

2005

I.

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAKTI



MASARYKOVA UNIVERZITA  
PRÁVNICKÁ FAKULTA  
V BRNĚ

ČASOPIS  
PRO PRÁVNÍ VĚDU  
A PRAXI

Ročník XIII  
číslo 1/2005

Redakční rada:

prof. JUDr. J. Filip, CSc. – předseda  
prof. JUDr. J. Bejček, CSc.  
doc. JUDr. J. Fiala, CSc.  
doc. JUDr. D. Jílek, CSc.  
doc. JUDr. K. Marek, CSc.  
doc. JUDr. P. Průcha, CSc.  
doc. JUDr. J. Svatoň, CSc.  
doc. JUDr. V. Týč, CSc.  
JUDr. J. Spáčil, CSc.

Vydává: Masarykova univerzita v Brně  
• Adresa redakce: Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta, Veveří 70, 611 80 Brno; • Tajemník redakce: Mgr. J. Michlova, tel. a fax. 549 495 937, e-mail: michlova@law.muni.cz; • Tisk: Ladislav Sýkora, ofsetový tisk, Stará 18/20, Brno  
• Rozšiřuje, objednávky přijímá a vyřizuje: Vzdělávací a ediční středisko Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, Veveří 70, 611 80 Brno

Předplatné na rok 2005 - 380,- Kč • Cena jednoho čísla - 95,- Kč • Vychází 4x ročně

Toto číslo bylo dáno do tisku v dubnu 2005

ISSN 1210 - 9126

Pokyny pro autory:

Rukopisy redakci zasílejte na disketě nebo jako e-mailový soubor na adresu: michlova@law.muni.cz. a 1x v tištěné podobě. Je třeba, aby rozsah rukopisu nepřesahoval 20 normostran. Název příspěvku formulujte do max. 100 znaků. V opačném případě si redakce vyhrazuje právo na příslušnou úpravu. Pod název článku uvádějte jméno, příjmení autora, titul, pracoviště a rodné číslo. Všechny články budou anonymně oponovány. Nevyžádané články se autorům nevracejí zpět. Veškerou korespondenci adresujte redakci Časopisu pro právní vědu a praxi.

## OBSAH

### ČESTNÝ DOKTORÁT

Ota Weinberger: Smysl kvalifikačních výroků ..... 1

### ČLÁNKY

Jan Filip: Postup při schvalování „volebního zákona“ podle čl. 40 Ústavy ČR ..... 3  
Karel Marek: K obchodním závazkovým vztahům ..... 11  
Zdeněk Tobeš: Vady díla v německém právu ..... 20

### AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

Jana Martinková: „Hra na zločin“ a ochrana lidské důstojnosti ..... 25  
Andrea Moravčková: Právna úprava veřejného obstarávání v SR ..... 29  
Jana Dudová: K některým odpovědnostním vztahům z hlediska ochrany zdraví před znečištěným ovzduším ..... 39  
Marek Fryšták: Informátor jako jeden z nástrojů v boji s organizovaným zločinem ..... 42

### INFORMACE PRO PRÁVNÍ PRAXI

Petr Kolman: „K problematice právního postavení starosty obce“ ..... 48

### STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Michal Bobek: Právní ochrana v řízení o předběžné otázce ..... 52  
Josef Šilhán, Tomáš Fořtýn: Nepojmenované smlouvy v pracovním právu ..... 63  
Jan Chocholatý: Využití mobilního telefonu v trestním řízení ..... 71  
Jaroslav Knotek: Kompetence ve vyhlásování památných stromů po novele zákona o ochraně přírody a krajiny ..... 74  
Milana Hrušáková, Eva Žatecká: Hranice trestní odpovědnosti ..... 76  
Renáta Klečková: Polygamní manželství a zákon o azylu ..... 87

### HISTORIE A SOUČASNOST

Petra Jakešová, Petr Dostálík: Některé otázky právní regulace hrobového místa ..... 91

### Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Eva Žatecká, Milana Hrušáková: Mezinárodní konference „Nové jevy v hospodářské kriminalitě“. Právní a kriminologické aspekty ..... 99  
Dana Ondřejová, Robert Neruda: Mezinárodní konference „Odpovědnost za škodu“ ..... 100  
Karin Brzobohatá: Konference „České právní myšlení a logika – minulost a perspektivy II.“ ..... 105

### RECENZE

Jan Kysela: Radoslav Procházka: Mission Accomplished. On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe ..... 106  
Jan Kysela: Stanislav Balík, Michal Kubát: Teorie a praxe totalitních a autoritativních režimů ..... 109  
Olga Matějčková: Králík, Jozef, Jakubovič, Daniel: Finančné právo ..... 112  
Petr Průcha: Aktuální publikace k výuce finančního práva ..... 113

# ČESTNÝ DOKTORÁT

## Smysl kvalifikujících výroků \*

Ota Weinberger\*\*

Kvalifikující výroky jsou zejména věty těchto typů: „předmět a je dobrý“, „předmět a je špatný“, „předmět a je lepší než předmět b“, „předmět a je stejně dobrý jako předmět b“.

Tvrdím, že pravý smysl takových vět je určen okolnostmi, které nebývají explicitně vysloveny. Určením těchto determinant a jejich možných variací získáváme teorii kvalifikujících vět, teorii rozhodování a lidského jednání.

### PŘÍKLADY NEVYSLOVENÝCH PŘEDPOKLADŮ:

Žurnalisté tvrdí: „Bad news are good news.“ Nechtějí tím předložit sémantický paradoxon typu lháře, nýbrž zásadu žurnalistické taktiky. Tyto protichůdné charakteristiky jsou zjištěním různých hodnotících systémů: normálního občana a taktické žurnalistiky.

Odvozujeme obecný poznatek: hodnocení je vždy relativní k předpokládanému systému hodnocení. Rozdílná hodnocení vycházející z rozdílných měřítek nejsou mezi sebou v logickém sporu.

Arthur Schopenhauer vychází z této koncepce motivace: Jednáním směřujeme vždy k tomu, překonat určitý nedostatek. Pozitivní zážitek, něco nad neměti potřeb, v tomto systému neexistuje. Proto: Nemít potřeby, být bez přání, je vlastní životní optimum, nirvána, vlastní lidská touha. Platí obecně: rozhodující pro koncepci života je určení škály hodnocení, zda existuje jen jedna větev škály nebo hodnoty kladné, hodnota nulová a hodnoty záporné.

Ve filosofii náboženství se diskutuje otázka zla ve světě; jak sladit nespornou existenci zla s představou Boha vševědoucího, všemocného a neskonale dobrotivého. Leibnizova odpověď zní: Je to nejlepší možný svět, neboť zlo je tu proto, aby člověk měl svobodu rozhodovat mezi dobrem a zlem. Nepovažují tuto explikaci za vyhovující. Existuje zlo způsobené lidským chováním a zlo nezávislé na lidské činnosti. Tohoto zla

jistě není třeba ke konstituci lidské svobody. Zvláště problematická je z filosofického hlediska náboženská představa dědičného hříchu, hříchu, přičítanému již před samou možností jednat. Myslím, že přístup k problému theodicee by měl být jiný. Božský systém hodnocení není totožný s naším a je skrytý před našimi zraky. Existenci zla nezaviněného člověkem nelze rehabilitovat poukazem, že ho je třeba ke konstituci lidské svobody. K tomu by stačila možnost volby mezi alternativami bez absolutního zla.

### DETERMINANTY SMYSLU KVALIFIKUJÍCÍCH VÝROKŮ

Kvalifikace je vždy relativní k systému hodnocení. Nic není dobré nebo špatné samo o sobě, nýbrž jen z hlediska systému hodnocení. Táž skutečnost může být dobrá z jednoho hlediska a špatná z hlediska jiného systému. Skutečnost, že teď prší, je dobrá pro úrodu, špatná z hlediska mé touhy po zdravé procházce a irelevantní z hlediska morálky.

Systémy hodnocení mohou mít různé struktury: mohou být spojitě nebo nespojitě (spojitě jsou, když mezi dvěma hodnotami existuje vždy další hodnota); mají určitou škálu hodnot: pozitivní hodnoty, nulová hodnota, negativní hodnoty; nebo mají jen jednu větev (jako Schopenhauerova škála motivů).

Z filosofického hlediska rozlišujeme systémy různého funkčního charakteru. Nejdůležitější je rozdělení systémů užitečnostních a morálních. U užitečnostních systémů jde v podstatě o to maximalizovat prospěch určitého druhu (např. maximalizovat zisk při určitém podnikání).

Morální systémy vedou k rozlišení morálně přípustných a morálně nepřípustných postupů. Existuje často množství možných postupů, které slibují kýženný prospěch, které však jsou vyloučeny z morálních důvodů. V oblasti reklamy a propagandy se setkáváme často s touto problematikou. V praxi propagandy

\* Na základě rozhodnutí vědecké rady Masarykovy univerzity v Brně byl v roce 2004 udělen čestný titul doktora práv osobnosti právní vědy světového formátu: panu Em. Univ.-Prof. DDr. Otě Weinbergerovi, Dr. h. c. Výrazný právní filozof a právní logik převzal dne 29. září, 2004 toto ocenění z rukou rektora Masarykovy univerzity v Brně. Při této slavnostní příležitosti proslvil odbornou přednášku, jejíž text (s laskavým svolením autora) přinášíme.

\*\* Em. Univ.-Prof. DDr. Ota Weinberger, Dr.h.c., Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik, Universität Graz, Rakousko

a reklamy většinou nejde o hlásání nemravných zásad, nýbrž o práci s polopravdami a o předstírání nepravých motivů. Proto potřebujeme v demokracii platformy pro kritický diskurz.

Projevy (speech acts) se konají při určité příležitosti, v určité situaci, která tvoří rámec aktu, a která přispívá k určení smyslu a pragmatické funkce projevu. V závislosti na situaci projevu nabývá mluvní akt specifický smysl a určitou funkci v životě uživatelů jazyka.

Sedím-li v autě vedle řidiče a řeknu-li mu „Je červená“, nepodávám jen popis stavu semaforu, nýbrž dávám implicitně i příkaz „Zastav a dej přednost vozidlům na přičce“. Mluvní akt může mít funkci definice či mluvní konvence. „Bachelor znamená v angličtině svobodný muž.“ Spolu s aktem ostenze lze vyslovit ostenzivní definici: „To je červená barva“. Na základě institucionalizovaných pravidel lze provést různé úkony mající společenské účinky; např. křest dítěte; uzavření smlouvy, kde jde o akty dvou stran; někdy jsou institucionalizována formální pravidla jako podmínky platnosti – např. u sňatku nebo u závěti.

Zajímavá je skutečnost, že někdy dovoluje poznatek, že byl uskutečněn mluvní akt, usoudit na existenci situace, která tvořila příležitost aktu. Když zjišťuji, že pan A nosí snubní prsten, lze usoudit, že je ženatý, tzn., že se kdysi oženil.

Mluvní akt může mít různý záměr a různou funkci. Někdy je intersubjektívni sdělení, informace, kterou dává jeden subjekt jiné osobě, někdy je to záznam, který uchovává informaci pro pozdější dobu.

Mluvní akt může být krok k zahájení určité myšlenkové operace. Zápis chemické struktury, popř. chemického procesu, tvoří základ teoretického rozboru.

Existuje široká paleta účinků, které se realizují mluvním aktem na základě institucionalizovaných pravidel. Křtem dostává osoba jméno, aktem jmenování stane se člověk funkcionářem s určitou kompetencí.

Obecně lze říci: mluvním aktem lze způsobit společensky relevantní účinky, vždy však v institucionálním rámci.

Výroky srovnávací kvalifikace „předmět a je lepší než předmět b“ a „předmět a je stejně dobrý jako předmět b“ stojí na předpokladu, že kvalifikace obou předmětů se zakládá na stejných kritériích. Nemělo by smysl říci, že předmět a je užitečnější než je předmět b morální. Je možno sestavit složité kritérium, v němž je stanovena relativní váha rozhodujících prvků.

Slovní, popř. faktické úkony mohou mít symbolický význam určený institucionalizovaným zvykem. „Nazdar“ nebo smeknutí klobouku mají smysl pozdravu jako prvku interpersonálních kontaktů. Instituce tedy vytvářejí prvky symbolického smyslu jako formy života.

Jádro instituce tvoří řídicí myšlenka (idée directione), která definuje úkol instituce. Řídicí idea je stabilní v tom smyslu, že přetrvává i změny poměrů. Někdy prodělá podstatný rozvoj a vede ke vzniku nových společenských struktur. K systému zápůjček jako poskytování prostředků k realizaci užitečné činnosti se rozvinul systém bankovníctví jako rozhodující činitel ekonomického života. S tímto problémem byla též spojena palčivá ideologická problematika, zejména s problematikou přípustnosti placení úroků. (Je sice pravda, že peníze nenesou plody, ale často jsou zápůjčky formou účasti na podnikání a zvyšují výnos.)

Podstatnou složkou institucionálního života jsou morální restrikce, které vylučují některé prostředky a metody postupů. Jako společenské bytosti podléháme vždy restrikcím s ohledem na bližního. Tyto restrikce, které tvoří obsah morálních a právních norem, mají jednak přirozený (automatický) charakter, jednak vznikají institucionalizovanou normotvorbou.

Člověk má, jako každá živá bytost, přirozené reakce, že si váží a přijímá, co mu prospívá, a že se vyhýbá tomu, co mu škodí.

Lidský ethos zná dvě protichůdné formy: a) myšlení v kategoriích přítel/nepřítel, takže politické jednání se řídí tímto rozlišováním, nebo b) vírou, že kooperace je prospěšnější než boj, a že kooperace a diskurzy mohou vytvářet prospěšné mosty.

Já hledám mosty a žiji pro racionální diskurzy.

## ČLÁNKY

Postup při schvalování „volebního zákona“ podle čl. 40  
Ústavy ČR

Jan Filip\*

S výběrem aktuality pro první číslo tohoto časopisu jsem se tentokrát nemusel příliš trápit. V lednu 2005 došlo mezi komorami Parlamentu k dlouho očekávanému střetu o výklad pojmu „volební zákon“, který je v rámci taxativního výčtu zákonů, k jejichž přijetí je třeba schválení oběma komorami, použit v čl. 40 Ústavy ČR. Pro tuto kategorii zákonů<sup>1</sup> platí zvláštní pravidla pro schvalování i z hlediska vztahu obou komor.<sup>2</sup> V případě zbývajících zákonů dosud ke sporům nedošlo, neboť zákon o jednacím řádu Senátu je vcelku jednoznačným pojmem (formálně vzato),<sup>3</sup> zatímco zákon o zásadách jednání a styku obou komor mezi sebou, jakož i navenek (tzv. stykový zákon) dosud vůbec nebyl přijat.

Již delší dobu se v teorii i praxi pociťoval jako sporný právě onen pojem „volební zákon“. Krok k jeho vyjasnění učinil Organizační výbor Poslanecké sněmovny, který rozhodl dne 27. 1. 2005, aby předseda sněmovny postoupil prezidentu republiky k podpisu text iniciativního návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 238/1992 Sb., o některých opatřeních souvisejících s ochranou veřejného zájmu a o neslučitelnosti někte-

řích funkcí (zákon o střetu zájmů), ve znění pozdějších předpisů (Tisk č. 550). To se také dne 28. 1. 2005 stalo, i když Senát ještě tento návrh projednával. Otázka výkladu tohoto pojmu tak vyústila do ústavního sporu,<sup>4</sup> který s největší pravděpodobností skončí u Ústavního soudu.<sup>5</sup>

Proto bez ohledu na to, jak věc nakonec u Ústavního soudu skončí, je na místě se podívat na kořeny vzniku tohoto problému, dále na jeho legislativní aspekty a možné dopady různých variant řešení, které se v této souvislosti nabízejí. Celá záležitost bude zajímavá i z hlediska toho, jakých metod bude Ústavním soudem při řešení dané otázky použito, neboť je zřejmé, že některé z nich vedou k opačným závěrům než v případě dání přednosti jiným výkladovým metodám. Konečně není bez významu již na tomto místě zdůraznit, že nález Ústavního soudu by neměl vyřešit jen problém související s postupem při přijetí zákona o střetu zájmů, nýbrž by měl odstranit všechny sporné otázky, které se s pojmem „volební zákon“ mohou vyskytnout i v jiných souvislostech. Úkolem tohoto příspěvku samozřejmě nemá být předložení nějakých definitivních

\* Prof. JUDr. Jan Filip, CSc., Katedra ústavního práva a politologie Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

<sup>1</sup> Kromě toho musejí komory Parlamentu dosáhnout souhlasu v celé řadě dalších otázek, ty však nevyvolávají takové interpretační potíže.

<sup>2</sup> K tomu blíže FILIP, J. Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva. 2. vyd., Brno 2001, s. 236–244; KYSELA, J.: Dvoukomorové systémy. Praha 2004, s. 472n., zejména s. 482–485.

<sup>3</sup> Z hlediska formálního jde o zákon č. 107/1999 Sb., o jednacím řádu Senátu, ve znění pozdějších předpisů. Dosud nevznikl spor z hlediska jeho možného materiálního pojetí, jak se nyní děje v případě „volebního zákona“.

<sup>4</sup> Nejde ovšem o kompetenční spor sněmoven, jak občas můžeme slyšet. V tomto státě je jediný zákonodárny orgán – Parlament tvořený dvěma komorami (čl. 15 Ústavy ČR), takže kompetenční spor je z tohoto hlediska prakticky nemyšlitelný. Jde o otázku dodržení stanovené procedury. Parlament sám se sebou *ex constitutione* kompetenční spor vést nemůže. Výjimkou by bylo jen nárokování si schválení zákona o rozpočtu ze strany Senátu. To ale jen dokumentuje absurdnost této představy.

Jako schůdná cesta se nabízí postup podle čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy ČR a § 68 odst. 2 zákona o Ústavním soudu. V případě, že bude takový zákon vyhlášen ve Sbírce zákonů, nic nebrání tomu, aby byl skupinou senátorů napaden před Ústavním soudem jako zákon; který byl přijat a vydán v mezích Ústavou stanovené kompetence a ústavně předepsaným způsobem. Kompetenční otázka by pouze teoreticky vznikla v případě, že by Parlament vedl spor s vládou o vydání nařízení nebo zákona, ale i to je stěžejí představitelné. Devátý oddíl (§ 120 až 125) zákona o Ústavním soudu je totiž určen sporům o vydání individuálního právního aktu nebo provedení jiného zásahu orgánu veřejné moci. Proto nemá smysl o kompetenčním sporu hovořit. Jde o dodržení ústavně předepsaného způsobu přijetí zákona.

<sup>5</sup> To ještě neznamená, že bude také Ústavním soudem vyřešen. To bude záviset na tom, jak rychle vláda projedná a předloží svůj návrh zákona o střetu zájmů, který je od prosince 2004 v připomínkovém řízení. Pokud by byl urychleně projednán a schválen, musel by Ústavní soud řízení v této věci zastavit a věc by zůstala nadále spornou.

závěrů. Ty může učinit jen Ústavní soud.<sup>6</sup> Spíše se v něm pokusím naznačit složitost celého problému, který vznikl možná zbytečně nedopatřením při redigování jedné z mnoha variant vládního návrhu Ústavy ČR v říjnu 1992.

### 1. OKOLNOSTI SPORU KOLEM PROCEDURY PŘIJETÍ ZÁKONA O STŘETU ZÁJMŮ

Jak již bylo uvedeno, do horké fáze se spor dostal teprve dne 28. 1. 2005, kdy předseda Poslanecké sněmovny postoupil sněmovnou schválený návrh novely zákona o střetu zájmů<sup>7</sup> k podpisu prezidentu republiky, aniž vzal ohled na to, že právě probíhá 3. schůze Senátu, na které se o něm ještě jedná. Zvláštní na tom bylo, že těsně předtím předseda Poslanecké sněmovny napsal dopis předsedovi Senátu, ve kterém mu sdělil následující: „Vážený pane předsedo, Vaším dopisem ze dne 6. ledna 2005<sup>8</sup> jste mě informoval o tom, že Senát nezařadil na pořad své 2. schůze návrh zákona, kterým se mění zákon č. 238/1992 Sb., o některých opatřeních souvisejících s ochranou veřejného zájmu a o neslučitelnosti některých funkcí (zákon o střetu zájmů), ve znění pozdějších předpisů. V odůvodnění tohoto postupu jste uvedl, že se jedná o návrh zákona podle článku 40 Ústavy, neboť obsahuje novely volebních zákonů. Dne 27. ledna 2005 posoudil tuto věc Organizační výbor Poslanecké sněmovny a svým usnesením rozhodl, že návrh tohoto zákona mám bezprostředně postoupit prezidentu republiky. Organizační výbor Poslanecké sněmovny se neztotožnil s Vaším výkladem této věci s tím, že v daném případě se nejedná o tzv. volební zákon ve smyslu článku 40 Ústavy.“<sup>9</sup> Senát se po krátké rozpravě rozhodl přesto v projedná-

vání návrhu novely zákona o střetu zájmů pokračovat a nakonec tento návrh zamítl.

Předmětem sporu byl jednak samotný obsah zákona o střetu zájmů, kterému se v této souvislosti nevěnuji,<sup>10</sup> jednak skutečnost, že součástí této novely se stal rovněž schválený pozměňovací návrh poslance Z. Koudelky, kterým byl Tisk č. 550 rozšířen o přímé novelizace zákona o volbách do zastupitelstev obcí a zákona o volbách do zastupitelstev krajů z hlediska zavedení neslučitelnosti funkce zastupitele s funkcí statutárního orgánu příspěvkové organizace obce, osoby oprávněné jednat za organizační složku obce a strážníka obecní policie vůči zastupitelstvu, které příslušnou příspěvkovou organizaci, organizační složku nebo obecní policii zřídilo.<sup>11</sup>

Za této situace prezident republiky, který měl takto schválený – neschválený zákon podepsat, si nejdříve vyžádal stanovisko předsedy Poslanecké sněmovny, když zprvu zastával názor, že návrh nebyl vůbec projednán stanoveným způsobem a že podepsat není co. Současně mu vytknul, že by se mohlo jednat o účelový postup, neboť jinak by mu zákon předložil k podpisu bezprostředně po uplynutí lhůty 6. 1. 2005, a nikoli až 28. 1. 2005, kdy o něm jednal Senát. Nakonec však prezident své stanovisko z 31. 1. 2005 změnil a postoupený návrh zákona dne 10. 2. 2005 ve snaze otevřít cestu k řešení vetoval s velmi zajímavým odůvodněním.<sup>12</sup> Podle jeho názoru jsou oba názory sněmoven hájitelné, nicméně postup Poslanecké sněmovny je zcela nový. Poslanecká sněmovna se sama podle prezidenta republiky v minulosti svého restriktivního názoru (že volebním zákonem je třeba rozumět pouze zákon o volbách do Parlamentu) nedržela. Poukázal přitom na situaci z 11. 6. 1998, kdy Senát zamítl novelu zákona o obecních volbách a Poslanecká sněmovna již o tomto návrhu znovu nehlasovala, tedy považovala jej za zamítnutý.<sup>13</sup> Tento návrh zákona projednal Senát ve lhůtě 30 dnů.<sup>14</sup> Druhý případ,

<sup>6</sup> Ale i Ústavní soud bude spíše plnit roli toho, kdo nastolí stav právní jistoty, než toho, kdo tento spor skutečně vyřeší.

<sup>7</sup> Informace k jeho projednání viz sub Tisk č. 550, PS 4. vol. období dne 19. 12. 2003.

<sup>8</sup> Poznámám, že dnem 6. 1. 2005 měla uplynout podle nyní ustáleného způsobu počítání lhůty podle čl. 46 odst. 1 Ústavy ČR doba, ve které se mohl Senát návrhem zákona zabývat. Senát však považoval v důsledku vložení novel volebních zákonů tento návrh za zákon podle čl. 40 Ústavy ČR.

<sup>9</sup> Text dopisu je uveden v Těsnopisecké zprávě ze 3. schůze Senátu konané dne 28. 1. 2005.

<sup>10</sup> Rovněž rozšíření okruhu osob, které zákon o střetu zájmů nyní vztahuje, stejně jako způsob, jak to novela činí, má být napadeno návrhem na přezkoumání ústavnosti u Ústavního soudu.

<sup>11</sup> Pokud by v tomto případě postupovala Poslanecká sněmovna podle legislativních zvyklostí a novelizací souvisejících zákonů zařadila do samostatného návrhu zákona, vůbec k tomuto sporu nemuselo dojít. V rámci podávání pozměňovacích návrhů jde ovšem o problematickou situaci. Protože by musel být podán samostatný návrh souvisejícího zákona, tento návrh by už těžko doháněl základní návrh, který mezitím prošel druhým čtením. Navíc chci uvést, že neslučitelnost funkcí podle mého názoru vůbec do volebních předpisů nepatří, neboť nemá na volitelnost vliv, když naše současná právní úprava již neslučitelnost s kandidováním do volené funkce nezná. Před zvolením se nikdo dosud vykonávané funkce vzdávat nemusí.

<sup>12</sup> Jeho text je uveden na adrese, popř. jako Tisk 550/5.

<sup>13</sup> Tudíž za nepřehlasovatelný. Tento názor však zcela neodpovídá skutečnému právnímu stavu. Ve skutečnosti se jednalo o návrh zákona o volbách do obecních zastupitelstev (Tisk č. 383, PS 2. vol. období). Z hlediska § 97 odst. 3 jednacího řádu Poslanecké sněmovny totiž nelze hlasovat o vráceném návrhu dříve než po uplynutí 10 dnů. Mezitím však byla zvolena nová Poslanecká sněmovna ve volbách 19. a 20. 6. 2002, takže dne 22. 6. 2002 už zde nebyla Poslanecká sněmovna 2. volebního období, která by byla kompetentní zamítnutý návrh „znovu“ (čl. 47 odst. 1 Ústavy ČR) projednat. Tím se uplatnila zásada materiální diskontinuity parlamentního jednání (§ 121 odst. 1 jednacího řádu Poslanecké sněmovny).

<sup>14</sup> Naopak ve 3. volebním období novelu zákon o volbách do zastupitelstev v obcích (Tisk č. 584, PS 3. vol. období), který byl

kteřý prezident republiky uvedl, byl zákon o volbách do Evropského parlamentu, který Senát nezamítl, nýbrž vrátil s pozměňovacími návrhy, a co je důležité, učinil tak až po uplynutí lhůty 30 dnů. Přesto jej Poslanecká sněmovna projednala, čímž podle prezidenta rovněž nepostupovala podle současného restriktivního výkladu.<sup>15</sup> Dále prezident republiky poukázal na něco, co by bylo možno označit jako tzv. estoppel. Šlo o to, že i po 6. 1. 2005 se zástupci Poslanecké sněmovny účastnili projednávání návrhu novely zákona o střetu zájmů v orgánech Senátu, ačkoli vlastně již nebylo o čem jednat.<sup>16</sup>

Poslanecká sněmovna tak nevzala na vědomí zamítnutí návrhu novely Senátem a zabývala se pouze vrácením návrhu zákona o střetu zájmů prezidentem republiky. Dne 22. 2. 2005 Poslanecká sněmovna po krátké rozpravě, kde zazněly argumenty pro i proti, nakonec veto prezidenta republiky přehlasovala 112 hlasy, když poslanci za ODS se hlasování na protest nezúčastnili. Vznikl tak spor, který je ovšem živěn nikoli samotným problémem výkladu pojmu volební zákon. Jeho síla souvisí s tím, že odpůrci rozšíření výčtu neslučitelností a dalších otázek řešení střetu zájmů tento spor považují za nejschůdnější cestu k zachování dosavadního právního stavu.

## 2. JAK SE POJEM „VOLEBNÍ ZÁKON“ VŮBEC DOSTAL DO TEXTU ÚSTAVY ČR

První, u čeho je třeba se zastavit, je samozřejmě vyjasnění si situace, za které se tento pojem do Ústavy ČR v roce 1992 dostal. Protože nikde nemáme na rozdíl od jiných států dokumentačně zpracovanou historii

přípravy Ústavy ČR, mohu se zde jen opírat o jednotlivé pracovní verze návrhu Ústavy ČR, které postupně připravovala vládní komise.<sup>17</sup> Zdůrazňuji, že tzv. *travaux préparatoires*, jak se takové dokumenty často označují v mezinárodním právu, nemohou být rozhodujícím zdrojem pro výklad textu právního předpisu. Tím je pouze schválený text. Nicméně jejich sledováním často plasticky poznáváme, jak se jednotlivé názory a představy formovaly a co vlastně „chtěl autor říci“. To se týká i pojmu „volební zákon“.

Hned na počátku je třeba uvést, že této otázce na rozdíl např. od kompetencí a způsobu volby komor Parlamentu nebyla věnována prakticky žádná pozornost. Rozumějme pozornost tomu, co vlastně značí „volební zákon“, neboť jinak jde samozřejmě o zcela zásadní věc vztahu Senátu k Poslanecké sněmovně. Ten se v návrzích ústavního textu formoval postupně, přičemž řešení se měnilo podle toho, co vlastně měl Senát představovat.

Je pochopitelné, že pokud by zvítězila koncepce tzv. regionálního Senátu, nebylo by o účasti Senátu na schvalování zákonů o volbách do zastupitelstev územních samosprávných celků nakonec nejmenších pochyb.<sup>18</sup> Tato koncepce však byla záhy z předběžných úvah vypuštěna, i když lze říci, že zhruba do poloviny srpna 1992 měla v různých koncepcích a ideových nástinech ústavního textu dosti výrazné postavení.<sup>19</sup> V polovině srpna 1992 se ještě objevila idea obdivovatelů F. A. Hayeka, požadující přesné odlišení práva soukromého a veřejného s tím, že Senát by se zabýval zejména otázkami soukromoprávních kodexů. Konkrétnější obrysy získává návrh Ústavy ČR teprve 14. 9. 1992, kdy jsou zpracovány jeho zásady, které byly 17. 9. 1992 publikovány v denním tisku.<sup>20</sup> Právě zde se již objevuje text sporného čl. 40, tehdy

Senátu doručen 2. 11. 2000 Senát projednal se změnami až 5. 3. 2001. Již tehdy vznikla diskuse o dodržení lhůty. Protože však tento návrh obsahoval rovněž novelizaci zákona o volbách do Parlamentu, problém nevznikl. Proto Poslanecká sněmovna hlasovala pouze o vráceném znění, které nepřijala, čímž byl zákon zamítnut. S ohledem na režim čl. 40 již proto nemohla hlasovat o původním znění postoupeném Senátu. Je za zajímavé, že již tehdy mezi důvody zamítnutí patřila otázka střetu zájmů (např. zastupitele a ředitele školy) jako v současném případě.

<sup>15</sup> Ani zde nelze prezidentovu argumentaci uznat za přesvědčující, neboť v návrhu zákona o volbách do Evropského parlamentu (Tisk č. 51, Poslanecká sněmovna 4. vol. období) bylo obsaženo nové znění § 89 zákona o volbách do Parlamentu. Proto nebylo pochyb (již v době projednávání tohoto návrhu), že jde o zákon, který spadá pod čl. 40 Ústavy ČR.

<sup>16</sup> Tato okolnost ovšem nebude mít v případě argumentace před Ústavním soudem potřebnou váhu. K tomu poslanec Koudełka, kterého se to týkalo, navíc uvedl, že „V příslušných výborech jsem řekl, že můj právní názor je takový, že uvedený zákon nespadá pod článek 40 ústavy a nevyžaduje povinný souhlas Senátu a že do Senátu jsem šel proto, že jsem tam byl pozván a považoval jsem za slušné do Senátu chodit.“ K tomu ještě za smíchu sněmovny dodal parafrází známého výroku z filmu Knoflíková válka – „Kdybych byl tušil, že to bude považováno jako argument pro to, že navrhovatelé předpokládali nutný souhlas Senátu i po třicetidenní lhůtě, tak bych tam byl nechodil.“

<sup>17</sup> Blíže k tomu souhrnně viz FILIP, J.: Deset let Ústavy ČR: východiska, stav, perspektivy. In: Deset let Ústavy ČR: východiska, stav, perspektivy. Sborník příspěvků. Uspořádal J. Kysela. Eurolex Bohemia. Praha 2003, s. 25–53 a k otázce úpravy postavení Senátu z hlediska Komise předsednictva ČNR pro Ústavu ČR viz zejména KYSELA, J.: Dvoukomorové systémy, s. 413–431.

<sup>18</sup> Nutno ale upozornit, že v této fázi přípravy se počítalo s rovnocennou účastí Senátu pouze při schvalování ústavních zákonů a vyhlášení války, jinak se měl Senát účast s právem tzv. suspensivního veta pouze v výslovně uvedených zákonech, nikoli u všech (s výjimkou zákona o státním rozpočtu) jako v konečné verzi. Prakticky to mělo (podle stavu z 22. 7. 1992) vypadat tak, že po projednání návrhu zákona se měla Poslanecká sněmovna obrátit na Senát s otázkou, zda hodlá také schválený návrh projednat. Senát měl mít právo si vyžádat návrh, ale projednat jej musel v krátké lhůtě, jinak by platilo, že se vzdává svých práv. Zákon by tak stal platným schválením v Poslanecké sněmovně.

<sup>19</sup> Např. Pokyny vlády ČR vládní komisi s touto koncepcí výslovně počítaly.

<sup>20</sup> Viz Svobodné slovo 17. 9. 1992.

jako zásada č. 39. Podle této zásady, která názorně dokumentuje úvahy o postavení Senátu, měly obě komory rovnoprávně nadpoloviční většinou všech členů schvalovat pouze ústavní zákony a usnesení o vypovězení války. Prostou většinou měly rovnoprávně schvalovat „návrhy zákonů, které upravují jejich vzájemné vztahy a podmínky vzniku a rozsah nároků poslanců a senátorů, zákony o výkonu volebního práva a provádění voleb do obou komor“ (podtrhl J. F.). Jiné zákony Senát vůbec neměl projednávat! V zásadě č. 20 byl blíže vymezen obsah tohoto zákona v podstatě shodně, jako v současném čl. 20 Ústavy ČR.

Z tohoto publikovaného textu jednoznačně plyne závěr, že pouze zákon o volbách do Parlamentu mohl být přijat za rovnoprávné účasti Senátu. Jiné zákony, které se týkají voleb, totiž neměl Senát vůbec projednávat. Další verze návrhu však ukazují, že vzrostl vliv odpůrců Senátu, takže v říjnových verzích jsou možnosti Senátu opět v oblasti zákonodárství okleštěné pouze na ústavní zákony (a válečný stav), ovšem schvalované již třípětinovou většinou. Těsně před koncem činnosti vládní komise se dne 22. 10. 1992 objevuje verze, podle které jsou obě sněmovny rovnoprávné, pokud ústava nestanoví jinak.<sup>21</sup> Tento zcela nesrozumitelný text byl hned následujícího dne doplněn tak v čl. 41, že kromě ústavního zákona je třeba souhlasu obou komor rovněž ke schválení „volebního zákona“.<sup>22</sup> Tento text byl v konečném znění vládního návrhu ještě doplněn o zákon „o jednacím řádu Parlamentu“. Ve fázi parlamentního projednání se již obrat „volební zákon“ nikdy nezměnil, zatímco „jednacím řádu Parlamentu“ byl upřesněn do současné podoby jednacím řádu Senátu a tzv. stykového zákona.

O úrovni zpracování však svědčí to, že text čl. 40 byl doplněn o možnost Poslanecké sněmovny přehlasovat vrácený návrh ústavního zákona (opět se požadovala jen nadpoloviční většina všech hlasů), zatímco v případě volebního zákona a jednacím řádu již tato možnost uvedena není.<sup>23</sup> Podstatné však je, že v důvodové zprávě (Tisk č. 152, ČNR VII. vol. období) se uvádí, že další okruh zákonů, u kterých je nutný

souhlas obou komor „má zabezpečit, aby obě komory mohly vedle sebe fungovat, aniž by se ohrozil legislativní proces. Jednání obou komor ve vzájemných vztazích musí být funkční. Obě komory nemohou jednat zcela nezávisle, bez vzájemné propojenosti.“ Z toho lze dovodit, že autoři vládní předlohy stáli na stanovisku, že se jedná o zákony, které se přímo týkají pouze těchto dvou komor, vztah k volbám do zastupitelstev zde vůbec míněn není. Text důvodové zprávy není sice rozhodující, nicméně zastánci extenzivního výkladu pojmu „volební zákon“ tuto skutečnost přechází příznacným a významným mlčením.<sup>24</sup>

### 3. LEGISLATIVNÍ ASPEKTY OZNAČOVÁNÍ PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ

Jiným možný pohled a závěry může přinést legislativně technický rozbor pojmu „volební zákon“. K tomu je třeba přičinit obecnou poznámku na úvod. Zásady správné legislativní techniky neumožňují používat v nadpisech právního předpisu přídatného jména jako jediného označení. Např. nadpis atomový zákon, vodní zákon, obecní zákon, zemědělský zákon nebo celní zákon.<sup>25</sup> Totéž se týká obratu „volební zákon“. Kdo o tom dosud pochyboval, nyní vidí, jaký problém to může způsobit. Tento pojem lze totiž vykládat i materiálně, takže pak je jeho dosah podstatně širší než v případě nadpisu *lege artis* jako např. zákon o volbách do zastupitelstev, do Parlamentu, do Evropského parlamentu. Protože tvůrci Ústavy ČR tento pojem touto legislativní hrubkou zatížili, nezbývá než se snažit hledat nějaké řešení.

Použití přídatného jména v nadpisu vybočuje z pravidel ústavní legislativy. Obvykle ústavní texty odkazují na ústavní zákon nebo obyčejný zákon, který stanoví podrobnosti apod.<sup>26</sup> Vždy se klade důraz na formu (má jít o zákon) v případě tzv. formální výhrady zákona nebo se uvádějí i podmínky, za kterých může zákon něco upravit v případě tzv. materiální výhrady zákona. Výjimkou je správné označení „zákon

<sup>21</sup> Jde v podstatě o převzetí modelu bikameralismu z Federálního shromáždění (čl. 29 odst. 3 úst. zákona o čs. federaci). Na toto nebezpečí upozorňoval i V. Havel, který rovněž pochyboval o tom, jak budou vlastně vymezeny zákony, kde se uplatní veto Senátu. Srov. CHRASTILOVÁ, B., MIKEŠ, P.: Prezident republiky Václav Havel a jeho vliv na československý a český právní řád. Praha: ASPI Publishing 2003, s. 378.

<sup>22</sup> Text „volebního zákona“ je vepsán rukou, takže nelze posoudit, co k tomu vedlo a zda jde o návrat k verzi ze 14. 9. 1992. To, že už nebyl dopsán celý text „do obou komor“ může zarazit, ale není to nic tak neobvyklého. Jako kuriozitu bych mohl uvést, že v roce 1968 při schvalování ústavního zákona o čs. federaci dokonce přehlédnutím nejen vypadlo slovo, ale celá zmínka o zákoně o volbách do Sněmovny národů.

<sup>23</sup> K tomuto textu se vyjadřoval rovněž V. Havel, opravil však pouze malá písmena v názvu komor.

<sup>24</sup> Z důvodové zprávy rovněž lze dovodit, že čl. 20 Ústavy ČR má na mysli pouze zákon o volbách do Parlamentu (či do obou komor), když konstatuje, že čl. 18 až 20 „upravují aktivní a pasivní volební právo. Tím se obě komory od sebe liší, jinak ústava odkazuje na zákon. V zákoně bude upraveno, na jakém základě se budou volby provádět.“

<sup>25</sup> Zákon č. 13/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů sice tento nadpis používá, ale nevyvolává takový problém, neboť těchto zákonů více v jednom státě být nemůže.

<sup>26</sup> Srov. např. formulace Listiny základních práv a svobod, která často pro stejné situace používá jiné obraty a naopak. Může se tak v ní setkat s formulacemi jako základní práva mohou být omezena zákonem, podrobnosti stanoví zákon, zákon jako obecný předpoklad, podmínky výkonu práva stanoví zákon, podmínky mohou být stanoveny, institut pod ochranou zákona, nad míru stanovenou zákonem, nestanoví-li zákon jinak, příslušnost stanoví zákon, jen zákon stanoví, domáhat se lze v mezích zákonů.



o státním rozpočtu“ v čl. 42 odst. 2 Ústavy ČR.<sup>27</sup> Ani k jednomu se však nehodí obrat, použitý v čl. 40 Ústavy ČR. Zatímco v čl. 107 odst. 1 byl použit zcela korektní legislativně správný odkaz (zákon o volbách do Senátu), v čl. 40 jde o nedopatření vzniklé při přípravě Ústavy ČR, kdy autorům mohla být věc zcela jasná, pro čtenáře to však vyjádřili nepřipustným způsobem. Jen mimochodem poznamenávám, že přesností se nebude vyznačovat ani případné označení „volební kodex“, na kterém nyní pracuje legislativní aparát Ministerstva vnitra.<sup>28</sup>

Rád bych ale zdůraznil, že problematičtější je takový nadpis jen tehdy, když vyvolá nejasnosti. Např. březnová ústava z roku 1849 tento pojem (das Wahlgesetz) používá, ale vždy ve zcela jasné souvislosti s orgánem, který má být volen. V našem případě se tato souvislost s úpravou postavení Parlamentu a obou sněmoven jeví částí veřejnosti jako sporná. Pokud by ovšem „volební zákon“ neměl být schválen oběma sněmovnami rovnoprávně, žádný spor by pochopitelně nevznikl.<sup>29</sup> Jistě by bylo zajímavé sledovat, jak by se s touto situací vypořádali ti, kdo zahrnují část volebních ustanovení do zákona č. 18/1862 ř.z., jímžto se vyměřují základní pravidla, dle nichž se mají uspořádati záležitosti obecní, když kromě toho platily zvláštní řády volení v obcích.

#### 4. RŮZNÉ MOŽNOSTI VÝKLADU POJMU „VOLEBNÍ ZÁKON“

Jak z dosud uvedeného vyplývá, nechali nás autoři ústavního textu na holičkách. Lze sice dospět k závěru, co chtěli v čl. 40 Ústavy ČR vyjádřit, učinili to ale nešťastným způsobem. Proto ti, kteří diskutují o holém pojmu volebního zákona budou marně hledat nějaký záchytný bod, pokud se nezaměří na okolnosti přijetí čl. 40, jeho umístění v systematice Ústavy ČR a účelu, pro který tam byla volební problematika vložena. Problém spočívá v různých možnostech výkladu pojmu „volební zákon“. Výraz „volební zákon“ v tomto ustanovení lze vyložit vícerozpůsobem:

- v nejširším smyslu jako každý zákon, který upravuje nějaké volby (jazykový výklad), což by znamenalo i oblast soukromoprávní úpravy (volby orgánů spolků, politických stran,

obchodních společností, družstev), ale i volby v rámci profesionálních komor, volby mediálních rad atd. Tento výklad ale neodpovídá zámeru ústavodárce a je spjat s výkladem pojmu „volební“ zákon (např. též zákon o vysokých školách, zákony o profesních komorách, společenstevní předpisy). Je spíš spjat se zákonem, který se speciálně věnuje volbám, čemuž dříve daleko přesněji odpovídal pojem „volební řád“. Takový řád je po výtce procesním předpisem jako např. správní řád, občanský soudní řád apod.,<sup>30</sup>

- v poněkud užším smyslu by to mohl být jen zákon, který upravuje volby orgánů, kterým se svěřuje výkon veřejné moci, přičemž na jejich ustavení se přímo podílejí ti, jichž se výkon veřejné moci týká (členové komor, akademické obce, územní společenství občanů, státní lid),
- Senát a část poslanců<sup>31</sup> tento pojem chápou jako volební zákon pro sněmovny Parlamentu (čl. 15 odst. 2) a zastupitelstva (čl. 102 odst. 1 Ústavy ČR), nyní i pro volby do Evropského parlamentu. Takto jej chápe Senát, i když v čl. 102 se výslovně o volebním zákoně nehovoří a zákon o volbách do Evropského parlamentu ústavní předpisy vůbec neznačí (nespadá ani pod čl. 2 odst. 1, ani pod čl. 8 Ústavy ČR),<sup>32</sup>
- jako výlučně volební zákon pro sněmovny, což by plynulo z gramatického („zákon“), historického (viz sub 2) a systematického výkladu (argument *noscitur a sociis*) s přihlédnutím k ostatním souvisejícím ustanovením Ústavy ČR. Tento výklad by byl založen na čl. 2 odst. 1 Ústavy ČR, kde se hovoří o lidu jako zdroji veškeré státní moci, přičemž lid je reprezentován jím volenými komorami Parlamentu. Problematika územní samosprávy je však upravena až v čl. 8 a zaručuje právo na samosprávu územním společenstvím občanů, což je něco jiného,
- jako pouhou úpravu voleb do Senátu. Pro poslední možnost hovoří výslovné vyčlenění jednacího řádu Senátu a pominutí jednacího řádu Poslanecké sněmovny, ačkoli jsme výše viděli, že záměr byl poněkud jiný. Zvolené řešení by

<sup>27</sup> I tento obrat je však nutno chápat z hlediska obsahového, jak potvrdil náleží Ústavního soudu č. 95/2002 Sb.

<sup>28</sup> Věcný záměr projednala Legislativní rada vlády již v září 2004. Nejde jen o otázky hmotněprávního charakteru kodexů. Jde o to, že volební zákony jsou ve skutečnosti „volebními řády“, jak se to dříve i u nás správně označovalo.

<sup>29</sup> Bohužel autoři textu si evidentně nevzpomněli na problémy, které obdobně vznikaly v souvislosti s přijímáním zákonů, na které se měl ve Sněmovně národů podle čl. 42 úst. zákona o čs. federaci vztahovat zákaz majorizace.

<sup>30</sup> Náš s.f.s. je v tomto směru vybočením, neboť zahrnuje i problematiku organizace správních soudů. Z časových důvodů šlo o pragmatické řešení.

<sup>31</sup> V daném případě však není jasné, zda takto poslanci argumentují jen proto, že v tom vidí nejjednodušší cestu, jak se zbavit pro ně obsahově nepřijatelného zákona o střetu zájmů.

<sup>32</sup> Zatím se nikdo uspokojivě neodpověděl na otázku, zda volba 24 poslanců za ČR je výkonem státní moci. Podle mého názoru nikoli, neboť by takový závěr odporoval čl. 2 odst. 1 Ústavy ČR, kde je zjevně lid chápán jako společenství státních občanů, nikoli též občanů jiných členských států Evropské unie.

bylo v souladu se zamýšlenou superioritou Poslanecké sněmovny a s čl. 107 odst. 1 Ústavy ČR, který předpokládá samostatný volební zákon pro Senát.

Z nabízených možností výkladu pojmu „volební zákon“ vyplývá, že se jím rozumí zákon, s jehož vydáním počítá čl. 20 Ústavy ČR, a v tomto kontextu dále čl. 2 odst. 1, čl. 17 až 20, čl. 33 odst. 2 a čl. 40 Ústavy ČR. Jednalo by se proto o zákon, který upraví volby do obou komor Parlamentu ČR, tedy nikoli o zákon podle čl. 107 odst. 1 Ústavy ČR. Svědčí proto jednak systematický výklad (jazykový nevede k jednoznačnému závěru), jednak historický výklad (*occasio constitutionis*) za pomoci přípravných materiálů k ústavě, jak bylo uvedeno sub 2. V této souvislosti třeba zdůraznit, že o volebních zákonech do obou komor návrh hovořil v čl. 40, nikoli v čl. 20 Ústavy ČR. V souvislosti s čl. 20 přitom nikdo nepochybuje, že se jedná o úpravu voleb do Parlamentu, nikoli do zastupitelstev.

Volební zákon (*argument noscitur a sociis*) je upraven v rámci problematiky parlamentního práva. Proto nezahrnuje pojem volebního zákona (zákonů) pro volby do zastupitelstev jako orgánů územní samosprávy, tedy nestátní složky veřejné moci. Ústava ČR se snaží státní moc a veřejnou moc v úzkém smyslu důsledně rozlišovat. Systematickým výkladem tak by bylo možno dovodit, že úprava voleb do zastupitelstev je předmětem až čl. 102 Ústavy ČR, který ani výslovně volební zákon nezmiňuje. Není proto vyloučeno, aby volby do zastupitelstev byly alespoň zčásti upraveny např. v obecním zřízení. Ústava ČR tak zná volební zákon pouze v čl. 40 Ústavy ČR jako tzv. souhlasný či dohodovaný zákon a v čl. 107 odst. 1 Ústavy ČR. Pouze v prvním případě je třeba dohody.

To, že se jedná o volby proto ještě nutně neznamená, že je třeba souhlasu obou komor. Toho je třeba pouze v případech, kdy se jedná o ustavení, organizaci a pravidla činnosti komor Parlamentu ve vzájemném vztahu (tzv. stykový zákon) nebo o ochranu jedné komory vůči druhé, tj. Senátu vůči silnější Poslanecké sněmovně (jednací řád Senátu) nebo Poslanecké sněmovny před nerozpuštělným Senátem, který je v takové situaci jediným zákonodárcem („volební zákon“ – rozuměj do obou komor). Lze pro to argumentovat následujícím způsobem.

V čl. 40 Ústavy ČR se pojem volebního zákona neupřesňuje z hlediska toho, zda se nemůže týkat jen voleb do Senátu. To by naznačoval obdobný výklad z hlediska reglementových pravidel, kdy jednací řád Poslanecké sněmovny schvaluje Poslanecká sněmovna podle obecných pravidel, zatímco jednací řád Senátu musí být schválen i Senátem, který v tomto případě nemůže být přehlasován. Pro poslední možnost hovoří výslovné vyčlenění jednacího řádu Senátu a prominutí

jednacího řádu Poslanecké sněmovny, což je v souladu se zamýšlenou superioritou Poslanecké sněmovny a s čl. 107 odst. 1 Ústavy ČR, který předpokládá samostatný volební zákon pro Senát. To ale lze vázat jen na Prozatímní senát, jak to plyne z umístění v přechodných ustanoveních. Ovšem bylo by nelogické, aby se předpokládal souhlas Senátu s přijetím volebního zákona pro Prozatímní Senát, neboť k takové situaci mohlo dojít jen v případě, že v té době žádný Senát, tedy ani Prozatímní zatím neexistoval. Poslední nejužší výklad z tohoto hlediska proto padá.

Plyne to i z uvedení pojmu „volební zákon“ v čl. 33 odst. 2 Ústavy ČR. Účelem tohoto ustanovení je znemožnit změny volebního zákonodárství v době, kdy je Poslanecká sněmovna rozpuštěna.<sup>33</sup> Protože naše Ústava neobsahuje zákaz změn volebního zákonodárství v době po vyhlášení voleb, je takto chráněna Poslanecká sněmovna. Značí to, že Senát může v době rozpuštění Poslanecké sněmovny v případě splnění dalších podmínek (což je málo pravděpodobné a dokazuje to zde hájený výklad) přijímat zákony, které se týkají voleb do zastupitelstev územních samosprávných celků, nemůže však měnit podmínky ustanovení Poslanecké sněmovny. Nic z Ústavy ČR neumožňuje vyvodit fikci, že v takovém případě není souhlasu (nikoli *ratihabice*) Poslanecké sněmovny třeba.

Pokud by někdo namítal, že jiné otázky tzv. dohodovaných zákonů, tj. jednací řád Senátu a stykový zákon, v čl. 33 odst. 2 Ústavy ČR zmíněny nejsou, tak je třeba uvést, že to prostě nebylo nutné. Oba dva zákony mohou být Poslaneckou sněmovnou odklizeny na její první schůzi, takže do postavení Poslanecké sněmovny nemůže být (na rozdíl od jejich voleb) zasaženo. V případě stykového zákona by úprava zákonným opatřením Senátu neměla ani smysl, neboť upravovat vztah Senátu k dosud nezvolené Poslanecké sněmovně je v podstatě bez významu když nejde o neodkladnou záležitost.

Pokud jde o jednací řád Senátu, který je z výlučky předmětu zákonných opatření vyňat, nevidím naopak důvod, proč by Senát nemohl upravovat v případě neodkladné záležitosti svá pravidla i zákonným opatřením nad rámec vnitrosenátních usnesení, ke kterým je zmocněn v § 1 odst. 2 svého jednacího řádu. Jinak by se mohl v důsledku chybějící Poslanecké sněmovny dostat do patové situace. Možnosti zbylého zákonodárského orgánu proto třeba zajistit, aby nezůstal ve stavu *ex lex*. Samozřejmě nově ustavená Poslanecká sněmovna by mohla v důsledku své ústavní superiority takové změny z jednacího řádu Senátu dodatečně odstranit. I tento výklad proto snese kritiku.

Teleologický výklad též spíše vede k závěru, že smyslem čl. 40 Ústavy ČR je úprava základních otázek parlamentního práva, které tradičně zahrnuje otázky konstituování komor parlamentů, pravidla jejich čin-

<sup>33</sup> Souhlasně autoři vládního návrhu textu Ústavy ČR v komentáři HENDRYCH, D., SVOBODA, C. a kol.: Ústava České republiky. Komentář. Praha 1997, s. 50.

nosti, právní status jejich člena, jejich sídlo a další spojené otázky.<sup>34</sup> Tomu nasvědčují i formulace dnešního čl. 20 Ústavy ČR v návrzích, které připravovala vládní komise pro přípravu Ústavy ČR.

Problematika konstituování a fungování veřejné moci v podobě územních samospráv neměla být předmětem úpravy čl. 40 Ústavy ČR, a žádným z uvedených výkladů mimo izolovaného jazykového, to ani nelze dost dobře dovodit. Jazykový výklad ovšem vede k závěru, že se jedná o jakýkoli zákon upravující volby, což je výklad, který nelze jinak uznat za odpovídající podmínkám přijetí Ústavy ČR. Většina slov je mnohoznačných, proto je nutno vykládat je vždy v kontextu „textu“ a okolností, za kterých byla do ústavy vložena. V případě čl. 40 došlo k jeho obrogaci cestou čl. 6 ústavního zákona č. 515/2002 Sb. o referendu o přistoupení České republiky k Evropské unii a o změně ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů. Tato obrogace nijak nezměnila smysl dosavadního čl. 40 Ústavy ČR.<sup>35</sup>

Tento výklad se proto omezuje na pojetí volebního zákona jako řádu pro vznik orgánu zákonodárné moci České republiky, tedy Parlamentu. Protože ostatní zákony o volbách do jiných orgánů nemají bezprostřední vliv na vznik Parlamentu a vzájemné vztahy jeho sněmoven, jsou z procedury čl. 40 vyňaty. Čl. 40 Ústavy ČR by v tomto pojetí představoval výjimku z obecného pravidla, kterou podle obecné zásady nelze vykládat rozšiřujícím způsobem.

Pokud by šlo o pojem „volební zákon“ obecně,<sup>36</sup> mimo kontext, jistě by nebylo třeba výše uvedených složitých výkladů. Ústava ČR však byla připravena z hlediska výrazného omezování postavení Senátu. Z hlediska okolností přípravy, systematického výkladu a teleologického výkladu proto vše svědčí více závěru, že se jedná pouze o volební zákon pro volby Poslanecké sněmovny a Senátu, nikoli již krajských a obecních zastupitelstev nebo do Evropského parlamentu, a už vůbec ne do jiných orgánů veřejné moci. Jednoznačná porážka tzv. regionální varianty Senátu v rámci přípravných prací tomu rovněž nasvědčuje.

## 5. ARGUMENTACE VE PROSPĚCH EXTENZIVNÍHO VÝKLADU POJMU „VOLEBNÍ ZÁKON“

Samozřejmě by nebylo korektní pominout i hlasy zastánců názoru, že je tím třeba rozumět všechny volební zákony, neboť je třeba se držet obsahu zákona, nikoli jeho nadpisu. Tento závěr nikterak neodporuje tomu, co bylo uvedeno výše.<sup>37</sup> Je přirozené, že nelze dopustit, aby změnou nadpisu zákona bylo možno obejít předepsanou proceduru. Problém bude pochopitelně v tom, že materiální pojetí tohoto pojmu by vedlo k častým sporům obou komor. V takovém případě by mohl být volebním zákonem v tomto smyslu např. i trestní zákon, který na několika místech rovněž upravuje problematiku voleb, nehledě na takové předpisy, jako jsou občanský zákoník, zákon o ochraně osobních údajů, zákon o evidenci obyvatel, občanský soudní řád, soudní řád správní, jednací řády obou sněmoven a další zákony, které se vztahují pouze k volbám zastupitelských sborů. Proto je nutno znovu i zde hledat hranice, i když z hlediska přístupu v opačném směru. Sub 2–4 šlo to, z čeho třeba vyjít, zde jde o určení, kde je třeba se zastavit a kde už nelze dál jít.

Argumentaci ve prospěch pojetí, podle kterého jde o výše uvedené čtyři volební zákony nejpřehledněji předložil J. Kysela.<sup>38</sup> Nepochybuji o tom, že tento autor by svou argumentaci po několika letech dále rozšířil a odstranil některé slabiny, které se v jeho pokusu o jazykový, systematický, historický a teleologický výklad pojmu „volební zákon“ objevují. Polemika (částečná) s touto argumentací by si vyžádala především její shrnutí, což přesahuje možnosti tohoto příspěvku. Proto jen uvádím, že s ohledem na postupující decentralizaci mají i volební zákony do zastupitelstev zásadní význam. Takových zákonů by se ovšem dala uvést celá řada, přesto však byly do čl. 40 zařazeny pouze tyto tři, která spolu vzájemně souvisejí, ačkoli návrhů na doplnění čl. 40 se objevila celá řada.<sup>39</sup> Klíčových zákonů (často se hovoří o organických zákonech) je daleko více,<sup>40</sup> nicméně tato koncepce dosud v čl. 40 Ústavy ČR vyjádřena není. Její přijetí by znamenalo změnu

<sup>34</sup> Tak již PIERRE, E.: *Traité de Droit Politique Electoral et Parlementaire*. Paris 1919, s. 1595–1629. Již před ním v 19. století E. MAY: *Parliamentary Practice* a v novější době např. N. ACHTERBERG: *Parlamentsrecht*. Tübingen 1984.

<sup>35</sup> Tvrdím, že tím, že obě komory mají prvořadě samy tyto otázky rozhodovat. Pokud to ale dají ze svých rukou, je třeba zachovat jejich rovnoprávný vliv na úpravu postupu referenda, neboť jinak by rozhodovaly rovnoprávně komory samy.

<sup>36</sup> Je možno tvrdit, že čl. 40 je procesním, nikoli kompetenčním ustanovením. Parlament může přijmout jakýkoli zákon obecně, není proto jej třeba zmocňovat k přijetí nějakého speciálního zákona.

<sup>37</sup> Konečně toto pojetí zdůraznil i Ústavní soud v nálezu č. 95/2002 Sb. z hlediska materiální pojetí zákona o státním rozpočtu, pod kterým nechápe pouze jednou ročně přijímaný rozpočtový zákon. Problém z hlediska argumentace v tomto případě ale je, že zákon „o státním rozpočtu“ nelze nikterak zaměnit např. s rozpočtovými pravidly nebo úpravou rozpočtů územních samosprávných celků nebo s jejich rozpočty. Na druhé straně je třeba poukázat na řadu rozhodnutí Ústavního soudu, zejména na nález III. ÚS 2888/04, kde byl proveden výklad pojmu „reestace“ ve vazbě na účel přijetí, nikoli ve vazbě na obecný význam slova (anglický právník by řekl, že přednost dostalo pravidlo „*mischief rule*“ před „*plain meaning rule*“).

<sup>38</sup> KYSELA, J.: *Volební zákony*. Parlamentní zpravodaj, roč. 2001, č. 2, s. 31–32.

<sup>39</sup> Např. poslední vládní návrh na změnu čl. 40 Ústavy ČR (Tisk č. 349, PS 4. vol. období) výslovně uvádí čtyři zákony o volbách zastupitelských sborů, dále zákon o volbách prezidenta, zákon o provádění referenda a zákon o Ústavním soudu.

<sup>40</sup> O určitý výčet jsem se pokusil v práci *Deset let Ústavy ČR* (sub 16), s. 36.

schématu vztahů Poslanecké sněmovny a Senátu, k čemuž zatím není dost ochoty.<sup>41</sup>

Často zmiňovaný argument přípravy volebního kodexu jako jednotné úpravy volebního práva popravdě žádný argument nepředstavuje.<sup>42</sup> Smyslem čl. 40 Ústavy ČR není zákaz společné úpravy voleb, nýbrž jen ochrana a vzájemná kontrola obou složek zákonodárné moci. Jde o problematiku známou z dob federace, kdy se rovněž vedly spory ohledně návrhů zákonů, které byly „zavírovány“ vložení úpravy, na kterou se vztahoval zákaz majorizace ve Sněmovně národů.

Konečně třeba znovu uvést, že se nejednalo o zcela nový postup Poslanecké sněmovny. Naopak ta trvale zastávala názor, že jde pouze o zákon o volbách do Parlamentu. V této souvislosti vzniká zajímavá otázka, kterou prezident republiky ve svém vrácení zákona postavil – totiž významu ústavních zvyklostí při výkladu ústavy.<sup>43</sup> V daném případě však obě komory trvale zastávaly opačný názor takže o ústavní zvyklosti nelze hovořit.

## 6. DŮSLEDKY NÁLEZU ÚSTAVNÍHO SOUDU

Nepovažují za rozhodující, zda Ústavní soud dá přednost originalismu nebo snaze o rozšíření vlivu Senátu, což osobně rovněž podporuji, byť ne za cenu tohoto postupu. To nejdůležitější bude, aby nálezh odstranil i příští spory, což bude velmi obtížné. V okamžiku, kdy se shodneme, že jde o obsahové pojetí (a to tvrdí zastánci obou názorů), vždy se dostaneme do výkladových potíží. V případě formy zákona je věc jasná.<sup>44</sup> Co je to ústavní zákon, to pozná každý. Stejně tak pozná, co je zákon. Co je ale volební zákon nebo např. zákon o působnosti vyšších územních samosprávních celků,<sup>45</sup> to už tak snadné určit není. Platí to zejména u nás, kde v jednom zákoně nalezneme řadu novelizací i zcela nesouvisajících jiných zákonů. Není třeba složitých úvah, stačí se zamyslet nad tím, proč se objevuje v zákoně o ochraně proti hluku ustanovení

vylučují převádění nemocnic na obchodní společnosti, proč je v zákoně o státním dluhopisovém programu na úhradu závazků plynoucích ze Smlouvy mezi vládou České republiky, vládou Slovenské republiky a vládou Spolkové republiky Německo o ukončení vzájemného zúčtovacího styku v převoditelných rublech upravena otázka financování politických stran, proč je v novele zákona o nakládání se surovými diamanty, o podmínkách jejich dovozu, vývozu a tranzitu, zcela nesouvisající úprava veřejných zakázek (koncese na stavební práce) nebo světe div se, proč nalezneme v návrhu zákona, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím správního řádu samotný text správního řádu, tedy zákona, na jehož schválení tento zákon svou existencí závisí.

V tomhle prostředí se bude uspokojivé řešení hledat velice obtížně. Jediné, co nás může uklidnit je, že zřejmě ani jedním řešením se nic nepokazí. V prvním případě zůstane v platnosti novelizovaný zákon, který bude platit do doby, než vláda prosadí své připravované řešení. V opačném případě vznikne problém co s mandáty těch zastupitelů (např. ředitelů škol, muzeí, obecních strážníků apod.), kteří se již svého mandátu vzdaly a na jejich místa nastoupili náhradníci, nehledě na to, že se otevře řada možností, jak spory posunout alespoň takto vliv Senátu.

V daném případě proto nejde o otázku sympatií k té či oné sněmovně, nýbrž o to, jak se stavět k výkladu Ústavy ČR. Chápu, že řadu lidí budou složitosti výkladu jim zcela jasného pojmu volebního zákona iritovat. Věc je ale jednoduchá jen na první pohled, při domýšlení je daleko složitější. Úroveň přípravy Ústavy ČR na tom rovněž nese značnou vinu. V případě, že Ústavní soud vyloží pojem volebního zákona tak, jak byl původně zamýšlen, bude postupovat podle všech regulí výkladu *lege artis*. Pokud jej vyloží extenzivně, bude to mít výhodu v tom, že zvýší úroveň ochrany předpisů volebního práva a ztlmí jejich změnu. Možnost vzniku dalších sporů v této oblasti však v důsledku nízké legislativní kultury nebude nadále odstraněna.

Jediné spolehlivé řešení, které existuje, je odstra-

<sup>41</sup> Stačí připomenout odmítnutí návrhu ústavního zákona (Tisk č. 208, PS 4. vol. období), který Senát sněmovně vrátil doplněný o novelizaci čl. 40. Poslanecká sněmovna proto celý návrh zamítla, ačkoli se tím dostala úprava soudnictví opět do rozporu s nálezem č. 349/2002 Sb.

<sup>42</sup> Pokud se podívají do věcného záměru volebního kodexu, zjistí, že je tam obsažena i úprava celostátního referenda, a to si dovolím tvrdit, s volbami nic společného (kromě organizace) nemá.

<sup>43</sup> Tuto okolnost konečně zdůraznil již Ústavní soud v kompetenčním sporu o jmenování členů Bankovní rady ČNB v nálezu č. 285/2001 Sb., kde se opřel mimo jiné o právě o ústavní zvyklost, když konstatoval, že výklad čl. 62 Ústavy byl respektován a praktikován od roku 1993 nepřetržitě až do debat o novele zákona o ČNB v roce 2000. „Tato interpretace byla tak potvrzována i postupně se vyvíjející ústavní zvyklostí. Je známo, že ústavní zvyklosti, konvence mají v ústavním státě velký význam právě tím, že komponují ústavu do funkčního celku a zaplňují prostor mezi strohým vyjádřením ústavních principů a variabilitou ústavních situací. V demokratickém právním státě je sotva představitelné, aby interpretace ústavy a jí odpovídající ústavní zvyklosti respektované a nenapadené po celou dobu od jejího vzniku byly její účelovou dezinterpretací zpochybněny a s nimi i celá dosavadní praxe včetně řady rozhodnutí, jež nebyla dosud nikdy napadena.“

<sup>44</sup> Je proto smutné, když se zcela vážně argumentuje tím, že ústava používá obrat „zákon“, a ne zákony. Tady přece jde o formu, kdežto v našem případě o obsah.

<sup>45</sup> Tento návrh se objevil v senátním tisku č. 84 ve 2. funkčním období Senátu.

nit zdroj problémů, tj. vypustit z čl. 40 Ústavy ČR tento nešťastný obrat. To ale není možné. Lze-li reálně toto ustanovení změnit, tak jedině ve směru jeho

rozšíření. Na zúžení svých i tak omezených možností Senát nikdy nepřistoupí. To mu zajišťuje naštěstí zcela nesporné ustanovení čl. 39 odst. 4 Ústavy ČR.

## K obchodním závazkovým vztahům

Ke smluvnímu obchodnímu právu

### 2. část

Karel Marek\*

### 3. PRAMENY A PRAVIDLA OBCHODNÍHO PRÁVA

Praktické zkušenosti při realizaci stále ukazují, že jsou ve svém souhrnu vnímána jako složitá ta ustanovení obchodního zákoníku, která určují, čím se mají smlouvy v obchodně závazkových vztazích řídit a v jakém pořadí.

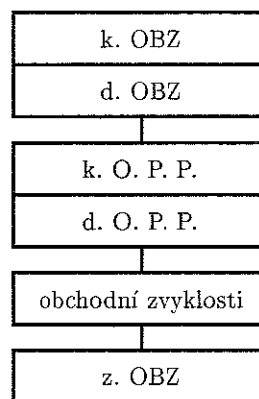
Abychom přispěli k orientaci v této problematice, pokusili jsme se o grafické znázornění, navazujeme tak na naše dřívější snažení v tomto směru.

Vycházíme přitom postupně z ustanovení obchodního zákoníku, konkrétně z § 1 odst. 2, který platí obecně, § 261 odst. 6 a odst. 7, § 263, § 264, které platí pro „závazkové vztahy“, § 273 a § 274, které platí pro „smlouvy“.

Obchodní zákoník v § 1 stanoví, že upravuje postavení podnikatelů, obchodní závazkové vztahy, jakož i některé jiné vztahy s podnikáním související. Tyto vztahy se říjí obchodním zákoníkem. Nelze-li některé otázky řešit podle těchto ustanovení, řeší se podle předpisů práva občanského. Nelze-li je řešit ani podle těchto předpisů, posoudí se podle obchodních zvyklostí, a není-li jich, podle zásad, na kterých spočívá obch. zákoník. Výše uvedené znázorňuje „Schéma 1“.

Schéma 1

K ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku



Legenda ke schématu 1:

- k. OBZ – kognitivní ustanovení obchodního zákoníku, od nichž se nemohou strany odchýlit
- d. OBZ – dispozitivní ustanovení obchodního zákoníku; platí, pokud smlouva nestanoví jinak
- k. O.P.P. – kognitivní ustanovení občanskoprávních předpisů
- d. O.P.P. – dispozitivní ustanovení občanskoprávních předpisů
- z. OBZ – zásady obchodního zákoníku

\* Doc. JUDr. Karel Marek, CSc., Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

## Poznámky ke schématu 1:

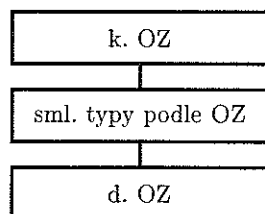
1. Viz však též ustanovení § 756 obchodního zákoníku, které schéma nezahrnuje, ale je třeba s ním počítat.

2. Ve třetí části obchodního zákoníku jsou v ustanovení § 263 zásadně specifikována kogentní ustanovení této části; v jiných částech obchodního zákoníku, ani v občanském zákoníku či jiných občanskoprávních předpisech taková specifikace kogentních ustanovení (jako je v § 263 obchodního zákoníku) zásadně není.

Dále uvádíme ustanovení § 261 odst. 6 obchodního zákoníku. Zde bylo ve znění platném do harmonizační novely obchodního zákoníku (tj. do 31. 12. 2000) určeno, že smlouvy mezi osobami uvedenými v odst. 1 a 2 § 261, které nejsou upraveny v hlavě II této části zákona (tedy ve „Zvláštních ustanoveních o některých obchodních závazkových vztazích“) a jsou upraveny jako smluvní typ v občanském zákoníku, se řídí pouze ustanoveními občanského zákoníku. Tento vztah znázorňuje „Schéma 2“.

Schéma 2

K ustanovení § 261 odst. 6 obchodního zákoníku



## Legenda ke schématu 2:

- k. OZ – kogentní ustanovení občanského zákoníku  
 sml. typy podle OZ – smlouvy, které jsou upraveny jako smluvní typ v občanském zákoníku  
 d. OZ – dispozitivní ustanovení občanského zákoníku

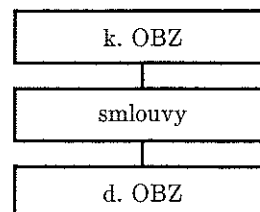
Pozn.: „Schéma 2“ vyjadřuje po tzv. technické novele (provedené zákonem č. 501/2001 Sb.) zjednodušeně vztah vyjádřený v § 261 odst. 7. Toto ustanovení totiž určuje, že se pojistná smlouva řídí občanským zákoníkem a zvláštními předpisy.

Zásada smluvní volnosti je přitom vyjádřena v ustanovení § 263 obchodního zákoníku. Strany se mohou odchýlit od ustanovení této části zákona nebo

její jednotlivá ustanovení vyloučit s výjimkou kogentních ustanovení zde uvedených. Tuto zásadu znázorňuje „Schéma 3“.

Schéma 3

K ustanovení § 263 obchodního zákoníku



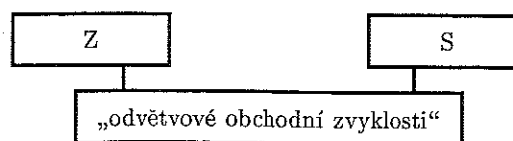
## Legenda ke schématu 3:

- k. OBZ – kogentní ustanovení obchodního zákoníku (pro obchodní závazkové vztahy se zásadně vychází z § 263), viz pozn. ke schématu 1  
 smlouvy – smluvní typy (tzu. pojmenované smlouvy) podle obchodního zákoníku (na něž se použijí ustanovení upravující jednotlivé smluvní typy – viz § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) a inominátní smlouvy podle obchodního zákoníku (viz § 269 odst. 2 obchodního zákoníku)  
 d. OBZ – dispozitivní ustanovení obchodního zákoníku

Navazujícím na § 263 je ustanovení § 264 odst. 1 obchodního zákoníku. Stanoví, že při určení práv a povinností ze závazkového vztahu se přihlíží i k obchodním zvyklostem zachovávaným obecně v příslušném obchodním odvětví, pokud nejsou v rozporu s obsahem smlouvy nebo se zákonem. Vztah zákona a smlouvy k „odvětvovým“ obchodním zvyklostem znázorňuje „Schéma 4“.

Schéma 4

K ustanovení § 264 odst. 1 obchodního zákoníku



## Legenda ke schématu 4:

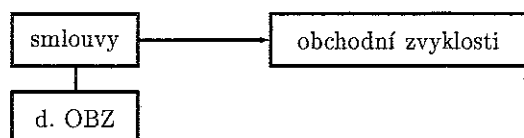
Z – zákon

S – smlouva

Odstavec 2 § 264 obchodního zákoníku pak praví, že obchodní zvyklosti, ke kterým se má přihlížet podle smlouvy, se použijí před těmi ustanoveními obchodního zákoníku, jež nemají donucovací povahu. Toto ustanovení znázorňuje „Schéma 5“ (viz též ustanovení § 730 obchodního zákoníku).

## Schéma 5

K ustanovení § 264 odst. 2 obchodního zákoníku



## Legenda ke schématu 5:

smlouvy – smluvní typy (tzv. pojmenované smlouvy) podle obchodního zákoníku (na něž se použijí ustanovení upravující jednotlivé smluvní typy – viz § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) a inominátní smlouvy podle obchodního zákoníku (viz § 269 odst. 2 obchodního zákoníku)

d. OBZ – dispozitivní ustanovení obchodního zákoníku

Jak určuje ustanovení § 273 odst. 1 obchodního zákoníku, část obsahu smlouvy lze určit také odkazem na všeobecné obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi nebo odkazem na jiné obchodní podmínky, jež jsou stranám uzavírajícím smlouvu známé nebo k návrhu přiložené. (Odchylná ujednání ve smlouvě mají přednost před zněním obchodních podmínek – viz ustanovení § 273 odst. 2 obchodního zákoníku.) To znázorňuje „Schéma 6“.

## Schéma 6

K ustanovení § 273 odst. 1 obchodního zákoníku



## Legenda ke schématu 6:

smlouvy – smluvní typy (tzv. pojmenované smlouvy) podle obchodního zákoníku (na něž se použijí ustanovení upravující jednotlivé smluvní typy – viz § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) a inominátní smlouvy podle obchodního zákoníku (viz § 269 odst. 2 obchodního zákoníku)

Další z dílčích zobrazení vychází pak ustanovení § 274 obchodního zákoníku. Použijí-li strany ve smlouvě některé z doložek upravených v užívaných vykládacích pravidlech, má se za to, že strany zamýšlely dosáhnout touto doložkou právních účinků stanovených vykládacími pravidly, na něž se strany ve smlouvě odvolaly, jinak vykládacími pravidly, která s přihlédnutím k povaze smlouvy se obvykle používají. To zjednodušeně znázorňuje „Schéma 7“.

## Schéma 7

K ustanovení § 274 obchodního zákoníku



## Legenda ke schématu 7:

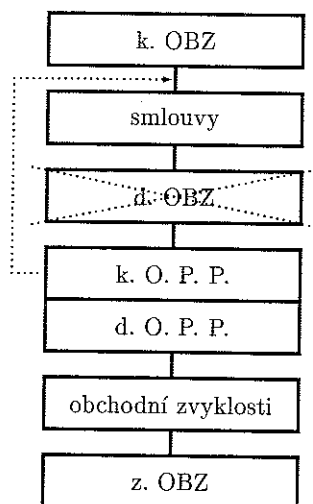
smlouvy – smluvní typy (tzv. pojmenované smlouvy) podle obchodního zákoníku (na něž se použijí ustanovení upravující jednotlivé smluvní typy – viz § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) a inominátní smlouvy podle obchodního zákoníku (viz § 269 odst. 2 obchodního zákoníku)

Po grafickém znázornění těchto vztahů můžeme přistoupit k jejich syntéze.

Nejprve se nám jeví vhodné spojit „Schéma 1“ a „Schéma 3“ tak, že místo zobrazeného obchodního zákoníku doplníme vztah kogentních ustanovení obchodního zákoníku, smlouvy a dispozitivních ustanovení obchodního zákoníku – viz dále „Schéma 8“.

Schéma 8

Navazující na schéma 1 a 3



Legenda ke schématu 8:

- k. OBZ* – kogentní ustanovení obchodního zákoníku, od nichž se nemohou strany odchýlit (pro obchodní závazkové vztahy se zásadně vychází z § 263)
- smlouvy* – smluvní typy (tzu. pojmenované smlouvy) podle obchodního zákoníku (na něž se použijí ustanovení upravující jednotlivé smluvní typy – viz § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) a inominátní smlouvy podle obchodního zákoníku (viz § 269 odst. 2 obchodního zákoníku)
- d. OBZ* – dispozitivní ustanovení obchodního zákoníku; platí pokud smlouva nestanoví jinak
- k. O.P.P.* – kogentní ustanovení občanskoprávních předpisů
- d. O.P.P.* – dispozitivní ustanovení občanskoprávních předpisů
- z. OBZ* – zásady obchodního zákoníku

Současně připomínáme, že pokud by některou otázkou neupravovalo dispozitivní ustanovení obchodního zákoníku, budou mít kogentní ustanovení občanskoprávních předpisů přednost před smlouvou. Tato

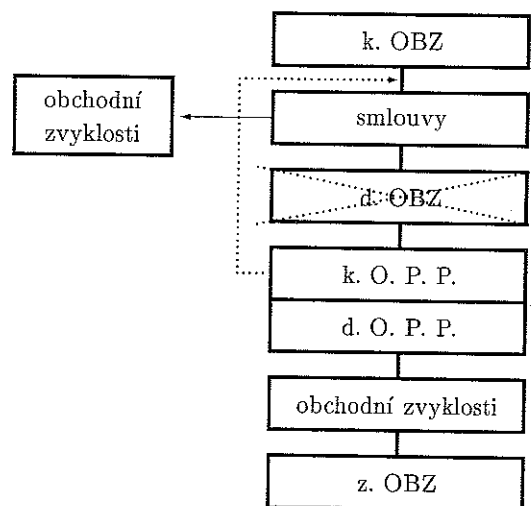
situace je ve „Schématu 8“ znázorněna slabou přerušovanou čarou.

Do tohoto zobrazení pak promítneme vztah vyjádřený ve „Schématu 4“ a „Schématu 5“.

Ke smlouvě tedy doplníme možnost odkazu na obchodní zvyklosti podle „Schématu 5“ a více nemusíme měnit (pokud „odvětvové obchodní zvyklosti“ považujeme za pojem, který je zahrnut v obchodních zvyklostech jako pojmu širším), neboť vyjádření skutečnosti, že zákon a smlouva mají přednost před obchodními zvyklostmi obecně (na které smlouva neodkazuje) již zachyceno máme. Výsledkem je „Schéma 9“.

Schéma 9

Navazující na schéma 8, 4 a 5



Legenda ke schématu 9:

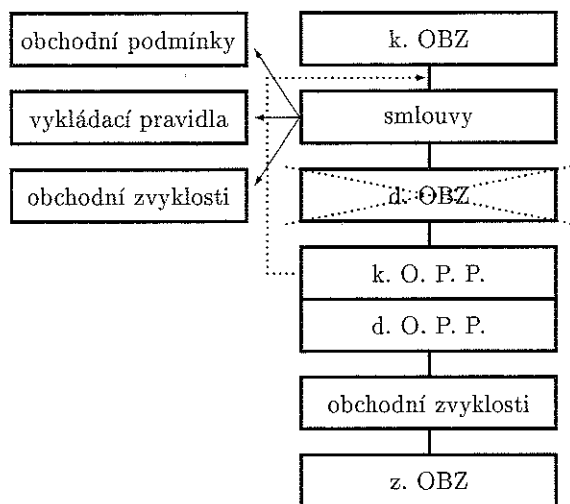
- k. OBZ* – kogentní ustanovení obchodního zákoníku, od nichž se nemohou strany odchýlit (pro obchodní závazkové vztahy se zásadně vychází z § 263)
- smlouvy* – smluvní typy (tzu. pojmenované smlouvy) podle obchodního zákoníku (na něž se použijí ustanovení upravující jednotlivé smluvní typy – viz § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) a inominátní smlouvy podle obchodního zákoníku (viz § 269 odst. 2 obchodního zákoníku)
- d. OBZ* – dispozitivní ustanovení obchodního zákoníku; platí pokud smlouva nestanoví jinak
- k. O.P.P.* – kogentní ustanovení občanskoprávních předpisů
- d. O.P.P.* – dispozitivní ustanovení občanskoprávních předpisů
- z. OBZ* – zásady obchodního zákoníku



Tak jako jsme doplnili vyjádření možnosti odkazu ve smlouvě na obchodní zvyklosti, doplníme i možnost odkazu na obchodní podmínky a vykládací pravidla (viz „Schéma 6“ a „Schéma 7“). Celý vztah pak znázorňuje „Schéma 10“.

