
Obsah

EDITORIAL	373
------------------------	-----

ČLÁNKY / ARTICLES (recenzováno - reviewed)

Jan Kysela

Poznámky ke stavu oboru ústavního práva a státovědy / Considerations on Condition of Constitutional Law and Theory of State.....	375
---	-----

Marek Káčer

Politika: vůle k moci či vůle k společnému dobru? / Politics: Will to Power or Will to Common Good?.....	391
---	-----

Klára Drličková

Veřejný zájem a transparentnost v mezinárodní obchodní arbitráži / Public Interest and Transparency in International Commercial Arbitration	403
--	-----

Martin Kopecký

Jmenování vysokoškolským profesorem – správněprávní a ústavněprávní otázky / Appointment of a University Professor – Constitutional and Administrative Law Issues.....	421
---	-----

Michal Hájek

Zdravotní stav coby důvod ochrany cizince / Health Condition as a Reason for Foreigner's Protection.....	437
---	-----

Alena Kliková

Povinnosti správních orgánů ve vztahu k procesním právům účastníků správního řízení v procesu dokazování / Obligations of the Administrative Authorities in Relation to the Procedural Rights of Parties to the Administrative Procedure in the Process of Evidence	455
--	-----

DOKTORANDSKÉ PŘÍSPĚVKY / PHD CONTRIBUTIONS

(recenzováno - reviewed)

Max Steuer

Extrémy slobody prejavu a úloha právnej regulácie / The Extremes of Freedom of Speech and the Role of Legal Regulation.....	475
--	-----

Pavel Všeticka

Uplatnění správního uvážení a problematika výkladu neurčitých právních pojmů v případě bezprostředních zásahů realizovaných Policií České republiky / Application of Administrative Discretion and the Issue of the Indefinite Legal Concepts Interpretation in the Case of Immediate Interventions Carried Out by the Police of Czech Republic	493
---	-----

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY / STUDENT CONTRIBUTIONS

(recenzováno - reviewed)

Ondřej Stypa

Disenty jako budoucí většinová stanoviska / Dissenting Opinions as Future Majority Opinion	509
---	-----

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI / CURRENT TOPICS

(recenzováno - reviewed)

Pavel Šámal, Katarína Deáková

Teoretické a praktické aspekty spojené se správou justice / Theoretical and Practical Aspects Connected to the Administration of Justice.....	521
--	-----

Stanislav Bílek, Radka Vaníčková

Praktické aspekty stavění promlčecí doby při neplatné podnikatelské rozhodčí doložce / Practical Aspects of Constructing a Limitation Period in an Invalid Business Arbitration Clause.....	545
---	-----

RECENZE A ANOTACE / BOOK REVIEW AND ANNOTATIONS**Václav Janeček**

TICHÝ, Luboš a Jiří HRÁDEK. Deliktní právo.....	571
---	-----

Petr Kreuz

DEZZA, Ettore. Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit. Eine Einführung	575
--	-----

Petr Kreuz

OESTMANN, Peter. Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren	581
---	-----

POKYNY PRO AUTORY	585
--------------------------------	-----

JOURNAL GUIDELINES	589
---------------------------------	-----

EDITORIAL

Upozornění: podobnost níže popisovaných postav se skutečně žijícími osobami není náhodná. Vlastní chyby a nedostatky nevidíme totiž na sobě – od toho jsou tu ti druzí.

K sepsání odborné publikace vedou autory různé motivy, které se vzájemně prolínají a někdy i vylučují. Motivací může být radost z tvorby a objevování nového. Může jí být profesní kariéra – publikací se třeba plní penzum standardů pro získání habilitace či profesury. Může jí být i tlak zaměstnavatele na plnění nějakých „bodů“, podle kterých se poté ukrojí část koláče ze státního rozpočtu.

Často je publikace výsledkem řešení projektu a naplňuje tedy slib daný poskytovateli dotace. Část autorů jistě sleduje i hmotný prospěch. Ne snad přímo z honorářů, které jsou u právnických článků obvykle zanedbatelné nebo nulové (znám ale autora, který se svůj drobný honorář počítaný podle počtu znaků snažil „přifouknout“ tím, že za každé slovo – ke zděšení sazeče a pobavení redakční rady – přidával tvrdé mezery). Finanční prospěch obvykle následuje se zpožděním – ve formě odměn za posudky a přednášky.

Motivem může být také sláva – ten heroin pro ego, soutěž s kolegy či jakékoliv jiné formy psychické stimulace. Příkladem těch dalších může být oblíbený model zlobivého hochy, který hyperkritickými výlevy (marně) hledá autoritu, která by ho usměrnila. Sebe-potvrzení jistě můžeme získat i z negativních reakcí; ty pozitivní ale mají jednu výhodu – jsou podstatně příjemnější.

Nevím, který motiv generuje nejlepší články, ale hodně bych sázel právě na ten první a poslední – tedy na směs tvořivé radosti s nabíjející legální drogou. Výsledkem může být text, v němž autor – s nadšením malého děvčátka, které na sebe v ložnici potají navěší maminčiny šperky a nyní se zálibně pozoruje v zrcadle – v rámci fundovaného rozboru ocituje polovinu knižních titulů ze své knihovny a ozdobí jej exkurzy do exotických právních řádů nebo nevídanými formulacemi.

Stejně jako jsou různé motivy, liší se i jejich intenzita. O ní – alespoň u většiny lidí – rozhoduje okolí. Řízný demotivační políček těm autorům, kteří píšou pro radost a pro slávu v oboru občanského práva, dal Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 7. 6. 2017, sp. zn. 23 Cdo 3894/2015. Soud v něm posuzoval notoricky známý problém: smluvní strany si ujednaly, že když jedna z nich poruší smluvní povinnost a druhá z toho důvodu vypoví závazek, zaplatí porušující strana smluvní pokutu. To, co vědí rozumné strany při uzavírání smlouvy („když poruším smlouvu a druhá strana smlouvu vypoví, tak něco zaplatím“), bohužel stále nedochází ani po letech soudu Nejvyššímu. Ten vyšel ze své oblíbené mantry, že „není možno smluvní pokutu vázat na výkon práva“ a žalobu zamítnul.

Tato judikatura je neobhájitelná. Je také oblíbenou potravou pro akademické dravce, kteří ji už několik let oprávněně cupují na kousky jako rozhodnutí pomíjející výklad právního jednání (a odmítající připustit, že strany toho o dané smlouvě vědí více než soud). Akademičtí kritici se ale po přečtení rozsudku snad museli štípat do ruky - aby si potvrdili, že existují. V odůvodnění samotném totiž není ani zmínka o nějakých doktrinárních diskusích nebo odlišných názorech v odborné literatuře. Jako kdyby ti dravci žili v utajené rezervaci, kam soudci dovolacího soudu nemají přístup.

Možná si ale tu soudcovskou slepotu i trochu zasloužíme: v naší komunitě není tajemstvím, že někteří autoři jsou schopni jeden článek recyklovat donekonečna, dokonce pod stejným označením, a to v časopisech různého oborového zaměření – zejména těch nových a nezavedených. Až si nějaký doktorand knihovnictví za sto let dá tu práci, možná těch recyklací jednoho a téhož textu napočítá přes...třicet, čtyřicet? – a teď nežertuji.

Můžeme to samozřejmě vidět jako příběh odpudivého grafomana, který zneužívá hladu časopisů po příspěvcích a ukájí nějaký hlad vlastní (vykračuje si přitom v tradicích raných devadesátých let, kdy šlo o poměrně běžný jev).

Můžeme to ale celé vidět i jinak: někdo prostě ten úkol ukázat stav věcí vzal na sebe.

Josef Kotásek

ČLÁNKY

Poznámky ke stavu oboru ústavního práva a státovědy*

Considerations on Condition of Constitutional
Law and Theory of State

Jan Kysela**

Abstrakt

Článek je příspěvkem k vymezování hranic a stavu oboru ústavního práva a státovědy. Nastiňuje míru propojení ústavního práva a politiky, jež má dopady na metodologii přístupu k ústavnímu právu. Dále poukazuje na dvě tradiční části ústavního práva, organickou a lidskoprávní, a upozorňuje jednak na proměny jejich poměru, jednak na zvyšující se míru konstitucionalizace společenských vztahů a její dopady. V poslední části poukazuje na typická témata současné nauky ústavního práva a podrobněji se věnuje lidským právům (hegemonie) a soudům (dalekosáhlá judicializace).

Klíčová slova

Ústavní právo; diskrece; konstitucionalizace; hegemonie lidských práv.

Abstract

The article contributes to the delimitation of the reach and state of the discipline of constitutional law and theory of state (Staatslehre). The author outlines the intensity of interconnections between constitutional law and politics, which influences the methodological approach to constitutional law. He also points to two traditional parts of constitutional law, the organic one and the other connected to the human rights, and draws attention to the growing constitutionalization of social relations and its impacts. In the last part the author refers to the representative issues of contemporary constitutional law discipline and focuses in detail on human rights (hegemony) and courts (far-reaching judicialization).

Keywords

Constitutional Law; Discretion; Constitutionalization; Hegemony of Human Rights.

* Článek vznikl v rámci řešení grantu GA ČR č. 17-08176S. Za jeho kritické přečtení děkuji T. Friedelovi a J. Ondřejkové.

** Prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., DSc., Katedra politologie a sociologie, Právnická fakulta, Univerzita Karlova, Praha; Kancelář Senátu Parlamentu ČR / Department of Politology and Sociology, Faculty of Law, Charles University, Prague, Czech Republic; Senate Chancellery of the Parliament of the Czech Republic / E-mail: kyselaj@prf.cuni.cz / ORCID: 0000-0001-6034-628X

Úvod

Před dvaceti lety jsem si v časopisu Právny obzor přečetl zajímavý článek J. Sváka „*Parlamentné výsady v systéme common law a u nás*“, jehož název byl doplněn slovy „*Těžký habilitační přednáškový*“.¹ Ve jmenovaném časopise jde v publikování tohoto typu textů o zavedenou praxi, kterou považuji za šťastnou: odborná veřejnost může sledovat, kdo a s jakými (a jak pojatými) tématy kvalifikačně stoupá či roste. Pod vlivem tohoto dojmu jsem později postupoval podobně i já se svou habilitační přednáškou.²

Jelikož se t. č. uzavřela jakási pomyslná etapa mého vztahu k ústavnímu právu, nebude snad považováno za projev nadměrné marnivosti, když sepišu článek opírající se o dvojici přednášek „profesorských“, přednesených před vědeckými radami fakulty a univerzity, článek nutně omezený tím, že přednášky mají být spíše nástinem než řešením případných problémů daného oboru.³ Z toho důvodu jsou i citace literatury více nahodilé než systematické.

Časopis pro právní vědu a praxi jsem k tomu účelu zvolil proto, že můj první větší článek vyšel právě v něm.⁴ A to zase souviselo s mimořádnou osobností prof. J. Filipa, mentora mých různých kvalifikačních řízení, mého odborného vzoru, tehdy i dnes předsedy redakční rady, jenž mne k publikaci povzbudil, resp. mi v ní nebránil. Časopis mám rád dodnes, po určitou dobu jsem ostatně psal primárně pro něj. Počítám-li dobře, čítá to 17 článků a 17 recenzí.

1 Ústavní právo jako právo politiky

O ústavním právu se občas mluví jako o právu politiky, slavný izraelský konstitucionalista R. Hirschl jej dokonce – v narážce na Clausewitzův výrok o vztahu války a politiky – označil za formu politiky jinými prostředky.⁵ Moc jako atribut politiky je v hávu práva jakoby mocí (z)krocenou, kultivovanou, předvídatelnou a kontrolovatelnou. Záleží nicméně na míře pohlcení politiky právem, případně naopak na míře služebnosti ústavního práva vůči momentálním držitelům moci a jimi formulovaným partikulárním účelům a zájmům (srov. např. sémantickou ústavu K. Loewensteina).

¹ *Právny obzor*, roč. 1997, č. 2. V mírně pozměněné podobě vyšel článek už dříve – viz SVÁK, J. *Parlamentné výsady v britskom systéme Common law: porovnávací prehľad*. *Právnik*, roč. 1996, č. 1.

² *Parlamenty a jejich funkce v 21. století: uvedení do tématu*. In: KYSELA, J. (ed.). *Parlamenty a jejich funkce v 21. století. Sborník příspěvků k 10. výročí ustavení Senátu Parlamentu České republiky*. Praha: Eurolex Bohemia, 2006.

³ Tematicky se zčásti překrývá s mou knihou *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014.

⁴ Dotváření Ústavy ze senátní perspektivy. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 2000, č. 2.

⁵ HIRSCHL, R. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, roč. 2006, s. 723.

Abychom potlačili instrumentální charakter práva, mluvíváme o něm jako o (neosobním) řádu, ač samozřejmě nástrojem svého druhu je. Je nástrojem spoluzajišťujícím pokojné soužití lidí v určitém společenství, zachování a rozvoj tohoto společenství, a to včetně vymezení jeho hranic („my“ a „oni“). Ve vymezení společenství jako prostoru důvěry, solidarity a elementárního konsensu sehrává významnou roli ústava (ústavní patriotismus), a to zvláště ta, jež odpovídá zásadám a hodnotám konstitucionalismu, tedy omezuje moc. Díky tomu tlumí tendenci proměňovat jinakost v nepřátelství jako charakteristický znak politická coby předpokladu politiky, státu i práva, které nicméně tak jako tak vycházejí z očekávání angažmá pro něco i proti něčemu.⁶ Tlumení však neznamená eliminaci, ale právě „jen“ odsunutí mimo běžné poměry. Ani to není málo.

Ústavní právo vytváří rámec, v němž se odehrávají politické procesy (*politics*), a to mezi vesměs jím regulovanými aktéry různého typu (*polity*), a k otázkám, jež považuje za přípustné (*policy*). A jako každé jiné právo je i to ústavní výsledkem politiky, politických představ, střetů i hlasování, možná jen v míře o něco vyšší. Dáno je to jak tím, že na některé ústavněprávní otázky typu přímé volby hlavy státu mají politici častěji názor než na subtilní instituty civilního procesu, tak i tím, že každý regulovaný se zajímá především o regulaci, jež na něj dopadá. V případě politiků je to právě ústavní právo.

V této souvislosti je sice míněno ústavní právo jako soubor pravidel vytvářených ústavodárnou či zákonodárnou mocí (ústavodánné shromáždění, parlament, referendum), evidentní však je, že k němu patří rovněž pravidla (re)formulovaná mocí soudní. Otázkou je, zda jsou kvůli tomu vyňata z politického střetu. Někaký střet o právo je tu vždy, musí však být politický? Rozdíl bude v modelech ústavního soudnictví (všeobecný difusní versus specializovaný koncentrovaný) s dopadem na aktivní legitimaci (skupina poslanců proloungujících spor s parlamentní většinou versus občan), ale také ve sledovaných cílech. Občanovi v podmínkách něčeho na způsob *actio popularis* může jít o holé přečtení ústavy a její konfrontaci se zákonem, také se však může snažit přimět ústavní soud, aby v ústavě „nalezl“ něco, co tam dosud málokdo viděl, což bývá typické pro tzv. strategické litigace. Vytvoření nového pravidla je výkonem spíše politickým než aplikačním, a to bez ohledu na to, zda je tvůrce vybaven atributy „apolitičnosti“.⁷ Méně jde o ony atributy, více o to, co daný orgán skutečně dělá, případně ve vztahu k jakému tématu to dělá (doktrína politické otázky⁸ – viz dále).

6 SCHMITT, C. *Pojem politická*. Brno – Praha: OIKOYMENH, 2007.

7 U nás doporučuje očistu politiky mj. omezením agendy vyhrazené k rozhodování politikům ve prospěch různých nezávislých orgánů M. Klíma. Viz KLÍMA, M. *Od totality k defektní demokracii*. Praha: SLON, 2015, s. 282 násl. K britské diskusi o odlišení špatné (stranické, klientelistické...) politiky a politiky jako takové viz OLIVER, D. The Politics-Free Dimension to the UK Constitution. In: QVORTRUP, M. (ed.). *The British Constitution: Continuity and Change. A Festschrift for Vernon Bogdanor*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

8 K tomu např. TOMOSZEK, M. Aplikace doktríny politických otázek Ústavním soudem ČR. In: HAMUŠÁK, O. (ed.). *Fenomén judikatury v právu*. Praha: Leges, 2010; PÍČOVÁ, L. Politická otázka v judikatuře Ústavního soudu ČR. Byla, je a bude? *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 2014, č. 2.

Vedle pragmaticky chápaného zájmu politiků prosakuje do ústavního práva okolí (vnější prostředí) též v souvislostech antropologických či ideologických. Stanovování pravidel dobré vlády je nutně propojeno s tím, jak vnímáme obraz člověka, lidskou přirozenost, což můžeme pozorovat u Aristotela, Machiavelliho, Hobbese, Rousseaua, Madisona... Je vláda dobrem korigujícím to zlé (příliš racionální, iracionální...) v člověku, anebo je spíše zlem utlačujícím přirozenou lidskou svobodu, kreativitu a autenticitu? Na to se samozřejmě odpovědi různí. A velmi podobné je to s ideologiemi: bez ohledu na to, jaký člověk je, můžeme mít různé názory na to, jaký být má, k jakému cíli se má vyvíjet svět, jakou roli v tom může sehrát politická moc a právo určitého státu. Vadí-li nám pejorativně znějící pojem „ideologie“, který implikuje uzavřenost, dogmatismus či nepochybující odpovědi na vše, můžeme jej do určité míry nahradit neutrálně znějícími hodnotovými představami, jež podbarvují politickou soutěž a do různých právních odvětví se promítají s měnlivou intenzitou.⁹

Zřejmě nejvýraznějším příkladem propojování ústavního práva a politiky jsou ústavní konvence, jež ostatně kanadský autor A. Heard přímo váže na „manželství práva a politiky“.¹⁰ Ústavní konvence nevznikají formalizovaným postupem jako právní pravidla, nýbrž praxí ústavních aktérů. Jejich motivem je pocit správnosti, tedy pocit, že se má postupovat právě takto, jelikož se tak postupovalo i v minulosti, případně tomu navíc svědčí nějaký principiální důvod. Konvence přispívají k vytváření a aplikování práva jako smysluplného a co možná předvídatelného celku. Podobají se právním (ústavním) obyčejům, k jejich vzniku však není třeba skutečně dlouhé doby stabilizace a také nejsou pramenem práva, tj. nerozhodují podle nich soudy. V tom je patrné obecnější odlišení právních pravidel a sociálních konvencí co do sankce v případě jejich porušení: formalizované řízení versus společenský odsudek, odtazitost okolí apod. V judikatuře se nicméně na ústavní konvence přesto objevují odkazy, protože jejich pomocí lze jasněji určit, co jako právo platí, jak je třeba vykládat neurčité pojmy, jak zužovat původně širokou diskreci. Jde vlastně o ustálenou praxi, jež možná nahodile začala, nenahodile však pokračovala. Častokráte se ostatně i v jiných oborech práva užívá obrazu o svalovém obalu kostry právních předpisů, kdy svalovým obalem může být jak judikatura, tak právě ustálená praxe.¹¹

⁹ Srov. WINTR, J. Vliv politických idejí a programů na české zákonodárství v letech 1989–1998. In: GERLOCH, A. a P. MARŠÁLEK (eds.). *Zákon v kontinentálním právu*. Praha: Eurolex Bohemia, 2005, s. 293–341.

¹⁰ HEARD, A. *Canadian Constitutional Conventions. The Marriage of Law and Politics*. Toronto: Oxford University Press, 1991. Klasickou knihou rozpracovávající původní členění ústavního práva v širším smyslu A. V. Diceyho nicméně je MARSHALL, G. *Constitutional Conventions: the Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford – New York: Oxford University Press, 2001, původně z roku 1984.

¹¹ Obdobně „Nontextual Instruments“ podle ELKINS, Z., T. GINSBURG a J. MELTON. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009, s. 45. Odlišení judikatury a praxe je podstatné, protože současná uhranutost soudy upozaďuje fakt, že se ke slovu dostávají jen v případě sporu neřešeného jinými prostředky. Ústava (nejen ona) však může být ustalována či dotvářena praxí rovněž jiných orgánů, jež jí mohou rozumět stejně dobře (lépe, hůře) než soudy. Tomu byl ostatně věnován můj první větší článek, zmíněný shora.

Byla-li řeč o diskreci, otevírá se další pole prolínání i odlišování práva a politiky. Tím je otázka míry naprogramovanosti politiky právem. V klasickém rozlišení je s politikou spojena kreativita, invence, volnost, zatímco s právem subsumpce skutkových dějů předem danému právnímu pravidlu. Takto je postaven rozdíl gubernacula a jurisdictia u H. de Bractona, prerogativy a vykonávání zákonů u J. Locka, politiky a administrování u K. Mannheima, právní politiky a adjudikace u B. Tomsy apod. V tomto ohledu platí, že čím více je právní regulace, tím menší je prostor pro politiku v jiné podobě, než je snaha o změnu právní regulace. Politik je tím pádem buď zákonodárcem tvořícím pravidla, nebo úředníkem je aplikujícím. Ledaže by právní pravidla ponechávala orgánům aplikace práva tak široké prostory uvážení, že se uvnitř práva mění paradigma subsumpce ve volnost. Jenže vývoj právního státu s sebou nese omezování volnosti správy. Když ne ze strany zákonodárce, tak ze strany soudů, které zdánlivě širokou diskreci zúží. Je-li tedy řeč o ideologii volné aplikace práva, nemyslí se na úřady, nýbrž na soudy.¹²

A netýká se to jen správy. Vezměme jen v potaz zdejší debaty vztažené k prezidentu republiky obecně a k jeho kompetenci udělovat amnestii či milosti různého druhu zvláště. Vadit nám může, k jakému účelu prezident republiky svých kompetencí užívá, anebo jakým způsobem to činí. Zatímco druhý případ může souviset s kompetenční expanzí, případně kompetenčními excesy, a je možné jej nejen kritizovat, nýbrž také právními prostředky potlačovat, ten první bude více vázán na (přípustnou?) diskreci. Máme říci, že jelikož se nám nelíbí, jak prezident republiky rozhodl, že tak rozhodnout nesměl, protože podle našeho soudu směl sledovat pouze ústavně aprobované účely, což jsou shodou okolností ty, které ctíme my? Pokud by tomu tak bylo, logicky se nabízí soudní přezkum naplňování oněch účelů, takže nakonec to bude Ústavní soud, který např. řekne, zda amnestie či milost mohla být udělena. Anebo se můžeme smířit s tím, že diskrece může být užita leccak, přičemž sankci může být prohra v dalších volbách, veřejné opovržení či věčné zatracení. To by asi více odpovídalo Lockově pozici ve vztahu k prerogativě, jež je limitována veřejným prospěchem a zájmem: to, co bude dovoleno jednomu knížeti, nebude dovoleno jinému, protože podstatná není kompetence, nýbrž její využití, tedy konání dobra či zla.¹³ Anebo můžeme dumat nad podobou relevantní právní úpravy a pokoušet se promyslet pojistky nežádoucího využívání kompetencí.

To posledně zmíněné doporučil pro určité situace ve svém vystoupení na letošních Weyrových dnech právní teorie M. Antoš, když varoval před ústavním či ústavněprávním kýčem. Jeho podstatou jsou stížnosti na jednání konkrétních ústavních aktérů bez bližšího vyhodnocení toho, nakolik je toto jednání umožněno ústavními pravidly, a s apriorním odmítnutím bavit se o podobě či změně těchto pravidel. Ve výsledku zůstává pocit, že Ústava

12 WRÓBLEWSKI, J. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2010. V češtině k tomu opakovaně publikoval Z. Kühn, viz např. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002.

13 LOCKE, J. *Drubé pojednání o vládě*. 2. vyd. Praha: Svoboda, 1992, s. 128–129.

je dobrá, lidé jsou špatní, pročež musíme hledat lepší (platónská linie politického myšlení). Vyvolává-li však určitá úprava problému dlouhodobě, a bez ohledu na změnu personálního substrátu ústavních orgánů, není na místě zaměřit se spíše na její změnu, než na očekávání, že konečně přijde ten, který jí bude rozumět? Zhruba takto se ptal M. Antoš.

Jeho vystoupení samozřejmě nemělo znamenat, že máme každou nespokojenost s výkonem ústavního aktéra proměnit ve změnu ústavního pravidla, které se stejně samo neprosadí, spíše bylo apelem, abychom změnu ústavního pravidla nevyklučovali. Jinak vlastně s odvolávkou na respekt k ústavě snižujeme její vážnost, umožňuje-li tolik různých výkladů a postupů, vesměs bez sankce při zvolení toho „nesprávného“.¹⁴ Ústava je jistě dokumentem politickým, také však nepochybně právním, resp. toho času v pořadí spíše obráceném. A právě v obhajobě ústavních pravidel jako právních se M. Antoš shoduje s A. V. Diceyem.¹⁵

Dicey totiž nezavedl rozlišení ústavního práva v užším smyslu a ústavních konvencí, aby ústavu rozmlžil, nýbrž naopak. Chtěl zachránit ústavní právo v podobě pravidel vynucovaných soudy, pročež z něj vydělil ústavní morálku či politickou etiku, tedy konvence.¹⁶ Stejně tak i M. Antoš připomíná, že při výkladu Ústavy nejde jen o to, co by se mělo nebo slušelo, ale i o to, co se musí, případně nesmí. Po vzoru Hume-Jørgensenovy teze, prezentované u nás P. Holländerem,¹⁷ bychom tuto tezi mohli označit jako Dicey-Antošovu. Jinou věcí je, zda nezakázané jednání má být zcela přenecháno úradku držitele kompetence, anebo může být usměrňováno poukazy na různé typy standardů, zavedenou praxi apod. Takové usměrňování však může vycházet z doktríny či veřejnosti, ne nutně od soudů.¹⁸ Jinými slovy diskrece nerovná se svévoli, z čehož bez dalšího nevyplyvá nic o povaze relevantních sankcí.¹⁹

Platí-li postulát o propojení ústavního práva a politiky, není překvapivé, má-li důsledky pro metodologickou orientaci oboru. V minulosti u nás o tom probíhaly debaty

¹⁴ Značný rozptýl interpretace toho, co naše Ústava připouští, považuje za její výrazný deficit MALENOVSKÝ, J. O legitimitě a výkladu české ústavy na konci století existence moderního českého státu. *Právník*, roč. 2013, č. 8.

¹⁵ DICEY, A. V. *The Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982 (reprint 8. vyd. z roku 1915).

¹⁶ MARSHALL, G. *Constitutional Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1971 (reprint 2011), s. 7.

¹⁷ HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.

¹⁸ Patrně se tu dají rozlišit tři přístupy. Podle prvního, odpovídajícího pozici P. Labanda v 19. století, dosahuje ústavní právo pouze někam, ponechává tedy určité jevy, procesy a situace neupravené. Druhý přístup pracuje s tím, že právo je v zásadě všude, vytváří však ve svém rámci něco jako bubliny, a to právě v podobě diskrece. Ta může být v určitých mezích ničím nepodmíněná, anebo by její výkon mohl být podřízen obecným principům a mimoprávním měřítkům hodnocení. Přístup třetí podřizuje vše relativně konkrétním vodítkům s možností přezkumu.

¹⁹ Zřejmě něčemu takovému říká M. Jestaedt po vzoru H. Krügera „ústavní očekávání“: jde o ústavou vyžadovanou pozici, jež odpovídá správnosti – obrazu obecného blaha, aniž by přitom byla svázána právní sankcí. Viz JESTAEDT, M. *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*. Paderborn – München – Wien – Zürich: Ferdinand Schöningh, 2009, s. 61.

v 60. letech na stránkách Právníka, po roce 1989 spíše v denním tisku. K větší otevřenosti vědy ústavního práva se hlásili V. Klokočka, P. Peška nebo J. Blahož. Podobné debaty probíhaly a probíhají rovněž v zahraničí. Známa je metodologická tenze poznamenávající pěstování ústavního práva ve výmarském Německu, různé přístupy však vidíme i v angloamerickém světě či ve Francii: organické ústavní právo se pěstuje se znalostí politických procesů a institucí. Nemá to samozřejmě znamenat úplnou metodologickou rozbředlost, protože je účelné odlišovat vědu ústavního práva jako ústavní dogmatiku (pravidla s určitým předmětem) a širší ústavní teorii, do níž mohou pronikat filosofické, politologické a sociologické komponenty (metaprávní pravidla, teorie interpretace, meta-juristické pojmy, modely, principy, předporozumění).²⁰ Jistě ne vše, co projevuje zájem o ústavu jako řád vládnutí dané společnosti, je ústavním právem, jistě ne každý zájemce je konstitucionalistou. Na druhou stranu nemůže být věda ústavního práva hermeticky uzavřenou, nemá-li se stát slepou,²¹ tj. trpně přijímající jakoukoli ústavní úpravu nahlíženou výlučně prostředky jazykového výkladu. Znamenalo by to mj. rezignaci na analýzu původu a účelu daných pravidel (různé druhy komparace), také však vyloučení právněpolitických úvah, které na základě znalosti regulovaných vztahů umožňují promýšlet případnou lepší regulaci.

Relevantní je tu připomenutí Ch. Perelmana: „*Právní systém totiž není uzavřený a izolovaný od svého kulturního a společenského kontextu, naopak, stále od něj přijímá podněty.*“²² Či velmi podobná slova I. Muchy, reflektující právně-sociologickou orientaci ve zkoumání práva: „*Zvyky, konvence, normy a zákony jsou zakódovány v reálném životě lidských komunit a společností.*“²³ To platí jak pro soudcovské právo, tak pro právotvorbu legislativní. Jistě z toho neplyne, že konstitucionalista by měl být sociologem či antropologem, doajista by si však měl být vědom kontextu svého oboru. J. Reschová v této souvislosti připomíná poznámku V. Bogdanora o navázání kodifikované ústavy na předústavní a mimoústavní zdroje normativity, což se promítá jak v tom, vůči čemu se ústava vymezuje (pozitivně navazuje, negativně se vyhraňuje – reaktivní ústava), tak v její akceptaci a v předporozumění, s nímž se k ní přistupuje.²⁴ Limituje to mj. efekt právních transplantátů, jsou-li přesazeny do kulturně cizorodého prostředí. Stejně tak to však může podvázat účinnost politické, historické, evoluční, zkrátka britské ústavy, když se společnost změní natolik (proměna politické třídy, kulturní a etnická heterogenita), že dříve samozřejmé kulturní a politické normy samozřejmými, resp. srozumitelnými být přestanou. To může vytvořit tlak

²⁰ Takto odlišuje ústavněprávní a politologickou perspektivu při analýze konstitucionalismu rovněž J. Reschová. S touto první spojuje proces vzniku a změn ústav či interpretaci textu, s touto druhou vazby mezi mocemi nebo roli institucí. Viz RESCHOVÁ, J. *Evropský konstitucionalismus: zdroje, formy a tendence*. Praha: Vysoká škola ekonomická, 2003, s. 7.

²¹ JESTAEDT, M., op. cit.

²² PERELMAN, CH. *Právní logika. Nová rétorika*. Bratislava: Kalligram, 2014, s. 120.

²³ MUCHA, I. *Proměny práva a společnosti*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 130.

²⁴ RESCHOVÁ, J., op. cit., s. 23–24.

na zevrubnější psanou regulaci, u níž je role předporozumění přece jen o málo menší. Obdobné otazníky však lze kreslit rovněž u 230 let staré a značně obecné Ústavy americké: je-li reflexí hodnot a představ o dobré vládě, bude fungovat stejně v podmínkách převahy protestantských Anglosasů i při její absenci?²⁵

Někdy se tak ten či onen konstitucionalista věnuje více dogmatice, jindy teorii, obor une-se obojí. Připadá mi zkrátka, že je tu prostor pro více metodologických linií, jež se promítají v různě otevřené koncepci ústavního práva. Rizikem je samozřejmě to, které bývá v USA připomínáno u širokého metodologického zaměření „*Law in Context*“ (*Law and Economics/Politics/Society/Literature...*) – že je tu tolik kontextu, až se v něm ztratí právo.

2 Ústavní právo jako odvětví

Tušíme už tedy, že ústavní právo souvisí s politikou jako činností i „hracím polem“, měli bychom však upřesnit, co jím je. Odlišit můžeme odvětví ústavního práva jakou součást systému práva, jenž je rozebírán v učebnicích teorie práva, a ústavní právo jako obor, vědu či nauku, jež se zabývá reflexí onoho odvětví. A jde o to, jak je to reflexe široká a hluboká.

Mluvíme-li o odvětví ústavního práva, jde z hlediska struktury především o právní normy (pravidla) obsažené v pramenech práva různého typu (ústava, ústavní zákony, zákony, podzákonné předpisy, mezinárodní smlouvy), ale i o rozhodnutí orgánů veřejné moci s obecnými účinky (typicky rozhodnutí ústavních soudů, případně jiných vysokých soudů, také však rozhodnutí jiných orgánů vyjasňující kompetence a procedury – delegace kompetence hlav států, usnesení parlamentních komor vykládající ústavu nebo jednací řády), ba i o stabilizované postupy veřejné moci, opřené o pocit správnosti v nakládání se svěřenými pravomocemi (ústavní konvence). Podstatné je samozřejmě to, čeho se týkají.

A tu se zřetelně rozvíjejí dvě základní oblasti ústavního práva, v této podobě profilované vlastně už od ústav jednotlivých severoamerických států v 18. století. Za prvé jde o organické ústavní právo (*frame of government*), jež pojednává o zřízení, kompetencích, ustavení, odpovědnosti a vzájemných vztazích nejvyšších orgánů státu (horizontální úroveň),

²⁵ To je dílčí prvek pozdního spisu S. Huntingtona *Kam kráčíš, Ameriko?* Praha: Rybka Publishers, 2005. Je příznačné, že známý francouzský filosof B.-H. Lévy ve svém svérázném cestopisu vyjadřuje z tohoto spisu a ze zatrpklého Huntingtona zklamání (hispanofobní, xenofobní...). Viz LÉVY, B.-H. *Americká závrat!* Brno: Host, 2006, s. 248, 253 násl. Když to trochu zveličím, důvodem zřejmě má být, že ze změny (jakékoli?) a z pestrosti (jakékoli?) se přece máme radovat, a nikoliv v tom vidět konec. Resp. konec to možná bude, ale jednak všechno skončí, jednak třeba začne něco nového, ještě pěknějšího. Tuto linku lze ostatně sledovat i v debatě o budoucnosti moderního státu, započaté P. Holländerem a t. č. sebrané in AGHA, P. (ed.). *Budoucnost státu?* Praha: Academia, 2017. Důležitá je též Holländerova reakce – viz HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu – post scriptum. *Právnícké listy*, roč. 2017, č. 1. Proti opojnému optimismu jistě nelze ničeho namítat (možná dělá lidi lepšími), neměl by však přerůst v kaceřování skeptiků a pesmistů jako vyvrhelů.

potažmo o patrech systému veřejné moci, nemají-li čistě hierarchickou, jen na dělbě práce založenou povahu (vertikální úroveň ve smyslu federativního členění, autonomie nebo územní samosprávy versus dekoncentrace ústředních správních úřadů). Za druhé jde o vymezení vztahů státu a jednotlivce, resp. limitů moci státu vůči jednotlivci v podobě katalogů základních práv a svobod (*bill of rights*). Plynutím času se zřetelně proměnil význam obou částí ústavního práva,²⁶ což je konečně vidět i na literární produkci, jež je orientována zejména na lidská práva, kazuistiku a judikaturu, a nikoliv na systém výkonu veřejné moci. O tom však ještě bude řeč.

Proměna vztahu obou částí se týká především juridizace ústav, tedy toho, že začaly být považovány za přímo aplikovatelné právo, přičemž objem sporů o základní práva jednotlivců je vcelku samozřejmě mnohonásobný ve vztahu ke sporům o rozsah kompetencí ústavních orgánů či o ústavnost právních předpisů.

Nejde však jen o to, že původní monology zákonodárce zatlačily zdůrazňováním primátu jednotlivce před státem do pozadí organické ústavní právo, které pracuje se státem jako s daností a svého druhu i s dobrem sloužícím občanům, zaměřuje se současně kanalizováním a rozdělením moci na to, aby nepervertoval. Lidskoprávní katalogy totiž nejsou zdaleka jen monology zákonodárce, potažmo výrazem shody vysokých smluvních stran v mezinárodním právu, nýbrž změnily se ve shora zmíněnou kostru, která není patrná ani tak pod obalem zákonů, jako spíše soudních rozhodnutí. To, co lidská práva obnášejí, vyjevují (nalézají?) tudíž spíše soudy než ústavodárná shromáždění nebo parlamenty. Relativizována je tak teze, kdesi vyjádřená R. Dahlem, že lidská práva omezují většinu, nejdříve však většina musí stanovit, co jsou lidská práva (sebeomezení).

Kromě proměny povahy ústavy a vzájemného vztahu obou klasických částí ústavního práva je třeba zmínit rovněž rostoucí konstitucionalizaci řady témat (společenských vztahů). Nejčastěji se na to upozorňuje na příkladu rozsáhlé brazilské ústavy, v našich poměrech je to patrné na politicky citlivých tzv. finančních ústavách.²⁷ Souvisí to jak s rostoucím objemem úkolů a cílů státu (nejen sociální stát – je-li tedy ústavní právo právem politiky, bytní v závislosti na tom, co předmětem státní politiky je: otázky ekonomické, medicínské aj.), tak zřejmě i s narůstajícím strachem z (prostě) většiny, jejímuž rozhodování (unáhlenému, iracionálnímu, necitlivému, nekompetentnímu...) se vytvářejí překážky „opevněním“ dané otázky v ústavní úpravě. Tím ovšem omezujeme to, oč je možné vést politický boj, aniž by přerůstal v potřebu změny ústavních pravidel. Vede-li se totiž politický boj o ústavní pravidla, oslabuje se tím jejich role stabilního rámce, potažmo kotvy veřejného dění.

26 Lidská práva působila v rámci politické a morální doktríny, do práva se přesunula jako specifické tolerance (M. Kriele) ze strany státu (typická náboženská tolerance), pak jako monology zákonodárce (J. Pražák), posléze jako vynutitelná práva. Dnes hrají roli triumfů, triumfových karet (R. Dworkin).

27 ŠIMÍČEK, V. (ed.). *Finanční ústava*. Brno: Masarykova univerzita, 2013.

Subvariantou neurčitěho strachu z libovolné většiny je velmi konkrétní strach z příští politické většiny v podmínkách systémových proměn. Stávající držitelé moci počítají s tím, že ji ztratí, pokoušejí se však zafixovat své dědictví na ústavní úrovni, ideálně v kombinaci se zajištěním vlivu na ústavní či nejvyšší soud, který bude ústavu vykládat a chránit.²⁸ To je podstatou tzv. pojišťovací teze T. Ginsburga, již lze doložit na řadě zemí Latinské Ameriky.²⁹

3 Ústavní právo jako obor: schematický nástin stavu, trendů a tendencí

Nauka či věda ústavního práva zkoumá, promýšlí, komentuje či kritizuje právní úpravu nastíněnou výše, zabývá se však též její pojmovou strukturou, historickým a sociálním kontextem. Plynule přechází v ústavní teorii a ve státovědu, od nichž přebírá např. poznatky o typologii a trvanlivosti ústav, samotné ideji konstitucionalismu, významu a proměně rolí státu, jiných (alternativních) typech organizace politické moci, případně též o její privatizaci, apod.

Pokud jde o relevantní pojmy, může jít jak o obecné pojmy typu suverenity, tak o pojmy označující zavedené právní instituty jako je odpovědnost a její typy nebo kontrasignace. Povědomí o vzniku, vývoji a vrstevnatém významu takových pojmů umožňuje náležitě interpretovat texty, v nichž se na ně odkazuje. Texty ústav se přitom vyznačují vyšším podílem právě velmi obecných a neurčitých pojmů, programovými ustanoveními, neúplnými normami apod., jež kladou na interpretaci značné nároky.³⁰ Zřetelný je tu též hodnotový základ, jenž by se měl v interpretaci a aplikaci ústavních pravidel projevat. O tom už však ve vztahu k limitům diskrece byla řeč výše. Neznačená to ovšem, že cokoliv je v ústavách napsáno, je nutně neurčité, mnohovýznamové, diskursivní, věci názoru...(viz ostatně Dicey-Antošovu tezi zmíněnou výše).³¹

Tak jako se během 20. století změnil poměr obou základních částí ústavního práva jako odvětví, změnila se i struktura vědy ústavního práva. Ch. Möllers ukazuje, jak se v Německu po 2. světové válce změnil převládající státovědný diskurs v ústavněprávní: místo

²⁸ Ke vztahu míry konstitucionalizace politického systému a soudních garancí viz též RESCHOVÁ, J., op. cit., s. 159.

²⁹ Viz např. MOUSTAFA, T. a T. GINSBURG. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. In: MOUSTAFA, T. a T. GINSBURG (eds.). *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge University Press, 2008. V současnosti je ukázkovou laboratoří Venezuela, v níž autoritářský režim dokázal významně oslabit důsledky volebního vítězství opozice ve volbách do Kongresu právě za pomoci obsazení nejvyšší soudní instance.

³⁰ Böckenfördeho paradoxem má být přímá aplikovatelnost ústav navzdory jejich neurčitosti, resp. vyšší míře otevřenosti jejich textury. Srov. např. HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003. P. Holländer na tento paradox upozorňuje i v dalších svých textech.

³¹ K jazyku ústav (vyjádření politických kompromisů, přebírání terminologie, zastarávání apod.) srov. FILIP, J. *Ústavní právo České republiky. 1. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR*. 4. vyd. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2003, s. 130–132.

otázek vztahu práva a politiky, včetně míry imunizace politických jednání před soudním přezkumem, se stala dominantní metodologie interpretace norem, místo profesorů, jejich knih, časopisů a odborných setkání se stali klíčovými soudci a jejich rozhodnutí. Snížil se význam „pojmově-konstruktivní vědy státního práva“,³² pro někoho až příliš. Podle M. Jestaedta se stala judikatura Spolkového ústavního soudu náhražkou (kritické) teorie, což označuje pěkným slovem „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“.³³

Není na tom nic specificky německého. Zatímco v USA byla pozornost judikatuře vždy prioritní, což však neznamená výlučná, v Evropě tomu tak nebývalo. Koneckonců i u nás je dnes pro studenty typičtější studium soudních rozhodnutí než zákonů či dokonce literatury. Přibývá odborných textů psaných ryze prismatem judikatury (zvláště Ústavního soudu nebo Nejvyššího správního soudu), tj. bez kritického odstupu. Umocněno je to mezi akademiky rozšířenou módou soudcovský talár buď oblékat, nebo jiným s jeho nošením alespoň pomáhat. Problém XY není v takovém případě řešen článkem, ale rozsudkem, nálezem, usnesením... Patrná je též zdrženlivost ve vyjádřeních k aktuálním kauzám, protože „co kdyby skončily u nás“. Ve středu zájmu judicializovaných akademiků jsou vcelku pochopitelně témata, jimiž se v praxi primárně zabývají, tedy spíše lidskoprávní, než organická či dokonce státovědná. Těžko to někomu zazlívát, ale mělo by jít o míru.³⁴

V posledních dekádách je evidentní, že zaměření na lidská práva je dominující (původ, typologie, účinky, katalogy, systémy ochrany, limity, kazuistika). Je s tím spojeno i to, čemu se porůznu říká imperialismus, hegemonie, rétorika nebo politika lidských práv, debaty o právu na práva apod. Lidská práva v tomto světle fungují jako ultimátní argument

³² MÖLLERS, Ch. *Der Vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008, s. 38–40. Ústřední role profesorů státního práva v německých ústavních debatách 19. a první poloviny 20. století si všímá rovněž P. C. Caldwell: publikovali příručky státního práva, rozpracovávali abstraktní témata, školili a dozороvali společensky vlivný stav právníků... Viz CALDWELL, P. C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham – London: Duke University Press, 1997, s. IX.

³³ JESTAEDT, M., op. cit., s. 39.

³⁴ Koneckonců mnohé z toho, co jsem kdy napsal, souviselo s mou parlamentní (senátní) praxí. J. Příbář upozorňuje na hledání mimoakademických kariér rovněž u německých akademiků, u nichž přitom patrně nepůjde o potřebu přivýdělků, jako spíše o potřebu různorodé seberealizace (ústavní soudci, členové legislativních rad, vládní a ministerští poradci). Do této kategorie vlastně patřím též, přesto se domnívám, že jde o jiný typ potenciální tenze než je tomu v případě souběžné celoživotní kariéry vyžadující sebeomezení. Ale možná jen nevidím břevno v oku svém. Příznačné ostatně je, že mi tento osobní přesah připomněl T. Friedel. Srov. PŘIBÁŘ, J., HVÍŽDALA, K. *Tyranizovaná spravedlnost*. Praha: Portál, 2013, s. 187. Bezproblémový nemusí být ani souběh činnosti právního akademika s výkonem advokacie – srov. RICHTER, T. Koho chleba jíš, toho píseň zpívej. Konflikty vznikající při propojení právní praxe s právní teorií. *Právník*, roč. 2013, č. 2. Vysvětlení T. Richtera, proč k takovému souběhu dochází, mívá primárně k výši příjmů, což je bezesporu validní (příjmy podstatné části učitelů PF UK nedosahují pražského průměru), po mém soudu to však nebude důvodem jediným. Potřeba různorodé seberealizace může vést ke střídání kariér, kdy se během profesního života postupně věnujeme různým činnostem, anebo právě ke zmiňovaným souběhům.

způsobilý přebít např. i mezinárodním společenstvím garantované ústavní uspořádání jsoucí výsledkem zhodnocení příčin a výsledků občanské války, jak se ukázalo při rozhodování Evropského soudu pro lidská práva o „diskriminačním“ rázu „daytonské ústavy“ Bosny a Hercegoviny. V mezinárodních vztazích mohou být titulem k ingerenci do vnitřních záležitostí, protože lidská přirozenost, s níž se tu operuje, nemůže být odlišná podle teritoria.

Patrným úskalím této dominance je přílišné soustředění se na jednotlivce na úkor komunitární perspektivy, tedy oslabování významu prisuzovaného veřejnému zájmu a lidské pospolitosti jako něčemu trochu nebezpečnému, vyspekulovanému, samozřejmému, jak se komu líbí. Důsledkem je hledání základních práv státu, aby vůbec stát mohl být v určitých soudních sporech vzat v potaz.

Nicméně i v rámci lidskoprávního diskursu se mění akcenty. A nejde jen o vertikální nebo horizontální účinek lidských práv. Zatímco původní étos základních lidských práv byl spojen s omezováním veřejné moci v zájmu zachování svobody jako sféry individuální autonomie, nástupem antidiskriminační politiky se to mění. Vynucování nediskriminační rovnosti představuje pozvánku a pobídku pro veřejnou moc, aby vstupovala do sféry individuální autonomie osoby A (negativní svoboda) za účelem realizace životních cílů osoby B (pozitivní svoboda). V této optice není podstatná garance prostoru nezasahování státu, není-li zřejmé, co si s oním prostorem počít, tedy: ne svoboden, ale k čemu svoboden? Tím se ovšem proměňuje původní filosofický kontext lidských práv z liberalismu klasického směrem k soudobému liberalismu americkému, který je v leccems více rovnostářský než socialismus: tomu šlo o ekonomický status, zatímco dnes jsou v centru pozornosti nejrůznější identity a směsice praktik současně směřujících k jejich vyrovnání i stvrzení.

S pěstováním a ochranou rozličných identit je začasť spojeno očekávání, že je bude veřejná moc nejen cítit, nýbrž bude dbát, aby byly ctěny jinými ve jménu důstojnosti dotčených. Nedostatek úcty může být snadno vnímán jako atak, výraz nenávisti (co vše je „hate speech“?), zdroj emocionální újmy. Jenže zatímco cílený, agresivní a hrubý útok na něčí atributy (slabiny?) můžeme považovat za neslušný či jinak nepřijatelný, bránit třeba jen mimoděčným poznámkám, jimiž se někdo (žena, muž, gay, bezvěrec, muslim...) může cítit dotčen, by znamenalo efektivní podvázání svobody projevu. Také likvidaci humoru.

Výsledkem tlaku na všemožná práva, a možná ještě spíše rychlosti, s níž se objevují a jsou prosazována, však může být ztráta autority práva (jsou tu odpovídající povinnosti, ztotožňujeme se s tím, co má jako právo platit, nebude takové právo ignorováno?) a zejména regres. Nemálo komentátorů přece upozorňuje, že brexit nebo nástup D. Trumpa souvisí s pocitem nemalé části populace, že nesmí dávat legitimně najevo, co si myslí, resp. co považuje za správné, jelikož „elity“ to něco označily za objektivně nesprávné. Rychlost a intenzita změn otřáslы identitou domnělých „lidí věřejška“. Zde se sluší

připomenout, že S. Huntington, tak kritizovaný H.-B. Lévy, reaktivní „nativistický“ rasismus nepřivolával, naopak se jej obával kvůli ohrožení podoby soužití, jíž už bylo dosaženo.³⁵ Mají-li takto kaceřování nositelé nesprávných názorů možnost dát najevo nesouhlas s celkovou atmosférou společnosti, v níž je jim žít, udělají to. Ale nebudou v takovém případě radikálněji odmítací novot, než by museli být? Není tudíž někdy méně více?

Z toho samozřejmě neplyne, že se nemáme pokoušet zlepšovat svět, v němž žijeme. Je to však lepší činit prostředky politickými, protože ty předpokládají širší participaci a souhlas, čímž tlačí rovněž na edukaci a přesvědčování širších vrstev společnosti. Zachovává se tak autonomie „chtění“. Právní cesta, tedy rozhodnutí soudu, je založena na tom, že už něco nějak je (dominance „poznávání“), a to je pro mnohé velice iritující, protože na to nemají (a neměli) vliv. Žijí pod vládou poručníků, nadto poručníků relativně málo citlivých, kteří se nepokoušejí posouvat celou společnost přiměřeným tempem, nýbrž postupovat metodou skoků. Ve skoku se však může společnost snadno roztrhnout, vůdce – poručník ztratí kontakt s podstatnou částí vedených, čímž přestane být jejich vůdcem: nemůže být následován, zmizel-li za horizontem. Místo zahrnutí všech do společenských dobrodiní zvyšujeme závaznou (mám právo) laťku toho, co tím dobrodiním je. Weberovská etika smýšlení (svědomí) vítězí nad etikou odpovědnosti, naplňování ideálu v maximální míře upozaduje soudržnost společnosti.

Pozorovat ovšem můžeme náznaky zřetelnějšího návratu zájmu o uspořádání veřejné moci. Ch. Möllers koneckonců správně uvádí, že všechny problémy státního práva nelze vykládat přes práva základní.³⁶ Na poli politické teorie požaduje J. Waldron návrat k institucím, neb se mu zdá, že právě nastavení institucí bylo původní garancí svobody. Místo toho se politická teorie nechala pohltnout rovností, svobodou a spravedlností, tedy v zásadě lidskoprávní perspektivou.³⁷ Vedle neutuchajícího zájmu o soudy se tak už dříve objevily knihy o parlamentech, volící různé neotřelé způsoby jejich zkoumání,³⁸ je tu řada titulů o komparatistice a právních transplantátech, ústavním designu, často spojených se jménem T. Ginburga, atd. Soustavnější pozornost je věnována víceúrovňovému vládnutí a v jeho rámci dělbě moci, legitimitě, ústavnímu pluralismu apod. Do ústavního práva mají přesah reflexe stavu současných demokracií, ať už ve vztahu k referendům nebo třeba politickým stranám.

³⁵ LÉVY, B.-H., op. cit., s. 248.

³⁶ MÖLLERS, Ch., op. cit., s. 59.

³⁷ WALDRON, J. *Political Political Theory. Essays on Institutions*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2016.

³⁸ BAUMAN, R. a T. KAHANA. *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2006. V našich poměrech je takovým neotřelým způsobem typologie a analýza parlamentní kultury – srov. WINTÉR, J. *Česká parlamentní kultura*. Praha: Auditorium, 2010. Pro nauku ústavního práva je důležité vědět, jakými vlastně pravidly se parlamenty řídí, jaké vlivy na poslance působí.

Byla-li řeč o soudech, určitě zůstávají ve sféře organického ústavního práva zásadním objektem výzkumu. Svědčí jim řečený důraz na lidská práva, o nichž se rozhoduje spíše před soudy než v parlamentech, ale nejen to. Jde tu totiž jak o klasické (subsumpční) rozhodování o porušení lidských práv, tak o kreativní rozhodování o jejich (nečekaném) rozsahu, které sice je založeno na „chtění“ (co vše má v rámci práva na rodinný život obnášet sloučení rodiny?), legitimizuje se však kognitivně – jako rozpoznané právo. Snad by se tu dalo dovolávat non-sekvencionalismu po vzoru V. Cepla, který s oblibou užíval obratu „*non sequitur*“ pro označení stavu, kdy něco nevyplývá z něčeho jiného, jakkoliv se to tváří opačně.³⁹ Či přesněji, vyplývat může, chceme-li to, jde však o projev vůle, nikoliv intelektu.

A to je důvodem, proč je ten druhý typ rozhodování o lidských právech problematický: implicitně jím dochází ke konstitucionalizaci něčeho, co by podle politických mocí konstitucionalizováno být nemělo (např. stejnopohlavní sňatky: může je táž ústava nezměněným textem zakazovat i zakazovat jejich zákaz jen kvůli posunu posuzování textu v čase?). Tím se oslabuje politický proces jako proces kolektivního sebe-určení coby opaku cizí dominance.⁴⁰ Ochrana lidských práv politickými prostředky přitom vcelku uspokojivě fungovala v prostředí demokracií westminsterského typu, neřeší však jednak problém „neviditelných menšin“,⁴¹ jednak klade vyšší nároky na politickou kulturu, stav občanského vzdělávání atd.

Jak je patrné, kreativní rozhodování soudů obnáší dotváření, případně i vytváření pravidel, tedy činnost odlišnou od aplikace předem daných pravidel. Ve shora podaném významu je taková činnost činností politickou, a to z hlediska své povahy, nikoliv kvůli tématu. Identifikace politického tématu více souvisí s politickými otázkami.⁴² Tady může být jasně založena kompetence soudů, referenční normy přezkumu nevyvolávají větší pochybnosti, přesto jde o téma s vysokou mírou citlivosti (volební proces, rozhodování o výjimečných stavech, rozhodování o státním rozpočtu atd.). I když se smiřujeme s oběma typy s politikou souvisejícího angažmá soudů a soudců, obvykle právě zde mluvíme o zdrženlivosti a sebe-omezení. Souvisí to se slovy M. Houellebecqua, ač vyslovenými na adresu univerzitních učitelů: „*Naopak mě zarážila netečnost mých kolegů. Jako by si nic nepřipouštěli, nijak se jich*

³⁹ Např. CEPL, V. Co je nejdůležitější. In: KYSELA, J. *Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 70.

⁴⁰ Ve vztahu k referendu srov. WINTR, J. a D. ASKARI. Lidská práva a rozhodování v referendu. *Právník*, roč. 2016, č. 2; vesměs se shodneme, že o lidských právech by se v referendu rozhodovat nemělo, ale co vše jsou lidská práva? Obvykle nám navíc nevádí, když je referendem přijata ústava, v níž se lidskoprávní katalog nachází.

⁴¹ K tomu srov. ONDŘEJKOVÁ, J. Ochrana menšin zranitelných v rámci demokratické normotvorby. *Jurisprudence*, roč. 2015, č. 1.

⁴² Zdá se však, že politické otázky mohou být definovány nejen tématem (viz dále v textu), ale i povahou vyžadovaného rozhodnutí. Nejvyšší soud USA tak v případě *Baker v. Carr* z roku 1962 politickou otázku vztáhl na nedostatečnost standardů potřebných pro soudní rozhodnutí, nemožnost rozhodnout bez předchozí politické determinace nesoudcovským způsobem či nemožnost rozhodnout bez vyjádření nedostatku respektu k politickým mocím. Srov. UITZ, R. Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What Makes a Question Too Political? *Iuridica International*, 2007, č. 2.

*to netýkalo. Jen se potvrzovalo, co jsem si myslel už roky: těm, kdo dosáhnou statusu vysokoškolského pedagoga, by ani nepřišlo na mysl, že by jejich kariéru mohl politický vývoj nějak ovlivnit. Cítili se na-prosto nedotknutelní.*⁴³ Snadno totiž za pedagogy, kteří u nás mají jen jistotu, že každá vláda prohlásí vzdělávání za svou prioritu, dosadíme soudce: pokud je jejich kariéra tak zajištěna před politickými vlivy (právní režim platů aj.), měli by do politického hájemství zasahovat uměřeně. Připouštím ovšem, že má perspektiva psaní od zeleného stolu může být značně odlišná od perspektivy soudce s konkrétní kauzou, konkrétními lidmi.

Velké téma rozsahu a intenzity soudního přezkumu (poslední slovo soudců, střežení průchodnosti kanálů politické komunikace, postih excesů, exempce...) je v základech koncepčního střetu právního a politického konstitucionalismu i debaty o současném demokratickém právním státě jako smíšené vládě svého druhu.⁴⁴ Na Slovensku patří k čilé literární diskusi o materiálním jádru tamní ústavy a jeho garancích. Soudy jako protivětšinové instituce evokují rovněž téma strachu z většiny (viz už výše),⁴⁵ jež se promítá i v něčem, co bývá označováno jako konstitucionalismus strachu.

O konstitucionalismu strachu píše A. Sajó,⁴⁶ není však sám. Řadí k němu v různé míře jak T. Hobbes se strachem ze smrti a vlastně i lidí, tak i tvůrce amerických a francouzských ústavních dokumentů ze sklonku 18. století. Na ně působil strach z tyrana (silné exekutivy) i strach z nemohoucnosti veřejné moci, strach z povstání i konkrétních násilníků na pařížských ulicích a francouzském venkově. V širším smyslu sem spadá rovněž „vybojovávání minulých válek“ při vzniku a změnách ústav – reflexe (strach z) minulých selhání ve snaze se jim napříště vyhnout. To se nemusí týkat jen konkrétních institutů a institucí v podobě patrné při tvorbě německého Základního zákona (oslabení prezidenta a prvků přímé demokracie, stabilizace vlád), ústavy francouzské Páté republiky (zásadní reforma systému směrem k posílení exekutivy) nebo naší Ústavy (zkušenost se symetrickým bikameralismem Federálního shromáždění nebo substituční rolí předsednictev zákonodárných sborů). M. Kriele ukazuje, jak chaos občanské války vede k etablování suverénního státu, potřeba limitace jeho moci ke vzniku státu ústavního, zkušenost s jeho slučitelností např. s otroctvím k demokratickému a sociálnímu ústavnímu státu, jenž tak je odpovědí na opakovaná a různorodá volání po spravedlnosti.⁴⁷

43 HOUELLEBECQ, M. *Podvolení*. Praha: Odeon, 2015, s. 61.

44 MANIN, B. *The Principles of Representative Government*. Cambridge University Press, 1997, s. 238; ONDŘEJKOVÁ, J. Smíšená forma vlády a Evropská unie. *Právník*, roč. 2010, č. 7.

45 Protivětšinovými institucemi jsou soudy jen v určitém smyslu. Zásadně totiž slouží většině, jež stojí za zákony, které soudy aplikují. Důrazem na zákon však omezují momentální většinu na ulici či v průzkumech veřejného mínění. Obvyklejší je však na soudy nahlížet jako na protivětšinové instituce v jejich roli ochránců ústavy i proti formalizované, avšak početně nekvalifikované většině, případně i proti většině kvalifikované, jde-li o klauzule věčnosti, nadpozitivní principy, přirozená práva apod.

46 Zvláště SAJÓ, A. *Constitutional Sentiments*. New Haven – London: Yale University Press, 2011.

47 KRIELE, M. *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*. 6. vyd. Stuttgart – Berlin – Köln: Kohlhammer, 2003.

Jinou silnou emocí je stud, který spoluutváří status lidských práv: stud za to, co bylo možné a běžné a nemělo by se to vrátit (otroctví), pročez vytváříme náležité pojistky. Právě se studem je však třeba nakládat citlivě, protože má velký potenciál zvrátit se ve vzdor: máme-li stydět i za to, že jsme muži, bílí, ze střední třídy (bílí anglosaští protestanti /WASP/ v USA), může to vést nikoliv ke korekci excesů plynoucích z naznačených identit, ale naopak k jejich vehementnímu prožívání a prosazování.

Lidí se sice bojíme, současně jim však – ne tak docela paradoxně – musíme i důvěřovat, protože na jejich součinnost jsme odkázáni, v politickém provozu rozhodují spolu s námi (volby, referendum), ba i místo nás (reprezentativní instituce).⁴⁸ Bez důvěry nemůže úspěšně působit stát ani demokratický ani právní: v jednom případě by se smazával rozdíl oproti demokratickým formám vládnutí (vládne nám někdo jiný, cizí, od nás odlišný), v případě druhém by byla vláda nestranných pravidel transformována ve svévoli. Patří to do záběru nauky ústavního práva? Je-li spojena s ústavní teorií, pak jistě ano.

Zdá se mi, že nauka ústavního práva je specifická ještě v jednom ohledu. Nejen otevřeností vůči jiným oborům ve své poznávací kapacitě (co jako právo platí, jak vzniká, jak se uplatňuje...), ale i svébytným posláním na poli výchovy k občanství a demokracii. Po staletí nikdo nepochyboval o tom, že budoucího vládce je třeba na jeho roli připravovat. Vládou-li občané, lid, my, mělo by něco podobného být zbytečným?

Nauka ústavního práva může a má být také mediátorem hodnot, na nichž spočívá ten který ústavní řád, má zprostředkovat porozumění vztahů mezi nimi a konkrétním ústavním designem (institucemi v nejširším slova smyslu), a tím přispívat k upevnění systému a inkluzi do něj. Zapojovat se tak může do šíření široce pojímané právní a sociálněvědní gramotnosti.⁴⁹ Ukazuje se totiž, že dlouhodobě uspěje jen ten ústavní řád, jenž je svými občany vnímán jako řád dobrého vládnutí, v němž nemusejí rozhodovat o všem, protože mají důvěru v to, že se rozhoduje poučeně, citlivě, se zřetelem k obecnému zájmu, v němž je zahrnut rovněž jejich zájem vlastní.

Alternativou inkluze je vytěsnění, tedy exkluze, jíž se z mnohých subjektů stávají objekty systému. V takovém modelu žilo lidstvo po většinu svých dějin a i dnes je vcelku evidentní, že co do individuálních vyhlídek různého typu není subjekt jako subjekt. Model to může být funkční, jsou-li ti vytěsnění apatičtí a neorganizovaní, tj. neaktivují se jako nepřátelé systému. Případně mohou být aktivní, ale pak jich musí být natolik málo, aby je systém potlačil, izoloval, zprofanoval před apatiky, které se pokoušejí burcovat. Na to se však jednak nedá spoléhat, jednak je demokracie založena na myšlenkách rovnosti a participace, jež značí právě inkluzi.

⁴⁸ URBAN, M. Komu důvěřujeme ve stále složitějším světě? *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, roč. 2014, č. 1.

⁴⁹ FRIEDEL, T. a T. KRUPOVÁ. Sociálněvědní gramotnost – role akademika při zvyšování vzdělanosti. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, roč. 2014, č. 1.

Politika: vôľa k moci či vôľa k spoločnému dobru?*

Politics: Will to Power or Will to Common Good?

Marek Káčer**

Abstrakt

Tento text prezentuje politiku ako úsilie o dosiahnutie moci a ako úsilie o dosiahnutie spoločného dobra, a to s implikáciami pre tvorbu práva, pre obsadzovanie verejných funkcií a pre hodnotenie právnych a politických názorov vyslovených vo verejnom priestore. Autor si kladie otázku, či poňatie politiky v druhom z menovaných významov nie je len reliktom klasického politického myslenia, ktorý nemá v súčasnosti žiadne uplatnenie nielen kvôli praktickým ťažkostiam spojeným s hľadaním a presadzovaním spoločného dobra, ale aj kvôli sociálnym štruktúram, v ktorých sa politika odobráva a ktoré nabádajú politických aktérov, aby nakoniec uprednostnili skôr svoje vlastné mocenské záujmy.

Klíčová slova

Politika; moc; spoločné dobro; politické nominácie; sociálne štruktúry.

Abstract

This text presents politics as a striving for power and striving for common good, both with implications for law-making, for personal nominations into public offices and for evaluation of legal and political opinions declared in public domain. Author investigates whether the latter of the aforementioned conceptions of politics is just a relic of the classical political thinking which is of no use today not just because of practical complications associated with searching for and enforcement of the common good, but also because of social structures in which politics takes place and which incite political actors to prefer their own power interests at last.

Keywords

Politics; Power; Common Good; Political Nominations; Social Structures.

Úvod

Na to, čo je politika, sa dá pozerat' z rôznych uhlov pohľadu.¹ V realistickej perspektíve, ktorá sa snaží popisovať veci také, aké sú, je politika úsilím o dosiahnutie moci. V idealistickej perspektíve, cez ktorú vnímame veci také, aké by mali byť, je politika úsilím o dosiahnutie dobra. Podľa toho, ktorú z týchto perspektív si politik osvojí, hodnotí aj udržateľnosť argumentov, na základe ktorých orientuje svoje správanie. Skúsme sa najskôr v krátkosti pozrieť, ako sa osvojenie daných perspektív prejavuje pri hodnotení

* Ďakujem Martinovi Haplovi a Lucii Berdisovej za kritické komentáre k skoršej verzii tohto textu. Pôvodná verzia tohto textu bola prednesená na vedeckej konferencii Weyrovy dny právni teórie v Brne dňa 1. 6. 2017.

** Doc. Mgr. Marek Káčer, PhD., Právnická fakulta, Trnavská univerzita, Slovenská republika / Faculty of Law, Trnava University of Trnava, Slovak Republic / E-mail: humnox@gmail.com / ORCID: 0000-0001-6571-7051

¹ HEYWOOD, Andrew. *Politologie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 23–31.

argumentov, prostredníctvom ktorých politický aktér orientuje svoju akceptáciu návrhov právnych predpisov, kandidátov na obsadenie verejných postov a právnych a politických názorov vyslovených vo verejnom priestore.

1 Vôľa k moci

Ak je robenie politiky úsilím o dosiahnutie moci, potom úspech v politike sa určuje podľa miery, v ktorej ten-ktorý politik dokáže ovplyvňovať verejné rozhodovacie procesy. V našich podmienkach, v rámci oficiálnej štruktúry štátnej moci, má najväčší vplyv predseda vlády: prejde mu najviac návrhov, či už na zmenu právnej regulácie alebo na obsadenie verejných postov. Povedané v skratke: Úspešný je ten, kto vládne. A cynicky: Je po voľbách, zvyknite si.² V prvom rade teda nejde o zásluhy na zlepšení kvality života v krajine, ale o prostý fakt, či a do akej miery sa politikovi podarilo presadiť vlastnú vôľu pri riadení štátu. Preto sú v tejto perspektíve zvýraznené personálne aspekty politických problémov (*Kto má rozhodovať?*) na úkor ich vecných aspektov (*O čom, resp. ako sa má rozhodovať?*). Takéto nastavenie má potom vplyv na hodnotenie argumentov, prostredníctvom ktorých politik orientuje svoju akceptáciu **i)** návrhov právnych predpisov, **ii)** kandidátov na obsadenie verejných postov, **iii)** právnych a politických názorov vyslovených vo verejnom priestore (námestie, noviny, verejná fóra na internete...).

ad i)

Pri hlasovaní o návrhoch zákonov to väčšinou vyzerá tak, že poslanci sa rozhodujú podľa toho, kto návrh predkladá, a nie podľa jeho vecných kvalít; idú podľa línie strany, nie podľa vlastných znalostí a svedomia. Podriadenie vlastného úsudku oficiálnej línii strany však nemusí byť len prejavom ľudskej slabosti, môže ísť aj o dôsledok zrelého politického či morálneho uváženia. Pretože legitímnou úlohou politickej strany v legislatívnom procese je okrem iného aj agregácia rôznorodých spoločenských záujmov do jednotného politického postoja, čo spravidla prispieva k integrácii skupín, ktoré tieto záujmy majú, do jednotného politického spoločenstva.³ Presadzovať hlasovanie podľa vlastného svedomia a svedomia v každej veci a za každú cenu by v konečnom dôsledku mohlo viesť k paralýze rozhodovacích procesov a k prípadnej destabilizácii krajiny. Na druhej strane hlasovanie o návrhu zákona podľa politickej príslušnosti jeho predkladateľa je nezriedka len výsledkom vyhroteného konfliktu medzi vládou a opozíciou, v ktorom sa naplno prejavuje nekritické klanové myslenie selektujúce ľudí podľa šablóny „my“ a „oni“, resp.

2 Vladimír Mečiar na prvej schôdzi slovenského parlamentu po voľbách na jeseň v roku 1994 a po tom, čo nepohodlných opozičných poslancov upratal do výboru pre životné prostredie. Pozri bližšie: PAN-KOVČINOVÁ, Jana a Juraj HRABKO. Je po voľbách, zvyknite si! *www.sme.sk* [online]. Publikované 31. 10. 1995 [cit. 16. 7. 2017]. Dostupné z: <https://www.sme.sk/c/2134211/je-po-volbach-zvyknite-si-frantisek-miklosko-precedens-jedneho-absolutneho-primitivizmu.html#axzz4lg2EWBHA>

3 Porovnaj: HEYWOOD, Andrew. *Politologie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 272–273.

„priateľ“ a „nepriateľ“.⁴ V takejto atmosfére, či dokonca politickej kultúre, vládna väčšina nepozná žiadny zaväzujúci dôvod, prečo by mala brať ohľad na menšinu. Ak na ňu ohľad berie, chápe to ako akt milosrdenstva alebo akt vypočítavosti.

ad ii)

Ak takýto spôsob uvažovania možno pohodlne uplatňovať pri návrhoch právnej regulácie, o to viac sa núka pri rozhodovaní o personálnom obsadení verejných orgánov. Napokon, kde inde by sa mali personálne aspekty považovať za dôležitejšie než aspekty vecné, ak nie práve v rozhodovaní o tom, ktorý úrad spárovať s ktorým človekom? Aj tu však dokáže chápanie politiky ako úsilia o dosiahnutie moci napáchať škody. Tá najväčšia spočíva v tom, že pri posudzovaní vhodnosti kandidáta hrajú úlohu skôr také jeho kvality, ktoré dávajú šancu, že sa kandidát bude pri výkone funkcie správať lojálne voči osobe, ktorá ho danej funkcii ustanovila a nie také kvality, ktoré dávajú záruku, že kandidát bude funkciu vykonávať so všetkou odbornou starostlivosťou. Chamtivosť či vydierateľnosť kandidáta tak môže byť väčšou devízou ako jeho čistý morálny profil, nezávislosť a expertný úsudok. Takáto personálna výbava nominanta sa môže hodiť nominujúcej osobe všade tam, kde sa rozhoduje o politicky citlivých veciach v najširšom slova zmysle, napríklad v kompetenčných sporoch, pri kontrole ústavnosti zákonov, pri rozdeľovaní verejných zdrojov, pri kontrole hospodárnosti nakladania s verejnými zdrojmi, pri stíhaní verejných činiteľov... Politicky citlivým sa môže stať aj prípad z právneho hľadiska celkom jednoduchý, napr. kontrola plnenia daňových povinností mediálne exponovaného politického oponenta. Politické nominácie sú ospravedlniteľné tam, kde je vzťah medzi nominujúcou osobou a nominantom založený na dôvere pretavenej do vzťahu politickej zodpovednosti. Napriek tomu sa takýto typ nominácií vyskytuje aj pri obsadzovaní funkcií, ktorých výkon má byť z povahy veci nezávislý. Tento problém je obzvlášť viditeľný pri personálnej kreácii ústavného súdu. Vzhľadom na to, že ústavný súd rozhoduje aj o morálne či politicky kontroverzných veciach,⁵ jeho sudcovia potrebujú iný typ legitimacy ako sudcovia všeobecných súdov: okrem odbornosti sa vyžaduje posvätenie „laickým živlom“ stelesneným v priamo volených orgánoch.⁶ Takýto nominačný proces

⁴ „Politický nepriateľ nemusí byť morálne zlý alebo esteticky škaredý; nemusí stáť v pozícii ekonomického konkurenta a dokonca môže byť výhodné vstúpiť s ním do obchodnej transakcie. Avšak aj napriek tomu je to „ten druhý“, je to cudzinec a celkom postačuje, keď je jeho povaha, v osobitne intenzívnom stupni, existenciálne niečo úplne odlišné alebo neznáme, takže v krajnom prípade je možné dostať sa s ním do konfliktu.“ SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. Chicago – London: The University of Chicago Press, 2007, s. 27. Schmitt aplikuje túto tézu na vzťah medzi jednotlivými politickými spoločenstvami („národ“, „ľud“), no možno ju zmysluplne aplikovať aj na vzťahy medzi jednotlivými skupinami („strany“) v rámci jedného spoločenstva, obzvlášť ak je spoločnosť citeľne politicky polarizovaná.

⁵ Ide o politické otázky v užšom slova zmysle. Bližšie pozri: Pozri bližšie: TOMOSZEK, Maxim. Aplikace doktríny politických otázek Ústavním soudem ČR. In: HAMULÁK, Ondřej (ed.). *Fenomén judikatury v právu*. Praha: Leges, 2010, s. 108–113.

⁶ BERDISOVÁ, Lucia. Ústavný súd Slovenskej republiky. In: KROŠLÁK, Daniel a kol. *Ústavné právo*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2016, s. 557–558.

je plne v súlade s logikou demokratického štátu, problémom začne byť až vtedy, keď vzniká podozrenie, že namiesto súdu s vyváženým zastúpeným relevantných politických a morálnych názorov v osobách s výnimočným expertným kreditom generuje inštitúciu obsadenú osobami, pri ktorých existujú pochybnosti, že sa pri ťažkých rozhodnutiach nebudú vedieť oslobodiť od politickej agendy osoby, ktorá ich do danej funkcie nominovala. Teda aj samotné personálne nominácie ako politický problém majú svoj vecný a osobný aspekt. Politik pristupuje k nominácii vecne, ak vyberá nominanta výlučne len podľa tých vlastností, o ktorých možno predpokladať, že ich uplatnenie povedie k naplneniu oficiálneho poslania obsadzovanej inštitúcie. Naopak k nominácii pristupuje osobne, ak si nominanta vyberá podľa vlastností, ktoré sú vo vzťahu k poslianiu inštitúcie irelevantné alebo tomuto poslaniu priamo protirečia – v tomto prípade je relevantným spojitom medzi nominantom a inštitúciou len jeho osobný – z pohľadu inštitúcie náhodný – vzťah k nominujúcej osobe.

ad iii)

Chápanie politiky ako úsilia o dosiahnutie moci má vplyv aj na akceptáciu právnych a politických názorov vyslovených vo verejnom priestore. Všimnime si, ako niektorí predstavitelia štátnej moci reagujú na kritiku svojej práce zo strany médií, občianskej spoločnosti a osobitne mimovládnych organizácií. Otázka prvoradého záujmu nie je „Čo je predmetom kritiky?“ ale „Kto nás kritizuje?“. Namiesto vecných argumentov, ktoré odznali v novinách, na protestnom zhromaždení občanov či vo výročnej správe mimovládnej organizácie sa kritizovaný politik zaujíma o to, kto je vydavateľom, kto usporiadateľom, z koho peňazí je autor kritiky platený a podobne. Takáto reakcia má vzniknúť pochybnosti o nezáujatosti kritika; podozrenie z toho, že nehľadal, čo je dobré, správne či pravdivé, ale že potajomky obhajoval záujmy politického nepriateľa.⁷ Uvedený spôsob reakcie v porovnaní so zapojením sa do vecnej diskusie sa javí byť strategicky výhodný, pretože šetrí čas a odpútava pozornosť od témy, v ktorej by mohol politik odborne zlyhať. Prípadne, aj keď si je politik istý svojím víťazstvom v odbornej rovine, v rovine marketingovej prezentácie môže viac zaujať práve tým, že sa odbornej debate vyhne, pretože jeho obecenstvo by to aj tak len zbytočne unavovalo. Zapojiť sa do odbornej polemiky teda môže byť politický risk, aj keď existuje slušná vyhliadka, že sa dá vecne vyhrať.⁸

Osobitnou kategóriou sú právne názory vyslovené v rámci oficiálnych rozhodovacích procesov, predovšetkým pri aplikácii práva súdmi. Súdna moc je nezávislá, čo okrem iného znamená, že sudcovia rozhodujú na základe zákonov vytvorených v režii politikov. V takomto prostredí existuje len veľmi úzky priestor, v rámci ktorého môžu politici legítimne kritizovať konkrétne súdne rozhodnutia. Ak súdy generujú zlé rozhodnutia často,

7 Porovnaj: WALTON, Douglas. *Ad Hominem Arguments*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 1998, s. 13.

8 Porovnaj: KÁČER, Marek. O prípustnom použití argumentu ad hominem. *Právny obzor*, 2016, roč. 99, č. 6, s. 455–465.

tak potom preto, lebo rozhodujú na základe zlých zákonov. Ak sú ich rozhodnutia zlé, lebo dobré zákony zle dotvárajú, potom je na politikoch, aby dané zákony legislatívne spresnili. Odmietnutie právneho názoru súdu vysloveného v konkrétnej veci zo strany držiteľov vládnej alebo zákonodarnej moci je tak prípustné len vo forme podania a prijatia návrhu na zlepšenie legislatívy, o ktorú súd daný názor oprel⁹ alebo legislatívy upravujúcej organizačné aspekty sudcovskej práce. Vo funkčnom politickom a právnom systéme je teda axiómou, že politici nespochybňujú právoplatné rozhodnutia súdov, ale len právo, na základe ktorého súdy dané rozhodnutia vydávajú.¹⁰ O to menej sa zvyknú verejne spochybňovať právne názory súdu len s odkazom na osobné vlastnosti sudcu, ktorý dané názory vyslovil. Z tohto dôvodu je akceptácia právnych názorov súdov prepojená s problémom nominácií, a to opäť najviditeľnejšie práve pri personálnej kreácii ústavného súdu. Ak si držiteľia vládnej a zákonodarnej moci nemôžu dovoliť ignorovať, spochybňovať či priamo porušovať nálezy ústavného súdu, potom účinnou cestou, ako obsah týchto nálezov ovplyvňovať, je práve nominácia politicky lojálnych ústavných sudcov. Ako sme spomenuli vyššie, v demokratickom štáte sa takémuto postupu nedá celkom vyhnúť, určite by však nemal vyúsťovať do frašky, akú môžeme od roku 2015 pozorovať v súvislosti politickým zápasom o Ústavný tribunál v Poľsku¹¹ a ktorej slabší odvar môžeme sledovať aj na Slovensku.

2 Vôľa k spoločnému dobru

Je povinnosťou vládcu starať sa o všeobecné blaho ľudí, ktorým vládne. „*Napokon, toto presvedčenie prevláda v západnom politickom myslení od samotných jeho zaznamenaných počiatkov.*“¹² Robert Dahl vkladá tieto slová do úst Tradicionalistovi, ktorý vystupuje v ostrej polemike s Modernistom a Pluralistom. Podľa tradičného názoru je politika v prvom rade úsilím o dosiahnutie spoločného dobra, a nie úsilím o dosiahnutie moci. Modernista v Dahlovom dialógu vyrátava problémy, ktoré sú s koncepciou spoločného dobra, resp. všeobecného blaha, spojené. Prvým problémom sú filozofické otázky: Čo je to všeobecné blaho a ako ho dokážeme rozpoznať?¹³ Druhý problém je pragmatický: Buď formulujeme všeobecné blaho v príliš konkrétnych termínoch a v takom prípade nebude mať

⁹ Dokonca aj takáto umiernená reakcia sa niekedy zvykne spochybňovať. V posledných rokoch sa viedla vášnivá diskusia o tom, či parlament smie reagovať na zrušenie zákona ústavným súdom spôsobom, že prijme úpravu identickú so zrušeným zákonom, nanovo však vo forme ústavného zákona. K tomu pozri bližšie napr.: PROCHÁZKA, Radoslav. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.

¹⁰ K interakcii medzi právom a politikou v rovine ústavy pozri bližšie: KYSELA, Jan. *Ústava medzi právom a politikou: Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 43–51.

¹¹ KOUDELKA, Zdeněk. Spor o Polský ústavní tribunál. In: DEKAN, Tomáš a JURAJ ŠELIGA (eds.). *Nová Európa – výzvy a očakávania. Otvorená textúra ústavy*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2016, s. 59–69.

¹² DAHL, Robert. *Demokracie a její kritici*. Praha: Victoria Publishing, 1995, s. 255.

¹³ Ibidem, s. 257.

univerzálne použitie, pretože ľudia majú rozdielne predstavy o tom, čo je dobré. Alebo formulujeme blaho príliš abstraktne, aby sa ľudia na ňom zhodli, no v takom prípade dospejeme len k veľmi všeobecnému vymedzeniu, ktoré nebudeme schopní aplikovať bez toho, aby sme ho rozmenili na viacero konkrétnejších dohier, čím sa vrátíme na začiatok predchádzajúcej alternatívy.¹⁴ S touto pragmatickou ťažkosťou súvisí aj fakt, že ak začneme vyrátavať zásady, ktoré by mal politický aktér pri sledovaní všeobecného blaha uplatňovať, tieto sa môžu dostať, a spravidla sa aj dostávajú, do vzájomnej kolízie.¹⁵ No a napokon Modernista prihráva loptu Pluralistovi, keď tvrdí, že neexistujú historické fakty dokazujúce, že by niekedy existovala tak homogénna spoločnosť, v ktorej by sa jej členovia dokázali zhodnúť na tom, čo je to všeobecné blaho.¹⁶ Na margo aténskej demokracie slúžiacej častokrát ako príklad politickej kultúry, v ktorej je občianskou cnosťou usilovať sa o spoločné dobro pre všetkých, Pluralista dodáva, že aj keby nešlo o historickú fikciu, v súčasnosti nežijeme vo svete malých centralizovaných republík.¹⁷ Aby Pluralista zvýraznil svoju pointu, vyzval svojich spoludiskutujúcich, aby si predstavili klasické Grécko, v ktorom by ľud zahŕňal nielen dospelých občanov mužského pohlavia, ale aj ženy, cudzincov a otrokov a v ktorom by boli zjednotení Gréci zo všetkých mestských štátov.¹⁸ Nebolo by úsilie o dosiahnutie všeobecného blaha v takýchto spoločenských podmienkach – ktoré sú pre väčšinu sveta realitou posledných pár storočí – vopred odsúdené na neúspech?

V nadväznosti na problémy, ktoré sme riešili v predchádzajúcej kapitole, by Tradicionista mohol vyhlásiť, že od politikov nežiada priveľa. Chcel by len to: **i)** aby sa zákony posudzovali v prvom rade podľa ich vecných kvalít a až v druhom rade podľa mena ich predkladateľa, **ii)** aby sa personálne nominácie do verejných úradov vyhodnocovali iba podľa tých vlastností kandidátov, ktoré budú slúžiť oficiálnemu poslaniu inštitúcie (relevantné vlastnosti), a nie podľa tých, ktoré by slúžili politickej agende nominujúcej osoby a **iii)** aby sa právne a politické názory – podobne ako návrhy právnej regulácie – posudzovali podľa ich vecných kvalít, nie podľa náhodných vlastností osôb, ktoré ich vyslovujú.

Na prvý pohľad však tento zoznam neuniká námietkam, ktoré voči tradičnému poňatiu politiky vyslovili Modernista s Pluralistom, pretože problematický koncept všeobecného blaha sa skryl za málopravné výrazy „vecné kvality zákona“ či „relevantné vlastnosti kandidáta“. Je zákon stanovujúci proporcionálne zdaňovanie vecne kvalitnejší ako zákon zakotvujúci rovnú daň? Je kandidát s expertnou znalosťou trestného práva spôsobiljší na výkon funkcie ústavného sudcu ako kandidát so znalosťou práva občianskeho?

¹⁴ DAHL, Robert. *Demokracie a její kritici*. Praha: Victoria Publishing, 1995, s. 257.

¹⁵ Ibidem, s. 259.

¹⁶ Ibidem, s. 261.

¹⁷ Ibidem, s. 263.

¹⁸ Ibidem, s. 264.

Je lepším dôkazom morálnej integrity kandidáta na túto pozíciu to, že odmietol zobrať úplatok alebo to, že sa odmietol podvoliť vyhrážke? A vedie fakt, že na tieto otázky nedokážeme dať jednoznačné odpovede k tomu, že politik je v konečnom dôsledku odsúdený na to, aby svoje remeslo chápal v prvom rade ako úsilie o dosiahnutie moci?

3 Rovnováha

Množstvo občanov a občianok je dnes rozčarovaných z politiky, pretože interpretujú správanie jej aktérov, akoby zmysel ich činnosti spočíval výlučne len v nadobudnutí moci: „*Politické strany ako privilegované organizácie s prístupom k štátu a k verejným zdrojom si privykli obsadiť štát a správať sa k nemu ako k dobytému územiu, ako ku koristi, ktorú je potrebné rýchlo rozdeliť.*“¹⁹ K tomu sa navyše pridávajú kritici, ktorí tvrdia, že ľudia jednoducho nevedia riadne konceptualizovať a bezkonfliktne presadzovať takú abstraktnú myšlienku akou je spoločné dobro či všeobecné blaho. Skúsme tradicionalistickú pozíciu, voči ktorej je táto kritika namierená, oslabiť ešte viac, a to zdôraznením pozitív plynúcich z mocenského nazerania na politiku.

Ako sme spomenuli vyššie, hlasovanie o návrhoch zákonov podľa oficiálnej línie strany prispieva k agregácii partikulárnych záujmov do jednotného verejného záujmu a k integrácii partikulárnych skupín do jednotného politického spoločenstva. Politické nominácie zasa prispievajú k tomu, že vo verejných úradoch sa odbornosť vyvažuje laickým živlom. No a napokon v čase informačnej vojny, v ktorej súkromné osoby aktívne presadzujú záujmy skrytých politických hráčov, vrátane cudzích mocností, sa nejaví byť apriori chybné ani to, ak politický aktér hodnotí niektoré kritické názory aj podľa vlastností osoby, ktorá ich zastáva a nie len podľa merita veci. Žiadny politik nemá toľko času, koľko by potreboval, aby sa mohol vyjadriť k všetkým kritickým pripomienkam k svojej práci, obzvlášť k tým, ktoré sú zjavne neopodstatnené. Veď aj samotní občania sa rozhodujú, či sa zapoja do diskusií medzi sebou, i podľa toho, s kým majú diskutovať, nielen podľa toho, o čom sa má diskutovať. Napríklad v súvislosti s nárastom extrémizmu na Slovensku si mnohé mienkotvorné osobnosti kladú otázku, či je správne zapájať sa do diskusie s niekým, kto trvalo ignoruje fakty, zákerne prekrúca tvrdenia oponentov a úmyselne šíri nepravdu podnecujúcu k nenávisti.²⁰ Nie je užitočnejšie si prednastaviť postoj, že s takýmto ľudmi nebudeme diskutovať, dokým neposkytnú vierohodné záruky, že budú diskutovať čestne?

¹⁹ KLÍMA, Michal Zvažování rekonstrukce ústavního a politického systému v kontextu proměny role politických stran. In: GERLOCH, Aleš, Jan KYSELA a kol. *20 let Ústavy České republiky: Oblédnutí zpět a pohléd vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 270.

²⁰ Pozri napr.: PETKOVÁ, Zuzana. Ján Benčík: Najhoršie sú vyhrážky osôb, ktoré majú skúsenosti z bojov. *www.sme.sk* [online]. Publikované 28. 2. 2017 [cit. 16. 7. 2017]. Dostupné z: <https://plus.sme.sk/c/20470968/jan-bencik-najhorsie-su-vyhrazky-osob-ktore-maju-skusenosti-z-bojov.html>

Prevaha osobného rozmeru nad rozmerom vecným nemusí viesť len k diskreditácii kritických hlasov, ale aj k ich pozitívnemu hodnoteniu. Často sa stáva, že odborný názor začne hýbať verejnou diskusiou nie kvôli váhe argumentov, o ktoré sa opiera, ale kvôli váhe mien, ktoré sa pod neho podpísali.²¹ Koniec koncov v demokratickej forme vlády, ktorá vychádza z legitimity na vstupe, nie na výstupe, hrajú najdôležitejšiu úlohu obyčajné počty: je legitímne presadzovať v prvom rade to, čo chce najväčšia časť voličstva, nie to, čo je preň najlepšie. Pri toľkých filozofických a pragmatických ťažkostiach, ktoré sú s pojmom všeobecného blaha spojené, je možno vhodné, ak vôľu a blaho ľudu budeme chápať ako navzájom zameniteľné kategórie.²² Prinajhoršom ide o užitočnú fikciu, ktorá umožňuje celkový chod demokratického systému, a to aj za cenu toho, že väčšinu ľudí podnecuje k presvedčeniu, že politika je bojom o moc, a nie úsilím o presadenie dobra.

Na mieste je tak otázka, či je mocenské chápanie politiky nevyhnutným dôsledkom spoločenskej štruktúry, bez ktorej by demokratický systém nemohol dlhodobo fungovať. Musia idealisti, ktorí idú do politiky s tým, že chcú presadzovať spoločné dobro, pod tlakom inštitucionálneho prostredia podstúpiť osobnú transformáciu, počas ktorej sa premenia na realistov vidiacich prvoradý zmysel svojej činnosti v nadobudnutí moci na úkor svojich politických oponentov? K takémuto záveru nepriamo zvädza aj nekompromisný realizmus Modernistu z Dahlovho dialógu vystúpiac s konštatovaním, že: „*každý popis uskutočniteľného politického ideálu musí začať predpokladom, že spor o všeobecné blaho je nevyhnutnou súčasťou normálneho politického života... Navyše niektoré najrepresívnejšie režimy, ktoré ľudstvo pozná, vyplynuli z domnienky vládcov, že politický konflikt je zbytočným zlom, ktoré je možné a správne potlačiť*“.²³

Správanie konkrétneho človeka v prostredí inštitúcií (pre našu tému je zaujímavé napr. vystupovanie v mene orgánu štátu alebo osobné reprezentovanie politickej strany pri vyjednávaní politickej dohody) sa nedá vysvetliť „cez životnú históriu daného jednotlivca ako fyzickej osoby“, pretože „*psychológia osoby je niečo iné ako psychológia sociálnej role*“.²⁴ Podľa štrukturalistu Parka je sociálna rola niečo ako postava v divadelnom predstavení, ktoré si herci hrajú sami pre seba. V bežnom živote je však veľmi užitočná, pretože plní funkciu „*vychodenej cesty, po ktorej sa kráča ľahšie a s oveľa menším rizikom než po ceste vlastnej*“.

