných kapitol. Díky tomu lze knihu využít jako příručku, v níž může uživatel snadno vyhledat dané překladatelské problémy a komentáře týkající se příslušné terminologie NOZ.

První, převážně teoretická, kapitola se zabývá obecnými východisky překládání právních textů. Po nastínění hlavních teorií překladu, jež představují nutné konceptuální zázemí pro překladatelskou práci obecně, osvětluje autorka pojetí sémiotiky právního překladu založené na právnělingvistické interpretaci výchozího textu. Správně poznamenává, že specifika právního textu se neomezují pouze na rovinu lexikální a syntaktickou, byť tak právní texty bývají někdy veřejností (a ostatně i některými překladateli) vnímány. Namísto tohoto formalistního přístupu se zdůrazňují pragmatické aspekty právního diskurzu, tj. účinek textů na adresáty a obecněji vztah mezi jazykovými znaky a uživateli jazyka. Proces překladu právního textu by tedy měl brát v úvahu očekávání konečného příjemce cílového textu tak, aby „přeložený text dával tomuto příjemci právnělingvistický smysl“.¹ Pozornost se dále věnuje procesu právního

překladu, analýze faktorů ovlivňujících obsah výchozího právního textu a odlišnostem právních institutů ve výchozím a cílovém právním systému. Z rozboru role překladatele vyplývá skutečnost, že překladatel patří do jiné sémiotické skupiny než právníci, neboť „jejich interpretační postupy při vnímání a analýze právních textů“ jsou rozdílné.²

V kapitole druhé přistupuje autorka k problematice překládání právních předpisů z právnělingvistického hlediska. Detailně popisuje odlišný přístup k procesu psaní legislativních textů v České republice a v zemích s právním systémem vycházejícím z *common law*. Tento rozdíl se totiž bezprostředně odráží v kvalitě legislativních aktů. Centralizovaná tvorba právních předpisů právně a lingvisticky vzdělanými profesionály („legislative drafters“) vede k tomu, že jazyková kvalita zákonů v zemích *common law* je obecně vysoká a text zákonů je „v zásadě jasný, jednoznačný, formálně přehledný a soudržný a sémanticky předvídatelný“,³ což je i důsledek důrazu na srozumitelnost (nikoliv však jednoduchost) právního jazyka, kterou již několik desetiletí propaguje hnutí *Plain English Movement*. Autorka dále uvádí celou řadu cenných postřehů o překladatelské praxi legislativních textů v ČR, z nichž je patrný občasný rozpor mezi ideálním stavem a realitou.

Aktuální projekt překladu NOZ do angličtiny je uveden rozбором variet právnícké angličtiny a materiálů, které mohou být terminologickým zdrojem pro české právní instituty. Tyto zdroje zahrnují jednak původní anglicky psané občanské zákoníky státu Louisiana a kanadské provincie Québec (tj. izolovaných „ostrovů“ kontinentálního práva), jednak anglické překlady rakouského všeobecného občanského zákoníku ABGB, německého BGB, holandského občanského zákoníku i několika mimoevropských zdrojů. Právě z důsledné srovnávací analýzy těchto materiálů lze vyjít při stanovování nejuhodnějších překladatelských řešení pro řadu terminologických otázek týkajících se překladu NOZ do angličtiny. Kromě teoreticky orientovaných právnělingvistických východisek obsahuje kapitola druhá i další část,

* Mgr. Jan Chovanec, Ph.D., odborný asistent na Katedře anglistiky a amerikanistiky, Filozofická fakulta Masarykovy univerzity, Brno.

¹ Strana 27 recenzované publikace.

² Str. 36.

³ Str. 54.

kteřá je zaměřena velmi prakticky – zabývá se totiž analýzou některých gramatických jevů, s nimiž se při právním překladu setkáváme. Čtenářům se zde s celou řadou příkladů dostane poučení o vyjadřování modalit v ustanoveních zákona, o problematice genderové neutrálnosti, o vyjádření právních domněnek a fikcí a také o drobných syntakticko-sémantických zvláštlostech, které se uplatňují při překladu z češtiny do angličtiny (mezi něž patří např. problematická spojka „spíše než“).

Kapitola třetí, která představuje hlavní těžiště celé publikace, podává na 142 stranách detailní a systematický rozbor nového občanského zákoníku. Nejprve se na základě srovnání několika angloamerických zákonů a zahraničních občanských zákoníků přeložených do angličtiny navrhuje interpretačně a kontextově optimální překladová řešení pro členění NOZ, členění paragrafu a překlad názvosloví. Následuje analýza obecné části vybraných paragrafů NOZ a oddílů týkajících se rodinného práva, absolutních majetkových práv a relativních majetkových práv. U každého paragrafu je rozsáhlý komentář, který českou terminologii rozebírá, dané právní instituty srovnává s případnými ekvivalenty v jiných právních systémech a po rozboru několika překladových možností navrhuje nejvhodnější překladový ekvivalent daného termínu či vazby. Právě odůvodnění a vysvětlení poskytnuté v komentářích je nesmírně cenné, neboť čtenářům umožňuje nejen chápat nejvhodnější jazykovou volbu v kontextu dalších možností

ale také u jiných možných vyjádření vnímat drobné sémantické posuny a odlišné pojmové znaky. Některá obtížnější ustanovení jsou navíc do angličtiny přeložena celá, takže čtenáři se mohou poučit i ohledně ideálních syntaktických formulací. Často budou při své praktické činnosti také schopni využít konkrétní vazby či přímo převzít celé věty.

Touto knihou autorka zpřístupňuje své bohaté znalosti širokému okruhu čtenářů, tj. nejen těm, kteří měli možnost zúčastnit se jejích terminologických seminářů každoročně pořádaných na PrF UK v Praze a na Justiční akademii v Kroměříži. Kniha bezprostředně vychází se série specializovaných seminářů zaměřených na překlad terminologie NOZ a ocení ji i všichni právní profesionálové, kteří v oblasti občanského práva komunikují se zahraničím. Bez nadsázky lze říci, že v tomto rozsahu a hloubce zpracování se u nás jedná o dílo unikátní, které nemá konkurenci. Jsem si jist, že tato publikace bude na dlouhou dobu patřit mezi základní povinnou literaturu, kterou by měl mít každý český překladatel a tlumočnick trvale k dispozici. Marta Chromá zde přesvědčivým a autoritativním způsobem ustavuje terminologii, která bude bezpochyby představovat preferovaný a obecně uznávaný systém pro vyjadřování českých občanskoprávních institutů v anglických překladech a navíc s námi sdílí své překladatelské know-how, jež získala v průběhu takřka 30 let mravenčí odborné práce v oboru.

ADAMOVÁ, Karolína; KNOLL, Vilém; VALEŠ, Václav a kolektiv: Pozapomenuté právní instituty

Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2014. 143 s. ISBN 978-80-7380-512-8.

Alica Virdzeková*

Monografia vydaná širokým autorským kolektívom skrýva zaujímavý exkurz do dejín a zaoberá sa, ako už napovedá samotný jej názov, právnymi inštitútmi, ktoré v minulosti fungovali, ale neboli natoľko životaschopné v praxi či neboli schopné sa prispôbiť požiadavkám vývoja doby. Sleduje ich

vývoj, premenu, vznik nových inštitútov, ako i znovobjavenie niektorých z nich v novom občianskom zákonníku, čo je určite zaujímavé i pre právnych odborníkov, ktorí sa venujú platnému právu, a nie právnym dejinám.