Schéma 10

Navazující na schéma 9, 6 a 7



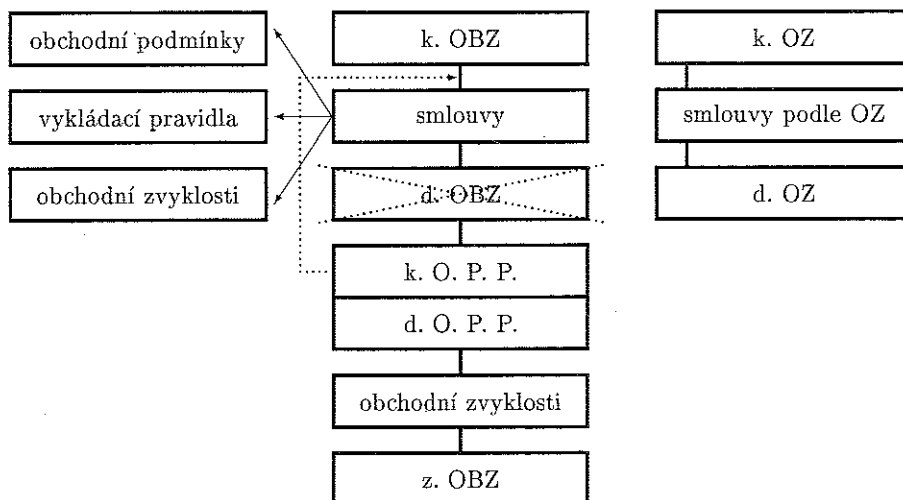
Legenda ke schématu 10:

- k. OBZ - kogentní ustanovení obchodního zákoníku, od nichž se nemohou strany odchýlit (pro obchodní závazkové vztahy se zásadně vychází z § 263)
- smlouvy - smluvní typy (tzu. pojmenované smlouvy) podle obchodního zákoníku (na něž se použijí ustanovení upravující jednotlivé smluvní typy - viz § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) a inominátní smlouvy podle obchodního zákoníku (viz § 269 odst. 2 obchodního zákoníku)
- d. OBZ - dispozitivní ustanovení obchodního zákoníku; platí pokud smlouva nestanoví jinak
- k. O.P.P. - kogentní ustanovení občanskoprávních předpisů
- d. O.P.P. - dispozitivní ustanovení občanskoprávních předpisů
- z. OBZ - zásady obchodního zákoníku

Pro přehlednost jsme řadili možnosti odkazů ve smlouvě na stejné místo a doplňujeme vyjádření provedené ve „Schématu 2“. Celé zobrazení je znázorněno ve „Schématu 11“.

Schéma 11

Navazující na schéma 10 a 2, vyjadřující uspořádání do 31. 12. 2000



## Legenda ke schématu 11:

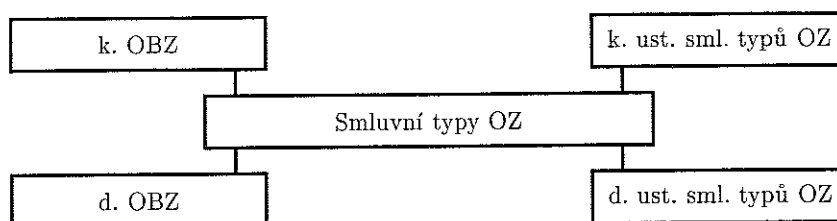
- k. OBZ – kogentní ustanovení obchodního zákoníku, od nichž se nemohou strany odchýlit (pro obchodní závazkové vztahy se zásadně vychází z § 263)
- smlouvy – smluvní typy (tzv. pojmenované smlouvy) podle obchodního zákoníku (na něž se použijí ustanovení upravující jednotlivé smluvní typy – viz § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) a inominátní smlouvy podle obchodního zákoníku (viz § 269 odst. 2 obchodního zákoníku)
- d. OBZ – dispozitivní ustanovení obchodního zákoníku; platí pokud smlouva nestanoví jinak
- k. O.P.P. – kogentní ustanovení občanskoprávních předpisů
- d. O.P.P. – dispozitivní ustanovení občanskoprávních předpisů
- z. OBZ – zásady obchodního zákoníku
- k. OZ – kogentní ustanovení občanského zákoníku
- smlouvy podle OZ – smlouvy, které jsou upraveny jako smluvní typ v občanském zákoníku
- d. OZ – dispozitivní ustanovení občanského zákoníku

Harmonizační novela (tzv. „druhá velká novela“) obchodního zákoníku mj. změnila i ustanovení § 261 odst. 6 obchodního zákoníku. První věta tohoto ustanovení se nahradila větou: „Smlouvy mezi osobami uvedenými v odst. 1 a 2 (pozn. K. M.: rozuměj v odstavcích § 261), které nejsou upraveny v hlavě II této

části zákona a jsou upraveny jako smluvní typ v občanském zákoníku, se řídí příslušnými ustanoveními o tomto smluvním typu v občanském zákoníku a obchodním zákoníkem.“ Za této situace je ovšem změněné „Schéma 2“.

## Schéma 2

(po harmonizační novele s účinností k 1. 1. 2001)

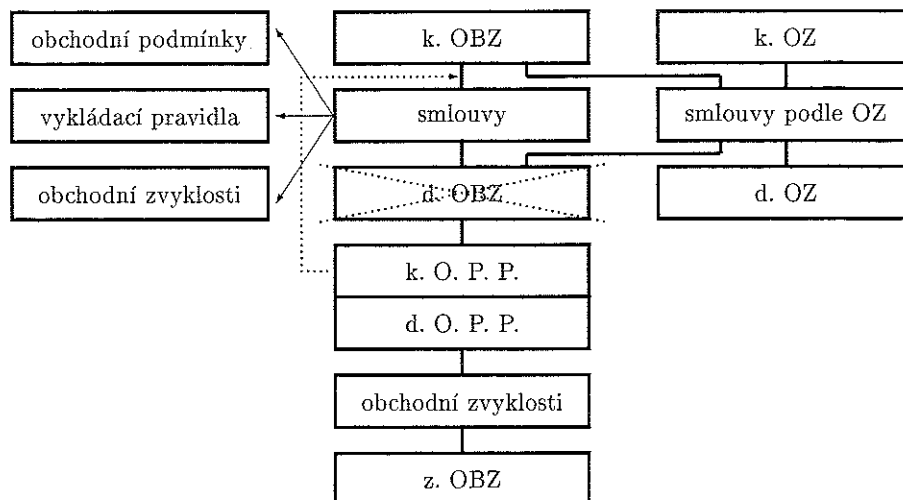


## Doplnění legendy ke schématu 2:

- k. ustanovení smluv. typů OZ – kogentní ustanovení smluvních typů občanského zákoníku
- d. ustanovení smluv. typů OZ – dispozitivní ustanovení smluvních typů občanského zákoníku

To ovšem změní i „Schéma 11“.

Schéma 11  
(po harmonizační novele)



Jsme si vědomi, že naše výsledné schéma nemůže zachytit celou složitost pramenů a pravidel obchodního práva stanovených obchodním zákoníkem a nutně vyjádřené vztahy zjednodušuje. Výhodou však může být přehlednost, která by mohla přispět k pochopení této základní otázky.

#### 4. K POJMOVÝM OTÁZKÁM

Po vydání obchodního zákoníku se obchodní závazkové vztahy členily v odborné literatuře vč. literatury komentářové na tzv. absolutní obchodní závazkové vztahy (s výčtem v § 261 odst. 3; tento výčet se však novelami měnil), relativní obchodní závazkové vztahy (za splnění podmínek § 261 odst. 1 a odst. 2), fakultativní obchodní závazkové vztahy (na základě dohody stran podle § 262 obchodního zákoníku) a absolutní neobchodní závazkové vztahy (neboli absolutní občanskoprávní vztahy podle § 261 odst. 6 obchodního zákoníku). Zkráceně (při vědomí nepřesnosti a při praktické potřebě stručného vyjádření) se hovořilo o tzv. absolutních obchodech, relativních obchodech, fakultativních obchodech a absolutních neobchodech.

Právní úprava se přitom změnila<sup>1</sup> a je otázkou, zda a jak tuto vžitou terminologii zachovat či korigovat.<sup>2</sup>

Tomuto tématu věnujeme následující řádky. Těmto otázkám se přitom již věnovalo odborné pojednání časopisecké<sup>3</sup> a reagovala i komentářová literatura.<sup>4</sup>

Velmi významnou změnou právní úpravy v této souvislosti je přitom provedená změna ustanovení § 262 obchodního zákoníku. Konkrétně jde o znění § 262 odst. 4. Původně přitom bylo ustanovení § 262 odst. 4 navrhováno v užší podobě a i u této podoby jsme se obávali složitosti.<sup>5</sup> Dnešní znění § 262 odst. 4 obchodního zákoníku přitom určuje:

Ve vztazích podle § 261 nebo podřízených obchodnímu zákoníku dohodou podle odstavce 1 se použijí, nevyplývá-li z tohoto zákona nebo ze zvláštních právních předpisů něco jiného, ustanovení této části na obě strany; ustanovení občanského zákoníku nebo zvláštních právních předpisů o spotřebitelských smlouvách, adhezních smlouvách, zneužívajících klauzulích a jiná ustanovení směřující k ochraně spotřebitele je však třeba použít vždy, je-li to ve prospěch smluvní strany, která není podnikatelem. Smluvní strana, která není podnikatelem, nese odpovědnost za porušení povinností z těchto vztahů podle občanského zákoníku a na její společné závazky se použijí ustanovení občanského zákoníku. (Slovenský obchodní zákoník dnes tuto právní úpravu neobsahuje.)

Interpretace ustanovení § 262 odst. 4 se přitom

<sup>1</sup> Měnila se pak vícekrát i na Slovensku, viz mj. MORAVČÍKOVÁ, A.: Novela Obchodného zákoníka, Slovenský profit, č. 15/1998, s. 195; PATAKYOVÁ, M., MORAVČÍKOVÁ, A.: Obchodný zákoník, Ekonomický a právny poradca podnikateľa, č. 5-6/2002, s. 3-406.

<sup>2</sup> Vycházíme ze MAREK, K.: K obchodním závazkovým vztahům, Právní rádce, č. 3/2004, s. 28-29.

<sup>3</sup> Viz BEJČEK, J.: Změny v typologii obchodních závazků, Obchodní právo č. 3/2003, s. 2-12.

<sup>4</sup> Srov. např. ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M.: Obchodní zákoník, 8. vydání, C.H.Beck Praha, 2003, s. 939-949, s předchozími vydáními; DĚDIČ, J. a kol.: Obchodní zákoník, komentář, díl. IV., Polygon Praha 2002, s. 3269-3278.

<sup>5</sup> K těmto otázkám viz PELIKÁNOVÁ, I.: Obchodní zákoník drcený novelami novel, Právní zpravodaj č. 3/2001, s. 1 a s. 4 a srov. MAREK, K.: Poznámka k článku Obchodní zákoník drcený novelami novel, Právní zpravodaj č. 4/2001, s. III-IV.

dnes nezdá být jednoduchou.<sup>6</sup> Jednou z otázek při dosavadním znění § 262 odst. 4 obchodního zákoníku nyní je, zda lze ještě pro vztahy upravené v ustanovení § 261 odst. 3 obchodního zákoníku, podle kterého se III. částí obchodního zákoníku řídí bez ohledu na povahu účastníků vztahy vyjmenované v tomto odstavci, používat pojem **absolutní obchody**.

Připomeňme, že dosud používaný pojem absolutní obchody nemohl snad vyjadřovat, že by se zde vyjmenované vztahy řídily jen obchodním zákoníkem. To by odporovalo mj. ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku. Pojem absolutní obchody chtěl podle našeho názoru vyjádřit, že vyjmenované vztahy budou absolutně, tj. bez splnění dalších podmínek, vždy obchodněprávní a nejprve se budou řídit zásadně obchodním zákoníkem. Vycházíme-li z ustanovení § 1 odst. 2, pak teprve, pokud některé otázky nelze řešit podle obchodněprávních ustanovení, se řeší podle předpisů práva občanského. Nelze-li je řešit podle těchto předpisů, posoudí se podle obchodních zvyklostí, a není-li jich, podle zásad, na kterých spočívá obchodní zákoník. Ustanovení § 262 odst. 4 tvoří ovšem průnik i do této úpravy. Na tom, že jde vždy o výchozí obchodněprávní vztahy (přestože např. „nepodnikatel“ ponese odpovědnost za porušení povinností podle občanského zákoníku a bude tato speciální úprava použita v této otázce na prvním místě) se však nic nemění. I nadále totiž platí § 261 odst. 3: „Touto částí (rozumějme III. částí – poznámka autora) zákona se řídí bez ohledu na povahu účastníků závazkové vztahy;“ a tyto vztahy jsou zde vyjmenované.

Za této situace nemůžeme zřejmě odsoudit ty, kteří budou nadále pojem „absolutní obchody“ používat. Ti, kteří tak budou činit, měli by však zřejmě upozornit (pokud to bude vzhledem k adresátům jejich působení vhodné, např. vzhledem ke studentům či při přednáškách pro veřejnost) na výše uvedené související úpravy zejména na § 1 odst. 2 a § 262 odst. 4). Kladem takového řešení může být zachování kontinuity dosavadní terminologie ve vztahu k dosavadním odborným článkům, komentářům apod. Rubem pak může být špatné pochopení pojmu ve vztahu k jiným úpravám než obchodněprávním, které i do „absolutních obchodů“, a to zejména podle § 262 odst. 4, pronikají.

Ocenit lze přitom a vážit si autorů při hledání pojmu nového, který by lépe vystihoval charakter vztahů upravených v ustanovení § 261 odst. 3. Takovým pohledem lze vidět návrhy pojmů „typové obchody“, „nominální obchody“ (či nominální obchody). Zřejmě však se ani nositelé této terminologie nevyhnou upozornění, že jde o vztahy dříve označované jako absolutní obchody (což je vhodné mj. pro vyhledávání v lexikonech apod.), přičemž označení mělo vyjádřit,

že jde o vztahy obchodněprávní jako o vztahy výchozí a je to určeno jejich uvedením v § 261 odst. 3 – jejich konkrétním vyjmenováním. Zatímco u relativních obchodů se musí, aby se jednalo o obchodní závazkové vztahy, naplnit podmínky stanovené v ustanovení § 261 odst. 1 nebo § 261 odst. 2 – v obchodním zákoníku není proveden výčet. Pokud by to pak bylo u určitých adresátů vhodné (např. u pracovníků podnikové sféry), lze je upozornit též, že nejde o pojmy k určení smluv a typové smlouvy jsou samozřejmě pojmem odlišným. Typové obchody a nominální obchody tvoří však v § 261 odst. 3 převážně vyjmenované smluvní typy a patří sem i další vyjmenované závazky, např. ze slibu odškodnění. I při této terminologické koncepci je nutno upozornit na průnik ustanovení § 262 odst. 4.

Bude přitom vhodné zdůraznit (zvláště při přednáškách nepravníků), že mezi „nominálními (resp. typovými)“ obchody nejsou však všechny smluvní typy, ale jen ty, které § 261 odst. 3 vyjmenovává.

Při použití nové terminologie pak nepůjde o možnost řazení pojmů stejné kategorie: absolutní (použití obchodního zákoníku je tu výchozí bez splnění podmínek) a relativní (při splnění podmínek).

Ať však už použijeme tradiční či navrhanou novou terminologii, zřejmě si to vyžádá alespoň poznámku k terminologii odlišné.

Ustanovení § 262 odst. 4 obchodního zákoníku je průnikem, resp. se promítá zásadně<sup>7</sup> do všech druhů obchodů (s výjimkou závazkových vztahů upravených podle § 261 odst. 7, které ovšem nejsou obchodněprávní, i když jsou upraveny v rámci § 261). Promítá se tedy i do **relativních obchodů**.

Relativní obchody, u kterých výchozí úprava je obchodněprávní při splnění stanovených podmínek, se obvykle člení podle vymezení provedených v ustanoveních § 261 odst. 1 a § 261 odst. 2 na:

- závazkové vztahy mezi podnikateli, jestliže při jejich vzniku je zřejmé s přihlédnutím k okolnostem, že se týkají jejich podnikatelské činnosti
- závazkové vztahy mezi státem (k tomuto účelu se za stát považují i státní organizace, jež nejsou podnikateli při uzavírání smluv, z jejichž obsahu vyplývá, že jejich obsahem je uspokojování veřejných potřeb) nebo samosprávnou územní jednotkou (slovenský obchodní zákoník na tomto místě uvádí ještě kromě uvedených subjektů i právnickou osobou zřízenou zákonem jako veřejnoprávní instituci a kromě veřejných potřeb uvádí, že se to může týkat i vlastního provozu vyjmenovaných nepodnikatelských subjektů) a podnikateli při jejich podnikatelské činnosti, jestliže se týkají zabezpečení potřeb.

<sup>6</sup> Viz literaturu uvedenou v pozn. 3, s. 4 a násl.

<sup>7</sup> Nepromítá se do vztahů podle § 261 odst. 3, jsou-li jejich účastníci podnikatelé. Nepromítá se do vztahů podle § 261 odst. 1. Nepromítá se do vztahů podle § 261 odst. 6, pokud jde současně o vztahy podle § 261 odst. 1. Nepromítá se do vztahů podle § 262, pokud jsou jejich účastníci podnikatelé a dohodli se na použití obchodního zákoníku v případech, kdy jde o vztahy netýkající se jejich podnikatelské činnosti.

I když se při použití ustanovení § 262 odst. 4 problematika stala složitější, na to, zda půjde o výchozí obchodněprávní úpravu mají vliv podmínky stanovené v § 261 odst. 1 a odst. 2. Používaný pojem relativní obchody by se proto měnit nemusel. To lze považovat za příznivé.

Tato příznivá situace však podle našeho názoru nenastává v případě úpravy stanovené v § 261 odst. 6 v první větě. Původní text obchodního zákoníku určoval, že smlouvy mezi osobami uvedenými v § 261 odst. 1 a odst. 2, které nejsou upraveny v hlavě II. třetí části obchodního zákoníku, se řídí pouze ustanoveními občanského zákoníku. Proto se používal pojem absolutní neobchody.

Dnešní znění § 261 odst. 6 v první větě však stanoví, že tyto smlouvy se řídí příslušnými ustanoveními o tomto smluvním typu v občanském zákoníku a obchodním zákoníkem. Protože tedy již o absolutních neobchodech hovořit nelze, je navrhováno používat pojmu smíšené obchody či obchody kombinované.<sup>8</sup> To je pochopitelně plně proveditelné, při možném upozornění na odlišnost smíšených obchodů od tzv. smíšených smluv. Domníváme se, že však bylo možno zvážit i takové řešení, kdy by tento druh obchodů byl dnes rozlišován v rámci obchodů relativních. Jde totiž o smlouvy mezi osobami uvedenými v § 261 odst. 1 a odst. 2 a řídí se také obchodním zákoníkem (i když se současně řídí i příslušnými ustanoveními o tomto smluvním typu v občanském zákoníku).

K výše uvedenému členění relativních obchodů (členění podle stanovených podmínek na: 1. upravené v odst. 1 § 261, 2. upravené v odst. 2 § 261) by pak přibýlo členění podle dalšího kritéria. Relativní obchody pak lze i členit na ty, u nichž používáme:

- smluvní typ z obchodního zákoníku (pochopitelně s výjimkou smluvních typů uvedených v § 261 odst. 3).
- tzv. nepojmenovanou smlouvu uzavřenou podle obchodního zákoníku (viz první větu § 269 odst. 2)
- smluvní typ z občanského zákoníku (podle § 261 odst. 6).

<sup>8</sup> Viz literaturu uvedenou v pozn. 3, s. 4 a násled.

<sup>9</sup> Shodně pak již – s ohledem na novou zvláštní právní úpravu pojistných smluv s účinností k 1. 1. 2005 – v 9. vydání ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M.: Obchodní zákoník, komentář, C. H. Beck Praha, 2004, s. 935.

Tzv. **absolutní neobchody** jsou dnes podle našeho názoru smlouvy uzavírané v souladu s ustanovením § 261 odst. 7. Toto ustanovení obsahuje stručný text: Pojistná smlouva se řídí občanským zákoníkem a zvláštními zákony.

Sice bychom přivítali, aby měla pojistná smlouva stejný režim jako ostatní smluvní typy z občanského zákoníku (podle § 261 odst. 6), tím, že ji však zákonodárce uvádí samostatně, nechtěl asi vyjádřit to, že jde o smlouvu podle § 261 odst. 6, a že jediným rozdílem je to, že se též řídí zvláštními zákony. Zvláštními zákony se totiž budou i jiné smlouvy řídit také. Zřejmě ji koncipoval jen jako občanskoprávní (viz shodně J. Bejček v cit. díle a komentář J. Dědiče a kol. a rozdílně v komentáři citovaném v pozn. 4 na prvním místě<sup>9</sup>). Skutečnost, že jde o smlouvu občanskoprávní, se nám však nejeví jako příliš systémové řešení (které po našem soudu nelze snad odůvodňovat tím, že je pojistných smluv mnoho). Avšak z hlediska platné právní úpravy to musíme respektovat.

Přitom podle § 262 obchodního zákoníku zůstává možnost, že si strany i nadále mohou dohodnout, že jejich závazkový vztah, který nespadá pod vztahy uvedené v § 262 obchodního zákoníku, se řídí tímto zákonem. Používaný pojem **fakultativní obchody** by tedy mohl být zachován. Průnik ustanovení § 262 odst. 4 pak platí i pro tento druh obchodních závazkových vztahů.

Uvedené otázky jsou pochopitelně diskusní a do-savadní argumentaci autorů, kteří se k nim vyjádřili lze přitom považovat za korektní. Tam, kde nejde jen o terminologii, ale o použití právních úprav jednotlivých předpisů (viz úpravu § 261 odst. 7), soudní rozhodnutí zatím nejsou. (Slovenský obchodní zákoník dnes ustanovený § 261 odst. 7 neobsahuje.)

K řešení jednotlivých otázek (nejen dnes zmíněných) III. části obchodního zákoníku však dnes ne-navrhuje provádět dílčí novely obchodního zákoníku, vhodnější se nám jeví věnovat se rekodifikačním pracem.

## Vady díla v německém právu

Zdeněk Tobeš\*

Německá právní úprava obchodněprávních a občanskoprávních závazkových vztahů má vzhledem k intenzivním hospodářským stykům se SRN nezanedbatelný význam pro relativně velký počet českých právnických i fyzických osob. Aktuálním tématem v této oblasti německého právního řádu je nedávná rozsáhlá novela závazkového práva (v SRN označovaná jako modernizace závazkového práva – Schuldrechtsmodernisierung), která se dotkla i právní úpravy smlouvy o dílo, a to zejména právní úpravy vad díla, která je pro obě smluvní strany poměrně významnou a často aplikovanou součástí právní úpravy smlouvy o dílo.

### ÚVOD

V SRN je právní úprava smlouvy o dílo obsažena v ustanoveních §§ 631 až 651 německého občanského zákoníku (dále jen BGB). Tato právní úprava je na rozdíl od české právní úpravy smlouvy o dílo platná jak pro vztahy mezi nepodnikateli, tak i pro vztahy mezi podnikateli. Smlouva o dílo je zde vymezena v ustanovení § 631, odst. 1 BGB jako smlouva, kterou se zhotovitel zavazuje ke zhotovení slíbeného díla a objednatel se zavazuje k zaplacení dohodnuté odměny, což je formulace obsahově shodná s vymezením smlouvy o dílo v § 536, odst. 1 ObchZ. Zhotovitel se smlouvou o dílo zavazuje k dosažení určitého výsledku a nese s tím spojené riziko, čímž se smlouva o dílo odlišuje od smlouvy služební (Dienstvertrag), upravené v §§ 611 a násl. BGB, která se v německém právu aplikuje především na právní vztahy mezi zaměstnanci a zaměstnavateli. Předmětem smlouvy o dílo podle BGB může být jak zhotovení nebo změna nějaké věci (což je ovšem omezeno rozsahem aplikace kupní smlouvy – viz níže), tak i jakýkoliv jiný výsledek dosažitelný prací nebo poskytnutím služby. Za zvláštní druh smlouvy o dílo se speciální právní úpravou považuje německá literatura komisionářskou smlouvu (§§ 383 a násl. německého obchodního zákoníku, dále jen HGB), zasilatelskou smlouvu (§§ 453 a násl. HGB), cestovní smlouvu (§§ 651a a násl. BGB) a smlouvu o uložení věci (§§ 688 a násl. BGB)<sup>1</sup>.

Do 1. 1. 2002 bylo rozlišení mezi kupní smlouvou a smlouvou o dílo v německém právu založeno podobně jako v ObchZ na tom, kdo dodává materiál ke zhotovení díla, od 1. 1. 2002 je účinná současná úprava;

přijata v rámci výše zmíněné modernizace závazkového práva, která toto kritérium opouští a rozšiřuje oblast aplikovatelnosti právní úpravy kupní smlouvy na úkor právní úpravy smlouvy o dílo (důvodem legislativní změny bylo zjednodušení rozlišení mezi těmito smluvními typy). Ustanovení § 651 BGB, nazvané „Aplikace práva vztahujícího se ke koupi“, stanoví, že v případě smlouvy, jejímž předmětem je dodání movité věci, která má být teprve zhotovena, se aplikují ustanovení upravující koupi zboží. Pokud by se však jednalo o nezastupitelnou věc, použijí se vedle právní úpravy kupní smlouvy přiměřeně ta ustanovení právní úpravy smlouvy o dílo, která upravují spolupůsobení objednatele, výpověď zhotovitele, výpověď objednatele, rozpočet díla a odpovědnost objednatele za jím dodaný materiál. V těchto případech se ovšem neaplikují ustanovení §§ 633 a násl. BGB o vadách díla; na rozdíl od „ryzí“ smlouvy o dílo (viz níže) tedy v tomto případě neexistuje právo na odstranění vad svépomocí, a zatímco podle právní úpravy smlouvy o dílo má právo na volbu mezi opravou věci a dodáním nové věci zhotovitel, v tomto případě náleží toto právo volby kupujícímu. Vzhledem k výše uvedenému vymezení oblastí aplikace právní úpravy kupní smlouvy a smlouvy o dílo je aplikace právní úpravy smlouvy o dílo v německém právu de lege lata omezena na zhotovování stavebních děl, na provádění oprav a na vytváření nehmotných děl jako jsou např. architektonická díla, posudky apod.<sup>2</sup>

### VYMEZENÍ VAD DÍLA

Povinnost zhotovitele provést dílo je konkretizována v § 633 BGB, podle jehož odst. 1 je povinností zhotovitele zhotovit dílo tak, aby nebylo stíženo právními a věcnými vadami. Podle odstavce 2 tohoto ustanovení nemá dílo věcné vady, jestliže má smlouvenou jakost. Pokud by jakost smlouvena nebyla, pak nemá dílo věcné vady,

1. vyhovuje-li jakostí předpokládané podle smlouvy, jinak
2. vyhovuje-li obvyklému použití a vykazuje jakost, která je obvyklá u díla stejného druhu a kterou může objednatel v závislosti na druhu díla očekávat. Bezvadnost díla se v tomto pří-

\* Mgr. Ing. Zdeněk Tobeš, Ph.D., externí doktorand, Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

<sup>1</sup> KÖBLER, G.: Juristisches Wörterbuch, 11. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, str. 569.

<sup>2</sup> BROX, H., WALKER, W.-D.: Besonderes Schuldrecht, 28. Auflage, C.H.Beck, München, 2003, str. 249.

padě posuzuje i z hlediska dodržení uznávaných pravidel techniky, ke kterým patří rovněž normy DIN, vydávané Německým institutem pro normalizaci (Deutsches Institut für Normung) – zhotovitel je povinen i bez zvláštního ujednání zajistit, aby jím zhotovené dílo splňovalo požadavky těchto norem ve znění v době převzetí díla, jinak je dílo již z tohoto důvodu vadné<sup>3</sup>. Ovšem pokud dílo nebude odpovídat výsledku stanovenému ve smlouvě, nemůže se zhotovitel podle německé judikatury zprostit odpovědnosti za vady díla poukazem na to, že při zhotovování díla postupoval podle uznávaných pravidel techniky<sup>4</sup>. Pokud dojde ke sporu o to, zda má dílo vady, může být zhotoviteli za podmínek stanovených v § 641a BGB vystaveno potvrzení o bezvadnosti díla nezávislým znalcem.

Podle § 633, odst. 2, věty třetí BGB vzniká věcná vada také tehdy, pokud zhotovitel zhotovil jiné než objednané dílo nebo pokud zhotovil dílo v menším než objednaném rozsahu. V souvislosti s tímto ustanovením je v německé literatuře<sup>5</sup> řešena otázka, zda lze za plnění neodpovídající smlouvě považovat objednaný portrét určité osoby, na kterém je zobrazena určitá vlastnost, která sice reálně existuje, ale z estetického hlediska nepůsobí pozitivně. K řešení podobných případů se uvádí, že je třeba brát ohled na tvůrčí svobodu zhotovitele, pokud ovšem ve smlouvě nebylo stanoveno, jak má konkrétně postupovat. V případě portrétu by se pak mohlo jednat o vadu, pokud by portrét byl karikaturou, aniž by ve smlouvě byla karikatura výslovně objednána; ve sporných případech by pak byl nutný znalecký posudek.

K problematice vymezení požadovaných vlastností díla lze poznamenat, že velké německé společnosti, zejména výrobci automobilů, vydávají dokumenty obecně popisující požadované vlastnosti plnění v určitém oboru (např. v oboru automatizační techniky), jež je poskytované jejich dodavateli, kteří jsou podle smlouvy povinni se těmito dokumenty (tzv. Leistungshefte) při plnění svého závazku řídit.

Práva z vad podle níže diskutovaného § 634 BGB vznikají objednateli i v případě právních vad. Dílo podle § 633, odst. 3 BGB nemá právní vady tehdy, pokud třetí osoby nemohou k dílu uplatnit žádná práva a nebo jen ta, která byla převzata do smlouvy (v praxi se v případě právních vad většinou jedná o uplatňování autorských práv a práv z průmyslového vlastnictví třetími osobami).

## NÁROKY Z VAD DÍLA

Pokud má dílo vady, není povinnost zhotovitele splněna řádně a objednatel má v důsledku toho právo odmítnout převzetí vadného díla, aniž by se dostal do prodlení s převzetím, a může tedy i nadále požadovat řádné splnění závazku zhotovitele. Důsledkem oprávněného odmítnutí převzetí díla je odklad splatnosti odměny, neboť odměna je podle § 641, odst. 1 BGB splatná až při převzetí díla. Je nutno ovšem dodat, že na rozdíl od současné české právní úpravy v ObchZ nelze podle § 640, odst. 1, věty druhé BGB odmítnout převzetí díla v případě nepodstatných vad (podobné pravidlo bylo přitom obsaženo již v § 290 čs. hospodářského zákoníku). V tomto případě a v případě, kdy objednatel již vadné dílo převzal, ale doposud nezaplatil odměnu, může objednatel podle § 641, odst. 3 BGB odmítnout zaplacení přiměřené části odměny, pokud má nárok na odstranění vad, přičemž může odmítnout zaplacení alespoň trojnásobku nákladů nutných k odstranění vad (je nutno ovšem upozornit na to, že zatímco před převzetím je zhotovitel v případě potřeby povinen prokázat, že dílo vady nemá, po převzetí má povinnost prokázat existenci vad díla objednatel požadující odstranění vad, takže v zájmu objednatele je zjistit existenci vady ještě před tím, než dílo převzme). Objednatel má dále podle § 634 BGB, pokud není stanoveno jinak, tyto nároky z vad:

1. právo požadovat dodatečné splnění (Nacherfüllung) za podmínek uvedených v § 635 BGB,
2. právo odstranit vadu sám a požadovat náhradu nutných nákladů za podmínek uvedených v § 637 BGB,
3. právo odstoupit od smlouvy podle §§ 636, 323, 326, odst. 5 BGB nebo snížit odměnu za podmínek uvedených v § 638 BGB,
4. právo požadovat náhradu škody podle §§ 636, 280, 281, 283, 311a BGB nebo náhradu marně vynaložených nákladů podle § 284 BGB.

V případě výskytu vady může objednatel požadovat v první řadě dodatečné splnění, po marném uplynutí přiměřené lhůty stanovené objednatelem zhotoviteli k dodatečnému splnění může objednatel buď vadu odstranit sám a požadovat náhradu nutných nákladů, nebo odstoupit od smlouvy, nebo snížit odměnu podle § 638 BGB (snížení odměny lze podle § 638, odst. 1, věty první BGB uplatnit namísto odstoupení). Vedle těchto nároků může objednatel vždy uplatnit nárok

<sup>3</sup> SAENGER, I.: *Handwerk, Service, Kundendienst*, 2. erweiterte Auflage, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2002, str. 113.

<sup>4</sup> Viz WERNER, U., PASTOR, W.: *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, Einführung*, 22. Auflage, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2003, p. XXII.

<sup>5</sup> Viz DÄUBLER, W.: *BGB kompakt, Die systematische Darstellung des Zivilrechts*, 1. Auflage, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2002, str. 857.

na náhradu škody nebo na náhradu zbytečně vynaložených nákladů. Předpokladem úspěšného uplatnění všech práv z vad je ovšem to, že tato práva nejsou v konkrétním případě vyloučena zákonem nebo smlouvou. Zákon vylučuje práva z vad v případě, kdy objednatel převezme vadné dílo, i když je mu vada známa, pokud si svá práva ohledně této vady při převzetí nevyhradí. Aby se v takových případech předešlo pochybnostem o tom, zda je objednatel s vadou díla srozuměn, je z hlediska objednatele vhodné požadovat sepsání protokolu o převzetí díla a případně si v něm výslovně vyhradit práva ze zjištěných vad (k tomu je vhodné ještě poznamenat, že zjištěnou vadu je nutno popsat co do lokalizace, druhu, rozsahu a vzhledu co nejvíc konkrétně, aby se i třetí osoba mohla na základě popisu s vadou seznámit).

Práva z vad mohou být v německém právu vyloučena rovněž smlouvou, neboť ustanovení BGB upravující vady díla jsou zásadně dispozitivní, nicméně ujednání, kterým se práva z vad vylučují nebo omezují, se zhotovitel podle § 639 BGB nemůže dovolávat, pokud vadu listivě zatajil nebo pokud převzal záruku za jakost díla. Navíc je smluvní volnost v tomto směru omezena v případě adhezních smluv, které podléhají aplikaci §§ 305 a násl. BGB<sup>6</sup>, neboť ujednání o omezení a vyloučení odpovědnosti za vady mohou být v těchto smlouvách neplatná podle § 309, č. 8, písm. b) BGB.

### **DODATEČNÉ SPLNĚNÍ ZÁVAZKU ZHOTOVITELE**

Dodatečné splnění jako jeden z nároků objednatele z vad díla spočívá podle § 635, odst. 1 BGB v tom, že pokud objednatel dodatečné splnění požaduje, je zhotovitel povinen buď odstranit vady díla, nebo vyrobit nové dílo (volba náleží zhotoviteli, neboť tento může vzhledem ke svým možnostem nejlépe posoudit, jakým způsobem má být nárok objednatele uspokojen, zatímco pro objednatele není volba způsobu odstranění vad zásadně rozhodující, neboť pro něj je důležité zejména to, aby obdržel dílo bez vad<sup>7</sup>). Podle § 635, odst. 2 BGB nese zhotovitel dopravní, pracovní, materiálové a cestovní náklady potřebné k dodatečnému splnění, přičemž v případě odstranění vad formou vytvoření nového díla má zhotovitel na základě § 635, odst. 4 BGB nárok na vrácení vadného díla podle §§ 346–348 BGB. Zhotovitel by měl zpravidla mít možnost dvakrát se pokusit o odstranění vad, než bude objednatel

moci využít další nároky z vad, závisí to ale na okolnostech jednotlivého případu, zejména na druhu a rozsahu vady a na tom, jak naléhavě objednatel sjednané plnění potřebuje; z tohoto hlediska nelze výše uvedenou zásadu uplatnit zejména tehdy, pokud se zhotovitel již při prvním pokusu projevil jako zcela nezpůsobilý k odstranění vad nebo pokud odstraňování vad trvá již delší dobu<sup>8</sup>.

Dodatečné splnění je zhotovitel oprávněn odmítnout podle § 635, odst. 3 BGB tehdy, pokud je možné jen při vynaložení nepřiměřených nákladů; navíc je zhotovitel oprávněn odmítnout plnění z důvodů uvedených v obecném ustanovení § 275, odst. 2,3 BGB<sup>9</sup>. Podle odstavce 2 tohoto ustanovení je dlužník (zhotovitel) oprávněn plnění odmítnout, jestliže vyžaduje náklady, které jsou při respektování obsahu závazkového vztahu a dobré víry v hrubém nepoměru k zájmu věřitele (objednatele) na plnění, přičemž při posuzování úsilí, které lze od dlužníka (zhotovitele) požadovat, je nutno zohlednit, zda je dlužník (zhotovitel) za překážku plnění odpovědný. Podle § 275, odst. 3 BGB je dlužník (zhotovitel) oprávněn plnění odmítnout rovněž tehdy, pokud má plnit osobně a vzhledem k porovnání jeho překážky v plnění se zájmem věřitele (objednatele) na plnění od něj nelze plnění požadovat (např. pokud zhotoviteli v osobním poskytnutí plnění brání nezbytnost péče o člena rodiny).

V souvislosti s právem zhotovitele odmítnout plnění je nutno zmínit i § 275, odst. 1 BGB, podle kterého je nárok na plnění vyloučen, jestliže je plnění pro dlužníka nebo pro kohokoliv jiného nemožné. V případě sjednání technicky nemožného plnění (u stavby se o nemožnost plnění jedná např. tehdy, pokud nebude uděleno stavební povolení) bude zhotovitel zpravidla odpovědný za neznalost stavu techniky, takže objednatel bude moci podle § 311a, odst. 2 BGB požadovat buď náhradu škody místo plnění nebo náhradu marně vynaložených nákladů podle § 284 BGB<sup>10</sup> (což ovšem neplatí, pokud zhotovitel překážku plnění v době uzavření smlouvy neznal a za svoji neznalost není odpovědný), přičemž jeho povinnost k poskytnutí protiplnění podle § 326, odst. 1 BGB odpadne (vyjma případu, kdy plnění nebylo poskytnuto podle smlouvy a zhotovitel není podle §§ 275 BGB povinen k dodatečnému splnění) a podle § 326, odst. 5 BGB bude objednatel oprávněn od smlouvy odstoupit za podmínek stanovených v § 323 BGB (viz níže) s tím, že stanovení dodatečné přiměřené lhůty k plnění není nutné.

<sup>6</sup> K této problematice viz TOBEŠ, Z.: Právní úprava všeobecných obchodních podmínek v českém a německém právu, In: Sborník vědecké konference „Princip rovnosti a princip ochrany slabšího“, MÚ Brno, prosinec 2003, str. 82–89.

<sup>7</sup> Viz literatura v poznámce č. 2, str. 259.

<sup>8</sup> Viz literatura v poznámce č. 3, str. 120.

<sup>9</sup> Toto ustanovení slouží k realizaci směrnic Rady ES č. 1999/44/ES z 25.5.1999 k určitým aspektům spotřebitelského prodeje a zárukám na spotřební zboží a upravuje případy vyloučení povinnosti dlužníka plnit.

<sup>10</sup> Viz literatura v poznámce č. 5, str. 856.



## PRÁVO NA ODSTRANĚNÍ VAD SVĚPOMOCÍ

Jestliže zhotovitel v objednatelům určené přiměřené lhůtě dodatečně splnění neposkytne, může objednatel podle § 637, odst. 1 BGB vadu odstranit sám (či případně prostřednictvím jím pověřené třetí osoby) a požadovat náhradu nutných nákladů, pokud ovšem zhotovitel kvůli nepřiměřenosti nutných nákladů dodatečné splnění oprávněně neodmítne (k čemuž je oprávněn v případech uvedených v § 275, odst. 2 a 3 a v § 635, odst. 3 BGB – viz výše). Zhotovitel je povinen nahradit pouze nutné náklady, tj. takové, které by hospodárně uvažující objednatel na základě odborné rady musel vynaložit<sup>11</sup> (z tohoto hlediska je třeba za součást nákladů nutných k odstranění vad považovat i ty náklady, které jsou nutné ke zjištění vady), z čehož vyplývá, že pokud by bylo možno vady odstranit různým způsobem, byl by zhotovitel povinen nahradit pouze náklady spojené s nejlevnější možností. Pokud odstranění vad provede třetí osoba, může objednatel požadovat náhradu nákladů na odstranění vad touto třetí osobou (takové náklady by ovšem měly být přiměřené); pokud by vady odstraňoval sám objednatel, mohl by jako náhradu nutných nákladů požadovat takovou částku, jakou by obdržel zaměstnanec za srovnatelnou činnost<sup>12</sup>.

Podle § 637, odst. 3 BGB může objednatel od zhotovitele požadovat zálohu na náklady nutné k odstranění vad. Záloha by měla vycházet z předpokládaných nákladů na odstranění vad; z hlediska objednatele bude tedy zřejmě vhodné předložit zhotoviteli rozpočet těchto nákladů. Nárok na zálohu může objednatel započíst vůči nároku zhotovitele na odměnu podle obecných ustanovení §§ 387 a násl. BGB, upravujících započtení. Objednatel ale nemá právo požadovat poskytnutí zálohy, pokud má možnost zadržet odpovídající část doposud nezaplacené odměny (viz výše). Jestliže zhotovitel zálohu zaplatí, bude objednatel povinen po skončení prací vzniklé náklady vyúčtovat a vrátit zhotoviteli případný přeplatek (zhotovitel by vrácení mohl požadovat podle §§ 812 a násl. BGB, upravujících bezdůvodné obohacení). Český obchodní zákoník na rozdíl od BGB objednateli nepřiznává právo odstranit vady svěpomocí na náklady zhotovitele; ve výše popsané situaci může objednatel pouze požadovat slevu z ceny díla či za stanovených podmínek odstoupit od smlouvy.

Stanovení dodatečné přiměřené lhůty k odstranění vad není nutné v případech uvedených v § 323, odst. 2 BGB, který se v případě odstranění vad svěpomocí aplikuje podle § 637, odst. 2 BGB přiměřeně. Podle § 323, odst. 2 BGB není určení výše zmíněné doda-

tečně přiměřené lhůty nutné, pokud dlužník (zhotovitel) plnění vážně a s konečnou platností odmítne, nebo pokud plnění v termínu určeném ve smlouvě nebo v určené lhůtě neposkytne a věřitel (objednatel) trváni svého zájmu na plnění ve smlouvě spojil se včasností plnění, nebo pokud existují zvláštní okolnosti, které při zvážení zájmů obou stran ospravedlňují okamžité odstoupení od smlouvy. Je ovšem nutno dodat, že důkazní břemeno k případnému odmítnutí zhotovitele poskytnout plnění nese v případném sporu objednatel; ohledně těchto záležitostí tedy lze doporučit písemný styk mezi objednatelům a zhotovitelem. Určení dodatečné přiměřené lhůty není podle § 637, odst. 2, věty druhé BGB nutné také tehdy, jestliže je dodatečné splnění vadné nebo pro objednatele neakceptovatelné (unzumutbar), což je aplikovatelné zejména v případech, kdy by provádění dodatečného splnění objednatele nepřiměřeně obtěžovalo.

## ODSTOUPENÍ OD SMLOUVY

Objednatel je podle § 634, č. 3 BGB oprávněn k odstoupení od smlouvy v případě, kdy zhotovitel není podle § 275 BGB povinen poskytnout plnění (viz výše), a dále v případech, kdy zhotovitel plnění neposkytne vůbec nebo jej neposkytne tak, jak bylo ve smlouvě sjednáno, a to ani v objednatelům stanovené dodatečné přiměřené lhůtě. Odstoupení je jednostranný právní úkon, který objednatel činí vůči zhotoviteli, pokud by ovšem na straně objednatele či zhotovitele bylo více subjektů, může být právo na odstoupení vykonáno podle § 351 BGB jen všemi objednateli vůči všem zhotovitelům, přičemž v případě zániku práva na odstoupení pro jednoho oprávněného zanikne toto právo i pro všechny ostatní.

Předpokladem odstoupení od smlouvy kvůli neposkytnutému plnění nebo kvůli plnění neposkytnutému podle smlouvy je podle § 323, odst. 1 BGB<sup>13</sup> marné uplynutí přiměřené lhůty k dodatečnému splnění. Přiměřenost lhůty vyplývá z toho, v jaké době lze vadu za obvyklých okolností odstranit – při objektivním zájmu na neprodleném odstranění vad (např. při přerušení dodávky elektrické energie) lze za přiměřenou považovat i lhůtu kratší, než jaká by byla považována za přiměřenou za normálních okolností. V případě, že by stanovená lhůta k odstranění vad nebyla přiměřená, byla by přiměřená lhůta určena soudem v případném soudním řízení, proto by objednatel neměl příliš spěchat s uplatněním jiných nároků z vad v případě marného uplynutí jím stanovené lhůty, neboť by se tak vystavoval nebezpečí, že případný spor se zhotovitelem prohraje. Stanovení přiměřené lhůty k do-

<sup>11</sup> Viz literatura v poznámce č. 2, str. 261.

<sup>12</sup> Viz literatura v poznámce č. 5, str. 861.

<sup>13</sup> Toto ustanovení s názvem Odstoupení kvůli neposkytnutému plnění nebo kvůli plnění neodpovídajícímu smlouvě slouží k realizaci směrnic Rady ES č. 1999/44/ES z 25.5.1999 k určitým aspektům spotřebitelského prodeje a zárukám na spotřební zboží.

datečnému splnění není nutné v případech uvedených v § 323, odst. 2 BGB (viz výše) a dále podle § 635, odst. 3 BGB tehdy, pokud zhotovitel dodatečné splnění odmítl kvůli nepřiměřeným nákladům, podle § 636 BGB tehdy, jestliže je dodatečné splnění vadné nebo pro objednatele neakceptovatelné, a v případech, kdy zhotovitel není povinen poskytnout plnění podle § 275 BGB (viz výše).

V důsledku odstoupení od smlouvy zanikají vzájemná práva a povinnosti k plnění, a vzniká povinnost k vrácení již přijatého plnění a k vydání z něj získaných užiteků, na což se vztahují obecná ustanovení o odstoupení od smlouvy §§ 346 a násl. BGB. Po prohlášení odstoupení je vyloučeno právo na snížení odměny, což vyplývá z toho, že podle § 638, odst. 1, věty první BGB je objednatel ke snížení odměny oprávněn namísto odstoupení. Pokud vrácení díla zhotoviteli není možné, zejména proto, že dílo spočívalo ve změně věci patřící objednateli a je s ní neoddělitelně spojeno, tak je objednatel povinen nahradit zhotoviteli hodnotu vadného díla. V úvahu by zde přicházelo i snížení odměny, ovšem pokud by sjednaná odměna byla vyšší než hodnota díla, je pro objednatele výhodnější odstoupit od smlouvy a zaplatit zhotoviteli hodnotu díla než požadovat snížení odměny, neboť v důsledku způsobu výpočtu snížené odměny podle § 638, odst. 3 BGB (viz níže) by takto objednatel vlivem rozdílu mezi hodnotou díla a odměnou vynaložil menší náklady.

Za účelem ochrany zhotovitele je odstoupení od smlouvy o dílo vyloučeno v případě nepodstatné vady (viz § 323, odst. 5, věta 2 BGB), neboť zhotovitel dílo vytvořené podle individuálních požadavků objednatele často nemůže jinak využít a odstoupení od smlouvy kvůli nepodstatné vadě by pro něj představovalo neúnosnou tvrdost. Dále je odstoupení od smlouvy vyloučeno v případě, kdy je za okolnost jinak opravňující k odstoupení odpovědný objednatel sám nebo převážně sám nebo kdy taková okolnost, za kterou zhotovitel neodpovídá, vznikla v době, kdy byl objednatel v prodlení s převzetím (§ 323, odst. 6 BGB).

### **SNÍŽENÍ ODMĚNY ZA PROVEDENÍ DÍLA**

Podle § 638 BGB může objednatel namísto odstoupení od smlouvy snížit odměnu prohlášením vůči zhotoviteli. Z toho vyplývá, že k uplatnění práva na snížení odměny je stejně jako u odstoupení od smlouvy nutné určení přiměřené lhůty k dodatečnému splnění, ledaže takové určení výjimečně není nutné (viz výše). Před účinností reformy závazkového práva (Schuldrechtsmodernisierung) bylo k odstoupení a ke snížení odměny nutné zvláštní upozornění objednatele zhotoviteli, že po uplynutí lhůty k dodatečnému splnění sjednané plnění nepřevzme (tzv. Fristsetzung mit Abkehrungsandrohung, upravené před zmíněnou novelou

v § 326 BGB), což již de lege lata není nutné, neboť objednatel může od smlouvy odstoupit nebo požadovat snížení odměny ihned po marném uplynutí přiměřené lhůty určené k dodatečnému splnění. Odměnu lze snížit na základě § 638, odst. 1, věty 2 BGB i v případě nepatrných vad plnění, zatímco obecné ustanovení § 323, odst. 5, věty druhé BGB odstoupení od smlouvy v takovém případě neumožňuje (na rozdíl od ObchZ, kde je připuštěno odstoupení od smlouvy po splnění stanovených podmínek bez ohledu na povahu vady, což by bylo vhodné de lege ferenda změnit ve smyslu výše uvedené úpravy v BGB). Snížení odměny má být podle § 638, odst. 3 BGB provedeno tak, aby poměr snížené a sjednané odměny odpovídal poměru hodnot vadného a bezvadného díla v době uzavření smlouvy, neboť takto je zohledněno to, že sjednaná odměna nemusí vždy odpovídat hodnotě díla bez vad. Určení hodnoty díla s vadou je problematické, obvykle by se mělo vycházet z hodnoty, kterou má vadné dílo, a z nutných fiktivních nákladů k odstranění vad. Snížení odměny má být, pokud je to nutné, určeno podle § 638, odst. 3, věty druhé BGB prostřednictvím odhadu, což se aplikuje např. tehdy, když objednatel vadu spoluzavinil nevhodným pokynem nebo dodáním vadného materiálu, neboť v takovém případě má být sleva z odměny za zhotovení díla (Minderungsbeitrag) snížena ve smyslu § 254 BGB, který upravuje spoluzavinění poškozeného<sup>14</sup>.

Snížení odměny je nárok, který uplatňuje objednatel podobně jako v případě odstoupení od smlouvy svým jednostranným právním úkonem vůči zhotoviteli (viz § 638, odst. 1, věta první BGB), přičemž v případě více objednatelů či zhotovitelů může být snížení odměny za provedení díla vykonáno pouze všemi objednateli nebo vůči všem zhotovitelům (viz § 638, odst. 2 BGB). Pokud odměna dosud nebyla zaplacená, může objednatel uplatnit námitku snížení odměny a odmítnout zaplacení částky odpovídající rozdílu mezi sjednanou a sníženou odměnou. Pokud objednatel již zaplatil více než sníženou odměnu, tak je zhotovitel povinen podle § 638, odst. 4 BGB přeplatek vrátit, přičemž vrácení se podle tohoto ustanovení přiměřeně řídí pravidly upravujícími odstoupení (§§ 346, odst. 1, 347, odst. 1 BGB).

Výkon práva na snížení odměny vede k zániku práva na odstoupení od smlouvy a práva na dodatečné splnění. Naopak vedle nároku na snížení odměny může být zásadně uplatněn nárok na náhradu škody nebo nárok na náhradu marně vynaložených nákladů (viz spojka „a“ v § 634, č. 3 BGB). Jelikož právo na snížení odměny může objednatel uplatnit namísto práva na odstoupení od smlouvy, je právo na snížení odměny vyloučeno zásadně tehdy, když objednatel nemá právo na odstoupení od smlouvy, přičemž výjimkou je právo na snížení odměny v případě nepodstatných vad (viz výše).

<sup>14</sup> Viz literatura v poznámce č. 2, str. 264.

## PROMLČENÍ NÁROKŮ Z VAD DÍLA

V ustanovení § 634a BGB je upraveno promlčení nároků z vad díla, uvedených v § 634, č. 1, 2 a 4 BGB (viz výše). Ustanovení § 634a, odst. 1 BGB upravuje tři případy stanovení promlčecí doby podle charakteru díla:

1. S výhradou č. 2 se ve lhůtě dvou let promlčují nároky podle § 634, č. 1, 2 a 4 BGB u díla, jehož výsledek spočívá ve vyrobení, opravě, údržbě nebo změně nějaké věci nebo v poskytnutí plánovacích nebo kontrolních služeb k těmto účelům.
2. V době pěti let se promlčují nároky podle § 634, č. 1, 2 a 4 BGB u stavebního díla (patří sem nejen zhotovení nové stavby, ale i změna stavby (rekonstrukce, přestavba), ovšem zásadně sem nepatří pouhé opravy<sup>15</sup>) a u díla, jehož výsledek spočívá v poskytnutí plánovacích nebo kontrolních služeb pro účely stavebního díla.
3. V ostatních případech platí obecná tříletá promlčecí doba podle § 195 BGB.

Podle § 634a, odst. 2 BGB začíná promlčecí doba ve výše uvedených případech č. 1 a 2 běžet od převzetí díla, zatímco obecná promlčecí doba začíná podle § 199, odst. 1 BGB běžet teprve s koncem roku, ve kterém vznikl nárok a objednatel se o okolnostech zakládajících nárok dozvěděl nebo by se o nich bez hrubé nedbalosti dozvědět musel. Pokud zhotovitel vadu listivě zamlčel, promlčují se nároky v obec-

né promlčecí době, přičemž v případě díla spadajícího pod § 634a, odst. 1, č. 2 BGB nezačne tato obecná promlčecí doba běžet před uplynutím tam stanovené pětileté lhůty. Právo na odstranění vad jako takové se podle § 194 BGB nepromlčuje, totéž platí pro právo odstranit vady svépomocí, ovšem nárok na náhradu nákladů nutných k takovému odstranění vad se promlčuje podle § 634a, odst. 1, č. 1,2 BGB. Promlčení nepodléhá podle § 194 BGB rovněž právo na odstoupení od smlouvy a právo na snížení odměny, ovšem odstoupení od smlouvy nebo snížení odměny je podle § 218 BGB neplatné, pokud je nárok na dodatečné splnění promlčen a zhotovitel se této skutečnosti dovolá. Avšak i přes neplatnost odstoupení nebo snížení odměny může objednatel odmítnout podle § 634a, odst. 4 a 5 BGB zaplacení odměny, pokud by k tomu byl na základě odstoupení nebo snížení odměny oprávněn. Pokud tohoto práva využije, může zhotovitel podle § 634a, odst. 4 BGB odstoupit od smlouvy a v důsledku toho požadovat vrácení již poskytnutého plnění nebo náhradu jeho hodnoty (viz výše).

Délku i počátek promlčecí doby lze ve smlouvě zásadně sjednat odchylně od textu § 634a BGB, ovšem v případě adhezních smluv, které podléhají aplikaci §§ 305 a násl. BGB, je podle § 309, č. 8, písm. b) BGB neplatné zkrácení promlčecích lhůt ohledně nároků podle § 634, č. 1, 2 a 4 BGB u stavebního díla a dále zkrácení promlčecích lhůt v ostatních případech, jestliže by zkrácená promlčecí doba měla od zákonem stanoveného počátku promlčecí doby běžet kratší dobu než jeden rok.

<sup>15</sup> Viz literatura v poznámce č. 3, str. 137.

## AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

### „Hra na zločin“ a ochrana ľudskej dôstojnosti

Jana Martinková\*

V posledných rokoch sa na rôznych súdnych fórach objavujú kauzy, kde je štát žalovaný za obmedzovanie aktivít, ktoré podľa žalobcu „nikomu neškodí“ a sú len „virtuálnou realitou“, „simuláciou zakázaného“, resp. „hrou na zločin“. V USA ide napr. o virtuálnu detskú pornografiu, v Európe zasa o laserovú hru simuluj-

úcu zabíjanie ľudí, či o tzv. hod trpaslíkmi. Obhajcovia týchto aktivít argumentujú, že pri nich buď úplne absentuje reálna obeť (virtuálna detská pornografia, laserová simulácia zabíjania), alebo tu reálna obeť síce svojím spôsobom je, ale so svojou pozíciou súhlasí, je za ňu platená, a navyše jej nevzniká prakticky žiadna

\* JUDr. Jana Martinková, PhD., Katedra ústavného práva, Právnická fakulta Trnavskej univerzity

fyzická ujma (hod trpaslíkmi). Nasledujúci text približuje, ako sa s touto otázkou vysporiadal Európsky súdny dvor, Komisia OSN pre ľudské práva a Najvyšší súd USA.

**Európsky súdny dvor: *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* (2004)<sup>1</sup>**

Nemecká spoločnosť Omega začala v auguste 1994 v Bonne prevádzkovať zariadenie známe ako „laserdrome“. Toto zariadenie bolo určené na realizáciu tzv. laserového športu, inšpirovaného filmom *Hviezdne vojny*. Hráči sa pohybovali v labyrinte, pričom dostali laserové zbrane a vesty, na ktorých boli spredu i zozadu pripevnené senzory. Desať takýchto sensorov sa nachádzalo i v chodbách labyrintu. Každý výstrel hráča bol opticky projektovaný laserovým lúčom; zásahy sprevádzali akustické i optické signály. Cieľom hry bolo nazbierať čo najviac bodov v priebehu 15 minút. Hráč získaval body za každý zásah do senzoru a strácal ich, keď bol sám zasiahnutý. Technické vybavenie pre „laserdrome“ dodávala Omega britská spoločnosť Pulsar.

Ešte pred verejným otvorením opísaného zariadenia proti nemu protestovala časť verejnosti. V septembri 1994 vydala bonnská polícia opatrenie, ktorým Omegu zakázala, aby vo svojich priestoroch prevádzkovala „hry s cieľom strieľania na ľudské ciele, využívajúce laserový lúč alebo iné technické prostriedky (ako napr. infračervený lúč), čiže tzv. 'hranie sa na zabíjanie ľudí', a to pod pokutou 10.000 DEM za každú hru. Toto opatrenie bolo vydané v rámci zákonného ustanovenia, ktoré policii umožňovalo „podniknúť opatrenia nevyhnutné na odvrátenie hrozby voči verejnému poriadku alebo bezpečnosti“. Podľa polície hry prevádzkované Omegou predstavovali ohrozenie verejného poriadku, keďže v nich obsiahnuté simulované zabíjanie a trivializácia násilia sú v rozpore so základnými hodnotami prevládajúcimi vo verejnej mienke.

Omega sa proti zákazu odvolala postupne až na Spolkový správny súd, ktorý v súvislosti s touto kauzou inicioval konanie o predbežnej otázke pred Európskym súdnym dvorom. Komerčné využívanie „zabíjacej hry“ v zariadení Omegy je podľa Spolkového správneho súdu v rozpore s ľudskou dôstojnosťou, ktorá je ako ústavný princíp zakotvená v čl. 1 nemeckého Základného zákona. Tento princíp môže byť porušený buď ponížujúcim zaobchádzaním s protivníkom (k čomu tu nedošlo), alebo tým, že sa v hráčovi prebudí, resp. posilní postoj popierajúci základné právo každej osoby byť uznaná a rešpektovaná, tak ako v tomto prípade reprezentáciou fiktívnych aktov násilia pre účely hry.

Práva, ktorých sa Omega domáha v rámci národného právneho poriadku, nemôžu ísť na úkor ľudskej dôstojnosti ako kľúčového ústavného princípu. Nie je však jasné, či namietané opatrenie nie je v rozpore s komunitárnym právom, konkrétne so slobodou poskytovania služieb podľa čl. 49 Zmluvy ES. Omega totiž získavala technické vybavenie pre „laserdrome“ od britskej spoločnosti Pulsar, ktorej namietaný zákaz znemožňuje poskytovať služby nemeckému zákazníkovi, hoci porovnateľné služby poskytuje vo svojom vlastnom štáte. Porušený môže byť aj čl. 28 Zmluvy ES o voľnom pohybe tovaru, keďže Omega chce dovážať svoje vybavenie zo Spojeného kráľovstva. Vo všeobecnosti je sporné, či môže jeden členský štát EÚ obmedziť určitú kategóriu služieb, resp. tovaru len v prípade, ak v tomto smere existuje spoločný právny štandard vo všetkých členských štátoch. Predbežnú otázku preto sformuloval Spolkový správny súd nasledovne: Je v súlade s ustanoveniami o slobode poskytovania služieb a voľnom pohybe tovaru v Zmluve ES, ak je v rámci národného práva zakázaná určitá komerčná aktivita – v tomto prípade prevádzkovanie zariadenia, v ktorom je simulované zabíjanie – pretože sa prieči hodnotám zakotveným v národnej ústave?

Európsky súdny dvor (ďalej len „Súd“) v úvode uznal, že v prejednávacom prípade došlo k zásahu do slobody poskytovania služieb i do voľného pohybu tovaru; zásah do voľného pohybu tovaru je tu však len nevyhnutným dôsledkom zásahu do slobody poskytovania služieb, a preto sa ním Súd nebude zaoberať samostatne. Pokiaľ ide o slobodu poskytovania služieb, táto môže byť v zmysle čl. 46 Zmluvy ES obmedzená napr. v záujme verejného poriadku, čo je v danom kontexte relevantný záujem. Členský štát sa ho však môže dovoliť len vtedy, ak existuje skutočné a dostatočne závažné ohrozenie fundamentálneho záujmu spoločnosti. V prejednávacom prípade dospeli národné súdy k záveru, že dotknutá aktivita predstavuje hrozbu pre verejný poriadok, nakoľko – v súlade s prevládajúcou verejnou mienkou – sa prieči základnej hodnote národnej ústavy, konkrétne ľudskej dôstojnosti. V tejto súvislosti nemožno pochybovať o tom, že ochrana ľudskej dôstojnosti patrí medzi všeobecné právne princípy, ktorých dodržiavanie Súd zabezpečuje, a že teda tvorí súčasť komunitárneho práva.

Navyše, obmedzenie slobody poskytovania služieb je oprávnené len vtedy, ak je nevyhnutné na ochranu príslušných záujmov, a len v rozsahu, v ktorom tieto záujmy nemožno dosiahnuť menej reštriktívnymi opatreniami. Na druhej strane, obmedzenie zo strany jedného členského štátu nemusí korešpondovať štandardu zdieľanému všetkými členskými štátmi, pokiaľ ide o konkrétny spôsob ochrany relevantného záujmu. Potrebnosť a proporcionalita skúmaného obmedzenia preto nie sú vylúčené len z dôvodu, že daný členský

<sup>1</sup> Rozhodnutie zo 14. 10. 2004, č. C-36/02. Opis skutkového stavu prípadu, obsiahnutý v tomto článku, vychádza aj zo stanoviska generálneho advokáta z 18. 3. 2004.

štát si zvolil odlišny systém ochrany ako in člen-  
sk štát.

„V tejto kauze,“ uzatvára Súd, „treba poukázať po  
prv na to, že podľa referujceho súdu zákaz komer-  
ného využívan hier obsahujících simuláciu aktov n-  
sila proti osobám, najmä reprezentáciu zabíjania, ko-  
rešponduje úrovni ochrany ľudskej dostoynosti, ktor  
sa nrodn stava snaží garantovať na území Spolko-  
vej republiky Nemecko. Treba ďalej tiež poukázať na  
to, že zakzanm len tej varianty laserovej hry, kto-  
rej cieľom je strieľať na ľudské cieľe, a teda ‘hranie sa  
na zabíjanie’ ľudí, nešlo namietan opatrenie nad r-  
mec toho, čo bolo nevyhnutn na dosiahnutie zámeru  
sledovaného kompetentnmi nrodnmi orgánmi.“ Za  
uvedených okolností nemožno prslušn opatrenie hod-  
notiť ako neoprávnen zásah do slobody poskytovana  
služíeb.

Výrok rozhodnutí Súdu znie nasledovne: „Komu-  
nitrne právo nevyklčuje, aby bola ekonomick aktivi-  
ta spoivajca v komerčnom využívan hier simulujú-  
cch akty zabíjania predmetom nrodnho zakazujúce-  
ho opatrena, prijatého na základe ochrany verejného  
poriadku z dvodu, že táto aktivita je v rozpore s ľud-  
skou dostoynostou.“

#### Komisia OSN pre ľudské práva: *Wackenheim v. Francúzsko (2002)*<sup>2</sup>

Szažovateľom bol francúzsky občan trpasľiceho  
vzrastu, ktor začal v roku 1991 uinkovať v podu-  
jatiach známych ako „hod trpasľikmi“. Tto „hra“ bo-  
la spravidla realizovan v rámci diskotk a jej princíp  
spoival v tom, že uastníci hádzali szažovateľa (ktor  
mal na sebe ochrann oblečenie) na krátku vzdialenosť  
(s dopadom na mkk podložíku). V tom istom roku  
vydalo franczské ministerstvo vnútra obežník o do-  
hľade nad verejnými podujatiami, ktor inštruoval mi-  
estne orgány, aby hod trpasľikmi zakázali; obežník sa  
odvolával o.i. na čl. 3 Európskeho dohovoru o ľudských  
právach (zákaz mučenia a neľudského alebo ponižujú-  
ceho zaobchádzania či trestu). Keď bol zákaz vydan  
voči szažovateľovi, odvolal sa proti nemu na súd a jeho  
kauza sa dostala až pred Conseil d’tat ako najvy-  
šiu inštanciu správneho sdництва. Tento orgán rozhodol  
v neprospech szažovateľa – argumentujúc, že hod  
trpasľikmi ako také (bez osobitných „pražujcch“  
okolností) je v rozpore s ľudskou dostoynostou. Ochr-  
na ľudskej dostoynosti pritom tvorí súčasť verejného  
poriadku, a pokiaľ urcit aktivita narušuje verejn po-  
riadok, môže byť zakzan napriek tomu, že je realiz-  
ciou slobody zamestnnia a podnikania.

Szažovateľ sa obrátil na Komisiu OSN pre ľudské  
práva (ďalej len „Komisia“). Uviedol, že zostal od uve-  
denho vnútroštátneho zákazu bez zamestnnia, že vo

Francúzsku nie je pre trpasľikov žiadna in práca, a že  
je to práve tento zákaz, ktor je v rozpore s ľudskou  
dostoynostou, keďže t vyžaduje, aby človek mal šan-  
cu nájsť si prácu. Szažovateľ namietol porušenie via-  
cerch článkov Medzinárodného paktu o občianskych  
a politických právach (o.i. práva na slobodu, zamest-  
nanie či ochranu súkromného života). Komisia však  
jednotliv námietky vyhlásila z rôznych dôvodov (na-  
pr. kvli nevyerpaniu dostupných domácích prostried-  
kov nápravy) za neprijateľn a meritórne rozhodla  
len o námietke diskriminácie v rámci čl. 26 Paktu.

Komisia najprv pripomenula, že podľa jej doteraj-  
šej judikatúry je diskrimináciou v zmysle čl. 26 Paktu  
len také odlišn zaobchádzanie, ktor nemá objektív-  
ne a rozumn opodstatnenie. V prejednávanej kauze  
sa zákaz hodu trpasľikmi, uplatňovan šttom, vz-  
huje len na trpasľikov. Je tomu tak ale preto, že len  
tieto osoby môžu byť objektami „hodu“. Z toho vypl-  
va, že diferenciací medzi osobami zasiahnutými z-  
kazom (tj. trpasľikmi) a osobami, na ktor sa zákaz  
nevzťahuje (tj. tmi, ktor nie sú postihnut trpasľicm  
vzrastom) spoiva na objektívnom dôvode a nie je svo-  
jim uelom diskrimincn. „Žalovan štát v tejto kau-  
ze demonštroval,“ pokračuje Komisia, „že zákaz ho-  
du trpasľikmi, tak ako bol uplatnen voči szažovateľa-  
vi, nepredstavoval zneužit moci, ale bol nevyhnutn  
na ochranu verejného poriadku, čo vnáša do hry úva-  
hy o ľudskej dostoynosti, ktor sú zluiteľn s cieľmi  
Paktu.“

Komisia pripustila, že existuj ďalšie aktivity, kto-  
r nie sú zakzan, ale potenciálne môžu byť zakzan  
z podobných dôvodov ako hod trpasľikmi. Na druhej  
strane, samotn tento fakt nepostačuje na to, aby bol  
zákaz hodu trpasľikmi vyhlsen za diskrimináciu –  
berúc do úvahy skutočnosť, že dan zákaz je založený  
na objektívnych a rozumných kritriach, ako aj to, že  
szažovateľ nepreukázal jeho diskrimincn uel. Z uve-  
dench dôvodov Komisia dospela k záveru, že v prejed-  
nvanom prípade nedošlo k porušeniu čl. 26 Paktu.

#### Najvyš súd USA: *Ashcroft v. Free Speech Coalition (2002)*<sup>3</sup>

Najvyš súd USA (ďalej len „Súd“) v tejto kauze  
skúmal, či federálny zákon o prevencii detskej porno-  
grafie z roku 1996 porušuje slobodu prejavu, zarue-  
n Prvým dodatkom k stave USA. Uveden zákon  
zakázal držbu a distribúciu nielen pornografie zobra-  
zujcej skutocn deti, ale aj tzv. virtuálnej detskej  
pornografie. Zákon ju definoval ako pornografiu, ktor  
sa len „javí“ zobrazovať skutocn deti; patria sem na-  
pr. materiály s dospelými osobami vyzerajcimi ako  
deti, a predovšetkým materiály vyroben s pomocou  
poitaovch technológií.

<sup>2</sup> Rozhodnutie z 26. 7. 2002, . 854/1999.

<sup>3</sup> Rozhodnutie zo 16. 4. 2002, 535 U.S. 234.

V zmysle dovtedajšej judikatúry Súdu platilo, že pornografiu je možné vo všeobecnosti zakázať len v prípade „obscénnosti“ (tento pojem Súd ďalej podrobne definoval), kým detská pornografia je neprípustná v každom prípade, a to v záujme ochrany detí využívaných pri jej výrobe. Prejednávaná kauza teda nastolila otázku, či je v súlade s ústavou, ak štát zakáže prejav, ktorý nie je „obscénny“ (podľa definície Súdu to napr. znamená, že oplýva určitou vedeckou či umeleckou hodnotou) a pri výrobe ktorého nie sú využívané skutočné deti (tj. nevznikajú v rámci nej žiadne „obete“). Vláda argumentovala, že aj keď virtuálna detská pornografia nepoškodzuje deti priamo v procese svojej výroby, robí tak inými spôsobmi. Súd sa týmto argumentom venoval jednotlivo.

Po prvé, pedofili môžu podľa vlády využívať virtuálnu detskú pornografiu na to, aby povzbudili deti k účasti na sexuálnych aktivitách (dieťa, ktoré sa najprv zdráha vyhovieť dospelému, môže byť presvedčené tým, že vidí zobrazenia iných detí, ako sa pri požadovanej činnosti „zabávajú“). Súd uvedený argument odmietol s tým, že na obdobný účel možno využiť aj množstvo iných vecí, ako napr. sladkosti či hračky, ale preto ešte nie je nevyhnutné ich zakazovať. Navyše, podľa už existujúcich predpisov môže štát trestne stíhať osoby, ktoré vystavujú deti nevhodným materiálom, resp. robia im nezákonné návrhy – čo v tomto smere na ochranu detí postačuje.

Po druhé, vláda uviedla, že virtuálna detská pornografia „stimuluje sexuálny apetít pedofilov“, a povzbudzuje ich tak k tomu, aby sa dopúšťali sexuálneho zneužívania detí. Podľa Súdu je však normálnou metódou prevencie nezákonného konania ukladanie príslušných sankcií vo vzťahu k tým, ktorí sa ho dopustili. Štát nesmie zakázať určitý prejav len preto, že zvyšuje šance na spáchanie nezákonného činu „v nedefinovanom budúcom momente“. Takýto zákaz je prípustný len vo vzťahu k prejavu, ktorý „smeruje k okamžitému nezákonnému činu a je pri ňom pravdepodobné, že vyvolá uvedený čin“. V tomto zmysle vláda nepreukázala dostatočne silnú súvislosť medzi virtuálnou detskou pornografiou a zneužívaním detí.

Tretí argument vlády spočíval v tom, že zákaz virtuálnej detskej pornografie je nevyhnutný za účelom eliminovania trhu s „reálnou“ pornografiou. Virtuálne i reálne zobrazenia sú totiž súčasťou rovnakého trhu, pričom môže byť (kvôli vyspelosti súčasných počítačových technológií) ťažké navzájom ich od seba odlíšiť. Podľa Súdu je tento argument vratký: pokiaľ by boli virtuálne zobrazenia skutočne identické s reálnymi, tie reálne (vytvorené s využitím skutočných detí) by boli postupne vytlačené z trhu virtuálnymi substitútmi. Len málokto by totiž riskoval trestné stíhanie za zneu-

žívanie detí, pokiaľ by rovnaký účel splnili počítačom vytvorené materiály.

Štvrtý a posledný argument vlády súvisí s tretím: vláda poukázala na to, že pokiaľ je virtuálna detská pornografia povolená, sťažuje to trestné stíhanie osôb za „reálnu“ pornografiu; môže byť totiž problematické dokázať, že daný materiál bol vyrobený za využitia skutočných detí, a nemá „virtuálnu povahu“. Nevyhnutným riešením je preto zakázať oba druhy prejavu. Podľa Súdu však štát nemôže zakázať chránený prejav, aby tak obmedzil nechránený prejav. Ústava vyžaduje opak: štát nesmie zakázať nechránený prejav, pokiaľ by to postavilo mimo zákon alebo prinajmenšom „spochybnilo“ aj značné množstvo chráneného prejavu.

Súd uzavrel svoje rozhodnutie tým, že virtuálna detská pornografia nie je – na rozdiel od „reálnej“ detskej pornografie – „inherentne spojená“ so sexuálnym zneužívaním detí. Pokiaľ vláda tvrdí, že takéto materiály môžu viesť k prípadom zneužívania detí, kauzálna súvislosť je tu len možná a nepriama. Skúmaná právna úprava je preto v rozpore s ústavnou garanciou slobody prejavu.<sup>4</sup>

## ZÁVER

Hoci sa všetky tri opísané rozhodnutia týkajú oblasti, ktorú som v úvode tohto článku vymedzila ako „hru na zločin“, nemožno ich samozrejme rovnocenne porovnávať: majú iný konkrétny vecný predmet a vychádzajú z odlišného právneho kontextu (prvé dve rozhodnutia sú dielom medzinárodných, resp. nadnárodných orgánov, kým tretie má vnútroštátny charakter; možno tu tiež zmieniť napr. tradične silnú ochranu slobody prejavu v USA). S touto výhradou sa však predsa len pokúsím sformulovať určité zovšeobecnenie. Uvedené rozhodnutia podľa mňa predstavujú dva zásadné právne prístupy k otázke „hry na zločin“: kým Najvyšší súd USA požaduje za účelom zákazu „hry na zločin“ priamu a jednoznačnú kauzálnu súvislosť medzi danou aktivitou a trestnou činnosťou, Európsky súdny dvor a Komisia OSN pre ľudské práva si pri odobrení takýchto zákazov „vystačia“ so všeobecným poukazom na ľudskú dôstojnosť.

Nie je celkom jasné, ako daný poukaz interpretovať. Čo presne znamená, že určité druhy „hier“ sú v rozpore s ľudskou dôstojnosťou? Treba toto tvrdenie chápať ako uznanie argumentu, že „hra na zločin“ môže mať za určitých podmienok potenciál viesť k následnej trestnej činnosti – a to potenciál dostatočne silný na to, aby to odôvodnilo jej zákaz? Dospelí teda Európsky súdny dvor a Komisia OSN pre ľudské

<sup>4</sup> K tomuto verdiktu napísali čiastočné alebo úplne odlišné stanovisko štyria z deviatich sudcov Súdu, ktorí sa sústredili predovšetkým na štvrtý argument vlády: záujem na tom, aby sa trestnému stíhaniu za „reálnu“ detskú pornografiu nedalo uniknúť tvrdením, že príslušný materiál je v skutočnosti vytvorený počítačom. Hoci uvedená taktika zo strany stíhaných osôb zatiaľ nikdy nebola úspešná, technológia môže podľa týchto sudcov čoskoro dospieť do štádia, keď už nebude možné sankcionovať „reálnu“ detskú pornografiu, pretože štát nebude schopný dokázať, že ide o zobrazenia skutočných detí.

práva (v okolnostiach svojich prípadov) k opačnému záveru, ako Najvyšší súd USA? Alebo treba hľadať rozpor „hier na zločin“ s ľudskou dôstojnosťou skôr (či výlučne) vo vzťahu k osobám samotných participantov – v tom zmysle, že je pre nich účasť na takýchto „hrách“ (či už v pozícii „páchateľa“, „obete“ alebo „pozorovateľa“) príliš „nedôstojná“ – inými slovami, že človeku jednoducho „nepripadá“ simulácia zabíjania, násilia či zneužívania, a to bez ohľadu na to, k akému stupňu „externej škody“ môže preukázateľne viesť?

Pokiaľ ide o druhý z naznačených výkladov, možno zrejme diskutovať o tom, do akej miery sa blíži paternalistickému ponímaniu štátu v zmysle inštitúcie, ktorá chráni jednotlivca aj „pred sebou samým“, resp. ktorá mu vnucuje svoju predstavu morálky i vo sfére, ktorá sa – aspoň bezprostredne – týka len jeho samotného.<sup>5</sup> Možno sa tiež zamyslieť nad tým, aké obzory tento výklad odкрýva pre inštitút, resp. právo ľudskej dôstojnosti – či už v kontexte „hry na zločin“<sup>6</sup>, alebo aj v iných oblastiach. Ľudská dôstojnosť je (príjajmenšom vo svojej „explicitnej“ podobe) v rámci ce-

leoeurópskej ochrany ľudských práv relatívnym nováčikom. V Charte základných práv EÚ, ktorá tvorí súčasť novej Európskej ústavy, upravuje ľudskú dôstojnosť hneď prvé ustanovenie.<sup>7</sup> Pred kauzou *Omega* pritom rozhodoval Európsky súdny dvor o porušení ľudskej dôstojnosti len raz – v roku 2001, keď skúmal smernicu o právnej ochrane biotechnologických vynálezov.<sup>8</sup> Naopak, v Európskom dohovore o ľudských právach nie je ľudská dôstojnosť výslovne zmienaná vôbec. Európsky súd pre ľudské práva však v roku 2002 v súvislosti s problematikou eutanázie konštatoval, že ochrana ľudskej dôstojnosti a ľudskej slobody je „samotnou podstatou Dohovoru“<sup>9</sup> a vzápätí sa na tento výrok odvolal aj v kauze týkajúcej sa transsexuálov<sup>10</sup>; napokon, v roku 2004 naznačil, že ochrana nenarodeného dieťaťa vyplýva skôr z ľudskej dôstojnosti než z práva na život.<sup>11</sup> Uvedené kauzy naznačujú smery, ktorými sa môže – príjajmenšom v európskom kontexte – uberať ochrana ľudskej dôstojnosti, a ktoré potom môžu spätne ovplyvniť aj právnu reguláciu „hry na zločin“.

<sup>5</sup> Klasickým dielom hlásajúcim tézu, že štát môže (dospelému a mentálne spôsobilému) jednotlivcovi zakázať len také konanie, ktorým poškodzuje iných, je spis J. S. Milla *O slobode* (1869). Predstaviteľom opačného názoru je spomedzi súčasných sudcov Najvyššieho súdu USA predovšetkým sudca Scalia, ktorý napr. hlasoval za zákaz vystupovania nahých tanečníč v zábavných zariadeniach pred dospelým a „uzrozumeným“ publikom v kauze *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* (1991) [„Naša spoločnosť – tak ako všetky civilizované spoločnosti – zakazuje určité aktivity nie preto, že poškodzuju iných, ale preto, že sú považované – použijúc tradičnú frázu – za 'contra bonos mores', t.j. nemorálne. V Amerike sa takéto zákazy vzťahujú napr. na sadomasochizmus, kohútie zápasy, beštialitu, samovraždu, užívanie drog, prostitúciu a sodómiu.“], ako aj za zákaz homosexuálnych praktík medzi dospelými a súhlasiacimi osobami v kauze *Lawrence v. Texas* (2003) [„Nespočetné súdne rozhodnutia a legislatívne úpravy spočívajú na starobylom predpoklade, že presvedčenie viadnucej väčšiny o 'nemorálnosti a neakceptovateľnosti' určitého sexuálneho správania predstavuje racionálny základ pre jeho reguláciu.“ Medzi príklady tu Scalia zahŕňa aj zákaz bigamie, manželstva osôb rovnakého pohlavia či incestu medzi dospelými.].

<sup>6</sup> Tu asi prichádzajú na myseľ ako prvé najrôznejšie druhy počítačových a vôbec elektronických hier s „bojovým prvkom“.

<sup>7</sup> Toto ustanovenie znie: „Ľudská dôstojnosť je neporušiteľná. Musí byť rešpektovaná a chránená.“ Celá Kapitola I Charty má pritom názov „Dôstojnosť“ a v ďalších jej ustanoveniach je zaručené právo na život, právo na osobnú integritu, zákaz mučenia a nelidského alebo ponižujúceho zaobchádzania alebo trestu, a napokon zákaz otroctva a nútenej práce.

<sup>8</sup> *Holandské kráľovstvo v. Európsky parlament a Rada*; rozhodnutie z 9. 10. 2001, č. C-377/98. Podrobnejšie MARTINKOVÁ, J.: *Ochrana ľudských práv v Európskej únii*. In: EUROPEANA – Štúdie a analýzy. Kalligram, Bratislava 2004, s. 18–19.

<sup>9</sup> *Pretty v. Spojené kráľovstvo*, rozhodnutie z 29. 4. 2002, § 65.

<sup>10</sup> *Christine Goodwin v. Spojené kráľovstvo*, rozhodnutie z 11. 7. 2002, § 90.

<sup>11</sup> *Vo v. Francúzsko*, rozhodnutie z 8. 7. 2004, § 84.

## Právna úprava verejného obstarávania v SR

Andrea Moravčíková\*

Príspevok venovaný téme verejné obstarávanie nie je rozborom problémov, ktoré verejné obstarávanie v praxi prináša, ale komplexným pohľadom na právnu úpravu, ktorá prešla vi-

acerými zmenami. Vzhľadom na prijatie novej právnej úpravy zákonom č. 523/2003 Z.z., účinnnej od 1. 1. 2004, autorka považovala za potrebné niektoré inštitúty osvetliť a obsah zákona

\* JUDr. Andrea Moravčíková, PhD., Právnická fakulta UK Bratislava

transformovať do stručnej a prehľadnej štruktúry. Príspevok sa nesnaží riešiť mnohé problémy, ktoré v procese obstarávania často nastávajú. Zámerom bolo objasniť základné princípy verejného obstarávania v novej slovenskej právnej úprave a poskytnúť českej odbornej verejnosti prehľadnú štruktúru a terminológiu tohto obširného právneho predpisu.