21 Vyhlásenia expertov, ktoré vyzývajú verejnú moc k zaujatiu postoja k určitej verejnej otázke, odrážajú skôr povahu petície ako povahu kvalifikovaného príspevku do vedeckej diskusie. V zásade sa váha takéhoto vyhlásenia odvíja od počtu a povesti expertov, ktorí sa pod neho podpísali, a nie od vecnej správnosti dôvodov, o ktoré sa opiera. To, že v takomto prípade rozum ustupuje vôli, si zreteľne uvedomí každý, kto vyhlásenie podpísal, hoci mal výhrady k jeho dôvodom.

22 Porovnaj: HAPLA, Martin. *Dělbá moci a nezávislost justice*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2017, s. 69.

23 DAHL, Robert. *Demokracie a její kritici*. Praha: Victoria Publishing, 1995, s. 257.

24 PARK, George. *The Idea of Social Structure*. New York: Anchor Books, 1974, s. 6.

závislej od vlastného zmyslu pre orientáciu.“²⁵ Park pokračuje ďalej, keď tvrdí, že sociálne role vytvárajú spoločenskú štruktúru založenú na funkcionálnej diferenciacii a štrukturálnej opozícii. Ako príklady interakcie týchto dvoch princípov uvádza:

„Hoci v domácnosti sú bratia rivalmi, pre ľudí zvonka predstavujú solidárne zoskupenie; kmene v rámci klanu sú v neustálom spore, no bojujú jeden pri druhom, ak klan niekto napadne. Kolegovia v úrade súperia o povýšenie, ale v rámci štruktúry úradu zakladajú solidárnu jednotku. Malomeštiacki susedia sa rozpínajú, aby v špirále konzumu jeden prekonal druhého, ale nemajú problém sa zjednotiť, aby odhovorili Jonesa od predaja svojho domu džentlmenovi s exotickou tvárou alebo s podozrivými spôsobmi. Až do teraz bola naša odpoveď na otázku motivácie neúplná; pretože je to práve štrukturálna opozícia na všetkých úrovniach našej skúsenosti, ktorá nás neúprosne vtáhuje do konvencií určujúcich naše vyjadrovanie v rámci statusu, ktorý zástávame alebo v rámci rolí, ktoré máme podľa očakávaní druhých brat.“²⁶

Štruktúrnu opozíciu možno vidieť aj v Parkovom poňatí samotnej politiky:

„Politika, podobne ako elipsa, má dvojaký stred. Etnografické expozície z východnej Afriky, Indie a Barmy v obrovskom množstve a rozmanitosti ukazujú, že pôvod politiky spočíva tak v rebelii, ako aj v represii súčasne: politika bez pnutia medzi týmito dvoma prvkami by bola ako kúpená láska, príliš nízko k dosiahnutiu vznešenosti drámy. Musíte sa pozrieť poza politiku, na miesto, kde sa moci neoponuje – Belsen, Buchenwald, My Lay – aby ste dokázali oceniť zmysel, v ktorom vyvážená opozícia môže byť označená za pôvod politiky. Tam, kde sa ľudia nestali „tými druhými“, ale len vecami, nemôžu tvoriť žiadnu súčasť sociálnej štruktúry.“²⁷

Podľa Parka je základom politiky vyvážená opozícia, a tá sa vyskytuje – vyjmúc koncentračné tábory či oblasti vojnového besnenia – v každej usadenej spoločenskej štruktúre. Vstupom do politiky sa človek zhostúje role oponenta voči aktuálnym vládnym pomerom stelesneným v osobách, ktoré je potrebné vo vláde nahradiť. Nejde o obyčajný konflikt, ale o opozíciu relatívne rovnovážnych síl. Táto rovnováha však nie je daná tým, že by relevantní politickí aktéri zdieľali predstavu spoločného dobra, ktorá by ich obmedzovala vo výbere mocenských prostriedkov. Skôr je daná tým, že samotné povedomie o dočasnosti výkonu príslušnej verejnej funkcie, teda povedomie o pravidelnom striedaní osôb pri moci, má odstrašujúci účinok, a teda aj regulatívnu funkciu.²⁸ Vláda má rešpekt pred zneužitím moci, pretože vie, že skôr či neskôr sa k moci dostane opozícia, ktorá by ju mohla v jej excesoch imitovať. Podobne hovorí o politike Jiří Pribáň, podľa ktorého politika nemá nejaký „vopred stanovený cieľ, ktorý je potrebné dosiahnuť, aby sme sa mali dobre a boli spoločne šťastní“, pretože politika nie je stavom ale procesom. K tomu Pribáň dodáva, že predstava politiky ako stavu „spôsobuje neschopnosť politických strán prijať základný demokratický kód vláda-opozícia, na ktorého základe sa jednotlivé strany ostro kritizujú

25 PARK, George. *The Idea of Social Structure*. New York: Anchor Books, 1974, s. 33.

26 Ibidem, s. 104.

27 Ibidem, s. 287.

28 Ibidem, s. 288–289.

*a súčasne bytostne rešpektujú, pretože vedia, že ich dnešné vládnutie je len predzvest'ou budúcej opozície, a práve tak dnešná opozičná politika je základom budúceho vládneho programu.*²⁹

Tieto úvahy nabádajú k myšlienke, podľa ktorej príslušné sociálne štruktúry tlačia politického aktéra do toho, aby chápal svoje remeslo v prvom rade ako úsilie o dosiahnutie moci, pričom pokoj jeho svedomiu garantuje vedomosť, že presne takým istým spôsobom chápu politiku aj jeho politickí oponenti, čo vytvára rovnovážny stav, na ktorom stojí stabilita sociálnych štruktúr. No rovnováha sama osebe nedáva štruktúre zmysel. Aj pes naháňajúci svoj vlastný chvost vytvára určitú rovnovážnu štruktúru, no to automaticky neznamená, že by sa svet bez nej nezaobišiel. Sám Příbáň rozlišuje medzi *výkonom* politiky a jej kritickým *zmyslom*,³⁰ medzi politickým *manažérom* a politickým *moralistom*³¹ a medzi tým, keď politici presadzujú *súkromné* záujmy a keď presadzujú záujmy *verejné*.³² V pozadí jeho úvah teda vidieť jasné odlesky stáročia trvajúcej tradície politického a všeobecne ľudového myslenia, podľa ktorého politika je o dosahovaní spoločného dobra. Tradicionalisti sa nemusia báť Příbáňovej realistickej pripomienky, že toto dobro – ako stav vecí – je nedosiahnuteľné, pretože jej pointa nespočíva v tom, aby sme ho prestali hľadať, ale v tom, aby sme nastavili politické procesy tak, že ho budeme môcť hľadať v mieri, s rozvahou, vo vzájomnom rešpekte a pokiaľ možno, tak donekonečna.

To, že je predstava spoločného dobra epistemicky subjektívna a prakticky ťažko realizovateľná, neznamená, že nemá vplyv na celkovú spoločenskú štruktúru. Práve naopak, vytvára sa tým potenciálny priestor pre to, aby každý jednotlivec pri účinkovaní v tejto štruktúre mohol prejavíť svoju vlastnú individualitu. Fakt, že spoločenský život je prevádzkovaný v sociálnych štruktúrach, ešte nerobí z ľudí, ktorí tento život žijú, bezduché kolieska v mechanickom stroji, podobne ako takýmto kolieskom nebol ani sovietsky dôstojník Stanislav Petrov, ktorý v rozpore s protokolom neoznámil svojim

29 PŘIBÁŇ, Jiří. *Obrana ústavnosti aneb Česká otázka v postnacionální Evropě*. Praha: Sociologické nakladatelství SLON, 2014, s. 101. Zvláštnosťou je, že zatiaľ čo Park svoje postrehy o politike opieral najmä o antropologické štúdie z exotického terénu, Příbáň hovoril o politike odohrávajúcej sa v štruktúrach post/moderného štátu západného typu. Ešte užšie vymedzuje priestor štrukturálnej opozície Heywood, ktorý ju vidí v systéme dvoch politických strán: HEYWOOD, Andrew. *Politologie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 279.

30 „Moderná demokratická politika spočíva v pevnom prepojení technického výkonu moci a kritického zmyslu, ktorý táto moc musí mať vo vzťahu k politickej obci. Nepolitická politika nemôže byť alternatívou ku každodennej politickej prevádzke a straníckej demokracii. Má byť jej vnútorným korektívom, ktorý je schopný pýtať sa na zmysel politiky i v modernej dobe zviazanej účelovou racionalitou trhu, železnou klietkou byrokratickej správy a masinériou politických strán.“ PŘIBÁŇ, Jiří. *Obrana ústavnosti aneb Česká otázka v postnacionální Evropě*. Praha: Sociologické nakladatelství SLON, 2014, s. 98.

31 „Nepochopenie politiky ako neustáleho dopĺňovania sa výkonu a zmyslu mocenského rozhodovania u nás viedlo k dvom vysoko nebezpečným formám depolitizácie, totiž k politickému manažérizmu a k politickému moralizmu.“ Ibidem. Dodajme, že manažér preceňuje výkon a podceňuje zmysel, naopak moralista podceňuje výkon a preceňuje zmysel politiky.

32 „Dnes sme... svedkami manažérskej kontrarevolúcie, kedy politickí manažéri v záujme obsluhovania súkromných skupinových záujmov celom popreli pôvodný účel politického pluralizmu, totiž v politickom konflikte, spore a zbode rozhodovať o tom, čo je spoločné a dôležité z hľadiska verejného záujmu.“ Ibidem, s. 101.

nadriadeným, že mu príslušný monitorovací systém hlási jadrový útok zo strany USA a namiesto toho sám rozhodol, že ide o falošný poplach.³³ „*Sociálne štruktúry nefungujú ako programy určujúce pohyby mechanických robotov; vyžadujú aktivitu mysliacich a cítiacich aktérov, ktorí si tieto štruktúry musia privlastniť, pretože inak by nemohli existovať*... *Vnútné spojenie medzi štruktúrou a konaním predpokladá ich neustále vzájomné ovplyvňovanie, pretože štruktúry potvrdzujú konanie, ktoré tieto štruktúry niekedy upevňuje a niekedy rozkladá.*“³⁴

Aj keby bola spoločenská štruktúra, v rámci ktorej sa odohráva politika, založená na konflikte medzi rovnovážnymi silami; aj keby bol základný kánon politického prežitia to, že sa treba usilovať o moc; aj keby bola účasť na robení politiky pravidelne spojená s premenou idealistov na politických realistov, predsa len táto premena nie je nevyhnutná. Silní jednotlivci si aspoň v zlomových bodoch pôjdu vlastnou cestou. Tí menej tvrdohlaví sa môžu uspokojiť s nasledujúcimi pripomienkami:

Záver

i)

Chápanie politiky ako úsilia o dosiahnutie moci nie je protikladné k chápaniu politiky ako úsilia o dosiahnutie spoločného dobra. Obidve podoby politiky môžu byť vzájomné kompatibilné, pretože politický aktér si môže dať za cieľ získať moc práve ako prostriedok na presadenie dobra, čo je zámer, ktorý aktéri spravidla aj verejne deklarujú. Nejde teda o voľbu buď/alebo, praktický problém spočíva skôr v akcentoch, v určovaní poradia priorít, ktoré sa aktér snaží dosiahnuť. Mocenský zisk nemôže byť vždy prvoradým kritériom politického úspechu, pretože sám osebe nedáva politike zmysel. Sekvencia kritérií politického úspechu určená podľa ich dôležitosti tak nie je daná pevne – v niektorých veciach preváži mocenský zisk, v iných dosiahnutie dobra podľa najlepšieho vedomia a svedomia zúčastnených aktérov.

ii)

Poradie kritérií je pevnejšie pri výbere kandidátov na obsadenie verejných funkcií, ktorých vykonávanie predpokladá expertnosť. Funkciu prvého filtra uchádzačov plní práve ich odbornosť, v druhom slede možno celkom opodstatnene zvažovať aj politickú lojalitu kandidáta, ak nie je v rozpore s poslaním obsadzovanej inštitúcie. Čo sa týka nevolených kolegiálnych orgánov, predpokladom činnosti ktorých je aj ich nezávislosť, ich celkové zloženie by malo byť reprezentatívne v tom zmysle, že v ňom budú zastúpené rôzne pohľady na riešenie kontroverzných otázok verejného záujmu (tendencia skôr k paritnému zastúpeniu podľa politickej relevantnosti demografických ukazovateľov ako k pomernému zastúpeniu podľa aktuálneho rozloženia politických síl).

33 AKSENOV, Pavel. Stanislav Petrov: The man who may have saved the world. *www.bbc.com*. [online]. Publikované 26. 9. 2013 [cit. 16. 7. 2017]. Dostupné z: <http://www.bbc.com/news/world-europe-24280831>

34 FAY, Brian. *Současná filosofie sociálních věd*. Praha: Sociologické nakladatelství SLON, 2002, s. 84.

iii)

V kontexte pluralizmu morálnych hodnôt a politických ideológií je užitočné regulatívny účinok spoločného dobra chápať skôr v rovine toho, čo politický aktér *nesmie*, ako v rovine toho, čo politický aktér *musí*. Otázka teda skôr znie „*Kde sú hranice, ktorých prekročenie indikuje, že politický aktér spoločné dobro určite nedosiahne?*“ a nie „*Kde sú hranice, ktorých prekročenie indikuje, že politický aktér spoločenské dobro určite dosiahne?*“. Vo vzťahu k bežnej politickej prevádzke sú tieto hranice dané ústavným rámcom príslušného štátu, ktoré stráži ústavný súd ako negatívny zákonodarca. Analogicky vo vzťahu k personálnym nomináciám má dosahovanie spoločného dobra podobu súboru diskvalifikačných kritérií, ktoré kandidát *nesmie* splniť, ak má daný úrad obsadiť.

Veřejný zájem a transparentnost v mezinárodní obchodní arbitráži

Public Interest and Transparency in International Commercial Arbitration

Klára Drličková*

Abstrakt

Cílem tohoto článku je analýza otázky transparentnosti v mezinárodní obchodní arbitráži. Článek směřuje zejména k zodpovězení otázky, zda existuje veřejný zájem na systematickém zveřejňování rozhodčích nálezů. V úvodu je stručně shrnut současný stav neveřejnosti a důvěrnosti v mezinárodní obchodní arbitráži. Neveřejnost je v mezinárodní obchodní arbitráži mezinárodně uznávána. V případě důvěrnosti, resp. mlčenlivosti v současné době jednotná koncepce neexistuje. Problematická je zejména existence povinnosti stran zachovat mlčenlivost. Její existence, rozsah a výjimky z ní se mohou lišit stát od státu. K prolomení mlčenlivosti může dojít i z důvodu veřejného zájmu. V mezinárodní obchodní arbitráži jsme svědky trendu směrem k vyšší míře transparentnosti. Nelze ovšem uvažovat o široce koncipované transparentnosti ve smyslu prolomení neveřejnosti, široké účasti třetích osob či přístupu veřejnosti ke všem dokumentům. Existuje však veřejný zájem na zveřejňování rozhodčích nálezů. U způsobu zveřejnění je nutné vzít v potaz zájem stran na zachování důvěrnosti rozhodčího nálezů.

Klíčová slova

Mezinárodní obchodní arbitráž; neveřejnost; důvěrnost; mlčenlivost; veřejný zájem; transparentnost; rozhodčí nález.

Abstract

The aim of this article is to analyse the issue of transparency in international commercial arbitration. In particular, the article aims to answer the question whether there is a public interest in the systematic publication of arbitral awards. First, the current state of privacy and confidentiality in international commercial arbitration is briefly summarized. Privacy of international commercial arbitration is not disputed. In the case of confidentiality, there is no universally accepted solution. Especially, the duty of the parties to maintain confidentiality is problematic. Its existence, scope and limits differ from state to state. Public interest is one of the possible limits of confidentiality. We are witnessing a trend towards a greater transparency in international commercial arbitration. The transparency cannot be construed in a broad sense. The privacy should be respected, the public should not have access to hearings and to all documents produced in arbitration. However, there is a public interest in the publication of awards. Considering the way of publication, the interest of the parties in maintaining confidentiality of arbitral awards must be taken into account.

Keywords

International Commercial Arbitration; Privacy; Confidentiality; Public Interest; Transparency; Arbitral Award.

* JUDr. Klára Drličková, Ph.D., Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of International and European Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: klara.drlickova@email.cz / ORCID: 0000-0002-5644-1441

1 Úvod¹

Mezinárodní obchodní arbitráž² (dále také i „rozhodčí řízení“) je v současné době převládajícím způsobem řešení obchodních sporů s mezinárodním prvkem. Zároveň se rozšiřuje i okruh sporů, které mohou být v mezinárodním rozhodčím řízení řešeny. Moderní úpravy rozhodčího řízení tíhnou k rozšiřování tzv. objektivní arbitrability.³ V rozhodčím řízení tak nejsou řešeny pouze spory, které se dotýkají výlučně zájmů sporných stran. Jsou řešeny i spory vznikající z ekonomických aktivit, které se dotýkají zájmů veřejných.⁴ Jedná se o např. o soukromoprávní vynucování pravidel hospodářské soutěže, spory dotčené nezákonným jednáním, spory z práv duševního vlastnictví (v některých státech i s účinky *erga omnes*), spory dotčené insolvenčním řízením atd. Stranou mezinárodní obchodní arbitráže může být i stát.

Mezinárodní obchodní arbitráž je tradičně vnímána jako neveřejný a důvěrný způsob řešení sporů. Neveřejnost a důvěrnost/mlčenlivost jsou rovněž uváděny mezi výhodami rozhodčího řízení a jako jeden z hlavních důvodů, proč strany upřednostňují arbitráž před řešením sporů před národními soudy.⁵ Neveřejnost rozhodčího řízení a povinnost zachovat mlčenlivost jsou především v zájmu stran rozhodčího řízení. Pokud by byly absolutní, třetí osoby by se nemohly řízení zúčastnit a nemohla by jím být vyzrazena

1 Článek vznikl v rámci řešení projektu financovaného GAČR - GA15-08182S Role veřejného zájmu v mezinárodní obchodní a investiční arbitráži.

2 V oblasti mezinárodní obchodní arbitráže existuje významný podíl mezinárodní úpravy, která má vliv na formování právní úpravy na národní úrovni. Existují i další výrazné snahy směřující ke sjednocení právní úpravy tohoto institutu. Přesto je právní úprava mezinárodní obchodní arbitráže stále doménou národního práva. I samotné vymezení mezinárodní obchodní arbitráže se tak může v jednotlivých státech lišit. Pro účely tohoto článku mezinárodní obchodní arbitráží rozumíme způsob řešení obchodních sporů s mezinárodním prvkem. Mezinárodní obchodní arbitráží není arbitráž mezi státy, arbitráž investiční, arbitráž sportovní, arbitráž spotřebitelská a arbitráž mezi soukromými osobami, jejichž poměr nelze kvalifikovat jako obchodní.

3 Pro účely tohoto článku je arbitrabilita vnímána v jejím nejrozšířenějším smyslu, a to jako přípustnost řešení sporu v rozhodčím řízení. Tedy jinými slovy, vymezení okruhu sporů, které jsou právním řádem připuštěny k řešení v rozhodčím řízení.

4 Veřejným zájmem pro účely tohoto článku autorka rozumí zájem širšího okruhu osob, než jsou strany konkrétního rozhodčího řízení.

5 BLACKABY, Nigel, Constantine PARTASIDES, Alan REDFERN a Martin HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6th ed. New York: Oxford University Press, 2015, s. 30; NOUSSIA, Kyriaki. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. Berlin – Heidelberg: Springer – Verlag, 2010, s. 1; BUYS, Cindy G. The Tension between Confidentiality and Transparency in International Arbitration. *The American Review of International Arbitration*. 2003, roč. 14, s. 121; viz i *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* [online]. White & Case, School of International Arbitration Queen Mary University of London, 2015, s. 7 [cit. 2017-08-11]. Dostupné z: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>

žádná informace o rozhodčím řízení. Jakákoli transparentnost⁶ by tak byla vyloučena. Současná situace je jiná. Zejména povinnost zachovat mlčenlivost není absolutní a za jejím prolomením v řadě případů stojí veřejné zájmy. Zaznívají rovněž hlasy, že existuje veřejný zájem na vyšší míře transparentnosti v mezinárodní obchodní arbitráži, zejména v podobě zveřejňování rozhodčích nálezů.

Cílem tohoto článku není podrobná analýza neveřejnosti mezinárodní obchodní arbitráže a povinnosti zachovat mlčenlivost.⁷ Cílem je analýza otázky, do jaké míry má a má mít transparentnost místo v mezinárodní obchodní arbitráži. Článek bude směřovat zejména k zodpovězení otázky, zda existuje veřejný zájem na systematickém zveřejňování rozhodčích nálezů. V úvodu bude stručně shrnut současný stav neveřejnosti a mlčenlivosti v mezinárodní obchodní arbitráži. Následovat bude vymezení transparentnosti a jejích jednotlivých aspektů. Dále bude zhodnocena současná míra transparentnosti v mezinárodní obchodní arbitráži. Stežejní část bude poté věnována otázce zveřejňování rozhodčích nálezů.

2 Neveřejnost mezinárodní obchodní arbitráže a povinnost zachovat mlčenlivost – současný stav

2.1 Rozdíl mezi neveřejností a povinností zachovat mlčenlivost

Mezi neveřejností rozhodčího řízení a mlčenlivostí je nutné rozlišovat a tento rozdíl je široce respektován.⁸ Obě představují nástroje, které kontrolují přístup třetích osob

⁶ Autorka si je plně vědoma, že slovo transparentnost, které je převzaté z anglické odborné literatury k tomuto tématu, není ideální. Netransparentnost může být chápána i jako nezákonnost. To ale není tento případ. Vhodným českým termínem by mohla být otevřenost. Pojem veřejnost je dle názoru autorky užší, protože je spojován zejména s fází ústního jednání. Tak je ostatně používán i v tomto článku. Autorka se rozhodla ponechat termín transparentnost s tím, že dále v článku vysvětluje, co tímto pojmem rozumí. Tento termín se navíc objevuje v obdobném významu i v související oblasti investiční arbitráže (viz např. Návrh Rozhodnutí Rady o uzavření Úmluvy Organizace spojených národů o transparentnosti v rozhodčím řízení mezi investorem a státem na základě smlouvy jménem Evropské unie. COM(2015) 020 final [online]. In: *EUR-Lex* [cit. 2017-09-10]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015PC0020&from=CS>).

⁷ Řadě aspektů se autorka věnovala ve svých předchozích publikacích. Viz DRLIČKOVÁ, Klára. Legal Basis of Parties' Duty to Maintain Confidentiality in International Commercial Arbitration. In: DRLIČKOVÁ, Klára a Tereza KYSELOVSKÁ (eds.). *COFOLA INTERNATIONAL 2016* [online]. Brno: Masarykova univerzita, s. 21–37 [cit. 2017-08-15]. Dostupné z: <https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola-international/cofola2016.pdf>; DRLIČKOVÁ, Klára. Confidentiality of the Materials Used in the Course of Arbitral Proceedings. In: BĚLOHLÁVEK, Alexander a Naděžda ROZEHNALOVÁ (eds.). *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration. Volume VII*. The Hague: Lex Lata, 2017, s. 45–66.

⁸ DE LY, Filip, Mark FRIEDMAN a Luca RADICATI DI BROZOLO. International Law Association International Arbitration Committee's Report and Recommendations on Confidentiality in International Commercial Arbitration. *Arbitration International* [online]. 2012, roč. 28, č. 3, s. 358 [cit. 2017-08-05]. Dostupné z: <https://academic.oup.com/arbitration/article/28/3/355/196598/International-Law-Association-International>

do rozhodčího řízení.⁹ Neveřejnost se dotýká zejména fáze ústního jednání a reguluje možnost osob, které se na rozhodčím řízení nepodílí (tedy osoby odlišné od stran, jejich právních zástupců, rozhodců, svědků apod.), aby se jednání zúčastnili.¹⁰ Na druhou stranu, povinnost zachovat mlčenlivost znamená, že informace nemůže být „vyzrazena“ třetí osobě.¹¹ U povinnosti zachovat mlčenlivost v mezinárodní obchodní arbitráži zkoumáme, zda existuje, komu náleží, jaký je její rozsah a zda existují výjimky z této povinnosti. Informaci, která je předmětem této povinnosti, lze označit jako důvěrnou.¹² Důvěrností potom souhrnně rozumíme jak povinnost konkrétních osob zachovat mlčenlivosti, tak i předmět této povinnosti.

Neveřejnost je v mezinárodní obchodní arbitráži mezinárodně uznávána.¹³ O jejím úplném prolomení nejsou vedeny diskuse. To ovšem neznamená, že se ústního jednání nemohou zúčastnit konkrétní třetí osoby. Jejich účast však podléhá v závislosti na konkrétní úpravě souhlasu stran či souhlasu stran a rozhodců. Je nutné rozlišovat mezi účastí konkrétních třetích osob a veřejností, tedy blíže neurčeného okruhu osob.¹⁴ V České republice je neveřejnost výslovně zakotvena v § 19 odst. 3 zákona 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (dále jen „ZRŘ“). Se souhlasem stran a rozhodců lze výjimečně připustit účast určitých třetích osob, např. další poradci stran, osoby zajišťující administrativně technický průběh ústního jednání, tlumočník, vedlejší účastník.¹⁵

⁹ SMEUREANU, Ileana M. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2011, s. 3.

¹⁰ SMEUREANU, 2011, op. cit., s. 4.

¹¹ MISTELIS, Loukas A. Confidentiality and Third Party Participation. *UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States*. *Arbitration International* [online]. 2005, roč. 21, č. 2, s. 213 [cit. 2017-08-05]. Dostupné z: <https://academic.oup.com/arbitration/article/21/2/211/203973/Confidentiality-and-Third-Party-Participation-UPS>

¹² Pro účely tohoto článku jako důvěrnou označujeme každou informaci, na kterou dopadá povinnost stran či rozhodců zachovat mlčenlivost.

¹³ YOUNG, Michael a Simon CHAPMAN. Confidentiality in International Arbitration. *ASA Bulletin* [online]. 2009, roč. 27, č. 1, s. 28 [cit. 2017-08-05]. Dostupné z: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=ASAB2009003>; CROOKENDEN, Simon. Who Should Decide Arbitration Confidentiality Issue. *Arbitration International* [online]. 2009, roč. 25, č. 4, s. 603 [cit. 2017-08-05]. Dostupné z: <https://academic.oup.com/arbitration/article/25/4/603/206326/Who-Should-Decide-Arbitration-Confidentiality>; neveřejnost je zakotvena či respektována národními právními řády i pravidly rozhodčích institucí - přehled viz DRLÍČKOVÁ, 2016, op. cit., s. 24.

¹⁴ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 699.

¹⁵ Ibidem, s. 699, 701. Bělohlávek rovněž uvádí, že pokud by strany předem rezignovaly na vyloučení veřejnosti z rozhodčího řízení, je taková dohoda neplatná.

2.2 Mlčenlivost v mezinárodní obchodní arbitráži

Ačkoli je mlčenlivost/důvěrnost často automaticky spojována s mezinárodní obchodní arbitráží¹⁶ či je vnímána jako její inherentní součást,¹⁷ situace není v současné době tak jednoznačná. K mlčenlivosti/důvěrnosti v mezinárodní obchodní arbitráži neexistuje jednotný přístup. Existence povinnosti zachovat mlčenlivost, její rozsah a výjimky z ní jsou podmíněny subjektem (zda se jedná o stranu či rozhodce), povahou informace, rozhodčí smlouvou, rozhodčími pravidly, právem rozhodným pro rozhodčí smlouvu a *lex arbitri*.

2.2.1 Existence povinnosti stran a rozhodců a jejich rozsah

Nejsložitější je situace v případě povinnosti stran rozhodčího řízení zachovat mlčenlivost. Na tuto povinnost se nelze v mezinárodní obchodní arbitráži obecně spoléhat. Mezi jednotlivými právními řády existují rozdíly, i pokud jde o samotnou existenci této povinnosti.¹⁸ Nesporným základem této povinnosti je pouze ujednání stran, případně volba rozhodčí instituce, jejíž pravidla tuto povinnost zakotvují.¹⁹ Chybí-li toto ujednání, bude záležet na přístupu jednotlivých jurisdikcí. Národní úpravy rozhodčího řízení tuto povinnost zakotvují pouze zřídka.²⁰ Pouze menšina právních řádů ji pak vnímá jako implicitní podmínku rozhodčí smlouvy.²¹ Český ZRŘ povinnost stran zachovat mlčenlivost nezakotvuje. V českém prostředí mají strany tuto povinnost, vyplývá-li z jejich vzájemného ujednání.²²

Povinnost rozhodců je méně problematická než povinnost stran, aspoň pokud jde o její existenci. Je obecně přijímáno, že rozhodce má povinnost zachovávat mlčenlivost.²³

16 FORTIER, Yves L. The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality. *Arbitration International* [online]. 1999, roč. 15, č. 2, s. 131 [cit. 2017-08-05]. Dostupné z: <https://academic.oup.com/arbitration/article/15/2/131/205881/The-Occasionally-Unwarranted-Assumption-of>

17 LAZAREFF, Serge. Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections. *Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin 2009: Confidentiality in Arbitration: Commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice* [online]. 2009 [cit. 2017-08-07]. Dostupné z: <http://library.iccwbo.org/dr.htm>

18 Otázce právního základu povinnosti stran se autorka věnovala v příspěvku DRLIČKOVÁ, 2016, op. cit.

19 K přehledu institucí, jejichž pravidla povinnost stran zakotvují, viz např. DE LY, FRIEDMAN, RADICATI DI BROZOLO, 2012, op. cit., s. 393–396; Drličková, 2016, op. cit., s. 29–30.

20 Výslovně např. Nový Zéland, Austrálie, Španělsko či Skotsko. K přehledu úpravy jednotlivých zemí viz např. DE LY, FRIEDMAN, RADICATI DI BROZOLO, 2012, op. cit., s. 385–393; DRLIČKOVÁ, 2016, op. cit., s. 29–30.

21 Tento přístup je zastáván zejména v Anglii, kde byl vytvořen judikaturou. Přehled klíčových rozhodnutí viz DRLIČKOVÁ, 2016, op. cit., s. 25–26.

22 BĚLOHLÁVEK, 2012, op. cit., s. 698.

23 LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELIS a Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 283; SMEUREANU, 2011, op. cit., s. 142; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration. Volume II*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, s. 2004; DE LY, FRIEDMAN, RADICATI DI BROZOLO, 2012, op. cit., s. 373.

Povinnost mlčenlivosti rozhodců vyplývá již ze samotné povahy jejich funkce rozhodovat spory. Bylo by neslučitelné s mandátem rozhodce, aby rozhodce vyzradil informace o rozhodčím řízení třetím osobám.²⁴ Povinnost mlčenlivosti je klíčovou součástí role rozhodce.²⁵ V České republice je povinnost rozhodců výslovně zakotvena v § 6 odst. 1 ZŘŘ. Pokud jde o rozsah povinnosti zachovávat mlčenlivost, bude vždy nutné brát v potaz, zda se jedná o povinnost rozhodce či stran a rovněž to, z jakého zdroje tato povinnost vyplývá (např. národní právo,²⁶ ujednání stran o mlčenlivosti, rozhodčí pravidla²⁷). Existenci povinnosti lze zkoumat ve vztahu ke třem okruhům „informací“: samotná existence rozhodčího řízení včetně základních informací o sporu a o řízení; materiály, dokumenty či informace vytvořené nebo použité v průběhu rozhodčího řízení;²⁸ rozhodčí nález.

2.2.2 Výjimky z povinnosti stran a rozhodců zachovat mlčenlivost

Povinnost rozhodců a zejména stran není absolutní. Dochází k situacím, kdy je důvěrnost informace prolomena z legitimních důvodů a strana či rozhodce tak neponesou odpovědnost za porušení povinnosti zachovat mlčenlivost. Rozsah a účinek výjimek

²⁴ SMEUREANU, 2011, op. cit., s. 142; BORN, 2014, op. cit., s. 2004.

²⁵ BORN, 2014, op. cit., s. 2004; DE LY, FRIEDMAN, RADICATI DI BROZOLO, 2012, op. cit., s. 373.

²⁶ Viz např. § 14 B ve spojení s § 2 novozélandského zákona o rozhodčím řízení (Arbitration Act 1996, Public Act 1996 No 99, reprint 1 March 2017 [online]. *New Zealand Legislation* [cit. 2017-08-14]. Dostupné z: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM403277.html>); článek 24 odst. 2 španělského zákona o rozhodčím řízení (zákon č. 60/2003 ze dne 23. prosince 2003 o rozhodčím řízení [online]. *Ministerio de Justicia* [cit. 2017-08-13]. Dostupné z: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292426982249>); Pravidlo 26 Skotských rozhodčích pravidel - Skotská rozhodčí pravidla tvoří součást skotského zákona o rozhodčím řízení a dle jeho § 7 se použijí na všechna rozhodčí řízení konající se ve Skotsku (Arbitration (Scotland) Act 2010 [online]. *legislation.gov.uk* [cit. 2017-08-14]. Dostupné z: <http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/contents>); § 23C ve spojení s § 15 australského zákona o rozhodčím řízení (International Arbitration Act 1974, Act No. 136 of 1974 [online]. *Federal Register of Legislation*. Australian Government [cit. 2017-08-14]. Dostupné z: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011C00342>).

²⁷ Viz např. článek 22 Pravidel ACICA (Rozhodčí pravidla Australského centra pro mezinárodní obchodní arbitráž z roku 2016 [online]. *Australian Centre for International Commercial Arbitration* [cit. 2017-08-13]. Dostupné z: <https://acica.org.au/acica-rules-2016/>); článek 44 Švýcarských pravidel (Švýcarská pravidla mezinárodního rozhodčího řízení z roku 2012 [online]. *Swiss Chambers' Arbitration Institution* [cit. 2017-08-13]. Dostupné z: <https://www.swissarbitration.org/Arbitration/Arbitration-Rules-and-Laws>); článek 43 Pravidel DIS (Rozhodčí pravidla Německého institutu pro rozhodčí řízení (DIS) z roku 1998 [online]. *DIS* [cit. 2017-08-13]. Dostupné z: <http://www.disarb.org/en/16/rules/overview-id0>); článek 8 odst. 1 Milánských pravidel (Rozhodčí pravidla Milánské rozhodčí komory z roku 2010 [online]. *Milan Chamber of Arbitration* [cit. 2017-08-13]. Dostupné z: <https://www.camera-arbitrale.it/en/arbitration/arbitration-rules.php?id=64>); článek 38 odst. 2 Pravidel CIETAC (Rozhodčí pravidla Čínské mezinárodní ekonomické a obchodní rozhodčí komise z roku 2015 [online]. *China International Economic and Trade Arbitration Commission* [cit. 2017-08-13]. Dostupné z: <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=106&l=en>); článek 30 odst. 1 Pravidel LCIA (Rozhodčí pravidla Londýnského mezinárodního arbitrážního soudu z roku 2014 [online]. *London Court of International Arbitration* [cit. 2017-14-08]. Dostupné z: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx).

²⁸ Této otázce se autorka věnovala v článku DRLÍČKOVÁ, 2017, op. cit.

se bude lišit stát od státu.²⁹ Obecně je možné vymezit pouze určité kategorie výjimek, se kterými lze v mezinárodní obchodní arbitráži počítat. Mezi ně mimo jiné patří souhlas stran rozhodčího řízení, sdělení informací profesionálním poradcům, ochrana legitimního zájmu strany rozhodčího řízení či příkaz nebo přivolení soudu.³⁰

Nad povinností zachovat mlčenlivost mohou převážet i veřejné zájmy. Široce respektovanou výjimkou je použití informace v soudním řízení, které s rozhodčím řízením souvisí. Typicky se jedná o řízení o zrušení nálezu či řízení o uznání, prohlášení vykonatelnosti či výkonu rozhodčího nálezu.³¹ V těchto případech dochází k prolomení důvěrnosti především samotného nálezu. Soudní řízení je zásadně veřejné a není důvěrné. Soudy jsou státní orgány a primárně slouží veřejnému zájmu. Na veřejném soudním řízení existuje veřejný zájem; veřejné řízení včetně zveřejnění rozhodnutí je jedním z hlavních aspektů práva na spravedlivý proces. V tomto případě veřejný zájem na veřejnosti soudního řízení a zejména rozhodnutí zpravidla převáží nad zájmy stran.³²

Strana rozhodčího řízení či rozhodce může mít oznamovací povinnost vyplývající ze zákona, jiné úpravy či příkazu určitého orgánu. Tato kategorie pokrývá široký soubor situací, kdy může dojít k prolomení povinnosti mlčenlivosti často z důvodu veřejného zájmu. Existence a širší oznamovací povinnosti bude záviset na národních právních rádech dopadajících na strany i na povaze stran a jejich činnosti v určitém obchodním sektoru. Oznamovací povinnost může být vyžadována orgány veřejné moci v případě nezákonného jednání.³³ V mezinárodní obchodní arbitráži mohou být řešeny spory, které jsou dotčeny nezákonným jednáním. V současné době jsou nejvíce diskutovány spory dotčené korupcí.³⁴ V tomto kontextu tak typicky může dojít k prolomení povinnosti

29 DE LY, FRIEDMAN, RADICATI DI BROZOLO, 2012, op. cit., s. 375.

30 K těmto výjimkám viz např. DE LY, FRIEDMAN, RADICATI DI BROZOLO, 2012, op. cit., s. 375–376; HWANG, Michael a Katie CHUNG. Defining Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration. *Journal of International Arbitration* [online]. 2009, roč. 26, č. 5, s. 641–642 [cit. 2017-08-14]. Dostupné z: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=JOIA2009034>

31 DE LY, FRIEDMAN, RADICATI DI BROZOLO, 2012, op. cit., s. 375. V ČR viz např. usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 31. července 2012, sp. zn. 15Co 144/2012. In: *ASPI*. Wolters Kluwer [cit. 2017-08-16]; nálezy Ústavní soudu ze dne 24. června 2014, sp. zn. I.ÚS 1647/13. In: *ASPI*. Wolters Kluwer [cit. 2017-08-16]; nálezy Ústavní soudu ze dne 27. ledna 2015, sp. zn. III.ÚS 2588/13. In: *ASPI*. Wolters Kluwer [cit. 2017-08-16].

32 Podrobnou analýzu této otázky poskytl anglický *Court of Appeal*. Viz Rozhodnutí Court of Appeal, Spojené království ze dne 25. března 2004, Department of Economic Policy and Development of the City of Moscow and the Government of Moscow v. Bankers Trust Company and International Industrial Bank [online]. *British and Irish Legal Information Institute* [cit. 2017-08-14]. Dostupné z: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/314.html>

33 THOMSON, Claude R. a Annie M. K. FINN. Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution! *Dispute Resolution Journal* [online]. 2007, May/July, s. 78 [cit. 2017-08-14]. Dostupné z: http://www.fasken.com/files/Publication/568c56f5-32fd-486d-86a1-6ad2693bff04/Presentation/PublicationAttachment/e8de4cc6-13ea-429f-9a9a-6e50018e8bca/Confidentiality_in_Arbitration.PDF

34 Např. dle § 386 zákona č. 40/2009, trestní zákoník je trestné neoznámení trestného činu přijetí úplatku i podplácení.

rozhodce zachovat mlčenlivost, pokud se v souvislosti s rozhodčím řízením dozvěděl o nezákonném (trestném) jednání.³⁵

Je-li stranou mezinárodní obchodní arbitráže stát, případně právnická osoba veřejného práva či právnická osoba soukromého práva vlastněná či ovládána státem a strany jsou vázány povinností zachovat mlčenlivost, může se tato povinnost státu dostat do střetu s povinností podle legislativy upravující svobodný přístup k informacím v daném státě.³⁶ I taková povinnost musí být v mezinárodní obchodní arbitráži uznána jako výjimka z povinnosti mlčenlivosti. Rozsah požadovaných informací se bude lišit v závislosti na příslušné právní úpravě.³⁷ Je-li stranou společnost operující na finančním trhu, může oznamovací povinnost vyplývat z pravidel regulujících takový trh.³⁸ Oznamovací povinnost může vyplývat i ze vztahu společnosti k jejím auditorům, bankám, pojišťovnám, investorům, členům či potencionálním smluvním partnerům.³⁹ Rozsah oznamovací povinnosti se v jednotlivých případech liší.

V neposlední řadě může být mlčenlivost prolomena existencí legitimního zájmu veřejnosti na informacích o rozhodčím řízení. Existence tohoto zájmu může existovat z důvodu povahy stran či strany mezinárodního rozhodčího řízení (stranou je stát, veřejnoprávní entita či státem vlastněná společnost), povahy sporné transakce či z důvodu, že spor zahrnuje veřejné finanční prostředky. Konkrétní kontury však budou záviset na okolnostech každého případu a dané jurisdikci.

Veřejný zájem figuruje jako možné prolomení povinnosti mlčenlivosti v těch národních úpravách, které povinnost mlčenlivosti zakotvují (viz § 14C písm. e) v kombinaci s § 14E novozélandského zákona o rozhodčím řízení, § 23G australského zákona o rozhodčím řízení či Pravidlo 26 odst. 1 písm. e) Skotských rozhodčích pravidel). Této otázce se věnovalo i slavné rozhodnutí *High Court of Australia* v případě *Eso v. Plowman*.⁴⁰ Toto rozhodnutí v 90. letech 20. století v zásadě odstartovalo diskuse o tom, zda a za jakých

35 ZIADÉ, Nassib G. Addressing Allegations and Findings of Corruption. In: BAIZEAU, Domitille a Richard H. KREINDLER (eds.). *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration. Doctrines of the ICC Institute of World Business Law* [online]. 2015, roč. 13, s. 125 [cit. 2017-08-14]. Dostupné z: <http://www.kluwerarbitration.com/>; BORN, 2014, op. cit., s. 2005. V České republice by rozhodce musel být zproštěn mlčenlivosti postupem dle § 6 odst. 2 ZRŘ.

36 V České republice zákon 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím.

37 DE LY, FRIEDMAN. RADICATI DI BROZOLO, 2012, op. cit., s. 376; BURN, George a Alison PEARSALL. Exceptions to Confidentiality in International Arbitration. *Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin* 2009: *Confidentiality in Arbitration: Commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice* [online]. 2009, s. 32 [cit. 2017-08-14]. Dostupné z: <http://library.iccwbo.org/dr.htm>

38 BURN, PEARSALL, 2009, op. cit., s. 35.

39 SMEUREANU, 2011, op. cit., s. 129.

40 Rozhodnutí High Court of Australia ze dne 7. dubna 1995, *Eso Australia Resources Ltd v. Plowman* [online]. *Australasian Legal Information Institute* [cit. 2017-08-14]. Dostupné z: [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1995/19.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(%221995%20HCA%2019%22\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1995/19.html?stem=0&synonyms=0&query=title(%221995%20HCA%2019%22))

podmínek v rozhodčím řízení strany zavazuje povinnost mlčenlivosti. *High Court* striktně odlišil neveřejnost rozhodčího řízení a povinnost stran zachovat mlčenlivost a dospěl k závěru, že mlčenlivost není zásadním atributem rozhodčího řízení, která ukládá stranám povinnost nezveřejňovat řízení nebo dokumenty a informace poskytnuté v rámci a pro účely rozhodčího řízení. Taková povinnost by mohla vyplývat z výslovného ujednání stran.

Kromě toho se rozhodnutí zabývá otázkou veřejného zájmu jako výjimkou z povinnosti stran zachovat mlčenlivost. Základem případu byly dvě smlouvy o dodávce zemního plynu, kdy odběrateli byly dvě veřejnoprávní entity státu Victoria. Mezi dodavatelem a odběrateli vznikl spor ohledně zvýšení ceny plynu a v souladu se smlouvami bylo zahájeno rozhodčí řízení. Ministr Victorie pro energii a nerostné zdroje zahájil soudní řízení, ve kterém se domáhal určení, že veškeré informace získané odběrateli v průběhu rozhodčího řízení nepodléhají povinnosti zachovat mlčenlivost.

Soudce *Mason* dospěl k závěru,⁴¹ že třetí osoby a veřejnost mohou mít legitimní zájem vědět, co se děje v rozhodčím řízení. Vyšel z toho, že ve veřejném sektoru je potřeba otevřenost. Dle jeho názoru není důvod, proč by spotřebitelé a veřejnost Victorie neměli vědět, co se v rozhodčím řízení děje, když jeho výsledek ovlivní konečné ceny plynu účtované spotřebitelům. Z rozhodnutí je rovněž zřejmé, že veřejný zájem nedopadá pouze na informace o existenci rozhodčího řízení a dokumenty v něm vytvořené, ale i dokumenty, které byly v rozhodčím řízení předloženy některou ze stran.⁴² Toto rozhodnutí dokládá, že v určitých situacích může mít veřejnost legitimní zájem na informacích o rozhodčím řízení, který prolomí povinnost stran zachovat mlčenlivost. Tato výjimka byla však v tomto rozhodnutí koncipována příliš extenzivně. Stejný účel by naplnil i menší zásah do důvěrnosti rozhodčího řízení.

3 Transparentnost v mezinárodní obchodní arbitráži

3.1 Pojem transparentnosti a její současný stav

Transparentnost v nejširším slova smyslu zahrnuje zveřejnění informací o rozhodčím řízení, přístup k nejruznějším dokumentům pocházejícím z rozhodčího řízení, účast

⁴¹ Tento názor byl přijat většinou soudců.

⁴² Veřejným zájmem se zabýval např. i novozélandský soud v případě *Television New Zealand Ltd vs. Langeley Productions Ltd*. V tomto případě šlo o spor mezi televizním reportérem, jeho produkční společností a veřejnoprávní televizí. Spor byl řešen v důvěrném rozhodčím řízení a rozhodci vydali nález ve prospěch produkční společnosti. Společnost požádala o výkon nálezu, zatímco televize požádala o zrušení nálezu a žádala veřejné řízení, druhá stran se však odvolávala na důvěrnost rozhodčího řízení. Soud dospěl k závěru, že povaha jedné ze stran (státem vlastněná a financovaná společnost) a předmět dotčené smlouvy (zprávy na veřejnoprávní televizi) jsou elementy, které sporu propůjčují důležitý veřejný zájem. Klíčový význam soud přiznal i tomu, že zde šlo o veřejné finance. Jinými slovy, televize je financovaná z veřejných zdrojů, veřejnost má tedy právo vědět, jak jsou její peníze utráceny (SMEUREANU, 2011, op. cit., s. 119–120).

třetích stran na rozhodčím řízení a přístup k ústnímu jednání.⁴³ Takto široce je transparentnost koncipována v Pravidlech UNCITRAL o transparentnosti v rozhodčím řízení mezi státem a investorem na základě smlouvy.⁴⁴ Ta jsou však použitelná pouze na investiční arbitráž.⁴⁵ Ačkoli se v literatuře objevil názor o možné aplikaci Pravidel UNCITRAL o transparentnosti i v mezinárodní obchodní arbitráži,⁴⁶ s tímto názorem nesouhlasím. Takto široce koncipovaná transparentnost nepřichází v mezinárodní obchodní arbitráži v úvahu.

Výše bylo řečeno, že neveřejnost je v mezinárodní obchodní arbitráži mezinárodně uznávána, není zpochybňována a o jejím prolomení nejsou vedeny diskuse. Neveřejnost patří mezi očekávání, která strany s tímto způsobem řešení sporů spojují. Neveřejnost přispívá k procesní integritě rozhodčího řízení. Může rovněž napomoci k hospodárnému a rychlému řešení sporů.⁴⁷ Zároveň odlišuje rozhodčí řízení od řízení soudního. Dle názoru autorky v současné době neexistuje dostatečně silný veřejný zájem, který by nad neveřejností mezinárodní obchodní arbitráže převážil. Veřejný zájem na informacích o rozhodčím řízení lze zajistit jinak, aniž by bylo nutné popřít jeden ze základních rysů obchodní arbitráže. V mezinárodní obchodní arbitráži tak transparentnost nelze spojovat s právem veřejnosti účastnit se rozhodčího řízení a získat plný přístup k dokumentům.⁴⁸ Rovněž účast konkrétních třetích osob by měla být v mezinárodní obchodní arbitráži výjimkou a měla by být nadále podmíněna souhlasem stran a rozhodců.⁴⁹ V mezinárodní obchodní arbitráži lze rovněž stěží uvažovat o systematickém zveřejňování základních informací o rozhodčím řízení tak, jak s tím například počítá článek 2 Pravidel UNCITRAL o transparentnosti. To by představovalo nepřiměřený zásah do důvěrnosti

43 CARMODY, M. Overturning the Presumption of Confidentiality: Should the UNCITRAL Rules on Transparency be Applied to International Commercial Arbitration? *International Trade and Business Law Review* [online]. 2016, roč. XIX, s. 103–104 [cit. 2017-08-15]. Dostupné z: <https://home.heinonline.org/>

44 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration [online]. *UNCITRAL* [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>

45 Článek 1 Pravidel UNCITRAL o transparentnosti.

46 Viz CARMODY, 2016, op. cit., s. 177.

47 DIMITROV, Delyan a Laurence SHORE. The Public Interest in Private Dispute Resolution. In: ZEILER, Gerold, Irene WELSER a kol. (eds.). *Austrian Yearbook on International Commercial Arbitration* [online]. 2009, s. 173 [cit. 13. 8. 2017]. Dostupné z: <http://www.kluwerarbitration.com/>

48 ROGERS, Catherine A. Transparency in International Commercial Arbitration. *Kansas Law Review* [online]. 2006, roč. 54, s. 1305 [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: <https://home.heinonline.org/>

49 Rovněž v odborné literatuře nejsou v tomto ohledu vedeny diskuse. Literatura věnující se neveřejnosti a důvěrnosti hovoří pouze o možných výjimkách z povinnosti zachovat mlčenlivost (viz zdroje citované výše v tomto článku). Literatura, která se specificky věnuje transparentnosti, se v zásadě omezuje na otázku zveřejňování rozhodčích nálezů (viz např. CARMODY, 2016, op. cit.; ROGERS, 2006, op. cit.; ZLATANSKA, Elina. To Publish, or Not To Publish Arbitral Awards: That is the Question... *Arbitration* [online]. 2015, roč. 81, č. 1 [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2558743; MALATESTA, Alberto a Rinaldo SALI (eds.). *The Rise of Transparency in International Arbitration*. New York: JurisNet, 2013.

řízení. Sdělení těchto informací tak přichází v úvahu pouze v rámci výjimek z mlčenlivosti uvedených výše.

V posledních letech jsme svědky trendu směrem k transparentnosti v mezinárodní obchodní arbitráži. Tu lze spatřovat v několika aspektech. Mezinárodní obchodní arbitráž v žádném případě není zcela uzavřený a „tajný“ způsob řešení sporů, o jehož průběhu není možné získat žádné informace. To platí jak obecně, tak pro konkrétní případy.

Pravidla, kterými se rozhodčí řízení řídí, jsou dostupná a předvídatelná pro zainteresované strany.⁵⁰ Nejedná se pouze o pravidla rozhodčích institucí, ale i další v praxi využívaná pravidla.⁵¹ Stále častěji dochází ke zveřejňování nálezů⁵² i dalších rozhodnutí rozhodčích institucí.⁵³ Velkou roli v tomto trendu hrají právě samotné rozhodčí instituce. Tento trend vzešel „zevnitř“. Nárůst sporů v oblasti mezinárodního obchodu navýšil počet a spektrum účastníků mezinárodní obchodní arbitráže. To vedlo nejen k větší soutěži mezi rozhodčími institucemi, rozhodci a stranami, ale i ke snahám o zlepšení celého systému.⁵⁴

K nárůstu transparentnosti vede i dobrovolné či nedobrovolné sdělování či zveřejňování informací o rozhodčím řízení uživatelům rozhodčího řízení i obecné veřejnosti. Důvodem může být některá ze situací uvedených výše. Ačkoli jejich primárním účelem obvykle není transparentnost v mezinárodní obchodní arbitráži, ve svém souhrnu k ní přispívají.⁵⁵ K transparentnosti bezpochyby přispívá i zveřejňování soudních rozhodnutí, která se rozhodčího řízení týkají (např. rozhodnutí o zrušení nálezů, rozhodnutí o uznání/vykonatelnosti nálezů⁵⁶). V neposlední řadě k vyšší transparentnosti přispívá i obrovské množství odborné literatury, sociologických a empirických výzkumů a studií, které v této oblasti existují a stále přibývají.⁵⁷

⁵⁰ ROGERS, 2006, op. cit., s. 1313; CARMODY, 2016, op. cit., s. 168.

⁵¹ Viz např. soubory pravidel vytvořené International Bar Association. *IBA Guides, Rules and Other Free Materials* [online]. International Bar Association [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

⁵² ROGERS, 2006, op. cit., s. 1319; CARMODY, 2016, op. cit., s. 168.

⁵³ CARMODY, 2016, op. cit., s. 168.

⁵⁴ ROGERS, 2006, op. cit., s. 1313.

⁵⁵ Ibidem, s. 1313.

⁵⁶ Obrovské množství rozhodnutí národních soudů týkajících se uznání a výkonu rozhodčích nálezů dle Newyorské úmluvy je obsaženo v placené databázi *Kluwer Arbitration* [online]. Wolters Kluwer [cit. 2016-08-16]. Dostupné z: <http://www.kluwerarbitration.com/>. Řada rozhodnutí je však v současné době volně dostupná na *1958 New York Convention Guide* [online]. UNCITRAL, Shearman & Sterling LLP, Columbia Law School [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: http://newyorkconvention1958.org/?opac_view=-1

⁵⁷ ROGERS, 2006, op. cit., s. 1320; CARMODY, 2016, op. cit., s. 168.

3.2 Zveřejňování rozhodčích nálezů

Lze však uvažovat o něčem víc? V souvislosti s vyšší mírou transparentnosti v mezinárodní obchodní arbitráži je nejčastěji skloňována otázka systematického zveřejňování rozhodčích nálezů. Ačkoli k němu již v určité míře dochází, objem zveřejněných nálezů není reprezentativní.⁵⁸ Praxe rozhodčích institucí se liší. Některé nezveřejňují nic, jiné zveřejňují v poměrně v široké míře. Některé zveřejňují pouze abstrakty nálezů. Některé instituce zveřejňují volně na internetu, jiné pouze prostřednictvím placených databází. Ne všechny instituce zveřejnění nálezů upravují ve svých pravidlech, liší se i přístup k souhlasu stran.⁵⁹

Výše jsme uvedli, že veřejný zájem může stát za prolomením mlčenlivosti v konkrétních případech, kdy se do „veřejné sféry“ dostanou informace o rozhodčím řízení, některé dokumenty či právě rozhodčí nález. Můžeme ale hovořit o veřejném zájmu na systematickém zveřejňování rozhodčích nálezů? Existují zde důvody, proč by zájem na zveřejnění nálezů měl převážet nad zájmem stran zachovat důvěrnost rozhodčího řízení a rozhodčího nálezu? V následující pasáži se pokusím shrnout argumenty pro i proti, tyto zhodnotit a uvést, zda existuje veřejný zájem na systematické publikaci rozhodčích nálezů.

3.2.1 Argumenty pro zveřejňování rozhodčích nálezů

Veřejnost má zájem na zveřejnění rozhodčích nálezů.⁶⁰ Veřejnost je důležitým hráčem v mezinárodním rozhodčím řízení. Tato premisa je primárně spojována s mezinárodní investiční arbitráží. Nicméně i mezinárodní obchodní arbitráž může mít vliv na otázky veřejného zájmu či otázky, o kterých by měla být veřejnost informována. Stranou mezinárodní obchodní arbitráže může být stát, jiná veřejnoprávní entita či společnost vlastněná či ovládána státem. I spor řešený v obchodní arbitráži se může dotýkat veřejných finančních prostředků.⁶¹ V mezinárodní obchodní arbitráži jsou řešeny spory, které

⁵⁸ MOURRE, Alexis. Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case for Systematic Publication of Arbitral Awards in 10 Questions [online]. *Kluwer Arbitration Blog*, May-28-2009, otázka 6 [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: <http://kluwerarbitrationblog.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudence-in-international-commercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>

⁵⁹ Zajímavý přehled viz *Publication of International Arbitration Awards and Decisions* [online]. Report by the Committee on International Commercial Disputes, New York City Bar, 2014 [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: <http://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072645-PublicationofInternationalArbitrationAwardsandDecisions.pdf>

⁶⁰ HWANG, CHUNG, 2009, op. cit., s. 617.

⁶¹ CREMADÉS, Bernardo. M. a Rodrigo CORTÉS. The Principle of Confidentiality in Arbitration: A Necessary Crisis. *Journal of Arbitration Studies* [online]. 2013, roč. 23, č. 3, s. 31 [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: <https://home.heinonline.org/>; TWEEDDALE, Andrew. Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception. *Arbitration International* [online]. 2005, roč. 21, č. 1, s. 62 [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: <https://academic.oup.com/arbitration/article/21/1/59/201202/Confidentiality-in-Arbitration-and-the-Public>

se dotýkají i veřejných zájmů, např. soutěžní spory či spory dotčené korupcí. V mezinárodní obchodní arbitráži mohou vyjít najevo nelegální či neetické praktiky společností, jako je využívání dětské práce, poškozování životního prostředí či porušování lidských práv,⁶² o kterých má veřejnost právo vědět. I čistě soukromoprávní spor může mít výrazný vliv na širší skupiny osob, např. akcionáře či spotřebitele.⁶³

Zveřejňování rozhodčích nálezů by mohlo vést k větší konzistentnosti rozhodování.⁶⁴ Bylo by tak zajištěno obdobné řešení srovnatelných faktických a právních otázek. Konzistentnost rozhodování by přispěla k jednotné aplikaci pravidel, čímž by napomohla i lepšímu pochopení celého rozhodčího řízení.⁶⁵ Relevance předchozích nálezů bude samozřejmě záviset na právních pravidlech dopadajících na jednotlivý případ. Je potřeba rozlišovat mezi procesními a hmotněprávními otázkami. Ačkoli rozhodci mohou aplikovat různá procesní pravidla, existuje celá řada otázek, které jsou dnes řešeny stejně či obdobně. Tady je pak možné spatřovat prostor pro roli předchozích nálezů. Pokud jde o hmotněprávní otázky, klíčovou oblastí budou zřejmě nestátní pravidla a jejich aplikace. Přechozí nálezy však mohou být důležitým zdrojem při aplikaci unifikovaných hmotněprávních norem⁶⁶ i národního práva.⁶⁷

Zveřejňování nálezů by mohlo vést k vyšší míře jistoty a předvídatelnosti.⁶⁸ I v mezinárodní obchodní arbitráži strany ocení předvídatelnost výsledků. Strany se budou moci lépe rozhodnout, zda dává smysl arbitráž vůbec zahájit. To by mohlo snížit počet neodůvodněných žalob. Strany se budou moci poučit z chyb druhých, což může posílit přátelské způsoby řešení sporů. Pokud už se rozhodnou řízení zahájit, přechozí nálezy jim mohou pomoci lépe naplánovat a připravit řízení.⁶⁹

Konzistentnější a předvídatelnější soubor nálezů povede k posílení integrity a legitimacy rozhodčího řízení.⁷⁰ Je-li práce rozhodců „viditelnější“, legitimita systému je posílena. Budoucí uživatelé mohou lépe pochopit celý proces, což je povede k jeho využití. Stávající uživatelé budou motivováni k jeho dalšímu využívání, pokud budou přesvědčeni, že se jim dostává spravedlivého řízení, které odpovídá jejich očekávání.⁷¹

⁶² ROGERS, 2006, op. cit., s. 1327.

⁶³ CARMODY, 2016, op. cit., s. 170.

⁶⁴ CARMODY, 2016, op. cit., s. 171; ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 29.

⁶⁵ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 29.

⁶⁶ Jako je např. Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží.

⁶⁷ MOURRE, 2009, op. cit., otázka 3; viz také Publication of International Arbitration Awards and Decisions, 2014, op. cit., s. 2.

⁶⁸ CARMODY, 2016, op. cit., s. 171.

⁶⁹ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 28.

⁷⁰ CARMODY, 2016, op. cit., s. 171; BUYS, 2003, op. cit., s. 136.

⁷¹ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 29.

Zveřejnění nálezů může rovněž přispět ke zvýšení kvality nálezů a jejich odůvodnění.⁷² Veřejný dohled může rozhodcům poskytnout větší motivaci přijímat obhajitelná a přesvědčivá rozhodnutí. Může rovněž přispět ke zvýšení kvality odůvodnění, protože rozhodce bude vědět, že jeho text bude publikován, čten a případně kriticky hodnocen.⁷³

Současná mezinárodní obchodní arbitráž potřebuje vysoce kvalifikované rozhodce. Zveřejňování nálezů může napomoci výchově nových rozhodců a stávajícím poskytnout informace, jak rozhodují jiní.⁷⁴ Jejich zveřejnění může napomoci budování reputace rozhodce. Zveřejnění rozhodčích nálezů může omezit špatné počínání rozhodců či špatnou aplikaci práva a připustit určitou míru externího dohledu.⁷⁵

Mezinárodní obchodní arbitráži je v současné době vyčítáno, že je poměrně uzavřeným klubem osob (zejména, pokud jde o komplexnější případy), které opakovaně působí jako rozhodci, právní zástupci atd. To může vést ke střetu zájmů, protože rozhodce může upřednostnit stranu, o které ví, že si ho v budoucnu znovu vybere. Dochází tak nárůstu námitek podjatosti rozhodců.⁷⁶ Větší dostupnost informací může pole obchodní arbitráže otevřít dalším osobám, což by mohlo přispět k řešení naznačeného problému.

Nálezy mohou rovněž plnit důležitou informační funkci tím, že poskytují informaci o potencionálních rozhodcích a o tom, jak přistupují ke svým případům.⁷⁷ Strany si mohou při výběru rozhodce zhodnotit, jak rozhodce postupoval v minulých řízeních a učinit tak odůvodněný výběr rozhodce.⁷⁸

Zveřejnění nálezů může u veřejnosti posílit důvěru, že proces je spravedlivý, což zvýší pravděpodobnost plnění nálezů. Zveřejnění nálezů tak může vytvořit tlak na plnění nálezů.⁷⁹ Zveřejněné nálezy mohou být rovněž zdrojem pro akademiky, kteří budou mít příležitost porozumět, analyzovat, podrobit kritice a zlepšovat tento systém řešení sporů.⁸⁰ V neposlední řadě by mohlo zveřejnění nálezů přispět k budování reputace rozhodčích institucí a posílit mezi nimi zdravou soutěž.⁸¹ Řada rozhodčích nálezů rovněž představuje kvalitní právní díla. Nejsou-li zveřejněny, nemohou právo obohatit.⁸²

⁷² Viz také *Publication of International Arbitration Awards and Decisions*, 2014, op. cit., s. 2; CREMADES, CORTÉS, 2013, op. cit., s. 35.

⁷³ CARMODY, 2016, op. cit., s. 174; ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 30.

⁷⁴ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 29.

⁷⁵ Ibidem, s. 31.

⁷⁶ Ibidem, s. 30.

⁷⁷ CARMODY, 2016, op. cit., s. 172.

⁷⁸ BUYS, 2003, op. cit., s. 137.

⁷⁹ CARMODY, 2016, op. cit., s. 174.

⁸⁰ CARMODY, 2016, op. cit., s. 172; BUYS, 2003, op. cit., s. 137.

⁸¹ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 32.

⁸² CREMADES, CORTÉS, 2013, op. cit., s. 35.

3.2.2 *Argumenty proti zveřejňování nálezů*

Zveřejňování rozhodčích nálezů by mohlo vést k narušení rozhodčího řízení.⁸³ Důvěrnost je stále důležitým elementem rozhodčího řízení. Zejména tam, kde je důvěrnost rozhodčího řízení výsledkem výslovného ujednání stran, může její nerespektování vést k tomu, že arbitráž bude méně atraktivní.⁸⁴ Vyšší míra transparentnosti by mohla setřít i rozdíl mezi rozhodčím a soudním řízením. Otevřený proces může vést i k neochotě stran připustit určité skutečnosti či pozice z obavy z veřejné reakce, což by mohlo vést ke snížení efektivity rozhodčího řízení.⁸⁵ Proti zveřejnění nálezů hovoří i možnost zveřejnění citlivých či důvěrných informací, např. obchodního tajemství, know-how, výsledků výzkumu, seznamu zákazníků, práv k duševnímu vlastnictví apod.⁸⁶

Zveřejnění nálezů by mohlo vést ke zvýšení nákladů⁸⁷ a zpomalení řízení.⁸⁸ Náklady by mohly souviset s přípravou nálezu k zveřejnění i jejich samotným zveřejněním. Zaznívá i argument, že rozhodci by se méně soustředili na vlastní řešení sporů, ale věnovali by větší pozornost rozvoji práva a demonstraci svých schopností, aby si zajistili budoucí případy.⁸⁹

Oponenti rovněž uvádějí, že v mezinárodní obchodní arbitráži nevystává potřeba konzistentního a předvídatelného souboru rozhodnutí, protože se dotýká jednorázových smluv.⁹⁰ Navíc, rozhodci většinou aplikují národní právo, které je již dostatečně rozvinuté. Většina nálezů také nebude mít hodnotu pro další případy s ohledem na specifické okolnosti. Není tak možné z nich vyvozovat obecnější závěry.⁹¹ Proti zveřejňování nálezů zaznívá i argument, že strany by nemohly skrýt tvrzení, která je poškozují. To samozřejmě nebude na škodu, pokud jsou tvrzení pravdivá.⁹²

3.2.3 *Zhodnocení*

Systematické zveřejňování rozhodčích nálezů by mohlo přinést řadu výhod. Tyto výhody se v žádném případě neomezují pouze na strany konkrétního rozhodčího řízení, ale měly by daleko širší přínos. Zveřejňování rozhodčích nálezů je ve veřejném zájmu. V celé

⁸³ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 32.

⁸⁴ BUYS, 2003, op. cit., s. 138.

⁸⁵ BUYS, 2003, op. cit., s. 138; ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 32.

⁸⁶ BUYS, 2003, op. cit., s. 138; ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 32.

⁸⁷ *Publication of International Arbitration Awards and Decisions*, 2014, op. cit., s. 3; BUYS, 2003, op. cit., s. 137; ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 33.

⁸⁸ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 33.

⁸⁹ CARMODY, 2016, op. cit., s. 174.

⁹⁰ CARMODY, 2016, op. cit., s. 173.

⁹¹ DIMITROV, SHORE, 2009, op. cit., s. 171.

⁹² BUYS, 2003, op. cit., s. 137.

řadě případů bude mít veřejnost zájem znát a měla by mít právo znát obsah rozhodčích nálezů. Vyšší míra transparentnosti v důsledku publikace rozhodčích nálezů by přispěla k rozvoji konzistentní rozhodovací praxe, posílení předvídatelnosti, legitimacy a kvality rozhodčího řízení.

Klíčovým argumentem, který zaznívá proti publikaci nálezů, je důvěrnost rozhodčího řízení, resp. rozhodčího nálezu. K té však v současné době neexistuje jednotný přístup. V případě, kdy si strany neujednají povinnost mlčenlivosti ohledně nálezu, nebo tato nebude vyplývat z použitelných rozhodčích pravidel, je sporné, zda bude vůbec existovat. Mlčenlivost stran tak publikaci nálezů bez dalšího nebrání. Pokud však existuje, není možné ji ignorovat. Odrazí se v nastavení hranice mezi důvěrností rozhodčího nálezu a jeho zveřejněním. Při nastavení pravidel pro zveřejňování rozhodčích nálezů je nutné vyvažovat veřejný zájem na vyšší míře transparentnosti a zájem stran na zachování důvěrnosti nálezu.

Nepřijatelné jsou obě krajní pozice. Na straně jedné myšlenka, že rozhodčí nálezy budou zveřejňovány bez úprav v celém rozsahu. Na straně druhé pak pozice, že jakékoli zveřejnění nálezu bez souhlasu stran má na ně automaticky negativní dopad.⁹³ Je tedy nutné najít „zlatou“ střední cestu. Nálezy by měly být zveřejňovány až nějakou dobu poté, co byly vydány. Měly by z nich být odstraněny určité informace - důvěrné či citlivé informace, jména stran, právních zástupců atd. Naopak, jména rozhodců by zveřejněna být měla. Mohla by přispět k lepšímu pochopení obsahu nálezu.⁹⁴ Jejich zveřejnění by mohlo přinést řadu výhod, které byly uvedeny výše.

Jako inspirace může sloužit iniciativa Milánské arbitrážní komory, která vydala Pokyny pro anonymní zveřejnění rozhodčích nálezů⁹⁵ dopadající na nálezy vydané dle jejich pravidel. Nálezy jsou zveřejněny, ledaže kterákoli ze stran se zveřejněním výslovně nesouhlasí. Pokyny potom podrobně vymezují, které informace z rozhodčího nálezu budou zveřejněny a které budou vypuštěny, resp. jak mají být upraveny.

Zajistit systematické zveřejňování nálezů v praxi je velmi obtížné. Důležitou roli by samozřejmě mohly hrát rozhodčí instituce. Bylo by však nutné, aby jejich pravidla alespoň obsahovala výslovná ustanovení o zveřejnění nálezů a případně i vzorové doložky týkající se důvěrnosti, které by na zveřejnění nálezu reagovaly.⁹⁶ V tomto případě by ale zcela stranou zůstaly nálezy vydané v řízení *ad hoc*. Objevil se i návrh vytvoření mezinárodní instituce, která by zodpovídala za zveřejňování nálezů. K jejímu vytvoření by bylo třeba

⁹³ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 34.

⁹⁴ MOURRE, 2009, op. cit., otázky 7 a 10.

⁹⁵ *Guidelines for the Anonymous Publication of Arbitral Awards* [online]. Milan Chamber of Arbitration [cit. 2017-08-16]. Dostupné z: <https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/guidelines-anonymous-publication-arbitral-awards.pdf>

⁹⁶ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 36.

přijetí mezinárodní smlouvy a její zřízení by vyvolalo řadu praktických problémů.⁹⁷ Tato možnost je v současné době nereálná. Pravděpodobnější variantou by pak bylo vytvoření online databáze a jednotných pravidel pro zveřejnění nálezů, obojí např. v gesci UNCITRALu.⁹⁸ Problémem by samozřejmě bylo zajistit, aby zde alespoň velká část nálezů byla zveřejněna.⁹⁹

I kdyby byla vytvořena pravidla o zveřejnění rozhodčích nálezů, jejich aplikace by v mezinárodní obchodní arbitráži nemohla být povinná. Stranám konkrétního řízení by musela být zachována možnost jejich aplikaci vyloučit.¹⁰⁰ Tak by bylo možné dosáhnout vyšší míry transparentnosti, ale zároveň nepotlačit zájmy stran.

Závěr

Transparentnost v nejširším slova smyslu zahrnuje zveřejnění informací o rozhodčím řízení, přístup k nejrozličnějším dokumentům pocházejícím z rozhodčího řízení, účast třetích stran na rozhodčím řízení a přístup k ústnímu jednání. Takto široce koncipovaná transparentnost je v mezinárodní obchodní arbitráži nereálná a byla by i kontraproduktivní, protože by popírala podstatu mezinárodní obchodní arbitráže i očekávání stran. V žádném případě tak nelze diskutovat o úplném prolomení neveřejnosti, širší účasti třetích osob či systematickém zveřejňování informací o rozhodčím řízení a různých dokumentů vytvořených či předložených v rozhodčím řízení. Domnívám se, že na takto koncipované transparentnosti neexistuje žádný veřejný zájem.

Přesto jsme svědky trendu směrem k transparentnosti v mezinárodní obchodní arbitráži. Stále častěji dochází ke zveřejňování nálezů i dalších rozhodnutí rozhodčích institucí. K nárůstu transparentnosti vede i dobrovolné či nedobrovolné sdělování či zveřejňování informací o rozhodčím řízení uživatelům rozhodčího řízení i obecné veřejnosti. K transparentnosti bezpochyby přispívá i publikace soudních rozhodnutí, která se rozhodčího řízení týkají. V neposlední řadě k vyšší transparentnosti přispívá i obrovské množství odborné literatury, sociologických a empirických výzkumů a studií.

V souvislosti s vyšší mírou transparentnosti v mezinárodní obchodní arbitráži je nejčastěji skloňována otázka zveřejňování rozhodčích nálezů. Ačkoli k ní již v určité míře dochází, objem zveřejněných nálezů není reprezentativní a praxe rozhodčích institucí se liší. Na základě zvážení argumentů pro i proti autorka dospěla k závěru, že na zveřejňování rozhodčích nálezů existuje veřejný zájem. V celé řadě případů může mít veřejnost zájem znát obsah rozhodčích nálezů. Vyšší míra transparentnosti v mezinárodní

⁹⁷ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 35.

⁹⁸ MOURRE, 2013, op. cit., s. 66.

⁹⁹ ZLATANSKA, 2015, op. cit., s. 36.

¹⁰⁰ Ideální by byl systém tzv. *opt out*, kdy by se pravidla aplikovala, ledaže by strany jejich aplikaci výslovně vyloučily.

obchodní arbitráži v důsledku zveřejňování rozhodčích nálezů by přispěla k rozvoji konzistentní rozhodovací praxe, posílení předvídatelnosti, legitimacy a kvality rozhodčího řízení. Navíc, důvěrnost nálezu, resp. povinnost stran zachovat o něm mlčenlivost zveřejnění nálezu nutně nebrání. Nelze ji však ignorovat. Odrazí se v nastavení hranice mezi důvěrností nálezu a jeho zveřejněním. Při nastavení pravidel pro zveřejňování rozhodčích nálezů je nutné vyvažovat veřejný zájem na zveřejnění nálezů a zájem stran na zachování jejich důvěrnosti.

Jmenování vysokoškolským profesorem – správněprávní a ústavněprávní otázky*

Appointment of a University Professor – Constitutional and Administrative Law Issues

Martin Kopecký**

Abstrakt

Profesor je vědecko-pedagogickým titulem, který získá v podmínkách České republiky uchazeč po úspěšném absolvování řízení na vysoké škole a po jmenování prezidentem republiky. Zatímco řízení ke jmenování profesorem je projevem samosprávné působnosti vysoké školy, pouze vysoká škola, která je k tomu akreditována, je oprávněna vést takové jmenovací řízení pro stanovený obor, pravomoc jmenovat vysokoškolského profesora je zákonem o vysokých školách svěřena prezidentu republiky, který rozhoduje o návrhu vědecké rady veřejné vysoké školy na jmenování určitého kandidáta profesorem. Návrh je prezidentu republiky přitom podáván prostřednictvím ministra školství, mládeže a tělovýchovy, kterému zákon svěřuje pravomoc vrátit ve stanovených případech vědecké radě vysoké školy návrh na jmenování profesorem. Článek rozebírá nejen zákonnou úpravu řízení o jmenování profesorem a zákonná pravidla o jmenování, ale i ústavněprávní otázky s tím spojené, tedy zejména roli prezidenta republiky a dalších správních orgánů při jmenování profesorem. Článek se věnuje aktuální judikatuře ve správním soudnictví týkající se případů osob, které sice byly navrženy vědeckou radou vysoké školy na jmenování profesorem, ale které prezident republiky odmítl jmenovat.

Klíčová slova

Vysoká škola; profesor; prezident republiky; správní orgán.

Abstract

The title of (full) professor is a scholarly and academic title which may be attained in the Czech Republic by a candidate who successfully fulfilled all requirements of procedure at a respective public university and has been appointed to the rank of a university professor by the President of the Czech Republic. The procedure for the granting of full professorship has been a demonstration of self-governance of a respective university since only a public university accredited to hold such procedure may conduct the procedure for granting professorship in a particular area of study. On the other hand, the Higher Education Act entrusts the President of the Czech Republic with the power to decide regarding the proposal of the Research Board of a public university and to appoint a particular candidate to the rank of a university professor. The proposal is submitted to the President of the Republic via the Minister of Education, Youth and Sports who is entrusted by the Act with the power in certain cases to return the proposal to appoint a candidate to the rank of a university professor back to the Research Board of the respective university. The article

* Tento článek byl zpracován v rámci programu Progres na Univerzitě Karlově, Q02, Publicizace práva v evropském a mezinárodním srovnání.

** Doc. JUDr. Martin Kopecký, CSc., Katedra správního práva a správní vědy, Právnická fakulta Univerzity Karlovy, Praha / Department of Administrative Law and Administrative Studies, Faculty of Law, Charles University, Prague, Czech Republic / E-mail: kopecky@prf.cuni.cz

analyzes the statutory regulation of the procedure for granting full professorship and statutory rules for the appointment; the author includes relating constitutional issues, namely the role of the President of the Czech Republic and other administrative bodies in the procedure. The article identifies and analyzes recent case law in this area before administrative courts focusing on cases where candidates were proposed by Research Boards of their respective universities, but the President has refused to appoint them.

Keywords

University; Professor; President of the Republic; Administrative Body.

Úvod

Postup při jmenování profesora vysoké školy je v České republice rozdělen na řízení ke jmenování profesorem, což je součástí samosprávné působnosti k tomu akreditované veřejné vysoké školy, a postup vlastního jmenování, které uskutečňuje prezident republiky na návrh vědecké rady vysoké školy podaný prostřednictvím příslušného ministra. Článek rozebírá zejména otázky, jakým způsobem mohou orgány moci výkonné ovlivnit, že kandidát navržený vědeckou radou na jmenování je skutečně jmenován profesorem nebo je rozhodnuto jinak a jaké správní a soudní procesy v této souvislosti přicházejí do úvahy v zájmu ochrany subjektivních práv.

1 Předmět právní regulace postavení vysokoškolského profesora

Zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách, ve znění pozdějších předpisů („ZoVŠ“) upravuje ve vztahu k profesorům vysokých škol tři základní okruhy otázek:

1.1 Postavení profesorů coby akademických pracovníků

Např. podle § 44 odst. 6 ZoVŠ jen docent, profesor nebo mimořádný profesor může být garantem magisterského a doktorského studijního programu, podle § 53 odst. 2 právo zkoušet při státní zkoušce mají pouze profesori, docenti a odborníci schválení příslušnou vědeckou, uměleckou nebo akademickou radou, podle § 72 odst. 5 předsedou habilitační komise musí být profesor, podle § 74 odst. 3 musí být profesor předsedou komise pro posouzení návrhu v řízení ke jmenování profesorem.

1.2 Řízení ke jmenování profesorem

Pouze vysoké školy mají právo konat řízení ke jmenování profesorem (rovněž tak např. přiznávat akademické tituly či konat habilitační řízení), nikdo jiný toto právo nemá (§ 2 odst. 9 ZoVŠ). Habilitační řízení a řízení ke jmenování profesorem je součástí samosprávné působnosti veřejné vysoké školy [§ 5 odst. 1 písm. i) ZoVŠ]. Oprávnění vysoké školy nebo její součásti konat řízení ke jmenování profesorem v daném oboru podléhá akreditaci, kterou podle § 82 odst. 1 ZoVŠ uděluje Národní akreditační úřad pro vysoké školství. Nejvyšší správní soud („NSS“) uvedl v této souvislosti v *rozsudku*

ze dne 24. 11. 2011, č. j. 7 As 66/2010-119, v bodě 45 odůvodnění, že vysoké školy „jsou vykonavateli veřejné správy, neboť jako státem autorizované privilegované subjekty zajišťují určité záležitosti ve veřejném zájmu, zejména poskytují vysokoškolské vzdělání spojené s přiznáváním akademických titulů, ale i konají habilitační řízení a řízení ke jmenování profesorem“; jak habilitační řízení, tak i řízení ke jmenování profesorem mají veřejnoprávní význam. Na řízení ke jmenování profesorem se podle § 74 odst. 6 ZoVŠ nevztahuje správní řád¹; podrobnosti postupu při řízení ke jmenování profesorem má podle tohoto ustanovení zákona stanovit vysoká škola ve svém vnitřním předpisu. V judikatuře se vyslovuje, vzhledem k § 177 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád („SŘ“), podle něhož se základní zásady činnosti správních orgánů uvedené v § 2 až 8 SŘ použijí při výkonu veřejné správy i v případech, kdy zvláštní zákon stanoví, že se správní řád nepoužije, ale sám úpravu odpovídající těmto zásadám neobsahuje, že se v obecné rovině základní zásady činnosti správních orgánů použijí i při postupech, kdy vysoké školy vykonávají veřejnou správu při habilitačním řízení nebo řízení ke jmenování profesorem.²

V rámci habilitačního řízení, ale i řízení ke jmenování profesorem, je posuzována vědecká nebo umělecká kvalifikace uchazeče, s níž je spojeno v případě úspěšného zakončení oprávnění podílet se na vysoké škole, na níž uchazeč působí nebo i bude v budoucnu působit, výrazným způsobem na plnění úkolů zákonem vysokým školám svěřeným. Habilitační řízení i řízení ke jmenování profesorem je součástí výkonu veřejné správy, svěřené zákonem vysokým školám, a to na základě udělené akreditace, uchazeč má právo, aby takové řízení proběhlo za podmínek stanovených zákonem a vnitřními předpisy vysoké školy. Na tuto činnost lze vztáhnout jak zásady výkonu veřejné správy, vyjádřené v § 2 až 8 SŘ, tak i pravidla, která jsou obecně uznávána pro činnost veřejné správy v demokratickém právním systému. NSS v již citovaném rozsudku ze dne 24. 11. 2011, č. j. 7 As 66/2010-119 v bodě 64 odůvodnění vyslovil, že „[h]abilitační řízení a řízení ke jmenování profesorem je tedy správní řízení vedené podle zákona o vysokých školách s vyloučením subsidiární použitelnosti správního řádu... vyjma základních zásad činnosti správních orgánů (viz § 177 odst. 1 a vzhledem k povaze obou řízení zejm. § 2 odst. 2 a 4, § 3, § 6 odst. 1 správního řádu), jebož výstup (negativní i pozitivní) je na základě žalob příslušných oprávněných subjektů přezkoumatelný ve správním soudnictví.“

1 Ustavení § 74 odst. 7 ZoVŠ v původním znění účinném do 31. 8. 2016 uvádělo, že se na řízení ke jmenování profesorem nevztahují obecné předpisy o správním řízení. Protože zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách, byl přijat za účinnosti předchozího zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), použilo se od nabytí účinnosti zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (1. 1. 2006), jeho ustanovení § 180 odst. 1 stanovící, že „[t]am, kde se podle dosavadních právních předpisů postupuje ve správním řízení tak, že správní orgány vydávají rozhodnutí, aniž tyto předpisy řízení v celém rozsahu upravují, postupují v otázkách, jejichž řešení je nezbytné, podle tohoto zákona včetně části druhé“, tedy včetně části o obecných ustanoveních o správním řízení.

2 Srov. např. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 13. 1. 2016, č. j. 9 A 113/2015-70. Tento rozsudek se vyslovoval k postupům vysoké školy při habilitačním řízení, ale stejné závěry lze dovodit i pro řízení ke jmenování profesorem.

Pro řízení ke jmenování profesorem stanoví zákon v § 74 odst. 2 ZoVŠ několik způsobů zahájení³:

- na návrh uchazeče (podpořený alespoň dvěma písemnými stanovisky profesorů téhož nebo příbuzného oboru);⁴
- na návrh děkana nebo rektora podaný vědecké radě fakulty, která má akreditaci pro uvedený obor jmenování, nebo vědecké radě vysoké školy, má-li akreditaci pro navrhovaný obor vysoká škola;
- z vlastního podnětu vědecké rady fakulty nebo vysoké školy (zřejmě myšleno podle toho, zda má akreditaci pro uvedený obor jmenování fakulta nebo vysoká škola).

Způsob zahájení jmenovacího řízení jinak než na návrh uchazeče by bylo možné považovat, ač ho zákon připouští, za výjimečný. Protože jmenovací řízení nelze jistě konat proti vůli uchazeče, bylo by třeba v případě jeho nesouhlasu se jmenovacím řízením zahájené jmenovací řízení zastavit. Stejně tak by se však jevilo jako problematické, resp. nepřipustné, aby jmenovací řízení zahájené na návrh děkana nebo rektora bylo zastaveno z důvodu, že tento navrhovatel by vzal návrh zpět bez souhlasu uchazeče, nebo z důvodu, že by se na zastavení zahájeného řízení usnesla vědecká rada, která ho předtím svým podnětem zahájila, nepožádal-li by o zastavení nebo nesouhlasil-li by se zastavením sám uchazeč. I v těch případech, kdy se jmenovací řízení zahajuje jinak než na základě návrhu uchazeče, je uchazeč jedinou osobou, o jejíž právech je v řízení rozhodováno. Na jmenovací řízení se sice správní řád nevztahuje, ale analogicky by bylo možné užít oprávnění žadatele podle § 45 odst. 4 SŘ o možnosti vzít žádost zpět.

Průběh zahájeného řízení ke jmenování profesorem je následující:

- *posouzení formálních náležitostí žádosti*

ZoVŠ neupravuje situaci, kdy návrh nemá požadované náležitosti a uchazeč vady návrhu přes výzvu ve stanovené lhůtě neodstraní. V tom je rozdíl od úpravy habilitačního řízení, když podle § 72 odst. 2 věty druhé ZoVŠ „nemá-li návrh všechny potřebné náležitosti a uchazeč jeho vady na výzvu v přiměřené lhůtě neodstraní, děkan nebo rektor habilitační řízení zastaví.“ Vnitřní předpisy vysokých škol pro takovou situaci i v případě řízení ke jmenování profesorem stanoví, že děkan (rektor) řízení zastaví.

- *posouzení kvalifikace uchazeče komisí pro posouzení návrhu*

Pedagogickou a vědeckou nebo uměleckou kvalifikaci uchazeče posuzuje pětičlenná komise schválená na návrh děkana nebo rektora příslušnou vědeckou nebo uměleckou radou. Nezíská-li v komisi návrh na jmenování uchazeče většinu všech hlasů členů komise, platí, že hodnotící komise doporučuje vědecké nebo umělecké radě řízení ke jmenování profesorem zastavit.

3 Na rozdíl od habilitačního řízení, které se zahajuje výlučně na návrh uchazeče (§ 72 odst. 2 ZoVŠ).

4 Návrh se podává fakultě nebo vysoké škole, která má akreditaci pro navrhovaný obor jmenování, dle vnitřních předpisů vysoké školy to bývá příslušnému děkanovi nebo rektorovi, který je ze zákona v čele fakulty nebo vysoké školy a současně i předsedou příslušné vědecké rady.

- *blasování vědecké rady o návrhu, zda uchazeč má být uchazeč jmenován profesorem*

Předseda nebo jím pověřený člen hodnotící komise přednese té vědecké nebo umělecké radě, která komisi schválila, návrh hodnotící komise. Vědecká nebo umělecká rada vyzve uchazeče, aby na jejím veřejném zasedání přednesl přednášku, ve které předloží koncepci vědecké nebo umělecké práce a výuky v daném oboru, a následně se usnáší na návrhu, zda má být uchazeč jmenován profesorem. Nezíská-li návrh na jmenování většinu hlasů všech členů této vědecké nebo umělecké rady, platí, že vědecká nebo umělecká rada řízení zastavuje.

V případě, že návrh na jmenování profesorem schválila vědecká nebo umělecká rada vysoké školy, předkládá podle § 74 odst. 6 ZoVŠ návrh na jmenování profesorem ministrowi školství, mládeže a tělovýchovy,⁵ resp. podává, jak uvádí § 73 odst. 2 ZoVŠ, návrh prezidentu republiky prostřednictvím ministra.⁶

V případě, že o návrhu na jmenování uchazeče profesorem kladně rozhodla vědecká rada fakulty, předkládá návrh vědecké nebo umělecké radě vysoké školy, která tajně hlasuje o předložení návrhu ministrowi. Nezíská-li návrh na jmenování většinu hlasů všech členů vědecké nebo umělecké rady vysoké školy, opět platí, že vědecká nebo umělecká rada vysoké školy řízení zastavuje. Je-li návrh na jmenování schválen, předkládá vědecká nebo umělecká rada vysoké školy návrh na jmenování ministrowi.

ZoVŠ stanoví v § 74 odst. 8 právo uchazeče podat proti postupu při řízení ke jmenování profesorem na fakultě nebo vysoké škole do 30 dnů *námítky*, o nichž rozhoduje rektor; rozhodnutí rektora je podle tohoto ustanovení konečné. Zákon nestanoví, vůči jakým postupům a jakým způsobem je oprávněn rektor o námitkách rozhodnout. Rektor veřejné vysoké školy je podle § 10 odst. 1 ZoVŠ v čele vysoké školy a jedná a rozhoduje ve věcech školy, pokud zákon nestanoví jinak. Vzhledem k jeho postavení lze dovodit, že by měl disponovat oprávněním rozhodnout za účelem zajištění řádného procesního postupu při jmenovacím řízení. Uchazeči náleží právo nikoli na to, aby bylo kladně rozhodnuto vědeckou nebo uměleckou radou o předložení návrhu na jeho jmenování profesorem, ale na řádný postup při jmenovacím řízení.⁷ Porušení tohoto řádného postupu pak může zakládat aktivní legitimaci k obraně uchazeče proti postupům orgánů vysoké

⁵ Ve vztahu k vojenským vysokým školám má tuto působnost ministr obrany a ve vztahu k policejním vysokým školám ministr vnitra.

⁶ Jak vidno, formulace § 73 odst. 2 a § 74 odst. 6 ZoVŠ, komu vědecká nebo umělecká rada vysoké školy podává či předkládá návrh na jmenování profesorem, se bez jasného důvodu odlišují.

⁷ Lze vyjít např. z argumentace uváděné v rozsudku NSS ze 17. 12. 2009, č. j. 9 As 1/2009-141, v řízení o kasační stížnosti proti usnesení soudu o odmítnutí žaloby proti úkonu děkana fakulty, který nevyhověl žádosti o změnu klasifikace státní zkoušky. Podle NSS ZoVŠ nestanoví, že student má právo na úspěšné vykonání zkoušky a z toho plynoucí právo žádat o změnu klasifikace udělené při státní zkoušce, při konání státní zkoušky nemá právo na „výsledek“, ale na „řádný proces“ s ní související, který je primárně určován podmínkami danými studijním programem, resp. studijním a zkušebním řádem. Podle NSS „řádný proces“ garantuje rovnou ochranu práv a rovné zacházení se všemi studenty za obecným způsobem stanovených podmínek“.

školy při jmenovacím řízení ve správním soudnictví. Uplatnění námitek k rektorovi dle § 74 odst. 8 ZoVŠ by bylo při žalobě proti rozhodnutí podmínkou její přípustnosti [srov. § 68 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní – „SŘS“], v případě žaloby proti nezákonnému zásahu by bylo zkoumáno, zda se nemohl uchazeč domáhat ochrany právě podáním námitek, jestliže ano, byla by i žaloba proti nezákonnému zásahu nepřipustná, nedomáhal-li by se uchazeč pouze určení, že zásah byl nezákonný (srov. § 85 SŘS). Námitky k rektorovi mohou být i prostředkem ochrany proti nečinnosti, a proto jejich vyčerpání je podmínkou případného podání žaloby proti nečinnosti (srov. § 79 odst. 1 SŘS).