Táto kolektívna monografia je členená na 12 kapitol, venujúcich sa téme. Predchádza ich úvodné zamyslenie sa o téme, jej predstavenie aj s krátkym popisom obsahu jednotlivých kapitol. Nasleduje an-

* Alica Virdzeková, interní doktorand na Katedre dějin státu a práva Právnické fakulty MU v Brně.

glicky písané resumé, prehľadný zoznam použitej literatúry a celkom na záver i vecný register, ktorý napomáha orientácii v publikácii.

Téma je veľmi široká a s ohľadom na platnosť a v čase jej vydania už takmer ročnú účinnosť nového občianskeho zákonníka, i pomerne praktická pre použitie pre právnu vedu vo všeobecnosti. Na dvanástich príkladoch uvádza čitateľa do problematiky práva občianskeho hmotného a procesného, finančného, trestného, kanonického a banského.

Prvá kapitola pochádza z pera Pavla Saláka a zaoberá sa témou Falcidiánskej kvarty, ktorá patrila medzi inštitúty dedičského práva v rímskom práve, od vydania Falcidovho zákona v r. 40 p. n. l. Popisuje vývoj tohto inštitútu, podmienky jeho vzniku a jeho účel. Oproti nemu stavia úlohu odkazov, ich použitie, ale aj limity, ktoré mali zabrániť prílišnej svojvôli pri ich udeľovaní, ktoré spôsobovalo značnú roztrieštenosť rodinného majetku. Popisuje dielčie zákony, ktoré túto problematiku riešili. Vývoj predmetného inštitútu sleduje až do stredoveku, kedy sa však od dedenia „štvrtiny“ ustupovalo na základe preferencie postupnosti dedenia zo zákona. Znovuobjavenie v Koldínových právach mestských síce pracuje s pojmami testament aj odkaz, avšak nezmiňuje sa už o samotnej kvarte. Rozbor vývoja právnej kodifikácie pokračuje až do súčasnosti a vysvetľuje postup v chápaní dedičského práva od ústupu od použitia dedičskej štvrtiny, až k jeho návratu v novom občianskom zákonníku.

Druhá kapitola sa venuje problematike nadobúdania vlastníckeho práva k plodom a jej autorom je Kateřina Gvardová. Venuje sa porovnaniu tohto inštitútu v pôvodnej Justiniánskej kodifikácii s občianskym zákonníkom z roku 1964 a tiež novým občianskym zákonníkom. Na začiatku sú riadne definované pojmy, ktorými sa text zaoberá. Nasledujú príklady konkrétnych rímskoprávných textov z Digest, tak v origináli, ako i v preklade. Samostatne sa potom venuje chápaniu týchto pojmov v oboch spomínaných novodobých úpravách.

Tretia kapitola nesie názov Urbura a jej autorkou je Petra Jánošíková. Ako napovedá názov, jedná sa o problematiku banského práva v stredoveku. Zaoberá sa počiatkom vzniku tohto inštitútu v polovici 13. storočia v prostredí jihlavsko – kutnohorského právneho okruhu, najmä privilégium Iuramentum et montanorum a o niečo mladším dokumentom Ius regalemontanorum, ktorý sa považuje za všeobecne platný banský zákon v prostredí českých krajín i v ďalších krajinách Európy. V texte nájdeme popis o vývoji urbury, ktorý, žiaľ, končí vládou Luxemburgovcov a autorka už ďalej nerieši jeho postup. Zaoberá sa tiež úradníckym aparátom a celkovo subjektmi tohto špecifického právneho vzťahu. Kapitola obsahuje i presné číselné údaje o výške stanovených

poplatkov a uvádza i prehľadnú tabuľku panovníkových urburalných príjmov v 14. storočí. V nej sa síce nachádza i jediná malá formálna chybička v označení tabuľky číslom 2, namiesto 1.

Štvrtá kapitola sa zaoberá kanonickým právom, konkrétne nesie názov Místní interdikt a jej autorom je Miroslav Černý. Cirkevné tresty v období stredoveku sú rozhodne zaujímavou témou a celkovo postavenie cirkvi a jej právomoci sa oproti súčasnosti značne odlišujú. Text obsahuje členenie trestov, postup pri trestaní a, samozrejme, tiež popis samotných trestov. Je podporený veľmi podrobným poznámkovým aparátom, ktorý uvádza mnohé príklady z originálnych právnych dokumentov v latinskom jazyku, avšak bez prekladu, čo je však vzhľadom na jeho rozsah úplne pochopiteľné. Autor prechádza i najvýznamnejšie historické udalosti súvisiace s predmetným inštitútom a postupne sa veľmi logickým a čitateľným spôsobom prepracováva až do súčasnosti.

Do oblasti trestného práva v stredoveku spadá aj piata kapitola, ktorej autorkou je Simona Ulčová a rieši zaniknutý právny inštitút zvodu. Najskôr sú uvedené príklady listín a zákonov, ktoré obsahujú tento procesný prostriedok. Následne podrobne vysvetľuje význam pojmu zvod, kedy býval použitý a za akých podmienok. Nasledujú konkrétne príklady v najvýznamnejších právnych dokumentoch a dokonca sú uvedené aj pramene mimo české krajiny, a to v celoeurópskom kontexte.

Autorom šiestej kapitoly je Ignác Antonín Hrdina a venuje sa personálnej exekúcii v obnovenom zriadení zemskom. Opäť sa jedná o veľmi odborný text, obohatený o konkrétne ukážky z prameňov. Okrem vysvetlenia samotného pojmu autor uvádza aj názory iných autorov, ktoré vzájomne porovnáva i komentuje. Venuje sa tiež súvisiacim pojmom, ktoré sú taktiež riadne vysvetlené, ktoré sú použité vzájomne pre podrobný popis postupu predmetného právneho inštitútu. Celkovo je kapitola písaná prehľadne a je logicky usporiadaná.

Spoluautormi siedmej kapitoly sú Karolína Adamová a Antonín Lojek. Táto pomerne krátka kapitola nesie názov Jitřní dar – institut zcela zapomenutý? Tento pojem asi väčšinu čitateľov zaujme. Úplne nie je možné odhadnúť, o čo sa jedná. Napriek tomu sa nachádza už v tzv. barbarských zákonníkoch a s prestávkami sa používal aj v českých krajinách, a to až do roku 1950. V texte opäť nechýba podrobné vysvetlenie problematiky, konkrétne príklady z prameňov ani bohatý poznámkový aparát.

O nemŕtvych legátoch pojednáva ďalšia, ôsma kapitola od Václava Valeša. Hovorí síce o odkazoch známych z rímskeho práva, ale je venovaná ich recepcii v českých krajinách, čo vysvetľuje i umiestnenie medzi ďalšími témami uprostred monografie,

nie na jej začiatku. Obzvlášť sa venuje všeobecnému občianskemu zákonníku z roku 1811, potom občianskym zákonníkom z roku 1950, kde bola téma odkazov obzvlášť podrobne rozpracovaná, a naopak zákon z roku 1964 už neobsahoval tento právny inštitút. Znovu sa však objavil v novom občianskom zákonníku z roku 2012. Kapitola tiež obsahuje ukážky znenia niektorých ustanovení a tiež najrôznejšie citácie rôznych zákonov, a to tak platných, ako aj starších neplatných.

