

2004

III.

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXÍ



MASARYKOVA UNIVERZITA
PRÁVNICKÁ FAKULTA
V BRNĚ

ČASOPIS
PRO PRÁVNÍ VĚDU
A PRAXI

Ročník XII
číslo 3/2004

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. Michlová, 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 2004 – 380,- Kč •
Cena jednoho čísla – 95,- Kč • Vychází 4x ročně

Toto číslo bylo dáno do tisku v říjnu 2004

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

ČLÁNKY

Karel Marek: Ještě k zadávání veřejných zakázek II.	183
Jana Martinková: „Výhrada svedomia“ z komparatívnej perspektívy	189
Josef Kotásek: K vyšší moci ve směnečném právu	201
Slavomír Rudenko: Pohľad na vybrané aspekty ústavného systému Nórskeho kráľovstva	208
Zdeněk Kapitán: Teorie veřejného pořádku a kritéria jeho použití	214
Radim Polčák: Některé otázky práva v kyberprostoru	227

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

Petr Hajn, Lukáš Pták: Financování veřejnoprávních elektronických médií a právo	231
Petr Mrkývka: Exkurs do problematiky majetku územní samosprávy v Polské republice	235
Milan Podhrázký: Dočká se jednou ČR i krajského referenda?	240

DISKUSE NAD ÚSTAVOU EU – I. ČÁST

Eliška Wagnerová: Je Euroústava žádoucí?	246
Siegfried Bross: Vztah Evropského soudního dvora k národním ústavním soudům: Příklad německého Spolkového ústavního soudu	249
Michal Tomášek: Evropská ústavní smlouva a suverenity v trestních věcech	254

STUDENTSKE PŘÍSPĚVKY

Jan Chochoolatý: Několik poznámek k aplikaci § 88a trestního řádu	257
Michal Bobek: Nač se lze ptát předběžnou otázkou v řízení před Evropským soudním dvorem?	260

ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Zdeňka Králíčková, Patrik Matyášek: Konference: „Sféry ženy (žena veřejná, žena sůkromná)“	271
Karel Schelle: Mezinárodní vědecká konference „Education for Management“	272
Milan Brejcha, Karel Schelle: Konferenční aktivity na téma „Ekonomie, právo, management“	275

RECENZE

Jan Kyselá: Jana Reschová: Evropský konstitucionalismus: zdroje, formy a tendence	279
Miloš Večeřa: Třetí díl vzpomínek Františka Weyra – Paměti 3. Za okupace a po ní (1939–1951)	282

NEKROLOG

Pavel Holländer: Za prof. JUDr. Vladimírem Čermákem	284
--	-----

ČLÁNKY

Ještě k zadávání veřejných zakázek II.*

Karel Marek**

Otevřené řízení je přístupné neomezenému počtu uchazečů, kteří podávají nabídku na základě zadavatelem stanovených podmínek, které jsou zveřejněny. Je hodnoceno jako nejvíce transparentní; je však organizačně nejnáročnější.

Probíhá-li zadávání v otevřeném zadávacím řízení, pak mohou podat nabídku všichni uchazeči. V užším zadávacím řízení podávají nabídku jen zadavatelem určení dodavatelé. V jednacím řízení s uveřejněním podávají nabídku jen vyzvaní dodavatelé, kteří jsou poté zadavatelem vyzváni k jednání. Jednací řízení bez uveřejnění je pak takové zadávání, ve kterém zadavatel vyzve k jednání jednoho nebo více dodavatelů.

Za obecný způsob zadávacího řízení lze označit otevřené zadávací řízení a užší zadávací řízení. Jsou to způsoby zadávání, které mohou být použity u všech zakázek a volbu, který způsob použije, si zadavatel volí sám.

Způsob zadávání si musí zadavatel dobře zvážit. Zvolí-li otevřené zadávací řízení, může se stát, že bude nabídek příliš velký počet. Zvolí-li však užší zadávací řízení, může pak být problematické objektivní zúžení počtu zájemců na 5 až 20 (kteří budou vyzváni k podání nabídky). Ostatní zájemci přitom mohou podávat námítky.

Jednací řízení s uveřejněním a jednací řízení bez uveřejnění může zadavatel volit jen v případech stanovených zákonem.

POUŽITÍ JEDNACÍHO ŘÍZENÍ S UVEŘEJNĚNÍM

podle § 25 jde-li o sektorové dodavatele

podle § 26 v předchozím otevřeném nebo užším řízení byly podány pouze neúplné nabídky

podle § 26 povaha stavebních prací nebo služeb nebo povaha rizik s nimi spojených neumožňuje stanovit cenu

podle § 26 stavební práce jsou prováděny pouze pro účely výzkumu a vývoje a nelze je využít k zisku nebo pokrytí nákladů

Zadavatel může použít jednací řízení s uveřejněním, jestliže v předchozím otevřeném řízení nebo užším řízení byly podány pouze neúplné nabídky a zadavatel podstatně nezmění zadávací podmínky. Uveřejnění jednacího řízení není nezbytné, pokud zadavatel vyzve k jednání všechny uchazeče, kteří podali v předchozím otevřeném řízení nebo užším řízení nabídku a splnili kvalifikaci požadovanou zadavatelem.

Zadavatel může použít jednací řízení s uveřejněním též

- a) ve výjimečných případech, jestliže povaha stavebních prací nebo služeb nebo povaha rizik s nimi spojených neumožňuje stanovit celkovou cenu předmětu předem, nebo
- b) jestliže stavební práce jsou prováděny pouze pro účely výzkumu a vývoje a nelze je využít za účelem dosažení zisku nebo k pokrytí nákladů výzkumu a vývoje.

Jednací řízení s uveřejněním se může pro zadání veřejné zakázky zvolit i tehdy, jde-li o zadavatele v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (viz § 25 odst. 2 písm. c) zákona).

Použití jednacího řízení bez uveřejnění je v zákonu vymezeno v šesti poměrně rozsáhlých odstavcích § 27. Z této úpravy příkladmo uvádíme některá ustanovení.

POUŽITÍ JEDNACÍHO ŘÍZENÍ BEZ UVEŘEJNĚNÍ

podle § 28 odst. 2 sektorové dodavatelé na základě rámcové smlouvy

podle § 28 odst. 1 písm. a) sektorové dodavatelé pro dodávky na komoditních trzích

podle § 28 odst. 1 písm. b) sektorové dodavatelé při výhodné koupi za ceny podstatně nižší

podle § 28 odst. 1 písm. c) sektorové dodavatelé při nákupu zboží za zvlášť stanovených výhodných podmínek

podle § 27 odst. 1 písm. a) v otevřeném nebo užším řízení nebyly podány žádné vhodné nabídky

* Jedná se o pokračování navazující na článek „Ještě k zadávání veřejných zakázek I.“ uveřejněný v čísle 2/2004.

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

podle § 27 odst. 1 písm. b) zakázka může být ze stanovených důvodů plněna jen určitým dodavatelem

podle § 27 odst. 1 písm. c) V naléhavém případě z důvodu krizového stavu

podle § 27 odst. 2 písm. a) zboží pouze pro účely výzkumu a vývoje

podle § 27 odst. 2 písm. b) jde o tzv. dodatečnou dodávku za stanovených podmínek

podle § 27 odst. 3 písm. a) jde o tzv. dodatečné práce nebo služby za stanovených podmínek

podle § 27 odst. 3 písm. b), písm. c) (k tomu viz odst. 4) nové stavební práce nebo služby stejného druhu či podobné za stanovených podmínek

podle § 27 odst. 3 písm. d) nové stavební práce nebo služby spojené s výstavbou nebo rekonstrukcí pozemní komunikace za stanovených podmínek

podle § 27 odst. 5 navazuje-li zadání veřejné zakázky na služby na veřejnou soutěž o návrh

Jednací řízení bez uveřejnění může zadavatel použít, jestliže

- a) v předchozím otevřeném řízení nebo užším řízení nebyly podány žádné nabídky nebo nabídky splňující zadávací podmínky a zadavatel podstatně nezmění zadávací podmínky,
- b) veřejná zakázka může být plněna z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví pouze určitým dodavatelem, nebo
- c) veřejnou zakázku je nezbytné zadat v naléhavém případě z důvodu krizového stavu a není možno veřejnou zakázku zadat v jiném zadávacím řízení.

V jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na dodávky rovněž,

- a) je-li zboží vyráběno pouze pro účely výzkumu a vývoje; to se nevztahuje na případy, kdy je zboží vyráběno ve větších sériích za účelem dosažení zisku nebo bude-li využito k pokrytí nákladů výzkumu a vývoje, nebo
- b) jde-li o dodatečnou dodávku poskytovanou dodavatelem, s nímž byla již uzavřena smlouva, spočívá-li plnění v částečné obnově zboží, rozšíření sjednaného objemu nebo úpravě za předpokladu, že změna dodavatele by vedla k dodání zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původním zbožím nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě; doba trvání těchto smluv nesmí přesáhnout dobu 3 let.

V jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel rovněž zadat v zákonu určené stavební práce a služby, vč. stanovených tzv. dodatečných stavebních prací nebo služeb.

Podle navazujícího ustanovení § 28 je možno jednací řízení bez uveřejnění použít u zadavatele v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací a u zadavatele podlimitní veřejné zakázky.

Zadavatel v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací a zadavatel podlimitní veřejné zakázky může použít jednací řízení bez uveřejnění rovněž

- a) pro dodávky zaznamenané a kupované na komoditních trzích,
- b) při výhodné koupi, kdy je možné obstarat si dodávky využitím zvláště příznivých příležitostí daných pro velmi krátkou dobu za ceny podstatně nižší, než jsou ceny obvyklé, nebo
- c) při nákupu zboží za zvlášť výhodných podmínek od dodavatele, který je v likvidaci, na jehož majetek byl prohlášen konkurz nebo u něhož probíhá konkurzní nebo vyrovnací řízení.

Zadavatel v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací může použít jednací řízení bez uveřejnění i v případě, je-li veřejná zakázka zadávána na základě rámcové smlouvy (rámcová smlouva se uzavírá právě u těchto tzv. síťových zadavatelů – viz dále).

„Novinkou“ zákona č. 40/2004 Sb. je provádění tzv. předběžného oznámení (podle § 29 zákona).

Na počátku kalendářního roku, nejpozději však do 30 dnů po schválení příslušného rozpočtu, z něhož bude veřejná zakázka hrazena, je zadavatel povinen předběžně oznámit veřejné zakázky, které hodlá zadat v tomto kalendářním roce, pokud celková předpokládaná cena všech těchto zakázek činí v souhrnu nejméně

- a) 750 000 EUR, jde-li o veřejné zakázky na dodávky nebo na služby, s výjimkou služeb uvedených v příloze č. 1, nebo
- b) 5 000 000 EUR, jde-li o veřejné zakázky na stavební práce.

Predběžné oznámení musí obsahovat u veřejných zakázek na

- a) dodávky celkové množství zboží v jednotlivých druzích,
- b) služby celkovou předpokládanou cenu služeb v jednotlivých druzích služeb,
- c) stavební práce jejich druh a rozsah a předpokládaný termín uveřejnění oznámení zadávacího řízení.

Predběžné oznámení musí obsahovat i v zákonu stanovené identifikační údaje o zadavateli včetně osobních údajů.

Predběžné oznámení je zadavatel povinen uveřejnit.

Uveřejňování údajů a informací o veřejných zakázkách upravuje pak podrobně § 84 zákona. **Předběžné oznámení plní informativní funkci a signalizuje tak budoucí veřejné zakázky.**

Předpokladem účasti dodavatele v užším řízení a předpokladem hodnocení nabídek v otevřeném řízení je přítomnost splnění kvalifikace. **Kvalifikací prokazují dodavatelé, že jsou schopni zakázku provést.**

V otevřeném řízení předkládá uchazeč informace o kvalifikaci, včetně požadovaných dokladů, ve lhůtě pro podávání nabídek (viz schéma Průběh otevřeného zadávacího řízení).

Zájemci poskytují informace o své kvalifikaci, včetně dokladů požadovaných zadavatelem, ve lhůtě pro podání žádosti o účast uvedené v oznámení užšího řízení nebo jednacího řízení s uveřejněním. V jednacím řízení bez uveřejnění musí dodavatel poskytnout tyto informace a doklady ve lhůtě stanovené zadavatelem.

Zákonem jsou stanovena základní kvalifikační kritéria. Další kvalifikační kritéria stanoví zadavatel na základě zákona. Splněním kvalifikace se totiž podle § 30 odst. 2 zákona rozumí

- a) splnění základních kvalifikačních kritérií (stanovených v § 31),
- b) splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky,
- c) prokázání oprávnění k podnikání, včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku či jiné evidence ne starší než 90 dnů, má-li v ní být uchazeč nebo zájemce zapsán podle zvláštních právních předpisů; oprávnění k podnikání může uchazeč nebo zájemce doložit ve stejnopise nebo v úředně ověřené kopii a
- d) prokázání odborné způsobilosti nebo členství v určité profesní organizaci, je-li pro plnění veřejné zakázky vyžadována podle zvláštních právních předpisů.

Požadavky na splnění kvalifikace včetně dokladů požadovaných k jejich prokázání uvede zadavatel v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel není oprávněn požadovat splnění kvalifikace nad rámec požadavků na splnění kvalifikace stanovených úplným výčtem v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel je povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

Základní kvalifikační kritéria splňuje uchazeč nebo zájemce,

- a) který není v likvidaci,
- b) proti kterému v uplynulých 3 letech nebyl pro-

hlášen konkurs nebo konkurs nebyl zrušen pro nedostatek majetku,

- c) který nemá v evidenci daní zachyceny daňové nedoplatky,
- d) který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin nebo došlo k zahlazení odsouzení trestného činu, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, jde-li o fyzickou osobu; jde-li o právnickou osobu, musí tuto podmínku splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, vedoucí organizační složky zahraniční právnické osoby nebo statutárním orgánem pověřený zástupce,
- e) který nemá nedoplatek na pojistném a na penále na veřejné zdravotní pojištění, nebo na pojistném a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, s výjimkou případů, kdy bylo povoleno splácení ve splátkách a není v prodlení se splácením splátek.

Jak se prokazuje plnění kvalifikačních kritérií je stanoveno zákonem (většinou prohlášením).

Uchazeči nebo zájemci zapsaní v seznamu kvalifikovaných dodavatelů (podle § 76) mohou prokázat splnění kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. a), c) a d) výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů ne starším než 90 dnů. V takovém případě není zadavatel oprávněn požadovat prokázání skutečností zapsaných do seznamu kvalifikovaných dodavatelů jinými doklady.

Seznam kvalifikovaných dodavatelů je veřejným seznamem, který vede Ministerstvo pro místní rozvoj ČR a je též veden způsobem umožňujícím dálkový přístup.

Předmět veřejné zakázky pak vymezuje zadávací dokumentace v nezbytných podrobnostech pro zpracování nabídky vč. požadovaného množství. Tato dokumentace obsahuje technickou specifikaci. Technické specifikace představují technické charakteristiky prací, materiálů, zboží nebo služeb, které mají být použity nebo dodány, popsané objektivně způsobem, který zajišťuje užití za účelem, který je zadavatelem zamýšlen.

Zadávací dokumentace musí obsahovat obchodní podmínky, požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny, včetně platebních podmínek, podmínky, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny, a jiné požadavky pro realizaci veřejné zakázky.

V případě veřejné zakázky na stavební práce může zadavatel v zadávací dokumentaci uvést správní orgán, u kterého mohou uchazeči získat informace o povinnostech vyplývajících z ustanovení o ochraně zaměstnanosti a pracovních podmínkách platných v místě, ve kterém mají být stavební práce provedeny a které se vztahují k těmto pracím; uchazeč musí tyto informace při vypracování nabídky zohlednit.

Pro podání nabídek jsou zákonem stanoveny lhůty; každý dodavatel v otevřeném řízení nebo každý zájemce, který byl zadavatelem vyzván k podání nabídky v užším řízení nebo v jednacím řízení s uveřejněním, může podat pouze jednu nabídku.

Lhůta pro podání nabídky počíná běžet dnem následujícím po dni

- a) uveřejnění oznámení otevřeného řízení,
- b) odeslání výzvy k podání nabídek v užším řízení nebo v jednacím řízení s uveřejněním.

Jednu nabídku může podat i více dodavatelů nebo zájemců společně.

Uchazeč je vázán svou nabídkou po dobu stanovenou zadavatelem v oznámení zadávacího řízení.

Nabídky se podávají písemně a v uzavřené obálce označené názvem veřejné zakázky, na které musí být uvedena adresa, na niž je možné nabídku (podle § 59 odst. 1) vrátit. Doručené nabídky zadavatel eviduje a přiděluje jim pořadová čísla.

Pokud dodavatel nebo zájemce podá více nabídek samostatně nebo společně s dalšími dodavateli nebo zájemci, vyloučí zadavatel všechny tyto nabídky.

Základním kritériem pro zadání veřejné zakázky je

- a) ekonomická výhodnost nabídky, nebo
- b) nejnižší nabídková cena.

Rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle ekonomické výhodnosti nabídky, posuzuje nabídku podle dílčích kritérií. Jednotlivým dílčím kritériím musí zadavatel stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Jedním z dílčích kritérií je vždy nabídková cena a dále zejména

- a) provozní náklady,
- b) požadavky na údržbu,
- c) technické, jakostní, ekologické nebo funkční vlastnosti předmětu veřejné zakázky.

Variety nabídky jsou přípustné, je-li veřejná zakázka zadávána na základě kritéria ekonomické výhodnosti nabídky a pokud zadavatel variety předem nevyloučil. Pokud jsou variety nabídky přípustné, je zadavatel povinen v zadávací dokumentaci uvést alespoň minimální požadavky, které musí variety splňovat.

Přitom je vhodné zdůraznit, že nabídka obsahující variety se považuje za jednu nabídku.

Na rozdíl od dřívější právní úpravy není stanovena komise pro otevírání obálek a komise pro hodnocení nabídek, ale zákon stanoví jen jednu komisi, pro kterou volí název **hodnotící komise**. Je stanoveno složení komise, a to obecně a speciálně pro zákonem určené zakázky. Podrobně je upraveno **posuzování a hodnocení nabídek**.

Hodnotící komise otevírá obálky a kontroluje, zda nabídka je

- a) zpracována v požadovaném jazyku,
- b) podepsaná oprávněnou osobou,
- c) z hlediska požadovaného obsahu úplná.

Jestliže komise zjistí, že tomu tak není, nabídku vyřadí a zadavatel vyloučí uchazeče z další účasti v řízení.

Jestliže hodnotící komise zjistí, že nabídka nespĺňuje stanovené požadavky, nabídku vyřadí. Zadavatel vyloučí bezodkladně uchazeče, jehož nabídka byla hodnotící komisí vyřazena, z další účasti v otevřeném nebo v užším řízení. Vyloučení včetně důvodů je zadavatel povinen uchazeči bezodkladně písemně oznámit.

O otevírání obálek sepisuje hodnotící komise protokol o otevírání obálek. O posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise zprávu.

V návaznosti dochází k **přidělení veřejné zakázky a návaznému uzavření smlouvy s vybraným uchazečem**. Vybraný uchazeč je povinen

poskytnout zadavateli součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby smlouva mohla být uzavřena do 30 dnů ode dne doručení oznámení o přidělení veřejné zakázky. Odmítne-li vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li potřebnou součinnost tak, aby mohla být smlouva v daném termínu uzavřena, uzavře zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil další v pořadí. Ve stanovených lhůtách je pak zadavatel povinen **uveřejnit výsledek zadávacího řízení**.

K možnosti **zrušení zadávacího řízení** zákon uvádí u jednacího řízení bez uveřejnění, že je zrušení možné kdykoli, bez udání důvodu. U dalších způsobů zadávání je zrušení možno provést jen v případech stanovených zákonem (v § 68).

Ke každé veřejné zakázce, na kterou byla uzavřena smlouva s vybraným uchazečem nebo zájemcem, vypracuje zadavatel písemnou zprávu, která má zákonem stanovený obsah.

Zákon dále upravuje tzv. **veřejnou soutěž o návrh**. Veřejnou soutěž o návrh musí zadavatel použít, jestliže

- a) podle rozhodnutí zadavatele bude na toto řízení navazovat zadání veřejné zakázky na služby podle § 27 odst. 5, nebo
- b) v souvislosti s tímto řízením budou vítěznému účastníkovi, případně účastníkům, poskytnuty soutěžní ceny a platby, v případě, že předpokládaná cena veřejné zakázky na služby zadávané na základě výsledku veřejné soutěže o návrh nebo celková výše soutěžních cen a plateb dosáhne nejméně částky v české měně odpovídající 200 000 EUR.

Projekty podávají účastníci veřejné soutěže o návrh anonymně. Pro hodnocení anonymních návrhů je zadavatel povinen zřídit soutěžní porotu výhradně

z nezávislých fyzických osob. Je-li od účastníků veřejné soutěže o návrh vyžadována zvláštní odborná kvalifikace, musí tuto nebo rovnocennou kvalifikaci mít nejméně jedna třetina členů soutěžní poroty. Na člena soutěžní poroty se vztahují obdobně požadavky stanovené pro člena hodnotící komise podle § 57 zákona.

Soutěžní porota vyhodnocuje pouze anonymně podané návrhy, a to na základě kritérií obsažených ve vyhlášení veřejné soutěže o návrh. Jedním z kritérií je vždy i předpokládaná cena navrhovaného řešení. Výsledek veřejné soutěže o návrh je zadavatel povinen uveřejnit.

Zákon přitom nepřipouští žádné zvýhodnění uchazečů nebo zájemců v zadávacím řízení, kromě stanovených případů, kdy dodavatel zaměstnává určený počet občanů se změněnou pracovní schopností.

Účastní-li se otevřeného nebo užšího řízení dodavatel zaměstnávající více než 50 % občanů se změněnou pracovní schopností z celkového počtu svých zaměstnanců a jde-li o podlimitní veřejnou zakázku na dodávky nebo o podlimitní veřejnou zakázku na služby, musí být nabídková cena předložená tímto dodavatelem hodnocena jako nejnižší, jestliže nepřekročí nejnižší nabídkovou cenu předloženou ostatními uchazeči o více než 20 %.

Zákon dále upravuje možnost podávání námitek a jejich přezkoumání zadavatelem.

V případě nadlimitních veřejných zakázek může zadavatel podat zdůvodněné námítky kterýkoliv dodavatel a v případě podlimitních veřejných zakázek kterýkoliv uchazeč nebo zájemce, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele vznikla nebo hrozí vznik škody. Podání námitek je podmínkou pro případné podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.

Námítky musí být zadavatelovi doručeny nejpozději do 15 dnů ode dne doručení oznámení o přidělení veřejné zakázky podle § 65 odst. 2. Námítku nelze podat po uzavření smlouvy. Opožděně podané námítky zadavatel s odůvodněním vrátí stěžovateli.

Zadavatel je povinen do 10 dnů od obdržení námitek odeslat stěžovateli písemné sdělení, zda námítkám vyhovuje či nikoliv a zdůvodnit způsob jejich vyřízení.

Pokud zadavatel podaným námítkám ve lhůtě nevyhověl, nesmí do 60 dnů od jejich obdržení uzavřít smlouvu, jinak je smlouva neplatná. Tato lhůta může být předběžným opatřením orgánu dohledu prodloužena na dobu nezbytně nutnou k vydání rozhodnutí podle § 101 zákona. Takto stanoveným postupem se zákon snaží upravit rychlé řešení jednotlivých případů.

Zákon dále stanoví (v § 89), že za škodu způsobenou porušením tohoto zákona odpovídá zadavatel podle příslušných ustanovení obchodního zákoníku.

benou porušením tohoto zákona odpovídá zadavatel podle příslušných ustanovení obchodního zákoníku. To se zdá některým osobám nadbytečné a domnívají se, že by to platilo i bez tohoto ustanovení. Tak tomu však vzhledem ke znění § 373 a 757 obchodního zákoníku není a proto tuto úpravu zákona o veřejných zakázkách považujeme za vhodnou.

Jednou z „novinek“ zákona je dále tzv. **smírčí řízení**. Ustanovení o smírčím řízení upravuje, že kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité nadlimitní veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele působícího v odvětvích vodního hospodářství, energetiky, dopravy

a telekomunikací vznikla nebo hrozí vznik škody, může podat písemnou žádost o smírčí řízení Evropské komisi nebo orgánu dohledu. Orgán dohledu žádost, která mu byla podána, neprodleně postoupí Evropské komisi.

Ve smírčím řízení před Evropskou komisí, jež je zahajováno jen se souhlasem zadavatele,

- a) určí každá strana poté, kdy odsouhlasí smírčího soudce navrženého Evropskou komisí, dalšího smírčího soudce,
- b) má každá ze stran právo smírčí řízení kdykoliv ukončit,
- c) každá ze stran nese náklady, které jí v souvislosti se smírčím řízením vzniknou, pokud se strany nedohodnou jinak, s výjimkou nákladů řízení, které strany hradí rovným dílem.

V ostatním se při smírčím řízení na úrovni Evropské komise postupuje způsobem stanoveným příslušnou směrnicí Evropských společenství.¹

Zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách upravuje i použití smlouvy, která je v praxi obecně dosti rozšířená, ale kterou dřívější zákon o zadávání veřejných zakázek pro zadávání neupravoval. Jedná se o **rámcovou smlouvu**.

Rámcovou smlouvou se rozumí smlouva uzavřená mezi zadavatelem v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací a uchazečem, případně uchazeči, na podkladě otevřeného řízení, nebo užšího řízení, jejímž obsahem je stanovení smluvních podmínek pro veřejné zakázky, zejména s ohledem na ceny nebo předpokládané množství, které mají být zadány v určitém časovém období.

K zadávání na základě rámcové smlouvy pak postačí použít pouze jednací řízení.

Připomeňme jen, že v obecné praxi jsou často uzavírány obchodněprávní „rámcové smlouvy kupní“ (a rámcové smlouvy o dílo). V takových případech

² Směrnice Rady 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se použití předpisů Společenství o postupech při zadávání veřejných zakázek v oblasti vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací.

ovšem budou tyto smlouvy zřejmě považovány za smlouvy kupní a pak mají obsahovat podstatné části kupní smlouvy (nebo podstatné části jiného použitého smluvního typu).

Vzhledem k ustanovení § 263 odst. 2 a § 269 odst. 1 obchodního zákoníku je třeba, aby kupní smlouva obsahovala kromě přesné identifikace smluvních stran podstatné části základního ustanovení (viz § 409 obchodního zákoníku):

- stanovení předmětu koupě tj. zboží (movité věci),
- sjednání závazku prodávajícího dodat zboží,
- sjednání závazku prodávajícího převést vlastnictví ke zboží,
- sjednání závazku kupujícího zaplatit kupní cenu,
- sjednání ceny zákonem určeným způsobem, event. musí z jednání o uzavření smlouvy vyplývat vůle stran uzavřít smlouvu i bez určení kupní ceny (viz ustanovení § 409 odst. 2 obchodního zákoníku).

Ze stanovených podstatných částí kupní smlouvy velmi často v praxi chybí ve smlouvě množství zboží, určení ceny a závazek prodávajícího převést vlastnictví ke zboží. Pokud by se z obsahu smluvního ujednání, i když třeba vyjádřen jinými slovy či jinak, nedal tento závazek alespoň dovodit, smlouva nesplňuje předpoklad ke vzniku kupní smlouvy. (Mohlo by event. dojít – podle podmínek konkrétního případu – ke vzniku inominátní smlouvy, za splnění podmínek pro vznik inominátní smlouvy, ledaže by bylo zřejmé, že strany chtěly uzavřít výslovně smlouvu kupní.)

Rámcová smlouva uvedená v zákonu o veřejných zakázkách by neměla být podle našeho názoru uzavírána jako rámcová kupní smlouva nebo rámcová smlouva o dílo nebo jiná rámcová pojmenovaná smlouva, protože by takto uzavřené smlouvy nemusely splňovat podmínky stanovené pro vznik těchto smluv, ale mělo by jít z pohledu soukromého práva o tzv. nepojmenovanou smlouvu a bude-li (což bude začasť) obchodněprávní², bude to smlouva uzavíraná podle § 269 odst. 2 obchodního zákoníku.

Úprava „rámcové smlouvy“ v zákonu o veřejných zakázkách je inspirována návrhy nových směrnic ES. Dosud rámcové smlouvy směrnice ES připouštěly jen v některých oblastech.

Pozornost je třeba ovšem věnovat i uzavírání jiných než rámcových smluv, a to např. i uzavírání smluv kupních, které se budou začasť uzavírat při zadávání dodávek, smluv o dílo v návaznosti na zakázky staveb-

ních prací a dalších smluvních typů a využití nepojmenované smlouvy ve vztahu k zakázkám na služby.

Při uzavírání smluv se žel chybí a řada smluv nevzniká nebo nejsou sjednány vhodně. Ve smlouvách je třeba přesně označit smluvní strany.³ Přesnost, jasnost a určitost ostatně nejsou jen zásadami při uzavírání smluv, ale platí mj. i pro nabídky jako celek.

Pojmenované smlouvy podle obchodního zákoníku vznikají zásadně dohodou o celém obsahu smlouvy, a aby se smlouva řídila ustanoveními třetí části obchodního zákoníku, musí obsahovat podstatné části smlouvy, které jsou uvedeny v základních ustanoveních jednotlivých smluvních typů. Nejsou totiž výjimkou případy, kdy není dohodnut celý obsah smlouvy (nemáme teď na mysli případy, kdy je dohodnuto, že pokud se některá nepodstatná část smlouvy nedohodne, nebude to vzniku smlouvy bránit), či chybí právě podstatné části smlouvy.

Další neméně důležitou otázkou je používání nevysvětlených pojmů a zkratk. Smluvním stranám lze jen doporučit, aby pojmy použité ve smlouvě (které nejsou pojmy právních předpisů) v úvodu smlouvy definovaly; totéž platí o zkratkách. Pokud jsou tyto pojmy a zkratky použity tak, jak se vžily, lze je ve smlouvě uvést s tím, že obsah pojmů odpovídá obchodním zvyklostem podle ustanovení § 264 odst. 2 obchodního zákoníku.

Naše poznatky z praxe ukazují, že dosti často nebývá vhodně sjednán předmět plnění. Předmět plnění bývá „otevřený“, není přesně vymezen rozsah plnění, odkazuje se i na různé podklady, které v době smlouvy neexistují, či nejsou dostatečně konkretizovány. Předpokládá se přitom dostatečné upřesňování (např. dodatky). „Neohrazený“ předmět plnění (pokud smlouva vůbec unikne) vede ke sporům. Lze proto doporučit přesné odkazy na dokumentaci (projekty), příp. tam, kde by dokumentace potřebné otázky neřešila, volit pro specifikování podrobný slovní popis.

Nový zákon o veřejných zakázkách připouští i možnost podání nabídky elektronickým způsobem a předpokládá vytvoření elektronického informačního systému zadávání veřejných zakázek i seznamu kvalifikovaných dodavatelů. Zápis do seznamu bude mít omezenou platnost na jeden rok.

Zákon č. 40/2004 Sb. mj. upravuje i přezkumné řízení. Přezkumné řízení v dosavadní právní úpravě se jevílo problémové a začasť neprobíhalo krátkou dobu. Jak uvádí důvodová zpráva k novému zákonu, nastávaly dříve i takové situace, kdy orgán dohledu při formálním porušení zákona, které nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky, musel zrušit rozhodnutí zadavatele a nařídít mu provést nový výběr, resp. ulo-

³ K rozlišení, zda se jedná o smlouvu obchodněprávní či občanskoprávní viz BEJČEK, J.: Změny v typologii obchodních závazků, Obchodní právo č. 3/2003, s. 2 a násl. a MAREK, K.: K obchodním závazkovým vztahům, Právní rádce, č. 3/2004.

⁴ Na tuto otázku ostatně u nás upozorňují i všechny tuzemské komentáře obchodního zákoníku. Její význam si pak mj. uvědomují i v SR, kde je právní úprava obdobná (i když dnes již není shodná terminologie). Této problematice se v SR začasť věnuje MORAVČKOVÁ, A., např. ve Úprava obchodního mena v právním poriadku SR, AFIUC Bratislava č. 19/2000, s. 151–160 a ve Dôležité zmeny v úprave obchodného mena, Ekonomický a právny poradca podnikateľa, č. 9/2003, s. 266–273

žit jiné opatření. Takové rozhodnutí orgánu dohledu vrátilo zadávací řízení „zpět do výchozí pozice“, a tato situace se navíc mohla několikrát opakovat. Podle nové úpravy by mělo dojít k přezkumu obecně v poměrně krátké lhůtě.

Speciální úpravu má pak v zákonu přezkoumání úkonů zadavatele. S podáním návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele je navrhovatel povinen složit na účet orgánu dohledu (kromě správního poplatku) kauci ve výši 1% z nabídkové ceny navrhovatele, nejvýše však 1 mil. Kč.

Zákon o veřejných zakázkách č. 40/2004 Sb. byl vydán s cílem zajistit dodržování průhledného a nediskriminačního postupu zadavatelů. Obecně je možno říci, že je potřebné mít postupy jednoduché a preferovat i jednoduché a rychlé postupy přezkumu zadávacího řízení. Cílem je také plná slučitelnost se směrnici ES.

Adresáti nové právní úpravy o veřejných zakázkách budou jistě určitou dobu potřebovat k tomu, aby si tuto úpravu osvojili. K tomu budou ostatně sloužit i časopisecké publikace a seminární příprava. Návazně lze očekávat výklad k řešení dílčích problémů a vydání textů i seminární přípravy k dílčím tématům. Vhodné se nám přitom jeví provádět společné semináře s tematikou veřejných zakázek a uzavírání smluv.