## 1. VŠEOBECNE K PRÁVNEJ ÚPRAVE VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA

V oblasti nakladania s verejnými prostriedkami pôsobí regulácia voľného výberu zmluvného partnera, hovoríme o verejnom obstarávaní. Zákon č. 523/2003 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene zákona č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v znení neskorších predpisov, ktorý je komplexnou zákonnou úpravou verejného obstarávania, je poslednou verziou niekoľkoročnej legislatívnej snahy dosiahnuť kompatibilitu právnej úpravy s úpravou v EÚ a v porovnaní s predchádzajúcou úpravou<sup>1</sup> možno povedať, že dosahuje potrebné kvality európskeho štandardu.

Okrem nevyhnutného rešpektovania príslušných smerníc pre oblasť verejného obstarávania, ktoré boli do zákona transponované, zákonná úprava sa od roku 1993 vyvíjala na princípoch definovaných modelovou úpravou verejného obstarávania, spracovaným Komisiou OSN pre medzinárodné obchodné právo<sup>2</sup>.

Zákon ustanovuje metódy a postupy verejného obstarávania používané obstarávateľmi pri uzavieraní verejných zmlúv na dodanie tovaru, zmlúv na uskutočnenie prác alebo zmlúv na poskytnutie služieb a určuje pôsobnosť Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „Úrad“).

Pre účely členenia predmetu obstarávania zákon definuje obstarávanie

- a) tovarov – t.j. výrobky, zariadenia a iné veci ponúkané na trhu a určené na predaj,
- b) prác – t.j. stavebných prác a s nimi súvisiacich dodávateľských prác potrebných na zhotovenie stavby v pozemnom staviteľstve alebo v inžinierskom staviteľstve,
- c) služieb – t.j. finančných služieb, právnych služieb, projektových služieb, inžinierskych služieb, remeselných služieb a ďalších služieb.

Pokiaľ ide o dispozíciu s verejnými zdrojmi, primárne platí predpoklad povinnosti použiť postup

podľa zákona o verejnom obstarávaní. Existujú aj situácie, kedy nie je takýto postup vhodný, či už z dôvodu špecifickosti predmetu obstarávania alebo subjektu, ktorý tovary či služby poskytuje. Zákon presne stanovuje výnimky z povinnosti použiť verejné obstarávanie, najčastejšie napríklad pri uzavieraní zmlúv

- ktorých predmet tvoria utajované skutočnosti,
- zmlúv týkajúcich sa služieb v rozhodcovských veciach, arbitrážnych veciach alebo zmierovacích konaniach,
- zmlúv ktorých predmetom je poskytovanie finančných služieb súvisiacich s emisiou, predajom, nákupom a prevodom cenných papierov,
- ktorých predmetom sú činnosti vykonávané Národnou bankou Slovenska,
- ktorých predmetom je nadobúdanie vlastníctva alebo nájom nehnuteľností a s nimi súvisiacich práv,
- ktorých obsahom je vznik, zmena alebo zánik pracovného pomeru alebo obdobného pracovno-právneho vzťahu,
- a ďalšie.

## 2. PÔSOBNOSŤ ZÁKONA

Pôsobnosť zákona je všeobecne vymedzená určitým okruhom subjektov, na ktoré sa zákon vzťahuje, a predpokladanou cenou predmetu obstarávania.

Subjekty povinné postupovať podľa zákona označujeme ako obstarávateľia a možno ich rozdeliť na dve skupiny:

- A. obstarávateľia tzv. klasického sektora, ktorí sú špecifikovaní v ust. § 4
- B. obstarávateľia tzv. sektora prirodzených monopolov, špecifikovaní v ust. § 5

### A. Obstarávateľ z oblasti klasického sektora je

- a) Slovenská republika zastúpená orgánom štátnej správy, orgánom alebo úradom vykonávajúcim štátne záležitosti,
- b) obec a vyšší územný celok,
- c) iná organizácia riadená verejným právom,
- d) združenie právnických osôb, ktorého členom je aspoň jeden z vyššie uvedených obstarávateľov.

Inou organizáciou riadenou verejným právom sa rozumie právnická osoba založená alebo zriadená na osobitný účel plnenia potrieb vo verejnom záujme, kto-

<sup>1</sup> Predchodcami zákona č. 523/2003 Z.z. sú zákon č. 263/1993 Z.z. o verejnom obstarávaní tovarov, služieb a verejných prác a následne zákon č. 263/1999 Z.z. o verejnom obstarávaní.

<sup>2</sup> UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods and Construction (1993); Official Records of the General Assembly, Forty-eighth Session, Supplement No. 17 (A/48/17).



rý nemá priemyselný charakter alebo komerčný charakter, a

- a) je úplne alebo z väčšej časti **financovaná** obstarávateľom podľa písmena a) až c) **alebo**
- b) je **riadená** alebo kontrolovaná obstarávateľom podľa písmena a) až c) **alebo**
- c) obstarávateľ podľa písmena a) až c) **vymenúva alebo volí** viac ako polovicu členov jej riadiaceho orgánu alebo kontrolného orgánu.

**B. Obstarávateľ zo sektora prirodzených monopolov** je právnická osoba pôsobiaca v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a telekomunikácií, splňajúca nasledovné podmienky:

- a) je obstarávateľom klasického sektora a zároveň vykonáva aspoň jednu z činností definovaných v ust. § 5 ods. 2<sup>3</sup>,
- b) obstarávateľ klasického sektora má na takúto osobu priamy alebo nepriamy rozhodujúci vplyv<sup>4</sup>,
- c) iná právnická osoba, ktorá má právo využívať osobitné právo alebo výlučné právo pri vykonávaní svojich činností a vykonáva aspoň jednu z činností definovaných v ust. § 5 ods. 2.

Na základe verejného obstarávania získava obstarávateľ zmluvného partnera. Tento postup je však odlišný od postupu subjektov súkromného práva pri uzatváraní obchodných zmlúv.

Všeobecne v obchodnoprávných vzťahoch platí úprava podľa ust. § 43 a nasl. OZ spolu s ust. § 269 a nasl. ObZ. Pri uzatváraní zmluvy podľa ust. § 43 a nasl. Občianskeho zákonníka, kde nájdeme všeobecnú úpravu kontraktácie, hovoríme v predkontraktačnej fáze, teda o spôsobe platného uzavretia zmluvy, ktorý sa riadi určitými princípmi. Pri vzniku zmluvy musia byť na začiatku komunikácie osob, ktorých záujmom je zmluvu uzavrieť. Osoba, ktorá predkladá návrh a uzavretie zmluvy sa označuje ako oferent a osoba, ktorej je návrh určený, oblát. Následne sa oblát, ktorý prijíma ofertu, označuje ako akceptant.

Okrem predpokladu prijatia oferty je dôležitou podmienkou dovoľenosť návrhu a ďalšie náležitosti platnosti právneho úkonu. V prípade obchodnoprávneho vzťahu je potrebné naplniť požiadavky ust. § 269 Obchodného zákonníka, teda návrh musí mať podstatné náležitosti zmluvy (okrem explicitne uvedených výnimiek). Občiansky zákonník ďalej určuje momenty, ako je možnosť odvolania a zrušenia návrhu na uzavretie zmluvy a zánik oferty. Ofertu nie je možné ak-

ceptovať mlčky, hoci za akceptáciu možno považovať aj konkludentný súhlas, s ktorým je spojené určité konanie vnímané medzi stranami ako prejav súhlasu. Zákon veľmi podrobne vymedzuje momenty, ktoré sú hranicami viazanosti návrhom pre oferenta a akceptanta, možnosti platného odvolania, a tieto sú vždy spojené s určitými typickými znakmi.

Všetky tieto princípy a postupy sú v procese verejného obstarávania nahradené presne špecifikovaným a formalizovaným postupom určeným v zákone o verejnom obstarávaní. Strany sa v predkontraktačnej fáze označujú ako obstarávateľ a

- uchádzač – každá fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá dodáva tovar, uskutočňuje prácu alebo poskytuje službu a predloží ponuku
- záujemca – každá fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá dodáva tovar, uskutočňuje prácu alebo poskytuje službu a má záujem o účasť v užšej súťaži, v rokovacom konaní so zverejnením alebo v rokovacom konaní bez zverejnenia
- koncesionár – fyzická osoba alebo právnická osoba, alebo skupina vytvorená viacerými osobami, s ktorou bola uzavretá koncesná zmluva metódami a postupmi podľa tohto zákona. **Koncesná zmluva** je zmluva rovnakého typu ako zmluva na uskutočnenie práce s tým rozdielom, že úhrada za práce, ktoré sa majú uskutočniť, je kompenzovaná právom užívať stavbu na dohodnutý čas, ktoré môže byť spojené s peňažným plnením zo strany obstarávateľa uvedeného v § 4 ods. 1.

V ďalšom výklade budeme používať pre účely označenia potenciálneho zmluvného partnera, t.j. uchádzača alebo záujemcu, jeden termín **uchádzač**, ktorý možno považovať za širší termín.

Jedným z princípov zákona je aj povinnosť, že na metódy a postupy upravené týmto zákonom sa **nevzťahujú pravidlá pre obchodnú verejnú súťaž podľa ust. § 281 až 288 Obchodného zákonníka**.

Ďalšou dôležitou skutočnosťou je povinnosť uzatvárať verejné zmluvy výlučne **v písomnej podobe**. Zákon umožňuje uzavrieť aj tzv. rámcovú zmluvu, ktorou je písomná dohoda medzi obstarávateľom a jednou alebo viacerými fyzickými osobami alebo právnickými osobami oprávnenými na dodanie tovarov, uskutočnenie prác alebo poskytovanie služieb. Účelom tejto zmluvy je ustanovenie podmienok, najmä o cene, spôsobe uzavierania čiastkových zmlúv v určenom období,

<sup>3</sup> Týmito činnosťami sú napr. poskytovanie prístupu k verejným sieťam súvisiacim s výrobou, dopravou a distribúciou pitnej vody, elektriny alebo plynu; ďalej to môžu byť činnosti v oblasti prieskumu a ťažby ropy, uhlia, plynu a pod., ako aj prevádzkovanie letísk, MHD, autobusovej a železničnej dopravy, telekomunikácie atď.

<sup>4</sup> Rozhodujúcim vplyvom sa rozumie, že obstarávateľ v danom subjekte

a) vlastní väčšinu akcií alebo väčšinový obchodný podiel alebo

b) ovláda väčšinový podiel na hlasovacích právach, alebo

c) vymenúva viac ako polovicu členov správneho, výkonného alebo kontrolného orgánu.

případne o predpokladanom množstve. Následne obstarávatelia zo sektora prirodzených monopolov môžu použiť rokovacie konanie bez zverejnenia aj vtedy, ak ide o uzavretie čiastkovej zmluvy na základe platnej rámcovej zmluvy<sup>5</sup>.

### 3. METÓDY VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA

Metódy verejného obstarávania sú postupy, ktoré určujú akým spôsobom obstarávateľ vyberá z uchádzačov partnera na uzavretie zmluvy. Zákon rozlišuje 5 metód, ktorých výber je podmienený predovšetkým druhom obstarávateľa, ako aj ďalšími podmienkami, v ktorých má predmetná zmluva vzniknúť. Obstarávateľ klasického sektora použije na uzavretie zmluvy metódu **verejná súťaž** alebo **užšia súťaž**; metódu rokovacie konanie so zverejnením alebo metódu rokovacie konanie bez zverejnenia môže použiť výlučne v prípadoch, ak je splnená aspoň jedna z podmienok uvedených v § 61 alebo 66.

Obstarávateľ sektora prirodzených monopolov použije na uzavretie zmluvy metódu **verejná súťaž**, **užšia súťaž** alebo **rokovacie konanie so zverejnením**; metódu rokovacie konanie bez zverejnenia použije, len ak je splnená aspoň jedna z podmienok uvedených v § 66.

#### 3.1. VEREJNÁ SÚŤAŽ

Metóda, ktorá sa vyhlasuje pre **neobmedzený** počet uchádzačov na podanie ponuky na uzavretie zmluvy na obstaranie tovarov, prác alebo služieb.

#### 3.2. UŽŠIA SÚŤAŽ

Metóda, ktorú obstarávateľ vyhlasuje pre **neobmedzený** počet záujemcov.

Obstarávateľ môže **obmedziť** počet záujemcov, ktorých vyzve na predloženie ponuky, a to najmenej na 5 a najviac na 20. Ponuku môže predložiť len uchádzač, ktorého obstarávateľ vyzval na predloženie ponuky. Výzvu na predloženie ponuky obstarávateľ pošle len vybraným záujemcom, ktorí splnili podmienky účasti v užšej súťaži.

#### 3.3. ROKOVACIE KONANIE SO ZVEREJNENÍM

Túto metódu obstarávateľ vyhlasuje pre **neobmedzený** počet záujemcov, avšak môže **obmedziť** počet záujemcov, ktorých vyzve na rokovania najmenej na troch. Túto metódu môže použiť obstarávateľ

klasického sektora<sup>6</sup> iba za predpokladu, že je splnená **aspoň jedna** z týchto podmienok:

- a) v predchádzajúcej verejnej súťaži alebo v užšej súťaži boli všetky ponuky neregulérne, alebo inak neprijateľné a za predpokladu, že sa pôvodné zmluvné podmienky podstatne nezmenia; v tomto prípade obstarávateľ nie je povinný zverejniť oznámenie, ak na rokovanie vyzve všetkých uchádzačov, ktorí v predchádzajúcej verejnej súťaži alebo užšej súťaži splnili podmienky účasti a predložili ponuky podľa požiadaviek obstarávateľa,
- b) požiadavky na obstarávané služby, najmä na finančné služby, nemožno určiť dostatočne presne,
- c) obstarávané práce sa uskutočnia len na výskum a vývoj, a nie na vytváranie zisku alebo na krytie nákladov na výskum a vývoj,
- d) obstarávané práce alebo služby, alebo riziká s nimi spojené výnimočne neumožňujú určiť požiadavky na spôsob určenia ceny.

#### 3.4. ROKOVACIE KONANIE BEZ ZVEREJNENIA

Túto metódu verejného obstarávania môže obstarávateľ použiť len vtedy, ak je splnená aspoň jedna zo zákonom presne definovaných podmienok (napr. existencia výhradných práv k obstarávanému tovaru, mimoriadna udalosť spôsobujúca časovú tieseň, obstarávaný tovar sa využije len na tvorbu štátnych hmotných rezerv a pod.).

#### 3.5. SÚŤAŽ NÁVRHOV

Táto metóda je samostatným postupom **bez uzavretia zmluvy** alebo časťou postupu, ktorý vedie k uzavretiu zmluvy. Umožňuje obstarávateľovi získať najmä v oblasti územného plánovania, architektúry, stavebného inžinierstva a spracovania údajov návrh, ktorý vybrala **porota** v súťaži s udelením cien alebo bez udelenia cien.

Súťaž návrhov sa vyhlasuje pre **neobmedzený** počet záujemcov. Obstarávateľ môže obmedziť počet záujemcov najmenej na päť. V oznámení o vyhlásení súťaže návrhov obstarávateľ určí jasné a nediskriminačné podmienky účasti tak, aby zabezpečil dostatočný počet záujemcov, ktorí predložia návrhy. Prístup záujemcov z členských štátov Európskych spoločenstiev v súťaži návrhov nesmie byť obmedzený odkazom na určité územie alebo časť územia ani požiadavkou na určitú právnu formu. Obmedzením nie je požiadavka

<sup>5</sup> Rámcová zmluva v úprave verejných zákaziek v českej legislatíve je upravená výlučne pre oblasť obstarávateľov z odvetví vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a telekomunikácií – porovnaj MAREK, K.: Veřejné zakázky. Justičná revue, 56, 2004, č. 8–9, s. 955.

<sup>6</sup> Obstarávateľ zo sektora prirodzených monopolov používa túto metódu bez potreby splnenia uvedených podmienok.

na členstvo v stavovskej organizácii alebo v profesijnej komore.

c) oznámenia o vyhlásení metódy verejného obstarávania.

### 3.6. FINANČNÉ LIMITY

Metódy verejného obstarávania sa označujú v závislosti od predpokladanej ceny predmetu obstarávania ako

- nadlimitné,
- podlimitné,
- podprahové
  - podprahové s vyššou cenou
  - podprahové s nižšou cenou

Takéto členenie má význam predovšetkým v súvislosti s povinnosťami súvisiacimi s **oznamovaním** vyhlásenej metódy obstarávania a použitím špecifických postupov (napr. povinnosť zverejniť predbežné oznámenie, povinnosť zverejniť oznámenie v Úradnom vestníku EÚ pri nadlimitnej metóde, možnosť použiť zjednodušené postupy verejného obstarávania pri podprahových metódach atď.).

V prípade, že predmetom zmluvy je obstaranie tovaru, uskutočnenie práce alebo poskytnutie služby, ktorých úhrnná cena bez dane z pridanej hodnoty je **nižšia ako finančné limity**, zákon sa nepoužije a obstarávateľ môže vybrať zmluvného partnera bez formálnych povinností prieskumu trhu.

Pôsobnosť zákona vymedzená cenou predmetu obstarávania je v prípade obstarávania tovarov a služieb nad 50 000,- Sk bez DPH a v prípade prác nad 100 000,- Sk bez DPH.

Obstarávateľ sa nesmie vyhnúť použitiu metód a postupov verejného obstarávania podľa zákona vzhľadom na určené finančné limity, spôsobom určenia predpokladanej ceny ani rozdelením predmetu obstarávania alebo zmluvy.

## 4. VYHLASOVANIE VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA

Obstarávateľ klasického sektora vyhlasuje verejné obstarávanie

- a) zverejnením oznámenia o vyhlásení metódy verejného obstarávania alebo
- b) zverejnením oznámenia o koncesii na práce.

Obstarávateľ z oblasti prirodzených monopolov vyhlasuje verejné obstarávanie zverejnením

- a) pravidelného oznámenia s výzvou na súťaž alebo
- b) oznámenia o existencii kvalifikačného systému alebo

### Kvalifikačný systém

Obstarávateľ v sektore **prirodzených monopolov** si môže vytvoriť a viesť kvalifikačný systém fyzických osôb alebo právnických osôb dodávajúcich tovary, uskutočňujúcich práce alebo poskytujúcich služby. Obstarávateľ, ktorý si vytvoril kvalifikačný systém, umožní fyzickým osobám alebo právnickým osobám dodávajúcim tovary, uskutočňujúcim práce alebo poskytujúcim služby, aby mohli kedykoľvek požiadať o kvalifikáciu.

Kvalifikačný systém, ktorý môže zahŕňať rôzne **kvalifikačné stupne**, musí byť vedený na základe objektívnych kritérií a pravidiel určených obstarávateľom. V kvalifikačnom systéme, ktorý sa bude vzťahovať na nadlimitné metódy verejného obstarávania, obstarávateľ použije odkazy na európske normy vždy, ak je to možné.

Kvalifikačný systém je predmetom zverejňovania v povinných periodikách, t.j. v Úradnom vestníku Európskej únie a Vestníku verejného obstarávania SR. Z oznámenia musí byť zrejmý účel kvalifikačného systému a dostupnosť pravidiel vrátane ich uplatňovania. Ak kvalifikačný systém má trvať dlhšie ako tri roky, oznámenie o kvalifikačnom systéme obstarávateľ zverejňuje ročne. Ak má kvalifikačný systém kratšiu lehotu trvania, je postačujúce jeho počiatočné zverejnenie.

Ak sa verejné obstarávanie vyhlási oznámením o existencii kvalifikačného systému, záujemcovia v užšej súťaži alebo v **rokovacom konaní so zverejnením** sa vyberú z kvalifikovaných osôb.

### 4.1. PODMIENKY ÚČASTI VO VEREJNOM OBSTARÁVANÍ

Uchádzač o účasť vo verejnom obstarávaní musí spĺňať tzv. **všeobecné podmienky** (uvedené v ust. § 29 a nasl. zákona – bezúhonnosť, oprávnenie na výkon obstarávaných služieb, prác či dodávanie výrobkov, ako aj splnenie povinností uchádzača voči štátu).

Uchádzač zapísaný v zozname podnikateľov pre verejné obstarávanie môže nahradiť doklady požadované na preukázanie splnenia všeobecných podmienok potvrdením úradu, ktorý za týmto účelom vedie **Zoznam podnikateľov**.

Okrem základných predpokladov účasti na verejnom obstarávaní je potrebné, aby uchádzač preukázal splnenie **špeciálnych podmienok**, ako ekonomickej stability, potrebné personálne a technické zázemie a ďalšie skutočnosti, ktoré preukážu jeho schopnosť najlepšie splniť predpoklady a požiadavky obstaráva-

teľa. Špeciálnymi podmienkami sú podmienky týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia uchádzača a jeho technickej spôsobilosti.

Obstarávateľ **vylúči** z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak nepredložil požadované doklady alebo informácie, ktorými preukazuje finančné, ekonomické postavenie alebo technickú spôsobilosť, alebo poskytol nepravdivé informácie alebo skreslené informácie. Uchádzačov z členských štátov Európskych spoločností, ak sú v krajine svojho sídla oprávnení vykonávať požadovanú činnosť, obstarávateľ **nesmie vylúčiť** z dôvodu, že podľa všeobecne záväzných právnych predpisov Slovenskej republiky sa vyžaduje na vykonávanie požadovanej činnosti určitá právna forma (napr. poisťovne musia mať formu akciových spoločností, čo v iných krajinách nemusí platiť).

Obstarávateľ bezodkladne písomne upovedomí uchádzačov alebo záujemcov, ktorí boli vylúčení, že nebudú vyzvaní na predloženie ponuky alebo na rokovanie, s uvedením dôvodu.

#### 4.2. ÚČASŤ SKUPINY V OBSTARÁVANÍ

Obstarávateľ musí umožniť skupine účasť vo verejnom obstarávaní. Obstarávateľ nesmie vyžadovať od skupiny, aby vytvorila určitú právnu formu do predloženia ponuky. Skupina preukazuje splnenie všeobecných podmienok účasti za každého člena skupiny osobitne a spoločne preukazuje splnenie špeciálnych podmienok. Účasť v skupine je vhodná predovšetkým pri komplexných dodávkach, kedy jeden subjekt samostatne nie je schopný splniť všetky požadované kritériá týkajúce sa najmä ekonomických a technických predpokladov. Časté je spájanie kapitálu (finančne silný subjekt) a technických zručností (napr. niekoľko fyzických osôb spĺňajúcich odbornostné kritériá).

Ak bola ponuka skupiny úspešná, obstarávateľ môže vyžadovať vytvorenie určitej právnej formy, ak je takýto postup potrebný z dôvodu riadneho plnenia zmluvy. Účasť skupiny teda z formálno-právneho hľadiska prebieha najčastejšie nasledovne:

1. niekoľko subjektov (fyzické osoby i právnické osoby) uzavrujú zmluvu o združení podľa ust. § 829 OZ,
2. v prípade úspešnosti ponuky obstarávateľ požiadava o vytvorenie subjektu,
3. účastníci skupiny majú niekoľko možností, napr.:
  - i. fúzia (splynutie, zlúčenie)
  - ii. vytvorenie spoločného podniku (akákoľvek forma obchodnej spoločnosti, družstva alebo inej právnickej osoby spôsobilej na výkon požadovaných činností, ktorej spoločníkmi budú účastníci skupiny)
4. zmluvu uzatvára s obstarávateľom nový subjekt, reprezentujúci účastníkov skupiny.

#### 4.3. ZÁBEZPEKA

Viazanosť ponuky možno zabezpečiť zábezpekou. Zábezpekou je

- a) poskytnutie **bankovej záruky** za uchádzača alebo
- b) **zloženie finančných prostriedkov** na bankový účet obstarávateľa.

Povinnosť vyžadovať zábezpeku sa vzťahuje len na obstarávanie nadlimitnou metódou, inak je na rozhodnutí obstarávateľa, či ju bude vyžadovať. Zábezpeka nesmie presiahnuť 5 % z predpokladanej ceny predmetu obstarávania, zároveň však nesmie byť vyššia ako 5 000 000 Sk.

Obstarávateľ uvoľní zábezpeku najneskôr do siedmich dní od uzavretia zmluvy. Zábezpeka prepadne v prospech obstarávateľa, ak uchádzač odstúpi od svojej ponuky po uplynutí lehoty na predloženie ponúk.

#### 4.4. POSTUP PRI HODNOTENÍ PONÚK

##### Kritériá hodnotenia

Kritériá na vyhodnotenie ponúk obstarávateľ oznámi v **oznámení** o vyhlásení metódy verejného obstarávania alebo vo výzve na predloženie ponúk a zároveň určí poradie ich dôležitosti. Ak obstarávateľ určí jedno kritérium na vyhodnotenie ponúk, kritériom je vždy len **najnižšia cena**. Kritériom na vyhodnotenie ponúk nesmie byť dĺžka záruky.

Zároveň obstarávateľ poskytne uchádzačom **súťažné podklady**, ktoré obsahujú detailnejšie požiadavky, ako samotné oznámenie. Obvykle ide o písomné podklady, prípadne aj grafické alebo iné podklady nevyhnutné na vypracovanie ponuky.

##### Vysvetľovanie

V období medzi vyhlásením metódy verejného obstarávania a termínom predloženia ponúk môžu uchádzači žiadať obstarávateľa o vysvetlenie podmienok účasti alebo súťažných podkladov a o informácie potrebné na spracovanie ponuky. Vysvetlenie obstarávateľ následne doručuje všetkým známym uchádzačom (t.j. tým, ktorí si osobne vyzdvihli súťažné podklady) spoločne, teda každý má rovnakú sumu informácií súvisiacich s predmetným obstarávaním (princíp rovnosti a transparentnosti). Informácie je potrebné oznámiť do šiestich dní od obdržania požiadavky na vysvetlenie, najneskôr však šesť dní pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk alebo lehoty na predkladanie dokladov preukazujúcich splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní.

## Doručenie ponuky

**Ponukou** sa rozumie prejav vôle uchádzača, že chce za úhradu poskytnúť obstarávateľovi určité plnenie pri dodržaní podmienok stanovených obstarávateľom.

V lehote na predkladanie ponúk doručia uchádzači svoje ponuky, a to v uzavretom obale s uvedením obchodného mena a sídla uchádzača alebo miesta podnikania s označením „súťaž“ a s heslom súťaže. Neskoršie doručenie nie je možné akceptovať. Súčasťou ponuky je aj vyhlásenie uchádzača, že súhlasí s podmienkami určenými obstarávateľom, podpísané uchádzačom alebo osobou oprávnenou konať za uchádzača. Ak sa ponuka doručuje osobne, obstarávateľ vydá potvrdenie o jej prevzatí, v ktorom uvedie dátum, čas a miesto prevzatia ponuky. Každý uchádzač môže predložiť iba jednu ponuku.

## Otváranie obálok

Po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk pristúpi obstarávateľ k otváraniu obálok. O mieste a čase konania otvárania obálok musia byť upovedomení všetci uchádzači, ktorí predložili ponuku v lehote, a musí im byť umožnená účasť. Otváranie obálok vykonáva komisia vytvorená obstarávateľom, ktorá zverejní obchodné mená, adresy alebo sídla všetkých uchádzačov a ich návrhy na plnenie jednotlivých kritérií určených obstarávateľom na hodnotenie ponúk. Ostatné údaje uvedené v ponuke sa nezverejňujú.

## Komisia

Na vyhodnotenie ponúk je obstarávateľ povinný zriadiť najmenej trojčlennú komisiu. Členovia komisie musia mať odborné vzdelanie alebo odbornú prax zodpovedajúcu predmetu obstarávania. Člen komisie musí byť bezúhonný a nesmie byť uchádzačom ani zajatý vo vzťahu k uchádzačom. Člen komisie ani jemu blízka osoba nesmie byť štatutárnym orgánom alebo členom štatutárneho orgánu uchádzača, ani spoločníkom právnickej osoby, ktorá je uchádzačom. Členom komisie nesmie byť ani osoba, ktorá je zamestnancom uchádzača, zamestnancom záujmového združenia podnikateľov, ktorého je uchádzač členom, alebo ktorá je zamestnancom úradu.

## Hodnotenie ponúk

Vyhodnocovanie ponúk komisiou je neverejné a nesmú sa ho zúčastniť uchádzači. Komisia vyhodnocuje ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek obstarávateľa na predmet obstarávania a vylúči ponuky, ktoré nespĺňajú požiadavky uvedené v oznámení o vyhlásení

metódy verejného obstarávania a v súťažných podkladoch.

Ak ponuka obsahuje neobvykle nízku cenu, komisia je **povinná** požiadať uchádzača o vysvetlenie návrhu ceny. Požiadavka na vysvetlenie návrhu ceny má smerovať k tým častiam ceny uvedeným v ponuke, ktoré sa považujú za rozhodujúce vo vzťahu k celkovej cene, a komisia ich posúdi na základe poskytnutého vysvetlenia. Komisia **vylúči ponuku**, ak neuzná vysvetlenie návrhu ceny za dostatočné alebo ak uchádzač neposkytne vysvetlenie návrhu ceny v lehote určenej komisiou, alebo ak komisia neurčila lehotu, v lehote siedmich dní odo dňa doručenia žiadosti.

Komisia môže požiadať uchádzačov o písomné vysvetlenie ponúk. Nesmie však vyzvať ani prijať ponuku uchádzača na zmenu, ktorou by sa ponuka zvýhodnila. Komisia vylúči ponuku, ak uchádzač nepredloží vysvetlenie v lehote určenej komisiou alebo ak komisia neurčila lehotu, v lehote siedmich dní odo dňa doručenia žiadosti.

Počas vyhodnocovania ponúk členovia komisie nesmú poskytovať informácie o obsahu ponúk a ich vyhodnocovaní. Ponuku ani jej časti obstarávateľ nesmie použiť bez súhlasu uchádzača.

## 4.5 OZNÁMENIE O VÝSLEDKU VYHODNOTENIA PONÚK A UZAVRETIE ZMLUVY

Obstarávateľ je povinný po vyhodnotení ponúk bezodkladne poslať všetkým uchádzačom oznámenie o výsledku vyhodnotenia ponúk. Úspešnému uchádzačovi oznámi, že jeho ponuku prijíma. Ostatným uchádzačom pošle oznámenie, že neuspeli. V tomto oznámení uvedie dôvody, pre ktoré ich ponuka nebola prijatá. Obstarávateľ musí byť schopný preukázať, že oznámenia o výsledku vyhodnotenia ponúk poslal všetkým uchádzačom súčasne.

Obstarávateľ uzavrie zmluvu v lehote viazanosti ponúk. Uzavretá zmluva nesmie byť v rozpore so súťažnými podkladmi a s ponukou predloženou úspešným uchádzačom.

## 4.6 ZRUŠENIE VYHLÁSENEJ METÓDY VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA

Obstarávateľ zruší vyhlásenú metódu verejného obstarávania, ak

- a) nedostal ani jednu ponuku,
- b) ani jedna z podaných ponúk nezodpovedá podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení metódy verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch,
- c) ani jeden uchádzač alebo záujemca nespĺnil podmienky účasti vo verejnom obstarávaní,
- d) jej zrušenie nariadil úrad.

Obstarávateľ môže zrušiť vyhlásenú metódu verejného obstarávania aj vtedy, keď sa **podstatne zmenili okolnosti**, za ktorých sa vyhlásila, a nebolo možné ich predvídať. Obstarávateľ je povinný upovedomiť uchádzačov o zrušení metódy verejného obstarávania s uvedením dôvodu zrušenia alebo o určení metódy verejného obstarávania, ktorú použije na uzavretie zmluvy na pôvodný predmet obstarávania.

## 5. REVÍZNE POSTUPY

Revíznymi postupmi sú:

- a) žiadosť o nápravu obstarávateľom pred uzavretím zmluvy,
- b) dohľad nad verejným obstarávaním, ktorý vykonáva Úrad.

### 5.1 ŽIADOSŤ O NÁPRAVU

V procese obstarávania často nastávajú situácie, kedy niektorý z uchádzačov, alebo za určitých okolností aj tretie osoby, nesúhlasia s postupom obstarávateľa. Pokiaľ predpokladajú, že ich práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť postupom obstarávateľa dotknuté, v prvom rade musia svoju žiadosť uplatniť priamo u obstarávateľa, ktorý je povinný vykonať nápravu.

Podanie takejto žiadosti o nápravu je podmienkou na postup úradu v prípade, že obstarávateľ žiadosti nevyhoví. Pri postupe obstarávateľa pri užšej súťaži a pri rokovacom konaní so zverejnením sa však nevyžaduje podmienka uplatnenia žiadosti o nápravu.

Žiadosť o nápravu možno podať proti:

- a) podmienkam uvedeným v oznámení,
- b) podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch alebo v iných dokumentoch poskytnutých obstarávateľom v lehote na predkladanie ponúk,
- c) podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk,
- d) výberu záujemcov v užšej súťaži podľa alebo v rokovacom konaní so zverejnením podľa,
- e) vylúčeniu uchádzača alebo záujemcu,
- f) výsledku vyhodnotenia ponúk,
- g) použitiu metódy rokovacieho konania bez zverejnenia,
- h) inému úkonu obstarávateľa.

Žiadosť musí byť písomná a podáva sa v lehote do siedmich dní od rozhodnej udalosti podľa písm. a) až f) (napr. od prevzatia súťažných podkladov, od prevzatia oznámenia o výsledku a pod.). Pokiaľ žiadosť smeruje proti použitiu metódy rokovacieho konania bez zverejnenia alebo proti inému úkonu obstarávateľa podľa

písm. g) a h), možno ju podať kedykoľvek pred uzavretím zmluvy.

### 5.2 DOHĽAD NAD VEREJNÝM OBSTARÁVANÍM

Pri výkone dohľadu Úrad

- a) rozhoduje o námietkach uchádzačov, záujemcov alebo osôb, ktoré boli alebo mohli byť dotknuté postupom obstarávateľa,
- b) vykonáva kontrolu postupu obstarávateľov podľa tohto zákona,
- c) ukladá pokuty podľa tohto zákona,
- d) vykonáva iné činnosti podľa tejto hlavy.

### Konanie o námietkach

Pred uzavretím zmluvy možno podať námietky uchádzačom, záujemcom alebo osobou, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom obstarávateľa (ďalej len „navrhovateľ“), a to proti úkonom totožným s úkonmi, o ktorých nápravu možno žiadať pri žiadosti o nápravu. Podanie námietky má odkladný účinok, teda obstarávateľ nemôže do doručenia rozhodnutia úradu o námietkach konať v procese verejného obstarávania a za ten čas lehoty obstarávateľovi neplynú (okrem námietok podľa písmena h)).

Po podaní námietok je obstarávateľ povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam s uvedením predpokladanej ceny predmetu obstarávania a kompletnú dokumentáciu do dvoch pracovných dní od doručenia námietok. Ak obstarávateľ uvedení povinnosť nesplní, úrad rozhodnutím preruší konanie, až kým nepominú prekážky, pre ktoré sa konanie prerušilo. Týmto nie je dotknutý odkladný účinok námietok.

Úrad rozhodnutím konanie o námietkach zastaví, ak

- a) námietky neboli podané oprávnenou osobou,
- b) boli podané po zákonnej lehote, alebo
- c) neobsahujú všetky náležitosti ustanovené zákonom, alebo
- d) navrhovateľ stiahol podané námietky pred vydaním rozhodnutia vo veci samej.

Ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom obstarávateľa bol porušený zákon o verejnom obstarávaní a porušenie mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím

- a) nariadi zrušiť metódu verejného obstarávania,
- b) nariadi zrušiť diskriminačné technické,

ekonomické alebo finančné požiadavky obstarávateľa uvedené v oznámení o vyhlásení metódy verejného obstarávania, v súťažných podkladoch alebo v inom doklade týkajúcom sa verejného obstarávania,

- c) zruší rozhodnutie obstarávateľa o vylúčení uchádzača alebo záujemcu a nariadi zaradiť vylúčeného uchádzača alebo záujemcu do procesu verejného obstarávania,
- d) zruší rozhodnutie obstarávateľa o výbere záujemcov a nariadi zopakovať výber,
- e) zruší rozhodnutie obstarávateľa o výsledku vyhodnotenia ponúk a nariadi znovu vyhodnotiť ponuky.

Ak porušenie tohto zákona nemohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, úrad môže rozhodnutím nariadiť odstránenie protiprávneho stavu.

Rozhodnutie úradu o námietkach je preskúmateľné súdom, ak je žaloba podaná do desiatich dní od doručenia rozhodnutia.

#### Návrh na určenie neplatnosti zmluvy

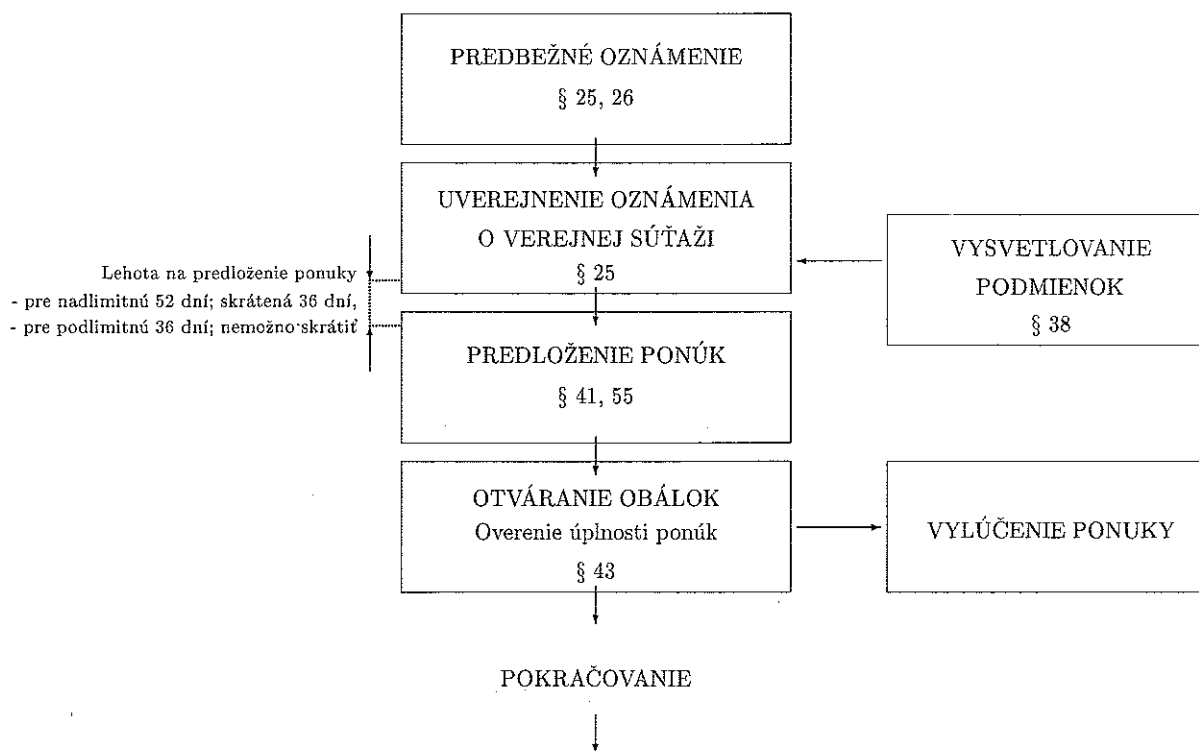
Ak obstarávateľ v rozpore s týmto zákonom uzavrie zmluvu, úrad môže v lehote jedného roka od jej uzavretia podať návrh na určenie jej neplatnosti súdom.

#### 6. ĎALŠIA ÚPRAVA PODEĽA ZÁKONA

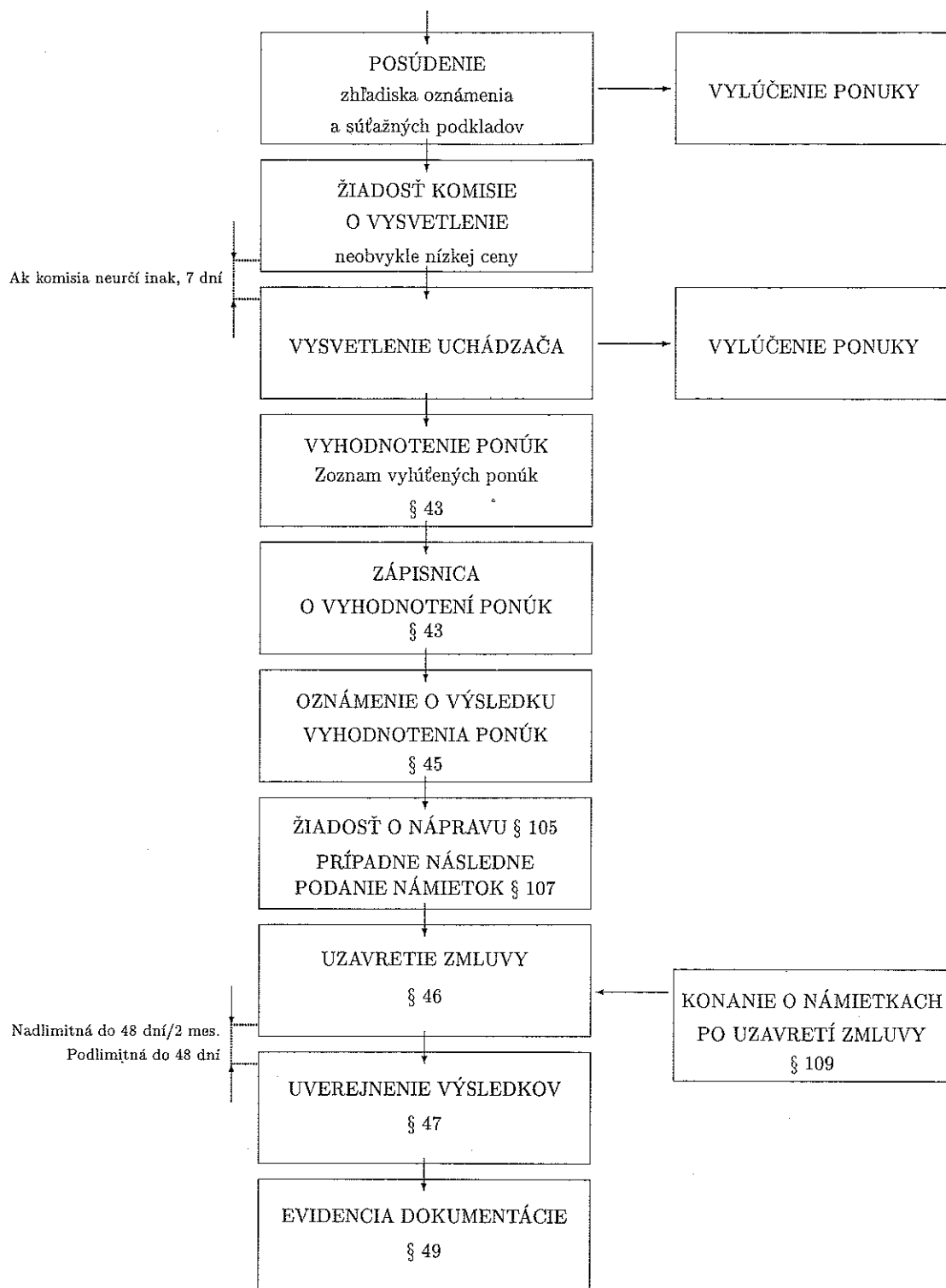
Obstarávateľ je povinný vykonávať činnosti vo verejnom obstarávaní prostredníctvom fyzických osôb<sup>7</sup>, ktoré získali odbornú spôsobilosť na verejné obstarávanie a sú zapísané v zozname odborne spôsobilých osôb, ktorý vedie úrad. Zoznam odborne spôsobilých osôb je verejne prístupný zoznam, do ktorého môže každý nazrieť a robiť si z neho výpisy. Úrad do neho zapíše každého, kto úspešne vykonal skúšku, požiadal o zápis do zoznamu a uhradil správny poplatok.

Zákon upravuje ďalej postavenie Úradu, vedenie zoznamu podnikateľov, vestníka, sankcie za porušenie zákona, ako aj možnosť mimoštátnej kontroly vo verejnom obstarávaní.

#### Priebeh obstarávania metódou verejnej súťaže



<sup>7</sup> Túto činnosť vykonávajú v pracovnom alebo inom obdobnom pomere alebo ako živnostníci (viazaná živnosť v zmysle zák. č. 455/1991 Zb. živnostenský zákon v platnom znení).



*Uvedená schéma slúži len k základnej orientácii a neobsahuje všetky možné situácie, ktoré počas verejnej súťaže môžu nastať.*



## K některým odpovědnostním vztahům z hlediska ochrany zdraví před znečištěným ovzduším

Jana Dudová\*

K napsání uvedeného stručného právního rozboru a zamyšlení mě inspirovala kusá zpráva, která se nedávno promítla v některých hromadných sdělovacích prostředcích. Jednalo se v podstatě o situaci, kdy jistá paní zažalovala tuzemskou chemickou továrnu pro údajné poškození svého zdraví chemickými látkami, které unikly z provozu této továrny do ovzduší. Současně byl také stranou žalující uplatněn návrh na náhradu takto vzniklé škody. Spor byl rozhodnut ve prospěch strany žalované, tzn. tak, jako téměř všechny spory obdobného charakteru u nás.<sup>1</sup>

V uvedeném případě údajně chyběl kauzální nexus mezi únikem chemických látek a poškozením zdraví.

Z pohledu poškozené, za předpokladu, že se jí nepodařilo dosáhnout mimosoudního narovnání, bylo možno uplatňovat nároky vyplývající z trestněprávní či občanskoprávní odpovědnosti soudní cestou, resp. iniciovat zahájení příslušného správního řízení.

U trestněprávní odpovědnosti přichází prakticky v úvahu nejhodněji aplikace ustanovení § 180 trestního zákona pro trestný čin obecného ohrožení z nedbalosti. Strana poškozená mohla nejpozději do zahájení soudního dokazování navrhnout, aby soud rozhodl o povinnosti obžalovaného nahradit jí způsobenou škodu. Podmínkou úspěšnosti tohoto návrhu však musela být okolnost, aby způsobená škoda byla vyčíslitelná v penězích (u takto specifických zdravotních postižení se přitom jedná o ne vždy uspokojivě splnitelný předpoklad), dále, aby návrh na náhradu této škody byl včas uplatněn a aby obžalovaný byl uznán vinným z trestného činu, v jehož důsledku škoda vznikla. Pokud soud v trestním řízení nárok na náhradu škody nepřizná, odkáže poškozeného na občanskoprávní řízení. U občanskoprávní odpovědnosti připadá v úvahu aplikace ustanovení § 420a občanského zákoníku (dále jen OZ). Ve smyslu citovaného ustanovení odpovídá za škodu způsobenou provozní činností každý. Dle ust. § 420a odst. 2 písm. b) OZ se za škodu způsobenou provozní činností považují mimo jiné fyzikální, chemické, popř. biologické vlivy provozu na okolí. Jedná se o odpovědnost objektivní, tzn. za výsledek, bez ohledu na zavinění kohokoliv. Odpovědnosti by bylo možno se zprostit pouze při splnění podmínky dané ust. § 420a odst. 3 OZ – tedy s odkazem na případy, kdy by došlo ke vzniku škody neodvratitelnou událostí

nemající původ v provozu nebo vlastním jednáním poškozeného (vis maior). Na rozdíl od ust. § 432 OZ nemusí jít přitom o provoz zvláště nebezpečný, přičemž důkaz o exoneraci je na odpovědném provozovateli. Ve smyslu ust. § 429 OZ odpovídá provozovatel mimo jiné za škodu způsobenou na zdraví. Bližší podmínky uplatnění této odpovědnosti pak upravuje ustanovení § 444 a násl. OZ. Škoda na zdraví představuje samostatný druh náhrady a hradí se výlučně v penězích. Na uvedený případ by však ustanovení § 444 OZ nebylo možno s úspěchem vztáhnout, neboť náhrada dle tohoto ustanovení se použije pouze v souvislosti s bolestí a se ztíženým společenským uplatněním (ve smyslu vyhl. č. 440/2001 Sb). Občanský zákoník totiž neobsahuje (na rozdíl od ust. § 193 odst. 1 zákoníku práce) taxativní výčet všech součástí náhrady škody způsobené na zdraví. V dané situaci by bylo možné doporučit postup v intencích ust. § 445 a násl. OZ a uplatňovat ztrátu na výdělku, k níž došlo při škodě na zdraví, a to jak po dobu pracovní neschopnosti, tak i po skončení pracovní neschopnosti a při případné invaliditě. Základem pro posouzení výše náhrady ztráty na výdělku je zjištění průměrného výdělku poškozeného (resp. průměrného pravděpodobného výdělku, pokud zaměstnanec neodpracoval v rozhodném období alespoň 22 dnů), jehož dosahoval před daným zdravotním poškozením. Analogicky je občanským zákoníkem upravena i náhrada za ztrátu na důchodu (srov. ust. § 447a). K uvedené úpravě stanovené občanským zákoníkem lze pouze dodat, že v souvislosti s náhradou škody na zdraví je ošetřena i otázka hrazení nákladů spojených s léčením (a ev. i v případě úmrtí přiměřené náklady spojené s pohřbem, pokud nebyly uhrazeny pohřebním poskytnutým podle zákona o státní sociální podpoře).

Vraťme se však k výše nastíněné situaci, a to především k namítanému způsobu, jakým k poškození zdraví došlo. Pokud poškozená tvrdí, že zdravotní komplikace nastaly v důsledku úniku chemických látek do vnějšího ovzduší, měla by tuto skutečnost sama doložit. Musí tak unést nelehké důkazní břemeno a platné právo jí přitom nijak (a to ani ve veřejném zájmu) splnění této povinnosti neusnadňuje. Daná problematika přitom úzce souvisí s právem na příznivé životní prostředí. Ve smyslu čl. 35 Listiny základních

\* JUDr. Jana Dudová, Dr., Katedra práva životního prostředí Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

<sup>1</sup> Srov. např. judikaturu sp. zn. SJS 888/2001, SJS 192/2004, SJS 619/2000, SJS 453/2005.

práv a svobod (dále jen LZPS) má každý právo na příznivé životní prostředí. Dle čl. 41 LZPS se pak tohoto práva může domáhat toliko na základě zákona. Nutno však podotknout, že další postup (nešlo-li by o trestněprávní odpovědnost) by znamenal uplatňování správněprávní odpovědnosti vyplývající z příslušných předpisů vztahujících se k ochraně životního prostředí a veřejného zdraví, tzn. znamenal by pro poškozeného pouze „satisfakci nepřímou“, kterou by bylo případné sankcionování provozovatele, resp. zastavení jeho činnosti, a nikoli náhrada škody (u které by bylo zapotřebí postupovat opět výše zmíněným způsobem dle občanského zákoníku). Zákon č. 17/1992 Sb., o životním prostředí, v platném znění, stanoví v obecné rovině povinnosti provozovatelů zařízení při ochraně životního prostředí v ust. § 17, odpovědnosti vztahy pak v ust. § 27 a násl. cit. zákona. Při aplikaci a interpretaci konkrétních odpovědnostních vztahů však je třeba přihlídnout ke speciálnímu složkovému předpisu k ochraně životního prostředí, a to k zákonu č. 86/2002 Sb., o ochraně ovzduší, v platném znění. Tento zákon již zahrnuje ochranu zdraví lidí (veřejného zdraví) do předmětu své úpravy (srov. § 1 odst. 1 písm. b) cit. zákona). Stanoví rovněž povinnosti provozovatelů zjišťovat (měřit) znečišťující látky (evidence a vyhodnocování zdrojů znečišťování ovzduší pak přísluší orgánům ochrany ovzduší a jsou vedeny v tzv. registru emisí a zdrojů znečišťování). Veřejný zájem na ochranu zdraví před znečišťujícími látkami unikajícími do ovzduší přísluší dle tohoto zákona Ministerstvu zdravotnictví, které m.j. předkládá Ministerstvu životního prostředí návrhy ke zpřísnění imisních limitů, provádí sledování zdravotního stavu obyvatelstva a hodnocení zdravotních rizik v oblastech se zhoršenou kvalitou ovzduší, zaměřuje se na účelová měření ve vybraných sídlech, zaujímá stanoviska z hlediska ochrany zdraví k záměrům, které mohou výrazně ovlivnit čistotu ovzduší apod. (srov. § 45 cit. zákona). Speciálním kontrolním orgánem v oblasti ochrany vnějšího ovzduší (stejně tak, jako u většiny základních složek životního prostředí) je vedle ostatních příslušných správních úřadů Česká inspekce životního prostředí (dále jen ČIŽP), která mimo jiné ukládá nápravná opatření, rozhoduje o sankcích a vydává také provozovatelům znečištění příslušná povolení. ČIŽP je rovněž významným výkonným orgánem Ministerstva životního prostředí, coby ústředního správního úřadu pověřeného vrchním státním dozorem v dané oblasti. V rámci pro-  
sazení požadavků na ochranu veřejného zdraví vyplývá přímo ze zákona povinnost spolupráce Ministerstva životního prostředí s Ministerstvem zdravotnictví, jakož i s ostatními orgány veřejného zdraví.

Jednotlivec může v dané souvislosti iniciovat zahájení správního řízení. Účastníkem tohoto řízení se stává tehdy, pokud o jeho právech, právem chráněných zájmech nebo povinnostech má být v řízení jednáno nebo jehož práva, právem chráněné zájmy nebo povinnosti mohou být rozhodnutím přímo dotčeny. Účastní-

kem řízení je i ten, kdo tvrdí, že může být rozhodnutím ve svých právech, právem chráněných zájmech nebo povinnostech dotčen, a to až do doby, než se případně prokáže opak (srov. § 14 správního řádu). Podnět k zahájení správního řízení může vzejít i ze strany příslušného správního úřadu. Pak však poškozený nemusí být vždy považován za účastníka tohoto řízení (pokud se nejedná např. o pozici účastníka územního či stavebního řízení), a proto může být pro něj poněkud problematické zajistit a uplatňovat – pro svůj další postup – výsledky daného řízení (o jehož existenci nemusí ani vědět). Každé takové řízení je totiž spojeno s povinností správního úřadu zajistit adekvátní prověření namítaného závadného stavu prostředí, a to vč. zajištění měření stanovených limitních hodnot. Je-li namítán zhoršený zdravotní stav, pak kompetentními správními úřady jsou orgány ochrany veřejného zdraví. Je proto otázkou, podle kterého právního předpisu zahájení správního řízení iniciovat. V obecné rovině je příslušnost a působnost orgánů ochrany veřejného zdraví upravena v zákoně č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ve znění pozdějších předpisů, speciálně pak, např. i u vnějšího ovzduší, zvláštními složkovými právními předpisy na ochranu životního prostředí (pouze však tehdy, zahrnují-li tyto zákony orgány ochrany veřejného zdraví do své působnosti a zároveň také pouze za předpokladu, že z těchto zákonů vyplývají orgánům ochrany veřejného zdraví, ve vazbě na jejich výkonnou moc, konkrétní kompetence). Jak již bylo uvedeno, zákon o ochraně ovzduší Ministerstvo zdravotnictví mezi orgány ochrany ovzduší přiřazuje. Je to však vesměs v souvislosti s koncepční činností v oblasti dlouhodobého, strategického plánování, a nikoli s konkrétními jeho pravomocemi zasáhnout v daném místě a čase. Z těchto důvodů bude namísto aplikovat spíše ustanovení § 82 zákona o ochraně veřejného zdraví, ze kterého jednoznačně vyplývají kompetence krajských hygienických stanic z pohledu výkonu státního zdravotního dozoru nad dodržováním zákazů a nad plněním dalších povinností stanovených tímto zákonem, jakož i zvláštními právními předpisy k ochraně veřejného zdraví (tzn. m.j. i ze zákona o ovzduší – srov. shora). Krajské hygienické stanice mají dále ve své působnosti dozor nad riziky plynoucími z fyzikálních, chemických a biologických faktorů pracovních podmínek, nepříznivých mikroklimatických podmínek apod. Pro popisovanou situaci bude asi rozhodující jejich pravomocí provádění hodnocení a řízení zdravotních rizik z hlediska prevence negativního ovlivnění zdravotního stavu obyvatelstva a podílení se na monitorování vztahů zdravotního stavu obyvatelstva a faktorů životního prostředí a životních a pracovních podmínek /ust. § 82 odst. 2 písm. p) cit. zákona/. Další jejich kompetencí je také spolupráce s ostatními správními úřady a s orgány samosprávy při tvorbě zdravotní politiky příslušného regionu /ust. § 82 odst. 2 písm. r) cit. zák./.

Znamená to tedy, že propojenost kompetencí příslušných správních úřadů by se v daném případě projevila

i ve vazbě na zákon o ovzduší, dle kterého by také měly být příslušnými orgány ochrany ovzduší uplatněny i případné správněprávní odpovědnostní vztahy u určitého provozovatele znečištění ovzduší (jednalo-li by se o prokázané překročení zákonem stanovených limitních hodnot). Konkrétní vyšetřování a měření daných složek životních podmínek v terénu pak budou pro výkon státního zdravotnického dozoru zajišťovány zdravotními ústavy – tzn. speciálními zdravotnickými zařízeními za podmínek upravených zákonem o ochraně veřejného zdraví.

A co závěrem?

Prokázání příčinné souvislosti mezi zhoršeným stavem životního prostředí (v návaznosti na jednání daného znečišťovatele) a zdravotním stavem jednotlivce (nepůjde-li o relativně samostatnou a ucelenou oblast pracovněprávních vztahů a z nich vyplývajících rizikových prací) bude de lege lata vždy velmi komplikovanou záležitostí, spíše výjimkou. Jít takto do sporu se znečišťovatelem, aniž jsou k dispozici nezpochybnitelné důkazní prostředky (rozbory a měření zvešlé z činnosti orgánů ochrany veřejného zdraví, zdravotních ústavů či jiných státních úřadů nebo akreditovaných osob), ze kterých vyplývá vazba na konkrétního znečišťovatele, asi nelze doporučit. Nezbyvá proto než konstatovat, že soukromoprávní prostředky ochrany jsou v dané oblasti opravdu velmi omezené.

Veřejnoprávní úprava zahrnuje oblast ochrany veřejného zdraví do celé řady svých předpisů – a to zejména na úseku správního práva, resp. speciálně práva životního prostředí a práva na ochranu veřejného zdraví.<sup>2</sup>

Nabízí se proto také možnost využití důkazních

prostředků, které vzejdou ze správních řízení. Jednotlivec při iniciování správního řízení má v podstatě dvojí možnost při získání a následně uplatnění těchto důkazních prostředků. Rozhodující bude přitom právem chráněný zájem, který má být při daném řízení hájen – v případě namítaného znečištění, resp. poškození životního prostředí, jsou k zajištění těchto prostředků kompetentními kontrolními orgány v oblasti ochrany životního prostředí – zejména ČIŽP (viz výše). Toutéž činností provozovatele (znečišťovatele) může dojít zároveň k poškození zdraví. Je-li namítaným dotčeným zájmem ochrana lidského zdraví (tak, jako v daném případě), pak by mělo správní řízení směřovat k příslušným orgánům ochrany veřejného zdraví. Je samozřejmě možné také namítat současné ohrožení či poškození obou těchto zájmů (a iniciovat řízení oběma naznačenými směry). Z uvedených řízení vzejdou určité listinné podklady, důkazy. Nic pak nebrání tomu, aby v řízeních navazujících, tzn. i soudních, bylo na tyto důkazy odkazováno a aby tyto důkazy byly také účinně využity při ochraně jednotlivce z pohledu uplatnění jeho práva na zdraví a na příznivé životní prostředí.

Uvedená veřejnoprávní ochrana jednotlivce má rovněž stále ještě značné rezervy. Správní úřady nevyužívají svých kompetencí, daných zákonem a nechrání tak v mnoha ohledech veřejný zájem, ke kterému byly zřízeny. A tímto veřejným zájmem je pak především zájem na ochranu veřejného zdraví. Domnívám se, že do budoucna by mělo dojít k posílení skutečné účinnosti a vymahatelnosti nyní již existujících veřejnoprávních prostředků k ochraně uvedených veřejných zájmů na zajištění a zachování zdraví a zdravých životních podmínek. Z moci úřední by měl mít jednotlivec

<sup>2</sup> Nejúčinněji (přesto však dosud stále nedokonale) je de lege lata ochrana zdraví člověka (veřejného zdraví) zajištěna institutem hodnocení zdravotních rizik (resp. hodnocení rizik). Tato rizika jsou vesměs v environmentální legislativě (v návaznosti na ochranu jednotlivých složek životního prostředí) definována z hlediska možných přímých i nepřímých škodlivých účinků na zdraví lidí. Rovněž zákon č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ve znění pozdějších předpisů tento pojem definuje (srov. ust. § 2 odst. 3), a to jako posouzení míry závažnosti zátěže populace vystavené rizikovým faktorům životních a pracovních podmínek a působu života. Podkladem pro hodnocení zdravotního rizika je kvalitativní a kvantitativní odhad rizika. Ve smyslu ust. § 80 odst. 1 písm. l) zákona o ochraně veřejného zdraví zásady a postupy hodnocení a řízení zdravotních rizik a zásady monitorování vztahů zdravotního stavu obyvatelstva a faktorů životního prostředí a životních a pracovních podmínek stanoví a řídí Ministerstvo zdravotnictví. Uvedený pojem lze porovnat s pojmem rozumně dosažitelná míra rizika (dále jen RDM), který je definován ve speciálních ustanoveních (majícími tudíž přednost před ustanoveními obecnými) předpisů na ochranu zdraví člověka (tzn. v zákoně o ochraně veřejného zdraví, v zákoníku práce apod.). Shodná podstata obou pojmů tkví v preventivním posouzení zátěže z prostředí na zdraví člověka. Je však s podivem, že předpisy, které přímo upravují ochranu zdraví člověka, stanoví riziko pro zdraví vágněji a méně účinně a striktně než např. jednotlivé předpisy k ochraně životního prostředí. RDM se totiž dá v obecné rovině vyjádřit jako poměr mezi náklady na opatření k ochraně zdraví člověka na straně jedné a jejich přínosem ke snížení zdraví škodlivé zátěže na straně druhé (např. v rámci stanovení hygienických limitů hluku, neionizujícího záření, rizikové práce apod.). Lze tedy konstatovat, že předpisy, přímo upravující veřejné zdraví, narozdíl od environmentální legislativy, staví rovnítko mezi zdravím člověka a náklady k eliminaci škodlivých účinků. V legislativě na ochranu životního prostředí (komplexně zejména v zákoně o posuzování vlivů na životní prostředí) se jakákoliv možná budoucí zátěž na veřejné zdraví preventivně zvažuje, a to bez ohledu na výše zmíněné ekonomické aspekty. Potíž je však nejen v definici veřejného zájmu, resp. určení aktivit, které pod pojem „veřejné zdraví“ spadájí, ale zejména v realizaci konkrétních opatření a praktických účinných kroků k ochraně veřejného zdraví, pokud by tento zájem kolidoval s jiným veřejným zájmem. Speciálními právními předpisy jsou v daných případech zákon o ochraně veřejného zdraví, popř. zákon o péči o zdraví lidu, na které při postupu příslušných správních úřadů, tzn. orgánů ochrany veřejného zdraví, právní předpisy na ochranu životního prostředí odkazují. Po organizační stránce není resort Ministerstva zdravotnictví účinně zastoupen. Orgány ochrany veřejného zdraví mají pouze postavení dotčených správních úřadů, jejichž kompetence je speciálními právními předpisy (které by měly sloužit k ochraně zdraví) omezena. Stejně tak jsou omezeny i možnosti odborné veřejnosti, která by mohla podpořit zájem na ochranu veřejného zdraví. S ohledem na uvedené pak nelze očekávat, že právě zájem na ochranu veřejného zdraví bude v případě střetu s jinými veřejnými zájmy dostatečně hájen. Očekávané komplexní posouzení ochrany veřejného zdraví a zejména garance této ochrany tak zůstává s ohledem na stávající legislativu ochrany veřejného zdraví značně limitováno.

skutečně garantováno, že stát svými mocenskými prostředky zajistí účinnou prevenci a kontrolu, tak, aby se únik závadných látek do životního prostředí minimalizoval. V případě, kdy už k takové nežádoucí situaci dojde, by měl stát odpovídajícím způsobem zakročit – tzn. uplatnit sankce v celém jejich rozmezí, daném platnou legislativou, a ne pouze – často symbolicky – při jejich spodní hranici. Dále by měl stát především zajistit včasné informování veřejnosti o závadném stavu, všech jeho možných zásadních důsledcích a v plném rozsahu také zajistit nápravu.

Zamyslíme-li se do důsledku nad popsaným „modelovým“ případem, pak musíme s politováním konstatovat, že stát v takových situacích selhává, a to

nejen tím, že dopouští, aby v určitém místě a čase byla veřejnost vystavena působení závadných látek z životního prostředí, ale zejména tím, že se nedokáže účinně „postavit“ za toho, kdo se odváží vést náročný (avšak většinou předem prohraný) boj se znečišťovatelem a tím de facto i de iure uznává liknavý postoj znečišťovatele k poškozenému za regulérní. Vždyť zdroje znečištění a narušení životního prostředí, a tím i možného poškození lidského zdraví, je nepočítaně! Takže znečišťovatelé, můžete být naprosto v klidu – až se zase někdo analogicky pokusí prokázat, že zrovna v souvislosti s tou Vaší činností či provozem mu chátrá jeho zdraví...

## Informátor jako jeden z nástrojů v boji s organizovaným zločinem \*

Marek Fryšták\*\*

### I.

Celé uplynulé století a zejména jeho poslední dekády byly charakterizovány překotným pokrokem a rozvojem ve všech oblastech a sférách lidského života. Začaly padat i ty dříve nepřekonatelné a neodstranitelné bariéry. Některé země bývalého východního bloku se staly členskými státy Severoatlantické aliance a Evropské unie (dále jen EU), řada z nich se na toto členství připravuje nebo u něj usiluje. Z jednoho úhlu pohledu se stal život jednotlivce a celé společnosti mnohem jednodušší a pohodlnější. Z toho druhého je zřejmé, že zánik omezení v dopravě, cestování, mezinárodním pohybu osob a kapitálu, nové možnosti komunikace a rapidní až překotný rozvoj informačních technologií vytvořil ideální podmínky pro růst a rozvoj organizovaného zločinu. Ten představuje jedno z nejzávažnějších bezpečnostních rizik destabilizující světový hospodářský, a v některých státech i politický, systém. Jedná se o pojem, jehož jednotná a mezinárodně platná definice nebyla doposud formulována, zejména kvůli rozdílným přístupům k tomu, jak na něj nahlížet. V obecné a zjednodušující rovině jej lze chápat jako spolupráci více než dvou osob, jejichž činnost je zaměřena na honbu za ziskem a je páčána na mezi-

národní úrovni. Mimo to v rámci jeho vnitřní organizace má každý své konkrétní a specifické úkoly a jeho činnost je dlouhodobá. Samozřejmě, že využívá stávajících hospodářských a obchodních struktur ve svůj prospěch a snaží se o ovlivňování politiky, médií, veřejné správy, soudních orgánů nebo ekonomiky. Jeho cílem je co nejsnadněji dosáhnout maximálního zisku a to nejen materiálního, ale i ve formě společenského a politického vlivu. Ignoruje státy a jejich zákony a vytváří si své vlastní paralelní struktury. Velmi dobře se totiž přizpůsobuje podmínkám tržního hospodářství, protože funguje na jeho principech. Jeho struktura je velmi stabilní, dlouhodobě zacílená a navíc má velkou regenerační schopnost. Je schopna absorbovat všechny vymoženosti moderních technologií a organizačních principů. Modernizuje se, profesionalizuje se a projevuje se multikriminálními aktivitami.

Z doposud uvedeného by mělo být zřejmé, že ochromení organizovaného zločinu působícího po celém světě je absolutně nemožné bez mezinárodní spolupráce a bez aktivního zapojení celého demokratického a civilizovaného světa. Toho si byla vědoma i Organizace spojených národů (dále jen OSN). Proto byla na její půdě dne 15. 11. 2000 přijata Konvence OSN proti mezinárodnímu organizovanému zločinu, dále jen

\* Uvedený článek představuje upravenou a podstatně přepracovanou verzi příspěvku, který bude publikován ve sborníku z mezinárodní konference na téma „Nové jevy v hospodářské kriminalitě“, která byla dne 10. 2. 2005 pořádána katedrou trestního práva PrF MU Brno.

\*\* JUDr. Marek Fryšták, Ph.D., odborný asistent katedry trestního práva PrF MU Brno

Konvence,<sup>1</sup> kterou doposud podepsalo 147 států. Česká republika se k ní svým podpisem připojila dne 12. 12. 2000. Vypracování a přijetí této Konvence znamená završení jedné důležité etapy mezinárodního úsilí o potlačování organizovaného zločinu, jelikož tato poskytuje nejširší právní rámec pro vzájemnou spolupráci a sladění postupu v boji proti němu. Teď je jen nezbytné, aby smluvní státy skutečně postupovaly v jejím duchu. Konvenci v současné době doplňují tři dodatkové protokoly, přičemž první dva byly přijaty ve stejný den jako ona. Jedná se o Protokol o prevenci, potlačování a trestání obchodování s lidmi, zejména se ženami a dětmi a o Protokol proti pašování migrantů po souši, mořem a vzduchem. První protokol podepsalo 117 států, druhý 112. Dne 10. 12. 2002 byly oba tyto protokoly podepsány Českou republikou. Posledním dodatkovým protokolem je Protokol proti nelegální výrobě a obchodování se střelnými zbraněmi, jejich částmi, komponenty a střelivem přijatý 31. 5. 2001. Tento doposud nebyl Českou republikou podepsán. Jen pro úplnost bych doplnil, že Konvence ani první dva dodatkové protokoly neprošly do současné doby v České republice příslušným ratifikačním procesem.

Mezinárodní spolupráce v boji proti organizovanému zločinu se neodehrává pouze na poli OSN, Rady Evropy či Evropské unie. Nezanedbatelnou roli při její praktické realizaci hraje zejména Interpol nebo Evropský policejní úřad (Europol) a opomenout bychom rozhodně neměli ani dvoustranné smlouvy uzavírané mezi jednotlivými státy.<sup>2</sup>

Ani Česká republika nestojí ve svých aktivitách v boji s organizovaným zločinem mimo. Není zde bohužel prostor k vyjmenování všeho, co bylo na uvedeném poli za poslední roky učiněno. Proto bych zmínil jen některé kroky poslední. Jedním z nich je přijetí zákona č. 279/2003 Sb., o zajištění majetku a věcí v trestním řízení a o změně dalších zákonů, který nabyl účinnosti od 1. 1. 2004. Jeho účelem je zakotvení právní úpravy správy věcí, které podléhají zajištění, jako procesního institutu směřujícímu k realizaci trestu propadnutí majetku nebo k dosažení náhrady škody poškozenému v trestním řízení. K přijetí tohoto zákona došlo zejména na základě požadavků z praxe. Na rozdíl od právní úpravy týkající se zajištění peněz na hotovosti nebo na účtu v bance a zajištění cenných papírů (§ 79a až 79c trestního řádu<sup>3</sup>), která je považována za relativně vyhovující, chyběla odpovídající právní úprava ohledně věcí movitých a nemovitých zajištěných v průběhu trestního řízení. Při úvahách de lege ferenda nesmíme zapomenout na připravované rekodifikace trestního práva hmotného a procesního, které v sobě přinášejí řadu novinek. Jednou z nich je

např. institut korunního svědka, který by mohl velkou měrou přispět k rozbití zločineckých struktur a k odhalování jejich trestné činnosti. Ve stručnosti, tento institut bude založen na průlomu zásady legality a oficiality trestního řízení, kdy státní zástupce bude moci v přípravném řízení podmíněně přerušit trestní stíhání obviněného (tzv. korunního svědka), jestliže to považuje za potřebné k objasnění zvláště závažného zločinu. Dobrodiní beztrestnosti mu bude poskytnuto až poté, co splní všechny podmínky stanovené zákonem (mimo jiné se svobodně, vážně a určitě dozná k trestnému činu, pro který je stíhán a oznámí orgánům činným v trestním řízení skutečnosti způsobilé významně přispět k objasnění zvláště závažného zločinu spáchaného členy organizované skupiny). Takový postup jej má motivovat k tomu, aby skutečně sdělil veškeré informace a podstatné skutečnosti, včetně potřebných důkazů, které se zavázal poskytnout a navíc splnil i další povinnosti stanovené v rozhodnutí o podmíněném zastavení trestního stíhání jako je zejména vydání prospěchu získaného trestným činem a nahrazení způsobené škody.

Podporu takovýmto novým přístupům v boji proti organizovanému zločinu vyjadřují i různé mezinárodní organizace. EU se zabývá touto problematikou v Rezoluci Rady EU č. 497Y0111(01) z 20. 12. 1996 o jednotlivcích, kteří spolupracují při soudním řízení v boji proti mezinárodnímu organizovanému zločinu. Vyzývá v ní členské státy, aby přijaly vhodná opatření povzbuzující jednotlivce, kteří byli nebo jsou členy skupin organizovaného zločinu nebo jiných zločineckých organizací jakékoliv druhu, nebo kteří se podíleli na trestných činech takových skupin nebo organizací, aby spolupracovali při soudním řízení. Těm, kteří poskytnou orgánům činným v trestním řízení náležitou pomoc spočívající v rekonstrukci skutkového děje, odhalení a identifikaci pachatele, by měly být ze strany státu poskytnuty výhody při ukládání trestu a způsobu jeho výkonu, jakož i vhodná opatření pro jejich rodinné příslušníky a blízké osoby.

Rovněž již zmiňovaná Konvence vyzývá smluvní strany k podpoře osob, které spáchaly závažnou trestnou činnost a jsou o ní ochotny poskytnout významné informace. Smluvní státy mají zvážit zakotvení možnosti snížení trestu u obžalovaného, který poskytne podstatnou spolupráci při vyšetřování nebo stíhání trestného činu upraveného touto Konvencí. V souladu se zásadami svého vnitrostátního práva mají zvážit i udělení imunity osobám, které poskytnou podstatnou spolupráci při vyšetřování nebo trestním stíhání takových osob.

Jak jsem již naznačil, pro podmíněné přerušování trestního stíhání korunního svědka budou stanoveny

<sup>1</sup> K uvedenému tématu srovnej SCHEINOST, M.: Konvence OSN a další dokumenty k organizovanému zločinu, Institut pro kriminologii a sociální prevenci, Praha 2001 nebo [http://www.unodc.org/unodc/en/crime\\_cicp\\_convention.html](http://www.unodc.org/unodc/en/crime_cicp_convention.html).

<sup>2</sup> K uvedenému blíže srovnej in FRYŠTÁK, M.: Mezinárodní policejní spolupráce, Policista 4/2003, příloha str. I–XIII.

<sup>3</sup> Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, ve znění pozdějších předpisů, dále jen trestní řád.

zákonem poměrně přísné podmínky. Již nyní je zřejmé, že zde bude existovat určitý okruh osob, které je nebudou moci splnit a přesto budou mít zájem na spolupráci s policií, respektive dalšími orgány činnými v trestním řízení. Touto skupinou osob mohou být právě informátoři, jak tito budou zmíněni dále. Předci bych jen raději již v tomto okamžiku doplnil, že by bylo velmi jednostranným úhlem pohledu vidět vždy informátora jako osobu, která se podílí na trestné činnosti zájmového prostředí, o kterém a ze kterého podává informace. V praxi tomu tak být nemusí.

## II.

Největší zastoupení ve strukturách organizovaného zločinu u nás má již od poloviny 90. let minulého století ruskojazyčný organizovaný zločin představovaný zejména Ukrajinci a Rusy. Z ukrajinských zločineckých organizací zůstávají těmi neaktivnějšími Lvovská brigáda, Mukačevská (její vliv vzrostl i na Ukrajině), Užhorodská, Kyjevská a Luhaňská. Z ruských zločineckých organizací to je brigáda Solncevská, St. Petěrburgská, Čečenská, Dagestánská, Arménská a Jekaterinburská. Jejich trestná činnost se nemění, zůstává značně variabilní a zahrnuje nejčastěji násilné trestné činy. Velmi často se zde setkáváme s tzv. „krišou“ (pravidelné splátky za ochranu pod pohrůzkou od různého násilí až po likvidaci osob), která přináší vydíraným podnikatelům i určité spektrum „služeb“ přes ochranu majetku po vybírání těžko dobytých dluhů. Dále se ruskojazyčný organizovaný zločin věnuje vydírání prostitutek z bývalého SSSR, nedovolenému obchodování se zbraněmi, nelegálnímu obchodu s drogami, legalizování výnosů získaných trestnou činností (k tomu slouží i fiktivně založené firmy), kuplířství, převaděčství, krádežím motorových vozidel atd.

S odstupem za nimi z hlediska aktivit a vlivu stojí asijské zločinecké struktury tvořené Vietnamci a Číňany. Zejména čínské zločinecké skupiny jsou rozděleny podle místa původu z ČLR a podle druhu páchané kriminality. Pro ně všechny je typická trestná činnost spojená s tzv. „značkovým zbožím“ a organizováním nelegální migrace. Není tajemstvím, že jejich aktivity jsou spojeny s velkotržnicemi a řadou obchodů a restaurací, které jsou základnami pro čínský a vietnamský organizovaný zločin.

Nemalý vliv mají i balkánské zločinecké struktury tvořené zejména Bulhary a Albánci věnující se obchodování se ženami a organizování prostituce, krádežím věcí z aut a okrádáním osob z tržbami, převaděčství, vydírání či pašování zlata.

Svou roli na našem území hrají také struktury organizovaného zločinu arabské a italské. Arabské zločinecké struktury nevytvářejí klasické zločinecké organizace na národnostním principu, ale seskupují se kolem osob, které jsou u nás etablovány již delší dobu, popř. již mají české občanství. Jejich hlavním zájmem

je organizování nelegální migrace, pašování drog, obchod se zbraněmi nebo finanční machinace. Hlavními osobami řídicími trestnou činností jsou osoby žijící na našem území dlouhodobě, na základě čehož mají dobrou znalost prostředí. Činnost italských zločineckých skupin se vyznačuje vysokou latencí a zatím se zaměřují především na skupování nemovitostí v Praze jako na jednu z možností „praní špinavých peněz“.

Jsem si vědom, že doposud uvedené informace o organizovaném zločinu jsou nedostačující. Nebylo mým záměrem podat zde jeho hlubší analýzy a rozbor v měřítku národním ani celosvětovém. Jak vyplývá z názvu tohoto zamyšlení, jeho cílem je pojednání o informátorovi jako o jednom z efektivních nástrojů v boji s organizovaným zločinem vycházející z naší platné právní úpravy. Než se tedy začnu vůbec zabývat právě jeho postavením, považoval jsem za nutné v rámci bližšího pochopení zmínit alespoň něco málo o organizovaném zločinu, jeho působení a boji proti němu.

## III.

Zločinecké struktury při průniku na naše území využívaly a využívají nedostatky v naší legislativě a benevolentní přístup příslušných orgánů v oblasti povolání firem. Přicházejí s již získaným kapitálem pocházejícím ze zahraniční trestné činnosti a tento následně využijí při zakládání legálních „krycích“ firem. Tak jejich členové získávají povolení k pobytu za účelem zaměstnání ve vlastní firmě nebo ve firmě, kterou provozuje další spřízněná osoba.

Pro některé národnostní a etnické komunity etablované v naší republice (specificky pro Vietnamce či Číňany) je charakteristická jejich uzavřenost a tak i jejich zločinecké struktury jsou založeny výhradně na společném národnostním či etnickém základě svých členů. Spolupracovníky z řad našeho obyvatelstva využívají nejčastěji pro tzv. servis, kdy využívají jejich místní znalosti prostředí, zákonů a jejich kontakty. Tato skutečnost sama o sobě podstatně ztěžuje boj s organizovaným zločinem. Pro příslušníky Policie České republiky, dále jen policie, věnující se boji s ním (Služba kriminální policie a vyšetřování – Útvar pro odhalování organizovaného zločinu) je pak velmi obtížné, a mnohdy doslova nemožné, do takového prostředí proniknout a získávat z něj potřebné informace.

Zde se vytváří velmi vhodný prostor pro užití informátora. Je pro policii ideálem, když jím je taková osoba, která se sama pohybuje v zájmovém prostředí a z něj pak policii poskytuje požadované informace. Kvalita a věrohodnost poskytnutých informací, ale i jejich cena stoupá s tím, jak dalece dobře a důvěrně informátor toto prostředí zná. Pokud ví, jaké jsou jeho zákonitosti a na základě jakých principů funguje. Zda jsou mu dobře známy vztahy vzájemné podřízenosti a nadřízenosti a zda je pak schopen odhadnout jeho „slabé“ části.

Při nabídce spolupráce ze strany policie si je informátor dobře vědom, že při jejím vyjádření riskuje nejen vlastní život, ale i život svých rodinných příslušníků. Vždyť např. ruskojazyčné zločinecké struktury jsou známy svou brutalitou vyznačující se devastací obětí. Proto vždy zvažuje, zda tato má pro něj vůbec smysl a co mu může za ni policie nabídnout. Právě obava o svůj život a život svých blízkých je faktorem, který ovlivňuje jeho rozhodování. Ptá se, co mu policie může za jeho služby nabídnout. Moc toho není. Nejčastější odměny, které se mu v současné době za jeho „služby“ může dostat kromě odměn věcných a finančních je, že policista řídící informátora „přimhouří“ oko nad některými jeho aktivitami.