V deviatej kapitole sa opäť dostáva ku slovu pomerne staro-nová téma výprosy, ktorú spracovali už vyššie menovaná prof. Adamová spoločne s Petrou Jestříbkovou. Tento inštitút opäť vychádza z rímskeho práva a v texte sa nachádza stručný prehľad vývoja tohto pojmu v histórii. Najviac sa venuje novodobému právu počnúc všeobecným občianskym zákonníkom z roku 1811 až do súčasnosti, uvádzajúc opäť názorné citácie priamo z právnych predpisov.

Ďalšou, novým občianskym zákonníkom znovu zaradenou problematikou, je pacht. Autorom desiatej kapitoly je Jan Podola. Na úvod autor uvádza protichodné názory niektorých právnych odborníkov o dôležitosti či naopak nepotrebnosti tohto druhu zmluvy, za cieľ následne stanovuje zamyslenie sa nad fungovaním tohto inštitútu v minulosti. Avšak zameriava sa najmä na obdobie medzi dvoma svetovými vojnami a následne donedávna platným ob-

čianskym zákonníkom z roku 1964. Pojem je riadne vysvetlený, podložený rôznymi príkladmi z právnych predpisov.

Kapitola jedenásta s názvom Milionárska dávka bola spracovaná už vyššie menovanou Jánošíkovou a venuje sa oblasti daňového práva. Popisuje vývoj tejto majetkovej dane od roku 1920 až do súčasnosti, vývoj jej výšky i spôsobu výpočtu. Taktiež sa venuje úradníckym orgánom, ktoré túto dávku mali na starosti.

Poslednú, dvanástu kapitolu spracoval Stanislav Balík a pomenoval ju jednoducho – Spekulácie. Rieši dnes už nepoužívanú skutkovú podstatu, ktorá však bola súčasťou trestného zákonodarstva počas komunistického režimu. Autor upozorňuje najmä na jej nepoužiteľnosť v súčasnej dobe, uvádza k svojmu postoju dôvody a vysvetľuje ho na rôznych príkladoch z právnych predpisov. Kapitola je prepracovaná veľmi podrobne, s dôrazom na niektoré špecifiká tejto skutkovej podstaty.

Vo všeobecnosti publikácia ukrýva veľmi zaujímavý obsah. Je prehľadná, logicky radená. Spracovanie je v maximálnej miere odborné, ale napriek tomu zrozumiteľné i pre prípadného laika. K celkovej odbornosti tejto publikácie prispieva i bohatý poznámkový aparát, ktorý je vedený priebežne v texte formou poznámok pod čiarou. Jedná sa o dielo, podľa môjho názoru, naozaj vydarené.

TICHÝ, L., RONOVSÁ, K., KOCÍ, M. (eds.): Trust a srovnatelné instituty v Evropě

Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy, 2014, 235 s.

Vlastimil Vitoul*

Recenzovaná publikace se zaměřuje na problematiku trustů a trust-like institutů, což je v souvislosti s neutichající diskuzí o osudu svěřenských fondů velice aktuální téma. Svěřenský fond je právě trust-like institutem, který byl do českého právního řádu zařazen v souvislosti s rekodifikací soukromého práva¹ jako právní transplantát québeckého trustu/fiducie.

* Mgr. Vlastimil Vitoul, doktorand na Právnické fakultě Masarykovy univerzity, Brno.

Trust, jako typický právní nástroj *common law*, je pro kontinentální právní prostředí poměrně obtížně uchopitelný a při prvotních kontaktech zřídka kdy pochopený. Svěřenský fond je specifickým nástrojem pro správu cizího majetku, jenž má obligačně-věcněprávní charakter, tudíž nemá právní osobnost a nejedná se o právnickou osobu. Jeho vytvořením dochází k vyčlenění vybraného majet-

¹ Srov. § 1448 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění

ku z vlastnictví zakladatele, přičemž tento majetek je svěřen správci, jenž se zaváže jej držet a spravovat pro obmyšlené. Majetek ve svěřenském fondu tedy není vlastnictvím ani zakladatele, ani správce, ani obmyšleného – tento majetek nemá vlastníka. Tato pro naše právní prostředí dráždivá koncepce vlastnického práva, obavy z potenciálního zneužití a obecně strach z neznáma, způsobily velice negativní mediální obraz tohoto institutu, což vyústilo i v diskuzi ohledně legislativního záměru svěřenské fondy z právního řádu vypustit.

Vzhledem k tomu, že trusty (potažmo trust-like instituty) jsou na odborné úrovni považovány za jeden z nejflexibilnějších nástrojů pro správu cizího majetku², byly i v reakci na „prvotní paniku“ zahájeny výzkumné projekty zaměřené na detailní rozbor svěřenských fondů a jejich případnou (ne) slučitelnost s českým právním prostředím. Doposud zřejmě nejrozsáhlejší výzkumný projekt realizovalo pod vedením Luboše Tichého Centrum právní komparistiky Právnické fakulty UK v Praze, a to ve spolupráci s řadou vnitrostátních i mezinárodních odborníků. Jedním z výstupů je i recenzovaná publikace, která čtenáře uceleně seznamuje s problematikou trustů a trust-like institutů v širších komparativních souvislostech a navazuje na diskusi zahájenou na mezinárodní konferenci tomuto tématu věnovanou, která se konala v lednu 2014 v prostorách Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze.

Publikace je členěna do tří částí, přičemž první část formou národních zpráv popisuje svěřenský fond a jemu funkčně obdobné instituty ve státech napříč evropským kontinentem. Díky pečlivému výběru zástupců jednotlivých států má čtenář možnost seznámit se s problematikou jak samotného trustu, tak velice širokého spektra funkčně srovnatelných institutů. Autoři jednotlivých národních zpráv se ve vztahu k jejich mateřské zemi vyjadřují jak k existenci právní úpravy trustů, tak k funkčním ekvivalentům. Čtenář má tedy možnost seznámit se nejen s českým svěřenským fondem, ale i irským pojetím trustu, románskou podobou fiducie ve Francii či Lucembursku, německým Treuhandem či rakouskou soukromou nadací. Velice zajímavá je národní zpráva Polska, kde je znatelná absence obecné právní úpravy fiduciárních vztahů, avšak polský právní řád dílčí fiduciární nástroje pro specifické příležitosti přesto obsahuje. Slovenská národní zpráva hovoří o legislativních úvahách *de lege ferenda*, přičemž otázka zařazení trust-like institutu je stále předmětem diskuze.

Kapitoly ve druhé části se zaměřují na konkrétní aspekty svěřenských fondů, ale i dalších trust-like

institutů. U příspěvků zaměřených na svěřenský fond analyzují autoři problematiku do hloubky a podrobně zkoumají jeho elementární prvky. K lepšímu pochopení svěřenského fondu může čtenáře přivést příspěvek Kateřiny Ronovské a Bohumila Havla zaměřený na srovnání funkčně obdobných institutů obsažených v českém právním řádu, a to fondu svěřenského, nadačního a přidruženého. Každému, kdo by se v rámci zjednodušení uchopení svěřenského fondu u něj bez dalšího snažil dovést právní osobnost, lze doporučit zamyšlení Bohumila Havla. Obecně lze shrnout, že druhá část publikace řeší řadu „problémů“, které v diskuzi ohledně svěřenských fondů vyvstaly, a zodpovídá některé často rezonující otázky.

Třetí část je věnována komparaci analyzovaných trustů a trust-like institutů, a to po stránce prvků jejich struktury i jejich funkcí. Nelze jinak, než souhlasit s autory, že zjištěná rozmanitost jednotlivých právních úprav je velkým zdrojem inspirace, což by mohlo vést ke zdokonalení jednotlivých právních úprav. Zároveň je díky porovnání patrné, jak flexibilní a užitečný nástroj může svěřenský fond být.