Účinnost a platnost některých ustanovení zákona má v jeho úpravě čtyři řešení. Prvá skupina ustanovení nabývá účinnosti „prvním dnem třetího kalendářního měsíce následujícího po jeho vyhlášení“, tj. v daném případě 1. května 2004. Druhá skupina ustanovení nabývá účinnosti dnem „vstupu smlouvy o přistoupení České republiky k Evropské unii v platnost“, tj. tedy také 1. května 2004.

Vyjmenovaná ustanovení mají určeno, že „pozbývají platnosti dnem vstupu smlouvy o přistoupení ČR k EU v platnost“. Ztrácejí tedy platnost dnem 1. května 2004. Tato ustanovení tedy ztratila platnost aniž nabyla účinnosti. To vyplynulo z toho, že při přípravě zákona nebylo přesně zřejmé, kdy dojde k účinnosti první skupiny ustanovení.

Čtvrté řešení je pak zvoleno pro jedno ustanovení (§ 4 odst. 1 písm. a)), které pozbývá platnosti 12 měsíců po vstupu smlouvy o přistoupení ČR k EU v platnost.

Nová právní úprava řeší některé problémy odlišně od řešení dosavadních. Některé otázky jsou přitom sporné; bude je možno řešit výkladem případně i předpokládanou novelizací.

„Výhrada svedomia“ z komparatívnej perspektívy

Jana Martinková*

V roku 2003 Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky predložilo návrh Zmluvy medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou o uplatňovaní výhrady svedomia. Národná rada SR o tomto návrhu zatiaľ nerozhodla. Pod výrazom „výhrada svedomia“ sa v návrhu rozumie „námietačka urobená na základe princípu slobody svedomia, podľa ktorého môže každý odmietnuť konať to, čo vo svojom svedomí pokladá za nedovolené podľa náuky viery a mravov“, pričom výraz „náuka viery a mravov“ je tu definovaný ako „súhrn učenia Katolíckej cirkvi“ (čl. 3 ods. 1 a 2). Podľa čl. 6

ods. 1 návrhu: „Konanie na základe výhrady svedomia podľa tejto zmluvy vylučuje právnu zodpovednosť osoby, ktorá uplatnila toto právo.“¹ Návrh teda umožňuje vyňatie určitej skupiny osôb spod právnych povinností zaväzujúcich všetkých ostatných – a to z dôvodu, že tieto povinnosti sa priečia ich náboženskému presvedčeniu.

Inštitút výhrady svedomia je predvídaný už v Základnej zmluve medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou z roku 2001,² ako aj v zmluve s ďalšími registrovanými cirkvami a náboženskými spoločnosťami

* JUDr. Jana Martinková, LL.M., Katedra ústavného práva Právnickej fakulty Trnavskej univerzity

¹ Článok 4 návrhu stanovuje: „Právo na uplatnenie výhrady svedomia sa týka predovšetkým týchto oblastí a činností: a) činnosť v ozbrojených zložkách a ozbrojených zboroch, vrátane výkonu vojenskej služby, b) zdravotnícka činnosť, najmä konanie vo vzťahu k umelým ukončeniam tehotenstva, umelým alebo asistovaným oplodneniam, pokusom a nakladaniu s ľudskými orgánmi, ľudskými zárodkami a ľudskými pohlavnými bunkami, eutanázií, klonovaniu, sterilizácii a antikoncepcii, c) výchovno-vzdelávacia činnosť, najmä konanie týkajúce sa článku 12 a 13 Základnej zmluvy, d) súdna rozhodovacia činnosť a poskytovanie právnych služieb, e) pracovnoprávne a obdobné pracovné vzťahy, ako aj iné právne vzťahy, ktorých obsah sa týka predmetu úpravy tejto zmluvy.“ (Celý text návrhu je prístupný na adrese.)

² Základná zmluva medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou; vyhlásená 23. 8. 2001 pod č. 326/2001 Z.z.

z roku 2002.³ Podľa zhodného znenia čl. 7 uvedených zmlúv uznáva štát právo každého „uplatňovať výhrady vo svedomí podľa vieroučných a mravoučných zásad“ katolíckej cirkvi, resp. inej registrovanej cirkvi alebo náboženskej spoločnosti; rozsah a podmienky uplatnenia tohto práva ustanovia osobitné zmluvy.

Návrh zmluvy predložený ministerstvom spravodlivosti rozpútal diskusiu v rámci slovenskej odbornej i laickej verejnosti. Poukazuje sa o.i. na to, že takúto zmluvu zatiaľ neuzavrel žiaden štát sveta a že je podľa všetkého protiústavná.⁴ Je pravda, že Ústava SR explicitne zakotvuje len jednu podobu výhrady svedomia: právo každého odmietnuť výkon vojenskej služby, „ak je to v rozpore s jeho svedomím alebo náboženským vyznaním“ podľa čl. 25 ods. 2.⁵ Toto právo je viazané na špecifickú situáciu (vojenská služba) a je priznané nielen veriaci. Navrhovaná zmluva pritom pokrýva celé spektrum právnych vzťahov, a zároveň udeľuje privilégium výhrady svedomia len príslušníkom jednej cirkvi. Pokiaľ ide o prvý moment (výhrada je namierená proti najrôznejším právnym povinnostiam), možno argumentovať, že prameňom takejto „všeobecnej výhrady“ je záruka slobody myslenia, svedomia, náboženského vyznania a viery podľa čl. 24 ústavy.⁶ Problematickejší je druhý moment: navrhovaná zmluva sa vzťahuje len na katolíkov. Aj keby po jej uzavretí nasledovalo uzavretie obdobnej zmluvy medzi SR a ďalšími registrovanými cirkvami a náboženskými spoločnosťami, dalo by sa namietať, že ide o preferované postavenie náboženstva ako takého. A to sa zdá byť v rozpore práve s čl. 24 ústavy (nie sú v rámci tohto ustanovenia oprávneným subjektom i predstavitelia „sekulárneho disentu“?), ako i s princípom rovnosti podľa čl. 12 ods. 1⁷ a s princípom ideologickej a náboženskej neutrality štátu podľa čl. 1 ods. 1.⁸

Protiargument môže znieť tak, že prijatie uvedených zmlúv nevylučuje, aby sa popri náboženských výnimkách (čo je termín používaný pre „náboženské výhrady svedomia“ najmä v americkej právnej terminológii) udeľovali obdobné výnimky aj zo sekulárnych dôvodov, a to práve na základe čl. 24 ústavy. Tieto „sekulárne výnimky“ – rovnako ako aj výnimky pre veriacich, ktorí sa nehlásia ku žiadnej z registrovaných cirkví – iba nebudú upravené formou zmluvy; to je však pochopiteľné, keďže štát nemá v tomto smere žiadneho zmluvného partnera, prinajmenšom

nie partnera porovnateľného s registrovanými cirkvami. Alternatívne možno argumentovať, že neodporuje ústave, ak je náboženstvu ako takému (nie však konkrétnej denominácii) v tejto oblasti priznané privilégované postavenie.⁹ V oboch prípadoch vzniká otázka, ako princíp výhrady svedomia ohraničiť. Ťažko si totiž predstaviť fungujúci štát, v ktorom by sa náboženské, resp. nábožensko-sekulárne výnimky poskytovali neobmedzene – a v ktorom by bol teda napr. spod trestného činu vraždy oslobodený každý, kto by uvidel, že ľudské obeť sú nevyhnutnou súčasťou jeho náboženských obradov.

Nasledujúci text sa zaoberá tým, aký postoj zaujali k naznačenej téme vybrané zahraničné a medzinárodné súdy, počnúc Ústavným súdom SR a Ústavným súdom ČR, cez Európsky súd pre ľudské práva, až po (najdetailnejšie) Najvyšší súd USA.

1. ÚSTAVNÝ SÚD ČESKEJ REPUBLIKY A ÚSTAVNÝ SÚD SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Oba ústavné súdy dospeli k záveru, že v rámci slobody myslenia, svedomia, náboženského vyznania a viery treba rozlišovať *forum internum*, ktoré je chránené absolútne – a *forum externum*, kde sú prípustné zásahy zo strany štátu. Inými slovami, je vylúčený „akýkoľvek nátlak alebo ovplyvňovanie myslenia, svedomia, náboženského vyznania alebo viery“; ich vonkajšie prejavy však už obmedzené byť môžu, a to v súlade s podmienkami stanovenými v čl. 24 ods. 4 Ústavy SR, resp. čl. 16 ods. 4 Listiny základných práv a slobôd.¹⁰

Ústavný súd ČR v tomto kontexte tiež uviedol, že sloboda svedomia „môže mať vplyv na uplatniteľnosť či vynútiteľnosť [príslušnej] právnej normy vo vzťahu k tým, ktorých svedomiu sa prieči. Pri zvažovaní, či sa v prípade takéhoto konfliktu právnej normy s konkrétnou uplatňovanou slobodou svedomia má presadiť sloboda svedomia, je treba zvážiť, či by takéto rozhodnutie nezasiahlo do základných práv tretích osôb, alebo či uplatneniu slobody svedomia nebránia iné hodnoty a princípy obsiahnuté v ústavnom poriadku ČR ako celku (ústavne imanentné obmedzenie základných práv a slobôd).“¹¹

³ Zmluva medzi Slovenskou republikou a registrovanými cirkvami a náboženskými spoločnosťami; vyhlásená 18. 5. 2002 pod č. 250/2002 Z.z.

⁴ Napr. „Pravica chce zmeniť charakter štátu“, Pravda, 30. 5. 2003.

⁵ Rovnaké znenie má čl. 15 ods. 3 Listiny základných práv a slobôd.

⁶ Porov. čl. 15 ods. 1 a čl. 16 Listiny.

⁷ Porov. čl. 1 Listiny.

⁸ Porov. čl. 2 ods. 1 Listiny.

⁹ Pozri argumentáciu M. McConnella v časti 3.3.

¹⁰ PL. ÚS 18/95. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu SR 1995. Košice 1996, s. 172–4; PL. ÚS 18/98. Ústavní soud ČR: Sbírka nálezů a usnesení – sv. 14. C. H. Beck, Praha 2000, s. 181.

¹¹ I. ÚS 671/01. Ústavní soud ČR: Sbírka nálezů a usnesení – sv. 29. C. H. Beck, Praha 2003, s. 309.

Hoci sa oba ústavné sudy zhodli na všeobecných zásadách, v konkrétnom prípade dospeli k odlišným výsledkom. Ústavný súd SR skúmal v roku 1995 ústavnosť zákona č. 18/1992 Zb. o civilnej službe; Ústavný súd ČR sa rovnakým zákonom zaoberal o štyri roky neskôr. Oba sudy konštatovali, že nie je v rozpore s ústavou, ak zákon podmieni právo podať vyhlásenie o odopretí vojenskej služby dodržaním lehoty, keďže časová neobmedzenosť tohto práva by mohla ohroziť dôležité záujmy štátu. Český súd tu však na rozdiel od slovenského zrušil ustanovenie § 2 ods. 2 zákona o civilnej službe. Podľa tohto ustanovenia sa na vyhlásenia o odmietnutí výkonu vojenskej služby, podané po stanovenej lehote, neprihliadalo; navrátenie lehoty pritom nebolo možné ani v prípadoch, keď jej zmeškanie bolo spôsobené objektívne existujúcimi skutočnosťami stojacimi mimo vôle jednotlivca. Súd uvedenú právnu úpravu kvalifikoval ako rozpornú s čl. 4 ods. 4 prvou vetou Listiny, keďže zasahuje „samotnú podstatu práva odmietnuť vykonávať vojenskú službu stanovením zániku práva púhym uplynutím času“.¹²

V roku 1998 sa Ústavný súd ČR vyslovil aj k problematike výhrady svedomia počas výkonu väzby. Predmetom ústavnej sťažnosti bola námietka, že sťažovateľ je vo väzobnej väznici nútený prijímať potravu, ktorá nevyhovuje požiadavkám jeho židovského náboženského vyznania. Súd sťažnosť odmietol. Rozhodujúcou otázkou pre vyriešenie prípadu podľa neho bolo, „či je Česká republika ako verejná moc povinná poskytnúť špeciálnu stravu, požívanie ktorej je súčasťou výkonu náboženstva, pokiaľ sa príslušník tejto viery nachádza vo väznici, tj. v moci štátu, a je obmedzený v osobnej slobode.“ Súd dospel k záveru, že na túto otázku nie je možné dať všeobecnú odpoveď: riešenie bude vždy závisieť na konkrétnych okolnostiach prípadu, kde bude hrať významnú úlohu napr. to, či náboženské pravidlá nestanovujú pre takéto situácie výnimku; či dané stravovacie pravidlá boli dodržiavané už pred obmedzením osobnej slobody, alebo sa ich dotyčná osoba dožaduje až vo väznici; počet takýchto osôb vo väznici; možnosť štátu financovať takéto zvýšené nároky; povaha príslušných potravín a pod. V danom prípade správa väznice prijala podľa Súdu také opatrenia, ktoré umožnili, aby sťažovateľ nebol vo výkone svojej viery dotknutý. Vzápätí potom, ako sa sťažovateľ obrátil na ústavný súd, totiž správa väznice zabezpečila dovoz *košer* stravy zo strany Židovskej obce v Prahe. Pokiaľ by takéto opatrenia prijaté neboli – napr. kvôli nebezpečenstvu ohrozenia účelu väzby –

„bolo by nutné posúdiť možnosti štátu zabezpečiť iný spôsob *košer* stravovania.“¹³

2. EURÓPSKY SÚD PRE ĽUDSKÉ PRÁVA

Štrasburský súd explicitne odobral inštitút náboženských výnimiek v dvoch rozhodnutiach; obe rozhodnutia boli založené na čl. 9 Európskeho dohovoru o ľudských právach (sloboda myslenia, svedomia a náboženského vyznania) a obe pochádzajú z roku 2000.

Vo veci *Thlimmenos v. Grécko* podal sťažnosť príslušník Svedkov Jehovových, ktorý bol odsúdený na niekoľkoročné odňatie slobody za to, že v čase všeobecnej mobilizácie odmietol nosiť vojenskú uniformu. Toto počínanie odôvodnil tým, že je príslušníkom denominácie, ktorá sa hlási k pacifizmu. Po tom, ako si sťažovateľ odpykal svoj trest, uchádzal sa o miesto autorizovaného účtovníka. Grécka komora autorizovaných účtovníkov ho však odmietla prijať do svojich radov z dôvodu, že podľa príslušnej zákonnej úpravy nie je možné vymenovať za autorizovaného účtovníka osobu odsúdenú za závažný trestný čin. Sťažovateľova námietka v Štrasburgu spočívala v tom, že s ním bolo zaobchádzané ako s ktoroukoľvek inou osobou odsúdenou za závažný trestný čin, hoci jeho odsúdenie bolo dôsledkom výkonu jeho náboženskej slobody. Európsky súd mu jednomyselne vyhovel. Na jednej strane uznal, že štát má legitímny záujem vylúčiť určité osoby z profesie autorizovaného účtovníka. Zároveň však podľa neho „odmietnutie nosiť vojenskú uniformu z náboženských alebo filozofických dôvodov – na rozdiel od iných závažných trestných činov – nemôže implikovať nečestnosť alebo morálnu skazenosť, pri ktorých možno predpokladať, že ohrozia schopnosť osoby vykonávať povolanie autorizovaného účtovníka.“ Štát tu teda porušil Dohovor tým, že „nezakotvil patričné výnimky z pravidla vylučujúceho osoby odsúdené za závažné trestné činy z profesie autorizovaného účtovníka“. Inými slovami, zákon stanovujúci podmienky pre menovanie za autorizovaného účtovníka mal rozlišovať medzi osobami odsúdenými v dôsledku svojho náboženského presvedčenia a osobami odsúdenými z iných dôvodov.¹⁴

Druhý raz sa Európsky súd vyjadril k náboženským výnimkám vo veci *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. Francúzsko*. Táto kauza sa týkala rituálneho zabíjania zvierat, vyžadovaného židovským náboženstvom.¹⁵ V zmysle francúzskeho práva sa ri-

¹² PL. ÚS 18/95. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu SR 1995. Košice 1996, s. 177–82; PL. ÚS 18/98. Ústavní soud ČR: Sběrka nálezů a usnesení – sv. 14. C. H. Beck, Praha 2000, s. 181.

¹³ II. ÚS 227/97. Ústavní soud ČR: Sběrka nálezů a usnesení – sv. 10. C. H. Beck, Praha 1998, s. 447.

¹⁴ Rozsudok zo 6. 4. 2000; Reports 2000–IV.