#### IV.

Informátor je jako jeden z podpůrných operativně pátracích prostředků upraven v 23f zákona o policii<sup>4</sup>. Informátorem se podle tohoto ustanovení zákona rozumí fyzická osoba poskytující za finanční nebo věcnou odměnu informace a služby takovým způsobem, aby nebyla vyjádřena její spolupráce s policií. Zde musím uvést, že právní úpravu tohoto institutu de lege lata obsaženou v zákoně o policii považují za velmi vágní, obecnou a neurčitou. Navíc konkretizace této právní úpravy a problematika jeho používání je přenechána interním aktům řízení (např. závazný pokyn policejního prezidenta č. 165 ze dne 31. 12. 2001, o používání informátorů), což není stavem ideálním. Jeho použitím se fakticky realizuje jedno z oprávnění příslušníků policie upravené zákonem o policii, a proto lze odůvodněně očekávat, že jeho právní úprava by tedy měla být jasná a konkrétní a neměla by být z větší části řešena interními akty řízení. Ty by měly ve vztahu k ní již jen zohledňovat určité nuance a detaily neupravené zákonem a nikoliv v žádném případě suplovat její nedostatky.

Zákon o policii žádným způsobem nedefinuje osobu informátora a nestanoví jakékoliv omezení pro jeho výběr. Neexistuje žádné ustanovení týkající se věku a způsobilosti této osoby. Překážkou pro osobu informátora by nemělo být jeho společenské postavení, vzdělání, náboženské vyznání či ateismus, politické přesvědčení, národnost, státní příslušnost či pohlaví. V tomto okamžiku jednoduše řečeno, informátor je fyzická osoba vědomě, dobrovolně a utajovaným způsobem spolupracující s policií. Z povahy věci vyplývá,

že informátorem nemůže být osoba právnická a nesmí jím být ani jiný policista.

Chybí nám taktéž zákonná definice osoby informátora. Při jejím vymezení by tato měla obsahovat požadavek, že se musí jednat o osobu způsobilou k právním úkonům. V tomto okamžiku musí být následně řešena otázka, zda by měla upravovat i jeho minimální věk (diskuse se točí kolem věku 15. nebo 18. let nebo toho, že věková hranice nebude vůbec uvedena). Nepopírám, že jsem zastával názor, že není účelné a efektivní stanovovat zákonem věkovou hranici k tomu, aby se osoba mohla stát informátorem a toto jsem vůbec nedoporučoval.<sup>5</sup> S ohledem na všechny potenciační rizika vycházející ze strany zájmového prostředí, které na svou osobu informátor bere při spolupráci s policií, jsem postupem času tento svůj postoj přehodnotil. Bylo by zjevně „nepřiměřené a tvrdé“, kdybychom faktickým či skrytým rizikům souvisejícím z působením informátora vystavovali již osobu mladší 15. respektive 18. let. Proto bych dosažení 18. let věku, které je spojeno se vznikem plné trestní odpovědnosti pachatele, považoval jako minimální věkovou hranici k tomu, aby se osoba mohla stát informátorem. Ve výjimečných případech stanovených zákonem (např. trestná činnost páchaná mládeží nebo na mládeží) by se dalo uvažovat o snížení této věkové hranice na 15. let věku při posouzení její rozumové vyspělosti k této spolupráci a samozřejmostí by musel být i souhlas zákonného zástupce s ní.

Právní úprava de lege lata dále nijak neřeší způsob úpravy spolupráce policie s informátorem. Nyní je fakticky řešena na základě ústní dohody, která je dostačující pro spolupráci ad hoc nebo spolupráci krátkodobou. Je jí stanoven okruh zájmových informací, za který je přislíbena určitá finanční, věcná nebo jiná odměna.

Bylo by vhodné v rámci větší efektivity upravit smluvní vztah mezi informátorem a policií na základě písemné smlouvy. Výše uvedený režim úpravy vzájemných vztahů by umožňoval adekvátní řízení informátora, upravoval by blíže způsoby styku s ním, konspirační opatření sloužící k vzájemnému utajení, stanovoval by předmět a obsah vzájemného závazkového vztahu včetně povahy dohodnuté odměny a navíc by umožňoval i kontrolu jeho činnosti. Detaily této smlouvy neuvedené v zákoně by mohly být řešeny interními akty řízení. Tato smlouva nemůže být představována typem subordináčních správních smluv (odborná literatura je taktéž označuje jako smlouvy veřejnoprávní,

<sup>4</sup> Zákon č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, dále jen zákon o policii.

<sup>5</sup> Má argumentace byla založena na tom, že zejména při odhalování a objasňování trestné činnosti páchané mladistvými a dětmi mladšími 15. let je žádoucí, aby se informátor svým věkem podstatně neodlišoval od zájmového prostředí v němž se pohybuje. Tento požadavek považuji z praktického hlediska nadále za opodstatněný. Jen díky tomu tak může mít důvěru tohoto prostředí. Pokud by zde již věkový rozdíl byl, pro úspěšnost svého působení v tomto prostředí by musel nejprve získat jeho důvěru a to by se mu nemuselo vždy podařit.

správní dohody nebo taktéž jako tzv. dohody správně právního charakteru)<sup>6</sup>, ale muselo by se v každém případě jednat o smlouvu sui generis.

I když je zmiňovaná spolupráce založena pouze a jen na vztahu dobrovolnosti a zájmu informátora o spolupráci, může se z jakéhokoli důvodu stát, že tento nemusí poskytovat jen informace pravdivé, ale může jí poskytovat úmyslně informace neúplné či zkreslené, aniž by se tímto vystavoval jakémukoliv postihu. Pokud by informátor neplnil smluvně dohodnuté podmínky, tak jedinou sankcí by mohlo být odstoupení od smlouvy. Nedovedu si představit žádné jiné mechanismy, na základě kterých by bylo možné na informátorovi požadovat plnění z takové smlouvy nebo mu dokonce také plnění přikázat.<sup>7</sup>

Další diskutovanou otázkou související s působením informátora, je jeho beztrestnost, protože ten se jako součást zájmového prostředí logicky dopouští trestné činnosti, i když to nemusí být vždy pravidlem. Právní úprava de lege lata opětovně žádným způsobem na tuto skutečnost nereaguje a problematiku beztrestnosti informátora, na rozdíl např. od agenta neřeší. Uvedený problém by neměl být řešen samostatně, ale pouze v kontextu všech dalších aspektů souvisejících s postavením informátora a jeho činností ve prospěch policie tak, jak byly již zmíněny výše. Nic by dle mého názoru nebránilo tomu, aby jeho beztrestnost vycházela ze stejných principů, na kterých je postavena právě beztrestnost agenta.<sup>8</sup> Při hledání odpovědi na uvedenou otázku se nemusí vycházet jen z beztrestnosti informátora, ale možným řešením by bylo např. zhodnocení míry jeho spolupráce při ukládání trestu.

## V.

Při použití informátora v rámci trestního řízení se často dostáváme k řešení zásadní a pro další postup důležité otázky, zda jeho působení a činnost nepředstavuje ve své podobě nepřijatelný zásah státu do

skutkového děje, jenž ve své komplexnosti tvoří trestný čin. Důsledně totiž musí být rozlišováno mezi tím, zda jednání a činnost informátora vyvolá u potenciálního pachatele úmysl trestný čin spáchat, kdy tento úmysl u něj předtím neexistoval (takové jednání informátora by mohlo být označeno jako policejní prokovačce) a mezi případy, kdy potenciální pachatel byl již před „nasazením“ informátora rozhodnut trestný čin spáchat a jeho aktivity jej v tom jen víceméně utvrdily a podpořily.

Základní odpověď na tuto otázku je obsažena v nálezu Ústavního soudu III. ÚS 597/99. Ústavní soud v něm deklaruje, že je nepřijatelným porušením čl. 39 Listiny a čl. 7 odst. 1 Úmluvy<sup>9</sup>, jestliže se jednání státu, v daném případě policie, stává součástí skutkového děje a tím celé posloupnosti úkonů, z nichž se trestné jednání skládá jako např. provokace či iniciování trestného činu, jeho dokonání a podobně. Jinými slovy je nepřijatelný takový zásah státu do skutkového děje, jenž ve své komplexnosti tvoří trestný čin, resp. takový podíl státu na jednání osoby, jehož důsledkem je trestní kvalifikace tohoto jednání.<sup>10</sup>

Jak Ústavní soud konstatoval v řadě svých nálezů (např. ve svém nálezu II. ÚS 710/01<sup>11</sup>) zásah státu do skutkového děje, jenž ve své komplexnosti tvoří trestný čin, resp. takový podíl státu na jednání osoby, jehož důsledkem je trestní kvalifikace tohoto jednání, je nepřijatelný. Takový postup policie je současně i vybočením z přesně vymezených hranic, v jejichž rámci má probíhat zákonný a zároveň spravedlivý proces zaručený čl. 6 odst. 1 Úmluvy. Je nepřijatelné, aby policie jako orgán státu naváděla jiného ke spáchání trestné činnosti, posilovala jeho vůli spáchat trestný čin či mu jakoukoliv formou pomáhala. Tento jeho závěr je plně v souladu s rozsudkem Evropského soudu pro lidská práva (dále jen ESLP) pod sp. zn. 12466/86 ze dne 15. 6. 1992 ve věci Ludwig Lüdi proti Švýcarsku. Obdobné je i rozhodnutí Spolkového soudního dvora (SRN) ze dne 30. 5. 2001 sp. zn. 1StR 42/01, které uvádí, že je porušením Úmluvy, jestliže osoba, která není

<sup>6</sup> Veřejnoprávní smlouvou obecně rozumíme dvoustranný nebo vícestranný právní úkon, který jako společný projev vůle smluvních stran potvrzuje nějaký veřejnoprávní poměr. Je pravdou, že tento typ smluv vytváří reciprocitu oprávnění a povinností mezi subjekty veřejné správy a osobami, vůči nimž výkon veřejné správy směřuje. Uvedené smlouvy, byť jsou v naší praxi jevem spíše výjimečným, mohou být uzavírány místo vydání správního aktu. Dohodou se tak fakticky upravují věci, které by jinak musely být řešeny vrchnostensky. Subordinace zde nevyjadřuje nerovnost subjektů, nýbrž poukazuje právě na shora uvedený aspekt, tedy obsah projevu vůle, který by bylo možno vyjádřit i ve správním aktu. Jestliže jedna ze smluvních stran neplní převzaté povinnosti, lze toto ustanovení smlouvy nahradit právě vydáním správního aktu a smlouva pak může zaniknout.

<sup>7</sup> Pokud spolupráce informátora s policií byla upravena veřejnoprávní smlouvou, tak v případě, že by informátor neplnil smluvně dohodnutou povinnost, mohlo by mu plnění takové povinnosti být přikázáno, v předchozím odkazu zmiňovaným, správním aktem. O jakou formu správního aktu by se mělo vůbec jednat a jaké náležitosti by měl splňovat? Může být navíc vynucená spolupráce zárukou toho, že informace poskytnuté informátorem budou pravdivé a věrohodné?

<sup>8</sup> O beztrestnosti agenta hovoří § 163c trestního řádu. Nejedná se ale o beztrestnost absolutní. Agent není v žádném případě beztrestný tehdy, pokud zločinné spolčení založil nebo zosnoval podle zásady, že nemůže být beztrestně vyprovokování trestné činnosti.

<sup>9</sup> Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů, dále jen Listina, Usnesení předsednictva České národní rady č. 209/1992 Sb., o Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod ve znění protokolů č. 3, 5, 8, ve znění pozdějších předpisů, dále jen Úmluva.

<sup>10</sup> Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek č. 18, náleze č. 97, str. 345.

<sup>11</sup> Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek č. 30, náleze č. 100, str. 437.



podezřelá a nemá zprvu ani sklon k trestné činnosti, je k trestnému činu svedena důvěrníkem (t.j. fakticky informátorem) vedeným veřejným činitelem státu.

Je to totiž právě a jen informátor, který je v prvotní fázi v kontaktu a ve spojení s potencionálním pachatelem a např. s ním se domlouvá „na zajištění požadovaného zboží a cenu za něj pro svého šéfa“. Na základě takto získaných operativních poznatků se potom odvíjí celý další postup policie. V průběhu trestního řízení se pak ale stává, že pachatel se na kontakty s informátorem odvolává a požaduje jeho výslech, což může být dosti problematické. Nesetkal jsem se v rámci policejní praxe s tím, aby policie zveřejnila pravou totožnost svého informátora a tohoto lidově „hodila přes palubu“. Nastává pak situace, kdy je velmi obtížně prokazatelné, jakou roli v celém skutkovém ději informátor sehrál a zda se v případě jeho použití a působení již nejedná o policejní provokaci.<sup>12</sup> Z vlastní praxe vím, že v takovém případě soud velmi často musí na základě zásady *in dubio pro reo* postupovat dle § 188 odst. 1 písm. c) trestního řádu a trestní stíhání pachatele za použití § 172 odst. 1 písm. b) trestního řádu zastavit nebo jej musí po již nařízeném hlavním líčení dle § 226 písm. b) zprostit obžaloby.

K problematice používání informátorů se ve svém klíčovém rozhodnutí vyjádřil ESPL pod sp. zn. 25829/94 ze dne 9. 6. 1998 ve věci *Francisco Teixeira de Castro* proti Portugalsku. Dle názoru soudu Úmluva nebrání tomu, aby ve stádiu předběžného vyšetřování (pokud to povaha trestné činnosti odůvodňuje) bylo spoléháno na zdroje, jakými jsou např. utajení informátoři. Jejich pozdější použití soudem pro účely odsouzení však označil za problematické. Uvedl, že použití takových „agentů“ musí být omezené a provázené zárukami. I když rozmach organizovaného zloči-

nu nepochybně vyžaduje přijetí přiměřených opatření, právo na řádný chod spravedlnosti zaujímá v demokratické společnosti tak výsadní místo, že nemůže být obětováno tomu, co je výhodné. Veřejný zájem nemůže ospravedlnit použití důkazů získaných v důsledku policejní provokace.

## VI.

Nechápu, že institut informátora stál doposud mimo rámec trestního řádu a nebyl do něj převzat ani v rámci velké novely trestního řádu provedené zákonem č. 265/2001 Sb. Jak již bylo zmíněno, v současné době je předkládán k mezirezortnímu připomínkovému řízení návrh věcného záměru rekodifikace trestního řádu.<sup>13</sup> Předkládaný návrh přinese v potřebném rozsahu i změny v dalších navazujících právních předpisech a budou se týkat i zákona o policii. To vytváří prostor ke vzniku nové právní úpravy postavení informátora.

Přestože používání informátorů bylo dlouhou dobu, a někdy i doposud je, ze strany veřejnosti považováno a vnímáno jako něco „nedemokratického“, je spolupráce s nimi pro orgány činnými v trestním řízení či oprávněnými útvary policie je vždy společensky žádoucí a v boji proti organizovanému zločinu v jakékoli jeho podobě a formě absolutně nepostradatelná.

Uvedené pojednání ve stručnosti nastínilo jen některé aspekty dané problematiky a nemohlo v žádném případě obsáhnout vše, co se jí týká. Na řadu naznačených otázek a problémů nedalo buď žádné nebo alespoň plnohodnotné odpovědi. Budu rád, když bude impulsem k vyvolání diskuse na uvedené téma.

<sup>12</sup> K problematice policejní provokace se Ústavní soud vyslovil např. ve svém nálezu II. ÚS 797/02 publikovaném ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek č. 33, usnesení č. 16, str. 387.

<sup>13</sup> K uvedenému blíže srovnej in FRYŠTÁK, M.: Pár poznámek k návrhu věcného záměru rekodifikace zákona o trestním řízení soudním z pohledu policejní praxe, *Trestní právo* 12/2004, str. 21–22, *Trestní právo* 1/2005, str. 15–19.[-2mm]

## INFORMACE PRO PRÁVNÍ PRAXI

## „K problematice právního postavení starosty obce“

Petr Kolman\*

*Motto: Kdo se v obci chová jako ovce, toho sežere vlk (starosta)*

(Přísliví z italské komunální politiky)

Erudované čtenářské obci ČPV, je dozajista známo, že funkce starosty obce má u nás dlouhou tradici. Pohlédneme-li byl jen namátkově do právního řádu – a to i mimo sektor úpravy obecního zřízení – který byl platný a účinný na našem historickém území, tak zjistíme, že institut starosty je tu hojně zastoupen, např. císařský patent č. 208/1854 ř.z. v § 270 praví, že k odhadu a dražbě movitých věcí může být použito též obecních starostů či takřka neuvěřitelných 80 let účinný<sup>1</sup> z. č. 117/1884 ř.z., o opatřeních o neškodném svádění horských vod, kde se ukládá obecním starostům poskytovat náležitou pomoc lesním technikům při svádění horské vody.

Možná i díky načrtnuté dlouholeté tradici, je v široké veřejnosti starosta mylně pokládán za jakýsi nejvyšší orgán obce<sup>2</sup>, s tímto chápáním se nemožno při znalosti českého pozitivního práva ztotožnit.

P. Průcha ho mj. definuje jako orgán obce, který reprezentuje obec navenek a plní další úkoly stanovené zákonem o obcích. Úkony, které vyžadují schválení zastupitelstva obce, popřípadě rady obce, může starosta provést jen po jejich předchozím schválení, jinak jsou tyto úkony od počátku neplatné.<sup>3</sup> Z. Koudelka navíc upozorňuje, že pokud starosta učiní úkon bez schválení příslušného orgánu vystavuje se *nebezpečí* trestněprávní i občanskoprávní odpovědnosti.<sup>4</sup> Zde laskavým perem podotkneme, že to, co je pro starostu *nebezpe-*

*čím*, je pro zbytek obecní entity naopak právním *bezpečím* ve smyslu dodržování zákonnosti v obci. Tedy, že každý municipální orgán bude konat pouze to, co mu zákon dovoluje.

S. Kadečka taktéž v popisu tohoto orgánu zdůrazňuje, že starosta zastupuje obec navenek<sup>5</sup> a rovněž jej správně charakterizuje umírněným „civilním“<sup>6</sup> způsobem. Podobným střídým způsobem definuje zmíněný orgán D. Hendrych.<sup>7</sup> Na závěr považuji v této souvislosti za vhodné citovat výše vzpomenutého S. Kadečku, který v odborném tisku prezentoval s výše uvedeným zcela korelující názor, který patrně mnohé starosty asi nepotěšil, avšak je naprosto výstižný: *Jakkoli tedy obecné právní vědomí přisuzuje starostovi obce rozsáhlá oprávnění, opak byl a je skutečností.*<sup>8</sup>

Starosta obce je volen zastupitelstvem z řad členů zastupitelstva. Na rozdíl od ostatních členů zastupitelstva musí mít státní občanství České republiky. Starosta je odpovědný zastupitelstvu obce.

Od 1. 1. 2003 starosta jmenuje a odvolává se souhlasem ředitele krajského úřadu tajemníka obecního úřadu – děje se tak v souladu se zákonem č. 312/2002 o úřednících samosprávných celků. Starosta rovněž stanoví jeho plat, a to podle lex specialis, kterým je zde zákon č. 143/1992 Sb., o platu a odměně za pracovní pohotovost v rozpočtových a některých dalších organizacích a nařízení vlády č. 253/1992 Sb., o pla-

\* JUDr. Petr Kolman, Katedra správní vědy, správního práva a finančního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

<sup>1</sup> Tento právní předpis byl účinný od 1. 7. 1884 do 1. 1. 1961, kdy byl zrušen č. 166/1961 Sb. tedy přijatý ještě před rakousko-uherským vyrovnáním a zrušený až za časů socialistického Československa.

<sup>2</sup> Zmíněná představa bývá žel posilována per nefas i ze strany médií, i když objektivně musíme uznat, že v posledním čase nastává jisté zlepšení i v této oblasti.

<sup>3</sup> Cit. PRŮCHA, P.: Správní právo – obecná část, PF MÚ v Brně, 2003, str. 133.

<sup>4</sup> Srov. KOUDELKA, Z.: Průvodce územní samosprávou, Linde Praha a.s., 2003, str. 67.

<sup>5</sup> Srov. KADEČKA, S.: Právo obcí a krajů v České republice, str. 140.

<sup>6</sup> Tímto adjektivem autor nemá samozřejmě na mysli civilní ve smyslu občansko-právním, ale posílení *antimajestátní povahy* tohoto institutu.

<sup>7</sup> Srov. HENDRYCH, D. a kol.: Správní právo. Obecná část, Praha, 2001, str. 286.

<sup>8</sup> KADEČKA, S.: Dvě novely zákona o obcích, Moderní obec 12/2001, *Economia* Praha, 2001.

ových poměrech zaměstnanců orgánů státní správy, některých dalších orgánů a obcí, ve znění pozdějších předpisů. Je dobré zdůraznit, že bez souhlasu ředitele krajského úřadu je celé jmenování a odvolání tajemníka obecního úřadu neplatné.

Nestanoví-li zastupitelstvo jinak, pak starosta odpovídá za včasné objednání přezkoumání hospodaření obce za uplynulý kalendářní rok – tedy audit provedený ve smyslu ustanov. § 42 z. č. 128/2000 Sb. Obce jsou zde pro potřeby tohoto auditu rozděleny do skupin obcí do 5000 obyvatel a větších.<sup>9</sup> Náklady na přezkoumání hospodaření obce auditorem uhradí obec ze svých rozpočtových prostředků.

Starosta má legální povinnost plnit úkoly zaměstnavatele podle zvláštních předpisů, je to on, kdo uzavírá a ukončuje pracovní poměr se zaměstnanci obce a stanoví jim plat podle zvláštních platových předpisů. Ne každá obec (resp. její obecní úřad) v ČR má svého tajemníka, tedy pokud není v obci tajemník obecního úřadu, nenahrazuje jej automaticky starosta – avšak např. vedoucí odboru ex lege jmenuje, odvolává a stanoví jim plat starosta – *pouze v situaci* není-li v obci zřízena rada obce.

Český starosta může, avšak až po projednání s ředitelem krajského úřadu, svěřit komisi výkon *přenesené* působnosti v určitých věcech, obligatorní povinnost zmíněného projednání je součástí právního řádu od 1. 1. 2003 a parciálně zde posiluje vazbu mezi obcí a krajem. Starosta dále může požadovat po Policii České republiky spolupráci při zabezpečení místních záležitostí veřejného pořádku. Starosta sehrává svou roli, při realizaci výkonu práva na informace fyzických a právnických osob ve vztahu k obci.

Právě starosta odpovídá za informování veřejnosti o činnosti obce ve smyslu zákona č. 106/1999 Sb. Starosta zabezpečuje výkon přenesené působnosti v obcích, kde není tajemník obecního úřadu, rozhoduje o záležitostech samostatné působnosti obce svěřených mu radou obce, plní další úkoly stanovené z. č. 128/2000 Sb. a dalšími zvláštními zákony.

Plní obdobné úkoly jako *statutární orgán* zaměstnavatele podle zvláštních právních předpisů vůči uvolněným členům zastupitelstva a tajemníkovi obecního

úřadu. Starosta svolává a zpravidla řídí zasedání zastupitelstva obce a rady obce, podepisuje spolu s ověřovateli zápis z jednání zastupitelstva obce a zápis z jednání rady obce. Není tedy pravda, že by zasedání zastupitelstva mohl řídit pouze starosta obce, je zde dán prostor pro „jisté politické manévry“, byť řízení schůze má spíše prestižně – symbolickou funkci. Když je starosta ze své funkce odvolán nebo se funkce vzdal a není-li současně zvolen nový starosta, vykonává jeho pravomoc až do zvolení starosty místostarosta, kterého určilo zastupitelstvo obce k zastupování starosty (§ 104 odst. 1). Neurčilo-li zastupitelstvo obce místostarostu k zastupování starosty nebo byl-li tento místostarosta z funkce odvolán nebo se funkce vzdal současně se starostou, pověřil zastupitelstvo obce výkonem pravomoci starosty některého z členů zastupitelstva obce.

Starostu zastupuje místostarosta. Zastupitelstvo obce může zvolit více místostarostů a svěřit jim některé úkoly Místostarosta, kterého určí zastupitelstvo obce, zastupuje starostu v době jeho nepřítomnosti nebo v době, kdy starosta nevykonává funkci (§ 73 odst. 3 a § 79 odst. 1).

Starosta spolu s místostarostou podepisuje právní předpisy obce. Do 31. 12. 2002 mohl místostarosta zastoupit jiný radní, to dnes již možné není. Zajímavá právní situace nastává v případě, když je právní předpis obce špatně signován. Je takový právní předpis obce platný či nikoliv? K tomu může dojít – a dle judikatury Ústavního soudu ČR i došlo<sup>10</sup>. Kdyby byl takovýto obecní právní předpis automaticky neplatný, nastala by kuriózní situace, že by jeden kverulující starosta či místostarosta<sup>11</sup> mohl zablokovat celou obecní normotvorbu. Tedy jeden místostarosta by získal v tomto ohledu vyšší váhu než celá rada či zastupitelstvo. Souhlasím s názorem Z. Koudečky, že *i nesprávně podepsaný právní předpis má předpoklad správnosti, a tedy se považuje za platný až do okamžiku jeho zrušení*<sup>12</sup> Jak koneckonců stojí v Nálezu pléna Ústavního soudu ČR: *Nedostatky v podpisech obecně závazné vyhlášky, byla-li tato jinak v souladu se zákonem přijata a publikována, platnost vyhlášky nijak neovlivňují*.<sup>13</sup>

V harmonickém souladu s jinými autory (S. Ka-

<sup>9</sup> Z. č. 128/2000 Sb., stanoví že obec, která má alespoň 5000 obyvatel, dá přezkoumat auditorem hospodaření obce za uplynulý kalendářní rok. Obec, která má méně než 5000 obyvatel, dá přezkoumat hospodaření obce za uplynulý kalendářní rok krajským úřadem nebo auditorem. Hospodaření obce přezkoumává krajský úřad v *přenesené* působnosti. Svou roli zde sehrává i orgán státní správy finanční úřad. Obec, která dala přezkoumat hospodaření obce auditorem, oznámí neprodleně tuto skutečnost finančnímu úřadu. Rozhodující pro stanovení počtu obyvatel v obci, pro potřeby přezkoumání hospodaření obce, je počet obyvatel obce k 1. lednu roku, za který se provádí přezkoumání hospodaření obce. V územně členěných statutárních městech přezkoumává hospodaření městského obvodu nebo městské části magistrát tohoto města. Magistrát přezkoumává hospodaření městského obvodu nebo městské části v *přenesené* působnosti.

<sup>10</sup> Ústavní soud již upozornil na špatně podepsané právní předpisy obcí – obecně závazné vyhlášky, které byly podepsány pouze jedním z povinných signatářů, avšak tyto byly či nebyly zrušeny z jiných relevantních důvodů.

<sup>11</sup> Relevantní převšim v obcích s jedním místostarostou, při vyšším počtu by blokační místostarosta mohl být nahrazen místostarostou jiným.

<sup>12</sup> Cit. KOUDELKA, Z.: Průvodce územní samosprávou, Linde Praha, 2003, str. 68.

<sup>13</sup> Blíže nález pléna Ústavního soudu ze dne 19. 11. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 1/96 in ÚS Sbírka nálezů a usnesení – svazek 6, C. H. Beck, Praha 1997, str. 369–376.

dečka, Z. Koudelka)<sup>14</sup> zastávám názor, že podpis starosty či místostarosty pod právním předpisem obce má spíše symbolický význam. Jelikož je tento článek věnován starostovi, tak zde musíme zdůraznit, že starosta nemá právo obecního legislativního veta, kdyby byl věnován místostarostovi, tak bychom byli nuceni konstatovat totéž.

Mezi další oprávnění starosty patří právo pozastavit výkon usnesení rady obce, má-li za to, že je ne-  
správné. Věc pak předloží k rozhodnutí nejbližšímu zasedání zastupitelstva obce (§ 84 odst. 5).

Další úlohu je povinen plnit starosta ve vztahu ke krajskému úřadu. Na návrh ředitele krajského úřadu<sup>15</sup> je starosta povinen zaslat krajskému úřadu usnesení, rozhodnutí a jiná opatření orgánů obce, jestliže o to zmíněný požádá. Analogicky tato povinnost existuje i vůči Ministerstvu vnitra. Pokud o to Ministerstvo vnitra požádá, zašle je též Ministerstvu vnitra.

V případech stanovených zvláštními zákony zřizuje starosta pro výkon přenesené působnosti zvláštní orgány obce, jmenuje a odvolává jejich členy. V případech stanovených zvláštními zákony vykonává zvláštní orgán obce s rozšířenou působností státní správu pro správní obvod obce s rozšířenou působností. Dříve – do účinnosti z. č. 128/2000 Sb. – tato kompetence příslušela radě obce, jde tu tedy o posílení pozice starosty. Příkladem takového orgánu může být např. přestupková komise dle z. č. 200/1990 Sb., o přestupcích.

V čele zvláštního orgánu obce může být jen osoba, která, nestanoví-li zvláštní zákon jinak, prokázala zvláštní odbornou způsobilost v oblasti přenesené působnosti, pro jejíž výkon byl zvláštní orgán zřízen. Pro prokázání zvláštní odborné způsobilosti osoby stojící v čele zvláštního orgánu obce platí obdobně ustanovení zvláštních právních předpisů upravujících toto prokázání pro úředníky územních samosprávných celků.

Existuje však legální výjimka a to v případě, kdy v čele zvláštního orgánu obce stojí na základě ustanovení zvláštního zákona starosta.

Zvláštní situace nastává v tzv. volebním mezidobí, kdy *dosavadní* starosta v období ode dne voleb do zastupitelstva obce do dne konání ustavujícího zasedání nově zvoleného zastupitelstva obce

- a) zabezpečuje výkon přenesené působnosti v obcích, kde není tajemník obecního úřadu,
- b) vykonává pravomoci podle § 102 odst. 2 písm. a), b), e), h), i), l), § 102 odst. 3 a § 103 odst. 4 s výjimkou provádění rozpočtových opatření,

- c) přijímá prohlášení o uzavření manželství – dle ustanov. § 4 z. č. 94/1963 Sb., o rodině

Jestliže zastupitelstvo obce nezvolí na svém ustavujícím zasedání starostu, vykonává dosavadní starosta, je-li členem zastupitelstva, pravomoc podle odstavce 1. Není-li dosavadní starosta členem zastupitelstva obce, pověří zastupitelstvo obce výkonem této pravomoci některého ze svých členů.

Jestliže nově zvolené zastupitelstvo obce nezvolí starostu do 6 měsíců ode dne ustavujícího zasedání, postupuje se podle § 98 – tj. ředitel krajského úřadu jmenuje správce obce z řad zaměstnanců kraje zařazených d krajského úřadu.

Starosta má jisté symbolicko-psychologické privilegium – a to právo užívat při významných příležitostech a občanských obřadech závěsný odznak. Závěsný odznak má uprostřed velký státní znak a po obvodu odznaku je uveden název Česká republika.

Průlom do této výlučnosti může učinit *rozhodnutí* rady obce (pozor nikoliv zastupitelstva), jež může stanovit, v kterých případech může tento odznak užívat jiný člen zastupitelstva obce nebo tajemník obecního úřadu. Autor tohoto článku by na rozdíl od zákonodárce tuto pravomoc raději přiřkl zastupitelstvu obce (tedy ne radě), ostatně se zde rozhoduje o možnosti užití těchto insignií ze strany zastupitelů, dle mého soudu, je tu zbytečně posílena role rady obce. Primátor statutárního města má právo při významných příležitostech a občanských obřadech používat primátorské insignie.

Funkce starosty obce je veřejnou funkcí. Dne 12. 7. 2002 nabyla na účinnosti ustanovení zákona o obcích, kterým se ruší § 80 (působnost zákoníku práce) Dle § 2 odst. 1 zákoníku práce se na vztahy vyplývající z výkonu veřejné funkce zákoník práce vztahuje, pokud to *expressis verbis* stanoví zvláštní předpis, v našem případě zákon o obcích (obecní zřízení).<sup>16</sup>

Starostům obcí náleží za jejich práci finanční odměna, která je de lege lata dána nařízením vlády č. 37/2003 Sb. o odměnách za výkon funkce členům zastupitelstev, tento podzákonný právní předpis slouží k provedení z. č. 128/2000 Sb. Schematicky napsáno, výše odměny se řídí tím, zda je starosta uvolněný či nevolněný pro výkon své funkce a dále pak podle počtu obyvatel jejich obce<sup>17</sup>, další navýšení mohou starostové očekávat pokud působí jako „uvolnění“ v obcích s rozšířenou působností a dále v městských obvodech nebo městských částech územně členěných statutár-

<sup>14</sup> Srov. např. KADEČKA, S.: Právo obcí a krajů v České republice, C. H. Beck Praha 2003, str. 154 nebo KOUDELKA, Z.: Průvodce územní samosprávou, Linde Praha, 2003, str. 69, stejné stanovisko zastával tento autor i ve své předešlé publikaci *Obecně závazné vyhlášky*, Linde Praha, 2000.

<sup>15</sup> Tedy pouze ředitel ne nikoliv řadového úředníka krajského úřadu, což posiluje právní jistotu starostů obcí a mělo by zabránit nadbytečné byrokracii.

<sup>16</sup> Můžeme např. zmínit, že starosta de lege lata nemá pevnou pracovní dobu a věnuje se výkonu své funkce dle konkrétních potřeb obce.

<sup>17</sup> Odstupňovaně zde platí, čím více má obec obyvatel, tím vyšší je odměna.

ních měst a v městských částech hlavního města Prahy, na jejichž úřady byla statutem nebo zákonem přenesena alespoň část působnosti obecního úřadu obce s rozšířenou působností.<sup>18</sup> A dále pak v obcích s pověřeným obecním úřadem a dále v městských obvodech nebo městských částech územně členěných statutárních měst a v městských částech hlavního města Prahy, na jejichž úřady byla statutem nebo zákonem přenesena alespoň část působnosti pověřeného obecního úřadu. Obecně lze k odměnám uvolněných starostů říci, že od roku 1989 došlo k výraznému navýšení, což bývá do jisté míry negativně vnímáno částí angažované veřejnosti,<sup>19</sup> a to především v tzv. „chudších“ (např. postižených vyšší mírou nezaměstnanosti) regionech naší země. Tato negativní emoce bývá leckde násobena faktorem nekvalitní práce některých starostů (či starostek), která je mnohdy dána nízkou mírou vzdělání těchto osob.<sup>20</sup> Občané obcí ovšem po právu ještě hůře snášejí, pokud se starosty stanou osoby méně morálně vyspělé – např. se sklonem ke korupci. Na problematiku korupce v územní samosprávě v posledním čase v médiích asi nejintenzivněji upozornila Nejvyšší státní zástupkyně Marie Benešová. Např. koncem května 2004 oznámila, že „její“ lidé pracují na obvinění skoro padesátky starostů.<sup>21</sup> Tím samozřejmě nechceme říct či (ne)přímo naznačit, že všichni starostové (kterých je v ČR více než 6200) jsou zkorumpovaní či jinak překračující zákon, ovšem zavírání očí před nešvary by bylo pověstnou „medvědí službou“.

Jinak řečeno: nedostatek vzdělání možno u některých starostů tolerovat ovšem deficit morální nikoliv. Pozitivní v tomto směru shledávám roli médií, která v posledním čase věnují stále větší prostor případům

z komunální úrovně. I když taktéž zde je nutno apelovat zejména na veřejnoprávní elektronická média tedy zejména Českou televizi a (resp. Český rozhlas), aby s větší mírou systematickosti a preciznosti plnila svou veřejnou službu – kterou je dle § 2 z. č. 483/1991 Sb., o České televizi i přispívání k právnímu vědomí obyvatel České republiky.

#### POUŽITÁ A DOPORUČENÁ LITERATURA

- Hendrych, D. a kol.: Správní právo. Obecná část, Praha: C. H. Beck, 2001,
- Koudelka, Z.: Obce a kraje. 2. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde, 2001
- Koudelka, Z.: Průvodce územní samosprávou po 1. 1. 2003, Praha: Linde, 2003
- Kadečka, S.: Dvě novely zákona o obcích, Moderní obec, 2001, č. 12, *Economia Praha*,
- Kadečka, S.: Právo obcí a krajů v České republice, 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2003
- Průcha, P.: Správní právo, obecná část, PrF MU v Brně, Brno 2003
- Ondruš, R. in Komentář k zákonu č. 128/2000, o obcích, Linde Praha 2002, ASPI lit. Eviden. č. 21803 (lit)
- Tvarůžková, Z.: Kdo a proč se bojí Marie Benešové (rozhovor s Nejvyšší státní zástupkyní), *Nedělní svět*, Praha, 30. 5. 2004

<sup>18</sup> Srov. ustanov. § 1 odst. 3 citov. předpisu.

<sup>19</sup> A také do jisté míry erudované, schopné si vypočítat skutečnou výši celkových odměn, a rovněž veřejnosti aktivní, tj. sledující časté legislativní změny v tomto směru.

<sup>20</sup> Tvrzením o nekvalitní práci se samozřejmě nechci nijak dotknout stovek poctivých a pro dobrou věc zapálených starostů a starostek, kterých si je naopak potřeba opravdu vážít.

<sup>21</sup> Srov. TVARŮŽKOVÁ, Z.: Kdo a proč se bojí Marie Benešové (rozhovor s nejvyšší státní zástupkyní), *Nedělní svět*, 30. 5. 2004.

## STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

## Právní ochrana v řízení o předběžné otázce \*

Michal Bobek\*\*

## 1. ÚVODEM

Řízení o předběžné otázce je druhem soudní spolupráce mezi Soudním dvorem Evropských společenství (dále Soudní dvůr či Soud) a soudy členských států. Od 1. května 2004 mají i české soudy pravomoc obracet se s předběžnými otázkami na Soudní dvůr v Lucemburku.<sup>1</sup> Soudy členských států jsou v otázce, zda (ne)zahájit řízení o předběžné otázce do značné míry autonomní. Z charakteru řízení o předběžné otázce jako druhu spolupráce mezi soudy totiž plyne, že role účastníků výchozího řízení před soudem členského státu je omezena. Účastníci nemohou podání předběžné otázky českým soudem nárokovat.<sup>2</sup> Znamená tato skutečnost však, že rozhodnutí českého soudu o (ne)předložení předběžné otázky není na základě podnětu účastníků řízení přezkoumatelné? Úkolem tohoto článku je odpovědět na otázku, jaké jsou procesní možnosti účastníků řízení před českým soudem

pro případ, že si (ne)přejí předložení předběžné otázky do Lucemburku a jejich požadavky se rozcházejí s představou soudu.

## 2. MOŽNÉ SCÉNÁŘE ANEB KOMU SE CHCE DO LUCEMBURKU?

Komunitární právo nepředepisuje pro rozhodnutí o zahájení předběžné otázky žádnou specifickou formu.<sup>3</sup> Volba formy rozhodnutí je plně ponechána na vnitrostátních procesních předpisech, které upravují druh řízení, v rámci kterého je předběžná otázka předložena.<sup>4</sup> Pro předložení předběžné otázky se v rámci soudního řízení ve starých členských státech ustálila forma usnesení.<sup>5</sup> V případě českého řízení soudního, tedy řízení dle občanského soudního řádu,<sup>6</sup> soudního řádu trestního<sup>7</sup> a soudního řádu správního<sup>8</sup> se bude taktéž jednat o formu usnesení.<sup>9</sup>

\* Tento článek cituje rozhodnutí Soudního dvora Evropských společenství a Soudu prvního stupně odkazem na anglickou sbírku rozhodnutí Soudního dvora ve formě *číslo případu, jména stran* [ročník sbírky] ECR (zkratka *E*uropean *C*ourt *R*eports) strana ve sbírce, na které začíná daný případ, a *odstavec*. Primární prameny jsou citovány odkazem na anglickou verzi „Official Journal of the European Communities“ ve formě [ročník] Official Journal *druh sbírky* (L-legislation/C-communications) *částka/strana*.

\*\* Michal Bobek, University of Oxford, Faculty of Law (St Edmund Hall)

<sup>1</sup> Pokud je autorovi známo, do 1. září 2004 této možnosti zatím žádný český soud nevyužil.

<sup>2</sup> Srov. případ 166/73 *Rheinmühlen v Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide* [1974] ECR 33, odstavec 3, případ C-87/90 *Verholen a ostatní v. Sociale Verzekeringsbank* [1991] ECR I-3757, odstavec 12, případ C-472/93 *Luigi Spano v. Fiat Geotech SpA* [1995] ECR I-4321, odstavec 15 či případ 93/78 *Matthews v. Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost eG*, [1978] ECR 2203, odstavec 6.

<sup>3</sup> Srov. znění článku 234 SES, článku 23 Statutu Soudního dvora a čl. 103 a 104 Jednacího řádu Soudního dvora.

<sup>4</sup> Srov. Informativní pokyny Soudního dvora ohledně zahájení řízení o předběžných otázkách národními soudy, odstavec 4. Tento dokument je přístupný na internetových stránkách Soudního dvora (bohužel zatím nikoliv v češtině) na <http://www.curia.eu.int/en/instit/txtdocfr/autrestxts/txt8.pdf> (20. 07. 2004) jako *Note informative sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales (Fr)* či *Information Note on References by National Courts for Preliminary Rulings (En)*. V poslední době byly publikovány neoficiální překlady tohoto sdělení Soudního dvora, např. v časopise *Jurisprudence*, číslo 2/2004, str. 7 a 8.

<sup>5</sup> V právní praxi německé a rakouské se jedná o „*Beschluss*“, v anglické o „*order*“, ve francouzské o „*ordonnance*“. Nejedná se však o řešení výlučné, Soudní dvůr je v těchto otázkách velice flexibilní a je mu v podstatě jedno, v jaké formě žádost o předběžnou otázku přijde, za předpokladu, že je přípustná. Blíže viz BOBEK, M.: Ptejte se mě na co chcete, já na co chci odpovím; přípustnost předběžných otázek před Evropským soudním dvorem. *Soudní rozhledy* 9/2004, str. 321–329.

<sup>6</sup> Ve smyslu § 109, odstavec 2 písmeno c) zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění novel (dále o. s. ř.). V případě, kdy je soud předběžnou otázkou povinen předložit, se dá dle platného znění občanského řádu soudního uvažovat též o přerušení řízení na základě § 109, odstavec 1, písmeno b) o. s. ř.

<sup>7</sup> V případě trestního řízení se bude jednat přerušení řízení na základě nového § 9a zákona 141/1961 Sb. o trestním řízení soudním (dále tr. ř.) – viz Sněmovní tisk 533/0 z 13. 11. 2003. K 25. srpnu 2004 byl zákon schválen Parlamentem ČR a postoupen k podpisu prezidentovi republiky. Na institut předběžné otázky reaguje návrh § 9a. Ten ve svých 4 odstavcích stanoví speciální právní režim vůči obecnému § 9 tr. ř.

<sup>8</sup> Srov. § 48, odstavec 2, písmeno e) zákona 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění novel (dále s. ř. s.).

<sup>9</sup> Pro náležitosti usnesení, srov. § 167 an. o. s. ř., který platí na základě § 55 s. ř. s. ve spojení s § 64 s. ř. s. podpůrně též pro soudní řízení správní a § 134 an. tr. ř.

V otázce přezkumu rozhodnutí o (ne)předložení předběžné otázky je třeba rozlišit několik možných scénářů. Dělicím kritériem je zde jednak skutečnost, zda se soud rozhodl řízení zahájit či nezahájit a dále pak zjištění, o který typ soudu se jedná. Druhá a třetí alinea článku 234 SES totiž rozlišují mezi soudním orgánem členského státu (2. alinea) a soudem posledního stupně (3. alinea). Soud, který není soudem posledního stupně má úvahu, zda rozhodnutí Soudního dvora potřebuje k vydání svého rozhodnutí a předběžnou otázku podá či nikoliv. Soud posledního stupně tuto úvahu nemá a vzniká mu povinnost předběžnou otázku předložit.<sup>10</sup> Za aplikace těchto dělicích kritérií nám vznikají čtyři možné scénáře:

- (i) Soud, který není soudem posledního stupně, se rozhodl nepodat předběžnou otázku.
- (ii) Soud, který není soudem posledního stupně, se rozhodl podat předběžnou otázku a vydal o tom usnesení.
- (iii) Soud posledního stupně se rozhodl nepředložit předběžnou otázku.
- (iv) Soud posledního stupně se rozhodl předběžnou otázku předložit a vydal o tom usnesení.

Usnesení o předložení předběžné otázky se vydává pouze v případech pozitivního rozhodnutí, tedy v případech, kdy se český soud na Soudní dvůr skutečně obrací. Jestliže se soud rozhodne řízení o předběžné otázce nezahájit, žádné usnesení se nevydává. Jestli se účastník řízení zahájí řízení o předběžné otázce dovolává, pak je jeho úkon pouze protokolován.<sup>11</sup> Nicméně s ohledem na to, že na zahájení řízení o předběžné otázce nemá účastník nárok, předseda senátu nevydává zamítavé usnesení. Soud bude nicméně povinen se s komunitárními argumenty účastníka vypořádat v rozsudku či jiném rozhodnutí, kterým bude rozhodnuto ve věci samé.

Možnosti sub (i) a sub (iv) jsou nepřezkoumatelné. To však nesnižuje právní ochranu jednotlivců. Pokud se týká první možnosti, nižší soudy mají na rozdíl od soudů posledního stupně v otázce plnou úvahu, zda se pro vydání svého rozhodnutí potřebují obrátit na Soudní dvůr s předběžnou otázkou.<sup>12</sup> Jestliže se nižší soud s předběžnou otázkou na Soudní dvůr

neobrátl a při výkladu komunitárního práva pochybí, jeho přehmat může být korigován v rámci běžného instanačního postupu u soudu odvolacího či dovolacího. Projednávaný případ se tak jako tak dříve či později dostane před soud, který je v konkrétním případě soudem posledního stupně s povinností podat předběžnou otázku.

Čtvrtá možnost není přezkoumatelná ze dvou důvodů. Jestliže se soud posledního stupně rozhodne na Soudní dvůr obrátit, plní tak svoji povinnost v souladu s článkem 234 (3) SES. Přezkoumávat proto rozhodnutí, při jehož vydání soud posledního stupně nemůže postupovat protiprávně,<sup>13</sup> je mrháním času a prostředků. Navíc z čistě praktického hlediska vzhledem k tomu, že se jedná o soud posledního stupně, není zde nikdo, kdo by mohl usnesení o předložení předběžné otázky přezkoumat.<sup>14</sup>

Předmětem našeho dalšího zkoumání proto budou možnosti sub (ii) a sub (iii). Druhá výše načrtnutá možnost předpokládá scénář, kdy se soud, který není soudem posledního stupně, rozhodne předběžnou otázku podat. Účastník či účastníci řízení, kteří lidově řečeno „do Lucemburku nechtějí“, se rozhodli vydané usnesení napadnout. Třetí výše popsání možnost se pak týká výlučně soudů posledního stupně, kterým vzniká povinnost předběžnou otázku podat, kterou podle názoru účastníků řízení nerespektují. V tomto případě účastník či účastníci do Lucemburku chtějí, nechce ale soud.

### 3. „JÁ DO LUCEMBURKU NECHCI!“

#### 3.1. MĚLO BY BÝT USNESENÍ O PŘEDLOŽENÍ PŘEDBĚŽNÉ OTÁZKY PŘEZKOUMATELNÉ?

Soud, který není soudem posledního stupně, vydal usnesení o přerušení řízení a podal předběžnou otázku. Tu si však jedna nebo obě strany nepřejí. Je možné napadnout usnesení o předložení předběžné otázky odvoláním (respektive stížností)? Soudní dvůr ve své judikatuře konstatoval, že mu nepřísluší tuto otázku řešit. Soudní dvůr se vyjádřil ve smyslu, že:

„...v případě soudu, proti jehož rozhodnutí je pří-

<sup>10</sup> K rozlišení soudních orgánů s možností a povinností předběžných otázek, viz. blíže BOBEK, M.: Které české soudy budou mít povinnost obracet se na Evropský soudní dvůr v rámci řízení o předběžné otázce? Právní rozhledy 5/2004, str. 173–180 či BOBEK, M.: Porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce podle článku 234 (3) SES. C. H. Beck Praha 2004, str. 16 an.

<sup>11</sup> Srov. § 40 o. s. ř., § 55 odstavec 1 tr. ř.

<sup>12</sup> Tedy při respektování stávající judikatury Soudního dvora a pouze pokud se nejedná o otázky platnosti komunitárního práva. Blíže viz BOBEK, M.: Které české soudy budou mít povinnost obracet se na Evropský soudní dvůr v rámci řízení o předběžné otázce? Právní rozhledy 5/2004, str. 174 an.

<sup>13</sup> Přirozeně za předpokladu, že soud posledního stupně řízení o předběžné otázce nezneužívá či nepřekládá otázky zjevně nepřipustné. Blíže viz Bobek, op. cit. výše, pozn. č. 5.

<sup>14</sup> Pokoušet se v podobném případě o ústavní stížnost podle čl. 87, odstavce 1, písmena d) Ústavy České republiky by byla velice odvážná právní konstrukce s nulovou vyhlídkou na úspěch, tedy pokud by se nejednalo o již zmiňované zneužití řízení o předběžné otázce. Namítat zdržení řízení před národním soudem pro podání předběžné otázky do Lucemburku pro průtahy v řízení není, dle judikatury Evropského soudu pro lidská práva, možné. Srov. rozhodnutí ESLP v případě *Pafitis v. Řecko* z 28. února 1998, stížnost č. 20323/92 (odstavec 95 rozhodnutí).

*pustný opravný prostředek dle vnitrostátního práva, článek 177<sup>a</sup> [nyní 234 – pozn. autorů] nevylučuje, aby rozhodnutí takového soudu, kterým byla předložena předběžná otázka tomuto Soudu, bylo přezkoumáno v rámci opravných prostředků podle vnitrostátního práva.<sup>15</sup>*

Soudní dvůr tak otázku přezkumu usnesení o zahájení řízení o předběžné otázce ponechává, v souladu s principem procesní autonomie členských států, plně na vnitrostátní úpravě jednotlivých členských států.<sup>16</sup> Ta se v rámci starých členských zemí značně liší.<sup>17</sup> Například Francie, Lucembursko, Nizozemí a Spojené království odvolání tohoto typu připouštějí, Belgie, Irsko a Itálie nikoliv. Německá a rakouská praxe se přiklání k nemožnosti přezkumu usnesení o předložení předběžné otázky.<sup>18</sup> Budoucnost ukáže, jaké řešení zvolí česká praxe. Autor se však domnívá, že by usnesení o předložení předběžné otázky přezkoumatelné být mělo.

Klíčovou otázkou pro možnost přezkumu usnesení o předložení předběžné otázky bude, především v kontextu občanského soudního řádu, vnímání charakteru tohoto usnesení. § 202 odstavec 1 písmeno a) o. s. ř. vylučuje možnost přezkumu usnesení, jímž se upravuje vedení řízení.<sup>19</sup> Ač je rozhodnutí o předložení předběžné otázky možné vnímat jako druh usnesení, kterým se upravuje vedení řízení, existují však zásadní argumenty proto, aby byla dána možnost přezkumu usnesení o předložení předběžné otázky. K těm podstatnějším patří:

- (i) Předložením předběžné otázky se vedení řízení bezesporu upravuje. Ovšem upravuje se v míře, která dalece přesahuje výjimku stanovenou § 202 odstavec 1 písmeno a) o. s. ř. Charakter tohoto usnesení proto přesahuje pouhou „úpravu vedení řízení“. Rozhodnutí předložit

předběžnou otázku má zásadní vliv na průběh řízení a na rozhodnutí ve věci samé.<sup>20</sup>

- (ii) Usnesením o předložení předběžné otázky se zároveň přerušuje řízení ve smyslu § 109 odstavec 2 písmeno c o. s. ř. Usnesení o přerušení řízení by přezkoumatelné být mělo.
- (iii) Smyslem vyloučení věcí, kterými se „upravuje vedení řízení“, z odvolacího přezkumu je hospodárnost řízení.<sup>21</sup> Jestliže je předběžná otázka nesprávně či zbytečně položena, znamená dvouleté zdržení v projednávání věci<sup>22</sup> a zbytečné náklady. Vyloučení usnesení o předložení předběžné otázky z přezkumu odvolacího soudu by proto šlo proti smyslu celého ustanovení.
- (iv) Možnost přezkumu podobného zásadního rozhodnutí soudu by mělo být přezkoumatelné z důvodu ochrany procesních práv účastníků. Je nutné připomenout, že podáním předběžné otázky se řízení před soudem členského státu staví minimálně na dva roky. Zasahuje tak podstatným způsobem do procesních práv účastníků, především práva na projednání věci v přiměřené lhůtě.<sup>23</sup>
- (v) Umožnění přezkumu usnesení o zahájení řízení o předběžné otázce soudem vyššího stupně je způsobem, jak zabránit neuváženým, nepotřebným a nesprávně formulovaným předběžným otázkám. Umožnit vícečetnou kontrolu účelnosti předběžné otázky, tedy za spolupráce účastníků řízení a odvolací instance, by bylo v souladu s politikou Soudního dvora posledních let. Ta je charakterizována přísnějším postupem proti nedostatečně formulovaným předběžnými otázkám, vedoucím až k jejich odmítání.<sup>24</sup> Přezkum účelnosti předběžné otázky soudem vyš-

<sup>15</sup> In: případ 146/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] ECR 139, strana 147, odstavec 3.

<sup>16</sup> Viz též další judikaturu Soudního dvora k této otázce v případech 13/61 *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd v. Robert Bosch GmbH a ostatní* [1962] ECR 45, na str. 50; případ 127/73 *BRT v. SABAM* [1974] ECR 139, odstavec 3; případ 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.* [1978] ECR 629, odstavec 10.

<sup>17</sup> Slov. O'KEEFFE, D.: Appeals against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty. [1984] 9 E. L. Rev. 87 či ANDERSON, D.; DEMETRIOU, M.: References to the European Court., 2nd ed., Sweet & Maxwell, London 2002, str. 215–216. Situaci v Rakousku popisuje detailně KOHLEGGGER, G.: Einwirkungen des Vorabentscheidungsverfahrens auf das österreichische Zivilverfahren, ÖJZ 1995, 772 a KOHLEGGGER, G.: Aktuelle Entwicklungen im Vorabentscheidungsverfahren, ZfRV 1998, 89.

<sup>18</sup> KOHLEGGGER, G.: Aktuelle Entwicklungen im Vorabentscheidungsverfahren, ZfRV 1998, 89, na str. 101.

<sup>19</sup> Srov. též § 141 odstavec 2 tr. ř. ve spojení s § 224 odstavec 4 tr. ř.

<sup>20</sup> Srov. BUREŠ, J., DRÁPAL, L., MAZANEC, M.: Občanský soudní řád. Komentář, 5. vydání. C. H. Beck Praha 2001, na str. 850 a 851.

<sup>21</sup> Tamtéž, str. 850 a 851. Viz též. WINTEROVÁ, A. a kol.: Civilní právo procesní. Linde, Praha 1999, na str. 451.

<sup>22</sup> Pokud Soudní dvůr nezvolí vyřízení věci odůvodněným usnesením dle čl. 104, alinea 3 Jednacího řádu Soudního dvora či předběžnou otázku přímo neodmítne jako nepřípustnou dle článku 92 Jednacího řádu či na základě své judikatury. I tak se ale bude jednat o několikaměsíční zbytečné zdržení řízení před předkládajícím soudem.

<sup>23</sup> Srov. článek 38, odstavec 2 Listiny základních práv a svobod a článek 6, odstavec 1 Evropské úmluvy. Jak již však zmiňováno výše, řízení o předběžné otázce nelze, ač již dosahuje neúnosné délky (v průměru 25,5 měsíců), právně kvalifikovat jako „přůtahy v řízení“ před soudem členského státu. Srov. rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva v případě *Pafitis v. Řecko* z 28. února 1998, stížnost č. 20323/92 (odstavec 95 rozhodnutí).

<sup>24</sup> Srov. spojené případy 320 až 322/90 *Telemarsicabruzzo SpA v. Circostel* [1993] ECR I-393; případ C-18/93 *Corsica Ferries Italia Srl v. Corpo dei Piloti di Genova* [1994] ECR I-1783 či případ C-319/93 *Vaneetveld v. Le Foyer* [1994] ECR I-763.



šího stupně by tak vyšel vstříc potřebě odlehčit nápadu Soudního dvora.<sup>25</sup>

Je však zřejmé, že existují i argumenty pro popření možnosti odvolání (stížnosti) proti usnesení o předložení předběžné otázky. Jedním z nich je skutečnost, že vydání usnesení o předložení předběžné otázky je nenárokovatelné. Jak již zmíněno výše, jestliže se soud rozhodne řízení o předběžné otázce nezahájit, nevydává o této skutečnosti samostatné usnesení. Logika věci by v tomto případě předpokládala, že jestliže negativní usnesení je nepřezkoumatelné, pozitivní není taktéž. Druhý argument proti přezkumu usnesení o předložení předběžné otázky je argumentem práva komunitárního. Zahájení řízení o předběžné otázce je plně v kompetenci národního soudce. Omezování možnosti národních soudců obracet se na Soudní dvůr vnitrostátním právem není přípustné.<sup>26</sup>

Oba výše zmiňované argumenty proti přípustnosti přezkumu rozhodnutí o zahájení řízení o předběžné otázce jsou platné. Ztěží však ob stojí v porovnání s argumenty mluvící pro možnost odvolání (stížnosti) proti zahájení řízení o předběžné otázce. Navíc přezkum usnesení o předložení předběžné otázky nemá být popíráním svobody soudu členského státu obracet se na Soudní dvůr. Má být pouze kontrolou skutečnosti, že národní soudce tuto pravomoc používá správně.

### 3.2. MÍRA PŘEZKUMU ROZHODNUTÍ O PŘEDLOŽENÍ PŘEDBĚŽNÉ OTÁZKY

Toto vymezení do značné míry určuje, co by měla odvolací instance v rámci přezkumu odvolání (stížnosti) proti předběžné otázce zkoumat. Její přezkum by měl být omezen na dvě otázky. Odvolací soud by měl ověřit, jestli předběžná otázka není

- (i) *Zbytečná*; Předběžná otázka je zbytečná v okamžiku, kdy lze s naprostou jistotou předběžnou otázku zodpovědět za pomoci stávající judikatury Soudního dvora.
- (ii) *Nepřípustná*; Kdy je předběžná otázka nepřípustná je stanoveno judikaturou Soudního dvora.<sup>27</sup>

Obě podmínky by měly být vykládány se značnou opatrností. Smyslem není, aby odvolací soud substituoval svoji úvahu za úvahu soudu první instance. Smyslem je, aby se zabránilo předběžným otáz-

kám nepotřebným, které prodlouží řízení o rok či dva a nic nepřinesou. Odvolací soud by se měl řídit zásadou, že je-li pochybnost o kterékoliv z výše uvedených dvou podmínek, není důvod usnesení soudu prvního stupně revidovat. Odvolací soud může být při svých úvahách na téma zbytečných otázek orientačně veden kritérii vypracovanými Soudním dvorem v případě *CIFLIT*.<sup>28</sup> *CILFIT* je relevantní především pro zkoumání, zda je výklad určité otázky komunitárního práva naprosto zjevný. Kritéria případu *CILFIT* jsou nastavena velice přísně. Jejich smyslem je podchytit sebemenší, i potenciální rozdílnost v judikatuře v rámci Unie. Jestliže i za aplikace těchto přísných kritérií dojde odvolací soud k závěru, že případ je zřejmý, lze se domnívat, že předběžná otázka je zbytečná. Jestliže však dojde odvolací soud k závěru, že „zřejmost“ výkladu komunitárního práva dána není, je na místě odvolání (stížnost) proti usnesení o zahájení řízení o předběžné otázce zamítnout. Pokud totiž případ nesplňuje kritéria *CILFIT*, soudu posledního stupně vznikne v daném případě povinnost předběžné otázky později v rámci instančního postupu tak jako tak.

### 3.3. ÚČINKY ODVOLÁNÍ PROTI USNESENÍ O PŘEDLOŽENÍ PŘEDBĚŽNÉ OTÁZKY

Žádost o předběžnou otázku je po jejím obdržení podatelnu Soudního dvora zapsána do listu prodávajících případů. Tam zůstane tak dlouho, dokud předkládající soud neuvědomí Soudní dvůr o tom, že svoji předběžnou otázku stahuje. Odvolání podle vnitrostátního práva proti usnesení předložit předběžnou otázku Soudnímu dvoru na tomto závěru nic nemění, a to ani v případě, když mu právní řád členského státu přiznává odkladný účinek. K tomuto závěru došel již generální advokát Lagrande v historicky prvním případě *De Gues*,<sup>29</sup> kde se usnesení Haagského odvolacího soudu o předložení předběžné otázky stalo předmětem kasační stížnosti k *Hoge Raad*. Dle názoru generálního advokáta je postačujícím základem jurisdikce Soudního dvora existence žádosti o předběžnou otázku. Dokud tato žádost nebyla zrušena, Soudní dvůr otázku projedná.<sup>30</sup>

V případě *de Gues* přijal Soudní dvůr názor generálního advokáta implicitně. Výslovně jej potvrdil v případě *Simmenthal II*:

„...V souladu s neměnnou praxí, Soudní dvůr učinil žádost o předběžnou otázku dle článku 177 SES“ [nyní článek 234 SES – pozn. autora] jako platně po-

<sup>25</sup> Srov. KOHLEGGGER, G.: Aktuelle Entwicklungen im Vorabentscheidungsverfahren, ZfRV 1998, 89, na str. 102.

<sup>26</sup> Případ 146/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] ECR 139, strana 147, odstavec 3.

<sup>27</sup> Blíže viz BOBEK, M.: Ptejte se mě na co chcete, já na co chci odpovím; přípustnost předběžných otázek před Evropským soudním dvorem. Soudní rozhledy 9/2004, str. 321–329.

<sup>28</sup> Případ 283/81 *CILFIT a Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero zdravotnictví* [1982] ECR 3415.

<sup>29</sup> Případ 13/61 *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd v. Robert Bosch GmbH a ostatní* [1962] ECR 45, závěry generálního advokáta na str. 56 an.

<sup>30</sup> Tamtéž, str. 58–61.

danou tak dlouho dokud žádost nebyla stažena předkládajícím soudem nebo zrušena soudem vyššího stupně v rámci odvolání.<sup>31</sup>

Povinnost uvědomit Soudní dvůr o změně situace a případném stažení předběžné otázky má předkládající soud členského státu. Ukládá mu to vnitrostátní právo. Jestliže odvolací soud zruší rozhodnutí nižšího soudu, je tento jeho rozhodnutím vázán a má je respektovat. Respektovat rozhodnutí znamená jednat ve smyslu rozhodnutím uloženém, což mimo jiné znamená povinnost odstranit následky, které jsou s rozhodnutím v rozporu. Soudní dvůr navíc nemůže vlastními prostředky zjišťovat, zda žádost o předběžnou otázku trvá či jaký je další osud řízení před národním soudem.

Jak plyne z výše uvedeného, pro řízení o předběžné otázce nemá význam případný odkladný účinek, který odvolání (stížnosti) proti usnesení přiznává vnitrostátní právo.<sup>32</sup> Národní soud také není povinen vyčkat s odesláním předběžné otázky na rozhodnutí odvolacího soudu. S ohledem na výše uvedené lze doporučit spíše opak – odeslání předběžné otázky do Lucemburku ihned po jejím vyhotovení a vyhlášení. Kdyby měl předkládající soud k již tak dost dlouhému čekání na odpověď na předběžnou otázku navíc vyčkávat na rozhodnutí odvolacího soudu v případě napadení usnesení, již tak dlouhé řízení před Soudním dvorem by se dále zbytečně protahovalo. Tuto praxi potvrzuje neformální přístup Soudního dvora k případnému výmazu předběžné otázky z rejstříku projednávaných případů.<sup>33</sup> Jestliže později dojde ke stažení případu v důsledku zrušení usnesení o předložení předběžné otázky, Soudní dvůr na základě dopisu předkládajícího soudu případ bez dalšího vyškrtne. Ani účastníkům, ani předkládajícímu soudu tím nevzniknou žádné náklady.

Závěrem je nutné znovu zdůraznit minimalistickou funkci přezkumu usnesení o předložení předběžné otázky. Odvolací soud by měl pouze zkoumat, zda úvaha soudu prvního stupně nevybočila z velice široké pravomoci, svěřené národnímu soudci článkem 234 SES. V žádném případě by neměl nahrazovat uvážení soudu prvního stupně svým vlastním.

#### 4. „JÁ DO LUCEMBURKU CHCI!“

Řízení o předběžné otázce je druhem spolupráce mezi soudy. Národní soud má plnou úvahu o tom, zda se obrátí na Soudní dvůr s předběžnou otázkou. Tento charakter spolupráce má však v případě soudů posledního stupně trochu jiný rozměr. Soudům posledního stupně je předepsán určitý procesní postup, který mu-

sí respektovat. Jaké následky či sankce lze předvídat pro případ, že tak neučiní?

Problém vymahatelnosti povinnosti soudu posledního stupně předložit předběžnou otázku je způsoben dvěma faktory. Prvním z nich je výše zmiňovaná skutečnost, že předběžná otázka je druh soudní spolupráce. Účastníci řízení nemají nárok na předložení předběžné otázky, nemají přímý přístup k Soudnímu dvoru. Proto je také právně-politicky obtížné umožnit účastníkům předběžnou otázku vynucovat, když o ní má rozhodovat výlučně národní soud. Druhý argument je čistě technického rázu – jestliže dojde k zneuznání povinnosti předběžné otázky soudem posledního stupně, není se ke komu odvolat. Ten, kdo rozhoduje v poslední instanci nemusí být (a zpravidla také není) neomylný. Ve skutečnosti se však neomylným stává, právě proto že rozhoduje v poslední instanci. V praxi proto bývá rozhodnutí soudu posledního stupně nenapadnutelné.

Problematiku porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce je ale možné vnímat i odlišně. Nepředložení předběžné otázky je možné vnímat jako druh procesního pochybení soudu posledního stupně. Povinnost předložit předběžnou otázku je určitý předepsaný procesní postup. Předpisy upravující postup řízení jsou často *leges imperfectae*, které postrádají vlastní sankce pro každé jednotlivé porušení. Obecných procesních sankcí, společnou pro porušení procesních předpisů, je vadnost daného rozhodnutí a možnost jeho zrušení. Stejně tak se to má s povahou povinnosti soudů posledního stupně zahájit řízení o předběžné otázce. Řízení před soudem posledního stupně je v důsledku nepředložení předběžné otázky stiženo vadou. Tento poznatek přirozeně nezaručuje možnost donutit soud posledního stupně k předložení předběžné otázky v projednávaném případě. Umožňuje však postihnout tuto vadu řízení obecnými procesními sankcemi typu zrušení rozhodnutí soudu posledního stupně nebo nová žaloba pro náhradu škody. Toto jsou také dva hlavní směry, kterými se vynucování předběžné otázky vydalo.

#### 4.1. ÚSTAVNÍ STÍŽNOST

První z naznačených možností, tedy zrušení rozhodnutí soudu posledního stupně pro nerespektování povinnosti předložit předběžnou otázku, je z logiky věci možné pouze tam, kde je orgán, který může rušit rozhodnutí soudů posledního stupně. Toto zadání splňuje existence ústavního soudu a ústavní stížnosti, kterou je možné napadat rozhodnutí obecných soudů.

Ve Spolkové republice Německo existuje možnost napadat rozhodnutí soudu posledního stupně ústavní

<sup>31</sup> In: případ 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.* [1978] ECR 629, odstavec 10.

<sup>32</sup> Srov. § 206, odstavec 1 o. s. ř.; § 107 s. ř. s. a § 141, odstavec 4 tr. ř.

<sup>33</sup> Srov. ANDERSON, D., DEMETRIOU, M.: *References to the European Court*. 2. vyd., Sweet & Maxwell 2002, str. 222, para 7–136.

stížností před Spolkovým ústavním soudem z důvodu, že se soud posledního stupně neobrátí na Soudní dvůr dle článku 234 (3) SES. V případě, že Spolkový ústavní soud dojde k závěru, že je stížnost odůvodněná, zruší napadané rozhodnutí a věc se vrací k soudu posledního stupně k novému projednání.<sup>34</sup>

Jedním ze základních práv zaručených Základním zákonem, jejichž dodržování Spolkový ústavní soud prostřednictvím ústavní stížnosti zajišťuje, je právo na zákonného soudce.<sup>35</sup> Chápeme-li právo na zákonného soudce v jeho obecnější rovině, tedy jako právo na zachování určitého předem daného a nestranného soudního postupu, pak je jen otázkou času, kdy se budeme zabývat problematikou, zda respektování procedury řízení o předběžné otázce soudem spadajícím pod dikci článku 234 (3) SES spadá pod právo na zákonného soudce. Německý Spolkový ústavní soud byl před tuto otázku postaven v souvislosti se žampiony.<sup>36</sup>

Německá podnikatelka si přála dovézt žampionové konzervy z Taiwanu. V souladu s komunitární legislativou zažádala o dovozní licenci. Její žádost však byla zamítnuta. Soud posledního stupně (v daném případě Spolkový správní soud) odmítl předložit předběžnou otázku Soudnímu dvoru s tím, že soud prvního stupně se již v dané věci na Soudní dvůr obrátil a jeho odpověď byla dostatečně jasná, aby bylo možno ve věci rozhodnout. Další předběžná otázka ze strany Spolkového správního soudu jako soudu posledního stupně proto nebyla nutná. Stěžovatelka se však obrátila na Spolkový ústavní soud s tím, že odmítnutím předložit danou otázku Soudnímu dvoru porušil Spolkový správní soud její právo na zákonného soudce.

Spolkový ústavní soud stížnost odmítl jako neopodstatněnou.<sup>37</sup> Ve zdůvodnění rozsudku Spolkový ústavní soud však konstatuje, že Soudní dvůr je zákonným soudcem ve smyslu článku 101 odstavce 1 Základního zákona a že nerespektování procedury článku 234 (3) SES soudem posledního stupně může vyústit v porušení práva na zákonného soudce. Dle dikce soudu má každý jednotlivec právní nárok (*Anspruch*)

na to, aby se německý soud posledního stupně obrátil s jeho případem na Soudní dvůr v okamžiku, kdy jsou splněny podmínky článku 234 (3) SES.<sup>38</sup>

V případě stěžovatelky však nedošlo k porušení práva na zákonného soudce, neboť odmítnutí zahájit řízení o předběžné otázce nebylo svévolné (*willkürlich*). Spolkový ústavní soud se ztotožnil s názorem Spolkového správního soudu – odpověď na první předběžnou otázku, která byla položena soudem nižšího stupně ve stejném řízení, byla postačující pro správnou aplikaci komunitárního práva.

Aplikaci práva na zákonného soudce Spolkovým ústavním soudem na řízení o předběžné otázce je tedy možné shrnout následovně: každý německý soud posledního stupně je povinen, za splnění podmínek článku 234 (3) SES, předložit předběžnou otázku Soudnímu dvoru. Jestliže tak neučiní, porušuje právo procesních stran na zákonného soudce. Jeho rozhodnutí může být proto Spolkovým ústavním soudem zrušeno. Nicméně Spolkový ústavní soud je dalek toho, aby uložil německým soudům posledního stupně obecnou povinnost předkládat předběžnou otázku pokaždé, kdy se naskytne nějaká otázka komunitárního práva. Spolkový ústavní soud bude sankcionovat nepředložení předběžné otázky do Lucemburku pouze tehdy, bylo-li její odmítnutí svévolné (*auf Willkür beruhend*) a zjevně nepřijatelné.<sup>39</sup>

Pro českou praxi bude judikatura německého Spolkového ústavního soudu jistě inspirativní.<sup>40</sup> Z výše uvedeného je zřejmé, že vynucení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce může fungovat přes ústavně zaručené právo na zákonného soudce. Ingredience tohoto receptu jsou trojí. Za prvé právní řád zná specializované a oddělené ústavní soudnictví.<sup>41</sup> Za druhé ústava či katalog práv a svobod zná právo na zákonného soudce či k němu dospěl interpretací práva na spravedlivý proces. Za třetí musí v daném právním řádu existovat možnost ústavní stížnosti jednotlivců, kterou lze napadat individuální soudní rozhodnutí.

Je zjevné, že právní řád České republiky beze zbytu

<sup>34</sup> Blíže k této problematice viz BOBEK, M.: Porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce dle článku 234 (3) SES, C. H. Beck Praha 2004, str. 45–66.

<sup>35</sup> Článek 101 Základního zákona zní:

(1) *Výjimečné soudy jsou nepřijatelné. Nikdo nesmí být odňat svému zákonnému soudci.*  
(2) *Soudy pro zvláštní oblasti práva mohou být zřizovány pouze zákonem.*

Srov. obdobné ustanovení české Listiny základních práv a svobod v článku 38 odstavec 1 Listiny.

<sup>36</sup> Viz rozhodnutí Spolkového ústavního soudu z 22. října 1986, BVerfGE 73, 339 – nazýváno „*Solange II*“. Obdobně viz též rozhodnutí Spolkového ústavního soudu z 8. dubna 1987, BVerfGE 75, 223 – „*Kloppenburg-Beschluss*.“

<sup>37</sup> BVerfGE 73, 339 odstavec 73.

<sup>38</sup> Tamtéž, odstavec 81.

<sup>39</sup> Nedávná aplikace tohoto principu byla Spolkovým ústavním soudem provedena v jeho rozhodnutí z 9. ledna 2001, BVerfG, 1 BvR 1036/99, především odstavec 15 a n. Též NJW 2001, 1267.

<sup>40</sup> Stejně jako judikatura rakouského Spolkového ústavního soudu ke stejné otázce. Podstatná odlišnost rakouského modelu je však v tom, že rakouský Spolkový ústavní dvůr nemůže rušit rozhodnutí obecných rakouských soudů, pouze rozhodnutí správních úřadů. Jestliže však komunitární právo chápe některý z rakouských správních úřadů jako „soudní orgán“, jako je to v případě rakouského Spolkového úřadu veřejných zakázek (*Bundesvergabamt*), pak má Spolkový ústavní dvůr možnost přezkumu, které také využívá. Blíže viz Bobek, op. cit. výše, pozn. č. 34, str. 52–55.

<sup>41</sup> Dalo by se namítnout, že není třeba specializovaného ústavního soudnictví, pokud by právo na zákonného soudce bylo efektivně chráněno obecnými soudy. Obdobný model se nicméně v žádném z právních řádů současných členských států nerozvinul.

ku splňuje výše načrtnuté zadání. Ústavní soud České republiky je specializovaným orgánem soudní ochrany ústavnosti. Článek 38 odstavec 1 věta první Listiny základních práv a svobod zaručuje právo na zákonného soudce. Článek 87 odstavec 1 písmeno d Ústavy České republiky dává jednotlivcům možnost ochrany ústavně zaručených práv a svobod formou ústavní stížnosti.

Extenze práva na zákonného soudce na případy předkládání předběžných otázek soudy posledního stupně by bylo navíc zcela v souladu s dosavadním výkladem tohoto práva Ústavním soudem.<sup>42</sup> Ústavní soud chápe právo na zákonného soudce jako právo na zachování určitého předem daného a nestranného soudního postupu, řádného pořadu práva.<sup>43</sup> Stejně tak jako má každý jednotlivec pro danou věc svého předem určeného zákonného soudce v prvním stupni, měl by ho mít i ve stupni posledním. Vystane-li povinnost zahájit řízení o předběžné otázce, je tímto zákonným soudcem Soudní dvůr. Zda se Ústavní soud k této možnosti přikloní je otázkou budoucnosti.

#### 4.2. ODPOVĚDNOST ZA ŠKODU

Princip odpovědnosti státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením jeho práv zaručených komunitárním právem byl poprvé uveden do práva Společenství rozhodnutím Soudního dvora v případě *Francovich*.<sup>44</sup> Na případ *Francovich* navazovala skupina případů, které doktrína evropského práva někdy nazývá první generací<sup>45</sup> případů odpovědnosti státu. Tyto případy se týkaly především odpovědnosti členských států za pozdní implementaci směrnic či opomenutí implementovat vůbec. V další generaci případů byla zkoumána otázka, zda je odpovědnost států limitována na problematiku neimplementace či vadné<sup>46</sup> implementace směrnic, nebo zda se jedná o odpovědnost obecnou, která by mohla zahrnovat všechny složky státní moci. Soud toto postupně rozšiřování princi-

pu odpovědnosti na všechny složky a veškerou aktivitu státní moci potvrdil slovy:

„[Princip odpovědnosti členského státu] platí v jakémkoliv případě, kdy členský stát poruší komunitární právo, bez ohledu na to, který orgán svým jednáním nebo opomenutím porušení způsobil. Navíc, s ohledem na základní požadavek komunitárního právního řádu – aby bylo komunitární právo aplikováno jednotně, povinnost nahradit škodu způsobenou jednotlivci jeho porušením nemůže záviset na vnitrostátních normách o dělbě moci mezi ústavními orgány.“<sup>47</sup>

Prvním případem, kdy se jednalo přímo o odpovědnost členského státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením komunitárního práva soudním orgánem, byl případ *Köbler*.<sup>48</sup> Pan Köbler byl univerzitním profesorem v rakouském Innsbrucku. V roce 1996 podal dle § 50a rakouského zákona o platech z roku 1956 (*Gehaltsgesetz*) žádost o zvláštní příplatek ke své penzi za délku služby. Dle zmiňovaného § 50a zákona o platech má na daný příspěvek nárok profesor, který pracoval v této funkci na rakouských univerzitách po dobu nejméně 15ti let. Pan Köbler měl daný počet let odpracován, avšak nikoliv výlučně na rakouských univerzitách, ale též na univerzitách jiných členských států EU. Ve finálním odmítnutí daného příplatku rakouským Správním soudním dvorem (*Verwaltungsgerichtshof*) spatřoval pan Köbler nepřímou diskriminaci v rozporu se základní komunitární svobodou volného pohybu pracovních sil v rámci Společenství.<sup>49</sup> Pan Köbler proto následně podal u Zemského soudu ve Vídni (*Landesgericht*) civilní žalobu na náhradu škody.

Otázky předložené vídeňským Zemským soudem Soudnímu dvoru se dají shrnout do tří. První otázka se táže, zda může být členský stát za akty moci soudní vůbec odpovědný. Jestliže ano, jaké jsou podmínky této odpovědnosti? Konečně třetí otázkou byl samotný případ profesora Köblera – bude Rakousko odpovědné za rozhodnutí, jenž vydal Správní soud ohledně jeho finančních nároků?

<sup>42</sup> Srov. především rozhodnutí III. senátu Ústavního soudu ČR z 22. února 1996, III. ÚS 232/95, dále pak III. ÚS 232/95; III. ÚS 230/96; III. ÚS 240/97; I. ÚS 476/97; III. ÚS 200/98; III. ÚS 293/98; I. ÚS 383/98 či III. ÚS 182/99.

<sup>43</sup> Náhled doktríny není pro danou otázku příliš přínosný, neboť primární diskuse k tématu zákonného soudce se odehrává spíše na úrovni jmeného přidělování agendy v rámci soudů nežli jakékoliv výraznější abstrakce ústavních principů. Blíže viz příspěvky k soudcovskému semináři v Linci ve dnech 21.–24. března 1995 na téma „zákoný soudce“, publikované v *Právní praxi* 9/1995 na str. 537–575, především pak: BIČOVSKÝ, J.: K pojmu „zákoný soudce“; MARKEL, E.: Zákoný soudce – evropské základní právo?; WORATSCH, G.: Zásada pevného přidělování agendy a právo na zákonného soudce; MOKRÝ, A.: Právo na zákonného soudce; SVOBODA, C.: Zákoný soudce; KUČERA, P.: Pohled soudce na právo zákonného soudce ve světle našich představ; ŠTĚPÁN, J.: Právo na zákonného soudce a roční rozvrh práce. Viz též PAVLIČEK, V. a kol.: Ústava a ústavní řád České republiky, 2. díl – Práva a svobody. 2. vydání, Linde 2002, na str. 306 a n.

<sup>44</sup> Spojené případy C-6/1990 a C-9/1990 *Andrea Francovich a Danila Bonifaci a ostatní v. Italská republika* [1991] ECR I-5357.

<sup>45</sup> In: TRIDIMAS, T.: Liability for Breach of Community Law: Growing up and Mellowing down? [2001] C. M. L. Rev. 301 na straně 302 a n.

<sup>46</sup> Problematika vadné implementace směrnic, viz případ C-392/93 *The Queen v. HM Treasury, ex parte British Telecommunications plc*. [1996] ECR I-1631 nebo Spojené případy C-283/94, C-291/94 a C-292/94 *Denkavit Internationaal BV et al. v. Bundesamt für Finanzen* [1996] ECR I-5063.

<sup>47</sup> Spojené případy C-46/93 a C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland a The Queen v. SE.C.R.etary of State for Transport ex parte Factortame* (III) [1996] E.C.R. I-1131, odst. 32–34.

<sup>48</sup> Případ C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, rozhodnutí Soudního dvora z 30. 9. 2003, dosud nebylo publikováno.

<sup>49</sup> Shrnutí okolností případu, viz blíže Závěry generálního advokáta Légera z 8. dubna 2003 v případě C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, odstavec 8 a n., zatím nepublikováno, přístupné na internetových stránkách Evropského soudního dvora.

Pokud se týká první otázky, Soudní dvůr s odkazem na svoji předchozí judikaturu konstatuje odpovědnost kterékoliv státní moci za škodu způsobenou jednotlivci porušením jeho komunitárního práva.<sup>50</sup>

„...[u]je světle základní role, kterou soudnictví hraje při ochraně práv vyplývajících jednotlivcům z ustanovení komunitárního práva, plná efektivita těchto ustanovení by byla zpochybněna a ochrana jednotlivců oslabena, pokud by se jednotlivci, za určitých podmínek, nemohli dovolávat odškodnění v případě, že jsou jejich práva poškozena porušením komunitárního práva způsobeným rozhodnutím soudu členského státu, rozhodujícího v poslední instanci.“<sup>51</sup>

Za jakých podmínek mohou být národní soudy odpovědné? S odkazem k ustálené judikatuře konstatuje Soud nutnost splnění tří základních podmínek:

1. porušené právní ustanovení musí dávat práva jednotlivcům,
2. porušení komunitárního práva musí být dostatečně závažné a
3. musí existovat příčinná souvislost mezi porušením práva a vzniklou škodou.<sup>52</sup>

Po formulování podmínek a posouzení okolností případu Soud nakonec konstatoval, že ačkoliv rakouský Správní soud komunitární právo porušil, nestalo se tak „dostatečně závažným způsobem“ a proto Rakousko profesoru Köblerovi odpovědné není.