Kladným výsledkem řízení ke jmenování profesorem je **návrh vědecké nebo umělecké rady vysoké školy, který se předkládá ministři**. Tento návrh vědecké rady je vydán v řízení o návrhu uchazeče na jmenování profesorem. I v případě, že by bylo řízení ke jmenování profesorem zahájeno jinak (na návrh děkana nebo rektora nebo z vlastního podnětu vědecké rady fakulty nebo vysoké školy), šlo by o návrh vědecké rady vydaný v řízení, v němž by musel uchazeč s návrhem na jmenování profesorem souhlasit.

1.3 Jmenování profesorem prezidentem republiky

Jmenování profesora pro určitý obor je podle ZoVŠ v **pravomoci prezidenta republiky**. Postup při rozhodování o jmenování profesorem není součástí řízení ke jmenování profesorem, ale úspěšně ukončené jmenovací řízení je předpokladem rozhodování o jmenování profesorem. Vedle pravomoci prezidenta republiky jmenovat profesora je zákonem založena i určitá působnost ministra, prostřednictvím něhož je návrh prezidentu republiky předkládán k rozhodnutí.

Ustanovení § 73 ZoVŠ ve znění účinném do 31. 8. 2016 obsahovalo ve věci jmenování profesora prezidentem republiky pouze jedinou větu, a to že „[p]rofesora pro určitý obor jmenuje prezident republiky na návrh vědecké rady vysoké školy podaný prostřednictvím ministra.“ Prezident republiky při tom vystupuje jako orgán moci výkonné, který vykonává působnost v oblasti veřejné správy, procesně lze na prezidenta hledět v tomto směru jako na správní orgán naplňující definici § 1 odst. 1 SŘ i § 4 odst. 1 písm. a) SŘS. Zákon o vysokých školách ve znění účinném do 31. 8. 2016 stanovil v § 105 odst. 1, že se v řízení ve věcech upravených tímto zákonem postupuje podle obecných předpisů o správním řízení, nestanoví-li tento zákon jinak; ustanovení o jmenování profesora přitom použití správního řádu ani úpravy obecných předpisů o správním řízení nevylučovalo. Zákonná úprava rozlišovala (a to jak ve znění účinném do 31. 8. 2016, tak i ve znění nyní účinném) mezi „*řízením ke jmenování profesorem*“ (§ 74 ZoVŠ) a „*jmenováním profesorem*“ (§ 73 ZoVŠ), a zatímco vylučovala výslovně obecné předpisy o správním řízení na postup při řízení ke jmenování profesorem, ve vztahu k postupu jmenování profesorem to stanoveno nebylo, proto nebylo použito úpravy správního řádu (v minulosti zákona č. 71/1967 Sb., později zákona č. 500/2004 Sb.) pro rozhodování o jmenování profesora vyloučeno. NSS ke k této otázce vyjádřil v *rozsudku ze dne 2. 3. 2017, č. j. 7 As 242/2016-43*, v bodě

18 odůvodnění, když uvedl, že z § 74 ZoVŠ ve znění před nabytím účinnosti zákona č. 137/2016 Sb. (tedy do 31. 8. 2016) dopadal na postup prezidenta republiky pouze odst. 7 zakotvující, že „[n]a řízení ke jmenování profesorem se nevztahují obecné předpisy o správním řízení“. NSS současně uvedl, že „[z] ústavního pořádku na tuto proceduru dopadal zejména čl. 63 odst. 3 Ústavy, který podmiňuje zákonnou kompetenci jmenovat profesory kontrasignací předsedy vlády či jím pověřeného člena vlády, z hlediska obsahu rozhodování pak toliko obecné principy dopadající na všechny orgány demokratického právního státu, tedy zejména vázanost zákonem a zákaz diskriminace či libovůle...“. Byť má názor NSS, že se ani v této době nevztahovaly na postup prezidenta republiky při jmenování profesorem obecné předpisy o správním řízení, svou určitou logiku (a pozdější úprava použití správního řádu výslovně vyloučila), nezdá se argumentace NSS v tomto směru přesvědčivou, když směšuje odlišné zákonné postupy řízení ke jmenování profesorem (vedeného vysokou školou) a jmenování profesorem (prezidentem republiky).

Nyní účinná úprava § 73 ZoVŠ o jmenování profesorem obsahuje oproti předchozí úpravě částečně pozměněné formulace, jako např. v odst. 1 tu, že „[p]rofesorem pro určitý obor jmenuje prezident republiky toho, kdo byl na jmenování profesorem navržen vědeckou nebo uměleckou radou vysoké školy v souladu s § 74“, tedy po proběhlém řízení ke jmenování profesorem s kladným výsledkem. Ministr, jemuž předkládá návrh na jmenování profesorem vědecká nebo umělecká rada vysoké školy a jehož prostřednictvím se tento návrh podává prezidentu republiky, je podle § 73 odst. 3 ZoVŠ oprávněn vrátit návrh na jmenování profesorem vědecké nebo umělecké radě vysoké školy, pokud nebyl dodržen postup při řízení ke jmenování profesorem stanovený v § 74; podle zákona musí být vrácení odůvodněno. Na jmenování profesorem se podle § 73 odst. 4 ZoVŠ nevztahuje správní řád, ani vrácení návrhu ministrem tedy formálně nebude rozhodnutím dle správního řádu. Při posuzování, zda vrácení návrhu na jmenování profesorem vědecké nebo umělecké radě je materiálně rozhodnutím ve smyslu § 65 odst. 1 SŘS, nebo jiným úkonem, který může naplnit znaky nezákonného zásahu dle § 82 SŘS, se lze klonit k názoru, že se jedná o úkon, proti němuž se lze bránit zásahovou žalobou dle § 82 SŘS. Ministr není oprávněn vydat závazné, konečné zamítavé rozhodnutí o návrhu na jmenování profesorem, ale vrátit návrh orgánu vysoké školy, který rozhoduje ve jmenovacím řízení, takový postup ministra tedy brání předložení návrhu na jmenování prezidentu republiky.

Pravomoc prezidenta republiky jmenovat profesory není uvedena v Ústavě České republiky (ústavní zákon č. 1/1993 Sb. – dále „Ústava“), ale jen v běžném zákoně, jak předvídá čl. 63 odst. 2 Ústavy. Platná Ústava se odlišuje od ústavních úprav dřívějších, když tuto pravomoc výslovně neuvádí.

Podle § 64 odst. 1 bodu 8 ústavní listiny Československé republiky z 29. 2. 1920 prezident republiky „jmenuje vysokoškolské profesory vůbec“, čímž byli myšleni profesori řádní a mimořádní, a to na konkrétní funkční místo. Jak uváděl Weyr, „[j]menování někoho úředníkem (profesorem, soudcem, důstojníkem atd.) bývá naší praxí považováno za individuální a konkrétní

správní akt, jímž se jmenovanému propůjčuje určité služební místo (systemisované).“⁸ Podle § 1 zákona č. 79/1919 Sb. z. a n., o služebním poměru učitelů vysokoškolských, „[p]rofesoři vysokých škol jmenování jsou prezidentem republiky k návrhu většiny sboru profesorského definitivně a na doživotí. President republiky může však jmenovati profesorem vysokoškolských škol i toho, pro něž se vyslovily aspoň dvě pětiny všech členů sboru profesorského.“ Ústavní zákon č. 150/1948 Sb., Ústava Československé republiky, stanovil v § 74 odst. 1 bod 8 pravomoc prezidenta republiky jmenovat všechny vysokoškolské profesory. Pravomoc stanovit a popřípadě měnit působíště profesorů na vysokých školách a určovat jejich učitelskou činnost v rámci vědního nebo uměleckého oboru, pro který byli jmenováni, popřípadě pověření, však náleželo podle § 27 odst. 3 zákona č. 58/1950 Sb., o vysokých školách, ministru školství, věd a umění. Od účinnosti zákona č. 46/1956 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon o vysokých školách (od 6. 10. 1956), se označení „profesor“ (a rovněž „docent“) stalo *vědecko-pedagogickým titulem*, v uměleckých oborech *umělecko-pedagogickým titulem*, který příslušel všem pracovníkům, kteří byli jmenováni profesory nebo docenty na vysokých školách. Pozdější ústavní zákon č. 100/1960 Sb., Ústava Československé socialistické republiky, pravomoc prezidenta republiky jmenovat vysokoškolské profesory výslovně neuváděla, tato pravomoc byla stanovena zákonem (jak obecně předvídal i čl. 62 odst. 2 cit. ústavního zákona č. 100/1960 Sb.), a to zákonem o vysokých školách (po zákonu č. 58/1950 Sb. to byly postupně zákon č. 19/1966 Sb., o vysokých školách, zákon č. 39/1980 Sb., o vysokých školách, a zákon č. 172/1990 Sb., o vysokých školách). Původní pravomoc prezidenta republiky jmenovat profesora na konkrétní systemizované místo na vysoké škole (do „úřadu“ profesora) se tedy od roku 1956 změnila, když *„prezident republiky již totiž nejmenoval do úřadu profesora, nýbrž svým rozhodnutím udělil vědecko-pedagogický titul, který není spojen s působením na určité vysoké škole. Právě tento význam má přitom jmenování vysokoškolských profesorů i v současnosti.“*⁹

Rozhodnutí prezidenta republiky vydané podle čl. 63 odst. 2 Ústavy (rovněž tak i rozhodnutí vydané podle čl. 63 odst. 1 Ústavy, který však na daný případ nedopadá) vyžaduje ke své platnosti **spolupodpis** (tzv. kontrasignaci) **předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády**, za rozhodnutí prezidenta republiky, které vyžaduje spolupodpis předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády, odpovídá vláda.

„*Rozhodnutím*“ prezidenta republiky ve smyslu čl. 63 odst. 3 Ústavy se rozumí právní nástroj, kterým se zasahuje do právní sféry nějaké osoby, kterým se autoritativně stanoví nebo určují její práva nebo povinnosti. Zatímco čl. 63 odst. 2 Ústavy stanoví možnost blíže neurčeného rozsahu potenciálních pravomocí, které mohou být zákonem svěřeny prezidentu republiky, z čl. 63 odst. 3 Ústavy plyne, že „*rozhodnutím prezidenta republiky*“ se pro účely požadované kontrasignace rozumí „... *onen výkon pravomoci, kterým se mění nebo potvrzuje právní*

8 WEYR, František. *Československé ústavní právo*. Praha: Melantrich, 1937, s. 202.

9 Srov. HERC, Tomáš. In: RYCHETSKÝ, Pavel a kolektiv. *Ústava České republiky. Ústavní zákon o bezpečnosti České republiky. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 633.

stav (byť i jednotlivých osob). 'Vydané rozhodnutí' nelze proto chápat jako jakékoli 'se rozhodnutí' ke určitému chování...“¹⁰ které vyžaduje kontrasignaci předsedou nebo jím pověřeným členem vlády, není jediným druhem úkonu, který prezident činí při výkonu své funkce. V. Pavlíček např. rozlišuje tři právní formy aktů prezidenta republiky: a) rozhodnutí, b) jiné právní akty (např. návrhy, kde vystupuje jako procesní strana u soudu), c) politické akty (např. vystoupení na zasedání mezinárodních organizací, kde zastupuje stát navenek).¹¹ L. Vyhnaněk uvádí v komentáři k Ústavě, že „rozhodnutí (ve smyslu čl. 63 odst. 3 Ústavy, pozn. aut.) jsou výkonem pravomoci, nikoliv subjektivního práva. Pod výkonem pravomoci rozumíme využití právních prostředků, kterými se zasahuje do právní sféry jednotlivce. Výkon pravomoci může nabývat různých forem (obecně normativní právní akt, individuální právní akt, opatření obecné povahy apod.).“¹²

Rozhodnutí prezidenta republiky, která vyžadují ke své platnosti spolupodpis předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády, nejsou bez takového spolupodpisu platná, nemohou mít účinky a lze dovodit, že právně neexistují. Výslovně se k této otázce vyjádřil – ve vztahu k § 68 ústavní listiny z roku 1920, která stanovila, že „[j]akýkoli prezidentův úkon moci vládní nebo výkonné potřebuje ke své platnosti spolupodpisu odpovědného člena vlády“, tedy vyžadovala kontrasignaci člena vlády k platnosti úkonu prezidenta republiky, byť tento okruh úkonů byl širší než podle současné ústavní úpravy – konstitucionalista a administrativista F. Weyr. Ve své učebnici ústavního práva výslovně uvedl, že „bez onoho podpisu (myšleno kontrasignace, pozn. aut.) není zde vůbec takového úkonu, poněvadž 'neplatný úkon moci vládní nebo výkonné' není vůbec žádným úkonem.“¹³ I ve shodě s tímto vymezením lze dospět k názoru, že úkon učiněný prezidentem, který vyžaduje ke svém platnosti jako rozhodnutí kontrasignaci předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády, bez požadované kontrasignace není ještě úkonem orgánu moci výkonné,¹⁴ je pouze jakýmsi zdánlivým úkonem (zdánlivým rozhodnutím).

Některá rozhodnutí prezidenta se mohou týkat subjektivních práv konkrétních osob, a to subjektivních veřejných práv, a prezident republiky se v takovém případě dostává do pozice správního orgánu ve smyslu § 1 odst. 1 SŘ, resp. § 4 odst. 1 písm. a) SŘS, který vykonává působnost v oblasti veřejné správy. Postupy prezidenta v takových věcech mohou mít povahu úředního postupu (čl. 36 odst. 3 Listiny základních práv a svobod – „Listina“) a jeho rozhodnutí či jiné úřední postupy mohou podléhat kontrole moci soudní (srov. čl. 36 odst. 2 Listiny). Může tomu být zejm. v případě jmenování osob do některých funkcí a v případě odvolávání osob z některých funkcí.

¹⁰ Nález z 12. 4. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 43/93.

¹¹ Srov. PAVLÍČEK, Václav. In: PAVLÍČEK, Václav a kolektiv. *Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky*. Praha: Leges, 2011, s. 828–830.

¹² VYHNÁNEK, Ladislav. In: BAHÝŤOVÁ, Lenka a kolektiv. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 780.

¹³ WEYR, František, op. cit., s. 190.

¹⁴ Ústava České republiky, na rozdíl od ústavní listiny z roku 1920, terminologicky nerozlišuje mezi mocí vládní a výkonnou.

V. Sládeček uvádí ve své učebnici správního práva, že všechny rozhodovací akty prezidenta republiky, které jsou založeny pouze na ustanovení obvyčejného zákona (nevyplyvají z Ústavy), mají povahu aktů správních. Pravomoci prezidenta republiky výslovně založené Ústavou – ať již jde o věci podléhající, či nepodléhající kontrasignaci – lze pak považovat za akty ústavního charakteru, které není možné ve správním soudnictví přezkoumat.¹⁵ Tak jednoduchá se situace nejeví – mohou být i takové postupy prezidenta republiky, které souvisí s výkonem jeho pravomocí výslovně založených Ústavou, které mohou zasáhnout do subjektivních práv jednotlivců a kterým náleží soudní ochrana vůči aktům výkonné moci (čl. 36 odst. 2 Listiny). Tak alespoň dovodil NSS v *rozsudku ze dne 27. 4. 2006, č. j. 4 Aps 3/2005-35*, v souvislosti s žalobou proti prezidentovi republiky na nečinnost – nevydání rozhodnutí ve věci návrhu na jmenování soudce – když „*pravomoc prezidenta republiky jmenovat soudce [čl. 63 odst. 1 písm. i) Ústavy] je výrazem jeho postavení v rámci moci výkonné jako 'správního úřadu' sui generis.*“ Přestože není právní nárok na jmenování soudcem, funkce soudce je veřejnou funkcí a nejmenovaný uchazeč (zde justiční čekatel) je oprávněn se dovolávat práva na rovné podmínky přístupu k voleným a jiným veřejným funkcím [čl. 21 odst. 4 Listiny, čl. 25 písm. c) Mezinárodního paktu o občanských a politických právech]. „*Ve spojení s tím je oprávněn dovolávat se toho, aby nebyl na tomto právu diskriminován (čl. 1, čl. 3 odst. 1 Listiny), stejně jako je oprávněn i k tomu, dovolávat se práva na projednání věci bez zbytečných průtahů (čl. 38 odst. 2 Listiny), a to i když sám návrh na projednání věci podat nemohl.*“ NSS v cit. rozsudku dovodil, že „*právo na rovné podmínky přístupu k voleným a jiným veřejným funkcím (v daném případě na přístup k funkci soudce), jakož i právo na projednání věci bez zbytečných průtahů, ve spojení s právem nebýt diskriminován, není s ohledem na znění čl. 36 Listiny, a to i ve spojení se zákonem č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích, ze soudního přezkoumání vyloučeno. Akty či úkony prezidenta republiky při výkonu jeho pravomoci jmenovat soudce jsou ve spojení s uvedenými právy přezkoumatelné ve správním soudnictví.*“

Vydeme-li z ustanovení čl. 63 odst. 3 Ústavy, **Ústava nerozlišuje, která rozhodnutí založená obvyčejným zákonem vyžadují a která nevyžadují kontrasignaci.** Všechna tato rozhodnutí kontrasignaci vyžadují. V případech, kdy je podáván návrh jinou osobou či jiným orgánem na rozhodnutí prezidentem republiky, **nelze vyloučit, že prezident republiky rozhodne negativně (zamítavě).** Takové negativní rozhodnutí může být vykonáno i v rámci pravomoci, která je prezidentovi stanovena v „obvyčejném“ zákoně (viz čl. 63 odst. 2 Ústavy). Lze-li však formálně rozhodnout i negativně, není tím vyloučena aplikace čl. 63 odst. 3 Ústavy, a i v takovém případě je třeba k platnosti rozhodnutí prezidenta republiky kontrasignace předsedou vlády nebo jím pověřeným členem vlády, s tím, že bez takové kontrasignace rozhodnutí prezidenta republiky právně neexistuje.

Vztáhneme-li výše uvedený rozbor problematiky **kontrasignace rozhodnutí prezidenta republiky na jmenování profesorů**, lze dospět k tomu, že rozhodnutí prezidenta republiky v těchto věcech, jakožto výkon pravomoci prezidenta republiky ve smyslu

¹⁵ SLÁDEČEK, Vladimír. *Obecné správní právo*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 278.

čl. 63 odst. 2 Ústavy, vyžadují kontrasignaci předsedou nebo jím pověřeným členem vlády, bez takové kontrasignace rozhodnutí prezidenta republiky právně nejsou.

2 Případy nejmenování navržených kandidátů profesorem

Jak je všeobecně známo, nejmenoval prezident republiky Miloš Zeman v roce 2015 ve třech případech profesorem několik kandidátů na jmenování profesorem, které navrhly vědecké rady vysokých škol po proběhlém řízení ke jmenování profesorem a které prezidentu republiky předložil ministr školství, mládeže a tělovýchovy. Ve dvou z těchto případů podali nejmenování navržení kandidáti a Univerzita Karlova (vysoká škola, u níž bylo vedeno řízení ke jmenování profesorem) žaloby proti prezidentu republiky, a to ve správním soudnictví jednak žalobu proti nečinnosti ve věci nejmenování profesorem, jednak žalobu proti rozhodnutí nejmenovat dotyčné kandidáty profesory. Žaloby proti nečinnosti byly zamítnuty,¹⁶ rovněž i kasační stížnost proti zamítavému rozsudku o žalobě proti nečinnosti byla zamítnuta,¹⁷ věcně nebylo (alespoň dosud) přezkoumáno rozhodnutí prezidenta nejmenovat profesory.¹⁸ Skutkově je situace taková, že ministr školství, mládeže a tělovýchovy předložil dopisem ze dne 27. 3. 2015 prezidentu republiky návrhy na jmenování 45 nových profesorů, které předtím obdržel od rektorů v termínu do 31. 1. 2015. Vláda svým usnesením ze dne 8. 4. 2015 doporučila předsedovi vlády, aby spolupodepsal rozhodnutí prezidenta republiky o jmenování těchto profesorů. V přípisu ze dne 20. 4. 2015, adresovaném ministrovi školství, mládeže a tělovýchovy, prezident republiky uvedl, že mu zasílá svá rozhodnutí o jmenování 42 profesorů (tedy bez inkriminovaných 3 osob), a žádal ministra o jejich předání. Na webových stránkách prezidenta republiky byla dne 28. 5. 2015 zveřejněna tisková zpráva označená titulkem „Prezident republiky se rozhodl nejmenovat tři profesory“, v níž bylo uvedeno, že prezident republiky seznámil ministra školství, mládeže a tělovýchovy a rektory Univerzity Karlovy a Vysoké školy ekonomické s důvody, které ho vedly k odmítnutí jmenování vysokoškolským profesorem u tří konkrétních osob; v tiskové zprávě byly i tyto důvody uvedeny. Později prezident republiky vlastnoručně podepsal dokument ze dne 19. 1. 2016, adresovaný ministryni školství, mládeže a tělovýchovy, v němž uvedl, že potvrzuje své rozhodnutí nejmenovat tam uvedené tři kandidáty profesory vysokých škol. Prezident republiky zde uvedl, že důvody, které ho vedly k tomu, že se neztotožnil s návrhem vědeckých a uměleckých rad vysokých škol jmenovat uvedené profesory vysokých škol, byly veřejně publikovány 28. 5. 2015 na oficiálních webových stránkách

¹⁶ Viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 21. 9. 2016, č. j. 10 A 186/2015-83, a rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 25. 11. 2016, č. j. 9 A 235/2015-92.

¹⁷ Viz rozsudek NSS ze dne 2. 3. 2017, č. j. 7 As 242/2016-43.

¹⁸ V řízení o žalobě proti rozhodnutí bylo vydáno usnesení Městského soudu v Praze ze dne 14. 10. 2016, č. j. 10 A 174/2016-28 (žaloba byla pro opožděnost odmítnuta), a rozsudek NSS ze dne 2. 3. 2017, č. j. 1 As 288/2016-64 (citované usnesení Městského soudu bylo zrušeno a věc vrácena tomuto soudu k dalšímu řízení).

www.brad.cz. Jak Městský soud v Praze, tak i NSS dospěly k názoru, že tento přípis prezidenta republiky má povahu rozhodnutí ve věci samé, jak má na mysli na § 79 odst. 1 SŘS, a žaloby k ochraně proti nečinnosti z tohoto důvodu zamítl.

3 Ukončení řízení o jmenování profesorem

V řízení o jmenování profesorem, poté, co je předložen prezidentu republiky prostřednictvím ministra školství, mládeže a tělovýchovy, návrh na jmenování určité osoby profesorem, jsou představitelné tři způsoby ukončení řízení:

1. *zastavení řízení*

Na jmenování profesorem se podle § 73 odst. 4 ZoVŠ nevztahuje správní řád a není ani jiný zákon, který by procesní stránku tohoto postupu upravoval. Lze však uvažovat – analogicky s úpravou § 66 odst. 1 písm. a) a f) SŘ – o zastavení řízení z důvodu zpětvzetí návrhu nebo z důvodu, že navržený kandidát ještě před jmenováním zemřel. Řízení o jmenování profesorem se zahajuje návrhem vědecké nebo umělecké fakulty vysoké školy. Důvodem zastavení by mohlo zpětvzetí tohoto návrhu, vědecká nebo umělecká rada je však vázána tím, že kladně rozhodla o předložení návrhu na jmenování.

2. *jmenování profesorem*

Toto rozhodnutí je projevem pravomoci prezidenta republiky, stanovené zákonem, jak předvídá čl. 63 odst. 2 Ústavy, přičemž vyžaduje podle čl. 63 odst. 3 ke své platnosti kontrasignaci předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády. Na toto rozhodnutí lze současně hledět i jako na správní akt – rozhodnutí správního orgánu ve smyslu § 65 odst. 1 SŘS, podléhající případné kontrole ve správním soudnictví. Nelze např. teoreticky vyloučit podání žaloby podle § 66 odst. 2 a 3 SŘS nejvyššího státního zástupce nebo veřejného ochránce práv ve veřejném zájmu proti rozhodnutí o jmenování profesorem, byly-li např. závažným způsobem porušeny postupy v řízení o jmenování profesorem.

3. *zamítnutí návrhu na jmenování profesorem*

Vystupuje-li prezident republiky při rozhodování o návrhu na jmenování profesora jako orgán moci výkonné, jako správní orgán při výkonu běžným zákonem stanovené působnosti, nemůže být rozhodnutí o zamítnutí návrhu na jmenování profesorem projevem libovůle, mělo by se opírat o legální a legitimní důvod.¹⁹ ZoVŠ takové důvody nestanoví, uvažovat lze snad o takových případech, kdy je podáván návrh

¹⁹ Např. T. Herc uvádí v komentáři k Ústavě, ve vztahu k pravomocím prezidenta republiky jmenovat a odvolávat rektory veřejných vysokých škol a jmenovat vysokoškolské profesory pro určitý obor, že „posledně uvedené pravomoci se úzce dotýkají otázek akademických svobod na vysokých školách a s nimi spojených ústavně zaručených svobod vědeckého bádání (čl. 15 odst. 2 Listiny), jakož i samosprávy vysokých škol, což se přirozeně promítá i do rozsahu uvážení, které má prezident při jejich výkonu. V případě vysokoškolských profesorů vyplývá omezení jeho uvážení již z toho, že jeho jmenovací pravomoc neslouží a ani fakticky nemůže sloužit k posuzování a hodnocení odbornosti navržených osob. S jejich jmenováním není spojeno oprávnění k výkonu veřejné moci, protože jde pouze o udělení vědecko-pedagogického titulu. Tyto skutečnosti proto svědčí ve prospěch závěru o povinnosti prezidenta republiky profesory jmenovat.“ Srov. HERC, Tomáš. In: RYCHETSKÝ, Pavel a kolektiv, op. cit., s. 634.

na jmenování pro obor, pro který nemá daná vysoká škola akreditaci, nebo kdy vyjde najevo porušení, zřejmě podstatné porušení zákonných pravidel o řízení o jmenování profesorem. Takové rozhodnutí naplňuje znaky rozhodnutí, které může zasáhnout do subjektivních veřejných práv, a to jak uchazeče o jmenování profesorem, který za tím účelem zahájil řízení dle § 74 ZoVŠ, ale i vysoké školy, v jejíž samosprávné působnosti je řízení o jmenování profesorem.

Vydávání správních aktů – rozhodnutí – v rámci výkonné moci státu je prioritně úkolem k tomu zákonem zřízených správních úřadů (viz čl. 79 odst. 1 Ústavy). Výkon takového druhu správní činnosti prezidentem republiky lze z tohoto pohledu vidět jako výjimečný, který však nemůže znamenat omezení ochrany subjektivních práv osob, o nichž je rozhodováno, jenom z důvodu, že o nich rozhoduje z pozice zákonem určeného správního orgánu prezident republiky.

K tomu, aby rozhodnutí prezidenta republiky opírající se o působnost v běžném zákoně bylo platně, tedy existujícím způsobem učiněno, vyžaduje čl. 63 odst. 3 Ústavy spolupodpis představitele vrcholného orgánu výkonné moci, tedy spolupodpis předsedy nebo jím pověřeného člena vlády. Jinak platně nemůže takové rozhodnutí vzniknout, rozhodnutí podle čl. 63 odst. 2 Ústavy vydávat prezident republiky bez kontrasignace nemůže. Za rozhodnutí, které je svou podstatou správním aktem, lze považovat nejen rozhodnutí pozitivní, ale i negativní, dle mého názoru i takové rozhodnutí jako rozhodnutí o nejmenování vysokoškolského profesora je rozhodnutím dle čl. 63 odst. 2 Ústavy, a vyžaduje proto dle odst. 3 téhož článku ke své platnosti kontrasignaci.

Jak rozhodnutí o jmenování profesorem, tak i rozhodnutí o zamítnutí návrhu na jmenování profesorem, jsou správními akty, na které se podle úpravy ZoVŠ účinné od 1. 9. 2016 výslovně nevztahuje správní řád (§ 73 odst. 4 ZoVŠ: „*Na jmenování profesorem se nevztahuje správní řád.*“). Zákon neupravuje otázku právních účinků (vlastností) takových rozhodnutí. Zatímco není třeba pochybovat o tom, že uskutečněné rozhodnutí o jmenování profesorem je konečným, závazným úkonem, které nemůže ani ten, kdo toto rozhodnutí vydal, následně zrušit („odvolat“), složitější situace je v případě rozhodnutí o nejmenování profesorem. V takovém případě lze uvažovat o tom, že by bylo možné stav podle negativního správního aktu, tedy správního aktu, kterým se nemění pozice adresáta,²⁰ změnit novým rozhodnutím, kterým by osoba profesorem jmenována byla. Analogicky s ustanovením § 101 písm. b) SR, podle něhož „*[p]rovést nové řízení a vydat nové rozhodnutí lze tehdy, jestliže... b) novým rozhodnutím bude vyhověno žádosti, která byla pravomocně zamítnuta*“, by zřejmě prezident republiky mohl vydat rozhodnutí o jmenování konkrétní osoby profesorem, když předtím jmenování této osoby zamítl, následující po stejném řízení vysoké školy o jmenování profesorem, po opětovném předložení návrhu na jmenování profesorem nebo alespoň po souhlasu osoby, které se jmenování týká.

²⁰ Viz např. STAŠA, Josef. In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 137.

Soudy ve sporech o jmenování vysokoškolským profesorem, na které bylo odkázáno výše, považovaly písemný úkon prezidenta ze dne 19. 1. 2016, adresovaný ministryni školství, mládeže a tělovýchovy, v němž uvádí, že odmítl jmenovat tři konkrétní osoby vysokoškolským profesorem, za rozhodnutí ve smyslu § 65 odst. 1 SŘS, a to za rozhodnutí v materiálním smyslu; tato skutečnost byla i důvodem zamítnutí žalob na nečinnost prezidenta republiky. Soudy přitom vyšly z názoru, který byl vyjádřen i jako právní věta k rozsudku NSS ze dne 2. 3. 2017, č. j. 7 As 242/2016-43, že „[r]ozhodnutí prezidenta republiky nejmenovat profesorem osobu navrženou na jmenování příslušnou vysokou školou nepodléhá kontrasignaci předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády (článek 63 odst. 3 Ústavy; § 73 zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách).“²¹ Z argumentů pro tento názor bylo uváděno, že „konsensus vlády a prezidenta na negativním rozhodnutí tu pojmově nepřichází v úvahu, neboť kdyby vláda byla proti jmenování, vůbec by 'řízení' ke jmenování nezahájila. V takovém případě prezident může buď návrhu na jmenování vyhovět, což učiní s kontrasignací předsedy vlády podle čl. 63 odst. 3 Ústavy již příslibenou, anebo, jak výslovně judikatura připouští, jmenování odmítnout. Takové negativní rozhodnutí však pojmově při výše uvedených ústavních zvyklostech nemůže podléhat kontrasignaci, neboť takovým požadavkem by byl vytvořen neřešitelný stav, kdy by zároveň existoval požadavek na skončení řízení rozhodnutím, ale zároveň by prezidentovi ani vládě nebylo možné vyčítat, že k vydání platného rozhodnutí nedošlo, neboť ani jednoho nelze přinutit k přijetí názoru toho druhého...“²² Soudy zde vyšly ze závěrů, které již dříve byly v judikatuře formulovány ohledně postupu při jmenování kandidáta na soudce.²³ Existují však určité rozdíly: postupu při jmenování profesorem předchází kladně zakončené řízení ke jmenování profesorem, vedené k tomu oprávněnou vysokou školou v rámci její samosprávné působnosti, a orgány moci výkonné nemají podle mého názoru prostor pro uvážení, zda jmenovat nebo nejmenovat osobu vysokoškolským profesorem. V případě jmenování osoby soudcem, na které není právní nárok, prostor pro uvážení, zda i při splnění zákonných podmínek osobu soudcem jmenovat či nikoli, moc výkonná má.

NSS doplnil argumentaci, podle níž nepodléhá rozhodnutí prezidenta republiky nejmenovat osobu navrženou na jmenování vysokoškolským profesorem kontrasignací, tím, že „kontrasignací je tak podmíněn pouze výkon pravomoci prezidenta, nikoli rozhodnutí prezidenta svou pravomoc nerykonat.“²⁴ S tím lze nepochybně souhlasit, sporné však může být, zda skutečně prezident tím, že rozhodne nejmenovat (tzn. učiní úkon, který je dle téže judikatury rozhodnutím v materiálním smyslu, které podléhá přezkumu ve správním soudnictví), „nerykonává svou pravomoc“. Spíše bych se klonil k názoru, že prezident i tímto

21 Č. 3554/2017 Sbírky rozhodnutí NSS.

22 Viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 21. 9. 2016, č. j. 10 A 186/2015-83, shodně i následující rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 25. 11. 2016, č. j. 9 A 235/2015-92.

23 Srov. rozsudek NSS ze dne 21. 5. 2008, č. j. 4 Ans 9/2007-197.

24 Viz bod 37 odůvodnění rozsudku ze dne 2. 3. 2017, č. j. 7 As 242/2016-43.

způsobem pravomoc vykonává. Mělo by se snad jednat o rozhodnutí, za které odpovídá prezident republiky a nikoli vláda, jak by plynulo z čl. 63 odst. 4 Ústavy?!

S ohledem na ústavní konstrukci výkonu pravomoci stanovené zákonem prezidentu republiky se nejeví závěry správních soudů o tom, že negativní rozhodnutí (o nejmenování profesorem), na rozdíl od pozitivního rozhodnutí (jmenování profesorem), nevyžaduje kontrasignaci předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády, jako přesvědčivé a zasloužily by si přezkoumat Ústavním soudem. Uchazeč, který se úspěšně účastnil jmenovacího řízení na vysoké škole a splnil zákonné podmínky pro jmenování profesorem, má podle mého názoru subjektivní veřejné právo na toto jmenování, když zákon nedává orgánům moci výkonné prostor pro (správní) uvážení, zda ho k návrhu vědecké nebo umělecké rady vysoké školy jmenovat či nikoli. Je-li rozhodnutí o jmenování i případném nejmenování zákonem svěřeno do pravomoci prezidenta republiky, mělo by i v případě negativního rozhodnutí být dodrženo ústavní pravidlo o tom, že rozhodnutí prezidenta republiky při výkonu pravomoci neuvedené výslovně v ústavním zákoně, ale stanovené v zákoně, vyžaduje ke své platnosti, tedy existenci, kontrasignaci.

Závěr

Zákonná úprava týkající se jmenování vysokoškolským profesorem doznala sice po poslední velké novele zákona o vysokých školách, provedené zákonem č. 137/2016 Sb., určité změny a upřesnění, ale zůstalo v ní mnoho mezer. Je-li postup jmenování profesorem oddělen od řízení o jmenování profesorem, které vede k tomu akreditovaná vysoká škola v rámci své samosprávné působnosti, měly by být jasné i procesní postupy při rozhodování o jmenování v orgánech moci výkonné (resortně příslušného ministra, prezidenta republiky, vlády, resp. předsedy vlády), je-li připouštěna výjimečná varianta, že kandidát úspěšně završivší řízení o jmenování nakonec jmenován není, včetně jasných možností soudní ochrany. Článek se pokusil na některá sporná místa upozornit, a to i polemicky s nejnovější judikaturou ve správním soudnictví.

Zdravotní stav coby důvod ochrany cizince

Health Condition as a Reason for Foreigner's Protection

Michal Hájek*

Abstrakt

Faktor zdravotního stavu je jedním z klíčových aspektů ovlivňujících migraci. Na straně jedné fakticky předurčuje, zda cizinec vůbec bude ochoten či schopen odejít ze země původu, na straně druhé ovšem stejně tak hraje roli tehdy, má-li se cizinec do země původu navrátit. V případech vážně nemocných cizinců je pak dokonce nutné zvažovat, zda nucené navrácení cizince či neposkytnutí mezinárodní ochrany mohou představovat porušení zásady non-refoulement. Tento příspěvek se pokouší analyzovat vývoj judikatury Evropského soudu pro lidská práva, Soudního dvora Evropské unie a Nejvyššího správního soudu k této problematice.

Klíčová slova

Cizinci; zdraví; zdravotní stav; zdravotní péče; právo na zdraví; migrace; mezinárodní ochrana; doplňková ochrana; důvody znemožňující vycestování; vyhoštění; zásada nenavrácení; non-refoulement.

Abstract

The health condition factor is one of the key aspects influencing migration. On the one hand, it determines whether a foreigner is going to be willing or able to leave the country of origin. On the other hand, it also plays a role in foreigner's return to his or her homeland. In cases of seriously ill foreigners, it is even necessary to consider whether their forced expulsion or failure to provide international protection may constitute a violation of the principle of non-refoulement. This paper attempts to analyze developments in the case law of the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and the Supreme Administrative Court on this issue.

Keywords

Foreigners; Non-citizens; Aliens; Health; Health Condition; Healthcare; Medical Care; Right to Health; Migration; International Protection; Subsidiary Protection; Reasons Preventing Departure; Expulsion; Non-refoulement.

Úvod

Soudobé výzkumy zabývající se imigrací naznačují, že zdravotní stav cizinců přicházejících do hostitelské země je v průměru zpravidla lepší než zdravotní stav původní

* JUDr. Michal Hájek, asistent soudce, Krajský soud v Českých Budějovicích; doktorand, Katedra ústavního práva a politikologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Assistant to Judge, Regional Court in České Budějovice; Ph.D. student, Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: hajekmichal@mail.muni.cz.

populace.¹ Tento fenomén se dokonce dočkal i svého pojmenování coby „efekt zdravého migranta“. Jde o poněkud paradoxní jev, neboť většina cizinců přicházejících do Evropské unie pochází z relativně chudších zemí.² Tito cizinci pak v zemi původu mají zpravidla nižší socio-ekonomický status a horší přístup ke zdravotní péči.³

Jako jedno z vysvětlení bývá uváděna teorie, dle které k migraci více tendují zdraví lidé v ekonomicky aktivním věku. Faktor zdraví, jakož i potenciál získat v hostitelské zemi práci, jsou totiž významné činitele figurující v cizincových úvahách o tom, zda (mnohdy komplikovaný a náročný) přesun do jiné země uskutečnit.

Uvedenou komparativní výhodu spočívající v lepším zdravotním stavu oproti domácí populaci hostitelské země však cizinci postupem času ztrácí, což bývá připisováno „psychickému nepohodlí spojenému se statusem imigranta, nedostatku příjmů, zaměstnávání v rizikových povoláních, podřadnému bydlení, absenci podpory rodiny, odlišnému klimatu, jiným stravovacím návykům a diskriminačnímu přístupu ke zdravotní péči“.⁴ Tato skutečnost pak mnohdy vede k selektivnímu návratu těch cizinců, jejichž zdravotní stav se v hostitelské zemi zhoršil pod únosnou mez. Pro zmíněný jev se v zahraniční odborné literatuře vžil lehce nadsazený název „salmon bias“, což lze volně přeložit například jako „lososí nutkání“ či „lososí tendence“.^{5,6}

Zdravotní stav je tedy významnou proměnnou jak v otázce odchodu cizince ze země původu, tak také v případě jeho návratu, a může pochopitelně představovat překážku i tehdy, pokud se k obojímu cizinec rozhoduje dobrovolně. Podstatně dramatictější ovšem mohou být situace, kdy je cizinec k opuštění svého domova či naopak k návratu z hostitelské země nucen vnějšími okolnostmi.

Představme si tak, že by se zdravotní stav cizince (postrádajícího příslušné pobytové oprávnění) zhoršil natolik, že by z jeho subjektivního pohledu návrat do země původu

1 Srov. například McDONALD, J. T. a S. KENNEDY. Insights into the 'healthy immigrant effect': health status and health service use of immigrants to Canada. *Social Science & Medicine*, 2004, č. 59, s. 1613–1627. ISSN 0277-9536. DOI: 10.1016/j.socscimed.2004.02.004. Dostupné z: https://www.researchgate.net/profile/Ted_Mcdonald/publication/8429869_Insights_Into_the_Healthy_Immigrant_Effect/Health_Status_and_Health_Service_Use_of_Immigrants_to_Canada/links/0912f50c4df1948ada000000/Insights-Into-the-Healthy-Immigrant-Effect-Health-Status-and-Health-Service-Use-of-Immigrants-to-Canada.pdf, a také tam citovanou literaturu.

2 Migration and migrant population statistics [online]. *Eurostat*, 2017 [cit. 16. 4. 2017]. Dostupné z: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics

3 Srov. například DOMNICH, A., D. PANATTO, R. GASOARINI, a D. AMICIZIA. The „healthy immigrant“ effect: does it exist in Europe today? *Italian Journal of Public Health*, 2012, ročník 9, č. 3, s. e7532–1–e7532–7. ISSN 1723-7815.

4 Ibidem.

5 Na vysvětlenou je vhodné uvést, že tento „jinotajný“ název je odvozen od migračních návyků lososů navracet se ke sklonku života do míst, kde se narodili.

6 Srov. například LU, J. a L. QIN. Healthy migrant and salmon bias hypotheses: A study of health and internal migration in China. *Social Science & Medicine*, 2014, č. 102, s. 41–48. ISSN 0277-9536. Dostupné z: https://www.researchgate.net/publication/259512999_Healthy_migrant_and_salmon_bias_hypotheses_A_study_of_health_and_internal_migration_in_China

prakticky vylučoval. Představme si situaci vážně nemocného člověka nuceně se navracet do země, kde mu nemůže být poskytnuta adekvátní (nebo dokonce jakákoli) zdravotní péče. A co situace, kdy cizinec opustí zemi původu právě z těchto důvodů, tedy aby potřebnou lékařskou péči vyhledal? Právě tyto případy jsou tématem následujícího textu. Jakým způsobem se má stát vůči takovým cizincům zachovat?

1 Relevantní právní úprava

Za předpokladu, že cizinci nesvědčí některý z pobytových titulů dle zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů (dále jen „zákon o pobytu cizinců“), pak odpověď na uvedenou otázku skýtají primárně dva instituty cizineckého práva, resp. práva azylového (byť se jedná o odpověď na první pohled ne zcela jednoznačnou a vlivem judikatorního vývoje též v čase proměnlivou), které si nejprve ve stručnosti představíme.

Prvním z těchto institutů je tzv. doplňková ochrana ve smyslu § 14a zákona č. 325/1999 Sb., o azylu, která se dle odstavce 1 citovaného ustanovení uděluje cizinci, u něhož sice nejsou splněny podmínky pro udělení azylu⁷, avšak existují-li důvodné obavy, že mu v zemi původu hrozí skutečné nebezpečí vážné újmy. Dle taxativního výčtu obsaženého v § 14a odst. 2 zákona o azylu se pak za vážnou považuje

- „a) uložení nebo vykonání trestu smrti,*
- b) mučení nebo nelidské či ponižující zacházení nebo trestání žadatele o mezinárodní ochranu,*
- c) vážné ohrožení života civilisty nebo jeho lidské důstojnosti z důvodu svévolného násilí v situaci mezinárodního nebo vnitřního ozbrojeného konfliktu, nebo*
- d) pokud by vycestování cizince bylo v rozporu s mezinárodními závazky České republiky.“*

Citované ustanovení představuje implementaci čl. 15 tzv. kvalifikační směrnice⁸, byť ne zcela přesnou. Nejvýznamnější odchylku od unijní úpravy přitom představuje skutečnost, že český zákonodárce nad rámec textu kvalifikační směrnice vložil do definice vážné újmy též shora citované písm. d), které je jakýmsi reziduem institutu překážek vycestování dle někdejšího § 91 zákona o azylu ve znění před novelou č. 165/2006 Sb. S účinností této novely se uvedené překážky vycestování „přelily“ ze zákona o azylu do podoby tzv. důvodů znemožňujících vycestování dle § 179 zákona o pobytu cizinců; ty představují druhý institut, jenž by v souvislosti s tématem tohoto textu neměl zůstat opomenut.⁹

⁷ Viz § 12 zákona o azylu.

⁸ Celým názvem: směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochrany, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany.

⁹ Tento institut má – na rozdíl od doplňkové ochrany – své kořeny v tzv. návratové směrnici (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/115/ES o společných normách a postupech v členských státech při navracení neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí).

Taktéž § 179 zákona o pobytu cizinců (obdobně jako doplňková ochrana dle § 14a zákona o azylu a dřívější překážky vycestování dle někdejšího § 91 téhož zákona) chrání cizince před nuceným vycestováním do země původu v situaci, kdy existuje důvodná obava, že by mu tam měla reálně hrozit vážná újma definovaná v § 179 odst. 2 posledně uvedeného zákona prakticky totožně jako ve shora citovaném § 14a odst. 2 zákona o azylu.

Přes zjevnou podobnost dikce § 14a zákona o azylu a § 179 zákona o pobytu cizinců je však vhodné upozornit (i kdyby snad jen pro zachování určité „teoretické čistoty“), že jakkoli by k tomu mohl být čtenář sváděn, nejde o instituty zaměnitelné či snad dokonce totožné¹⁰, a to již pro jejich zcela odlišný účel: zatímco doplňková ochrana představuje (dočasný) pobytový titul se vším, co k tomu patří, existence důvodů znemožňujících vycestování sama o sobě garantuje pouze možnost setrvat na území České republiky (tedy v podstatě pouhé strpění zdejšího cizincova pobytu¹¹). Jakkoli se pak následující text bude zabývat primárně pouze doplňkovou ochranou, lze závěry dále uvedené přiměřeně vztáhnout též na důvody znemožňující vycestování.¹²

2 Nedostatečný přístup ke zdravotní péči coby vážná újma

Jak ovšem shora uvedené souvisí s ochranou vážně nemocného cizince? Hraje cizincovo právo na zdraví (resp. právo na jeho ochranu)¹³ z pohledu mezinárodní ochrany vůbec nějakou roli?

Klíč k této otázce je nutno hledat v samotné definici vážné újmy ve smyslu § 14a odst. 2 zákona o azylu (resp. § 179 odst. 2 zákona o pobytu cizinců). Ačkoli je již na první pohled zřejmé, že stranou můžeme ponechat písm. a) a c) citovaných ustanovení, v případě písm. b) a d) je situace o něco komplikovanější, neboť si nevystačíme s pouhým zákonickým textem.

Zaměříme se přitom dále především na vážnou újmu spočívající v hrozbě mučení nebo nelidského či ponižujícího zacházení nebo trestání dle § 14a odst. 2 písm. b) zákona o azylu, který je – jak judikatorní praxe příslušných soudů ukázala – v dané souvislosti zcela klíčový.

¹⁰ Je ovšem nutno připustit, že zákonodárce tuto rozdílnost příliš nerefletoval a poněkud zmateně v této souvislosti působí též dřívější judikatura NSS; fundovaný rozbor k této otázce včetně zmíněné judikatury (byť z důvodu pozdějšího legislativního vývoje ne ve všech ohledech zcela aktuální) lze nalézt například v KOSAŘ, D., P. MOLEK, V. HONUSKOVÁ, M. JURMAN a H. LUPAČOVÁ. *Zákon o azylu. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 166–170. ISBN 978-80-7357-476-5.

¹¹ To je ostatně vyjádřeno v § 33 odst. 3 a § 120a odst. 4 zákona o pobytu cizinců, dle nichž ministerstvo udělí cizinci vízum k pobytu nad 90 dnů za účelem strpění pobytu na území, není-li jeho vycestování dle § 179 téhož zákona možné.

¹² Pro úplnost uvedme, že lze v dané souvislosti uvažovat též o využití institutu tzv. humanitárního azylu dle § 14 zákona o azylu, o kterém bude taktéž v následujícím textu zmínka.

¹³ Srov. v podrobnostech k právu na zdraví HÁJEK, M. *Právo na zdraví: mezinárodní kontext a judikatura Ústavního soudu ČR*. Brno, 2015, 181 s. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: https://is.muni.cz/th/257926/pravf_r/

Citované ustanovení je přímým promítnutím čl. 15 písm. b) kvalifikační směrnice, a je proto nutno vykládat jej eurokonformním – tedy s kvalifikační směrnicí souladným – způsobem. Nelze přitom přehlédnout ani podobnost formulace obsažené v posledně citovaných ustanoveních a čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (č. 209/1992 Sb.; dále jen „EÚLP“), dle kterého „[n]ikdo nesmí být mučen nebo podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu.“ Této podobnosti si ostatně povšiml i Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „Soudní dvůr“), který k tomu například v rozsudku ve věci *Elgafaji*¹⁴ uvedl, „že ačkoliv je základní právo zaručené článkem 3 EÚLP součástí základních zásad práva Společenství, jejichž dodržování Soudní dvůr zajišťuje, a ačkoliv judikatura Evropského soudu pro lidská práva je brána v úvahu pro výklad dosahu takového práva v právním řádu Společenství, je to [...] čl. 15 písm. b) směrnice, který věcně odpovídá uvedenému článku 3.“ Obsahově lze tedy dle názoru Soudního dvora mezi posledně citovaná ustanovení klást prakticky rovnítko. Tím ovšem Soudní dvůr „vtáhl“ do výkladu čl. 15 písm. b) kvalifikační směrnice [a v posledku též čl. 14a odst. 2 písm. b) zákona o azylu] i celý korpus judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) vztahující se k čl. 3 EÚLP a zásadě non-refoulement (tedy zákazu navracení cizinců do zemí, kde by jejich život, zdraví či osobní svoboda mohly být ohroženy)¹⁵.

Není v možnostech tohoto textu rekapitulovat veškerou judikaturu ESLP, která se pojí se zákazem mučení nebo nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu, a nebylo by to ani účelné. ESLP se totiž v několika svých rozhodnutích výslovně zabýval též situací cizinců, jejichž vážný zdravotní stav potenciálně mohl v případě návratu do země původu představovat z pohledu čl. 3 EÚLP problém.

Jak si dále ukážeme, vývoj této judikatury z určitého úhlu pohledu jakoby napodoboval schéma průběhu divadelního dramatu: má svou (1) *expozici* v podobě precedentního rozsudku ve věci *D. proti Spojenému království*¹⁶; (2) *kolizi* představuje diametrálně odlišný směr, jímž se judikatura ESLP po prvním „judikatorním výkopu“ ubírala (zejména rozsudky ve věcech *Bensaid proti Spojenému království*¹⁷ a *N. proti Spojenému království*¹⁸), a který do podoby (3) *krize* dále „prohloubil“ Soudní dvůr rozsudky ve věcech *M'Bodj*¹⁹ a *Abdida*²⁰; (4) *peripetia* můžeme rozumět recentní rozsudek velkého senátu ESLP ve věci

¹⁴ Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. 2. 2009, *Elgafaji*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94.

¹⁵ Srov. též čl. 33 Úmluvy o právním postavení uprchlíků (č. 208/1993 Sb.); z recentní judikatury ESLP k principu non-refoulement je možno poukázat například na rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 23. 3. 2016, *F. G. v. Švédsko*, stížnost č. 43611/11, Reports 2016.

¹⁶ Rozsudek ESLP ze dne 2. 5. 1997, *D. v. Spojené království*, stížnost č. 30240/96, Reports 1997-III.

¹⁷ Rozsudek ESLP ze dne 6. 2. 2001, *Bensaid v. Spojené království*, stížnost č. 44599/98, Reports 2001-I.

¹⁸ Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 27. 5. 2008, *N. v. Spojené království*, stížnost č. 26565/05, Reports 2008.

¹⁹ Rozsudek velkého senátu Soudního dvora ze dne 18. 12. 2014, *M'Bodj*, C-542/13, ECLI:EU:C:2014:2452.

²⁰ Rozsudek velkého senátu Soudního dvora ze dne 18. 12. 2014, *Abdida*, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

*Paposhvili v. Belgie*²¹, který se opět pokouší navrátit na původně položenou kolej; konečně (5) *katastrofou* či naopak *katarzí* bude způsob, jakým tuto matérii v návaznosti na poslední judikaturu ESLP uchopí další soudy.

2.1 Expozice – prvotní uchopení problému

Za pilotní rozhodnutí lze v této souvislosti považovat rozsudek ESLP ve věci *D. v. Spojené království*, v níž byl ESLP konfrontován s případem HIV pozitivního stěžovatele. Ten měl být ze Spojeného království vyhoštěn kvůli drogovému deliktu do země svého původu (Svatý Kryštof a Nevis). Stěžovatel namítl, že vyhoštění by při jeho zdravotním stavu představovalo zásah zakládající porušení čl. 3 EÚLP, neboť v zemi původu by se mu nedostalo odpovídající zdravotní péče. Stěžovateli již bylo diagnostikováno AIDS, jeho zdravotní stav byl velmi špatný a lékaři mu předpovídali, že za stávající zdravotní péče měl před sebou osm až dvanáct měsíců života.

ESLP za této situace usoudil, že „[j]e nesporné, že vyhoštění uspíší jeho smrt. Existuje vážné nebezpečí, že nepřiznání osudu, která jej na Svatém Kryštofu očekává, sníží jeho již tak nízkou očekávanou dobu dožití a vystaví jej akutnímu duševnímu a fyzickému utrpení. Jakákoli lékařská péče, které by se mu zde dostalo, mu neumožní bojovat s infekcemi, se kterými by se v důsledku absence přístřeší a adekvátní stravy potýkal, stejně jako se zdravotními a hygienickými potížemi, které obyvatelstvo Svatého Kryštofa sužují [...]. Přestože má na Svatém Kryštofu bratrance [...], nebyl předložen jakýkoli důkaz, že by tato osoba byla ochotna či schopna zabezpečit potřeby umírajícího muže. Neexistuje také žádný důkaz, že by se mu zde dostalo jakékoli jiné morální či sociální podpory. Nebylo ani prokázáno, že by stěžovateli bylo garantováno lůžko v nemocnici na ostrově, která se dle vyjádření vlády o pacienty s AIDS stará [...]“.²²

Porušení čl. 3 EÚLP shledal ESLP v daném případě zcela jednomyslně. Vytvořil tím zároveň *implicite* poměrně silnou vazbu mezi právem na zdraví (konkrétně v té jeho části spočívající v právu na přístup ke zdravotní péči)²³ a zákazem mučení a jiného nelidského nebo ponižujícího zacházení či trestání. Ve spojitosti s čl. 3 EÚLP tak dokonce právu na zdraví propůjčil i extrateritoriální účinek.²⁴

Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) se následně k uvedeným závěrům ESLP výslovně přihlásil například v rozsudku ze dne 26. 7. 2007, č. j. 2 Azs 30/2007-69, v němž uvedl, že „[n]elze jistě vyloučit, že by doplňková ochrana byla cizinci udělena i z důvodů nedostatečné úrovně zdravotní péče v zemi původu; tato nedostatečnost by však musela dosahovat úrovně označitelné za mučení nebo nelidské či ponižující zacházení, jak na ně pamatuje jak § 14a odst. 2 písm. b) zákona o azylu,

21 Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 13. 12. 2016, *Paposhvili v. Belgie*, stížnost č. 41738/10.

22 Rozsudek ESLP ve věci *D. v. Spojené království*, § 52.

23 K otázce normativního obsahu práva na zdraví srov. HÁJEK, 2015, op. cit., s. 63–142.

24 Z pohledu čtenáře laického hlubšího rozboru lze však až s politováním konstatovat, že ESLP neshledal potřebu vyjádřit se podrobněji též k případnému porušení čl. 2 a 8 EÚLP, které dle jeho názoru nepředstavovalo samostatný problém hodný řešení.

tak – aplikovatelný i na základě § 14a odst. 2 písm. d) zákona o azylu - čl. 3 [EÚLP], jak jej vyložil [ESLP] zejména v rozsudku D. v. Spojené království ze dne 2. 5. 1997, stížnost č. 30240/96.“ Neopomněl však z opatrnosti zdůraznit, že „výklad [ESLP] pamatuje na velmi výjimečné situace, kdy by vydání cizince do země původu jej dostalo do situace označitelné za mučení či nelidské zacházení“. Ostatně již v rozsudku ze dne 18. 10. 2005, č. j. 3 Azs 226/2005-68, dal NSS jednoznačně najevo, že nižší úroveň zdravotnictví v zemi cizincova původu nemůže sama o sobě zakládat důvod pro udělení mezinárodní ochrany (v dané době samozřejmě NSS uvažoval pouze v intencích institutu azylu dle § 12 zákona o azylu a překážek vycestování dle § 91 téhož zákona a nikoli též doplňkové ochrany, neboť tu český právní řád ještě neznal).

2.2 Kolize – přísná linie judikatury

Přes uvedené lze ovšem konstatovat, že ESLP ve věci *D. v. Spojené království* zvolil k vážně nemocným cizincům poměrně přívětivý přístup. Již sama skutečnost, že v případech vážně nemocných cizinců byl ochoten připustit extrateritoriální účinek čl. 3 EÚLP, je nepochybně velký krok vpřed. Z jeho další judikatury by se však mohlo jevit, jakoby se této přívětivosti zalekl. V následujících kauzách byl totiž ESLP o poznání přísnější, a to i v typově obdobných případech. ESLP přitom nikdy neopomněl připomenout, že aby zásah do práva na zdraví byl z hlediska čl. 3 EÚLP relevantní, musí dosáhnout určitého minimálního stupně intenzity, přičemž je vždy nutné přihlédnout k okolnostem daného případu, jakými jsou například délka trvání zásahu, jeho dopad na fyzický a duševní stav oběti, popřípadě také její pohlaví, věku a zdravotnímu stavu.²⁵

Za určité vyvrcholení této přísné judikatorní linie (divadelní terminologií tedy krize) pak lze označit zejména rozsudky ve věcech *Bensaid v. Spojené království* a *N. v. Spojené království*, které si přiblížíme o něco podrobněji.

V rozsudku ve věci *Bensaid v. Spojené království* ESLP neshledal porušení čl. 3 EÚLP ve vztahu k vyhoštění stěžovatele trpícího schizofrenií do Alžírsko. ESLP uvedl, že ačkoli se mu zde nedostane potřebných léků (olanzapine) zdarma, pokud nebude zároveň hospitalizován, bude k nim mít přístup za úplatu. Nejbližší nemocnice, která adekvátní péči nabízí, je přitom 75 až 80 km od místa, kde žije stěžovatelova rodina. Stěžovatelovu námitku, že v případě návratu hrozí recidiva projevů jeho nemoci, ESLP odmítl s tím, že „stěžovatel čelí riziku recidivy i kdyby zůstal ve Spojeném království, neboť jeho nemoc je dlouhodobá a vyžaduje stálou péči. Vyhoštění pravděpodobně riziko zvýší kvůli rozdílu v osobní podpoře a dostupnosti léčby. Stěžovatel zejména namítl, že je méně pravděpodobné, že by mu jiné léky s jeho nemocí pomohly, a že hospitalizace by měla být až poslední možností. Nicméně lékařská péče pro stěžovatele

²⁵ Srov. například rozsudek ESLP ze dne 7. 9. 1998, *B. B. v. Francie*, stížnost č. 47/1998/950/1165, Reports 1998-VI, rozhodnutí pléna Komise ze dne 29. 5. 1998, *Karara v. Finsko*, stížnost č. 40900/98, rozhodnutí ESLP ze dne 15. 2. 2000, *J. C. v. Švédsko*, stížnost č. 46553/99, rozhodnutí ESLP ze dne 24. 6. 2003, *Arila Henao v. Nizozemí*, stížnost č. 13669/03, rozhodnutí ESLP ze dne 22. 6. 2004, *Ndangoya v. Švédsko*, stížnost č. 17868/03, a rozhodnutí ESLP ze dne 25. 11. 2004, *Ameghigan v. Nizozemí*, stížnost č. 25629/04.

v Alžírsku dostupná je. Skutečnost, že by podmínky v Alžírsku byly pro stěžovatele méně příznivé, než ty, kterých využíval ve Spojeném království, není z pohledu čl. 3 [EÚLP] rozhodná.“

Přes vážný charakter stěžovatelovy nemoci se tak ESLP spokojil s tím, že v zemi stěžovatelova původu je mu dostupná alespoň nějaká péče. Ačkoli závěr, dle něhož v dané věci nedošlo k porušení čl. 3 EÚLP, přijal ESLP jednomyslně, samostatné stanovisko soudce Bratzy, k němuž se připojili též soudci Costa a Greve, svědčí o tom, že k tomuto závěru soudci nedospěli úplně snadno. Na uvedeném stanovisku je pozoruhodné zejména to, že dle soudce Bratzy skutkový stav věci nebyl natolik výjimečný jako ve věci *D. v. Spojené království* prakticky pouze z toho důvodu, že zásah dosahující intenzity čl. 3 EÚLP je v případě stěžovatele „méně jistý a více spekulativní“. Poukázal zároveň na humanitární aspekt daného případu, který by dle jeho názoru ospravedlňoval, aby vnitrostátní orgány vyhoštění stěžovatele ještě přehodnotily.

Pro úplnost je zapotřebí zmínit, že ESLP se stručně zabýval též možným porušením čl. 8 EÚLP, avšak ačkoli připustil, že „[z]achování duševní stability je v daném kontextu nezbytným předpokladem efektivní realizace práva na respekt k soukromému životu“, omezení tohoto práva bylo v daném případě v souladu s čl. 8 odst. 2 EÚLP.²⁶

Na uvedený závěr ESLP reagoval i NSS, který jej v rozsudku ze dne 14. 11. 2013, č. j. 5 Azs 14/2012-30, vyložil tak, že ESLP „*vycházel ve své judikatuře vždy z toho, že právo na ochranu soukromého a rodinného života podle čl. 8 [EÚLP] není, na rozdíl od práva nebyt vystaven špatnému zacházení podle čl. 3 [EÚLP], absolutní a musí být poměřováno s hodnotami vyjádřenými v odstavci 2 čl. 8 [EÚLP], pro něž lze toto právo omezit. V tomto kontextu a za daných skutkových okolností nelze samotnou skutečnost, že ve stěžovatelově zemi původu existuje pravděpodobně nižší úroveň a zejména dostupnost léčby zmínovaných chorob, jimiž stěžovatel trpí, než jaká je dostupná v ČR, považovat za dostatečný důvod k udělení doplňkové ochrany podle § 14a odst. 1 a 2 písm. d) zákona o azylu, které má navíc představovat ultima ratio, pokud jde o naplnění mezinárodních závazků vyplývajících pro ČR z článku 8 [EÚLP] (k tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 1. 2013, č. j. 5 Azs 7/2012-28, publikovaný pod č. 2836/2013 Sb. NSS)*“. Jinými slovy podmínky pro aktivování extrateritoriálního účinku čl. 8 EÚLP jsou dle NSS (nahlíženo prismatem rozsudku ESLP ve věci *Bensaid v. Spojené království*) poměrně přísné.²⁷

ESLP pak podobně jako ve věci *Bensaid v. Spojené království* neshledal porušení čl. 3 EÚLP v rozsudku velkého senátu ve věci *N. v. Spojené království*. V tomto případě byla HIV pozitivní stěžovatelka původem z Ugandy, avšak v době, kdy měla být ze Spojeného

²⁶ Právo zakotvená v čl. 8 odst. 1 EÚLP totiž nemá na rozdíl od čl. 3 absolutní povahu, přičemž k jeho omezení došlo v daném případě na základě práva (zákona), při sledování legitimního cíle v podobě prevence kriminality a bylo nezbytné v demokratické společnosti.

²⁷ Srov. též například dřívější rozsudek NSS ze dne 29. 2. 2012, č. j. 2 Azs 38/2011-47, a usnesení NSS ze dne 29. 6. 2011, č. j. 9 Azs 7/2011-67, a ze dne 20. 6. 2013, č. j. 7 Azs 2/2013-39.

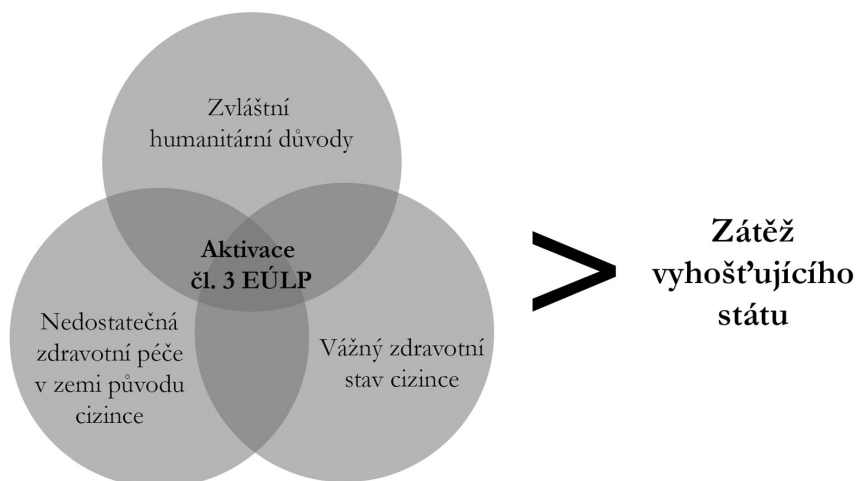
království vyhoštěna, byl její zdravotní stav relativně stabilizovaný²⁸ (na rozdíl od případu *D. v. Spojené království*). V odůvodnění svého rozsudku uvedl mimo jiné následující:

„42. [...] Cizinci, jimž broží vyhoštění, nemají v zásadě nárok setrvat na území Vysoké smluvní strany, aby pokračovali ve využívání výhod plynoucích ze zdravotních, sociálních a jiných druhů služeb a podpory, které vyhošťující stát poskytuje. Skutečnost, že se stěžovatelova situace, včetně očekávané doby dožití, významně v případě vyhoštění z území Vysoké smluvní strany zhorší, nezakládá sama o sobě porušení čl. 3 [EÚLP]. Rozhodnutí o vyhoštění cizince trpícího vážným fyzickým či duševním onemocněním do země, kde zařízení pro léčbu takového onemocnění jsou na nižší úrovni než na území Vysoké smluvní strany, může znamenat porušení čl. 3 [EÚLP], avšak pouze ve zcela výjimečných případech, kde humanitární důvody proti cizincovu vyhoštění převáží. [...]

44. [...] Pokrok lékařské vědy spolu se socio-ekonomickými rozdíly mezi státy znamenají, že úroveň dostupné lékařské péče se na území jednotlivých Vysokých smluvních stran může významně lišit. Jakkoli je vzhledem k zásadnímu postavení čl. 3 v systému [EÚLP] nezbytné, aby si [ESLP] ve velmi výjimečných případech zachoval určitou míru flexibility pro zabránění vyhoštění, čl. 3 nezakládá povinnost Vysoké smluvní strany, aby tyto rozdíly vyrovnával prostřednictvím bezplatné a neomezené lékařské péče cizincům, kteří nemají oprávnění setrávat na jeho území. Opačný závěr by pro Vysoké smluvní strany představoval přílišnou zátěž.“

Zejména pro uvedené ESLP dospěl k závěru, že k porušení čl. 3 EÚLP nedošlo, neboť k jeho aktivaci lze dle názoru majority v typově podobných případech přistoupit pouze velmi výjimečně (to dokonce natolik, že až do přijetí níže popsaného rozhodnutí ve věci *Paposhvili v. Belgie* – tedy o více než osm let později – porušení tohoto článku ESLP v těchto případech nikdy neshledal).

Graf: proměnné ovlivňující aktivaci čl. 3 EÚLP v případech vyhoštění vážně nemocných cizinců ve smyslu rozsudku ESLP ve věci *N. v. Spojené království*



²⁸ Sám ESLP trochu paradoxně uvádí, že díky zdravotní péči, které se jí ve Spojeném království dostalo.

Pro přehlednost si přístup ESLP vyjádřený v citovaném rozsudku můžeme vyjádřit též graficky. Pro aktivaci čl. 3 EÚLP totiž dle ESLP nepostačovala pouhá dostatečná intenzita zásahu, nýbrž bylo zapotřebí protnutí tří uvedených veličin, které teprve ve svém souhrnu převáží nad zátěží vyhošťujícího státu při poskytování zdravotní péče danému cizinci.

Pokud přitom stanovisko soudce Bratzy ve věci *Bensaid v. Spojené království* obtížnost dané otázky pouze naznačilo, v případě *N. v. Spojené království* ji již zcela obnažil společný disent soudců Tulkensové, Bonella a Spielmanna, kteří se proti majoritnímu stanovisku velkého senátu v této věci ostře vymezili.

Disentující soudci předně nesouhlasili s – dle jejich názoru – nesprávným výkladem (resp. aplikací) dosavadní judikatury zastávaným majoritou. Poukázali mimo jiné na v rozsudek ve věci *Pretty v. Spojené království*²⁹, v němž ESLP uvedl, že ve vztahu k čl. 3 EÚLP je významné, aby zásah měl podobu:

1. zacházení dosahujícího minimální úrovně závažnosti a zahrnujícího akutní zdravotní újmu či intenzivní tělesné nebo duševní utrpení³⁰ nebo
2. zacházení ponižujícího nebo znevažujícího jednotlivce, vyjadřujícího nedostatek respektu či snižování jeho nebo její důstojnosti, nebo vytvářejícího pocit strachu, úzkosti či méněcennosti způsobitelného zlomit jeho či její morální a fyzickou odolnost³¹ nebo
3. utrpení plynoucí z přirozeně se vyskytujících tělesných či duševních chorob, pokud je umocňováno zacházením (či takové umocnění hrozí) souvisejícím se zadržením či vyhoštěním osoby nebo dalších opatření, za která lze stát činit odpovědným.³²

Dále upozornili na skutečnost, že rozsudkem ve věci *N. v. Spojené království*, který dle jejich názoru výrazně upřednostňuje ochranu občanských a politických práv (viz § 44 tohoto rozsudku), se ESLP vzdaluje sociální dimenzi doktríny integrovaného přístupu k lidským právům vytyčené v rozsudku ve věci *Airey v. Irsko*³³.

V neposlední řadě disentující soudci vyjádřili nesouhlas s tvrzením majority, že čl. 3 EÚLP nezavazuje státy sanovat nerovnou úroveň lékařské péče mezi jednotlivými zeměmi prostřednictvím jejího bezplatného poskytování cizincům, neboť opačný přístup by státy nepřiměřeně zatížil (čímž majorita odhaluje skutečnou motivaci pro přijetí citovaného

²⁹ Rozsudek ESLP ze dne 29. 4. 2002, *Pretty v. Spojené království*, stížnost č. 2346/02, Reports 2002-III, § 52.

³⁰ Srov. například rozsudek pléna ESLP ze dne 18. 1. 1978, *Irsko v. Spojené království*, stížnost č. 5310/71, Series A25, § 167, a rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 16. 12. 1999, *V. v. Spojené království*, stížnost č. 24888/94, Reports 1999-IX, § 71.

³¹ Srov. například rozsudek ESLP ze dne 10. 7. 2001, *Price v. Spojené království*, stížnost č. 33394/96, Reports 2001-VII, § 24-30, a rozsudek ESLP ze dne 24. 7. 2001, *Valašinas v. Litva*, stížnost č. 44558/98, Reports 2001-VIII, § 117.

³² Srov. shora citované rozsudky *D. v. Spojené království* a *Bensaid v. Spojené království*.

³³ Rozsudek ECtHR ze dne 9. 10. 1979, *Airey v. Irsko*, stížnost č. 6289/73, Series A32.

rozhodnutí). Takový závěr totiž zcela popírá absolutní povahu čl. 3 EÚLP, neboť jej omezuje v závislosti na rozpočtových limitech jednotlivých států.³⁴ Obava z nekontrolovatelného přílivu migrantů snažících se získat v cílových zemích lékařskou péči je přitom dle disentujících soudců zcela lichá (§ 8 odlišného stanoviska).

V rovině vnitrostátní můžeme jednoznačně konstatovat, že NSS uvedenou „přísnou linii“ judikatury ESLP bez výhrad přijal. Pregnantně svůj postoj shrnul v rozsudku ze dne 9. 10. 2009, č. j. 6 Azs 34/2009-89, dle něhož sice žadatel o mezinárodní ochranu, který trpí závažnou nemocí, může hrozit skutečné nebezpečí vážné újmy ve smyslu § 14a odst. 2 písm. b) zákona o azylu spočívající v tom, že mu v zemi původu nebude dostupná potřebná zdravotní péče, avšak výklad pojmu „vážná újma“ musí v těchto případech vycházet z obsahu čl. 3 EÚLP a tím i z judikatury ESLP citované ustanovení aplikující.³⁵

2.3 Krize – odpověď Soudního dvora

Přes výhrady disentujících soudců ve věci *N. proti Spojenému království* bylo samozřejmě nadále nutno respektovat stanovisko majority. Soudní dvůr však v rozsudku ve věci *M'Bodj* k dané otázce přistoupil ještě přísněji, neboť ve světle rozsudku ESLP ve věci *N. proti Spojenému království* uzavřel, že čl. 15 písm. b) kvalifikační směrnice musí být „vykládán v tom smyslu, že vážná újma v něm definovaná nezahrnuje situaci, ve které je takové nelidské či ponižující zacházení, jako je zacházení uvedené v právních předpisech dotčených ve věci v původním řízení, které by žadateli trpícímu vážným onemocněním mohlo hrozit v případě návratu do země jeho původu, důsledkem neexistence odpovídající léčby v této zemi [pozn.: a to ani ve výjimečných situacích, na které judikatura ESLP pamatuje (sic!); srov. odst. 40 citovaného rozsudku Soudního dvora], aniž jde zároveň o úmyslné odepírání péče tomuto žadateli.“ Doplnková ochrana se proto na tyto případy dle názoru Soudního dvora (vyjma případů cíleného odpírání lékařské péče) nevztahuje.

Soudní dvůr zároveň uzavřel, že čl. 3 kvalifikační směrnice „brání tomu, aby členský stát zavedl nebo zachoval ustanovení přiznávající podpůrnou ochranu v ní stanovenou státnímu příslušníkovi třetí země trpícímu vážným onemocněním z důvodu rizika zhoršení jeho zdravotního stavu, které vyplývá z neexistence odpovídající léčby v zemi původu, jelikož taková ustanovení nejsou slučitelná s uvedenou směrnicí.“³⁶ Z toho ovšem v důsledku vyplývá, že případy vážně nemocných cizinců, jimž hrozí návrat do země původu, kde se jim nedostane adekvátní zdravotní péče, nelze

³⁴ Uvedený názor považuje autor tohoto textu za naprosto zásadní a společně s některými další autory jej zcela sdílí (srov. například KOPA, M. Zdravotnický non-refoulement v pohybu [online]. *Jiné právo*, 2016 [cit. 21. 4. 2017]. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.cz/2016/12/zdravotnický-non-refoulement-v-pohybu.html>).

³⁵ Srov. dále například rozsudky NSS ze dne 22. 7. 2010, č. j. 6 Azs 14/2010-112, ze dne 25. 8. 2011, č. j. 4 Azs 7/2011-117, ze dne 4. 7. 2013, č. j. 7 Azs 9/2013-42, ze dne 9. 4. 2014, č. j. 6 Azs 35/2014-19, a ze dne 24. 9. 2014, č. j. 6 Azs 25/2014-26, či usnesení NSS ze dne 23. 12. 2011, č. j. 7 Azs 17/2011-122, a ze dne 24. 9. 2012, č. j. 8 Azs 3/2012-70.

³⁶ Rozsudek Soudního dvora ve věci *M'Bodj*, § 43.

zahrnout ani pod důvod udělení doplňkové ochrany dle § 14a odst. 1 písm. d) zákona o azylu, tedy pro rozpor vycestování cizince s mezinárodními závazky České republiky, a to ať již v kontextu čl. 3 nebo čl. 8 EÚLP. Jednalo by se totiž právě o onu „příznivější úpravu“, jejíž přijetí Soudní dvůr výslovně pro případy vážně nemocných cizinců vyloučil, a nezbývá tedy než zvolit ve vztahu k § 14a odst. 1 písm. d) zákona o azylu eurokonformní výklad.

Zdá se však, že NSS tento pohled nesdílí, neboť v rozsudku ze dne 12. 3. 2015, č. j. 5 Azs 50/2015-46, konstatoval, že „[d]o úvahy by tedy při zohlednění uvedeného judikátu Soudního dvora EU připadalo pouze udělení doplňkové ochrany dle § 14a odst. 1 a 2 písm. d) zákona o azylu, kterou ČR zavedla nad rámec a zároveň v rozporu s kvalifikační směrnicí, nicméně k tomuto rozporu nemohou soudy přiblížit v neprospěch žadatele o udělení mezinárodní ochrany.“

Jde o poměrně svérázný – byť lidsky pochopitelný – přístup, neboť NSS jinými slovy vlastně ignoruje výslovný zákaz Soudního dvora s tím, že přijetí (zakázané) příznivější úpravy, resp. jejího výkladu, nelze klást k cizincově tíži. Citovaný závěr (přínejmenším takto explicitně formulovaný) je však v judikatuře NSS doposud ojedinělý a bude otázkou dalšího vývoje rozhodovací praxe, kam se bude dále ubírat.

Rozsudek Soudního dvora ve věci *M'Bodj* přitom každopádně nevylučuje udělení jiného druhu ochrany vážně nemocným cizincům. V kontextu českého azylového práva přichází v úvahu typicky udělení tzv. humanitárního azylu dle § 14 zákona o azylu, který český zákonodárce do uvedeného zákona zakotvil nad rámec kvalifikační směrnice [podobně jako již zmíněný § 14a odst. 2 písm. d) tohoto zákona]. Ostatně NSS již ve své rané azylové judikatuře dovodil, že mezi typické případy pro udělení humanitárního azylu je možno mimo jiné „zařadit například udělování humanitárního azylu osobám zvláště těžce postiženým či zvláště těžce nemocným“³⁷.

V rozsudku ze dne 16. 4. 2015, č. j. 5 Azs 157/2014-54, pak NSS v návaznosti na rozsudek Soudního dvora ve věci *M'Bodj* uvedl, že tento rozsudek sice „částečně koriguje implicitní závěry plynoucí z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 10. 2009, č. j. 6 Azs 34/2009-89, ve vztahu k možnosti podřazení nepříznivého zdravotního stavu pod ‚vážnou újmu‘ ve smyslu poskytování doplňkové ochrany, potvrzuje však důraz na dodržení závazku plynoucího z čl. 3 [EÚLP] a případnou možnost členských států Evropské unie uvedenou okolnost zahrnout pod důvody udělení humanitárního azylu. Přestože je tedy případné udělení humanitárního azylu otázkou správního uvážení žalovaného, je s ohledem na nutnost dodržení mezinárodních závazků na něm, aby se zabýval také tím, zda jsou u stěžovatele splněny důvody pro aplikaci zásady non-refoulement, popřípadě otázkou, zda ve vnitrostátním právu České republiky jsou dostupné jiné efektivní prostředky, které v případě neudělení humanitárního azylu stěžovateli zajistí posouzení jeho zdravotního stavu podle čl. 3 [EÚLP].“

Možnost udělení humanitárního azylu dle § 14 zákona o azylu je však minimálně z hlediska procesních záruk pro vážně nemocné cizince jen poměrně slabou útěchou, neboť

³⁷ Rozsudek NSS ze dne 11. 3. 2004, č. j. 2 Azs 8/2004-55.

udělení této formy ochrany podléhá správnímu uvážení, jehož soudní přezkum je omezen pouze na případné excesy v podobě porušení zákazu aplikační libovůle správního orgánu.³⁸

Na straně druhé Soudní dvůr vážně nemocné cizince úplně „nehází přes palubu“, neboť jak dovodil v rozsudku ve věci *Abdida*, tyto případy lze vztáhnout pod ochranná křídla návratové směrnice. Soudní dvůr v návaznosti na rozsudek ESLP ve věci *N. v. Spojené království* konstatoval, že ve výjimečných případech, kdy by se zdravotní stav vážně nemocného cizince v případě návratu do země původu závažným způsobem a nevratně zhoršil a jeho vyhoštění by proto představovalo porušení zásady nenavracení dle čl. 19 odst. 2 Listiny základních práv Evropské unie (dále jen „Listina práv EU“), členské státy nemohou přikročit k vyhoštění cizince dle čl. 5 návratové směrnice. Procesní ochranu cizince v takovýchto případech pak zajišťuje přiznání odkladného účinku opravného prostředku proti rozhodnutí o navrácení. Po dobu, kdy má členský stát povinnost odložit výkon rozhodnutí o navrácení, pak také musí cizinci zajistit neodkladnou zdravotní péči a základní léčbu ve smyslu čl. 14 odst. 1 písm. b) návratové směrnice.

Rozsudek Soudního dvora ve věci *Abdida* tak velmi názorně demonstruje jeden z dílčích rozdílů mezi doplňkovou ochranou a důvody znemožňujícími vycestování, resp. standardy ochrany, jež tyto instituty poskytují. Úroveň poskytované zdravotní péče se totiž v případě recipientů doplňkové ochrany a cizinců na území pouze trpěných dramaticky liší, neboť zatímco druzí uvedení mají dle názoru Soudního dvora nárok toliko na neodkladnou zdravotní péči a základní léčbu, cizinci, jimž byla udělena doplňková ochrana, se pro účely poskytování zdravotních služeb a zaměstnanosti považují za osoby s trvalým pobytem³⁹ a jsou tedy účastní v systému veřejného zdravotního pojištění.⁴⁰ Rozsah zdravotní péče poskytovaný recipientům doplňkové ochrany je tudíž totožný jako v případě českých občanů.

Pro úplnost lze uvést, že NSS ne vždy rozsudky Soudního dvora ve věcech *M'Bodj* a *Abdida* ve své judikatuře vůbec (výslovně či implicitně) reflektoval⁴¹. Příkladem lze poukázat na usnesení NSS ze dne 30. 7. 2015, č. j. 4 Azs 105/2015-22, a ze dne 19. 5. 2016, č. j. 5 Azs 32/2016-29, v nichž NSS v obecné rovině stále připouštěl možnost udělení doplňkové ochrany v případech vážně nemocných cizinců dle § 14a odst. 2 písm. b) zákona o azylu. Rozsudek Soudního dvora ve věci *Abdida* pak NSS doposud výslovně zmínil

³⁸ Ibidem.

³⁹ § 53c zákona o azylu.

⁴⁰ § 2 odst. 1 písm. a) zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů.

⁴¹ Na rozdíl od nyní shora citovaných rozsudků č. j. 5 Azs 50/2015-46 a č. j. 5 Azs 157/2014-54, v nichž se naopak NSS vůči těmto rozhodnutím Soudního dvora výslovně vymezil nebo s nimi alespoň ve svých úvahách pracoval.

pouze v usnesení ze dne 11. 12. 2015, č. j. 5 Azs 134/201448, avšak nečiní v této souvislosti žádné konkrétnější závěry.

2.4 Peripetie – změna kurzu

Přísná linie judikatury ESLP však poměrně záhy dostala určitou trhlinu. ESLP totiž v rozsudku ve věci *Aswat v. Spojené království*⁴² opustil metodu „poměrování“ újmy hrozící jednotlivci na straně jedné a zatížení státu na straně druhé. V implicitní shodě s disentujícími soudci ve věci *N. v. Spojené království* zde totiž ESLP jednomyslně dovodil porušení absolutního zákazu obsaženého v čl. 3 EÚLP v případě cizince neznámé státní příslušnosti stíženého paranoidní schizofrenií, jemuž hrozila extradice do USA za účelem trestního stíhání; dle názoru ESLP nebylo postaveno najisto, že by se mu zde v průběhu trestního řízení (či po jeho případném odsouzení⁴³) dostalo adekvátní péče.

Rozhodnutí ESLP ve věci *Aswat v. Spojené království* však nenašlo v následné judikatuře přílišnou odezvu a představuje tak – až do relativně nedávné doby – vlastně jen osamocenou odchylku od jinak pevně stanoveného kurzu.⁴⁴ Pro úplnost je ovšem nutno uvést, že na rozdíl od rozsudku ve věci *N. v. Spojené království* byl případ stěžovatele ve věci *Aswat v. Spojené království* odlišný především tím, že stěžovatel měl být v extradičním řízení vydán k trestnímu stíhání a případnému uvěznění, tedy fakticky přímo do rukou státní moci. Tato skutková odlišnost do jisté míry může jiný přístup ESLP opodstatňovat.

V prosinci roku 2016 se však kormidla opět chopil velký senát ESLP, který v rozsudku ve věci *Paposhvili v. Belgie* dřívější přísnou judikatorní linii poněkud přehodnotil a na rozdíl od věci *Aswat v. Spojené království*, v němž ESLP rozpornou prejudikaturu prakticky pouze ignoroval, tak nyní učinil výslovně (v posuzované věci se jednalo o Gruzínce trpícího tuberkulózou, žloutenkou typu C a chronickou lymfatickou leukémií, který byl v Belgii opakovaně odsouzen za krádeže a loupež, a neuspěl proto jak s žádostí o mezinárodní ochranu, tak ani s žádostí o strpění; v případě jeho návratu do země původu přitom hrozilo, že se mu nedostane potřebné zdravotní péče).

⁴² Rozsudek ESLP ze dne 16. 4. 2013, *Aswat v. Spojené království*, stížnost č. 17299/12.

⁴³ Stěžovateli v případě odsouzení hrozilo umístění ve věznici ADX Florence, což je vězeňské zařízení s nejvyšší možnou ostrahou a s jedněmi z nejtvrdějších vězeňských podmínek ve Spojených státech (viz např. BINELLI, M. Inside America's Toughest Federal Prison [online]. *New York Times*, 26. 3. 2015 [cit. 25. 4. 2017]. Dostupné z: https://www.nytimes.com/2015/03/29/magazine/inside-americas-toughest-federal-prison.html?_r=0); na straně druhé pro zajímavost uvedme, že ESLP v jiné věci samotné podmínky ve věznici ADX Florence v rozporu s čl. 3 EÚLP neshledal (rozsudek ESLP ze dne 10. 4. 2012, *Babar Ahmad a další v. Spojené království*, stížnosti č. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 a 67354/09).

⁴⁴ Prakticky jediný osamocený poukaz na tento rozsudek nalezneme v odlišném stanovisku soudce de Gaetana k rozsudku ESLP ze dne 26. 2. 2015, *M. T. v. Švédsko*, stížnost č. 1412/12. V citovaném rozhodnutí majorita neshledala porušení čl. 3 EÚLP v případě vyhoštění Kyrgyze vyžadujícího v důsledku onemocnění ledvin pravidelnou dialýzu krve (několikrát do týdne), a to aniž bylo postaveno najisto, že se mu této léčby dostane ihned po návratu do Kyrgyzstánu.

ESLP předně konstatoval, že ochrana dle čl. 3 EÚLP se v případech vážně nemocných cizinců od doby přijetí rozsudku ve věci *N. v. Spojené království* v praxi omezovala pouze na osoby blízko smrti. S poukazem na relevantní precedenci⁴⁵ však ESLP v obecné rovině dále zdůraznil, že ustanovení EÚLP musí být vykládána tak, aby zajišťovala skutečnou a efektivní ochranu práv v EÚLP obsažených a nikoli ochranu pouze teoretickou a ilusorní.

ESLP proto pojal danou problematiku zcela odlišně. Na jedné straně uznal, že „*v případech týkajících se vyhoštění vážně nemocných osob není spouštěčem nelidského a ponižujícího zacházení, z něhož vyvívá odpovědnost navracejícího státu podle čl. 3 [EÚLP], nedostatek zdravotnické infrastruktury ve státě přijímacím. Stejně tak nejde o problém povinnosti navracejícího státu zmírňovat nerovnosti mezi úrovněmi systémů zdravotní péče a úrovněmi možné léčby skrze poskytování bezplatné a neomezené lékařské péče cizincům, kteří na jeho území pobývají neoprávněně.*“ Na straně druhé však ESLP dovodil, že „*[o]dpovědnost navracejícího státu v tomto typu případů je dle [EÚLP] dána tehdy, dopustí-li se jednání – v daném případě vyhoštění – vedoucího k tomu, že by jednotlivec byl vystaven zacházení zakázanému čl. 3 [EÚLP].*“ ESLP neposuzoval, zda by stěžovatel takového zacházení vskutku byl v Gruzii vystaven, avšak vzhledem k tomu, že se existencí takového rizika nezabývaly ani samotné belgické orgány, uzavřel, že v daném případě k porušení čl. 3 EÚLP došlo.

Tento takřka „kopernikovský“ judikatorní obrat fakticky zcela popřel dřívější přístup v podobě vyvažování mezi zásahem do práv jednotlivce a možnostmi vyhošťujícího státu a navrátil zákaz obsažený v čl. 3 EÚLP v souladu s dřívější judikaturou opět absolutní povahu⁴⁶.

K dosažení vysokého prahu potřebného k aktivaci čl. 3 EÚLP by pak dle ESLP vedly situace, v nichž by cizinec (aniž by byl vystaven bezprostřednímu ohrožení života) v důsledku absence zdravotní péče čelil riziku vážného, rychlého a nezvratného zhoršení zdravotního stavu vedoucímu k intenzivnímu utrpení či významnému zkrácení délky života. ESLP přitom v této souvislosti stanovil základní kritéria, která je nutno při posuzování aktivace čl. 3 EÚLP vzít v potaz. Navracející stát tak musí konkrétně:

1. ověřit, zda zdravotní péče dostupná v zemi původu cizince je dostatečná a vhodná ve vztahu k cizincovu onemocnění a zda zabrání tomu, aby byl vystaven zacházení rozporným s čl. 3 EÚLP (uvedenému výše),
2. zvážit, do jaké míry bude mít cizinec k takové péči skutečně přístup, a zvážit náklady na zdravotní péči, jakož existenci sociálních a rodinných vztahů cizince, popřípadě též vzdálenost, kterou by cizinec musel pro získání zdravotní péče překonat.

⁴⁵ Mezi jinými například již shora citovaný rozsudek ESLP ve věci *Airey v. Irsko*.

⁴⁶ Srov. například rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 28. 2. 2008, *Saadi v. Itálie*, stížnost č. 37201/06, Reports 2008.

Tato kritéria ovšem nepředstavují závaží na misce vah oproti zátěži vyhošťujícího státu, nýbrž slouží pouze coby určitý algoritmus k posouzení intenzity zásahu, jemuž by byl případně cizinec po návratu do země původu vystaven.

Nelze taktéž přehlédnout, že ESLP ve věci *Paposhvili v. Belgie* shledal též porušení čl. 8 EÚLP, ačkoli i v této souvislosti byl dříve velmi striktní.⁴⁷ V návaznosti na shora uvedené závěry ve vztahu k čl. 3 EÚLP však ESLP v této věci dovodil, že jelikož se belgické orgány nezabývaly možným dopadem vyhoštění stěžovatele do jeho rodinného života, došlo též k porušení čl. 8 EÚLP. Měly totiž z pohledu posledně citovaného ustanovení povinnost posoudit, zda bylo možné rozumně očekávat, že by se stěžovatelova rodina přesunula spolu s ním do Gruzie, či zda respekt k jeho rodinnému životu vyžadoval, aby mu bylo umožněno setrvat v Belgii po dobu, která mu do konce života zbývala⁴⁸.