¹⁵ Keďže židovské náboženské predpisy zakazujú konzumáciu krvi, zviera musí byť usmrtené jediným rezom veľmi ostrého noža tak, aby okamžite vytieklo čo najväčšie množstvo krvi. Tento rituál je v rozpore s právom mnohých európskych krajín, podľa ktorého musí byť zviera určené na zabitie najprv omráčené, tj. uvedené do stavu bezvedomia, v ktorom je udržiavané, až kým nepríde smrť – s cieľom ušetriť ho nadmerného utrpenia.

tuálne zabíjanie zvierat nepovažuje za týranie zvierat, pokiaľ je vykonávané osobami, ktoré sú na to autorizované náboženskými organizáciami, ktoré zasa musia byť schválené ministerstvom poľnohospodárstva. Uvedená výnimka je v praxi využívaná okrem Židov aj moslimami. V rámci židovskej obce udelilo ministerstvo svoje schválenie len jednému subjektu – tzv. Centrálnemu konzistoriu, ktoré zastrešuje väčšinu židovských združení vo Francúzsku. O schválenie požiadala aj organizácia sťažovateľa. Ide o malé združenie ultraortodoxných Židov, ktorí presadzujú, aby sa po usmrtení zvierat dôkladne preskúmalo, či ich mäso neobsahuje žiadne stopy nemoci alebo anomálie; mäso certifikované ako *košer* Centrálnym konzistoriom nepovažujú títo Židia za vyhovujúce. Ministerstvo žiadosť sťažovateľa odmietlo s odôvodnením, že nie je dostatočne reprezentatívnym združením v rámci francúzskej židovskej komunity. Predmetom konania v Štrasburgu teda nebola absencia náboženskej výnimky vo francúzskom práve, ale skutočnosť, že príslušné orgány sa rozhodli udeľovať túto výnimku v závislosti od „reprezentatívnosti“ žiadateľa. Súd tentoraz sťažovateľovi nevyhovel. Namietaný zásah podľa neho sledoval legitímny cieľ – konkrétne ochranu verejného zdravia a verejného poriadku. Bol navyše „obmedzeného rozsahu“, keďže sťažovateľ mohol dovážať mäso spĺňajúce jeho nároky z Belgicka. Tento verdikt Súd prijal pomerom desiatich hlasov ku siedmim; podľa disidentných sudcov sa Francúzsko dopustilo diskriminácie sťažovateľa ako menšinovej náboženskej organizácie, a teda aj porušenia Dohovoru. V kontexte danej témy je však podstatné, že i samotná väčšina Súdu tu vo všeobecnosti opäť uznala inštitút náboženských výnimiek. Tento inštitút je podľa Súdu výsledkom „pozitívneho záväzku štátu zabezpečiť účinnú ochranu náboženskej slobody.“¹⁶

3. NAJVVYŠŠÍ SÚD USA

Podľa prvej časti Prvého dodatku k Ústave USA: „Kongres neprijme zákon týkajúci sa etablovania náboženstva, alebo zakazujúci jeho slobodný výkon.“ Prvý z týchto zákazov sa v americkej právnej terminológii nazýva aj „Establishment Clause“ a druhý „Free Exercise Clause“. Do judikatúry Najvyššieho súdu USA, aplikujúcej citované ustanovenie, patria o.i. nasledovné kauzy:

– *Reynolds v. United States*¹⁷ – Súd odmietol udeliť výnimku spod trestnoprávneho zákazu polygamie mormónovi, hoci podľa ustálenej doktríny mormónskej cirkvi je povinnosťou jej mužských členov, aby – pokiaľ im to dovoľia okolnosti – mali viacero manželiek;

– *Prince v. Commonwealth of Massachusetts*¹⁸ – Súd odmietol udeliť výnimku spod zákona o zákaze detskej práce príslušníčke Svedkov Jehovových, ktorá spolu so svojou 9-ročnou neterou ponúkala na ulici náboženské časopisy; neter aj teta tvrdili, že distribúcia príslušnej literatúry je ich náboženskou povinnosťou a odvolávali sa na vetu zo Starého Zákona „malé dieťa ich povedie“;

– *Sherbert v. Verner*¹⁹ – Súd udelil výnimku spod zákonného ustanovenia, v zmysle ktorého príspevok v nezamestnanosti nie je priznaný tomu, kto „bez náležitého dôvodu“ neprijme zamestnanie ponúknuté zamestnávateľom alebo úradom práce. Sťažovateľka si nemohla nájsť prácu kvôli tomu, že nebola ochotná pracovať v sobotu – bola totiž členkou Cirkvi adventistov siedmeho dňa, a podľa učenia tejto cirkvi je práve sobota dňom odpočinku;

– *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*²⁰ – Súd udelil výnimku spod zákonného ustanovenia, v zmysle ktorého príspevok v nezamestnanosti nie je priznaný osobe, ktorá „dobrovoľne ukončila pracovný pomer bez náležitého dôvodu súvisiaceho s prácou“. Sťažovateľ, člen Svedkov Jehovových, sa zamestnal v továrni v oddelení výroby ocele, ktorá bola určená na rozličné priemyselné využitie. Približne po roku bolo toto oddelenie zrušené a sťažovateľa preradili do oddelenia na výrobu tankov. Keď sťažovateľ zistil, že všetky zvyšujúce oddelenia danej továrne produkujú zbrane, podal výpoveď. Uviedol, že jeho náboženské presvedčenie mu zakazuje priamo participovať na výrobe zbraní – na rozdiel od výroby surovín, ktoré môžu byť finálne zužitkované na výrobu zbraní;

– *United States v. Lee*²¹ – Súd odmietol udeliť výnimku spod povinnosti zamestnávateľa odvádzať za svojich zamestnancov príspevky do sociálnych fondov. Sťažovateľ, príslušník amišskej cirkvi, zamestnával na svojej farme niekoľko ďalších členov tej istej cirkvi. Podľa jeho tvrdenia tak odvádzanie týchto príspevkov, ako aj príjem dávok sociálneho zabezpečenia odporujú amiškému náboženstvu, ktoré zaväzuje svojich

¹⁶ Rozsudok z 27. 6. 2000. Reports 2000–VII.

¹⁷ 98 U.S. 145 (1879).

¹⁸ 321 U.S. 158 (1944).

¹⁹ 374 U.S. 398 (1963).

²⁰ 450 U.S. 707 (1981).

²¹ 455 U.S. 252 (1982).

členov, aby si sami navzájom poskytovali pomoc sledovanú štátnym sociálnym systémom;

– *Wisconsin v. Yoder*²² – Súd udelil výnimku spod povinnej školskej dochádzky do dovŕšenia 16 rokov, a to v období po skončení základnej školy. Sťažovatelia, opäť príslušníci amišskej cirkvi, namietali voči jednému alebo dvom rokom povinnej dochádzky po skončení základnej školy, keďže stredné školy sú (na rozdiel od základných škôl) zvyčajne situované ďaleko od amišských komunít a vplyv, ktorému sú žiaci na týchto školách vystavení, je v zásadnom rozpore s hodnotami amišskej viery. Amiši vo všeobecnosti veria, že spása vyžaduje separáciu od modernej spoločnosti a jej hodnôt; členovia tejto cirkvi žijú v uzavretých komunitách, živia sa prevažne poľnohospodárstvom a odmietajú mnohé dopravné, komunikačné i ďalšie „výdobytky techniky“;

– *Goldman v. Weinberger*²³ – Súd odmietol udeliť výnimku spod interných predpisov amerického letectva, podľa ktorých v úradných priestoroch nemôžu zamestnanci letectva nosiť pokrývku hlavy. Sťažovateľ, ortodoxný Žid a vysvätený rabín, pracoval v letectve ako psychológ – a domáhal sa nosenia jarmulky, ktoré definoval ako jednu z tradičných náboženských povinností Žida-muža – ako „tichú oddanosť blízku modlitbe“ a „prejav úcty k Bohu... cieľom ktorého je udržať vedomie Božej prítomnosti“;

– *O'Lone v. Estate of Shabazz*²⁴ – Súd odmietol udeliť výnimku spod väzenských predpisov, ktoré väzňom zaradeným na prácu mimo väzenského komplexu neumožňovali, aby sa počas dňa (cez pracovnú prestávku) vracali do väznice. Sťažovatelia boli moslimami a chceli navštevovať moslimskú bohoslužbu, ktorá sa konala v hlavnej budove väznice. Išlo o tzv. Jumu'ah – bohoslužbu predpísanú Koránom na každý piatok po tom, ako slnko dosiahne svoj zenit, a pred popoludňajšou modlitbou;

– *Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith*²⁵ – Súd odmietol udeliť výnimku spod zákona, ktorý medzi inými drogami kriminalizoval aj pejot.²⁶ Sťažovatelia boli členmi Cirkvi pôvodných obyvateľov Ameriky a namietali, že podľa učenia tejto cirkvi „pejot stelesňuje božskosť jednotlivca a jeho požívanie je aktom uctievania sviatosti“.

Ďalší text je pokusom o klasifikáciu faktorov a kritérií, ktorými sa Najvyšší súd USA pri svojom rozhodovaní riadil, resp. otázok a problémov, ktoré jeho

judikatúra nastolila (odvolávam sa pritom aj na iné rozhodnutia Súdu než tie uvedené vyššie).

3.1 DEFINÍCIA NÁBOŽENSKEJ POVINNOSTI

Faktor religiozity: Môže súd skúmať, či namietaná povinnosť jednotlivca naozaj vyplýva z jeho náboženstva?

Vo veci *Thomas* sťažovateľ ešte pred podaním výpovede konzultoval svoje náboženské výhrady s kolegom z práce, ktorý bol tiež Svedok Jehovov. Ten mu povedal, že priama participácia na výrobe zbraní nie je podľa jeho mienky v rozpore s ich náboženstvom. Sťažovateľ však dospel k záveru, že striktná interpretácia princípov Svedkov Jehovových vyžaduje, aby videl deliacu čiaru medzi (akceptovateľnou) účasťou na výrobe surovín, ktoré môžu byť finálne zužitkované na výrobu zbraní – a (neakceptovateľnou) účasťou na výrobe samotných zbraní.²⁷ Najvyšší súd USA k tomu uviedol:

„Určenie, čo je 'náboženskou' vierou alebo praktickou je spravidla ťažká a delikátna úloha, riešenie ktorej však nesmie závisieť na tom, ako sudcovia vnímajú danú vieru alebo praktiku: náboženské presvedčenie nemusí byť všeobecne akceptovateľné, logické, konzistentné alebo zrozumiteľné, aby si zaslúžilo ochranu Prvého dodatku. Možno si samozrejme predstaviť námietku natoľko bizarnú, natoľko zjavne nespočívajúcu na náboženskej motivácii, že sa na ňu nevzťahuje ochrana podľa Prvého dodatku; o taký prípad tu však nejde, a záruka slobodného výkonu náboženstva nie je obmedzená na presvedčenie, ktoré je zdieľané všetkými členmi príslušnej denominácie. Predovšetkým v tejto citlivej oblasti nepatrí do kompetencie súdov zisťovať, či si príkazy spoločnej viery vykladal správnejšie sťažovateľ alebo jeho kolega. Súdny nie sú arbitrami teologickej interpretácie.“²⁸

Vo veci *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*²⁹ dokonca Súd konštatoval, že Prvý dodatok sa vzťahuje aj na osoby, ktoré sa nehlásia ku žiadnej konkrétnej cirkvi, resp. denominácii. Okolnosti tejto kauzy boli analogické ako v kauzách *Sherbert* a *Thomas*: sťažovateľovi nebol priznaný príspevok v nezamestnanosti, lebo odmietol pracovať v nedeľu. Na rozdiel od sťažovateľov v predošlých dvoch kauzách sa však *Frazee* nedefinoval ako člen špecifickej cirkvi, ale jednoducho ako „kresťan“. Súd uviedol, že tento rozdiel nie je pre jeho verdikt rozhodujúci:

²² 406 U.S. 205 (1972).

²³ 475 U.S. 503 (1986).

²⁴ 482 U.S. 342 (1987).

²⁵ 494 U.S. 872 (1990).

²⁶ Mexický kaktus s halucinogénnymi účinkami.

²⁷ *Thomas*, s. 711.

²⁸ *Id.*, s. 714–6.

²⁹ 489 U.S. 829 (1989).

„Nikdy sme nenaznačili, že pokiaľ sťažovateľ nepatrí ku cirkvi, ktorá zakazuje, čo jeho zamestnanie vyžaduje, jeho viera – akokoľvek úprimná – musí byť považovaná za čisto osobnú preferenciu, a nie za náboženskú vieru... Je pravda, že medzi jednotlivými kresťanskými denomináciami existujú aj také, ktoré neprikazujú svojim členom zdržať sa nedelnej práce, ale to nezmenšuje sťažovateľovu ochranu vyplývajúcu z Free Exercise Clause... Nepochybne, členstvo v organizovanej náboženskej spoločnosti, najmä v takej, kde by špecifické pravidlo zakazovalo členom pracovať v nedeľu, by zjednodušilo problém identifikovania úprimného náboženského presvedčenia – ale my odmietame tézu, podľa ktorej ak chce osoba získať ochranu Free Exercise Clause, musí sa riadiť princípmi konkrétnej náboženskej spoločnosti.“³⁰

Širšou otázkou v tomto kontexte je, ako vôbec právne definovať náboženstvo. Kauza *United States v. Seeger*³¹ sa týkala § 6(j) Zákona o všeobecnom vojenskom výcviku a službe. Citované ustanovenie vylučovalo každú osobu, „ktorej svedomiu sa priechi účasť na vojne v akejkoľvek forme, a to v dôsledku jej náboženskej výchovy a viery“, z vojenského výcviku a služby v ozbrojených silách USA. Pojem „náboženská výchova a viera“ bol zákonom definovaný ako „viera jednotlivca vo vyššiu bytosť, zahŕňajúca povinnosti nadradené tým, ktoré vyplývajú z akýchkoľvek ľudských vzťahov, ale [nevzťahujúca sa na] zásadne politické, sociologické alebo filozofické názory, alebo na púhy morálny kódex.“ Súd skúmal otázku, či termín „vyššia bytosť“ v zmysle § 6(j) znamená širší pojem ako „ortodoxný Boh“. Uviedol, že pri interpretácii uvedeného pojmu nesmie Kongresu pripísať „úmysel klasifikovať rozličné denominácie“ – konkrétne preferovaním teistických náboženstiev pred ostatnými. Súd preto konštruoval § 6(j) ako zahŕňajúci „všetky úprimné náboženské vyznania, ktoré sú založené na sile, bytosti alebo viere, ktorej je všetko ostatné podriadené, alebo na ktorej všetko ostatné závisí“. Súd tu sformuloval svoj test nasledovne: „V medziach zákonnej definície je aj úprimná a zmysluplná viera, zastávajúca v živote človeka miesto paralelné tomu, ktoré je vyplnené Bohom u osôb, ktoré sa zjavne kvalifikujú pre danú zákonnú výnimku.“³²

J. Choper túto formuláciu kritizuje ako príliš vágnu.³³ Zavrhuje takisto prístup, ktorý vymedzuje

náboženstvo ako sféru „najvyšších záujmov“ osoby a podľa ktorého má „náboženský“ povahu všetko, čo je pre konkrétneho jednotlivca v živote najdôležitejšie – bez ohľadu na to, ako „sekulárne“ to môže pôsobiť. Túto definíciu hodnotí Choper ako takisto príliš neurčitú, a najmä príliš širokú.³⁴ Prístup navrhovaný Choperom sa sústreďuje na to, čo odlišuje náboženskú vieru od iných presvedčení a v dôsledku čoho majú výnimky spod všeobecne záväzného práva pre veriacich jedinečný význam. Takýmto odlišujúcim znakom sú podľa Chopera tzv. extratemporálne dôsledky konania proti svojmu presvedčeniu: ak veriaci osoba poruší to, čo považuje za Boží príkaz, verí, že to spôsobí zatratenie jej duše, resp. môže k nemu napokon viesť; dôsledky jej správania sa teda premietnu vo večnosti.³⁵ Hoci to nemožno potvrdiť empiricky, intuícia a skúsenosť nám napovedajú, že stupeň vnútorného utrpenia a traumy je vo všeobecnosti podstatne vyšší u týchto osôb než u jednotlivcov, ktorí sú nútení konať len proti svojmu svedomiu, resp. morálnemu presvedčeniu.³⁶ Analogický princíp stojí napr. aj za inštitútom nutnej obrany v trestnom práve: spoločnosť tu ospravedlňuje porušenie svojich zákonov v prípadoch, keď považuje ujmu spôsobenú ich dodržaním za vyššiu, než od jednotlivca možno spravodlivo požadovať.³⁷

Choper teda argumentuje v prospech „testu religiozity“, ktorý sa sústreďuje na povahu dôsledkov, aké má pre danú osobu dodržanie svetského práva – a nie na samotný predmet jej viery. Takýto test je podľa neho dostatočne flexibilný na to, aby zahrnul aj denominácie nové, nekonvenčné, resp. na Západe nie príliš rozšírené. Je pravda, že uvedený test vylučuje spod ochrany Free Exercise Clause „sekulárne“ presvedčenie, ale samotné toto ustanovenie používa termín „náboženstvo“, a preto je nevyhnutné naplniť daný termín aspoň minimálnym obsahom. Presvedčenie, ktoré nespĺňa znaky navrhovanej definície, sa pritom môže uchádzať o ochranu v rámci iných ustanovení ústavy – hoci nie s rovnakou intenzitou ako náboženské presvedčenie, ktoré ústava chráni osobitne.³⁸

Choper zároveň uvádza hlavný nedostatok svojej definície: nezahŕňa situácie, keď osoba síce namieta proti poslušnosti svetskému právu z dôvodu, že sa to priechi jej náboženstvu, ale nespája si s prípadnou poslušnosťou tomuto právu žiadne „posmrtné dôsledky“. Príkladom môže byť liturgické užívanie vína v kres-

³⁰ Id., s. 833-4.