Po rozhodnutí Soudního dvora v případě *Köbler* tedy existuje možnost žaloby jednotlivce před soudem členského státu pro porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce soudem posledního stupně. Případ *Köbler* však v této souvislosti více otázek otevírá než zodpovídá. Bude proto záležet na další judikatuře Soudního dvora, jakým směrem bude tento druh odpovědnosti směřovat.<sup>53</sup> Výjimečnou příležitostí dále rozvést své stanovisko bude mít Soudní dvůr zanedlouho při rozhodování případu *Fallimento*.<sup>54</sup> Jedná se o řízení, v jehož rámci se Tribunál v Janově (*Il Tribunale di Genova*) dotázal Soudu na odpovědnost člen-

ského státu pro porušení komunitárního práva soudy daného členského státu. Zvláštní důraz je ve formulaci této předběžné otázky kladen na porušení povinnosti podle čl. 234 (3) SES soudem rozhodujícím v posledním stupni.

Pokud se týče samotného postupu při náhradě škody, Soud obvyklým způsobem odkazuje na národní legislativní úpravy.<sup>55</sup> Ponechává na vnitrostátních právních řádech podrobnosti úpravy náhrady škody. Zdůrazňuje pouze, že náhrada škody pro porušení komunitárního práva musí být ve vztahu k náhradám za porušení vnitrostátního práva rovnocenné a nesmí výkon práva znemožňovat nebo jej činit nadměrně obtížným.<sup>56</sup>

V rámci České republiky je odpovědnost státu za škodu způsobenou pochybením moci soudní upravena zákonem č. 82/1998 Sb., ve znění pozdějších předpisů, o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci nezákonným rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem (zákon o odpovědnosti státu). Na základě § 5 se zákon o odpovědnosti státu vztahuje na dva druhy pochybení státní moci: nezákonné rozhodnutí a nesprávný úřední postup. První druh odpovědnosti nelze v případech porušení komunitárního práva soudy použít. Druhý druh odpovědnosti, tedy nesprávný úřední postup, je použitelný pouze nepřímo. Tato situace je politováníhodná, vezmeme-li v úvahu teprve nedávné přijetí této zákonné úpravy.<sup>57</sup>

#### 4.3. ŽALOBA KOMISE

Nerespektování povinnosti obrátit se na Soudní dvůr v rámci řízení o předběžné otázce je bezpochyby porušením Smlouvy ustavující Evropské společenství, jmenovitě článku 234 ve spojení s článkem 10 SES. Původní postup, předvídaný Smlouvou pro obdobné situace, bylo řízení o porušení Smlouvy dle článku 226,<sup>58</sup> případně 227 SES.

Článek 226 opravňuje Komisi zahájit řízení o porušení Smlouvy. Řízení samo se skládá ze dvou částí – správního řízení před Komisí a případně následně

<sup>50</sup> Případ C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, dosud nebylo publikováno, odst. 30–31.

<sup>51</sup> Tamtéž, odst. 33.

<sup>52</sup> Tamtéž, odst. 51.

<sup>53</sup> Blíže viz. BOBEK, M.: Odpovědnost členského státu Evropské unie za akty moci soudní; příspěvek Evropského soudního dvora k rozšíření Evropské unie? Časopis pro právní vědu a praxi, 4/2003 na str. 303–318. Novější závěry poskytuje BOBEK, M., KOMÁREK, J., PASSER, J.: Vyhánění z rajské zahrady neodpovědnosti aneb národní soudy a porušení komunitárního práva; drama o třech dějstvích. Soudec 9/2004, na str. 1–20.

<sup>54</sup> Případ C-173/03 *Fallimento 'raghetti del Mediterraneo' SPA v. Italian Republic* [2003] O.J. C 158/10. Případ je v okamžiku projednáván, v srpnu 2004 byl předložen členským státům k vyjádření.

<sup>55</sup> Případ C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, dosud nebylo publikováno, odst. 57–59.

<sup>56</sup> Soud odkazuje na rozhodnutí ve spojených případech C-6 a 9/90 *Franco v. Bonifaci* [1991] E.C.R. I-5357, odst. 41–43 a v případě C-127/95 *Norbrook Laboratories* [1998] E.C.R. I-1531, odst. 111.

<sup>57</sup> Blíže k rozboru zákona o odpovědnosti státu ve světle rozhodnutí v případě *Köbler*, viz BOBEK, M., KOMÁREK, J., PASSER, J.: Vyhánění z rajské zahrady neodpovědnosti aneb národní soudy a porušení komunitárního práva; drama o třech dějstvích. Soudec 9/2004, str. 13 an.

<sup>58</sup> Článek 226 SES: „Má-li Komise za to, že členský stát nesplnil povinnost, která pro něj vyplývá z této smlouvy, vydá o tom odůvodněné stanovisko poté, co umožní tomuto státu podat připomínky. Nevyhoví-li tento stát stanovisku ve lhůtě stanovené Komisí, může Komise předložit věc Soudnímu dvoru.“

ho soudního řízení před Evropským soudním dvorem. Správní část řízení je zahájena formálním dopisem Komise členskému státu, ve kterém Komise osvětlí, proč se domnívá, že daný stát porušuje komunitární právo. Členskému státu je stanovena lhůta, aby se k názoru Komise vyjádřil a své chování zdůvodnil. Jestliže stát neodpoví či Komise s názorem státu nesouhlasí, může zaslat členskému státu odůvodněné stanovisko, čímž je zahájena druhá část správního řízení. Odůvodněné stanovisko obsahuje lhůtu, do které má daný stát napravit protiprávní stav. Nestane-li se tak, může Komise žalovat daný členský stát před Soudním dvorem.

Otázka, která se logicky naskýtá po přiblížení procedury řízení o porušení Smlouvy, zní, proč hledat opravné prostředky, když Smlouva sama předvidá opravný prostředek pro daný typ situace. Necháme-li stranou našeho zájmu stěžejí použitelné řízení dle článku 227 SES, proč by nemohla Evropská komise, ve své roli „strážkyně dodržování smluv“, zažalovat určitý členský stát před Soudním dvorem, protože soud posledního stupně daného státu porušil, zanedbáním povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce, ustanovení Smlouvy?

Až do minulého roku byla tato možnost tabu. Toto tabu bylo prolomeno rozhodnutím Soudního dvora v případě *Komise v. Itálie*.<sup>59</sup> Jedná se o první případ v análech komunitárního práva, kdy byl žalován členský stát dle článku 226 SES pro akty moci soudní, které jsou v rozporu s komunitárním právem. Jádrem sporu byl výklad článku 29 odstavce 2 italského zákona 428/1990, který upravuje realizaci závazků Italské republiky k Evropským společenstvím. Daný článek se týká důkazního břemene uloženého žalobci, který žádá zpětné proplacení cel či dávek vybraných Italským státem v rozporu s komunitárním právem.<sup>60</sup> Proplacení ilegálně vybraných dávek a cel je v Itálii podmíněno skutečností, že podnikatel, který se náhrady domáhá, nezískal náhradu těchto nákladů z jiných zdrojů.<sup>61</sup> Výklad, který byl danému ustanovení dán soustavou judikaturou italských soudů, přesouvá důkazní břemeno na žalobce. Jinými slovy, žalobce (podnikatel) musí

prokázat, že dávky, které byl povinen protiprávně zaplatit, nezahrnul do prodejní ceny výrobku či nezískal jinde. Takový důkaz je však značně obtížný, místy nemožný a znesnadňuje či znemožňuje jednotlivci domoci se jeho komunitárních práv před italskými soudy. S touto argumentací a odkazem na předešlé rozsudky Soudního dvora, které označily obdobnou praxi za odporující komunitárnímu právu,<sup>62</sup> zažalovala Komise Itálii pro porušení Smlouvy.

Soudní dvůr se však jednoznačně odsouzení činnosti italských soudů ve svém rozhodnutí vyhnul. Soud velmi neurčitě konstatuje, že porušení povinností členského státu může nastat konáním, či opominutím, kterékoliv instituce daného státu, zahrnujíc v to i instituce ústavně nezávislé.<sup>63</sup> Poněkud adresněji pak dodává, že rozsah národních zákonů, vyhlášek a správních aktů musí být posuzován ve světle interpretace dané jim národními soudy.<sup>64</sup> Jakkoliv se tak Soudní dvůr zabývá faktickým pochybením italských soudů, v žádné části svého rozsudku výslovně neurčuje možnost postupu podle čl. 226 SES při pochybení pouze soudů členského státu. Stejně tak jakkoliv je z kontextu okolností případu jasně pochybení na straně italských soudů, Soudní dvůr zařazuje jejich rozhodování vždy do legislativního rámce a administrativní praxe. Jak vyplývá z výroku rozsudku Soudního dvora, pochybení Itálie nebylo shledáno v interpretační a aplikační praxi italských soudů, nýbrž ve skutečnosti, že Itálie problematicky aplikované ustanovení svého právního řádu nenevolizovala.<sup>65</sup> Je tedy zřejmé, že i přes slibně naznačený směr<sup>66</sup> Soudní dvůr zatím odpovědnost členského státu v řízení o porušení smlouvy ve vztahu k jednání moci soudní jednoznačně uznat nechtěl.

Řízení o porušení Smlouvy se proto nestane jiným než výjimečným sankčním prostředkem. Prostředkem, který bude na místě pouze v reakci na opakovanou a dlouhodobou, jednotu komunitárního práva podstatně ohrožující judikaturu národních soudů. Řízení o porušení smlouvy není a nebude možností vynucení či sankcionování individuálního porušení povinností zahájit řízení o předběžné otázce soudem posledního stupně.<sup>67</sup>

<sup>59</sup> Případ C-129/00 *Komise v. Itálie* [2003] 9.12. 2003, nebylo dosud publikováno.

<sup>60</sup> Jak známo, cla a obdobné dávky jsou příjmy komunitárního rozpočtu, regulované Jednotným celním tarifem a souvisejícími předpisy. Ve jménu Evropské unie je však vybírají a spravují členské státy.

<sup>61</sup> Myšleno je zde především zahrnutí odevzdaných cel do ceny výrobku, tedy kdy jsou náklady podnikatele, které musel vynaložit na zaplacení cel, přeneseny do vyšší ceny výrobku. Cla takto nepřímo zaplatí spotřebitel.

<sup>62</sup> Případ C-343/96 *Dilexport* [1999] E.C.R. I-579 a spojené případy C-192/95 až C-218/95 *Comateb* [1997] E.C.R. I-165.

<sup>63</sup> Případ C-129/00 *Komise v. Itálie* z 9.12. 2003, nebylo dosud publikováno, odst. 29.

<sup>64</sup> Případ C-129/00 *Komise v. Itálie* z 9.12. 2003, nebylo dosud publikováno, odst. 30.

<sup>65</sup> Jedná se o ustanovení, které ovšem sám Soudní dvůr shledává neutrálním a je tedy zjevné, že stav, který je v rozporu se závazky Itálie ve vztahu ke Společenství vznikl výhradně, či alespoň převážně, interpretační a aplikační praxí italských soudů. Srov. Případ C-129/00 *Komise v. Itálie* z 9. 12. 2003, nebylo dosud publikováno, odst. 41.

<sup>66</sup> Závěry generálního advokáta Geelhoeda k případu *Komise v. Itálie* z 3. června 2003 se jednoznačně vyslovovaly pro shledání pochybení italských soudů a odsouzení Itálie pro porušení Smlouvy.

<sup>67</sup> Budoucnost ukáže, zda tento poznatek přetrvá. V současnosti totiž Komise vede řízení o porušení Smlouvy proti Nizozemí pro jedině rozhodnutí holandského *Hoge Raad*, které je v rozporu s komunitárním právem. Srov. tiskové sdělení Komise z 9. února 2004, uveřejněné pod značkou IP/04/178.

## 4.4. STÍŽNOST DO ŠTRASBURKU

V každém právním sporu lze identifikovat nějaká základní lidská práva, která jsou ve hře. Populárním řešením je proto „hnát to až do Štrasburku“. Evropský soud pro lidská práva (ESLP) je orgánem ochrany dodržování závazků vyplývajících pro smluvní státy z podpisu Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (Evropská úmluva).<sup>68</sup> Evropská úmluva, konkrétně článek 34, umožňuje individuálním žalobcům při splnění procesních podmínek obracet se přímo na ESLP, pokud se domnívají, že byli poškozeni ve svých právech zaručených Evropskou úmluvou.

Katalog lidských práv zaručený Evropskou úmluvou obsahuje mimo jiné práva procesní, z nichž naši pozornost zasluhují zejména právo na spravedlivý proces (čl. 6, odstavec 1 Úmluvy), právo na účinný opravný prostředek (čl. 13 Úmluvy) a zákaz diskriminace (čl. 14 Úmluvy). Může odmítnutí zahájit řízení o předběžné otázce soudem posledního stupně znamenat porušení těchto práv? Jaký úspěch by mohla mít stížnost před Evropským soudem pro lidská práva proti odmítnutí soudu posledního stupně zahájit řízení o předběžné otázce namítajíc porušení článku 6 odstavce 1, článku 13 a případně, s ohledem na okolnosti případu, též článku 14 Evropské úmluvy o ochraně základních lidských práv a svobod?

Dle dosavadní ustálené judikatury ESLP jsou vyhlídky na úspěch obdobné žaloby nulové. Všechny dosavadní žaloby před ESLP týkající se porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce dle článku 234 (3) SES<sup>69</sup> bohužel ztroskotaly již v otázce přípustnosti žaloby. Byly prohlášeny za zjevně nepřipustné. Je diskutabilní, nakolik byly tyto případy skutečně nepodložené a nakolik zde sehrála svou roli složitá politika soužití Evropského soudu pro lidská práva a Evropského soudního dvora. Z judikatury ESLP je zjevné, že si Evropský soud pro lidská práva nepřeje zabřednout do čistě interních otázek komunitárního práva a vstupovat do často křehkých vztahů Soudního dvora a národních soudů.

<sup>68</sup> Podepsána 4. listopadu 1950 v Římě v rámci Rady Evropy (European Treaty Series No. 005). Všechny členské státy Evropské unie jsou signatáři Evropské úmluvy a všechny členské státy taktéž ratifikovaly 11. dodatkový protokol k Evropské úmluvě. Tímto protokolem byl od 1. listopadu 1998 nahrazen duální systém Evropské komise pro lidská práva a Evropského soudu jednotným řízením před Evropským soudem pro lidská práva.

<sup>69</sup> Autorovi se podařilo identifikovat 7 případů – rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva z 12. května 1993, *Divagsa v. Španělsko* (žaloba č. 20631/92); rozhodnutí o přípustnosti žaloby Evropského soudu pro lidská práva ze 7. září 1999, *Irene Dotta v. Itálie* (žaloba č. 38399/97), rozhodnutí o částečné přípustnosti žaloby Evropského soudu pro lidská práva z 23. března 1999, *André Desmots v. Francie* (žaloba č. 41358/98), rozsudek z 8. června 1999, *Predil Anstalt S.A. v. Itálie* (žaloba č. 31993/96), rozhodnutí o přípustnosti žaloby z 25. ledna 2000, *Peter Moosbrugger v. Rakousko* (žaloba č. 44861/98), rozsudek Evropského soudu pro lidská práva z 22. června 2000, *Coëme a ostatní v. Belgie* (žaloby č. 32492/96, 32547/96, 33209/96 a 33210/96), rozhodnutí o přípustnosti žaloby ze 4. října 2001, *Nicolas Calera Santiago v. Španělsko* (žaloba č. 60350/00) a rozhodnutí o přípustnosti žaloby z 13. června 2002, *Lambert Bakker v. Rakousko* (žaloba č. 43454/98).

<sup>70</sup> Případ T-5/1994J. v *Komise* [1994] ECR II-391.

<sup>71</sup> Případ C-182/92 *TWD Textilwerke Deggendorf v. Komise* [1994] ECR I-833. Přístup potvrzen v obdobných podmínkách v případě C-178/95 *Wiljo v. Belgie* [1997] ECR I-585. Viz též případ C-408/95 *Eurotunnel a ostatní v. Sea France* [1997] ECR I-6315.

<sup>72</sup> Obecně lze říci, že Soudní dvůr preferuje přezkum platnosti komunitárních aktů v rámci řízení o předběžné otázce před přímými žalobami. V tomto smyslu je třeba chápat odkaz na řízení o předběžné otázce v případě nedostatečné aktivní legitimace žalobce dle článku 230 SES učiněný v případě C-263/02 P *Komise v Jégo-Quéré & Cie SA*, zatím nepublikováno. Blíže viz COURTHAUT, T.: Case Note *Jégo-Quéré*, [2002] 9 Columbia Journal of European Law 141, VAN DEN BROEK, N.: A Long Hot Summer for Individual

## 4.5. JINÉ POSTUPY

Jiné postupy pro napadnutí rozhodnutí českého soudu posledního stupně jsou za současného stavu komunitárního a českého práva ztěží představitelné. Zůstaneme-li v oblasti *de lege lata*, pomineme-li tedy možnosti politického vyjednávání a modifikace smluv, pak lze konstatovat, že otázka porušení článku 234 (3) SES se ke komunitárním soudům nemůže přímou cestou dostat. Přímé žaloby před Soudním dvorem (respektive Soudem prvního stupně) se nemohou týkat platnosti či výkladu práva členských států, a tedy ani rozhodnutí jejich soudů.

Substituovat nemožnost přímé žaloby žalobou jinou naráží na nesouhlas komunitárních soudů. Soud prvního stupně jednoznačně odmítá žaloby, které obcházejí stávající systém druhů řízení před Soudním dvorem, a snaží se domoci výsledku, pro který je určen primárně jiný druh žaloby. Z tohoto důvodu také v rozhodnutí *J. v Komise*<sup>70</sup> Soud prvního stupně kategoricky odmítl žalobu na přezkum právnosti (platnosti) aktů dle článku 230 SES, kterou jeden německý občan napadal rozhodnutí Komise nezahájit řízení o porušení Smlouvy dle článku 226 SES proti Spolkové republice Německo. Soud prvního stupně ve svém rozhodnutí vyzdvihl nezávislost a rozdílné poslání článků 230 (přezkum právnosti aktů) a 226 (řízení o porušení Smlouvy).

Obdobný přístup hájí i Soudní dvůr, pokud se týče rozlišení řízení o předběžné otázce a řízení o přezkumu právnosti aktů. V případě *Textilwerke Deggendorf*<sup>71</sup> se Soudní dvůr odmítl zabývat přezkumem právnosti rozhodnutí Komise v rámci řízení o předběžné otázce, neboť žalobce včas nepodal žalobu o přezkum právnosti aktu, tedy žalobu přímou, ač tak učinit mohl. Soud stejně jako Soud prvního stupně zdůraznil absenci komplementarity jednotlivých druhů žalob, tedy nemožnost substituovat neúspěch (či opomenutí) v žalobě jedné podáním žaloby jiného druhu.<sup>72</sup>

Nejde-li o otázku porušení článku 234 (3) SES Soudnímu dvoru předložit přímo, je načase hledat postranní cestičky. Obdobnou postranní cestičkou by bylo nové řízení o předběžné otázce. Pokud by se podařilo na úrovni členského státu zahájit nové řízení před soudem prvního stupně, ať již by se jednalo o otázku náhrady škody nebo stejnou právní otázku v rámci jiného případu,<sup>73</sup> šance na předložení předběžné otázky k Soudním dvoru by se mohla rapidně zvýšit. Nižší soudy jsou obecně nakloněny obcházení svých nadřízených instancí přes Lucemburk.<sup>74</sup> Předpokládejme situaci, kdy nižší soud členského státu předloží Soudnímu dvoru otázku, v rámci jiného řízení s obdobnou právní problematikou, kterou předtím odmítl předložit jemu nadřízený soud posledního stupně. Soudní dvůr rozhodne odlišně od předchozího rozhodnutí národního soudu posledního stupně. Tento nový případ se v rámci instančního postupu dostane až před národní soud posledního stupně, který nyní musí následovat rozhodnutí Soudního dvora. Předchozí rozhodnutí národního soudu posledního stupně tak bylo nepřímo podrobeno revizi Soudním dvorem. Jestliže se nejednalo o řízení o náhradě škody, mohou žalobci, kteří byli procesní stranou v předchozích řízeních, žalovat zpětně náhradu škody či žádat revizi předchozího rozsudku.<sup>75</sup>

Jinou možností by bylo zahájit řízení v rámci jiného členského státu a snažit se přimět soudy daného členského státu k předložení předběžné otázky. Tento postup, který připomíná postup známý z mezinárodního práva soukromého zvaný „forum shopping“, přichází do úvahy především u větších nadnárodních firem s dostatečným finančním zázemím. Postup těží z charakteristik komunitárního práva: jednoty aplikace komunitárního práva napříč Evropskou unií a obecné závaznosti rozhodnutí Soudního dvora pro všechny soudy členských států. Vezměme si hypotetický scénář, kdy kupříkladu Nejvyšší správní soud České republiky odmítá zahájit řízení o předběžné otázce týkající se problematiky, která má značný význam pro

určitou nadnárodní firmu. Právní zástupci dané firmy se domnívají, že když se jim podaří předložit předběžnou otázku na dané téma do Lucemburku, pozitivně to ovlivní jejich právní situaci. Za tímto účelem zahájí právní spor kupříkladu na Slovensku či v Polsku a snaží se přimět tamní soud předložit předběžnou otázku se stejným zněním do Lucemburku. Jestliže mají úspěch a Soudní dvůr ve finální fázi akceptuje jejich argumenty a rozhodne pro firmu příznivým způsobem, rozhodnutí Soudního dvora bude závazné i pro český Nejvyšší správní soud.<sup>76</sup>

S ohledem na poslední dva zmiňované postupy je však třeba připomenout, že i podobné postupy mají jisté hranice. Iniciovat za účelem předložení nějaké otázky Soudnímu dvoru umělý spor na úrovni členského státu by mohlo narazit na odpor Soudu.<sup>77</sup>

## 5. ZÁVĚREM

I přes značný význam komunitárního práva v problematice přezkumu rozhodnutí o (ne)předložení předběžné otázky do Lucemburku se bude hlavní zápas o předběžnou otázku odehrávat před českými soudy podle českých procesních předpisů. (Ne)předložení předběžné otázky Soudním dvoru totiž vždy výrazně určuje další osud případu. Judikatura Soudního dvora je zpravidla konsistentní a v mnoha otázkách dopředu předvídatelná. Z tohoto důvodu proto účastník řízení před českým soudem, který se bude domnívat, že jeho právní pozici předběžná otázka neposílí, se bude snažit předložení předběžné otázky všemi prostředky zabránit. Naopak druhá strana, které bude komunitární aspekt případu ku prospěchu, se bude snažit do Lucemburku za každou cenu dostat.

Procesní bitvy před českými soudy o předběžnou otázku se zaměří na dvě situace. Tou první bude napadání usnesení soudu, který není soudem posledního stupně. Účastník se bude snažit podrobit usnesení

Concern, [2003] (30) (1) Legal Issues of European Integration 61. Pro podstatně skromnější rozbor případu *Jégo-Quéré*, viz též BOBEK, M.: Individuální žalobci před Evropským soudním dvorem; několik zamýšlení nad aktuálním vývojem. Právní rozhledy 6/2003 (příloha Evropské právo).

<sup>73</sup> O posouzení stejné právní otázky v rámci jiného případu se může typicky jednat, pokud žalobce napadá nějaký vnitrostátní normativní právní akt pro jeho nesoulad s právem komunitárním. Tento akt zpravidla nenapadá přímo, ale skrze akt individuální, kterým byla obecná norma aplikována na jeho případ. Stejná norma pak může být aplikována na právní situaci více jednotlivců nebo opakovaně v případě stejného jednotlivce. Novým řízením lze napadat každý nový, jednotlivý akt aplikace sporné normy.

<sup>74</sup> Srov. kupř. případ C-364/95 *T. Port GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [1998] ECR I-1023.

<sup>75</sup> Jak by se dalo dovodit v případech rozhodnutí správních soudů, pokud přezkoumávaly správní akty. Srov. rozhodnutí Soudního dvora z 13. ledna 2004 v případě C-453/00 *Kühne & Heinz NV v. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, zatím nepublikováno.

<sup>76</sup> Tento postup byl praktikován kupříkladu v případech C-318/00 *Bacardi-Martini S.A.S. a Cellier des Dauphins v. Newcastle United Football Company* [2003] ECR I-905 a případu C-429/02 *Bacardi France SAS v. Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA a Giro Sport SARL*, rozhodnutí Soudního dvora z 13. července 2003, zatím nepublikováno, anebo ve známé kauze „nedělního obchodování“. Otázka, zda zákaz nedělního obchodování je v souladu se svobodným pohybem zboží byla Soudnímu dvoru předložena z pěti členských států. Blíže viz ANDERSON, D., DEMETRIU, M. *References to the European Court*. 2. vyd., Sweet & Maxwell 2002 na str. 29, bod 1-095.

<sup>77</sup> Srov. požadavek reálnosti sporu pro přípustnost předběžné otázky formulovaný Soudním dvorem v případě 104/79 *Foglia v. Novello* [1980] ECR 745. Blíže viz BOBEK, op. cit. výše, pozn. č. 5., str. 324 an.



o předložení předběžné otázky přezkumu formou odvolání či stížnosti. Druhou situací bude nepředložení předběžné otázky soudem posledního stupně. V takovém případě připadá do úvahy především ústavní stíž-

nost nebo pokus o žalobu na náhradu škody. K jakým řešením se v obou výše zmiňovaných situacích přikloní česká praxe ukáže čas.

## Nepojmenované smlouvy v pracovním právu

Josef Šilhán\*, Tomáš Foltýn\*\*

### ÚVOD

Innominát neboli nepojmenovaný právní úkon jako jeden z institutů vyjadřujících autonomii vůle – zásadu, která představuje jeden ze základních pilířů soukromého práva – známe zcela běžně z úpravy jak práva občanského tak práva obchodního. V příslušných kódech jsou mu věnována samostatná ustanovení, zřetelně vymezující jeho existenci a povahu, jejichž aplikace nečiní větší problémy ani teorii ani praxi.

V pracovním právu je však situace jiná. Nedostatečná a z dávno překonaných koncepcí vycházející právní úprava stejně jako nejednoznačné a nezřídka zpochybňované zařazení pracovního práva do rodiny soukromoprávních odvětví (a s tím související uplatnění soukromoprávních zásad v něm) vede k chaotické právní situaci, v níž judikatura ani odborná literatura nedokáže formulovat jednotné a zřetelné stanovisko vyjadřující přípustnost či nepřípustnost nepojmenovaných právních úkonů (zejména pak innominátních smluv, o které jde pochopitelně především) v pracovním právu, natož pak široká veřejnost, setkávající se s ním v každodenní praxi.

Publikované názory, začasť akcentující specifický charakter pracovníprávní úpravy a v různé míře preferující odtržení či naopak svázání s nepochybnitelným soukromoprávním základem individuálního pracovního práva, nabízejí několik možných způsobů náhledu na tento především výkladový a právně-doktrinální problém. V návaznosti na to je pak možné setkat se v odborné literatuře jak s apriorním odmítnutím existence innominátů v pracovníprávních vztazích tak i s jejich bezproblémovou akceptací.

Komentářová literatura<sup>1</sup>, která pravděpodobně

v největší míře ovlivňuje právní názory neprávne vzdělaných účastníků pracovníprávní praxe, téměř výlučně zastává názor, že innomináty jsou vzhledem ke kogentní povaze pracovníprávních předpisů v tomto odvětví nepřipustné a tudíž absolutně neplatné. Vyloučena je smluvní pokuta, smlouva o smlouvě budoucí, dokonce jakékoliv zajištění nároků zaměstnance. Zaměstnavatelé i zaměstnanci, často z obavy před nebezpečím vzniku eventuálních právních sporů a s tím spojených zdoluhavých soudních procesů, pak mnohdy tuto otázku raději vůbec neřeší a drží se uvedeného právního názoru, vycházejícího ze zavedeného stereotypu, že *atypické právní úkony nejsou zákonodárcem nikde výslovně povoleny, a proto jsou zakázané*. Takovému nazírání se přitom bohužel mnohdy objevuje i v judikatuře, včetně judikatury soudu Nejvyššího a dokonce i Ústavního.

### SPECIFIKA PRACOVNĚPRÁVNÍ ÚPRAVY

Pracovní právo má pochopitelně určité aspekty, které jej vzhledem k jiným soukromoprávním odvětvím činí do jisté míry specifickým a bez jejichž znalostí a plného uvědomění není možno uvedenou tematikou se zabývat dostatečně komplexně. Pracovní právo se v průběhu svého utváření a vývoje postupně vydělilo z práva občanského, jehož součástí do té doby tvořilo a nastoupilo cestu více méně samostatného vývoje. Emancipace přitom probíhala v několika rovinách.<sup>2</sup> Na jedné straně se projevovaly důsledky tzv. sociálního ochranného zákonodárství, reagujícího na narůstající nerovnováhu v ekonomickém postavení – a v návaz-

\* Josef Šilhán, student Právnické fakulty a Ekonomicko-správní fakulty Masarykovy univerzity v Brně

\*\* Tomáš Foltýn, student Právnické fakulty a doktorského studia politikologie Fakulty sociálních studií Masarykovy univerzity v Brně

<sup>1</sup> Např. HOCHMAN, J., JOUZA, L., KOTTNAUER, A.: *Zákoník práce a související předpisy – komentář*. 2. vyd. Praha: Linde, 2001; JAKUBSKÁ, J., MICHAL, P., ŠPUNDOVÁ, E., TAMANDLOVÁ, L.: *Zákoník práce a související právní předpisy s komentářem*. 3. vyd. Olomouc: ANAG, 2003; KOCOUREK, J.: *Zákoník práce*. 3. vyd. Praha: EUROUNION, 1999; prestižnímu postavení se mezi komentářovou literaturou těší populární Beckova edice tzv. šedých komentářů, viz SOUČKOVÁ, M. a kol.: *Zákoník práce. Komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001.

<sup>2</sup> Srov. BĚLINA, M., BRÁDLEROVÁ, L., ZACHARIÁŠ, J.: Pracovní právo na rozcestí? *Právník*, 1997, č. 12, s. 1033.

nosti na to samozřejmě i reálné kontrakční síle – zaměstnance a zaměstnavatele jako smluvních stran pracovní smlouvy. Neblahé důsledky, faktické i potenciální, pramenící z dalšího přetrvávání či dokonce prohlubování nevyváženosti tohoto vztahu ospravedlnily postupem času relativně výrazné zásahy do smluvní svobody a volnosti subjektů upravovat pracovní podmínky především smluvní cestou.

Do té doby dispozitivní úprava pracovněprávních institutů byla vytlačována – a v mnoha případech také skutečně vytlačena – řadou kogentních a relativně kogentních ustanovení, naplňujících v široké míře rozšířené a zpravidla také důrazně artikulované očekávání státní ingerence do této oblasti v podobě příslušné právní reglementace. Původně volná úprava pracovní smlouvy se tak stala do značné míry ochrannou regulací s řadou limitů a bariér, které měly pomoci docílit základního požadovaného efektu – tedy eliminovat nebo pokud možno alespoň minimalizovat nepříznivé důsledky ekonomické nerovnováhy pro zaměstnance cestou posílení jeho právního postavení (či spíše oslabení postavení zaměstnavatele).<sup>3</sup>

Na straně druhé se začaly v pracovním právu rozvíjet také – tentokrát již zcela specifické – nově konstituované oblasti, založené od počátku především na veřejnoprávní metodě regulace. Na mysli máme zejména oblast práva zaměstnanosti, související otázky sociálního zabezpečení a problematiku státního dozoru a obdobné okruhy právní úpravy, které ve své podstatě jsou již soukromému právu systémově cizí. Spolu s rozvíjejícím se odborovým hnutím podmíněnou nově vznikající oblastí tzv. kolektivního pracovního práva, představujícího další rovinu vztahů mezi poskytovateli a odběrateli námezdní práce tvoří tato úprava doplněk individuálního pracovního práva v pomyslné množině pracovního práva jako celku.

V tomto textu se veřejnoprávní (nesoukromoprávní) části pracovního práva věnovat nebudeme a zaměříme se pouze na tu jeho část, která je označována jako pracovní právo individuální, původně nazývané také

*právo pracovní smlouvy*. Přestože původ v obecném soukromém právu je v případě individuálního pracovního práva zcela nezpochybnitelný, není jeho dnešní – přeneseme-li se již plně k současné právní úpravě – povaha již ani zdaleka tak jednoznačná. Míra kogentních ustanovení a intenzita ingerence státu v úpravě pracovněprávních vztahů totiž často vede k odlišným stanoviskům ohledně vlivu takové regulace na hodnocení jejího určujícího veřejnoprávního či soukromoprávního charakteru. Limitující kogentní ustanovení omezující smluvní volnost stran pracovněprávních smluv bývají totiž velmi často považována nikoliv pouze za kogentní, nýbrž za veřejnoprávní. Význam tohoto odlišení je přitom zcela zásadní, neboť akceptace veřejnoprávní povahy jednotlivých ustanovení pracovněprávních předpisů může potom vzhledem k jejich četnosti a významu být pouze pomyslným prvním krůčkem ke kvalitativně nepoměrně významnějšímu určení veřejnoprávní povahy pro celý zkoumaný institut, předpis či dokonce odvětví jako celek.

Zajímavou se v této souvislosti jeví poznámka Karla Eliáše<sup>4</sup> v reakci na článek autorů Bělina, Brádlarové a Zachariáše<sup>5</sup>, kde polemizuje právě s označováním kogentních ustanovení zákoníku práce za veřejnoprávní.<sup>6</sup> Konkrétně k označení zákonných omezení možnosti ukončit pracovní poměr se zaměstnancem výpovědí za veřejnoprávní úpravu K. Eliáš doslova uvádí: „Na tom přece není nic veřejnoprávního. Jde tu o kogentní stanovení podmínek pro ukončení závazku z vůle jedné smluvní strany a jejich porušení stíhá také soukromoprávní sankce neplatnosti právního úkonu (výpovědi). Obdobné řešení zná občanské právo i pro jiné případy.“<sup>7</sup>

Z uvedeného tedy vyplývá poměrně neujednocené nazírání na některé normy pracovněprávních předpisů, které jsou ovšem vzhledem k funkcím, které se prostřednictvím nich zákonodárce snaží naplnit, pro účely rozlišení jejich místa v systému naprosto určující. Objevuje se tu přinejmenším nesoulad v hodnocení použité metody regulace. Je otázka, zda se může

<sup>3</sup> Podrobněji k historickému vývoji viz např. GALVAS, M.: Kodifikace pracovního práva a její vztah k návrhu nového občanského zákoníka. *Justiční praxe*, 2002, č. 10, s. 563–565.

<sup>4</sup> Srov. ELIÁŠ, K., ZUKLÍNOVÁ, M.: *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. 1. vyd. Praha: Linde, 2001, s. 68.

<sup>5</sup> BĚLINA, M., BRÁDLEROVÁ, L., ZACHARIÁŠ, J.: Pracovní právo na rozcestí? *Právník*, 1997, č. 12, s. 1038: „Ingerence veřejnoprávních prvků (ochranných a sociálních), které narušují smluvní volnost stran, se promítá prakticky v celé právní úpravě individuálního pracovního práva, ale nejvýrazněji se projevuje např. v právní úpravě skončení pracovního poměru, pracovní doby a doby odpočinku, ...“.

<sup>6</sup> *Veřejnoprávní povahu* však těmto ustanovením přisuzuje i většina dalších pracovněprávních specialistů. viz např. GALVAS, M.: Kodifikace pracovního práva a její vztah k návrhu nového občanského zákoníka. *Justiční praxe*, 2002, č. 10, s. 564: „Do vztahů mezi zaměstnanci a zaměstnavateli začaly zasahovat veřejnoprávní normy, které působily nezávisle na vůli stran pracovní smlouvy. Postupně byla omezována vůle zaměstnavatele v oblasti určování pracovní doby, zaměstnávání dětí bez ohledu na věk a zaměstnávání žen pracemi škodlivými zdraví.“; GREGOROVÁ, Z.: K předmětu a principům pracovního práva. *Právník*, 1998, č. 4, s. 316–322; PÍCHOVÁ, I.: Innominátní smlouvy v pracovním právu. *Právo a zaměstnání*, 1999, č. 9, s. 8.

<sup>7</sup> Stejně tak v dalším svém článku (ELIÁŠ, K.: Rekodifikace soukromého práva a nový zákoník práce. *Právní rozhledy*, 2003, č. 9, s. 437.) se K. ELIÁŠ vyjadřuje k problematice „veřejnoprávní povahy“ kogentních ustanovení zákoníku práce: „Nebudeme-li počítat zmocňovací normy a ustanovení o osobním statusu, pak mají veřejnoprávní povahu (zcela nebo zčásti) ustanovení § 23, § 26, § 52, § 133c, § 136, § 136a a § 251 ZPr, neboť jen ta upravují administrativněprávní vztahy na principu nadřazenosti nositele veřejné moci a podřízenosti soukromé osoby (zaměstnavatele). V ostatním se jedná o úpravu vzniku, obsahu, změn a zániku obligace založené smlouvou stanovením práv a povinností smluvních stran, takže – byť je tu mnoho kogentních norem – na úpravě samotné nic veřejnoprávního není.“.

v důsledku sledování veřejného zájmu na ochraně zaměstnance jednat tím pádem i o *veřejnoprávní regulaci*, či zda jde podle konkurenčního názoru o sledování *obecného zájmu ochrany slabší strany smlouvy* jako jednoho z principů soukromého práva a tedy i pojetí ochrany zaměstnance jako institutu nijak nevybočujícího z rámce prostředků, které jsou civilním odvětvím vlastní.

Je otázka, zda je nutné odlišovat zaměstnance jako (nesporně) slabší a zranitelnější stranu pracovního vztahu od případů ze smluvní praxe jiných odvětví<sup>8</sup> a přisuzovat mu vzhledem ke *kvantitativnímu* rozdílu v rozsahu regulace i specifčnost v rovině *kvalitativní*, či snad přisoudit veřejnoprávní povahu i kogentním ochranným normám těchto jiných odvětví.<sup>9</sup> Znamenalo by to potom jakoukoliv úpravu kogentní či relativně kogentní normou posunout do oblastí veřejného práva, a to i přesto, že zde ani veřejná moc, ani nějaký veřejnou mocí nadaný subjekt nevystupuje.

Naopak posoudíme-li ochranu zaměstnance jako ochranu slabší strany v obecném smyslu, tedy pouze jako právní *korektiv společensky významných nepřiznivých konsekvencí* faktickou ekonomickou situací podmíněného nevyváženého vztahu zaměstnavatele a zaměstnance (případně uchazeče o práci), není důvod z rámce soukromého práva a jeho prostředků nijak vybočovat. Povaha subjektů by tomu odpovídala, neboť i přes výrazně omezený smluvní prostor se zde stále jedná o vztah dvou civilněprávních subjektů, prostý přítomností nějaké veřejné moci, jednající na základě jejich svobodnou vůlí uzavřených právních úkonů.<sup>10</sup>

## INNOMINÁT V PRACOVNÍM PRÁVU

Problematika innominátů v pracovním právu souvisí v širších souvislostech s otázkami autonomie vůle v právu. V podmínkách českého právního řádu se s akcentem především na závazkové právo hovoří zpravidla o čtyřech projevech této zásady: 1) svoboda učinit právní úkon či nikoliv; 2) svoboda volby výběru adresáta právního úkonu; 3) svoboda volby obsahu právního úkonu; 4) svoboda volby formy právního úkonu.

Pro námi sledovanou problematiku innominátních úkonů představuje klíčovou otázkou *svoboda volby obsahu* právního úkonu. Jde tu o možnost volného výběru a úpravy konkrétních práv a povinností tvořících ve svém komplexu náplň určitého právního vztahu; je přitom důležité vzít v úvahu postoj příslušného předpisu k možnosti odchýlit se při takové úpravě od jím nabízených řešení.

Podíváme-li se na úpravu innominátních právních úkonů do jednotlivých odvětví soukromého práva, zjistíme již v úvodu práce naznačený normativní nesoulad. Zatímco v občanském zákoníku nacházíme známá ustanovení § 51<sup>11</sup> a § 2 odst. 3<sup>12</sup> reflektující článek 2 odst. 3 Listiny a v závazkové části obchodního zákoníku zřetelné ustanovení § 269 odst. 2<sup>13</sup>, v zákoníku práce žádné podobné ustanovení hovořící o nepojmenovaných právních úkonech nenajdeme. Vzhledem k době vzniku a kontextu jeho přípravy a přijetí<sup>14</sup> se ovšem zjevně nedá v této souvislosti hovořit o nějakém opomenutí či nedůslednosti zákonodárce, jako spíše o otázce samotné koncepce a systémově zamýšleného pojetí úpravy pracovníprávních vztahů. Lapidár-

<sup>8</sup> Typicky postavení nájemce bytu v právu občanském; spotřebitelské smlouvy apod.

<sup>9</sup> Tak např. BĚLINA, M., BRÁDLEROVÁ, L., ZACHARIÁŠ, J.: Pracovní právo na rozcestí? *Právník*, 1997, č. 12, s. 1035.

<sup>10</sup> Pro úplnost a ve snaze předejít možným nejasnostem je třeba znovu uvést, že odlišně vnímáme povahu pracovního práva jako odvětvového celku (včetně uvedených specifických oblastí jako je zaměstnanost apod.), a pracovního práva individuálního, zachyceného především v zákoníku práce. V prvním případě je chápání odvětví pracovního práva jako autonomní disciplíny kombinující soukromoprávní a veřejnoprávní metody literaturou převážně přijímáno (srov. ELIÁŠ, K.: Rekodifikace soukromého práva a nový zákoník práce. *Právní rozhledy*, 2003, č. 9, s. 437: „Takové chápání pracovního práva nechce patrně zpochybňovat nikdo.“ Objevují se nicméně i jiné, poněkud extrémnější názory na povahu tohoto odvětví; viz ZVÁNOVEC, V.: Obecné zamýšlení nad koncepcí rekodifikace pracovního práva. *Justiční praxe*, 2003, č. 2, s. 105: „Pracovní právo je právem soukromým, nikoliv veřejným, smíšeným, či stojícím mimo tuto dichotomii vůbec.“) V případě individuální části pracovního práva jako nesporně soukromoprávní oblasti je ovšem situace jiná. Její civilní charakter je zřejmý.

<sup>11</sup> „Účastníci mohou uzavřít i takovou smlouvu, která není zvláště upravena; smlouva však nesmí odporovat obsahu nebo účelu tohoto zákona.“ Obdobně i ustanovení § 491 občanského zákoníku.

<sup>12</sup> „Účastníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit.“ Toto ustanovení však není formulováno zrovna nešťastně. Problém znění třetího odstavce § 2 bývá spatřován především v jeho poslední části, neboť ponechává v rozporu požadavkem právní jistoty a právního státu předem nevyjasněnou otázku povahy příslušného ustanovení. Možnost odchýlit se od něho má právo závazně určit pouze soud a tedy účastník si dopředu nemůže být zákonností svého jednání nikdy jistý. Zabývat se zde však touto problematikou vzhledem k zacílení této práce hlouběji nebudeme. Ve vztahu k formulaci v návrhu připravovaného občanskoprávního kodexu „retrospektivní právní jistotu“ rozebírá BEJČEK, J.: Pět poznámek k návrhu obecné části občanského zákoníku. *Justiční praxe*, 2003, č. 1, s. 15–16.

<sup>13</sup> „Účastníci mohou uzavřít i takovou smlouvu, která není upravena jako typ smlouvy. Jestliže však účastníci dostatečně neurčí předmět svých závazků, smlouva uzavřena není.“

<sup>14</sup> Srov. např. ELIÁŠ, K., ZUKLÍNOVÁ, M.: *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. 1. vyd. Praha: Linde, 2001, s. 68 a násl.; ELIÁŠ, K.: Rekodifikace soukromého práva a nový zákoník práce. *Právní rozhledy*, 2003, č. 9, s. 433–438.

ně řečeno zákonodárce podle všeho s žádnou iniciativou subjektů jdoucí mimo okruh jím vymezených typů právních úkonů nepočítal, tedy nemůže být ani divu, že se o nich v příslušné právní úpravě nezmiňuje.<sup>15</sup>

Absence pojednání o innominátních právních úkonech v zákoníku práce ovšem ani zdaleka neznamená, že by zákonodárce rezignoval na úpravu právních úkonů jako celku. Právě naopak. Kromě úpravy pracovního poměru jako klíčového institutu individuálních pracovněprávních vztahů a spíše stručnější úpravy dohod o pracích konaných mimo jeho rámec obsahuje zákoník práce i samostatnou část obecnou, v relativně nebývalém rozsahu a intenzitě konkurující obecné civilní úpravě dané občanským právem.

Význam má tato regulace obecných právních institutů především s ohledem na důsledně provedené odtržení pracovního práva od zbytku právního řádu, záměru separovat a izolovat jednotlivá právní odvětví spolu se současným vyloučením subsidiárního použití generální občanskoprávní úpravy.<sup>16</sup>

Pátá část zákoníku práce, pojmenovaná jako „společná ustanovení“ je koncipována jako zcela plnohodnotná a samostatná<sup>17</sup> obecná část právního předpisu, upravující obecné instituty práva (pracovního) právními úkony počínaje a doručováním konče. Plně odráží tehdejší doktrínou protlačovanou (a dle publikovaných názorů také ve značné míře „zahraniční“ praxí inspirovanou<sup>18</sup>) představu *paralelně stojících samostatných právních odvětví* a koresponduje se snahou zákonodárce oddělit pracovní a občanské právo pomocí odstranění nezbytnosti systematického použití občanského zákoníku jako projevu vztahu obecného a zvláštního předpisu. Upravena je tak v souladu s tím i kompletní problematika právních úkonů. Zá-

konk právní úkon definuje<sup>19</sup>, uvádí pravidla pro jeho výklad i důvody jeho neplatnosti. Samostatná (a ve vztahu k občanskému právu duplicitní) úprava je zde obsažena i ohledně otázek, které by byly snadno řešitelné pouhým subsidiárním užitím obecné úpravy, pro uživatele zřejmě pohodlnějším a z hlediska metodiky čistším.<sup>20</sup>

Zákoník práce je tedy od prozatím paralelně stojícího zákoníku občanského oddělen, jak Karel Eliáš přílehavě uvedl – „čínskou zdí“.<sup>21</sup>

Není však izolován *v rovině vertikální*. Při jeho interpretaci a aplikaci musí být respektována úprava vyšší a právně silnější – úroveň ústavního pořádku – v čele především s Listinou základních práv a svobod, založenou – na rozdíl od v době již dávno minulé vytvořeného pracovněprávního kodexu – na zcela jinak koncipovaném pojetí a přístupu ke sféře autonomního jednání svobodné lidské osobnosti.

Důsledky nedostatečné pozornosti věnované zmíněnému ústavněprávnímu kontextu se přitom příkladným způsobem projevují právě při zkoumání námi sledované problematiky. Rozdíl ve východiscích, doprovázený ještě mohutnějšími diferencemi mezi z nich plynoucími závěry, pramenícími z různé míry akcentace nejvyšší normativní úrovně, je při posuzování přípustnosti nepojmenovaných pracovněprávních úkonů opravdu zásadní. Diskrepance mezi zastávanými názory, které při řešení innominátní problematiky přikládají z hlediska priority těmto předpisům odlišný aplikační význam mnohdy nabývá až polarizovaného charakteru. Zahrnutí nebo naopak nezahrnutí ústavněprávních předpisů do okruhu v úvahu přicházejících pramenů regulace totiž vede nutně k naprosto neslučitelným, často právě až opačně orientovaným závěrům.

<sup>15</sup> Ve vztahu k uvedeným ustanovením je ovšem nutné podotknout, že výslovné *zákonem* provedené připuštění innominátních úkonů vlastně nijak výrazný normativní dopad nemá. Vzhledem ke znění článku 2 odst. 3 Listiny, který již sám o sobě obsahuje univerzální dovolení jde v podstatě o ustanovení nadbytečné. Srov. PARTAY, J.: Válka soudů? (K problémům současné pracovněprávní judikatury). *Soudní rozhledy*, 2000, č. 7, s. 194.

<sup>16</sup> Taková míra *rozparcelování a deformace* soukromého práva jaká proběhla v českém právu je přitom nezvykle intenzivní nejenom ve srovnání se zeměmi západní Evropy, nýbrž i vůči právním řádům patřícím do bloku socialistického. Ani leckteré „tužší“ režimy než bylo tehdejší Československo nepřistoupily na oddělení pracovního a občanského tak masivní bariérou. Srov. ELIÁŠ, K., ZUKLÍNOVÁ, M.: *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. 1. vyd. Praha: Linde, 2001, s. 68.; ELIÁŠ, K.: Rekodifikace soukromého práva a nový zákoník práce. *Právní rozhledy*, 2003, č. 9, s. 438: „Náš zákoník práce má řešení tak extrémní, jaké nevolil žádný zákonodárce jiný.“ Shodně GALVAS, M.: Kodifikace pracovního práva a její vztah k návrhu nového občanského zákoníka. *Justiční praxe*, 2002, č. 10, s. 570: „Nikde v jiných státech s podobným společenským vývojem jako u nás takové krajní řešení nezvolili.“ S oddělením obou úprav spojuje negativní důsledky i BĚLINA, M.: Nový občanský zákoník a budoucí úprava pracovního práva. *Justiční praxe*, 2003, č. 1, s. 6–12, když uvádí že úplné oddělení občanského práva a pracovního práva „negativně zasáhlo do našeho právního řádu, je v podmínkách tržní ekonomiky neakceptovatelné a je jednou ze základních překážek rozvoje pracovního práva po roce 1989.“

<sup>17</sup> Přestože ovšem pochopitelně ne zcela úplná a zcela samostatně použitelná. Viz například otázka zániku způsobilosti fyzické osoby – zaměstnavatele k právům a povinnostem. Tam je nutné chtít nechtět obrátit se k *analogii iuris* a využít úpravu v občanském právu. Srov. GALVAS, M. a kol.: *Pracovní právo*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 103.

<sup>18</sup> Viz ELIÁŠ, K.: Rekodifikace soukromého práva a nový zákoník práce. *Právní rozhledy*, 2003, č. 9, s. 434–435.

<sup>19</sup> Definice v ustanovení § 240 zákoníku práce je v podstatě shodná s definicí podanou občanským zákoníkem před jeho novelizací zákonem č. 509/1991 Sb. Rozdíl spočívá pouze v demonstrativním výčtu některých právních úkonů, který je na rozdíl od občanského zákoníku v zákoníku práce do definice zahrnut. Normativní význam však tato odlišnost nemá.

<sup>20</sup> Neznamená to pochopitelně, že by se občanskoprávní úprava použila beze zbytku celá, tak jak je. Viz například speciální – pro pracovní právo specifické pravidlo následků nedodržení zákonné *formy právního úkonu* (a se stejným režimem i absence předepsaného souhlasu příslušného orgánu), podle něhož je takový úkon neplatný pouze tehdy, stanoví-li to výslovně tento (ZPr), případně zvláštní zákon. Výjimky tohoto typu by však ve vztahu obecný – speciální předpis nemusely být něčím nepřekonatelným.

<sup>21</sup> Viz ELIÁŠ, K., ZUKLÍNOVÁ, M.: *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. 1. vyd. Praha: Linde, 2001, s. 68.

Samotná koncepce zákoníku práce, zaměřili-li bychom se teď pouze na ni, přes již mnohokrát provedenou novelizaci, zůstala idejemi Listiny základních práv a svobod ve svém základu v podstatě netknuta. Co se týče uplatnění autonomie vůle, je z úpravy patrná snaha vycházet z principu, že *přípustné jednání je takové, které je nějakým ustanovením výslovně povoleno*. Před každým jednáním jakoby zákonodárce od účastníka očekával, že nahlédne do předpisu v pohnutce ověřit si, zda mu jeho aktivitu právo „milostivě“ schvaluje. Jakoby v množině obecně zakázaných úkonů vystávaly ostrůvky zákonem povolených jednání, ke kterým tak osoba dostává potřebný *placet*. Přístup v podstatě odpovídající veřejnoprávnímu uvažování vyjádřenému článkem 2 odst. 2 Listiny, ovšem aplikovanému nikoliv na působení veřejné moci, kde je nezbytnost jeho použití mimo jakoukoliv debatu, ale na subjekty a vztahy soukromoprávní.

Vyjádření této konstrukce může být mimo jiné spatřováno v obecném ustanovení o smlouvách v § 244 zákoníku práce.<sup>22</sup> Citované ustanovení ve svém prvním odstavci uvozuje úpravu smluv, když stanoví, že „smlouva (dohoda)<sup>23</sup> sjednaná podle příslušných ustanovení pracovních předpisů je uzavřena, jakmile se účastníci shodli na jejím obsahu.“ Postoj k tomuto ustanovení je, jak z odborné literatury vyplývá, pro celkové řešení přípustnosti innominátů kardinální. Naprostá většina publikací<sup>24</sup> vykládá toto ust. tak, že účastníci pracovních vztahů mohou své smlouvy (dohody) uzavřít *jen ohledně těch typů smluv (dohod)*, které jsou upraveny (předvídaný) pracovními předpisy, a jejich smluvní volnost se uplatní jen tam, kde to pracovní předpisy umožňují.

Poukazem na specifika pracovní práva a jejím izolovaným užitím odtržené od zbytku právního systému je touto metodou tedy a priori vyloučena možnost zaměstnance zajistit své závazky vůči zaměstnavateli, uzavírat smlouvy o smlouvách budoucích, sjednávat obecně zajištění závazků smluvní pokutou, stejně jako činit další nereglementované právní úkony.

Pokusíme se nyní poukázat na některé důsledky, které z takového pojetí mohou vyplývat. Zaměříme-li se například právě na zmíněnou problematiku zajištění závazků v pracovním právu, vyjeví se konsekvence uvedeného právního názoru v plném rozsahu.

V zákoníku práce jsou upraveny tři způsoby zajištění nároků zaměstnavatele.<sup>25</sup> Kromě této ve třech pa-

ragrafech provedené úpravy jednotlivých jednostranně použitelných zajišťovacích institutů zde žádná jiná, ani odkazem či nepřímou cestou naznačená možnost není. V uzavřeném pracovním právu tedy není ponechán žádný prostor nejen pro další způsoby zajištění zaměstnavatelových pohledávek, ale *není připuštěna ani možnost zajistit nároky zaměstnance*.

Bude-li ten například chtít zajistit svůj nárok vůči zaměstnavateli na včasné placení mzdy (v dnešní době vzhledem k ne zrovna ojedinělým případům svérázného přístupu k platební morálce požadavek jistě nijak zvlášť přehnaný), smluvní pokutou pro případ prodlení, či ručením třetí osoby, nebude mu to při postupu dle uvedeného názoru umožněno. V důsledku specifické pracovní právní koncepce – a paradoxně založené především na ochraně zájmů zaměstnance – tu bude *právě jemu, takto ochraňovanému subjektu, bráněno v zajištění jeho pohledávek*. Přitom jsou to právě zajišťovací instituty, které mohou vcelku efektivním způsobem k ochraně zaměstnancových zájmů přispět.

Přesto již citovaný *Beckův komentář* na straně 582 k úpravě zajištění uvádí: „Zajištění uspokojení nároků zaměstnance, které má vůči zaměstnavateli z pracovních vztahů, *není upraveno, a není tedy ani přípustné*.“

Je přinejmenším dosti rozporuplné konstruovat právní úpravu na koncepci, která se svou náležitou aplikací dostává do rozporu se základními principy, na kterých je sama vystavěna. Má-li úprava umožňovat společensky efektivní fungování pracovních vztahů, není pak důvod, proč by na cestě k tomuto cíli měla znemožňovat svým subjektům chránit své zájmy prostřednictvím zajištění – zaměstnavateli částečně, zaměstnanci zcela.

Utvrzení závazků samozřejmě nepředstavuje něčím výjimečnou oblast, která by se od dalších institutů měla nějak odlišovat. Co bylo řečeno, platí pro oblast právních úkonů v pracovním právu jako celek. Demonstruje snad ale dostatečně výstižně rozpor, který citovaná část publikované literatury – pracovní lze tento názorový proud zahrnout například pod označení *kogentní koncepce pracovního práva* – obsahuje.

Uvedený způsob výkladu se podle jím podaného vysvětlení opírá o přesvědčení, že „ustanovením § 244 odst. 1 je vyjádřena zásadně *kogentní povaha* zákoníku práce a ostatních pracovních předpisů.“<sup>26</sup> Nemluvíme tu tedy nyní o jednotlivých dílčích ustanoveních nepřipouštějících odchýlnou smluvní úpravu,

<sup>22</sup> PÍCHOVÁ, I.: Innominátní smlouvy v pracovním právu. *Právo a zaměstnání*, 1999, č. 9, s. 9; GREGOROVÁ, Z.: Smluvní princip a innominátní smlouvy v pracovním právu. In *Smluvní princip a jeho projevy v individuálním pracovním právu*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 48.

<sup>23</sup> Pojmy „smlouva“ a „dohoda“ se vzhledem ke znění zákona dají považovat za obsahově shodné a lze je používat *promiscue*.

<sup>24</sup> SOUČKOVÁ, M. a kol.: *Zákoník práce. Komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001, s. 576–577; HOCHMAN, J., JOUZA, L., KOTTNAUER, A.: *Zákoník práce a související předpisy – komentář*. 2. vyd. Praha: Linde, 2001; JAKUBSKÁ, J., MICHAL, P., ŠPUNDOVÁ, E., TAMANDLOVÁ, L.: *Zákoník práce a související právní předpisy s komentářem*. 3. vyd. Olomouc: ANAG, 2003; KOCOUREK, J.: *Zákoník práce*. 3. vyd. Praha: EUROUNION, 1999.

<sup>25</sup> Jedná se o v § 246–248 upravené srážky ze mzdy, ručení a zástavní právo k nemovitosti.

<sup>26</sup> SOUČKOVÁ, M. a kol.: *Zákoník práce. Komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001, s. 576.

nýbrž o *kogentním charakteru celé právní úpravy* v do-  
sahu pracovního práva. Takovému náhledu potom od-  
povídá nejen rigidní přístup k úpravě práv a povinnos-  
tí mezi smluvními subjekty, ale i důsledně omezující  
výklad všech pracovněprávních ustanovení ve směru  
striktní eliminace jakýchkoliv jiných než zákonem pře-  
depsaných (předvídaných) možností.

Uvedené nazírání na fungování smluvní svobody  
by se možná nemuselo jevit zneklidňujícím, bylo-li by  
formulováno někdy v období konstrukce zákonného  
znění<sup>27</sup>; s tehdejší doktrínou by jistě plně korespondo-  
valo. Desetiletí po prohlášení Listiny základních práv  
a svobod za součást ústavního pořádku České republiky  
je však jeho přijatelnost značně diskutabilní.

Kromě toho, že je – jak bylo demonstrováno na  
příkladu (ne)zajištění nároků zaměstnance – logicky  
nekonzistentní z hlediska smyslu a účelu (ducha) pra-  
covního práva, je zaujímané stanovisko spatřující pod-  
statu úpravy v aplikaci zásady „co není zákonem vý-  
slovně povoleno, je zákonem zakázáno“ dle našeho ná-  
zoru v pozitivněprávní a právně dogmatické rovině ve  
zřejmém rozporu s článkem 2 odst. 3 Listiny. V něm je  
jasně a srozumitelně stanoveno, že „každý může činit,  
co není zákonem zakázáno“.<sup>28</sup>

Nezpochybnitelným způsobem je zde identifikováno  
právo každého chovat se jakýmkoliv myslitelným  
způsobem, neodporuje-li takové chování nějakému  
v zákoně formulovanému zákazu.

Zákonný zákaz ve smyslu citovaného ustanovení  
může samozřejmě vykazovat různé podoby, nemusí se  
vždy jednat pouze o konkrétně vymezený skutkový  
stav či precizně popsany důvod. Reprobace může vy-  
plývat i z obecněji konstruovaných formulí. Uplatnit se  
mohou obecné pojmy a generální klauzule (jako např.  
dobré mravy<sup>29</sup>) či odkazy na účel zákona.<sup>30</sup> Musí však  
vždy jít o zákaz jasný a srozumitelný, nenechávající ad-  
resáty právního působení na pochybách, co je a co není  
zákonem zakázáno. V soukromém právu zvlášť musí  
platit, že *zákaz tvoří výjimku*. Nikoliv naopak. Není  
možné v pochybnostech usuzovat na existenci zákazu  
z pouhého nedostatku důkazu opaku.<sup>31</sup>

Kde je v zákoníku práce výslovně obsažen zákaz  
činit nepojmenované úkony? Kde je jasně a srozumitel-  
ně vyjevená vůle zákonodárce postavit innominátní  
úkony mimo zákon? V ustanovení § 244 zákoníku prá-  
ce rozhodně ne; uvedená norma se po použití obliga-  
torního – zákonem přikázaného ústavně konformního  
výkladu<sup>32</sup> a s ohledem na historické souvislosti (které  
se bohužel nedají v našem – ještě stále ne zcela stan-  
dardizovaném – právním prostředí bez nebezpečí fa-  
tálních následků na správnost interpretačního postupu  
opomenout) nejeví z tohoto hlediska nijak pozoruhod-  
nou. Není možné si s ohledem na uvedené souvislosti  
z několika možných výkladů vybírat takový, který od-  
poruje základním principům, na kterých je vystaven  
naš právní systém.<sup>33</sup> Nehledě na i z „pozitivisticky“

<sup>27</sup> „V době, kdy monopolním zaměstnavatelem byl stát, který neměl zájem na uzavírání jakýchsi předem neschválených druhů smluv.“ – GALVAS, M.: Poznámky k některým ústavním aspektům současného českého pracovního práva. *Právo a zaměstnání*, 2003, č. 11, s. 4.

<sup>28</sup> Na uvedený rozpor a důsledky článku 2 odst. 3 Listiny bylo literaturou již mnohokrát poukazováno. Opakovaně GALVAS, M., např. in Poznámky k některým ústavním aspektům současného českého pracovního práva. *Právo a zaměstnání*, 2003, č. 11, s. 4; PÍCHOVÁ, I.: Innominátní smlouvy v pracovním právu. *Právo a zaměstnání*, 1999, č. 9, s. 8–12; GREGOROVÁ, Z.: Smluvní princip a innominátní smlouvy v pracovním právu. In *Smluvní princip a jeho projevy v individuálním pracovním právu*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 43–51. I učebnice pracovního práva uvádějí přijetí Listiny základních práv a svobod jako zlomový moment pro přípustnost innominátních jednání – srov. GALVAS, M. a kol.: *Pracovní právo*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 88.

<sup>29</sup> Tento zavedený termín již od účinnosti novely provedené zákonem č. 46/2004 Sb. používá i zákoník práce. Nahrazen jím byly pojmy jako „pravidla slušnosti a občanského soužití“ či „zájmy společnosti“. Alespoň v rovině terminologické je tedy sounáležitost zákoníku práce se zbytkem právního řádu opět o krůček dále.

<sup>30</sup> Jako je tomu v zákoníku práce například v ustanovení § 242 odst. 1 písmeno a) při úpravě důvodů absolutní neplatnosti právního úkonu.

<sup>31</sup> Jednou ze základních zásad materiálního právního státu je „zásada určitosti zákona“, jež je pokládána za podmínku právní jistoty občanů. (...) *Evropský soud pro lidská práva ve věci Sunday Times v. United Kingdom (1979) stanovil dva předpoklady pro uplatnění zákona: zákon musí být dostatečně přístupný, aby se občan mohl poučit o právních normách použitelných v daném případě, a dále: za zákon lze považovat jedině normu formulovanou s dostatečnou přesností, aby umožnila občanům řídit se a přizpůsobit chování.* – KLOKOČKA, V.: Ústavní zákony a další ústavněprávní předpisy. Praha: C. H. Beck, 1994, s. XXXVIII. Pokud stát opravdu chce nějaké jednání zakázat a zasáhnout do svobodné sféry svých občanů, má dostatek prostředků a možností na to, aby to učinil jasně a srozumitelně.

<sup>32</sup> Viz ustanovení § 1 odst. 1 úst. zák. č. 23/1991 Sb.

<sup>33</sup> Pod ústřední pasáží ustanovení § 244 odst. 1 zákoníku práce – „...sjednaná podle příslušných ustanovení pracovněprávních předpisů...“, na kterou je fixována argumentační pozornost zastánců kogentní koncepce a kterou především je zdůvodňována kogentní povaha celé pracovněprávní úpravy, je možné spatřovat stanovení určitého procesního postupu, podle něhož mají být smlouvy (dohody) sjednávány. V odstavcích 2 až 5 ustanovení § 244 zákoníku práce je taková *procesní* regulace obsažena. Srov. PARTAY, J.: Válka soudů? (K problémům současné pracovněprávní judikatury). *Soudní rozhledy*, 2000, č. 7, s. 194. Obdobně také viz ZVÁNOVEC, V.: Obecné zamyšlení nad koncepcemi rekodifikace pracovního práva. *Justiční praxe*, 2003, č. 2, s. 106. V souvislosti s výkladem tohoto i jiných ustanovení, koncepčně zjevně vycházejících z jiné než současné doktríny, je vhodné poukázat též na některé obecnější otázky interpretace, viz např. plenární náleží Pl. ÚS 33/97: „Naprostou neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace, vycházející pouze z jeho jazykového výkladu. Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad *e ratione legis* atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně nebo v důsledku nevdělanosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odcizení a absurdity.“ Srov. také výklad o interpretačních metodách

laděného úhlu pohledu spornou metodiku by takový přístup neobstál ani z pohledu iusnaturalistického. Protože jakému smyslu či účelu má takový omezující výklad sloužit? Má-li být v pozadí pracovního zákonodárství snaha regulovat chování jednotlivých subjektů v úmyslu ochránit toho či onoho účastníka (jak již bylo řečeno mnohem výrazněji zaměstnance než zaměstnavatele), nemůže být prostředkem pro dosažení takového cíle likvidace aktivity těchto subjektů provedená takto obecným způsobem. Takový postup se musí nutně minout účinkem, neboť omezením okruhu možných jednání se nebezpečí jejich zneužití neodstraní.

V souvislosti s již mnohokrát zmiňovanou ekonomickou nevyvážeností pracovněprávních vztahů není snaha „sešňerovat“ volnost subjektů nějak kategoricky neospravedlnitelná – v takových podmínkách se totiž smluvní svoboda může snadno stát „jen zbraní v rukou silnějšího.“<sup>34</sup> Neomezená volnost při právním jednání a tvorbě „na míru šitých“ (a zřejmě to právě v takových případech nebude zaměstnanec, o jehož míry půjde) typů úkonů by totiž skutečně mohla působit odůvodněné obavy ze zmaření účelu plnění funkcí pracovního práva. Je nutné si ovšem uvědomit, že předpokladem platnosti jakéhokoliv pracovněprávního úkonu je s ohledem na ustanovení § 242 odst. 1 a) zákoníku práce soulad s obsahem a účelem zákona, jakož i soulad s dobrými mravy. Pokud by právní úkon zákon obcházel nebo se jinak přičil uvedeným požadavkům, byl by od počátku absolutně neplatný. Ať už by byl nominální nebo innominální. V tom je tedy potřebné především spatřovat způsob, jak zabezpečit ochranu smyslu a účelu pracovního práva před nebezpečím nějakého dolozního chování.<sup>35</sup>

Neopominutelnou a k příliš příkré relativizaci nijak zvlášť vhodnou skutečností je ovšem poznatek, že pracovní právo aplikují především právní laici.<sup>36</sup> Mohou se vyskytovat obavy, že vydávat se na cesty, které nebyly zákonodárcem předem nejdříve náležitě proslápany (a nejlépe opatřeny i dostatečně pevným zábradlím, či dokonce zdí s ostnatým drátem) by nemuselo pro právně nevzdělaného zaměstnance být zrovna nejbezpečnější. Pracovní právo má ve své stávající koncepci

často tendence „chránit zaměstnance i tehdy, když to objektivně není potřeba“.<sup>37</sup>

Není ovšem možné pouhý nedostatek právní akademické specializace zaměřovat s právní negramotností. Nutným předpokladem jakéhokoliv právního jednání „je přece způsobilost k právním úkonům. Ta, jak známo, zahrnuje racionální a volní složku. Racionální složka spočívá v tom, že subjekt je schopen rozpoznat následky svého jednání a volní složka spočívá v tom, že je schopen toto jednání ovládat.“ Domníváme se, že v jednadvacátém století je na zaměstnance, který nebyl způsobilosti zbaven (nebo kterému nebyla tato soudem omezena) nutno nahlížet tak, že si právní i sociální následky svého jednání uvědomuje. „Není objektivně možné vycházet, byť mlčky, z předpokladu, že zaměstnanec není schopen si příslušné následky uvědomit a je tudíž třeba, aby byl, ve vlastním zájmu, před nepříznivými následky svého jednání“ moudrým státem „chráněn.“<sup>38</sup>

Že pak touto konstrukcí – že obvyčejné pracovněprávní subjekty, zejména pak zaměstnanci jako slabší a zranitelnější, budou v předem vymezených rigidních a precizně formulovaných zákonných bariérách, stanovících nejlépe i taxativní katalog povolených právních úkonů chráněni lépe než v nějaké „džungli“ účelů a obcházení zákonů, dobrých mravů a innominálních právních úkonů – je navíc obětován i jeden z nezákladnějších principů našeho právního řádu – článek 2 odst. 3 Listiny, je už potom pouze dalším argumentem v řadě důvodů posunout se v této otázce k poněkud odlišnému způsobu uvažování.

Právní jistota, jejíž zdi se mohou v očích některých „kogentněji“ uvažujících účastníků připuštěním volného rozmachu nepojmenovaných jednání mírně zachvět, případně se snad začít i pozvolna bortit, je přeci garantována právě především nezpochybnitelnou a neopominutelnou rolí Listiny základních práv a svobod a jejím důsledným respektováním v každém sebenepatrnějším aspektu právního života. Pokud bude především tato norma a z ní vyplývající důsledky náležitě dodržovány, nemusí se nikdo o stabilitu právní jistoty ani v nejmenším obávat.<sup>39</sup>

a jejich hierarchii HOLLÄNDER, P.: *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. 1. vyd. Praha: Linde, 2003, v obecnější rovině srov. i literaturu cit. v seznamu pod č. 24–28.

<sup>34</sup> GALVAS, M.: Několik úvah o smluvní svobodě a jejich projevech v pracovním právu. *Právník*, 1999, č. 4, s. 336.

<sup>35</sup> Například s rozpaky by jistě byla přijímána možnost zakládat nepojmenovaným právním úkonem (smlouvou) tak zásadní věc, jakou je *pracovní poměr*. Ten představuje klíčový institut, v jehož rámci je realizována podstata pracovněprávní ochranné regulace. Ovšem nehledě na to, že vzhledem k minimalisticky konstruovaným nutným náležitostem pracovní smlouvy (dohodnout se stačí pouze na druhu a místě výkonu práce a dni nástupu do ní – viz ustanovení § 29 odst. 1 zákoníku práce) by naprostá většina takových dohod stejně do tohoto smluvního typu „spadla“, byly by smlouvy ostatní, pakliže by se záměrně – s úmyslem obejít příslušná ochranná ustanovení účinkům jejich působení vyhýbaly, stejně vzhledem ke znění § 242 odst. 1 písm. a) absolutně – od počátku neplatné.

<sup>36</sup> Jak (ovšem v jiné souvislosti) upozorňuje např. GREGOROVÁ, Z.: K předmětu a principům pracovního práva. *Právník*, 1998, č. 4, s. 322.

<sup>37</sup> GALVAS, M.: Několik úvah o smluvní svobodě a jejich projevech v pracovním právu. *Právník*, 1999, č. 4, s. 337.

<sup>38</sup> Tamtéž, s. 338.

<sup>39</sup> Spornou otázkou, někdy posuzovanou poněkud odděleně, je také problematika smlouvy o smlouvě budoucí. Kromě ust. § 244 odst. 1 bývá často v neprospěch její přípustnosti v pracovním právu argumentováno i ustanovením § 1 odst. 2 zákoníku práce. Zřetelně viz např. Kolektiv autorů: *Zákoník práce a porušování právních předpisů*. 4. vyd. Olomouc: ANAG, 1999, s. 216. Uvedené

\* \* \*

Zajímavou se ve světle předeslané teoretické rozpolcenosti jeví také možnost sledovat při řešení tohoto problému současnou judikaturu.

Z relevantních judikátů je nutné v úvahu vzít především tři nejdůležitější – nálezy Ústavního soudu ze dne 01. 11. 1995 II. ÚS 192/95 [Sb.n.u.US Svazek – č. 5 Nález – č. 59], nálezy vydané dne 02. 07. 1996 I. ÚS 27/96 [Sb.n.u.US Svazek – č. 5 Nález – č. 59] a také rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 6. 10. 1998 2 Cdon 1280/97 [Sb.s.r. 2000, 1: 63]. Jednotný výklad ovšem uvedená soudní rozhodnutí nepřinesla, spíše naopak.

Co se týče nálezů Ústavního soudu, zatímco v nálezu II. 192/95 se zdůrazňuje co nejširší uplatnění smluvního principu i v pracovním právu a stírají se rozdíly mezi právem občanským a pracovním, ve druhém nálezu I. 27/96 je jasně konstatována kogentnost pracovníprávní úpravy a nepřipustnost záměny pracovníprávní a občanskoprávní úpravy. *Kogentní koncepce* je obhajována i uvedeným rozsudkem Nejvyššího soudu.

V odborné literatuře se objevují různé způsoby, jak se s takovou situací vypořádat. Logicky jedním z nich je *přístup akceptující jeden ze směrů*, kterým se judikatura vydala, jako správný, a názor opačně orientovaný je potom naopak předmětem kritiky.<sup>40</sup>

Objevil se ovšem i názor volající po jistém *kompromisním řešení*: „Obě uvedená stanoviska (*mysleno dva výše uvedené nálezy Ústavního soudu – pozn. autorů*) jsou příliš jednostranná. Podle mého názoru je třeba řešit tento specifický problém našeho právního řádu určitým kompromisním přístupem do té doby, než jej vyřeší nová právní úprava.“<sup>41</sup>

Hledání střední umírněné cesty je velmi často tou pravou metodou, jak dospět k nejpříjemnějšímu řešení. Pravda se vskutku často skrývá „někde uprostřed.“ Otázkou ovšem zůstává, zda je možné jakékoliv kompromisy činit v otázce tak zásadní, jakou je čl. 2 odst. 3 Listiny. Stanovisko, které považuje toto pravidlo za nepochybnitelné a neoddiskutovatelné výchozí princip soukromého práva může sice působit poněkud jednostranným dojmem, nemyslíme si však, že by to bylo k neprospěchu věci. Smluvní svoboda může být omezoována různě široce formulovanými kogentními normami, různě svazujícími omezeními či zákazy; *jako základní zásada musí ale působit nekompromisně.*

Specifičnost pracovníprávní úpravy spočívá především ve specifičnosti její funkce, ve významu vztahů, které upravuje. Ochrana a péči, kterou poskytuje adresátům svého nepostradatelného působení zajistí jistě dostatečně, prostředků k tomu existuje dost. Ve vztahu k Listině je ale standardním článkem našeho práv-

ustanovení § 1 odst. 2 stanoví, že „pracovníprávní vztahy vznikají nejdříve od uzavření pracovní smlouvy, dohody o provedení práce nebo dohody o pracovní činnosti, a zakládá-li se pracovní poměr zaměstnance volbou nebo jmenováním, nejdříve od jeho zvolení nebo jmenování.“ Toto ustanovení ovšem žádnou *skutečnou překážku pacta de contrahendo* není. Závazek uzavřít někdy v budoucnu určitou pracovní smlouvu není vůbec nutné považovat za pracovníprávní (zvláště vzhledem k důsledkům takového postupu, nutnosti ústavně konformního výkladu a působení již nespočetkrát citovaného čl. 2 odst. 3 Listiny). Takový závazek je součástí obecného soukromoprávního vztahu. Pod režim pracovníprávních předpisů spadá až příslušná budoucí dohoda – ta, která založí skutečně *pracovníprávní vztahy*, které má ustanovení § 1 odst. 2 zákoníku práce na mysli.

S nezbytností takto pojatého širšího soukromoprávního kontextu při nazírání pracovníprávních vztahů souvisí i otázka používání institutů pocházejících z jiných právních odvětví, typicky např. smluvní pokuty jako institutu práva občanského (i obchodního). Ohledně přípustnosti jejich užití se objevují některá odmítavá stanoviska – viz např. Píchová, I.: *Innominátní smlouvy v pracovním právu. Právo a zaměstnání*, 1999, č. 9, s. 11: „Nelze připustit, aby si pracovní právo vypořádalo ve smlouvách, a to např. i ve smlouvě pracovní, instituty občanského či obchodního práva. Mimo jiné i proto, že zákoník práce neobsahuje žádné ustanovení podobné ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku o použitelnosti předpisů občanského práva. To je ovšem stanovisko rozporuplné. Bud' připustíme smluvní svobodu (ať už v jakékoliv míře, důležité je ale, že jako pravidlo), a tedy nemůžeme požadovat nějaké výslovné zákonné připuštění používání těch či oněch institutů a zakazovat nějaká ujednání jen proto, že mají tu smůlu, že jsou upravena i jiným právním odvětvím, anebo svobodu nepřipustíme a přikloníme se ke kogentní koncepci, ve které absence takového připuštění bude jistě dostatečným argumentem. Není jediný (ať už formální či materiální) důvod pro obecný zákaz smluvní pokuty v pracovním právu. Bude-li sjednána v souladu se zákonem, zejména s ohledem na požadavky ustanovení § 242 odst. 1 písm a) a ustanovení § 7 odst. 2 zákoníku práce, proč by měla být nezákonná? Jakou souvislost má to, že je i institutem občanského práva? Bude-li v rozporu se zásadami pracovního práva nepřiměřeně (v závislosti na konkrétní smlouvě a relevantních protizávazcích druhé strany) tvrdá, bude od počátku neplatná. Ochrana zaměstnance bude zajištěna vždy. Není ale kvůli ní zapotřebí vylučovat smluvní pokutu *a priori*, když je navíc použitelná např. i ve prospěch zaměstnance. „Promíchávání“ institutů pracovního práva a jiných odvětví ve smlouvách (v tomto případě manažerských) nevylučuje ani KALENSKÁ, M.: *Manažerská smlouva v českém právu. Bulletin advokacie*, 1999, č. 5, s. 6–21.

<sup>40</sup> Viz např. TELEČ, I.: *Jak chránit zaměstnavatele před zaměstnanci? In Ve službách práva. Sborník příspěvků k 10. výročí založení pobočky nakladatelství C. H. Beck v Praze*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 230: „Doktrinálně – a s ohledem na přirozenoprávní normativní základy českého právního řádu též právně dogmaticky – nelze souhlasit s právním názorem, který vyplývá z nálezů Ústavního soudu č. 59/1996 Sb. nález a usn., sv. 5 (nálezy I. ÚS 27/96 – pozn. autorů), a který opeň o ústavně již překonanou pracovníprávní doktrínu, brání odpovědně svobodným projevům lidské vůle, doznávajícím podobu atypových smluv v pracovníprávní oblasti českého soukromého práva, aniž by k tomu shledal dostatečně ospravedlnitelný důvod. Ústavní soud totiž vyložil ustanovení § 244 odst. 1 ZPr nepoužitelným doktrinálním způsobem, který není ústavně konformní přinejmenším již od roku 1991, neboť nebere v potaz svobodnou vůli stran. (...) Právně názorově odlišně přitom viz starší nálezy Ústavního soudu č. 73/1995 Sb. nález a usn., sv. 4 (nálezy II. ÚS 192/95), (...) jímž Ústavní soud naopak dbal normativně vyšších ustanovení č. 2 odst. 3 Listiny a čl. 2 odst. 4 Ústavy.“

<sup>41</sup> PÍCHOVÁ, I.: *Innominátní smlouvy v pracovním právu. Právo a zaměstnání*, 1999, č. 9, s. 10.



ního systému a její „prozařování“<sup>42</sup> do jednotlivých předpisů nemůže zastavit ani „clona kogentního uvažování“.

## ZÁVĚR

Konstatovali-li jsme v úvodu tohoto textu, že v porovnání s úpravou innominátů v jiných odvětvích soukromého práva je ve *výslovně normativní rovině* „v pracovním právu situace jiná“, lze nyní s ohledem na provedený rozbor bez nadsázky říci, že *v rovině právní* je situace ve srovnání s ostatními odvětvími ve skutečnosti úplně stejná. Nepojmenované právní úkony jsou v pracovním právu obecně stejně přípustné a dovolené jako v kterémkoliv odvětví jiném. Že se

vzhledem k výrazněji diferencovanému ekonomickému postavení subjektů asi častěji než jinde bude uplatňovat některý ze zákonných korektivů jako je rozpor s dobrými mravy, obcházení zákona či nesoulad s jeho účelem je již otázka jiná.

Pokud bychom měli poukázat na některé klíčové momenty při řešení této v *teorii* i soudní *praxi* nejednoznačně nahlížené problematiky, jako nejzákladnější bychom zřejmě označili v textu také na mnoha místech připomínaný a nezřídka zdůrazňovaný *obligatorní ústavněprávní kontext při interpretaci* a aplikaci právních norem. Za poněkud neuspokojivé zjištění pak v tomto ohledu považujeme skutečnost, že opomíjení jeho náležitého významu přichází i z míst, ze kterých by to vzhledem k jejich významu a právním řádem stanovené roli mohlo být očekáváno nejméně.

<sup>42</sup> Pojem v judikatuře Ústavního soudu již pevně zabydlený, viz např. nálezy III. ÚS 4/97, III. ÚS 139/98, I. ÚS 315/99, II. ÚS 523/02 a další.