Závěrem lze říci, že český právní řád se postupně s cizorodým tělesem, kterým pro něj svěřenský fond je, postupně sžívá. Využívanost tohoto flexibilního nástroje adresáty práva je však stále nízká, případní zájemci raději volí instituty jiného právního řádu, a to z důvodu vyšší právní jistoty. Negativní obraz svěřenských fondů byl z velké části způsoben jejich nepochopením a neochotou přijmout odlišnou koncepci vlastnického práva. V této souvislosti vidím velký přínos recenzované publikace, neboť přináší odbornou a obsáhlou analýzu tohoto institutu, porovnává jej s obdobnými napříč Evropou, odborně seznamuje čtenáře s jeho funkčností a vyvrací některé mylné představy ohledně svěřenských fondů. Jako drobnou vadu na kráse považují absenci zařazení cizojazyčných textů v původním jazyce – vzhledem k tomu, že se jedná o vysoce odbornou publikaci, považoval bych tento krok za vhodný, neboť sebelepším překladem téměř vždy dojde k tomu, že je nějaká myšlenka „ztracena v překladu“.

Recenzovaná publikace je v současné době zřejmě nejucelenější a nejpodrobnější odbornou publikací zaměřenou na tolik diskutované svěřenské fondy, proto ji doporučuji každému, kdo se o danou problematiku zajímá, ať už po stránce teoretické či praktické.

² Viz L.A. Wright, *Trusts and the Civil Law – A Comparative Study*, 6 W. Ontario L. Rev. 114, 1967.

ZBÍRAL, Robert: Přenos pravomocí členských států na Evropskou unii: cesta bez zpátečního lístku?*

Leges, Praha 2013, 224 s.

Jana Ondřejková**

Robert Zbíral působí jako vedoucí katedry politologie a společenských věd Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci a je znám mj. jako autor úspěšné publikace o vyjednávání členských států v Radě.¹ V roce 2013 vydal další knihu, ve které propojuje své právní a politologické vzdělání, a zaměřuje se na otázku možnosti zpětvzetí pravomocí přenesených na Evropskou unii členskými státy.

V úvodních kapitolách se věnuje vymezení pojmu pravomoc, charakteru přenosu pravomocí a zpětného přenosu pravomocí jednak z hlediska teorie, následně prizmatem evropského práva a konečně z pohledu ústavního práva členských států. Právě teze, že na různých úrovních a v různých členských státech se posouzení, zda dochází k přenosu pravomocí na Evropskou unii, může lišit, se prokázala i při schvalování tzv. Smlouvy o fiskální unii.²

Následují kapitoly věnované jednotlivým typům možného zpětvzetí pravomocí: částečnému, které může být jednostranné nebo souhlasné, a úplnému zpětvzetí neboli vystoupení z Evropské unie. Jednostranné částečné zpětvzetí je dle autora na základě evropského práva nepřijatelné, což dokládá judikaturou Evropského soudního dvora, jež takovému selektivnímu přístupu k právům a povinnostem vyplývajícím z evropského práva brání. Přes-

* Tato recenze vznikla v rámci projektu PRVOUK P17 (Vědy o společnosti, politice a médiích ve výzvách doby).

** JUDr. Jana Ondřejková, Ph.D., Katedra politologie a sociologie, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze.

¹ Teorie a praxe vyjednávání v Radě Evropské unie. IIPS, Brno 2009, 210 s.

² Přehledně to vyplývá z tabulky na webu Evropského parlamentu: <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/shared/Publications/Fiscal%20Treaty%20ESM%20Overview%20table/art.%20136,%20ESM,%20Fiscal%20compact%20ratification.pdf>

K problematice vnitrostátního posouzení změn primárního evropského práva viz např. Ondřejková, J., Ondřejek, P.: Několik poznámek ke způsobům změn primárního práva EU a ústavním aspektům eventuálního přístupu ČR ke Smlouvě o fiskální unii. *Jurisprudence* 5/2012, zejm. str. 27 a násl.

to, a bohužel pouze kuse, autor konstatuje, že to neznamena, že by se členské státy o jednostranné zpětvzetí pravomocí nepokoušely. Je možná škoda, že tyto „partizánské“ přístupy členských států nebyly více rozpracovány. V lepším případě se snaží využít přípustných výjimek z evropského práva, jakož i mechanismu článku 114 odst. 4 až 10 SFEU,³ v horším případě spoléhají, že v sporných otázkách je Komise po určitou dobu nebude úspěšně žalovat, nebo se věc nedostane před národní soudy, které by položily předběžnou otázku.

Dále následuje analýza přípustných způsobů zpětvzetí pravomocí změnou zřizovacích smluv, kdy by byla určitá pravomoc institucím EU výslovně odňata anebo přiřazena (například v návaznosti na extenzivní judikaturu Soudního dvora) k tzv. negativnímu pravomocem, tj. těm, kde má EU pouze podpůrnou pravomoc. Autor se stručně dotýká otázky existence „materiálního jádra“ zřizovacích smluv, jakož i možnosti změnit smlouvy mimo proceduru jimi předvídanou.

Frekventovanější způsob zpětvzetí pravomocí však představují změny sekundárního práva, a to buď zrušením sekundární legislativy nebo jako důsledek automatických revizních nástrojů (tzv. sunset klauzule, přezkumní a revizní klauzule). Přestože se teoreticky jedná o nejsnáze proveditelné zpětvzetí pravomocí, autor upozorňuje na jejich nevyužívání a analyzuje možné příčiny spočívající zejména v rozhodovacím procesu, jehož aktéři (Komise, některé členské státy a Evropský parlament) i přes potvrzenou neefektivitu upřednostňují pouze malé změny statu quo a potvrzují existenci tzv. společné rozhodovací pasti. Autor to výstižně demonstruje na obtížné reformovatelnosti společné zemědělské politiky a všímá si i nepropracovanost důsledků, které by takový zpětný přenos měl: oživi

³ V minulosti (jako čl. 94 odst. 4 a 5 SES) jej úspěšně uplatnilo např. Dánsko pro kontrolu vitamíny obohacovaných potravin (rozhodnutí ESD ve věci C-3/00, Dánsko proti Komisi, ze dne 20. března 2003). Autor ale pracuje s úzkým vymezením zpětvzetí, které dle něj nezahrnuje ani tzv. reaktivaci pravomocí členských států v případě, že EU přestane vykonávat sdílené pravomoci.

se v případě zrušení sekundárního předpisu platnost předchozích předpisů EU? Jaký bude status vnitrostátní legislativy prováděcí zrušený evropský předpis?⁴

Šestá kapitola se zabývá možností vystoupení z Evropské unie v minulosti a po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost. Analyzuje čl. 50 SEU a navrhuje de lege ferenda jiné řešení spočívající v rozlišení případů tzv. nepřátelského odchodu podle pravidel mezinárodního práva a na druhé straně „přátelského vystoupení“ dohodou členského státu a EU. Dříve teoretická diskuse se stává stále více aktuální s ohledem na situaci ve Velké Británii nebo Španělsku. Stručná sedmá kapitola pak zkoumá vnitrostátní pravidla aplikovatelná na případy částečného či úplného zpětvzetí pravomocí z hlediska role parlamentních komor při rušení sekundárních evropských předpisů, jakož i většinu potřebných pro schválení změn primárního práva.