³¹ 380 U.S. 163 (1965).

³² Id., s. 174-6.

³³ JESSE H. CHOPER: *Securing Religious Liberty: Principles for Judicial Interpretation of the Religion Clauses*. University of Chicago Press, Chicago & London 1995, s. 67-9.

³⁴ Id., s. 69-74.

³⁵ Id., s. 74-5.

³⁶ Id. Na druhej strane Choper uznáva, že veriaci osoba môže znášať sankcie za neuposlušnosť svetského zákona ľahšie než ostatní, keďže sú pre ňu „vykompenzované“ práve odmenou v podobe večného života (s. 76).

³⁷ Id., s. 76.

³⁸ Id., s. 77-9; pozri argumentáciu M. McConnella v časti 3.3.

ľanstve (otázka náboženskej výnimky v tomto smere bola v USA aktuálna v období prohibície). Najmä mimo západného sveta sa zasa možno stretnúť s náboženstvami, v ktorých nie je učenie o „živote po živote“ tým najdôležitejším momentom, prípadne ktoré sa touto otázkou vôbec nezaobierajú.³⁹ To je však zároveň v súlade s Choperovým hlavným argumentom, podľa ktorého sa výnimky spod všeobecne záväzného práva majú udeľovať tým, u ktorých by opačný postup viedol k značne závažnejšej traume než u ostatných – a to sú vo všeobecnosti práve osoby, ktoré si so svojim správaním v danej oblasti spájajú „extratemporálne dôsledky“.⁴⁰

Faktor centrality: Môže súd skúmať, či namietaná povinnosť tvorí centrálnu časť príslušného náboženstva?

Niektoré rozhodnutia Najvyššieho súdu USA o udelení náboženskej výnimky sú do značnej miery založené na konštatovaní, že konkrétna povinnosť má v rámci príslušného náboženstva kľúčové postavenie. Vo veci *Sherbert* hovorí Súd o „zásadnom porušení sťažovateľkinho práva podľa Prvého dodatku“, v dôsledku ktorého je sťažovateľka nútená porušiť „kardinálny princíp svojej viery“.⁴¹ Rozhodnutie vo veci *Yoder* sa na centralitu dotknutej náboženskej povinnosti odvoláva ešte viac. Súd tu opakovane zdôraznil, že námietka amíšov vychádza z ich „centrálnych“ náboženských princípov a napadnutý zákon zasahuje do „fundamentálnych“ povinností amíšskych veriacich. Pokiaľ by sa tento zákon na nich aplikoval, znamenalo by to „veľmi reálnu hrozbu“ zániku amíšskeho náboženstva v jeho súčasnej podobe.⁴²

V neskorších konaniach však Súd odmieta použiť centralitu namietanej náboženskej povinnosti ako kritérium pre udelenie náboženskej výnimky. Sudca Brennan vo svojom odlišnom stanovisku vo veci *O'Lone* vyčíta väčšine Súdu, že dostatočne nezohľadnila práve tento faktor: Jumu'ah je totiž najdôležitejšia moslimská bohoslužba, porovnateľná so sobotným obradom u Židov a nedeľným u kresťanov. Účasť na tejto bohoslužbe je pre každého moslima v zmysle Koránu povinná, nemožno ju realizovať individuálne a neúčasť nemožno ničím nahradiť.⁴³

Väčšinové stanovisko Súdu v kauze *Smith* sa k tejto téme vyjadruje nasledovne: „Sudcom nenáleží určovať

'centralitu' náboženskej povinnosti v oblasti náboženskej slobody o nič viac, než im náleží určovať 'dôležitosť' ideí v oblasti slobody prejavu. Ktorým princípom práva alebo logiky možno oponovať tvrdeniu veriaceho, že dané konanie je 'centrálne' pre jeho vieru?“⁴⁴

Faktor úprimnosti: Môže súd skúmať úprimnosť náboženského presvedčenia sťažovateľa?

Najčastejšou formuláciou Súdu je, že o úprimnosti sťažovateľovho presvedčenia „neboli vznesené pochybnosti“ – z čoho možno vyvodiť, že toto kritérium je pre udelenie náboženskej výnimky aspoň do určitej miery relevantné.⁴⁵

Kauza *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida*⁴⁶ vychádzala z podobného skutkového stavu ako kauzy *Sherbert* a *Thomas*: sťažovateľka bola prepustená zo zamestnania, lebo ako členka Cirkvi adventistov siedmeho dňa odmietla pracovať v sobotu; následne jej nebol priznaný príspevok v nezamestnanosti. Odlišnosť od citovaných dvoch prípadov spočívala v tom, že sťažovateľka sa stala členkou Cirkvi adventistov až 2,5 roka potom, ako nastúpila do práce k danému zamestnávateľovi. Na rozdiel od predošlých sťažovateľov teda „nadobudla“ relevantné náboženské výhrady až v priebehu zamestnania. Súd však odmietol na základe tohto faktora spochybniť úprimnosť jej náboženského presvedčenia (a rozhodol o porušení Prvého dodatku). Uviedol, že opačný prístup by znamenal „poskytnúť náboženskému konvertitovi horšie zaobchádzanie než jednotlivcovi, ktorý si svoju vieru osvojil ešte pred vznikom pracovného pomeru“, čo Súd odmieta urobiť. „Prvý dodatok chráni aj náboženskú slobodu zamestnancov, ktorí sa prihlásia k náboženstvu – alebo konvertujú z jedného vyznania na iné – až potom, ako sú prijatí do práce.“⁴⁷ Z vyššie citovaného rozhodnutia vo veci *Praze* dokonca vyplýva, že úprimnosť sťažovateľa nie je automaticky vylúčená ani v prípade, ak sa nehlási ku žiadnej konkrétnej cirkvi či denominácii.

Súd však nikdy neurobil faktor úprimnosti formálnou súčasťou svojho „testu“ pre udelenie náboženskej výnimky. V neskorších konaniach začal v tomto smere používať rovnaký argument ako pri faktore centrality: existenciu úprimnosti nemožno objektívne posúdiť. Uvedený argument rozvinul v rámci judikatúry Najvyššieho súdu USA už sudca Jackson

³⁹ Id., s. 80–1.

⁴⁰ Id., s. 86.

⁴¹ *Sherbert*, s. 406.

⁴² *Yoder*, s. 210–221.

⁴³ *O'Lone*, s. 360.

⁴⁴ *Smith*, s. 886–7.

⁴⁵ Napr. *Sherbert*, s. 399; *Yoder*, s. 209; *O'Lone*, s. 345. Najmä vo veci *Yoder* sa zdá, že opakované odkazy na skutočnosť, že amíšské náboženstvo „preniká a ovplyvňuje celý spôsob života jeho príslušníkov“ (s. 210) značne napomáhajú úspechu náboženskej námietky sťažovateľov.

⁴⁶ 480 U.S. 136 (1987).

⁴⁷ Id., s. 144.

vo svojom odlišnom stanovisku vo veci *United States v. Ballard*.⁴⁸ Sťažovatelia tu boli odsúdení za trestný čin podvodu v dôsledku aktivít, ktoré vykonávali ako vodcovia náboženského hnutia. Toto hnutie sami založili a na základe tvrdení, že sú Božími poslami s nadprirodzenými liečebnými schopnosťami, získavali finančné príspevky od dobrovoľných darcov. Väčšinou v danej trestnej veci: konkrétne, sudca inštruoval porotu, aby svoje rozhodnutie o vine či nevine obžalovaných nezaložila na tom, či je ich náboženstvo pravdivé, ale na tom, či mu obžalovaní sami verili. Opačný postup by bol podľa Súdu porušením Prvého dodatku; náboženská sloboda totiž zahŕňa „právo hlásať teórie o živote a smrti a o živote po smrti, ktoré sú pre ortodoxných veriacich kacírstvom. Kacírske procesy sú našej ústave cudzie. Ľudia môžu veriť v to, čo nie sú schopní dokázať.“ Porota teda v súlade s Prvým dodatkom môže skúmať len to, či obžalovaní skutočne verili náboženstvu, ktoré hlásali.⁴⁹

Podľa sudcu Jacksona je tento pokus o „separáciu náboženskej pravdivosti od náboženskej úprimnosti“ vopred odsúdený na neúspech: „Nerozumiem tomu, ako môžeme oddeliť otázku, čomu obžalovaní verili, od otázky, čo je uveriteľné.“⁵⁰ Každé náboženstvo je založené predovšetkým na osobnej náboženskej skúsenosti, a táto skúsenosť má veľmi individuálnu povahu. „[T]ak ako niektoré tóny a farby, pre jedných existuje a pre druhých nie.“ Inými slovami, pokiaľ sudcovia alebo členovia poroty skúmajú úprimnosť náboženskej viery účastníka konania, ich verdikt bude s veľkou pravdepodobnosťou závisieť na tom, či sami zdieľajú podobné náboženské presvedčenie, resp. či sú vôbec veriaci. „[N]everiaci mu najskôr vôbec nebudú rozumieť, a takmer určite mu neuveria.“⁵¹

Pokiaľ ide o postoje právnej teórie, D. Steinberg napr. argumentuje, že súdny prieskum úprimnosti v kauzách týkajúcich sa náboženských výnimiek je jednoducho len jednou zo situácií, keď súd skúma duševný stav účastníka konania. Deje sa tak aj v iných typoch konaní – napr. pri určovaní, či bol trestný čin spáchaný úmyselne. Je pravda, že náboženské presvedčenie má určité špeciálne znaky, ktoré môžu súdom v tomto smere uľahčiť i skomplikovať situáciu. Veriaci človek môže napr. demonštrovať úprimnosť svojho presvedčenia poukazom na to, že sa po celý život, resp. od istého času správal v súlade s princípmi svojho náboženstva.

Na druhej strane, osoba môže takisto tvrdiť, že si svoje presvedčenie osvojila tesne pred podaním žiadosti o náboženskú výnimku. Tu Steinberg navrhuje, aby súdy rozhodli o dôveryhodnosti tvrdenia sťažovateľa analogickým spôsobom, ako v trestných a civilných kauzách rozhodujú o dôveryhodnosti výpovede svedka (napr. na základe pravdivosti jeho predošlých tvrdení, resp. na základe vnútornej konzistentnosti jeho výpovede).⁵² J. Choper tu zasa vo všeobecnosti navrhuje, aby dôkazné bremeno nespočívalo na sťažovateľovi, ale na štáte: výnimka by sa teda mala udeliť, pokiaľ súd nedokáže sťažovateľovi jeho neúprimnosť.⁵³

Obaja zmienení autori tiež uvádzajú situácie, v ktorých je podľa nich minimálna pravdepodobnosť, že žiadatelia o náboženskú výnimku sú neúprimní, a že teda dochádza k zneužívaniu tohto inštitútu: po prvé, keď má daná výnimka takú povahu, že pre samotného sťažovateľa (a osoby zdieľajúce jeho vyznanie) je síce dôležitá, ale pre príslušníkov iných denominácií alebo pre neveriacich by nemala žiadnu cenu,⁵⁴ a po druhé, keď sťažovateľ môže nahradiť namietanú právnu povinnosť alternatívnou činnosťou.⁵⁵

3.2. DEFINÍCIA KONFLIKTU SO SVETSKÝM PRÁVOM

Má súd v oblasti náboženskej slobody rozlišovať medzi priamym a nepriamym donútením?

Najvyšší súd USA priznáva náboženské výnimky v dvoch typoch situácií. Prvou je tzv. priame donútenie: napadnutý predpis (spravidla pod hrozbou trestných sankcií, pokuty alebo obdobných právnych následkov) výslovne zakazuje konanie, ktoré sťažovateľ považuje za realizáciu svojej náboženskej povinnosti, alebo naopak prikazuje konanie, ktoré je podľa sťažovateľa v rozpore s takouto povinnosťou. Inými slovami, pokiaľ chce daná osoba zachovať vernosť svojmu presvedčeniu, musí porušiť platné právo: napr. v kauze *Yoder* čelili rodičia, ktorí neposielali svoje deti mladšie ako 16 rokov do verejnej alebo súkromnej školy, trestným sankciám.

Na druhej strane, napr. vo veci *Sherbert* bol konflikt medzi náboženskou povinnosťou a zákonom (tak ako bol aplikovaný) len nepriamy: zákon sťažovateľke neprikazoval pracovať v sobotu, iba jej nepriznal určitú peňažnú dávku, pokiaľ tak neurobila. Pri nepriamom donútení teda nie je výsledkom dodržania náboženskej

⁴⁸ 322 U.S. 78 (1944).

⁴⁹ Id., s. 86–7.

⁵⁰ Id., s. 92.

⁵¹ Id., s. 93.

⁵² DAVID E. STEINBERG: *Rejecting the case against the free exercise exemption: A critical assessment*. Boston University Law Review, March 1995, Volume 75, s. 277–286.

⁵³ CHOPER, s. 91–2.

⁵⁴ Napr. právo židovského študenta nosiť počas basketbalových zápasov na hlave jarmulku; STEINBERG, s. 308–315.

⁵⁵ Typickým príkladom je civilná služba u osôb vyňatých spod základnej vojenskej služby, alebo pridelenie na prácu v nedeľu u osôb, ktoré svätia iný deň v týždni; CHOPER, s. 92–3.

povinnosti porušenie platného práva, ale „len“ strata nároku na príslušnú dávku, resp. obdobné plnenie. Súd však dospel k záveru, že aj takýto postup je zásahom do práva na slobodný výkon náboženstva. Sťažovateľka je totiž v dôsledku neho nútená „vybrať si medzi nasledovaním prikázania svojej viery a stratou dávky na jednej strane – a spreneverením sa tomuto prikázaniu a získaním dávky na strane druhej. Keď štát postaví jednotlivca pred takúto voľbu, spôsobuje mu tým rovnakú ujmu na náboženskej slobode, ako keby zaviedol pokutu za svätenie soboty.“⁵⁶ Hoci štát nie je vôbec povinný poskytovať príspevky v nezamestnanosti, ak sa tak rozhodne urobiť, nemôže podmieniť ich dostupnosť ochotou jednotlivca porušiť imperatívy jeho viery; inak v konečnom dôsledku penalizuje slobodný výkon náboženstva.⁵⁷

Z neskorších rozhodnutí Súdu však možno vyvodíť, že nepriame donútenie treba hodnotiť menej prísne ako priame. Napr. vo veci *Bowen v. Roy*⁵⁸ Súd rozlišuje medzi „štátnym donútením“ a „podmienkami vzáhlujúcimi sa na štátom poskytované dávky“, pričom uvádza:

„[O]dopretie takýchto dávok všeobecne aplikovateľným a navonok neutrálnym zákonom má úplne inú – menej závažnú – povahu ako pozitívne donútenie alebo zákaz, pod hrozbou trestných sankcií, konania s náboženskými implikáciami. [P]rávna úprava, ktorá len nepriamo stavia jednotlivca pred voľbu medzi získaním štátnej dávky a dodržaním náboženskej viery je úplne odlišnou záležitosťou ako štátny zásah, ktorý kriminalizuje nábožensky motivované konanie, alebo bez možnosti voľby núti osobu ku správaniu, ktoré sa priechi jej vyznaniu. Štátny zásah do náboženskej slobody nie je oslobodený od súdneho prieskumu len preto, že je nepriamy – ale povaha zásahu je relevantná pre úroveň tohto prieskumu.“⁵⁹

Sú náboženské výnimky neprípustné v rámci trestného a daňového práva?

Vo veci *Reynolds* Súd konštatoval, že uznať náboženskú vieru ako faktor zbavujúci zodpovednosti za trestný čin by znamenalo „dovoliť každému občanovi, aby bol sám sebe zákonom“. Za takýchto okolností by „štát existoval len nominálne“. ⁶⁰ Vo veci *Smith* sa Súd takisto zdá naznačovať, že spod trestného práva nemožno udeliť žiadne náboženské výnimky. „Aby sa jednotlivec musel riadiť trestným zákonom len vtedy, pokiaľ sa zhoduje s jeho náboženským presvedčením

– s výnimkou prípadov, keď je záujem štátu na dodržiavaní zákona 'naliehavý' – to odporuje ústavnej tradícii i zdravému rozumu.“⁶¹ Na druhej strane, podľa odlišného stanoviska sudkyne O'Connor v tejto kauze je práve kriminalizácia určitej náboženskej praktiky tým „najkrutejším možným zásahom“ do náboženskej slobody, a preto by tu mal byť prieskum súdu ešte striktnnejší než v iných oblastiach práva.⁶² Sumarizujú, sporné postavenie trestného práva v tomto kontexte vyplýva z toho, že v tejto oblasti sú „najvyššie stávky“ na oboch stranách: na strane štátu (ktorý trestným právom chráni to, čo považuje za základy spoločnosti) i na strane jednotlivca (pre ktorého sú trestné sankcie najdrastickejším zásahom do výkonu náboženstva).