## Využití mobilního telefonu v trestním řízení

Jan ChochoLATý\*

V současné době nevídaného technického rozvoje je mobilní telefon již natolik všední věcí, že málokdo si dovede představit život bez této nepatrné pomůcky. Není proto divu, že i osoby dopouštějící se trestné činnosti, a to i té nejzávažnější mohou mobilního telefonu pro své nekalé aktivity využívat. Z toho pak nutně pramení skutečnost, že orgány činné v trestním řízení musejí přistoupit k vyhodnocování poznatků, které je možno prostřednictvím mobilního telefonu získat.<sup>1</sup> Při tomto postupu si však musíme uvědomit systém fungování mobilního telefonu, jeho využití, charakter dopravovaných zpráv a zejména co chceme jeho prostřednictvím zjistit.<sup>2</sup> Právě na tyto otázky a procesně konformní postupy se tato práce zaměřuje.

Mobilní telefon jako takový, může být samozřejmě použit jako věcný důkaz (§ 112 odst. 1 tr. řádu), a to zejména při vyšetřování klasické majetkové kriminality, zejména krádeží a loupeží. V tomto ohledu nebývá ohledně zásahů do Základních lidských práv a svobod téměř žádný problém, neboť se OČTŘ za-

měřují zejména na individuální identifikaci toho konkrétního mobilu. Je nepochybně v zájmu poškozeného, aby mu policie mobil nalezla a následně vrátila, případně aby ustanovila pachatele a na něm pak mohl následně vymáhat náhradu škody jak v adhezním, tak i klasickém civilním řízení. Individuální identifikace mobilního telefonu znamená v drtivé většině případů jeho popis (výrobce, typ, barva, doplňky, vlastní výzdoba, charakteristické vlastnosti, rysy poškození povrchu apod.), dále pak zjištění výrobního čísla. To jsou všechno informace, které do žádných ústavně garantovaných práv nezasahují a navíc je poškozený vždy sdělí. Je možná na škodu, že v ČR se k hledání mobilních telefonů, které byly odcizeny oprávněnému uživateli, nepoužívá zjišťování údajů o realizovaném telekomunikačním provozu podle § 88a tr. řádu, nebo postupem dle § 158d tr. řádu. V prvním případě lze postupovat dle § 88a odst. 2 tr. řádu, takže není zapotřebí soudní příkaz. Tato situace je možná vyvolána současnými vlnami odporu proti odposlechům a zázna-

\* JUDr. Jan ChochoLATý, Krajský soud Ústí nad Labem

<sup>1</sup> Například MUSIL, J., Použití operativní techniky k důkazním účelům (zahraníční srovnání), *Trestní právo* č. 4/99, str. 23 a násl., spolu s pokračováním v následném čísle jmenovaného časopisu.

<sup>2</sup> SOUČEK, J., ŠKRABALOVÁ, A., Odposlech a záznam telekomunikačního provozu z pohledu de lege lata i de lege ferenda, *Trestní právo* č. 4/2002, str. 2 a násl.

mům, kdy zejména politické špičky pranýřují trestní řízení a v tomto ohledu obviňují Policii ČR ze zneužívání těchto procesních institutů<sup>3</sup>. Dalším, dle mého názoru daleko závažnějším problémem, je zásah do telekomunikačního tajemství, které je chráněno čl. 13 Listiny. Telekomunikační zákon<sup>4</sup> totiž nerozlišuje, jak jsem však jednou shora uvedl, oprávněného uživatele, od neoprávněného. Oprávněným by se samozřejmě rozuměl ten, kdo řádně mobilního telefonu nabyl a je tudíž bez jakýchkoliv pochybností oprávněn jej plně využívat. Tím neoprávněným uživatelem by byl ten, kdo jej získal trestnou činností. Zdálo by se, že problém lze snadno vyřešit nevelkou změnou citovaného zákona, která by tyto dva uživatele od sebe rozlišila a poskytla jim odpovídající právní ochranu. Nic však není černé ani bílé, a tak se nám zde objevuje třetí skupina osob, a to jsou ti, kdo si mobilní telefon od někoho, či v nějakém obchodě koupí. Může se docela dobře (a také tomu v mnoha případech tak je) jednat o mobil kradený, o čemž však tento nabyvatel neví. Tomuto nabyvateli, však na rozdíl od neoprávněného uživatele, svědčí dobrá víra, se kterou tento mobilní telefon zakoupil. Nemůžeme proto pouze s odkazem na svolení oprávněného uživatele bez jakéhokoliv důvodu zasahovat do jeho práva na ochranu telekomunikačního tajemství. Pokud bychom toto připustili, porušovali bychom závažným způsobem zásadu minimalizace zásahů do lidských práv a dále bychom narušili i zásadu proporcionality. Tyto zásady, které patří mezi základní zásady celého trestního řízení je nutno bezpodmínečně dbát. V nejdůležitějších případech se nám objevují i v konkrétních ustanoveních trestního řádu (např. § 68 odst. 2 tr. řádu, § 88 odst. 1 tr. řádu a jiné), kde výrazným způsobem limitují použití jednotlivých institutů. Nalézt tedy rovnováhu mezi únosným zásahem do práv nabyvatele v dobré víře a původním oprávněným uživatelem je značně složité.

Lepší by dle mého názoru bylo monitorování pohybu tohoto (odcizeného) mobilního telefonu za využití operativně pátracích prostředků podle § 158d odst. 2 tr. řádu. Těmito zásahy nedochází k narušování práv konstatovaných v odst. 3 citovaného ustanovení. Stejně jako v případě § 88a tr. řádu lze s odkazem na odst. 3 § 158d tr. řádu nahradit souhlas soudce souhlasem oprávněné osoby. Využitím tohoto operativně pátracího prostředku nedojde, na rozdíl od postupu dle § 88a tr. řádu k porušování telekomunikačního tajemství takové intenzity. Například nebudou vůbec

zjišťovány informace o hovorech, SMS a jiných, veškeré sledování se omezí toliko na sledování základových stanic, tedy těch, které signál přenášely. Policie ČR vlastní výkonný systém, který dokáže určit místo telefonátu s velkou přesností. Jediným problémem by tak zůstal spor o vlastnictví nalezeného mobilního telefonu (měla – li by ho třetí osoba, která jej nabyla v dobré víře), což však není problémem trestního práva.

Daleko častějším jevem je získávání informací ze zajištěného mobilního telefonu, který užívala osoba obviněná z trestného činu. Jak jsem již shora naznačil, mobilní telefon je zvláštní věc, při jejímž využití je z hlediska trestního práva nutno postupovat velice obezřetně. Jakékoliv informace obsažené v mobilním telefonu, či na SIM kartě, podléhají telekomunikačnímu tajemství.<sup>5</sup> Jako takové je není možno nikterak, bez řádného procesního postupu, či souhlasu uživatele zajistit, ani následně v rámci dokazování použít. V zájmu postupu ve věci je mnohdy důležité ustanovit spolupachatele trestného činu, což občas není možné jinak, než zjištěním obsahu SMS zpráv, event. Výpisu z volání, jak aktivního, tak pasivního.

Vlastní postup před započítáním získávání takových informací, je závislý na včasné zajištění mobilního telefonu. Kriminalistické expertízy sice dokáží „oživit“ údaje již smazané, ale nedokáží nahradit zničenou SIM kartu, či jiná zařízení v mobilním telefonu. Proto je třeba jednat rychle a pokud obviněný nevyhoví výzvě k vydání věci podle § 78 odst. 1 tr. řádu, je na místě jediný možný postup, a to odnětí věci důležité pro trestní řízení postupem popsáním v § 79 odst. 1 tr. řádu. O všech těchto úkonech je naprosto nezbytné sepsat protokol, neboť v pozdější fázi řízení bychom se mohli dostat do situace, kdy bychom mohli být ze strany obhajoby napadeni z nezákonného obstarání mobilního telefonu obviněného. Následky jsou vzhledem k dikci § 2 odst. 4, odst. 5 tr. řádu zjevné. Mobilní telefon by měl být odebrán vypnutý. V této fázi mohou nastat dvě rozličné situace. Obviněný může souhlasit, aby policie potřebné údaje z jeho mobilního telefonu získala, pak půjde o aplikaci § 88a odst. 2 tr. řádu a není třeba dalších příkazů soudce. Pokud však tento souhlas dán není, je třeba s jakýmkoliv machinacemi počkat na uvedený souhlas. Informace, které by byly získány přede dnem, kdy byl souhlas vydán, jedná se o nepoužitelné informace, neboť byly získány v rozporu se zákonem. Z preventivních důvodů by taková žádost adresovaná soudu měla obsahovat den a hodinu, od

<sup>3</sup> Dle mého názoru však obava z nadužívání, anebo dokonce zneužívání odposlechů, je naprosto zbytečná. Tyto názory jsou živě nepodloženými informacemi, když politici a jim podobní kritici argumentují pouze konečnými součty povolení a odposlouchávaných, či jinak sledovaných telefonních čísel. Musíme si uvědomit, že mnoho lidí vlastní více než jeden mobilní telefon, např. drogoví dealeri i několik desítek. Sám ze své praxe vím, že v případě organizovaného zločinu, drogových deliktů, či v poslední době aktuálního problému korupce ve fotbale, je u jedné osoby odposloucháváno více telefonů. Za nejkřiklavější případ považuji nejmenovaného překupníka drog, který vlastní 11 mobilních telefonů a na všechny byl nařízen odposlech a záznam dle § 88 odst. 1 a § 88a odst. 1 tr. řádu. O tom, jak zkresené jsou výsledné počty není třeba s poukazem na tento případ pochybovat.

<sup>4</sup> Zákon č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>5</sup> Viz § 84 odst. 3 zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích. Jednotlivé pojmy jsou blíže vysvětleny v prováděcí vyhlášce MV ČR č. 191/2000 Sb., ve znění vyhlášky MV ČR č. 444/2002 Sb., konkrétně v ustanovení § 3.

kteřé se mohou informace zjiřřovat a vymezení konce takové doby, kteřá bude s největří pravděpodobností shodnř s řasem vydřnř (odejmutř ) mobilnřho telefonu. Pro nřř přřpad je nutnř, aby soudce oznařil přesnř den, kdy přřkaz vydal. V přřpadě dobrovolnřho vydřnř mobilnřch telefonů postupujř policejnř orgřny přř sepiřřovřnř protokolu standartnř, coř znamená, ře zaznamenřvřj přesnř datum, hodinu i minutu, kdy dořlo k uvedenřmu řkonu.

Obrovskřm opomenutřm je ponechat mobilnř telefon, kteřý byl odebrřn, zapnutř a sledovat, kdo dotyřnřmu volř, ři jakř mu chodř SMS zpřřvy. Takovř postup je nutno dřraznř odmřtnout. Tyto přřchodř řdaje, kteřé umořňujř zjistit řdaje o probřhřjícím, ři probřhřlřm telekomunikařnřm provozu jednoznařnř podlřhřjř telekomunikařnřmu tajemstvř<sup>6</sup>, a jak neustřle opakujř, lze do tohoto přřva zasřhnout pouze přř splnřnř přřsnřch zřkonnřch podmřnek. Bohuřel, i s takovřm přřstupem jsem se v přřxi setkal.

Pomocř řdajř o realizovanřm telekomunikařnřm provozu mřřžeme rovněř přřtrat i po mřřstech, kde se v urřitou dobu podezřelř pohybovat. Toto mřř ohromnř vřznam přř prověřovřnř vřpovřdř jednotlivřch osob a pomřře nřm vylouřit jednotlivce z okruhu podezřelřch, anebo je usvřdit ze lži. Postařř nřm znřt telefonř řslo, nebo IMEI mobilnřho telefonu. Provozovatelř jednotlivřch mobilnřch operřtorů jsou na zřkladě přřkazu soudu povinnř sdřlit, kteřř zřkladovř stanice přřjřmala odchodř hovor a kteřř jej jako přřchodř zprostředkovala volanřmu. Pomocř speciřlnřho programu se s velikou přesnostř mřřžeme lokalizovat mřřsto, kde se uřivatel mobilnřho telefonu v tř konkrřtnř době nachřzel. Mořnř je vřak i opařnř postup. Mřřme-li podezřenř, ře v mřřstě, kde dořlo ke spřchřnřnř trestnřho řinu mohl břt pouřřvřnř mobilnř telefon, lze pořřdat soud o vydřnř přřkazu ke sdřlenř informacř o telekomunikařnřm provozu v tř konkrřtnř oblasti a v tom konkrřtnřm řasovřm obdobř. Zde dostaneme IMEI a telefonř řslo, kteřř se v daně lokalitě (zpřřvidla v oblasti jedně, ař dvou buněk) řčastnila jakěhokoliv komunikařnřho spojenř. Tato metoda je rovněř velice přesnř, policie ignoruje vřechna spojenř, kteřř dle jejich poznatkř nemajř s trestnou řinnostř nic spoleřnřho a zbylě řdaje zaãne dřkladnřj prověřovat. Potě mřřžeme nřsledovat dalř přřkaz, jehoř obsahem bude, aby operřtor sdřlil, komu konkrřtnř telefonř řslo patřř. Zde je problēm, protoře pokud přřjde o systřmy Eurotel GO, ři Twist, nejsou tato řslo nikde registrovřna a operřtor je zkrřtka nemř.

Jsmě-li v situaci, kdy nemřme mořnost zjistit řčastnřka, kteřý uřivř shora uvedeně systřmy na dobřřecř karty, mřřžeme zkusit vyuřit postupu buď dle ř 88 odst. 1 tr. řřdu, nebo dle ř 158d odst. 2, eventuřlně i odst. 3 tr. řřdu. Odposlechem telekomunikařnřho provozu se sice mřřžeme dozvřdět něco o kontaktech nřm zatřm neznřmř osoby, ale k jejř identitě toho moc

nezjistřme. Touto metodou, jeřř omezenř je poměrně striktnř a třkř se pouze trestnřch řinř vřjmenovanřch v ř 88 odst. 1 tr. řřdu, mřřžeme ustanovit ostatnř osoby, kteřé dotyřnřmu volajř. Ty mřřžeme zkusit vyslechnout a mřřže se nřm podařit zjistit jměno neznřmřho uřivatele i touto cestou. Střvř se vřak, a je to i v přřxi řastějřř, ře jměno adresu i informace o pouřřivanřm telefonu mřřme, ale dotyřnř se skrřvř na neznřmřm mřřstě a jistě vř, přřã přřd policiř utřkř. Jsou – li nřm uvedeně řdaje znřmř a jsou splnřny i podmřnky stanoveně ř 158b odst. 2 tr. řřdu, mřřžeme zkusit operativně přřtracř prostředek, kteřřm je v tomto přřpadě sledovřnř vřci. Sřm se zde přřmlouvřm, aby v takovřch přřpadech bylo postupovřno podle ř 158 odst. 3 tr. řřdu a nikoliv pouze dle odst. 2 citovaněho ustanovenř, jak se obãas střvř, protoře telekomunikařnř tajemstvř je subkapitolou řstavnř chrřnřnř svobody třkajřcř se listovnřho tajemstvř (řl. 13 Listiny). Z dikce ř 158d odst. 3 tr. řřdu je jasně, ře zpřřsobem, kdy zasahujeme do telekomunikařnřho tajemstvř, naruřujeme uvedeně zřkladnř přřvo a tudřř nutnř potřřebujeme přřdchodř souhlas soudce. Bez tohoto povolenř, nesmřme sledovřnř zahřjit (ř 158d odst. 5 tr. řřdu, na rozdřl od postupu dle ř 158d odst. 2 tr. řřdu). Nřznaãenřm operativně přřtracřm prostředkem mřřžeme monitorovat pomocř zřkladovřch buněk pohyb podezřelě osoby a nřsledně uãinit opatřenř k jeho zajiřtěnř, event. zatãenř.

Dalřm problēmem je, jak sprřvně zajistit obsah tzv. hlasově schrřnky mobilnřho telefonu. Zde si musřme uvědomit, jakř charakter tato zpřřva mřř. Na rozdřl od tohoto zřznamu SMS nemřř zvukovř zřznam a SMS lze zjistit postupem dle ř 88a odst. 1 tr. řřdu. Hlasovř schrřnka vřak obsahuje zvukovř zřznam, kteřý jinř osoba chtěla sdřlit, ale protoře nebyl volanř k dispozici, byla mu zanechřna tato zpřřva, kteřou si mřřžeme pozdějř vyzvednout. Na zjiřtěnř obsahu hlasově schrřnky bych doporuãil jednoznaãnř vyuřit ustanovenř ř 88 tr. řřdu, protoře třm, ře zavolřme na střředisiko zajiřřujřcř tuto sluřbu, vstupujeme svřm zpřřsobem do komunikace, i kdyř jednocestně (nemřřžeme hovořit – hlasovř schrřnka nřm na dotazy stejně neodpovř – pouze sdřlř nahranř obsah) . Volajřcř vřak nevř, ře informaci bude slyřet někdo jinř, neř volanř. Je to svřm zpřřsobem opěť zřsah do telekomunikařnřho tajemstvř.

Modernř trendy mobilnřch telefonů jdou neustřle kupředu a v poslednř době se objevujř, zejměna u mladřřch roãnřkř, mobilnř telefony umořňujřcř pořřizovřnř fotografiř. Zde je nutno podotknout, ře fotografie ulořeně v mobilnřm telefonu mřřže břt rovněř potřřeba v rřmci trestnřho řřzenř vyhodnotit a zjistit, zda neobsahujř poznatky dřležitě pro trestnř řřzenř. Jejich řstavnřpřavnř režim podlřhř jako listovnř tajemstvř ochraně garantovaně řl. 13 Listiny. Nřdto musřme chrřnit přřva majitele takovřch fotografiř i dle

<sup>6</sup> IV. řS 536/2000 ze dne 13. 2. 2001.

§ 12 Občanského zákoníku. Pro účely trestního řízení je však možno i takové informace shromažďovat a proložit tak tuto ústavní ochranu. V současném znění trestního řádu nenalezneme žádné výslovné ustanovení, jak v případě získání fotografií z mobilního telefonu postupovat. Domnívám se, že z opatrnosti bychom měli postupovat dle § 88a odst. 1 tr. řádu a po předchozím souhlasu soudce tyto fotky vyvolat a zachytit. Odposlech telekomunikačního zařízení dle § 88 odst. 1 tr. řádu v tomto případě pojmově není realizovatelný a povahou nejbližší ustanovení je právě § 88a tr. řádu. Ten se mimo jiné vztahuje i na ochranu osobních dat, která sice v kontextu telekomunikací mají trochu odlišný význam, nicméně analogie je v trestním řádu za těchto okolností přípustná. Obdobným způsobem se před novelou trestního řádu č. 265/2001 Sb., postupovalo při získávání záznamů o realizovaném telekomunikačním provozu, jak je patrné z několika známých nálezů Ústavního soudu ČR.

Jak je z předešlého výkladu patrné, mobilní telefon je neobyčejně důležitým zdrojem informací pro trestní řízení. S ohledem na zvláštní povahu této každodenní a pro někoho nezbytné pomůcky, se při jejich získávání musíme pečlivě soustředit na protínající se různé právní úpravy telekomunikačních tajemství, tajemství dopravovaných zpráv a již zmíněné fotografie mající povahu soukromých záznamů. S ohledem na tato ústavně garantovaná práva je nutné bezpodmínečně dbát všech ustanovení trestního řádu, které nejrůznější možnosti postupu v konkrétních případech popisují a raději udělat více, než méně. O důkazy takto získané, lze při jejich správném procesním zajištění a provedení, opřít usvědčení nebezpečných pachatelů, zvláště za situace, kdy proti nim nemáme jiné kvalitní důkazy. Opačný postup naopak znamená nepoužitelnost takto získaných informací, nejčastěji pro rozpor se zákonem, což nás může v průběhu dokazování dostat do důkazní nouze a následnému zproštění pachatele viny.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Podrobněji NOVOTNÁ, J., K některým otázkám dokazování odposlechem a záznamem telekomunikačního provozu, Trestněprávní revue č. 10/2003.

## Kompetence ve vyhlásování památných stromů po novele zákona o ochraně přírody a krajiny

Jaroslav Knotek\*

Novela zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákona o ochraně přírody), přijatá jako zákon č. 218/2004 Sb. s účinností ode dne 28. 4. 2004 přinesla mimo jiné i změny do kompetenčních ustanovení, které se dotýkají vyhlásování památných stromů.<sup>1</sup> Nejedná se ovšem o změny, které by byly patrné na první pohled. Spíše jde o změny vyplývající z ustanovení řešících primárně jiné otázky.

Jaká je tedy stávající situace ve vyhlásování památných stromů? Působnost ve vyhlásování památných stromů zůstala nadále zachována pro obvod jejich územní působnosti Správám národních parků a chráněných krajinných oblastí (dále jen Správy NP

a CHKO). Stejně tak zůstala působnost ve vyhlásování památných stromů zachována i pověřeným obecním úřadům (dále jen OÚ pověřené obce).<sup>2</sup> Jejich územní působnost se však na základě současného znění § 76 odst. 3 zákona o ochraně přírody reálně zmenšila. Mimo jejich působnost se totiž vedle již uvedeného území NP, CHKO a jejich ochranných pásem, dostalo nově i území národních přírodních rezervací (NPR), národních přírodních památek (NPP), přírodních rezervací (PR), přírodních památek (PP) a jejich ochranných pásem (OP). Zatímco na území NPR, NPP, PR a PP (včetně jejich ochranných pásem) ležících na území NP a CHKO se vztahuje samozřejmě působnost příslušných Správ NP a CHKO, v případě ostatních malo-

\* Mgr. Jaroslav Knotek, odbor životního prostředí a zemědělství Jihomoravského kraje

<sup>1</sup> Blíže k právní úpravě památných stromů viz např. PEKÁREK, M., a kol.: Zákon o ochraně přírody a krajiny a předpisy související komentované znění, Masarykova univerzita v Brně, Brno 2000, str. 122–127; ÚRADNÍČEK, L.: Legislativní ochrana dřevin, Veronica č. 1/2003, ročník XVII., str. 2–3; DAHOMORSKÝ, M., a kol.: Právo životního prostředí, C. H. Beck, Praha 2003, str. 325; KOLAŘÍK, J., a kol.: Péče o dřeviny rostoucí mimo les – I. díl, Český svaz ochránců přírody, Vlašim 2003, str. 251–261.

<sup>2</sup> PEKÁREK, M., a kol.: Právo životního prostředí – II. díl, Masarykova univerzita v Brně, Brno 1998, str. 176–181.

plošně zvláště chráněných území je situace jiná. Na základě tzv. zbytkové působnosti podle § 77 odst. 3 zákona o ochraně přírody totiž spadá vyhlášení památných stromů ve výše uvedených zvláště chráněných územích a jejich ochranných pásmech (tj. v maloplošných zvláště chráněných územích nacházejících se mimo území NP, CHKO a jejich ochranných pásem) do kompetence obecních úřadů obcí s rozšířenou působností (dále jen OÚ obce s rozšířenou působností). Vyhlášení památných stromů se tak ve výše uvedených územích dostalo nově do působnosti OÚ obce s rozšířenou působností. Pokud by tedy mělo dojít k vyhlášení památného stromu v jakémkoli maloplošném zvláště chráněném území, které se nachází mimo kompetenci Správy NP nebo CHKO, bude k vydání příslušného rozhodnutí oprávněn OÚ obce s rozšířenou působností a nikoliv OÚ pověřené obce. V případě, kdy je pověřená obec současně obcí s rozšířenou působností, tak musí být z výroku rozhodnutí patrné, že příslušný orgán ochrany přírody rozhoduje jako OÚ obce s rozšířenou působností a nikoliv jako doposud OÚ pověřené obce.

Výše uvedená změna ale není jedinou novinkou v této oblasti. Novela zákona o ochraně přírody mimo jiné také rozšířila počet orgánů ochrany přírody o další dva. Na základě znění § 78a zákona o ochraně přírody se tak s působností na území vojenských újezdů zařadily mezi orgány ochrany přírody nově újezdní úřady a Ministerstvo obrany.<sup>3</sup> V § 78a odst. 1 zákona o ochraně přírody sice není přímo uvedeno, že výše uvedené orgány vykonávají na území vojenských újezdů také působnost obecních úřadů pověřených obcí, přesto tato skutečnost z výše uvedeného znění zákona o ochraně přírody jednoznačně vyplývá.<sup>4</sup> S ohledem na uvedení celého § 76 v případě odkazu na rozsah působnosti obecních úřadů a nikoliv jen jeho prvního odstavce, lze totiž dovodit, že na území vojenských újezdů patří do kompetence nových orgánů ochrany přírody i státní správa v rozsahu působnosti OÚ pověřených obcí. Podle vymezení jednotlivých kompetencí mezi újezdními úřady a Ministerstvem obrany ve stejném ustanovení zákona o ochraně přírody přitom spadá působnost ve vyhlášení památných stro-

mů na území vojenských újezdů do působnosti újezdních úřadů. Újezdní úřady tak rozšířily současný počet orgánů ochrany přírody, v jejichž kompetenci je vyhlášení památných stromů, na čtyři.

Pro větší přehlednost je působnost jednotlivých orgánů ochrany přírody ve vyhlášení památných stromů spolu s vymezením území, na které se tato jejich působnost vztahuje, uvedena v tabulce, kde je současně i odkaz na příslušná kompetenční ustanovení zákona o ochraně přírody.

S ohledem na výše uvedené tedy můžeme shrnout, že poslední novela zákona o ochraně přírody rozšířila nepřímo počet orgánů ochrany přírody oprávněných k vyhlášení památných stromů na dvojnásobek, tj. ze dvou na čtyři. Přestože účel ustanovení § 76 odst. 3 zákona o ochraně přírody omezujícího působnost obecních úřadů pověřených obcí je jistě pochopitelný, otázkou zůstává, jaký má celé opatření smysl, přesouvají-li se kompetence pouze na OÚ obce s rozšířenou působností. Vhodnější by jistě bylo přesunout tuto kompetenci na orgány ochrany přírody, v jejichž působnosti je péče o příslušná zvláště chráněná území. Některé z kompetencí OÚ pověřené obce sice nebudou OÚ obce s rozšířenou působností na území NPR, NPP, PR, PP a jejich ochranných pásem reálně vykonávat,<sup>5</sup> ale k vyhlášení památných stromů ve zvláště chráněných územích dochází a bude pravděpodobně docházet, byť výjimečně, i v budoucnu (včetně s tím spojené povinnosti podílet se na vytváření ústředního seznamu ochrany přírody).

Na úplný závěr lze uvést, že nepřehledný stav v oblasti působnosti jednotlivých orgánů ochrany přírody se netýká pouze působnosti ve vyhlášení památných stromů. Současné znění zákona o ochraně přírody je totiž celkově značně nepřehledné a vyznat se ve vzájemně se často překrývajících působnostech jednotlivých orgánů ochrany přírody, jejichž počet mimochodem vzrostl už na devět, je úkol nelehký pro samotné pracovníky orgánů ochrany přírody, natož pro „normální“ občany.<sup>6</sup> Z těchto důvodů se mi proto jako vhodné slovní vyjádření stávající situace v působnosti orgánů ochrany přírody jeví užít názvu jedné z knih J. Verna – *Zmatek nad zmatek*.

<sup>3</sup> K výše uvedenému rozšíření došlo na základě požadavku resortu Ministerstva obrany, aby ve vojenských újezdech vykonávaly funkci speciálních úřadů ochrany přírody Ministerstvo obrany a újezdní řady (obdobně je tomu např. i v zákoně č. 254/2001 Sb., o vodách a o změně některých zákonů (vodní zákon), ve znění pozdějších předpisů). Důvodová zpráva k zákonu č. 218/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>4</sup> Vymezení pojmu vojenský újezd a stanovení hranic stávajících vojenských újezdů upravuje zákon č. 222/1999 Sb., o zajišťování obrany České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>5</sup> Tj. registrace významných krajinných prvků, vydávání závazných stanovisek k zásahům do registrovaných významných krajinných prvků a vydávání souhlasu ke zřizování nebo rušení cest.

<sup>6</sup> K možnostem budoucího vývoje uspořádání a vztahy mezi orgány ochrany přírody viz PELC, F.: Jak dál v institucionální transformaci ochrany přírody a krajiny v České republice, Sborník příspěvků z konference Tvář naší země – krajina domova, Svazek 5 – Ochrana krajiny, Studio JB, Lomnice nad Popelkou 2002, str. 57–62.

Tabulka: Kompetence ve vyhlásování památných stromů podle zákona o ochraně přírody (ZoOPK).

<i>Kompetence ve vyhlásování památných stromů</i>		
<b>Území, na kterém se nachází strom navržený za památný</b>	<b>Příslušný orgán ochrany přírody</b>	<b>Právní zakotvení v ZoOPK</b>
Národní park (včetně OP)	Správa NP	§ 78 odst. 1
Chráněná krajinná oblast (včetně OP)	Správa CHKO	§ 78 odst. 1
NPR, NPP, PR a PP ve VZCHÚ a jeho OP	Správa NP nebo CHKO	§ 78 odst. 1
NPR, NPP, PR a PP mimo VZCHÚ a jeho OP	Obecní úřad OSRP	§ 77 odst. 3
Vojenský újezd	Újezdní úřad	§ 78a odst. 1
Zbylé území státu	Obecní úřady PO	§ 76 odst. 2 písm. b)

Pozn: VZCHÚ – velkoplošné zvláště chráněné území (tj. NP nebo CHKO)  
OSRP – obec s rozšířenou působností

## Hranice trestní odpovědnosti

Milana Hrušáková\*, Eva Žatecká\*\*

Kriminalita dětí a mládeže je celospolečenským problémem, který v rámci vývoje naší společnosti postupně mírně narůstá. V reakci na tlak médií, jež nás poslední dobou (patrně z nedostatku jiných drastických témat) neustále informují o kriminalitě mládeže a zejména dětí pod 15 let, se však tento celosvětový fenomén jeví nutno řešit radikálně a bezodkladně. Často tak můžeme být svědky unáhlených politických prohlášení, jež navrhuji řadu koncepcí, bez patričné rozvážení a prodiskutování s odborníky. Již delší dobu se tak rovněž řeší otázka snížení věkové hranice trestní odpovědnosti.<sup>1</sup> Řeč statistik však hovoří jinak; kriminalita dětí a mládeže se v současné době vrací

do procentuálního poměru z celkového počtu pachatelů jako tomu bylo před rokem 1990.<sup>2</sup>

Je tedy nutné snížit věkovou hranici trestní odpovědnosti? V odpověď na tuto otázku jsme se pokusily nastínit situaci, která panuje v platném právním řádu a shrnout nejčastější názory na danou problematiku a dále ji srovnat se zahraničními právními úpravami trestní odpovědnosti mládeže.

Osoby, které nedosáhly určitého, zákonem stanoveného věku, nemohou být trestně odpovědné. Při stanovení této věkové hranice se zejména vychází z teze, že v určitém věku již jedinec dosáhl náležitého stupně způsobilosti rozpoznávací a určovací. Osoba, jež ne-

\* JUDr. Milana Hrušáková, doktorandka Katedry trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

\*\* Mgr. Eva Žatecká, doktorandka Katedry trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

<sup>1</sup> Po uveřejnění zprávy o vraždě 81 leté důchodkyně, kdy pětí spolupachatelům nebylo v době vraždy ještě 15 let, si 91 % respondentů ankety Lidových novin přálo snížit hranici trestní odpovědnosti, 2 % byly proti a 7 % bylo pro diferenciaci hranice trestní odpovědnosti v závislosti na závažnosti spáchaného činu. Lidové noviny ze dne 3. 9. 2004.

<sup>2</sup> MAREŠOVÁ, A.: K problematice delikventní mládeže – hlubší pohled na statistické údaje. Kriminalistika, 4/2000.

dosáhla tohoto věku bývá stavěna na roveň osobám nepřičetným pro duševní poruchu.<sup>3</sup>

Do 19. století se s dětskými pachateli zacházelo v podstatě stejně jako s dospělými. Až teprve od 19. století se začalo díky několika osvícencům, pohlízet na děti odlišně; nejenom že tyto nedosahují tělesných parametrů dospělých, ale zejména nejsou na stejné mravní a rozumové úrovni vyspělosti jako dospělí. Tento pokrokový přístup naznačil počátek trestní odpovědnosti mládeže odlišně od dospělých pachatelů, kdy vývoj pokračoval přes stanovení hranice trestní odpovědnosti a zavedení rozdílů v zacházení s mladistvými delikventy, až po vytvoření speciálního soudnictví pro mladistvé, které je u nás opět zavedeno od 1. 1. 2004.<sup>4</sup>

**Zákon č. 218/2003 Sb.**, o soudnictví ve věcech mládeže (ZSM) přinesl mnoho změn. Tento nový zákon rozvedl ust. § 11 tr. zákona a zavedl do našeho právního řádu kategorii dětí (0–15 let) a kategorii mladistvých (15–18 let). Kategorie dětí není trestně odpovědná, trestní odpovědnost mladistvého nastupuje až v den následující po dni jeho 15. narozenin.

Zákon sice zakotvuje hranici trestní odpovědnosti dosažením věku 15 let, avšak ani poté nevzniká trestní odpovědnost v plném rozsahu jako u pachatelů dospělých, tj. starších 18 let. Dle § 5 odst. 1 ZSM se jedná o *relativní hranici trestní odpovědnosti*, kdy zákon stanoví, že mladistvý starší 15 let, který v době spáchání činu nedosáhl takové rozumové a mravní vyspělosti, aby mohl rozpoznat jeho nebezpečnost pro společnost nebo ovládat své jednání, není za tento čin trestně odpovědný. V případě pochybností o rozumové a mravní vyspělosti jedince mezi 15 a 18 rokem věku, jenž spáchal čin, který by jinak byl trestným činem (proviněním), je možno na základě znaleckého posudku z oboru psychiatrie, dospět k závěru, že trestní odpovědnost tohoto jedince dána není. V tomto případě lze proti němu užít pouze postupů a opatření uplatňovaných u dětí mladších 15 let a řízení vést dle občanského soudního řádu (o.s.ř.).

Díky tomuto zákonu můžeme rozeznat **tři časová období** týkající se trestní odpovědnosti:

1. období úplné trestní neodpovědnosti – v tomto období není člověk trestně odpovědný za své protiprávní činy, a to až do dne svých 15. narozenin, včetně tohoto dne.
2. období relativní trestní odpovědnosti – kdy se trestní odpovědnost posuzuje z hlediska jeho ro-

zumové a mravní vyspělosti, zda si byl jedinec vědom toho, co činí.

3. období plné neboli absolutní trestní odpovědnosti – od 18. roku věku, kdy je člověk trestně odpovědný za své chování. Ovšem i z této absolutní odpovědnosti, která nastává okamžikem, pro něž soukromé právo používá pojem zletilost, tedy dosažením 18ti let se může člověk vyvinut. K tomuto vyvinutí může dojít jen v několika málo případech, a to když pachatel spáchá trestný čin v důsledku duševní choroby, nebo pokud je jeho věk blízký věku mladistvých, může být soudem posuzován mírněji.<sup>6</sup>

V souvislosti s tímto roztříděním trestní odpovědnosti je důležité upozornit i na to, že zákon o soudnictví ve věcech mládeže rozlišuje ještě kategorii dětí starších 12 let ovšem mladších 15 let. V případě, že dítě mezi dvanáctým a patnáctým rokem spáchá čin jinak trestný, za který by jinak bylo možné uložit výjimečný trest, je mu obligatorně uloženo opatření ochranné výchovy.

Hranici trestní odpovědnosti rovněž zakotvuje i trestní zákon, a to v § 11, v souvislosti s tímto ustanovením je i ustanovení § 89 ZSM, kdy se před dosažením věku 15 let děti považují za nezpůsobilé porušit trestní právo a jimi spáchané protiprávní činy nemohou být trestně postižitelné, a to ani pokud naplňují veškeré znaky skutkové podstaty konkrétního trestného činu.

Dolní věková hranice trestní odpovědnosti dětí pro podání návrhu státního zástupce dle § 90 odst. 1 ZSM a pro uložení některého opatření dle § 93 odst. 1 ZSM výše uvedeného není nijak specifikována. Dle vývojové psychologie bychom měli zachovat proporcí mezi povahou spáchaného trestného činu a reakcí společnosti na tento čin. Je třeba vždy důkladně posoudit, zda dítě mohlo pochopit důsledky svého jednání a jeho škodlivost pro společnost. Někteří odborníci spojují tuto odpovědnost s počátkem povinné školní docházky, tedy s věkem kolem 6–7 let. Vždy však musíme vzít v úvahu spáchaný trestný čin a předchozí život dítěte, abychom mohli jednoznačně určit, zda dítě je či není trestně odpovědné. Proto může být počátek hranice této odpovědnosti posunut výrazně výše.<sup>7</sup>

V poslední době se objevují stále častěji návrhy na snížení hranice trestní odpovědnosti z 15 na 14 let.<sup>8</sup> U veřejnosti byl médií vzbuzen dojem, že je třeba tuto situaci řešit bezodkladně a hlavně rázným způsobem.

<sup>3</sup> SOLNAŘ, V., FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D.: Základy trestní odpovědnosti, Nakladatelství Orac, 2003 (str. 251).

<sup>4</sup> V 30. letech 20. století platil v Československu zák. č. 48/1931 Sb. z. a n. o trestním soudnictví nad mládeží, jež byl prováděn vládním nařízením č. 159/1931 Sb. z. a n.

<sup>5</sup> ŠÁMAL, VÁLKOVÁ, SOTOLÁŘ, HRUŠÁKOVÁ: Zákon o soudnictví ve věcech mládeže, komentář, C. H. Beck 2004 (str. 41).

<sup>6</sup> Tamtéž, str. 40–50.

<sup>7</sup> VÁLKOVÁ, H., SOTOLÁŘ, A.: Čin jinak trestný a možné reakce na něj v systému soudnictví ve věcech mládeže. Trestněprávní revue, 7/2004, str. 197–203.

<sup>8</sup> NĚMEC, J.: Právní rádce 10/2004; a mnoho dalších, včetně Ministra spravedlnosti Pavla Němce v několika mediálních projevech.

I když je kriminalita dětí závažným problémem, neměly by tak podstatné změny probíhat velmi rychle. I zvyšování kriminality není náhlé, ale děje se tak pozvolna, díky společenskému vývoji.<sup>9</sup> Pověstinou rovněž bývá poukazováno na zahraniční státy, v nichž je hranice trestní odpovědnosti stanovena pod 15 let – např. Anglie a Wales 10 let,

Holandsko a Kanada 12 let, Francie 13 let, Německo, Rakousko, Itálie 14 let. V navrhovaném novém trestněprávním kodexu, je však zatím stále doporučováno věkovou hranici 15 let zachovat.<sup>10</sup> Je ale snížení hranice trestní odpovědnosti opravdu nutné, je to řešení celospolečenského problému? Je nutné si uvědomit i procesní stránku věci. V každém soudním řízení je třeba, aby účastník byl procesně způsobilý k tomuto řízení. U mladistvých a dětí je tento nedostatek řešen formou nutné obhajoby. Ovšem musíme si uvědomit i to, že ne vždy půjde jen o konzultace, ale může se stát – a to zejména u dětí – že místo konzultací se bude jednat o instrukce a dítě se místo subjektu řízení stane jeho objektem.<sup>11</sup>

V následující části shrnujeme nejčastější argumenty pro a proti snížení hranice trestní odpovědnosti, včetně promítnutí případné změny a jejích důsledků do našeho právního řádu.

### ARGUMENTY PRO SNÍŽENÍ:

Děti ve věku 12 až 15 let jsou mnohem vyspělejší než v roce 1961, kdy začal platit trestní zákon a jeho ustanovení § 11 stanovující hranici trestní odpovědnosti na 15 let. Existují i dlouhodobá antropometrická měření, která ukazují, že nejenom tělesný vývoj, ale i psychický vývoj je u mladší generace rychlejší (časnější).<sup>12</sup> Statistiky dokazují, že počet pachatelů mladších 15 let narůstá a velmi často jsou tyto děti zneužívány k trestné činnosti rodiči. Pro tyto děti je neefektivnější včasná a komplexní pomoc včetně možnosti udělit přiměřený trest. Děti si mnohem více uvědomují, co je a není správné. Jejich rozpoznávací schopnosti jsou také mnohem lepší než tomu bylo např. u stejně starých dětí před deseti, dvaceti lety. Někdy je vidina toho, že za svůj čin neponesou žádný následek, motivací k páčání dalších a mnohem závažnějších trestných činů.<sup>13</sup>

Všeobecně je tedy dokázáno, že děti dnešní generace jsou mnohem vyspělejší než jejich rodiče či prarodiče; trochu paradoxní pak je fakt, že původní zákon

č. 48/1931 Sb. z. a n., o trestním soudnictví nad mládeží spolu s prováděcím nařízením 159/1931 Sb. z. a n., stanovil v § 1 hranici trestní odpovědnosti u tzv. „nedospělých“ na 14 let. V třicátých letech minulého století se tak předpokládalo, že dítě ve věku čtrnácti let je už dostatečně rozumově a mravně vyspělé, aby dokázalo zhodnotit předem důsledky svého jednání. Naše „vyspělé“ děti by si tedy měly mnohem lépe uvědomovat protiprávnost svého jednání a je otázkou, zda by tedy věková hranice, neměla být snížena ještě i pod 14 let.

Pro snížení věkové hranice trestní odpovědnosti hovoří i skutečnost, že neexistuje zařízení, kam by bylo možno umístit dítě, jež spáchalo čin, který je jinak trestným činem, přičemž z diagnostického ústavu mohou tyto děti bez problému utéct. Možná by v našem případě stačilo zřídit patriční zařízení na ochranu dětí, ze kterých nebude možné volně utéct a kde budou delikventní děti rozděleny do různých kategorií dle spáchaných činů. Je třeba, aby ovšem zákon stanovil, za jakých podmínek mohou být tyto osoby umístěny do příslušného zařízení, a dále stanovil nutná opatření, pokud by se děti protivily zákonu a porušovaly jej. Je to však dostačující řešení?

Nesmíme samozřejmě zapomenout ani na speciálně vyškolené odborné pracovníky, kteří budou s dětmi v zařízeních pracovat. Budou se spolupodílet na jejich výchově a právě proto by měli mít vhodnou přípravu. Problematika umístění ve výchovných zařízeních se však týká i mladistvých delikventů, které je možno zařadit opět pouze do diagnostického ústavu (odkud mohou bez problému utéct) anebo pak do vazební věznice, o které je všeobecně známo, že není vhodným výchovným prostředím a její použití je doporučováno jen v krajním případě, nelze-li účelu vazby dosáhnout jinak.<sup>14</sup>

Argument, že je třeba snížit věkovou hranici trestní odpovědnosti pro to, že pro dítě mladší patnácti let a dopouštějící se závažné kriminální činnosti, nemáme vhodné zařízení, je argumentem velmi zavádějícím. Vybudování ústavu pro takové děti by bylo třeba i v případě snížení hranice trestní odpovědnosti, nebo si snad myslíme, že dítě bude vykonávat trest ve věznici jako dospělí pachatelé?

Velmi časté jsou i hlasy, které volají po snížení věkové hranice trestní odpovědnosti z důvodu, že se mylně domnívají, že kriminalita mládeže stoupá.<sup>15</sup> Tyto argumenty však nejsou založeny na seriózních zdrojích, bývají zpravidla ovlivněny současnou mediální

<sup>9</sup> KUČERA, P., RICHTER, M.: Koncepčnost řešení dětské kriminality. *Trestní právo* 12/2004, str. 2–3.

<sup>10</sup> <http://juristic.zcu.cz/download/rekodifikace/trest/duvod.doc>.

<sup>11</sup> KUČERA, P., RICHTER, M.: Koncepčnost řešení dětské kriminality. *Trestní právo* 12/2004, str. 2–3.

<sup>12</sup> BARTÁK, K.: Souhlasím se snížením věku pro trestní odpovědnost. *Hradecké noviny* 11/2002, str. 26.

<sup>13</sup> Dále např. NĚMEC, J.: *Právní rádce* 10/2004; internet: Český politický cirkus: Zavřít ale kam?

<sup>14</sup> I pravidlo 13-1. Pekingských pravidel uvádí, že: „vyšetřovací vazby se má používat pouze jako nejzastšího prostředku a po nejkratší možnou dobu.“

<sup>15</sup> Např. NOVOTNÝ Z.: *Zavřeme děti?*, Webové stránky Z. Novotného, (ODS) a RŮŽIČKA, J.: *FOTO – HALÓ NOVINY* – internet.



kampaní, neboť statistiky hovoří jinak.<sup>16</sup> Celkový poměr trestných činů spáchaných mladistvými pachateli ve srovnání s trestnými činy, které páchají dospělí pachatelé, se snižuje. Otázkou do diskuze však zůstává, zda se způsoby páchaní trestných činů nemění vlivem televize a jejích programů, někdy pro mládež dost nevhodných.

Dalším obvyklým argumentem pro snížení věkové hranice pak bývá i konstatování, že ve většině okolních zemí je věková hranice trestní odpovědnosti stanovena na věk obvykle nižší (viz tabulka), a to na základě dlouhodobějších zkušeností, ke kterým zahraniční zákonodárci dospěli po odborných diskuzích odborníků z praxe i teoretiků zabývajících se kriminalitou mládeže.

Pro snížení věkové hranice se nejčastěji vyslovují terénní policisté, vězeňští pracovníci, pracovníci výchovných a diagnostických ústavů, někteří státní zástupci a soudci, psychiatři, psychologové a učitelé. Dalo by se říci, že pro snížení hranice trestní odpovědnosti jsou převážně lidé pracující s delikventní mládeží nebo s jejími oběťmi.<sup>17</sup>

#### Věková hranice trestní odpovědnosti v různých státech<sup>18</sup>

Název státu	VĚK
Albánie	14
Belgie	16 (18) //
Bělorusko	14 (16) ++
Bosna a Hercegovina	14
Bulharsko	14
Česká republika	15
Dánsko	15
Estonsko	14 (16) ++
Finsko	15
Francie	13
Chorvatsko	14
Itálie	14
Japonsko	14 --
Kanada	12
Kypr	12
Litva	14 (16) ++
Lotyšsko	14 (16) ++
Maďarsko	14
Makedonie	14

Malta	9 (14)
Moldávie	14 (16) ++
Nizozemí	12
Norsko	15
Polsko	16 (17)
Portugalsko	16
Rakousko	14
Rumunsko	14 (16) /
Rusko	14 (16) ++
Řecko	13
Severní Irsko	7
Slovensko	15
Slovinsko	14
Spolková republika Německo	14
Španělsko	16
Švédsko	15
Švýcarsko	7 (15) *
Turecko	11
Ukrajina	14 (16) ++
Velká Británie (Anglie, Wales)	10
Velká Británie (Skotsko)	8 (16) **

Poznámky k tabulce:

\* Ve Švýcarsku je výrazně uplatňován sociálně-opatrovnícký model. Proti dítěti ve věku od 7 do 15 let lze vést řízení pouze prostřednictvím právních zástupců mládeže. Hranice trestní odpovědnosti stanovená sedmým rokem dítěte je tak velmi relativní, neboť dítěti je možno uložit nejpřísnější trest – trest odnětí svobody až po dosažení 15 let. Až po dovršení 15 let je možné vést řízení trestní před soudními orgány pro mládež.

\*\* Ve Skotsku lze stíhat děti ve věku 8–16 let jen výjimečně – na zvláštní povolení.

/ V Rumunsku je relativní počátek trestní odpovědnosti. U pachatelů 14–16 ti letých soudce posuzuje sociální zralost pachatelů, zda jsou již odpovědní za své jednání.

// V Belgii lze stíhat mladistvé mezi 16–18 rokem pouze pro dopravní delikty.

++ V nástupnických státech bývalého Sovětského Svazu lze stíhat osoby od 14 let jen pro spáchaní nejzávažnějších trestných činů (vražda, loupež, znásilnění.)

-- Před nedávnem došlo ke snížení trestní odpovědnosti v Japonsku ze 16 let na 14.

#### ARGUMENTY PROTI SNÍŽENÍ:

Patrně nejčastějším argumentem proti bývá tzv. „komplikovanost“ snížení věkové hranice trestní odpovědnosti, neboť se tato změna promítne do mnoha

<sup>16</sup> MAREŠOVÁ, A.: K problematice delikventní mládeže – hlubší pohled na statistické údaje. Kriminalistika, 4/2000.

<sup>17</sup> MAREŠOVÁ, A.: K problematice delikventní mládeže – hlubší pohled na statistické údaje. Kriminalistika, 4/2000.

<sup>18</sup> Zdroje: ZOUBKOVÁ, I.: Kontrola kriminality mládeže. Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2002, str. 106. NĚMEC, J.: Právní rádcé 10/2004. LORTIE, S., POLANSKI, M., SOTOLÁŘ, A., VÁLKOVÁ, H.: Soudnictví pro mladistvé v Kanadě a v České republice, Příručky Ministerstva spravedlnosti ČR, Sv. 59, 2000.

právních oblastí<sup>19</sup>. Je třeba si uvědomit, že dosažení věkové hranice 15 let je spojováno nejenom se vznikem trestní odpovědnosti, ale – zřejmě i jako reakce na hranici trestní odpovědnosti – s tímto věkem počítá velmi mnoho dalších právních předpisů jak v oblasti práva veřejného, tak i soukromého.

Tradičně je vznik trestní odpovědnosti navazován na dokončení povinné školní docházky a s tím spojený vznik pracovněprávní způsobilosti. Stěží lze uvažovat o tom, že bychom snad kvůli snížení hranice trestní odpovědnosti začali uvažovat o zkrácení povinné školní docházky, nehledě na problémy spojené s otázkou vzniku pracovněprávní způsobilosti. Jak bude čtrnáctiletý odsouzený pachatel hradit škodu, kterou svou trestnou činností způsobil, když mu právo neumožňuje získat legální zdroj příjmů.

Do jisté míry spíše technickou otázkou, která je řešitelná, byť asi s řadou nyní nečekaných problémů, je otázka průkazu totožnosti, tj. občanských průkazů. Nebo snad budeme trestně stíhat jedince, o němž nemáme ani základní údaje, vyplývající z jeho průkazu totožnosti?

Není možné „dětem“ přidat pouze povinnosti bez patřičných práv. Řada právních institutů má přímou souvislost s věkovou hranicí trestní odpovědnosti, neboť v případě, kdy je jedinec natolik mentálně vyspělý, aby rozvážil své delikventní chování, je i natolik mentálně vyspělý, aby mohl sám konat některé právní úkony a v přiměřené míře mu tedy vzniká i způsobilost k právním úkonům. Ustanovení § 9 občanského zákoníku je velmi obecné, tady problém nevzniká. V posledních letech však řada právních předpisů výslovně vymezuje způsobilost nezletilého k právním úkonům a zcela v souladu s tradicí tuto způsobilost váže na dosažení patnácti let. Jen namátkou lze uvést zák.č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení a o změně některých dalších zákonů. V řadě ustanovení tohoto zákona je zdůrazňováno právo dítěte staršího patnácti let rozhodovat o změně jména nebo příjmení. Budeme novelizovat zákon o matrikách nebo nám nebude vadit, že dítě je sice trestně odpovědné, ale nemá právo rozhodnout (resp. dát výslovný souhlas) o změně svého jména?

Ač to na první pohled možná není úplně patrné, snížení hranice trestní odpovědnosti by tak znamenalo změnu mnoha zákonů a výrazný zásah do celého našeho právního řádu. Takovouto výraznou změnu však není možné provést „ze dne na den“.

Samostatný problém tvoří otázka pohlavního zneužívání. Připustíme-li snížení hranice trestní odpovědnosti na čtrnáct let, zřejmě nám nezbyde nic jiného, než snížit tuto věkovou hranici i v tomto případě. Že se

snížením věkové hranice trestní odpovědnosti souvisí problematika snížení věkové hranice, od kdy je možné legálně sexuálně žít, si uvědomuje mnoho našich zákonodárců, ale i široká veřejnost. Než však sáhlo lze řešit otázku snížení či zvýšení věkové hranice pro pohlavní styk, zda děti již jsou dostatečně vyspělé apod., je třeba se na tento problém podívat spíše z hlediska jejich ochrany. Máme na mysli především pohlavní zneužívání dětí dospělými pedofily, kterým by se snížením věkové hranice mohlo rozšířit spektrum jejich „legálních“ obětí.<sup>20</sup>

Argumentem proti snížení věkové hranice bývá i kritika našich výchovných zařízení pro děti a mládež (jak jsme již uvedly výše), způsobu organizace a práce těchto státních zařízení a také systém rozhodování o výchovném prostředí dítěte.<sup>21</sup> V současnosti se rozvíjí debaty o zřízení speciálních zařízení pro „dětské nebezpečné delikventy“. Jejich zřízení však bývá kritizováno z důvodu jejich finanční nákladnosti s konstatováním, že tyto nebezpeční dětské delikventi obvykle reprezentují jen nepatrný zlomek delikventní mládeže.<sup>22</sup> Na druhou stranu nelze než dát za pravdu i opačným hlasům, že za současné právní úpravy neexistuje v České republice zařízení, ze kterého by delikventní mládež nemohla naprosto volně uprchnout a faktem rovněž je skutečnost, že právě na útěku z diagnostických ústavů dochází k častému páchání trestné činnosti mladistvými. I při oprávněnosti kritiky současného stavu, tady však jde spíše o systémovou chybu, kterou snížení hranice trestní odpovědnosti samo o sobě nevyřeší.

Řada prospěšných prvků, jež by přispěly ke zlepšení problematiky delikventní mládeže však bohužel bývá limitována různými rozpočty a volnými finančními prostředky. Například personální obsazení a řádné fungování Probační a mediační služby, jež by se nově rovněž měla zásadním způsobem podílet na aplikaci zákona o trestním soudnictví nad mládeží a zejména jím uložených opatřeních, je dlouhodobě opomíjena. V současné době má Probační a mediační služba pouhých 238 zaměstnanců, kteří jen s největšími obtížemi mohou plnit veškeré úkoly, které by tato velmi prospěšná instituce plnit měla. Přesto již v šesti městech České republiky (např. Praha, Znojmo, Svitavy) začínají fungovat, dle vzoru jež se osvědčil ve Velké Británii, speciální multidisciplinární týmy pro práci s mladistvými delikventy.

Proti snížení hranice trestní odpovědnosti se nejčastěji vyslovují právníci pracující ve výzkumné a vzdělávací sféře, někteří sociální pracovníci z různých humanitních státních a nestátních organizací a určitá skupina státních zástupců a soudců. Do této skupiny

<sup>19</sup> Např. BARTÁK, K.: Souhlasím se snížením věku pro trestní odpovědnost. Hradecké noviny 11/2002, str. 26.

<sup>20</sup> Srovnej články Mladá fronta DNES a Lidové noviny ze dne 14. 9. 2004.

<sup>21</sup> Např. FILIP, V.: Proti posunu trestní odpovědnosti směrem dolů zásadně jsem, rubrika: poslanecká aréna, vyšlo 12. 10. 2004 a KROFTOVÁ, A., MATOUŠEK, O.: Mládež a delikvence, Praha 1998.

<sup>22</sup> VÁLKOVÁ, H.: Odpovědnost za mládež – zajištění kvality a perspektiv soudnictví ve věcech mládeže, Trestněprávní revue 12/2004.

patří i valná část právníků prosazujících princip restorativní justice.<sup>23</sup> Je třeba si uvědomit, co snížením hranice trestní odpovědnosti chceme dosáhnout. Především „potrestání“ dítěte, které mnohdy ani netušilo, že se dopouští trestného činu (např. počítačová kriminalita) nebo zamezení jeho další kriminální kariéry?

### PRAMENY NOVÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY

Rovněž *Úmluva o právech dítěte*, ve svém čl. 40 odst. 3, hovoří o minimální věkové hranici trestní odpovědnosti, nicméně nestanoví jak a na kolik let ji určit.<sup>24</sup>

Odstavec třetí čl. 40 úmluvy vyzývá státy k vypracování zákonů a zákonných procedur, ke zřízení orgánů a institucí určených pro děti obviněné, obžalované nebo uznané vinnými z porušení trestního práva. Velký důraz je kladen na stanovení nejnižší věkové hranice, před jejímž dosažením je dítě považováno za nezpůsobilé porušit trestní právo, tedy je trestně neodpovědné, a na možnost přijetí opatření k zacházení s takovými dětmi, a to bez užití klasických soudních procedur.

Jako samozřejmé musíme brát dodržování lidských práv a právních záruk. Ve čtvrtém odstavci je státům ukládáno vytvořit různé záruky – mezi nimi např. pečovatelskou službu, pravidla o poradenství a dozoru, konzultativní služby, zkušební lhůty, náhradní péči, programy vzdělání a zacházení s dětmi s přihlédnutím k jejich poměrům a spáchanému deliktu.

V každém případě bychom neměli zapomínat, že stanovení počátku trestní odpovědnosti musí respektovat konkrétní emoční, mentální a intelektuální zralost dítěte.<sup>25</sup>

Je naprosto nezbytné zvážit, zda osoba v daném věku, na základě svého individuálního poznání a pochopení, bude schopna přijmout odpovědnost za své delikventní jednání. Mnoho mezinárodních dokumentů se vyjadřuje k počátku trestní odpovědnosti, ale ne všechny konkrétně stanovují, jaký by tento počátek měl být. Kromě *Úmluvy o právech dítěte* to jsou i *Minimální standardní pravidla soudnictví nad mládeží* (tzv. *Pekingská pravidla*, rezoluce OSN 40/33 z 29. 11. 1985). *Dále směrnice OSN pro pre-*

*veni kriminality mládeže* (tzv. *Rijádská pravidla*, rezoluce OSN 45/112 ze dne 14. 12. 1990) a *Pravidla OSN k ochraně mladistvých zbavených osobní svobody* (VIII. Kongres OSN, Havana, rezoluce OSN 45/113 ze dne 14. 12. 1990). Tyto mezinárodní dokumenty byly Českou republikou přijaty jako určitý rámec celkové koncepce trestní politiky nad mládeží a od těchto by se mělo odvíjet řešení trestních věcí nad mladistvými u nás.<sup>26</sup>

Nejnovějším klíčovým mezinárodním dokumentem, politicky závazným i pro Českou republiku, reagujícím na problematiku kriminality mládeže, je *doporučení rady Evropy*<sup>27</sup> z roku 2003 zabývající se delikvencí mládeže, zacházení s mladistvými delikventy a posláním soudnictví ve věcech mládeže.

Rovněž Základní zásady soudnictví nad mládeží formulované na 14. mezinárodním Kongresu soudců specializovaných na problematiku mládeže, SRN, 1994<sup>28</sup> mimo jiné stanoví, že působnost trestního soudnictví nad mládeží by měla zahrnovat věkovou kategorii mladistvých do 18 let jejich života, přičemž doporučuje rozšířit tento systém o mladé dospělé ve věkové kategorii 18 až 21 let. Dolní hranice trestní odpovědnosti by pak neměla klesnout pod 15 či 14 let. Pokud jde o nepodmíněné tresty odnětí svobody, mělo by se jejich ukládání týkat až pachatelů, kteří dovršili 16 let.

Řadu nových podnětných myšlenek a přístupů k problematice delikventní mládeže přinesl i 26. německý sjezd odborníků působících v oblasti soudnictví nad mládeží, pořádaný Německým sdružením pro soudy a soudní pomoc mládeži, který se konal v září roku 2004 v Lipsku.<sup>29</sup>

Kromě výše uvedených zahraničních právních úprav byl hlavním zdrojem, z něhož vyšla koncepce našeho trestního soudnictví, zákon 48/1931 Sb. z. a n., o trestním soudnictví nad mládeží spolu s *nařízením 159/1931 Sb. z. a n.*, které je provádělo. Tento zákon vytvořil samostatný systém trestní justice nad mládeží, a to v podmínkách justičně orientovaného modelu zacházení s delikventní mládeží. Počátek trestní odpovědnosti byl určen jako relativní a soud přihlížel k individualitě každého jedince, k jeho vývoji. Tento zákon měl věkovou hranici trestní odpovědnosti stanovenou na 14 let, ale díky relativní

<sup>23</sup> MAREŠOVÁ, A.: K problematice delikventní mládeže – hlubší pohled na statistické údaje. *Kriminalistika*, 4/2000.

<sup>24</sup> *Úmluva o právech dítěte*, 104/1991 Sb., čl. 40 odst. 3 stanoví: „Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, usilují o vypracování zákonů a zákonných procedur, o zřízení orgánů a institucí zvlášť určených pro děti obviněné, obžalované nebo uznané vinnými z porušení trestního práva a zejména o: a) stanovení nejnižší věkové hranice, před jejímž dosažením se děti považují za nezpůsobilé porušit trestní právo; b) v případě potřeby přijetí opatření k zacházení s takovými dětmi bez užití soudní procedury za předpokladu plného dodržování lidských práv a právních záruk.“

<sup>25</sup> *Úmluva* v čl. 1 rozumí dítětem každou lidskou bytost mladší 18 let, pokud nenabude zletilosti dříve dle příslušných zákonů daného státu.

<sup>26</sup> ZOUBKOVÁ, I.: *Kontrola kriminality mládeže*. Aleš Čeněk, Praha, 2002, str. 102–103.

<sup>27</sup> Rec (2003)20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice.

<sup>28</sup> ZOUBKOVÁ, I.: *Kontrola kriminality mládeže*, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 2002.

<sup>29</sup> VÁLKOVÁ, H.: Odpovědnost za mládež – zajištění kvality a perspektiv soudnictví ve věcech mládeže, *Trestněprávní revue* 12/2004.

odpovědnosti nebyl každý jedinec starší 14 let trestně odpovědný. Zákon rozlišoval kategorii nedospělých (§ 1), tedy osob, které v době spáchání činu nedovršily čtrnáctý rok svého věku a kategorii mladistvých (§ 2), kteří v době spáchání činu dovršili čtrnáctý, ale nedokonalí osmnáctého roku věku. Mladiství byli, kromě odchylek uvedených v zákoně, trestně odpovědní podle trestních zákonů. Zákon však rovněž zakotvoval ochranu jedinců, kteří nedosáhli dostatečné rozumové a mravní vyspělosti, kdy v § 2 stanovil, že mladiství není trestně odpovědný, nemohl-li pro značnou zaozobnost v době činu rozpoznat jeho bezprávnost nebo řídit své jednání podle správného rozpoznání. Vznikla-li odůvodněná pochybnost o úplném duševním nebo tělesném zdraví mladistvého nebo o jeho normálním vývoji, dal jej soud podle potřeby ohledat jedním nebo dvěma lékaři, odborníky v oboru duševních nemocí mládeže.

Zákon byl na velmi vysoké úrovni, o čemž svědčí řada institutů, ke kterým se nová právní úprava vrací, např. ochrana osobních údajů jedinců podezřelých ze spáchání provinění. Zákon z roku 1931 tak v § 60 upravoval neoprávněné uveřejnění, a to velmi přísně, kdy nechránil pouze identitu mladistvého, ale zakazoval kromě zveřejnění osobních údajů mladistvého a jeho podobizny rovněž zveřejnění informací o samotném trestném činu spáchaným osobou mladistvou.<sup>30</sup>

Výhodou tohoto zákona byla i velká škála trestních sankcí a opatření. Neméně také skutečnost, že o trestně činnosti mládeže rozhodovaly specializované soudy. Srovnáme-li tento zákon s novým zákonem o soudnictví ve věcech mládeže doznáme, že se zákonodárce velmi inspiroval, jistě z důvodu, že zákon 48/1931 Sb. z. a n. byl ve své době velmi zdařilý a progresivní. Samostatnou právní úpravou se jím Československo dostalo mezi vyspělé evropské země<sup>31</sup>, ovšem to platilo jen do roku 1950, kdy byl tento zákon zrušen zákonem 86/1950 Sb., trestním zákonem. Od roku 1950 až do roku 2003, resp. 2004, neměla Česká republika samostatnou úpravu problematiky kriminality mládeže.

Česká republika nebyla v 30. letech 20. st. jediným státem s pokrokovou právní úpravou problematiky delikventní mládeže. Německo mělo již v roce 1923 a Rakousko v roce 1928 zákony o soudnictví ve věcech mládeže, které shodně vycházely ze zásady upřednost-

ňování výchovného působení a prevence před trestní represí, stanovovaly hranici trestní odpovědnosti na 14 let a diferencovaly trestní odpovědnost dle mentálního a mravního stupně vývoje jedince, přičemž kladly důraz na úzkou spolupráci justičních orgánů s institucemi sociální péče<sup>32</sup>.

Další předlohou pro novou právní úpravu problematiky trestního soudnictví ve věcech mládeže byl rovněž *kanadský zákon o mladistvých provinilcích*.

Kanadský zákon o mladistvých provinilcích se vztahuje na osoby starší dvanácti let a mladší osmnácti let. Před jeho přijetím v roce 1984 určoval Trestní zákoník minimální věk hranice trestní odpovědnosti dokonce na 7 let!<sup>33</sup> V souvislosti s přijetím nového zákona, který stanovil minimální hranici na 12 let, se v zemi rozvinula debata nad opětovným snížením spodní hranice trestní odpovědnosti. Hlavním důvodem pro stanovení věkové hranice na 12 let byla víra, že děti pod touto věkovou hranicí postrádají morální a duševní schopnosti, které by umožnily jejich trestní odpovědnost a účast v trestním řízení, a že pod touto věkovou hranicí by měly být ochráněny před tím, aby byly označeny za delikventy nebo pachatele trestných činů, neboť jejich porušení zákona by bylo lépe řešit s jejich rodiči, nebo ve vážnějších případech v řízení na ochranu dítěte.<sup>34</sup>

Zatímco u nás se diskutuje o snížení věkové hranice trestní odpovědnosti pouze o jeden rok, na 14 let, v Kanadě se nejčastěji objevují návrhy na snížení minimálního věku trestní odpovědnosti na deset let. V září roku 1993 byla kanadským ministrem spravedlnosti a generálním prokurátorem vydána studie o mladistvých provinilcích – *Pro bezpečnější obce: Násilné a opakované páchaní trestných činů mladistvými*.<sup>35</sup> Zde se diskutovalo o minimální věkové hranici trestní odpovědnosti a odůvodněno její stanovení na dvanáct let dítěte. Pro snížení hranice trestní odpovědnosti jsou ve studii uváděny například tyto argumenty, přičemž některé by mohly být aplikovány i v našem případě.<sup>36</sup>

- Vyřazení dětí z trestního systému přispívá k nedostatku jejich respektu k zákonům.
- Děti by mohly obdržet podporu od systému soudnictví pro mladistvé, kterou jinak obdržet

<sup>30</sup> § 60 z. č. 48/1931 Sb. z. a n.: (1) Kdo uveřejní zprávu o trestném činu spáchaném osobou mladistvou nebo zprávu z trestního řízení proti mladistvému provinilci, uvede jeho jméno nebo jiné okolnosti, z nichž lze usuzovat na jeho osobu, nebo kdo uveřejní podobiznu mladistvého provinilce, budiž potrestán pro přečin peněžitým trestem od 100 Kč do 5.000 Kč nebo vězením od tří dnů do jednoho měsíce. (2) Čin není trestný, stalo-li se uveřejnění toliko k účelům trestního řízení nebo se svolením soudu nebo státního zastupitelství.

<sup>31</sup> Zoubková, I.: *Kontrola kriminality mládeže*. Vydavatelství Aleš Čeněk, Praha 2002, str. 95–98.

<sup>32</sup> Válková, H.: *Odpovědnost za mládež – zjištění kvality a perspektiv soudnictví ve věcech mládeže*, *Trestní revue* 12/2004.

<sup>33</sup> Lortie, S., Polanski, M., Sotolář, A., Válková, H.: *Soudnictví pro mladistvé v Kanadě a v České republice*, Příručky Ministerstva spravedlnosti ČR, Sv. 59, 2000 (str. 52–53).

<sup>34</sup> Lortie, S., Polanski, M., Sotolář, A., Válková, H.: *Soudnictví pro mladistvé v Kanadě a v České republice*, Příručky Ministerstva spravedlnosti ČR, Sv. 59, 2000 (str. 52–53).

<sup>35</sup> „–“.

<sup>36</sup> „–“ (str. 54).

nemohou. V některých částech země jsou systémy na ochranu dětí přetíženy a jiným systémům chybí zařízení, která některé tyto děti potřebují (jako např. vazba s dohledem).

- Veřejnost by byla lépe chráněna před závažným protispolečenským chováním některých dětí, kdyby se na tyto děti vztahoval Zákon.

Pro zachování stávající věkové hranice dvanácti let bylo uváděno následující:

- Průzkum naznačuje, že mladší děti nechápou právní koncepty, například své právo dávat pokyny svému právníkovi.
- Někdy jsou děti odkázány do systému pro mladistvé, protože zařízení na ochranu dětí postrádají prostředky, aby se jim mohly věnovat. Tento problém by se mohl zhoršit, kdyby byl snížen minimální věk. Měli bychom posílit systémy na ochranu dětí, spíše než označovat chování dětí jako „trestné“.
- Zahnutí dětí do systému soudnictví pro mladistvé by bylo nákladné, apod.

Z výše uvedeného je zřejmé, že v Kanadě dospěli na základě vědeckého zkoumání komise odborníků k závěru, že dítě ve věku 12 let je obvykle natolik mentálně vyvinuto, že je schopno rozeznat a ovládnout své protiprávní chování.

Kanadský zákon o mladistvých provinilcích, byl vhodnou a adekvátní inspirací pro naše zákonodárce, neboť on sám vznikl na základě dlouholetých zkušeností s touto problematikou. Již v roce 1908 byl v Kanadě přijat zákon zabývající se kriminalitou mládeže, a to *Zákon o mladistvých delikventech*. Tento zákon byl obrovským průlomem v přístupu ke kriminalitě mládeže, neboť před jeho přijetím vládl v Kanadě velmi přísný systém, který stavěl děti na roveň dospělým a trestal je za každé provinění velmi přísně, dokonce i trestem smrti. Zákon o mladistvých delikventech byl naopak založen na filosofickém přístupu, že stát může zasáhnout jako „hodný rodič“ v případech, kdy rodina není schopna zajistit potřeby svých potomků.<sup>37</sup> Zřizoval již speciální soudy pro mladistvé a zakotvoval princip, že s dítětem, ač spáchalo trestný čin, by se nemělo zacházet stejně jako s dospělým. Hranice trestní odpovědnosti byla v tomto zákoně stanovena na 7 let, avšak ani poté nebyla trestní odpovědnost jedince absolutní. Dítě po dovršení věku 14 let pak mohlo být postaveno namísto soudu pro mladistvé před běžný soud. Přesto však zmíněný zákon měl i řadu nedostatků a byl často kritizován. Kritika zákona, která zejména zahrnovala odlišné zacházení s mladistvými delikventy z různých

sociálních prostředí a příliš velké kompetence policie a jiných orgánů, vyústila ve zprávu Ministerstva spravedlnosti z roku 1965, jež odstartovala řadu diskuzí a postupné reformy. V roce 1982 tak byl schválen nový *zákon o mladistvých provinilcích*, který nabyl účinnosti v roce 1984. Zákon napravit řadu nedostatků, zejména posílil ochranu práv mladistvých pachatelů, zavedl ochranu osobních údajů mladistvého a zvýšil minimální věk pro trestní stíhání mladistvého na 12 let. I přes stále pokrokovější přístup byl zákon ještě několikrát novelizován. V průběhu let se začaly objevovat návrhy na další zlepšení stávajícího zákona o mladistvých provinilcích z roku 1984, a to zejména návrhy na zvýšení ochrany společnosti, větší prostor pro využití alternativ v řízení, rozšíření spektra trestných činů, za něž mohou být mladiství stíháni a větší zaměření na prevenci. Diskuze vyústila až v přijetí nového *zákona o mladistvých provinilcích v roce 1999*, který se stal částečně předlohou i pro naši právní úpravu.

**Zákon o soudnictví ve věcech mládeže** vychází z těchto základních principů:

- „důsledného respektování doporučení vyplývajících ze závazných mezinárodních dokumentů upravujících problematiku delikventní mládeže (Úmluva OSN o právech dítěte z roku 1989 a doporučení Rady Evropy),
- posílení prvků restorativní justice a jejich důsledného promítnutí do zákonného znění,
- potlačení punitivních aspektů reakce společnosti na delikt dospívajícího ve prospěch protektivních,
- diferenciacie odpovědnosti dětí a mladistvých,
- odstupňovaného systému reakcí – postupů a opatření uplatňovaných vůči delikventní mládeži,
- neformální řízení,
- úzká spolupráce justičních orgánů s institucemi sociální péče a probační služby.“<sup>38</sup>

Mezinárodní závazky ČR dále zavazují trestní právo k tomu, aby použilo jen ty prostředky, které jsou v zájmu dítěte a přiměřené jeho věku. Snížíme-li trestní odpovědnost, musíme si uvědomit, že je zapotřebí i přiměřených trestních opatření, která budou na dítě mladší 15 let pozitivně působit. Z opatření, která by dle klasických trestů byla možná, jich nalezneme v trestním zákoně jen pár. Vyloučen je trest obecně prospěšných prací, peněžitý trest i zákaz činnosti.<sup>39</sup> Tyto tresty nemohou být využity v souvislosti se zákazem práce dětí, z důvodu finančního nezajištění dítěte (neboť ono samo nemůže získat finanční prostředky svou vlastní vůlí) a v neposlední řadě i kvůli svému

<sup>37</sup> „–“ (str. 35).

<sup>38</sup> VÁLKOVÁ, H.: Odpovědnost za mládež – zajištění kvality a perspektiv soudnictví ve věcech mládeže. *Trestněprávní revue* 12/2004, str. 339–342.

<sup>39</sup> KUČERA, P., RICHTER, M.: Konceptnost řešení dětské kriminality. *Trestní právo* 12/2004, str. 2–3.

dalšímu rozvoji (trest zákazu činnosti by mohl uzavřít cestu k dalšímu vzdělání či získání práce). Další z variant je klasický trest odnětí svobody, jenž se nám nezdá pro děti a mladistvé pozitivně působícím.

Pokud se tedy jedná o možnost zacházení s mladistvým pachatelem bez užití soudních procedur, reforma trestního kodexu předpokládá při projednávání a rozhodování trestních věcí této věkové skupiny prioritní uplatnění alternativních způsobů řízení neboli odklonů. Tyto odklony jsou chápány jako procesní alternativy ke standardnímu trestnímu řízení. Trestní věc mladistvého bude možné vyřešit mnohem rychleji a navíc i často bez účasti u hlavního líčení, která může být pro některé jedince obzvlášť stresující.<sup>40</sup> Tyto alternativy zrychlují a usnadňují řízení a přispívají i k prevenci. Odklony jsou pověřeni pracovníci Probační a mediační služby, kteří zároveň dbají na to, aby bylo dodrženo právo mladistvého na spravedlivý proces. Obviněnému zůstává nárok pouze na projednání jeho věci ve standardním řízení, zatímco ostatní způsoby konečného vyřízení věci za využití odklonů mohou být upraveny pouze jako fakultativní alternativy.<sup>41</sup> V souvislosti s těmito alternativními tresty je zapotřebí, aby se využívaly v co největší šíři a byly soudem uplatňovány. Probační a mediační služba by měla spolupracovat s organizacemi působícími v místě bydliště pachatele, a tak co nejefektivněji ovlivnit i jeho způsob života. Je zapotřebí spustit nejen probační programy pro dospělé, ale zejména se věnovat programům pro mladistvé a děti.<sup>42</sup>

Obecně se pro stanovení hranice trestní odpovědnosti využívá tradice historických, sociálních a kulturních pro danou oblast. Díky těmto rozdílům existují státy, které mají tuto hranici podstatně nižší, než většina dalších států, anebo naopak je u některých států tato hranice vyšší. Existují dva modely přístupu k odpovědnosti. Jsou jimi model sociálně-opatrovnícký, kde je hranice trestní odpovědnosti stanovena níže a to z důvodu ochrany pachatele ze strany společnosti a model justiční, kde je naopak stanovena hranice trestní odpovědnosti výše, neboť tresty nebývají uzpůsobeny věku dítěte. Pro model sociálně-opatrovnícký je typická hranice trestní odpovědnosti nižší, než je tomu u modelu justičního. Počátek hranice trestní odpovědnosti bývá, jak jsme uvedli výše, stanovován v souvislosti se vznikem pracovněprávní způsobilosti. Otázka snížení hranice trestní odpovědnosti je v posledních

letech diskutována nejenom u nás; např. v Japonsku se díky tlaku veřejnosti nedávno snížila hranice této odpovědnosti z 16 let na 14.<sup>43</sup>

Problematicke snížení věkové hranice trestní odpovědnosti je věnována i řada výzkumů, např. Institut pro výzkum veřejného mínění (IVVM) dospěl k těmto závěrům:<sup>44</sup>

V roce 2000 byla veřejnost (dotazovali se 1036 respondentů) spíše pro snížení věkové hranice trestní odpovědnosti. Necelá čtvrtina dotázaných se vyslovila proti snížení hranice. Tyto osoby byly povětšinou mladí lidé do 19 let, zatímco lidé starší se vyslovili pro snížení.<sup>45</sup>

U otázky, z jakých důvodů by se měla hranice trestní odpovědnosti snížit, byly nejčastější odpovědi:

- vysoká dětská kriminalita
- potřeba odpovědnosti dětí za jejich činy
- generálně preventivní účinek trestů – odstrašení
- zneužívání beztrestnosti
- rychlejší dospívání

U osob, jež nesouhlasily se snížením této věkové hranice, byly nejčastější důvody tyto:

- děti si neuvědomují závažnost svého jednání
- odpovědnost za činy mají nést rodiče
- důslednější výchova
- děti nemají doplácet na chyby rodičů

Odborníci z Institutu pro kriminologii a sociální prevenci při zvažování určení počátku hranice trestní odpovědnosti dospěli k těmto možnostem:

- „vedle dosažené dolní věkové hranice zakotvit požadavek dostatečné rozpoznávací a volní způsobilosti
- stanovit trestní odpovědnost od 14 let pro všechny trestné činy
- stanovit trestní odpovědnost od 14 let pro všechny trestné činy, přičemž by trestní odpovědnost výjimečně nemusela nastat u deliktů menší závažnosti
- v rozmezí 14 až 15 let zakotvit požadavek dostatečné rozumové a mravní vyspělosti, aby pachatel mohl rozpoznat škodlivost svého jednání

<sup>40</sup> Jindy je naopak využíváno stresujícího faktoru projednání věci před soudem, kdy ZSM počítá se skutečností, že pro dostatečné poučení a nápravu mladého provinilce postačí projednání před soudem, bez uložení dalších sankcí.

<sup>41</sup> Aspi Publishing, JUDR. JOSEF KUNÁŠEK, advokát, Praha.

<sup>42</sup> Bohužel do dnešního dne nebyl dosud schválen akreditační program Ministerstva spravedlnosti, přestože zákon č. 218/2003 Sb. je účinný již od 1.1.2004. Od června do září roku 2004 však již alespoň byla spuštěna tzv. Předběžní akreditace, do které se přihlásilo přibližně 50 poskytovatelů. V prosinci 2004 tak mohlo proběhnout dotační řízení, a některé programy by se tak mohly již pomalu, za mírněji stanovených podmínek podběhnout, aby se ukázalo jak se osvědčí v praxi.

<sup>43</sup> NĚMEC, J.: Právní rádice 10/2004.

<sup>44</sup> ZOUBKOVÁ, I.: Kontrola kriminality mládeže. Vydavatelství Aleš Čeněk, Praha 2002, str. 105–112.

<sup>45</sup> ZOUBKOVÁ, I.: Kontrola kriminality mládeže. str. 108–109.

a toto ovládat. Od 15 let absolutní trestní odpovědnost“.<sup>46</sup>

Pokud bychom vzali v úvahu to, že zákon o soudnictví ve věcech mládeže navázal na zákon z roku 1931, mělo by patrně dojít ke snížení věkové hranice, neboť trestní zákonodárství v tehdejší době stanovilo počátek hranice trestní odpovědnosti na 14 let.

### MOTIVACE DELIKVENTNÍHO CHOVÁNÍ

Jedním z důvodů, proč mladiství páchají trestnou činnost, je představa, že můžou vzít právo do svých rukou. Objevují se u nich motivy, jakými je např. potrestání nepoctivce, odplata za dřívější špatné chování, případně msta. Ve věku mladistvých dochází i k nedůvěře v současný právní stav a jeho prostředky „napravování“. Z médií tuší, že případný soudní spor by trval léta a tak řeší svůj problém po svém. Objevuje se u nich i motiv „zhrzené lásky“<sup>47</sup>. Láska se může během okamžiku změnit v nenávisť a může dojít k různým nařčením, např. z pohlavního zneužívání, sexuálního obtěžování. Častý je výskyt trestných činů spáchaných ve skupině. Jedná se o různé formy vandalismu. Tato skupinovitost je zásadní charakteristikou jednání mládeže. Jen výjimečně bychom našli samotného pachatele, který páchá trestné činy stejného druhu. Tyto skupiny ještě nemají hierarchii.

Specifickými vývojovými problémy dospívajících jsou dle výzkumů provedených pedopsychology Langmeierem a Krajčířovou „čtyři významné rozpory“, které mohou jejich jednání také výrazně ovlivňovat:

- „rozpor mezi fyzickou a sociální zralostí“ se promítá do několika oblastí, např. v požadavcích nutnosti navštěvovat ještě školu a pociťovanou zralostí již pro pracovní aktivitu, spojenou

s osobností i ekonomickou nezávislostí; podobné problémy působí věkové a společenské důvody v oblasti sexuální.