2.5 Katastrofa/katarze – co dál?

Ve světle rozsudku ESLP ve věci *Paposhvili v. Belgie* se nabízí otázka, zda i nadále obtojí shora uvedená (přísně formulovaná) judikatura Soudního dvora ve vztahu k aplikovatelnosti institutu doplňkové ochrany v případech vážně nemocných cizinců. Vzhledem k tomu, že ESLP pro tyto případy slevil z nároků na aktivaci čl. 3 EÚLP, neboť nadále pro ni postačuje „pouze“ dostatečná intenzita zásahu nezatížená dalšími kritérii (práve dříve požadovaná – naprostá – výjimečnost cizincovy situace byla jedním ze základních východisek, na nichž Soudní dvůr svůj závěr o neaplikovatelnosti doplňkové ochrany vystavěl), je teoreticky možné, že svůj postoj v budoucnu přehodnotí.

Doposud jedinou výslovnou reakcí Soudního dvora na uvedenou změnu kurzu judikatury ESLP je rozsudek ve věci *C. K. a další*⁴⁹. V něm Soudní dvůr v souvislosti s tzv. dublinskými transfery dle nařízení Dublin III⁵⁰ dovodil, že i přes neexistenci závažných důvodů domnívat se, že ve státě příslušném k projednání žádosti cizince o mezinárodní ochranu dochází k systémovým nedostatkům tohoto řízení dle čl. 3 odst. 2 nařízení Dublin III, nelze k transferu přistoupit, existuje-li riziko, že dotyčná osoba bude vystavena nelidskému či ponižujícímu zacházení ve smyslu čl. 4 Listiny práv EU⁵¹. Uvedené riziko je přitom dle Soudního dvora dáno za situace, „kdy by přemístění žadatele o azyl, který trpí

47 Srov. shora citovaný rozsudek ESLP ve věci *Bensaid v. Spojené království*.

48 V době rozhodování ESLP byl stěžovatel již po smrti.

49 Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 16. 2. 2017, *C. K. a další*, C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127.

50 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 604/2013 ze dne 26. června 2013, kterým se stanoví kritéria a postupy pro určení členského státu příslušného k posuzování žádosti o mezinárodní ochranu podané státním příslušníkem třetí země nebo osobou bez státní příslušnosti v některém z členských států.

51 Soudní dvůr již dříve konstatoval, že při výkladu tohoto ustanovení je nutno přihlídnout judikatuře ESLP ve vztahu k čl. 3 EÚLP (srov. rozsudek velkého senátu Soudního dvora ze dne 21. 12. 2011, *N. S. a další*, spojené věci C-411/10 a C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865).

obzvláště závažným duševním nebo fyzickým onemocněním, s sebou neslo skutečné a prokázané riziko značného a nevratného zhoršení jeho zdravotního stavu“. V takových případech má členský stát povinnost odložit výkon přemístění cizince do doby, než bude k němu způsobit, a zjistí-li, že se jeho zdravotní stav „*v krátké době nezlepší nebo že odklad řízení po dlouhou dobu může zhoršit stav dotyčné osoby, může se dožadující členský stát rozhodnout, že žádost přezkoumá sám, přičemž uplatní diskreční ustanovení*“ stanovené v čl. 17 odst. 1 nařízení Dublin III.“

Jakkoli citovaný rozsudek Soudního dvora nemodifikuje jeho dosavadní judikaturu ve vztahu k možnosti udělení doplňkové ochrany a důvodům znemožňujícím vycestování v případech vážně nemocných cizinců přímo, samo konstatování, že riziko značného a nevratného zhoršení zdravotního stavu cizince v případě přesunu do země s nižší úrovní zdravotní péče představuje porušení zákazu nelidského a ponižujícího zacházení, lze považovat za významný názorový posun. Závěr Soudního dvora ve věci *M'Bodj*, dle něhož navrácení vážně nemocného cizince do země, kde mu nebude poskytnuta adekvátní péče, nepředstavuje vážnou újmu [spočívající v nelidském a ponižujícím zacházení dle čl. 15 písm. b) kvalifikační směrnice, který dle Soudního dvora – jak shora uvedeno – obsahově odpovídá čl. 3 EÚLP a tudíž i čl. 4 Listiny práv EU] totiž ve světle uvedeného ztrácí přinejmenším na přesvědčivosti.

NSS doposud rozsudek Soudního dvora ve věci *C. K. a další* reflektoval pouze v jediném rozhodnutí.⁵² Nezabýval se však zdravotním stavem cizince, nýbrž pouze v obecné rovině dovedl povinnost pozastavit dublinský transfer v situaci, kdy by hrozilo porušení čl. 4 Listiny práv EU, aniž by zároveň byly dány důvody domnívat se, že v zemi příslušné rozhodnout o cizincově žádosti o mezinárodní ochranu dochází k systematickým nedostatkům azylového řízení. Na to, jakým způsobem NSS rozsudek Soudního dvora ve věci *C. K. a další* uchopí v případech vážně nemocných cizinců, si tak teprve budeme muset počkat.

Závěr

Je nesporné, že základem veškerých úvah týkajících se vyhošťování cizinců, případně udělení některého druhu ochrany musí být vždy a za všech okolností zásada nenavrácení (*non-refoulement*) ve smyslu čl. 33 Úmluvy o právním postavení uprchlíků tvořící samu podstatu azylového práva; tato zásada přitom vyplývá též z čl. 3 EÚLP, a to v důsledku relevantní judikatury ESLP. Při čtení rozsudku ESLP ve věci *N. v. Spojené království* se však nelze ubránit dojmu, že tento soud více než důslednému trvání na uvedené zásadě dal přednost spíše diplomatické opatrnosti ve vztahu k členským státům Rady Evropy, na něž evidentně nechtěl svým precedenčním zásahem uložit „*přílišnou zátěž*“. Nastavil proto v případech vážně nemocných cizinců extrémně vysoký práh pro aktivaci čl. 3 EÚLP a po relativně dlouhou dobu se zdálo, že tento stav všem vyhovuje. Ostatně

⁵² Rozsudek NSS ze dne 28. 3. 2017, čj. 6 Azs 16/2017-61.

ani NSS ve své judikatuře nikterak nenaznačil, že by s takto nastaveným prahem měl jakýkoli problém, a na rozsudek ESLP ve věci *N. v. Spojené království* hojně odkazoval.

Jen těžko s jistotou říci, jaké důvody jej k tomu doopravdy vedly, avšak nakonec i sám ESLP uznal, že takový přístup k reálné a efektivní ochraně cizinců nevede a ze svých – zprvu velmi vysokých – nároků pro aktivaci čl. 3 EÚLP rozsudkem ve věci *Paposhvili v. Belgie* slevil. Nadále tak čl. 3 EÚLP neposkytuje ochranu jen v tzv. humanitárních případech, nýbrž vždy, kdy by měl být (vázně nemocný) cizinec v důsledku vyhoštění vystaven nelidskému nebo ponižujícímu zacházení o téže intenzitě, jakou ESLP ve své judikatuře dovedl pro prakticky všechny ostatní typy případů. Nenechme se ovšem zmást, protože i tento „nově“ nastavený práh je stále poměrně vysoko.

Samotná zásada non-refoulement však řeší v podstatě jen fyzické nenavrácení cizince do země původu. Neříká ovšem už nic konkrétnějšího o tom, jaký standard ochrany mu v hostitelské zemi má být poskytnut. Na tuto otázku podávají určitou odpověď shora uvedené rozsudky Soudního dvora ve věcech *M'Bodj a Abdida*, které ovšem vážně nemocným cizincům zajišťují ochranu fakticky pouze v podobě strpení na území hostitelského státu a poskytnutí toliko neodkladné a základní zdravotní péče; vylučují totiž, aby v takových případech členské státy Evropské unie udělovaly doplňkovou ochranu dle čl. 15 kvalifikační směrnice.

NSS se však judikatury Soudního dvora chopil poněkud „odbojářsky“ a dovedl, že uvedený zákaz Soudního dvora lze vztáhnout jen na udělení doplňkové ochrany z důvodu hrozby vážné újmy dle § 14a odst. 2 písm. b) zákona o azylu, neboť přijetí příznivější úpravy v podobě písm. d) posledně citovaného ustanovení nelze klást cizincům k tíži. Jakkoli jde o postup lidsky snad i sympatický, z pohledu právního představuje poměrně velké riziko zneužití, neboť podobným způsobem lze zdůvodnit prakticky jakoukoli příznivější úpravu či její výklad, které unijní právo vylučuje (vždy lze totiž argumentovat, že pochybení členského státu nelze klást k tíži jednotlivcům, kteří z takového pochybení trpí). Zároveň je ale vhodné dodat, že tento přístup je v judikatuře NSS doposud spíše ojedinělý a není zřejmé, jakým způsobem tento soud daný problém nadále uchopí.

Ve světle posunu judikatury ESLP se tak z pohledu vážně nemocných cizinců žádajících o mezinárodní ochranu jeví možná nadějnější vyčkat, zda Soudní dvůr nepřehodnotí svůj postoj ve vztahu k možnosti udělení doplňkové ochrany. Jejich potíže s (omezeným) přístupem ke zdravotní péči v hostitelské zemi by to totiž vyřešilo s konečnou platností. Rozsudek Soudního dvora ve věci *C. K. a další* je v této souvislosti možná první vlaštovkou.

Povinnosti správních orgánů ve vztahu k procesním právům účastníků správního řízení v procesu dokazování

Obligations of the Administrative Authorities in Relation to the Procedural Rights of Parties to the Administrative Procedure in the Process of Evidence

Alena Kliková*

Abstrakt

Předkládaná stat¹ je věnována problematice povinností správních orgánů v procesu správního dokazování a jejich návaznosti na procesní práva účastníků správního řízení v rámci dokazování. Zabývá se otázkami vztahu porušení povinností správních orgánů a omezení procesních práv účastníků. Jednotlivé povinnosti správních orgánů budou vysvětleny a vymezeny jak z pohledu správního orgánu, tak ve vztahu k procesním právům účastníka. Řešena je také otázka, zda jednotlivé povinnosti správního orgánu v procesu dokazování vytváří s procesními právy účastníka určité dvojice, které musí spolu plně korespondovat, nebo zda mohou působit samostatně. Pozornost je zaměřena rovněž ze shora uvedených úhlů pohledu také na aktuální otázky vztahující se k institutu dokazování ve správním řízení. Vedle správněprávního přístupu bude zčásti uplatněn také přístup správněvědní, zaměřený na efektivnost příslušné právní úpravy, resp. její působení v praxi správních orgánů.

Klíčová slova

Správní řád; správní řízení; práva účastníků; povinnosti správních orgánů; dokazování.

Abstract

The present paper deals with issues related to the obligations of the administrative bodies in the process of administrative evidence and their relation to the procedural rights of the participants in the administrative proceedings within evidence. It deals with relation of the breach of obligations of the administrative bodies and limitation of the procedural rights of the participants. Individual obligations of the administrative bodies are explained and defined both from the point of view of the administrative body and in relation to the procedural rights of the participant. Attention is also focused on the questions whether the individual duties of an administrative body in the evidence process create certain pairs that must fully correspond with the procedural rights of the participant or whether these institutions can exist separately. The contribution seeks to provide answers to a number of questions that may arise in connection with these duties and rights. It focuses on current legal issues related to evidencing in the administrative procedure, precisely in connection with the procedural rights of the participants and the corresponding duties of the administrative authorities.

* JUDr. Alena Kliková, Ph.D., Katedra správní vědy a správního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Administrative Studies and Administrative Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: alena.klikova@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-1233-9170

¹ Tento článek byl vypracován v rámci projektu Grantové agentury České republiky č. GA13-30730S „Prostředky ochrany subjektivních práv ve veřejné správě, jejich systém a efektivnost“.

Keywords

Administrative Procedure; Administrative Procedure; Rights of Participants; Obligations of Administrative Bodies; Evidence.

Úvod

Předkládaný článek si klade za cíl vymezit a zhodnotit zákonem stanovené povinnosti správních orgánů vůči účastníkům, a to v procesu dokazování ve správním řízení. Jednotlivé povinnosti správních orgánů korespondují s právy účastníků, která nesmí být v rámci správního řízení porušována. Bude učiněn pokus analyticky zhodnotit efektivnost jednotlivých zákonných povinností správních orgánů spojených s dokazováním při uplatňování a ochraně veřejných subjektivních práv jednotlivých účastníků správního řízení. Příspěvek neposkytuje komplexní pojednání o problematice, resp. procesu dokazování, ale je zaměřen na fázi pořizování a provádění důkazů. V úvodní části je věnována pozornost obecným východiskům a podstatě jednotlivých povinností správních orgánů v průběhu dokazování. Dále jsou zkoumány vybrané povinnosti správních orgánů ve fázi dokazování, a souběžně též korespondující vybraná práva účastníků řízení, a to s využitím aktuální relevantní judikatury.

1 Obecná východiska

V obecnější rovině bychom problematiku ochrany práv účastníků v rámci činností v průběhu opatrování podkladů pro vydání rozhodnutí a procesu dokazování mohli označit jako jeden ze základních principů zajišťující dobrou správu. Ochrana práv účastníků v průběhu správního řízení (a to ve všech jeho fázích) by měla být v první řadě vždy zajišťována ze strany správních orgánů, a to nejenom z pohledu možného zásahu ze strany rozhodujícího správního orgánu, ale i v případě, kdy k zásahům do práv dochází ze strany ostatních účastníků správního řízení či ze strany jiných dotčených subjektů.

Jak bylo naznačeno, k zásahům do práv účastníků může docházet nejenom samotným porušením pravidel správního řízení správními orgány (konkrétně oprávněnými úředními osobami), ale i zneužíváním práv jiným účastníkem daného řízení. Jak uvedl již anglický filozof John Stuart Mill „*Svoboda jednoho končí tam, kde začíná svoboda druhého.*“ Což lze vztáhnout i na současnost a samozřejmě lze tento známý citát použít i pro omezení zneužívání práv jedním účastníkem správního řízení na úkor druhého účastníka. Z tohoto důvodu existují pro uplatňování práv jednotlivými účastníky i určitá omezení. Limity uplatňování subjektivních práv účastníků jsou založeny zákonem (ve formě úpravy omezení, zákazů či způsobů uplatňování jejich práv). Kromě toho jsou buď výslovně upraveny, nebo alespoň uznávány i další obsahové, materiální korektivy práv a svobod, za které se obecně považuje veřejný pořádek, veřejná bezpečnost, dobré mravy, aj. Jak

uvádí P. Svoboda, jedná se o ústavně chráněné hodnoty, v jejichž prospěch ústavní pořádek ČR výslovně nebo mlčky dovoluje omezovat základní práva.²

Konkrétní správní činnosti nemůže vykonávat správní orgán samostatně, ale tyto činnosti jsou vykonávány konkrétními osobami – úředníky, kteří jsou zaměstnanci veřejného sektoru. V tomto případě hovoříme o osobní, resp. osobnostním základu veřejné správy. Stejně tak povinnosti správních orgánů jsou konkrétně aplikovány vždy konkrétními lidmi. Jak uvádí správní řád v ustanovení § 15 odst. 2, každé řízení vede tzv. oprávněná úřední osoba, která vykonává jednotlivé úkony. Z toho jednoznačně vyplývá, že při činnosti správních orgánů hraje důležitou roli i lidský faktor, nejenom konkrétní nastavení povinností či práv zákonem. Zákon nastavuje taktéž i ochranu práv účastníků v případě podjatosti konkrétního úředníka rozhodujícího ve věci.

1.1 Vývoj úpravy dokazování a podkladů pro vydání rozhodnutí

Samotný proces dokazování je možné považovat za jednu z nejtěžejnějších fází správního řízení. Legální definice pojmu dokazování v zákoně není obsažena, ale procesní kodex (správní řád) nastavuje určitá pravidla pro dokazování. Obecně lze pod pojmem dokazování rozumět proces získávání poznatků podstatných k posouzení projednávané věci. Jedná se o proces zjišťování pravdy v projednávané věci. Je nutné si uvědomit, že výsledkem dokazování není a ani nemůže být zjištění absolutní pravdivosti (či nepravdivosti) daných skutečností. Povinnost správního orgánu zjišťovat stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti (srov. ustanovení § 3 správního řádu), je promítnutím zásady materiální pravdy, tedy zásady vztahující se k určení rozsahu (a způsobu), v jakém (a jakým) správní orgán zjišťuje skutečnosti, které jsou nutné pro provedení úkonu v určité věci, nejčastěji pro vydání rozhodnutí³. Lze tedy hovořit o způsobu poznání skutečnosti, nebo-li zjišťování pravdy.⁴ Jak uvádí P. Svoboda, jedná se o postup orgánů při zjišťování a hodnocení informací o skutečném stavu věci. Při tomto procesu orgán veřejné správy získává informace (poznatky) o skutečnostech významných pro rozhodování nebo jeho výkon z určitých pramenů či zdrojů informací.⁵ V teoretické rovině vymezuje dokazování např. V. Knapp, který člení teorie dokazování na logickou a procesně právní, kdy teorie logická je základem procesně právní teorie dokazování.⁶

2 SVOBODA, P. *Ústavní základy správního řízení v České republice. Právo na spravedlivý proces a České správní řízení*. Praha: Linde Praha, a. s., 2007, s. 56.

3 VEDRAL, J. *Správní řád komentář*. 2. vyd. Praha: Bova polygon, 2012, s. 111.

4 KLIKOVÁ, Alena, Petr HAVLAN, Marek CHADIMA, Jana JURNÍKOVÁ, Stanislav KADEČKA, Petr PRŮCHA, Stanislav SEDLÁČEK, Soňa SKULOVÁ a Jiří VENCÍLÍČEK. *Správní řád*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, 652 s., s. 199. Meritum. ISBN 978-80-7478-943-4.

5 SVOBODA, P. *Ústavní základy správního řízení v České republice. Právo na spravedlivý proces a České správní řízení*. Praha: Linde Praha, a. s., 2007, s. 341.

6 Viz KNAPP, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C. H. BECK, 1995, s. 175.

Správní řád jako základní kodex správního procesu všeobecně vymezuje pravidla procesu dokazování a pořizování podkladů pro vydání rozhodnutí a dále jednotlivých typů podkladů pro vydání rozhodnutí. Zakotvení konkrétních pravidel pro správní proces, včetně pravidel pro dokazování poprvé pro tehdejší Československo obsahuje první kodex správního řízení (vládní nařízení č. 8/1928 Sb., o řízení ve věcech náležejících do působnosti politických úřadů (správní řízení, který upravoval otázky dokazování jako tzv. důkazní řízení v § 48–65. Tato ustanovení obsahovala jak obecná pravidla, tj. pořizování důkazů, charakteristika důkazů a práva a povinnosti účastníků ve vztahu k dokazování. Dále upravovala problematiku vybraných typů důkazů (listinou, svědeckou výpovědí, znalci, ohledání, osvědčení).

Další vládní nařízení č. 20/1955 Sb., o řízení ve věcech správních (správní řád), kterým bylo výše uvedené vládní nařízení nahrazeno, upravovalo problematiku dokazování pouze stručně, a to v § 20. I v tomto vládním nařízení byla stručně zmíněna vybraná práva účastníků v rámci dokazování⁷.

V roce 1960 bylo vydáno další vládní nařízení č. 91/1960 Sb., o správním řízení, které dokazování neupravovalo vůbec, pouze v ustanovení § 8–9 je zakotvena problematika podkladů pro vydání rozhodnutí.

Správní řád č. 71/1967 Sb., který předcházel současnému správnímu řádu, opět problematiku dokazování obsahoval, a to v ustanovení § 32–40. Upravuje jak jednotlivé typy vybraných důkazů, tak proces dokazování a práva účastníků v rámci dokazování.

V současné době je kodexem správního procesu zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, který proces dokazování a podkladů pro vydání rozhodnutí upravuje v § 50–57. Správní řád zakotvuje podklady pro vydání rozhodnutí v ustanovení § 50 a dokazování v ustanovení § 51–57. Jednotlivá ustanovení pak obsahují nejenom úpravu konkrétního institutu, ale i souvisejících práv či povinností účastníků správního řízení.

Pro zjištění skutečného stavu věci slouží nejenom důkazy, ale i podklady pro vydání rozhodnutí. Rozdíl mezi podkladem pro vydání rozhodnutí a důkazem můžeme vymezit např. jazykovým výkladem daného zákonného ustanovení. Dle správního řádu jsou podklady pro vydání rozhodnutí vyjmenovány příkladmo, a to takto: „*Podklady pro vydání rozhodnutí mohou být zejména návrhy účastníků, důkazy, skutečnosti známe správnímu orgánu z úřední činnosti, podklady od jiných správních orgánů nebo orgánů veřejné moci, jakož i skutečnosti obecně známé.*“ Z jazykového výkladu tak lze usuzovat, že podklady pro vydání rozhodnutí zahrnují širší škálu než důkazy. Mezi důkazy nejsou např. zařazeny i skutečnosti známé správnímu orgánu z jeho úřední činnosti, či skutečnosti obecně známé, které není třeba

⁷ § 20 odst. 2 věta první „Účastníci řízení mají navrhnout důkazní prostředky, které mají dokázat pravdivost jejich tvrzení.“ Správní orgán je však povinen provést všechny důkazy, které mohou přispět k úplnému objasnění věci, i když je nenavrhli žádní účastníci.

dokazovat. Jak uvádí rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 33/2011-58 ze dne 12. 4. 2011 „skutečnosti obecně známé (tzv. notoriety) obdobně jako skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti (§ 50 odst. 1 správního řádu) jsou objektivizované, do značné míry nesporné skutečnosti, které se v soudním či správním řízení zásadně nedokazují.“⁸ Důkaz oproti podkladům pro vydání rozhodnutí lze tedy označit za pojem užší. Lze také uvést, že důkazy jsou jedním z podkladů pro vydání správního rozhodnutí. K provedení dokazování pak je možné užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy (zásada legality). Z toho vyplývá, že pro to, aby se určitá forma mohla považovat za důkaz, musí být splněny dvě podmínky. První je, že jsou vhodné ke zjištění stavu věci a druhou podmínkou je, že je prostředek získán v souladu se zákonem.⁹

Proces dokazování je možné z pohledu práv jednotlivých účastníků rozdělit na fázi před zahájením dokazování, tj. při pořizování důkazů a jiných podkladů pro vydání rozhodnutí a dále na fázi samotného dokazování. Dále lze také hovořit o skupině práv účastníků, které se uplatňují v celém procesu správního řízení. S některými právy účastníka pak zároveň koresponduje povinnost správního orgánu ve vztahu k zajištění řádného uplatnění procesních práv účastníků.

2 Právo na spravedlivý proces ve správním řízení

Zakotvení povinností správních orgánů by mělo ve vztahu k účastníkům řízení zajistit ochranu jejich práv v řízení. Základ úpravy povinností správních orgánů představuje ústavní princip legality. Jak je zakotveno v článku 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod „*státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví*.“ Povinnosti správních orgánů by měly být stanovovány vždy zákonem.

Dle článku 36 Listiny základních práv a svobod má každý právo na to, aby jeho věc byla projednána nezávislým a nestranným soudem či jiným orgánem. Článek 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod taktéž zakotvuje právo účastníka na řádný proces. „*Každý má právo, aby jeho věc byla projednána veřejně, bez zbytečných průtahů a v jeho přítomnosti a aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům*.“ Jedná se o obecně nastavené právo osob na přiměřenou délku řízení, ať už správního, či soudního řízení. Otázkou přiměřenosti délky řízení se zabývalo již mnoho autorů, soudů,¹⁰ včetně soudu ústavního. Toto obecné právo osob je ve správním řádu vyjádřeno mimo jiné i v obsahu základních zásad činnosti správních orgánů, a to v zásadě rychlosti (§ 6 správního řádu). V případě porušení tohoto pravidla je možné uplatnit ochranu před nečinností dle správního řádu (§ 80

⁸ VEDRAL, J. *Správní řád komentář*. 2. vyd. Praha: Bova polygon, 2012, s. 515.

⁹ VAČOK, J. *Vybrané instituty ochrany zákonnosti v prvostupňovém správním konaní*. 1. vyd. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2014, s. 94.

¹⁰ Např. nálezy Ústavního soudu II. ÚS 71/99, III. ÚS 696/02.

správního řádu), popř. stížnost dle § 175 správního řádu na nesprávný úřední postup, popř. existuje i možnost ochrany soudní, a to žaloba dle § 79 a násl. soudního řádu správního. Dle názoru autorky je ochrana před nečinností v současné době nastavena natolik podrobně a je dostatečně přístupná pro každého, že není nutné ji doplňovat či rozšiřovat.

Výše popsané právo na spravedlivý proces vyplývá z čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a svobod. Úmluva stanoví, že každý má právo, aby jeho záležitost byla projednána veřejně, spravedlivě a v přiměřené lhůtě před nezávislými soudy. Obecně lze vycházet z názoru V. Sládečka¹¹, podle nějž lze některé požadavky čl. 6 odst. 1 Úmluvy ve správním řízení aplikovat přiměřeně. Dle judikatury Evropského soudu pro lidská práva se úmluva vztahuje nejenom na možnost projednání před nezávislými soudy, ale i na projednání před orgány veřejné správy, tj. i na správní řízení.

Každý má právo, aby jeho věc byla řádně projednána i v rámci správního řízení před správními orgány, a to v přiměřené době. Postup správních orgánů je do jisté míry podobný soudnímu řízení. Správní řízení však vedou správní orgány a nikoliv nezávislé soudy. Ve srovnání se soudním řízením vykazuje správní řízení nižší míru formalizace, i když úpravou obsaženou ve správním řádu z roku 2004, se úroveň formalizace správního procesu nepochybně zvýšila oproti úpravě předchozí. Dalším odlišným znakem je pak zaměření správního řízení na plnění úkolů veřejné správy, s čímž je spojen také specifický vztah k naplňování veřejného zájmu (srov. § 2 odst. 4 s.ř.).¹²

Jak uvádí V. Sládeček¹³, v rámci správního řízení však není naplněn požadavek na veřejné projednání, protože správní řízení je (až na výjimky¹⁴) neveřejné. Požadavku na veřejné projednání věci ve správním řízení (srov. čl. 38 odst. 2 Listiny) ve správním řádu koresponduje právo tzv. neopomenutelného účastníka řízení, resp. účastníka se silnějším postavením (účastník podle § 27 odst. 1 správního řádu) prosadit, pokud tomu nebude bránit zákonná překážka, svým návrhem veřejně konané ústní jednání (viz § 49 odst. 3

11 SLÁDEČEK, Vladimír. *Obecné správní právo*. 3., aktualiz. a upr. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2013, s. 440.

12 KLIKOVÁ, Alena, Petr HAVLAN, Marek CHADIMA, Jana JURNÍKOVÁ, Stanislav KADEČKA, Petr PRŮCHA, Stanislav SEDLÁČEK, Soňa SKULOVÁ a Jiří VENCLÍČEK. *Správní řád*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, 652 s., s. 82. Meritum. ISBN 978-80-7478-943-4.

13 SLÁDEČEK, Vladimír. *Obecné správní právo*. 3., aktualiz. a upr. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2013, s. 441.

14 Za takovouto výjimku by bylo možné považovat např. ustanovení § 87 odst. 2 věta první a druhá stavebního zákona (zákon č. 183/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů), které stanoví jak možnost stavebního úřadu věc projednat veřejně, tak i jeho povinnost věc řešit veřejně: „*V případech záměrů, pro které bylo vydáno stanovisko k posouzení vlivů provedení záměru na životní prostředí, může stavební úřad nařídít k projednání žádosti veřejné ústní jednání. V případech záměrů umístěovaných v území, ve kterém nebyl vydán územní plán, nařídí stavební úřad veřejné ústní jednání vždy.*“.

správního řádu).¹⁵ Nicméně i přes určité výjimky je správní řízení obecně neveřejné. Dle názoru autorky ona neveřejnost pak musí být nahrazena jinými prostředky, které by zajistili právo na přístup k informacím o správním řízení.

Správní orgán by měl v rámci správního řízení zajistit účastníků alespoň minimální úroveň jejich procesních práv. Tato povinnost správního orgánu a právo účastníka je konkretizováno stanovením určitých povinností správních orgánů, které vymezují, jak musí správní orgán postupovat, aby zabezpečil práva dotčených účastníků. Stejně tak zákon vymezuje některá konkrétní práva účastníků v rámci správního řízení.

S právem na spravedlivý proces je úzce spojeno právo účastníka na zjištění skutkového stavu věci. Jak již bylo uvedeno výše, postup orgánů veřejné správy při zjišťování skutkového stavu věci se nazývá dokazování. Proces dokazování pak můžeme označit v jistém ohledu jako středobod celého správního řízení.¹⁶ Řádné a kvalitní dokazování je podstatné pro spravedlivý, řádný proces, neboť správně zjištěný skutkový stav věci, je východiskem pro rozhodnutí správního orgánu.

3 Povinnosti správních orgánů v rámci dokazování

Správní orgány jsou povinny ve správním řízení postupovat tak, aby byly dodrženy veškeré základní zásady činnosti správních orgánů, základní zásady správního řízení, principy dobré správy a samozřejmě zákon. Jednou ze základních zásad činnosti správních orgánů je zásada legality (zákonnosti), která je základní podmínkou veřejné správy. Lze ji označit za garanci ústavní zásady legality ve sféře veřejné správy, zakotvené v Ústavě ČR a Listině základních práv a svobod. Konkrétně ji nalezneme v ustanovení článku 2 odst. 3 Ústavy a v článku 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod: „*Státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví.*“ Taktéž lze její základ nalézt v článku 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod: „*Povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod.*“

Jak uvádí S. Skulová, zásada legality rovněž představuje jednu ze záruk zákonitosti v oblasti veřejné správy. Mimo sféru jejího uplatnění by neměl zůstat žádný z postupů, kterými subjekty vykonávající veřejnou správu zasahují do právních poměrů adresátů veřejné správy nebo na ně jinak působí. Rovněž z tohoto důvodu je zásada legality, a zároveň s ní další základní zásady činnosti správních orgánů, nastavena jako zásada univerzální, ovládající výkon veřejné správy.¹⁷

15 KLIKOVÁ, Alena, Petr HAVLAN, Marek CHADIMA, Jana JURNÍKOVÁ, Stanislav KADEČKA, Petr PRŮCHA, Stanislav SEDLÁČEK, Soňa SKULOVÁ a Jiří VENCÍČEK. *Správní řád*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, 652 s., s. 89. Meritum. ISBN 978-80-7478-943-4.

16 SVOBODA, P. *Ústavní základy správního řízení v České republice. Právo na spravedlivý proces a české správní řízení*. Praha: Linde Praha, a. s., 2007, s. 304.

17 Ibidem, s. 37.

Povinnost dodržovat zákon je jednou z povinností správního orgánu, která se prolíná celým procesem (ať už procesem správního řízení nebo i jinou činností správního orgánu). Řada povinností správních orgánů je upravena pro fázi opatřování důkazů či jiných podkladů pro vydání rozhodnutí. Další část je vymezena v rámci samotného procesu provádění důkazů.

3.1 Fáze opatřování důkazů

Před samotným procesem provádění dokazování je správní orgán povinen opatřit jednotlivé podklady a důkazy, na základě kterých je schopen posoudit stav projednávané věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. Jak bude uvedeno dále, za určitých podmínek, může na požádání účastníka správní orgán připustit, aby za něj podklady pro vydání rozhodnutí opatřil tento účastník. Povinnost opatřovat veškeré podklady a důkazy je jinak svěřena správnímu orgánu (s výjimkou řízení sporného – viz níže). Správní orgán je povinen veškeré podklady opatřovat v souladu se zákonem. Nezákonně opatřený důkaz, nelze ve správním řízení využít (viz § 51 odst. 1 správního řádu). Na stranu druhou jak uvádí jeden z komentářů ke správnímu řádu¹⁸ sice nezákonně pořízený důkaz nelze použít jako důkazní prostředek, ale některé údaje v něm uvedené mohou být určitým signálem k získání poznatků relevantních pro dané řízení. Dle ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu je správní orgán taktéž povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu.

V řízení z moci úřední se uplatňuje zásada vyšetřovací, kdy správní orgán je povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být uložena povinnost. Z judikatury vyplývá, že se správní orgán v těchto řízeních a s odkazem na zmíněnou zásadu vyšetřovací nemůže odkazovat a spoléhat pouze na důkazy navržené účastníky, ale musí sám provádět zjišťování a vyšetřování v projednávané věci. Jedním z důvodů je i to, že účastníci mohou navrhopvat důkazy a uvádět argumenty ryze účelově. Jako příklad můžeme uvést např. rozhodnutí Městského soudu v Praze¹⁹ ze dne 30. 10. 2014, č. j. 7 A 136/2011-50, které uvádí: „*V posuzovaném případě rozhodl stavební úřad o odstranění stavby, aniž by sám skutkový stav na místě zkoumal, resp. zkoumal-li jej, nelze takový postup ze správního spisu nijak seznat. Pokud stavební úřad vycházel při rozhodování pouze z tvrzení účastníků řízení, jejichž zájem je zcela opačný než zájem jiných účastníků, aniž by prokazatelně sám zjišťoval skutkový stav (srov. § 50 odst. 2 správního řádu, který ukládá správnímu orgánu povinnost opatřit podklady pro vydání rozhodnutí), nelze takový postup správního orgánu posoudit jako souladný se zákonem.*“ Jedná se o jednu z povinností správního orgánu, jejíž dodržení je způsobilé zajistit ochranu práv jednoho účastníka před jiným účastníkem správního řízení majícím opačný zájem.

¹⁸ JEMELKA, L., K. PONĎĚLÍČKOVÁ a D. BOHADLO. *Správní řád. Komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 209.

¹⁹ Rozhodnutí Městského soudu v Praze ze dne 30. 10. 2014, č. j. 7 A 136/2011-50.

Jednotlivé pořízené důkazy musí splňovat nejenom požadavek na jejich zákonné pořízení, ale musí být dostatečně jasné, průkazné, musí z nich být jasný vztah k projednávané věci, musí být dostatečně relevantní a jednoznačné. Tato povinnost je výrazně zřejmá ve vztahu k řízením zahajovaným z moci úřední, neboť u těchto řízení většinou dochází k uložení povinnosti dotčeným účastníkům. Jak uvádí Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 30. 12. 2010, č. j. 4 Ads 44/2010-132 „*Zejména v sankčních správních řízeních zahajovaných ex officio je při zjišťování skutkového stavu kladen zvláštní důraz na naplnění zásady materiální pravdy dle § 3 správního řádu, a zásady vyšetřovací dle § 50 odst. 3 tohoto zákona. Důkazní prostředky, které nespĺňují dostatečnou míru konkrétnosti, jednoznačnosti a průkaznosti, je nutné odmítnout jako nevyhovující.*“²⁰

V další části příspěvku je podrobněji pojednáno o možnosti účastníka správnímu orgánu navrhnout důkazy na podporu svých tvrzení, kdy tímto návrhem není správní orgán vázán.

3.2 Fáze provádění důkazů

Pro provádění důkazů platí řada obecných pravidel, které pro svou obsáhlost není možné zde konkrétněji zpracovat, a proto bude pozornost věnována pouze vybraným institutům, které mají vztah k níže zmíněným právům účastníků v procesu dokazování. I samotný proces dokazování musí být v souladu se zásadou legality, tj. nejenom pořízení důkazů musí být v souladu se zákonem, ale i provádění důkazů.

Aby účastníci měli možnost řádně hájit svá práva v průběhu dokazování, musí je správní orgán informovat o tom, že bude určitý důkaz provádět, bude-li jej provádět mimo ústní jednání. Dle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2014, č. j. 5 Azs 2/2013-26 „*Rovněž v řízení o žádosti o udělení mezinárodní ochrany je správní orgán povinen podle § 51 odst. 2 správního řádu z r. 2004 včas uvědomit žadatele o provádění důkazů mimo ústní jednání, a to mj. výsledkem svědka, a umožnit tak žadateli, aby byl výslechu přítomen.*“

Obdobné povinnosti správních orgánů jsou zakotveny i v rakouské právní úpravě obecného správního řízení (AVG – Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz). V ustanovení § 37 AVG uvádí, že účelem šetření pro vyřízení správní záležitosti je zjistit rozhodující stav věci a stranám poskytnout možnost k uplatnění jejich práv a právních zájmů. Obdobně ustanovení § 47 odst. 3 AVG uvádí, že stranám má být dána možnost vzít na vědomí výsledek důkazního řízení a tomuto se vyjádřit. Účastníkům taktéž musí být dán správním orgánem prostor se aktivně zapojit do správního řízení.

Základním pravidlem pro posuzování a hodnocení podkladů pro rozhodnutí a pro vlastní hodnocení důkazů je zásada volného hodnocení důkazů. Správní orgán je podle této zásady povinen brát v úvahu všechny relevantní skutečnosti a důkazy a provést s nimi potřebné logické operace, z nichž vzejde řešení (ve správním řízení rozhodnutí ve věci),

²⁰ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 12. 2010, č. j. 4 Ads 44/2010-132.

jež bude vycházet ze skutkového stavu dostatečně zjištěného (návaznost na zásadu materiální pravdy).²¹ Zásada volného hodnocení důkazů znamená, že žádný z důkazů nemá v různou právní či faktickou sílu a je vždy na samotném správním orgánu jakou váhu dle své úvahy přisoudí tomu kterému důkazu. Volné hodnocení důkazů je však možné v případě důkazů, které nejsou ze zákona závazné. Správní řád počítá v ustanovení § 50 odst. 4 s existencí závazných podkladů pro rozhodnutí, které správní orgán povinně musí vzít v úvahu. Závaznost jednotlivých podkladů pro vydání rozhodnutí může vycházet např. obecně z charakteru daného podkladu, konkrétně se může jednat o závazné stanovisko dotčeného orgánu, které správní orgán rozhodující ve věci již nehodnotí, ale rozhoduje v souladu s ním (srov. ustanovení § 149 odst. 3 správního řádu). Jak uvádí S. Skulová, znamená to, že volné hodnocení důkazů se uplatní pouze, avšak s plnou intenzitou, ve zbývajícím prostoru posuzování skutkové stránky věci. Pokud uvedené závazné podklady nejsou stanoveny, uplatní se volné hodnocení důkazů zcela.²² Na zásadu volného hodnocení důkazů navazuje povinnost řádného odůvodnění úvah správního orgánu při hodnocení důkazů.

4 Práva účastníků v rámci dokazování

V rámci formalizovaného postupu správního orgánu vůči adresátovi veřejné správy (správní řízení) musí správní orgán adresátovi (účastníkovi) zajistit minimální úroveň procesních práv. Mezi nejzásadnější z nastíněných práv patří právo být slyšen. Toto právo má adresátovi zajistit, že nebude jen „objektem řízení“, ale zejména subjektem řízení, tedy tou osobou, jejíž oprávněné zájmy a práva budou v řízení relevantně posuzovány. Právo být slyšen pak má jeden základní cíl, a to dát adresátu veřejné správy možnost aktivně se zapojit do řízení a vyžadovat od správního orgánu, aby to nejen respektoval, ale zejména na jeho projevy reagoval.²³ Právo být slyšen se projevuje v dalších zákonem či obecnými principy vymezených právech účastníka. Jak bude uvedeno dále lze právo být slyšen považovat za jedno z nejpodstatnějších práv účastníka.

Níže se budeme věnovat konkrétně vymezeným právům účastníka v průběhu dokazování, které v sobě mimo jiné obsahují právo být slyšen. V rámci jednotlivých práv můžeme vysledovat téměř vždy právo účastníka se vyjadřovat a zasahovat do dokazování, tj. jeho právo být slyšen. Jak bylo zmíněno v předchozí kapitole, i práva účastníků v rámci dokazování lze rozdělit dle fáze dokazování, tj. na fázi před procesem dokazování, dále

21 KLIKOVÁ, Alena, Petr HAVLAN, Marek CHADIMA, Jana JURNÍKOVÁ, Stanislav KADEČKA, Petr PRŮCHA, Stanislav SEDLÁČEK, Soňa SKULOVÁ a Jiří VENCÍČEK. *Správní řád*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016. 652 s., s. 97. Meritum. ISBN 978-80-7478-943-4.

22 In: KLIKOVÁ, Alena, Petr HAVLAN, Marek CHADIMA, Jana JURNÍKOVÁ, Stanislav KADEČKA, Petr PRŮCHA, Stanislav SEDLÁČEK, Soňa SKULOVÁ a Jiří VENCÍČEK. *Správní řád*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016. 652 s., s. 97. Meritum. ISBN 978-80-7478-943-4.

23 BRAŽINA, R. *Právo být slyšen ve správním řízení*. Seminární práce. Brno: PrF MU, 2016.

na samotnou fázi provádění dokazování a práva, která svědčí účastníkům po celou dobu správního řízení. Níže se budeme podrobněji věnovat jednotlivým právům účastníků v rámci těchto fází dokazování.

4.1 Fáze před prováděním dokazování

Povinnost pořizovat podklady pro vydání rozhodnutí a jednotlivé důkazy je zákonem určena správnímu orgánu, i když správní řád umožňuje určité výjimky. Např. v rámci sporného řízení je dle ustanovení § 141 odst. 4 správního řádu povinnost obstarat důkazy na podporu svých tvrzení dána účastníkům konkrétního řízení. Správní orgán ve sporném řízení věc posuzuje v návaznosti na důkazy obstarané a předložené účastníky. Sporné řízení je však výjimkou z obecného pravidla, kdo je povinen obstarávat a pořizovat důkazy. S obecně zakotvenou povinností správního orgánu pořídit podklady pro vydání rozhodnutí jsou spojena práva účastníků v rámci tohoto procesu pořizování důkazů a podkladů pro rozhodnutí.

Základní právo účastníka je zakotveno v ustanovení § 36 odst. 1 správního řádu, dle kterého má účastník právo navrhnout důkazy a činit jiné návrhy, a to po celou dobu řízení, až do vydání rozhodnutí. Lhůta pro činění návrhů je správním řádem omezena až okamžikem vydání správního rozhodnutí, což může občas vést k účelovým jednáním jednotlivých účastníků, kteří budou postupně podávat návrhy na další důkazy a tím zdržovat správní řízení. Správní orgán sice nemusí k návrhům přihlížet (viz níže), ale vždy se s návrhem musí vypořádat. Je tedy vhodné, pokud je lhůta pro podávání návrhů na dokazování omezena. Lhůta může být omezena buďto správním orgánem nebo přímo zvláštním zákonem. Typický příklad zákonného omezení lhůty pro podávání návrhů a námitek je stavební zákon (zákon č. 183/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů), který určuje termín, do kterého je možné podávat námítky k předloženému záměru, tj. stanovuje koncentraci řízení. Koncentrace při podávání námitek je stavebním zákonem omezena nejenom ve vztahu k času, ale i ve vztahu k typu řízení, neboť ustanovení § 114 odst. 2 stavebního zákona určuje i povinnost námítky, které mohly být uplatněny v územním řízení, uplatnit výhradně v tomto typu řízení, s tím, že ve stavebním řízení k nim již nebude přihlíženo. Koncentrační zásada ve vztahu k územnímu řízení byla již několikrát potvrzena soudními rozhodnutími, např. rozsudek NSS sp. zn. 1 As 107/2012 nebo rozsudek NSS sp. zn. 8 As 54/2011²⁴. Nejvyšší správní soud dále např. v rozsudku ze dne 28. 7. 2010, č. j. 5 As 77/2009-107, vyslovil, že „*v územním řízení stavební úřad posuzuje, zda je dokumentace záměru v souladu s územně plánovací dokumentací (územním plánem) a vydáním územního rozhodnutí tento soulad konstatuje. Shledá-li stavební úřad rozpor s územně plánovací dokumentací, žádost o vydání rozhodnutí o umístění stavby zamítne. Pokud se účastník řízení*

²⁴ Jde o vyjádření principu tzv. koncentrace, který vyjadřuje požadavek, aby námítky, které se věcně vztahují k určitému typu řízení, byly uplatňovány právě v onom řízení a nebylo možné jimi argumentovat v řízení jiném.

domnívá, že plánovaná stavba v souladu s územním plánem není, je oprávněn brojit proti územnímu rozhodnutí prostřednictvím opravných prostředků ve správním řízení, případně následně v řízení před správními soudy. Tutéž námitku však již účastník nemůže ve smyslu § 114 odst. 2 stavebního zákona účinně uplatnit v řízení stavebním. Stavební úřad k takto vznesené námitce nebude přiblížet“.

Koncentrace řízení je dle názoru autorky efektivním nástrojem jak zabránit spekulativnímu jednání ze strany těch účastníků, kteří mají protichůdný zájem v rámci správního řízení. Je však otázkou, zda se vždy musí jednat o zákonnou koncentraci anebo zda postačí koncentrace řízení určená správním orgánem v rámci jeho činnosti. V této souvislosti je vhodné zmínit obecné pravidlo o lhůtách. Lhůty stanovené zákonem nelze prodlužovat, zatímco dle ustanovení § 39 odst. 2 správního řádu lhůtu určenou správním orgánem lze prodloužit. Pokud se tedy bude jednat o koncentraci určenou správním orgánem, bude opět záležet na lidském faktoru a na rozhodnutí oprávněné úřední osoby, zda lhůtu neprodlouží, čímž opět dochází k určité nejistotě účastníků řízení.

S výše uvedeným právem navrhopvat důkazy je spojena i povinnost účastníka, a to v ustanovení § 52 správního řádu: „účastník je povinen označit důkazy na podporu svých tvrzení“. I když s nesplněním této povinnosti není spojena žádná sankce. Pokud však za sankci nepovažujeme např. rozhodnutí v neprospěch účastníka, který řádně neoznačil důkazy na podporu svých tvrzení. Jak bylo uvedeno výše, nesplnění této povinnosti může být účastníkovi na újmu např. v řízení sporném, ve kterém je povinnost zajistit důkazy přenesena na účastníka. V jiných typech řízení má správní orgán povinnost zjistit skutečnosti, o kterých nejsou důvodné pochybnosti. Za určitou sankci za nesplnění povinnosti účastníkem dle § 52 správního řádu, bychom mohli považovat ustanovení § 71 odst. 5 správního řádu, které stanoví nemožnost účastníka se dovolávat nedodržení lhůt, pokud to způsobil např. sám nedodržením svých procesních povinností.²⁵ Je nutné upozornit na fakt, že samotné ustanovení § 52 správního řádu neurčuje povinnost správního orgánu, aby účastníkem navržené důkazy provedl, neboť není vázán návrhy účastníků. Nicméně když k těmto návrhům správní orgán nepřihlédne, musí se s nimi vždy velmi pečlivě vypořádat v odůvodnění a vysvětlit proč návrhu účastníka nevyhověl. K této otázce se již vyjadřoval i Ústavní soud a jak uvádí dr. Vedral ve svém komentáři, sice se nálezy týkal soudního řízení, ale závěry v něm uvedené lze vztáhnout i na správní řízení. Ústavní soud v nálezu ÚS I. 729/2000 ze dne 8. 12. 2005 uvedl, že pokud soud (správní orgán) nevyhoví návrhu účastníka, musí v rozhodnutí vyložit, z jakých důvodů navržené důkazy neprovedl, zpravidla ve vztahu k hmotněprávním předpisům, které aplikuje a k právním závěrům, k nimž na skutkovém základě dospěl. Nebo rozhodnutí III. US 58/2000. Stejně tak tuto povinnost správním orgánům pak potvrdilo rozhodnutí

²⁵ KLIKOVÁ, Alena. Procesní práva účastníků v rámci dokazování ve správním řízení. In: ČIČKÁNOVÁ, Daniela, Ivana HAPČOVÁ a Vladislav MIČÁTEK. *Sborník příspěvků mezinárodní vědecké konference Bratislavské právnické fórum 2015*. 1. vyd. Bratislava: Univerzita Komenského Bratislava Právnická fakulta, 2015, s. 331–334. ISBN 978-80-7160-411-2.

NSS ze dne 13. 4. 2012, sp. zn. 2 As 47/2011. Také rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 11. 2009, č. j. 5 As 29/2009-48 „*Není na libovůli správního orgánu, jakým způsobem s návrhy účastníků na provedení důkazů naloží, neboť správní orgán sice není ve smyslu § 52 správního řádu povinen všechny důkazy navržené účastníky provést, pokud však některé z nich neprovede, musí v odůvodnění rozhodnutí uvést, proč se tak stalo. Správní orgán je oprávněn, ale i povinen odpovědně vážit, které důkazy je třeba provést, zda je potřebné stav dokazování doplnit a posuzovat důvodnost návrhů stran na doplnění dokazování. Zásada volného hodnocení důkazů neznamená, že by bylo rozhodujícímu orgánu dáno na výběr, které z provedených důkazů vyhodnotí a které nikoli a o které opře skutkové zúvěry a které opomene.*“ V návaznosti na povinnost řádného odůvodňování je nutné zmínit, že by správní orgán měl taktéž odůvodnit, proč určité navržené důkazy provedl a samozřejmě jak je provedl. Jedná se o jeden z projevů zásady volného hodnocení důkazů, kdy správní orgán má možnost na základě zhodnocení neprovést účastníkem navržené důkazy, ale není to na jeho libovůli.

Možnost navrhopvat důkazy na podporu svých tvrzení existuje i v rakouské úpravě obecného správního řízení v obecném správním řádu. Jak uvádí M. Horáková a V. Tomoszková důkazním návrhům, které jsou zjevně neopodstatněné, správní úřad není povinen vyhovět. Taková situace může podle Soudního dvora správního nastat jen tehdy, když navrhovaný důkazní prostředek objektivně vzato není vůbec způsobilý o předmětu dokazování důkaz podat. Naopak opodstatněný je důkazní návrh tehdy, když označuje důkazní téma i důkazní prostředek a důkazní téma přitom může přispět k objasnění relevantního skutkového stavu.²⁶ V této souvislosti se nabízí otázka, zda by obdobná podrobnější úprava nepřinesla zvýšení právní jistoty účastníků ve správním řízení v České republice, neboť by existovalo objektivně nastavené pravidlo, kdy správní orgán nebude přihlížet k návrhům důkazů jednotlivými účastníky. Z výše uvedených soudních rozhodnutí sice obdobné pravidlo jednoznačně vyplývá, nicméně i nadále bude vždy na určitém subjektivním posuzování konkrétní úřední osoby, zda navržený důkaz provede či nikoliv. Výše položenou otázku pak lze rozšířit na to, zda tedy řádné odůvodnění, proč správní orgán důkaz neprovedl, postačí k tomu, aby byl navržený důkaz více méně bezdůvodně odmítnut? Domnívám se, že nikoliv. Dle mého názoru by odmítnutí provedení navrženého důkazu mělo být výhradně z objektivních důvodů, např. těch, se kterými počítá rakouská právní úprava.

Pro zajímavost lze zmínit i právní úpravu Polskou, která stanoví, že navržený důkaz, může správní orgán odmítnout formou usnesení, proti kterému je možné se odvolat.²⁷

Správní orgán také nesmí přistupovat k navrženým podkladům a důkazům jednotlivými účastníky odlišně. Nelze prioritně provést některý z navržených důkazů a k jiným se nevyjádřit. Taktéž pokud tak nestanoví zákon, nelze některé podklady považovat

²⁶ HORÁKOVÁ, M., V. TOMOSZKOVÁ a kol. *Správní řízení v zemích EU. Rakousko, Polsko, Slovensko a Maďarsko*. Praha: Linde Praha, a. s., 2011, s. 93.

²⁷ Ibidem, s. 164.

za závazné pouze z libovůle správního orgánu. Viz např. rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 27. 11. 2014, č. j. 47 A 15/2012-152 „...*Správce povodí není totéž co dotčený orgán (srov. § 149 odst. 1 správního řádu), jeho stanoviska – byť třeba pro určitý typ rozhodnutí zákonem obligatorně vyžadovaná jako podklad – nemají pro rozhodování vodoprávních úřadů závazný charakter. Proto v případě, kdy vodoprávní úřad provádí dokazování dvěma odlišnými znaleckými posudky, tak na vyjádření správce povodí [v dané věci osoby zúčastněné] poskytnutému v souvislosti s hodnocením těchto posudků je třeba nahlížet nikoliv jako na revizní posudek, ale jako na vyjádření kteréhokoliv jiného účastníka správního řízení (§ 36 odst. 1 správního řádu).*“

Odlišná je situace, kdy správní orgán jako podklad pro vydání rozhodnutí obdrží závazné stanovisko dotčeného orgánu, které je ze své podstaty závazné pro další rozhodování správního orgánu. Dle ustanovení § 149 správního řádu je závazné stanovisko závazným podkladem pro vydání rozhodnutí ve věci a proto správní orgán musí postupovat výhradně v souladu se závěry v tomto závazném stanovisku.

Dalším právem účastníka spojeným s pořizováním důkazů je jeho právo požádat správní orgán, aby na místo něj pořídil podklady pro vydání rozhodnutí on sám (§ 50 odst. 2 správního řádu). I s tímto právem je spojena povinnost účastníka dle stejného ustanovení, a to povinnost účastníka poskytovat veškerou potřebnou součinnost správnímu orgánu při pořizování podkladů pro rozhodnutí. Nesplnění této povinnosti účastníka je opět problematické sankcionovat. Opět bychom zde mohli zmínit pouze sporné řízení, ve kterém je možné uvést jako určitou sankce neunesení důkazního břemene. Dle názoru soudů nezbavuje nečinnost účastníka správní orgány povinnosti zjistit skutečný stav věci, např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 7. 2005, č. j. 4 As 51/2004-82 „...*podle § 34 odst. 3 správního řádu je účastník povinen navrhnout na podporu svých tvrzení důkazy, které jsou mu známy, avšak nesplnění této povinnosti nezbavuje správní orgán povinnosti zjistit skutečnosti potřebné pro rozhodnutí. Podle § 73 odst. 2 zákona o přestupcích nesmí být obviněný z přestupku k výpovědi ani k doznání donucován. Přes výše uvedená ustanovení však je správní orgán povinen spolehlivě zjistit skutkový stav věci. Znamená to tedy, že i když stěžovatelka v průběhu správního řízení zůstala naprosto nečinná, nezbavovala tato skutečnost správní orgány povinnosti zjistit skutečný stav věci, a především prokázat, že stěžovatelka svým jednáním naplnila zákonné znaky skutkové podstaty přečinu uvedeného v § 30 odst. 1 písm. i) zákona č. 200/1990 Sb.*“

4.2 Fáze provádění dokazování

Účastník může aktivně vystupovat nejenom v procesu pořizování důkazů, ale taktéž v procesu samotného provádění důkazů.

Účastník má právo být informován o provádění důkazů mimo ústní jednání, s čímž tedy koresponduje povinnost správního orgánu účastníka o této skutečnosti informovat (srov. ustanovení § 51 odst. 2 správního řádu). V případě, že správní orgán včas neinformuje účastníka o provádění dokazování, dojde tím k závažnému porušení práva tohoto účastníka, které nelze zhojit jiným postupem, např. tím, že je účastníkovi dána možnost

se vyjádřit k podkladům před vydáním rozhodnutí. Každý účastník by měl mít možnost se zúčastnit procesu dokazování a taktéž do něj určitým způsobem aktivně zasahovat. Vždy by se však mělo dít pouze v souladu se zákonem a s obecnými principy správního procesu.

Zákon sice výslovně nehovoří o právu účastníka být přítomen dokazování, ale z některých ustanovení týkajících se konkrétního provádění důkazů a z obecného práva účastníka se účastnit projednávání jeho věci, toto právo vyplývá. Např. § 53 odst. 6 správního řádu – provádění důkazu listinou za přítomnosti účastníků. Toto ustanovení nehovoří o nutnosti účasti účastníků v rámci provádění důkazu listinou, ale na stranu druhou z jazykového výkladu daného ustanovení je zřejmé, že zde tato možnost existuje. Domnívám se, že se jedná o významné právo účastníka, které mu nemůže být upíráno. Každý účastník má právo se v průběhu dokazování také aktivně do tohoto procesu zapojit, a to např. klást otázky svědkům. Toto právo zakotvoval starý správní řád č. 71/1967 Sb. v ustanovení § 33 odst. 1 „*právo klást svědkům a znalcům otázky při ústním jednání a místním obhlédání*“. Toto právo v současném znění správního řádu sice není, ale dle mého názoru není důvod toto účastníkovi v rámci uplatňování jeho práv neumožnit, což potvrdilo např. rozhodnutí Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 24. 4. 2013, 61 A 1/2013-44 „*Provedl-li správní orgán prvního stupně důkaz výsledkem svědka tak, že svoji aktivitu vyčerpal podáním poučení, přičemž následně ukončil dokazování s odkazem na to, že obviněný není schopen klást svědkovi dotazy, nelze toto provedení důkazu považovat za řádné v souladu s § 52 správního řádu z roku 2004.*“.²⁸ V této souvislosti je vhodné zmínit právní úpravu zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, zákon č. 250/2016 Sb., kde se v ustanovení § 82 odst. 3 výslovně upravuje možnost účastníků klást otázky sobě navzájem, svědkům a znalcům. Právo klást otázky je v rámci řízení o přestupcích upraveno i pro zákonné zástupce a opatrovníky mladistvého obviněného, dále osoby přímo postižené spácháním přestupku, které daly souhlas se zahájením nebo pokračováním řízení, stejně tak i orgán sociálně-právní ochrany dětí.

O opaku lze hovořit v rakouské právní úpravě, která mezi právo být slyšen ve správním řízení nezahrnuje právo na přítomnost. Jak uvádí M. Horáková a V. Tomoszková z práva na slyšení nevyplývá subjektivní nárok na ústní slyšení. Účastník nemá právo být osobně přítomen výsledku svědka a ani právo klást svědkům dotazy.²⁹

²⁸ [Http://www.nssoud.cz/files/EVIDENCNI_LIST/2013/61A_1_2013_44_20130529082515_prevedeno.pdf](http://www.nssoud.cz/files/EVIDENCNI_LIST/2013/61A_1_2013_44_20130529082515_prevedeno.pdf)

²⁹ VwGH ze dne 25. 9. 1991, č. j. 91/02/0032. [online][cit. 2017-08-05]. Dostupné z: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vwgh/JWT_1991020032_19910925X00/JWT_1991020032_19910925X00.pdf
HORÁKOVÁ, M., V. TOMOSZKOVÁ a kol. *Správní řízení v zemích EU. Rakousko, Polsko, Slovensko a Maďarsko*. Praha: Linde Praha, a. s., 2011, s. 93.

4.3 Obecná práva účastníků

V návaznosti na výše uvedené členění práv účastníků dle fází dokazování, můžeme vymezit i třetí oblast práv účastníků, a to práva, která může účastník uplatňovat po celou dobu správního řízení, bez ohledu na fázi dokazování. Jedná se o práva vyjádřená v obecné rovině jako základní principy správního řízení, dále o práva účastníka vymezena v ustanovení § 36 správního řádu a dále práva vyplývající z ústavních principů. Obecná práva účastníka lze uplatňovat nejenom v rámci dokazování, ale i v jiných fázích správního řízení.

Dalším požadavkem je projednání věci za přítomnosti účastníka. Opět se jedná o pravidlo, které je zakotveno ve správním řádu a to povinností správního orgánu informovat účastníka o provádění dokazování a možnosti účastníka se dokazování účastnit. Stejně tak i možnost vyjádřit se k prováděným důkazům je řešena správním řádem (viz výše).

Dle ustanovení § 4 odst. 3 správního řádu má účastník právo být s dostatečným předstihem uvědoměn o úkonu, který správní orgán učiní, je-li to potřebné k hájení jejich práv a neohrozí-li to účel úkonu. O povinnosti předem účastníka informovat o dalších krocích již bylo pojednáno výše ve vztahu ke konkrétním právním účastníka v průběhu dokazování, a proto se zde autorka o právu zmíní již pouze v obecné rovině. Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2016, č. j. 10 As 5/2016-36 uvádí, že je povinností správního orgánu informovat účastníka např. o změně v jeho postupu v rámci doručování.³⁰ Obecně lze dovodit, že správní orgán nemusí informovat účastníka o věcech, které jsou účastníkovi známy, ale musí jej informovat o změně praxe v řízení, či o věcech, které by mohly účastníkovi napomoci v uplatnění jeho práv, kdy umožnění uplatnění práv účastníka správním orgánem je zakotveno v ustanovení § 4 odst. 4 správního řádu.

Za jedno z nejdůležitějších práv účastníka lze označit právo na řádné poučení o jeho právech, a to nejenom ve vztahu k dokazování, ale obecně k celému procesu správního řízení. K povinnosti poučovat účastníky se již mnohokrát vyjadřovaly i soudy. A to nejenom k povinnosti poučovat, ale i k určitému rozsahu samotného poučení. Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 13. 10. 2010, č. j. 1 As 51/2010-214 uvedl „*Poučovací povinnost správního orgánu dle § 4 odst. 2 správního řádu z roku 2004 nezahrnuje poskytování komplexního návodu, co by účastník měl nebo mohl v daném případě dělat, aby dosáhl žádaného účinku, ale jen pomoc k tomu, aby mohl zákonem stanoveným způsobem dát najevo, co hodlá v řízení*

³⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2016, č. j. 10 As 5/2016-36 „I. Pokud správní orgán zjistí, že doručování na elektronickou adresu (§ 19 odst. 3 správního řádu z roku 2004) k urychlení řízení nepřispěje, a neshledá ani žádné jiné důvody opodstatňující takovéto doručování, je oprávněn účastníkovi na požadovanou elektronickou adresu písemnosti nezasílat. Písemnosti tedy doručuje, jako by účastník o doručování na elektronickou adresu vůbec nepožádal. Správní orgán je však v takovém případě povinen účastníkovi řízení sdělit, že mu na jím požadovanou elektronickou adresu doručovat nebude včetně důvodů tohoto postupu (§ 4 odst. 3 a 4 správního řádu z roku 2004).“

učinít.“ Popř. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 25. 2. 2010, č. j. 5 As 1/2010-70 „*Poučovací povinnost správních orgánů v řízení, která vedou, je obecně zaměřena na poučení o procesních právech a povinnostech (§ 4 odst. 2 správního řádu z roku 2004). Do poučovací povinnosti však již nepatří návod, co by účastník řízení měl nebo mohl činit, aby dosáhl žádaného výsledku.*“

Ustanovení § 36 správního řádu pak v odstavci 2 stanoví právo účastníka vyjádřit své stanovisko kdykoliv v řízení a v odstavci 3 je zakotveno právo účastníka vyjádřit se před vydáním rozhodnutí k podkladům pro rozhodnutí. Správní orgán by měl účastníkovi dát na vědomí, kdy hodlá vydat rozhodnutí, aby měl účastník možnost se k podkladům vyjádřit. Viz rozhodnutí Krajského soudu Ústí nad Labem ze dne 25. 6. 2009, č. j. 15 Ca 258/2008-55 „*Pokud je účastníku správního řízení uděleno správním orgánem poučení o tom, že procesní práva, která mu pro dané správní řízení náleží, může uplatnit po celou dobu trvání tohoto řízení, aniž by mu před ukončením dotyčného řízení bylo dáno na vědomí, že jakému datu správní orgán hodlá vydat rozhodnutí ve věci, zakládá to vadu řízení ve smyslu § 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s. pro porušení § 36 odst. 3 správního řádu z roku 2004 v návaznosti na čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, které garantují účastníku správního řízení možnost prezentovat své stanovisko k důkazním prostředkům shromážděným ve správním řízení ve fázi před vydáním rozhodnutí.*“

V návaznosti na nový občanský zákoník bylo do správního řádu přidáno právo účastníka při jednání se správním orgánem na konzultace s osobou, která mu podle občanského zákoníku může jako podpůrce napomáhat při rozhodování.³¹

Za jedno z obecných práv účastníka v rámci správního řízení lze označit právo být slyšen ve správním řízení. Toto právo má adresátovi zajistit, že nebude jen „objektem řízení“, ale zejména subjektem řízení, tedy tou osobou, jejíž oprávněné zájmy a práva budou v řízení relevantně posuzovány. Právo být slyšen pak má jeden základní cíl, a to dát adresátu veřejné správy možnost aktivně se zapojit do řízení a vyžadovat od správního orgánu, aby to nejen respektoval, ale zejména na jeho projevy reagoval. K. Styrna – Bartman chápe právo být slyšen jako komplementární soubor práv a přichází se jeho dělením na 5 podkategorií. 1. je zásada účasti na správním řízení. 2. součást práva být slyšen představuje žádost na zahájení, respektive právo podílet se na správním řízení. 3. významnou součástí představuje právo účastnit se dokazování. 4. část tvoří právo vyjádřit se k podkladům a předmětu řízení. 5. podkategorií představuje právo být informován o správním řízení spojená s právem na „právní pomoc“, kterou představuje zejména povinnost správního orgánu poučit účastníka řízení (nejen) o procesních právech. V této souvislosti K. Styrna-Bartman připouští, že je vhodné poskytnout účastníkům (v zájmu

³¹ KLIKOVÁ, Alena. Procesní práva účastníků v rámci dokazování ve správním řízení. In: ČIČKÁNOVÁ, Daniela, Ivana HAPČOVÁ a Vladislav MIČÁTEK. *Sborník příspěvků mezinárodní vědecké konference Bratislavské právnické fórum 2015*. 1. vyd. Bratislava: Univerzita Komenského Bratislava Právnická fakulta, 2015, s. 331–334. ISBN 978-80-7160-411-2.

výkonu dobré správy) i právní rady k meritu věci.³² Právo být slyšen podle S. Košičiarové zabezpečuje prosazování principu transparentnosti veřejné správy s tím, že má zabezpečovat informovanost adresáta o správním řízení v takovém rozsahu, aby mohl ovlivnit výsledek řízení. Právo být slyšen pak zahrnuje zejména oprávnění uplatňovat návrhy a vyjádřit se k podkladům řízení.^{33, 34} O právu být slyšen ve správním řízení podrobně pojednává R. Bražina ve své rigorózní práci, který se ve své práci přiklání k chápání tohoto práva komplexně. Chápání práva být slyšen komplexně zahrnuje kromě práva být slyšen v užším smyslu i další významná oprávnění, která je potřebné naplnit, aby mohlo dojít k materiálnímu naplnění práva být slyšen v užším slova smyslu. Proto zde řadí i otázky spojené s informováním účastníka řízení o zahájení řízení, právo na poučení, právo na informace o postupech správního orgánu, právo na přístup k podkladům řízení a právo být slyšen v užším slova smyslu. Tento nastíněný koncept je v rámci doktríny označován rovněž jako princip transparentnosti.³⁵ Autorka se přiklání k názoru R. Bražiny a právo být slyšen považuje za jedno z nejvýznamnějších práv účastníka ve vztahu k právu na spravedlivý proces. O vybraných jednotlivých právech, jež jsou považována za obsah práva být slyšen bylo pojednáno výše.

5 Ochrana práv účastníků. Problém zneužití práva, zneužití pravomoci a nesprávný úřední postup

Jak již bylo zmíněno výše, povinnosti správních orgánů ve vztahu k právům jednotlivých účastníků nejsou vymezeny pouze tak, aby správnímu orgánu umožnily hájit práva a oprávněné zájmy těchto účastníků, ale i tak, že správní orgány by měly pokud možno účinně zamezit nezákonným zásahům do těchto práv, resp. zneužívání těchto práv.

Pokud dochází ze strany účastníků správního řízení či ze strany dotčených osob k závažným zásahům do subjektivních práv jiných osob, lze uvažovat o zneužití jejich práv. Nelze však přehlédnout, že v mnoha případech se výkon subjektivního práva přímo dotýká i individuálních práv a oprávněných zájmů dalších konkrétních osob. I těmto právům musí správní orgány, ale i soudy poskytnout ochranu.

V řadě případů v praxi dochází k porušování povinností správních orgánů nesprávným úředním postupem. Dle judikatury se nesprávným úředním postupem rozumí porušení pravidel předepsaných právními normami pro počínání státního orgánu při jeho činnosti. Nesprávným úředním postupem souvisejícím s rozhodovací činností je např. i nevydání či opožděné vydání rozhodnutí, mělo-li být v souladu s uvedenými pravidly správně

32 STYRNA-BARTMAN, Katarzyna. *Das Polnische Verwaltungsverfahrenrecht im Lichte der Europäischen Verwaltungsstandard*. Disertační práce na Universität Regensburg, 2013, s. 107–113.

33 KOŠIČIAROVÁ, Soňa. *Správny poriadok. Komentár*. Šamorín: Heuréka, 2013, s. 165.

34 BRAŽINA, R. *Právo být slyšen ve správním řízení*. Seminární práce, PrF MU, Brno, 2016.

35 BRAŽINA, R. *Právo být slyšen ve správním řízení*. Rigorózní práce, PrF MU, Brno, 2017, s. 75.

vydáno či vydáno ve stanovené lhůtě, případně jiná nečinnost státního orgánu či jiné vady ve způsobu vedení řízení.^{36, 37} Znak nesprávnosti úředního postupu je třeba obecně vztahovat k porušení pravidel předepsaných zpravidla procesní normou, jak již bylo uvedeno, a takové porušení se nemusí ve své době jevit samo o sobě nezákonné.³⁸ Nesprávný úřední postup může spočívat jak ve vadném konání, tak nekonání oprávněné úřední osoby. Nesprávné konání pak může mít různé příčiny. Jednou z příčin nesprávného úředního postupu je mnohdy neznalost konkrétního úředníka. Opět zde důležitou neopominutelnou roli hraje lidský faktor. Sice příslušné zákony upravující postavení úředníků (např. zákon o úřednících územně samosprávných celků³⁹ nebo služební zákon⁴⁰) stanoví minimální kritéria pro odbornost úředníků a taktéž povinnost úředníků se dále vzdělávat, avšak ne vždy konkrétní úředníci obsáhnout veškerou odbornou materii.

V krajním případě můžeme také hovořit o zneužití pravomoci úředních osob při rozhodování. V tomto případě se však nejedná o nesprávný úřední postup, ale o úmyslný trestný čin. Zneužití pravomoci je vymezeno trestním zákoníkem⁴¹ jako trestný čin ustanovením § 329. V této souvislosti je nutné podotknout, že se jedná o úmyslné jednání konkrétní úřední osoby, která takto jedná v úmyslu způsobit jinému škodu nebo jinou závažnou újmu anebo opatřit sobě nebo jinému neoprávněný prospěch. Zajisté nelze pod tento trestný čin podřadit běžné pochybení úřední osoby v rámci rozhodovacího procesu, ale pouze ten úřední postup, který budou odpovídat výše uvedené skutkové podstatě.

Závěr

Závěrem lze uvést, že výše uvedená vybraná práva účastníků ve správním řízení jsou provázána s povinnostmi správních orgánů. Ve fázi opatřování podkladů pro vydání rozhodnutí však s právem účastníka navrhnout důkazy na podporu svých tvrzení není spojena povinnost správního orgánu tyto návrhy akceptovat. Povinnost správních orgánů, která koresponduje s tímto právem účastníka, je povinnost řádného odůvodnění postupu správního orgánu. Právo účastníka na řádné poučení o procesních právech je spojeno s povinností správních orgánů toto poučení poskytovat. S právem na informace o správním řízení je také spojena povinnost správního orgánu poučení poskytovat. Účastník řízení má právo na informace jak o zahájení řízení, tak o jeho průběhu. S tímto

³⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 8. 2002, sp. zn. 25 Cdo 2120/2000.

³⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 3466/2015.

³⁸ IŠTVÁNEK, F. Komentář k ustanovení § 13 zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem č. 82/1998 Sb., ve znění pozdějších In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 4. 9. 2017].

³⁹ Zákon č. 312/2002 Sb., ve znění pozdějších předpisů, o úřednících územních samosprávných celků.

⁴⁰ Zákon č. 234/2014 Sb., ve znění pozdějších předpisů, o státní službě.

⁴¹ Zákon č. 40/2009 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

právem účastníka konkrétně koresponduje povinnost správního orgánu tyto informace včas poskytovat.

Porušení procesních práv účastníka týkajících se pořizování podkladů pro vydání rozhodnutí nebo týkající se samotného procesu dokazování, lze považovat za natolik závažnou vadu řízení, že může sama o sobě založit důvod pro zrušení rozhodnutí. Toto je hlavně zřejmé např. v řízeních přestupkových, k nimž se váže větší část judikatury. V návaznosti na výše popsané, lze konstatovat, že účastníci mají jak v průběhu správního řízení, tak po jeho skončení, řadu zákonných možností a prostředků jak si vymoci dodržení jejich práv. Vždy je však nutné presumovat, že účastníci nemají právní vzdělání, neznají pravidla správního řízení a spoléhají se na poučení ze strany správního orgánu. Když pak poučení schází či není správné nebo přesné, nejsou si tito účastníci vědomi svých procesních práv a tím pádem si nejsou vědomi ani právních možností jak tato práva uplatňovat.

Dle názoru autorky je právní zakotvení jak povinností správních orgánů, tak práv účastníků řízení v současném právním řádu dostatečné a koresponduje s obecně nastavenými požadavky na ochranu veřejných subjektivních práv účastníků. Problémem zůstává pouze lidský faktor, který je ve správním řízení přítomen vždy, neboť fakticky rozhodují lidé (oprávněné úřední osoby). Je možné, že bude docházet k porušování povinností zákonem daných správnímu orgánu z důvodu selhání lidského faktoru. I pro tyto situace však existuje řada právních možností pro účastníky jak se bránit a zajistit tak dostatečnou ochranu veřejných subjektivních práv, kdy může být selhání lidského faktoru napraveno. I v případě, že dojde k zásadnímu pochybení správního orgánu, a to absolutnímu nepoučení účastníků řízení, existují jiné instituce, které mohou např. v rámci kontroly veřejné správy napomoci dotčeným účastníkům se svých práv domoci. Konkrétně se jedná např. o možnost obrátit se na Veřejného ochránce práv, který chrání osoby před jednáním úřadů a dalších institucí, pokud je toto jednání v rozporu s právem, neodpovídá principům demokratického právního státu a dobré správy nebo jsou úřady nečinné.

DOKTORANDSKÉ PŘÍSPĚVKY

Extrémy slobody prejavu a úloha právnej regulácie*

The Extremes of Freedom of Speech
and the Role of Legal Regulation

Max Steuer**

Abstrakt

Nové možnosti komunikácie a prezentácie ideí rozšírili priestor pre vyjadrenie názorov, vrátane takých, ktoré zasahujú do ľudskej dôstojnosti. Reakcie na tento fenomén majú neraz právny charakter, umožňujúci sankcionovať pôvodcov „nenávisťných prejavov“. Slovenská republika, kde sa v roku 2016 po prvýkrát v postkomunistickej histórii do zákonodarného zhboru dostala strana s cieľom zvrhnutia demokratického režimu, v tomto ohľade nie je výnimkou. Predkladaná konceptuálna analýza ukazuje, ako uvedené reakcie, vrátane „protiextrémistickej“ novely slovenských trestných kódexov z októbra 2016, zapadajú do rámca „militantnej demokracie“. Najskôr predstaví koncept militantnej demokracie ako jeden z možných reakcií (nielen) k extrémnym prejavom, pričom sa zameriava na úlohu práva ako ochrancu demokracie v chápaní tohto prístupu. Následne charakterizuje niektoré riziká obsiahnuté v tomto prístupe a na ich základe uvedie alternatívny prístup, chápajúci právo ako facilitátora slobody. V závere vysvetľuje, ako druhý prístup, ktorý právne reguluje iba prejavy podnecujúce k násiliu, vo zvyšku ponechávajúci priestor neprávny opatreniam, zabraňuje nezamýšľaným negatívnym dôsledkom prvého, „militantno-demokratického“ prístupu.

Klíčová slova

Sloboda prejavu; extrémne prejavy; militantná demokracia; právo ako facilitátor slobody; právo ako ochranca demokracie.

Abstract

The new means of communication and dissemination of ideas have broadened the space for expression of opinions, including those interfering with human dignity. The reactions on this phenomenon are often of legal nature, enabling to sanction the originators of “hate speech”. The Slovak Republic, where in 2016 for the first time in its post-communist history a party with a demonstrable aim of overthrowing the democratic regime passed the threshold for the legislative assembly, is not an exception. This conceptual analysis shows how the reactions, including the “anti-extremist” amendment of the Criminal Code from October

* Tento príspevok bol podporený Grantom Univerzity Komenského č. UK/203/2017: *Vplyv súdneho aktívizmu ústavných súdov v Slovenskej republike a v Českej republike na kvalitu demokratických režimov.*

** Max Steuer, M.A., Katedra politológie, Filozofická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika / Department of Political Science, Faculty of Arts, Comenius University, Bratislava, Slovak Republic / E-mail: max.steuer@uniba.sk / ORCID: 0000-0001-7638-5865

2016, fall under the concept of “militant democracy”. Firstly, it introduces this concept as one of the possible reactions (not only) to extreme speech, while focusing on the role of law as protector of democracy according to this approach. Then, it captures some of the risks entailed in this approach, based on which it presents an alternative approach, that understands law as the facilitator of freedom. In conclusion, it is explained how the second approach, which subjects only speech inciting to violence to legal regulation, while opening the room for non-legal measures, prevents the negative unintended consequences of the former, “militant democratic” approach.

Keywords

Freedom of Speech; Extreme Speech; Militant Democracy; Law as Facilitator of Freedom; Law as Protector of Democracy.

Úvod

Normatív spravodlivosti v demokratickom a právnom štáte vyžaduje efektívnu garanciu ľudských práv a slobôd, medzi nimi i právo na slobodu prejavu. Toto právo čelí v demokratických systémoch viacerým výzvam, pretože sa môže ocitnúť v konflikte s inými základnými právami, najmä právami tých, o ktorých určitý prejav pojednáva. Jednou z možností riešenia tohto konfliktu je právna regulácia, umožňujúca obmedzenie takých prejavov, ku ktorým došlo v určitom kontexte, prostredníctvom ustanovení trestného alebo občianskeho práva.

Pri posudzovaní proporcionality¹ zásahu do slobody prejavu v mene iných práv, s ktorými sa ocitne v konflikte, zohráva rozhodujúcu úlohu klasifikácia daného prejavu do niektorej z kategórií, ktorá je však dodnes i na medzinárodnej úrovni značne nejednotná.² Osobitne to platí pri tzv. „nenávisťných“ prejavoch, namierených voči jednotlivcom alebo (najčastejšie menšinovým) skupinám v spoločnosti. „Pascou“, do ktorej sa možno dostať pri snahe obmedzovať tieto prejavy právnou reguláciou, je prehliadnutie slobody prejavu ako nevyhnutnej podmienky³ demokratického režimu. Tento príspevok sa snaží uvedenej „pasci“ vyhnúť tým, že konceptualizuje dva alternatívne prístupy k týmto prejavom, ktoré sa odlišne stavajú aj k otázke právnej regulácie. Využíva pritom etablované i najnovšie chápania konceptu militantnej demokracie, ktorý spája s prvým z týchto prístupov. Poukazujúc na riziká právnej regulácie opierajúce sa o premisu práva ako ochrancu demokracie ponúka alternatívny prístup, ktorý ju redukuje na nevyhnutné minimum, pod ktorým rozumie obmedzovanie prejavov vyzývajúcich k násiliu. Rozdiely ilustruje

1 K pôvodu a významu tohto princípu a jeho možných alternatív v ústavnom práve pozri napr. OND-ŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012; BARAK, Aharon. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel a András SAJÓ (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP, 2013, s. 738–755.

2 Pozri napr. kategorizáciu rozlišujúcu medzi štyrmi typmi prejavov od ARAI, Yutaka. Article 10: Freedom of Expression. In: HARRIS, David et al. (eds.). *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: OUP, 2014, s. 629–639.

3 BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Oxford: OUP, 2005, s. 18–21.

konkrétnymi prípadmi z judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva (ďalej: EŠLP). Nakoniec sa dotkne aj legislatívnych zmien v oblasti regulácie „nenávistných prejavov“ v SR, ktoré je možné vnímať ako prejav vnímania práva ako ochrancu demokracie aj s rizikami, ktoré sa pri tomto prístupe vyskytujú.

1 Sloboda prejavu a „nenávistné“ prejavy: dva prístupy

Jedným z problémov konceptu „nenávistné prejavy“ je absencia definície a typových znakov, čo komplikuje jednoznačné určenie toho, ktoré konkrétne prejavy je legitímne subsumovať pod toto označenie. Definičnú medzeru uspokojivo nevyplnil ani EŠLP, hoci sa na pojem v informačných materiáloch odvoláva.⁴ Druhým problémom konceptu je riziko, že do tejto kategórie budú „vhodené“ aj prejavy, ktoré sú síce z pohľadu štandardu v demokraciách extrémne, avšak ich zámerom nie je šíriť nenávisť a intolranciu, ale netradičným spôsobom vyjadriť isté politické posolstvo, napríklad kritickým vyhranením sa proti negatívnym javom, ktoré diskriminácia, xenofóbia, rasizmus a iné dehumanizujúce tendencie vyvolávajú.

Ako to ukázal aj prípad karikatúr v časopise Charlie Hebdo a predtým dánskych karikatúr proroka Mohameda,⁵ takéto extrémne prejavy⁶ sa v očiach niektorých jednotlivcov a inštitúcií z dôvodu nerešpektovania väčšinových kultúrnych a spoločenských noriem a neúcte voči tradičným i právnym autoritám automaticky stotožňujú s prejavmi nenávisťi. Rozdiely medzi konkrétnymi prejavmi však môžu byť výrazné, najmä ak vezme-
me do úvahy ich najrôznejšie špecifikácie. Jednu klasifikáciu špecifikácií ponúka Brown, ktorý argumentuje v prospech takeého prístupu k týmto prejavom, ktorý berie špecifiká do úvahy. Špecifiká konzistentnosti (voči akému konkrétnemu subjektu je prejav namierený), praktické (či prejav reálne dokáže vyvolať u niekoho nenávisť voči danému subjektu), formálne (aké sú charakteristiky tohto subjektu),⁷ funkcionálne (čo zdôvodňuje

4 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet – Hate Speech* [online]. Strasbourg: 2017 [cit. 2017-05-20]. Dostupné z: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf

5 K prípadu „dánskych karikatúr“ pozri WINFIELD, Richard N. a Janine TIEN. The Danish Cartoons Controversy: Hate Speech Laws and Unintended Consequences. In: MOLNÁR, Péter (ed.). *Free Speech and Censorship Around the Globe*. Budapest: CEU Press, s. 481–494. Práve v dôsledku neaplikovania existujúcich zákonov obmedzujúcich „nenávistné“ prejavy v Dánsku pocítovali niektorí príslušníci náboženskej komunity taký výrazný zásah do svojej ľudskej dôstojnosti, až sa rozhodli uchýliť k násilným satisfakčným technikám. Tento kolobeh násilia autori považujú za hlavný nezamýšľaný negatívny dôsledok reštriktívnej legislatívy obmedzujúcej prejavy rúhania.

6 Ku dôležitosti termínu „extrémne prejavy“, ktorý vytvára širšiu kategóriu prejavov, než zužujúca a hodnotovo zafarbená kategória „extrémistické prejavy“ pozri HARE, Ivan. Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards. In: HARE, Ivan a James WEINSTEIN (eds.). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: OUP, 2011, s. 62–80.

7 BROWN, Alexander. The ‘Who?’ Question in the Hate Speech Debate: Part 1: Consistency, Practical, and Formal Approaches. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2016, roč. 29, č. 2, s. 275–320. DOI: 10.1017/cjlj.2016.13

konkrétne obmedzenie) a demokratické (či je obmedzenie žiadúce vzhľadom na charakteristiky demokratickej spoločnosti)⁸ by podľa neho mali byť zohľadňované súčasne a chápané ako vnútorne prepojené.⁹

Zdôvodňujú však problémy konceptu „nenávisťných“ prejavov zavrhnutie právnej regulácie ako prístupu k nim ako celku? Nie, z dvoch dôvodov. Po prvé, v súčasnosti dochádza k rozširovaniu kanálov, prostredníctvom ktorých možno svoje názory prezentovať a potenciálne tak i ovplyvniť verejnú mienku. Nečinnosť štátnych orgánov vrátane orgánov aplikácie práva voči prejavom podnecujúcim nenávisť tak môže viesť k fatálnym dôsledkom v prípade, ak určitý prejav v istom kontexte získa takú podporu, až sa pretaví do násilného konania voči konkrétnym jednotlivcom alebo skupinám. Po druhé, kým dominancia princípu racionality v demokratickom diskurze by realizácii násilia mohla zabrániť, je všeobecne známe, že v ňom v skutočnosti často prevládnu emócie.¹⁰

Skutočná rozdielnosť prístupov je preto určená *mierou prípustnej právnej regulácie*. Táto sa určuje podľa toho, či je za legítimnú považovaná regulácia podľa *obsahu* prejavu, alebo sa prihliada na *kontext*, v ktorom k prejavu došlo, s pomocou kritéria, či v tomto kontexte prejav *podnecoval k násiliu*.¹¹ Toto rozlišovanie možno zachytiť aj s pomocou konceptu militantnej demokracie a alternatívy voči nej.

1.1 Právo ako ochrana demokracie

Obavy z možnosti protidemokratických aktérov odstrániť demokratický režim s pomocou využitia nástrojov demokratickej politickej súťaže (*úspechom politickej strany alebo strán, ktoré tento cieľ zrealizujú*) sa stali východiskom pre úvahy o obmedzovaní vplyvu takýchto aktérov (aj) právnou reguláciou. Argument spočíva v neprípustnosti presadzovania takých cieľov, ktoré by jednoznačne spôsobili zvrhnutie demokratického režimu a jeho kľúčových charakteristík, akými sú garancie ľudských práv, politickej súťaže a deľby

⁸ BROWN, Alexander. The ‘Who?’ Question in the Hate Speech Debate: Part 2: Functional and Democratic Approaches. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2017, roč. 30, č. 1, s. 23–55.

⁹ Ibidem, s. 47–55.

¹⁰ Pričom platí, že ostrá dichotómia medzi racionalitou a emocionalitou vo verejnom práve je škodlivá pre porozumenie praktickému fungovaniu ústavných inštitútov, ktoré sú v demokracii často ovplyvnené nie práve racionálnym prístupom aktérov v právnych sporoch. Porov. SAJÓ, András. Emotions in Constitutional Design. *International Journal of Constitutional Law*, 2010, roč. 8, č. 3, s. 354–384.

¹¹ Ide o dichotómiu kontextuálneho a obsahového prístupu, v našom prostredí uvádzaného ako obsahovo neutrálna v. obsahovo zameraná regulácia. Pre komplexný pohľad viď HERZ, Michael a Péter MOLNÁR (eds.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Z česko-slovenských zdrojov napr. BARTOŇ, Michal. *Sloboda prejavu: Princípy, garancie, meze*. Praha: Leges, 2010, s. 154–186. Občas sa tvrdí, že táto dichotómia reprezentuje rozdiel medzi americkým a európskym prístupom (napr. DRGONEC, Ján. *Sloboda prejavu a sloboda po prejave*. Šamorín: Heuréka, 2013, s. 257–259), avšak takéto rozlišovanie môže byť bez hlbšej analýzy priveľmi zjednodušujúce (viď príklad Maďarska v MOLNÁR, Péter. Towards Improved Law and Policy on ‘Hate Speech’—The ‘Clear and Present Danger’ Test in Hungary. In: HARE, Ivan a James WEINSTEIN (eds.), op. cit., s. 237–264).

moci.¹² Niektorí autori dimenzie konceptu militantnej demokracie rozširujú aj na mimoprávne formy regulácie, príkladom čoho je „chytrá militantná demokracia“ podľa Clivea Walkera.¹³ Obsahovo sa militantná demokracia neraz prekrýva so synonymnými konceptmi, akými sú obranyschopná, brániaca sa, prípadne „bojovná“ demokracia.¹⁴ Samozrejme, k jej aplikácii nedochádza iba pri obmedzovaní slobody prejavu, ale aj iných práv, napríklad práva na združovanie v politických stranách a politických hnutiach.¹⁵

Militantná demokracia vychádza z racionalistického úsilia o zachovanie plurality, ktorá by bola narušená až celkom potlačená v prípade zlyhania demokratického režimu. Navýšenie právomocí štátnych orgánov v obmedzovaní politických práv, často spojené s ich aktivizmom, možno vnímať ako snahu postaviť sa proti nekontrolovanej „politike emócií“; zavádza systém „preventívnych inštitúcií zameraných na emocionálne kaskády a z nich plynúce vášne s cieľom zabrániť im alebo ich utlmiť.“¹⁶ Iný argument v prospech legitimacy militantnej demokracie ponúka Jovanović, ktorá demokraciu chápe ako kreatívnu hru, avšak so súborom základných východiskových pravidiel. Aktéri, ktorí tieto pravidlá nie sú schopní alebo ochotní dodržiavať, musia byť vylúčení, inak môže dôjsť k narušeniu základného praktického mechanizmu fungovania demokracie, ktorým je zostavenie vlády na základe výsledkov pravidelne sa opakujúcich volieb.¹⁷ Všetky tieto argumenty predstavujú normatívne stanoviská, s ktorými možno buď súhlasiť, alebo nesúhlasiť, ale neposkytujú empirický podklad, ktorý by ich podporil konkrétnymi dátami.¹⁸ Predtým, než možno k takémuto výskumu pristúpiť, je potrebné oboznámiť sa s (1) normatívnymi protiargumentmi, ktorým čelia prístupy zodpovedajúce militantnej

12 MÜLLER, Jan-Werner. Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy. *Annual Review of Political Science*, 2016, roč. 19, č. 1, s. 249–265. DOI: 10.1146/annurev-polisci-043014-124054. Pozri aj THIEL, Markus (ed.). *The “Militant Democracy” Principle in Modern Democracies*. Farnham: Ashgate, 2009.

13 WALKER, Clive. Militant Speech About Terrorism in a Smart Militant Democracy. *Mississippi Law Journal*, 2011, roč. 80, č. 4, s. 1395–1453.

14 DANICS, Štefan. Konceptualizace militantní demokracie a její aplikace v praxi. *Rexter*, 2014, č. 1, s. 133–160; MAREŠ, Miroslav a Štěpán VÝBORNÝ. *Militantní demokracie ve střední Evropě*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2013, s. 14–19.

15 Bližšie k *stratégii zásahov* proti antidemokratickým politickým stranám pozri KALTWASSER, Cristóbal Rovira a Paul TAGGART. Dealing with Populists in Government: A Framework for Analysis. *Democratization*, 2016, roč. 23, č. 2, s. 208–210.

16 SAJÓ, András. Militant Democracy and Emotional Politics. *Constellations*, 2012, roč. 19, č. 4, s. 572.

17 JOVANOVIĆ, Miodrag. How to Justify ‘Militant Democracy’: Meta-Ethics and the Game-like Character of Democracy. *Philosophy & Social Criticism*, 2016, roč. 42, č. 8, s. 745–762.

18 Empirického výskumu na tento typ problémov je výrazný nedostatok. Norman analyzoval politický diskurz vo vzťahu ku krajnej pravici na európskej úrovni. Jeho výskum ukázal, ako racionalizmus v prístupe európskych politických aktérov podnecuje riešenia, spočívajúce vo viere, že nežiaduce emócie (ktoré, napríklad, podporujú vylúčenie niektorých skupín obyvateľstva z politického rozhodovania) je možné v politike minimalizovať. Tento prístup nazýva „európsky demokratický militarizmus“. NORMAN, Ludvig. Defending the European Political Order: Visions of Politics in Response to the Radical Right. *European Journal of Social Theory* [online]. 2016, s. 1–19 [cit. 2017-05-20]. DOI: 10.1177/1368431016679670

demokracii, (2) existujícím dominantním přístupom k snahám o zvrhnutie demokracie v analyzovanom politickom spoločenstve.