Z rozhodnutia vo veci *Lee* zasa možno vyvodíť záver o neprípustnosti náboženských výnimiek v daňovej oblasti. Súd tu poukázal na paralelu odvodov do sociálnych fondov s platením dane z príjmu a uviedol:

„Rozdiel, prinajmenšom v teórii, spočíva v tom, že odvody do sociálnych fondov sú vyčlenené len na podporu systému sociálneho zabezpečenia. Pre účely tejto kauzy však neexistuje zásadný rozdiel medzi všeobecnými daňami a odvodmi do fondov. Ak napr. jednotlivec verí, že vojna je hriechom, a ak isté percento federálneho rozpočtu možno identifikovať ako určené na vojenské aktivity, tento jednotlivec by mal takisto právo, aby bol oslobodený od platenia príslušného percenta dane z príjmu. Daňový systém by nemohol fungovať, ak by sa príslušníkom jednotlivých denominácií udeľovali daňové výnimky na základe toho, že príjmy z daní sa využívajú v rozpore s ich vierou. Keďže široký verejný záujem na fungovaní zmysluplného daňového systému je taký významný, konflikt medzi náboženským presvedčením a platením daní nie je dôvodom pre oslobodenie od dane.“⁶³

Podliehajú interné predpisy armády a väznic voľnejšiemu súdnemu prieskumu?

Vo veci *Goldman* i vo veci *O'Lone* Súd konštatoval, že v určitých špecifických prostrediach (v prvom prípade šlo o armádu, v druhom o väznicu) je jeho prieskum „opatrnnejší“. Znamená to, že musí priznať veľkú váhu názoru vedenia príslušnej inštitúcie a na napadnuté interné predpisy aplikovať iba tzv. „test rozumnosti“. ⁶⁴ Týmto testom prešli predpisy tak vo veci *Goldman*, ako aj vo veci *O'Lone*. Najmä druhé z uvedených rozhodnutí sa stalo príčinou sváru med-

⁵⁶ *Sherbert*, s. 403–4; zvýraznila autorka.

⁵⁷ *Id.*, s. 405–6.

⁵⁸ 476 U.S. 693 (1986).

⁵⁹ *Id.*, s. 704–7.

⁶⁰ *Reynolds*, s. 166–7.

⁶¹ *Smith*, s. 885.

⁶² *Id.*, s. 898–9.

⁶³ *Lee*, s. 260.

⁶⁴ V ostatných prípadoch týkajúcich sa zásahov do náboženskej slobody Súd spravidla používa „test nevyhnutnosti“.

zi sudcami. Štyria z deviatich sudcov, vedení sudcom Brennanom, tu napísali odlišné stanovisko, v ktorom broja za prijatie prísnejšieho testu pri revízii väzenských predpisov: „[M]oc vykonávaná v tieni musí byť obmedzovaná prinajmenšom tak starostlivo ako moc vykonávaná na slnku. Mali by sme sa obzvlášť zdráhať vo veľkom delegovať moc na tých, ktorí ju uplatňujú nad marginalizovanými skupinami spoločnosti.“⁶⁵

3.3. ROVNOSŤ VŠETKÝCH OSÔB A NÁBOŽENSKÁ NEUTRALITA ŠTÁTU

Na problém náboženských výnimiek možno nazerať aj ako na „medzihru“ troch ústavných princípov: náboženskej slobody, rovnosti všetkých osôb a náboženskej neutrality štátu. Problém s princípom rovnosti spočíva v tom, že priznávanie náboženských výnimiek môže v praxi vyústiť do znevýhodneného zaobchádzania s neveriacimi (osoby s náboženskými výhradami budú vyňaté spod bremien znášaných všetkými ostatnými), resp. dokonca do diferencovaného postavenia jednotlivých denominácií (výnimky budú priznané len početnejším alebo dlhšie existujúcim náboženstvám). Pokiaľ ide o princíp náboženskej neutrality štátu (resp. zákaz etablovania cirkvi či náboženstva), možno argumentovať, že tento princíp má v danej oblasti viacmenej rovnaké implikácie ako princíp rovnosti: je namierený proti štátnemu uprednostňovaniu tak konkrétneho náboženstva, ako aj náboženstva ako takého (ako opaku „ne-náboženstva“, tj. sekulárneho svetonázoru). Inými slovami, ani špecifická denominácia, ani náboženská viera ako taká nemôžu byť vyčlenené ako titul pre udeľovanie výhod.

Kým prvá z načrtnutých téz (rovné zaobchádzanie so všetkými náboženstvami) je ako teoretické východisko akceptovaná v USA so samozrejmosťou, druhá téza (rovné zaobchádzanie s náboženstvom a „ne-náboženstvom“) je problematikejšia.

ROZLIŠOVANIE MEDZI JEDNOTLIVÝMI NÁBOŽENSTVAMI

Zdá sa len prirodzené, že žiadosti o náboženské výnimky prichádzajú najmä od náboženských menšín: pri preferenciách väčšiny je totiž väčšia pravdepodobnosť, že už sú vtelené do existujúceho práva. Súvisiacim faktorom je „vek“ cirkvi. Vo veci *Yoder* napr. Najvyšší súd USA uviedol:

„Nemožno dostatočne zdôrazniť, že tu nerozhodujeme o spôsobe života a vzdelávania skupiny, ktorá len nedávno podľa vlastných slov objavila novú 'progresívnu' alebo osvietenú metódu výchovy detí.

Vo svetle troch storočí existencie amišskej cirkvi ako úspešnej a sebestačnej jednotky americkej spoločnosti sotva možno mať pochybnosti o úprimnosti viery amišov, o jej prepojení s ich každodenným životom, o kľúčovej úlohe, ktorú táto viera zohráva vo fungovaní amišských komunít, ako aj o rizikách spojených s dôsledným uplatňovaním napadnutého zákona. Nad rámec uvedeného tu amiši uniesli ešte ťažšie dôkazné bremeno – demonštrovali adekvátnosť svojho alternatívneho systému neformálneho vzdelávania mladých ľudí po skončení základnej školy na dosiahnutie presne tých záujmov, ktoré štát uvádza na podporu svojho programu povinného stredoškolského vzdelávania.“⁶⁶

Súd uzatvára, že takto presvedčivo by sa dôkazného bremena dokázalo zhostiť „pravdepodobne len o pár iných náboženských skupín.“⁶⁷ Možno teda argumentovať, že príslušníci dlhšie existujúcich náboženstiev majú pri žiadosti o náboženské výnimky výhodnejšiu pozíciu, pokiaľ ide o dokazovanie, že ich presvedčenie je úprimné, daná náboženská povinnosť je pre ich vieru centrálna, a obavy štátu (týkajúce sa nebezpečenstva spojeného s priznaním náboženskej výnimky) sú neopodstatnené.

Ani v prípade dlhovekých, resp. rozšírených denominácií však nie je úspech zaručený. Americký súd napr. aj po mnohých desaťročiach odmietol prehodnotiť svoj postoj k polygamii u mormónov, hoci – ako uviedol vo svojom odlišnom stanovisku jeden zo sudcov – ide o „jednu zo základných foriem manželstva“, ktorej výskyt je „historicky oveľa častejší než akejkolvek inej formy“.⁶⁸

ROZLIŠOVANIE MEDZI NÁBOŽENSKÝM A SEKULÁRNÝM PRESVEDČENÍM

Najvyšší súd USA sa pôvodne zdal zastávať názor, že „výhrady svedomia“ prameniace z náboženstva by mali mať privilegované postavenie voči ostatným. Inými slovami to znamená, že z náboženstva vyplýva vyššia úroveň „imunity“ proti svetskému právu než zo sekulárneho presvedčenia. Najvýraznejšie je tento postoj prítomný vo veci *Yoder*:

„Spôsob života, akokoľvek cnostný a obdivuhodný, nemožno akceptovať ako prekážku rozumnej štátnej regulácie vzdelávania, pokiaľ je založený na čisto sekulárnych aspektoch. Aby námietka získala ochranu Free Exercise Clause, musí byť založená na náboženskej viere. Keby teda amiši vzniesli svoje výhrady preto, že súčasne prevládajúce sekulárne hodnoty odmietajú tak ako Thoreau odmietol spoločenské hodnoty svojej doby a izoloval sa vo Walden Pond, ich námiet-

⁶⁵ O'Lone, s. 354–8.

⁶⁶ Yoder, s. 235.

⁶⁷ Id., s. 235–6.

⁶⁸ *Cleveland v. United States*. 329 U.S. 14, 26 (1946); odlišné stanovisko sudcu Murphyho.

ka by nespočívala na náboženských základoch. Thoreauova voľba bola filozofická a osobná namiesto náboženskej, a takúto vieru nemožno zahrnúť pod ochranu Free Exercise Clause.⁶⁹

Z neskoršej judikatúry Súdu však vyplýva, že účelom Prvého dodatku je chrániť prejav sekulárneho presvedčenia s rovnakou intenzitou ako prejav presvedčenia náboženského – a nie zabezpečiť preferované postavenie náboženstva. Vo veci *Roy* napr. komentoval Súd rozhodnutia vo veci *Sherbert a Thomas* nasledovne: „Relevantná právna úprava v týchto kauzách stanovovala, že príspevok v nezamestnanosti nepatrí osobe, ktorá 'bez náležitého dôvodu' podala výpoveď, alebo odmietla dostupnú prácu. Tento štandard 'náležitého dôvodu' vytvoril mechanizmus pre individuálne výnimky. Ak štát vytvorí takýto mechanizmus, jeho odmietnutie priznať výnimku v prípadoch náboženských ťažkostí naznačuje diskriminačný zámer. [Verdikty v kauzách] *Thomas a Sherbert* teda možno vnímať ako ochranu pred nerovným zaobchádzaním, a nie ako priznanie zvýhodneného zaobchádzania.“⁷⁰

Jedným z dôsledkov tézy o rovnocennom postavení náboženstva a „ne-náboženstva“ je to, že nárok na výnimku spod všeobecne záväzných právnych predpisov môže vzniknúť nielen na základe náboženskej slobody, ale aj na sekulárnom základe – napr. v rámci slobody prejavu (za súčasť ktorej považuje Najvyšší súd USA aj právo zdržať sa prejavu). Vo veci *West Virginia Board of Education v. Barnette*⁷¹ napr. Súd udelil sťažovateľom výnimku spod internej regulácie základnej školy, ktorá nariaďovala všetkým žiakom pravidelným pozdravom vzdávať poctu americkej vlajke (pričom odmietnutie takéhoto počínania bolo kvalifikované ako „neposlušnosť“ a trestalo sa vylúčením zo štúdia). K podaniu sťažnosti síce viedli náboženské výhrady sťažovateľov – konkrétne sa odvolávali na prvé z Desiatich prikázaní, tak ako je uvedené v Knihe Exodus – ale Súd uviedol, že právo zdržať sa prejavu „patrí jednotlivcovi bez ohľadu na to, či disponuje konkrétnym náboženským presvedčením, resp. či zastáva toto presvedčenie úprimne.“⁷²

Vo veci *Smith* dokonca Súd konštatoval, že pokiaľ určitá právna úprava neumožňuje výnimky na sekulárnom základe, z ústavnej garancie náboženskej slobody nevyplýva nárok na priznanie náboženských výnimiek spod tejto úpravy. Sťažovatelia v tejto kauze sa konkrétne domáhali výnimky spod trestného činu požíva-

nia pejotu – a neuspeli práve preto, že Súd zhodnotil daný zákon ako „všeobecne aplikovateľný“, a teda neposkytujúci akékoľvek výnimky, vrátane sekulárnych. Inými slovami, náboženskú výnimku by tu Súd mohol priznať len vtedy, ak by skúmaný zákon umožňoval „blokovať“ dosah ustanovenia o zákaze pejotu zo sekulárnych dôvodov.⁷³

Tento postoj Súdu sa stretol s kritikou odbornej verejnosti – najčastejšie preto, že oslobodzuje od súdneho prieskumu „bezvýnimočné“ predpisy aj v prípade, ak možno dokázať, že obmedzujú náboženské aktivity viac, než je nevyhnutné na dosiahnutie ich účelu.⁷⁴ Práve vo veci *Smith* napr. odlišné stanovisko sudcu Blackmuna upozorňuje na to, že prejednávanej kauza zahŕňa „neobvyklé okolnosti, v dôsledku ktorých je náboženské užívanie pejotu zlučiteľné so záujmom štátu na zdraví, bezpečnosti a predchádzaní obchodu s drogami“. Neexistuje totiž „žiadene dôkazy, že náboženské užívanie pejotu niekedy niekomu uškodilo“ a „prakticky žiadene obchod s pejotom“.⁷⁵

Hlavný argument M. McConnella zasa spočíva v tom, že náboženstvo ako také explicitne vylučuje samotná ústava: jednak prostredníctvom Free Exercise Clause ako kritérium pre prípadné udeľovanie výnimiek, a jednak prostredníctvom Establishment Clause ako objekt, ktorý nemôže byť podporovaný štátom. Náboženské výnimky sú teda len jednou stranou mince: ústava ako celok náboženstvo – v porovnaní s „ne-náboženstvom“ – ani nezvýhodňuje, ani neznevýhodňuje, ale smeruje k dosiahnutiu rovnováhy.⁷⁶

McConnell to ilustruje nasledujúcim príkladom: v zmysle judikatúry Najvyššieho súdu USA je osoba oprávnená na príspevok v nezamestnanosti, pokiaľ bola prepustená z práce v dôsledku rozporu medzi jej vierou a pracovnými povinnosťami; rovnaké oprávnenie však nevzniká osobe, ktorej námietky proti práci pramenia z jej environmentálneho presvedčenia.

„Prv než označíme tento rozdiel za nespravodlivý, je potrebné pripomenúť, že štát môže konať (a aj konať) v oblasti podpory myšlienok environmentalizmu, vstúpenia environmentálneho povedomia v štátnych školách, zriaďovania organizácií na ochranu životného prostredia, ako aj využitia donucovacej moci na presadzovanie environmentálnych zámerov. Pokiaľ by sme v ústave mali klauzulu chrániacu slobodný výkon environmentálneho presvedčenia a zakazujúcu štátu zaviesť v danej sfére ortodoxiu, environmentálne orien-

⁶⁹ Yoder, s. 215–6.

⁷⁰ Roy, s. 708.

⁷¹ 319 U.S. 624 (1943).

⁷² Id., s. 634–5.

⁷³ Podrobnejšie Richard F. Duncan: *Free exercise is dead, long live free exercise: Smith, Lukumi and the general applicability requirement*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, May 2001, Volume 3, s. 850n.

⁷⁴ DAVID M. BEATTY: *The forms and limits of constitutional interpretation*. American Journal of Comparative Law, Winter 2001, Volume 49, s. 95.

⁷⁵ Smith, s. 911–8.

⁷⁶ MICHAEL W. MCCONNELL: *The problem of singling out religion*. DePaul Law Review, Fall 2000, Volume 50, s. 8–11.

tovaný zamestnanec by bol chránený a každá z uvedených aktivít štátu by bola protiústavná. Presvedčenie ohľadom životného prostredia však nemá rovnaké postavenie ako presvedčenie ohľadom náboženstva. Vo vzťahu k náboženstvu má štát zviazané ruky. Vo vzťahu k sekulárnej oblasti štát môže ustanovovať príslušné bremená, ale takisto môže vyvíjať určitú politiku.⁷⁷

Inými slovami, zmienené dve klauzuly Prvého dodatku – Free Exercise Clause a Establishment Clause – sa vzájomne dopĺňajú, aby dosiahli spoločný cieľ: maximálne limitovanie moci štátu nad náboženstvom, a to či už v zmysle pomoci alebo obmedzení.