- „rozpor mezi rolí a statusem“, kdy se od fyzicky „zralých“ osob očekává odpovědné postavení v roli „dospělého“, ale jejich status je relativně nízký, někdy jde dokonce až o „dětské“ postavení s vyžadovanou poslušností a vnější kontrolou apod.
- „rozpor mezi hodnotami mladé a starší generace“, kdy starší jedinci se mnohdy i nechtěně stávají „strážci tradice“, což mladí jedinci odmítají jako určitou „překážku v pokroku“, generační konflikt je spíše odmítán poukazováním, jak na uvolnění patriarchální struktury rodiny, tak i na oslabení autoritativního principu ve výchově; akcentováno v této souvislosti je porozumění, tolerance a názorová pružnost.
- „rozpor mezi hodnotami rodiny a vnější společností“ ovlivňuje mnohdy velmi významně dospívajícího jedince, který je vázán na normy a hodnoty svých rodičů, na nichž je závislý, ale v diskuzích s přáteli a kamarády rodičovské figury kritizuje a mnohdy proti nim revoltuje; zvláště je tomu v případech, kdy rodiče prosazují své názory převážně jen mocí; dle názoru autorů by se rodiče zde měli snažit porozumět dospívajícím, podpořit je při hledání základních hodnot, adekvátních životních cílů a vytváření zralého sebezpečí.<sup>48</sup>

Ze statistiky Probační a mediační služby (dále PMS) za první pololetí roku 2004 vyplývá, že počet případů řešených PMS u mládeže (tj. dětí a mladistvých) v souvislosti s aplikací zákona ZSM vzrostla, a to asi o 100 % ze 7 % z minulého roku na necelých 14 %.

Tabulka č. 2:<sup>49</sup> Celkový počet evidovaných případů – souhrn za ČR

Nové evidované případy PMS ČR	1.6.2002	%	1.6.2003	%	1.6.2004	%
<b>Celkem evidováno</b>	<b>15048</b>	<b>100,0%</b>	<b>14179</b>	<b>100,0%</b>	<b>15072</b>	<b>100,0%</b>
z toho TC mladistvých	1287	8,6%	1080	7,6%	2153	14,3%
z toho TC spojená s drogami	388	2,6%	480	3,2%	431	2,9%
z toho TC spojená s extremismem	41	0,3%	57	0,4%	54	0,4%

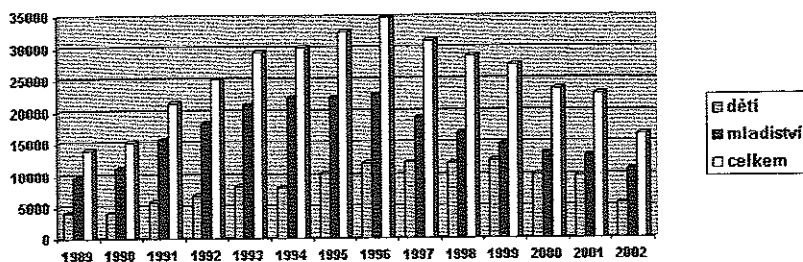
Z následujícího grafu č. 1 vyplývá, že kriminalita dětí a mladistvých se postupně snižuje. Největší vzestup byl v polovině 90. let a od té doby dochází k pomalému poklesu.

<sup>46</sup> Srov. ROZUM, F. a kol.: Trestní soudnictví nad mladistvými v ČR a v zahraničí, IKSP, Praha, 1996, s. 120.

<sup>47</sup> VEČERKA, K. a kol.: Mladiství pachatelé na prahu tisíciletí. IKSP, Praha 2004, str. 58.

<sup>48</sup> Tamtéž, str. 37.

<sup>49</sup> Zdroj: www.justice.cz – stránky Probační a mediační služby.

Graf č. 1:<sup>50</sup> Kriminalita dětí a mladistvých

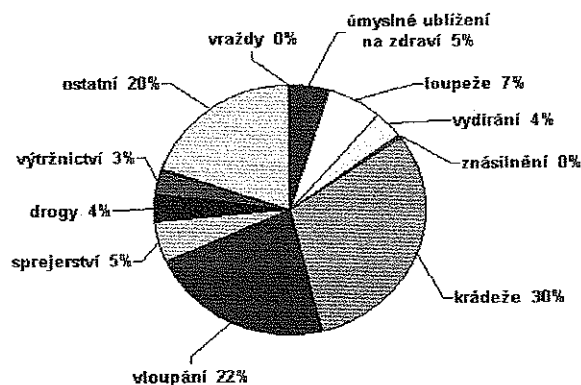
### ZÁVĚREM

V našem článku jsme se pokusily shrnout různé názory a poznatky, na danou problematiku, jež je v současné době aktuální. Bohužel velmi často se stává, že náš zákonodárny sbor rozhoduje o důležitých otázkách bez patřičných odborných stanovisek, někdy až zbrkle, na základě tlaku médií, na což v konečném důsledku doplácíme všichni. Domníváme se, že otázka snížení věkové hranice trestní odpovědnosti si zaslouhuje pečlivé rozvážení. I když je kriminalita dětí závažným

problémem, neměly by se podstatné změny dít velmi rychle. Zvyšování trestné činnosti dětí a mladistvých se neděje náhle, ale pozvolna, se společenským vývojem. Velmi vhodné by bylo, kdyby se k tomuto problému nevyjadřovali odborníci jednotlivých odvětví samostatně, ale vytvořila by se komise (obdobně jako tomu bylo např. v Kanadě či v jiných státech) složená z odborníků ze všech různých odvětví – psychologie, psychiatrie, sociologie, práva apod. Pouze v komplexním pohledu na danou problematiku můžeme nejlépe rozhodnout co je či není správné.

Graf č. 2:<sup>51</sup>

Struktura objasněných činů jinak trestných spáchaných dětmi mladšími 15 let v roce 2003

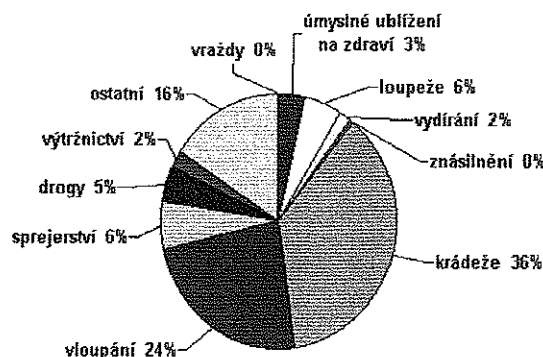


<sup>50</sup> Zdroj: Mladiství pachatelé na prahu tisíciletí, IKSP, Praha 2003, str. 8.

<sup>51</sup> VÁLKOVÁ, H., SOTOLÁŘ, A.: Čin jinak trestný a možné reakce na něj v systému soudnictví ve věcech mládeže. Trestněprávní revue, 7/2004, str. 197.



Graf č. 3:<sup>52</sup>  
 Struktura objasněných trestných činů spáchaných mladistvými v roce 2003



<sup>52</sup> VÁLKOVÁ, H., SOTOLÁŘ, A.: Čin jinak trestný a možné reakce na něj v systému soudnictví ve věcech mládeže. Trestněprávní revue, 7/2004, str. 197.

## Polygamní manželství a zákon o azylu

Renáta Klečková\*

### ÚVOD

V souvislosti s § 13 zákona č. 325/1999 Sb., o azylu, je zajímavá teoretická úvaha nad postavením polygamního manželství v českém právním řádu obecně. Je možné přiznat azyl za účelem sloučení rodiny i několika manželkám (manželům) současně? Práva vztahující se k manželství se váží k osobnímu statusu. Tudíž se otázka platnosti manželství, jakožto soukromoprávního vztahu s cizím prvkem, řídí zákonem č. 67/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním (ZMPSP), ledaže existuje přímá úprava v platné mezinárodní smlouvě. Azylová agenda je věcí správního práva, které ovšem musí reflektovat mezinárodní uprchlické právo,<sup>1</sup> azylovou legislativu EU,<sup>2</sup>

stejně jako další relevantní mezinárodní instrumenty.<sup>3</sup> S aplikací cizí právní normy hrozí pronikání netradičních institutů rodinného práva do českého právního prostředí. Proto si lze otázky položit následovně:

1. Brání aplikaci cizí právní normy zakládající polygamii (polyandrii) institut výhrady veřejného pořádku v podobě ust. § 36 ZMPSP?
2. Co lze chápat pod pojmem správní uvážení a neurčité právní pojmy v oblasti správního práva (má správní orgán rozhodující o přiznání azylu i jiné možnosti odmítnutí přiznat azyl polygamnímu manželství)?
3. Jaký vliv v tomto určení sehrává právo cizince na respektování rodinného života?

\* Mgr. Renáta Klečková, doktorandka Právnické fakulty Masarykovy univerzity Brno, katedry mezinárodního a evropského práva

<sup>1</sup> Úmluva o právním postavení uprchlíků z 1951 a Protokol z 1967 byly vyhlášeny ve sbírce zákonů pod č. 208/1993 Sb.

<sup>2</sup> Směrnice Rady 2003/86 EC z 22. 9. 2003

Směrnice Rady 2004/83/EC z 29. 4. 2004.

<sup>3</sup> Zejména normativní ustanovení chránící rodinu a rodinný život.

## 1. RODINA

### 1.1 MODELY RODINY

Na základě kulturní divergence lze rozlišovat několik základních modelů rodiny. Západní konstrukce je koncepcí nukleární rodiny. Jiný pohled na rodinu má africká kultura, kde základem rodiny jsou manželé a jejich děti, přičemž manželství je polygamní svazek dvou rodů. Převládá polygamie, ale u některých kmenů se lze setkat i s polyandrií.<sup>4</sup>

Obdobně polygamní manželství je v islámské kultuře, kde jeden muž může pojmout maximálně čtyři zákonné manželky. V řadě států je stále aplikováno na občanské a rodinné záležitosti islámské zvykové právo *šaría*. Islámské rodinné právo je založeno na patriarchálním principu kde muž má privilegované postavení. Platí zde zákon neomezené autority hlavy rodiny. Nadřazené postavení muže nad ženou je vyjádřeno v koranických sútrách č. 2, verš 228 a č. 4, verš 38/34.<sup>5</sup>

### 1.2 DEFINICE RODINY

V mezinárodním právu nemůžeme mluvit o jednotné definici rodiny. Její podoba závisí na kulturním prostředí a z tohoto pohledu pak ve smyslu „právním“ můžeme rodinu chápat jako institucionalizovanou formu soužití založenou vnitrostátním právem na základě právní skutečnosti (např. narození, osvojení, určení otcovství, uzavření manželství atd.). V tomto pojetí tedy právo chrání jen takovou rodinu, kterou samo vytváří. Způsob ochrany a vymezení pojmu rodina je více méně ponechán v diskreci každého státu, kde však přesto mezinárodní právo vytváří jistý základní normativní rámec.<sup>6</sup> Výbor pro lidská práva v obecné rozpravě k čl. 17 a 23 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech prohlásil, že termín „rodina“ musí být

vykládán tak, aby zahrnoval všechny členy rodiny, jak je společností rozuměna v účastnické zemi<sup>7</sup>

Oproti tomu rodinný život je jev dynamický. Jev, který dává konkrétní podobu rodinným vztahům. Odrazí v sobě prvek efektivity a primárně je založen na fakticitě.<sup>8</sup> Rodinný život je legitimní do té míry, pokud nepřekračuje veřejný pořádek v dané společnosti.

### 1.3 NORMATIVNÍ PODOBA PRÁVA NA RODINNÝ ŽIVOT

Právo na respektování rodinného života před svévolným nebo protiprávním zasahováním orgánů veřejné moci je obsaženo v celé řadě mezinárodních dokumentů.<sup>9</sup> Jedná se o základní lidské právo, které však není absolutní. Je derogovatelné a současně omezené limitačními klauzulemi.<sup>10</sup>

Zatímco Mezinárodní pakt o občanských a politických právech chrání rodinu před svévolným a protiprávním zasahováním orgánů veřejné moci, Evropská úmluva o lidských právech povoluje výjimky ze zákazu zasahování do rodiny a rodinného života pouze z důvodu veřejného zájmu. Úmluva o právech dítěte uznává jako jediný legitimní důvod zásahu do rodiny zájem dítěte. Tyto důvody omezení (tzv. *neurčité pojmy*) jsou však úmluvami formulovány velmi neurčitě a široce, takže poskytují státům dostatečnou volnost při jejich interpretaci a aplikaci.

## 2. POLYGAMIE A MEZINÁRODNÍ PRÁVO SOUKROMÉ

### 2.1 STATUSOVÁ PRÁVA

Na mezinárodním právu soukromém leží úkol vyřešit prejudiciální otázku ve vztahu k statusovým prá-

<sup>4</sup> HUNGER, P., KALVODOVÁ, V., *Afroasijské právní kultury*, MU–Brno, 2002.

<sup>5</sup> KOPECKÝ, R., *Hlavní instituty islámského rodinného práva*, Právník, ročník CXLII, číslo 10.

<sup>6</sup> Například Úmluva o souhlasu k manželství, nejnižším věku pro uzavření manželství a registraci manželství stanoví minimální požadavky pro úpravu manželství, jakožto trvalého svazku mezi mužem a ženou vzniklým na základě svobodného souhlasu, omezené minimálním věkem. Úmluva o státním občanství vdaných žen garantuje zvláštní naturalizační postup na základě žádosti cizinky. Podle Úmluvy o odstranění diskriminace žen mají smluvní strany závazek přijmout veškerá příslušná opatření k odstranění diskriminace žen ve všech věcech týkajících se manželství a rodinných vztahů a zejména zajistí, na základě rovnoprávnosti mužů a žen: stejné právo na vstup do manželství, stejné právo svobodně si vybrat manžela a vstoupit do manželství pouze se svobodným a plným souhlasem, stejná práva a povinnosti po dobu trvání manželství a při jeho zániku, stejná rodičovská práva a povinnosti bez ohledu na jejich manželský stav, ve věcech týkajících se jejich dětí. Ve všech případech musí být zájmy dětí prvořadě.

<sup>7</sup> Human Rights Committee, *General Comment No. 19 on Article 23(5)*, ops. Note 25, JASTRAM, K., NEWLAND, K.: Family unity and refugee protection, in, FELLER, E., TURK, V., NICHOLSON, F. (eds.): *Refugee Protection in International Law*, UNHCR's *Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, forthcoming 2002, p. 555–609.

<sup>8</sup> Evropský soud pro lidská práva, *Marckx v. Belgium/1979/*.

<sup>9</sup> Články 17, 23 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech  
články 9, 10, 22 Úmluvy o právech dítěte  
článek 8 Evropské úmluvy o lidských právech  
článek 16 Evropské sociální charty  
článek 17 Americké úmluvy o lidských právech (1969)  
článek 18 Africké charty lidských práv (1981)  
články XXIII. a XXV Africké charty o právech dítěte (1990).

<sup>10</sup> Stov. SUDRE, F., *Mezinárodní a evropské právo lidských práv*, MU–Brno, 1997.

vím. Tedy zodpovědět otázku jakým právním řádem se řídí osobní status cizince. Kolizní normy §§ 19–31 ZMPSP používají zejména hraničního určovatele *lex patriae* (státní občanství). Ovšem nesmíme opomenout přímou metodu určení. Takovouto přímou normou je čl. 12 Úmluvy o právním postavení uprchlíků z roku 1951.<sup>11</sup>

## 2.2 VÝHRADA VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Z prvku multikulturality vznikají *soukromoprávní* poměry s mezinárodním prvkem a dochází k pronikání cizích soukromoprávních institutů (cizích hodnot) zejména rodinného práva do českého právního prostředí. Tyto důsledky musí vnitrostátní právní řád řešit a právě zde sehrává mezinárodní právo soukromé v podobě ustanovení § 36 ZMPSP důležitou „obranou roli“ v podobě institutu výhrady veřejného pořádku. Kučera uvádí, že výhrada veřejného pořádku je ustanovením právního řádu, které umožňuje a také zavazuje odmítnout výjimečně použití ustanovení právního řádu, kterého se má v daném případě použít na základě tuzemské kolizní normy, jestliže by účinky tohoto použití v oblasti tuzemského právního řádu byly zásadně nepřijatelné.<sup>12</sup>

Dle Rozehnalové výhrada veřejného pořádku umožňuje orgánu rozhodujícímu v konkrétním případě odmítnout aplikaci normy zahraničního práva na niž odkazuje kolizní norma mezinárodního práva soukromého, pokud tyto účinky aplikace, by byly v rozporu (**pravidelně určité intenzity či stupně**) s veřejným pořádkem *loci fori*.<sup>13</sup> Pro aplikaci výhrady veřejného pořádku tak musí být splněny kumulativně 3 podmínky: *soukromoprávní vztah obsahující mezinárodní prvek, cizí aplikované právo, rozpor aplikace s veřejným pořádkem fori*.<sup>14</sup>

Při hodnocení, zda jsou v konkrétním případě splněny podmínky pro použití § 36 ZMPS, bude záležet na míře intenzity vztahu, který má posuzovaný případ k tuzemsku. Dle Kučery, čím bude vztah silnější, tím je větší nebezpečí nežádoucích důsledků. A výhrada veřejného pořádku se použije zejména u institutů rodinného práva.<sup>15</sup>

*Je nesporné, že monogamie je jednou ze základních hodnot křesťanství. Je ovšem tato hodnota natolik silná, že spadá do veřejného pořádku z hlediska mezinárodního práva soukromého?*

*Má existence polygamního manželství cizinců, kte-*

*ré český právní řád pouze respektuje a nikoliv zakládá, potřebnou intenzitu pro uplatnění výhrady veřejného pořádku?*

*Jaký vliv v tomto určení sehrává právo cizince na respektování rodinného života?*

Tím, že přiznáme polygamnímu manželství práva související s určitým právním postavením, ještě to automaticky neznamená, že polygamií konstitutivně zakládáme. Tímto uznáním pouze deklarujeme již stávající právní stav.

Právo na respektování rodinného života chrání stávající rodinný život, nikoliv právní normy cizinceva právního řádu, které mu dovolí uzavřít polygamní manželství. Tudíž uzavření polygamního manželství na území ČR, by dozajista bránila výhrada veřejného pořádku. Ale může výhrada veřejného pořádku bránit již fakticky legálně a legitimně založenému vztahu? Tito „polygamisté“ jsou stále cizinci a proto se jejich osobní status i nadále řídí podle určení kolizních norem mezinárodního práva soukromého. Základním problémem tedy je důsledek existence polygamního manželství v monogamní společnosti. Vzhledem k tomu, že postavení azylantů je obdobné trvalému pobytu, jsou s ním spojeny nároky na dávky sociální podpory, možnost zaměstnání atd., tak by polygamie eventuelně ve vztahu k veřejnému právu mohla znamenat určité administrativní těžkosti. Právní problém by mohl nastat až v souvislosti s naturalizací. Z těchto polygamních cizinců by se stali čeští občané (tedy čeští občané žijící ve státě zlegalizovaném polygamním manželství.) Trestní zákon v ust. § 210 zakazuje pouze uzavření nového manželství v době trvání dalšího manželství, ale byl by to případ těchto polygamistů?

Nabízeným řešením je, že již dříve existující polygamní manželství z hlediska výhrady práva veřejného nedosahuje potřebnou intenzitu, aby došlo k aplikaci tohoto institutu mezinárodního práva soukromého. Mezinárodní právo soukromé by tedy nemělo plnit funkci filtru zabraňující právnímu uznání platnosti polygamního manželství a tímto znemožnit přiznání postavení azylanta (manžela) za účelem sloučení rodiny. Pro účely osobního statutu cizince platí, že zákonnými manžely (manželkami) jsou všechny osoby, které *lex patriae* za takovéto považuje a český právní řád tento právní vztah musí respektovat, tedy i § 13 zákona o azylu.

<sup>11</sup> Viz. para. 3.1.

<sup>12</sup> KUČERA, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, 4. opravené a doplněné vydání, Doplněk, Brno, 1999, str. 183.

<sup>13</sup> ROZEHALOVÁ, N., TÝČ, V., *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*, MU–Brno, 2003, str. 122 a násl.

<sup>14</sup> Tamtéž.

<sup>15</sup> Blíže, KUČERA, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Doplněk, 4. opravené a doplněné vydání, Doplněk, Brno, 1999, str. 186.

### 3. POLYGAMIE A UPRCHLICKÉ PRÁVO

#### 3.1 ÚMLUVA O PRÁVNÍM POSTAVENÍ UPRCHLÍKŮ

Celá Úmluva o právním postavení uprchlíků (dále jen Úmluva) je koncipována tak, že mezinárodně právní ochrana se odvíjí od právního postavení uprchlíka v zemi pobytu.<sup>16</sup> Výjimku tvoří osobní status uprchlíka, který se řídí vnitrostátními předpisy země jeho domicilu,<sup>17</sup> jestliže domicil nemá, řídí se jeho postavení právem státu jeho pobytu.<sup>18</sup> Práva, která uprchlík dříve nabyt, a která se vztahují k osobnímu postavení, zvláště práva týkající se sňatku, jsou smluvním státem respektována, za předpokladu, pokud je to nezbytné, že to odpovídá formalitám požadovaným zákony tohoto smluvního státu i v případě, že by nebyl uznán za uprchlíka.<sup>19</sup> Článek 12 Úmluvy tak v sobě reflektuje omezení z důvodu veřejného pořádku hostitelské země.

Úmluva o postavení členů rodiny uprchlíka mlčí. Azyl za účelem sloučení rodiny je poskytován státem na základě principu jednoty rodiny, avšak definice rodiny je ponechána v diskreci státu. Většina kontinentálních národních právních úprav, stejně jako azylová legislativa EU, chrání nukleární rodinu.<sup>20</sup> UNHCR podporuje širší pojetí rodiny a do pojmu nukleární rodiny zahrnuje i polygamní manželství, jestliže byla platně uzavřena v zemi původu.<sup>21</sup>

Směrnice Rady EU o právu na sloučení rodiny, členské státy vybízí, aby v případě polygamního manželství, pokud již osoba usilující o sloučení rodiny má manžela žijícího s ním na území členského státu, nepovolily sloučení rodiny dalšího manžela.<sup>22</sup> Ovšem kvalifikační směrnice, žádné obdobné ustanovení neobsahuje. Za rodinné členy považuje manžela uznaného uprchlíka či osoby požívající subsidiární formy ochra-

ny, pokud rodina již existovala v zemi původu a tento manžel je přítomný na území stejného členského státu.<sup>23</sup>

#### 3.2 § 13 ZÁKONA O AZYLU – SPRÁVNÍ UVÁŽENÍ A NEURČITÉ POJMY SPRÁVNÍHO PRÁVA<sup>24</sup>

Azyl za účelem sloučení rodiny je oprávněním státu, které je postaveno na neurčitém pojmu správního práva v případě hodném zvláštního zřetele. Doktrína správního práva rozlišuje mezi správním uvážením a neurčitými pojmy správního práva. Neurčitý pojem správního práva je takový pojem, který není blíže obsahově vymezen ani jinými normami správního práva (např. veřejný zájem, veřejný pořádek, případy vhodné zvláštního zřetele), jehož obsah musí posuzovat správní orgán případ od případu na základě komplexního posouzení dané situace. Rozhodnutí je potom založeno na faktu, zda je obsah neurčitého pojmu v daném případě naplněn či nikoliv. Je-li naplněn musí správní orgán dále postupovat tak jak předpokládá právní norma.<sup>24</sup>

Podstatné je, že myšlenkový postup správního orgánu je jak v případě aplikace diskrece, tak v případě naplnění neurčitého právního pojmu totožný. V úvaze orgánu aplikujícím právo musí být zohledněn zejména účel principu jednoty rodiny a právo cizince na rodinu a rodinný život.

Správní orgán je omezen v rozsahu správního uvážení všemi relevantními právními normami, principy a hodnotami, které souhrnně vytvářejí kritéria, podle nichž a v jejichž rámci se může uskutečnit volba.

Proto správní orgán ve svém odůvodnění rozhodnutí o azylové žádosti v případě polygamního manželství musí jasně stanovit a obhájit užitá kritéria při poměrování mezi zájmy individuálními a veřejnými.

<sup>16</sup> JÍLEK, D., Hmotně a procesně právní závazky mezinárodního práva uprchlického, in, ČEPELKA, Č., JÍLEK, D., ŠTURMA, P., *Azyl a uprchlictví v mezinárodním právu*, MU-Brno, 1997, str. 66.

<sup>17</sup> Dle Blackova právního slovníku je domicil trvalé bydliště, sídlo, zákonný domov osoby. Místo, kde má člověk svůj opravdový, ustálený a trvalý domov a hlavní bydliště a kam, kdykoli je nepřítomen, má úmysl se vrátit. *Blackův právní slovník*, Victoria Publishing, 6. vydání, 1990.

<sup>18</sup> Článek 12 Úmluvy o právním postavení uprchlíků v oficiálním překladu uveřejněném ve sbírce zákonů ČR nemluví o domicilu, ale o zemi původu.

<sup>19</sup> Srov. čl. 12 Úmluvy o právním postavení uprchlíků.

<sup>20</sup> Srov. Směrnice Rady 2003/86 EC z 22. 9. 2003, Směrnice Rady 2004/83/EC z 29. 4. 2004, § 13 zákona č. 325/1999 Sb.

<sup>21</sup> Types of family reunification promoted by UNHCR, 5.(a)(i), UNHCR GUIDELINES ON REUNIFICATION OF REFUGEE FAMILIES (July 1983).

<sup>22</sup> Kapitola II, čl. 4 odst. 4 Směrnice Rady 2003/86/ES ze dne 22. září 2003 o právu na sloučení rodiny.

<sup>23</sup> Čl. 2(h) Směrnice Rady 2004/83/EC z 29. 4. 2004.

<sup>24</sup> § 13 Azyl za účelem sloučení rodiny

(1) Rodinnému příslušníkovi azylanta, jemuž byl udělen azyl podle § 12 nebo § 14, se v případě hodném zvláštního zřetele udělí azyl za účelem sloučení rodiny, i když v řízení o udělení azylu nebude v jeho případě zjištěn důvod pro udělení azylu podle § 12.

(2) Rodinným příslušníkem se pro účely sloučení rodiny podle odstavce 1 rozumí

- a) manžel azylanta
- b) svobodné dítě azylanta mladší 18 let, nebo
- c) rodič azylanta mladšího 18 let.

3) Předpokladem udělení azylu za účelem sloučení rodiny manželu azylanta je trvání manželství před udělením azylu.

<sup>25</sup> Srov. PRŮCHA, P., *Základní pojmy a instituty správního práva*, MU-Brno, 1998, str. 290.

Neboli zdůvodnit respektování či nerespektování polygamie na území České republiky oproti právu jedince na rodinný život a právu nebýt diskriminován.

## ZÁVĚR

Je-li účelem práva chránit fungující společenské vztahy, je pak na výsost žádoucí, aby existence rodiny byla otázkou faktu, která musí být zodpovězena případ od případu. Efektivní polygammí manželství, legálně založené v zemi původu uprchlíka, by mělo být hostitelským státem akceptováno jako legitimní rodinný vztah, který je hoden právní ochrany.

Kdo je považován za manžela určí *lex patriae* uprchlíka. Paragraf 13 zákona o azylu musí tuto právní skutečnost respektovat a za manželství považovat všechna platně uzavřená manželství v zemi původu. Naplnění neurčitěho pojmu *v případě hodném zvláštního zřetele* se řídí určitými pravidly. Správní orgán musí respektovat právo cizince na rodinný život, vycházet z Úmluvy o právech dítěte a jiných relevantních ustanovení mezinárodního práva. Ochrana veřejného pořádku neobstojí proti fungujícímu vícečlennému rodinnému svazku. Či stojí opravdu existence polygammího manželství proti zájmům státu? Jestliže ano, proti jakým a jaké kritérium bude vzato při výběru manžela? První manželství, poslední manželství, síla vztahu?

# HISTORIE A SOUČASNOST

## Některé otázky právní regulace hrobového místa

Petra Jakešová\*, Petr Dostálík\*\*

### REGULACE HROBOVÉHO MÍSTA V ANTICKÉM ŘÍMĚ

Regulace hrobového místa se v antickém Římě objevuje již v období rané republiky v zákoně dvanácti desek (*Lex Duodecim Tabularum*), a to nejen prostřednictvím norem práva veřejného (zákaz pohřbívání ve městě Římě<sup>1</sup>), ale i normami práva sakrálního.<sup>2</sup> Dle pontifická interpretace byl hrob považován za věc posvátnou – *res religiosa*, a tedy vyloučen z právního obchodu.<sup>3</sup>

Veřejnoprávní úprava se uplatňovala pouze za splnění určitých předpokladů, a to, že na soukromém pozemku mohly být lidské pozůstatky pohřbeny jen se souhlasem vlastníka pozemku – ani spoluvlastník nemohl na své části pozemku zřídit hrob bez souhlasu

zbývajících spoluvlastníků. Došlo-li ke zřízení hrobu bez souhlasu vlastníka, nebo nebyl-li souhlas dán dodatečně, nemělo toto místo právní povahu hrobu a nepožívalo veřejnoprávní ochrany.<sup>4</sup> Druhou podmínkou vzniku veřejnoprávní ochrany hrobu byla skutečnost, že do hrobu byly lidské pozůstatky opravdu vloženy.<sup>5</sup> Souhlasu vlastníka nebylo potřeba ke zřízení hrobu na tzv. veřejném pohřebišti. Soukromá ani veřejná pohřebišť nesměla být zřizována uvnitř městských hradeb, a to především z důvodů hygienických. Vzhledem k dané skutečnosti, byly cesty a silnice v okolí Říma lemovány náhrobky všech druhů, příkladem je Via Apia, Praenestina, Latina.

Ne všechny vrstvy římského obyvatelstva disponovaly dostatečnými prostředky ke zřízení poměrně nákladných hrobových míst. Mezi nižšími vrstvami říms-

\* JUDr. Petra Jakešová, asistentka katedry Správního práva a správní vědy, UP Olomouc

\*\* Mgr. Petr Dostálík, asistent katedry Teorie práva a právních dějin, UP Olomouc

<sup>1</sup> „Mrtvého člověka ve městě nepohřbívej, ani nespauj“. Viz SKŘEJPEK, M.: Texty ke studiu římského práva, Orac, Praha 2001, str. 47.

<sup>2</sup> CICERO, M. T.: De legibus, II, 9, 22 uvádí: „*Sacra privata perpetua manent. Deorum Manium iura sacra sunt. suos leto datos divos habent*“. Citováno dle vydání Teubner, Lipsiae 1898.

<sup>3</sup> Zařazení hrobu jako kultovního místa mezi věci vyloučené z právního obchodu máme – „*Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae quae diis Manibus relictas sunt*.“ Viz GAIUS: Učebnice práva ve čtyřech knihách, Doplněk, Brno 1999, str. 77.

<sup>4</sup> Tuto podmínkou uvádí shodně jak Gaiova Učebnice práva ve čtyřech knihách, tak Instituciones II, 2. 1–8 císaře Justiniana, viz BLAHO, P.: Justinianánské inštituce, Iura editio, Bratislava 2000, str. 78 a násl.

<sup>5</sup> „*Sepulchri autem appellatione omnem sepulturae locum contineri existimandum est*“ Viz *Ulp. Dig. 47, 12, 3, 2* Srovnej dále: „*Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt*.“ Viz *Ulp. Dig. 11, 7, 2, 5*.

ského obyvatelstva, zejména mezi římskou chudinou, bylo tedy velmi rozšířeno tzv. neúplné spalování.<sup>6</sup>

Se statutem hrobového místa byl spojen i vznik dalších práv a povinností, vycházejících z práva dědického. Testamentární i intestátní dědic, který získal majoritní část dědictví zůstavitele, měl povinnost hrob na své náklady udržovat a současně udržovat kult zůstavitele a jeho předků.<sup>7</sup> Tato povinnost původně náležela pouze agnátským příbuzným, později však byla rozšířena na každého, kdo z pozůstalosti nabyt převážnou část, a to nejen závětí, ale i odkazem. Důvodem byla snaha snížit možnost, že v případě, že by nezůstali žádní příbuzní, by tato služba zemřelému byla vykonávána další zúčastněnou osobou. V případě, že došlo ke stavu, že se osoba dědice již neshodovala s osobou vlastníka pozemku, na němž byl hrob zřízen, což se zejména stávalo při prodeji pozemku, vznikalo dědici věcné břemeno k pozemku, což jej opravňovalo k přístupu k hrobu i proti vůli majitele pozemku. Na rozdíl od jiných věcných břemen, toto věcné břemeno nemohlo vzniknout vydržením, tedy v tomto případě vykonáváním péče o hrob, se souhlasem majitele po dobu deseti nebo dvaceti let.<sup>8</sup> Na rozdíl od obecné právní úpravy však nemohlo toto věcné břemeno zaniknout nevykonáváním.

Proti osobám, které hrob poškozovaly, nebo ničily, byl dědic oprávněn použít zvláštní žalobu *actio sepulchri violati*. Ten, kdo hrobku ničil, poškozoval, či v ní jen neoprávněně bydlel, byl odsouzen k peněžité pokutě. Tato žaloba patřila mezi *actiones populares*. Nebylo-li dědice, byl aktivně legitimován kterýkoliv římský občan. V tomto je možno spatřovat poměrně ojedinělý zásah tehdejší státní moci do soudního sporu soukromoprávní povahy.

Za doby římského císařství se rozšířila právní ochrana hrobového místa. Jednání, které bylo v období republiky považováno za soukromoprávní delikt a z kterého tak příslušela soukromoprávní žaloba, bylo za císařství považováno za trestný čin, *crimen sepulchri violati*. K vyšetřování těchto trestných činů, stejně jako ke stíhání a trestání jejich pachatelů byly příslušny státní orgány. Vzhledem k přetrvávající

tradici považovali Římané znesvěcení hrobu za trestný čin proti náboženství, *crimen sacrilegii*, a stíháním a trestáním pachatelů takového trestného činu byl pověřen nejvyšší velekněz a hlava římského kultu, *pontifex maximus*.

Tato zesílená právní ochrana hrobového místa souvisí se zvýšením společenského zájmu na ochranu míst posledního odpočinku, který byl vyvolán i nástupem křesťanství.<sup>9</sup>

### PRÁVNÍ STATUT HROBOVÉHO MÍSTA NA NAŠEM ÚZEMÍ OD STŘEDOVĚKU PO SOUČASNOST

Křesťanství silně ovlivňovalo i právní úpravu hrobového místa ve středověku.<sup>10</sup> Hrobová místa byla soustředěna ve větších celcích, tedy ne již izolovaně jako ve starověku, a to na hřbitovech. Tyto hřbitovy byly zakládány plánovitě, nejprve mimo obce, po vzoru antických měst, později přímo v kostelech nebo v jejich těsné blízkosti.

Hřbitov měl stejně jako v období starověku statut místa posvátného, ale tato skutečnost se nezakládala na rozdíl od starověku tím, že do hrobu byly uloženy ostatky, tedy jednáním subjektu, ale projevem církevní moci, konkrétně vysvěcením. Dle učení katolické církve měly pouze osoby pohřbené na hřbitově naději na spásu a život věčný. Hřbitovy však nesloužily k pohřbívání všech osob.<sup>11</sup>

S nástupem raného středověku se hřbitovy stěhovaly z míst odlehlých přímo do center měst a osad. Velmi oblíbené bylo pohřbívání v kostelech, třebaže církevní orgány zde pohřbívání opětovně zakazovaly. Pohřbívání v kostelech a v blízkosti hrobů světců vycházelo zejména z víry ve vzkříšení těla. Zde se projevuje starověká myšlenka, že mrtví, kteří jsou pohřbeni ve světcově blízkosti, budou mít při posledním soudu přímluvu světce, a tedy zvýhodněné postavení. Snaha křesťanů odpočívat co nejbližší světcům, tedy nejlépe uvnitř kostela, přetrvávala poměrně dlouho. S přibýváním obyvatel v obci však již nebylo možné pohřbívání

<sup>6</sup> Mrtvola na hranici pouze zuhelnatěla, prohořením dřeva propadla do připravené jámy pod hranicí. Jáma byla poté zakryta vrstvou zeminy.

<sup>7</sup> Nutnost udržování kultu předků byla dána náboženskými představami, jak uvádí F. DE COULANGES: „Pokud tyto povinnosti nebudou plněny, jsou schopni zemřelí vystupovat z hrobů a škodit živým. Řekové a Římané měli stejné názory. Když přestali mrtvým nabízet pohřební jídlo, začali okamžitě vylézat z hrobů jako bludné stíny. Snažili se živé trestat, posílali na ně nemoci nebo činili půdu neúrodnou. Nedopřáli živým ani trochu klidu, dokud nebyla pohřební potrava obnovena.“ Citováno podle českého překladu COULANGES, F. DE: Antická obec, Sofia, Praha 1998, str. 22.

<sup>8</sup> KINCL, J., URFUS V., SKŘEJPEK, M.: Římské právo, C. H. Beck Praha 1995, str. 199.

<sup>9</sup> SKŘEJPEK, M.: Ius et religio. Právo a náboženství ve starověkém Římě, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 216 a násl.

<sup>10</sup> K otázce pohřbívání se vyjadřovali i církevní otcové a pro další osudy katolického funerálního ritu měl klíčový význam spis sv. Augustina *De cura pro mortuis gerenda*. Sv. Augustin však považoval pohřební obřady za pouhé consuetudines, zvyklosti, které nemají význam pro spásu duše zemřelého, ale přinášejí útěchu živým. Viz LE GOFF, J. (ed.): Encyklopedie středověku, Vyšehrad, Praha 2002, str. 677.

<sup>11</sup> Vyloučeny byly osoby jiné víry – kromě pohanů a židů měli vlastní hřbitovy i evangelíci. Právo na pohřeb ve vysvěcené půdě ztrácely také osoby, které odpadly od víry (osoby, které se odmítly před smrtí vyzpovídat), heretici, jako například albigenští a osoby, které zemřely v klatbě. Právo pohřbu v posvěcené půdě ztrácely také sebevrazi a nepokřtěné děti. Citováno dle OHLER, N.: Umírání a smrt ve středověku, H&H, Jinočany 2001, str. 160 a násl.

tolik zemřelých v kostelech a těla se tak začala pohřbívat v těsné blízkosti kostelů, z venkovní strany jeho zdi a na kostelním dvoře.

Přímo v kostelech se pak pohřbívali jen významní představitelé společnosti jako králové, biskupové, opati a pak také lidé, kteří se významnou měrou zasloužili o kostel. Tímto se tedy zemřelí přesunuli dovnitř městských hradeb a hroby tak začaly pronikat mezi lidská obydlí. Počátkem 14. století začali lidé vykopávat ze starých hrobů kosti, aby tak získali místo pro hroby nové – kosti se pak ukládaly v kostnicích<sup>12</sup>. V otevřených ochozech se vršily hromady lebek a kostí, které byly viditelné až ze hřbitova. Kostelní dvůr byl určen pro pohřbívání chudých, kteří neměli prostředky k zaplacení poplatků za uložení v kostele. Jejich těla byla házena do velkých společných jam, největší z nich pak byly schopny pojmut až patnáct set lidí<sup>13</sup>. (Až se jámy zaplnily, byly zasypany a hrobníci pak vykopali nové v místech nejstarších společných hrobů. Hroby byly lehce přístupné v zimě pro vlky nebo po celý rok pro zloděje mrtvol zásobující pítevný).

Následkem epidemií ve 13. a 14. století se začaly používat velké společné hroby, které pak od 15. století sloužily i nemajetným, kteří nemohli, či nechtěli zaplatit za pohřeb v kostele. Až do počátku novověku byl hřbitov místem, kde se konaly procházky, i milostné schůzky, platilo zde právo nedotknutelnosti osoby a právo azylové.

Ze shora uvedeného tedy vyplývá, že státní moc o hřbitovy neprojevovala zájem a zcela je ponechávala v působnosti církví. Tento stav trval až do konce osmnáctého století, kdy začalo docházet k prvním regulacím státu v dané oblasti. Hřbitov, jako místo sloužící pro pohřbívání lidských těl, byl považován za církevní ústav (viz např. pozdější rozhodnutí správního soudu 7-IX-1883, č. 2556), který byl zřízen a podporován z majetku církve<sup>14</sup> – církev mu také přiřkla právo místa posvátného (viz např. rozhodnutí správního soudu z roku 1882 č. 870 a z roku 1883 č. 2556) – „církevním posvěcením nabývá hřbitov charakteru vě-

cí posvátných a podléhá v tom směru pravomoci faráře ve všech věcech, které se podle nauky a kázně církevní posuzují“<sup>15</sup>. Byl majetkem náležejícím farnímu svazku a podléhajícím církevní jurisdikci<sup>16</sup>. Poměrně často se tedy stávalo, že kostel se hřbitovem tvořily jednu právnickou osobu, která byla spravována farní obcí.

Se vznikem nových křesťanských církví vznikaly i nové církevní hřbitovy, určené k pohřbívání zemřelých členů určitého vyznání, které byly souhrnně nazývány hřbitovy konfesionálními. Jejich správu zajišťoval farář a patron<sup>17</sup>, a to vždy oba společně<sup>18</sup>, obec mohla zasahovat pouze ve věcech týkajících se strážky zdravotnické. Ustanovování hrobníka, resp. hřbitovních zřízců, bylo na konfesionálním hřbitově právem církevních orgánů, a to i tehdy, když ustanovování těchto osob od dávných dob konáno bylo obcí<sup>19</sup>. Konfesionální hřbitov byl považován za součást kostelní budovy, a proto na jeho zřízení, rozšíření a udržování platily stejné předpisy, které zavazovaly farní kostely. Jestliže bylo zřízení nebo rozšíření konfesionálního hřbitova způsobeno ze zdravotních důvodů, neztrácel tím hřbitov svůj charakter.<sup>20</sup> Charakterem konfesionálního hřbitova se zabýval i správní soud v rozhodnutí 14-XI-1878, Budw. 361, který ve své judikatuře uvádí, že „ta okolnost, že obec je majitelkou hřbitova, nevylučuje úplně možnost, že hřbitov je přesto konfesionální.“

Dvorní dekret ze dne 3. března 1771 nařizoval, že při každém kostele, kde se nachází hřbitov, musí být zřízena úmrlčí komora k uložení lidských pozůstatků po dobu nejméně dvou dnů od úmrtí. Přesně byly stanoveny požadavky, jak má tato komora vypadat. (Komora má být vystavena z kamene, opatřena okny s drátěnou mříží a kamny, aby v zimě bylo zabráněno mrznutí zdánlivě mrtvých. Mrtvoly zde mají být uloženy v otevřených rakvích a ruka mrtvoly má být spojena s drátem, který vede ke zvonku, umístěnému v bytě hrobníka, pro případ procitnutí zdánlivě zemřelého. Komora má být v noci osvětlována a dveře zvenčí uzavřeny tak, aby snadno mohly být otevřeny). Od

<sup>12</sup> Blíže ARIES, P.: Dějiny smrti, Argo, Praha 2000.

<sup>13</sup> Tamtéž.

<sup>14</sup> Blíže např. zákon č. 50/1874, § 41, 42.

<sup>15</sup> Shodně PAULY, Hřbitovní a pohřební právo, Praha 1941, str. 13.

<sup>16</sup> Správa konfesionálního hřbitova přísluší církevním a ne obecním orgánům – soudní rozhodnutí 22-II-1895, č. 958.

<sup>17</sup> Prohlášení patrona, nebo faráře, že konfesionální hřbitov se předává do správy obecní bez svolení přířazených obcí a schválení nadřízených úřadů je právně neúčinné – soudní rozhodnutí 13-IX-1899, č. 7380. Patron sám nevede správu církevního jmění samostatně, nýbrž s příslušným farářem a v tom je podřízen státním a církevním úřadům – soudní rozhodnutí Budw. č. 3443, 16-II-1887. Pokud patron místo sebe svěřuje správu hřbitova svým úředníkům, ručí svým majetkem za jejich výkony – rozhodnutí správního soudu č. 5021 z roku 1897.

<sup>18</sup> K ustanovování hřbitovních zřízců, stanovení jejich platů a propouštění je oprávněna správa církevního jmění, tedy farář a patron společně, nikoliv sám patron nebo sám farář – die soudního rozhodnutí Budw. 7116.

<sup>19</sup> Soudní rozhodnutí Budw č. 13282, z roku 1899.

<sup>20</sup> Blíže rozhodnutí 3-II-1883, č. 186.

roku 1772 nebylo možno zřizovat hřbitovy bez svolení politického úřadu<sup>21</sup>.

Několika dvorskými dekrety z roku 1784 bylo ustanoveno ohrazení hřbitovů zdi a opatření křížem a zároveň nařízeno, že všechny hroby a hřbitovy, které se nacházejí uvnitř osad, musí být uzavřeny a namísto nich zřízeny hřbitovy nové, respektující dostatečnou vzdálenost od obce. Stát prostřednictvím dekretů zasahoval i do oblasti stavby hřbitova. Dvorský dekret z 23. srpna 1784 stanovil, že nové hřbitovy se mají zakládat v přiměřené vzdálenosti od osady.<sup>22</sup> (Stejně tak hovoří rozhodnutí správního soudu č. 196 z roku 1878 – „hřbitov se nemá rozšiřovati směrem k osadě.“)

Další regulace státu bylo zapotřebí, když se katolická církev neústupně bránila pohřbívání ateistů a sebevrahů na hřbitově. Dvorský dekret č. 1460, vydaný v roce 1788, stanovil, že v obcích s obyvateli různých náboženství má být zřízen buď hřbitov společný, nebo podle potřeby více hřbitovů, které mají být rozděleny tak, aby zde bylo možno pohřbívat příslušníky jednotlivých vyznání. Podobnou intervencí je císařský patent č. 24/1850 ř. z., který stanovil, že se sebevrazi pohřbívají na hřbitově ve vsi tichosti, tedy ne jako doposud s vyloučením za hřbitovní zdi.

Další zásahy státní moci do církevního práva pak byly uplatňovány i z jiných důvodů, a to hygienických. Vydáním zdravotního zákona č. 68/1870 ř. z., který rovněž jako shora uvedené dekrety platil na našem území až do poloviny dvacátého století, se již viditelně odráží snaha státu přeměnit hřbitov ve *veřejný ústav*<sup>23</sup>. Tento zákon stanovil, že obcím v samostatné působnosti jsou svěřeny tyto pravomoci – „zřizovat a dohlížeti v dobrém stavu komory úmrlců a hřbitovy a dohlížeti k nim“. Co se týče přenesené působnosti obcí, zmínovaný zákon stanovil, že obce mají „přihlížeti k tomu, aby se zachovávaly nařízení a předpisy o pohřbích, pokud se týkají policie zdravotní“. Církvím tedy bylo ponecháno právo zřizovati jejich konfesionální hřbitovy<sup>24</sup>, ale tam, kde jednotlivé náboženské společnosti nechtěly nebo nemohly zřizovat hřbitovy nové, bylo toto uloženo jako povinnost obcím<sup>25</sup>. Je tedy zřejmé, že zatímco církvím byla dána možnost, u obcí se již jednalo o zákonnou povinnost. Ve skutečnosti však již vznikaly pouze hřbitovy obecní.

Krátce po vzniku Československé republiky byly hřbitovy prohlášeny za *veřejné zdravotní ústavy* určené k pietnímu pohřbívání, ke konání náboženských pohřebních obřadů, projevů, uctívání zemřelých a hřbitovním slavnostem. Tento charakter se projevoval tím, že jejich zřízení muselo proběhnout v souladu se zákonem, místa k pohřbení měl za určitých podmínek právo využívat každý. Nositelem hřbitovního práva byl ten, komu náleželo vedení ústavu – čili obec, výjimečně stát. Hlavní zásadou bylo, že „hřbitovy nemají účelu výnosového, nýbrž mají sloužit k tomu, aby plnily veřejný účel“.

V souvislosti se shora zmiňovanou správou uvedme některá ustanovení zákona č. 96/1925 Sb., o vzájemných poměrech náboženských vyznání:

- a) Nikdo nesmí bránit slušnému pohřbení na hřbitově, ani je zakazovat, či rušit.
- b) Duchovní správci smějí odepřít pohřbení toho, kdo nebyl jejich příslušníkem, jen je-li v obvodu obce, kde smrt nastala obecní hřbitov či hřbitov pro příslušníky církve, k níž zemřelý patřil.
- c) Je-li v obci několik cizích náboženských hřbitovů, ale žádný hřbitov obecní, pohřbí se zemřelý na hřbitově podle přání toho, kdo objednává pohřeb.

Všechny zmíněné předpisy obsahovaly shodné ustanovení o tom, že obecní hřbitov slouží potřebě všech obyvatel obce. Tehdejší judikatura správních soudů tedy dovozovala, že této povinnosti hřbitovních správ musí odpovídat veřejnoprávní nárok na použití hřbitova. Za použití hřbitova pak hřbitovní správy jako orgány upravující veřejné ústavy vybíraly a stanovovaly hřbitovní poplatky.

Jak již bylo shora zmíněno, hřbitovní správy, povolané k výkonu určité části veřejné správy, mohly samy činit nezbytná opatření k zabezpečení provozu hřbitovů způsobem odpovídajícím zákonu a veřejnému zájmu na pohřbívání. Za tímto účelem jim bylo přiznáno oprávnění vydávat pro užívání svého hřbitova všeobecné předpisy. Vycházelo se z principu „každý uživatel hřbitova vstupuje do mocenské sféry hřbitovní správy a stává se jí právně podrobeným, protože ona je

<sup>21</sup> Politickým úřadům přísluší právo dozorcí nad hřbitovy – rozhodnutí správního soudu č. 339, z roku 1882. Politické úřady jsou oprávněny zakázat užívání hřbitovních pozemků, které se nesrovnávají se hřbitovem jako věcí kultu – rozhodnutí správního soudu č. 931, z roku 1895. Rozhodnutí o tom, zdali vyhlášené místo pro hřbitov z důvodů zdravotních se hodí, je právem příslušných úřadů – rozhodnutí správního soudu č. 910, z roku 1882.

<sup>22</sup> Úřady nejsou vázány uznati větší vzdálenost hřbitova od lidských přebytků nežli 5 sáhů – dle rozhodnutí správního soudu č. 3055 z roku 1888.

<sup>23</sup> Veřejným ústavem se rozumí souhrn věcných a osobních prostředků, s nimiž disponuje subjekt veřejné správy za účelem trvalé služby zvláštnímu veřejnému účelu. Můžeme rozlišovat veřejné ústavy samostatné a nesamostatné. Samostatné mohou být zřizovány toliko zákonem nebo právním aktem vydaným na jeho základě a stávají se tak právními osobami. Vznik nesamostatných veřejných ústavů záleží na vůli subjektu, či konkrétního vykonavatele veřejné správy.

<sup>24</sup> Dle § 3 zdravotního zákona z roku 1870 nebyly konfesionální hřbitovy změněny na ústavy obecní – soudní rozhodnutí č. 870, z roku 1882.

<sup>25</sup> Zákon zdravotní nenařizuje, že napříště se mají zřizovati jen hřbitovy obecní, konfesionální hřbitovy možno dále zakládati – soudní rozhodnutí č. 1781, 14–XI–1878.



nositelem moci veřejné<sup>26</sup>. Každá hřbitovní správa si tedy vydávala svůj hřbitovní řád<sup>27</sup>. V řádu byla zpravidla ustanovení o tom, kdo je vlastníkem hřbitova, komu přísluší jeho správa, ustanovení o druzích, velikosti, výzdobě, udržování a otevírání hrobů, o právu na pomníky a náboženské symboly, o trvání hřobových míst, o chování na hřbitově, o právech a povinnostech hrobníka a o hřbitovních poplatcích<sup>28</sup>.

Velké změny v dalším vývoji znamenal zákon 218/1949 Sb., o hospodářském zabezpečení církví a náboženských společností, díky němuž přestaly platit i všechny předpisy o správě konfesionálních hřbitovů. Stát dožíral nad majetkem církví a náboženských společností. Církev, dosud považovaná za veřejnoprávní korporace, se staly pouhými občanskými spolky. Církevní hřbitovy začaly být označovány jako konfesionální pohřebiště a od roku 1956 byly převedeny do správy místních národních výborů. Církevní hřbitovy nemohly vznikát, neboť církve ztratily k tomu oprávnění. Z propůjčení místa na hřbitově se stala služba poskytovaná místním národním výborem.

Od roku 1950 se obecní hřbitovy staly hřbitovy státními a byly spravovány dle zásad platných pro správu národního majetku a to až do roku 1991, kdy na základě zákona č. 177/1991 Sb. přešly do majetku obcí.

## SOUČASNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA V ČESKÉ REPUBLICĚ

Současnou právní úpravu hřobového místa vymezuje zákon o pohřebnictví<sup>29</sup>, speciální právní úpravu pak tvoří zákon o válečných hrobech a pietních místech<sup>30</sup>.

*Veřejné pohřebiště* je zákonem o pohřebnictví definováno jako prostor určený k pohřbení lidských pozůstatků nebo uložení zpopelněných lidských ostatků v podobě míst pro hroby a hrobky nebo úložiště jednotlivých uren nebo rozptylové či vsypové louky nebo jejich kombinace.

*Provozování veřejného pohřebiště* jako službu ve veřejném zájmu zajišťuje obec v samostatné působnosti, nebo registrovaná církev či náboženská společnost. Nemůže-li však toto obec sama zajistit v územním obvodu své působnosti, je povinna zajistit provozování veřejného pohřebiště v jiné obci v okolí, a to na základě dohody s provozovatelem. Obec plní rovněž důležitou funkci při aktu zřízení veřejného pohřebiště, které se zřizuje na její návrh, a to na pozemku v jejím vlastnic-

tví. Dotčenými orgány při zřízení veřejného pohřebiště jsou krajská hygienická stanice a vodohospodářský orgán. Pokud mají být součástí veřejného pohřebiště hroby, je v zákoně stanovena povinnost předložení výsledků hydrogeologického průzkumu, z něhož je zřejmé, že je pozemek k pohřbívání vhodný.

Zákonem jsou rovněž regulovány poměry zrušení veřejného pohřebiště. Veřejné pohřebiště může být zrušeno jen ve veřejném zájmu a na základě rozhodnutí územně příslušného krajského úřadu. Pro zrušení je ovšem nutné, aby uplynuly všechny lhůty, na které byla pronajata hřobová místa – nejdříve však po uplynutí tlečí doby od posledního uložení lidských pozůstatků do hrobu. Je-li z důvodu veřejného zájmu výjimečně nutné zrušit pohřebiště před uplynutím lhůt, je územně příslušný krajský úřad povinen zajistit a uhradit exhumace a převezení lidských ostatků, jakož i přemístění zeminy a travního porostu z rozptylových a vsypových luk, na jiné vhodné veřejné pohřebiště. V souvislosti se zrušením veřejného pohřebiště může být v případě nutnosti vyhlášen i zákaz pohřbívání. O tomto rozhoduje příslušný orgán státní správy v případě, že by dalším pohřbíváním mohlo dojít k ohrožení veřejného zdraví nebo vodního hospodářství – může se jednat o část, nebo i celé území veřejného pohřebiště, kde se zákaz pohřbívání uplatní. Pokud se jedná pouze o zákaz pohřbívání lidských pozůstatků do hrobů, lze nadále pohřbívat jinými způsoby, pokud není stanoveno jinak.

Jaké povinnosti jsou zejména zákonem stanoveny obci, registrované církvi, náboženské společnosti, či fyzické nebo právnické osobě, která provozování pro ně zajišťuje jako provozovatelům pohřebiště?

Provozovat veřejné pohřebiště v souladu s *řádem veřejného pohřebiště*, v souladu se zákonem o pohřebnictví a zvláštními právními předpisy, stanovit stejné podmínky pro sjednání nájmu každému nájemci, dodržovat etický rámec jednání, či vést evidenci související s provozováním veřejného pohřebiště.

Samotné provozování veřejného pohřebiště zahrnuje výkopové práce související s pohřbením a exhumací, pohřbívání, provádění exhumací, ukládání, rozptyl a vsyp zpopelněných lidských pozůstatků, správu a údržbu veřejného pohřebiště, včetně komunikací a okolní zeleně, pronájem hřobových míst a vedení související evidencí, která obsahuje zejména osobní údaje osob, jejichž ostatky jsou na veřejném pohřebišti uloženy, a to včetně nebezpečné nemoci, kterou byly tyto osoby nakaženy, dobu uložení pozůstatků, či ostatků těchto osob, údaje o fyzické či právnické osobě,

<sup>26</sup> PAULY, J.: Hřbitovní a pohřební právo, Praha 1941, str. 56.

<sup>27</sup> „Hřbitovní řád jest podstatnou součástí hřbitova a jeho vlastním zákonem“ – zákon č. 332/1920 Sb. Hřbitovní řád je v dnešní době považován za zvláštní druh vnitřního předpisu označovaného jako provozní řád. Je vydáván obcí v samostatné působnosti. Blíže k dané problematice zákon o pohřebnictví 256/2001 Sb., dále obecně HENDRYCH, D.: Správní právo, C. H. Beck, Praha 2003, str. 115.

<sup>28</sup> PAULY J.: Hřbitovní a pohřební právo, Praha 1941, str. 57.

<sup>29</sup> Zákon č. 256/2001 Sb.

<sup>30</sup> Zákon č. 122/2004 Sb.

kteřá je nájemcem hrobového místa, údaje o uzavření nájemní smlouvě, skutečnosti související se zákazem pohřbívání či údaje o hrobovém zařízení.

Jak již tedy bylo zmíněno výše, provozování veřejného pohřebiště musí být mimo jiné v souladu s řádem veřejného pohřebiště. Problematika řádu veřejného pohřebiště, který je možno zařadit mezi provozní řády, je blíže upravena v § 18, 19 zákona o pohřebnictví, v platném znění. Již ze samotného faktu, že se zákonodárce věnoval této problematice pouze ve dvou ustanoveních, je zřejmé, že daná právní úprava nebude zcela dostačující. Z dikce zákona nevyplývá jakou formou má obec řád veřejného pohřebiště vydat, zda-li obecně závaznou vyhláškou, usnesením rady obce, či usnesením zastupitelstva obce.

Dle ustanovení zákona o pohřebnictví<sup>31</sup> je provozování pohřebiště službou ve veřejném zájmu, zajišťovanou obcí v samostatné působnosti. Ve článku 104 odst. 3 Ústavy je vyjádřeno právo zastupitelstev v mezích své působnosti vydávat obecně závazné vyhlášky. Tato pravomoc je všeobecně považována za jeden ze základních projevů samosprávy, při jejímž výkonu realizují zastupitelstva výkon veřejné moci v souladu se zákony. Z ústavního pořádku a zákona o obcích plyne, že pro vydání obecně závazné vyhlášky potřebuje obec zákonné zmocnění, musí dodržet meze působnosti vymezené zákonem, nemůže upravovat otázky, které jsou vyhrazeny pouze zákonně upravě a nemůže upravovat záležitosti, které jsou již upraveny právními předpisy práva veřejného nebo soukromého. Jak již bylo výše uvedeno, zákon o pohřebnictví blíže nespecifikuje právní formu řádu veřejného pohřebiště a rovněž v něm není uvedeno výslovné zmocnění k vydání obecně závazné vyhlášky. V této souvislosti tedy zmiňujeme náleze Ústavního soudu<sup>32</sup>, podle něhož „v případech, kdy obec vystupuje jako subjekt určující pro občana povinnosti jednostrannými zákazy a příkazy, tj. jestliže zejména vydává obecně závazné vyhlášky, jejichž obsahem jsou právní povinnosti, může tak činit jen v případě výslovného zákonného zmocnění“.

Další skutečností svědčící v neprospěch vydání hřbitovního řádu ve formě obecně závazné vyhlášky je fakt, že podmínky pro publikaci řádu dle zákona o pohřebnictví nejsou totožné s podmínkami stanovenými zákonem o obcích<sup>33</sup>, stejně tak jako rozdílný právní režim procedury přijímání. Ostatně k závěru, že nejde o samosprávný právní předpis docházíme i v případě, kdy by veřejné pohřebiště provozovala registrovaná církev, či náboženská společnost, neboť tyto

subjekty nejsou dle zákona způsobilé vydávat obecně závazné vyhlášky. Rovněž proti vydání řádu veřejného pohřebiště ve formě obecně závazné vyhlášky svědčí i existence předchozího souhlasu krajského úřadu, neboť tento předchozí souhlas by byl v rozporu s ústavním právem zastupitelstva vydávat obecně závazné vyhlášky<sup>34</sup>.

Z tohoto tedy dovozujeme, že vydání řádu pohřebiště ve formě obecně závazné vyhlášky je dle shora uvedeného napadnutelné a umožňuje tedy využití jiného způsobu, tj. v našem případě použití formy *jiného opatření obecní rady v samostatné působnosti*<sup>35</sup>. Takovým opatřením je schválení řádu pohřebiště v působnosti rady obce<sup>36</sup> na základě zákona o obcích<sup>37</sup>, a to z důvodu, že rada obce rozhoduje v ostatních záležitostech patřících do samostatné působnosti obce, pokud nejsou vyhrazeny zastupitelstvu obce, nebo pokud si je zastupitelstvo obce nevyhradilo. Z toho vyplývá, že přijímání řádu veřejného pohřebiště, jako záležitost patřící do samostatné působnosti obce, v níž není rozhodování vyhrazeno zastupitelstvu obce, spadá do pravomoci rady obce.

Shodně hovoří i Ústavní náleze č. 583/2004, který mimo jiné stanoví, že v něm zmiňovaná vyhláška upravuje věci, jejichž regulace je svěřena obcím cestou zveřejněného řádu veřejného pohřebiště. *K jeho vydání, ať již radou nebo zastupitelstvem, které by si jeho vydání vyhradilo (§ 102 odst. 3 zákona o obcích)*, se však vyžaduje předchozího souhlasu příslušného orgánu státní správy.

Hendrych definuje provozní – ústavní řády jako zvláštní druh vnitřních předpisů, které jsou vydávány zařízeními užívanými veřejností za účelem poskytování nějaké služby, péče nebo uplatnění nároku. Zmíněné řády nemusí být vydávány jen jako interní předpisy příslušných zařízení, ale mohou mít i formu právního předpisu nebo statutárního předpisu. Mezi specifické znaky těchto řádů patří především to, že upravují podmínky užívání nějakého zařízení veřejností, a ta se takovým podmínkám dlouhodobě podřizuje, aniž je tím omezována ve svých právech a svobodách vně takových zařízení. Jako důsledek onoho podřízení vzniká odpovědnost za porušení řádu podle příslušných právních předpisů<sup>38</sup>.

Dále nám pak vyvstává interpretační problém, zda lze veřejná pohřebiště považovat za *veřejné prostranství*. Pojem veřejného prostranství je upraven v zákoně o obcích – za veřejná prostranství jsou považována všechna náměstí, ulice, tržiště, chodníky, veřejná

<sup>31</sup> § 16 odst. 1, zákona č. 256/2001 Sb., v platném znění.

<sup>32</sup> Nález ÚS č. 51/2001.

<sup>33</sup> Shodně KADEČKA, *Obecně závazné vyhlášky obcí*, Praha, 2003.

<sup>34</sup> Shodně KADEČKA, *Obecně závazné vyhlášky obcí*, 2003, Praha, str. 232.

<sup>35</sup> Shodně MAREK, *Veřejná správa*, 2002.

<sup>36</sup> Shodně KADEČKA, *Obecně závazné vyhlášky obcí*, Praha, 2003, str. 233.

<sup>37</sup> § 102 odst. 3, zákona č. 128/2000 Sb., v platném znění.

<sup>38</sup> HENDRYCH D., *Správní právo*, C. H. Beck, 2003, str. 170.

zelení, parky a další prostory přístupné každému bez omezení, tedy sloužící obecnému užívání, a to bez ohledu na vlastnictví k tomuto prostoru.

Z určitého hlediska můžeme namítat, že pohřebiště nenaplníují kritérium veřejného prostranství, a to vzhledem k časové omezenosti rozsahu přístupu na tato místa, a to stanovením provozní doby. Dále pak, pokud jsou tato místa ve vlastnictví církví a náboženských společností, nemusí být vždy zajištěno využívání těchto prostor širokou veřejností.

Domníváme se však, že veřejná pohřebiště lze považovat za místa veřejná prostranství, neboť míst, na kterých je časově omezen volný přístup je mnoho a nikdo zatím o jejich charakteru veřejného prostranství nepochyboval (parky, hřiště, pasáže)<sup>39</sup>.

Shora zmiňovaná oblast právní formy řádu veřejného pohřebiště není bohužel jedinou diskutabilní. Sporný je samotný § 19 zákona o pohřebnictví, který vymezuje obsah řádu veřejného pohřebiště. Společně s dalšími autory si klademe otázku, zda má řád veřejného pohřebiště *povahu aktu soukromého, či veřejného práva*<sup>40</sup>. Pokud by měl být aktem práva veřejného, upravoval by právní vztahy mezi provozovatelem pohřebiště a dalšími fyzickými a právnickými osobami autoritativně z pozice obce jako vykonavatele veřejné moci. Pokud by však naopak měl být aktem práva soukromého, musel by být založen na vzájemné rovnosti stran, a tedy na souhlasu těch, jimž je určen.

Zákonná právní úprava ale obě tato hlediska směřuje a právní povaha řádu veřejného pohřebiště není tedy zřejmá. Ze skutečnosti, že je v řádu pohřebiště upravena problematika podmínek pro sjednávání nájmu, bychom vyvozovali, že se jedná o akt povahy soukromoprávní. Po přečtení § 19 odst. 2 však svůj názor měníme v návaznosti na skutečnost, že má řád upravovat povinnosti návštěvníků veřejného pohřebiště v souvislosti s pořádkem na veřejném pohřebišti a zachováním důstojnosti tohoto místa a dále pak způsob a pravidla užívání zařízení veřejného pohřebiště, pokud je takové úpravy třeba. Stanovení povinností je dozajista projevem veřejné moci. Toto ustanovení by tedy nasvědčovalo tomu, že řád bude normou povahy veřejnoprávní. Tento závěr je však vzápětí znovu negován tím, že řád má upravovat povinnosti nájemce hřobového místa, což je dozajista založeno na smluvním vztahu s účastníky v rovném postavení. S ohledem na shora uvedené je tedy zřejmé, že hřbitovní řád nemůžeme přesvědčivě označit ani za akt soukromého práva, ani za akt práva veřejného.

Zamysleme se také nad problematikou *věcného obsahu řádu veřejného pohřebiště*, který je upraven v § 19 odst. 2 zákona o pohřebnictví. Stanovení náležitostí řádu veřejného pohřebiště zákonem je důležité z pohledu vytvoření nezbytného obecného rámce v oblasti

provozování pohřebišť v oblastech s rozdílnými místními podmínkami. Základní náležitosti se tedy dotýkají zabezpečení požadavků kladených na provoz z pohledu ochrany veřejného zdraví, veřejného pořádku, včetně zachování důstojnosti a v neposlední řadě mají návaznost i na úpravu užívání hřobových míst<sup>41</sup>.

Od vymezení statutu veřejného pohřebiště se dostáváme k objasnění pojmu hřobového místa. *Hřobovým místem* se dle znění zákona o pohřebnictví rozumí místo na pohřebišti, určené pro zřízení hrobu nebo hrobky, nebo vyhrazené místo v úložišti jednotlivých uren. Zákon dále vymezuje požadavky, které musí hroby splňovat pro ukládání lidských pozůstatků – hloubku, výšku nad hladinou podzemní vody, vzdálenost mezi jednotlivými hroby a výšku zasypání hrobu zeminou. Nežpopelněné lidské ostatky musí být uloženy v hrobě po tlečí dobu, která se zřetelem ke složení půdy musí trvat minimálně deset let.

Pokud se jedná o právní charakteristiku *užívacího vztahu k hřobovému místu*, pak zákon o pohřebnictví stanoví, že se hřobové místo pronajímá, a to na základě písemné smlouvy mezi provozovatelem pohřebiště jako pronajimatelem a nájemcem. Z toho tedy vyplývá, že tato specifická podoba nájemního vztahu nahrazuje předešlou právní úpravu půjčování místa na veřejném pohřebišti. V novém pojetí je vztah subjektů založen na jejich rovném postavení při dostatečném zabezpečení ochrany veřejného zájmu, přičemž tento vztah můžeme považovat za komplexnější – umožňuje např. při přechodu práv v důsledku úmrtí postupovat obdobným způsobem jako při nakládání s hřobovým příslušenstvím.

Právní úprava nájemního vztahu k hřobovému místu je nyní obsažena v § 25 odst. 1, 2 zákona o pohřebnictví, který uvádí – nájem hřobového místa vzniká na základě smlouvy o nájmu hřobového místa uzavřené mezi provozovatelem pohřebiště jako pronajimatelem a nájemcem. Smlouva o nájmu musí mít písemnou formu a musí obsahovat výši nájemného a výši úhrady za služby spojené s nájmem, pokud je provozovatel pohřebiště poskytuje. V případě, že se jedná o nájem hřobového místa v podobě hrobu, musí být doba, na niž se smlouva o nájmu uzavírá, stanovena tak, aby od pohřbení mohla být dodržena tlečí doba stanovená pro veřejné pohřebiště, na němž se hrob nachází. V následujícím ustanovení (§ 26) se hovoří o tom, že nájem hřobového místa lze sjednat i na dobu předcházející pohřbení nebo uložení urny. Podnájem hřobového místa je zakázán.

V dalších ustanoveních zákona o pohřebnictví jsou blíže specifikovány konkrétní povinnosti, jež z nájemního vztahu provozovateli a nájemci vyplývají. Jejich smyslem má dozajista být bezporuchová funkce nájemního vztahu, právní jistota obou stran ohledně vzá-

<sup>39</sup> Shodně MAREK, Veřejná správa, 2002.

<sup>40</sup> Shodně VEDRAL, Veřejná správa, 2001.

<sup>41</sup> Shodně KOUDELKA Z., Právní předpisy samosprávy, Linde, 2001, str. 188.



## Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

### Mezinárodní konference „Nové jevy v hospodářské kriminalitě“. Právní a kriminologické aspekty

Eva Žatecká\*, Milana Hrušáková\*\*

Dne 10. 2. 2005 se na brněnské právnické fakultě Masarykovy univerzity uskutečnila pod gescí katedry trestního práva mezinárodní konference zaměřená na problematiku hospodářské kriminality, zejména nových jevů v ní se vyskytujících.

Konference byla zahájena tématickým blokem kriminologických a praktických trestněprávních aspektů, jež se dále členil na část zabývající se výsledky kriminologických výzkumů, blokem zabývajícím se poznatky z policejní praxe a tématickým blokem složeným z příspěvků státního zastupitelství. Prvou část zahájil PhDr. Miroslav Scheinost z Institutu pro kriminologii a sociální prevenci Praha s příspěvkem „Vybrané výsledky výzkumu hospodářské kriminality“, následovala jej doc. JUDr. Helena Válková, CSc., z Právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni s příspěvkem na téma „Hospodářská kriminalita ve světle současných kriminologických teorií“. S dalším příspěvkem vystoupil prof. PhDr. Gustáv Dianiška, CSc., z PrF Trnavské univerzity v Trnavě s „Novými jevy v hospodářské kriminalitě SR (z pohledu kriminologického a právního)“ a mohli jsme tak srovnat jevy vyskytující se v právu českém i slovenském. Závěr tohoto kriminologického bloku patřil kolektivu autorů ze Západočeské univerzity v Plzni (JUDr. Simona Stočesová, JUDr. Jana Hulmáková a Mgr. Petr Škvain) s jejich příspěvkem „Vývoj hospodářské kriminality a trestní politiky vůči pachatelům hospodářské kriminality na území ČR“. O poznatky z policejní praxe se s námi podělil prof. JUDr. Jaroslav Ivor, CSc. z Akadémie Policejního sboru v Bratislavě, SR s příspěvkem „Trestná činnost v souvislosti s tzv. nebankovními subjekty v SR“. Závěr celého tematického bloku patřil JUDr. Františku Vondruškovi z Nejvyššího státního zastupitelství ČR, jenž hovořil na téma „K některým poznatkům a zkušenostem státních zastupitelství z postihu ekonomické a finanční kriminality“. Před dalším tematickým blokem následovala diskuze k předneseným tématům.

Na první blok příspěvků navázal druhý dopolední s názvem Trestněprávní aspekty de lege lata, v je-

hož rámci vystoupil prof. JUDr. Ivan Šimovček, CSc., z PrF Trnavské univerzity v Trnavě s příspěvkem „Využití počítačů při páchání hospodářské kriminality“, který nás uvedl do problematiky zneužívání počítačových virů, ale i dalších prostředků, které využívají počítač druhé osoby k páchání trestné činnosti. JUDr. Tomáš Gřivna z PrF Univerzity Karlovy v Praze se blíže zabíral často diskutovanou otázkou „Trestního postihu korupce v obchodních vztazích“, a v jeho příspěvku zazněl požadavek na alespoň minimální harmonizaci skutkových podstat trestných činů v rámci EU tak, aby korupce mohla být účinně postihována. JUDr. Petr Vaněček z Okresního soudu v Pardubicích a také externí doktorand KTP PrF MU v Brně vystoupil se zajímavým tématem „K legalizaci výnosů z trestné činnosti“. Snažil se odpovědět zejména na otázku, které prostředky ještě můžeme zařadit do rámce výnosů z trestné činnosti a které již do této kategorie zahrnout nemůžeme. JUDr. Michael Vrtek z Městského soudu v Brně a externí doktorand KTP PrF MU v Brně se s námi podělil o příspěvek „Postavení ČR při ochraně finančních zájmů ES“. Závěr celého dopoledního bloku patřil prof. JUDr. Jozefu Madliakovi, CSc. a jeho referátu o „Odpovědnosti právnických osob v SR“. Konec tohoto tematického bloku provázela bouřlivá diskuze na téma korupce a na často diskutovanou otázku agenta „provokatéra“, další dotazy směřovaly zejména na JUDr. Vaněčka k legalizaci výnosů z trestné činnosti a možnosti jejich přesného určení. Stranou nezůstala ani problematika odpovědnosti právnických osob.

Odpolední program konference byl zahájen příspěvkem JUDr. Soni Krejčové z Institutu pro kriminologii a sociální prevenci Praha – „Poznatky z výzkumu ekonomické kriminality z právního pohledu“. Seznámila účastníky s problémy, jež se objevují v praxi a jak významná je např. úloha soudních znalců při určování rozsahu majetkové škody. Doc. JUDr. Pavel Šámal, Ph.D., z Nejvyššího soudu ČR a z PrF ZČU Plzeň hovořil o „Nových skutkových podstatách hospodářských trestných činů v návrhu trestního zákoníku“, neboť se

\* Mgr. Eva Žatecká, doktorandka Katedry trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

\*\* JUDr. Milana Hrušáková, doktorandka Katedry trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

na tvorbě tohoto zákoníku osobně podílí. Upozornil účastníky konference především na nově vložené odstavce, jež se týkají trestnosti přípravy v jednotlivých skutkových podstatách. První polovinu odpoledního bloku zakončila doc. JUDr. Ivana Zoubková z Policejní akademie Praha příspěvkem „Trestněprávní aspekty de lege ferenda: test integrity v podmínkách ČR“. Zaměřila se jak na kontrolu majetkových poměrů u některých složek, tak na institut předstírané nabídky úplatků. Na její přednášku navázala diskuze, jež se opět stočila na téma utajených agentů mezi jednotlivými policejními složkami a jejich využití v praxi, dále i na problematiku zjištění majetkových poměrů u osob ve služebním poměru.

Blok s příspěvky na téma trestněprávní aspekty de lege ferenda byl vystřídán tematickým blokem zaměřeným na aktuální judikaturu českých soudů a obsahoval příspěvky týkající se judikatury Ústavního soudu i Nejvyššího soudu ČR. Tento blok svým příspěvkem zahájil prof. JUDr. Jan Musil, CSc., z Ústavního soudu ČR, který seznámil posluchače s judikaturou Ústavního soudu týkající se hospodářské kriminality, a to i s aktuálními rozhodnutími dosud nepublikova-

nými. Následoval příspěvek JUDr. Františka Púryho z Nejvyššího soudu ČR, jež se věnoval problematice „Aktuální judikatury Nejvyššího soudu k hospodářským trestným činům“. Zdůraznil, že velký vliv na judikaturu Nejvyššího soudu má v nynější době jak soud Ústavní, tak Evropský soud pro lidská práva. Na příspěvek JUDr. Púryho navázal JUDr. Jiří Herczeg, PhD., z PrF Univerzity Karlovy Praha s tématem „K otázce vzniku škody při souběhu trestního a konkursního řízení – poznámky k aktuální judikatuře NS“. Jedním z velkých problémů se jeví otázka škody jako majetkové újmy a její vyčíslení pro další soudní jednání, a to jak v řízení trestním, tak v občanskoprávním.

Konference, ač byla časově omezena pouze na jeden den, byla jistě velmi přínosným a podnětným setkáním odborníků zabývajících se problematikou hospodářské kriminality. Celkově se sešlo více jak 60 účastníků z různých institucí, jež se věnují trestnímu právu a hospodářské kriminalitě. Bohužel, ne vše se dalo rozebrat během 12–15 minut, které měli přednášející k dispozici. Většina příspěvků z konference, a to i ty, které nezazněly, budou proto zahrnuty do sborníku, který vyjde v tomto roce.

## Mezinárodní konference „Odpovědnost za škodu“

Zpráva o mezinárodní vědecké konferenci doktorandů obchodního práva  
Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, 25. listopadu 2004

Dana Ondřejová\*, Robert Neruda\*\*

Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně se dne 25. listopadu 2004 uskutečnila již tradiční mezinárodní vědeckou konferenci doktorandů obchodního práva. Letošní ročník se věnoval tématu odpovědnosti za škodu. Konference se zúčastnili zástupci právnických fakult Masarykovy univerzity v Brně, Wirtschafts Universität ve Vídni, Univerzity Komenského v Bratislavě či Univerzity Palackého v Olomouci. Množství zájemců o přednesení příspěvku ve značné míře přesáhlo časové možnosti konference. Příspěvky, které z tohoto důvodu nemohly na konferenci zaznít, jsou spolu s přednesenými příspěvky součástí sborníku, jež vyšel v únoru v elektronické podobě na CD-ROM. Celodenní konference byla informačně pestrá, neboť umožnila náhled na proble-

matiku odpovědnosti za škodu z mnoha rovin, nejen obchodněprávní, ale také z pozice dalších soukromoprávních odvětví.

Konferenci slavnostně zahájil vedoucí hostitelské katedry obchodního práva PrF MU v Brně, prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., který se následně ve svém příspěvku věnoval problematice **ušlého zisku a tzv. zmařené příležitosti**. Zaměřil se přitom zejména na otázku tzv. abstraktního ušlého zisku podle § 381 ObchZ. Přednášející vyjádřil své přesvědčení, že uvedené ustanovení představuje pouze podpůrnou metodu vyčíslení ušlého zisku a tam, kde je možno prokázat skutečně ušlý zisk, nemůže si poškozený vybrat zisk abstraktní, aby si tak zjednodušil prokazování jeho výše. Ostatně samotný charakter zákonem

\* Mgr. Dana Ondřejová, interní doktorandka, Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

\*\* JUDr. Robert Neruda, externí doktorand, Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno; asistent soudce Nejvyššího správního soudu

vyžadovaných podmínek předurčuje uplatnění tohoto způsobu vyčíslení ušlého zisku spíše v rutinních, standardních a opakovaných obchodech s nivelizovanou mírou zisku. To prof. Bejček demonstroval mj. na obtížnostech prokázat splnění čtyř specifických podmínek náhrady abstraktního ušlého zisku a jedné obecné podmínky náhrady škody. Mezi tyto podmínky patří skutečnost, že jde o zisk dosahovaný „zpravidla“, tj. zisk standardní, doložitelný na spolehlivém vzorku konkurentů; skutečnost, že jde o zisk dosahovaný v určitém okruhu podnikání (problém vzniká, jak tento okruh vymezit); nutnost odečíst zisk dosahovaný v oboru jednáním, jež je v rozporu s dobrými mravy; existence obdobných podmínek v porušené smlouvě a smlouvách uzavíraných v daném okruhu podnikání a konečně též obecná podmínka, kterou je předvídatelnost ušlého zisku na straně škůdce. Teoreticky tak lze, pokračoval přednášející, náhradu abstraktního ušlého zisku požadovat, prakticky však bude velmi složité se jí domoci, a to zejména pokud jde o předložení důkazu o příčinné souvislosti mezi jednáním škůdce a ušlým ziskem poškozeného. V závěru svého příspěvku se prof. Bejček zabýval otázkou náhrady škody za „ztrátu podnikatelské příležitosti“. Je přesvědčen, že české právo dovoluje a přiznává náhradu škody za ztrátu podnikatelské příležitosti, avšak toliko tehdy, má-li tato ztráta formu skutečné škody nebo ušlého zisku. Pak se ovšem uplatní obecné podmínky pro náhradu takové škody, včetně důkazního břemene poškozeného, které je v této souvislosti obvykle největším problémem.

**Prof. Martin Schauer** (Institut für Bürgerliches Recht, Universität Wien) se ve svém příspěvku zabýval otázkami **náhrady nemateriální újmy v rakouském právu**. Úprava této problematiky je soustředěna v ABGB, v rakouském obchodním zákoníku lze nalézt jen málo ustanovení o odpovědnosti za škodu. Lze tedy říci, že na rozdíl od českého práva neexistuje paralelní občanskoprávní a obchodněprávní úprava náhrady škody. I v rakouském právu je právní úprava založena na kombinaci generální klauzule a výčtu jednotlivých skutkových podstat. Rakouské právo připouští i náhradu nemateriální újmy, tj. újmy v citové oblasti, rakouské soudy se však k této problematice staví doposud spíše zdrženlivě a náhradu přiznávají převážně pouze v případech, kdy je takový nárok explicitně uveden v zákoně. Dále se přednášející věnoval příkladům náhrady nemateriální újmy způsobené nekalosoutěžním jednáním. Uvedl častý příklad, kdy dovolená nespĺňuje očekávání do ní vkládaná v důsledku nesplnění příslibů daných cestovní kanceláří. Rakouské soudy tyto situace dříve nepovažovaly za nemateriální újmu. V důsledku postojů Evropského soudního dvora, který se k náhradě takové újmy tradičně staví spíše kladně, byly rakouské soudy nuceny změnit svůj přístup a začít přiznávat právo na náhradu nemateriální újmy způsobené podobným nekalosoutěžním jednáním. Prof. Schauer dále poukázal na judikaturu Nejvyššího soudu ve Vídni z nedávné doby, podle

níž existuje nárok na náhradu citové újmy způsobené smrtí blízkého člověka, avšak pouze tehdy, byla-li tato smrt způsobena zaviněně nebo hrubou nedbalostí. Přednášející rovněž uvedl, že pokud jde o výši bolestného v případě ublížení na zdraví, soudní praxe vyvinula systém speciálních denních sazeb, jejichž výše je odstupňována podle intenzity bolesti. Takový systém však neřeší výši náhrady nemateriální újmy v případě depresí, které nejsou spojeny s bolestí.