1.2 Riziká militantnej demokracie a jej alternatíva: právo ako facilitátor slobody

Obhajcovia militantnej demokracie doteraz nenašli spôsob, ako zabrániť riziku arbitrárnosti skrývajúcom sa v presnom vymedzení aktov, ktoré sú v demokratickom režime „cez čiaru“ a je ich preto legitímne potlačovať hoci aj právnymi prostriedkami. Hoci Alexander Kirchner sa pokúsil navrhnúť prístup, ktorý by to umožnil,¹⁹ aj ten si implicitne vyžaduje konsenzus o základných pravidlách a následne sankcionovanie tých, ktorí sa im vymykajú. Práve otázka *subjektu s právom rozhodovať* o tom, na koho bude sankcia uvalená a na koho nie, predstavuje východisko pre kritiku militantnej demokracie. V demokratickom režime je prirodzené, že právne predpisy prijaté zástupcami ľudu si vyžadujú interpretáciu a aplikáciu, za ktorú zodpovedajú z veľkej časti súdne inštitúcie. Avšak v prípade identifikácie „nepriateľov demokracie“ ide o závažné rozhodnutie, ktoré môže spôsobiť (aspoň limitované) vylúčenie celej skupiny aktérov z demokratickej participácie a ktoré sa musí uskutočniť *predtým*, než dôjde ku konkrétnemu porušeniu základných práv antidemokratickými aktérmi, ktoré by sankciu odôvodnili. Podľa Accettiho a Zuckermana je tak militantná demokracia formou „schmittovského decizionizmu“ a „autoritárskeho výkonu moci, ktoré je v protiklade so samotnou logikou systému, ktorý sa zaväzuje chrániť.“²⁰

Ak by sme aj akceptovali niektorý z pokusov o zdôvodnenie legitimacy militantnej demokracie, nezodpovedaná ostane empirická otázka, či na tomto základe postavená právna regulácia dosahuje želaný cieľ – ochranu demokracie. Weimarská republika, ktorej pádom jeden z kľúčových teoretikov militantnej demokracie Karl Lowenstein zdôvodnil pre túto formu ochrany,²¹ nie je v skutočnosti vhodný príklad, pretože antidemokratické sily sa v nej dostali k moci *napriek* existencii celého spektra regulačných mechanizmov (vrátane možnosti zakázať politické strany). Rovnako skutočnosť, že nepoznáme modernú demokraciu, ktorá sa transformovala na autoritársky režim z dôvodu, že neuplatňovala reguláciu politických práv v zmysle premís militantnej demokracie, nie je presvedčivý argument. Množstvo iných kontextuálnych faktorov mohlo spôsobiť, že k takejto zmene nedošlo. Na druhej strane, limitovaný empirický výskum v tejto oblasti naznačuje, že riziko zneužitia moci, ktorú regulácia podľa militantnej demokracie poskytuje štátnym

19 KIRSHNER, Alexander S. *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism*. New Haven: Yale University Press, 2014.

20 ACCETTI, Carlo Invernizzi a Ian ZUCKERMAN. What's Wrong with Militant Democracy? *Political Studies*, 2016, roč. 65, č. 1, s. 188–191.

21 LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *American Political Science Review*, 1937, roč. 31, č. 3, s. 417–432. DOI: 10.2307/1948164

orgánom, je reálne. Príkladom je Turecko, kde zákaz strany *Refah*,²² podporujúcej súbežnú existenciu niekoľkých právnych režimov (vrátane náboženského) predchádzal výrazným zmenám v celom politickom systéme²³ v neprospech demokracie po roku 2015. Na druhej strane, chýbajú dôkazy, že tieto opatrenia dlhodobo dosahujú svoj cieľ a práve vďaka nim ostávajú konkrétne demokratické režimy zachované. „Militarizácia“ demokracie je však, osobitne po opatreniach prijatých po útokoch na redakciu *Charlie Hebdo* v Paríži a legislatívnych zmenách vo Veľkej Británii, existujúci, neprehliadnuteľný proces.

Z kritik militantnej demokracie však možno vyvodit' alternatívu voči nej s potenciálom reagovať na hrozbu, ktorú predstavujú antidemokratické sily pôsobiace v rámci demokratického režimu. Alternatívny prístup nepovažuje za primárnu úlohu právnej regulácie chrániť demokraciu, ale facilitovať slobodu. Rozdiel nie je iba terminologický, keďže pri ňom dochádza ku zmene perspektívy – miesto aktivistickej predstavy o práve so schopnosťou pozitívne vplývať na zachovanie pilierov demokratického režimu tento prístup zdôrazňuje potenciál práva pomôcť *jednotlivcovi* tým, že poskytuje priestor pre realizáciu jeho práv a slobôd. Takýto prístup neumožňuje obmedzovanie slobôd až dovtedy, kým tieto nie sú jednoznačne ohrozené zneužitím rovnakých slobôd inými jednotlivcami. Samotné riziko, že by konkrétni aktéri s antidemokratickými tendenciami (vyjadrenými napríklad vo forme politického prejavu) mohli predstavovať nebezpečenstvo pre demokraciu, teda nepostačuje na „naštartovanie“ regulačného mechanizmu. Až keď je ohrozená sloboda jednotlivca, je zásah legitímny.

Ani tento prístup sa nevyhne nutnosti interpretácie v konkrétnych prípadoch, t. j. posúdenia, či došlo k zásahu do slobôd jednotlivca, ktorý ohrozil ich uplatňovanie aj v budúcnosti. Táto interpretácia je však už typom legitímneho rozhodovania o konfliktoch základných práv,²⁴ nie výnimočných opatrení v mene ochrany demokracie. Zdroj jej legitimity nespočíva v mimoriadnych právomociach (či dokonca povinnosti) legislatívy prijať opatrenia na ochranu demokracie, ani vo vnímaní súdov ako osvietených „strážcov demokracie“ bez rozdielu, ale v ochrane základných práv a slobôd jednotlivca. Pravda, tento prístup zodpovedá jednému z troch prístupov k militantnej demokracii podľa Müllera, ktorý sa podľa neho aplikuje v USA²⁵ a ktorý spočíva v regulovaní iba tých aktov, ktoré vyvolávajú bezprostredné ohrozenie. Jeho zaradením ako typu militantnej demokracie však dochádza ku zvýšenej nejednoznačnosti tohto konceptu, a preto sa zdá

22 Pozri aj TYULKINA, Svetlana. *Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond*. London: Routledge, 2015, s. 176–184.

23 CAVANAUGH, Kathleen a Edel HUGHES. Rethinking What Is Necessary in a Democratic Society: Militant Democracy and the Turkish State. *Human Rights Quarterly*, 2016, roč. 38, č. 3, s. 650–653. DOI: 10.1353/hrq.2016.0045

24 Pozri ZUCCA, Lorenzo. *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: OUP, 2007.

25 MÜLLER, Jan-Werner, op. cit., s. 236–237.

prínosnejšie vymedziť ho ako alternatívu k nej skôr než ako jednu z jej variantov. V prípade regulácie extrémnych prejavov by si aktivovanie sankčného mechanizmu vyžadovalo typ prejavu, bezprostredne vyzývajúci k protiprávnemu konaniu, nielen zasahujúci nejakým spôsobom do ľudskej dôstojnosti alebo deklarujúci preferenciu pre iný než demokratický režim.

2 Príklady rizík militantnej demokracie v kontexte ESLP a SR

Druhá vyššie nastolená otázka vzťahujúca sa k prevažujúcej reakcii na antidemokratických aktérov v európskych a osobitne slovenských právnych poriadkoch si žiada analýzu (1) rozhodovacej praxe ESLP ako kľúčového medzinárodného tribunálu so schopnosťou ovplyvniť aj rozhodovanie súdov a politickú prax na národnej úrovni²⁶ a (2) prípadu Slovenskej republiky. Spomenuté prípady nepokrývajú celé spektrum aplikačnej praxe, ich účelom je ilustrovať riziká skrývajúce sa v predstave, že právo je nepochybne účinný nástroj ochrany demokracie, a neprináša neželané dôsledky.

2.1 Prístup ESLP

Vo všeobecnosti je ESLP neochotný poskytnúť ochranu prejavom, ktoré vyhodnotí ako „nenávisťné“.²⁷ Neraz sa pritom odvoláva na a čl. 17²⁸ Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej: Dohovor), a nie na čl. 10 ods. 2 Dohovoru²⁹, ktorý by si vyžadoval realizáciu štandardného prísneho testu proporcionality. Uplatnením čl. 17 Dohovoru³⁰ sa Súd „dostane k záveru bez analýzy a vyvažovania obsahu vyjadrených názorov, ako by sa to vyžadovalo podľa článku 10 ods. 2 Dohovoru.“³¹ Príkladom odmietnutej sťažnosti žiadajúcej o deklarovanie porušenia práva na slobodu

26 Pozri STEUER, Max. The Influence of the ECtHR on Slovak Courts: The Case of Freedom of Expression. In: *Bratislavské právnické fórum 2015*. Bratislava: Právnická fakulta UK, 2015, s. 813–824 a tam uvedené zdroje.

27 HARE, Ivan, op. cit., s. 73.

28 Čl. 17 Dohovoru („Zákaz zneužitia práv“) znie: „Nič v tomto dohovore sa nesmie vykladať ako oprávnenie pre štát, skupinu alebo osobu vykonávať činnosť alebo uskutočniť skutok s cieľom narušiť práva alebo slobody v dohovore zakotvené, alebo na obmedzovanie týchto práv a slobôd vo väčšom rozsahu, než je stanovené v dohovore.“

29 Čl. 10 Dohovoru („Sloboda prejavu“) ods. 2 znie: „Výkon týchto slobôd, pretože zahŕňa povinnosti aj zodpovednosť, môže podliehať takým formalitám, podmienkam, obmedzeniam alebo sankciám, ktoré stanovuje zákon, a ktoré sú nevyhnutné v demokratickej spoločnosti v záujme národnej bezpečnosti, územnej celistvosti alebo verejnej bezpečnosti, na predchádzanie nepokojom alebo zločinosti, ochranu zdravia alebo morálky, ochranu povesti alebo práv iných, zabránenia úniku dôverných informácií alebo zachovania autority a nestrannosti súdnej moci.“

30 Čl. 17 bol použitý napr. v prípade *Norwood v. Spojené kráľovstvo*, 2004, podanie č. 23131/03.

31 VILLIGER, Mark E. Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice. In: CASADEVALL, J. et al. (eds.). *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2012, s. 329.

prejavu na základe čl. 17 je sťažnosť francúzskeho komika, ktorý do svojej relácie pozval známeho popierača holokaustu, a v divadelnej scénke mu udelil cenu za „neobvyklosť a bezočivosť“.³² ESELP vyhlásil, že nechráni „vystúpenia [ktoré sú prejavom] popieracstva a antisemitizmu“.³³ Podľa Súdu išlo o „prejav nenávisťi“, ktorý nebolo možné vnímať v kontexte zábavného podujatia, ale ako súčasť „politického stretnutia“. Zohľadnené bolo aj to, že komik Dieudonné bol už predtým stíhaný za popieranie holokaustu. Prijatie tejto sťažnosti na meritórne preskúmanie by podľa Súdu znamenalo „príspevok k deštrukcii práv a slobôd [garantovaných] Dohovorom.“³⁴

Akokoľvek odsúdeniahodná je scénka, ktorá bola dôvodom sankcie komikovi vo výške 10 000 € parížskym odvolacím súdom, rozhodnutie s odvolaním sa na čl. 17 Dohovoru okrem iného znamená nevykonanie riadneho testu proporcionality a iba všeobecné odôvodnenie verdiktu s odkazom napríklad na pojem „nenávisťného prejavu“, ktorému chýba legálna definícia, a tak umožňuje rozmanité interpretácie (viď vyššie). Dôveryhodnosti ani vnímanej legitimity Dohovoru takýto postup, ako sa to javí, nepridáva.

Jednotný prístup ESELP chýba pri aplikácii čl. 10 ods. 2 Dohovoru. Príkladom sú prípady popierania holokaustu, vojnových zločinov alebo zločinov totalitných režimov. ESELP vo všeobecnosti (hoci s rôznymi argumentačnými technikami) odmieta sťažnosti proti porušeniu práva na slobodu prejavu zo strany autorov prejavov popierania holokaustu.³⁵ V rozsudku Veľkej komory v prípade *Perinçek v. Švajčiarsko* však rozhodol, že právo na slobodu prejavu bolo porušené rozhodnutím švajčiarskych súdov, ktoré sankcionovali verejné popieranie masových deportácií a masakru Arménov v období Prvej svetovej vojny.³⁶ Jednotný prístup ESELP chýba aj v prípadoch súvisiacich s verejnou manifestáciou symbolov totalitných režimov.³⁷

32 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention on Human Rights does not protect negationist and anti-Semitic performances* [online]. Strasbourg: 2015 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <http://www.euro-centre.eu/european-convention-on-human-rights-does-not-protect-negationist-and-anti-semitic-performances/>

33 Ibidem, p. 1.

34 Ibidem, p. 3.

35 GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra. Penalizing Holocaust Denial: A View from Europe. In: SMALL, Ch. A. (ed.). *Global Antisemitism. A Crisis of Modernity*. New York: ISGAP, 2013, s. 56.

36 *Perinçek v. Švajčiarsko*, 2015, podanie č. 27510/08. Tento prístup možno podrobiť kritike na základe príliš úzkeho vymedzenia *miery voľnej úvahy* národných (v tomto prípade švajčiarskych) súdov. Aj táto kritika však uznáva, že sankcionovanie popierania genocídy vychádza z „hlbokej antiliberálnej skepsy“. Pozri SCHEU, Harald Christian. Zákaz popírání genocídy a svoboda projevu. *Jurisprudence*, 2016, č. 1, s. 11.

37 V prípade *Vajnai v. Maďarsko*, 2008, podanie č. 33629/06 ESELP rozhodol, že postih politika, ktorý mal na sebe päťcípku hviezdu na demonštrácii v Budapešti, nebol nevyhnutným obmedzením slobody prejavu. Ako však argumentuje GARLICKI, Lech. Symbolic Speech. In: CASADEVALL, J., E. MYJER, M. O'BOYLE, M. a A. AUSTIN. (eds.). *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*. Oosterwijk: Wolf Legal Publishers, s. 339–345; v niektorých prípadoch, ktoré sa týkali napríklad prezentácie náboženských symbolov na verejnosti, rozhodne nenapĺňajúcich charakteristiky symbolov totalitných režimov, bol ESELP podstatne náchylnejší legitímnosti obmedzení.

Pri prejavoch šíriacich nenávisť či intoleranciu voči menšinám sa však EŠLP od práva na slobodu prejavu odkláňa. Za porušenie slobody prejavu napríklad nepovažoval odsúdenie belgického politika, predsedu krajne pravicovej strany, za distribúciu proti-imigrantských letákov vo volebnej kampani³⁸ či sankcionovanie internetového portálu za neodstránenie nenávisťných komentárov pod jednou zo správ.³⁹ Vo väčšine týchto prípadov o verdikte rozhodla tesná väčšina sudcov, čo podporuje predpoklad o rozpoltenosti EŠLP v otázke „nenávisťných“ prejavov. Dôsledkom tejto rozpoltenosti je, že kým pri niektorých prípadoch zohráva pri rozhodnutí kontextuálne hľadisko prejavu dôležitú úlohu (napríklad v spomínanom prípade *Perinçek v. Švajčiarsko* EŠLP zohľadňoval skutočnosť, že názory popierajúce tragické udalosti súvisiace s arménskym obyvateľstvom nemali potenciál vyvolať nenávisť alebo násilie proti Arménom),⁴⁰ pri iných je podstatnejší obsah prejavu (prípád *Féret v. Belgicko*, kde bol posudzovaný najmä obsah samotných letákov bez zohľadnenia skutočností, že tieto prejavy boli tiež vyhodnotené ako bez potenciálu podnecovať násilie domácimi súdmi).⁴¹ Rizikom takéhoto prístupu k regulácii okrem iného oprávnený hnev vyvolaný v tých subjektoch, do ľudskej dôstojnosti ktorých bolo extrémnym prejavom zasiahnuté, v prípade, ak súd v danom prípade k obmedzeniu práva na slobodu prejavu nepristúpi.⁴²

Vo všeobecnosti, v rozhodovaní EŠLP prevláda náhľad na právo ako ochrancu demokracie v prípadoch súvisiacich s reguláciou extrémnych prejavov. Tento náhľad nie je bezpodmienečný, keďže v niektorých prípadoch sa Súd priklonil k slobode prejavu aj tam, kde by podľa premís militantnej demokracie mal akceptovať jej obmedzenie. Nasledujúca sekcia sa bližšie zameria na uvažovanie o regulácii extrémnych prejavov na Slovensku v kontexte „protiextrémistickej“ novely z roku 2016. Ako ostatná výrazná legislatívna zmena v oblasti ilustrujúcej dilemu medzi dvomi prístupmi k právnej regulácii extrémnych prejavov môže diskusia predchádzajúca prijatiu tejto novely v Národnej rade SR naznačiť, ako rozhodujúci politickí aktéri o tejto dileme uvažujú.

2.2 Prístup slovenských zákonodarcov a súdov

Po parlamentných voľbách v SR v roku 2016 vznikla vládna koalícia zložená z niekoľkých tradičných politických oponentov s jedným z kľúčových deklarovaných cieľov

³⁸ *Féret v. Belgicko*, 2009, podanie č. 15615/07.

³⁹ *Delfi v. Estónsko*, 2015, podanie č. 64569/09.

⁴⁰ VOORHOOF, Dirk. Criminal conviction for denying the Armenian genocide in breach with freedom of expression, Grand Chamber confirms [online]. *Strasbourg Observers 2015* [cit. 2017-05-20]. Dostupné z: <http://strasbourgobservers.com/2015/10/19/criminal-conviction-for-denying-the-armenian-genocide-in-breach-with-freedom-of-expression-grand-chamber-confirms/#more-3005>

⁴¹ Porov. dissent v prípade *Féret v. Belgicko*, 2009, podanie č. 15615/07.

⁴² Pre viac príkladov rizík viď HEINZE, Eric. Nineteen arguments for hate speech bans – and against them [online]. *Free Speech Debate*, 2014 [cit. 2017-05-20]. Dostupné z: <http://freespeechdebate.com/es/debate/nineteen-arguments-for-hate-speech-bans-and-against-them/>

postaviť „hrádzu proti extrémizmu.“⁴³ Novela Trestného zákona a Trestného poriadku týkajúca sa skutkových podstát niektorých trestných činov extrémizmu má predstavovať dôležitý „nášyp“ v tejto „hrádzi“, keďže jej tvorcovia od nej očakávajú efektívnejšiu možnosť postihovania prejavov extrémizmu orgánmi činnými v trestnom konaní. Ako uvádza aj dôvodová správa,⁴⁴ novela okrem iného prináša (1) rezignáciu na vyžadovanie dokazovania úmyslu „podnecovať k nenávisti, násiliu a ďalším nežiaducim javom,“ (2) umožnenie stíhania za skutočné alebo domnelé hanobenie alebo podnecovanie k národnostnej, rasovej a etnickej nenávisti aj z dôvodu „politického presvedčenia“ (§ 423 a § 424) a (3) rozšírenie skutkovej podstaty trestného činu podľa § 421 aj na založenie, nielen podporu alebo propagáciu hnutia smerujúceho k potlačeniu základných práv a slobôd. Najmä druhá z uvedených zmien je založená na viere v právo ako ochrancu demokracie, keď dokonca ani dôvodová správa k nej neuvádza nijaké iné vysvetlenie okrem doplnenia úpravy „pre komplexnosť“.⁴⁵

Preferencia pre militantno-demokratický prístup k regulácii prejavov vyplýva aj zo spôsobu obhajoby novely podpredsedníčkou vlády a ministerkou spravodlivosti v prvom a druhom čítaní k návrhu zákona v Národnej rade SR. V oboch čítaniach ministerka vo svojom úvodnom slove doslovne zopakovala, že je „presvedčená o tom, že demokratický štát musí zabrániť tomu, aby extrémnym využitím práv a slobôd bolo odstránené zriadenie, na ktorom demokracia spočíva.“⁴⁶ V prvom čítaní takémuto prístupu oponoval bývalý minister spravodlivosti Daniel Lipšic, ktorý upozornil na odstránenie konceptu „násilia, hrozby násilia alebo hrozby inej ťažkej ujmy“ navrhovanou novelizáciou z § 421 a § 422 Trestného zákona.⁴⁷ Napríklad, v § 421 novelizovaná úprava umožňuje

43 Bližšie pozri STEUER, Max. The International Helping Hand? The Impact of the Council of Europe on Policies towards ‘Hate Speech’ in Slovakia. *Friedrich Ebert Stiftung* [online]. 2016, s. 9–11 [cit. 2017-05-20]. Dostupné z: http://fesbp.hu/common/pdf/Hate_Speech_Steuer_20160519.pdf

44 Trestný zákon a Trestný poriadok sa novelizoval v rámci „návrh[u] zákona o uznávaní a výkone majetkového rozhodnutia vydaného v trestnom konaní v Európskej únii a o zmene a doplnení niektorých zákonov“. Deklarovaným dôvodom takéhoto postupu je nevyhnutnosť novely trestných kódexov z dôvodu plnenia medzinárodných záväzkov SR: „Zároveň v čl. II [novela Trestného zákona, pozn. M.S.] dochádza k oprave nedostatočnej transpozície rámcového rozhodnutia Rady 2008/913/SVV revíziou trestnoprávnej úpravy v oblasti extrémizmu. Súčasne sa implementujú zmeny právnej úpravy trestných činov extrémizmu, ktoré vzišli z intenzívnej spolupráce s Výborom pre predchádzanie a elimináciu rasizmu, xenofóbie, antisemitizmu a ostatných foriem intolerancie pri Rade vlády pre ľudské práva, národnostné menšiny a rodovú rovnosť.“ Pozri Dôvodová správa k Vládnemu návrhu zákona o uznávaní a výkone majetkového rozhodnutia vydaného v trestnom konaní v Európskej únii a o zmene a doplnení niektorých zákonov [online]. [cit. 2017-02-01]. Dostupné z: <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=schodze/rozprava>

45 Ibidem, s. 18.

46 Pozri textový prepis rozpravy zo 7. 9. 2016 a 25. 10. 2016 [online]. [cit. 2017-02-01]. Dostupné z: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/Download.aspx?DocID=428816>. Uvedená preferencia bola zopakovaná aj v článku ŽITŇANSKÁ, Lucia: Majú extrémisti právo na extrémizmus? In: *Denník N* [online]. 28. 10. 2016 [cit. 2017-02-01]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/595241/ucinnejsie-proti-extremizmu/>

47 Textový prepis rozpravy zo 7. 9. 2016 [online]. [cit. 2017-02-01]. Dostupné z: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/Download.aspx?DocID=428816>

sankciu, ak subjekt „založí, podporuje alebo propaguje skupinu, hnutie alebo ideológiu, ktorá smeruje k potlačeniu základných práv a slobôd osôb, alebo ktoré hlása rasovú, etnickú, národnostnú alebo náboženskú nenávisť alebo nenávisť voči inej skupine osôb alebo kto propaguje skupinu, hnutie alebo ideológiu, ktorá v minulosti smerovala k potlačeniu základných práv a slobôd osôb.“ Hlásanie nenávisti aj bez prvku vyzývania k násiliu sa tak stalo jednou z postačujúcich podmienok zásahu orgánov činných v trestnom konaní. Naopak, Lipšicovo stanovisko o hranici násilného konania alebo podnecovania k násiliu ako podmienky pre štátny zásah zodpovedá prístupu práva ako facilitátora slobody v prípade reakcie na extrémne prejavy.⁴⁸

Riziká normatívneho stanoviska v prospech militantnej demokracie sa preukázali už v rozprave k novele zákona. Predstavitelia krajne pravicovej strany Kotleba – Ľudová strana Naše Slovensko ju interpretovali ako nedemokratický zásah štátu do sféry osobnej slobody a neprípustné obmedzenie slobody prejavu. Jeden z najradikálnejších poslancov začal svoju faktickú poznámku súhlasom s predchádzajúcim tvrdením Daniela Lipšica, že „Štát tu nie je na to, aby si uzurpoval právo hovoriť, čo ako bolo, ako sa stalo, alebo čo, alebo čo je alebo nie je pravdou.“⁴⁹ V druhom čítaní títo predstavitelia proti novele predstavili aj klasický argument z teórie slobody prejavu – argument demokracie,⁵⁰ aj keď ťažko možno predpokladať, že by s touto teóriou boli z prvej ruky oboznámení. Ďalší vytvorili domnelú paralelu medzi novelou a represívnymi zložkami v období štátneho socializmu („inkvizičné sudy“), celým politickým režimom (vznikajúci „totalitný štát“) či priestorom pre uplatňovanie práv a slobôd občanov a občianok („ľudia začínajú mať obavy realizovať svoje ľudské a občianske práva v strachu, či sa tak nedopustia trestného činu“).⁵¹ K poslancom Kotlebovej strany sa pripojili aj niektorí predstavitelia hnutia Borisa Kollára Sme rodina s viacerými krajnými stanoviskami. Poslanec tejto strany Milan Krajniak novelu označil za „najhorší krok k potláčaniu slobody slova od roku 1989“ a sám nazval extrémistom „v obrane slobody prejavu.“⁵² Predstavitelia uvedených dvoch strán prezentovali aj ďalšie názory, niektoré samy hraničiace s podnecovaním k nenávisti,

48 V čase druhého čítania, kedy zároveň bolo možné predkladať pozmeňujúce a doplňujúce návrhy, už Daniel Lipšic nebol poslancom NR SR. Zaujímavé je, že nikto z prítomných poslankyň a poslancov nevyšiel v rozprave a ani s faktickou poznámkou so stanoviskom obdobného typu, aké mal Daniel Lipšic. Ponúkajú sa tri rôzne vysvetlenia: poslankyne a poslanci s obdobným stanoviskom (1) neboli prítomní, (2) nepovažovali predstavenie takéhoto stanoviska za dostatočne dôležité, alebo (3) neexistovali, pretože D. Lipšic bol jediným poslancom preferujúcim prístup práva ako facilitátora slobody pred prístupom práva ako ochrancu demokracie.

49 Textový prepis rozpravy zo 7. 9. 2016, op. cit.

50 Pozri napr. BARENDT, Erik, op. cit. Argument v rozprave predložil Rastislav Schlosár: „Pokiaľ však máme na Slovensku skutočne demokraciu, tak ako sa hovorí, pokiaľ u nás skutočne platí sloboda slova tak, ako ju garantuje Ústava Slovenskej republiky, v tom prípade musíme tolerovať aj také názory, s ktorými osobne nesúhlasíme.“ Textový prepis rozpravy z 25. 10. 2016, op. cit.

51 Ibidem.

52 Ibidem.

avšak sú to práve tie vyššie uvedené, ktoré majú potenciál rezonovať aj v radoch bežných občanov zaujímajúcich sa o ochranu svojich práv. Ilustratívne je, že voči týmto pripomienkam neboli vznesené nijaké protiargumenty okrem zopakovania všeobecného stanoviska v prospech povinnosti práva (a jeho tvorcov) chrániť demokratický režim pred jeho zvrhnutím. Keďže však niektorí poslanci strán Mariana Kotlebu a Borisa Kollára debatu zarámcovali ako boj za slobodu prejavu, uvedené normatívne stanovisko nemalo veľký potenciál osloviť tých, ktorí nie sú hlbšie oboznámení s fungovaním demokratických režimov a rozsahom či limitami základných práv, ktoré sú ich podmienkou.

Ak by aj novela neobsahovala ustanovenia prehľbujúce militantnú demokraciu (najmä umožnenie stíhania z dôvodu verejného hanobenia skupiny osôb alebo jednotlivca pre ich „skutočn[é] alebo domnel[é] [...] politické presvedčenie“), je neodôvodnené predpokladať, že by poslanci krajne pravicových strán voči nemu nenamietali. Avšak, prišli by o možnosť namietat *presvedčivo* v rovine obhajoby klasických argumentov v prospech slobody prejavu. Obhajcovia novelty by, naopak, dostali možnosť postaviť sa na stranu slobody prejavu upozornením na to, že jej účelom nie je rozšírenie obmedzenia tohto základného práva (napríklad rezignáciou na požiadavku násilia pri dokazovaní spáchania niektorého z predmetných trestných činov), ale iba špecifikácia existujúcich ustanovení a odstránenie ich nedostatkov (čo v súčasnosti nie je možné tvrdiť o všetkých aspektoch novelty). Nemohol by tak vzniknúť rámec diskusie, v ktorom (najmä v druhom čítaní k návrhu zákona) extrémisti „monopolizujú“ obhajobu slobody prejavu na úkor „demokratiek a demokratov“. Uplatnenie prístupu práva ako facilitátora slobody by poukázalo na silu demokratickej spoločnosti a zároveň jej pripravenosť odolať snahám o jej rozvrátenie bez rezignácie na vlastné konštitutívne hodnoty. V predmetnej parlamentnej diskusii sa tak naplno prejavilo riziko normatívneho príklonu k právu ako ochrancu demokracie, spočívajúce v „otvorení dvier“ kritike o nedemokratickom obmedzovaní slobody prejavu zo strany tých, ktorí ju v nejednom prípade sami zneužívajú na úkor konkrétnych jednotlivcov a skupín v spoločnosti.

Na rozdiel od zákonodarného procesu, v ktorom môžu slobodne zaznieť v podstate akékoľvek stanoviská o optimálnom prístupe k fenoménu extrémnych prejavov, súdy sú formálne viazané aplikáciou platnej a účinnej legislatívy, ktorú musia interpretovať v súlade s Ústavou a medzinárodnoprávnymi záväzkami. Ak legislatíva favorizuje prístup práva ako ochrancu demokracie, súdy majú len malý priestor na interpretáciou tento prístup legitímne zvrátiť v rozhodovaní o konkrétnych prípadoch. Vnímanie práva ako facilitátora slobody totiž *neznamená* možnosť súdov neaplikovať existujúcu legislatívu v prípadoch, v ktorých, napríklad, skutkové okolnosti prípadu zapadajú do rámca existujúcej skutkovej podstaty trestného činu. Napriek tomu nemožno súdom uprieť istý rámec interpretácie, napríklad v rovine sankcií, ktoré za spáchanie niektorého z trestných činov extrémizmu udeľia.

Keďže novelizácia Trestného zákona nadobudla účinnosť 1. januára 2017, v čase písania tohto príspevku nie je možné určiť, či jej vplyvom dôjde k výraznejším zmenám v aplikáčnej praxi. Odhliadnuc od prípadov, ktoré zjavne obsahujú prvok podnecovania k násiliu,⁵³ však chýbajú dôkazy v prospech konzistentnosti rozhodovacej praxe slovenských súdov; tá v menšom rozsahu odráža dilemy, ktorým čelí i EŠLP, napr. v prípadoch týkajúcich sa popierania holokaustu⁵⁴ či hanobenia národa, rasy alebo presvedčenia.⁵⁵ Problém však vzniká, keď existujúca právna úprava (preferujúca prístup práva ako ochrancu demokracie) nie je (aj so zohľadnením jej súladu s medzinárodnými a regionálnymi ľudskoprávnymi dohovormi) aplikovaná v súdnej praxi. Skutočnosť, že orgán aplikácie práva preferuje prístup práva ako facilitátora slobody, ho neopravňuje nezohľadniť existujúcu legislatívu. Inak povedané, ak legislatíva preferuje prvky militantnej demokracie, sudy sa jej z veľkej časti nemôžu vyhnúť. Zo slovenskej judikatúry je však známy prípad, kedy sa súd rozhodol garantovať širšiu mieru slobody prejavu, než by to interpretácia presahujúca iba jazykovú rovinu umožnila. Najvyšší súd v tomto prípade⁵⁶ nenašiel pochybenie v rozhodnutí krajského súdu o zastavení trestného stíhania obvineného vo veci letáku vo volebnej kampani, javiaceho sa (aj v porovnaní s letákmi v prípade *Féret v. Belgicko* rozhodovanom EŠLP) ako štandardný príklad „nenávisťného“ prejavu. V prospech tohto rozhodnutia sa objavuje argument, že výraz „Cigán“ vo výroku z letákov strany

⁵³ Takým je medializovaný prípad Slovenky, ktorá páčila korán. V podstatnej časti verejnej diskusie o tomto prípade sa opomenulo, že daná osoba okrem iného hovorila o zámere „loviť“ moslimov, čo zjavne zahŕňa násilný element. Pozri napr. KERN, Miroslav. Zadržali Slovenku, ktorá páčila korán. In: *Denník N* [online]. 17. 02. 2017 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/685409/zadrzali-slovenku-ktora-palila-koran/>. Obdobné prípady sú známe aj z roku 2016, porov. DZURDŽÍKOVÁ, Zuzana. Na Facebooku sa vyhrážal, že ľudom podreže hrdla a zabije deti, už sedí za mrežami. In: *Denník N* [online]. 07. 08. 2016 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/529450/na-facebooku-sa-vyhrazel-ze-ludom-podreze-hrdla-a-zabije-deti-uz-sedi-za-mrezami-v-ilave/>

⁵⁴ V roku 2016 bol medializovaný prípad krajne pravicového poslanca v súvislosti s výrokmi popierajúcimi holokaust, ktoré šíril na sociálnej sieti. Polícia odmietla jeho trestné stíhanie s argumentom, ktorý jasne preferuje prístup práva ako facilitátora slobody: „Najmä vzhľadom na nepatrnú mieru závažnosti preverovaných výrokov je namieste otázka, či formou boja s konkrétnymi vyššie uvedenými názormi má byť trestný postih, teda právna represia, alebo argumentácia a presvedčovanie.“ Generálny prokurátor však dostal žiadosť od policajného prezidenta rozhodnutie polície preveriť. Viď DUGOVIČ, Matej. Kotlebovho Mazureka predsa budú vyšetrovať za reči o holokauste, zasiahol policajný prezident. In: *Denník N* [online]. 26. 05. 2016 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/471007/kotlebovho-poslanca-mazureka-budu-vysetrovat-za-reci-holokauste/>

⁵⁵ Z nedávnych prípadov viď VRAŽDA, Daniel. Extrémistu odsúdili za rasistické reči na Facebooku na dvojročnú podmienku. In: *Denník N* [online]. 01. 02. 2017 [cit. 2017-02-20]. Dostupné z: <https://dennikn.sk/672572/extremistu-odsudili-za-rasisticke-reci-na-facebooku-na-dvojrocnu-podmienku/>. Išlo o niekoľko výrokov hraničiacich s vyzývaním k násiliu proti bývalej i súčasnej vláde a ďalšie namierené vyslovene proti rómskej a maďarskej menšine.

⁵⁶ Uznesenie Najvyššieho súdu SR č. 4 Tdo 49/2012.

ESNS o zámere „odstrániť“ nespravodlivé zvýhodňovanie nielen cigánskych parazitov“ „je riadne definovaný v spisovnom jazyku [a sám osebe]“ nie je hanlivej povahy.“⁵⁷

Tento argument však vzhľadom na v tom čase účinné znenie skutkovej podstaty trestného činu obstojí iba ťažko, pretože celkový kontext výroku navodzuje dojem, že určitá skupina obyvateľov definovaná svojou rasou je nepriateľom občanok a občanov republiky tým, že zneužíva sociálny systém. Legislatíva, ktorá je založená na prístupe práva ako ochrancu demokracie, beztrestnosť takýchto výrokov nepripúšťa. V danom prípade teda súd interpretoval právo ako facilitátora slobody *napriek* existujúcej legislatíve, čím sa vytvára nežiadúci rozpor medzi „právom v knihách“ a „právom v akcii“,⁵⁸ keďže autori takýchto prejavov sa môžu odvolávať na to, že ich výrok prešiel „testom protiprávnosti“, a teda nie je len v súlade s platným právom, ale je aj legitímny v demokratickej spoločnosti.⁵⁹ Pri právnej úprave, ktorá takéto výroky stíhať neumožňuje (pretože neobsahujú výzvu k násiliu) by „testom protiprávnosti“ prejsť nemohli, a preto by boli otvorené verejnej kritike (*counter-speech*) a odsúdeniu.

Zhrnújúc, hoci spoľahnutie sa na schopnosť práva ochrániť demokraciu (aj) zakročením proti extrémnym prejavom v širokom zmysle slova je legitímnym stanoviskom, vyžaduje si podloženie vecnými, presvedčivými argumentmi. Také neboli predstavené v parlamentnej rozprave k „protiextrémistickej novele“ v roku 2016, ktorými sa slovenská legislatíva väčšmi priklonila k takémuto prístupu. Možno vysloviť predpoklad, že riziko monopolizácie obhajoby významu slobody prejavu v demokratickom režime extrémistickými aktérmi je dôsledkom uprednostňovania represívnej zložky trestného práva ako ochrancu demokracie, miesto samotnej slobody prejavu v podobe možnosti vysloviť sa proti názorom, ktoré znevažujú jednotlivcov a skupiny na základe akýchkoľvek

57 MOCHNÁČOVÁ, Mariana. Niekoľko vybraných poznámok k aplikácii postihu trestného činu ‘hanobenie národa, rasy a presvedčenia’ podľa § 423 trestného zákona ako limitu ústavne zaručenej slobody prejavu. In: MAJERČÁK, Tomáš (ed.). *Sloboda prejavu a jej limity. IV. Ústavné dni*. Košice: Univerzita P.J. Šafárika, 2016, s. 262. Naopak, možno súhlasiť s názorom autorky, že „výklad uvedenej skutkovej podstaty [hanobenie národa, rasy a presvedčenia, pozn.] je nejasný nielen laickej verejnosti, ale často aj orgánom činným v trestnom konaní“ (ibidem).

58 Pozri POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. *American Law Review*, 1910, č. 44, s. 12–36.

59 Samozrejme, možno uvažovať o tom, že niektoré „knihy“ sú dôležitejšie než iné, inak povedané, ak Ústava SR alebo medzinárodné ľudskoprávne dohovory garantujú širšiu mieru slobody prejavu, všeobecný súd ich uprednostní pred predpismi nižšej právnej sily. Ako to však už sekcia o Dohovore a jeho aplikácii preukázala, túto širšiu mieru ochrany nemožno nájsť v systéme ochrany ľudských práv Rady Európy. S výrazným zovšeobecnením možno obdobný záver vysloviť aj vo vzťahu k systému ochrany ľudských práv v OSN, t.j. k Medzinárodnému paktu o občianskych a politických právach (ICCPR), ktorý podmienky obmedzenia slobody prejavu zakotvuje v čl. 19 ods. 3 a špecifiky vo vzťahu k extrémnym prejavom v čl. 20 ods. 2 (pozri aj PARMAR, Sejal. The Rabat Plan of Action: A Critical Turning Point in International Law on “Hate Speech”. In: MOLNÁR, Péter (ed.). *Free Speech and Censorship Around the Globe*. Budapest: CEU Press, 2015, s. 211–231). Ústava SR potom v čl. 26 ods. 4 umožňuje obmedzenia slobody prejavu vo veľmi podobnom znení než čl. 10 ods. 2 Dohovoru (viď MALOVÁ, Darina a Max STEUER. Sloboda prejavu v Slovenskej republike: Analýza vybraných súdnych rozhodnutí. *Právnik*, 2014, roč. 153, č. 4, s. 310–312). Taktiež, v príkladoch spomínanom uznesení č. 4 Tdo 49/2012 Najvyšší súd SR ani raz na Ústavu SR alebo na judikatúru Ústavného súdu SR neodkázal.

charakteristik. Toto riziko sa stráca, ak prevahu získa pohľad na právo ako facilitátora slobody, kde „kladivo“ trestného práva udrie iba v prípadoch, kedy prejav podnecuje k potlačeniu tejto slobody formou násilných aktov. Zároveň, ak sa zákonodarca prikloní k militantno-demokratickému prístupu, súdy majú obmedzený priestor na zvrátenie takéhoto rozhodnutia. Ako to však minimálne v jednom významnom prípade ukazuje aj slovenská práva prax, riziko, že sa k takémuto zvratu predsa len odhodlajú, nemožno úplne eliminovať. Oslobodzovací rozsudok tohto druhu následne prináša nežiadúcu legitimizáciu príslušného prejavu v kontexte zákonných mantinelov právneho systému, ku ktorej by nedošlo pri reštriktívnejšej, ale jednoznačnejšej úprave vychádzajúcej z premís práva ako facilitátora slobody. Ak už tento prístup z dôvodu politických alebo normatívnych preferencií zákonodarcov nemožno implementovať, súdy by mali veľmi dôsledne zvažovať, kedy pristúpia k oslobodzovaciemu rozsudku pri prejavoch, z kontextu ktorých vyplýva, že sú namierené voči konkrétnej menšinovej skupine.

Záver

Nie je jednoduché ochrániť demokratický režim tak, aby sa spôsob ochrany nestal zároveň jeho ohrozením. Tento príspevok ukázal, ako konceptualizácia prístupov k regulácii „nenávistných“ prejavov optikou dichotómie medzi úlohou práva ako ochrancu demokracie a ako facilitátora slobody umožňuje zachytiť túto základnú dilemu, v ktorej prvý prístup možno chápať ako vychádzajúci z premís militantnej demokracie, kým druhý ako zabezpečujúci robustnejšiu ochranu základným právam (v tomto prípade slobody prejavu) aj za cenu rizika, ktoré sa v takejto ochrane skrýva, ak stanoviská v prospech demokracie nezaznejú v spoločnosti zreteľným hlasom. Predstavením normatívnych argumentov v prospech militantnej demokracie a poukázaním na ich nedostatky, analýza vytvorila priestor na zachytenie dominantného prístupu v legislatívnej a súdnej praxi vybraných aktérov. Ako títo aktéri boli zvolení (1) ESĽP ako kľúčová inštitúcia na nadnárodnej úrovni a (2) zákonodarcovia a súdy v SR, ktorí sa musia vysporiadať s prítomnosťou krajne pravicovej strany v parlamente po prvý raz v modernej histórii štátu ako aj s častými príkladmi rozširovania extrémnych prejavov prostredníctvom nových komunikačných kanálov.

Hoci v judikatúre ESĽP je viacero príkladov regulácie opierajúcej sa o presvedčenie v právo ako optimálneho ochrancu demokracie (osobitne v prípadoch odmietnutia sťažností na porušenie práva na slobodu prejavu odvolaním sa na čl. 17 Dohovoru), nájde sa niekoľko prípadov *a contrario*. Preto je nevyhnutné venovať pozornosť ďalšiemu vývoju štrasburskej judikatúry, čo nie je totožné s vyjadrením súhlasu s ňou.⁶⁰

⁶⁰ Kritiky na adresu ESĽP v súvislosti s rozhodovaním v prípadoch „nenávistných“ prejavov je neúrekom, viď SOTTIAUX, Stefan. 'Bad Tendencies' in the ECtHR's 'Hate Speech' Jurisprudence. *European Constitutional Law Review*, 2011, roč. 7, č. 1, s. 40–63. DOI: 10.1017/S1574019611100048; KISKA, Roger a Paul COLEMAN. Freedom of Speech and 'Hate Speech'—Unravelling the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *International Journal for Religious Freedom*, 2012, roč. 5, č. 1, s. 129–142 a i.

Na rozdiel od ambivalentného prístupu ESEP, legislatíva v SR sa po novele Trestného zákona s účinnosťou od januára 2017 bezpodmienečne priklonila k militantnej demokracii, rozšírením viacerých skutkových podstát trestných činov aj za hranice iba sprehl'adňujúcich a formulačných zmien. V parlamentnej diskusii sa až na výnimky neobjavila účinná obhajoba prístupu k právu ako facilitátorovi slobody zo strany demokratických politických aktérov. Najhlasnejšie sa tak v prospech obhajoby slobody prejavu ozvali príslušníci nacionalistických a krajne pravicových strán, ktorí popri mnohých *nepodložených tvrdeniach využili* aj niekoľko v demokratickej spoločnosti akceptovateľných argumentov proti príslušnej novelizácii. Tým možno vysloviť predpoklad, že *v radoch časti verejnosti* oslabili presvedčivosť zdôvodnení legislatívnych zmien vzhľadom na existujúce skutkové okolnosti. Ukazuje sa tak, že riziko „revízie rámcovania“ slobody prejavu je inherentne prítomné v prístupe k právu ako ochrancovi demokracie. Súdna moc sa potom musí riadiť účinnou legislatívou a ak bez presvedčivých dôvodov preferuje opačné stanovisko (právo ako facilitátor slobody), prehľbuje riziko nedôslednej aplikácie existujúcich ustanovení s dôsledkom poskytnutia nechceného „zákonného osvedčenia“ pre konkrétne prípady extrémnych prejavov a ich pôvodcov.

Nakoniec, cieľom týchto argumentov nie je spochybniť legitimitu regulácie založenej na predstave práva ako ochrancu demokracie *per se*. Analýza však poukazuje na to, že pri predávkovaní takejto regulácie sa situácia môže obrátiť o stoosemdesiat stupňov v prospech neobmedzenej militantnej demokracie, v ktorej v mene ochrany režimu právna regulácia podkopáva základné princípy, na ktorých tento režim stojí. Naopak, regulácia na základe kontextu prejavu, pozorne skúmajúca, ktorý napadnutý prejav mal potenciál podnecovať násilie, vníma právo ako facilitátora slobody, slobody nájsť ten „najlepší“ názor v otvorenej verejnej diskusii.⁶¹ Táto sloboda, pri ktorej orgány aplikácie práva „strážia“ verejnú diskusiu pred násilím, ale nie pred všetkými extrémnymi názormi, má potenciál stať sa stabilnou a zároveň realistickou ochranou demokratického režimu a šance slobodne vyjadriť vlastný názor pre každého jednotlivca v konfrontácii s inými názormi vo verejnej diskusii. Absencia právnej regulácie prejavov zasahujúcich do ľudskej dôstojnosti, hoci nepodnecujúcich násilie, pritom neznamená, že takéto prejavy majú byť ponechané bez reakcie a povšimnutia; naopak, potrebné je využívať celé spektrum dostupných nástrojov verejnej politiky, ale aj občianskeho aktivizmu, kultúry, umenia a predovšetkým vzdelávania,⁶² aby sa ich výskyt minimalizoval.

61 Porovnaj MILL, John Stuart. *O politickej slobode*. Bratislava: Kalligram, 2001.

62 MOLNÁR, Péter. Responding to 'Hate Speech' with Art, Education and the Imminent Danger Test. In: HERZ, Michael a Péter MOLNÁR (eds.), op. cit., s. 183–197.

Uplatnění správního uvážení a problematika výkladu neurčitých právních pojmů v případě bezprostředních zásahů realizovaných Policií České republiky

Application of Administrative Discretion and the Issue of the Indefinite Legal Concepts Interpretation in the Case of Immediate Interventions Carried Out by the Police of Czech Republic

Pavel Všeticka*

Abstrakt

Správní uvážení, neboli „diskreční pravomoc“, podobně jako výklad tzv. „neurčitých právních pojmů“, představuje významné oprávnění orgánů veřejné správy. Přestože jsou obě tato oprávnění již tradičně spojována především s rozhodovací činností orgánů veřejné správy probíhající v rámci správního řízení při vydávání individuálních správních aktů, je nepochybné, že v souvislosti s plněním svých úkolů těchto oprávnění pravidelně využívají též příslušníci bezpečnostních sborů. Neboť v případě realizace bezprostředních zásahů musí zasahující orgán na místě zákroku nejprve vyhodnotit veškeré okolnosti, a poté rozhodnout o použití jednoho z několika možných prostředků, které mu zákon pro řešení dané situace dává k dispozici. V předkládaném článku se zabývám otázkou, jakým způsobem a do jaké míry se v rámci bezprostředních zásahů uplatní institut správního uvážení, jakož i výklad neurčitých právních pojmů.

Klíčová slova

Činnost orgánů veřejné správy; bezpečnostní sbory; bezprostřední zásahy; neurčité právní pojmy; policie; správní uvážení; rozhodovací činnost.

Abstract

Administrative discretion, or so-called „discretionary power“, as well as the interpretation and application of the so-called „vague legal concepts“, represent significant authorizations of public authorities. Although these authorizations have traditionally been associated mainly with the decision-making activity of public authorities in the issuing of individual administrative acts, they are also regularly used by members of the security forces in the context of their tasks, as it is clear that, in the case of the implementation (especially) of immediate interventions, On-site authorities to evaluate all the circumstances of the situation, and then, on the basis of the so-called „discretion“, decide to use one of several possible means available to them by the law to resolve the situation. In the present paper, I address the question of how and to what extent, in the context of direct interventions, the institute of discretion is applied.

* Mgr. Pavel Všeticka, doktorand, Katedra správní vědy a správního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Administrative Studies and Administrative Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: pavel.vseticka@seznam.cz

Keywords

Activity of Public Authorities; Security Corps; Immediate Interventions; Vague Legal Terms; Police; Discretion; Decision-making.

Úvod

Faktické úkony představují jednu z forem realizace veřejné správy.¹ Pojem „faktické úkony“² lze označit za právněteoretický výraz, jenž v sobě zahrnuje různé neformální činnosti vykonávané na základě zákona orgány veřejné správy. Jednu z podob faktických úkonů představují tzv. bezprostřední zásahy.³ V rámci jednotlivých zákonů jsou bezprostřední zásahy nazývány různě, zpravidla však jako „úkony“ či „zákroky“.⁴

1 „Tyto úkony představují faktickou (neformální) správní činnost, která je uskutečňována na základě zákona a jejím prostřednictvím jednotlivé úřední osoby v konkrétních případech zasahují do správních poměrů fyzických, popřípadě právnických osob“. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 261.

2 V dílech jednotlivých autorů zabývajících se touto problematikou se lze setkat s různým označením této formy realizace veřejné správy. Tak např. P. Průcha označuje tuto formu činnosti orgánů veřejné správy jako „Faktické úkony s přímými právními důsledky“. Srov. PRŮCHA, P. *Správní právo. Obecná část*. 7. vyd. Brno: MU, 2007, s. 315. D. Hendrych hovoří o „Faktických pokynech a donucovacích úkonech“. Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001, s. 117; A. J. Staša je nazývá „Faktickými zásahy“. Srov. STAŠA, J. *Úvod do českého správního práva*. 4. vyd. Praha: Policejní akademie České republiky, 2003, s. 85.

3 Z právněteoretického hlediska se faktické úkony člení na:

- a) faktické pokyny,
- b) bezprostřední zásahy,
- c) zajišťovací úkony. Srov. např. STAŠA, J. *Úvod do českého správního práva*. 4. doplněné vyd. Praha: Policejní akademie České republiky, 2003, s. 85. Někteří autoři (např. D. Hendrych, P. Průcha nebo V. Sládeček) však řadí mezi faktické úkony navíc ještě:
- d) exekuční úkony, popřípadě
- e) příbuzné instituty. Srov. např. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 266–267. Výše zmínění autoři tedy řadí mezi faktické úkony též činnosti vykonávané správními orgány v rámci tzv. „exekuce“ (jež představuje přímé donucení ke splnění dobrovolně nesplněné povinnosti, uložené na základě rozhodnutí vydaného příslušným orgánem). Jiní autoři (např. P. Mates., J. Škoda a F. Vavera, či J. Staša), řazení exekuce k faktickým úkonům naopak odmítají. „Jednota není v tom, zda povahu bezprostředního zásahu má i přímé vynucení povinností uložených v rámci správního řízení. Zastímco V. Sládeček a P. Průcha mají za to, že v širším slova smyslu náleží exekuční úkony mezi bezprostřední zásahy, Z. Lukeš dovozuje, že jde o dva různé právní instituty a rozdíl mezi nimi spatřuje především v tom, že exekuci předchází formalizované správní řízení, které je naopak vyloučeno u bezprostředního zákroku. Rovněž J. Staša chápe exekuční úkony jako specifickou kategorii správních úkonů, která nespadá mezi bezprostřední zásahy. Za pravdu je třeba dát spíše druhé skupině autorů. Hlavní důvod netkví ani tak v tom, zda se tu jedná o výsledek formalizovaného řízení či nikoli, byť jde o nepřehlédnutelný rozdíl, ale především ve smyslu toho kterého institutu: bezprostřední zásah má totiž chránit před aktuálním nebezpečím, které v případě exekučního úkonu nelze identifikovat“. MATES, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 14–15. Pokud připustíme, že typickým a neoddělitelným znakem faktických úkonů je jejich bezprostřednost (neodkladnost), potom se ke druhé skupině autorů přiklání i judikatura. Viz „Tyto úkony pro svoji neodkladnost nejsou uskutečňovány jinak obvyklým procesním postupem, respektujícím všechna procesní pravidla správního řízení, zakončeným vydáním správního rozhodnutí. Důvodem takových autoritativních úkonů je typicky neodkladná potřeba ochrany života, zdraví, majetku a veřejného pořádku“. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 4. 2008, č. j. 4 Aps 5/2007-53.

4 Srov. např. § 10 odst. 1 a 5 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o policii“).

Vzhledem k některým svým specifickým vlastnostem má tato forma realizace veřejné správy mezi ostatními právními formami činnosti orgánů veřejné správy poměrně zvláštní postavení. Jak uvádí P. Průcha,⁵ „jedná se o mimořádnou formu realizace veřejné správy, která v mimořádných situacích nastupuje namísto jiných právních forem realizace, zpravidla individuálních správních aktů, nebo slouží k přímému vynucení existující dobrovolně nesplněné povinnosti.“ Z toho vyplývá, že bezprostřední zásahy nepředstavují typickou podobu realizace veřejné správy a přímé fyzické donucení ke splnění právní povinnosti není veřejné správě vlastní.

Bezprostřední zásahy jsou ze strany orgánů veřejné správy realizovány v případě, kdy je třeba bezprostředně, různými způsoby zasáhnout do práv a svobod osob, jestliže je to nezbytné k ochraně některých významných zákonem chráněných zájmů, zpravidla souhrnně označovaných jako tzv. „policejní statky“.

Přestože k realizaci faktických úkonů jsou na základě zákona oprávněny různé orgány veřejné správy,⁶ je tato forma činnosti úzce spojena především s plněním úkolů některých zvláštních složek státu,⁷ souhrnně označovaných jako bezpečnostní (či veřejné)⁸ sbory. To se týká především bezprostředních zásahů.⁹

Správní uvážení, neboli tzv. „diskreční pravomoc“, představuje významné oprávnění orgánů veřejné správy. V souvislosti s plněním svých úkolů využívají tohoto oprávnění též příslušníci bezpečnostních sborů. Neboť je zřejmé, že v případě realizace bezprostředních zásahů musí zasahující orgány na místě případu vyhodnotit veškeré okolnosti, a poté se za pomoci správního uvážení rozhodnout o použití jednoho z několika možných prostředků, které jim zákon pro řešení dané situace dává k dispozici. Rozhodnutí o tom, který ze zákonných prostředků příslušník bezpečnostního sboru využije, se pro další průběh zásahu jeví jako zásadní. Přestože diskreční pravomoc není primárně spojována s realizací bezprostředních zásahů,¹⁰ jak uvádí S. Skulová,¹¹ „správní uvážení

5 PRŮCHA, P. *Správní právo. Obecná část*. 7. vyd. Brno: MU, 2007, s. 316.

6 Např. dle § 7 odst. 2 zákona ČNR č. 64/1986 Sb., o České obchodní inspekci, ve znění pozdějších předpisů může inspektor po prokázání a zjevném zjištění zdravotní závadnosti výrobků, tyto výrobky na místě zneškodnit. Dále je v této souvislosti třeba zmínit též veřejné strážě, jejichž členové jsou k této formě činnosti oprávněni na základě jednotlivých zvláštních zákonů, jež upravují jejich postavení a činnost. Srov. např. § 39 odst. 2 písm. a) a c) zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů nebo § 14 odst. 1 písm. a) b) c) e) a g) zákona č. 449/2001 Sb., o myslivosti, ve znění pozdějších předpisů.

7 Srov. FILIP, J. a J. SVATONĚ. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 57.

8 Termín „veřejné sbory“ užívá pro označení těchto orgánů veřejné správy ve svém stejnojmenném díle autorský kolektiv Mates, Škoda, Vavera. Srov. MATES, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, 384 s.

9 „K definičním znakům veřejných sborů patří, že s jejich činností je spojována možnost použití donucení ve smyslu násilného fyzického přinucení k plnění povinnosti nebo zabránění a odvrácení od porušování zákazů.“ Ibidem, s. 4.

10 Institut správního uvážení je tradičně spojován především s rozhodovací pravomocí správních orgánů při vydávání individuálních správních aktů.

11 SKULOVÁ, S. *Správní uvážení. Základní charakteristika a souvislosti pojmu*. 1 vyd. Brno: MU, 2004, s. 19.

*může být založeno a uplatnit se při jakémkoliv rozhodování subjektů vykonávajících veřejnou správu.*¹² S institutem správního uvážení úzce souvisí problematika obsahově blízkého „jevu“¹³ (se správním uvážením často zaměňovaného), taktéž uplatňovaného v rámci rozhodovací činnosti orgánů veřejné správy, a to výkladu a aplikace tzv. „neurčitých právních pojmů“.

V tomto článku se hodlám zaměřit na otázku, do jaké míry a jakým způsobem se v rámci bezprostředních zásahů realizovaných příslušníky Policie České republiky (dále jen „policie“), uplatní institut správního uvážení. Dále se chci v této souvislosti zabývat problematikou výkladu neurčitých právních pojmů. Konkrétně se jedná např. o pojem „nebezpečný pachatel“, který zákon nikterak nedefinuje a jeho výklad je tak ponechán pouze na rozhodnutí aplikujícího orgánu veřejné správy za současného respektování doktríny a judikatury. Cílem článku je zpracování nastíněné problematiky především z hlediska komparace teorie a praxe.

1 Úvaha nad možným uplatněním vybraných právních zásad v souvislosti s využitím správního uvážení při realizaci bezprostředních zásahů

Bezprostřední zásahy bývají v praxi uskutečňovány zpravidla namísto individuálních správních aktů, a to v situacích, kdy správní orgány v rámci aplikace práva neformálním způsobem rozhodují o právních poměrech jmenovitě určených adresátů veřejnoprávního působení v podobě bezprostřední reakce na aktuálně hrozící nebezpečí. Pod právněteoretický pojem bezprostřední zásahy lze ve vztahu k činnosti policie podřadit především použití donucovacích prostředků a zbraně. Z právněteoretického, nicméně i z praktického hlediska však v této souvislosti vyvstává otázka, zda, případně které obecné právní zásady dopadají na tuto formu realizace veřejné správy.

Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) obsahuje katalog základních zásad určených pro výkon činnosti orgánů veřejné správy. Přestože postup při realizaci bezprostředních zásahů jakožto neformálního projevu veřejné správy není správním řádem upraven a působnost správního řádu se na tuto formu činnosti orgánu veřejné správy nevztahuje, v případě základních zásad upravených v § 2 až 8 správního řádu lze mít za to, že jejich platnost přesahuje působnost samotného správního řádu a že některé z těchto zásad se uplatní též při realizaci bezprostředních zásahů.¹³

¹² SKULOVÁ, S. *Správní uvážení. Základní charakteristika a souvislosti pojmu*. 1 vyd. Brno: MU, 2004, s. 19.

¹³ Jak uvádí S. Skulová, „*rozsah působnosti základních zásad činnosti správních orgánů je širší než vlastní rozsah působnosti správního řádu. K takto širokému chápání dopadu působnosti základních zásad činnosti vede použitá dikce, podle níž mají být zásady použity při veškerém výkonu veřejné správy*“. SKULOVÁ, S. et al. *Správní právo procesní*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 48. K tomu též srov. § 177 odst. 1 správního řádu.

Tuto skutečnost lze dovodit především z § 177 odst. 1 správního řádu, kde se uvádí, že „základní zásady činnosti správních orgánů uvedené v § 2 až 8 se použijí při výkonu veřejné správy i v případech, kdy zvláštní zákon stanoví, že se správní řád nepoužije, ale sám úpravu odpovídající těmto zásadám neobsahuje“.¹⁴ Jak v této souvislosti uvádí S. Skulová,¹⁵ „k takto širokému chápání dopadu působnosti základních zásad činnosti vede použitá dikce, podle níž mají být zásady použity při výkonu veřejné správy. Základní zásady činnosti je proto nutno vztáhnout také na normotvornou činnost správních orgánů nebo na postupy, pro které je použití správního řádu vyloučeno“. Tento názor by podporovala i skutečnost, že dle většiny autorů odborné literatury zabývající se tímto tématem (např. P. Ruřchy nebo D. Hendrycha) jsou bezprostřední zásahy uskutečňovány zpravidla namísto individuálních správních aktů. Tedy představují formu rozhodnutí orgánů veřejné správy, i když s absencí formalizovaného správního procesu. Z toho by bylo možno dovodit, že orgány veřejné správy jsou při realizaci této formy činnosti vázány stejnými zásadami jako v případě jiných postupů vedoucích k vydání správního rozhodnutí.

Naproti tomu se v důvodové zprávě ke správnímu řádu uvádí, že „základní zásady činnosti správních orgánů se uplatní na veškeré postupy správních orgánů při výkonu veřejné správy, a to i v případě, že zvláštní úprava vyloučí použití správního řádu jako celku. Z povahy věci ovšem vyplývá, že správní řád se nepoužije na tzv. bezprostřední zásahy“.¹⁶ Ale i v případě, že zákonodárce vyloučil bezprostřední zásahy nejen z působnosti správního řádu, ale i z působnosti jeho základních zásad, je nepochybné, že ústavní principy, ze kterých zásady vyjádřené v obsahu správního řádu v řadě případů přímo vychází, se musí na tuto formu realizace veřejné správy vztahovat, stejně tak jako na veškerou jinou činnost orgánů veřejné moci.¹⁷ Stežejní ústavní zásadou je zásada legality.¹⁸ Vyjádření této zásady nalezneme též v § 2 odst. 1 správního řádu. Zásada legality vytváří podmínky pro uplatnění dalších zásad, které tuto zásadu více či méně dále rozvíjí.

¹⁴ „Ustanovení § 177 odst. 1 správního řádu se vztahuje na veškeré postupy správních orgánů v oblasti veřejné správy a vztahuje se na veškeré právní předpisy upravující výkon působnosti správních orgánů v oblasti veřejné správy“. Komentář k § 177 odst. 1 správního řádu. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 12. 09. 2017].

¹⁵ SKULOVÁ, S. et al. *Správní právo procesní*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 48.

¹⁶ Důvodová zpráva k zákonu č. 500/2004 Sb., správní řád, ze dne 6. 2. 2003. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 14. 09. 2017].

¹⁷ Závaznost základních zásad činnosti správních orgánů se dovozuje z toho, že se jedná o obecné právní zásady vyplývající například i z ústavního pořádku a mezinárodních smluv, kterými je Česká republika vázána a které mají přednost před zákonem. Srov. JEMELKA, L., K. PONDELÍČKOVÁ a D. BOHADLO. *Správní řád. Komentář*. 5 vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 22.

¹⁸ Viz čl. 2 odst. 3 Ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústavy České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Ústava“) a čl. 2 odst. 2 a čl. 4 odst. 1 Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Listina“).

Jednou z těchto navazujících zásad je zásada zákazu zneužití správního uvážení, která je upravena v § 2 odst. 2 správního řádu.^{19 20} Tato zásada má především za cíl zamezit libovůli²¹ při rozhodovací činnosti správních orgánů v případech, kdy je správní orgán při řešení konkrétní situace oprávněn zvolit jeden z více možných postupů.²² V rámci klasického správního řízení realizovaného v souvislosti s vydáváním individuálních správních aktů se jedná především o to, aby rozhodnutí správního orgánu vycházelo z logické argumentace a při případném následném přezkumu rozhodnutí bylo možno dovodit, kterými úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil a jakým způsobem se vypořádal s předloženými důkazy, případně argumenty účastníků řízení.

Ve vztahu k bezprostředním zásahům se s ohledem na specifika této formy činnosti výše zmíněná zásada zákazu zneužití správního uvážení uplatní v částečně modifikované podobě. Tato modifikace je dána zejména účelem bezprostředních zásahů, který spočívá v reakci na bezprostředně hrozící nebezpečí. Jinak řečeno, tato forma činnosti má často preventivní, ochranný a nezřídkapouze zajišťující charakter. To znamená, že v případě bezprostředního ohrožení významných zákonem chráněných zájmů (jako je např. život, zdraví atd.), je třeba okamžité reakce ze strany příslušných orgánů a tudíž není reálně možné, aby tyto orgány na místě zásahu zjišťovaly skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti a prováděly hodnocení důkazů ve stejném rozsahu, jako je tomu v případě formalizovaného správního procesu. Rozhodnutí provést zákrok tak může být podloženo třeba jen důvodnou obavou, že došlo k ohrožení nebo k útoku na významný zákonem chráněný zájem. Nicméně myšlenka logického ospravedlnění zvoleného postupu, který musí být v souladu se zákonem, a v případě volby jednoho z několika možných zákonných postupů odpovídat mezím správního uvážení stanoveným zákonem, musí zůstat zachována i v případě realizace bezprostředních zásahů.

19 Dle § 2 odst. 2 správního řádu „*Správní orgán uplatňuje svou pravomoc pouze k těm účelům, k nimž mu byla zákonem nebo na základě zákona svěřena, a v rozsahu, v jakém mu byla svěřena*“.

20 Zásadu zákazu zneužití správního uvážení lze dovodit ze zásady legality, protože podle čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny, lze státní moc vykonávat jen v případech, mezích a způsoby, které stanoví zákon. Tato zásada rovněž souvisí s ustanovením čl. 4 odst. 4 Listiny, podle kterého jsou orgány veřejné moci povinny šetřit podstatu a smysl základních práv a svobod a jejich omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena. Srov. JEMELKA, L., K. PONDĚLÍČKOVÁ a D. BOHADLO. *Správní řád. Komentář*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 24.

21 Pojem libovůle lze vymezit jako ničím nevázané uplatňování vůle subjektu vykonávajícího správu. Srov. SKULOVÁ, S. *Správní uvážení. Základní charakteristika a souvislosti pojmu*. 1 vyd. Brno: MU, 2004, s. 49.

22 „*Účelem uvedené zásady je zajistit, aby pravomoc správních orgánů nebyla zneužita a byla vykonávána řádným, přiměřeným, rozumným způsobem*“. SKULOVÁ, S. et al. *Správní právo procesní*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 62.

Pro úplnost je třeba zdůraznit, že v případě realizace bezprostředních zásahů se logicky neuplatní ty zásady, které je možno plně využít pouze v případě formalizovaného postupu v rámci správního řízení.²³

Mimo ústavních principů a základních zásad upravených správním řádem nalezneme v rámci jednotlivých zvláštních zákonů upravujících pravomoc a působnost bezpečnostních sborů limity pro uplatnění správního uvážení v případě, že jim zákon v souvislosti s realizací bezprostředních zásahů dává možnost k výběru jednoho z několika možných zákonných prostředků. V případě bezprostředních zásahů realizovaných příslušníky policie upravuje konkrétní podmínky a meze správního uvážení při využití jejich oprávnění zákon o policii.²⁴ Jedná se především o zákonné vyjádření zásady proporcionality a dále neméně významné zásady subsidiarity, která se ve vztahu k bezprostředním zásahům vyskytuje v podobě tzv. zásady minimalizace zásahu. O této problematice bude podrobněji pojednáno v další části článku, a to vždy ve vztahu ke konkrétním dílčím tématům.

2 Podoba diskreční pravomoci a problematika výkladu neurčitých právních pojmů v případě bezprostředních zásahů realizovaných Policií České republiky

Snahou zákonodárce je upravit činnost bezpečnostních sborů, a to především s ohledem na povahu jejich činnosti, co možná nejpřesněji, což odpovídá požadavku právní jistoty adresátů jejich působení. Nicméně vzhledem k mnohostrannosti úkolů, které příslušníci bezpečnostních sborů plní a nepředvídatelnosti situací do kterých se při výkonu služby dostávají, je stoprocentní naplnění požadavku právní jistoty pro zákonodárce věcí značně složitou. Zákonodárce se při tvorbě jednotlivých zvláštních zákonů, upravujících oprávnění příslušníků bezpečnostních sborů, neobejde bez obecných autorizačních doložek a neurčitých právních pojmů.^{25, 26}

²³ Jedná se zejména o tzv. „zásady správního řízení“, jejichž působnost se váže pouze k postupům správních orgánů uplatňovaným při realizaci správního řízení podle části druhé a třetí správního řádu. Srov. SKULOVÁ, S. et al. *Správní právo procesní*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 76.

²⁴ „Zákon o policii obsahuje odpovídající limity pro využívání svěřených oprávnění policistou. Policista nemůže svěřená oprávnění využívat libovolně, bez konkrétního zdůvodnění potřebnosti realizovaného úkonu. Současně však zákon o policii musí využívat takzvaných neurčitých právních pojmů. Tyto v souladu s právní teorií pro značnou proměnlivost jejich obsahu a rozsahu nedefinuje. Zákon o policii a zejména zákon o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů současně předpokládá odbornost příslušníků policie a schopnost pracovat s neurčitými právními pojmy, jichž zákon o policii často užívá (např. 'důvodné podezření')“. ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 26.

²⁵ „Tzv. neurčité pojmy jsou slovní výrazy použité v právních normách bez toho, že by byl přesně právem (tedy jednak v normě, v níž jsou zařazeny, ani v jiné právní normě) vymezen jejich rozsah a/ nebo obsah, aniž by jej samy svým jazykovým významem určovaly“. SKULOVÁ, S. *Správní uvážení. Základní charakteristika a souvislosti pojmu*. 1. vyd. Brno: MU, 2004, s. 20.

²⁶ Srov. MATES, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 11.

Vzhledem k tomu, že zákon nemůže pamatovat na všechny jednotlivé situace, do nichž se při výkonu služby příslušníci policie mohou dostat, a následně k těmto situacím závazně přiřadit konkrétní postupy, od nichž by se policisté nemohli odchýlit, jsou v zákoně o policii podmínky pro využití jednotlivých oprávnění vyjádřeny s jistou mírou obecnosti a policistům je tak v konkrétních situacích ponechán prostor pro vlastní rozhodování. Z tohoto důvodu využívají příslušníci policie (stejně jakož i příslušníci ostatních bezpečnostních sborů) nezřídka při plnění svých úkolů institutu správní uvážení. „*Optikou správní vědy je správní uvážení rozhodovacím procesem, v němž je podle více či méně určitých kritérií racionálně vybíráno nejméně ze dvou alternativ to nejlepší řešení*“.²⁷

Správní uvážení se vyskytuje ve dvou základních podobách, jimiž jsou „uvážení jednání“ a „uvážení volby“.²⁸ V případě uvážení jednání správní orgán rozhoduje o tom, zda zákonem daný postup uplatní či nikoliv. V této souvislosti se zpravidla správní orgán musí nejprve vypořádat s výkladem neurčitých právních pojmů, a to s cílem vyhodnotit, zda daná situace dopadá na obsah pojmu, při jehož naplnění mu zákon přiznává příslušná oprávnění. V případě uvážení volby správní orgán rozhoduje o uplatnění jednoho z více možných postupů řešení daného případu.²⁹

Jak již bylo řečeno, správní uvážení se v modifikované podobě uplatní též v případě realizace bezprostředních zásahů. Podobně jako v případě správního řízení se i zde správní uvážení uplatní v obou výše zmíněných základních podobách. V prvním případě se jedná o již zmíněné uvážení volby, kdy se příslušník policie v souvislosti s realizací bezprostředního zásahu (v zákoně o policii označeného jako zákrok)³⁰ na základě volné úvahy rozhodne, který z několika možných zákonem svěřených prostředků státního donucení ke splnění dobrovolně nesplněné právní povinnosti při řešení nastalé situace užije.

Ve vztahu k použití donucovacích prostředků zákon o policii stanoví obecnou podmínku, za níž musí probíhat uvážení volby při jejich výběru. Tato obecná podmínka je upravena v § 53 odst. 3 zákona o policii, kde se uvádí, že „*policista je oprávněn použít donucovací prostředek, který*

a) umožní dosažení účelu sledovaného zákrokem a

b) je nezbytný k překonání odporu nebo útoku osoby, proti níž zakročuje“.³¹

Zákon o policii tedy dává pouze obecný návod pro výběr nejvhodnějšího donucovacího prostředku, přičemž rozhodnutí samotné je za splnění této, jakož i ostatních zákonných

27 MATES, P. *Správní uvážení*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 80.

28 Srov. SKULOVÁ, S. *Správní uvážení. Základní charakteristika a souvislosti pojmu*. 1 vyd. Brno: MU, 2004, s. 28.

29 Srov. ibidem, s. 62.

30 „*Zákrokem se rozumí úkon, při němž dochází ke přímému vynucování splnění právní povinnosti nebo ke přímé ochraně práv za použití síly nebo hrozby jejího použití*“. Viz § 10 odst. 5 zákona o policii.

31 Současně se jedná o vyjádření „zásady přiměřenosti“, která je v obecné rovině ve vztahu k veškerým postupům policie vůči osobám upravena v § 11 písm. c) zákona o policii.

podmínek ponecháno na rozhodnutí policisty.³² Pořadí donucovacích prostředků upravených v § 52 zákona o policii nezakládá jejich hierarchii, jedná se tedy pouze o výčet možných prostředků využitelných k dosažení účelu sledovaného zákroku při ochraně zákonem chráněných zájmů.³³ Výjimkou je elektrický donucovací prostředek, pro jehož použití zákon stanoví zvláštní omezení.³⁴

Na rozdíl od dřívější právní úpravy zákon v současnosti již nerozlišuje donucovací prostředky na mírnější (tj. donucovací prostředky v užším smyslu) a použití zbraně,³⁵ ani na „běžné“ a speciální.³⁶ I přesto, že zákon ve svém obsahu bližší dělení donucovacích prostředků podle intenzity jejich působení výslovně neuvádí, vzhledem k jejich povaze a možnému účinku na lidské tělo by z právněteoretického hlediska bylo možno donucovací prostředky rozdělit na mírnější a důraznější. Takové rozdělení donucovacích prostředků lze mimo jiné dovodit též z ustanovení § 58 odst. 1 zákona o policii. Z obsahu tohoto ustanovení je zřejmé, že za mírnější donucovací prostředky lze považovat hmaty a chvaty, zastavovací pás, zahrazení cesty vozidlem a jiný prostředek k násilnému zastavení vozidla nebo zabránění odjezdu vozidla, vytlačování koněm, vodní stříkač,³⁷ pouta a prostředek k zamezení prostorové orientace. Obecným kritériem³⁸ pro rozhodnutí, zda policista při zákroku použije mírnějšího nebo důraznějšího donucovacího prostředku bude skutečnost, zda osoba, proti níž zákrok směřuje, klade aktivní³⁹ či pasivní odpor.⁴⁰

32 „Kterého konkrétního donucovacího prostředku policista užije, musí vždy vyhodnotit sám, a to s ohledem na okolnosti dané situace, zejména na účel sledovaný zákrokem, na míru a povahu nebezpečí, obroženě hodnoty, intenzitu a charakter kladeného odporu, charakter útočníka, aktuální či potenciální nebezpečnost útočníka a v neposlední řadě na celkový charakter situace, případně další informace“. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5661/2015.

33 „Příslušné zákony vždy stanoví, které donucovací prostředky mohou být jejich příslušníky použity, jejich výčet je taxativní a uzavřený, numerus clausus, jiné tedy v úvahu nepřicházejí. Mezi nimi však neexistuje žádná hierarchie, takže je na odpovědnosti každého příslušníka veřejného ozbrojeného sboru, jak situaci vyhodnotí a uváže, nelze-li požadovaného cíle dosáhnout jiným způsobem, zda je respektován princip proporcionality, minimalizace, či nezbytné nutnosti, nakořím je donucovací prostředek vhodný a adekvátní situaci a v jaké intenzitě má být použit, což je tím naléhavější, že tu dochází k zásahům i do základních práv dotčených osob“. MATES, P. *Správní uvážení*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 95–96.

34 Srov. ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 208.

35 Srov. § 32 až 36 zákona č. 40/1974 Sb., o Sboru národní bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů.

36 Srov. § 39a odst. 2 zákona ČNR č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

37 Z hlediska zvláštních omezení upravených v § 58 odst. 1 zákona o policii, bude v případě použití vodního stříkače zřejmě třeba rozlišit, jakým způsobem bude tento donucovací prostředek použit. Zda pouze jako kropení vodou dopadající z výšky na osoby či jako proud vody namířený přímo proti osobě. Vzhledem k povaze tohoto donucovacího prostředku by bylo vhodnější jej zařadit mezi donucovací prostředky, na které dopadají zvláštní omezení s výjimkou upravenou v odst. 2 výše zmíněného ustanovení.

38 Mimo výše zmiňované zvláštní omezení vyjádřené v § 58 odst. 1 zákona o policii.

39 „Aktivním odporem lze rozumět násilné bránění realizaci služebního zákroku“. ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 201.

40 Srov. ibidem, s. 201.

Použití zbraně představuje *ultima ratio*, tedy poslední možnost, jak může policista dosáhnout cíle sledovaného zákrokem.⁴¹ Z tohoto důvodu na rozdíl od obecného zákonného zmocnění v případě použití donucovacích prostředků, které (za splnění dalších zákonných podmínek) ponechává na rozhodnutí zasahujícího policisty, který z těchto prostředků při zákroku použije, se v případě oprávnění použít zbraň v zákoně o policii uvádí taxativní výčet kvalifikovaných případů, za nichž může policista tohoto svého oprávnění využít. Tento rozdílný přístup je dán zejména smrtící povahou tohoto donucovacího prostředku. Zákonodárce se tedy snažil vymezit okolnosti, za nichž může policista použít zbraň maximálně striktním způsobem.

Nicméně jednotlivé případy, za nichž je policista oprávněn použít zbraň, jsou v zákoně vymezeny s různou mírou konkrétnosti, a to od naprosto konkrétních⁴² až po ustanovení značně obecná. Nejširší je v tomto smyslu oprávnění policisty použít zbraň v nutné obraně nebo krajní nouzi. Neboť toto oprávnění nevyjadřuje žádnou konkrétní situaci, ale naopak zahrnuje množství rozličných situací, při jejichž řešení musí policista případ od případu prostřednictvím správního uvážení v podobě uvážení jednání vyhodnotit, zda jsou naplněny zákonné podmínky pro jednání v nutné obraně nebo krajní nouzi podle jiného právního předpisu.⁴³

V případě použití zbraně policistou je tedy namísto uvážení volby stěžejním rozhodovacím prostředkem uvážení jednání, jež spočívá ve vyhodnocení toho, zda některé z oprávnění policisty uvedených v § 56 odst. 1 zákona o policii dopadá na konkrétní nastalou situaci, kterou je policista v souladu se zásadou iniciativy⁴⁴ povinen v rámci plnění svých úkolů řešit. Rozhodnutí o tom, zda je policista v konkrétní situaci oprávněn použít zbraň, jakožto prostředku státního donucení smrtící povahy, závisí v mnoha případech na výkladu neurčitých právních pojmů,⁴⁵ a to zejména pojmu „nebezpečný pachatel“. V této souvislosti je poměrně překvapivé, že pojem „nebezpečný

⁴¹ Srov. ibidem, s. 213.

⁴² Jedním z nejvíce konkrétních je oprávnění policisty použít zbraň v případě, jestliže nelze-li jinak zadržet dopravní prostředek, jehož řidič bezohlednou jízdou vážně ohrožuje život nebo zdraví osob a na opětovnou výzvu nebo znamení dané podle jiného právního předpisu nezastaví. Toto oprávnění se vztahuje na řešení pouze jediné situace, která je v zákoně poměrně detailně popsána, přičemž zákon v tomto případě nepoužívá neurčitých právních pojmů.

⁴³ Srov. § 28 a 29 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁴ Srov. § 10 zákona o policii.

⁴⁵ „Úkolem aplikujícího orgánu je, aby neurčitý pojem vyložil, alespoň rámcově objasnil jeho význam a popsal, jakým procesem k určitému závěru dospěl. Nestačí proto pouze podřadit nějakou činnost, jev atp. pod neurčitý právní pojem, jestliže také nebude objasněn jeho význam, a spokojit se s konstatováním, že daná činnost uvažovanému pojmu odpovídá. V opačném případě vzniká nebezpečí nezákonnosti, libovůle a zneužívání moci“. MATES, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 12.

pachatel“ není doposud nikde v zákoně legálním způsobem definován a jeho výklad je tak ponechán pouze na doktríně a judikatuře.⁴⁶

Nicméně nutnost výkladu neurčitých právních pojmů lze vysledovat i ve vztahu k použití donucovacích prostředků. Zde se jedná především o výklad pojmu veřejný pořádek, k jehož ochraně je dle § 53 odst. 1 zákona o policii mimo jiné policista oprávněn donucovací prostředky použít. Dle závěrů judikatury obsah pojmu „veřejný pořádek“ v sobě zahrnuje normy několika různých normativních systémů.⁴⁷ Nicméně policie vzhledem ke svému veřejněmocenskému postavení může poskytovat ochranu pouze normám právním.⁴⁸ Tuto skutečnost je při výkladu tohoto pojmu ze strany zasahujícího policisty vždy nezbytné patřičně zohlednit.

Vzájemný vztah mezi použitím donucovacích prostředků a zbraně lze z právněteoretického hlediska označit za uvážení volby. Nicméně z praktického hlediska v tomto případě sehrává zásadní roli významná právní zásada, jež má své uplatnění při realizaci bezprostředních zásahů a to zásada subsidiarity.

V obecné rovině lze konstatovat, že fyzický zásah do práv a svobod osob ze strany orgánů veřejné moci by měl představovat tzv. „ultima ratio“, tedy až poslední možnost jak prosadit splnění právních povinností, případně zabránit jejich porušování v případě, že uplatnění mírnějších prostředků není dostačující. Ve vztahu k bezprostředním zásahům má tato zásada podobu tzv. minimalizace zásahu, či vyjádřeno opačně, zákazu nadměrnosti zásahů do práv a svobod osob.⁴⁹ Dle judikatury Ústavního soudu lze tuto

⁴⁶ „Podle právní teorie lze za nebezpečného pachatele třeba považovat:

- a) zvláště závažného recidivistu podle § 41 trestního zákoníku,
 - b) pachatele závažného úmyslného trestného činu, který byl při jeho spáchání nebo bezprostředně poté přistižen,
 - c) pachatele úmyslného trestného činu, o kterém vyjde najevo, že je ozbrojen,
 - d) vězně na útěku,
 - e) osobu, která byla nadřízeným nebo jiným oprávněným orgánem za nebezpečného pachatele výslovně označena.“
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 18. 1. 2012, sp. zn. 8 Tdo 1623/2011.

⁴⁷ „Veřejný pořádek je neurčitým právním pojmem, jehož obsah je jednak proměnlivý a jednak neztožnitelný s pouhou výšeí jediného existujícího normativního systému, neboť v sobě neobsahuje pouze normy morální či pouze normy právní, ale přinejmenším normy obou těchto druhů... Má tedy veřejný pořádek coby normativní systém povahu heterogenní a normy v něm obsažené nespojuje povaha jejich závažnosti a původu, nýbrž jejich účel, tedy optimální fungování společnosti. I v rámci této výše nastíněné proměnlivosti jednak v čase a jednak pohledem jednotlivých právních odvětví je nicméně možno dle názoru zdejšího soudu definovat veřejný pořádek jako normativní systém, na němž je založeno fungování společnosti v daném místě a čase a jenž v sobě zahrnuje ty normy právní, politické, mravní, morální a v některých společnostech i náboženské, které jsou pro fungování dané společnosti nezbytné. Nadto je možno pod pojmem veřejného pořádku rozumět také faktický stav společnosti, k němuž je dodržování tohoto heterogenního normativního systému začleněno. Narušení veřejného pořádku je proto zároveň narušením normy a zároveň narušení optimálního stavu společnosti, který je účelem a dispozicí této normy“. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 7. 2009, č. j. 6 As 19/2009-75.

⁴⁸ „Zákon o policii vychází ze zásady, že policejní činnost je veřejnou službou ve prospěch fyzických i právnických osob. Policie jako bezpečnostní sbor zřízený státem chrání zájmy, které jsou veřejné. V rámci své ochranné činnosti zasahuje do soukromé sféry (osobní nebo rodinný život, případně vnitřní život právnických osob) pouze v případech, že zde vzniklé poruchy mají veřejný význam, protože se jako protiprávní jednání projevují na veřejnost“. ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. Zákon o policii s komentářem. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 26.

⁴⁹ Srov. čl. 4 odst. 4 Listiny.

zásadu vykládat jako princip přiměřenosti v širším smyslu, kdy je třeba posuzovat účel (cíle) zásahu orgánu veřejné moci ve vztahu k použitým prostředkům.⁵⁰ V případě zákonného omezení práva či svobody jednotlivce je třeba co nejvíce šetřit oprávněné zájmy osoby proti které zásah veřejné moci směřuje.⁵¹ V praxi se uplatnění této zásady projevuje tím způsobem, že orgán veřejné správy nejprve použije mírnějších prostředků a teprve v případě, že použití mírnějších prostředků (donucovací prostředky) je (či by bylo) vzhledem k okolnostem zřejmě neúčinné, použije prostředků důraznějších (zbraň).⁵² Podobně princip subsidiarity působí i v rámci použití donucovacích prostředků v užším smyslu (tedy donucovacích prostředků taxativně vyjmenovaných v § 52 zákona o policii), kdy policista, dovolují-li to okolnosti, použije nejprve mírnější a případně až poté důraznější donucovací prostředek.⁵³

3 Závěry judikatury ve vztahu k vybraným případům bezprostředních zásahů realizovaných Policií České republiky

I přesto, že bezprostřední zásahy bývají z hlediska právní teorie označovány za neformální projevy veřejné správy, musí i zde být dodrženy určité zákonné postupy, tedy jistá forma. Jak uvádí M. Kindl,⁵⁴ „*ačkoli však lze hovořit o nutnosti zachovat určitou podobu (tedy formu) jednání, rozhodně nejde o formu úkonu v pravém smyslu slova (písemný, ústní, konkludentní)*.“ Způsob provedení (vnější podoba) bezprostředních zásahů není, na rozdíl od postupu při vydávání individuálních správních aktů, namísto kterých jsou bezprostřední zásahy povětšinou realizovány, přímo detailně upraven zákonem, ale je dotvářen prostřednictvím interních aktů řízení a metodických pokynů.⁵⁵ Ale ani v rámci interních aktů řízení a metodických pokynů nelze naprosto podrobně stanovit konkrétní postupy při realizaci bezprostředních zásahů, a to z toho důvodu, že situace, v nichž jsou tyto činnosti uskutečňovány, se vyznačují rozmanitostí, nepředvídatelností a proměnlivostí. To může mít negativní dopad nejen na právní jistotu adresátů veřejnoprávního působení, ale též právní jistotu zasahujících příslušníků policie. V tomto směru hraje významnou roli především judikatura.

⁵⁰ Blíže o vzájemném vztahu zásady proporcionality a zásady subsidiarity v rámci výkonu veřejné správy viz SKULOVÁ, S. et al. *Správní právo procesní*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 60–61.

⁵¹ Srov. Nález Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02.

⁵² Srov. např. § 56 odst. 1 písm. g) nebo § 56 odst. 2 zákona o policii.

⁵³ Srov. § 53 odst. 4 zákona o policii.

⁵⁴ KINDL, M. et al. *Základy správního práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 168.

⁵⁵ „*V právní úpravě veřejných ozbrojených i neozbrojených sborů, při jejichž činnosti dochází mnohdy k velmi citelným zásahům do základních práv a svobod, se to neurčitými pojmy jen bemží. V praxi má tato skutečnost za následek, že roste význam různých vnitřních pokynů a jiných aktů, které stanoví pravidla pro aplikační praxi. To zase zpětně vyvolává požadavek, aby existovaly účinné obranné mechanismy proti tomu, aby nedocházelo k zneužití zásahů co do jejich četnosti i doby trvání*“. MATES, P. *Správní uvážení*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 66.

Jak již bylo řečeno v předchozí kapitole, správný výklad neurčitých právních pojmů má často pro následné posouzení legality zásahu zásadní význam. To platí především v případě použití zbraně policistou dle § 56 odst. 1 písm. b) a c) zákona o policii⁵⁶ neboť v těchto případech je nezbytnou podmínkou pro použití zbraně skutečnost, že osoba byla policistou označena za tzv. „nebezpečného pachatele“.

Chybný výklad neurčitého právního pojmu „nebezpečný pachatel“ může mít pro zasahujícího policistu v rámci následného soudního přezkumu jeho postupu fatální následky, o čemž svědčí i příslušná judikatura. „Podle závěrů soudů obou stupňů se tedy o nebezpečného pachatele ve smyslu § 56 zákona o policii jednoznačně nejednalo. Teoreticky by v úvahu připadala možnost použití zbraně za situace uvedené v odst. 1 písm. f) tohoto ustanovení, ovšem ani takové okolnosti v posuzované věci nenastaly. Obviněný policista se tedy nenacházel ani v jedné ze situací uvedených v § 56 odst. 1 písm. a) až b) citovaného zákona. Použití zbraně za daných okolností bylo nejen zcela neadekvátní, ale především nezákonné. Proto se v případě obviněného nemohlo jednat o některou z okolností, která by vylučovala protiprávnost jeho jednání“.⁵⁷

Judikatura Nejvyššího soudu se k výkladu výše zmíněného neurčitého právního pojmu „nebezpečný pachatel“ vyjádřila v tom smyslu, že podle právní teorie je za nebezpečného pachatele třeba považovat:

- a) zvlášť závažného recidivistu podle § 41 trestního zákoníku,
- b) pachatele závažného úmyslného trestného činu, který byl při jeho spáchání nebo bezprostředně poté přistižen,
- c) pachatele úmyslného trestného činu, o kterém vyjde najevo, že je ozbrojen,
- d) vězně na útěku,
- e) osobu, která byla nadřízeným nebo jiným oprávněným orgánem za nebezpečného pachatele výslovně označena.⁵⁸

„Prakticky hraje snad největší roli při zpřesňování neurčitých právních pojmů judikatura, zejména nejvyšších soudů, Ústavního soudu, Evropského soudu pro lidská práva a samozřejmě též Evropského soudního dvora.“⁵⁹ K zadržení osoby na útěku pomocí střelné zbraně se v odůvodnění svého rozhodnutí Evropský soud pro lidská práva vyjádřil v tom smyslu, že „nemůže být za žádných okolností „absolutně nezbytné“ ve smyslu čl. 2 odst. 2 Úmluvy použití smrtící zbraně k zadržení osoby podezřelé ze spáchání násilného trestného činu, která momentálně neohrožuje život zasahujícího policisty ani jiné osoby, i když její nepoužití (mysleno zbraně) může případně znamenat

⁵⁶ Na základě těchto dvou ustanovení je policista oprávněn použít zbraň, jestliže se nebezpečný pachatel, proti němuž zakročuje, na jeho výzvu nevzdá nebo se zdráhá opustit svůj úkryt a aby zamezil útěku nebezpečného pachatele, jehož nemůže jiným způsobem zadržet.