„Zásahu do výkonu náboženstva sa treba vyhnúť, pokiaľ je to možné; podpora náboženstva je prakticky zakázaná; a kontrola nad náboženstvom je udržiavaná na minime. Tento prístup znamená, že náboženstvo je slobodné; znamená však aj to, že náboženstvo nemôže použiť rameno štátu, aby presadzovalo svoje ciele. Ide o výmenný obchod, o aký by stálo len málo iných ideológií či systémov vyznaní. V krátkosti, jednotiacim princípom tu je 'nechať náboženstvo na pokoji'.“⁷⁸

McConnell v nadväznosti na to sumarizuje americký model vzťahu štátu a cirkvi ako obsahujúci dve ustanovenia, ktoré – hoci v službe rovnakému cieľu – hľadajú opačnými smermi, resp. čelia opačným hrozbám: Free Exercise Clause „vyčleňuje“ náboženstvo pre špeciálnu ochranu voči nepriateľstvu alebo zásahom štátu, kým Establishment Clause bráni tomu, aby štát využíval svoju moc na podporovanie, obhajovanie, alebo rozširovanie akéhokoľvek náboženského vyznania, čím sa vlastne dosahuje „druh neutrality“.“⁷⁹

Navyše, podľa McConnella je vôbec zavádzajúce poukazovať na rozdielne zaobchádzanie s náboženstvom a „ne-náboženstvom“. „V skutočnosti neexistuje žiadna identifikovateľná entita, ktorú možno nazvať ne-náboženstvom. Namiesto toho je nespočítateľné množstvo ideí, navzájom veľmi odlišných, ktoré nemajú náboženskú povahu.“⁸⁰ Ak akceptujeme požiadavku, aby bolo s náboženstvom zaobchádzané rovnako ako s inými „hlbokými presvedčeniami jednotlivcov“, úroveň ochrany bude závisieť výlučne na voľbe

referenčnej skupiny. Množina „sekulárnych analógií“ k náboženstvu je pritom veľmi rôznorodá. Niektoré z nich sú silnejšie (vezmime si zamestnanca, odmietajúceho vykonávať pridelenú prácu z dôvodu svojho pacifistického presvedčenia, ktoré však nemá náboženské korene) a iné slabšie (postavme voči nemu zamestnanca, zo solidarity odmietajúceho nastúpiť ako náhrada za pôvodných pracovníkov, ktorí štrajkujú). V kontexte uvedených príkladov možno napr. argumentovať, že odborová solidarita má spravidla menší podiel na budovaní morálnej identity jednotlivca než pacifizmus: v hre je menej, ide o oblasť viac ekonomického rázu a nie tak bezprostredne spojenú s otázkami života a smrti. „Jedinou logickou alternatívou,“ pokračuje McConnell, „je priznať všetkým sekulárnym výhradám svedomia rovnakú úroveň ochrany, aká patrí náboženským výhradám. [Tento prístup však treba odmietnuť.] Neexistovali by tu potom žiadne pojmové hranice.“⁸¹ Inými slovami, „keďže samotným sekulárnym presvedčeniam je v našej spoločnosti priznaná rozličná ochrana, nie je logicky možné dosiahnuť rovnosť zaobchádzania medzi každým z nich a náboženstvom.“⁸²

3.4. SPRAVODLIVÝ TEST PRE UDEĽOVANIE NÁBOŽENSKÝCH VÝNIMIEK: MISSION IMPOSSIBLE?⁸³

Napriek tomu, že kauza *Smith* pochádza z roku 1990, Súd odvtedy nevydal žiadne ďalšie rozhodnutie týkajúce sa náboženských výnimiek. Z textu samotného rozhodnutia vo veci *Smith* možno vyčítať nedôveru k tomuto inštitútu. Súd naznačuje, že je prakticky nemožné sformulovať spravodlivý test pre udeľovanie náboženských výnimiek. Jediným riešením je v každom konkrétnom prípade preskúmať skutkové okolnosti danej kauzy, a na základe toho čo najpresnejšie identifikovať na jednej strane záujem štátu na univerzálnom uplatňovaní príslušného predpisu, a na druhej strane záujem jednotlivca na realizácii jeho náboženskej praktiky. To bol spravidla postup, prostredníctvom ktorého Súd rozhodoval o náboženských výnimkách v „predsmithovskom“ období.⁸⁴

⁷⁷ Id., s. 10.

⁷⁸ Id., s. 11.

⁷⁹ Id., s. 43. Vzniká tu nasledovná otázka: Pokiaľ štát zvolí vo vzťahu k cirkvám iba „častočnú separáciu“, a teda sa kategoricky nevyhýba ich podpore (čo je prevládajúci európsky model v súčasnosti), nie je to v duchu načrtnutej logiky argumentu *proti* náboženským výnimkám?

⁸⁰ Id., s. 31.

⁸¹ Id., s. 32–5.

⁸² Id., s. 46.

⁸³ Porov. Stanley Fish: *Mission impossible: Settling the just bounds between church and state*. Columbia Law Review, December 1997, Volume 97, s. 2332.

⁸⁴ Napr. vo veci *Prince* Súd neudelil požadovaný výnimku s odôvodnením, že nad náboženskou slobodou sťažovateľky (a jej netere) v danom prípade prevažuje záujem spoločnosti na ochrane detí pred škodlivými účinkami práce, najmä pokiaľ je vykonávaná na verejných priestranstvách. Riziká, ktoré pre dieťa vyplývajú z „pouličného hlásania viery“ (spojené s psychickou i fyzickou ujmom) sú dostatočne závažné aj v prípade, ak je dieťa sprevádzané rodičom či inou dospelou osobou (s. 168–171). Opačným výsledkom skončila kauza *Yoder*. Štát tu namietol, že univerzálna povinnosť školskej dochádzky je nevyhnutná na to, aby boli jednotlivci pripravení na

Podľa názoru Súdu vo veci *Smith* však uvedený postup nemožno uskutočniť objektívne. Ak sa sudcovia vydajú uvedenou cestou, chtiac – nechtiac sa pritom riadia svojimi vlastnými (tj. z pohľadu spoločnosti spravidla väčšinovými) konvenciami a preferenciami. Pokiaľ ide o prvú časť naznačenej analýzy – určenie rozsahu ujmy na záujme štátu, pokiaľ náboženská výnimka udelená je – problém tu môže nastať napr. pri posudzovaní otázky, do akej miery povolenie rôznych „náboženských doplnkov“ u vojakov podryva ciele armády ako celku. „[H]oci jarmulka sa nezdá nápadnou Židovi, rovnako tak sa turban nezdá nápadným Indovi, šafránová róba jogínovi, ani vrkôčkový účes rastafariánovi.“⁸⁵ Rovnaký argument hovorí podľa Súdu aj proti druhej časti analýzy – určenie rozsahu ujmy na náboženskej slobode jednotlivca, pokiaľ náboženská výnimka udelená nie je. Ako nezaujato odlišil „závažné“ od „povrchných“ žiadostí o výnimky, resp. „zmerať“ tri hlavné faktory v tejto oblasti –

religiozitu, centralitu a úprimnosť? Sumarizujúc, téza Súdu znie, že ťažko nájsť konzistentné a objektívne pravidlo, na základe ktorého by bolo možné kvantifikovať a porovnať existujúce hodnoty a potenciálne ujmy v danej oblasti. Takéto „vyvažovanie“ môže vyústiť len do diskriminácie menšinových náboženstiev.⁸⁶

Na druhej strane, napr. D. Steinberg argumentuje, že *určitá* miera sudcovskej úvahy (vo vzťahu k „vyvažovaniu“ súkromného a verejného záujmu) je implikovaná aj v množstve iných oblastí ústavného práva. Podstatné je, že upustenie od náboženských výnimiek by iste poskytlo veriacim osobám menej ochrany než prístup, v rámci ktorého sa sudcovia v ojedinelých prípadoch môžu dopustiť omylov, resp. založiť rozhodnutia na svojich osobných preferenciách. Samotný fakt, že vo sfére náboženských výnimiek môžu niekedy vzniknúť zložité kauzy, ešte neznamená, že tento inštitút treba odmietnuť ako taký.⁸⁷

„efektívnu a inteligentnú participáciu v našom otvorenom politickom systéme“, ako aj na to, aby sa z nich stali „samostatní a sebestační aktéri spoločnosti“. Podľa Súdu však „dôkazy predložené amišmi v tejto kauze jednoznačne ukazujú, že vnútiť amišským deťom dodatočný jeden alebo dva roky formálneho stredoškolského vzdelania, namiesto ich ustáleného programu neformálnej prípravy na fungovanie v komunite, by dosiahlo málo na zabezpečenie týchto záujmov.“ Dôkazový materiál tu naopak svedčí o tom, že amiši boli vždy obzvlášť sebestačnou jednotkou, a že úspešne pripravili svoje deti stredoškolského veku na to, aby sa stali produktívnymi členmi spoločnosti. Súd reagoval aj na argument, že vzdelávací limit 16 rokov reflektuje záujem na tom, aby deti pod touto vekovou hranicou neboli zamestnávajúce za podmienok nebezpečných pre ich zdravie, alebo v práci, ktorá by mala byť vykonávaná dospelými. Súd uviedol, že „zamestnávanie detí vo veku od 14 do 16 rokov pod dohľadom ich rodičov a na rodinnej farme je starobyľou tradíciou, ktorá leží na periférii cieľov sledovaných zákonmi o zákaze detskej práce.“ Na základe týchto záverov Súd sťažovateľom výnimku udelil (s. 221–230).

⁸⁵ Odlišné stanovisko sudcu Stevensa vo veci *Goldman*, s. 512–3.

⁸⁶ *Smith*, s. 887–9.

⁸⁷ STEINBERG, s. 296–304.

K vyšší moci ve směnečném právu

Josef Kotásek*

1. VÝZNAM VYŠŠÍ MOCI VE SMĚNEČNÉM PRÁVU

Nesplnění podmínek pro výkon postizních práv ze směny, tj. zejména opominutí prezentace směny k placení a protestu pro neplacení, může mít za následek ztrátu těchto práv zmeškáním – srov. čl. I § 53 ZSŠ¹ (pro šeky srov. čl. II § 40 ZSŠ). ZSŠ přitom předpokládá u těchto tzv. zachovávacích směnečných úko-

nů předložení originálu směny v určený čas na určitém místě.

Toto až ceremoniální pojetí nemusí vždy vyhovovat věřitelským zájmům. Majitelé také hledají (a nacházejí) cestu, jak se uvedené zátěže právně nebo jen fakticky zbavit: ve směnkách se velmi často objevují doložky „bez protestu“ (pak není nutné protestovat²), platební místo je umísťováno do sídla věřitele (skutečné fyzické předložení směny je potom neověřitelné),

* JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

¹ Zákon č. 191/1950 Sb., směnečný a šekový (dále v textu jen „ZSŠ“).

² Uvedené samozřejmě platí s výhradou zvláštních druhů protestů, na které nemá doložka „bez protestu“ žádný vliv.

event. věřitel dokonce bohorovně spoléhá na důkazní nouzi dlužníka marně namítajícího, že nedošlo k řádné prezentaci (dle ust. čl. I § 46 odst. 2 ZSS musí totiž nepředloženi lhůt prokázat ten, kdo se toho dovolává)³.

V každém případě platí, že fyzické předložení směnky v poměrně krátké lhůtě⁴ je jednou z povinností věřitele a její porušení může vést až k prekluzi všech postízních práv ze směnky⁵.

Za určitých okolností však mohou včasnému předložení směnky nebo šeku bránit nepřekonatelné překážky, které mají za následek právní nebo faktickou nemožnost vykonat příslušné směnečné úkony. Zásada *impossibilia nulla es obligatio*, která patří každému právníkovi v těchto případech nejprve vytane na mysli a která by majitele zprostila povinnosti učinit zachovávací úkon, zde nemá použití. Zachovávací úkony totiž nepředstavují skutečnou povinnost majitele směnky – ani smluvní a ani zákonnou. Brání-li jim vyšší moc, nemůže jít o nemožnost plnění, která by mohla majitele liberovat. Jak správně připomíná Hermann-Otavský⁶, o majitelově „povinnosti“ prezentovat nebo protestovat směnku hovoříme jen s určitou terminologickou licencí; ve skutečnosti jde o podmínky postihu, rituál (často prázdný a hospodářsky neúčelný), který musí majitel provést k výkonu, resp. udržení svého regresu.

Případy vyšší moci ve směnečném právu upravuje čl. I § 54 ZSS⁷. V případě této normy máme co do činění s typicky „resortní úpravou“; jak vyplývá i z dalšího výkladu, vyšší moc ve směnečném právu neodpovídá běžně chápané vyšší moci⁸; což ostatně, jak také uvidíme dále, způsobuje několik komplikací.

Zdánlivě obsoletní úprava směnečné vyšší moci nabyla na velké aktuálnosti během ničivých povodní, které v minulých letech opakovaně postihly části naší země. Že v takovém případě jde o případy směnečné vyšší moci ve smyslu čl. I § 54 ZSS, je bez debat. Dopady uvedeného ustanovení se ale také často diskutují

v situacích, kdy majitel směnky vlivem některých objektivních okolností nedostal v předepsaných lhůtách svým prezentačním povinnostem a tyto okolnosti mají přitom individuální rozsah. Příkladem může být úraz, který majiteli zabránil vykonat včas příslušné udržovací úkony. V těchto případech je aplikace zprošťujících ustanovení čl. I § 54 ZSS sporná.

Tento příspěvek má proto za cíl provést rozbor citovaného ustanovení právě ve vztahu k vyšší moci, která se týká omezeného okruhu osob, případně osoby jediné. S ohledem na téměř identické znění směnečné a šekové úpravy⁹ vyšší moci lze většinu níže uvedeného využít i u šeků.

2. STRUČNÝ PŘEHLED DOPADŮ VYŠŠÍ MOCI

Prvním efektem směnečné vyšší moci je zákonná prolongace lhůt předepsaných pro příslušné udržovací úkony. Pokud včasnému předložení směnky nebo protestaci brání nepřekonatelná překážka, ať už faktická nebo právní, je majitel povinen oznámit tuto skutečnost svému indosantovi a bez ohledu na splnění této notifikační povinnosti se prodlužují lhůty určené pro tyto úkony. Překážka tedy nemá za následek přetržení nebo stavení lhůt, pouze je prodlužuje. V tomto smyslu se hovoří o dilatorním (odkladném, prorogačním, prolongačním) účinku vyšší moci.

Po jejím odpadnutí je majitel povinen neprodleně učinit příslušné úkony – prezentovat směnku k placení a případně jí i protestovat.

Pokud však vyšší moc trvá déle než třicet dnů, zasahuje zákon v neprospěch postízních dlužníků tak, že vyšší moci přiznává remisorní (zprošťující) účinek. Majitel může v takovém případě vykonat postih i bez toho, že směnku včas předložil či protestoval – jde o tzv. bezprostřední, příp. immediátní postih¹⁰.

³ Pro úplnost dodejme, že předložení nebo protest není nutný v situaci, kdy již bylo protestováno pro nepřijetí směnky směnečníkem (srov. čl. I § 44 odst. 4 ZSS).

⁴ Srov. čl. I § 34 odst. 1, 35 odst. 1 a 38 odst. 1 ZSS.

⁵ Srov. opět čl. I § 53 ZSS.

⁶ HERMANN-OTAVSKÝ, K.: Die höhere Gewalt im Wechselrechte nach dem Gesetze vom 30. November 1912, Vídeň, Manz Verlag 1913, s. 2.

⁷ Ustanovení čl. I § 54 ZSS zní takto: (1) Vadí-li včasnému předložení směnky nebo včasné protestaci nepřekonatelná překážka (zákonně ustanovení některého státu nebo jiný případ vyšší moci), prodlužují se lhůty stanovené pro tyto úkony. (2) Majitel je povinen neprodleně dát zprávu svému indosanta o případu vyšší moci, vyznačit tuto zprávu na směnce nebo přívěsku a připojit datum a podpis; kromě toho platí ustanovení § 45. (3) Pomine-li vyšší moc, musí majitel neprodleně předložit směnku k přijetí nebo k placení a po případě dát učinit protest. (4) Trvá-li vyšší moc déle než třicet dní po splatnosti, lze vykonat postih, aniž je třeba předložit směnku nebo učinit protest. (5) U směnky na viděnou nebo na určitý čas po viděné se počítá třicetidenní lhůta ode dne, kdy majitel dal svému indosanta zprávu, že nastala vyšší moc; tuto zprávu lze dát již před uplynutím lhůty k předložení. U směnky na určitý čas po viděné prodlužuje se třicetidenní lhůta o čas po viděné, udaný ve směnce. (6) O skutečnostech, které se týkají toliko osoby majitele nebo toho, koho majitel pověřil předložit směnku nebo učinit protest, platí, že nejsou případy vyšší moci.

⁸ Zde je třeba poznamenat, že vyšší moc není v českém pozitivním právu definována, ačkoliv tento pojem používá řada právních předpisů (srov. např. čl. 26 odst. 3 zákona o vodách).

⁹ Znění příslušných norem, tj. čl. I § 54 a čl. II § 48 ZSS, je téměř identické. Rozdíly jsou pouze v počátku a délce lhůty, po které nastupují deliberační účinky vyšší moci.

¹⁰ Lhůta činí třicet dnů od splatnosti (tedy nikoliv měsíc) a den splatnosti se do lhůty podle čl. I § 73 ZSS nezapočítává. Kompromisní třicetidenní lhůta je odrazem obecné zkušenosti, že překážky vyšší moci nemají obvykle delšího trvání a zřídka přesahují uvedený počet dnů. Současně není třicet dnů natolik dlouhá doba na to, aby mohla výrazněji ohrozit zájem věřitele na včasné plnění

V případě nastoupení vyšší moci je dále majitel povinen neprodleně dát zprávu svému indosantovi o případu vyšší moci, vyznačit tuto zprávu na směnce nebo přívěsku a připojit datum a podpis. V ostatním se použijí ustanovení o notifikaci nuzných směnek¹¹, což mimo jiné znamená, že vrozuměný předchůdce je povinen k další notifikaci svému předchůdci atd.