Zatímco dosavadní kapitoly představovaly z velké míry doktrinární analýzu evropského a národního práva, poslední kapitola se pokouší odhadnout, kde leží „bod, z něhož není návratu“, aneb za ja-

⁴ Aktuálnost těchto a dalších otázek se ukázala v souvislosti s nedávným rozhodnutím ESD o zrušení tzv. data-retention directive – směrnice č. 2006/24/ES ze dne 15. března 2006 o uchovávání údajů (rozhodnutí ve spojené věci C-293/12 Digital Rights Ireland proti Irsku a C-594/12 Kärtnner Landesregierung a další ze dne 8. dubna 2014) diskutované i autorem knihy na blogu Jiné právo: <http://jinepravo.blogspot.cz/2014/04/tomas-pavelka-zas-jednou-trocha.html>

kých kvantitativních a/nebo kvalitativních předpokladů se zejména úplné zpětvzetí pravomocí stává fakticky neuskutečnitelné. V první části autor vyvrací tzv. mýtus 80%: srovnává ovlivnění národní legislativy evropskými předpisy v různých státech, případně i odvětvích, a za použití různých metod dochází k závěru, že evropské právo ovlivňuje přibližně 30% národních předpisů, což samo o sobě nepovažuje za překážku zpětného přenosu pravomocí. Mnohem závažnější následky mohou mít kvalitativní aspekty přenesených pravomocí, které jsou v knize demonstrovány na případové studii měnové unie. Dle autora je akt přistoupení k euru fakticky nezvratným, jelikož návrat k předchozí situaci by kromě obtížné právní proveditelnosti s sebou nesl příliš vysoké finanční náklady. Pro ilustraci si zvolil srovnání a odlišení situací, které nastaly po rozpadu ČSFR, rozpadu SSSR, v Argentině v letech 2001-2002 nebo v roce 2013 na Kypru.

Z celkového pohledu kniha nabízí pestrý přehled konkrétních problémů a případových studií spojených s otázkou zpětného převzetí pravomocí. Dá se číst jako celek, ale i po vybraných kapitolách, a je proto velká škoda, že pro lepší orientaci neobsahuje rejstřík. Za zmínku stojí také skutečnost, že autor, který se výslovně hlásí k podporovatelům evropské integrace (což se projevuje např. v těžišti literatury ve sporné otázce ochrany ústavní identity), se nevyhýbá poukázání na nedostatky stávajícího řešení zpětného přenosu pravomocí a zdůrazňuje potřebu propracování těchto možností jako důležitého faktoru pro udržení integračního procesu jako celku.

BARANCOVÁ, Helena: Ochrana zamestnanca pred diskrimináciou

Bratislava: Sprint 2 s.r.o., 2014, 280 s. ISBN 9788089710065.

Nelly Springinsfeldová*

V roce 2014 vyšly v režii Heleny Barancové hned dvě monografie o zajímavých a především pro pracovní právo stále aktuálních tématech. První z nich nese název „Šikana a mobing na pracovišti: právne problémy“, kterou vydalo pražské nakladatelství Leges. Slovenské nakladatelství Sprint 2 s.r.o. pub-

likovalo druhou monografií „Ochrana zamestnanca pred diskrimináciou“, která zde bude blíže rozebrána a která byla vydána v rámci řešení projektu č. 1/0023/12 Vedeckej grantovej agentúry Ministerstva školstva, vedy, výskumu a športu SR a Slovenskej akadémie vied (VEGA): „Transnacionálne práva v Európskej únii a posilnenie sociálnych práv v európskom integračnom procese“. Kniha *Ochrana zamestnanca pred diskrimináciou* se v rozsahu sedmnácti kapitol zabývá na 280 stranách především

* Mgr. Nelly Springinsfeldová, Katedra pracovního práva a sociálního zabezpečení Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

konkrétními diskriminačními důvody, vysvětluje klíčové pojmy související s problematikou diskriminace, osvětluje otázku diskriminace i z pohledu pracovních poměrů na dobu určitou a pracovních poměrů na dobu kratší než je stanovená týdenní pracovní doba. Dále rozebírá agenturní zaměstnávání, věnuje se otázce právních záruk dodržování zásady rovného zacházení a zmiňuje odpovědnost zaměstnavatele za vzniklou škodu. Předkládaná monografie obsahuje i přílohy ve formě výčtu slovenských a českých judikátů, resp. jejich hlavních vět, judikatury Komise pro lidská práva, judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále též „Soudní dvůr EU“) a také zahrnuje některé stěžejní dokumenty (konkrétně ústřední směrnice a rámcové dohody).

Problematika diskriminace v pracovněprávních vztazích je stálým a nekončícím tématem pracovního práva. Jde o pomyslný běh na dlouho trať. V současnosti neexistuje mnoho slovenských vnitrostátních judikátů, od kterých by se dalo odrazit, ale pozitivní zprávou je, že tzv. první vlašťovky již existují. To ale neznamená, že by snad v praxi k diskriminaci nedocházelo. Právě naopak. Často se stává, že zaměstnanci raději trpí v područí svých nadřízených, než aby diskriminaci oznámili, nebo se ještě k tomu (v horším případě) soudili a riskovali tím ztrátu pracovního místa. Možnosti soudně se bránit před diskriminací mnohdy nepřidá ani zdoluhavost celého soudního řízení. Naprosto souhlasím s autorčíným názorem vysloveným hned v předmluvě, že účinné a efektivní prosazování práv zaměstnance je mimo jiné limitováno kvůli vysoké míře nezaměstnanosti a dlouhotrvajícím soudním sporům (zaměstnanec si dvakrát rozmyslí, zda do sporu se zaměstnavatelem vůbec půjde).

V úvodních pasážích je monografie zaměřena na vysvětlení samotné podstaty problematiky diskriminace. Autorka ozřejmuje skutečnost, proč se můžeme setkat se zásadou rovného zacházení a zákazem diskriminace v pracovním právu o poznání častěji než v jiných právních odvětvích, a to především z důvodu, že podstatnou část svého života prožijeme právě v práci. Vedle toho zmiňuje stěžejní historické mezníky postupného utváření elementárních pojmů *přímá diskriminace* a *nepřímá diskriminace*, které poté blíže rozebírá ve 3. kapitole, včetně jejich zakotvení v zákoně č. 365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (dále jen „antidiskriminační zákon“) a zákoně č. 311/2001 Z.z., Zákoník práce (dále jen „zákoník práce“). Profesorka Barancová poukazuje také na problémy, které s sebou přináší zejména nedostatek statistických údajů o diskriminaci v praxi jednotlivých členských států Evropské unie (dále též „EU“) a zdůrazňuje nutnost správného obsahového vymezení forem diskriminace (pří-

má diskriminace, nepřímá diskriminace, obtěžování, sexuální obtěžování, pokyn k diskriminaci).

Poté se autorka zaměřuje na základ právní úpravy diskriminace v pracovním právu a pomalu odkrývá konkrétní diskriminační důvody. V následujících oddílech se jednotlivými diskriminačními důvody, jako například pohlaví, náboženství nebo víra, věk, zdravotní postižení, sexuální orientace atd., zabývá detailněji. Jako společný jmenovatel, táhnoucí se jako tenká nit těmito dílčími kapitolami, zde vystává bližší rozbor souvisejících základních pojmů, zakotvení v rámci vnitrostátního práva, uvedení příslušných odkazů na primární a sekundární právo EU a vymezení příslušné judikatury Soudního dvora EU nebo judikatury Evropského soudu pro lidská práva. Větší pozornost je věnována především diskriminaci dle pohlaví a diskriminaci dle věku, což jsou dva nejrozšířenější diskriminační důvody. Zajímavá je například autorčina sonda do oblasti diskriminace dle pohlaví v otázce přestávek na kojení nebo u žen, jejichž dítě porodila náhradní matka.