⁵⁷ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. 1. 2012, sp. zn. 8 Tdo 1623/2011.

⁵⁸ Srov. ibidem.

⁵⁹ MATES, P. *Správní uvážení*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 63.

neúspěšné zadržení takové osoby na útěku“.⁶⁰ V tomto případě se jednalo především o otázku stanovení podmínek, za nichž lze osobu označit za „nebezpečného pachatele“. V této souvislosti Evropský soud pro lidská práva dospěl v odůvodnění svého rozhodnutí k závěru, že není možné označit za „nebezpečného pachatele“ jakéhokoli vězně na útěku (tedy i takového, který nebyl odsouzen za násilnou trestnou činnost, není ozbrojen a v danou chvíli nepředstavuje bezprostřední ohrožení pro jiné osoby).⁶¹ Tento názor Evropského soudu pro lidská práva by tedy bylo vhodné zapracovat do doktrinální definice pojmu „nebezpečný pachatel“.

Jak již bylo několikrát zmíněno, bezprostřední zásahy se často odehrávají ve složitých emočně velice vypjatých situacích, které mohou být značně nepřehledné.⁶² Míra přesnosti s jakou jsou zasahující orgány v rámci správního uvážení schopny vyhodnotit situaci na místě zákroku tak často odpovídá dostupným, mnohdy pouze dílčím informacím či nejednoznačně se jevícím skutečnostem. Rozhodnutí provést zákrok tak může být podloženo třeba jen důvodnou obavou,⁶³ že je bezprostředně ohrožen významný zákonem chráněný zájem.⁶⁴ Nejvyšší správní soud v této souvislosti potvrdil zákonnost zásahu provedeného na základě chybně vyhodnocené situace za podmínky, že zvolené řešení odpovídalo dostupným informacím a že zasahující policisté jednali v „dobré víře“.⁶⁵ Neboť pokud bychom připustili, že i špatný taktický postup zasahujících policistů automaticky zakládá nezákonnost daného zákroku, nepochybně bychom tím výrazně oslabili pozici veřejné moci v situacích, kdy prostřednictvím realizace bezprostředních zásahů dochází k odvrácení závažného nebezpečí při ochraně významných zákonem chráněných celospolečenských zájmů.⁶⁶

60 Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva, ze dne 26. 2. 2004, *Nachová a další v. Bulharsko*, sp. zn. 43577/98.

61 „Uprchlíci jako vězni pracovali na stavbě, z níž uprchli. K posouzení, zda bylo použítí síly (střelné zbraně) „absolutně nezbytné“, bylo nutno vzít v úvahu skutečnost, že oba uprchlíci byli odsouzeni za nenásilný trestný čin a nepředstavovali pro policisty nebo ostatní osoby brožbu“. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva, ze dne 26. 2. 2004. *Nachová a další v. Bulharsko*, sp. zn. 43577/98.

62 Policisté jsou mnohdy ve zlomku vteřiny žalobci, soudci i vykonavateli rozhodnutí. Srov. MATES, P. *Správní uvážení*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 96.

63 V tomto případě se ovšem opět jedná o neurčitý právní pojem, který je třeba ve vztahu ke konkrétní situaci správně vyložit.

64 Například v případě kdy dojde k namíření reálně vypadající makety či skutečné, ale nenabitě střelné zbraně držené v ruce pachatele loupežného přepadení na zasahujícího policistu, je policista dle § 56 odst. 1 písm. a) zákona o policii oprávněn proti této osobě použít zbraň, a to bez toho, že by měl povinnost nejprve zjišťovat skutečný stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, tedy v tomto případě to, zda se jedná o skutečnou střelnou zbraň či zda je tato zbraň nabitá.

65 „Ani chybně vyhodnocená situace nemusí vést vždy k označení policejního postupu za nezákonný, jestliže zvolené řešení odpovídalo (nutně neúplným) informacím známým zasahujícímu policistovi v době zásahu, a tomu, jak se situace musela jevit rozumně uvažujícímu a náležitě vycvičenému policistovi jednajícímu v dobré víře“. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2015, č. j. 6As 255/2014-42.

66 „Policie si musí zachovat vysokou míru akceschopnosti při ochraně práv osob a veřejného pořádku. Nelze proto klást na policejní rozhodování v terénu nadměrné a nerealistické požadavky, neboť to by mohlo mít do budoucna rdousící dopad na policejní iniciativu. Určitou míru disproporce zásahu lze akceptovat a přičíst ji na vrub omezené době pro rozhodování ve vypjaté situaci“. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2015, č. j. 6As 255/2014-42.

Na druhou stranu je ovšem třeba odlišit situace, kdy zasahující policista vyhodnotí situaci zcela (nebo zčásti) v rozporu s obecně přijímanými pravidly a doporučeními stanovenými v podzákonných právních předpisech (jedná se např. o Závazné pokyny policejního prezidenta, rozkazy služebních funkcionářů, závazná stanoviska atd.) a zásadami taktického postupu doporučovaných při realizaci bezprostředních zásahů.⁶⁷ V takovém případě nezákonnost zásahu nejčastěji spočívá buď, jak již bylo řečeno, v chybném výkladu neurčitých právních pojmů, nebo v překročení zákonem daných limitů v rámci správního uvážení.⁶⁸ S ohledem na následky bude takto chybný postup následně hodnocen v rámci správněprávní (disciplinární) nebo trestněprávní odpovědnosti.

Závěr

Zajištění vnitřního pořádku a bezpečnosti náleží mezi základní a trvalé úkoly každého fungujícího státu, který plní své závazky vůči svým občanům. Zvláště v poslední době vzhledem k narůstajícímu počtu nových bezpečnostních rizik (mezi něž se řadí především terorismus, organizovaný zločin s mezinárodním rozsahem působnosti či kriminalita spojená s migrací cizinců) se stává otázka zajištění vnitřní bezpečnosti velmi diskutovanou. Ve stínu řady tragických událostí z poslední doby, jež jsou nepopíratelným důkazem reálné přítomnosti zmiňovaných hrozeb, se vlády jednotlivých zemí snaží nalézt adekvátní reakce na tyto negativní projevy ve společnosti.

Do množiny opatření nezbytných k zajištění vnitřního pořádku a bezpečnosti státu, lze nepochybně zahrnout vybavení jeho orgánů odpovídajícími pravomocemi v oblasti zásahu do práv a svobod osob. Fyzický zásah do práv a svobod osob představuje bezesporu svébytnou oblast realizace veřejné správy, v níž se naplno projevuje její mocenský, vrchnostenský a jednostranně nařizovací charakter. K těmto zásahům dochází zpravidla v emočně velice vypjatých situacích, kdy je třeba se ve značně omezeném čase rozhodnout o zásadních otázkách dalšího postupu. Úřední osoby oprávněné k realizaci těchto forem správněprávních činností, při nichž dochází k přímému vynucování dobrovolně nesplněné právní povinnosti za použití síly nebo hrozby jejího použití, musí nastalou situaci správně vyhodnotit a rozhodnout o použití nejvhodnějšího prostředku určeného k jejímu řešení. Za tímto účelem jsou vybaveny diskreční pravomocí.

V rámci realizace bezprostředních zásahů se příslušníci bezpečnostních sborů rozhodují prostřednictvím využití správního uvážení ve dvou případech. V prvním případě

⁶⁷ Např. „*Použít zbraň k zastavení vozidla lze jen výjimečně. To, že to zákon umožňuje, neznamená nutně, že jde také o účinný a bezpečný postup.*“ Stanovisko odboru bezpečnostní politiky MV, analyticko-legislativního odboru Policejního prezidia a ředitelství služby pořádkové policie Policejního prezidia k některým otázkám týkajícím se aplikace právní úpravy donucovacích prostředků.

⁶⁸ „*Ať již byla důvodem pro jeho rozhodnutí k zákroku vůči poškozenému služební horlivost, nebo otázka osobní prestiže, je mimo jakoukoliv pochybnost, že šlo spíše o impulzivní rozhodnutí, než o řádné zhodnocení dané situace a posouzení oprávnění použít donucovacího prostředku ve formě varovného výstřelu ze služební zbraň.*“ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 2. 6. 2010, sp. zn. 8 Tdo 353/2010.

rozhodují o tom, který ze zákonem svěřených prostředků je pro řešení konkrétního případu nejvhodnější, a to jak z hlediska dosažení účelu sledovaného zákroku, tak i z hlediska naplnění zásady proporcionality. Ve druhém případě úřední osoby musí nejprve provést výklad neurčitých právních pojmů, aby následně na základě tohoto výkladu mohly rozhodnout o tom, zda daný zásah provést či nikoliv.

V případě bezprostředních zásahů má diskreční oprávnění zčásti odlišnou podobu od klasického správního uvážení využívaného při vydávání individuálních správních aktů v rámci správního řízení. Vzhledem k bezprostřední povaze této formy realizace veřejné správy je hlavní rozdíl především v čase, který má příslušná úřední osoba k dispozici pro aplikaci rozhodnutí přijatého na základě správního uvážení. Zatímco v případě formalizovaného správního řízení jsou za tímto účelem úředním osobám zákonem poskytnuty lhůty, zpravidla v trvání minimálně několika dnů, v případě bezprostředních zásahů se mnohdy jedná o vteřiny.

Jak již bylo řečeno, vzhledem ke specifickým podmínkám, za nichž jsou bezprostřední zásahy realizovány (emočně vypjaté situace, nutnost bezprostřední reakce na danou situaci, nedostatek dostupných informací atd.) má v tomto případě diskreční oprávnění úzkou souvislost se zvolenou taktikou zákroku, znalostí podzákonných právních předpisů, a v neposlední řadě i související judikatury. Neboť mimo zákonných limitů a zohlednění některých správněprávních zásad zde hrají významnou úlohu podzákonné právní předpisy a taktická doporučení, která jsou vydávána příslušnými školicími středisky. V praxi o úspěšném provedení právně bezvadného zásahu rozhoduje nejen výborná znalost souvisejících právních předpisů, ale též zkušenosti a míra dosažené úrovně výcviku.

Tato výše zmíněná specifika diskrece v případě realizace bezprostředních zásahů by měla být brána v potaz zejména orgány, jež jsou oprávněny k následnému přezkumu postupů zvolených zasahujícími policisty. Zde je třeba říci, že se to v praxi v některých případech již děje. Například v případě přezkumu zákonnosti zásahu policie při vyklizení vily Milada Nejvyšší správní soud v odůvodnění svého rozhodnutí správně zohlednil výše zmíněné skutečnosti.⁶⁹

⁶⁹ Viz Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2015, č. j. 6As 255/2014-42.

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Disenty jako budoucí většinová stanoviska

Dissenting Opinions as Future Majority Opinions

Ondřej Stypa*

Abstrakt

Článek pojednává o transformaci soudcovských disentů na většinová stanoviska. Vymezuje tři druhy přeměny disentů ve většinová stanoviska, zkoumá hlavní znaky každého druhu transformace a rozebírá jeho výhody a nevýhody pro disentuujícího soudce. Teoretické poznatky jsou doplněny konkrétními příklady transformace disentu ve většinové stanovisko, které pocházejí především z judikatury Nejvyššího soudu USA.

Klíčová slova

Dissent; odlišné stanovisko; většinové stanovisko; soudce; Nejvyšší soud USA.

Abstract

This article deals with transformation of dissenting opinions into majority opinions. It identifies three types of transformation of dissenting opinions into majority opinions, analyses the main features of each type of transformation, and discusses its advantages and disadvantages for the dissenting judge. Theoretical findings are supplemented by specific examples of transformation of dissent into a majority opinion, which come mainly from the case law of the US Supreme Court.

Keywords

Dissent; Separate Opinion; Majority Opinion; Judge; US Supreme Court.

Úvod

Odlišné stanovisko je vyjádřením nesouhlasu přehlasovaného soudce s většinovým názorem a poskytuje mu prostor pro prezentaci jeho právních argumentů. Je zřejmé, že spolu s většinovým stanoviskem, ale nemá právní účinky. Odlišná stanoviska se dělí na dva druhy: *dissenting opinion* neboli dissent, jenž představuje nesouhlas s výrokem soudu, a *concurring opinion* neboli konkurence, která vyjadřuje nesouhlas s odůvodněním soudního rozhodnutí.¹

V českém prostředí jsou odlišná stanoviska poměrně novým institutem. Poprvé byla zavedena roku 1993 na Ústavním soudu ČR zákonem č. 182/1993 Sb. Tento zákon

* Ondřej Stypa, student, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / student, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 446029@mail.muni.cz

¹ MAHMOUD, Martina. *Disenty soudců*. Brno, 2009, 58 s. Diplomová práce. Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, s. 5.

zakotvuje v § 14 právo soudce podat odlišné stanovisko k rozhodnutí pléna ÚS a v § 22 k rozhodnutí senátu. Na základě § 55a zákona č. 150/2002 Sb. mají od roku 2012 právo podat odlišné stanovisko i soudci Nejvyššího správního soudu při rozhodování v rozšířených senátech.

Tradice separátních stanovisek je velmi silná v zemích common law. Soudkyně kanadského nejvyššího soudu Claire L'Heureux-Dubé přirovnává disenty k polyfonii v hudbě, neboť umožňují, aby právo promlouvalo vícehlasně. Podle jejího názoru stojí disenty za rozvojem práva a právní kultury.² Mezi výhody odlišných stanovisek patří také rozvoj diskuze o právních otázkách a zkvalitňování většinových stanovisek. Antonin Scalia, soudce Nejvyššího soudu USA a proslulý disenter k tomu uvedl, že preferuje, když proti jím sepsanému stanovisku někdo disentuje, protože jednomyslná rozhodnutí bývají z argumentačního hlediska nejméně kvalitní.³

S existencí separátních stanovisek jsou však spojována i negativa, jako je oslabení autority soudu, narušení právní jistoty, jakož i přílišná individualizace a politizace soudního rozhodování. Například John Roberts, předseda Nejvyššího soudu USA, k tomuto problému poznamenal, že odlišná stanoviska vedou k tomu, že se soudci chovají jako primadony a tím oslabují soud jako instituci.⁴

Dále je nutno položit si otázku, co soudce k sepsání odlišného stanoviska vede. Za bezprostřední důvod lze považovat potřebu soudce veřejně vyjádřit své stanovisko k dané právní otázce. Zároveň s tím jde logicky předpokládat, že si prakticky každý disentuující soudce přeje, aby se jeho právní názor prosadil. Cílem tohoto článku je popsat způsoby, jak toho může dosáhnout.

Předtím se však musíme zeptat, zda soudce má reálnou šanci dosáhnout proměny svého disentu v budoucí většinové stanovisko. V tomto ohledu se rovněž vyskytují značně odlišné názory. Zatímco již zmíněná Claire L'Heureux-Dubé zdůrazňuje, že každý disent má potenciál stát se většinovým stanoviskem,⁵ tak Andrew Lynch význam disentů v tomto směru poněkud marginalizuje s tím, že takové případy jsou dosti vzácné. Jako příklad udává to, že na Nejvyšším soudu Austrálie se během let 1981–2002 pouze 3 disenty proměnily ve většinová stanoviska, přestože za danou dobu se odlišná stanoviska

2 L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The Dissenting Opinion: Voice of the Future? *Osgoode hall law journal* [online]. 2000, vol. 38, no. 3, s. 496 [cit. 2017-06-20]. Dostupné z: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1499&context=ohlj>

3 SENIOR, Jannifer. Conversation: Antonin Scalia. In: *nymag.com* [online]. 6. 10. 2013 [cit. 2017-06-20]. Dostupné z: <http://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10/>

4 ROSENM, Jeffrey. Roberts's Rules. In: *theatlantic.com* [online]. 2007 [cit. 2017-06-20]. Dostupné z: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2007/01/robertss-rules/305559/>

5 L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The Dissenting Opinion: Voice of the Future? *Osgoode hall law journal* [online]. 2000, vol. 38, no. 3, s. 509 [cit. 2017-06-20]. Dostupné z: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1499&context=ohlj>

objevila u více než poloviny rozsudků.⁶ Přeměna odlišného stanoviska ve většinové stanovisko není častým jevem, nicméně k tomu v některých případech dochází, přičemž se někdy jedná o věci se značným právním, popřípadě i celospolečenským významem.

V následujícím textu jsou představeny způsoby transformace disentu ve většinové stanovisko. Druhy transformace disentů rozdělují na základě toho, na koho jimi disentující soudce cílí. V jednotlivých částech článku budou popsány způsoby transformace disentů cílených 1) na budoucí generace, 2) na soudce a 3) na litiganty. Kromě teoretického popisu a zhodnocení jednotlivých způsobů přeměny tento článek rovněž uvádí praktické příklady úspěšného použití daného způsobu transformace disentu ve většinové stanovisko. Tyto příklady pocházejí především z judikatury Nejvyššího soudu USA, jenž má díky své dlouhé tradici separátních stanovisek s jejich přeměnou na většinová stanoviska největší zkušenosti.

1 Disenty cílené na budoucí generace

Ruth Bader Ginsburg při vysvětlování významu separátních stanovisek s oblibou zmiňuje výrok předsedy Nejvyššího soudu USA Hughese, jenž prohlásil, že: „*Odlíšné stanovisko na soudu poslední instance je odvoláním... k rozumu budoucích dní, kdy další rozhodnutí soudu může napravit omyl, jemuž podle disentujícího soudce soud podlehl.*“⁷

Způsob přeměny disentu ve většinové stanovisko, popisovaný v této kapitole, představuje situaci, kdy se autor disentu na této proměně přímo nepodílí a provádí ji někdo jiný. Sepsáním odlišného stanoviska totiž jeho autor získává jistotu, že jeho myšlenky přetrvávají. Disent pro něj představuje prostředek, kterým může komunikovat s dalšími generacemi právníků a představit jim své názory, jakož i jejich odůvodnění a doufat, že je tím zaujme. Jeho dissent se tím pro ně stává základem, na němž mohou následně stavět při tvorbě své právní argumentace. Například již zmíněný Antonin Scalia opakovaně prohlášoval, že své disenty píše pro studenty právnických fakult.⁸ Sepsání odlišného stanoviska přináší nesouhlasícímu soudci naději, že třeba i dlouhou dobu po jeho smrti se soud může přiklonit k jeho argumentaci a proměnit jeho dissent ve většinové stanovisko.

Pravděpodobně nejznámějším případem odlišného stanoviska, z něhož se stalo většinové, je dissent soudce Johna Marshalla Harlana v případě *Plesy v. Ferguson*⁹ z roku 1896. Tehdy americký nejvyšší soud poprvé řešil případ rasové segregace. Rozhodl, že segregace není v rozporu s Ústavou USA, pokud jsou oddělené prostory pro obě rasy rovno-

6 LYNCH, Andrew. The Intelligence of a Future Day: The Vindication of Constitutional Dissent in the High Court Australia – 1981–2003. *Sydney law review*, 2007, vol. 29, no. 2, s. 220.

7 GINSBURG, Ruth Bader. The role of dissenting opinion. *Minnesota law review*, 2010, vol. 95, no. 1, s. 4.

8 SENIOR, Jannifer. Conversation: Antonin Scalia. In: *nymag.com* [online]. 6. 10. 2013 [cit. 2017-06-20]. Dostupné z: <http://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10/>

9 Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Plesy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

cenné. Tím byla zavedena zásada *separate but equal*¹⁰ (oddělení, ale rovní), podle níž byly od té doby posuzovány případy týkající se segregace.

Soudce Harlan s tímto rozsudkem nesouhlasil a ve svém disentu ho ostře zkritizoval. Poukázal na to, že daný zákon byl vytvořen s očividným záměrem, upřít určité skupině občanů jejich práva, což je v rozporu se čtrnáctým dodatkem Ústavy Spojených států. Uvádí, že: „*naše ústava je barvoslepá a nezná, ani netoleruje, kasty mezi našimi občany. Ve vztahu k lidským právům platí, že před zákonem jsou si všichni rovni. I ten nejméně významný je roven, tomu nejmocnějšímu. Právo přistupuje k člověku jako k člověku, bez ohledu na jeho rasu nebo původ.*“¹¹ Se svým názorem, zůstal osamocen a byl přehlasován poměrem 7:1. Jeho myšlenky se však po několika desetiletích prosadily.

V roce 1954 řešil Nejvyšší soud USA případ *Brown v. Board of Education*.¹² Jde o jeden z nejvýznamnějších rozsudků Nejvyššího soudu, neboť jím byla rasová segregace na školách prohlášena za protiústavní. Většinové stanovisko vytvořil předseda soudu Warren a v odůvodnění rozhodnutí využil právních argumentů z disentu soudce Harlana. Především to, že rasová segregace způsobuje nerovnost ze své podstaty a je proto v rozporu se čtrnáctým ústavním dodatkem. Tím došlo ke zrušení doktríny *separate but equal* a argumenty z Harlanova disentu se prosadily 58 let poté, co byl napsán.

Tento případ nám ukazuje, že některé disenty jsou schopny ovlivnit právní myšlení i dlouho potom, co byly napsány. Rovněž dokazuje, že se myšlenky disentujícího soudce mohou prosadit i v případě, že je v daném rozhodnutí ve výrazné menšině. Zatímco v *Plessy v. Ferguson* byl poměr hlasů 7:1 pro zachování segregace, tak v *Brown v. Board of Education* všech devět soudců podpořilo zrušení segregace. Svůj podíl na tom samozřejmě má i snaha předsedy soudu Warrena o dosažení strategického *per curiam*.¹³ Nicméně takto výrazná změna názoru soudu je přímo spojena se změnou společenských poměrů a právního myšlení. To však vyžaduje desítky let času, což pro disentujícího soudce přináší jisté nevýhody. Předně se již aktivně nepodílí na rozhodování soudu a je docela pravděpodobné, že se této proměny a tím i osobní satisfakce nedožije. Navíc i v případě, že jeho argumenty najdou u další generace odezvu, tak stále má jen omezenou šanci, že se jeho právní názor prosadí a také je možné, že jeho myšlenky a argumenty budou dalšími generacemi v určitých aspektech pozměněny.

10 GROVES, Harry E. *Separate but Equal—The Doctrine of Plessy v. Ferguson*. *Phylon*, 1951, vol. 12, no. 1, s. 66–72.

11 Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

12 Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

13 PATTERSON, James T. *Brown v. Board of Education: A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*. New York: Oxford University Press, 2001, s. 64.

2 Disenty cílené na soudce

Zatímco v předchozí kapitole jsem se věnoval způsobu, v němž přeměnu disentu v rozsudek provádějí nástupci disentuujícího soudce, tak zde se budu zabývat způsobem, jak může autor disentu dosáhnout této transformace již během svého působení na soudu. Spočívá v tom, že své odlišné stanovisko adresuje především svým kolegům (současným nebo budoucím) a doufá, že je přesvědčí o správnosti svého názoru v budoucích podobných případech.

V případě, že míří na své současné kolegy, tak se jeho snaha může zdát předem odsouzená k nezdaru. Nelze čekat, že soudci vrcholných soudů jen tak změní své právní myšlení a filosofii, zvláště když odmítli argumenty disentuujícího soudce již v případě, v němž disentoval. Přesto však existují způsoby, jak může disentuující soudce v novém případě na svou stranu přetáhnout své kolegy, kteří s ním v předchozím případě nesouhlasili. Spočívá v tom, že se snaží odlišit nový případ od starého a přesvědčit ostatní, že právě kvůli těmto odlišnostem je jeho pohled vhodnější než většinové stanovisko z podobného případu, kde sepsal separátní stanovisko. V případě, že je úspěšný, tak tím dojde k zúžení okruhu případů, pro které je relevantní rozsudek, s nímž nesouhlasil a pro takto vyňaté případy bude rozhodující jím formulovaný právní názor.¹⁴ Tento způsob transformace je někdy označován jako *stealth overruling*.¹⁵

Zároveň však soudce může cílit i na své budoucí kolegy a čekat, až dojde k obměně ve složení soudu a doufat, že právní argumentací ze svého disentu přesvědčí nové soudce o svém názoru a tím dosáhne kompletního zvrácení precedentu, proti němuž disentoval.

Obě tyto možnosti lze demonstrovat na působení Williama Rehnquista na Nejvyšším soudu USA. Na soud nastoupil 7. ledna 1972 ve 47 letech. V roce 1986 obsadil post předsedy soudu a setrval na něm až do své smrti 3. září 2005. Během jeho více než třicetiletého působení v taláru došlo k rozhodnutí v celé řadě přelomových případů a rovněž proběhla poměrně výrazná ideologická transformace soudu, na čemž měl značný podíl právě Rehnquist. Na počátku svého působení byl jedním z mála konzervativců na v té době převážně liberálním soudu. Velmi často proto vytvářel odlišná stanoviska k tehdejšímu rozsudkům. Postupem času se mu však podařilo proměnit řadu svých disentů ve většinová stanoviska. Trend, kdy se z jeho disentů stávala většinová stanoviska, popíší na rozsudcích týkajících se státních příspěvků na školné pro žáky církevních škol. V roce 1973 řešil Nejvyšší soud USA případ *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist*.¹⁶ Žalobce napadl zákon státu New York, jímž byla poskytována

¹⁴ RE, Richard M. Narrowing Supreme Court Precedent from Below. *Georgetown Law Journal*, 2016, vol. 104, no. 4, s. 927–932.

¹⁵ FRIEDMAN, Barry. The Wages of Stealth Overruling (With Particular Attention to *Miranda v. Arizona*). *Georgetown Law Journal*, 2010, vol. 99, no. 1, s. 6–8.

¹⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756 (1973).

finanční pomoc nízko-příjmovým rodinám, jejichž děti studovaly na soukromých základních a středních školách. Argumentoval tím, že příjemcem drtivé většiny prostředků jsou církevní školy, což porušuje první dodatek Ústavy Spojených států Amerických, konkrétně tzv. *Establishment clause*, jíž je zakázáno zřídit státní církev. Soud se ztotožnil s názorem žalobce a poměrem 6:3 napadený zákon zrušil. Poukázal přitom na precedens z případu *Everson v. Board of Education*,¹⁷ v němž soud definoval *Establishment clause* tím způsobem, že: „*veřejné finance nemohou být použity na podporu náboženských aktivit a institucí.*“¹⁸ Podle názoru soudu stát New York programem na úhradu školného nepřímo financoval církevní instituce.

Soudci Rehnquist, Burger a White vytvořili společný disent. V něm uvedli, že: „*Establishment clause nezakazuje vládám, státním nebo federální, zřídit program na podporu obecného blaha, jímž je poskytována podpora soukromým jedincům (osobám), ačkoli mnozí z těchto jedinců se můžou rozhodnout využít tuto pomoc na podporu výuky náboženství nebo jeho praktikování.*“¹⁹ Z *Establishment clause* a rozsudku *Everson v. Board of Education* podle nich vyplývá zákaz přímé státní pomoci církevním školám. Program na úhradu školného však tuto pomoc poskytuje rodičům a vláda nemůže rozhodnout, jak tuto podporu mají využít. Navíc cíl programu je sekulární a příjemci pomoci mají i jiné alternativy než církevní školy. Z toho důvodu se tedy nejedná o státní podporu církve.

O deset let později v roce 1983 se před Nejvyšší soud USA dostal případ *Mueller v. Allen*.²⁰ V něm žalobce napadl zákon státu Minnesota poskytující rodičům dětí studujících na základních a středních školách slevu na dani. Tato sleva na dani byla poskytována mimo jiné i rodičům dětí, které navštěvovaly církevní školy. Podle žalobce tím stát nepřímo financoval církve, a proto byl dotčený zákon v rozporu s *Establishment clause*. Soud v poměru 5:4 návrh žalobce odmítl a ponechal napadený zákon v platnosti.

Většinové stanovisko soudu sepsal soudce Rehnquist. Odlišil v něm tento případ od *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist* tím, že zatímco zrušený zákon státu New York poskytoval podporu pouze rodičům dětí v soukromých školách, tak zákon státu Minnesota poskytuje daňovou slevu rodičům všech žáků, bez ohledu na to, jestli studují na soukromých nebo veřejných školách. Především se mu podařilo do většinového stanoviska prosadit zásadu, jež formuloval ve svém disentu v případě *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist*. Podle ní je využití těchto prostředků k podpoře církve důsledkem rozhodnutí rodičů a nikoliv veřejných orgánů a z toho důvodu nejde o porušení *Establishment Clause*.

17 Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

18 Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

19 Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756 (1973).

20 Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983).

Rehnquist přesvědčil soud o svém právním názoru tím, že daný případ odlišil od předchozího, ale zároveň dokázal do znění rozsudku prosadit nosnou tezi svého disentu z případu, od kterého tento odlišil. K Rehnquistovu stanovisku se připojili soudci Burger a White, s nimiž v předchozím případě vytvořil společný disent, a soudkyně O'Connorová, jež na soud nastoupila v roce 1981. Většiny se Rehnquistovi podařilo dosáhnout tím, že o svém názoru přesvědčil soudce Powella, jenž byl autorem většinového stanoviska v případě *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist*.

Dalším případem s touto tematikou byl *Zelman v. Simmons-Harris*,²¹ o němž soud rozhodl v roce 2002. Žalobce požadoval zrušení programu státu Ohio, který rodičům dětí studujících na soukromých školách poskytoval poukazy na úhrady školného. Většina žáků, jejichž rodiče byli příjemci této podpory, studovala na církevních školách a podle žalobce tím stát Ohio financoval církev a porušoval *Establishment Clause*. Odkazoval se přitom právě na precedens z případu *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist*, jenž z těchto důvodů podobný program ve státu New York zrušil. Soud žalobu zamítl v poměru 5:4 a ponechal program v platnosti. Stanovisko soudu sepsal, v té době již předseda soudu, Rehnquist a podařilo se mu v něm dosáhnout faktického zvrácení tohoto precedentu a rovněž přeměnit svůj disent z daného případu ve většinové stanovisko.

Ve svém odůvodnění poukázal na to, že „podle tohoto programu se státní pomoc dostane k církevním institucím pouze cestou záměrného rozhodnutí mnoha individuálních příjemců.“²² Odkázal se přitom právě na většinové stanovisko v případě *Mueller v. Allen*, kde to bylo shledáno jako ústavně konformní. Rehnquist se rovněž vypořádal s tím, že zde jsou příjemci státní pomoci pouze rodiče žáků soukromých škol, zatímco zákon Minnesoty napadený v případě, na nějž se odkazoval, ji poskytoval i rodičům žáků veřejných škol. Vytvořil přitom pětistupňový *private choice test*²³ (test soukromé volby), podle něhož měly být podobné případy v budoucnu posuzovány. Aby byl program ústavně konformní, musel splňovat tyto podmínky: 1. mít sekulární účel, 2. státní podpora musela směřovat rodičům a nikoliv přímo školám, 3. program musel pokrývat širokou skupinu příjemců, 4. program nesměl finančně zvýhodňovat církevní školy a 5. musejí být dostupné adekvátní sekulární možnosti. Právě na těchto principech bylo před téměř třiceti lety postaveno jeho separátní stanovisko v případě *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist*. V roce 2002 byl Rehnquist na Nejvyšším soudu USA jediným soudcem, který na soudu působil již v době, kdy se tento případ rozhodoval. Díky obměně soudců se mu tento precedent nakonec podařilo zvrátit.

²¹ Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

²² Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

²³ SCHOENIG, John. Parental Choice, Catholic Schools, and Educational Pluralism at the Dawn of a New Era in K-12 Education Reform. *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2013, vol. 27, no. 2, s. 528.

Proměna disentu ve většinové stanovisko přímo disentujícím soudcem přináší dotyčnému řadu výhod. Předně se aktivně podílí na rozhodování soudu a vzájemnou interakcí může ovlivňovat ostatní soudce, čímž se zvyšuje šance, že bude prosazen jeho právní názor v podobě, jakou zamýšlel. Významným faktorem je i to, že se dočká transformace svého disentu ve většinové stanovisko ještě za svého života a dosáhne tím osobní satisfakce. Na druhé straně i on stojí před řadou problémů. Přesvědčit soudce, kteří v předchozím podobném případě zaujali odlišný právní názor, je velice obtížné a vyžaduje od daného soudce značnou obratnost při poukazování na rozdíly s předchozím případem a prosazováním svého právního názoru. Musí totiž případ zároveň dostatečně odlišit, aby přesvědčil ostatní soudce, ale zároveň ho nesmí odlišit příliš, neboť se logicky snaží, aby nový precedent, obsahující jeho právní názor, byl aplikován na co nejširší okruh případů. Čekání na obměnu ve složení soudu je zase časově náročné a daný soudce nemá jistotu, že noví soudci budou stejného smýšlení jako on a že je svými argumenty přesvědčí.

V této části odbočím k Ústavnímu soudu České republiky, neboť zatímco na amerických federálních soudech jsou soudci jmenováni doživotně, a proto jejich obměna probíhá postupně a poměrně pomalu, tak na Ústavním soudu ČR jsou soudci jmenováni pouze na 10 let. Složení soudu se proto v pravidelných intervalech výrazně obměňuje. Přestože soudce Ústavního soudu může svou funkci zastávat opakovaně, tak většina soudců stráví na soudu jen jedno funkční období.²⁴

Tyto skutečnosti představují značnou výhodu pro soudce, kteří byli jmenováni opětovně, neboť jejich zkušenosti a znalost vnitřního fungování soudu jim umožňují snáze přesvědčit nové soudce o svých argumentech. Např. Ivana Janů, která pozici soudkyně Ústavního soudu zastávala v letech 1994–2002 a následně 2004–2014, úspěšně použila právní argumentaci týkající se nutnosti odůvodnění nerovnosti vzniklé na základě legislativy²⁵ ze svého disentu k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 4/95²⁶ ze dne 7. 6. 1995, v usnesení sp. zn. I. ÚS 973/07²⁷ ze dne 6. 4. 2009.

V souvislosti s tím je třeba zmínit ještě jeden aspekt fungování Ústavního soudu ČR a to vztah plenárního a senátního rozhodování. Jak vyplývá z výše uvedeného příkladu, soudce může zkusit použít argumentaci ze svého disentu v plenárním případě, v budoucím podobném případě, který rozhoduje „jeho“ senát. Soudce se rovněž může pokusit ve „svém“ senátu plenární rozhodnutí obejít. Jako příklad lze uvést nález sp. zn. I. ÚS 2477/08²⁸ ze dne 7. 1. 2009. Tímto nálezem byly zrušeny rozsudky obecných

24 ONDŘEJKOVÁ, Jana. Výběr soudců Ústavního soudu ČR. *Právník*, 2016, roč. 155, č. 11, s. 949.

25 ŠPAČKOVÁ, Eva. *Role rozhodnutí vyšších soudních instancí v procesu sjednocování judikatury*, Praha, 2009, 87 s. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, s. 21.

26 Nález Ústavního soudu ze dne 7. 6. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 4/95.

27 Usnesení Ústavního soudu (prvního senátu) ze dne 6. 4. 2009, sp. zn. I. ÚS 973/07.

28 Nález Ústavního soudu (prvního senátu) ze dne 7. 1. 2009, sp. zn. I. ÚS 2477/08.

soudů, které zamítly stěžovatelčinu žalobu na určení vlastnického práva k tzv. Schwarzenberské hrobce. Rozsudky obecných soudů se však odvolávaly na stanovisko pléna Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS-st. 21/05²⁹ ze dne 1. 11. 2005, podle něhož „není možné obcházet určovací žalobou smysl a účel restitučního zákonodárství.“⁶⁰ První senát ve svém nálezu toto stanovisko na zmíněnou situaci neuplatnil s odůvodněním, že tento případ je odlišný, a proto o případu rozhodoval na základě práva na ochranu před neoprávněným zasahováním do rodinného a soukromého života. K těmto skutečnostem je nutno doplnit, že soudkyní zpravodajkou v senátním nálezu byla soudkyně Eliška Wagnerová, která proti dotčenému stanovisku pléna disentovala a kromě toho s ní v daném senátu zasedal i další disentér z tohoto případu, soudce Vojen Güttler. Lze tedy spekulovat o tom, že soudci prvního senátu případ záměrně posuzovali tak, aby obešli stanovisko pléna, s nímž nesouhlasili.

3 Disenty cílené na litiganty

Tento způsob přeměny disentu ve většinové stanovisko spočívá v tom, že soudce ve svém disentu neprezentuje pouze svůj právní názor na daný případ, ale zároveň naznačuje budoucím litigantům jak formulovat přesvědčivější argumenty a jakou právní otázku mají učinit jádrem sporu. Právě naznačením možnosti nadnesení alternativní právní otázky disentuující soudce vědomě či nevědomky poukazuje na potencionální trhlínu ve většinové koalici. Budoucí litiganti díky tomu mají větší šanci přesvědčit alespoň některé soudce z většiny v předchozím případě, aby v tomto případě rozhodli jinak. Zároveň s tím roste šance disentuujícího soudce na proměnu svého odlišného stanoviska ve většinové. Odlišnost oproti způsobu, zmíněnému v minulé kapitole, spočívá v tom, že disentuující soudce necílí při pokusu o přeměnu disentu ve většinové stanovisko na své současné nebo budoucí kolegy, ale na litiganty.

Pro disentuujícího soudce je v tomto případě nejdůležitější nalézt alternativní právní otázku, která by šla použít pro řešení případu, a navíc by rovněž měla potenciál rozštěpit většinovou koalici. V případě, že tuto právní otázku nalezne, tak musí ještě signalizovat litigantům o jakou právní otázku se jedná. Proto bývá tento způsob přeměny disentu na většinové stanovisko nazýván teorie soudcovské signalizace (*Theory of Judicial Signaling*).³¹

Jako úspěšný příklad použití soudcovské signalizace lze uvést dissent soudce Blacka z případu *Evans v. Newton*³² z roku 1966. Předmětem daného sporu byl pozemek, který měl

29 Stanovisko Ústavního soudu ze dne 1. 11. 2005, sp. zn. Pl. ÚS-st. 21/05.

30 Ibidem.

31 BAIRD Vanessa a TONJA JACOBI. How the dissent becomes the majority: using federalism to transform coalitions in US supreme court. *Duke law journal*, 2009, vol. 59, no. 2, s. 196–201.

32 Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 297 (1966).

podle poslední vůle svého majitele Augusta Bacona sloužit jako park pro veřejnost. Odkaz měl podobu svěřenství ve prospěch veřejnosti (*charitable trust*) a správcem parku mělo být město Macon. Zůstavitel do závěti uvedl podmínku, že do parku budou mít přístup jen běloši. Město Macon však v rámci procesu desegregace muselo přístup do parku povolit i černošskému obyvatelstvu a na město z toho důvodu byla podána žaloba. V reakci na to se město vzdalo správy nad parkem ve prospěch skupiny soukromých správců, kteří měli užívání parku uvést do souladu se zůstavitelovou poslední vůlí.

Místní černošská komunita následně podala na město žalobu, v níž uvedla, že pokud by se město vzdalo kontroly nad parkem, tak by tím umožnilo obnovení zákazu vstupu černochů do parku, což podle jejich názoru představuje porušení *equal protection clause* (zásady rovného zacházení) garantované XIV. dodatkem Ústavy USA. Zatímco Nejvyšší soud státu Georgia rozhodl ve prospěch města, tak Nejvyšší soud USA žalobcům vyhověl. Poměrem 6:3 rozhodl, že pokud je někdo pověřen výkonem veřejné správy, tak se na něj vztahují stejná omezení jako na orgán veřejné správy, včetně povinnosti respektovat ústavou garantovaná práva. Na park je kvůli jeho veřejnému charakteru třeba pohlížet jako na veřejnou instituci. Město Macon nemůže předat správu nad svěřenectvím soukromým správcům, neboť by to vedlo k obnovení segregace, čímž by došlo k porušení XIV. ústavního dodatku.

Názor menšiny formuloval ve svém disentu soudce Black. Uvedl, že v Ústavě USA nenachází nic, co by městům, popřípadě jiným veřejnoprávním korporacím, zakládalo povinnost vlastnit majetek nebo vykonávat správu pozůstalosti, pokud to dělat nechtějí. Argumentoval proto, že podstatou sporu není otázka rovného zacházení podle XIV. dodatku, ale otázka pravomocí jednotlivých států. Svěřenství a právní otázky s ním spojené spadají plně do kompetence daného státu (tj. Georgie). Konečné slovo v rozhodování o daném případě by proto mělo připadnout nejvyššímu soudu daného státu. Nejvyššímu soudu USA podle něj tento případ vůbec nepřísluší. Většinové stanovisko se však otázkou příslušnosti případu a kompetenční rovinou sporu vůbec nezabývalo.

Tento rozsudek však měl velmi zajímavou dohru. Dědicové zůstavitele v reakci na rozhodnutí soudu požadovali zrušení svěřenství a navrácení daného pozemku ke zbytku pozůstalosti. Argumentovali tím, že zrušením segregace došlo k porušení podmínky, kterou zůstavitel výslovně stanovil, a proto je daná část závěti neplatná. Nejvyšší soud státu Georgia jim vyhověl a napadenou část závěti zrušil. Protistrana, která chtěla zachovat nesegregovaný park ve vlastnictví města Macon, se proti rozsudku odvolala.

V roce 1970 se tento případ dostal k Nejvyššímu soudu USA pod názvem *Evans v. Abney*.³³ Strana požadující zrušení napadené části poslední vůle tentokrát do své argumentace zapojila i otázku pravomocí států. V tomto případě soud rozhodl poměrem 5:4 ve prospěch zůstavitelových dědiců. Většinové stanovisko sepsal autor disentu

³³ Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435 (1970).

z minulého případu, soudce Black. Uvedl, že otázky dědictví a svěřenské správy spadají do pravomocí jednotlivých států. Soudy státu Georgia v tomto případě pouze aplikovaly právo státu Georgia a přitom nijak nezasáhly do ústavou zaručených práv.

Menšina z případu *Evans v. Newton* signalizovala poražené straně alternativní rovinu pro pojetí daného případu v podobě kompetenčního sporu. Toho se chopili litiganti v novém případě a podařilo se jim dosáhnout odlišného rozsudku v téměř totožném případě. Soudce Black díky tomu proměnil svůj dissent ve většinové stanovisko během pouhých čtyř let.

V uvedeném případě byla teorie soudcovské signalizace použita v novém případě týkající se stejné věci. Lze ji však použít v celé řadě budoucích případů, které se tomu původnímu alespoň nějakým způsobem podobají. Jak autorky teorie soudcovské signalizace dokládají na řadě příkladů,³⁴ tak soudcovská signalizace je poměrně rychlým a relativně úspěšným způsobem proměny dissentu ve většinové stanovisko. Přesto má svá úskalí. Soudce především musí dobře znát názory svých kolegů, aby objevil onu právní otázku, na níž by bylo možné rozbít většinovou koalici, musí se objevit nějaký podobný případ a litiganti musí zahrnout soudcem naznačenou právní otázku do své argumentace.

Závěr

V textu byly představeny tři způsoby, jimiž lze dosáhnout proměny dissentu ve většinové stanovisko. Každý z těchto způsobů vyžaduje od disentuujícího soudce specifickou strategii. Na druhou stranu si jsou představené způsoby proměny dissentu ve většinová stanoviska v mnoha aspektech podobné a lze je navzájem kombinovat. Největší podobnost však spočívá především v tom, že žádný z nich nemůže garantovat úspěch. Většina dissentu se nikdy nestala většinovým stanoviskem. Na uvedených případech se však jasně ukazuje, že tato proměna je možná a reálná.

V případě, že se soudci nepodaří proměnit dissent ve většinové stanovisko, tak má stále naději, že se jeho myšlenky prosadí i jiným způsobem. V článku jsou popsány způsoby proměny dissentu v budoucí soudní rozhodnutí. Disentuující soudce však může ve svém dissentu cílit nejen na ostatní soudce, litiganty, či budoucí právníky. Může jimi mířit i mimo soudní moc a to jak na ostatní složky veřejné moci, tak především na veřejné mínění. Disenty a právní argumenty v nich uvedené tak mohou například posloužit jako východisko při tvorbě budoucí legislativy. Tento typ prosazení právního názoru disentuujícího soudce, zde na závěr zmíním jen okrajově, neboť se vymyká tématu článku, jenž se zabývá prosazením stanoviska disentuujícího soudce v rámci soudního rozhodování.

³⁴ BAIRD Vanessa a Tonja JACOBI. How the dissent becomes the majority: using federalism to transform coalitions in US supreme court. *Duke law journal*, 2009, vol. 59, no. 2, s. 212–233.

Příkladem disentu použitého při tvorbě legislativy může být dissent soudců Curtise a McLeana v případě Nejvyššího soudu USA *Dred Scott v. Sandford*³⁵ z roku 1857. Tento rozsudek stanovil, že všichni lidé afrického původu, jejichž předkové byli do USA dopraveni jako otroci, se nikdy nemohou stát občany Spojených států, ani se domáhat ochrany ústavních práv. Disentující soudci však ve svém disentu poukázali na to, že při založení USA byli lidé afrického původu občany alespoň pěti států USA a že neexistuje ústavní důvod, proto, aby se nemohli stát občany USA. Většinové stanovisko ve věci *Dred Scott v. Sandford*, hojně označované jako nejhorší rozsudek Nejvyššího soudu USA všech dob,³⁶ bylo nakonec zvráceno přijetím XIII. a XIV. dodatku Ústavy USA. Z toho vyplývá, že dissentující soudce má celou řadu alternativ, jimiž může v budoucnu dosáhnout prosazení svého právního názoru.

³⁵ Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

³⁶ FINKELMAN, Paul. Scott V. Sandford: The Court's Most Dreadful Case and How It Changed History. *Chicago-Kent law review*, 2007, vol. 82, no. 3, s. 3–5.

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

Teoretické a praktické aspekty spojené se správou justice*

Theoretical and Practical Aspects Connected to the Administration of Justice

Pavel Šámal**, Katarína Deáková***

Abstrakt

Článek pojednává o teoretických a praktických aspektech spojených se správou justice. Po nastínění teoretických modelů správy soudnictví je podrobněji rozebrána podoba ministerského modelu fungujícího v Spolkové republice Německo a je poukázáno na negativní zkušenosti s fungováním soudních rad na Slovensku a v Maďarsku. Další část příspěvku analyzuje jednotlivé aspekty správy justice v České republice a v souvislosti s tím upozorňuje na nedostatky a úskalí současného modelu. Přestože absence Nejvyšší rady soudnictví nemusí představovat strukturální nedostatek systému, orgán typu Nejvyšší rady soudnictví podílející se na správě soudnictví, jehož působnost, odpovídající struktura a způsob ustavení jsou přesně vymezeny, může být vhodným aktérem k řešení nedostatků české justice. V závěru se článek zaměřuje na aspekty vytvoření a uspořádání nejvyšší rady soudnictví v České republice.

Klíčová slova

Správa justice; nejvyšší rada soudnictví; ministerský model; Súdna rada Slovenskej republiky; Národní justiční kancelář.

Abstract

The article traces the theoretical and practical aspects associated with the court administration. After a brief excursion into the theoretical models of court administration, the ministerial model in Germany is analysed in more details and the negative experience with functioning of judicial councils in the Slovak Republic and Hungary is discussed. Subsequently the article analyses the court administration in the Czech Republic in detail and draws attention to the shortcomings and pitfalls of the current model. Although the absence of the Judicial Council does not necessarily represent a structural deficiency of the system, an institution like

* Příspěvek byl zpracován v rámci vědeckovýzkumného záměru Právnické fakulty UK v Praze PROGRES Q02 „Právo v měnícím se světě“.

** Prof. JUDr. Pavel Šámal, Ph.D., předseda Nejvyššího soudu; Právnická fakulta, Univerzita Karlova, Praha; Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislavě, Slovenská republika / President of the Supreme Court of the Czech Republic; Faculty of Law, Charles University, Prague, Czech Republic; Faculty of Law, Comenius University, Bratislava, Slovak Republic / E-mail: pavel.samal@nsoud.cz

*** Mgr. Bc. Katarína Deáková, poradkyně Oddělení analytiky a srovnávacího práva Nejvyššího soudu, Brno / Advisor of the Department of Analytics and Comparative Law, The Supreme Court of the Czech Republic, Brno, Czech Republic / E-mail: katarina.deakova@nsoud.cz

the Judicial Council involved in the administration of judiciary, whose competence, appropriate structure and method of establishment will be precisely defined, could represent an appropriate way to address the weaknesses of the Czech court administration. In conclusion, the article focuses on the aspects of establishment and organisation of the Judicial Council in the Czech Republic.

Keywords

Administration of Justice, High Council of the Judiciary; the Ministerial Model; the Judicial Council of the Slovak Republic; National Office for the Judiciary.

Úvod

Předmětem akademických debat v posledních letech v České republice je nejenom dopad zásadních soudních rozhodnutí, ať už soudů evropských či vnitrostátních, na společnost, nýbrž také vliv ústavně-politického rámce na chod justice a na to navazující řešení **správy soudnictví**, a to včetně problematiky zřizování nejvyšších rad soudnictví. Tento příspěvek se zabývá problematikou nejvyšších rad soudnictví v českém právním prostředí, a to zejména v kontextu potřeby zajištění nezávislosti a funkčnosti justice, mapuje hlavní argumenty týkající se ustanovení instituce daného typu se současným zasazením projednávané materie do komparativního rámce.

Po krátkém exkurzu o teoretických modelech rad soudnictví se příspěvek věnuje empirii jednotlivých modelů uspořádání správy soudnictví a poukážeme na jejich možné implikace pro českou justici. Výběr zkoumaných zemí reflektuje veřejnou debatu, v níž se někteří představitelé zejména výkonné moci kloní k německému modelu ministerské správy a kritizují zřizování nejvyšších rad soudnictví v některých postkomunistických zemích. V této souvislosti bude zejména poukázáno na slovenské či maďarské zkušenosti s praktickým fungováním rady soudnictví a z těchto příkladů vyvozené často obecné a systematické závěry.

1 Modely správy soudnictví a nejvyšších rad soudnictví

Debata o nejvyšších radách soudnictví vyžaduje mimo kategorizace jednotlivých typů nejvyšších rad soudnictví zvláště **rozlišení mezi různými typy soudní správy**: i) správou ministerskou, ii) modelem soudní rady, iii) modelem soudní správy, iv) hybridními modely a na závěr z hlediska historického v) modelem socialistickým.

V **modelu ministerském** náleží klíčová role při jmenování a přidělování soudců i při správě soudů ministerstvu spravedlnosti. Moc a správa se nicméně nesoustřeďuje pouze v rukou ministerstva spravedlnosti, nýbrž se na ní podílejí i další aktéři v podobě předsedů odvolacích a nejvyšších soudů, prezident dané země, ombudsman či jiné profesní organizace. Ministerský model tedy nelze ztotožnit s modelem administrativy soudnictví výlučně přenechaným exekutivě. Čistá podoba ministerského modelu, kde

by se absolutně všechny pravomoci týkající se správy soudnictví koncentrovaly v rukou ministerstva, představovala předmět kritiky a dnes se s ní již nesetkáváme.

Model soudní rady (neboli Nejvyšší rady soudnictví) staví na nezávislém orgánu, který je situován mezi soudnictví na straně jedné, a politicky odpovědnou moc zákonodárnou reprezentovanou parlamentem a moc výkonnou reprezentovanou vládou na straně druhé. Soudní rady v tomto modelu disponují důležitými pravomocemi především v oblasti personálních otázek, zejména při jmenování soudců či výkonu disciplinárních pravomocí. Samozřejmě mají i jisté kompetence v oblastech správy, soudního managementu či rozpočtu, důraz je však kladen na personální otázky. Model soudní rady je zastoupen v zemích jako Belgie, Bulharsko, Francie, Itálie, Litva, Nizozemsko, Polsko, Portugalsko, Rumunsko, Slovensko, Slovinsko či Španělsko.¹

V případě **modelu soudní správy** je běžný management, rozpočtové otázky a správa soudnictví koncentrován u jiného orgánu, než je tomu v případě personálních otázek jako jmenování či přidělování soudců. Tento model lze ilustrovat na příkladu Dánska, kde je samospráva svěřena dvěma orgánům, a to dánské správě soudů (Domsolsstyrelsen) a Soudní radě pro jmenování (Dommerundnaevnelsesradet). Zatímco je soudní správa většinou svěřena nezávislé zprostředkovatelské organizaci, jmenování je obvykle vyhrazeno jinému nezávislému orgánu. Tento model má zastoupení také v Irsku, Norsku a Švédsku.

Kombinací znaků různých způsobů a modelů správy obsahují tzv. **hybridní modely**, se kterými se můžeme setkat v Anglii a Walesu, Estonsku, od roku 2011 v Maďarsku, na Islandu, ve Švýcarsku a v evropských mikrostátech. I zde dochází často ke štěpení pravomocí mezi orgány jmenující soudce a mezi orgány odpovídající za zbytek správy soudů.

V **socialistickém modelu** byla správa justice zpravidla rozdělena mezi ministerstvo spravedlnosti a tři justiční instituce, úřad generálního prokurátora, nejvyšší soud a předsedy nižších soudů, přičemž všechny byly typicky pod kontrolou komunistické strany.²

Typologii uspořádání správy soudnictví lze znázornit také dualitou tzv. jižního a severního modelu.

1 BOBEK, Michal a David KOSAR. Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe. *German Law Journal*, Lexington: Washington & Lee University School of Law, 2014, roč. 15, č. 7, s. 1257–1292. ISSN 2071-8322. Někdy je rámci modelu soudní rady vyvíjen specifický model pro postkomunistické země, např. KOSAR, David. In: *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies. Holding the Least Accountable Branch to Account*. New York: Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-11212-4; takový model soudní rady na základě své „the judicial leadership theory“ (JLT) s klíčovou rolí předsedů soudů specificky ve vztahu k postkomunistickému soudnictví nazývá Judicial Council Euro-model. K jeho charakteristice srov. s. 398 a násl. této posledně uvedené práce.

2 Srov. NEJVYŠŠÍ SOUD. *Plánovaná reforma justice* [online]. [cit. 2017-05-29], s. 16–17. Dostupné z: http://www.nsoud.cz/judikaturans_new/ns_web.nsf/print/Proverejnostamedia~Napsalionas~Planovana_reforma_justice~

V **jižním modelu**, který je kupříkladu zastoupen v Itálii, Francii či Španělsku, převzaly tzv. nejvyšší rady soudnictví od moci výkonné významné pravomoci v oblasti jmenování soudců a soudních funkcionářů, výkonu disciplinárních pravomocí nad nimi, dále v oblasti školení a odborné přípravy soudců.³

Soudním radám odpovídajícím **severnímu modelu** obvykle náleží ekonomické a správní pravomoci, jejich kompetence se týkají správy soudů (např. dohled nad přetížeností soudů, sjednocování a kvalita judikatury a běžná správa – otázky týkající se budov, personální otázky, odborná příprava soudců) a rozpočtové politiky soudů. Tento model nalezneme ve Švédsku, Dánsku, Nizozemsku či Irsku.⁴

2 Ministerský model v Německu

Zastoupení ministerského modelu správy justice nalezneme v evropském prostoru kromě České republiky v **Rakousku, Finsku a v Německu**, přičemž právě poukaz na funkčnost německého modelu se používá jako častý argument ve prospěch zachování tuzemské ministerské správy justice. Nelze však vyvozovat závěry o úspěšnosti daného modelu bez bližšího zkoumání konkrétní dělby a vymezení pravomocí ve vztahu k jednotlivým orgánům v dotčeném státě.

Ve vztahu k fungování justice jako celku a především ve vztahu k otázkám rozpočtovým a personálním, jako je výběr, jmenování, volba a povýšení soudců, nese v německém systému ministerské správy vůči veřejnosti odpovědnost člen vlády, a to v zásadě ministr spravedlnosti disponující potřebnou pravomocí, kterou vykonává ve stálém dialogu a spolupráci s justicií.

Ve **vzájemném vztahu exekutivy a soudnictví**, zejména s ohledem na ochranu nezávislosti soudců a omezení moci exekutivy či předsedů soudů nelze opomenout **přítomnost vyvažujících orgánů**. Jedná se o tzv. **prezídium** (Präsidium) sestávající z předsedy daného soudu a dalších soudců, jejichž počet je závislý na velikosti daného soudu, které má pravomoc rozhodovat o rozvrhu práce. V oblasti personálních otázek, zejména prvního a doživotního jmenování, povyšování či přidělení k jinému soudu, sehrává klíčovou roli **prezidiální poradní sbor** (tzv. Präsidialrat⁵), bez jehož vyjádření nelze učinit takové rozhodnutí. Členy Präsidialratu tvoří předseda soudu a volení soudci. Návrh předsedy soudu spolu s vyjádřením Präsidialratu se představitel ministrovi. V případě odlišného závěru ministra od vyjádření Präsidialratu se věc musí znovu prezentovat Präsidialratu.

3 VOERMANS, Wim. Councils for the judiciary in Europe: Trends and models. In: SEGADO, Francisco Fernandez. *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*. Madrid: Dykinson, S. L. – Libros, 2003, s. 2134. ISBN 84-9772-094-6.

4 Ibidem, s. 2135.

5 Hlavní úkol tohoto orgánu se na zemské úrovni lehce liší.

Spoluúčast při rozhodování či samotné spolurozhodování v otázkách obecného charakteru vykonává **soudcovská rada** (Richterrat) tvořená volenými soudci daného soudu. Tam, kde se předvídá spolurozhodování, nelze rozhodnutí učinit bez souhlasu soudcovské rady. Spolurozhodováním jsou dotčeny především otázky chování soudců, ochrany dat, zavedení nových pracovních metod či obecné otázky profesního vzdělávání. V oblastech organizačních změn soudů, rekonstrukce budov, individuálního profesního vzdělávání a především při žádostech o zvýšení počtu soudců či jiných zaměstnanců v rámci návrhu rozpočtu se soudcovské rady pouze spoluúčastní rozhodování. V disciplinárních věcech může dotčený soudce žádat o vyjádření soudcovské rady.⁶

Přes relativní funkčnost výše načrtnutého modelu jsou i v **Německu v posledních letech slyšet hlasy volající po zavedení soudní rady** (Nejvyšší rady soudnictví) a vyšší míry samosprávy, jedná se zejména o Německou unii soudců (Deutscher Richterbund). Ta své požadavky artikulovala v podobě vydání stanoviska s názvem „Samospráva justice“, v němž žádá větší finanční nezávislost, odpovědnost pouze vůči parlamentu a samostatné rozhodování v personálních otázkách. Místo ministra spravedlnosti by podle jejich návrhu pravomoci stran justice vykonávala justiční správní rada sestávající z 5 osob (soudců a státních zástupců).⁷ Členové justiční správní rady by byli voleni tzv. justičním volebním výborem sestávajícím z 10 poslanců zemských parlamentů, sedmi soudců, dvou státních zástupců a z jednoho advokáta s poradním hlasem.⁸

Ministerský model správy justice může představovat legitimní a funkční alternativu vůči modelu soudní rady, efektivita jeho fungování je nicméně podmíněna jak právní, tak politickou kulturou dané země. Funkčnost uspořádání ministerského modelu v jedné zemi tak nutně nemusí implikovat pozitivní dopad na celkový chod justice v jiné zemi. V této souvislosti lze poukázat na výstižnou formulaci Zdeňka Kühna, podle jehož slov zakládá nekonceptnost správy justice ve spojení s častým střídáním ministrů spravedlnosti diskontinuitu ministerského spravování justice. Vzniká tak pnutí mezi exekutivní diskontinuitou a kontinuitou justičního systému, které je doprovázeno voláním po opětovných reformách ze strany nově nastupujících ministrů.⁹

Při hodnocení a vyvozování dalších závěrů z **funkčnosti německé podoby ministerského modelu** nelze přehlížet **existenci brzd vůči ministru spravedlnosti**

6 FAUPEL, Rainer. The administration of the Judiciary in Germany. In: *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference: Nejvyšší soud České republiky, Česká společnost pro evropské a srovnávací právo a Justiční akademie*, 13.–14. 5. 2015. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 49–51. ISBN 978-80-905562-5-6.

7 Selbstverwaltung der Justiz. *Deutscher Richterbund* [online]. [cit. 2017-04-06]. Dostupné z: <http://www.drb.de/positionen/selbstverwaltung-der-justiz.html>

8 Entwurf für ein Landesgesetz zur Selbstverwaltung der Justiz. *Deutscher Richterbund* [online]. [cit. 2017-05-17]. Dostupné z: http://www.drb.de/fileadmin/docs/sv_gesetzentwurf_100325.pdf

9 KÜHN, Zdeněk. Nikdy nekončící debata o hledání optimální správy justice. In: *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference: Nejvyšší soud České republiky, Česká společnost pro evropské a srovnávací právo a Justiční akademie*, 13.–14. 5. 2015. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 137. ISBN 978-80-905562-5-6.

a přítomnost dalších vyvažujících orgánů. Stabilita německých vlád a nízká míra fluktuace ministrů spravedlnosti na straně druhé umožňuje dosažení právě kýžené stability a kontinuity systému samotného.

3 Zkušenosti se soudními radami v Maďarsku a na Slovensku

Stejně jako efektivita německého modelu, tak negativní zkušenosti s maďarskou a slovenskou úpravou, bývají častou součástí argumentačního repertoáru námitek v rámci diskusí ohledně zavedení či nezavedení nejvyšší rady soudnictví v České republice.

Radou Evropy a Evropskou unií preferovaný **model uspořádání soudní rady** byl zastoupen i v **maďarské soudní správě až do reformy provedené v roce 2011**, kdy došlo k **přenesení pravomocí z Národní justiční rady** (Országos Igazságszolgáltatási Tanács) **na Národní justiční kancelář** (Országos Bírószági Hivatal). V rámci uvedené justiční reformy byla z Národní justiční rady, orgánu s dominancí soudců, přesunuta centrální správa soudů na jednu osobu (předsedu Národní justiční kanceláře). Vláda odůvodňovala nutnost této radikální změny selháním justiční reformy z roku 1997, jež v oblasti správy soudů zavedla tzv. soudcovskou autonomii. Vzniknuvší vysoká míra nezávislosti vytvořila podle vlády nepřehledný a nekontrolovatelný systém, který nezajistil efektivitu fungování.¹⁰

Odpovědnost za správu soudů v Maďarsku tak nově náleží podle čl. 25 Ústavy **předsedovi Národní justiční kanceláře**, přičemž Národní rada soudnictví má především kontrolní pravomoci vůči tomuto orgánu. Rozsáhlý kompetenční katalog předsedy Národní justiční kanceláře je obsažen v zákoně o organizaci soudů.¹¹ V rámci obecné centrální správy tak předseda sestavuje a každoročně aktualizuje dlouhodobé úkoly soudní správy, reprezentuje soudy, přijímá rozhodnutí, doporučení a pravidla pro soudy v rámci realizace úkolu správy soudů, může podávat legislativní návrhy týkající se otázek justice u okruhu osob oprávněných k podání legislativních návrhů, účastní se parlamentní rozpravy o zákonech týkajících se justice. Ve směru k samotné Národní justiční kanceláři vykonává řídicí pravomoci a navrhuje jmenování a odvolání jejích místopředsedů. Kompetenční katalog předsedy se dále doplňuje o rozpočtové pravomoci, o úkoly související s měřením nápadu a jeho rozdělováním, resp. sestavováním statistiky. Stran personálních otázek nelze opomenout jeho pravomoc vytvářet soudcovská místa, navrhopvat prezidentovi jmenování soudců, resp. při prvním jmenování přidělit soudce ke konkrétnímu soudu.

¹⁰ SZŐKE, Livia. *A bírói öniszolgáltatás megszüntetése*. [online]. [cit. 2017-04-06]. Dostupné z: http://www.meltanyossag.hu/files/meltany/imce/kp_a_biroi_onigazgatas_megszuntetese_120313.pdf

¹¹ § 65 a 76 *zákona o organizaci soudů* (2011. évi CLXI törvény a bíróságok szervezeteiről és igazgatásáról) [online]. [cit. 2017-05-17]. Dostupné z: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1100161.TV

Zatímco tedy předseda Národní justiční kanceláře disponuje rozsáhlými kompetencemi, **Národní radě soudnictví je vyhrazena primárně kontrola centrální správy justice.** Ve světle výše uvedené silně disproporční dělby pravomocí mezi předsedou kanceláře a Národní radou soudnictví jakožto kolektivním orgánem je ze systematického hlediska také žádoucí reflektovat legitimizační zdroje těchto orgánů. Zatímco předseda kanceláře získává svůj devítiletý mandát bez možnosti znovuzvolení parlamentní volbou, přičemž ke zvolení je nutný zisk hlasů dvou třetin poslanců¹², 15členná Národní rada soudnictví je vedle virilního členství předsedy Kúrie volena výborem delegátů-soudců.¹³

Při **hodnocení hybridní podoby soudní rady v Maďarsku** a eventuálních generalizujících závěrů nelze přehlédnout vedle specifčnosti samotného systému správy justice ani tamní politické klima. Rozsáhlé pravomoci v oblasti jak běžné, tak personální správy justice má de facto monokratický orgán, předseda kanceláře, který vykonává svou funkci v délce devíti let. K jeho zvolení nutná ústavně zakotvená dvoutřetinová parlamentní většina sice budí zdání nutnosti širokého politicko-společenského konsensu při jeho volbě, nelze však v této souvislosti opomenout politické rozložení sil v maďarském parlamentu, tedy dvoutřetinovou jednobarevnou většinu v době první volby předsedy Národní justiční kanceláře.¹⁴ V této souvislosti je nutné zmínit i kritické hlasy¹⁵ poukazující na absenci explicitní zmínky nezávislosti soudnictví na úrovni ústavy.¹⁶

Negativní zkušenosti s maďarským, co do své podoby hybridním, modelem správy, jsou tak především spojeny s politickými specifiky země v rozhodné době provedení reformy v roce 2011 a v následujících letech, zároveň se zákonným nastavením umožňujícím nepřiměřenou koncentraci pravomocí v rukou jediné osoby, předsedy Národní soudní kanceláře.

Obdobně negativní konotace má i **slovenská podoba nejvyšší rady soudnictví**, byť ta se ve svém způsobu ustavení a nastavením pravomocí nevydala cestou hybridního orgánu, nýbrž převzala **charakteristické rysy tzv. euromodelu soudcovské samosprávy** doporučovaného mezinárodními organizacemi. Slovenská soudní rada je zakotvena v ústavní rovině a skládá se nejméně z poloviny ze soudců. Soudní rada má rozhodovací pravomoci v personálních otázkách správy soudnictví. Podle původní úpravy měl

¹² Čl. 25 odst. 6 Ústavy (Alaptörvény) [online]. [cit. 2017-05-17]. Dostupné z: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1100425.ATV

¹³ § 88 a násl. *zákona o organizácii súdů* (2011. évi CLXI. törvény a bíróságok szervezéséről és igazgatásáról) [online]. [cit. 2017-05-17]. Dostupné z: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1100161.TV

¹⁴ První předsedkyně Národní justiční kanceláře, Handó Tünde, je zároveň manželkou poslance strany Fidesz, která měla v době volby dvoutřetinovou parlamentní většinu.

¹⁵ GRECO. *Evaluation report Hungary. Fourth evaluation round: Hungary* [online]. 2015 [cit. 2017-03-06]. Dostupné z: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c6b9e>

¹⁶ Článek 26 Ústavy Maďarska nicméně stanovuje, že soudci jsou nezávislí, podřízeni pouze zákonům a při rozhodování nepodléhají žádným pokynům.

předseda Nejvyššího soudu virilní členství. Soudní rada má osmnáct členů a konkrétně se skládá z devíti soudců volených soudci a po třech členech volených Národní radou, dále jmenovaných prezidentem a vládou.¹⁷

Takto ustavená silná nejvyšší soudní rada vzniknuvší v transformačním období ve spojení s personálním selháním dlouholetého předsedy, Štefana Harabina, vedla k izolaci personálně a mentálně neobměněné justice za hradbou ústavní nezávislosti nejvyšší rady soudnictví.¹⁸ Bývalý ministr spravedlnosti od června 2009 zastával nejenom funkci předsedy Soudní rady, nýbrž byl také opětovně zvolen na post předsedy Nejvyššího soudu. Ve funkci předsedy samosprávného orgánu justice a zároveň v čele Nejvyššího soudu setrval až do června 2014. Kumulaci funkce předsedy Nejvyššího soudu a Soudní rady vyřešila nakonec novela Ústavy, která souběh těchto funkcí vyloučila.¹⁹

K možnému politickému vlivu a **kumulaci funkcí předsedů soudů a členství v Soudní radě** se vyjádřil koncem roku 2015 i slovenský Ústavní soud. Ve svém nálezu ze dne 18. 11. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 2/2012, nevyhověl té části návrhu na vyslovení nesouladu s ústavou, kterou bylo napadeno ustanovení zákona č. 467/2011 Z. z., o nezlučitelnosti výkonu funkce předsedu a podpředsedu soudu s funkcí člena Súdnej rady. Stran potenciálního konfliktu mezi dvěma orgány angažujícími se ve správě a řízení soudů je podle názoru slovenského ochránce ústavnosti nutné eliminovat dokonce zdání takového konfliktu. Působení soudních funkcionářů v Soudní radě činí z tohoto orgánu zpochybnitelnou instituci a vytváří prostor pro účinné prosazování stranických zájmů ministra spravedlnosti prostřednictvím jmenovaných funkcionářů obecných soudů. V případě jejich osoby se totiž jedná o plnou závislost na osobě ministra spravedlnosti, který má pravomoc je jmenovat a odvolávat z výkonu funkce, neplní-li povinnosti předsedy či místopředsedy soudu. V této souvislosti navíc nelze vyloučit ani riziko personální korupce navázané na možnost opakování vedoucí funkce na obecném soudě.²⁰

V reakci na nález slovenského Ústavního soudu vydala Soudní rada usnesení konstatující, že duální výkon funkce předsedy, resp. místopředsedy soudu a člena Soudní rady nevede k porušení etických povinností soudců. Učinila tak s odkazem na doktrínu tzv. hraničního orgánu. Na základě stanoviska Soudní rady je podle ústavní úpravy právě ona tím hraničním orgánem, který je výlučně oprávněný definitivně rozhodovat v otázkách dodržování etických pravidel chování soudců. V argumentaci se navíc poukazuje na chybějící ústavní působnost Soudní rady pro konstatování zániku či zachování některé z funkcí

17 Čl. 141a zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 2017-03-06].

18 Srov. také příklady z Maďarska, Bulharska, Rumunska in BOBEK, Michal. Pět poznámek k debatě o nejvyšší radě soudnictví. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 17, s. 600. ISSN 1210-6410.

19 Ústavní zákon č. 161/2014 Z. z. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 2017-03-06].

20 Bod č. 12.3 nálezu Ústavného soudu Slovenskej republiky ze dne 18. 11. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 2/2012.

člena rady či představitele orgánu řízení a správy soudů, na ústavněprávní neakceptovatelnost nepravé retroaktivity, resp. na plnění morální odpovědnosti setrvat ve funkci, která vznikla realizací ústavního práva na přístup k jiné veřejné funkci.²¹ Stanovisko slovenské Soudní rady tak vytvořilo pnutí mezi nálezem Ústavního soudu a legislativní úpravou²² na straně jedné a vnímáním zásad soudcovské etiky samotnými členy Soudní rady na straně druhé.

Generalizující závěry vyvozené z neblahé slovenské zkušenosti s daným systémem nastavením a personálním obsazením **by ovšem nebylo správné analogicky aplikovat na českou praxi** a v návaznosti na tyto úvahy a priori vylučovat vhodnost zakotvení Nejvyšší rady soudnictví v České republice.

Lze souhlasit s premisou, že zakládání silných nejvyšších rad soudnictví se jeví v období transformačního přerodu zemí střední a východní Evropy jako nevhodné. Nicméně jak českou justici, tak stav společnosti jako takové, již nelze v současné době považovat za transformující se systém.²³ Při hodnocení fungování jednoho z modelů soudní rady v konkrétní zemi je vhodné diferencovat, **nemusí být totiž dysfunkční samotný model, nýbrž jeho realizace v rukou konkrétních politiků a soudců.**²⁴ Navíc jakékoliv negativní zkušenosti z jiných zemí mohou posloužit jako empirický argument při debatách o konkrétním nastavení systému a možnosti se vyhnout obdobné situaci (např. nepřevzít virilní členství předsedů Nejvyšších soudů v Nejvyšší radě soudnictví, zakotvit vyloučení souběhu funkcí předsedy a místopředsedy soudu a člena Soudní rady atd.).

Nelze zároveň presumovat to, že v českém justičním prostředí by se do nejvyšší rady soudnictví nemohly dostat osobnosti, které by potenciálně mohly zneužít své pravomoci v rámci tohoto orgánu.²⁵ Kategorické odmítnutí takového scénáře, a to nikoliv pouze v českém prostředí, lze označit až jako naivně idealistický předpoklad o úplné absenci subjektů ve společnosti, které by byli s to získané pravomoci zneužít. Při zkoumání slovenských, resp. dokonce středo- a východoevropských konsekvencí při zavedení nejvyšší rady soudnictví se však lze domnívat, že státy tohoto regionu tvoří natolik jednotný

21 SÚDNA RADA SLOVENSKEJ REPUBLIKY. *Stanovisko k nálezu Ústavného súdu č. 374/2015 Z. z.* [online]. [cit. 2017-04-06]. Dostupné z: <http://www.sudnarada.gov.sk/stanovisko-k-nalezu-ustavneho-sudu-sr-c-3742015-z-z/>

22 § 33 odst. 2 zákona č. 757/2004 Z. z., o súdoch: „*Funkcia predsedu súdu a podpredsedu súdu je nezlučiteľná s funkciou člena súdnej rady.*“

23 BOBEK, Michal. Pět poznámek k debatě o nejvyšší radě soudnictví. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 17, s. 603. ISSN 1210-6410.

24 VOS, Geoffrey. The role of Councils for the Judiciary in promoting effective Justice systems. In: *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference: Nejvyšší soud České republiky, Česká společnost pro evropské a srovnávací právo a Justiční akademie*, 13.–14. 5. 2015. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 23. ISBN 978-80-905562-5-6.

25 Srov. KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies. Holding the Least Accountable Branch to Account*. New York: Cambridge University Press, 2016, s. 405. ISBN 978-1-107-11212-4.

celek, jak se na první pohled může zdát. Zejména v případě srovnání slovenského a českého soudnictví lze poukázat na nižší míru korupce v českém prostředí.²⁶ Současně nelze přehlížet rozdíly, které existují mezi slovenskou a českou justicí a oba tyto systémy automaticky považovat za téměř identické.

Slovenský příklad vede kupříkladu Davida Kosaře k závěru o upřednostnění ministerského modelu správy soudnictví před zmiňovaným euromodelem nejvyšší rady soudnictví. Ministerský model podle jeho názoru sice také není dokonalý, nicméně s ohledem na délku volebního období vede k tomu, že ministr spravedlnosti se musí zpravidla každé čtyři roky za svou činnost zodpovídat voličům. Na rozdíl od zmiňovaného Judicial Council Euro-model, ve kterém se soustřeďuje při skupině kontrolující nejvyšší radu soudnictví neomezená moc bez demokratické kontroly,²⁷ tak ministerský model podle jeho názoru disponuje větší demokratickou legitimitou. S tímto konstatováním lze v obecné rovině souhlasit, ale zároveň nelze přehlížet, že základním předpokladem fungování takového modelu správy justice je ovšem zajištění dlouhodobější kontinuity názorů zastávaných ministrem spravedlnosti a zejména existence brzd vůči ministru spravedlnosti a přítomnost dalších vyvažujících orgánů, jako je tomu již ve zmíněném Německu. Byť by bylo možno souhlasit s názorem o vhodnosti ministerského modelu, resp. o jeho výhodách nad nově zřizovanou nejvyšší radou soudnictví v abstraktní rovině uvažování, je podle našeho názoru neuralgickým bodem při eventuelním srovnávání slovenských a českých poměrů značně frekventovaná obměna vlády, relativně častý výskyt úřednických vlád, a zejména s tím do značné míry spojená obměna osob na postu ministra spravedlnosti, přičemž právě tyto okolnosti činí podle našeho názoru v českém politickém prostředí ministerský model méně optimálním než např. v Německu. Domníváme se také, že z již uvedených důvodů zkušenosti slovenské justice jsou do značné míry nepřenositelnými na české prostředí. Opakovaně je třeba zdůraznit, že ustavení soudní rady nepředstavuje univerzální řešení na všechny nedostatky české justice, nicméně negativní dopady častých personálních změn na Ministerstvu spravedlnosti by mohla při vyváženém přístupu k jejímu personálnímu obsazení a zakotvení jejích pravomocí, které nemusí být i jen jmenovací a rozhodovací, určitě zmírnit, a do značné míry by podle našeho názoru mohla také přispět k odstranění nedostatků ministerského modelu v České republice, jak na ně bude dále poukázáno.

V neposlední řadě lze ovšem v této souvislosti poukázat na zkušenosti z Maďarska a zejména v poslední době z Polska, kde v případě, že se v demokratických volbách dostanou k moci politické strany s představiteli s autoritářskými tendencemi, je zpravidla další vývoj poznamenán snahou omezit nezávislost justice a podřídit rozhodování soudů v klíčových otázkách společnosti „jedině správným přístupům“. Jednoznačným projevem takového postupu je podle našeho názoru snaha polské vládnoucí strany Právo

²⁶ Ibidem, s. 405.

²⁷ Ibidem, s. 410.

a spravedlnost (dále jen „PiS“), která po paralyzování Ústavního soudu a následném „ovládnutí“ jeho části a spojení funkcí ministra spravedlnosti a generálního prokurátora, posiluje vliv mocí zákonodárné a výkonné na justici a její rozhodující orgány a představitele, což se projevilo schválením zásadních novel zákonů o Národní radě soudnictví (KRS),²⁸ o organizaci obecných soudů a zejména zákona o polském Nejvyšším soudu, který však prezident republiky nepodepsal (vetoval). S přihlédnutím k takovým postupům je třeba se seriózně zabývat i tím, že za údajným tvrzením o selhávání modelu správy justice prostřednictvím soudních rad se mohou skrývat, a podle našeho názoru zvláště v Polsku skrývají, snahy vládnoucích, byť demokraticky zvolených politických stran a jejich představitelů, získat možnost ovlivňovat soudní rozhodování v klíčových otázkách a tím postupně erodovat nezávislost justice.²⁹ Vzhledem k tomu si v diskusi, zda je třeba zachovat v České republice ministerský model, anebo je třeba změnit systém soudní správy, nelze vystačit s argumentem, že ministerský model disponuje větší demokratickou legitimitou, neboť ministr spravedlnosti je volán k odpovědnosti svými voliči každé čtyři roky, a proto je tento model obtížněji napadnutelný, když právě s takovou argumentací je v Polsku nejen fakticky odstraňována samostatnost Národní rady soudnictví (KRS) a oklešťovány její pravomoci, ale je ohrožována nejenom nezávislost justice jako celku, ale i nezávislost jednotlivých soudců, a jsou podkopávány základy právního státu. K tomu považujeme za nutné zdůraznit, že byť rady soudnictví nejsou z hlediska nezávislosti justice v jednotlivých státech zdaleka tak důležité jako ústavní soudy, vývoj v Polsku ukazuje, že ani jejich význam není v tomto směru zanedbatelný.

4 Nedostatky současné správy justice v České republice

Téměř každodenně sledujeme, že **ministerský model správy justice není s to dostát požadavkům kladeným na náležitý výkon správy soudů** a už vůbec není schopen v podmínkách České republiky nabídnout dlouhodobé koncepční řešení důležitých a často i sporných otázek vztahujících se k soudnictví, což ve svém důsledku má nepochybně

²⁸ PiS se o výměnu nejzkušenějších a nejméně závislých soudců pokusil již v letech 2005–2007. Tehdejší KRS ovšem tyto snahy popohnala před Ústavní soud a tento označil jednání PiS za protiústavní, neboť zásah do kariérního postupu soudce je útokem na jeho nezávislost.

²⁹ Nelze přehlédnout, že polský Nejvyšší soud je volebním soudem, polské soudy projednávají v současné době velmi citlivé civilní i trestní věci, např. zákonnost jmenování předsedkyně Ústavního soudu, či trestní kauzy současného šéfa polských státních služeb Kamińskiego. Přitom polské soudy v nich postupují způsobem, který se zjevně současné vládě nelíbí. Srov. také KÜHN, Zdeněk. Kaczyńského argumenty jsou lživé. Není pravda, že by polská justice byla prolezlá komunisty. Vládní reformy jsou největší útok na právní stát v Evropě po roce 1989. *Lidové noviny*, vydání ze dne 31. července 2017. Právo a justice, s. 5. Autor zde mimo jiné uvádí, že Orbán v Maďarsku byl „slabý odvar“. Původní pokus ovládnout maďarský Nejvyšší soud se děl nikoliv rozpuštěním celého soudu, ale povinným penzionováním všech soudců starších 62 let (oproti dřívější hranici 70 let). V roce 2012 tento krok prohlásil Soudní dvůr EU za rozporný se zákazem věkové diskriminace. Maďarská vláda se EU podřídila a zákon změnila. Celý problém se nakonec vyřešil jinak, totiž rezignací jen těch starších soudců, kteří rezignovat opravdu chtěli. Situace v Polsku je odlišná už proto, že Sejmem schválený zákon by umožňoval konec mandátu všech nejvyšších soudců, bez ohledu na věk.

vliv i na již opakovaně zmíněnou nezávislost soudnictví. Nejen podle našeho názoru je dosavadní model státní správy soudů ministerstvem spravedlnosti v České republice nefunkční, vyčerpaný, nereformovatelný a měl by být nahrazen jiným. Jde dále o rizika zasahování do nezávislosti soudů a soudců, dále pak o nečinnost v oblastech, kde ministerstvo spravedlnosti, přestože má jednoznačné zákonem stanovené povinnosti k zajištění řádného výkonu soudnictví, není schopno je z různých důvodů plnit. Jde o poznání objektivní, bez vlivu na osoby konkrétních ministrů a jejich působení. Převažujícím rysem státní správy soudů je diskontinuita (daná častým střídáním ministrů), nekompetentnost (personální vyprázdnění ministerstva v rozhodujících útvarech) a neodpovědnost (řada různých dílčích kroků činěných bez seriózního zvážení nezbytnosti, vhodnosti, účelnosti, ale zejména dopadů), jakož i absence trvalého dialogu s představiteli soudní moci o systémových otázkách.³⁰

Současný stav, kdy ústředním orgánem státní správy soudů v České republice je Ministerstvo spravedlnosti a **soudní moc sama nemá** vlastní reprezentativní orgán (srov. nálezy Ústavního soudu pod sp. zn. Pl. ÚS 7/02)]³¹ vede k tomu, že ministerstvo spravedlnosti často oslovuje představitele justice podle vlastního uvážení, což mu dává možnost volby vhodného partnera pro projednání určité záležitosti a pak prezentování jako názoru justice, což může být zneužíváno jako nástroj vnitřní personální korupce.³² Tento přístup nevylučuje nepřímé ovlivňování soudní moci a narušování její

30 Srov. pracovní text k možné úpravě Nejvyšší rady soudnictví („NRS“) na úrovni Ústavy České republiky a s rámcovou představou jejího budoucího zákonného provedení, zpracovaný předsedy Nejvyššího správního soudu a Nejvyššího soudu ve spolupráci se Soudcovskou unií, duben 2016, s. 1.

31 Srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 18. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 7/02, nálezy byl vyhlášen pod č. 349/2002 Sb., publikován pod č. 78 ve sv. 26 Sb. nález. a usn. ÚS ČR, ve kterém Ústavní soud dále zdůraznil, že „jakkoli ani ve sféře justice neusiluje demokratický stát o maximalistické programy, a je proto zcela vzdálen představě „soudcovského státu“, je na druhé straně povinen vytvářet institucionální předpoklady pro to, co, pokud jde o justici, platí jako specifické a nepodmíněné, totiž konstituování a etablování reálné nezávislosti soudů, jako – pro stabilizaci nejen jejich pozice, ale i celého demokratického systému, ve vztahu k legislativě a exekutivě – významného státotvorného, současně však i polemického prvku. Uvedená reálná nezávislost soudů je specifickým a nepostradatelným atributem soudní moci, odůvodněným a také vyžadovaným čl. 4 Ústavy, podle kterého základní práva a svobody jsou pod ochranou soudní moci, jakož i čl. 81 a 82 Ústavy, podle kterých soudní moc vykonávají jménem republiky nezávislé soudy s tím, že soudci jsou při výkonu své funkce nezávislí a jejich nestrannost nesmí nikdo ohrožovat. Již konstatovaný specifický rys a obsah soudní moci nemůže být proto zpochybňován, a proto ani její základní funkce nejsou slučitelné se žádným způsobem infiltrace jiné státní moci, kterážto premisa byla v Ústavní listině Československé republiky uvozené zákonem č. 121/1920 Sb. vyjádřena ustanovením § 96 odst. 1, podle kterého soudnictví jest ve všech stolicích odděleno od správy, v současné Ústavě pak v čl. 82 odst. 3, podle kterého funkce soudce není slučitelná s funkcí prezidenta republiky, člena parlamentu ani s jakoukoli funkcí veřejné správy. Princip nezávislosti soudu má tedy v tomto směru, jak již uvedeno, nepodmíněnou povahu vylučující možnost ingerence výkonné moci“.

32 ZEMANOVÁ, Daniela. Meze možností současného modelu správy soudnictví v České republice z pohledu Soudcovské unie. In: *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference: Nejvyšší soud České republiky, Česká společnost pro evropské a srovnávací právo a Justiční akademie, 13.–14. 5. 2015*. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 120. ISBN 978-80-905562-5-6.

nezávislosti ze strany exekutivy. Hodnotou přitom v právním státě není pouze nezávislost soudnictví a soudců, jejímž smyslem je zaručit nezaujaté rozhodování konkrétní věci, nýbrž také samotné zdání nezávislosti. V dalším nálezu sp. zn. Pl. ÚS 18/06 Ústavní soud k tomu uvedl, že výkon státní správy soudů neodpovídá svojí povahou obecnému vymezení výkonu státní správy. Státní správa soudů je specifická činnost vykonávaná pouze uvnitř soudní soustavy a podmiňující více či méně vlastní rozhodovací činnost soudů. „Současný stav, kdy ústředním orgánem státní správy soudů je Ministerstvo spravedlnosti a soudní moc sama nemá vlastní reprezentativní orgán odpovídající svým postavením úrovni Ministerstva spravedlnosti (kterýžto orgán by mohl být orgánem povolaným převzít kvalitativně úlohu ministerstva ve věcech personálních včetně dohledu nad odbornou úrovní soudcovského sboru, případně i v dalších oblastech řízení a výkonu správy soudnictví), podle názoru Ústavního soudu dostatečně nevylučuje případné možnosti nepřímého ovlivňování soudní moci mocí výkonnou.“³³

Mezi exekutivou a soudní mocí v České republice nejsou vytvořeny historické bariéry (jako např. v Německu či ve Skandinávii) a vzájemné respektování mocí u nás není pravidlem.³⁴ Byť se justice v současné době dokáže i v České republice těm nejinvazivnějším zásahům ze strany výkonné moci bránit,³⁵ orgán typu Nejvyšší rady soudnictví by při zastupování justice navenek nepochybně přispěl k obohacení dialogu s mocí výkonnou reprezentovanou ministrem spravedlnosti potažmo vládou a s mocí zákonodárnou reprezentovanou Parlamentem, když nynější **reprezentace justice se štěpí mezi nejvyšší soudy, jejich předsedy, kolegium předsedů krajských soudů a soudcovskou unii**.³⁶

³³ Srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 18/06, nálezy byly vyhlášeny pod č. 397/2006 Sb., publikovány pod č. 130 ve sv. 42 Sb. nál. a usn. ÚS ČR.

³⁴ ZEMANOVÁ, Daniela. Meze možností současného modelu správy soudnictví v České republice z pohledu Soudcovské unie. In: *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference: Nejvyšší soud České republiky, Česká společnost pro evropské a srovnávací právo a Justiční akademie*, 13.–14. 5. 2015. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 120. ISBN 978-80-905562-5-6.

³⁵ Srov. rozhodnutí Městského soudu v Praze ze dne 24. 7. 2005, č. j. 5 Ca 37/2005-42, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 4. 2006, č. j. 4 Aps 3/2005-35 (č. 905/2006 Sb. NSS), rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 5. 2008, č. j. 4 Ans 9/2007-197 (č. 1717/2008 Sb. NSS), a zejména nálezy Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 18/06 (č. 397/2006 Sb.). Dále viz SPRINGER, Paul. Nové koště mete dobře – nebo snad jinak? *Právní rozhledy*, 2005, roč. 13, č. 9, s. 335–336; MIKULE, Vladimír. Soudní ochrana proti rozhodnutí, jímž byl předseda soudu odvolán z funkce – nová otázka. *Právní zpravodaj*, 2006, roč. VII, č. 3, s. 14–16.

³⁶ NEJVYŠŠÍ SOUD. *Plánovaná reforma justice* [online]. 2016 [cit. 2017-05-29]. s. 19. Dostupné z: http://www.nsoud.cz/judikaturans_new/ns_web.nsf/print/Proverejnostamedia~Napsalionas~Planovana_reforma_justice. Doba přinesla i konkrétní poznání, jak složité může být, nemá-li jedna ze státních mocí „svá ústa, uši a ruce“. Šlo o vyjednávání o platových otázkách soudců v návaznosti na opakované nálezy Ústavního soudu, vzniklou vlnu hromadných žalob hrozící další eskalací sporů s vážnými dopady jak rozpočtovými, tak v rovině důvěry v soudnictví. Vláda si snad v tu chvíli uvědomila, že chce-li jednat s justicí, nemá s kým, podobně soudcovský sbor zjistil, že není zde nikdo, kdo by mohl legitimně v těchto otázkách justici zastupovat. Zvolené „náhradní řešení“, tedy neformální jednání předsedy vlády a skupiny ministrů s oběma předsedy nejvyšších soudů a některými soudními funkcionáři, sice přineslo efekt v dané věci, ale zároveň ukázalo trvalý deficit neexistence orgánu, který by na ústavní a zákonné úrovni byl partnerem k řešení mnoha dalších systémových otázek legislativní či exekutivní povahy nutných k zajištění řádného výkonu soudnictví.

Problémem je i začlenění státního zastupitelství do justice v širším slova smyslu, neboť podle Ústavy České republiky je začleněno do moci výkonné, zatímco ve světě je spíše chápáno jako součást justice. Absence zastřešujícího orgánu typu Nejvyšší rady soudnictví vede k tomu, že **justice není schopna flexibilně a účinně reagovat na společenské, hospodářské či demografické změny**, jak to zejména dokládá i dosud neřešená problematika soudní mapy a s tím spojená analýza vytíženosti a eventuální reforma soudů prvních stupňů, anebo v poslední době akcentovaná otázka kariérního postupu soudců obecné justice a přijímání kandidátů z řad nesoudců (mimořádně disponovaných advokátů, pedagogů vysokých škol, státních zástupců či dalších právníků na nejvyšší soudy). Přitom právě personální otázky tvoří jádro činnosti soudních rad v zahraničí. O finančním zajištění soudnictví a rozdělení finančních prostředků v rámci soudního systému České republiky rozhoduje moc výkonná, lze přitom předpokládat, že větší míra spolurozhodování by pomohla vyřešit i problémy spojené s efektivním využíváním finančních prostředků v rámci justice.