**Prof. JUDr. Petr Hajn, CSc.** se věnoval problematice **náhrady škody a jiným prostředkům ochrany proti nekalé soutěži**. V úvodu upozornil, že nejúčinnějším „jiným“ prostředkem ochrany proti nekalosoutěžnímu jednání se zdá být institut předběžného opatření. Z rozhodovací praxe soudů přitom vyplývá, že předběžné opatření je ukládáno právě tehdy, je-li osvědčena naléhavá potřeba bránit vzniku škody a jiné újmy subjektu, jež byl takovým jednáním dotčen. Ačkoliv je předběžné opatření účinným nástrojem, s podáním příslušného návrhu není radno otálet, neboť delší prodleva mezi nekalosoutěžním jednáním, resp. jeho počátkem, a podáním návrhu, bývá chápána jako důkaz, že předběžného opatření není tak naléhavě třeba. Prof. Hajn upozornil na důležitost řádné formulace petitu návrhu, a to zejména ve vztahu k relativně novému § 75a odst. 1 OSŘ, podle něhož soud odmítne návrh na předběžné opatření, jestliže tento je nesrozumitelný nebo neurčitý a jestliže pro tyto nedostatky nelze pokračovat v řízení. Z dalších prostředků ochrany před nekalou soutěží se přednášející věnoval přiměřenému zadostiučinění, náhradě škody a bezdůvodnému obohacení. Poukázal na velký potenciál nepeněžitého přiměřeného zadostiučinění ve formě zveřejnění omluvy za protisoutěžní jednání, pokud se tak stane ve stejné podobě, jež byla použita v napadené reklamě („sebetrestající antireklama“). Obtížnou otázkou spojenou s peněžitým přiměřeným zadostiučiněním je určení, jakou peněžní částku žádat. Jde přitom spíše o problém psychologický, než právní, neboť zákon v této otázce neposkytuje žádné pravidlo a judikatura není dostatečně stabilizovaná. Z pohledu tématu konference poněkud paradoxní závěr byl učiněn ve vztahu k institutu náhrady škody: ve věcech nekalé soutěže v podmínkách současného právního řádu jde z mnoha důvodů o nástroj nejméně praktický. V této souvislosti přednášející poukázal na předválečnou úpravu práva proti nekalé soutěži, která obsahovala nástroje na překonání obtíží, jež jsou dnes hlavní příčinou mizivého počtu žalob a přiznaných nároků na náhradu škody v této oblasti. Svě úvahy de lege ferenda prof. Hajn uzavřel připomenutím zkušenosti, že „nové bývá dobře zapomenuté staré“.

**Prof. Peter Doralt** (Forschungsinstitut für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht, Wirtschafts Universität Wien) přednesl příspěvek na téma **odpovědnosti majoritního společníka za škodu způsobenou „při vedení společnosti“ minoritním akcionářům**. Zabýval se rovněž souvisejícími

otázkami ručení managementu a kontrolora závěrečné účetní závěrky v souvislosti konkursním řízením.

Jeden z exkursů o problematice náhrady škody ve specifických oblastech právního řádu provedl **JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.** (odborný asistent na katedře obchodního práva PrF MU v Brně), který se ve svém příspěvku zabýval otázkou **soukromoprávní odpovědnosti za zacházení s informacemi na sekundárním kapitálovém trhu**. Pozitivní právní úprava, jejíž některé soukromoprávní aspekty J. Kotásek rozebral, je obsažena v zákoně č. 256/2004 Sb., o kapitálovém podnikání, který problematice zacházení s informacemi na kapitálovém trhu věnuje zásadní pozornost. Porušení těchto pravidel je primárně postižováno uplatňováním veřejnoprávní odpovědnosti, doposud nevyzkoušené jsou soukromoprávní efekty porušení tam stanovených povinností. V úvahu přitom přichází zejména uplatnění odpovědnosti podle § 420 a násl. ObčZ, tedy odpovědnosti za porušení zákonné povinnosti, popř. podle § 424 ObčZ, tedy odpovědnosti způsobené úmyslným jednáním proti dobrým mravům, např. při manipulacích s kursem. Za hlavní překážku uplatnění soukromoprávní odpovědnosti označil přednášející, kromě obecně slabé vymahatelnosti práva, zejména nemožnost přesného vyčíslení škody a obtíže s prokazováním příčinné souvislosti. Nejde však o problém ryze tuzemský; důkazní potíže řeší rovněž německá praxe, a to i v situaci, kdy jsou některé soukromoprávní nároky při porušení povinností při zacházení s informacemi na kapitálovém trhu výslovně normovány. Při výkladu o situaci v Německu bylo poukázáno i na nedávné rozhodnutí německého soudu ve věci *INFOMATEC*, kde soud dovodil osobní odpovědnost členů představenstva společnosti za nesprávné informace o zakázkách, které mohly vyvolat nákupní euforii, a přiznal žalobcům náhradu škody.

**Mgr. Dana Ondřejová** (interní doktorandka na katedře obchodního práva PrF MU v Brně), se ve svém příspěvku nazvaném „**K okolnostem vylučujícím odpovědnost za škodu podle obchodního zákoníku a Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží**“ nejprve zabývala regulací okolností vylučujících odpovědnost za škodu podle obchodního zákoníku jakožto jednoho z předpokladů uplatnění odpovědnosti za škodu. Okolností vylučujících odpovědnost je taková překážka, která splňuje předpoklady stanovené ustanovením § 374 odst. 1 ObchZ a článků 79 a 80 Vídeňské úmluvy. Tyto předpoklady učinila D. Ondřejová předmětem bližšího rozboru. Následně se autorka věnovala otázkám dispozitivnosti právní regulace okolností vylučujících odpovědnost za škodu. Ustanovení § 374 ObchZ, jakož i článku 79 Vídeňské úmluvy, jsou dispozitivní. Z toho vyplývá možnost smluvních stran odchýlit se od této právní regulace, a to mnoha způsoby, a autorka poukázala na aktuální otázky smluvní modifikace uvedených ustanovení. V další části se příspěvek zabýval hodnocením a srovnáním právní úpravy okolností vylučujících od-

povědnost za škodu podle obou posuzovaných pramenů. Toto srovnání je významné především proto, že obchodní zákoník, resp. ustanovení regulující závazkové vztahy, se podle ustanovení § 729 ObchZ použijí také na závazkové vztahy vznikající v oblasti mezinárodního (zahraničního) obchodu. Dá se říci, že současné znění § 374 odst. 1 ObchZ je silně ovlivněno zněním článku 79 odst. 1 Vídeňské úmluvy, resp. obě tato ustanovení jsou více méně shodná. Negativní vymezení překážek vylučujících odpovědnost podle § 374 odst. 2 ObchZ více méně navazuje na úpravu obsaženou v bývalém zákoníku mezinárodního obchodu. To vyplývá ze srovnání základních atributů definice obsažené v § 374 ObchZ a definice obsažené v článku 79 odst. 1 Vídeňské úmluvy. Harmonizaci úpravy okolností vylučujících odpovědnost v obchodním zákoníku s Vídeňskou úmluvou lze hodnotit jednoznačně kladně, a to především s ohledem na možnou aplikovatelnost obchodního zákoníku na obchodní závazkové vztahy s mezinárodním prvkem.

**JUDr. Andrea Moravčíková, Ph.D.** (odborná asistentka na katedře obchodního, finančního a hospodářského práva PrF UK v Bratislavě) nazvala svůj příspěvek „**Vybrané problémy doktríny culpa in contrahendo v obchodním právu**“, touto problematikou se pak zabývala v širších souvislostech. Odpovědnost v předmluvním stádiu se podle uvedené doktríny pojí s prvkem zavinění a je tedy bližší principům, na nichž je postavena právní úprava odpovědnosti za škodu v občanském zákoníku. Odpovědnost za škodu, která vznikla v předmluvním jednání, lze rozdělit do třech kategorií, a to podle toho, zda byla ve skutečnosti smlouva uzavřena, zda potenciální partner jednání přerušil či zda v důsledku jednání zakládajícího odpovědnost v předmluvní fázi bude uzavřena smlouva, ačkoliv mohlo dojít k uzavření výhodnější smlouvy. Zajímavé bylo rovněž autorčino promítnutí uplatnění principů doktríny culpa in contrahendo do nového systému zadávání veřejných zakázek, kompatibilního s příslušnými evropskými směrnicemi. V oblasti veřejných zakázek má kontraktace podobu přesně stanoveného a formalizovaného postupu, který mj. limituje možnosti smluvních stran upustit v poslední fázi zadávacího řízení od uzavření smlouvy. Autorka poukázala na skutečnost, že odpovědnost za předmluvní jednání má své tradice zejména v systému common law a své místo rovněž v německé a švýcarské judikatuře. Principy této doktríny však podle vyjádřeného názoru nebudou zatím v našem (mysleno slovenském a snad i českém) právu aplikovatelné. Komparace s cizími právními řádami může být inspirativní, ale autorka ji vnímá spíše jako příležitost zjistit úplnost či neúplnost úpravy dané oblasti společenských vztahů. V příspěvku byly naznačeny případy, kdy současná právní úprava na otázky související s doktrínou culpa in contrahendo nedává jednoznačnou odpověď, nicméně tento nedostatek nepovažuje autorka za natolik závažný, aby muselo dojít k legislativním změnám. Právní



úprava v obou kodexech civilního práva nabízí několik možností řešení a záleží na stranách a okolnostech případu, který způsob bude zvolen.

Na problematiku **odpovědnosti statutárního orgánu kapitálové společnosti vůči této společnosti** se ve svém výkladu zaměřila **Mgr. Olga Němečková** (externí doktorandka na katedře obchodního práva PrF MU v Brně). Poukázala přitom na to, že odpovědnost členů statutárních orgánů (jež je z povahy vztahů mezi těmito členy a společností odpovědností obchodněprávní, a tedy objektivního charakteru) je upravena v § 194 odst. 5 ObchZ. Toto ustanovení rozlišuje dva případy odpovědnosti (věta třetí a věta pátá). V prvním případě odpovídají za způsobení škody porušením právních předpisů při výkonu své pravomoci jednotlivé osoby ve funkci statutárního orgánu, a to solidárně (v ObchZ není zakotvena odpovědnost statutárního orgánu jako celku). Přednášející poukázala na judikaturu českých soudů, z níž vyplývá, že dodržení stanovené péče je okolností zprostředkující odpovědnosti, a rovněž na znění § 375 ObchZ a zákonnou úpravu mandátní smlouvy, která se na vztah osoby ve funkci statutárního orgánu a společnosti podpůrně použije. O. Němečková se vyjádřila rovněž ke kvalitě a rozsahu péče, kterou je osoba ve funkci statutárního orgánu povinna věnovat své práci. V současném znění ObchZ použitý termín péče řádného hospodáře se obsahově shoduje s předcházejícím pojmem náležitě péče; z tohoto důvodu však přetrvávají dřívější interpretační potíže. Druhý případ odpovědnost podle § 194 odst. 5 věta pátá ObchZ (odpovědnost za škodu způsobenou v důsledku protiprávního pokynu valné hromady) je speciálním typem odpovědnosti, podmnožinou obecné kategorie odpovědnosti podle § 194 odst. 5 věta třetí ObchZ. Případy, na něž se tato speciální odpovědnost nevztahuje, jsou řešeny podle tohoto obecného ustanovení.

**Doc. JUDr. Karel Marek, CSc.** (katedra obchodního práva PrF MU v Brně) nazval svůj příspěvek „**K limitaci náhrady škody a smluvním pokutám**“. Ve svém příspěvku uvádí, že otázka možnosti limitace náhrady škody stále patří mezi nejaktuálnější otázky právní úpravy náhrady škody v obchodním zákoníku. V praxi jsou často uzavírány smlouvy na dodávku provozně nevyzkoušených strojů a zařízení a smlouvy na dodávky („ušité na míru“) složitějšího strojního zařízení pro výstavbu. Tyto smlouvy jsou uzavírány jednak v případech, kdy všemi účastníky jsou tuzemské podnikatelské subjekty (v souladu s § 261 odst. 1 ObchZ), jsou však uzavírány i mezi tuzemskými subjekty na jedné straně a osobami, které nemají sídlo nebo místo podnikání na území České republiky, na straně druhé, a to tehdy, je-li dohodnuto, že se smluvní vztah bude řídit českým hmotným právem. Autor se ve svém příspěvku mj. i z tohoto důvodu přiklonil k přípustnosti limitace náhrady škody a na podporu svého názoru uvedl řadu argumentů a názorů prezentovaných v odborné literatuře i judikatuře.

Praktickou sféru však nezajímá jen tematika odpovědnosti za škodu. Ve vztahu ke konkrétním případům se opakovaně posuzuje i problematika smluvních pokut. V běžném životě jsou pak sjednávány smluvní pokuty, jejichž formulace určuje, že platí tehdy, nebude-li plněno řádně a včas. Ve vztahu k takové smluvní formulaci jsou vznášeny dotazy, zda jsou takto jednou pokutou „kryty“ jak vady, tak i prodlení, které existují v době, kdy má být splněno, zda je touto formulací vyloučeno uplatnění náhrady škody. K. Marek se kloní k souhlasné odpovědi na tuto otázku. Při takovém smluvním ujednání však vzniká nárok na smluvní pokutu jak při prodlení, tak při vadách (působí totiž prodlení – nelze plnit řádně a včas).

**Mgr. David Mareš** (externí doktorand na katedře obchodního práva PrF MU v Brně) se ve svém příspěvku zabýval **některými aspekty právní odpovědnosti na internetu**. Internet, jakožto relativně nové komunikační médium, nabízí celou řadu nových možností zejména v oblastech komunikace, obchodu a reklamy. Protože rozsah činností, které jsou provozovány na internetu nebo ke kterým je internet používán, je velmi široký a nabízí stále nové možnosti využití, zaměřil se D. Mareš ve svém příspěvku pouze na vybrané aspekty odpovědnosti za škodu, resp. na některé činnosti na internetu s uvedením jejich odpovědnostních následků. Prostředí internetu nelze považovat za prostředím extra legem. Internet není vyňat z jakýchkoli právních regulí, není to prostor bez odpovědnosti za obsah zveřejňovaných a šířených informací. Aplikace obecné odpovědnosti za škodu však není dost dobře možná bez zohlednění specifík internetového prostředí. Z tohoto pohledu je nutné přistupovat k odpovědnosti za škodu na internetu diferenciovaně podle druhu činnosti, kterou jedinec vykonává. D. Mareš se blíže věnoval otázkám odpovědnosti poskytovatelů vlastního obsahu, odpovědnosti za rozesílání nevyžádané e-mailové reklamy (spamu), odpovědnosti poskytovatelů připojení (providérů) a odpovědnosti poskytovatelů volného prostoru.

Následoval příspěvek **JUDr. Lenky Macháčkové** z PrF UP v Olomouci s názvem „**K odpovědnosti za škodu způsobenou nezletilou osobou**“. Odpovědnost dětí za škodu je nutné podřadit pod odpovědnost za škodu způsobenou těmi, kteří nemohou posoudit následky svého jednání podle § 422 ObčZ (jedná se o nezletilé osoby nebo zletilé osoby stížené duševní poruchou). U škody způsobené osobou nezletilou se v prvé řadě musí určit subjekt, který za škodu odpovídá. Buď odpovídá výlučně nezletilá osoba nebo výlučně odpovídá osoba povinná vykonávat dohled. Může nastat i situace tzv. solidární odpovědnosti. Tato nastane, když osoba povinná dohledem neprokáže, že nezanedbala povinný dohled, a zároveň je dána delikttní způsobilost nezletilé osoby. Nejsou-li splněny předpoklady pro vznik odpovědnosti u žádného z výše uvedených subjektů, jde o náhodou v právním smyslu a za způsobenou škodu neodpovídá nikdo. Škodu si v tako-

vém případě ponese poškozený sám. Příspěvek se dále zabýval pojmem náležitý dohled a osobami, které mohou v postavení tzv. osoby povinné vykonávat náležitý dohled nad nezletilými.

**JUDr. Robert Neruda** (externí doktorand na katedře obchodního práva PrF MU v Brně) se ve svém příspěvku zabýval rolí a podmínkami uplatňování nároků na náhradu škody jako způsobu soukromoprávního vymáhání dodržování antimonopolního práva v evropsko – americkém srovnání. Nejprve upozornil na význam soukromého vymáhání soutěžního práva pro zvyšování disciplíny soutěžitelů, celkové zlepšování soutěžní kultury a rovněž na zkvalitňování podmínek konkurence na konkrétních trzích. Poukázal rovněž na skutečnost, že státy, resp. jejich soutěžní úřady, nikdy nemohou mít dostatek zdrojů na to, aby odhalily a potrestaly všechna protisoutěžní jednání, ke kterým dochází, což dále zvyšuje potenciál pro soukromé vymáhání soutěžního práva. Skutečností však zůstává nízká četnost sporů o náhradu škody způsobené protisoutěžním jednáním v českém a evropském kontextu. Příčiny takového stavu jsou různé; v kontinentálních právních rádech předně chybí, mj. z historických důvodů, jakož i důvodů právně-kulturních, celá řada právních instrumentů, jež jsou příčinou vysoké popularity soukromoprávních sporů ve Spojených státech amerických (zatímco v USA tvoří soukromoprávní spory až 90 % všech případů porušení soutěžního práva řečených před soudem, v celé Evropské unii je zaznamenáno méně než 100 případů takových soudních sporů). Závěrem se autor ve svém příspěvku zamyslel nad možností dosavadní trend změnit, a to mj. v souvislosti se změnami, jež přinesla v roce 2004 tzv. modernizace evropského soutěžního práva, přičemž v této otázce zůstává spíše skeptický.

**Mgr. Dana Zerzánová a Mgr. Hana Votýpková** (doktorandky na katedře pracovního práva PrF MU v Brně), se věnovaly **pracovněprávnímu pojetí odpovědnosti za škodu**. Obsahem příspěvku byly otázky odpovědnosti zaměstnance za škodu způsobenou zaměstnavateli, odpovědnost zaměstnavatele za škodu způsobenou zaměstnanci, zákonné pojištění odpovědnosti zaměstnavatele za škodu při pracovním úrazu nebo nemoci z povolání a pojištění odpovědnosti zaměstnance za škodu způsobenou zaměstnavateli při výkonu povolání. Autorky se rovněž zabývaly třemi judikáty ze sledované oblasti. První z nich se týkal pracovního úrazu, resp. otázky, co všechno může být kvalifikováno jako pracovní úraz. Zbylé dva judikáty se zabývaly odpovědností za škodu při nemoci z povolání a při pracovním úrazu.

**Mgr. Renáta Šmehlíková**, externí doktorandka na katedře občanského práva PrF MU v Brně a odborná asistentka na katedře občanského a pracovního práva PrF UP v Olomouci, přednesla příspěvek zaměřený na některé procesní aspekty uplatnění práva na náhradu škody a na specifika procesních institutů, která tato řízení vykazují. Hlavní část

příspěvku byla věnována posouzení vlivu jednotlivých forem společné odpovědnosti více škůdců na jejich postavení jako účastníků civilního soudního řízení. Společná odpovědnost může mít podle autorky v současném českém právu formu odpovědnosti společné a nerozdílné (solidární) a odpovědnosti dílčí, kdy každý ze škůdců odpovídá pouze za tu část škody, kterou způsobil. Je nutné se tedy zabývat i otázkou, zda se tyto různé formy společné odpovědnosti za škodu odrazí i v různém postavení škůdců v civilním soudním řízení. Příspěvek poukázal na problematičnost přesného určení, zda se v případě žaloby směřované proti několika škůdcům bude na straně žalovaných jednat o společenství účastníků nerozlučné, v němž úkony jednoho ze společníků zavazují i ostatní společníky a rozhodnutí musí znít pro všechny společníky shodně, nebo o společenství účastníků samostatné, kdy úkony jednoho ze společníků zavazují vždy pouze společníka, jež je učinil, a o každém ze společníků musí být rozhodnuto samostatným výrokem. Důležitým aspektem řízení o náhradu škody řešeným v příspěvku je i stanovení rozsahu, v jakém rozsahu v případě podání odvolání proti rozhodnutí ukládajícímu více žalovaným povinnost nahradit způsobenou škodu nastává suspenzivní účinek tohoto opravného prostředku, neboli určení rozsahu odkladu právní moci odvoláním napadeného rozhodnutí. Připomenuty byly také některé další procesní instituty uplatňující se typicky v tomto sporném řízení, jakými jsou např. mezitímní rozsudek či úvaha soudu.

\* \* \*

Z uvedeného přehledu je zřejmé, že konference přinesla pestrou směsí informací a postřehů k problematice odpovědnostních vztahů v různých právních odvětvích. Samotná konference umožnila v omezeném rozsahu i diskusi nad přednesenými názory, která pokračovala i v kuloárech. Sborník, jenž obsahuje nejen všechny výše uvedené příspěvky, ale i materiály neodpřednášené, avšak na konferenci přihlášené, se tak může stát nejen poměrně bohatým, pestrým a svým způsobem uceleným zdrojem informací o jednotlivých aspektech vztahů odpovědnosti za škodu v různých právních oborech, ale i „nosičem“ obsahujícím impulsy pro další odbornou diskusi a rozvoj právní vědy. A to byl jeden z cílů konání této mezinárodní konference, který tedy snad dojde ke svému naplnění. Pořádání mezinárodních vědeckých konferencí doktorandů katedrou obchodního práva PrF MU se již stalo tradicí, a proto již dnes lze s nadějí vzhlížet k ročníku příštímu, jenž se podle plánů uskuteční na podzim letošního roku. Nelze než doufat, že i příští ročník konference volbou tématu „treffi“ trvale aktuální problematiku a že příspěvky k této konferenci poskytnou posluchači, resp. čtenáři podobně vnitřně rozmanitý a přitom vydatný informační a inspirační zdroj.

## Konference „České právní myšlení a logika – minulost a perspektivy II.“

Karin Brzobohatá\*

Dne 30. září 2004 uspořádala Katedra právní teorie na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně již druhý běh konference „České právní myšlení a logika – minulost a perspektivy“. Konferenční jednání je součástí grantového projektu „Právo a logika“, který je zaměřen na rozšíření předmětu Logika pro právníky, vyučovaného na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně. Poskytovatelem grantových prostředků tohoto projektu je Vzdělávací nadace Jana Husa.

Pozvání k pracovnímu jednání přijali pedagogičti a vědečtí pracovníci z oblasti práva, logiky, a také odborníci z právní praxe. Konferenční problematika byla pojednána v pracovních sekcích „Argumentace v právu v době evropské integrace: systém a doktrína? (logické aspekty problematiky)“, „Současná česká a evropská právně teoretická 'scéna': osobnosti, školy, díla, doktríny (logické aspekty problematiky)“ a „Varia“. Mezi přítomnými konferenčními hosty byli i hosté z Rakouské republiky (z Institutu für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik; Karl-Franzens Universität Graz) a ze Slovenské republiky (z Univerzity Komenského v Bratislavě a z Právnické fakulty Trnavské univerzity v Trnavě).

Po slavnostním zahájení konference paní proděkanou Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, paní doc. JUDr. Naděždou Rozehnalovou, CSc., byl panem Em. Univ.–Prof. DDr. Otou Weinbergerem, Dr.h.c. (Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik; Karl-Franzens Universität Graz) přednesen úvodní referát „Nový pohled na Kantův kriticismus – význam kriticismu pro současnou jurisprudenci“. Referát byl věnován především základním charakteristikám teorie neo-institucionalismu a její vazbě na aktuální otázky argumentace, institucionalizace, i lidských práv. V první pracovní sekci, věnované argumentaci v právu, před přítomné předstoupil prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc. (Ústavní soud České republiky), který se s tematikou „Zásada proporcionality: variabilita její struktury?“ soustředil na filozoficko právní základy soudobé právní aplikace. K právně logickým a právně teoretickým aspektům rozhodování v právu se vyslovil prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc. (Katedra teorie práva a právních učení, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze) v příspěvku „K problematice právní argumentace při řešení tzv. obtížných případů“. Zkušenosti ze soudcov-

ské praxe prezentoval JUDr. Ing. Petr Slunský, Ph.D. (Okresní soud Znojmo) v referátu „Právní logika při výkladu práva a při soudním dokazování“.

Odpolední jednání konference bylo zahájeno vystoupením doc. PhDr. Františka Gahéra, CSc. „Tvorba, interpretace a aplikace právních norem – logické aspekty“, které bylo komentářem právně praktických otázek z pozic vědce-logika. Logickým aspektům interpretace práva se věnoval JUDr. Michal Šejvl v referátu „Argument a contrario v rozhodnutích Evropského soudu pro lidská práva“ (Katedra právní teorie, Právnická fakulta Západočeské univerzity v Plzni). JUDr. Tomáš Sobek (Katedra právní teorie, Právnická fakulta Západočeské univerzity v Plzni) se dotkl problematiky formálně logických „paradoxů“ a formuloval pro oblast práva takzvaný „paradox šílené derogace“. RNDr. Blažena Švandová, Ph.D. (externí vyučující Pedagogické fakulty a Přírodovědecké fakulty Masarykovy univerzity v Brně) se ve svém vstupu „Logika praktického rozumu – jak rozum zdůvodňuje jednání“ zabývala především doktrínami v oblasti neformální logiky. Mgr. Lukáš Hlouch (Kancelář veřejného ochránce práv, Brno) v referátu „Právní sylogismus jako argumentativní problém“ pojednal praktické využití logiky při tvorbě individuálních právních aktů. S problematikou deontické logiky (příspěvek „Povolení a jeho trojí podoba“) předstoupil před přítomné JUDr. Jaroslav Krecht, CSc. Dva závěrečné referáty zpracovali členové pořadatelské Katedry právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně. Mgr. Tomáš Tyl se ve vystoupení „Kulturní a sociobiologická predestinace konceptu práva a spravedlnosti“ zabýval faktory, ovlivňujícími sociální (a právně významné) hodnoty a postoje. JUDr. Karin Brzobohatá, Ph.D. nastínila problematiku proměnlivosti paradigmatu ve vědě, konkrétně v oblasti logiky.

Pořadatelka konference, Karin Brzobohatá, plánuje pokračování pracovních jednání s danou tematikou ve dvouletých cyklech. Přispěje to k posílení kontaktů mezi vědeckou a pedagogickou komunitou právně teoretických oborů, právními praktiky a zástupci logické disciplíny. Konferenční příspěvky vyjdou ve sborníku, který poslouží především jako doplňující studijní pomůcka pro studenty povinně volitelného předmětu Logika pro právníky, vyučovaného na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně.

\* JUDr. Karin Brzobohatá, Ph.D., Katedra právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

## RECENZE

**Radoslav Procházka: Mission Accomplished. On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe**

CEU Press, Budapest – New York, 2002, 358 str.

Jan Kysela\*

Ústavnímu soudnictví je v české odborné literatuře dlouhodobě věnována zasloužená pozornost. Platí to jak pro celý fenomén ústavního soudnictví, tak pro jeho českého reprezentanta, jednotlivé procesní instituty i jejich praktické užívání. Přinejmenším díky mimořádné knize *J. Blahože* „Soudní kontrola ústavnosti“ není opomíjeno ani srovnávání různých modelů ústavního soudnictví; poněkud jinak pojímaných komparací však hojně využívají také *V. Šimíček*, *V. Sládeček*, *Z. Kühn* a další autoři. Díky poměrné vyspělosti domácí literatury na tomto poli, kdy již nejde pouze o dohánění jinde běžného standardu, stojí za porovnání naše přístupy s přístupy zahraničními. Ty jsou zvláště cenné, mohou-li nám poskytnout „zpětnou vazbu“, tj. pohled zvnějšku na naše vlastní realie. Kniha *R. Procházkovy* zcela splňuje tyto parametry: je publikací autora z blízkého zahraničí (ze Slovenska), nadto zkoumající české ústavní soudnictví v pro právníky ne právě obvyklém kontextu visegrádského uskupení (dále jen „V4“), které autor považuje za geopolitickou entitu se sdílenou kulturní, sociopsychologickou a intelektuální zkušeností.

Pro českého čtenáře snad stojí za zmínku fakt, že *R. Procházka* studoval v Michiganu; čteme-li jej, můžeme nezřídka najít myšlenkové analogie s jiným studentem tamní právnické fakulty, *Z. Kühnem*. Oba pilní autoři, akademici a spolupracovníci ústavních soudů svých zemí, přinášejí do česko-slovenského právníckého diskursu podobné vzory a témata a účinně tak napomáhají jeho otevírání světu. Zřetelně ukazují, spolu s třeba již zmíněným *J. Blahožem*, že příslušnost k některé z velkých právních kultur neznamená uzavření v jejím rigidním rámci, nýbrž spíše výzvu ke studiu kultur dalších a vzájemným inspiracím.

Jak jsem již naznačil, rozhodl se *R. Procházka* zaměřit na V4, resp. na souvislosti mezi vznikem ústavního soudnictví a vytvářením právního státu. V „*Introduction*“ charakterizuje ústavní přezkum jako jeden z definičních znaků středoevropského institucionálního a politického vývoje. Znamená totiž ná-

vrat k vládě citlivé vůči legitimitě; aktivita ústavních soudů je úměrná důrazu kladenému právě na legitimitu. Autorovi nejde o zpracování medailonů jednotlivých ústavních soudů, ale spíše o analýzu jejich dílčích funkcí v odlišných kontextech v první dekádě po roce 1989. Rozdílně totiž odpovídají na shodné výzvy, rozdílně se chovají vůči parlamentu, vládě či obecným soudům (např. v Polsku Ústavní tribunál spíše asistuje parlamentu, zatímco v Maďarsku je vůdčím politickým aktérem). Na všechny soudy působí tři základní proměnné: právní tradice, výzvy globalizace a požadavky eurokonformity. Dalším důležitým faktorem je stáří a úplnost ústav: v ČR a na Slovensku pocházejí z roku 1992, v Polsku a v Maďarsku se jednalo o novelizované ústavy z doby před rokem 1989, jež byly používány více jako směrnice než imperativ. Starší a fragmentarizované ústavy ponechávají ústavním soudům větší manévrovací prostor v přizpůsobování novým společenským podmínkám (v češtině existuje mj. studie německého profesora *B. Rütgerse*, která tuto tezi ilustruje pro obecné soudnictví v Německu, a starší dílo *Z. Kryštůfky*, jenž upozorňuje na význam interpretace rostoucí se stářím normativního textu).

První kapitola je nazvána „*Establishing Constitutional Review*“. Pro zkoumaný region je příznačný euroatlantický koncept státu a práva a ve sledovaném období i integrace do EU. Zemím V4 byla společná zkušenost s totalitními a autoritativními režimy, jejichž pád otřásl jistotami postavení jednotlivce ve společnosti; dochází k přehodnocování hodnot. Projevuje se mj. poklesem sebevědomí, což při integraci do EU znamená převahu jednostranné asimilace nad původně vzývanou konvergencí zkušeností. Asimilace je přitom ve V4 chápána jako návrat k normálu. Ústavní soudnictví je v tomto kontextu něčím na způsob ochranné známky kvality: chrání nový režim a jsou protivahou volených orgánů.

Ve druhé kapitole, „*Designing Constitutional Review*“, se dostáváme k jednotlivým ústavním soudům. Podle *J. Elstera* se všechny vypořádávají s trojí

\* JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Kancelář Senátu a Právnická fakulta

minulostí: komunistickou, předkomunistickou a s obdobím těsně před pádem komunistického režimu. V Polsku se Ústavní tribunál objevuje v ústavě v roce 1982, v roce 1985 je přijat prováděcí zákon a o rok později zahajuje činnost. Bdí nad ústavností zákonů (až do roku 1997 však má poslední slovo Sejm, který může Ústavní tribunál přehlasovat dvoutřetinovou většinou – atribut mocenského monismu vlády shromáždění) a ústavností a zákonností jiných právních předpisů (zde je jeho verdikt konečný). Po roce 1989 v kompetencích přibývá závazný výklad zákonů a předběžný přezkum ústavnosti zákonů na žádost prezidenta republiky. Ústavní soudnictví nemá v Polsku na co navazovat, naopak jsou zde tradičně vlivné *Rousseauovy* ideje. Politické dějiny představují hledání střední cesty mezi ochranou autonomie jednotlivců (zvrhlo v anarchii *liberum veto*) a potřebou efektivní vlády (zvrhlo v autokracii). Po roce 1989 je patrný tlak na rychlou transformaci, jejíž brzdou by se Ústavní tribunál mohl stát. Obava z ústavní paralýzy vede mnohé k volání po silném muži. Preferováno je vnímání občana spíše coby součástí různých sociálních svazků než jako individuálního subjektu; to je jeden z důvodů vyloučení občanů z okruhu stěžovatelů k Ústavnímu tribunálu.

V Maďarsku existuje tisíciletá tradice nepsané ústavy, definitivně ukončená až v roce 1949. Ústava z roku 1949 zůstala v účinnosti i po roce 1989, byť s mnoha novelizacemi. Stala se předmětem velkorysé interpretace Ústavního soudu, jenž těžil z obecného uznání plurality právo tvorných autorit (soudy nalezaly soukromé právo až do kodifikace v roce 1959). Přichází z konceptem „neviditelné ústavy“ vyvozované z ducha ústavy psané (koherentní systém teoretických základů ústavy a základních práv) a s nadřazeností vlastního precedentu nad psanou ústavou. V právu vládne rozum, nikoliv však rozum zákonodárců a byrokratů, nýbrž rozum soudců. Právo a rozum stává předseda Ústavního soudu *L. Sólyom* nad politiku a vůli. Síla Ústavního soudu v legislativním procesu a důraz na abstraktní kontrolu ústavnosti je vysvětlován absencí druhé parlamentní komory, jíž Ústavní soud vlastně supluje (totéž později autor uvádí i o Slovensku). Abstraktního přezkumu ústavnosti se může dovolávat každý občan, individuální práva naopak chráněna nejsou vůbec. Soudcům Ústavního soudu se podařilo přesvědčit společnost, že právě oni vrátí Maďarsko do Evropy.

Československo může navázat na sice nepříliš úspěšnou, ale přece jen tradici ústavního soudnictví (od Říšského soudu podle prosincové ústavy z roku 1867 přes meziválečný Ústavní soud, značně pasivní, k Právní radě londýnského prozatímního zřízení a konečně bizarní kontrole ústavnosti parlamentem). Právě zde přitom inklinoval komunistický režim k reformám nejméně. Ke zřízení Ústavního soudu ještě za trvání federace přispěla především agenda rozdělení kompetencí mezi federaci a republiky. Rozpad státu měl za důsledek přijetí nových ústav. Na rozdíl od

uherské, a tím i slovenské, tradice právo tvorné plurality je pro české země příznačná monistická tvorba práva centrální autoritou. Značný vliv zde měla ryzí nauka právní se svým důrazem na deduktivní logiku a formalismus. Při přípravě ústav nástupnických republik nebylo ústavní soudnictví kontroverzním tématem. Český důraz na tržní ekonomiku, v níž je obecného dobra dosahováno sledováním individuálních zájmů, vedl k zakotvení široce přístupného institutu ústavní stížnosti. Naopak v Polsku a Maďarsku vede preference sociální koheze k zaměření na abstraktní kontrolu ústavnosti norem. Slovenské poměry jsou specifické autokratickou vládou *V. Mečiara*, pro níž byl Ústavní soud jedinou vzdorující institucí, přestože jeho členové byli *Mečiarem* jako zastupujícím prezidentem republiky jmenováni (neposlušnost Ústavního soudu „ztrestal“ premiér např. odebráním služebního vozu a ochranky předsedovi soudu).

Třetí kapitola nese název „*Adjudicative Approaches*“. Autor v ní prezentuje charakteristické rysy judikatury, kompetence a způsob interpretace textů ústav. Maďarský Ústavní soud se jeví jako nejaktivnější negativní zákonodárce střední a východní Evropy, jehož protipólem je polský Ústavní tribunál pod politickým dohledem Sejmu; ústavní soudy český a slovenský představují střed. Český Ústavní soud je díky své pravomoci rušit rozhodnutí soudů a správních úřadů soudem v plném slova smyslu; v Polsku a Maďarsku konkrétní kontrola chybí zcela. Abstraktní kontrola je kontrolou stvořeného práva, chrání koherenci právního řádu, jež by měla být prvořadým úkolem zákonodárců; konkrétní kontrola se zaměřuje na právo aplikované, rozsah diskrece, metodologické směrnice apod. Největším oponentem nároku ústavních soudů být nejvyšším interpretem ústavy byly v Polsku a ČR obecné soudy; v Maďarsku a na Slovensku probíhaly hlavní střety mezi Ústavním soudem a parlamentem.

Pokud jde o jednotlivé ústavní soudy, upozorňuje *R. Procházka* na změnu jednání polského Ústavního tribunálu po roce 1997. Přestává být ochráncem zákonodárného monopolu Sejmu před případnými atakami exekutivy, současně nárůstá počet zákonů prohlášených za protiústavní. Již během 90. let rozvíjí doktrínu právního státu a začíná zkoumat ústavnost mezinárodních smluv (od roku 1992 je považuje za součást právního řádu). V rozhodnutí o důchodech představitelů komunistického režimu nadřazuje obecný cit pro spravedlnost formálnímu zákonu. V jiných rozhodnutích připouští větší míru restrikce hospodářských a sociálních práv než práv osobních a politických. Sám se považuje nikoliv za jediného interpreta Ústavy, ale spíše za strážce excesů, který respektuje ustálenou praxi ústavních orgánů. Široké uvážení přenechává zastupitelskému sboru národa. Jelikož Ústavnímu tribunálu chyběl konkrétní přezkum, rušil právní předpisy poměrně často, resp. vždy, když se aplikační praxe nedržela jeho interpretačních směrnic. Vedle judikatury Ústavního tribunálu existuje k jednotlivým usta-

novením Ústavy rovněž relativně bohatá judikatura obecných soudů.

V Maďarsku byl díky svým širokým působnostem Ústavní soud zapojen do tvorby politiky (kompetenční spory, nečinnost normotvůrců, abstraktní kontrola právních předpisů na základě *actio popularis*, do roku 1998 i stanoviska k návrhům zákonů). Ústavní soud byl hlasatelem „normálních“ poměrů, pročež odmítl zohlednit jakákoli transformační specifika. Právní jistotu vyzdvihuje na úkor nutně partikulární a subjektivní spravedlnosti: právo interpretuje jako kdyby ke změně režimu vůbec nedošlo. S parlamentem se sváří o samu možnost nápravy majetkových křivd. Deklaruje celou řadu pozitivních závazků státu k ochraně základních práv. Žárlivě střeží svůj monopol v interpretaci ústavy a hlásá judicializaci veřejného života, čehož se politické strany horlivě chápou a vtaňují jej do svých sporů. Petit využívá spíše jako podnět pro rozhodnutí, jež je výsledkem řízení povětšinou písemného. Obecné soudy ponechává Ústavní soud vesměs soudu nejvyššímu a vstřícně reaguje na jejich případnou kritiku svých rozhodnutí.

Ústavní soud ČR je v procesu tvorby politiky limitován nevelkým okruhem navrhovatelů abstraktního přezkumu ústavnosti norem, jakož i kvalifikovanou většinou potřebnou pro zrušení zákona. V českých podmínkách je totiž zakořeněno přesvědčení, že tvorba politiky přísluší parlamentu. Navíc česká Ústava zřizuje druhou komoru jako filtr pochybných legislativních opatření. První generace soudců Ústavního soudu byla protransformačně vyhraněná, což ji vedlo i k reflektování přirozeného práva; soudci nebyli příliš blízcí mentalitě levicové opozice, která některé nálezy silně kritizovala. Na rozdíl od obou soudů zmíněných výše si český Ústavní soud může „pohlídat“ interpretaci právních předpisů, takže je nemusí tak často rušit. Rozsáhlé uvážení vyhrazuje parlamentu zejména v ekonomické politice, neboť chrání pouze podstatu základních práv. K politicky zvláště citlivým tématům se dostává po roce 1998 (antimajoritní nasazení vůči opoziční smlouvě), častější jsou střety s obecnou justicí. Staví se do role strážce procedurální čistoty jednání obecných soudů, akcentuje teleologickou interpretaci a hledání materiální spravedlnosti.

Slovenský Ústavní soud byl až do roku 2001 vybaven účinnou působností kontroly správních rozhodnutí, nikoli však rozhodnutí soudních: byl proto méně „soudem“ než jeho český protějšek, avšak více soudem než partneři v Polsku a Maďarsku. Konkrétní kontroly však téměř nevyužíval: za devět let připustil pouze deset ústavních stížností! Soudní rozhodnutí se mohla stát předmětem přezkumu Ústavního soudu na základě petice, jejíž přijetí zcela záviselo na jeho úvaze. Případně vyhovění petici (přes 100 rozhodnutí) však nevedlo ke zrušení napadeného rozhodnutí (s jednou výjimkou – nařídil zastavit trestní stíhání umožněné zrušením *Mečiarovy* amnestie z roku 1998, protože samo

zrušení amnestie shledal protiústavním); bylo pouze na dotčeném orgánu, zda zváží obnovu řízení. Ústavní soud jevil malou ochotu ke střetům s obecnou justicí. Vzhledem k ohrožení samotných základů vlády práva v éře mečiarismu nebyl nucen hledat sofistikované interpretační techniky, neboť shledané protiústavnosti byly evidentní (pokusy zužovat kompetence prezidenta republiky, odebrání mandátu dvěma poslancům usnesením Národní rady, zmaření referenda). Ostré útoky na Ústavní soud postupně vedou k jeho vnitřnímu rozdělení podle doktrinárního a politického klíče. Pro právní vývoj byla relevantními ponejvíce podání generálního prokurátora. Chybí judikatura specificky transformační (lustrace, restituce apod.), větší počet nálezů naopak najdeme ve volebních věcech.

Čtvrtá kapitola pojednává o technikách interpretace, jejichž odlišnosti spojuje autor především se stářím ústav a mírou ideologické inklinace soudců. Např. v Polsku se setkáváme s reinterpretací sociálních práv prismatem nové axiologie a hojným využíváním doktríny právního státu a klausele rovné ochrany. Právě pojem právního státu se stal pro Ústavní tribunál východiskem pro formulaci řady norem, principů a hodnot. Obsáhl i mezinárodní smlouvy, jež se tak staly interpretačními argumenty. Ústavní tribunál rovněž rozpracoval metodu poměřování základních práv s jinými právy, ale i s neprávními standardy. V tomto rámci občas kritizuje i „zbytněly individualismus“; politickou demokracii totiž spojuje se sociálními hodnotami.

Maďarský Ústavní soud vytvořil již zmíněný koncept čistě racionální neviditelné ústavy, kterou odděluje od nestálé politické arény. S hodnotou lidské důstojnosti nakládá ještě kreativněji než polský Ústavní tribunál s pojmem právního státu: lidská důstojnost se stává zdrojem mnoha konkrétních základních práv. Mimořádný význam hraje v judikatuře Ústavního soudu nauka a judikatura štrasburská, americká a německá.

Pro ústavní soudy český a slovenský je typická snaha ústavy více stabilizovat, než rozvíjet či dokonce vytvářet. Přesto je zejména v ČR patrné dotváření významu ústavních ustanovení jako hodnotového řádu, využívání imperativů přirozeného práva atd. Mimotextové principy jsou prohlášeny za závazný pramen práva a nadřazeny omezenému gramatickému výkladu práva psaného. Zdejší Ústavní soud je bojovníkem s alibistickým formalismem obecných soudů. Na několika příkladech však autor dokládá, že Ústavní soud sám nemá úplně jasno o poměru mezi výkladem teleologickým a gramatickým. Princip proporcionality (poměřování vzájemných zásahů do práv a hodnot) neuplatňuje pouze na tvorbu práva, ale i na jeho aplikaci.

Slovenský Ústavní soud je kritizován pro nedostatek sebedůvěry a přílišný literalismus, nerozvíjí vlastní doktrínu, ale odpovědi hledá v textech, a to namnoze dokonce jen textech zákonů. S principem proporciona-

lity se zde téměř nesetkáme – předpokládá totiž mimotextové úvahy. Nedostatek vlastní kreativity nahrazuje citacemi Evropského soudu pro lidská práva.

Poslední kapitola, „*Founding and Beyond*“, přináší shrnutí a výstižnou stručnou charakteristiku jednotlivých soudů. R. Procháčka zde mj. spojuje legitimitu demokracie s imperativy právního státu a upozorňuje na nové pole činnosti ústavních soudů v EU.

Recenzovaná kniha se vyznačuje imponantním množstvím materiálu a přehledným způsobem jeho zpracování. Přesto je možná škoda, že se autor nevěnoval důsledněji konstrukci ústavních soudů (způsob ustavení, organizační struktura, délka funkčního období, možnost opakovaného výkonu funkce) ve vztahu k jejich dalším rysům. Bylo by zajímavé uvažovat, zda se tyto institucionální atributy promítají do míry aktivismu, stylu rozhodování, prestiže soudů apod. Souvislosti tohoto typu jsou pouze naznačeny na několika místech: např. dopady úplné personální obměny Ústavního soudu v Maďarsku v letech 1998–1999 či výrazné obměny na Slovensku v roce 2000. Je ale pravdou, že by tak patrně musel psát trochu jiné dílo.

Věcná pochybení jsem v knize nezaznamenal; výjimkou je drobnost – v České republice nejmenuje pre-

zident republiky soudce Ústavního soudu na návrh Senátu, nýbrž s jeho souhlasem. Sporné je též třeba to, zda pro Francii, o níž se zde mluví v souvislosti s Polskem, není typická spíše suverenity lidu, než suverenity parlamentu.

V každém případě je recenzovaná kniha více než užitečným příspěvkem k přemýšlení o ústavním soudnictví vůbec a o tom postkomunistickém zvláště. Cenné a inspirativní jsou úvahy o roli soudců v moderní společnosti a dopadu místních tradic na chápání této role, o podstatě abstraktní a konkrétní kontroly ústavnosti, metodách interpretace ústav v závislosti na povaze výzev, jimž musí ústavní soudy v konkrétních zemích čelit atd. Ve zkratce se dá říci, že ústavní soudy jsou namnoze takovými, jakými jim jejich okolí dovolí být.

Kniha nicméně přispívá také k chápání této části střední Evropy jako svébytného regionu, čímž se odlišujícího od ostatních evropských států. Tímto poukazem zřetelně přesahuje obvyklé ambice právnických pojednání. Rozhodně by tedy u nás neměla být známa pouze několika akademickým specialistům na ústavní soudnictví.

## Stanislav Balík, Michal Kubát: Teorie a praxe totalitních a autoritativních režimů

Dokořán, Praha, 2004, 167 str.

Jan Kysela\*

Je tomu právě rok, co jsem měl na stránkách tohoto časopisu příležitost recenzovat zajímavou tuzemskou práci o demokracii, resp. demokraciích, včetně jejich různých hybridních forem.<sup>1</sup> Nedávno se na knižním trhu objevila nová publikace, tentokrát věnovaná nedemokratickým režimům, režimům totalitním a autoritativním, které po celé 20. století ve světě převažovaly. Můžeme tak s uspokojením konstatovat, že česká politologie již vcelku celistvě přiblížila téměř všechny formy vládnutí a jejich ideové zdroje v současném světě. Jistou mezeru snad představuje pouze výzkum tradičních konzervativních systémů (*J. Blondel*) v některých oblastech Afriky a Asie, což je však již spí-

še pole přecházející v přístupy politické antropologie a nado dneš poměrně marginální.

*Stanislav Balík a Michal Kubát* jsou politology – přes své mládí – s bohatou publikační činností. V tomto případě jsou spoluautory, jejichž autorské podíly nelze přesně určit; dotazem jsem zjistil, že jsou zhruba poloviční. Poměrně útlá, ale o to přístupnější a čtivější, kniha je přehledně rozdělena do osmi kapitol a opatřena seznamem literatury. Hned v úvodu si dovoluji podotknout, že zájemci o hlubší studium budou postrádat poznámky pod čarou, resp. odkazy na jednotlivé tituly. V knize sice najdeme mj. řadu citátů, nebudeme si je však moci spojit s konkrétním dílem, je-li autor

\* JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Kancelář Senátu a Právnická fakulta UK

<sup>1</sup> VÍT HLOUŠEK A LUBOMÍR KOPEČEK (eds.): *Demokracie. Teorie, modely, osobnosti, podmínky, nepřátelé a perspektivy demokracie* (Brno, 2003), 379 str.

citátu v seznamu literatury zastoupen vícekrát.

Kapitola první, s názvem „*Problémy s pojmoslovím*“, podává komentovaný přehled pojmů, které se v souvislosti se zkoumanými tématy objevují. Autoři píšou o terminologickém chaosu a inflaci pojmů, jež začasť vedou k vytváření virtuální reality. Zabývají se antidemokratiem, extremismem, radikalismem a fundamentalismem. Posledně zmíněný výraz spojují jen s náboženstvím; užívání v politice je po jejich soudu nesmyslné, čímž si ale osobně nejsem příliš jist. Jak jinak bychom popsalí přehnané lpění na určitých filosofických, politických či programových hodnotách? Dále v první kapitole najdeme označení forem vlády historicky determinovaných (absolutismus, despotie, tyranie) a nadčasových, určených obsahově (autokracie, diktatura, oligarchie, plutokracie, teokracie).

Druhá kapitola je nazvána „*Totalitarismus jako moderní fenomén*“. Již nadpis kapitoly vyjadřuje orientaci autorů v debatě o původu totalitarismu. Jedna strana hájí názor o totalitarismu jako imanentním rysu lidské povahy, patrném ve Spartě, *Kalvínově Ženevě* nebo u jakobínů, strana druhá tvrdí, že teprve moderní technika 20. století umožnila realizovat aspirace úplného potlačení svobody. Sama slova „totalitní“ a „totalitarismus“ pocházejí z 20. let 20. století od kritiků italských fašistů; teprve posléze je převzali fašisté samotní. Totalitarismus je ideálním typem, cílem, k němuž se konkrétní formy vlády pouze přibližují. Příkladem je komunismus a nacismus (*R. Preissner*), *V. Čermák* přidává i fašismus. Totalitarismy jsou politickými náboženstvími: ke zvýšení vlastní legitimacy využívají náboženských prvků, termínů či rituálů, dochází ke zbožštění rasy, třídy nebo státu... Následuje vypočítání základních charakteristik, mezi něž patří oficiální ideologie, masová politická strana vůdcovského typu, absolutní kontrola ozbrojených sil, kontrola masmédií, teror tajné policie a centrálně řízená ekonomika. Další z citovaných klasiků politických teorií doplňují třeba atomizovanou společnost vykořeněných jednotlivců nebo stálou politickou mobilizaci sloužící k identifikaci občanů s režimem. Naši dva autoři formulují také své vlastní znaky totalitních režimů. V závěru kapitoly prezentují klasifikace totalitarismu podle *J. J. Linze* (totalitní, pretotalitní, posttotalitní), *W. U. Friedricha* (teroristické, byrokratické, teokratické) a *W. Merkela* (komunistické, fašistické a teokratické totalitní režimy; diktatury vůdce a strany).

V kapitole třetí se seznamujeme s autoritarismem jako moderním fenoménem. Začínáme *Sartoriho* zkoumáním vztahu autority (vliv založený na prestiži) a autoritarismu, jež je shrnuto ve větě: „*Čím více je systém autoritativní, tím méně se opírá o autoritu.*“ *R. Aron* odlišuje autoritativní konzervativní režim, fašistický a komunistický režim. *J. J. Linz* autoritativní režim definuje limitovaným politickým pluralismem, mentalitou místo ideologií, absencí politické mobilizace (ta se objevuje jen ve fázi budování režimu) a existencí vůdce nebo malé skupiny osob uplatňují-

cích moc uvnitř špatně definovaných, ale předvídatelných hranic. Limitovaný pluralismus, jako opak neomezené soutěživosti, vede k heterogenitě zájmových skupin spojených ve vládnoucí koalici, která se doplňuje kooptací. Základní podmínkou pluralismu ale je loajalita k režimu. Zvláštním případem vyloučení z tolerovaného pluralismu jsou rasové či národnostní důvody. *Linz* je také autorem relativně obsírně komentované klasifikace autoritativních režimů, z nichž stojí za výslovné uvedení alespoň defektní a pretotalitní autoritativní režimy (mj. lidové demokracie středovýchodní Evropy po 2. světové válce) a posttotalitní autoritativní režimy, které *Linz* v 90. letech vydělil jako zvláštní typ vedle demokratických, totalitních a autoritativních režimů. Následně uvedená alternativní *Merkelova* klasifikace lépe zohledňuje třeba státy Perského zálivu nebo marcosovské Filipíny.

Čtvrtá kapitola se jmenuje „*Problém legitimacy v autoritarismu a totalitarismu*“. V úvodu jsou výtčeny čtyři koncepce legitimacy: tradiční (transcendentní hodnoty – božský původ, přirozená práva, tradice), liberálně-demokratická (garance politické participace občanů), legitimita přesvědčení (stávající model je prezentován jako vzorový model) a behaviorální (chybí alternativy, proto přijímáme toto panství). Legitimita vyrůstá z argumentů, symbolů, působení a procedur. Autoritarismus využívá zdrojů legitimacy z demokratických systémů a přidává své vlastní (charisma, obhajoba hodnot minulých generací, boj za zájmy národa, spolupráce tříd v harmonii korporativismu, technokratická legitimita kompetentní vlády apod.). Legitimita v totalitarismu bývá založena na konečném cíli, ideologii, rituálech; značný význam má též charisma výjimečného jednotlivce. Totalitní i autoritativní režimy mají společný problém, jímž je udržení legitimacy: chybí zde totiž její demokratické obnovování ve volbách.

V naší literatuře je svým zaměřením dosti výjimečná kapitola pátá: „*Autoritářská osobnost a politické vůdcovství – stručný náhled do politické psychologie*“. Klíčovým pojmem je „autoritářská osobnost“, který vznikl z výzkumů fašismu v rámci frankfurtské školy, jež vedly k formulaci tzv. kalifornské škály („F“ škála, kde „F“ znamená fašismus). Mezi atributy autoritářské osobnosti patří konvencionalismus, podřízenost vůči moci, agresivita, pověřivost, antiintrospekce atd.; zdá se přitom, že mírně převažuje pravice autoritářství. Na frankfurtskou školu navázala celá řada badatelů, z nichž např. *S. M. Lipset* se věnoval autoritářství dělnické třídy. Rozhodující proměnnou autoritářských sklonů osobnosti je míra vzdělání. Jiným dílčím tématem politické psychologie je politické vůdcovství definované vztahem k moci. Rozlišují se tři styly vůdcovství: autokratický, demokratický a liberální, přičemž ten poslední jmenovaný vlastně značí absenci vůdce – mocenská skupina vystupuje jako celek. Existuje rovněž několikrát vysvětlení toho, kdo a proč se vůdcem stává: může jít o specifické historické okolnosti (*Zeitgeist*), mimořádné schopnosti (*Great*



*History Man*) nebo výsledek vztahů s ovládanými, kdy je vůdcovo charisma výsledkem sociální percepce. Za dosti důležité považují tvrzení (*J. M. Post*) o komplementaritě vůdce a ovládaných, založené na vzájemném uspokojování psychologických a emocionálních potřeb (touha po moci, touha být veden, obdiv aj.).

Šestá kapitola nese název „*Totalitní ideologie a autoritativní mentalita*“. Ideologie, resp. mentalita, jsou náhražkou všeobecných voleb a garancí lidských práv v obhajobě nároků na vládu. Nejdříve se seznamujeme s neutrálním (*M. Schiger*) a pejorativním (*K. R. Popper, J. J. Linz*) pojetím pojmu ideologie, a to s důrazem na myšlenkový obsah v pevné struktuře. Mentalita je naproti tomu spíše způsobem myšlení a citění (váže se na obecné hodnoty jako vlastenectví, spravedlnost či ekonomický rozvoj), nekodifikovaným způsobem reakcí. Zatímco ideologie je orientována na budoucnost, mentalita na přítomnost a minulost. Jelikož mentalita příliš nepůsobí na emoce, odcizují se jí intelektuálové a studenti. Na toto obecné vymezení navazuje charakteristika fašismu, nacismu, komunismu, maoismu a korejské čučche coby ukázek ideologií a následně i přiblížení mentalit v byrokraticko-militaristických a organicko-etatistických režimech jako byl *Frankův* nebo *Salazarův*. O mentalitu se jedná rovněž ve svérázném režimu libyjském.

Šedmá kapitola, „*Praktické fungování totalitarismu a autoritarismu*“, stručně líčí poměry v zemích zmiňovaných již v předchozích kapitolách: na empirickém materiálu si tak můžeme ověřit teoretické teze. Popisováno je Rusko za *Lenina* a *Stalina*, včetně změn bezprostředně následujících po *Stalinově* smrti, Německo, ukázkově totalitní Albánie (např. zrušení církve) a Kambodža. Z autoritativních režimů jsou uvedeny Španělsko, po mém soudu s velmi zdařilým vystižením fungování mocenského mechanismu, u nás nepříliš známé Portugalsko, jako rarita Svobodný stát Fiume (krátkodobé zřízení dnešní Rijeky po 1. světové válce v čele s *G. d'Annunziem*), Polsko, byl s totalitní etapou v letech 1947/48 – 1956, Maďarsko a konečně Singapur, který patří mezi hybridy mísící demokratické prvky (svobodné volby, legální opozice) s autoritářskými (trvale vládoucí strana prorůstající se státním aparátem).

V osmé kapitole, jež je nadepsána „*Závěr – srovnání vybraných aspektů některých autoritativních a totalitních režimů*“, najdeme tabulku přehledně srovnávající Německo, SSSR, Čínu, Itálii a Španělsko. Krom toho je zde deklarována potřeba kombinovaná znalosti (jedinečné) historie a politické teorie (mechanismy a principy fungování režimů).

Recenzovanou knihu považují za velmi užitečnou a intelektuálně podnětnou; nejde totiž o pou-

hou deskripci. Podíl historických ilustrací je adekvátní politologickým syntézám a zobecněním. Nejsem si jen jist, zda je nezbytně nutné užívat poměrně expresivních výrazů („směšný omyl“, „nesmyslné používání“ apod.), jímž se s nositelem ve společenských vědách tak často odlišného, byť možná mylného názoru, „snadno“ vypořádáme jako s hlupákem. Jazyk obou autorů je přitom dostatečně bohatý, aby v pasážích věnovaných *Orwellovi* nebo *Pol-Potovi* oslovil nejen čtenářovo ratio, ale i emoce. Mluvená řeč, včetně autory kritizované řeči novinářů, navíc bude vždy preferovat sousloví „krvavý tyran“ před „krvavým autokratem“.

K jazyku, resp. možná spíše apodiktické formulaci, se vztahuje i další pochybnost. Autoři v závěru kambodžského „medailonu“ uvádějí, že takto nutně vypadá společnost, která se pokusí marxistické ideály uvést do života. Je-li tomu tak, byly ostatní státy zijící ve stínu marxismu svázány pragmatismem, oportunistem nebo geopolitickými zájmy? Zkrátka soudím, že adverbium „nutně“ by vyžadovalo hlubší rozbor.

Meritorní připomínky mám vlastně jen dvě. Nezdá se mi úplně zřejmým, jaký vztah autoři spatřují mezi nacismem a fašismem. Leccos nasvědčuje tomu, že sdílejí názor *E. Noltheo* o obecném pojmu fašismu s několika konkrétními historickými variantami, mezi něž patří německý nacismus i italský fašismus, zcela jasné to však není (viz str. 101). Obdobně sporné je zařazení *Dolfussova* režimu v Rakousku, který je jednou označen jako organicko-etatistický (str. 116), podruhé jako byrokraticko-militaristický (str. 119).

Druhá připomínka směřuje k jednomu z atributů totalitarismu, jímž má být „legalistická obsese“, projevující se ve lpění na socialistické zákonosti, přičemž jde mnohdy jen o zdání (viz formální ústavy). Právě proto, že autoři odlišují totalitarismus, pre- a posttotalitarismus, měli možná zohlednit i dynamickou stránku vztahu režimu a práva. Otevřeně totalitní etapy vlády teroru jsou provázeny spíše odkazy na revoluční právní vědomí, právní citění německého národa a podobné kategorie. Dovolávání se psaného práva přichází např. v Československu na řadu až se stabilizací režimu, který si již „své“ právo stihl vytvořit. Socialistická zákonnost nadto byla zprvu pokusem o eliminaci naprosté zvláště orgánů aplikace práva, resp. různých složek té či oné státostrany. Sloužila tudíž právní jistotě; teprve posléze se proměnila v obsesi, ale nikoli legalistickou, nýbrž formalistickou.

Své připomínky však spíše než jako kritiku chápu coby součást diskuse, jíž by právě představená kniha měla vyvolat, a to nejen mezi politology, ale také právníky.

## Králik, Jozef, Jakubovič, Daniel: Finančné právo

1. vyd. Bratislava: Veda, vydavateľstvo SAV, 2004. 728 s. ISBN 80-224-0804-2

Olga Matějčková\*

Nejnovejší publikace z dílny prof. Králíka provádí zájemce o slovenské finanční právo všemi zákoutími tohoto dosud nekodifikovaného oboru. Úctyhodná šíře záběru a tomu odpovídající rozsah práce svědčí o bohatých pedagogických zkušenostech autora, který tentokrát přizval ke spolupráci na díle odborníka na právo obchodní.

Akademickým domovem obou autorů je Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislavě, katedra finančního, obchodního a hospodářského práva. Učební text proto vystavěli nejen na tradičním veřejnoprávním základě, ale zvolili po mém soudu modernější a potřebnější přístup: do výkladu zakomponovali ty části z oboru obchodního práva, které s finančním právem bezprostředně souvisejí.

První z devíti kapitol je seznámením s pojmem financí a s jejich funkcí a vysvětlením fungování finančních vztahů. Je zde nastíněna vnitřní diferenciacie vědního oboru, představena soustava finančně právních orgánů a systém finanční kontroly. Samozřejmou součástí kapitoly je definování základních pojmů – finanční právo, finanční soustava apod., kterým je dále v textu věnována podrobná pozornost.

Druhá kapitola je věnována právu rozpočtovému jak na úrovni státu, tak v podmínkách územní samosprávy, tedy obcí a „vyšších územních celků“. Toto delší a formálně jistě správné označení pro kraje je důsledně používáno v celém učebním textu; přiklonila bych se však spíše k aktuálnímu označení „kraj“, což míním jako námět pro příští vydání knihy. V následující kapitole o celním právu mě zaujaly poznámky k etymologickému vývoji pojmu „mýto“. Ostatně bohatý poznámkový aparát této knihy je přesně tím, čím být má – rozcestníkem ukazujícím souvislosti, průhledem do příbuzných právních odvětví i vodítkem ke konkrétním ustanovením právních předpisů, které nejsou ve vlastním textu neúčelně opisovány, ale skutečně vysvětlovány. Mimochodem přehled bezmála stovky relevantních právních předpisů v závěru práce pokládám rovněž za nesmírně užitečný. Na tomtéž místě naopak postrádám tradiční věcný rejstřík.

Náplní čtvrté kapitoly je výklad normativní právní úpravy finančního hospodaření státních podniků, rozpočtových a příspěvkových organizací a pátá, nejrozsáhlejší kapitola, představuje komplexní pohled na právo finančního trhu. „Příbuznost“ finančního a obchodního práva je zde patrná například ve výkla-

du o komerčních bankách, který zahrnuje i pojednání o některých obchodněprávních smlouvách: úvěrové, o běžném účtu apod. Devizové právo je vyloženo samostatně v šesté kapitole.

Ta následující, nazvaná „Dane a poplatky“, není již jen výkladem finančního práva, ale dokonce společensko-ekonomickou analýzou. Tato část studijní pomůcky ke studentům promlouvá nejen didakticky vhodným rozvržením látky; přehled pojmů následovaný podrobným výkladem je pravidlem v celém díle, stejně jako výrazné členění textu, hravě ozvláštěného rozličnými grafickými symboly ruček, šipek, karetních barev apod. Zřejmým autorovým cílem nebylo jen to, aby se studenti vyznali v problematice daňového práva, ale především, aby pochopili jeho smysl. Kromě zdařilých definic pojmu daň se tak seznámíme i s autorovým pohledem na daňovou morálku a daňový únik, přičemž nechybí rozbor vývoje tzv. černé ekonomiky na Slovensku či klasifikace „daňových rájů“. Reflexe aktuální politické situace na Slovensku dovolila autorovi formulovat na str. 458 následující vizi: „Zdá sa, že postupné zavádzanie jednotlivých reformných prvkov daňovú sústavu SR urobí prehľadnejšou, zrozumiteľnejšou, jasnejšou a daňovo-právny proces lacnejším. Možno tiež očakávať, že slovenský model daňovej sústavy sa stane vzorom pre celú EÚ, pretože svojou racionalitou umožní pravdepodobne eliminovať daňové úniky na minimálnu možnú hranicu, čím sa pre modernú ekonomiku stanú únosnejšími.“ Problematiky evropského práva se týká též následující kapitola, když popisuje hospodaření Strukturálních fondů EU, Kohezního fondu i tzv. komunitních iniciativ Interreg III, Equal, Leader+ a Urban II. Poslední kapitola práce seznamuje čtenáře s možnými následky porušení povinností stanovených finančněprávními normami.

Finančné právo autorského kolektivu Králik – Jakubovič je podle mě vyčerpávajícím přehledem dynamického oboru a zároveň přesvědčivým pozváním k jeho studiu. Přestože ve finančním právu není nouze o překotné změny právních předpisů, což s sebou nese (nejen) terminologické zmatky, autorům se nestalo, že by „pro stromy neviděli les“ a na obor si skutečně posvětili. Proto jim přeji, aby kniha sklídila úspěch nejen u slovenské čtenářské obce, ale aby to světélko poznání dolétlo i k nám, kteří již slovenštinu pozvolna zapomínáme.

\* Mgr. Olga Matějčková, studentka PGS, Katedra správní vědy, správního a finančního práva PrF MU v Brně

## Aktuální publikace k výuce finančního práva

Petr Mrkývka a kol.: Finanční právo a finanční správa

MU Brno, PrF 2004, 1. díl – s. 404, 2. díl – s. 381

ISBN 80-210-3578-1 (1. díl), ISBN 80-210-3579-X (2. díl)

Petr Průcha\*

Publikace „Finanční právo a finanční správa“ byla zpracována především pro studijní účely, a to v rámci vysokoškolského studia oboru „právo“. Tím je do jisté míry předurčeno i v ní volené a prezentované pojetí „finančního práva“ jako pedagogické disciplíny, byť, a nemůže tomu být jinak, je tímto prostřednictvím přirozeně prezentováno i „finanční právo“, vnímatelné jako souhrn svébytných finančně-právních norem, splňujících obecněji vyžadovaná a také uznávaná odpovědnostní kritéria, tzn. je takto prezentováno i „finanční právo“ jako právní odvětví. Jak vyplývá z textu, jeho autoři jsou si současně vědomi i vědeckého rozměru finančního práva, který souvisí jednak s tzv. vědou finančního práva, a stejně tak i s tzv. finanční vědou.

Sluší se poznamenat, že determinace „finančního práva“ jako právního odvětví, což se odráží i v jeho pedagogickém zprostředkování a stejně tak i v jeho vědeckém či „vědním“ nazírání, je záležitostí do jisté míry relativní, a to v tom smyslu, že podstatnou část právních norem zahrnovaných do finančního práva představují právní normy upravující „finance“ v širším slova smyslu, které jsou zahrnovány do téměř všech odvětví našeho právního řádu. Z pojetí posuzované publikace je zřejmé, že její autoři jsou si vědomi naléhavosti potřeby náležitě vymezit již samotný „předmět“ svého zájmu, jímž je „finanční právo“ jako odvětví veřejného práva, a stejně tak otázky s ním související, a to s tím, že současně poukazují právě i na přesahy zájmu právní úpravy ve vztahu k „financím“, dopadající za hranice, či přesahující hranice, „finančního práva“ jako svébytného právního odvětví.

Anotovaná publikace, jak je zřejmé z jejího obsahu a zaměření, zahrnuje výsledky dlouhodobější systematické práce jejích autorů. Kolektiv, který publikaci zpracoval, sestává převážně z interních, a dílem také z externích, pracovníků oddělení finančního práva na katedře správní vědy, správního práva a finančního práva Právnické fakulty MU v Brně. Všichni ze spoluautorů ve větším či menším rozsahu průběžně publikují své poznatky a náměty ve vztahu k finančnímu právu (P. Mrkývka a I. Pařízková monograficky

a dlouhodobě i časopisecky, ostatní spoluautoři potom časopisecky), jsou zapojeni do vědecko-výzkumné činnosti a aktivně se účastní vědeckých a dalších odborných konferencí (jak tuzemských, tak mezinárodních) v oboru. Recenzovaná učebnice přitom nese zřetelné stopy této činnosti jejich spoluautorů, včetně poznatků a zkušeností z ní vyplývajících.

To platí nejen pro reflexi dynamiky právní úpravy na předmětném úseku a otázky s tím spojené, ale stejně tak i pro řadu teoretických problémů a otázek, diskutovaných ve spojení s řadou institutů finančního práva, a to i ve spojení s vlastní ekonomickou povahou financí. Stranou zájmu autorského kolektivu nezůstaly (a za stávající situace tomu nemohlo být jinak) ani vazby našeho „vnitrostátního“ finančního práva k právu evropskému, se zdůrazněním rozhodujících vazeb k právu komunitárnímu.

Publikace je přitom zpracována a předkládána v období, kdy při značném dynamismu změn v právní úpravě (finančnímu právu patří z povahy věci – značná strukturovanost a stejně tak výrazná četnost předpisů finančního práva) není pozitivně právní materie finančního práva ani relativně stabilizována, a kdy tak tento stav jen velmi obtížně umožňuje zachytit a vyjádřit ucelenější odborně literární pohled na ni. Už z tohoto důvodu je předmětný autorský počin třeba ocenit. V podmínkách brněnské právnické fakulty je potom tento počin o to sympatičtější, že jde – po řadě dílčích a přitom nevýznamných publikačních výstupů dnešních spoluautorů – o první komplexní podání předmětné materie pro potřeby studentů a studia finančního práva.

Autoři se, jak vyplývá z celkového obsahu předmětné publikace, „vydali“ cestou uceleného pohledu na „finanční právo“ jako pedagogickou disciplínu, a tak do ní zahrnují jak problematiku podřaditelnou pod „obecnou část“ finančního práva, tak problematiku „zvláštní části“ finančního práva, a stranou zájmu autorů nezůstala ani problematika procesně právní.

Toto značné „sousto“, které si autoři „vzali“, potom „vydalo“ na rozsah více než 44 autorských archů textu, přičemž celý text byl strukturován do celkem

\* Doc. JUDr. Petr Průcha, CSc., Katedra správní vědy, správního práva a finančního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

třiceti tří kapitol, a tiskem byla publikace vydána ve dvou dílech (1. díl – kap. I.–XVII., 2. díl kap. XVIII.–XXXIII.).

Z obsahu a zaměření jednotlivých kapitol přitom lze vysledovat, že prvních dvanáct kapitol je věnováno obecným otázkám finančního práva (veřejné finance, finanční právo jako samostatné odvětví práva, systém finančního práva, atd.) a navazujících dvacet jedna kapitol je potom věnováno převážně zvláštní části finančního práva s tím, že po charakteristice klíčových hmotně právních subsystemů finančního práva (měnové právo, veřejné bankovní právo, devizové právo, veřejné pojišťovnické právo, rozpočtové právo, berní právo), je věnována pozornost správě daní a daňovému procesu, na což navazuje související pojednání o smlouvách o zamezení dvojího zdanění, a o mezinárodní spolupráci při správě daní a potírání daňových úniků, poté navazuje pojednání o bilančním právu, a návazně je v publikaci pojednáváno o režimech „jednotlivých“ daní a poplatků, přičemž celá učebnice je uzavřena kapitolou o finanční kontrole.

Je přirozené, že při tak značné obsažnosti a s tím spojené strukturovanosti zpracované materie je „problémem samým o sobě“ volba posloupnosti subtemat dané problematiky. Autoři, a to je nutno znovu podtrhnout, správně věnovali pozornost nejprve otázkám či subtematům, obvykle spojovaným s tzv. obecnou částí finančního práva (včetně „přiznaného“ vědomí o diskutovaném přístupu k uznání této tzv. obecné části). Z logiky věci se pak nabízelo věnovat návaznou pozornost obsahově značně široké, a také vnitřně výrazně diferencované zvláštní části finančního práva, resp. jeho tzv. hmotně právní sféře. Za této situace nebylo možno pominout ani část procesně právní, a bylo třeba zvolit její příslušné začlenění do struktury publikace. Autoři šli cestou začlenění procesně právní materie do „meziprostoru“ v rámci témat finančního práva hmotného. Přesto, že si lze představit i jinak zvolené strukturování dané problematiky, je nutno přiznat, že při představitelné variabilitě řazení příslušných subtemat se daná struktura tak, jak byla zvolena, jeví jako logická, s příslušnou věcnou provázaností a srozumitelnou linií následnosti.

Přesto se nabízí k poznamenání, že přehlednosti a vyšší orientaci (to potom pod zorným úhlem pedagogického zaměření předmětné publikace) by zřejmě prospělo, kdyby daná publikace byla členěna do „dílů“ či „částí“ (obecná, zvláštní, procesně právní), což však z podkladu, který byl pro účely tohoto recenzního posouzení (šlo o podklad pro tisk před korekturou) nevyplývá. Stejně tak nelze vyloučit, že se s ohledem na poslání předmětné publikace bude jevit čtenářům diskusní řazení jednotlivých kapitol. Tak se např. jeví snad jako propedeutičtější předřazení kapitoly třetí na samotný začátek publikace, kdy se vymezením pojmu, předmětu a postavení finančního práva logicky otevíral prostor pro návazně podrobnější přiblížení veřejných statků a veřejných financí (dnes v první a druhé

kapitole), jež (a to zejména vzhledem k rozsahu kapitol) mohly být podřazeny i do jedné kapitoly. Stejně tak se snad i nabízelo, aby do tzv. obecné části byla zařazena v pořadí poslední kapitola o finanční kontrole. Obdobně by bylo možné zařadit rozbor právních režimů „jednotlivých“ daní návazně přímo za obecnou charakteristiku „berního práva“.

Nicméně toto jsou úvahy, které jsou si vědomy toho, že strukturování práce je výsostnou volbou autora, či autorů, a pokud zvolené strukturování nepopírá obecnou logiku představitelného strukturování zpracovávané problematiky, je daná volba vždy naopak projevem osobitosti pojetí daného zpracování, a tak tomu bylo i v posuzovaném případě. Proto také uvedené poznámky nesledují kritiku přístupu autorů.

Při kolektivní práci takového rozsahu a strukturovanosti je zřejmé, že jednotlivé kapitoly nutně nesou pečeť rozdílných „rukopisů“ jejich jednotlivých zpracovatelů, což klade značné nároky na „sjednocující redakční práce“, na jejíž výsledky či efekt rozdílní čtenáři vždy nazírají a hodnotí je rozdílně. Přesto lze myslím říci, že publikace je psána (a to vzdor tomu, že převážně zprostředkovává pozitivně právní materii, ovládanou specifickou právní terminologií) celkově sdělným a srozumitelným jazykem i způsobem. Jednotlivé rysy zpracování jsou dány zejména v zásadě obdobně koncipovanými „upoutávkami“ předřazenými začátkům kapitol (prameny a obsah), snahou po typově obdobném (v mezích možností) vnitřním členění jednotlivých kapitol, a u jednotlivých kapitol je stejně tak vcelku vyváženě užíváno poznámkového aparátu (i když v mně předložené verzi – text před korekturou – byly u poznámkového aparátu určité „formulační“ nejednotnosti, či „neúplnosti“, jež předpokládám byly řešeny při korekturách).

Pro publikaci jako celek se také vyznačuje přibližně srovnatelná míra obecnosti a konkrétnosti zpracování (či rozpracování) dílčích témat a otázek, i když i tady se snad v některých případech nabízelo (u „kratších“ kapitol) volit nikoliv tak podrobné členění na základní (první) rozlišovací úrovni uvnitř kapitol, na rozdíl od kapitol jiných, kde proporční poměry „ploch“ podkapitol jsou kvantitativně výrazně větší.

Z obsahu i způsobu zpracování je zřejmá věcná správnost zvoleného zprostředkování dané finančně právní problematiky. Po mém soudu není za této situace třeba provádět bližší, či podrobné, hodnocení jednotlivých kapitol a lze setrvat u souhrnného hodnocení, které je vlastní, resp. společné, dané publikaci jako celku. To neznamená, že by detailnější pohled nenacházel některé dílčí otázky k diskusi, a to třeba i formulačního charakteru (tak např. v kapitole „berní právo“ je v § 9 uvedena věta „Fungování daňového systému je berním právem.“, která sama o sobě může působit poněkud zkratkovitě; obdobně např. vede k zamyšlení autory zvolené užití samotného termínu „berní právo“ a jimi uváděné souvislosti s obsahem daňové úpravy a tam užívanou terminologií; podob-

ně by se nabízela řada dalších dílčích poznámek, které by však skutečně byly jen poznámkami „dílčími“, bez vlivu na celkově pozitivní hodnocení práce).

Publikace jako celek je co do obsahu zpracována kvalifikovaně, má odpovídající informační hodnotu, opírá se o prameny, na něž je příslušným způsobem odkazováno a je způsobilá dostát přinejmenším svému

základnímu poslání, tj. plnit funkci učebnice pro studium předmětu „finanční právo“ při vysokoškolském studiu obor „právo“ (byť tím její představitelné aspirace jistě nejsou vyčerpány). Proto ji lze doporučit k využití nejen pro vědecké či studijní účely, ale stejně tak ji lze plně doporučit i pro praktické využití v činnosti příslušně orientované odborné praxe.

LEGAL STUDIES  
AND PRACTICE  
JOURNAL

Volume XIII  
Number 1/2005

Editorial board:

prof. JUDr. J. Filip, CSc. – Chairperson  
prof. JUDr. J. Bejček, CSc.  
doc. JUDr. J. Fiala, CSc.  
doc. JUDr. D. Jílek, CSc.  
doc. JUDr. K. Marek, CSc.  
doc. JUDr. P. Průcha, CSc.  
doc. JUDr. J. Svatoň, CSc.  
doc. JUDr. V. Týč, CSc.  
JUDr. J. Spáčil, CSc.

Published by: Masaryk University in  
Brno • The Masaryk University in  
Brno – the Faculty of Law, Veveří 70,  
611 80 Brno • Printed by: Ladislav  
Sýkora, offset printing, Stará 18/20, Brno  
• Distributed by; orders accepted  
and executed by: The Educational and  
Editorial Centre of the Faculty of Law the  
Masaryk University in Brno, Veveří 70,  
611 80 Brno • tel. and fax. 549 495 937

2005's subscription – CZK 380 • Price  
per one number/copy – CZK 95 • Issued  
4 times a year

This number was put into printing in April  
2005

ISSN 1210 – 9126

The manuscripts should be sent to the  
editors in one copy and on a floppy  
disc. The manuscript must not exceed 20  
(standard) pages. The title of the article  
should not exceed 100 characters; if it  
does the editors may change it. Under  
the title of your article state author's  
name, surname, his/her title, workplace,  
and birth number. All articles will be  
opposed anonymously. Authors will not be  
given their articles back unless they ask  
for them. All correspondence should be  
sent to the editors of Legal Studies and  
Practice Journal.

## CONTENTS

### HONORARY DOCTORATE

Ota Weinberger: On the sense of qualifying sentences ..... 1

### ARTICLES

Jan Filip: Procedure by adoption of „electoral law“ according to Art. 40 of the  
Czech Constitution ..... 3

Karel Marek: On business binding relations. Part 2 ..... 11

Zdeněk Tobeš: Defects of a work in German law ..... 20

### CURRENT TOPICS FOR LEGAL PRACTICE

Jana Martinková: „The crime game“ and human dignity protection ..... 25

Andrea Moravčiková: Legal regulation of public care in the Slovak Republic ..... 29

Jana Dudová: On some of the responsibilities in the perspective of health  
protection from air pollution ..... 39

Marek Fryšták: Informer as one of the instruments in fighting the organized  
crime ..... 42

### INFORMATION FOR LEGAL PRACTICE

Petr Kolman: On the problems concerning mayors' legal status ..... 48

### STUDENTS' CONTRIBUTIONS

Michal Bobek: Legal protection in the preliminary question proceedings .. 52

Josef Šilhán, Tomáš Foltýn: Innominates in labour law ..... 63

Jan Chocholatý: Use of mobile phones in criminal proceedings ..... 71

Jaroslav Knotek: Competence to pronounce a tree part of the national her-  
itage after the amendment to the law on the environment protection ... 74

Milana Hrušáková, Eva Žatecká: Limits of legal responsibility ..... 76

Renáta Klečková: Polygamous marriage and the asylum law ..... 87

### HISTORY AND PRESENT DAYS

Petra Jakešová, Petr Dostálík: Some of the issues related to the legal  
regulation of sepulchral place ..... 91

### FROM THE WORLD OF LEGAL STUDIES

Eva Žatecká, Milana Hrušáková: International conference „New phenome-  
na in economic crime“ ..... 99

Dana Ondřejová, Robert Neruda: Responsibility for damage ..... 100

Karin Brzobohatá: Conference „Czech legal thinking and logic – the past  
and the prospects II“ ..... 105

### REVIEWS

Jan Kysela: Radoslav Procházka: Mission Accomplished. On Founding Con-  
stitutional Adjudication in Central Europe ..... 106

Jan Kysela: S. Balík, M. Kubát: The theory and practice of totalitarian and  
authoritarian regimes ..... 109

Olga Matějčková: Králík, J., Jakubovič, D.: Financial law ..... 112

Petr Průcha: Topical publication to financial law ..... 113