V samostatné kapitole profesorka Barancová rozebírá další formy diskriminace, jako je například obtěžování, sexuální obtěžování nebo pokyn k diskriminaci, které musí být ve vztahu s některým z diskriminačních důvodů. V této souvislosti upozorňuje na fakt, že nad rámec požadavků práva Evropské unie zakotvuje antidiskriminační zákon jako jednu z forem diskriminace také nabádání k diskriminaci nebo tzv. neoprávněný postih (pronásledování). Dále se zabývá problematikou zaměstnanců pracujících v pracovním poměru na dobu určitou, pracovním poměrem na dobu kratší než je stanovená týdenní pracovní doba a agenturním zaměstnáváním.

Jedna z posledních kapitol je věnována nástrojům poskytovaným k právní ochraně zaměstnance při porušení zásady rovného zacházení obsažené v zákoníku práce a antidiskriminačním zákoně. Procesně právní záruky ochrany zakotvené v antidiskriminačním zákoně, které poskytují diskriminovanému zaměstnanci možnost domáhat se u soudu zejména upuštění od takového jednání, napravení protiprávního stavu, poskytnutí přiměřeného zadostiučinění nebo právo na náhradu nemajetkové újmy v penězích, jsou blíže popsány v jednotlivých podkapitolách. V návaznosti na to se autorka v poslední kapitole zmiňuje také o možnosti zaměstnanec domáhat se náhrady škody vůči zaměstnavateli podle konkrétních ustanovení zákoníku práce.

Stínem celé problematiky diskriminace v pracovněprávních vztazích je strach zaměstnance, a to konkrétně strach na diskriminaci být jen upozornit, především z obavy ztráty zaměstnání a tím mimo jiné i příjmů. Pokud se zaměstnanci i přes neefektivní letité soudní řízení dostane ochrany a diskri-

minace je prokázána, je zpravidla již pozdě bavit se o jakési satisfakci. Tomuto tvrzení nepřidává ani zažité přesvědčení zaměstnanců, že zaměstnavatel si důvod pro ukončení pracovněprávního vztahu najde vždy, aniž by se měl zaměstnanec možnost nějak bránit.

Řada antidiskriminačních opatření EU je vydávána ve formě směrnic a je tedy na příslušných členských státech, jakým způsobem obsah směrnic do svých vnitrostátních právních řádů implementují. To se projevuje i na různé úrovni ochrany zaměstnance před diskriminací na pracovišti a jeho možnosti se efektivně bránit.

Kniha se uceleně zabývá ochranou zaměstnance při porušení zákazu diskriminace v pracovněprávních vztazích, a to tak, že poskytuje nejen podrobnější vysvětlení pro snadnější diferenciaci přímé a nepřímé diskriminace, objasňuje i další elementární pojmy a přináší ucelený výklad jednotlivých diskriminačních důvodů, ale také zmiňuje konkrétní právní nástroje využitelné pro účinnou obranu zaměstnance při jeho diskriminaci na pracovišti. Poskytuje tak mimo jiné právní návod pro efektivní obranu zaměstnance před diskriminací.

I přesto, že je monografie primárně zaměřena na slovenskou právní úpravu a právo EU, uvádí profesorka Barancová také některé příklady konkrétních institutů v zahraničních právních úpravách nebo jednotlivé případy jejich soudní praxe (např. Česká republika, USA, Německo, Španělsko, Velká Británie apod.) a hojně cituje z judikatury Soudního dvora EU.

Na první pohled by se mohlo zdát, že je někdy až přílišná stručnost určitých kapitol, zejména konkrétních diskriminačních důvodů, na škodu publikace. Na druhou stranu méně je někdy více a předkládaná monografie představuje jasný a srozumitelný výchozí vhléd do problematiky diskriminace v pracovněprávních vztazích. Jedná se o čtivou a zajímavou knihu, která se zabývá stále palčivým tématem pracovního práva a která rozhodně stojí za přečtení.

ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

COFOLA 2015

Tereza Kyselovská, Jan Provazník, Nelly Springinsfeldová, Alica Virdzeková, Vojtěch Kadlubiec*

Právnická fakulta Masarykovy univerzity se již mnoho let vedle teoretické výuky zaměřuje i na praktickou přípravu studentů důležitou pro jejich budoucí povolání. V tomto ohledu je jedním z hlavních cílů poskytnout studentům možnost vytvářet si cenné kontakty s kolegy z jiných právnických fakult a institucí, ať už vnitrostátních či mezinárodních, a umožnit vytváření vazeb mezi studenty a odborníky z praxe.

Jedním ze způsobů, kterými se Právnická fakulta snaží těchto cílů dosáhnout, je pořádání mezinárodní konference studentů, doktorandů a mladých vědců pod názvem **CONFERENCE FOR YOUNG LAWYERS (COFOLA)**.

O konferenci

V roce 2015 bude **Právnická fakulta Masarykovy univerzity** spolu s **Jihomoravským krajem** organizovat již 9. ročník konference COFOLA. V počátcích svého vzniku byla konference pořádána přímo na půdě Právnické fakulty v Brně. V roce 2013 a 2014 se konference konala v prostorách Univerzitního centra Masarykovy univerzity v Telči.

Konference nabízí (nejen) studentům magisterských studijních programů, doktorandům a mladým vědcům příležitost veřejně prezentovat své poznatky a výsledky vědecké odborné činnosti, diskutovat nad aktuálními problémy a řešit konkrétní otázky nikoli izolovaně, ale napříč spektrem různých právních odvětví. Účastníci konference bývají z České republiky, ze Slovenska, Polska, Maďarska a řady dalších zemí.

* **Organizační tým COFOLA 2015:**

JUDr. Tereza Kyselovská, Ph.D., odborná asistentka na Katedře mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty MU, Brno.

Mgr. Jan Provazník, asistent na Katedře trestního práva Právnické fakulty MU, Brno.

Mgr. Nelly Springinsfeldová, doktorandka na Katedře pracovního práva Právnické fakulty MU, Brno.

Alica Virdzeková, doktorandka na Katedře dějin státu a práva Právnické fakulty MU, Brno.

Mgr. Vojtěch Kadlubiec, doktorand na Katedře pracovního práva Právnické fakulty MU, Brno.

Kontakt: cofola@cofola.cz

Jednání probíhají vždy v několika sekcích (s ohledem na zvolené téma), přičemž jedna ze sekcí je vedena v jazyce anglickém a ostatní v jazyce českém. Příspěvky jednotlivých sekcí jsou pečlivě vybírány odbornými garanty. V průběhu konference probíhá bohatý doprovodný program v podobě řízených prohlídek památek a okolí místa konání konference.

Konference COFOLA 2015 se v letošním roce bude konat ve dnech **16. – 18. 4. 2015** (tj. čtvrtek až sobota).

Pro letošní rok zajistila Právnická fakulta Masarykovy univerzity **ve spolupráci s Jihomoravským krajem** prostory v Zámeckých jízdárnách v **Lednici**, v areálu Lednicko-valtického areálu, které bylo zapísáno do Seznamu světového přírodního a kulturního dědictví UNESCO.