Žádoucí je proto zejména vytvoření platformy pro sjednocení výběrových řízení kandidátů na soudce všech stupňů, **proces výběru soudců** totiž není v rámci justice jednotný, neboť některé krajské soudy využívají stále systém justičních čekatelů, zatímco jiné uplatňují v širším rozsahu výběrová řízení. Aktuálnost a závažnost tohoto problému ukazuje i současná snaha ministra spravedlnosti vyřešit tento problém, který by nepochybně měl být součástí zákonné úpravy, i přes zásadní připomínky, a to nejen ze strany soudů, přijetím novelizace vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 303/2002 Sb., o výběru, přijímání a odborné přípravě justičních a právních čekatelů a o odborné justiční zkoušce a odborné závěrečné zkoušce právních čekatelů a vydáním Instrukce Ministerstva spravedlnosti o postupu při výběru kandidátů na funkci soudce a postupu při předkládání podnětů ke jmenování do funkce soudce. Také v tom je možno spatřovat invazivní jednání výkonné moci vůči moci soudní, která bez zákonné opory a dokonce do značné míry s ní v rozporu se snaží ovládnout proces výběru a vzdělávání kandidátů na soudce, který je nepochybně z hlediska budoucí kvality a nezávislosti justice klíčový.³⁷ Do značné míry **chybí jednotný a v potřebné míře účinný systém vzdělávání a jeho provázání s výběrem soudců na vyšší soudy**. Stále v České republice nemáme jednotný systém výběru soudců nejen na odvolací soudy, ale ani na nejvyšší soudy. Ten je nahrazován u nejvyšších soudů pravidly či memorandy o výběru kandidátů na soudce těchto soudů. Důvěra veřejnosti a transparentnost celého systému může být ohrožena i absencí zveřejňování výběrových řízení na uprázdněná místa soudce. Doposud taktéž

³⁷ Srov. vyjádření a připomínky Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu k novele vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 303/2002 Sb., o výběru, přijímání a odborné přípravě justičních a právních čekatelů a o odborné justiční zkoušce a odborné závěrečné zkoušce právních čekatelů a k návrhu Instrukce Ministerstva spravedlnosti o postupu při výběru kandidátů na funkci soudce a postupu při předkládání podnětů ke jmenování do funkce soudce a také Stanovisko kolegia předsedů krajských soudů k těmto návrhům.

nedošlo k vytvoření kariérního řádu pro soudce či vytvoření závazného etického kodexu, byť jsou patrné v tomto směru snahy jak Soudcovské unie, tak předsedů nejvyšších soudů. V oblasti personálně-manažerských otázek nelze opomenout ani **problematiku jmenování soudních funkcionářů** zejména s ohledem na v poslední době akcentovanou otázku jejich opětovného jmenování, ke které se v minulosti vyslovil Ústavní soud ve svém plenárním nálezu sp. zn. PL. ÚS 39/08.³⁸ Podle názoru Ústavního soudu spočívá problém v samotné možnosti opětovného jmenování, která může vést soudní funkcionáře k tomu, aby postupovali způsobem vytvářejícím předpoklady pro jejich opětovné jmenování, resp. aby jejich jednotlivé kroky, včetně způsobu rozhodování (funkcionáři soudů jsou především soudci), byly vnějším světem takto nahlíženy a posuzovány. V podmínkách neexistence soustavy brzd a vyvážení k exekutivě s jejími výlučnými rozhodovacími pravomocemi v personální oblasti tuto možnost nelze vyloučit.³⁹ Aktuální stav, kde výkonná moc rozhoduje o řadě zásadních personálních otázek jako je jmenování, výběr či kariérní postup soudce a současně má v gesci rozhodování o přidělování lidských zdrojů a finančních prostředků na jednotlivé soudy, nese v sobě **nebezpečí možnosti potenciálního zneužití takto koncentrovaných pravomocí v rukou moci výkonné**, zvláště když se v poslední době projevuje snaha o řešení těchto zásadních otázek pro nezávislost justice jako celku mimo zákonnou úpravu prostřednictvím ministerských směrnic a podobných aktů.

Při hodnocení stavu justice spolu s nastavením institucionálních vztahů k moci výkonné nelze opomenout ani **realitu českého politického prostředí**. Relativní nestabilita vlád spojená s vysokou fluktuací na postu ministra spravedlnosti totiž jen těžko může korespondovat s dlouhodobými mechanismy, které jsou vlastní soudnictví. Hlas představitelů justice je vzhledem k různým představitelům (předsedové nejvyšších soudů, předsedové krajských a vrchních soudů, Soudcovská unie) a jejich často i protichůdným zájmům nyní pochopitelně roztržštěný, a proto je její hlas a zvláště role při určování agendy z povahy věcí spíše upozaděna, což samozřejmě vyhovuje zejména představitelům moci výkonné, ale i zákonodárné.

5 Vytvoření a uspořádání Nejvyšší rady soudnictví

Podpora soudcovské nezávislosti a samosprávy, resp. institucionalizace v podobě vytvoření Nejvyšší rady soudnictví je **předmětem řady mezinárodních dokumentů**. Pomineme-li již starší pravidelné před-vstupní zprávy Evropské komise ohledně

³⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 6. 10. 2010, sp. zn. PL. ÚS 39/08, nález byl vyhlášen pod č. 294/2010 Sb., publikován pod č. 207 ve sv. 59 Sb. nál. a usn. ÚS ČR.

³⁹ Bod č. 65 nálezu Ústavního soudu ze dne 6. 10. 2010, sp. zn. PL. ÚS 39/08, nález byl vyhlášen pod č. 294/2010 Sb., publikován pod č. 207 ve sv. 59 Sb. nál. a usn. ÚS ČR.

připravenosti ČR na přistoupení a plnění tzv. Kodaňských kritérií,⁴⁰ jedná se přitom nejčastěji o stanoviska či doporučení vzniknuvší zejména na půdě Rady Evropy nebo Evropské sítě soudních rad (ENCJ). V tomto kontextu je nutné poukázat nejenom na již notoricky známou Evropskou chartu o statutu soudců⁴¹, stanovisko Konzultativního výboru evropských soudců (CCJE)⁴² či doporučení Výboru ministrů Rady Evropy členským státům o soudcích týkající se nezávislosti, efektivnosti a role soudců⁴³, nýbrž i na kontinuální doporučení Evropské sítě soudních rad. V této souvislosti si zasluhuje pozornost především tzv. Budapešťská rezoluce⁴⁴ či Dublinská deklarace⁴⁵ z roku 2012. Podle doporučení Dublinské deklarace by kupříkladu v oblasti personální měla být orgánem odpovědným pro oblast výběru soudců a jejich jmenování soudní rada, eventuelně nezávislý soudcovský výbor pro jmenování.⁴⁶ Následně přijatá Sofijská deklarace z roku 2013 shledává pro ochranu soudcovské nezávislosti významné řádně fungující soudní rady či obdobné nezávislé orgány, které artikulují názory a činí doporučení pro vlády ohledně všech otázek soudcovského odměňování či jiných podmínek výkonu soudcovské funkce.⁴⁷

⁴⁰ Např. European Commission's Regular Report On Czech Republic's Progress Towards Accession ze dne 13. 11. 2001, č. SEC (2001) 1746, [online]. [cit. 2017-05-24]. Dostupné z: http://aci.pitt.edu/44559/1/czech_2001.pdf, s. 18–20 nebo ze dne 9. 10. 2002, č. SEC (2002) 1402, [online]. [cit. 2017-05-24]. Dostupné z: http://aci.pitt.edu/44560/1/czech_2002.pdf, s. 22–24.

⁴¹ European Charter on the Statute for Judges, Strasbourg, 8–10 July 1998. [online]. [cit. 2017-5-24]. Dostupné z: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1766485&direct=true>

⁴² Opinion no. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, Strasbourg, 21–23 November 2007. [online]. [cit. 2017-05-24]. Dostupné z: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1221839&direct=true>

⁴³ Recommendation CM/Rec (2010) 12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities. Committee of Ministers [online]. 17 November 2010 [cit. 2017-05-24]. Dostupné z: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec\(2010\)12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec(2010)12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true)

⁴⁴ Resolution of the ENCJ on „ Self Governance of the Judiciary: Balancing Independence and Accountability, Budapest Resolution [online]. 2008 [cit. 2017-05-24]. Dostupné z: <https://www.encj.eu/images/stories/pdf/resolutionbudapestfinal.pdf>

⁴⁵ Declaration of the ENCJ on Standards for Recruitment and Appointment of Members of the Judiciary, Dublin Declaration [online]. 2013 [cit. 2017-05-24]. Dostupné z: https://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/encj_dublin_declaration_def_dclaration_de_dublin_recj_def.pdf

⁴⁶ Ibidem, s. 9.

⁴⁷ Declaration of the ENCJ on judicial independence and accountability, Sofia Declaration. [online]. 2013 [cit. 2017-05-24]. Dostupné z: https://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Sofia/encj_sofia_declaration_7_june_2013.pdf

I když neobsahuje výslovný apel na zřízení soudní rady, je v tomto kontextu významné stanovisko č. 18 (2015) Konzultativního výboru evropských soudců (CCJE)⁴⁸, které poukazuje v souvislosti s uspořádáním vztahů justice a dalších mocí především na strukturální požadavky. Vyzdvihnout tak lze především **důraz na důležitost účasti soudců na diskusích týkajících se soudních politik** a konzultace se soudní mocí při přípravě legislativy dotýkající se postavení soudců a fungování soudního systému.⁴⁹ Stanovisko také poukazuje na možné nebezpečí plynoucí z vlivu exekutivy na správu soudnictví prostřednictvím předsedů soudů či inspekcí, resp. v případech přímé závislosti soudní správy na ministru spravedlnosti.⁵⁰

Je-li pak těmto dokumentům někdy vytýkán jejich obecný charakter bez výslovné specifikace samotného doporučení na konkrétní institucionální uspořádání, nelze tak již učinit v případě pravidelné hodnotící zprávy Skupiny států proti korupci (GRECO), která provádí evaluaci jednotlivých smluvních států samostatně. Nejnovější hodnotící zpráva GRECO ve vztahu k České republice z roku 2016 i při současném uznání neexistence jednotného evropského modelu správy soudnictví v souvislosti s problematikou úpravy výběru a kariérního postupu soudců a předsedů soudů se přiklání k tomu, aby za plnění těchto úkolů byla odpovědná **nezávislá soudcovská rada**.⁵¹ Roli v budoucnu sestavené soudcovské rady spatřuje hodnotící zpráva také v oblasti vzdělávání ideálně propojeného také s etickým kodexem a v poskytování služby důvěrného poradenství.⁵²

Nejedná se sice o právně závazné dokumenty, nelze je nicméně ignorovat pouze s poukazem na jejich nezávaznou či doporučující povahu, anebo je odbýt jen tvrzením: „Po přistoupení ČR k EU a odpadnutí před-vstupního tlaku a monitoringu se ale vlastně podobná doporučení, dnes formulovaná především ze strany orgánů Rady Evropy, stávají opět pouhými doporučeními“.⁵³ Přestože existuje značná **modelová různorodost nejvyšších rad soudnictví** v závislosti na konkrétních podmínkách a potřebách té které země, na což se v té souvislosti také správně poukazuje, nelze na druhé straně přehlížet **obecné charakteristiky** takového **orgánu reprezentujícího justici jako celek**. Uvedená stanoviska a doporučení také ukazují vývoj zásadních názorů na správu justice a vztah jednotlivých mocí v demokratických právních státech v Evropě za posledních

48 Opinion no. 18 (2015) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) on The position of the judiciary and its relation with the other powers of the state in a modern democracy. [online]. [cit. 2017-05-24]. Dostupné z: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=2383483&Site=COE&direct=true>

49 Ibidem, bod č. 31.

50 Ibidem, bod č. 48.

51 GRECO. *Fourth Evaluation Round: Česká republika*. [online]. 2016 [cit. 2017-05-24]. s. 33. Dostupné z: <https://rm.coe.int/16806c319a>

52 GRECO. *Fourth Evaluation Round: Česká republika* [online]. 2016 [cit. 2017-05-24]. s. 41. Dostupné z: <https://rm.coe.int/16806c319a>

53 BOBEK, Michal. Pět poznámek k debatě o nejvyšší radě soudnictví. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 17, s. 600. ISSN 1210-6410.

více jak 70 let a již z tohoto hlediska by neměla být tímto způsobem bagatelizována nebo přehlížena. S ohledem na počet států, které po druhé světové válce konstituovaly tuto formu správy soudnictví, se ukazuje, že jde o **zásadní vývojovou tendenci**. Tyto dokumenty navíc vznikají na půdě uznávaných mezinárodních institucí, které jsou reprezentovány nejvýznamnějšími odborníky z oblasti správy soudnictví, a působí tak již silou své přesvědčivosti. Rovněž si nelze nevšimnout, že i český Ústavní soud v shora citovaných i dalších nálezech obdobnou argumentací klade důraz na potřebu zřízení orgánu typu nejvyšší rady soudnictví, přičemž rozhodnutí Ústavního soudu i podle znění Ústavy České republiky jsou v zásadě obecně závazná. Z těchto důvodů bychom podle našeho názoru měli těmto stanoviskům a doporučením přikládat patřičnou váhu a zabývat se tím, zda s ohledem na již shora zmíněné nedostatky správy justice bychom neměli také o zřízení Nejvyšší rady soudnictví v České republice uvažovat.

Pokud jde o argumentační repertoár ohledně uzákonění Nejvyšší rady soudnictví, vedle argumentace doporučením mezinárodních institucí se lze také setkat s argumenty srovnávací povahy, poukazující na praxi jiných států zavádějících nejvyšší rady soudnictví. Stran onoho komparativního rozměru problematiky nejvyšších rad soudnictví přitom není žádoucí nahlížet jako na bezpodmínečnou implikaci ustavení Nejvyšší rady soudnictví v České republice vyplývající ze samotné skutečnosti přítomnosti takových rad v jiných evropských státech, nýbrž jako na empirické příklady užitečné při úvahách o kompetenčním katalogu, způsobu ustavení, složení a s tím spojených možných úskalích při vytváření takové rady soudnictví. V této souvislosti je tedy nutné odmítnout zjednodušující argumenty ve prospěch vytvoření nejvyšší rady soudnictví, které pouze poukazují na zahraniční praxi vytváření nejvyšších rad soudnictví. Četnost takové praxe je ale již sama o sobě relevantní v debatě o potřebě zřízení nejvyšší rady soudnictví. V každém evropském státě, v němž tento orgán byl zřízen, byla již z povahy věci vedena rozsáhlejší debata o případných dopadech existence takového orgánu na správu justice. Skutečnost, že v konečném důsledku se v uvedených státech přiklonili k jejich zavedení, dokládá, že i při zohlednění všech případných negativ převládá potřeba zakotvení obdobného orgánu do ústavního systému.

Poukázat lze dále i na ústavní rozměr problematiky nejvyšších rad soudnictví, který je navázán na premisy týkající se nezávislosti. A to nezávislosti nikoliv pouze jednotlivých soudců, nýbrž také soudnictví jako celku, dokonce i samotného zdání nezávislosti. Nezávislost jednotlivých soudců je nediskutovanou podmínkou *sine qua non* pro fungování právního státu. Ústavní soud považuje silné a nezávislé soudnictví stejně tak za jednu ze základních podmínek vlády práva. V právním státě totiž musí být soudní moc pokládána za jednu ze tří mocí, která disponuje stejnou vahou jako moc výkonná a zákonodárná, na nichž musí být v co největší míře nezávislá, přičemž soudní moc zvlášť

zdůrazněné ústavní ochrany nezávislosti požívá jako jediná ze tří mocí.⁵⁴ Na ústavní rovině je objektem garance čl. 81 Ústavy justice jako celek, organizační a institucionální zakotvení soudnictví a jeho role v ústavním systému postaveném na principu dělby moci, s pojiškami v podobě nejrůznějších brzd a vyvážení ve vztahu k ostatním odděleným státním mocím.⁵⁵ Požadavek vytvoření institucionálního zajištění nezávislosti soudců je jasně opakovaně akcentován Ústavním soudem. Ten zdůrazňuje: „...Jakkoli ani ve sféře justice neusiluje demokratický stát o maximalistické programy, a je proto zcela vzdálen představě „soudcovského státu“, je na druhé straně povinen vytvářet institucionální předpoklady pro to, co, pokud jde o justici, platí jako specifické a nepodmíněné, totiž konstituování a etablování reálné nezávislosti soudů, jako – pro stabilizaci nejen jejich pozice, ale i celého demokratického systému, ve vztahu k legislativě a exekutivě – významného státotvorného, současně však i polemického prvku. Uvedená **reálná nezávislost soudů je specifickým a nepostradatelným atributem soudní moci**, odůvodněným a také vyžadovaným čl. 4 Ústavy, podle kterého základní práva a svobody jsou pod ochranou soudní moci, jakož i čl. 81 a 82 Ústavy, podle kterých soudní moc vykonávají jménem republiky nezávislé soudy s tím, že soudci jsou při výkonu své funkce nezávislí a jejich nestrannost nesmí nikdo ohrožovat.“⁵⁶

V návaznosti na výše uvedené neblahé zkušenosti se zavedením tzv. euromodelu nejvyšší rady soudnictví (Judicial Council Euro-model) mimo jiné na Slovensku se objevuje samozřejmě i kritika zavedení této instituce do českého systému. Při jakýchkoliv justičních reformách zavádějících silnou nejvyšší radu soudnictví se musí zohlednit její nedostatky a nástrahy.⁵⁷ Možné budoucí zřízení Nejvyšší rady soudnictví by v českých podmínkách však na rozdíl od dalších států střední a východní Evropy probíhalo s delším odstupem od historického okamžiku demokratického přerodu se současnou možností rozhlédnutí se do zemí, kde projekt nejvyšší rady soudnictví atrofoval. Další deliberace ohledně

54 Srov. nález Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 18/06, nález byl vyhlášen pod č. 397/2006 Sb., publikován pod č. 130 ve sv. 42 Sb. nál. a usn. ÚS ČR.

55 RYCHETSKÝ, Pavel. *Ústava České republiky: Ústavní zákon o bezpečnosti České republiky: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 778; také další literatura oproti Michalu Bobkovi (srov. BOBEK, Michal. Pět poznámek k debatě o nejvyšší radě soudnictví. *Právní rozhledy*, 2015, roč. 23, č. 17, s. 601) zdůrazňuje nejen nezávislost jednotlivých soudců, ale i soudnictví jako celku ve vztahu ke všem ostatním státním orgánům (např. BOGUSZAK, Jiří a Jiří ČÁPEK. *Teorie práva*. Praha: Codex Bohemia, 1997, s. 200 – „...musí být soudnictví *nezávislé* na všech ostatních státních orgánech a soudci musí být při rozhodování vázáni jen právem.“). Přičemž podle našeho názoru nejde o to, zda se moc soudní organizuje (a už vůbec ne o koordinaci jednotek ve smyslu jednotlivých soudců při rozhodování, s čímž se vůbec nepočítá – sjednocování judikatury zůstane rolí Nejvyššího soudu), ale o zajištění vyváženosti jednotlivých mocí a ochranu nezávislosti soudnictví jako takového.

56 Nález Ústavního soudu ze dne 18. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 7/02, nález byl vyhlášen pod č. 349/2002 Sb., publikován pod č. 78 ve sv. 26 Sb. nál. a usn. ÚS ČR.

57 KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies. Holding the Least Accountable Branch to Account*. New York: Cambridge University Press, 2016, s. 405. ISBN 978-1-107-11212-4.

zřízení a podoby Nejvyšší rady soudnictví tak již v českých podmínkách může vycházet z empirických zkušeností těchto zemí.⁵⁸

Volat po zřízení Nejvyšší rady soudnictví bez předchozího vymezení smyslu její existence by bylo jistě nesystematické. Pouze po identifikaci jednotlivých strukturálních nedostatků správy justice, jak již bylo v předchozí části učiněno, lze přistoupit k úvahám o kompetenčním katalogu a posléze složení a způsobu ustavení takové instituce. Leitmotivem diskusí o vytvoření Nejvyšší rady soudnictví v České republice, a to jak na úrovni požadavků artikulovaných Ústavním soudem, tak na úrovni, byť obecných i konkrétních, mezinárodních doporučení je ochrana nezávislosti soudnictví. Často zdůrazňovanou ochranu nezávislosti lze vnímat jakožto ochranu preventivní jednak před možnými zásahy ze strany dalších mocí státu, a jednak i pro případné zvraty společensko-politické situace ve státě.⁵⁹ Stran vymezení poslání Nejvyšší rady soudnictví lze vedle jakési ex ante ochrany nezávislosti především vyzdvihnout cíl v podobě vytvoření orgánu, který bude s to agregovat podněty a hlasy napříč justici a vést dialog s dalšími mocemi státu v jednotlivých oblastech justiční politiky, resp. tam, kde je taková participace justice odůvodněna jejím expertním vybavením. Nejvyšší radě soudnictví plnící takto vymezené cíle by tak podle našeho názoru spíše odpovídala nikoliv tzv. silná rada spravující soudní moc sama, nýbrž **rada svým charakterem vyvažující další složky státní moci, byť samozřejmě s dostatečně silnými kompetencemi** tak, aby mohla plnit své funkce a nestala se pouhým poradním orgánem orgánů moci výkonné. Jinak řečeno na jedné straně musí jít o orgán, jehož složení bude bránit tzv. zapouzdření justice a který svým paritním složením ze soudců a nesoudců, nominovaných zákonodárnou mocí, bude do určité míry odstraňovat námitky ohledně nedostatku demokratické legitimacy,⁶⁰ ale na druhé straně musí být vybaven takovými oprávněními, která budou zajišťovat, naplnění cíle vytvoření skutečně reprezentativního orgánu, který bude schopen garantovat ve vztahu k legislativě a exekutivě **reálnou nezávislost soudů**, a to nejen pro stabilizaci jejich pozice, ale i celého demokratického systému, a to jako významný státotvorný, současně však i polemický prvek.

S ohledem na to by mělo jít o legitimně zřízený a ústavně zakotvený **reprezentativní orgán**, který by dokázal identifikovat a deklarovat problémy a nedostatky soudnictví, jejich příčiny a nabízet možná řešení v zájmu nastolení a udržení řádného a efektivního výkonu soudnictví. Jde tedy o vytvoření institucionální platformy pro trvalý ústavní dialog, který jinak probíhá mezi mocí zákonodárnou a výkonnou, bez účasti moci soudní, ačkoliv

⁵⁸ Srov. ibidem, s. 410, stran argumentace autora ohledně rizik zavedení nejvyšší rady soudnictví v rozhodné době.

⁵⁹ RYCHETSKÝ, Pavel. Tři otázky k Nejvyšší radě soudnictví. In: *Nejvyšší rada soudnictví: Quo vadis? Sborník z konference: Nejvyšší soud České republiky, Česká společnost pro evropské a srovnávací právo a Justiční akademie, 13.–14. 5. 2015*. Brno: Nejvyšší soud, 2015, s. 124. ISBN 978-80-905562-5-6.

⁶⁰ KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies. Holding the Least Accountable Branch to Account*. New York: Cambridge University Press, 2016, s. 410. ISBN 978-1-107-11212-4.

existuje řada otázek, kde taková vícestranná a obousměrná forma komunikace tvoří nezbytný předpoklad pro hledání a nalezení nejefektivnějších opatření k zabezpečení fungování soudnictví. Dialog, v němž by justice nebyla „předmětem“, nýbrž partnerem. Takovým orgánem, který by dále působil dovnitř justice, jakož i navenek k veřejnosti, získával by potřebné poznatky a sděloval by informace o stavu soudnictví, by v České republice měla být právě Nejvyšší rada soudnictví.

Ve světle výše uvedeného by těžiště působnosti rady představovaly **kompetence v oblasti personálních otázek a vzdělávání**. Nejvyšší rada soudnictví by tak zajišťovala prostřednictvím Justiční akademie odborné vzdělávání, stanovovala by obsahovou náplň přípravné služby, organizovala by justiční zkoušky. Stran personálních kompetencí by mohla zejména metodicky usměrňovat a ve spolupráci s předsedy soudů organizovat výběrová řízení na místa soudce, podávat návrh prezidentovi na jmenování soudce. Dále by **vydávala kariérní řád a zajišťovala výběr soudců na vyšší soudy**. Dále by na ní mělo být přeneseno rozhodování o přidělení či přeložení soudce na vyšší soud, a to po projednání s předsedou daného soudu. Současným vytvořením nezávislého systému hodnocení, který by nebyl prováděn v rámci Nejvyšší rady soudnictví, by mělo být zajištěno, aby nedocházelo k negativnímu jevu, který by mohl snižovat nezávislost jednotlivých soudců.⁶¹ U nejvyšších soudů by toto přidělení či přeložení soudce mělo být s ohledem na význam těchto soudů pro činnost celé justice podmíněno souhlasem předsedy Nejvyššího soudu nebo předsedy Nejvyššího správního soudu, tak jak je tomu i podle stávající právní úpravy v zákoně o soudech a soudcích. Předsedy a místopředsedy okresních, krajských a vrchních soudů by mohla buď jmenovat samotná rada, anebo by mohla alespoň navrhnout kandidáty do funkcí předsedů vrchních a krajských soudů prezidentovi republiky a okresních soudů ministru spravedlnosti, příp. při odstranění této ministerské pravomoci také prezidentu republiky, čímž by zároveň bylo sjednoceno veškeré **jmenování funkcionářů soudů** u prezidenta republiky. Tím by byla zároveň zajištěna i vyváženost jednotlivých mocí při obsazování těchto důležitých funkcí v rámci správy justice.

Všem těmto pravomocím musí odpovídat i **odpovědnost Nejvyšší rady soudnictví za správu justice**. Ve vztahu k ní bude nepochybně významné zejména zpracovávání zpráv o stavu justice předkládané Senátu. Na jejich základě by Nejvyšší rada soudnictví podávala i návrhy, stanoviska a doporučení státním orgánům ve věcech týkajících

⁶¹ Na tento jev upozorňuje David Kosař, když s přihlédnutím k zvláštnostem rad typu Judicial Council Euro-model činí i závěr, že přestože tyto rady vedou k zvyšování nezávislosti soudnictví, jako celku, nemusí nutně vést k zvyšování nezávislosti jednotlivých soudců, poněvadž mohou mít neblahý vliv na soudce, kteří se opovážili kritizovat práci takových rad nebo jejich členů. Proto s parafrází Johna Ferejohna poukazuje na to, že podle něj vede Judicial Council Euro-model k „systému závislých soudců v nezávislé justici“ („the system of dependent judges within independent judiciary“). Srov. KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies. Holding the Least Accountable Branch to Account*. New York: Cambridge University Press, 2016, s. 406 a násl. ISBN 978-1-107-11212-4.

se justice. Expertní povaha takové rady by byla využita také **v legislativním procesu**, kde by se vyjadřovala k návrhům věcných záměrů zákonů a k návrhům zákonů i dalších právních předpisů, zejména pokud se tyto týkají soudů jako organizačních složek státu, či procesních pravidel, jimiž se řídí.

Podstatné bude rovněž, aby Nejvyšší rada soudnictví se kompetentně **vyjadřovala i k otázkám soudcovské etiky** (např. Může soudce působit jako člen legislativní rady vlády? Může být soudce předsedou občanského sdružení? Může soudce kandidovat v komunálních volbách? apod.). Tato stanoviska by transparentně ukazovala její náhled na konkrétní problémy soudcovské etiky, čímž by se zvýšilo povědomí veřejnosti o těchto otázkách i právní jistota soudců. V neposlední řadě by Nejvyšší rada soudnictví **vyřizovala i stížnosti na soudce** tak, aby byla zajištěna i ochrana před zasahováním do jejich nezávislého a nestranného rozhodování. V návaznosti na to by jí byla i svěřena **pravomoc podat kárnou žalobu na funkcionáře soudů či soudce**.

Působnost rady by se podle v současnosti převažujících názorů naproti tomu nevztahovala na rozhodování o zajištění a **rozdělování finančních prostředků v justici**, které by i nadále **zůstalo v kompetenci Ministerstva spravedlnosti**, kterému by však podávala návrh rozpočtové kapitoly rady a podávala stanovisko k návrhu rozpočtové kapitoly, pokud jde o správu soudnictví.⁶²

Z hlediska **složení Nejvyšší rady soudnictví** by se mělo v návaznosti na její kompetence jednat o orgán, který nepostrádá demokratickou legitimitu, což lze dosáhnout především paritním složením. Polovina členů Nejvyšší rady soudnictví by tak mohla sestávat ze soudců, kteří by byli voleni na shromážděních soudců nebo prostřednictvím soudcovských rad (srov. § 46 a násl. zákona o soudech a soudcích), druhou polovinu by mohly tvořit osobnosti z jiných právnických profesí a akademické sféry, které by byly voleny politicky odpovědnou legislativou. V úvahu přichází zejména Senát Parlamentu ČR nebo určitá kombinace Senátu a Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR. Takto vzniknuvší Nejvyšší rada soudnictví by při účasti sice volených představitelů justice ze strany soudců, kteří však do svých soudcovských funkcí byli jmenováni prezidentem republiky, mohla čerpat svou demokratickou legitimitu právě skrze volenou nesoudcovskou část.

Závěr

Závěrem je třeba zdůraznit, že na jedné straně samotná přítomnost či absence Nejvyšší rady soudnictví v ústavním systému jednotlivých států ještě nemusí implikovat závěry o nedostatečném zajištění nezávislosti soudnictví či funkčnosti justice daného státu. Přítomnost Nejvyšší rady soudnictví nemusí být ani nutně garantem dobře fungující

⁶² Pracovní text k možné úpravě Nejvyšší rady soudnictví („NRS“) na úrovni Ústavy České republiky a s rámcovou představou jejího budoucího zákonného provedení, zpracovaný předsedy Nejvyššího správního soudu a Nejvyššího soudu ve spolupráci se Soudcovskou unií, duben 2016, s. 9–12.

a nezávislé justice, dokonce může vést při nevhodném složení a nastavení kompetencí k „zapouzdření justice“ v shora naznačeném smyslu. Ani toto konstatování by nás však **nemělo vést k předpojatému odmítnutí debat o Nejvyšší radě soudnictví** v České republice, neboť na druhé straně její absence, byť nemusí představovat strukturální nedostatek systému, má-li soudnictví k dispozici dostatečné garance vůči působení zejména moci výkonné, může v systému, který takové garance v náležitém rozsahu neobsahuje, znamenat v určitých případech ohrožení nezávislosti justice a obecně véde k nedostatečnému reflektování zájmů soudnictví z hlediska jeho dobré správy.

Pokusy o srovnání jednotlivých úprav nás vedou k dílčím závěrům o neexistenci univerzálně aplikovatelného modelu správy justice, potažmo nejvyšších rad soudnictví, ten totiž má reflektovat konkrétní strukturální nedostatky soudnictví v dané zemi. Teprve po jejich identifikaci lze uvažovat o **poslání takové rady a o přesném vymezení její působnosti, čemuž by pak měla odpovídat její struktura a způsob ustavení**. Současně je třeba zdůraznit, že podle našeho názoru není vyloučen ani odklon od chápání Nejvyšší rady soudnictví (zvláště typu Judicial Council Euro-model), který byl dosud převážně zastáván v České republice, k modelu s prvky soudní správy, ve kterém jsou pravomoci v rámci správy justice rozděleny.

Výše popsaný orgán typu Nejvyšší rady soudnictví podílející se na správě soudnictví s důležitými a reálnými kompetencemi především v oblasti personální a vzdělávací, svou povahou vyvažující další moci, by podle našeho názoru byl **vhodným aktérem k řešení** v tomto příspěvku **načrtnutých nedostatků české justice**, a tak přispěl ke zvyšování její funkčnosti.

Praktické aspekty stavění promlčecí doby při neplatné podnikatelské rozhodčí doložce

Practical Aspects of Constructing a Limitation Period in an Invalid Business Arbitration Clause

Stanislav Bílek*, Radka Vaníčková**

Abstrakt

Rozhodčí řízení představovalo zejména pro podnikatele, efektivní a hospodárnou alternativu vůči civilnímu soudnictví. K rozhodování majetkových sporů byly díky liberální legislativě využívány i soukromé rozhodčí společnosti, které neměly a stále nemají status rozhodčího soudu. V aplikační praxi obecných soudů rezonuje v posledních letech problematika rušení nicotných rozhodčích nálezů, vydávaných těmito soukromými rozhodci ve prospěch rozporu rozhodčích doložek, podle nichž byla pravomoc soukromých rozhodců založena zákonem č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení o výkonu rozhodčích nálezů v platném znění, případně pro rozpor s jiným právním předpisem. Cílem příspěvku je poukázat na jednu z mnoha výkladových těžkostí v souvislosti s rušením rozhodčích nálezů vydaných na základě neplatných rozhodčích doložek, a to zda uplatněním nároku rozhodčí žalobou z neplatné rozhodčí doložky dochází ke stavení běhu promlčecí lhůty a za jakých podmínek. Dále uskutečnit stručnou analýzu aktuální soudní praxe v rušení nicotných rozhodčích nálezů a právní výklad důsledků tohoto přístupu obecných soudů v otázce promlčení majetkových práv zejména se zaměřením na právní vztahy mezi podnikateli. Účinky nicotného rozhodčího nálezů nelze vztahovat automaticky na akt podání rozhodčí žaloby s ohledem na princip právní jistoty jako základní předpoklad právního státu. Podání rozhodčí žaloby podle neplatné doložky dle názorů autorů příspěvku má v určitém rozsahu za následek stavení promlčecí lhůty. Autoři rozdělili příspěvek na dvě části. V první části podávají úvodní vysvětlení předmětné problematiky a zaujímají postoje k judikatuře týkající se neplatných podnikatelských doložek. V druhé části vymezují dopady judikatury soudů ve sledované oblasti ve vztahu k otázce stavení promlčecí lhůty a předkládají návrhy řešení v souladu s platnou legislativou.

Klíčová slova

Rozhodčí doložka; neplatná rozhodčí doložka; nicotný rozhodčí náleží; appointing authority; stavení běhu promlčecí lhůty; promlčení majetkových práv; právní vztahy mezi podnikateli.

Abstract

Arbitration was an effective and cost-effective alternative to civil justice, in particular for entrepreneurs. Private arbitration companies that have not and still do not have the status of arbitral tribunal have also been using private lawsuits to make decisions on property disputes. In the application practice of general

* Mgr. Stanislav Bílek, Katedra managementu, Ústav podnikové strategie, Vysoká škola technická a ekonomická v Ā. Budějovicích / Department of Management, Faculty of Corporate Strategy, Institute of Technology and Business in Āeské Budějovice, Czech Republic / E-mail: mgr.bilekstanislav@seznam.cz

** Ing. Radka Vaníčková, Ph.D., Katedra managementu, Ústav podnikové strategie, Vysoká škola technická a ekonomická v Ā. Budějovicích / Department of Management, Faculty of Corporate Strategy, Institute of Technology and Business in Āeské Budějovice, Czech Republic / E-mail: vanickovaradka@gmail.com

courts, in recent years, the issue of cancellation of null arbitration awards issued by these private arbitrators resonates in favour of a conflict of arbitration clauses, according to which the competence of private arbitrators was based on Act No. 216/1994 Coll., On arbitration proceedings on the performance of arbitral findings in the valid Or, in case of conflict with another legal regulation. The purpose of the paper is to point to one of the many interpretative difficulties in connection with the annulment of arbitration awards issued on the basis of invalid arbitration clauses, whether by applying the claim to an arbitrator by an annulment of an arbitration clause, the running of the limitation period is established and under what conditions. Further, carry out a brief analysis of the current judicial practice in the annulment of arbitrarily arbitrary judgments and a legal interpretation of the implications of this approach of general courts in the matter of the limitation of property rights, especially with a focus on legal relations between entrepreneurs. The effects of a non-arbitrary award cannot be automatically applied to an act of filing arbitration in respect of the principle of legal certainty as a fundamental prerequisite for the rule of law. The filing of an arbitration award based on an invalid clause, based on the views of the authors of the contribution, results in a certain amount of limitation. The authors split the contribution into two parts. In the first part, they provide an introductory explanation of the subject matter and take positions on the case-law on invalid business clauses. In the second part, they define the impact of the jurisprudence of courts in the area under review in relation to the question of setting the limitation period and submit proposals for solutions in accordance with the valid legislation.

Keywords

Arbitration Clause; Invalid Arbitration Clause; Arbitration Award; Appointing Authority; Setting the Limitation Period; Property Rights Limitation; Legal Relationships Between Entrepreneurs.

Úvod

Jednou z mnoha oblastí, kde soudní judikatura zaznamenala v posledních letech významných změn, je mimo jiné též institut rozhodčích doložek. Autoři tohoto příspěvku mohou ze své praxe doložit mnoho příkladů, kdy byly běžně ještě před deseti lety majetkové spory mezi podnikateli rozhodovány nepřímo prostřednictvím soukromých rozhodců, majících formu právnických osob, aniž by soudní instance rozhodčí nálezy takto vydané rušila pro jejich neplatnost z toho důvodu, že konkrétní osoba rozhodce nebo rozhodců (fyzických osob) nebyla určena přímo v rozhodčí doložce, nýbrž jinou osobou mající většinou postavení člena orgánu právnické osoby - soukromé rozhodcovské společnosti.

Výše naznačená problematika se pak táhne celým uplynulým desetiletím a rezonuje v soudní judikatuře v tom smyslu, že od původně liberálního postoje soudní moci k této formě určení rozhodce došlo k posunu a soudní instance počaly vyhodnocovat tyto rozhodčí doložky jako neplatná právní jednání s odůvodněním, že způsob určení konkrétní osoby nebo osob rozhodce není dostatečně transparentní a určitý nebo tzv. obchází zákon. Judikatura pak pokročila v odůvodnění rušení rozhodčích nálezů dále a prohlásila

rozhodčí nálezy vydané na základě neplatných rozhodčích doložek za nicotné právní akty (paakty).¹

Ačkoliv se mohlo z počátku zdát, že se tento posun týká pouze sporů mezi podnikateli a spotřebiteli, praxe ukázala, že se tyto interpretační změny dotknou i rozhodčích doložek, podle nichž mají být řešeny majetkové spory i mezi podnikateli navzájem při jejich podnikatelské činnosti. Právě problematikou těchto rozhodčích doložek se autoři dále blíže věnují, ačkoliv nelze nevyužít judikturních závěrů ve věcech spotřebitelských, neboť soudy zaujaly podobnou argumentaci i pro spory ryze podnikatelské. Smyslem tohoto příspěvku je podat stručný nástin vývoje judikatury v oblasti neplatných rozhodčích doložek a v druhé části se poté zaměřit na jeden z důsledků této judikturní praxe, a to zda a za jakých podmínek dochází k promlčení majetkových práv věřitele v případě, že uplatnil své nároky v promlčecí lhůtě, ovšem právě formou rozhodčí žaloby z neplatné rozhodčí doložky.

V úvodu je třeba připomenout, že se v čase daná problematika rozdělila do dvou podskupin, a to na případy, kdy neplatnost rozhodčí doložky byla namítnuta již v rozhodčím řízení a následně podána žaloba na zrušení rozhodčího nálezu, a dále na případy, kdy námitka byla vznesena až při exekučním řízení s důsledky vedoucími k zamítnutí exekučního návrhu nebo zastavení exekuce, kdy každá z těchto skupin vykazuje určité rozdíly ve vztahu k otázce promlčení a stavění běhu promlčecí lhůty.

Než bude přistoupeno k právnímu rozboru, autoři příspěvku zdůrazňují, že podle jejich názoru jednou z příčin v posunu v názoru soudů na platnost rozhodčích doložek, resp. v setrvání na těchto závěrech, byla také novela zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů, která byla otištěna ve sbírce zákonů č. 19/2012 s nabitím účinnosti od 1. 4. 2012. Tato novela ve vztahu k podnikatelským rozhodčím doložkám (z pohledu platnosti doložky) nepředstavovala žádný významný legislativní posun, neboť zohledňovala Směrnici Rady 93/13/EHS, o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách ve vztahu k řešení majetkových sporů mezi podnikateli a spotřebiteli. S evropskou judikaturou, o níž české soudy počaly opírat svou argumentaci při rušení rozhodčích nálezů a zastavování exekucí, a to dle Rozsudku SDEU ve věci C-40/08 ze dne 6. 10. 2009 (kauza Asturcon)²

1 V souvislostech tohoto příspěvku si autoři dovoluují označit paktem (nebo nicotným právním aktem) takový rozhodčí nálež, který byl vydán rozhodcem, jehož pravomoc nebyla založena platnou rozhodčí doložkou a lze tedy hovořit o rozhodčím nálezu bez právních účinků. Autoři si uvědomují, že použitím tohoto termínu se nacházejí na tenkém ledě, neboť žádný právní předpis s výjimkou nicotného rozhodnutí podle správního řádu výslovně takový termín nedefinuje. Autoři navíc sami prezentují názor, že rozhodčí nálež vydaný rozhodcem v arbitrovatelné věci nelze považovat za nicotné rozhodnutí. Přesto se soudy v praxi k takovým rozhodčím nálezům chovají, neboť dochází k zamítnutí exekučních návrhů a zastavování exekucí pro neexistenci platného exekučního titulu.

2 Rozsudek SDEU ve věci C-40/08 ze dne 6. 10. 2009.

a Rozsudku SDEU ve věci C-168/05 ze dne 26. 10. 2006 (kauza Mostaza Claro)³. Evropská soudní rozhodnutí se také týkají i spotřebitelských sporů.

Autoři příspěvku užívají termínu „rozhodčí doložka“, ačkoliv se jedná pouze o jeden z druhů rozhodčí smlouvy, která je termínem nadřazeným. Pojmu doložka je užíváno proto, že většina posuzovaných kauz i případů z praxe autorů se týká právě rozhodčích doložek. Pro účely příspěvku toto rozlišení není podstatné.

1 Náležitosti podnikatelských rozhodčích doložek k 31. 3. 2012 a od 1. 5. 2012

Pokud jde o platnou legislativu a právní stav k 31. 3. 2012, tedy před tím, než došlo zákonem č. 19/2012 Sb., k významné novelizaci zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, platí pro námi sledovanou oblast podnikatelských rozhodčích doložek především následující.

Podle ust. § 2 odst. 1 zákona v platném znění „*strany se mohou dohodnout, že o majetkových sporech mezi nimi, s výjimkou sporů vzniklých v souvislosti s výkonem rozhodnutí a incidenčních sporů, k jejichž projednání a rozhodnutí by jinak byla dána pravomoc soudu nebo o nichž to stanoví zvláštní zákon, má rozhodovat jeden nebo více rozhodců anebo stálý rozhodčí soud (rozhodčí smlouva). Rozhodčí smlouva se může týkat jednotlivého již vzniklého sporu (smlouva o rozhodci), nebo všech sporů, které by v budoucnu vznikly z určitého právního vztahu nebo z vymezeného okruhu právních vztahů (rozhodčí doložka)*“.

S ohledem na skutečnosti, že soukromé rozhodčí společnosti svou činnost vykonávaly a vykonávají ve formě právnických osob (většinou jako společnosti s ručením omezeným nebo akciové společnosti), je nutno připomenout, že podle ust. § 4 odst. 1 zákona platí, že „*rozhodcem může být občan České republiky, který je zletilý, bezúhonný a plně svéprávný, pokud zvláštní předpis nestanoví jinak*“. Z tohoto důvodu rozhodčí doložky užívané v podnikatelské praxi stanovovali jako jeden ze způsobů určení rozhodce, kdy výběr takovéto osoby je svěřen jiné fyzické osobě v postavení statutárního nebo jiného orgánu právnické osoby (rozhodcovské společnosti).

Podle aktuálního znění zákona i znění před jeho novelou, konkrétně ust. § 7 odst. 1 není podstatnou náležitostí rozhodčí doložky určení osoby rozhodce. Připouští se však, aby doložka „*určila počet i osoby rozhodců anebo stanovila způsob, jak počet i osoby rozhodců mají být určeny. Rozhodce může být určen i stranami dohodnutou osobou nebo způsobem uvedeným v pravidlech pro rozhodčí řízení podle § 19 odst. 4. Konečný počet rozhodců musí být vždy lichý*“. Před novelou zákona toto ustanovení výslovně neřešilo možnost určení rozhodce třetí osobou. Lze tímto předem avizovat, že výslovná přípustnost tzv. appointing authority může být po 1. 4. 2012 dvojího významu, tj. přímo určit osobu, která rozhodce jmenuje, nebo odkázat na pravidla pro rozhodčí řízení, pokud jsou k rozhodčí smlouvě přiložena.

³ Rozsudek SDEU ve věci C-168/05 ze dne 26. 10. 2006.

Možnost určení osoby rozhodce třetí osobou však připouští i judikatura i stran rozhodčích doložek před 1. 4. 2012. Autoři příspěvku upozorňují na skutečnost, že dle jejich názoru není rozumných důvodů pro to, aby podnikatelské rozhodčí doložky koncipované shora naznačeným způsobem (tj. appointing authority je statutární orgán soukromé rozhodcovské společnosti), byly interpretovány jako neplatná právní jednání, ať již pro rozpor s občanským zákoníkem, zákonem o rozhodčím řízení či dokonce evropskou legislativou či ústavním pořádkem.

Ostatní ustanovení zákona o rozhodčím řízení a některá související ustanovení občanského zákoníku (ať již zrušeného zákona č. 40/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů, nebo nového občanského zákoníku- zákona č. 89/2012 Sb., v platném znění) zmíníme a připomeneme v rámci řešení otázky promlčení. Na tomto místě však pro potřeby posuzování neplatnosti podnikatelských rozhodčích doložek autoři upozorňují na znění § 31, § 32, § 34 a § 35 před a po novele provedené zákonem č. 19/2012 Sb. V úvahu připadají, jak bylo naznačeno výše, dvě situace.

Pokud žalovaný využije možnosti napadnout platnost rozhodčí doložky žalobou u příslušného soudu, pak podle ust. § 31 odst. 1 písm. a) a b) zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů platí, že „*soud na návrh kterékoliv strany zruší rozhodčí náleze, jestliže a) byl vydán ve věci, o níž nelze uzavřít platnou rozhodčí smlouvu, b) rozhodčí smlouva je z jiných důvodů neplatná, nebo byla zrušena, anebo se na dohodnutou věc nevztahuje*“. Podnikatelské rozhodčí doložky jsou v podstatě vždy uzavírány pro případ sporů, o nichž lze doložku platně sjednat. V úvahu připadá námitka neplatnosti doložky z jiného důvodu. Jak bude dále uvedeno na konkrétních soudních rozhodnutích, představuje tato námitka základ pro budoucí rušení podnikatelských doložek.

Pro podnikatelské doložky poté bezvýhradně platí podle ust. § 32 odst. 1 zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů „*návrh na zrušení rozhodčího nálezu soudem musí být podán do tří měsíců od doručení rozhodčího nálezu té straně, která se zrušení rozhodčího nálezu domáhá, nestanoví-li tento zákon jinak*“. Zákon dále omezuje oprávnění namítnout neplatnost podnikatelské doložky tím, že oprávněná strana tuto námitku musí vznést již v rámci rozhodčího řízení vyvolaného na základě neplatné rozhodčí doložky („*nejpozději, než začala jednat ve věci samé*“).

Pokud má žalobce v úmyslu v uplatnění svého nároku pokračovat, soud k jeho návrhu po zrušení rozhodčího nálezu (právní moci rozhodnutí o jeho zrušení) pokračuje v jednání ve věci samé a tuto věc rozhodne. Dle vykládací praxe, je touto soudní instancí obecný soud věcně a místně příslušný podle ustanovení občanského soudního řádu. Výše uvedené bude mít význam pro běh promlčecí lhůty, jak bude dále níže prezentováno na konkrétních případech.

Budeme-li vycházet striktně z platného znění zákona o rozhodčím řízení, námitku neplatnosti již nelze u podnikatelské doložky za jiných podmínek a později ze strany žalovaného

vznést. Pro spotřebitelské rozhodčí doložky přinesla novela účinná od 1. 4. 2012 benevolenci v tom smyslu, že námitku neplatnosti lze uplatnit později návrhem na zastavení exekuce (výkonu rozhodnutí). V této souvislosti nelze opomenout, že novela č. 19/2012 pro rozhodčí doložky ze spotřebitelských smluv přinesla mimo jiné jednu velmi podstatnou změnu. Podle ust. § 35 odst. 1 zákona po novele „*i když nepodala návrh na zrušení rozhodčího nálezu soudem, může strana, proti níž byl soudem nařízen výkon rozhodčího nálezu, bez ohledu na lhůtu stanovenou v § 32 odst. 1, podat návrh na zastavení nařízeného výkonu rozhodnutí kromě důvodů uvedených ve zvláštním předpisu i tehdy, jestliže a) rozhodčí nález je stížen některou vadou uvedenou v § 31 písm. a), d) nebo f), b) jsou důvody pro zrušení rozhodčího nálezu vydaného ve sporu ze spotřebitelské smlouvy podle § 31 písm. a) až f), b)*“. Podle odstavce 2 téhož ustanovení zákona „*je-li podán návrh podle odstavce 1, soud provádějící výkon rozhodčího nálezu řízení o výkon rozhodnutí přeruší a uloží povinnému, aby do 30 dnů podal u příslušného soudu návrh na zrušení rozhodčího nálezu. Není-li v této lhůtě návrh podán, pokračuje soud v řízení o výkon rozhodčího nálezu.*“

Z výše uvedeného vyplývá, že zákonodárce pro rozhodčí doložky ze spotřebitelských smluv považoval s ohledem na evropskou legislativu a principy ochrany slabší strany (spotřebitele) za adekvátní a vhodné, aby byl spotřebitel chráněn mimo jiné též před neplatnými rozhodčími doložkami mimo režim rušení rozhodčích nálezů. A contrario, pro podnikatelské rozhodčí doložky tato legislativní změna ničeho neřeší. Autoři příspěvku proto zdůrazňují, že ke změně v pohledu na neplatné podnikatelské rozhodčí doložky nebyl dán žádný legislativní podnět, změna nastala pouze v interpretaci ze strany soudních instancí, k čemuž však autoři nevidí jediný pro ně relevantní důvod.

2 Vývoj soudní judikatury ohledně neplatných rozhodčích doložek

V období od nabytí účinnosti právní úpravy rozhodčího řízení podle zákona č. 216/1994 Sb. do roku 2008 lze označit přístup soudů k posuzování platnosti rozhodčích doložek, podle nichž osobu rozhodce určovala jiná třetí osoba coby člen statutárního orgánu soukromé rozhodcovské společnosti, za liberální, a to přesto, že platná legislativa v této době výslovně tuto možnost neupravovala. Smluvní strany neurčovaly často osobu (osoby) rozhodců a jejich počet, ale způsob, jak mají být určeny.

Za reprezentanta tohoto soudního výkladu lze např. pokládat rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 31. 7. 2008, sp. zn. 32 Cdo 2282/2008. V souzené věci konstatoval v odůvodnění soud, že „*strany si dle uvedeného ustanovení mohou v rozhodčí smlouvě určit okruh rozhodců, způsob jejich jmenování stranami, nebo postup, jímž mají rozhodci vést řízení. I jiné soukromé subjekty než stálé rozhodčí soudy zřízené ve smyslu ust. § 13 ZRR mohou vést seznam rozhodců a vydávat pro účastníky rozhodčího řízení pravidla, kterými se rozhodci řídí. Pravidla těchto soukromoprávních subjektů pro určení rozhodců se považují za dohodu obsaženou v rozhodčí smlouvě ve smyslu ust. § 7 odst. 1 ZRR.*“⁴

⁴ Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Cdo 2282/2008 ze dne 31. 7. 2008.

Jak dále z citovaného rozhodnutí vyplývá, osobu, která by měla určit rozhodce, byl v daném případě dokonce žalobce, a nikoliv třetí osoba. O to více je třeba velice bedlivě přistupovat k argumentaci soudu. Soud nečiní v tomto smyslu rozdílů mezi stálými rozhodčími soudy a soukromými rozhodci. Vzhledem k tomu, že v inkriminovaném roce 2008/2009 nedošlo k žádné legislativní změně (a ve vztahu k podnikatelským rozhodčím doložkám ani později do dnešní doby), považují autoři tyto závěry Nejvyššího soudu za stále platné, legitimní a odpovídající jak duchu zákona o rozhodčím řízení, tak zásadám smluvní volnosti mezi podnikateli. Tento způsob určení rozhodce není nijak diskriminační, neboť vychází z vůle obou stran a případná podjatost rozhodce může být řešena za použití jiných institutů. Uvedený způsob považují autoři rovněž za transparentní.

Nejvyšší soud v citovaném rozhodnutí dále uvádí, že, „*pokud se účastníci dohodli, že spory vzniklé z předmětné leasingové smlouvy budou rozhodovány rozhodcem vybraným žalující stranou ze seznamu rozhodců vedeného při Asociaci leasingových společností ČR a nikoli rozhodčím soudem ve smyslu ust. § 13 ZRŘ, není námitka žalobce, že „mechanismus, jakým bude tento rozhodce či rozhodci vybráni (...), musí být sjednán výslovně a určitě“ za podmínky, že tento mechanismus musí být vytvořen stálým rozhodčím soudem zřízeným ve smyslu § 13 ZRŘ zákonem, případná, jelikož za situace, kdy – jak shora uvedeno – i jiné soukromé subjekty než stálé rozhodčí soudy zřízené ve smyslu ust. § 13 ZRŘ mohou vést seznam rozhodců a vydávat pro účastníky rozhodčího řízení pravidla, kterými se rozhodci řídí, se účastníci dohodli, že rozhodce, jenž bude rozhodovat jejich případné spory vyplývající z leasingové smlouvy, bude vybrán ze seznamu nikoli stálého rozhodčího soudu, jenž musí být – jak správně dovolatel dovozuje – zřízen zákonem, nýbrž ze seznamu Asociace leasingových společností ČR. Rozhodování sporu v rozhodčím řízení není porušením ustanovení čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, pokud účastníci řízení mají možnost ovlivnit, jaký rozhodce (či skupina rozhodců) bude o jejich právech a povinnostech v souladu s platnou rozhodčí smlouvou ve smyslu ust. § 2 ZRŘ rozhodovat. Účastníkům mají napomoci poměrně široké podmínky, které zákon v ust. § 4 a 8 ZRŘ klade na osobu rozhodce včetně určení počtu i osob rozhodců (popř. způsobu, jak počet i osoby rozhodců mají být určeny) ve smyslu ust. § 7 ZRŘ.“⁵*

Názor Nejvyššího soudu byl v této věci navíc podepřen i výkladovým stanoviskem Ústavního soudu (usnesení Ústavního soudu ze dne 6. 11. 2008, sp. zn. II. ÚS 2682/08). Ten zkonstatoval, že obecné soudy neporušily stěžovatelovo právo na přístup k soudům, pokud vyhodnotily příslušnou rozhodčí doložku jako platné právní jednání. Ústavní soud „*po prostudování odůvodnění napadeného usnesení Nejvyššího soudu porušení tohoto základního práva neshledal. Obecné soudy vyslovily nedostatek své pravomoci na základě kvalifikace a výkladu rozhodčí doložky jako soukromoprávního úkonu stěžovatele a leasingové společnosti, přičemž se neztotožnily s námitkami stěžovatele stran neurčitosti doložky. Ústavní soud neshledal na těchto závěrech jakýkoliv rozpor s kogentním zněním norem jednoduchého práva, který by dle ustálené judikatury Ústavního soudu případně mohl rovněž založit porušení základních práv. Odepření přístupu k obecným soudům, které stěžovatel považuje za porušení svého ústavně zaručeného základního práva, tudíž*

5 Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Cdo 2282/2008 ze dne 31. 7. 2008.

nebylo ze strany obecných soudů svévolné, ale naopak odůvodněné, neboť odpovídalo projevu vůle obou smluvních stran leasingové smlouvy, resp. v ní obsažené rozhodčí doložky. Ústavní soud k tomu poznamenává, že tyto závěry jsou naopak zcela konformní s judikaturou Ústavního soudu týkající se ochrany autonomie vůle a svobody individuálního jednání (srov. například nálezy I. ÚS 546/03), kterou Ústavní soud formuloval v případech, kdy obecný soud svévolně a formalisticky interpretoval smluvní doložky o volbě místní příslušnosti soudu. Stěžovatel se navíc mylí, pokud za «jiné orgány» poskytující ochranu právům dle čl. 36 odst. 1 Listiny zřejmě považuje též rozhodce či stálé rozhodčí soudy. Ústavní soud ve své ustálené judikatuře totiž vyslovil závěr, že tyto soudy nelze považovat za orgány veřejné moci a nelze na ně tudíž klást ani požadavky spravedlivého procesu dle čl. 36 Listiny (srov. např. rozhodnutí IV. ÚS 1357/07, II. ÚS 805/06)“⁶

Autoři mají za to, že na shora citovaném vyjádření soudních institucí není co měnit a doplňovat stran podnikatelských rozhodčích doložek. Zejména zdůrazňují lpění Ústavního soudu na „ochraně autonomie vůle a svobody individuálního jednání“. Přestože tyto závěry byly jednoznačně vyargumentovány, dochází od r. 2009 k postupnému odklonu od těchto stanovisek a na rozhodčí doložky je nahlíženo mnohem striktněji a formalističtěji, a to nejen na doložky spotřebitelské. Autoři upozorňují na skutečnost, že ve vztahu k podnikatelským doložkám tuto změnu přístupu nevyvolala žádná legislativní změna vnitrostátní ani evropská.

Než přistoupíme ke stručnému nástinu vývoje judikatury ve sledované záležitosti, můžeme shrnout dosavadní aktuální výkladové stanovisko prostřednictvím usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 26 Cdo 3662/2014, ze dne 28. 4. 2015, z něhož vyplývá, „možnost určení rozhodce jinak než přímým projevem vůle stran, tedy prostřednictvím třetí osoby (tzv. *appointing authority*), popřípadě způsobem uvedeným v pravidlech rozhodčího řízení podle § 19 odst. 4, je od 1. 4. 2012 v zákoně přímo upravena. Vybraná třetí osoba by však měla být na stranách sporu zcela nezávislá, neboť jen tak může být zajištěn princip rovnosti stran. Pro posouzení nezávislosti a nestrannosti třetí osoby pověřené určením rozhodce se uplatní stejná pravidla jako pro nezávislost a nestrannost rozhodců. V úvahu přitom připadá jakýkoliv druh závislosti, zejména závislost materiální, stejně jako zájem na výsledku projednávání sporu. Výběr rozhodce, který by provedla třetí osoba, jež není nestranná a nezávislá, nelze považovat za transparentní. Zásada nezávislosti a nestrannosti tzv. *appointing authority* jako jeden z principů rozhodčího řízení přitom platí obecně, tedy nejen ve vztazích ze spotřebitelských smluv, ale i ve vztazích mezi podnikateli. Protože zákon nestanoví pro tzv. *appointing authority* žádná omezení, lze uzavřít, že se může jednat jak o osoby fyzické, tak o osoby právnické. Nelze však považovat za „nezávislé“ třetí osoby tzv. arbitrážní centra, což jsou obvykle právnické osoby, které nejsou stálými rozhodčími soudy, jež se zabývají organizováním rozhodčího řízení ad hoc, mají z této činnosti ekonomický prospěch a jako rozhodce jmenují opakovaně osoby, s nimiž mají dlouhodobé vztahy a poskytují jim při jejich rozhodovací činnosti servis. Obvykle jsou přitom navázány na podnikatele (jejich právní zástupce), kteří jim fakticky dávají práci tím, že do svých smluv

⁶ Usnesení Ústavního soudu ze dne 6. 11. 2008, sp. zn. II. ÚS 2682/08.

začleňují rozhodčí doložky, v nichž pověřují rovněž opakovaně tuto právnickou osobu výběrem rozhodce. Byl-li výběr rozhodce s odkazem na jednací řády a seznamy rozhodců, vydanými právnickou osobou, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona (případně výběr rozhodce učiněný takovou osobou přímo), dosavadní judikaturou považován za netransparentní a rozhodčí smlouva (doložka) z tohoto důvodu za neplatnou, není důvod se od těchto přijatých závěrů odchýlit ani poté, kdy novela zákona o rozhodčím řízení v § 7 odst. 1 umožňuje výběr rozhodce třetí osobou výslovně. Proto dovolací soud uzavřel, že je-li třetí osobou, která má podle rozhodčí smlouvy (doložky) vybrat rozhodce (§ 7 odst. 1 zákona č. 216/1994 Sb.), právnická osoba, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona, jež rozhodce jmenuje (již bez výslovného odkazu na interní dokumenty, ale podle stejných principů) z okruhu osob, s nimiž dlouhodobě spolupracuje, jejichž seznam i nadále vede a jejichž činnost organizačně a administrativně zajišťuje, nelze takto učiněný výběr rozhodce považovat za transparentní, což má za následek neplatnost rozhodčí doložky podle § 39 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění účinném do 31. 12. 2013. Vůle stran vyjádřená v rozhodčí doložce nemůže být respektována, jelikož odporuje pravidlům spravedlivého procesu.“⁷

V čem spočívá odklon od dosavadního náhledu na rozhodčí doložky, včetně doložek podnikatelských? Především se připouští tzv. appointing authority, avšak zároveň se uvádí, že soukromá rozhodcovská společnost je vždy a priori nikoliv materiálně nezávislá a nestranná, a proto nemůže takové osobě být svěřen výběr osoby rozhodce, proto lze hovořit o tzv. „netransparentním“ výběru. A priori se dovozuje podjatost, provázanost s účastnickou stranou nebo jejím právním zástupcem. Nikterak se nerespektuje vůle stran a rovnost podnikatelských subjektů při uzavírání kontraktu včetně rozhodčí doložky. Místo toho, aby se zmíněná problematika řešila prostřednictvím institutu vyloučení podjatého rozhodce ze sporu včetně možnosti napadnout rozhodčí nález pro podjatost osoby rozhodce, nesystémově se skupina subjektů vylučuje z právních vztahů jako tzv. „potencionálně škodící“. Uvedený aspekt lze připustit u spotřebitelských rozhodcích doložek, u nichž zejména před novelou provedenou zákonem č. 19/2012 Sb. existovala minimálně důvodná obava stran rovnosti smluvních stran (podnikatel v. spotřebitel). U podnikatelských kontraktů však tato námitka nemá podle názorů autorů své opodstatnění a svévolně zasahuje do autonomně odsouhlasených závazků dvou podnikatelských subjektů. Historicky lze za první reprezentanty odklonu od „zastaralého výkladu“

⁷ Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 26 Cdo 3662/2014, ze dne 28. 4. 2015.

považovat rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 32 Cdo 2312/2007 ze dne 21. 1. 2009⁸, a usnesení Vrchního soudu v Praze sp. zn. 12 Cmo 496/2008 ze dne 28. 5. 2009⁹. Druhé ze soudních rozhodnutí výslovně a striktně zapovídá možnost určení rozhodce odkazem na právnickou osobu, která není stálým rozhodčím soudem. Podobně judikoval Nejvyšší soud v rozhodnutí sp. zn. 31 Cdo 1945/2010 ze dne 11. 5. 2011¹⁰.

Lze stále odlišovat argumentaci ve prospěch ochrany spotřebitelů, která v odůvodnění zazněla, avšak praxe soudů postupně počala dovozovat podobný výklad i pro rozhodčí doložky podnikatelské. Přestože se jedná o spor z doložky spotřebitelské, cítí se autoři povinováni zmínit přelomové rozhodnutí Ústavního soudu (nález II. ÚS 2164/10 ze dne 1. 11. 2011), neboť přesně vykresluje výše zmíněný interpretační odklon. V konkrétním případě byla žalující strana oprávněna vybrat osobu rozhodce ze seznamu soukromé rozhodcovské společnosti, takže ani nejde o případ, že by tímto úkonem byla pověřena třetí nezávislá osoba.

Ústavní soud dovozuje, že „zákon o rozhodčím řízení upravuje podmínky, za kterých stát deleguje svou jurisdikční pravomoc soukromoprávním subjektům, rozhodcům, stanoví věcný rámec arbitrability sporů, stejně jako i základní zásady řízení před rozhodci a jejich rozhodování. Přestože jde v rozhodčím řízení o dotváření právního vztahu mezi účastníky smlouvy soukromoprávními subjekty, není možno rezignovat na jakákoliv pravidla. Tak, jak je pro řízení soudní zakotvena jako jedna se základních

8 „Jestliže byl v daném případě podle odvolacího soudu platně sjednán obsah rozhodčí smlouvy odkazem na v ní uvedená pravidla (Jednací řád pro rozhodčí řízení Společnosti pro rozhodčí řízení, a. s.), pak se toto ujednání jeví přinejmenším jako neurčité, když jde o pravidla vytvořená pro rozhodčí řízení ad hoc, která nebyla součástí rozhodčí smlouvy, a která na rozdíl od statutu stálých rozhodčích soudů (§ 13 odst. 2 ZRŘ) nebyla uveřejněna v Obchodním věstníku. V tomto směru je tedy důvodná námitka dovolatelky, že na rozdíl od stálých rozhodčích soudů neexistují pravidla pro vydávání řádů rozhodců ad hoc, takže takové pravidlo může být ze strany tohoto rozhodce či rozhodčího soudu libovolně měněno. Z ustanovení předmětné rozhodčí smlouvy, že strany byly s Jednacím řádem pro rozhodčí řízení Společnosti pro rozhodčí řízení, a. s. „seznámeny“, jasně nevyplyvá, zda projevy vůle stran rozhodčí smlouvy v daném případě směřovaly k dohodě o postupu, jakým způsobem se má rozhodčí řízení vést, ani zjištění, co bylo obsahem této dohody, tzn., zda si např. strany sjednaly, že řízení nebude ústní. Obdobně lze též přisvědčit námitce dovolatelky, že je nejasný obsah ujednání týkajícího se výše a způsobu úhrady rozhodčího poplatku, která podle dodatku č. 3 měla být upravena v „Pravidlech o nákladech rozhodčího řízení, a. s.“, se kterým byly smluvní strany seznámeny. Z obsahu rozhodčí smlouvy není jasné, o jaký dokument se má jednat, a pokud tento nebyl součástí či přílohou rozhodčí smlouvy, jakým způsobem lze zjišťovat jeho obsah, a ke kterému datu je rozhodné jeho znění. Z obsahu napadeného rozhodnutí, jakož i z obsahu rozhodnutí soudu prvního stupně nevyplyvá, že by se odvolací soud zabýval otázkou, zda projevy vůle účastníků rozhodčí smlouvy směřovaly ke stanovení pravidel postupu, jakým se má řízení vést ve smyslu § 19 odst. 1 a 3 ZRŘ. Jestliže však soud bez tohoto zkoumání uzavřel, že ujednání o pravidlech, podle kterých se má řízení vést a honorovat, bylo účastníky platně ujednáno, je jeho právní posouzení předmětné právní otázky ze shora uvedených důvodů nesprávné.“

9 „Pokud rozhodčí smlouva neobsahuje přímé určení rozhodce ad hoc, anebo konkrétního způsobu jeho určení, ale jen odkazuje obledně výběru rozhodce a stanovení pravidel rozhodčího řízení na právnickou osobu, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona a odkazuje na touto právnickou osobou stanovené statuty a řády ke jmenování a výběru rozhodců, jakož i způsobu vedení rozhodčího řízení a stanovení pravidel o nákladech řízení, pak je taková rozhodčí smlouva neplatná dle § 39 obč. zák. pro obcházení zákona.“

10 „Neobsahuje-li rozhodčí smlouva přímé určení rozhodce ad hoc, resp. konkrétní způsob jeho určení a odkazuje-li na, rozhodčí řád“ vydaný právnickou osobou, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona, je taková rozhodčí smlouva neplatná podle § 39 obč. zák.“

zásad právo na zákonného soudce (čl. 38 odst. 1 Listiny), lze obdobný požadavek vztáhnout i na řízení rozhodčí. Byť je vedeno zjednodušenou formou, cílem by mělo být rovněž dosažení spravedlivého rozhodnutí ve věci. To v první řadě předpokládá i transparentní a jednoznačná pravidla pro určení osoby rozhodce. Je třeba vycházet z toho, že pokud má ve věci rozhodovat subjekt (právnícká osoba), který není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona (viz § 13 zákona o rozhodčím řízení), měla by být osoba rozhodce jednoznačně stanovena, a to buď uvedením konkrétního jména anebo jednoznačným určením způsobu jeho volby. Ustanovení § 1 odst. 1 zákona o rozhodčím řízení zní, že majetkové spory jsou rozhodovány nezávislými a nestrannými rozhodci. Podle § 2 odst. 1 zákona o rozhodčím řízení si strany mohou dohodnout, že o majetkových sporech mezi nimi má rozhodovat jeden nebo více rozhodců anebo stálý rozhodčí soud. Konečně podle § 7 odst. 1 zákona o rozhodčím řízení platí, že rozhodčí smlouva má zpravidla určit počet i osoby rozhodců anebo stanovit způsob, jak počet i osoby rozhodců mají být určeny. Právní úprava tak ve svém slovním vyjádření jednoznačně preferuje požadavek individualizace (konkretizace) osoby rozhodce (srov. „...spory jsou rozhodovány nezávislými a nestrannými rozhodci.“, „...má rozhodovat jeden nebo více rozhodců...“ anebo „rozhodčí smlouva má zpravidla určit počet i osoby rozhodců“), přičemž vždy platí, že se musí jednat o fyzickou osobu. Teprve v případě, že nedojde ke jmenovitému určení rozhodce, je možné stanovit způsob určení počtu i osob rozhodců. Požadavek na konkretizaci a individualizaci rozhodce je zvýrazněn ve světle toho, že rozhodčí řízení představuje jakýsi „odklon“ od klasického soudního řízení, proti jehož výsledku existují pouze velmi omezené možnosti soudního přezkumu (srov. § 31 zákona o rozhodčím řízení). Nebude-li rozhodováno rozhodcem, jehož výběr se uskutečnil podle transparentních pravidel, nebude pak ani výsledek tohoto rozhodování pro účastníky akceptovatelný. Ve stávající věci byl výběr rozhodce ponechán na vůli účastníka s tím, že žalující strana jej vybere ze seznamu, který vede rozhodčí společnost (Asociace arbitrá), jež nebyla a není stálým rozhodčím soudem, přičemž takový seznam rozhodců může být v okamžiku řešení sporu v rozhodčím řízení naprosto odlišný od seznamu v okamžiku uzavření rozhodčí doložky. Výběr rozhodce pak vůbec nemusí záviset na vůli účastníka, který se na daný subjekt obrací, nýbrž daleko více může být ovlivněn ze strany rozhodčí společnosti (např. zařazením konkrétních osob do seznamu nebo naopak vyřazením jiných). To znemožňuje transparentní výběr rozhodce. Pokud byla v právní praxi v souvislosti s uzavíráním rozhodčích doložek zdůrazňována smluvní autonomie stran, Ústavní soud k tomu opakovaně podotýká, že tato není zcela neomezená. Právo na výběr rozhodce totiž nemůže být zneužito ve prospěch jedné ze stran. Limitem autonomie vůle je v tomto případě čl. 2 odst. 3 Listiny, podle něhož každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Na jedné straně zde tedy vystupuje právo svobodně si určit, jakému způsobu přezkumu bude konkrétní právní vztah podroben, na straně druhé je toto právo omezeno základními procesními pravidly a zásadami.¹¹

Pomineme-li, že v tomto případě není osobu určující rozhodce osoba odlišná od účastníků sporu, ale jedna ze stran budoucího sporu, je nutno zdůraznit, že Ústavní soud poprvé vymezil limit pro předchozí „bezbréhou“ autonomii vůle. V této souvislosti

11 Nález Ústavního soudu II. ÚS 2164/10 ze dne 1. 11. 2011.

odkažme též na nález Ústavního soudu ze dne 3. 4. 2012, sp. zn. IV. ÚS 2735/11¹², a nález Ústavního soudu ze dne 27. 9. 2012, sp. zn. III. ÚS 1624/12. Pro námi sledované otázky mají tato rozhodování značný význam, neboť neplatnost rozhodčí doložky dále spojují i s neakceptovatelností rozhodčích nálezů podle nich vydaných s možností, aby nedostatky rozhodčí doložky, potažmo rozhodčího nálezů, byly předmětem zkoumání i v exekučním řízení. Ústavní soud argumentuje „právem na zákonného soudce“, které je zaručené Listinou základních práv a svobod. Ústavní soud zdůrazňuje, že rozhodčí řízení je odklonem od klasického soudního řízení s omezenými možnostmi soudního přezkumu, proto je nutno právo na zákonného soudce analogicky aplikovat i pro rozhodčí řízení a klást požadavky na transparentnost při výběru osoby rozhodce.

Aniž by bylo reflektováno, že se jedná o spotřebitelský spor, judikatura již dříve (s odkazem na nutnost ochrany slabší strany spotřebitele) postupně přichází se závěrem, že rozhodčí nález vydaný rozhodcem, jehož pravomoc není dána pro neexistenci rozhodčí doložky, nezakládá platný exekuční titul a námitky v tomto smyslu mohou být vznášeny i mimo režim zákona o rozhodčím řízení (například usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 10. 2008, sp. zn. 20 Cdo 2857/2006). Bohužel v odůvodnění posledně zmíněných rozhodnutí není činěn žádný rozdíl mezi spotřebitelskou a podnikatelskou rozhodčí doložkou. V každém případě soud v usnesení 20 Cdo 2857/2006 výslovně uvádí, že u neplatné rozhodčí doložky musí být respektován postup pro vyslovení neplatnosti rozhodčího nálezů podle zákona o rozhodčím řízení.

Judikturní odchýlení od dosavadní liberální praxe ponejvíce reprezentuje usnesení velkého senátu občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 10. 7. 2013, sp. zn. 31 Cdo 958/2012. Přináší totiž vedle již dřívějších závěrů soudů ohledně neplatných rozhodčích doložek další významný důsledek neplatných rozhodčích doložek. Soud dospívá k závěru, že *„nerýdali-li rozhodčí nález rozhodce, jehož výběr se uskutečnil podle transparentních pravidel, resp. byl-li rozhodce určen právníkem osobou, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona, a nemůže-li být akceptovatelný ani výsledek tohoto rozhodování, pak tento rozhodčí*

¹² „V projednávané věci rozhodce opíral svoji pravomoc rozhodnout spor o rozhodčí doložku sjednanou ve smlouvě o poskytování služeb vedlejším účastníkem v rámci jeho privátní sítě. Ujednání o rozhodčí doložce (srov. bod 9 tohoto nálezů), odhlédnuto od námitky zpochybňující platnost celé smlouvy, však neodpovídalo požadavkům kladeným judikaturou obecných soudů na rozhodčí doložky, neboť neumožňovalo transparentní výběr rozhodce. V tomto směru lze odkázat nejen na usnesení velkého senátu Nejvyššího soudu sp. zn. 31 Cdo 1945/2010 ze dne 11. 5. 2011, jímž došlo ke sjednocení rozhodovací praxe obecných soudů v otázce náležitosti a platnosti rozhodčích smluv bez přímého určení ad hoc rozhodce (poznámka pod čarou č. 1), ale i nálezy judikatury Ústavního soudu verifikující náhled Nejvyššího soudu na transparentnost výběru rozhodce [srov. např. nálezy sp. zn. II. ÚS 2164/10 ze dne 1. 11. 2011 (N 187/63 SbNU 171), sp. zn. I. ÚS 871/11 ze dne 17. 1. 2012 (N 15/64 SbNU 155), sp. zn. I. ÚS 199/11 ze dne 26. 1. 2012 (N 21/64 SbNU 205), dostupné na <http://nals.usoud.cz/>]. Ústavní soud dává ve své rozhodovací praxi najevo, že základní zásady řízení platí i v řízení před rozhodci a že právo na zákonného soudce (čl. 38 odst. 1 Listiny) lze přiměřeně vztáhnout i na řízení rozhodčí. Požadavek na konkretizaci a individualizaci výběru rozhodce zdůrazňuje proto, že rozhodčí řízení představuje jakýsi „odklon“ od klasického soudního řízení, proti jehož výsledku existují pouze velmi omezené možnosti soudního přezkumu (srov. nálezy sp. zn. II. ÚS 2164/10). Není-li tedy rozhodováno rozhodcem, jehož výběr se uskutečnil podle transparentních pravidel, nemůže být akceptovatelný ani výsledek tohoto rozhodování.“

nález není způsobilým exekučním titulem ve smyslu § 40 odst. 1 písm. c) exekučního řádu, podle něhož by mohla být nařízena exekuce, jelikož rozhodce určený na základě absolutně neplatné rozhodčí doložky (§ 39 obč. zák.) neměl k vydání rozhodčího nálezu podle zákona o rozhodčím řízení pravomoc. Byla-li již exekuce v takovém případě přesto nařízena, resp. zjistí-li soud (dodatečně) nedostatek pravomoci orgánu, který exekuční titul vydal, je třeba exekuci v každém jejím stádiu pro nepřipustnost podle § 268 odst. 1 písm. b), o. s. ř. zastavit, když zákon o rozhodčím řízení vylučuje, aby otázka (nedostatek) pravomoci rozhodce byla zkoumána i v exekučním řízení [příčemž podle judikatury Nejvyššího soudu - sron. usnesení tohoto soudu ze dne 28. 7. 2011, sp. zn. 20 Cdo 2227/2011 - takový závěr platí i bez zřetele k tomu, že povinný v rozhodčím řízení neexistenci rozhodčí smlouvy nenamítal].“¹³

Je tedy zřejmé, že i neplatnost rozhodčí doložky způsobuje nepravomoc rozhodce k vydání rozhodčího nálezu a rovněž způsobuje neexistenci platného exekučního titulu, kterýžto může být, resp. má být předmětem „přezkumu“ v exekučním řízení (ať již ve fázi nařízení exekuce či zastavení exekuce), a to bez ohledu na to, zda je taková vada uplatněna povinným. Opět bohužel nelze jednoznačně určit, zda takový závěr soudu platí i pro podnikatelské rozhodčí doložky.

Z citovaného rozhodnutí lze uvést, že rozhodčí nález vydaný podle neplatné rozhodčí doložky by mohl být považován za nicotný právní akt, jelikož byl vydán někým, kdo k tomu neměl pravomoc, ačkoliv jinak šlo o spor projednaný rozhodcem podle zákona o rozhodčím řízení. Důsledky této „nicotnosti“, kterou jako pojem Nejvyšší soud výslovně nepoužívá, jsou v exekučním řízení navrhovaném nebo prováděném podle tohoto nicotného rozhodčího nálezu přípustné. Autoři v této souvislosti zdůrazňují, že tato „nicotnost“ má důsledky nejen pro rozhodčí nález, zda byl řádně uplatněn rozhodčí žalobou nárok z neplatné rozhodčí doložky, ale i úkon, prostřednictvím něhož došlo ke stavění promlčecí lhůty.

Na výše citované usnesení velkého senátu občanskoprávního a obchodního kolegia se pak odkazují mnohá další rozhodnutí (např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 174/2014 ze dne 18. 3. 2014¹⁴, nebo rozhodnutí sp. zn. 30 Cdo 3396/2014 ze dne 4. 3. 2015¹⁵), a to již v době, kdy platná legislativa odlišuje právní režim náležitostí rozhodčích doložek i proces

¹³ Usnesení velkého senátu občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 10. 7. 2013, sp. zn. 31 Cdo 958/2012.

¹⁴ „Neobsahuje-li rozhodčí doložka přímé určení rozhodce ad hoc a odkazuje-li pouze na seznam rozhodců vedený a „rozhodčí řád“ vydaný fyzickou osobou (rozhodcem), je (jako celek) neplatná podle § 39 obč. zák. pro rozpor se zákonem. Rozhodčí nález vydaný rozhodcem určeným na základě takového absolutně neplatné rozhodčí doložky není způsobilým exekučním titulem, neboť rozhodce neměl k jeho vydání pravomoc.“

¹⁵ V dané kauze Nejvyšší soud souhlasí s těmito závěry odvolacího soudu: „vzhledem k zákonné úpravě a konstantní judikatuře, dle níž pokud byla rozhodčí doložka sjednána mezi účastníky tak, že rozhodce bude vybrán blíže neurčeným „správcem seznamu“, a to ze seznamu, který je veden soukromou právníčkou osobou, která není stálým rozhodčím soudem podle § 13 rozhodčího řádu, je takové ujednání absolutně neplatné, neboť rozhodce není stanoven dostatečně jednoznačně a transparentně, dopředu není případný rozhodce přímo určen a ani není označen stálý rozhodčí soud. Námitka oprávněně odvolávající se na povinnost soudu přerušit řízení dle § 35 odst. 2 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů ve znění účinném po novele č. 19/2012 Sb. (dále též jen „zák. č. 216/1994 Sb.“) není případná, neboť povinnost soudu zastavit exekuci v každém jejím stádiu dle § 268 odst. 1 písm. b), o. s. ř. z důvodu neplatné rozhodčí doložky vyplývá z aktuální judikatury Nejvyššího soudu, který rozhodoval dle zákona č. 216/1994 Sb. ve znění účinném od 1. 4. 2012 stejně jako soudy nižších instancí.“

uplatňování námitek proti spotřebitelským doložkám a podnikatelským doložkám zvláště. Z praxe autorů je zřejmé, že v případech podnikatelských doložek, ať již uzavřených před 1. 4. 2012 nebo po tomto datu, jsou i v exekučních řízeních předmětem přezkumu nezákonné rozhodčí nálezy vydané podle neplatných rozhodčích doložek, a to i z moci úřední, kdy sám exekuční soud vydá pokyn soudnímu exekutorovi k zamítnutí exekuce. Je-li rozhodčí nález předmětem přezkumu za podmínek uvedených v zákonu o rozhodčím řízení, pak exekuční soudy v některých případech rozumně vyčkají pravomocného rozhodnutí soudu o zrušení rozhodčího nálezu. Pokud však rozhodčí nález napaden žalobou ze strany žalovaného nebyl, bývá takový rozhodčí nález podroben zkoumání i v exekučním řízení i bez toho, což může mít důsledky mimo jiné i v oblasti promlčení, jak o tom bude dále pojednáno.

Autoři vyjadřují polemický názor na aktuální interpretaci soudních instancí stran neplatnosti podnikatelských rozhodčích doložek. Novela zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů s účinností od 1. 4. 2012 mimo jiné logicky a věcně odlišila první režim rozhodčích doložek spotřebitelských a podnikatelských, např. v otázce náležitosti spotřebitelské rozhodčí doložky, samostatnosti spotřebitelské doložky mimo hlavní smluvní vztah, informační povinnosti podnikatele vůči spotřebiteli, mechanismu nápravy neplatných spotřebitelských rozhodčích doložek i mimo režim rušení samotného rozhodčího nálezu prostřednictvím zastavení exekuce a dále výslovně zakotvila přípustnost tzv. appointing authority. I přesto v judikatuře soudů nedošlo k žádnému významnému posunu v hodnocení platnosti podnikatelských rozhodčích doložek uzavřených před a po 1. 4. 2012. Soukromé rozhodcovské společnosti jsou nadále „interpretovány“ jako nikoliv nezávislé osoby a rozhodci jimi jmenovaní nesplňují znaky „nezávislého a nestranného rozhodce“ tak, jak požaduje zmíněný zákon v ust. § 1 písm. a). V tomto smyslu nepřinesla novela ust. § 7 odst. 1 nových výsledků. Podle názoru autorů by za transparentní způsob určení rozhodce mohlo být řešení spočívající v přiložení pravidel soukromé rozhodcovské společnosti pro jmenování rozhodců, případně také jmenný seznam rozhodců, z nichž by appointing authority mohla provést výběr pro konkrétní podnikatelský spor. Bohužel ani v takovém řešení nespátřují autoři úplnou jistotu s ohledem na nejednoznačnost rozhodnutí Nejvyššího soudu.¹⁶ Pouhé samotné uvedení této autority rovněž není dostačující, pokud se nejedná o stálý rozhodčí soud. Autoři již výše vyjádřili stanovisko, že v rámci podnikatelských sporů se jedná o výklad nepřiměřený,

¹⁶ Z rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 33 Cdo 1616/2014 ze dne 29. 9. 2014 například mimo jiné vyplývá závěr: „Lze uzavřít, že rozhodčí smlouva, již se strany dohodly, že majetkový spor rozhodne jeden z osmi jednoznačně určených rozhodců s tím, že výběr jednoho z nich je na straně, která podá rozhodčí žalobu, je bez ohledu na to, že nebyla sjednána individuálně, platným právním úkonem; nejde o ujednání, které by mělo povahu nepřiměřené a zneužívající klauzule (srov. rozsudek Vrhobního soudu v Praze ze dne 8. 8. 2012, sp. zn. 9 Cmo 181/2012, který obstál i v ústavní rovině /viz usnesení Ústavního soudu ze dne 23. 5. 2013, sp. zn. II. ÚS 3413/12/). Naopak z odůvodnění usnesení Nejvyššího soudu, sp. zn. 23 Cdo 1098/2016 ze dne 8. listopadu 2016, mimo jiné naopak plyne pro podnikatelské rozhodčí doložky následující: „Způsob jmenování či určení rozhodců by tedy měl v každém případě být v souladu se zásadou rovnosti stran jako jedním ze základních procesních principů, na kterém je soudní i rozhodčí řízení postaveno. Z tohoto pohledu je nežádoucí, aby rozhodci byli určení zcela nebo převážně jednou stranou. Stejně pravidlo je třeba aplikovat v případě, že je určen jen jediný rozhodce. Pokud jde o konkrétní skutkový stav, kdy by výběr rozhodce měl být ponechán na vůli pouze jednoho z účastníků, nelze takové ujednání o určení rozhodce v rozhodčí smlouvě považovat za platné pro rozpor s § 39 obč. zák. z důvodu narušení zásady rovnosti stran v řízení.“

nerespektující zásadu autonomie vůle. Pro změnu postoje nebyl dán žádný rozumný důvod, soudy od roku 1989 více jak dvacet let respektovali zavedenou praxi mimo jiné i s odkazem na zahraniční právní úpravy. Pokud je navíc náprava případných neplatných rozhodčích doložek řešena až ve fázi exekučního řízení, nepovažují tento přístup autoři za respektující zásadu právní jistoty. U otázky nicotnosti rozhodčích nálezů a důsledků z toho vyplývajících pro exekuční řízení, upozorňují autoři na rozsudek Vrchního soudu v Praze, který ve svém rozhodnutí sp. zn. 70 ICm 2149/2013, 104 VSPH 158/2014 ze dne 1. 9. 2014, v odůvodnění mimo jiné uvádí „*vzhledem k této vnitřní logice uvedeného zákona nelze považovat za nicotný právní akt rozhodčí nálezy, který byl vydán na základě neplatné (neexistující) rozhodčí doložky, a jednalo se o spor, který byl arbitrovatelný (muselo se jednat o majetkový spor a muselo být možné o předmětu sporu uzavřít smír viz § 2 odst. 1 a 2 RozŘ).* Např. *nicotným právním aktem by byl rozhodčí nálezy, kterým by bylo rozvedeno manželství. To však není případ zmíněného rozhodčího nálezu, který zavazoval dlužníka k peněžitému plnění, tudíž se nepochybně jednalo o majetkový spor, u něhož bylo možné uzavřít rozhodčí smlouvu.*“¹⁷

Autoři příspěvku se s těmito závěry v podstatě ztotožňují, neboť interní proces uplatnění námitek stran pravomoci rozhodce i neplatnosti rozhodčí doložky je detailně upraven v zákonu o rozhodčím řízení, a to zvláště pro spotřebitelské doložky a s obecnou úpravou pro doložky ostatní, tedy i podnikatelské. K uvedenému rozhodnutí se autoři ještě vrátí v souvislosti s výkladem o promlčení.

Závěrem této kapitoly autoři připomínají, že úpravu appointing authority je možno nalézt v rámci slovenské právní úpravy¹⁸. Na shodném principu působí také velké mezinárodní soudy, např. Rozhodčí soud při Mezinárodní komoře v Paříži nebo Rozhodčí soud ve Stockholmu. I Nejvyšší soud ČR ještě v r. 2010 rozhodoval ohledně podnikatelských rozhodčích doložek odlišně, tedy za použití „liberálního výkladu“.¹⁹ Autoři

¹⁷ Rozsudek Vrchního soudu v Praze sp. zn. 70 ICm 2149/2013, 104 VSPH 158/2014 ze dne 1. 9. 2014.

¹⁸ V souladu s ust. § 6 odst. 3 zákona č. 244/2002 Z. o rozhodcovskom konaní v platném znění „*Ak rozhodcu ustanovuje zmluvnými stranami vybraná právnická osoba alebo fyzická osoba (ďalej len „vybraná osoba“), alebo súd (§ 8 ods. 2), je povinný pri tom prihliadať na kvalifikáciu požadovanú od rozhodcu podľa dohody zmluvných strán a na okolnosti, ktoré zabezpečia ustanovenie nezávislého a nestranného rozhodcu. Vybraná osoba alebo osoba, ktorá koná v mene vybranej osoby, musí pritom spĺňať podmienky podľa odseku 1. Súd ustanoví rozhodcu podľa § 8, ak vybraná osoba v čase ustanovenia rozhodcu neexistuje, vybraná osoba nie je oprávnená ustanoviť rozhodcu, alebo rozhodcu v dohodnutom čase neustanoví.*“

¹⁹ Např. v rozhodnutí ze dne 29. 4. 2010 sp.zn. 23 Cdo 2672/2008 se uvádí: „*V rozhodčí smlouvě se účastníci výslovně dohodli na mechanismu určení rozhodce (rozhodců), jenž rozhodne „veškeré spory vzniklé z této (zprostředkovatelské) smlouvy anebo v souvislosti s ní“, a to tak, že „počet i osoby rozhodců určí generální sekretář Asociace realitních kanceláří Čech, Moravy a Slezska, který též jmenuje nového rozhodce, jestliže se určení rozhodce vzdá funkce nebo nemůže činnost rozhodce vykonávat“.* Generálnímu sekretáři Asociace tak byla dáno právo určit, zda věc bude rozhodována jedním nebo více rozhodci, aniž by touto jeho určení muselo předcházet jednání stran o osobě či osobách rozhodců. V rozhodčí smlouvě absentuje rovněž ujednání, že generální sekretář Asociace určí osobu rozhodce (osoby rozhodců) „ve spolupráci se spornými stranami“, jak tvrdí žalobkyně, a proto nelze dovodit, že generální sekretář Asociace nebyl oprávněn sám určit osobu rozhodce, jež by projednala spor těchto účastníků. Z uvedeného je zřejmé, že z písemného projevu vůle (čl. XI smlouvy o zprostředkování) jednoznačně vyplývá práve projev vůle obou stran podřídít mj. spory plynoucí z této smlouvy rozhodčímu řízení a rozhodnutí rozhodce, který bude vybrán způsobem těmito stranami dohodnutým, tj. že rozhodce vybere generální sekretář Asociace. V posuzovaném případě byl k rozhodování o věci v rozhodčím řízení povolán ad hoc rozhodce JUDr. Miroslav Mika, advokát, který byl jmenován generálním sekretářem Asociace. V předmětném rozhodčím nálezu se JUDr. Miroslav Mika označil jako rozhodce Asociace. Takové označení u jména rozhodce není z hlediska shora uvedeného právního názoru významné a nemůže znamenat, že by ve věci rozhodoval rozhodce, který by nebyl podle rozhodčí smlouvy či jinak povolán k rozhodování (§ 31 písm. c/ ZRŘ).“

v této souvislosti předběžně vyjadřují své stanovisko v tom smyslu, že rozhodčí nálezy vydané podle rozhodčích doložek sjednaných mezi podnikateli za použití tzv. appointing authority nemusí být nutně a priori interpretovány jako rozhodčí nálezy bez právních účinků a dokonce přiznat možnost jejich nápravy bez využití institutů čistě upravených v zákonu o rozhodčím řízení. Jestliže novela zákona č. 19/2012 striktně definuje režim nápravy neplatných rozhodčích doložek podle vydaných rozhodčích nálezů pro spotřebitelské spory zvláště a pro ostatní spory obecně, podle názorů autorů není vhodné využívat obecných institutů občanského soudního řádu pro zastavování exekucí nad rozsah zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů, minimálně pro rozhodčí doložky podnikatelské, které byly uzavřeny před 1. 4. 2012. Přesto je v praxi činěno s argumentací opačnou, tj. spotřebitelské doložky, resp. nálezy podle nich vydané, mají svůj vlastní režim nápravy v exekučním řízení vymezený v zákonu o rozhodčím řízení, avšak na ostatní rozhodčí nálezy je možno aplikovat obecná ustanovení občanského soudního řádu o zastavení exekuce, případně návrh na vydání exekučního návrhu zamítnout. Obecný režim nápravy podle zákona o rozhodčím řízení by dle názorů autorů postrádal smyslu.

3 Právní úprava týkající se promlčení majetkových práv a stavění promlčecí lhůty

Předmětem analýzy autorů v druhé části tohoto příspěvku jsou některé důsledky plynoucí z rozhodčích nálezů vydaných na základě neplatných podnikatelských rozhodčích doložek, konkrétně otázka vlivu na běh promlčecích lhůt nároků uplatněných podle neplatné rozhodčí doložky. Je-li totiž rozhodčí nález vyhodnocen jako „nezákonný“, vstupují do hry další faktory, mimo jiné i to, zda podáním rozhodčí žaloby podle neplatné rozhodčí doložky došlo ke stavění promlčecí lhůty a jaké účinky pro promlčení mělo vydání nezákonného rozhodčího nálezu.

Na úvod je třeba připomenout některá významná ustanovení zákona o rozhodčím řízení, starého a nového občanského zákoníku a obchodního zákoníku.

V rámci zákona o rozhodčím řízení, platí pro podnikatelské rozhodčí doložky zejména následující:

- podle ust. § 14 se rozhodčí řízení zahajuje žalobou a je zahájeno dnem, kdy žaloba došla stálému rozhodčímu soudu nebo rozhodci. Podání žaloby má tytéž právní účinky, jako kdyby byla v této věci podána žaloba u soudu.
- podle ust. § 15 jsou rozhodci oprávněni zkoumat svou pravomoc. Dospějí-li k závěru, že podle rozhodčí smlouvy, která jim byla předložena, jejich pravomoc k rozhodnutí není dána, rozhodnou o tom usnesením. Námitku nedostatku pravomoci, zakládající se na neexistenci, neplatnosti nebo zániku rozhodčí smlouvy, nejde-li o neplatnost z důvodu, že ve věci nebylo možno rozhodčí smlouvu uzavřít, může strana vznést nejpozději při prvním úkonu v řízení, týkajícího se věci samé.

- podle ust. § 23 rozhodčí řízení končí a) právní mocí rozhodčího nálezu, nebo b) doručením usnesení v těch případech, kdy se nevydává rozhodčí nález; usnesení musí být podepsáno, odůvodněno a doručeno jako rozhodčí nález; je-li žaloba podaná u stálého rozhodčího soudu vzata zpět ještě před ustavením senátu nebo jmenováním rozhodce, vydává a podepisuje usnesení o zastavení řízení předseda stálého rozhodčího soudu.
- v ust. § 31 ve spojení s ust. § 32 je upraven proces zrušení rozhodčího nálezu, který byl vydán podle neplatné podnikatelské rozhodčí doložky. Návrh na zrušení rozhodčího nálezu soudem musí být podán do tří měsíců od doručení rozhodčího nálezu té straně, která se zrušení rozhodčího nálezu domáhá.
- podle ust. § 16 uplatní-li strana svůj nárok před rozhodci v promlčecí nebo prekluzivní lhůtě a rozhodnou-li rozhodci, že není dána jejich pravomoc, zůstávají účinky podané žaloby zachovány, pokud strana podá znovu u soudu, u příslušných rozhodců či stálého rozhodčího soudu, nebo u jiného příslušného orgánu žalobu do 30 dnů ode dne, kdy jí bylo doručeno rozhodnutí o nedostatku pravomoci. Účinky podané žaloby zůstávají zachovány i tehdy, pokud strana po zrušení rozhodčího nálezu podala u příslušných rozhodců či stálého rozhodčího soudu, nebo u jiného příslušného orgánu žalobu, nebo návrh na pokračování v řízení do 30 dnů ode dne nabytí právní moci rozhodnutí soudu, jímž došlo ke zrušení rozhodčího nálezu.
- podobně platilo podle ust. § 16 účinné do 31. 12. 2013, že uplatní-li strana svůj nárok před rozhodci v promlčecí nebo prekluzivní lhůtě a rozhodnou-li rozhodci, že není dána jejich pravomoc, nebo došlo-li ke zrušení rozhodčího nálezu a podá-li strana znovu u soudu nebo u jiného příslušného orgánu žalobu nebo návrh na pokračování v řízení do 30 dnů ode dne, kdy jí bylo doručeno rozhodnutí o nedostatku pravomoci nebo o zrušení rozhodčího nálezu, zůstávají účinky podané žaloby zachovány.

Nový občanský zákoník (zákon č. 89/2012 Sb., v platném znění) upravuje stran stavění promlčecí lhůty, že uplatní-li věřitel v promlčecí lhůtě právo u orgánu veřejné moci a pokračuje-li řádně v zahájeném řízení, promlčecí lhůta neběží. To platí i o právu již vykonatelném, pokud byl pro ně navržen výkon rozhodnutí nebo navrženo nařízení exekuce. Ustanovení tohoto zákona, která se týkají uplatnění práva u soudu nebo soudního řízení či soudního rozhodnutí, se obdobně použijí i pro uplatnění práva před rozhodcem, pro rozhodčí řízení nebo pro rozhodčí nález (ust. § 648 ve spojení s ust. § 3017). Podobně starý občanský zákoník pouze dodával, že podmínkou pro stavění promlčecí doby (podle staré terminologie používají autoři v souvislosti se zrušenou právní úpravou termín promlčecí doba, ačkoliv podle nového občanského zákoníku se užívá termínu lhůta) je řádné pokračování v zahájeném řízení (ust. § 112 zákona č. 40/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

Určitou zvláštnost vykazoval obchodní zákoník (zákon č. 513/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zrušený novým občanským zákoníkem), když stavění promlčecí doby spojoval se zahájením řízení podle „platné rozhodčí smlouvy“. Pro následující výklad hraje roli též ust. § 405 odst. 2 obchodního zákoníku, podle něhož „*jestliže v době skončení*

soudního nebo rozhodčího řízení promlčecí doba již uplynula nebo jestliže do jejího skončení zbývá méně než rok, prodlužuje se promlčecí doba tak, že neskončí dříve než jeden rok ode dne, kdy skončilo soudní nebo rozhodčí řízení“.

V následujícím výkladu bude nutné odlišit případy, kdy byla neplatná podnikatelská doložka namítnuta v řízení o zrušení rozhodčího nálezu soudem, a případy, kdy k takovému procesu nedošlo z důvodu pasivity žalované strany. Jak již bylo výše uvedeno, rozhodčí nálezy mohou být vyhodnoceny jako nezákonné exekuční tituly i v exekučním řízení bez ohledu na to, zda vůbec došlo k uplatnění námitky neplatnosti rozhodčí doložky podle ust. § 15 zákona o rozhodčím řízení, a zda vůbec žalovaná strana podala řádně a včas žalobu na zrušení rozhodčího nálezu.

4 Judikatura k stavění promlčecí lhůty při neplatné rozhodčí doložce

Pro autory sledovanou problematiku promlčení hrají klíčovou úlohu tři zásadní soudní rozhodnutí.

Nejvyšší soud se v prvním z nich zabývá otázkou stavění promlčecí doby v situaci, kdy rozhodčí řízení bylo zahájeno na základě neplatné rozhodčí doložky u obchodně závazkového vztahu podle zrušeného obchodního zákoníku, byl-li následně takový rozhodčí nález dotčen žalobou na jeho zrušení. Soud konstatuje, že „podle ustanovení § 112 obč. zák. promlčecí doba neběží, bez ohledu na to, zda bylo rozhodčí řízení zahájeno na základě platné či neplatné rozhodčí doložky. Je třeba posoudit, zda zákonodárce zamýšlel zcela odlišné právní účinky rozhodčího řízení zahájeného na základě neplatné rozhodčí doložky podle občanského zákoníku, kdy by se promlčecí doba stavěla, a podle obchodního zákoníku, kdy by promlčecí doba dále běžela.“ Soud pak dodává, že „ani právní úprava účinná od 1. ledna 2014, neváže stavení promlčecí lhůty na platnost rozhodčí doložky (srov. § 648 o. z. ve spojení s § 3017)“.²⁰

V dalším významném rozhodnutí si soud pokládá mimo jiné otázky „zda insolvenční soud může považovat za promlčené pohledávky z rozhodčích nálezů, ohledně kterých nelze podat žalobu na jejich zrušení (taková žaloba by musela být zamítnuta dle § 33 zákona č. 216/1994 Sb.) a zda insolvenční soud může označit za promlčené pohledávky z rozhodčích nálezů, které by jinak (kdyby dlužník nebyl v insolvenci a kdyby rozhodčí nálezy byly zrušeny) nemohl vyhodnotit jako promlčené soud postupující podle ustanovení § 34 zákona č. 216/1994 Sb.“.²¹

Pro účely příspěvku je podstatný především závěr soudu, že „nemá-li rozhodčí nález žádné právní účinky, jelikož byl vydán mimo rámec pravomoci rozhodce, přijat soudem v exekučním řízení případně insolvenčním soudem v incidenčním sporu o pravost nebo výši věřitelovy pohledávky, aniž byl takový rozhodčí nález formálně zrušen, nemůže mít při takovém postupu (co do otázky promlčení nároku) méně práv, než kolik by se mu jich dostalo, kdyby byl rozhodčí nález odklizen (pro nedostatek pravomoci rozhodce) soudem v řízení

²⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 ICdo 19/2015, ze dne 1. 6. 2016.

²¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 ICdo 41/2014, ze dne 30. 6. 2016.

vedeném podle úpravy obsažené v zákoně č. 216/1994 Sb.²² Soud vysvětluje, že „*ke stavění běhu promlčecí doby (v daném případě podle ustanovení § 403 obchodního zákoníku) dochází i tehdy, je-li rozhodčí řízení zahájeno na základě neplatné rozhodčí doložky. V téže duchu má (musí) být posuzován běh promlčecí doby poté, co rozhodčí řízení skončí rozhodcím nálezem, jenž formálně nabyt právní moci a měl se stát vykonatelným, leč který byl (podle následného posouzení exekučním soudem nebo insolvenčním soudem označen za rozhodčí náleze, který nemá žádné právní účinky, jelikož byl vydán mimo rámec pravomoci rozhodce. Jinak řečeno, dokud exekuční soud v exekučním řízení, případně insolvenční soud v incidenčním sporu neurčí (neuveď v důvodech svého rozhodnutí), že rozhodčí náleze nemá žádné právní účinky, jelikož byl vydán mimo rámec pravomoci rozhodce, je nutno posuzovat promlčení nároků z něj plynoucích jako u rozhodčího nálezu, jenž takovou vadou netrpí.*“²³

Nejvyšší soud odstraňuje svými výše popsaným výkladem nejistotu, zda na základě neplatné rozhodčí doložky dochází při podání rozhodčí žaloby ke stavění promlčecí lhůty, a dále dovozuje, že promlčecí lhůta neběží po dobu, než je neúčinnost rozhodčího nálezu konstatována v rozhodnutí exekučního nebo insolvenčního soudu. Není-li ze strany účastníka rozhodčího řízení učiněn úkon podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu soudem, přesto zůstává lhůta k uplatnění nároku zachována a nedotčena promlčením v tom smyslu, že v inkriminovaném období tato lhůta neběží.

Jak již autoři avizovali výše, klíčová stanoviska k problematice nicotných rozhodčích nálezů a stavění promlčecí lhůty přináší rozsudek Vrchního soudu v Praze sp.zn 70 Icm 2149/2013 vs 104 VSPH 158/2014 (KSUL 70 INS 607/2013). Rozsudek se ztotožňuje s aktuální judikaturou Nejvyššího soudu v náhledu na neplatnost rozhodčích doložek, jimiž jsme se výše zabývali. Za zásadní považujeme také postoj k procesu nápravy neplatných spotřebitelských doložek, ačkoliv to nesouvisí přímo s tématem tohoto článku, a to že „*s ohledem na novelizaci zákona o rozhodčím řízení vedenou, mimo jiné, záměrem uvedení českého práva do souladu s právem EU na ochranu spotřebitele, zejména rozhodnutím Soudního dvora Evropské Unie ve věci C-40/08 ze dne 6. 10. 2009 (Asturcom), platí, že s účinností od 1. dubna 2012 již nelze v řízení o výkon rozhodnutí o nárocích ze spotřebitelských smluv bez dalšího přiblížit u rozhodčího nálezu k neplatné rozhodčí smlouvě a řízení zastavovat dle § 268 odst. 1 písm. b) občanského soudního řádu.*“²⁴ Jak již bylo výše uvedeno, Nejvyšší soud naopak u ne spotřebitelských doložek připouští přezkum rozhodčího nálezu v rámci exekučního řízení.

Pro námi sledované téma však Vrchní soud navíc konstatuje, že „*je-li rozhodčí náleze vydán na základě neplatné rozhodčí doložky ve věci, v níž by jinak bylo možné uzavřít rozhodčí smlouvu, má i takový rozhodčí náleze účinky pravomocného soudního rozhodnutí ve smyslu § 28 odst. 2 zákona o rozhodčím řízení a nelze jej považovat za nicotný právní akt.*“²⁵

22 Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 ICdo 41/2014, ze dne 30. 6. 2016.

23 Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 ICdo 41/2014, ze dne 30. 6. 2016.

24 Rozsudek Vrchního soudu v Praze sp.zn 70 Icm 2149/2013 vs 104 VSPH 158/2014 (KSUL 70 INS 607/2013).

25 Rozsudek Vrchního soudu v Praze sp.zn 70 Icm 2149/2013 vs 104 VSPH 158/2014 (KSUL 70 INS 607/2013).

V otázce stavění promlčecí lhůty (at' již podle zrušených právních předpisů, tj. starého občanského zákoníku a obchodního zákoníku, nebo podle nového občanského zákoníku) je vrchní soud nekompromisní. Jednak dovozuje, že „*pozdější zákon č. 216/1994 Sb. (RozŘ), který nabyl účinnosti dne 1. 1. 1995 (obch. zák. je účinný od 1. 1. 1992), vychází z jiné koncepce a jak je zřejmé z jeho obsahu, je-li rozhodčí nálezh zrušen v řízení vedeném dle § 31 RozŘ (ve všech zněních) z důvodu, že rozhodčí smlouva je neplatná či vůbec neuzavřená (§ 31 písm. b) a § 15 odst. 2 RozŘ), i v takovém případě (viz § 16 RozŘ) zůstávají účinky podané rozhodčí žaloby zachovány, podá-li strana (rozhodčí žalobce) u soudu žalobu do 30 dnů ode dne doručení rozhodnutí o zrušení rozhodčího nálezu. U této právní úpravy se uplatní pravidlo Lex posterior derogat priori, proto je odvolací soud názoru, že ustanovení § 403 odst. 1 obch. zák. bylo nepřímou zčásti novelizováno pozdějším zákonem č. 216/1994 Sb.*“²⁶

Soud poukazuje na to, že platnost rozhodčí doložky pro účinky zahájení rozhodčího řízení nebyla vyžadována zrušeným občanským zákoníkem a ani stávající právní úprava tak nečiní. Soud poukazuje na „*důsledek opačného přístupu vycházejícího ze závěru, že podáním rozhodčí žaloby v případě neplatné (neexistující) rozhodčí smlouvy nepřestala běžet promlčecí doba dle § 403 odst. 1 obch. zák. V takovém případě by věřitel, byť již by měl k dispozici pravomocný rozhodčí nálezh, musel podat v neustále běžící čtyřleté promlčecí lhůtě i žalobu o splnění téhož nároku u soudu. Nepochybně by se ale dočkal toho, že by soud řízení o jeho žalobě (správně) zastavil dle § 104 odst. 1, o. s. ř. pro neodstranitelnou překážku věci rozhodnuté, a to s poukazem na to, že rozhodčí nálezh má dle § 28 odst. 2 RozŘ účinky pravomocného rozsudku. Ve svých důsledcích lze proto považovat za denegatio iustitiae přístup soudu, který považuje pravomocný rozhodčí nálezh vydaný v arbitrovatelných věcech (tj. ve věcech, v nichž lze uzavřít rozhodčí smlouvu) za nicotný právní akt, v důsledku čehož mělo dojít k uplynutí promlčecí lhůty s ohledem na, jak se domnívá soud prvního stupně, nastavení promlčecí lhůty podáním rozhodčí žaloby.*“²⁷

Autoři spolu s vrchním soudem usuzují, že shora přijaté závěry nejsou v opozici k judikatuře Nejvyššího soudu a neodporují platné vnitrostátní či evropské legislativě. Ačkoliv se daný případ týká spotřebitelské doložky, některá stanoviska soudu mají klíčový význam i pro doložky jiné. Vrchní soud se vyjadřuje i k možnosti, že by rozhodčí nálezy vydané podle neplatných rozhodčích doložek, byly vyhodnoceny jako nicotné právní akty, zahájením rozhodčího řízení by nedošlo ke stavění promlčecí lhůty (v daném případě podle ust. § 403 zrušeného obchodního zákoníku). Vrchní soud věcně připomíná a argumentuje nálezy Ústavního soudu, především pak nálezem sp. zn. IV. ÚS 2842/10 z 25. 5. 2011, a aplikuje zásadu dobrých mravů.²⁸

²⁶ Rozsudek Vrchního soudu v Praze sp.zn 70 Icm 2149/2013 vs 104 VSPH 158/2014 (KSUL 70 INS 607/2013).

²⁷ Rozsudek Vrchního soudu v Praze sp.zn 70 Icm 2149/2013 vs 104 VSPH 158/2014 (KSUL 70 INS 607/2013).

²⁸ „Obecné soudy totiž musí mít při posuzování všech právních věcí na mysli - jakožto jakýsi interpretační korektiv při výkladu nejednoznačných právních norem - ideu spravedlnosti. V této souvislosti je vhodné ještě připomenout, že by bylo dle Ústavního soudu v rozporu s principem důvěry občana v právo, který je součástí komplexu formujících principů materiálního právního státu podle ustanovení čl. 1 odst. 1 Ústavy, pokud by měl být jednotlivec zbaven svého oprávněného nároku toliko na základě nevyjasněné koncepce ne/ promlčitelnosti tohoto práva.“ Ústavní soud posoudil námitku promlčení jako rozpornou s dobrými mravy dle § 3 odst. 1 obč. zák.“

Vrchní soud uvádí, že věřitel v takových případech nezavinil promlčení pohledávky, neboť vlastně jednal obezřetně a s řádnou péčí, když uplatnil své nároky cestou podání rozhodčí žaloby. Věřitel není podle názoru soudu povinen znát a předvídat změnu judikatury. Vrchní soud argumentuje, že „*věřitel nemůže být zbaven svého oprávněného nároku jen na základě nevyjasněné koncepce promlčitelnosti jeho práva, způsobené změnou judikatury, tj. změnou právní interpretace ze strany soudů. Odvolací soud zastává názor, že v opačném případě by se jednalo o porušení principů právního státu, zejména zásady právní jistoty. Z uvedených důvodů považuje odvolací soud za správný názor soudu prvního stupně, že ani nelze shledat předmětnou pohledávku nikoliv po právu z důvodu promlčení, a to pro rozpor takové námitky s dobrými mravy.*“²⁹

Autoři se navíc oproti výše uvedenému postoji domnívají, že věřitel není povinen nejen předvídat změnu judikatury, ale není ani povinován vůbec judikaturu znát jako takovou, neboť tato není závazným pramenem práva. Je-li zákon o rozhodčím řízení natolik nejasný, že na běžný laický pohled umožňuje použití různých způsobů určení rozhodce včetně využití tzv. appointing authority, nelze klást věřiteli za vinu, že nesouzní z právě aktuální judikaturou.³⁰ Veřejně je známo, že v jiných právních záležitostech mnohdy Nejvyšší soud měnil v čase svá stanoviska, aniž by docházelo k legislativním změnám, které by takové odklony od původních výkladů odůvodňovaly. Podobně to platí i pro nálezy Ústavního soudu, přestože Ústavní soud je zřejmě jiného názoru.³¹

Autoři sdílí názor, že korektiv dobrých mravů je rozhodně na místě a neměl by být využíván v případech neplatných rozhodčích doložek, pouze ojediněle. K otázce dobrých mravů autoři v poznámkách pod textem zmiňují relevantní soudní judikaturu vztahující se k závěrečné části příspěvku.

²⁹ Rozsudek Vrchního soudu v Praze sp.zn 70 Icm 2149/2013 vs 104 VSPH 158/2014 (KSUL 70 INS 607/2013).

³⁰ Podle usnesení Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 2524/16 ze dne 31. října 2016 však věc dostává trochu jiný rozměr. Ústavní soud doslova v dané konkrétní věci argumentuje takto „vzhledem k okolnostem daného případu nelze dovozovat stavení čtyřleté promlčecí lhůty (tehdejší terminologie užívala pojmu “promlčecí doba”), která započala běžet nejpozději dne 1. 3. 2010. Ke stavení promlčení lhůty nemohlo dojít ani ve smyslu § 403 obch. zák., tedy v důsledku zahájení rozhodčího řízení (které na ni mělo marginální vliv, neboť trvalo jen několik měsíců), ani podle § 402 obch. zák. – na základě navazujícího exekučního řízení (které je naopak ve vztahu k promlčení zásadní, neboť trvalo déle než 2 roky a 9 měsíců). Obecný soud správně zdůraznil, že řízení u Společnosti pro rozhodčí řízení, a. s., bylo stěžovatelkou zahájeno 23. 2. 2012, tedy více než 9 měsíců poté, co došlo k zásadní změně judikatury sjednocujícím usnesením ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. 31 Cdo 1945/2010, v němž Nejvyšší soud vyslovil závěr o neplatnosti rozhodčích smluv, které neobsahují přímé určení rozhodce ad hoc, nýbrž toliko odkaz na rozhodčí řád vydaný právnickou osobou, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona. Stěžovatelka nárok ze smlouvy o úvěru i přesto namísto obecného soudu uplatnila v rozhodčím řízení, které vedlo k vydání (nezákonného) rozhodčího nálezu ze dne 23. 5. 2012; ba co víc, následně přistoupila k jeho vymáhání v exekučním řízení zahájeném návrhem ze dne 6. 9. 2012 a pravomocně zastaveném 23. 6. 2015 – pro nezpůsobilost rozhodčího nálezu jako exekučního titulu a až po ustálení judikatury vycházející z esenciálního usnesení Nejvyššího soudu ze dne 10. 7. 2013, sp. zn. 31 Cdo 958/2012. Teprve poté, co definitivně neuspěla s vymáháním prostřednictvím řízení, která vedla několik let i přes zjevný rozpor se zákonem a judikaturou vrcholných soudů, jenž byl možno dovozovat již při jejich zahájení, podala stěžovatelka dne 20. 7. 2015 žalobu k obecnému soudu, jejíž posouzení je předmětem přezkumu v nyní projednávané věci.

³¹ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 2524/16 ze dne 31. října 2016.

Závěr

Z platné legislativy a aktuálních judikатурních stanovisek vyšších soudů lze učinit závěrečná shrnutí a formulovat výkladová stanoviska tak, aby otázka neplatnosti podnikatelských rozhodčích doložek a podle nich vydaných rozhodčích nálezů byla v aplikační praxi rozhodována spravedlivě a v souladu s ústavním pořádkem. Autoři si dovoľují sumarizovat výše uvedenou problematiku do následujících čtyř oddílů:

Posouzení neplatnosti podnikatelských rozhodčích doložek využívajících institut tzv. appointing authority

Z legislativního hlediska nedošlo novelou zákona o rozhodčím řízení č. 19/2012 Sb. k podstatné změně, která by měla přinést odklon od stávající judikatury stran neplatnosti podnikatelských rozhodčích doložek. Autoři již výše prezentovali názor, v němž se přiklání k liberálnímu výkladu podnikatelských rozhodčích doložek využívajících institut appointing authority, zejména v případech, kdy je fyzická nebo právnická osoba odlišná od stran sporu. Autoři v tomto smyslu souzní s dřívější judikaturou Nejvyššího soudu a mají za to, že neexistuje žádný spravedlivý důvod pohlížet na podnikatelské doložky obdobnou optikou jako na doložky spotřebitelské. Poukazují na mezinárodní praxi nebo na již výše zmíněnou a citovanou slovenskou právní úpravu. Apriorní odsudek soukromých rozhodcovských společností není vhodný v případě, když strany sporu na počátku mohou jmenovat osobu rozhodce, která figuruje na seznamech soukromé rozhodcovské společnosti. Problém s podjatostí a nezávislostí rozhodce by měl být řešen za použití jiných právních institutů.

Na základě výše uvedeného platí zejména tento výklad, že:

- „pokud rozhodčí smlouva neobsahuje přímé určení rozhodce ad hoc, anebo konkrétního způsobu jeho určení, ale jen odkazuje ohledně výběru rozhodce a stanovení pravidel rozhodčího řízení na právnickou osobu, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona a odkazuje na touto právnickou osobou stanovené statuty a řády ke jmenování a výběru rozhodců, jakož i způsobu vedení rozhodčího řízení a stanovení pravidel o nákladech řízení, pak je taková rozhodčí smlouva neplatná dle § 39 obč. zák. pro obcházení zákona“;³²
- „neobsahuje-li rozhodčí smlouva přímé určení rozhodce ad hoc, resp. konkrétní způsob jeho určení a odkazuje-li na ‚rozhodčí řád‘ vydaný právnickou osobou, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona, je taková rozhodčí smlouva neplatná podle § 39 obč. zák.“;³³
- „ani ve sporu, který není mezi spotřebiteli, nelze sjednat platně způsob určení osoby rozhodce tak, že výběr osoby rozhodce je ponechán na vůli jedné ze stran sporu“.³⁴

32 Usnesení Vrchního soudu v Praze sp. zn. 12 Cmo 496/2008 ze dne 28. 5. 2009.

33 Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 31 Cdo 1945/2010 ze dne 11. 5. 2011.

34 Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 23 Cdo 1098/2016, ze dne 8. 11. 2016.

- „pokud si strany sjednají určení rozhodce v rozhodčí smlouvě neplatně, rozhodčí smlouva je neplatná podle § 39 obč. zák. pro rozpor se zákonem, z čehož vyplývá, že taková rozhodčí smlouva je absolutně neplatná, tedy neplatná jako celek“³⁵

Rozhodčí nálezy bez právních účinků (nicotné rozhodčí nálezy)

Ačkoliv z rozhodnutí Nejvyššího soudu neplyne jednoznačné konstatování, že by podnikatelské rozhodčí nálezy vydané podle neplatných rozhodčích doložek výše uvedených byly nicotnými právními akty (rozhodnutími), v aplikační praxi je k nim ve skutečnosti takto přistupováno. Současná rozhodnutí nižších i vyšších soudů se odkazují na závěry parafrázované v předchozích kapitolách příspěvku zejména, že:

- „nevýdal-li rozhodčí nálezh rozhodce, jehož výběr se uskutečnil podle transparentních pravidel, resp. byl-li rozhodce určen právnickou osobou, která není stálým rozhodčím soudem zřízeným na základě zákona, a nemůže-li být akceptovatelný ani výsledek tohoto rozhodování, pak tento rozhodčí nálezh není způsobilým exekučním titulem ve smyslu § 40 odst. 1 písm. c) exekučního řádu“;³⁶
- neobsahuje-li rozhodčí doložka přímé určení rozhodce ad hoc a odkazuje-li pouze na seznam rozhodců vedený a „rozhodčí řád“ vydaný fyzickou osobou (rozhodcem), je (jako celek) neplatná podle § 39 obč. zák. pro rozpor se zákonem. Rozhodčí nálezh vydaný rozhodcem určeným na základě takovéto absolutně neplatné rozhodčí doložky není způsobilým exekučním titulem, neboť rozhodce neměl k jeho vydání pravomoc.“³⁷

Autoři se ztotožňují s výkladem Vrchního soudu v Praze, který ve svém rozsudku sp. zn. 70 ICm 2149/2013, 104 VSPH 158/2014 ze dne 1. 9. 2014 dovodil, že „vzhledem k této vnitřní logice uvedeného zákona nelze považovat za nicotný právní akt rozhodčí nálezh, který byl vydán na základě neplatné (neexistující) rozhodčí doložky, a jednalo se o spor, který byl arbitrovatelný (muselo se jednat o majetkový spor a být možné o předmětu sporu uzavřít smír viz § 2 odst. 1 a 2 RozŘ). Např. nicotným právním aktem by byl rozhodčí nálezh, kterým by bylo rozvedeno manželství. To však není případ zmíněného rozhodčího nálezu, který zavazoval dlužníka k peněžitému plnění, tudíž se nepochybně jednalo o majetkový spor, u něhož bylo možné uzavřít rozhodčí smlouvu.“³⁸

I po novele provedené zákonem č. 19/2012 Sb. Judikatura vychází z tohoto stanoviska, že „ustanovení § 35 zákona o rozhodčím řízení nelze mít za speciální k § 268, o. s. ř. Zákon o rozhodčím řízení ve znění účinném od 1. 4. 2012 tedy i nadále nevylučuje, aby otázka nedostatku pravomoci rozhodce z důvodu, že se jeho výběr neuskutečnil podle transparentních pravidel, byla zkoumána i v exekučním řízení“³⁹ Dále aplikační praxe dovozuje, že „exekuční soud je v rámci exekučního řízení povinen zkoumat pravomoc rozhodce vydat exekuční titul a v případě, že nedostatek pravomoci

35 Usnesení Nejvyššího soudu sp.zn. 31 Cdo 1945/2010 ze dne 11. 5. 2011, uveřejněné ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod označením 121/2011.

36 Usnesení velkého senátu občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 10. 7. 2013, sp. zn. 31 Cdo 958/2012.

37 Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 174/2014 ze dne 18. 3. 2014.

38 Rozsudek Vrchního soudu v Praze sp. zn. 70 ICm 2149/2013, 104 VSPH 158/2014 ze dne 1. 9. 2014.

39 Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 20 Cdo 3194/2016, ze dne 16. 8. 2016.

*(byť i dodatečně) zjistí, exekuci zastaví bez ohledu na povahu vztahu účastníků (tedy zda se jedná o vztah ze spotřebitelské smlouvy či nikoli)."*⁴⁰

Stavění promlčecí lhůty v případě neplatné podnikatelské rozhodčí doložky, byl-li podán návrh na zrušení rozhodčího nálezu

V předmětné situaci lze aplikovat především příslušná ustanovení zákona o rozhodčím řízení a právních předpisů práva občanského a obchodního v závislosti na tom, kdy byla podnikatelská doložka uzavřena. Jak již bylo výše zmíněno, legislativa zůstala z hlediska podstaty beze změny. Účinky podané žaloby zůstávají zachovány i tehdy, pokud strana po zrušení rozhodčího nálezu podala u příslušných rozhodců či stálého rozhodčího soudu, nebo u jiného příslušného orgánu žalobu, nebo návrh na pokračování v řízení do 30 dnů ode dne nabytí právní moci rozhodnutí soudu, jímž došlo ke zrušení rozhodčího nálezu podle ust. § 14 odst. 2 zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů. Pokud vysloví rozhodce usnesením, že není pro daný spor dána jeho pravomoc, zůstávají účinky podané žaloby zachovány, pokud strana podá znovu u soudu, u příslušných rozhodců či stálého rozhodčího soudu, nebo u jiného příslušného orgánu žalobu do 30 dnů ode dne, kdy jí bylo doručeno rozhodnutí o nedostatku pravomoci podle ust. § 14 odst. 1 zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů.

Podání podnikatelské rozhodčí žaloby staví běh promlčecí lhůty (to platí i pro dobu před nabytím účinnosti nového občanského zákoníku). Výše uvedené závěry by měly platit bez ohledu na to, že rozhodčí doložka, podle níž bylo rozhodčí řízení zahájeno, byla neplatná.

Stavění promlčecí lhůty v případě neplatné podnikatelské rozhodčí doložky, nebyl-li podán návrh na zrušení rozhodčího nálezu

V daném případě se situace komplikuje tak, jak již bylo výše uvedeno, neboť nebyl respektován zákonný proces sjednání nápravy vydání vadného rozhodčího nálezu. V období od podání rozhodčí žaloby z neplatné rozhodčí doložky do právní moci rozhodnutí exekučního soudu nebo soudního exekutora o zamítnutí či zastavení exekuce tak může dle platné legislativy dojít k promlčení nároku žalobce.

V úvahu připadají některá výše navržená řešení, ke kterým se autoři přiklání a doporučují je dotčeným subjektům, aby těchto závěrů využívaly, bude-li vydaný rozhodčí nález shledán „nicotným“ v jejich nejspěchu:

- je-li rozhodčí nález neúčinný, může žalobce (oprávněná strana) navrhnout rozhodci, který tento rozhodčí nález vydal, aby postupoval podle ust. § 23 zákona o rozhodčím řízení a usnesením rozhodl o nedostatku své pravomoci⁴¹. Poté lze uvažovat o aplikaci ust. § 16 odst. 1, tj. „*uplatní-li strana svůj nárok před rozhodci v promlčecí nebo*

⁴⁰ Usnesení Nejvyššího soudu sp.zn. 30 Cdo 5414/2014 ze dne 24. června 2015.

⁴¹ Rozhodci jsou oprávněni zkoumat svou pravomoc. Dospějí-li k závěru, že podle rozhodčí smlouvy, která jim byla předložena, jejich pravomoc k rozhodnutí není dána, rozhodnou o tom usnesením.

prekluzivní lhůtě a rozhodnou-li rozhodci, že není dána jejich pravomoc, zůstávají účinky podané žaloby zachovány, pokud strana podá znovu u soudu, u příslušných rozhodců či stálého rozhodčího soudu, nebo u jiného příslušného orgánu žalobu do 30 dnů ode dne, kdy jí bylo doručeno rozhodnutí o nedostatku pravomoci““ Za sporné lze pokládat, zda tento nedostatek pravomoci může rozhodce vyslovit až poté, co jinak ve věci rozhodl vydáním rozhodčího nálezu, nicméně dle judikatury nemá právní účinky. Tento postup vyžaduje součinnost rozhodce, který bude „ochoten“ rozhodnout poté, kdy považuje rozhodčí řízení z titulu své pozice za ukončené;

- pokud nevztáhneme účinky neplatné rozhodčí doložky a vadného (neúčinného) rozhodčího nálezu na samotný úkon podání rozhodčí žaloby (občanský zákoník neváže stavění promlčecí lhůty na platnost rozhodčí doložky)⁴², poté lze dovodit, že v období od podání rozhodčí žaloby do doby právní moci rozhodnutí o zamítnutí exekučního návrhu nebo rozhodnutí o zastavení exekuce promlčecí lhůta neběžela a její běh se obnovil až okamžikem, kdy se závazně žalobce dozvěděl o neúčinnosti rozhodčího nálezu;
- použití korektivu dobrých mravů tak, jak již o něm bylo výše pojednáno.⁴³

⁴² Ustanovení obchodního zákoníku, které tak činí, lze považovat za zrušené podle zásady *lex specialis derogat lex generalis* zákonem o rozhodčím řízení.

⁴³ Podle rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 8. 2. 2011, sp. zn. 21 Cdo 85/2010 „Dobrým mravům zásadně neodporuje, namítá-li někdo promlčení práva uplatňovaného vůči němu, neboť institut promlčení přispívající k jistotě v právních vztazích je institutem zákonným a tedy použitelným ve vztahu k jakémukoliv právu, které se podle zákona promlčuje. Uplatnění námitky promlčení by se přičilo dobrým mravům jen v těch výjimečných případech, kdy by bylo výrazem zneužití tohoto práva na úkor účastníka, který marné uplynutí promlčecí doby nezavinil, a vůči němuž by za takové situace zánik nároku na plnění v důsledku uplynutí promlčecí doby byl nepřiměřeně tvrdým postihem ve srovnání s rozsahem a charakterem jím uplatňovaného práva a s důvody, pro které své právo včas neuplatnil. Tyto okolnosti by přitom musely být naplněny v natolik výjimečné intenzitě, aby byl odůvodněn tak významný zásah do principu právní jistoty, jakým je odepření práva uplatnit námitku promlčení“. Podobně podle rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 29. 7. 2010, sp. zn. 33 Cdo 126/2009 „I když - obecně vzato - námitka promlčení zásadně dobrým mravům neodporuje, mohou nastat situace, že uplatnění této námitky je výrazem zneužití práva na úkor účastníka, který marné uplynutí promlčecí doby nezavinil, a vůči němuž by za takové situace zánik nároku v důsledku uplynutí promlčecí doby bylo nepřiměřeně tvrdým postihem ve srovnání s rozsahem a charakterem jím uplatňovaného práva a s důvody, pro které své právo neuplatnil včas. Tyto okolnosti by přitom musely být naplněny v natolik výjimečné intenzitě, aby byl odůvodněn tak významný zásah do principu právní jistoty, jakým je odepření práva uplatnit námitku promlčení (srov. nálezy Ústavního soudu z 6. 9. 2005, sp. zn. I. ÚS 643/04, z 15. 1. 1997, sp. zn. II. ÚS 309/95 a z 3. 6. 2008, sp. zn. IV. ÚS 581/06). Jinak řečeno, uplatnění promlčení dlužníkem může být výkonem práva v rozporu s dobrými mravy, jejichž výklad je obsažen v rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. 3 Cdo 69/96, uveřejněném v časopise Soudní judikatura 8/1997 pod č. 62, jen při splnění kvalifikovaných okolností. V rozsudku ze dne 29. 3. 2001, sp. zn. 25 Cdo 2895/99, uveřejněném ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek 1/2002 pod č. 5 (srov. také rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 8. 2002, sp. zn. 25 Cdo 1839/2000, uveřejněný ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek 6/2004 pod č. 59, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 31. 8. 2004, sp. zn. 25 Cdo 2648/2003), Nejvyšší soud vysvětlil, že fungování systému psaného práva je založeno zejména na důsledném dodržování pravidel vyplývajících z právních předpisů a korektivů dobrých mravů nesmí být na újmu principu právní jistoty a nesmí nepřiměřeně oslabovat subjektivní práva účastníků vyplývající z právních norem. Odepření právní ochrany dlužníka namítajícího promlčení práva má proto místo jen ve výjimečných situacích, kdy k výkonu práva založeného zákonem dochází z jiných důvodů, než je dosažení hospodářských cílů či uspokojení jiných potřeb, kdy hlavní nebo alespoň převažující motivací je úmysl poškodit či znevýhodnit věřitele, případně kdy je zřejmé, že výkon práva vede k nepřijatelným důsledkům projevujícím se jak ve vztahu mezi účastníky, tak na postavení některého z nich navenek.“

S ohledem na shora citovanou aktuální legislativu i judikaturu si závěrem autoři dovolují vyslovit názor, že účinky neúčinného (nicotného) rozhodčího nálezů, který byl vydán podle podnikatelské neplatné rozhodčí doložky nelze vztahovat automaticky na akt podání rozhodčí žaloby s ohledem na princip právní jistoty jako základní předpoklad právního státu. Podání rozhodčí žaloby podle neplatné doložky dle názorů autorů má v určitém rozsahu za následek stavení promlčecí lhůty, a to nejen v případech, kdy bylo postupováno podle zákona o rozhodčím řízení a rozhodčí nález napaden žalobou na jeho zrušení, ale i v případech, kdy je rozhodčí nález shledán neúčinným až v exekučním řízení, případně v řízení insolvenčním. V daném případě by měly být vyváženy principy rovnosti, spravedlnosti a právní jistoty. Nikoliv nevýznamným by se měl být i korektiv dobrých mravů.

Dále autoři polemizují se striktním výkladem soudní moci o podnikatelských doložkách, které využívají institutu tzv. appointing authority a odmítají jejich apriorní odsudek formou sankce neplatnosti s následky v podobě neúčinných rozhodčích nálezů kdykoliv v čase napadnutelných. Ochrana práv dlužníka není dle názorů autorů apriorit nutná, jak je tomu ve vztazích silnější a slabší strany.⁴⁴ Soudy by měly vždy vyhodnotit, zda v daných případech se nemůže jednat o „nerovné“ postavení některého účastníka smluvního vztahu a poté uvažovat o „zneplatnění“ rozhodčí doložky. Autoři apelují na vyšší důraz na autonomii vůle podnikatelů ve vzájemných vztazích a interpretační „toleranci“ soudní moci k samostatnosti.

⁴⁴ Např. ve vztahu ke spotřebitelům nebo člověku, který je malým nebo středním podnikatelem, ohledně zakázaných ujednání v zástavní smlouvě nebo u adhezních smluv.

RECENZE A ANOTACE

TICHÝ, Luboš a Jiří HRÁDEK. Deliktní právo

Praha: C. H. Beck, 2017. Právní instituty. ISBN 978-80-7400-625-8.

Václav Janeček*

Přestože je systém českého obligačního práva vystavěn na protikladu smluvních a delikt-
ních závazků, neodpovídalo tomu až donedávna zaměření tuzemské odborné literatury.
Podrobné a komplexní zpracování deliktního práva tu jednoduše chybělo – na rozdíl
od monografií v oblasti smluvního, ale též quasi-smluvního práva. Kniha *Deliktní právo*
autorů Tichého s Hrádkem má ambici – dlužno podotknout, že k radosti řady odbor-
níku – tuto mezeru zaplnit. To se jí myslím velice dobře daří. Publikace je přehledná,
velmi komplexní a nadčasová, neboť se neomezuje na výklad platného práva, nýbrž sys-
tematicky zkoumá a testuje základní instituty deliktního práva, a to s přesahem do cizích
jurisdikcí či do minulosti.

Monografie *Deliktní právo* tematicky spadá do oblasti teorie soukromého práva, neboť
v prvé řadě zkoumá a analyzuje základní kategorie a strukturu deliktního práva. Pomocí
srovnávací a historické metody chtějí autoři v knize „vyjasnit základní pojmy jedné z klí-
čových disciplín soukromého práva“ (s. VIII), „přiblížit úroveň české dogmatiky evrop-
skému standardu“ (ibidem) a „přispět k interpretaci zatím ještě ‚velmi čerstvé‘ úpravy
obsažené v občanském zákoníku“ (ibidem). Kniha je rozdělena na obecnou a zvláštní
část. Z předmluvy se dozvídáme, že obecnou část zpracoval především Tichý, zatím-
co zvláštní část je povětšinou dílem Hrádka. Styl výkladu a jazyk je v obou částech
mírně odlišný, avšak stále velmi dobře srozumitelný. Obecná část obsahuje pět kapi-
tol: I. Základy, II. Předpoklady odpovědnosti, III. Subjekty odpovědnosti, IV. Prevence,
V. Následky odpovědnosti. Zvláštní část pak obsahuje tři kapitoly: VI. Obecné otázky
deliktní odpovědnosti v občanském zákoníku, VII. Odpovědnost za zaviněné porušení
(subjektivní odpovědnosti) [sic!], VIII. Odpovědnost za výsledek. Publikace je doplněna
o přílohy (texty deliktního práva OZO, BGB, PETL a rakouského reformního návrhu)
a přehledný věcný rejstřík.

* JUDr. Václav Janeček, Právnická fakulta, Univerzita Karlova, Praha; Oxford Internet Institute, University of Oxford, UK / Faculty of Law, Charles University, Prague, Czech Republic; Oxford Internet Institute, University of Oxford, UK / E-mail: janecek@prf.cuni.cz; vaclav.janecek@oii.ox.ac.uk / ORCID: 0000-0001-6065-3730

Deliktní právo je svou povahou dosti ojedinělá publikace, která se nachází na pomezí klasické vědecké monografie, učebnice i komentáře. To je dáno zejména strukturou knihy (viz <https://perma.cc/E732-NGDC>). Obecná část je blíže učebnici, a to díky prope-deuticky laděnému výkladu a analýze základních teoretických kategorií a pojmů českého a evropského deliktního práva. Přesto tato část učebnicí není, neboť obsahuje řadu originálních tezí, komparativních a historických analýz a původních argumentů. V tomto směru lze vyzdvihnout zejména zařazení samostatné, i v mezinárodním měřítku neobvyklé kapitoly IV. s názvem „Prevence“, v níž autoři navazují a dále rozvíjejí dřívější původní výzkum Tichého v této oblasti. Zvláštní část je zase blíže komentáři, a to především proto, že si za úkol klade vyložit ustanovení občanského zákoníku o deliktním právu. Probírány jsou však jen některé skutkové podstaty. I zvláštní část tak překračuje svůj žánr a není pouhým komentářem, nýbrž pokusem o neotřelé promítnutí teoretických poznatků obecné části na vybraná ustanovení aktuálně platného právního řádu. Za nejprínosnější v tomto ohledu osobně považuji kapitolu VI., která usiluje o soustavné vyložení základních kategorií nově platného deliktního práva.

Ze struktury *Deliktního práva* je patrná rozvaha, s níž se autoři do sepsání celého díla pustili. Čtenář tak si díky tomu může snáze vytvořit pomyslnou mapu deliktního práva a jeho systému. Ve vztahu k představě této mapy tak poněkud nesystematicky (či spíše revolučně) působí zařazení kapitoly o prevenci, které by – jakožto funkci a druhu odpovědnosti – možná lépe slušeno zařazení na závěr první kapitoly o základech deliktní odpovědnosti. Určité pochyby mám rovněž o závěrečných dvou kapitolách zvláštní části, které se zabírají odpovědností za zavinění a za výsledek, avšak jen ve vztahu k vybraným skutkovým podstatám. Autoři tuto selektivnost sami otevřeně přiznávají (s. VII), což je ale nezabavuje závazku vysvětlit alespoň úvodem VII. a VIII. kapitoly, proč jejich výklad sleduje právě daný výběr skutkových podstat a ne výběr jiný. Takové vysvětlení v knize postrádám. Vzdor tomu má struktura knihy potenciál pro to, aby byla prakticky bez větších zásahů opakovaně aktualizována a rozšiřována, což by byl myslím počin mimořádně žádoucí.

Za silnou stránku publikace považuji její komparativní metodu – není ostatně divu, vždyť oba autoři působí na výzkumně zaměřeném Centru právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Čtenář se díky zvolené metodě dozvídá spoustu zajímavých a inspirativních modelů právních řešení, s nimiž se lze či bylo lze setkat jak v zahraničí (autoři se zaměřují zejména na německé, rakouské, francouzské a anglo-americké právo), tak i u nás (v tomto ohledu autoři pracují též se starší českou civilistikou). Místy ovšem dochází ve vztahu k zahraničnímu právu k nepřesnostem, které mohou srozumitelnosti a přínosnosti knihy uškodit. Např. ve výkladu o *common law* vedle sebe autoři staví kategorie *compensatory*, *general* a *special damages* (marg. č. 445), čímž navozují chybné zdání, že *general* ani *special damages* nemohou být kompenzační. To nutí čtenáře k obezřetnosti.

Deliktní právo je nepochybně mimořádnou, pečlivě zpracovanou, a hlavně srozumitelnou studií. Za kromobyčejně zdařilý považuji výklad o kauzalitě, jež je završen jedním z nejjasnějších a nejprehlednějších shrnutí, které jsem v odborné (nejen české) literatuře četl (marg. č. 230), dále výklad o konceptu povinnosti péče, který je českém prostředí zatím vcelku neznámý (marg. č. 295 a násl.), či výklad o protiprávnosti a zavinění, kde autoři výtečně rozlišují mezi vnitřní a vnější péčí (marg. č. 304 a násl.).

Recenzovaná publikace rovněž provokuje ke kritickému zamyšlení. Sám zde představím dvě své polemické úvahy. Za prvé, kniha *Deliktní právo* je svým obsahem i zpracováním do velké míry podřízena svému cíli, a sice vyjasnění základních kategorií a struktury deliktního práva. Výklad se tak často pohybuje na vysoké úrovni abstrakce, což přináší řadu problémů. Tak například autoři bez dalšího zdůvodnění ztotožňují kategorie odpovědnost za výsledek, objektivní odpovědnost, odpovědnost bez ohledu na zavinění a odpovědnost bez zavinění (marg. č. 95 a násl.). Když ale poruším svým zaviněným jednáním smluvní povinnost, pak přeci odpovídám za své jednání (ne za výsledek), a to objektivně bez ohledu na zavinění (ne bez zavinění). Jinde zase autoři ztotožňují kategorie majetkové a materiální, resp. nemajetkové a nemateriální újmy (marg. č. 157, 160 a 165 a násl.). Když ale někomu useknu ruku, způsobím mu tím jistě materiální, byť nemajetkovou újmu. Pokud je cílem textu skutečně vyjasnit základní kategorie deliktního práva, očekával bych, že bude s těmito kategoriemi pracováno mnohem rigorózněji, či že bude lépe vysvětleno, proč se v daném případě použité koncepty překrývají. Tomu by možná pomohlo i častější užívání slibovaných příkladů (s. IX) namísto pouhých odkazů na tuzemskou či zahraniční judikaturu.

S tím do určité míry souvisí má druhá kritická úvaha. Publikace *Deliktní právo* čtenáři nepochybně představuje určitou ucelenou teorii deliktního práva. Jaká je to ale teorie? Není mi zcela jasné, zda jsou ony abstraktní kategorie kategoriemi preskriptivními či deskriptivními. Jinými slovy, nevím, zda jde o teorii práva, která vykládá a reinterpretuje základní kategorie pozitivního práva, nebo o teorii, která má rovněž ambici tyto kategorie vytvářet či hodnotit. Zdá se mi, že se v knize oba přístupy prolínají, aniž bych však porozuměl, proč a kdy vítězí ve prospěch určitého závěru autorita platného práva (deskriptivní či interpretativní přístup) nad autoritou rozumu (preskriptivní či normativní přístup) a kdy je tomu opačně.

Komu je tato publikace určena? Podle autorů všem – studentům, akademikům i praktikům (s. VII). To je myslím pravda ve vztahu k dílčí částem knihy, ale neplatí to o monografii jako celku. Text je psán čtivě a jasně, přesto se mi zdá porozumění řadě pasáží (zejména těch abstraktnějších) závislé na zběhlosti čtenáře v oboru. To považuji nicméně za klad celé studie, neboť se díky tomu může *Deliktní právo* stát klasikou v oboru, ke které se čtenář bude opakovaně vracet a na níž bude možno českou teorii deliktního práva dále rozvíjet. Na rozdíl od komentáře tak může tato kniha do budoucna tvořit základ a nadčasový zorný úhel pro další odborné debaty. Bude-li proto u nás napříště kdokoli

psát o odpovědnosti, nemůže myslím tento text ignorovat. Naopak na něm lze konstruktivně stavět, a to už jen pomocí odkazů na přehledný výklad řady klíčových a podnětných myšlenek, které tato kniha podává.

Celkově lze říci, že Tichý s Hrádkem sepsali velice cennou a zdařilou práci, která je v oboru českého deliktního práva nepochybně prací seminální. Česká právnická literatura po mém soudu postrádala obdobnou publikaci od dob Randy, který na přelomu 19. a 20. století v reedcích publikoval svůj slavný spis *O závazcích k náhradě škody*. Oproti Randovu dílu se mi však *Deliktní právo* zdá teoreticky propracovanější a v tomto smyslu také inspirativnější. Nezbyvá než doufat, že se s dílem seznámí co nejvíce právníků, abychom se tak mohli v našich debatách o novém deliktním právu lépe přiblížit úrovni starších a v řadě ohledů detailněji promyšlených nauk deliktního práva v západní Evropě, z nichž občanský zákoník ideově vychází.

DEZZA, Ettore. Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit. Eine Einführung

(Aus dem italienischen übersetzt und herausgegeben von Thomas VORMBAUM)
Berlin – Heidelberg: Springer, 2017. ISBN 978-3-662-53243-0.

Petr Kreuz*

Recenzovaná učebnice dějin raně novověkého evropského trestního práva procesního je překladem publikace, kterou vydal poprvé roku 2013 jako soubor přednášek profesor dějin trestního práva na univerzitě v Pavii Ettore Dezza (nar. 1951).¹ Překlad do němčiny pořídl přední německý právní vědec, emeritní profesor trestního práva a soudobých právních dějin na univerzitě v Hagenu Thomas Vormbaum (nar. 1943). Ten se ostatně také právě s E. Dezzou podílel na nedávno vydané překladové antologii prací italských myslitelů, filozofů a právních vědců od druhé poloviny 18. století do současnosti, věnovaných různým otázkám trestního práva.²

Jedním z hlavních cílů, které si Dezza klade, je zpochybnění tradiční dichotomie akuzačního a inkvizičního procesu při traktování dějin evropského trestního práva procesního ve středověku a v raném novověku, přesněji řečeno v období od počátku recepce římskokanonického práva ve 12. století do osvětských reforem na konci 18. století.

V úvodní kapitole podává autor velmi podrobný, přehledný a instruktivní výčet charakteristických znaků inkvizičního řízení a řízení akuzačního typu. Poté se pokouší vysledovat původ dualismu „akuzační/inkviziční“. První zmínky o inkvizičním řízení lze v evropské jurisprudenci a následně i v právní praxi zaznamenat již v první polovině 12. století. Inkviziční proces byl dlouho považován za mimořádnou a výjimečnou formu řízení. Jako řádná a převažující forma trestního řízení se podle autora prosadil, především působením soudní praxe, v první polovině 16. století. K zakotvení inkvizičního procesu v kanonickém právu došlo za pontifikátu Inocence III. na čtvrtém lateránském koncilu roku 1215 a v praxi se poprvé prosadil v rámci italské komunální justice ve 13. století. Dezza zároveň připomíná, že základní devizu inkvizičního procesu *ne crimina remaneant impunita* lze v kanonickém právu zaznamenat již na přelomu 12. a 13. století. V souvislosti

* PhDr. Petr Kreuz, Dr., Archiv hlavního města Prahy / Prague City Archives, Czech Republic / E-mail: Petr.Kreuz@praha.eu

1 DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia del processo penale*. Pavia: Pavia University Press, 2013.

2 DEZZA, Ettore, Sergio SEMINARA a Thomas VORMBAUM (Hrsg.). *Moderne italienische Strafrechtsdenker*. Berlin – Heidelberg, 2012.

s počáteční fází vývoje tohoto typu řízení si italský právní historik velmi podrobně všímá uchopení procesně právní materie v traktátu *De maleficiis* (cca 1299) Alberta Gandina (cca 1245–1310). Gandinus popsal několik forem trestního řízení a dospěl k později dlouho tradovanému konstatování, že inkviziční proces není řádnou, nýbrž mimořádnou formou trestního řízení (*regulariter non proceditur per inquisitionem*).

Navzdory uvedenému Gandinovu názoru přinesl vývoj trestního práva procesního v pozdně středověké Evropě postupnou erozi akuzačního procesu. K prosazení římskokanonického inkvizičního procesu docházelo především působením právní, resp. soudní praxe, která považovala inkviziční formu řízení ve většině trestních případů za efektivnější. Dezza ukazuje, že pozdně středověká právní nauka reagovala na tento vývoj se značným zpožděním. Jako základní a habituální formu trestního procesu označil inkviziční řízení teprve roku 1438 tehdejší profesor boloňské právnické fakulty Angelo Gambiglioni (Angelus Aretinus – cca 1400–1461) v učebnici *De maleficiis*, která se později dočkala i mnoha tištěných vydání. Právě Gambiglioni výslovně upozornil také na účinnost inkvizičního řízení k dosažení cíle, aby zločiny nezůstaly nepotrestány, tedy jako nástroje k boji proti zločinnosti. Hluboké rozpory mezi právní vědou a praxí přetrvávaly i na počátku novověku. Dezza to ukazuje na pokusu milánského právníka Egidia Bossiho (cca 1488–1546) akceptovat smíšenou formu řízení, v níž měla být dosavadní forma akuzačního řízení obohacena o některé prvky řízení inkvizičního.

Zvláštní obsáhlou kapitolu věnoval autor dílu italského právníka Giulia Clara (1525–1575), který je považován (společně s Tiberiem Decianem a P. Farinaccim) za teoretického zakladatele evropské trestněprávní vědy. Claro (též Clarus) poprvé vyšel vstříc novým potřebám trestněprávní represe v duchu požadavku *publica utilitas in materia criminale, ne maleficia remaneant impunita*. Učinil tak ve své *Liber Quintus Sententiarum Receptorum*, kterou uveřejnil roku 1568 a v níž shrnul celý systém dobového trestního práva. Nicméně i Claro označoval akuzační proces (zahajovaný *per accusatio*, resp. *per querela*) za řádný právní prostředek, zatímco řízení *per inquisitio* za prostředek mimořádný. Dezza ovšem v této souvislosti podtrhuje, že mimořádnost inkvizičního řízení podle Clara spočívala v tom, že každý a vždy může sáhnout po akuzačním řízení, zatímco inkviziční řízení může použít jen soudce, a to navíc ne vždy, ale jen za určitých stanovených podmínek. Ačkoli Claro trval na prioritě akuzačního řízení, byl si vědom dominantního postavení inkvizičního procesu v trestněprávní praxi své doby (*ex generali consuetudine in omnibus fere casibus hodie per inquisitionem, seu ex officio proceditur*). Dezza ukazuje, že podobné pojetí jako Claro zastávali i někteří další evropští autoři té doby, např. vlivný flanderský právník Joost Damhouder (1507–1581), autor spisu *Praxis rerum criminalium* (1554).

V samostatné kapitole se autor zabývá vývojem trestního práva procesního ve Francii od sklonku středověku do druhé poloviny 17. století. Vyslovuje názor, že k prosazení inkvizičního procesu zde došlo do značné míry již ordonancemi z Villers-Cotterêts krále Františka I. z roku 1539, definitivně pak kriminálními ordonancemi Ludvíka XIV. z roku 1670.

Zaslouženě velkou pozornost věnoval Dezza hrdelnímu řádu císaře Karla V. z roku 1532 (*Constitutio Criminalis Carolina*), první významné středoevropské kodifikaci trestněprávního *iuris commune*. Poměrně obsírně si přitom povšiml i předchůdců této významné kodifikace (tyrolský hrdelní řád Maxmiliána I. z roku 1499, radolfzellský hrdelní řád z roku 1506, bamberský hrdelní řád /*Bambergensis*/ z roku 1507, který byl roku 1516 téměř doslova převzat braniborským kurfiřtem). *Carolina* přinášela ve sféře trestního práva procesního mnohé novinky (podrobná důkazní pravidla včetně typologie indicií, tzv. *entliche Rechtstag*, institut „zasílání aktů“ /*Aktenversendung*), které byly podle Dezzy částečně výsledkem recepcce dobové italské trestněprávní nauky.

Jen velmi stručně se autor dotkl vývoje v některých dalších evropských zemích v 16. století. Poměrně detailně naproti tomu rozebral několik trestněprávních kodifikací italských teritoriálních států té doby (zvl. konstituce Milánského státu z roku 1541, čtvrtá kniha zákoníku *Novi Ordini* savojského vévody Emanuela Filiberta z roku 1565). S jejich pomocí se pokusil ukázat vývoj justičního aparátu, zejména orgánu veřejného žalobce, ať už nesl název královský prokurátor, fiskál, fiskální prokurátor či fiskální advokát.

Konfrontace trestněprávní soudní praxe s učenou tradicí v raně novověké Itálii přinesla postupně naprostou převahu „praktiků“. Tento stav vedl podle Dezzy posléze k jisté variabilitě trestního řízení a k vytváření institutů, s jejichž pomocí bylo možné v případě potřeby „vystoupit“ ze striktních pravidel a úzkých mezí inkvizičního řízení (*poena extraordinaria*, *poena arbitraria*, *absolutio ab instantia*, resp. *rebus sic stantibus*, propuštění na kauci či na základě záruky jiné osoby). Tuto eklektickou pozici vůči trestnímu řízení zaujal již koncem 16. století římský advokát a papežský fiskální prokurátor Prospero Farinacci (1544–1618) v pojednání *Praxis et Theorica Criminalis* (1581–1618). Také celé 17. i počátek 18. století byly v Itálii především ve znamení trestněprávních příruček určených pro soudní praxi. Autor ukazuje, že ještě na počátku osvětské epochy italská trestněprávní nauka odmítala uznat dobovou rozmanitou a mnohavrstevnou inkviziční realitu.

Na druhé straně ovšem Dezza na vybraných příkladech dokládá, že i trestněprávní nauka v jiných evropských zemích na tom byla v daném ohledu dosti podobně. To se týká i proslulého spisu *Practica Nova imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635) z pera saského právníka a soudce Benedikta Carpzova mladšího (1595–1666). Uvedený spis byl zřejmě nejrozšířenějším dílem evropské raně novověké trestněprávní jurisprudence mimo Apeninský poloostrov. *Practica nova* byla sice jen praktickou příručkou, avšak z hlediska dobové trestněprávní nauky velmi fundovanou. Dezza dokládá, že saský právník ve svém spisu v podstatě převzal pojetí vztahu akuzačního a inkvizičního řízení, které se objevuje již u Julia Clara. Carpzov nicméně jako praktik poukazoval na okolnost, že v Sasku není akuzační proces použitelný ve stejné míře jako v Itálii, a zdůrazňoval užitečnost a nezbytnost inkvizičního řízení, aby četné zločiny nezůstaly nepotrestány. Na příkladu významného pruského profesora práva Johanna Samuela Friedricha Böhmera (1704–1772) Dezza ukazuje, že ani v Německu se tamější trestněprávní nauka úplně

nevzdala akuzačního řízení. Samozřejmě pouze v ryze teoretické rovině: Co se týče praxe, upozorňoval Böhmer již otevřeně na to, že u soudů je akuzační řízení téměř neznámé a že při stíhání trestných činů se zde užívá většinou řízení inkviziční. V návaznosti na to Dezza probírá pokusy některých představitelů humanistické jurisprudence 16. století (Pierre Ayrault, T. Decianus) o „vzkříšení“ římskoprávního akuzačního procesu.

Stěžejní postavou přirozenoprávního racionalismu je pro autora, podle očekávání, halský právník a filozof Christian Thomasius (1655–1728) se svým pojednáním *De origine processus inquisitorii* (1711). Dezza zároveň ukazuje, jaké novinky vnesl uvedený směr do pojetí trestního procesu. Za klíčové v této souvislosti označuje návrhy na úplnou sekularizaci a laicizaci práva.

V předposlední kapitole autor přibližuje pojetí vztahu obžalovacího a inkvizičního řízení v osvětské trestněprávní vědě. Podává charakteristiku čtyř základních principů osvětského trestního práva (princip zákonnosti, přiměřenosti, humanity a racionality). Velmi podrobně charakterizuje přínos díla *Dei deliti e delle pene* (1764) Cesare Beccarii (1738–1794) pro pozdější reformu trestního procesu. Vedle milánského markýze si velmi podrobně všímá také reformních návrhů tří dalších italských osvětských právníků, a to Paola Risiho (1731–1800), Luigiho Cremanioho (1748–1838) a Filippa Marii Renazzioho (1745–1808). Okrajově se dotýká také kritiky inkvizičního procesu, se kterou vystoupil v polovině 70. let 18. století ve svém spise o tortuře milánský filozof a kameralista Pietro Verri (1728–1797).

V závěrečné kapitole Dezza zachycuje reformy trestního práva v habsburské monarchii a v Itálii v poslední třetině 18. a na počátku 19. století, přičemž největší pozornost věnuje, pochopitelně, toskánskému trestnímu zákoníku velkovévody Petra Leopolda (pozdějšího císaře Leopolda II.) z roku 1786. Za stěžejní pro reformu trestního procesu v Itálii označuje Dezza myšlenkový odkaz právníka a filozofa Gaetana Filangierioho (1753–1788). Podrobně rozebírá zejména třetí díl jeho stěžejní spisu *La scienza della legislazione* (1783).

Dezzova učebnice jako celek přibližuje značně komplikovanou tematiku vývoje evropského trestního práva procesního ve středověku, v raném novověku a v osvětské epoše. K oživení a efektivnímu didaktickému působení učebnice v německé jazykové verzi přispívají také krátké ukázky a úryvky ze stěžejních pojednáváných právnických děl v originále (zpravidla latinském) a v překladu do němčiny.

V dané souvislosti je nutno poukázat i na všeobecně obtížnější právněhistorickou uchopitelnost procesně právní problematiky ve srovnání s problematikou hmotněprávní. To není dáno jen její větší dynamikou, nýbrž také nezbytností přihlížet vedle právní úpravy také k soudní praxi, tak jak se odráží v dobových právnických příručkách a především přímo v písemnostech justiční provenience. Toho si byl E. Dezza při přípravě své učebnice vědom. Díky tomu se mu podařilo objasnit rozpor mezi převahou

akuzačního procesu nad inkvizičním v učeném právu a vznikající trestněprávní vědě po celý pozdní středověk a raný novověk na straně jedné a výrazným, posléze dokonce dominantním postavením inkvizičního procesu v justiční praxi přinejmenším po celou raně novověkou éru na straně druhé. Jedná se o rozpor, který je za použití tradičních historickoprávních metod v podstatě neřešitelný a neobjasnitelný.

Na druhé straně lze Dezzově práci vytknout jistý italocentrismus. Ten je jistě naprosto odůvodněný, když autor píše o vzniku a vývoji inkvizičního řízení ve vrcholném, popř. pozdním středověku, přibližně do počátku 15. století. Mnohem méně opodstatněný je ale pro pozdější období. V případě vývoje ve střední Evropě tak Dezzovi zcela unikly např. právní příručky z 15. a počátku 16. století (*Klagspiegel*, *Laienspiegel*), které zde předcházely prvním kodifikacím trestněprávního *iuris commune*. V případě procesního práva a trestněprávní jurisprudence v raném novověku lze již hovořit o hypertrofii italské materie, byť si Dezza ve vcelku přiměřeném rozsahu všímá i poměrů a vývoje ve Francii, v Římskoněmecké říši a v habsburské monarchii. Naproti tomu situace v dalších evropských zemích se dotýká buď jen okrajově a příležitostně (Španělsko, Nizozemí, Anglie), nebo vůbec. Přitom by se dalo s úspěchem pochybovat o tom, že by byla Itálie ještě v osvětské epoše hlavním centrem evropské právní vědy, a to i přes svou středověkou tradici prvních právnických fakult a humanistického právníctví a bez ohledu na takové zářivé osobnosti, jakými nesporně byli C. Beccaria i P. Verri.

Navzdory tomu učebnice E. Dezzy není pouhým „úvodem“, jak se uvádí v podtitulu, nýbrž představuje velmi cennou, hutnou a faktograficky naprosto spolehlivou příručku, která je užitečná nejen pro studenty německých a italských právnických fakult, ale také pro všechny právníky a historiky, kteří se zabývají staršími dějinami trestního práva, soudnictví a kriminality. V částečně přepracované a doplněné verzi bych si dovedl představit i její překlad do češtiny.

OESTMANN, Peter.

Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtbarkeit und Verfahren

Köln – Weimar – Wien: Böhlau Verlag, 2015, 374 s. ISBN 978-3-8252-4295-4.

Petr Kreuz*

Recenzovaná rozsáhlá publikace z pera významného německého právního historika, profesora soukromého práva a právních dějin na univerzitě v Münsteru Petera Oestmanna (nar. 1967) si klade zdánlivě skromný cíl: Chce stát se stručnou učebnicí, jež má studentským čtenářům přiblížit hlavní rysy dějin soudnictví a soudního řízení. S ohledem na časový záběr, který sahá od pozdní antiky až téměř do současnosti, není uvedený cíl až tak skromný a snadno dosažitelný, jak by se mohlo na základě slov samotného autora zdát.

Aby dosáhl tohoto cíle, omezil Oestmann teritoriální záběr své práce, a to pro období raného středověku v podstatě na Franckou říši, pro vrcholný a pozdní středověk i raný novověk na etnicky německá území Římskoněmecké říše, pro 19. a 20. století pak jen na území Německa. Na druhé straně münsterský právní historik zvolil poměrně náročný způsob zpracování, když svůj výklad na mnoha místech doplnil o ukázky z pramenů, namnoze velmi rozsáhlé, v případech pramenů v latině a ve středověké němčině navíc prezentované nejen v originále, nýbrž i v překladu do současné němčiny. Přibližně sedminu publikace zabírá podrobně a kompetentně komentovaný přehled literatury k jednotlivým kapitolám, podkapitolám a oddílům (s. 295–342).

Nutnost uchopit a zřehlednit nějakým způsobem diachronně pojednávanou tematiku vedla k tomu, že autor rozdělil učebnici na dvě hlavní části, a to na část pojednávající o době před nástupem státního mocenského monopolu (s. 29–152) a o době státního mocenského monopolu (s. 153–281). Mezník tohoto originálního rozdělení představuje pro Oestmanna přijetí tzv. věčného landfrýdu říšským sněmem ve Wormsu roku 1495 a na něj navazující reforma soudnictví v Římskoněmecké říši, provedená Maxmiliánem I. V rozsáhlém úvodu, který předchází první z hlavních částí, Oestmann přesně vymezuje své téma a podává výčet hlavních otázek, kterým se chce věnovat. Konkrétně se jedná o státní moc, soudní organizaci a procesní právo. Následuje obsáhlý přehled současného stavu jazykově německého bádání.

* PhDr. Petr Kreuz, Dr., Archiv hlavního města Prahy / Prague City Archives, Czech Republic / E-mail: Petr.Kreuz@praha.eu

Je pochopitelné, že autor se přes značný rozsah publikace nemohl věnovat všem obdobím a fenoménům stejně soustavně a detailně. Svou pozornost proto v první hlavní části soustředil na svépomoc a soudnictví germánských kmenů v období pozdní antiky, na způsoby urovnávání sporů a trestní sankce v raně středověké Francké říši, na landfrýdy vrcholného a pozdního středověku, procesní právo, důkazní prostředky a ustanovení o organizaci soudnictví v Saském zrcadle, právní knize sepsané někdy v letech 1220–1235, a na formování centrálního soudnictví ve středověké Římskoněmecké říši, počínaje zřízením říšského dvorského soudu císařem Friedrichem II. roku 1235.

Je třeba ocenit, že Oestmannově pozornosti neunikla ani středověká exempční privilegia, privilegia *de non apellando* a *de non evocando*, jakož i některé další výsady týkající se výkonu soudnictví. (Jako příklad podobného privilegia zde při tom uvádí listinu z roku 1353, kterou Karel IV. vyňal kurfirty a jejich poddané z působnosti říšského dvorského soudu – s. 86–89.) Autor se též pokusil postihnout právní okruhy a instanční vazby na území Římskoněmecké říše v pozdním středověku. Vedle významných vrchních soudů právních okruhů (Lübeck, Magdeburg, Ingelheim) připomněl i atypické soudy fungující v některých oblastech ještě v pozdním středověku (např. tzv. fémové soudy ve Vestfálsku). Detailní pozornost Oestmann věnoval pronikání učeného práva do střední Evropy jako projevu recepce římského práva. Recepce podle něj probíhala od 12. do počátku 16. století a jejím výrazným projevem v oblasti procesního práva byl vznik inkvizičního procesu včetně zavedení tortury jako důkazního prostředku. Prvním centrálním soudem Římskoněmecké říše, který částečně přešel k recipovanému římsko-kanonickému procesu, byl královský komorní soud, který zřídil roku 1400 Ruprecht Falcký. Autor ukazuje, že právě problémy s fungováním tohoto soudu ve druhé polovině 15. století vedly roku 1495 k Maximiliánově soudní reformě, jejíž klíčovou součástí bylo zřízení Říšského komorního soudu (ŘKS).

Právě podrobným výkladem o nově zřízeném ŘKS otevírá Oestmann druhou hlavní část své učebnice. ŘKS existoval více než tři století a za tu dobu prošel řadou vývojových proměn i turbulencí. Oestmann zároveň nepomíjí ani druhý nejvyšší soud Římskoněmecké říše – Říšskou dvorskou radu (ŘDR). Ta se postupně zformovala na počátku novověku za vlády Karla V. a Ferdinanda I. Na rozdíl od ŘKS byla ŘDR vázána na rezidenci císaře, kterou byla od druhé poloviny 16. století většinou Vídeň. Velmi detailně autor probírá také vývoj řízení u obou jmenovaných soudních institucí, přičemž se zaměřuje na tzv. kamerální proces. Ocenění si zaslouží Oestmannův pokus souhrnně postihnout hlavní rysy soudnictví v raně novověkých říšských teritoriálních státech. Přes masové rozšíření privilegií *de non apellando* se v různých oblastech Římskoněmecké říše zformovaly odvolací soudy, jejichž působnost a autorita přesahovala hranice jednotlivých teritorií (tribunál ve Wismaru, vrchní apelační soud v Celle či kmetčí soud v Lipsku). Právě tyto tribunály plnily zároveň roli mostu mezi učeným právem a soudní praxí a zároveň do jisté míry přispívaly ke sjednocení práva. Podobná úloha připadla na poli trestního

práva od druhé třetiny 16. století v rámci institutu „zasílání aktů“ (*Aktenversendung*) také právníckým fakultám.

Dále se autor věnuje vývoji církevního, resp. duchovního soudnictví v raně novověké, tj. poreformační Římskoněmecké říši. Dotýká se i některých dalších podstatnějších typů raně novověkého partikulárního soudnictví, zejména soudnictví univerzitního, patrimoniálního a také selských soudů, které v některých periferních oblastech přetrvávaly až do 18. století. Při popisu raně novověkého trestního procesu vychází Oestmann v podstatě z hrdelního řádu Karla V. z roku 1532 (*Constitutio Criminalis Carolina*).

Poměrně stručně autor přechází vývoj soudnictví v Německu v první a druhé třetině 19. století. Zmiňuje ústavněprávní prosazení se justice jako třetí moci ve státě od poloviny 19. století. Detailněji probírá pouze vliv francouzských justičních reforem z revoluční doby a z Napoleonovy éry na proměny soudnictví v Německu, resp. v jednotlivých státech Německého spolku. Jako příklad soudu z tohoto období pak Oestmann zvolil vrchní apelační soud v Lübecku, který působil v letech 1820-1879 jako odvolací soudní stolice pro svobodná města Lübeck, Hamburk, Frankfurt nad Mohanem a Brémy.

Velmi podrobně autor naopak charakterizuje kodifikace a zákony týkající se soudního řízení a organizace soudnictví, které byly přijaty po sjednocení Německa, zpravidla už v 70. letech 19. století. Jednalo se o občanský soudní řád z roku 1877 (platný od roku 1879), trestní řád z roku 1877 (1879) a zákony o organizaci soudnictví z roku 1877 (1879). Autor upozorňuje také na postupné formování obchodního soudnictví v Německu během druhé poloviny 19. století. Jen velmi krátký oddíl věnoval Oestmann justici v éře Výmarské republiky. V rozsáhlé, velmi zajímavé a názorově vytríbené kapitole se naopak zabýval soudnictvím v období nacismu a poválečnými procesy s válečnými zločinci v Norimberku. Podobně zajímavě, inspirativně a vyhraněně píše Oestmann o soudnictví a procesním právu v bývalé Německé demokratické republice (NDR).

Druhou hlavní část pak uzavírá kapitola o vývoji soudnictví a procesním právu v Německu po vydání ústavy (*Grundgesetz*) Bonnské republiky (1949). Vyzdvihuje především zřízení Spolkového ústavního soudu (1949). Připomíná, že i po roce 1949 zůstaly ve Spolkové republice Německo v zásadě v platnosti zákony o organizaci soudnictví ze 70. let 19. století. Zdejší soudní systém nicméně doplnil roku 1950 nově zřízený Spolkový soudní dvůr (*Bundesgerichtshof*) a roku 1954 vytvořená soustava sociálního soudnictví. Vedle toho Oestmann ještě probírá hlavní změny a reformy procesního práva, jak civilního, tak trestního, které proběhly většinou v 70. letech.

V závěrečné stručné části nazvané „Doba po státním mocenském monopolu?“ Oestmann upozorňuje na některé nedávné či současné vývojové trendy, které mohou vést k oslabení mocenského monopolu státu v oblasti justice, ať už je to existence mezinárodních soudů, prosazení mediace v obchodních sporech, rozšíření možností vyrovnání mezi pachatelem a obětí v trestním právu nebo, nejnověji, existence islámských smírčích soudců,

rozhodujících na základě náboženské tradice, resp. práva šaría. Právě posledně uvedený případ představuje reálnou politickou hrozbu v podobě vzniku tzv. paralelní justice, jejíž existence je v právním státě nepřijatelná.

Po již zmíněném komentovaném přehledu literatury následují rejstříky osobních a místních jmen a abecední glosář, který zároveň plní funkci věcného rejstříku.

Recenzovaná publikace představuje jako celek cennou, koncepčně originální, relativně přehlednou a faktograficky bohatou učebnici dějin soudnictví a soudního řízení v Německu od pozdní antiky až do současnosti. Speciálně je třeba vyzdvihnout její naprostou faktografickou spolehlivost: Přes důkladné prostudování se mi v ní nepodařilo objevit žádnou faktickou chybu či zásadnější nepřesnost, což je u díla podobného rozsahu vskutku málo vídané.

Také kapitoly a pasáže, kde jsem mohl Oestmannovým závěrům a hodnocením přitakat, výrazně převažovaly nad pasážemi, kde jsem se jmenovaným autorem souhlasit nemohl. Do druhé skupiny patří zejména pasáž, v níž Oestmann dává učení o *crimen exceptum*, které sehrálo zásadní negativní roli v raně novověkých čarodějnických procesech v Říšskonožské říši, do souvislosti s *Carolinou*, a klade tak jeho vznik až do první třetiny 16. století (s. 213). *Crimen exceptum* se však objevuje v propracované podobě již roku 1486 v Kladivu na čarodějnice (*Malleus maleficarum*).

Třebaže Oestmann nesáhl při výkladu o právu a justici v bývalé NDR ke srovnání s nacismem v duchu teorie totalitarismu, pokládám za sympatické, že se v souvislosti s tímto tématem nevyhýbá vyhraněným hodnocením. Jako nikoli nesporný výslovně označuje názor předního představitele nejstarší generace německých právních historiků, brněnského rodáka a někdejšího dlouholetého profesora univerzity v Augsburgu Hanse Schlossera (nar. 1934), že totiž srovnávání justice v bývalé NDR s nacistickou diktaturou je věcně a historicky scestné. Münsterský právní historik vyjadřuje názor, že taková srovnání se nabízejí, provádějí se a nelze je studentům *ex cathedra* zakazovat. Uvedená srovnání přinášejí důležitý vhled do fungování práva pod nadvládou politiky. Právě tato politicky, vládou či (jednou) stranou řízená justice podle Oestmanna oba srovnávané systémy zásadně spojuje. Protikladem k ní je totiž nezávislé soudnictví, vázané pouze právem a zákonem (s. 274–275).

Podobných inspirativních pasáží najde pozorný čtenář v recenzovaném díle P. Oestmanna mnohem více.

POKYNY PRO AUTORY

Pravidla rubrik

Články

Recenzováno

Doporučený rozsah 15–30 normostran.

V rubrice se uveřejňují původní, dosud nepublikované,¹ odborné texty v oboru práva. Stati jsou adresovány primárně vědecké komunitě. Text musí dané téma uchopit komplexně. Nejsou vhodné příspěvky s názvy typu „vybrané problémy ...“ či „několik poznámek k ...“ s výjimkou případů, kdy se příspěvek týká zcela nového a zatím nezpracovaného právního jevu, kde komplexní přístup v takto raném stadiu zatím není možný. Vhodnější je zvolit užší téma a uceleně ho zpracovat. Texty musí reflektovat probíhající odbornou diskusi k danému tématu i relevantní judikaturu. Pokud je to s ohledem na téma rukopisu vhodné, měl by jeho autor uvést srovnání alespoň s vybranými zeměmi EU. Rukopis musí obsahovat nové myšlenky, na které budou moci navazovat další autoři. Je vhodné předem konzultovat s editorem, zda je zamýšlené téma a metoda zpracování příspěvku vhodná z hlediska zaměření časopisu.

Doktorandské a studentské příspěvky

Recenzováno

Doporučený rozsah 15–30 normostran.

V rubrice se uveřejňují statě vycházející z disertačních, diplomových a dalších prací autorů. Spolu s rukopisem musí autor doložit doporučující stanovisko svého školitele nebo profesora či docenta v příslušném oboru. Pro obsah textů platí shodné zásady jako pro rubriku Články.

Aktuality pro právní praxi

Recenzováno

Doporučený rozsah 10–20 normostran.

Rubrika je určena pro dosud nepublikované přehledové články, které jsou věnovány aktuálním a diskutovaným otázkám legislativy a judikatury. Článek však musí představovat

¹ Na újmu není předchozí publikace rukopisu v rámci fakultní edice Working papers.
<http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/>

přínos i pro vědeckou komunitu. Nelze publikovat texty, které budou obsahovat pouhé anotace judikátů či shrnutí nově přijaté právní úpravy bez podrobnějšího komentáře a autorem zaujatého stanoviska.

Recenze a anotace

Nerecenzováno

Doporučený rozsah 3–5 normostran.

Každá recenze musí obsahovat úplnou bibliografickou citaci recenzované publikace, jméno recenzenta a informace o něm (profesní působení, kontaktní e-mail). Smyslem recenzí a anotací je nejen informovat čtenáře časopisu o nově vydaných vědeckých publikacích v oboru práva, ale především přinést vlastní recenzentovo kritické zhodnocení, argumentaci a polemiku s autorem. Recenzované publikace nemají být starší tří let (posuzováno od okamžiku publikace recenze). Nebudou publikovány recenze na publikace učebnicového charakteru, sborníky či příručky pro právní praxi.

Je vhodné předem konzultovat s editorem výběr publikace, kterou zamýšlíte recenzovat.

Zprávy z vědeckého života

Nerecenzováno

Doporučený rozsah 3–5 normostran.

Záměrem zprávy z vědeckého života je zpravidla informovat čtenáře časopisu o uskutečněné odborné akci v oboru práva. Zprávy je třeba zasílat co nejdříve po uskutečnění akce. Je vhodné předem konzultovat s editorem, ve kterém čísle přichází publikace zprávy v úvahu, a kdy budou uzavírány podklady pro toto číslo.

Obecná pravidla

- Rukopis musí být psán v češtině, slovenštině nebo angličtině.
- Každý rukopis musí obsahovat jméno autora, údaje o jeho profesním působení, e-mailový kontakt na autora.
- Rukopisy zasílané do recenzovaných rubrik musí vždy obsahovat anotaci a klíčová slova v angličtině. V případě, že je samotný rukopis psán česky či slovensky, musí obsahovat též klíčová slova a anotaci v jazyku rukopisu.

Citační standard

ISO-690

Příklad citace knihy:

FILIP, Jan a Jan SVATONĚ. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 400 s. ISBN 978-807-3576-851.

Příklad citace příspěvku ve sborníku:

OVESNÝ, Pavel a Jan NOVÁK. Finanční správa – součást realizace finančního práva. In: *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 227–234. ISBN 978-80-210-4733-4.

Příklad citace odborného článku v tištěném časopise:

FILIP, Jan a Vojtěch ŠIMÍČEK. K některým otázkám členství v politických stranách po novelizaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita. Právnická fakulta, 1995, roč. 3, č. 1, s. 109–119.

Příklad citace elektronického článku:

GODERIS, Benedikt a Míla VERSTEEG. The Transnational Origins of Constitutions: Evidence From a New Global Data Set On Constitutional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, č. 010 [cit. 2014-05-03]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216582

Příklad citace soudního rozhodnutí:

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 10. 2010, sp. zn. 33 Cdo 4272/2009.

Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 6. října 2009. Komise Evropských společenství proti Belgickému království. Věc C-6/09. In: *Sbírka rozhodnutí*. 2009, s. I-00165.

Odkazy na prameny

Na veškeré prameny je třeba odkazovat **průběžně** v poznámkách pod čarou. Seznam pramenů na konci rukopisu se **neuvádí**. Odkazy v poznámkách pod čarou musí být úplné, aby bylo možno zdroj podle takového odkazu identifikovat. Pokud autor do rukopisu zahrne seznam pramenů na konci rukopisu, bude takový seznam redakcí vymazán.

Původnost rukopisu

Rukopisy nabízené k publikaci musí být původní, dosud neuveřejněné. Na překážku není předchozí publikace pracovní verze rukopisu ve fakultní edici working papers.²

Recenzní řízení

Časopis pro právní vědu a praxi je recenzovaný vědecký časopis. Zasláné rukopisy jsou anonymně posuzovány minimálně dvěma nezávislými recenzenty a konečné rozhodnutí o publikaci je v kompetenci redakční rady. Orientační doba recenzí jsou tři měsíce. Bližší informace podá na požádání redakce.

² <http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/>

JOURNAL GUIDELINES

Types of Submissions and Journal Policies

Articles

Peer-reviewed

Recommended length is from 15 to 30 pages.

Any article submitted to this section must be an original work, not yet published¹ academic text in the field of law and legal practice. Legal texts – articles, are primarily addressed to the scientific and academic community. Articles must grasp the researched topic completely. We do not recommend article with titles such as „selected issues...“ or „a few remarks about...“; except in cases where the topic relates to an entirely new and not yet published legal area; therefore, a comprehensive approach at such an early stage is not possible. Thus, it is preferable to choose a narrower topic and research it comprehensively. All texts must reflect ongoing discussion on the topic and relevant case law. If it is possible with regards to the content of the article, the topic must be compared with at least some selected EU Member States. The article must contain new ideas, which can be further followed and further developed by other authors.

It is advisable to consult in advance the topic and methods of the article with the editor; whether it is a suitable topic with regards to the focus of the journal.

Doctoral and Students Articles

Peer-reviewed

Recommended length is from 15 to 30 pages.

In this section, texts based on dissertations, diploma theses and other original student works are published. Along with the text, the author must submit a recommendation from his/her supervisor (associate professor/docent or professor) in the relevant field. For articles in this section, same rules as for Articles (see above) apply.

News from Legal Practice

Peer-reviewed

Recommended length is from 10 to 20 pages.

¹ Previous publication in the Working papers series is not a problem. For more information on the Working papers series, see <http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/>

In this section, only unpublished and original contributions on current issues of legislation and case law will be published. Texts, however, must contain new information for legal and scientific community. Articles containing only annotations of case law or summaries on newly adopted legislation without any further comments and author's original opinions will not be published.

Reviews and Annotations

Not reviewed

Recommended length is from 3 to 5 pages.

Each review shall contain full biographic citation of the reviewed publication, reviewer's name and his/her affiliation (profession, contact e-mail). The purpose of the reviews and annotations is not only to inform readers of the journal about recently published legal scientific monographs, but also to present reviewer's own critical evaluation of the reviewed text, his argumentation or controversy with the author's views and conclusions. Reviewed books must not be older than three years (the relevant date is the publication date). Reviews of textbooks, manuals, conference proceedings or manuals for legal practice will not be published.

It is advisable to consult in the advance with the editor the publication you intend to review.

News and Reports from Scientific Life

Not reviewed

Recommended length is from 3 to 5 pages.

The intention of the news and reports from the scientific life is to inform readers of the journal about current events in the field of law. The news and reports should be sent as soon as possible after the relevant event has occurred. It is advisable to consult in advance with the editor, in which issues the news and report could be published and when the due date for the relevant issue is.

Author Guidelines

- Each text must be submitted in Czech, Slovak or English.
- Each text must contain name of the author, his/her affiliation (profession) and e-mail contact.
- Texts sent to the reviewed section must always include abstract and keywords in English. In case that the manuscript is written in Czech or Slovak language, it must also contain abstract and keywords in the language of the text.

Citation standard

ISO-690

Structure of citations – examples:

Books

FILIP, Jan a Jan SVATONĚ. *Státověda*. 5. ed. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 400 p. ISBN 978-807-3576-851.

Contribution in conference proceedings

OVESNÝ, Pavel a Jan NOVÁK. Finanční správa – součást realizace finančního práva. In: *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, pp. 227–234. ISBN 978-80-210-4733-4.

Article in printed journal

FILIP, Jan a Vojtěch ŠIMÍČEK. K některým otázkám členství v politických stranách po novelizaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita. Právnická fakulta, 1995, vol. 3, no. 1, pp. 109–119.

Electronic article

GODERIS, Benedikt a Mila VERSTEEG. The Transnational Origins of Constituions: Evidence From a New Global Data Set On Constitutional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, no. 010 [cit. 2014-05-03]. Avaliable at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216582

Case law

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 10. 2010, sp. zn. 33 Cdo 4272/2009.

Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 6. října 2009. Komise Evropských společenství proti Belgickému království. Věc C-6/09. In: *Sbírka rozhodnutí*. 2009, p. I-00165.

Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 6 October 2009. Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium. Case C-6/09. In: *OJ – C*. 2009, p. I-00165.

All sources must be referenced continuously in footnotes. Do not enclose list of sources at the end of the text, otherwise it will be deleted. Footnote references must be complete in order to be able to identify the relevant source.

Originality of the text

Any texts submitted to the Journal must be original works. Previous publication of draft of the manuscript in the Working papers edition at the Faculty of Law is acceptable.²

Review Process

Journal of Jurisprudence and Legal Practice is a peer-reviewed scientific journal. Submitted texts are reviewed anonymously by two independent reviewers. The final decision about publication is in the competence of the Editorial Board. Estimated length of the review process is three months. Further information may be requested from the editors.

² <http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/>