Jednání na konferenci bude probíhat ve čtyřech česko-slovenských sekcích a jedné anglické sekci. Jednání v česko-slovenských sekcích se bude týkat těchto podsekcí: Nový občanský zákoník po roce účinnosti pohledem kritické analýzy; Bezpečnost v mezinárodních a vnitrostátních vztazích; Ochrana a šíření výsledků výzkumu a vývoje, ochrana a šíření vědeckých dat; Pracovní vztahy při výkonu veřejné správy, služební poměr a jeho soukromoprávní a veřejnoprávní aspekty; Pojetí deliktů odpovědnosti a jeho aktuální trendy; Subjekty v oblasti práva životního prostředí; Efektivita a racionalita fungování a financování veřejného sektoru.

Sekce v angličtině (COFOLA International) se bude zabývat tématem **Current Challenges to Resolution of International (Cross-Border) Disputes**. Záštitu nad touto sekcí převzal **Národní výbor Mezinárodní obchodní komory v České republice**.

Konferenční příspěvky v písemné podobě projdou dvojím kolem recenzního řízení, interním a externím. Výstupem z konference bude v česko-slovenských sekcích sborník v elektronické podobě, který bude v režimu open access dostupný na webových stránkách fakulty. Výstupem z anglické sekce bude sborník v papírové podobě, který bude navržen k zařazení do databází Scopus a Web of Science.

Více informací o průběhu celé konference a jejím programu jsou dostupné na adrese www.cofola.cz nebo na Facebooku Cofola.

Slavnostní otevření nové knihovny Právnické fakulty MU

Naděžda Rozehnalová, Tereza Kyselovská, Petra Georgala*

Dne 25. 3. 2015 se slavnostně otevírá nová knihovna Právnické fakulty Masarykovy univerzity. Její otevření jako moderně vybaveného prostředí pro studium právnické literatury starší i nové, tuzemské i zahraniční, je významnou událostí nejen pro fakultní akademickou veřejnost, ale i pro širokou právnickou obec, a to nejenom v městě Brně. Nikoli náhodou je město Brno trochu nadneseně nazýváno „městem justice“.

Na úvod si dovolíme malé ohlédnutí do historie Právnické fakulty MU v Brně a její knihovny, které nám trochu přiblíží vývoj v této oblasti.

* Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., profesorka na Katedře mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity Brno.

JUDr. Tereza Kyselovská, Ph.D., odborná asistentka na Katedře mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty MU, Brno.

Mgr. Petra Georgala, vedoucí Ústřední knihovny Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

Knihovna Právnické fakulty Masarykovy univerzity aneb Ohlédnutí do historie

1919

zákonem č. 80/1919 Sb. ze dne 28. ledna 1919 zřízena Masarykova univerzita, ve školním roce 1919/1920 zahájena činnost na fakultě právnické a lékařské

1928/1931

výstavba nové budovy právnické fakulty na plánovaném akademickém náměstí mezi Žabovřeskami a Královým Polem

1932/1939

v lednu 1932 zahájena výuka v nové budově knihovna s názvem „seminární“ umístěna ve 2. patře

1939/1945

budova Právnické fakulty MU se stává sídlem úřadovny gestapa pro Moravu

knihovna převedena na německou techniku (část si gestapo ponechalo pro vlastní potřebu)

i přes několikrát stěhování knihovna z velké části zachráněna



1945/1950

obnovena činnost fakulty (první poválečné přednášky zahájeny dne 11. 6. 1945)

po únoru 1948 činnost fakulty utlumována

vládním nařízením č. 81/1950 Sb., ze dne 27. června 1950 fakulta zrušena

1950/1969

fond knihovny uložen na zámku v Brtnici (depozitář Státní vědecké knihovny Brno)

budova na Veveří 70 sídlem Vojenské akademie Antonína Zápotockého

1969

vládním nařízením č. 25/1969 Sb., ze dne 15. dubna 1969 fakulta obnovena

sídlem fakulty se stala budova v centru města na náměstí 25. února (nyní Zelný trh) 2

1969/1970

zahájena (zatím v provizorních podmínkách) činnost knihovny

budována jako ústřední knihovna bez dílčích knihoven s oborově třídným a stavěným fondem

1970

zahájeny práce na převzetí knihovního fondu z let 1919-1950 (definitivně přestěhován v roce 1972)

1972

knihovna nastěhována do přízemí (půjčovna, studovna, sklady) a suterénu (sklady) budovy

nerealizován plán na využití velkého sálu v přízemí, kde měl být umožněn volný výběr (zbudována velká přednášková místnost)

1990

fakulta postupně přestěhována do navrácené budovy na Veveří 70

knihovna ponechána v budově na Zelném trhu

1991

v září otevřena v přízemí budovy na Veveří studovna s 50 a posléze 80 studijními místy

1992

počátek práce s automatizovanými knihovnickými systémy a knihovním katalogem

1993/1996

stavební úpravy prostor pro knihovnu v 1. a 2. suterénu

1995

prodána budova na Zelném trhu, fond knihovny přestěhován do budovy na Veveří, provizorní sklad vybudován v tělocvičně

1996

17. 10. slavnostně otevřena nová Ústřední knihovna PrF MU

24. 10. zahájen pravidelný provoz

2004

v září přechod na knihovnický systém ALEPH 500

Vize a příprava nové knihovny

V roce 2006 byl zpracován (tehdejší „proděkankou pro strategii“ prof. JUDr. Naděždou Rozehnalovou, CSc.) materiál ke koncepci dalšího rozvoje knihovnických služeb. V materiálu byly shrnuty základní požadavky na budoucí řešení fakultní knihovny, a to v závislosti na jejím plánovaném prostorovém rozšíření (v souvislosti s dostavbou univerzitního kampusu v Bohunicích a navrhovaným zrušením stávající tělocvičny v budově fakulty). Základním výchozím předpokladem bylo optimální prostorové i provozní sjednocení jednotlivých složek se zachováním potřebných specifík jednotlivých částí fondu a poskytovaných služeb.

Přestavba knihovny, její rozšíření a zásadní posílení fondu zejména zahraniční literatury a elektronických zdrojů, bylo ústředním bodem volebního programu prof. Rozehnalové jako budoucí děkanky. Samotné práce na projektu začínají s jejím nástupem do pozice děkanky fakulty. V roce 2007 se zadává orientační studie k rekonstrukci vymezených prostor nové knihovny. V mezidobí je na úrovni Masarykovy univerzity vyjednána s vedením Fakulty sportovních studií MU změna tzv. staré tělocvičny na výukové prostory. Díky vsřícnému stanovisku vedení Fakulty sportovních studií MU tak nic – s výjimkou finančních zdrojů – nestojí plánům na rekonstrukci v cestě. Výše uvedená studie se dostává do podoby projektu v roce 2011. Ukazuje se, že vedle rekonstrukce samotných prostor budoucí knihovny bude nutné rekonstruovat i stoky vedoucí pod budovou fakulty a opravit podzemní prostory fakulty. To vše je nezbytné i s ohledem na stav sítí, zastaralost vzduchotechniky, neexistenci moderního požárního zabezpečovacího systému a komplexního systému elektronického zabezpečení, a trvalý problém se zemní vlhkostí v těchto prostorách.

Finanční zdroje, dalece přesahující možnosti fakulty, jsou hledány jak na úrovni OP VaVpI, tak jsou zvažovány další varianty. Nicméně v tzv. prvním kole není projekt OP VaVpI schválen. Asi po roce se podařilo Masarykově univerzitě získat podporu pro rekonstrukci na Ministerstvu školství. Přestože byl projekt následně přijat i pro financování v rámci evropského projektu, bylo k rekonstrukci využito již uvedené dotace MŠMT.

Vlastní rekonstrukce se rozběhla v září 2013. Z tohoto důvodu byla knihovna a její pracoviště přestěhována do náhradních prostor v Moravské zemské knihovně, kde zůstala až do počátku roku 2015. Pravidelný provoz se zahajuje ke dni 30. 3. 2015.



Cíle projektu nové knihovny

Řešení ústřední knihovny před rekonstrukcí bylo realizováno v polovině 90. let po přestěhování Právnické fakulty MU z budovy na Zelném trhu, kdy počty uživatelů nebyly ani na poloviční úrovni dnešního stavu.

Prostorové rozšíření a přestavba celého prostoru v 1. a 2. suterénu (původní knihovna s prostorami pro uživatele a sklady a tělocvična) umožnilo především sjednocení provozu, který je v současné době rozdělen na tři části.

Co znamená ono několikrát uvedené sjednocení provozu? Cílem nového řešení je spojení jednotlivých prostor a provozů v jeden celek s jedním vstupem se zabezpečovacím zařízením, hlavním obslužným pultem, jednotným tříděním a značením fondu. Umožněno bylo rozšíření volného výběru i na další části fondu (především periodika), došlo k výraznému zvýšení počtu studijních míst, a to zároveň s vybudováním jejich různých typů (individuální studij-

ní boxy, seminární místnosti). Současně toto nové prostorové rozšíření vytváří předpoklady pro nárůst výpočetní a reprografické techniky, která je zcela klíčová pro využívání databázových knihovnických zdrojů českých i zahraničních.

A co lze říci na závěr?

Na tomto místě je vhodné uvést jména alespoň některých osob a jejich týmů, které se na vybudování nové knihovny podílely. Z vedení fakulty se jedná především o prof. JUDr. Naděždu Rozehnalovou, CSc. a tajemnici Ing. Blanku Přikrylovou. Na úrovni MU pana Ing. Martina Škarka. Opomenout není možné zaměstnance knihovny pod vedením Mgr. Petry Georgaly a zaměstnance oddělení provozu a údržby budovy pod vedením Ing. Petra Kleina.

Národní kolo Philip C. Jessup Moot Court Competition

Ladislav Vyhnánek*

Moot courty, tedy simulovaná soudní jednání, již ani pro studenty českých právnických fakult nejsou žádnou novinkou. Každoročně se jim otevírá možnost zúčastnit se celé řady soutěží, ať již fakultních, národních, evropských či dokonce celosvětových. Leckdo by se tak mohl podívat, proč v záplavě mnoha takových soutěží stojí za to věnovat speciální pozornost toliko jedné z nich a to navíc „pouze“ jejímu národnímu kolu. Jak ovšem každý sportovní fanoušek ví, není turnaj jako turnaj. A Jessup, který simuluje řízení před Mezinárodním soudním dvorem v Haagu, je grand slamem mezi moot courty. Je to totiž soutěž největší¹, na mootcourtové poměry velmi stará (první ročník se konal v roce 1960) a podle mnohých i nejprestižnější².

Letošní české národní kolo, v němž se tým pražské právnické fakulty utkal s týmem olomouckým, se konalo 20. února v budově Nejvyššího správního soudu. Organizace se již podruhé ujalo brněnské Centrum pro lidská práva a demokratizaci s (zejména nutnou finanční) podporou advokátní kanceláře White and Case. Pořadatelům se podařilo zajistit nejen důstojné soutěžní prostory, nýbrž i soudce se zkušenostmi z moot courtů. Písemná podání hodnotili Ivan Císár, Kristýna Horňáčková a Petr Kilián a v samotném ústním kole pak rozhodovali Jan Stejskal, Petr Válek a autor tohoto článku.

Jedním z tradičních rysů Jessupu je schopnost organizátorů předložit týmům k řešení komplexní a zajímavé problémy mezinárodního práva, které zároveň odrážejí aktuální mezinárodní situaci. Nejinak tomu bylo i v případě letošního zadání, které v mnoha ohledech reflektovalo dění na východní Ukrajině. Mezinárodnímu soudnímu dvoru tak byl předložen k rozhodnutí spor mezi dvěma znesvářenými fiktivními státy – Agnosticou a Reverentií. Jádrem sporu byla anexe území jednoho z nich státem druhým, přičemž obyvatelé anektovaného území si přičlenění k sousednímu státu odhlasovali v plebiscitu. Soutěžící se museli vyjádřit k celé řadě komplikovaných právních otázek, např. jaké jednání státu lze již po-

važovat za nepřipustné vměšování do vnitřních záležitostí státu jiného či jaká je povaha a obsah práva na sebeurčení, avšak nevyhnuli se ani problémům vztahujícím se k interpretaci dvoustranných mezinárodních smluv.

Oba týmy, tedy jak tým reprezentující Univerzitu Palackého (Vuk Djukić, Filip Hloušek, Magda Seidelmannová, Juliana Šťastná a Jaroslava Šlězová pod vedením Ondřeje Svačka), tak tým z právnické fakulty Univerzity Karlovy (Zuzana Žaludová, Jan Obrázek, Tomáš Komm, Laura Haiselová a Zuzana Trnková pod vedením Milana Lipovského) předvedly vynikající výkony a jistě by byly důstojnými reprezentanty českých studentů práva na mezinárodním kole ve Washingtonu D. C. Postoupit však mohl pouze jeden a v tomto případě v celkovém hodnocení těsně zvítězil tým olomoucký. Cenu pro nejlepší řečníky soutěže si pak odnesli Filip Hloušek a Vuk Djukić, ocenění za nejlepší memoriál (písemné podání) obdržel tým pražské právnické fakulty.

Závěrem nelze než popřát olomouckým studentům hodně štěstí v mezinárodním kole Jessupu a vyslovit přání, aby i příští národní kolo proběhlo v podobném duchu jako to letošní. K dokonalosti by chybělo snad jen to, aby se v něm příští rok utkaly týmy všech českých právnických fakult.

* JUDr. Ladislav Vyhnánek, Katedra ústavního práva a politologie PrF MU, Brno.

¹ V posledních letech se Jessupu účastnilo přes 700 právnických fakult z téměř 100 zemí. Pro více informací srov. <http://www.ilsa.org/jessuphome>.

² Z mnoha zdrojů lze zmínit např. harvardskou radu pro moot courty, srov. <https://orgs.law.harvard.edu/mootcourt/jessup/>.

MUNI LAW WORKING PAPER SERIES...



...pro
svižnou
publikaci
Vaší vědy

Podrobněji na našem
novém webu:
[workingpapers.law.muni.cz
/content/cs/
mission_statement/](http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/mission_statement/)

- Nová platforma pro téměř okamžité sdílení prací zdejších akademiků a nejúspěšnějších studentů („SVOČkaři“, doktorandi);
- od teď již nebudete muset čekat na výsledky zdlouhavého recenzního řízení;
- Working Papers totiž překlenují období mezi dopsáním Vaší odborné práce a její vědeckou publikací;
- pojistíte si prvenství v publikaci zásadních myšlenek;
- dostanete zpětnou vazbu již před řádnou publikací Vaší práce.