Povinnost informovat o vyšší moci má majitel jen vůči bezprostřednímu předchůdci a eventuálně jeho rukojmímu, nikoliv ale vůči výstavci. Nemá-li majitel předchůdce, tj. směnka nebyla indosována a zůstává stále v ruce remitenta, není komu oznamovat a notifikační povinnost tedy není dána¹². Oznamení by mělo krátce specifikovat okolnosti vyšší moci. Přitom neplatí čtyřdenní notifikační lhůta předepsaná pro oznámení u nuzných směnek¹³; zákon stanoví lhůtu poměrně neurčitě, když majitel má podle čl. I § 54 odst. 2 ZSS oznamovat svému předchůdci vyšší moc „neprodleně“. Dle okolností tak může být notifikační lhůta i delší než „obecná“ čtyřdenní lhůta. Nesplnění oznamovací povinnosti nemá žádný vliv na regresní práva ze směnky, dle čl. I § 45 odst. 6 ZSS ale může založit nárok na náhradu škody¹⁴. Kromě toho je majitel povinen vyznačit tuto zprávu na směnce nebo přívěsku a připojit datum a svůj podpis¹⁵.

3. GENEZE PRÁVNÍ ÚPRAVY VYŠŠÍ MOCI VE SMĚNEČNÉM PRÁVU

Otázka vyšší moci a jejích dopadů na práva ze směnky představovala dlouhou dobu jednu z kontroverzních a nejednotně řešených otázek směnečného práva. Až velké sjednocení směnečného práva provedené díky haagským a ženevským konferencím zajistilo jednotný náhled na vyšší moc a její vliv na zachovávající úkony.

Současná právní úprava je v historickém pohledu výsledkem úspěšné snahy o změkčení tvrdých dopadů

vyšší moci ve směnečném právu. Zejména v německé právní oblasti se totiž zpočátku teorie klonila k tomu, aby důsledky vyšší moci byly zcela přičítány k tíži majitelů směnek a ke změně tohoto doktrinárního stanoviska došlo až vlivem válečných událostí, definitivně zřejmě až po první světové válce¹⁶.

Argumentem byla obvykle – jak už také ve směnečném právu jinak – tzv. směnečná přísnost; zde zasahující jako dvojsečná zbraň mimořádně v neprospěch majitele směnky. Např. Grünhut¹⁷ pro řešení znevýhodňující věřitele argumentoval mj. i rovností účastníků: pokud postižený dlužník odpovídá majiteli i v případě, že hlavní dlužník nezaplátí vinou vyšší moci, bude jen spravedlivé, když naopak vyšší moc brání předpokladům postihu bude snášet majitel. Jinými autory (Einert) byla potom přísnost předpisů diligence odůvodňována heslem „casus sentit dominus“ (nebezpečí stíhá dlužníka). Bývá také upozorňováno na právní nejistotu, kterou by zohledňování vyšší moci vyvolalo.

Žádný z uvedených argumentů nelze považovat za dostatečně přesvědčivý. „Směnečná přísnost“ je univerzální a sugestivní zaklínadlo¹⁸; pseudoargument, kterým lze odůvodnit snad každý názor a každé pojetí. Jako sugestivní jazyková konvence – jedna z těch, ve kterých se tak často uvelebují naše myšlenková prázdnota – představuje „směnečná přísnost“ pohodlný únik do světa nic neříkajících generalizací. Na jejím vratkém základě můžeme přeci stejně „přesvědčivě“ argumentovat opačně, tj. tak, že vyšší moc by měla jít k tíži regresního dlužníka, který koneckonců směnku podepsal, garantuje zaplacení směnky, počítá s možností, že proti němu může majitel nastoupit a svou pozici mohl dopředu – např. exonerační doložkou v indosamentu – ovlivnit. Argument rovnosti účastníků rovněž nepřesvědčuje: již tím, že dopady obou situací, které Grünhut uvádí (nezaplacení směnky direktním dlužníkem a nepředložení směnky k placení) nejsou souměřitelné. Nezaviněná a nepředvídatelná ztráta postižených práv bezmocného majitele je na první pohled

ze směnky (volně podle KIZLINK, K., SPIŠIAK, J.: Zmenkové právo podľa zákona č. 255/1941 Sl. z., Bratislava, Právnická jednota v Bratislavě 1944, s. 325).

¹¹ K tomu srov. KOTÁSEK, J., POKORNÁ, J., RABAN, P. a kol.: Kurs obchodního práva, Právo cenných papírů, Praha, C. H. Beck 2003, s. 420an.

¹² Trebaže to zákon nepředepisuje, měl by majitel ve svém zájmu informovat i v těchto případech účastníky směnky o překážce vyšší moci.

¹³ Srov. čl. I § 45 odst. 1 ZSS.

¹⁴ Oznamení vyšší moci nenahrazuje běžnou notifikaci u nuzné směnky. Pokud tedy po odpadnutí nepřekonatelných překážek směnečník odmítne směnku přijmout, event. proplatit, musí majitel notifikovat znovu; tentokrát bude oznamovat skutečnost, že směnka nebyla přijata (zaplacená).

¹⁵ Co se týče umístění písemného záznamu o vyšší moci, platí, že poznámka může být situována na směnce (líci i rubu), jejím duplikátu (stejnopisu) nebo přívěsku. Pravidelně bude vyšší moc vyznačována na rubu, kde je pro takový záznam více místa. Obsah záznamu tvoří tři náležitosti: samotná zpráva, tj. údaj o tom, že předchůdce byl informován o nastávající překážce (s uvedením charakteru této překážky), den odeslání zprávy a podpis majitele. Stejně jako u všech jiných prohlášení na směnce, nemusí být text tohoto záznamu pořízen vlastnoručně, vlastnoruční musí být pouze podpis oznamujícího majitele směnky.

¹⁶ Podle KIZLINK, K., SPIŠIAK, J.: Zmenkové právo podľa zákona č. 255/1941 Sl. z., Bratislava, Právnická jednota v Bratislavě 1944, s. 321.

¹⁷ Takto např. Grünhut, Lehrbuch des Wechselrechts, Duncker a Humblot 1900, s. 341.

¹⁸ KOTÁSEK, J.: Úvod do směnečného práva, MU Brno, 2002, s. 21.

nespravedlivá¹⁹ a opravňuje proto i vyloučení principu, že nebezpečí stíhá vlastníka (tento princip ostatně platí u věcných práv, u obligací se s ním v této podobě nesetkáme). Stejně tak musíme akceptovat i určitou důkazní nejistotu, kterou vyšší moc a nutnost jejího prokazování vždy nutně vyvolá.

I přes tyto tradiční námitky německý říšský soud po dlouhou dobu judikoval ztrátu regresních práv ze směnky, u které nebylo možné např. vlivem válečných událostí splnit příslušné zachovávací úkony. Formalistické německé stanovisko napáchalo značné škody v národním hospodářství a vyvolalo právní nejistotu, zejména v časech francouzsko-německé války roku 1870–1871²⁰. Již v té době se ale v judikatuře a později i zákonodárství jiných států prosazuje liberálnější směr, který více respektuje zájmy majitelů. V zemích románského nebo anglo-amerického okruhu byly tradičně účinky vyšší moci v legislativě upraveny jinak – daleko příznivěji pro majitele směnky, který neztrácel práva ze směnky²¹. Rozhodujícím ukazatelem správnosti tohoto mírnějšího přístupu je pak skutečnost, že se tato rozumnější koncepce nakonec prosadila natrvalo.

Modelem současné úpravy vyšší moci v ZSŠ jsou příslušná ustanovení Jednotného směnečného řádu, jenž byl přijat na dvou Haagských směnečných konferencích konaných v roce 1910 a 1912. V prvním návrhu jde o čl. 67 a v druhém návrhu Jednotného směnečného řádu se úpravě vyšší moci věnuje článek 53.

Při projednávání problematiky vyšší moci bylo většinou konstatováno, že dosavadní německé a rakouské řešení se vyznačuje až přemířněnou přísností a nelze je pro jeho přílišný formalismus doporučit jako modelové.

Spor pak byl veden jen o to, jaké důsledky má vyšší moc mít. Zde se delegáti rozdělili do dvou skupin. První z nich zastávala koncepci bezprostředního po-

stíhu, tzn. že v případě vyšší moci měl mít majitel možnost vykonat postih i bez splnění zachovávacích úkonů. Vyšší moc tak měla mít okamžité zprošťující (remisorní) účinky. Opačný tábor trval na nutnosti vykonat zachovávací úkony, třebaže by vlivem vyšší moci byly učiněny později. Vyšší moci tak měly být přiznány odkladné (dilatorní) efekty. Pouze v případě, že by překážky trvaly déle než tři měsíce, měl mít majitel právo postihu i bez prezentace a protestu²². Zvítězilo druhé uvedené pojetí s tím, že tříměsíční lhůta byla kompromisně zkrácena na třicet dnů.

Z popisovaného haagského modelu vycházel potom speciální rakouský zákon č. 215/1912 Sb. ze dne 30. listopadu 1912²³ (Gesetz über den Einfluss der höheren Gewalt auf die Vornahme wechselrechtlicher Handlungen²⁴) a stejně tak i § 100 československého směnečného zákona č. 1/1928 Sb. z. a n. Ženevská konference se vrátila k návrhu své haagské předchůdkyně a čl. 54 Jednotného směnečného zákona je tedy až na výjimky, kterým se budeme věnovat dále, obsahově identický se svou starší haagskou předchůdkyní²⁵.

Tímto způsobem byl uvedený haagský vzor s menšími odchylkami²⁶ převzat i do současné úpravy obsažené v čl. I § 54 ZSŠ. Skutečným tvůrcem normy, „empirickým pravotvůrcem“, jsou tedy účastníci směnečných konferencí v Haagu.

4. VYMEZENÍ VYŠŠÍ MOCI VE SMĚNEČNÉM PRÁVU

Směnečná vyšší moc není v čl. I § 54 ZSŠ definována jednoznačně. Pozitivní vymezení je pochopitelně pouze obecné a doprovází je pouze jeden demonstrační příklad²⁷.

Z textu zákona je zřejmé to, že směnečnou vyšší moci má být „nepřekonatelná překážka“ bránící před-

¹⁹ Příslušná prezentace je v případech vyšší moci obvykle zbytečná a ryze formální. Je-li překážka nepřekonatelná pro majitele směnky, lze očekávat, že totéž platí i pro placení směnečníka, event. výstavce vlastní směnky.

²⁰ KIZLINK, K., SPIŠIAK, J.: Zmenkové právo podľa zákona č. 255/1941 Sl. z., Bratislava, Právnická jednoty v Bratislavě 1944, s. 320. MEYER (MEYER, F.: Der Entwurf eines einheitlichen Wechselgesetzes nebst Begründung, Lipsko, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung 1909, s. 50) informuje dokonce o několika protestních petičích z obchodních kruhů.

²¹ Detailní přehled podává MEYER, F.: Der Entwurf eines einheitlichen Wechselgesetzes nebst Begründung, Lipsko, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung 1909, s. 47–56.

²² Vzhledem k poměrně dlouhé lhůtě by to byly mimořádné případy.

²³ Jak uvádí Hermann-Otavský (HERMANN-OTAVSKÝ, K.: Die höhere Gewalt im Wechselrechte nach dem Gesetze vom 30. November 1912, Vídeň, Manz Verlag 1913, s. 14), jsou notorickým *occasio legis* válečné události na Balkáně. Podnětem pro schválení zákona byla také moratoria tří balkánských států během balkánské války v roce 1912.

²⁴ Zákon o vlivu vyšší moci na vykonání směnečněprávních úkonů. V Uhersku platil zák. čl. LXIV z roku 1912, vztahující se také na šeky a obchodnickou poukázku, který byl – pokud jde o právo směnečné – stejného obsahu.

²⁵ Podle čl. 22 Výhrad k ZJS je každá z Vysokých smluvních stran oprávněna přijmout výjimečně opatření obecné povahy k prodloužení lhůt pro zachovávací opatření ve vztahu k postihu a k prodloužení splatnosti. Uvedená výhrada patří k privilegovaným výhradám (rezervám), které smluvní strany mohou využít kdykoliv – i po ratifikaci nebo přistoupení k Úmluvě o jednotném zákonu směnečném – srov. v podrobnostech čl. I odst. 4 a 5 Úmluvy (publikována v češtině in KOVAŘÍK, Z.: Zákon směnečný a šekový. Komentář. 2. vydání. Praha, C. H. Beck 1999, s. 319).

²⁶ Rozdíl spočívá např. v tom, že současná úprava uvádí jako případ nepřekonatelné překážky zákonný předpis státu.

²⁷ Projevuje se zde tendence, kterou známe např. ze smluvního práva – účastníci (delegáti) se shodnou na textu, který je natolik obecný a natolik připouští různé výklady, aby jej mohla každá ze stran chápat po svém a posléze i akceptovat. Konsensus je potom jen zdánlivý a bude nutně příčinou budoucích rozporů.

ložení směnky nebo protestací. Jen příkladno zákon uvádí, že jde např. o zákonné ustanovení některého ze států, tj. o překážku právního rázu. Podle negativního vymezení v šestém odstavci potom „skutečnosti osobní povahy, které se týkají pouze osoby majitele nebo toho, koho majitel pověřil předložit směnku nebo učinit protest“, nemají být případy vyšší moci ve smyslu čl. I § 54 ZSŠ.

Z uvedeného můžeme výkladem dovodit následující atributy směnečné vyšší moci:

4.1 SMĚNEČNÁ VYŠŠÍ MOC JE OBJEKTIVNÍ UDÁLOST

Ustanovení čl. I § 54 ZSŠ hovoří o trvání a konci vyšší moci a současně vylučuje některé „skutečnosti“. Vyšší moc tedy musí být reálným a objektivně ověřitelným stavem věcí, nikoliv jen fámou, pověstí či pouhým míněním majitele o nemožnosti prezentace. Osobní přesvědčení, obavy a motivy nejsou důležité, pokud jde o otázku, zda jde o směnečnou vyšší moc²⁸.

Majitel bude z účinků vyšší moci profitovat i v případě, že by o vyšší moci nevěděl a úkon tak ve skutečnosti neprovedl z jiného důvodu, např. proto, že na něj zapomněl. Směnečná vyšší moc nastává také tehdy, když majitel byl míněn, že lhůta je již zmeškána. Stejně tak nerozhoduje, zda šlo o předvídatelnou událost podléhající relativní náhodě a statistickým zákonům nahodilosti (slovy Teilharda de Chardin o „plánovanou náhodu“) nebo o zcela mimořádný a neočekávatelný jev, překračující veškerou lidskou představivost. Z toho, že směnečná vyšší moc není závislá na tom, kdo se jí dovolává, můžeme konečně učinit i tento samozřej-

mý závěr: vyšší moc a její účinky nelze „sjednat“ mezi účastníky²⁹.

4.2 NEPŘEKONATELNOST PŘEKÁŽKY

Výše uvedené samozřejmě není možné vykládat striktně doslova nebo subjektivně. Jen zřídka bude prezentace nebo protestace neproveditelná absolutně jako je tomu v případě moratorií, tj. zákonných omezení. Ve všech jiných případech vyšší moci ve směnečném právu budeme téměř vždy nakonec nuceni konstatovat, že viděno čistě technicky, tyto úkony přece jen bylo možné provést, ovšem za cenu nepřiměřeného zvýšeného úsilí, obrovských nákladů, případně nepřiměřeného nebezpečí.

Řešení je tedy v proporcionalitě; nezdolatelnost překážky je nutno vnímat z pohledu nákladů, úsilí a opatrností, které lze v takovém případě od majitele rozumně vyžadovat. Měřítkem by nám přitom měl být *abstraktní* směnečný věřitel, nikoliv skuteční účastníci a jejich možnosti.

4.3 PŘEKÁŽKA PREZENTACE SMĚNKY K PLACENÍ NEBO PROTESTACE

Překážka brání předložení směnky k placení nebo protestaci směnky³⁰ a nikoliv jiným směnečným úkonům (netýká se proto v zásadě např. předložení k přijetí směnky). Nepřekonatelnost překážky přitom nemusí být ověřována marným pokusem o prezentaci či protestem³¹, třebaže to může být – viděno z důkazního hlediska – často účelné.

²⁸ Vyšší moc samozřejmě nemůže být definována pomocí ryze subjektivních faktů, které existují „nad“ či „za“ světem vnějších a pozorovatelných skutečností. Přesto nemůže být koncept vyšší moci budován tak jasně a jednoznačně, jako je tomu u obdobných definic v přírodních nebo technických vědách. Do jisté míry budeme muset určitě vnitřní aspekty zohlednit. Nejde ani tak o počátek vyšší moci; z něj totiž majitel směnky těží i v případě, že by o vzniku překážek bránících prezentaci k placení nebo protestaci nevěděl. Obtížnější bude spíše určení doby, kdy překážka odpadla, kdy podle čl. I § 54 odst. 3 ZSŠ musí majitel v takovém případě neprodleně předložit směnku k přijetí nebo k placení a po případě dát učinit protest. Běžný majitel směnky bude často odkázán na sekundární informační zdroje, média. Bylo by nespravedlivé, aby mu bylo vyčítáno, že směnku včas nepředložil po odpadnutí překážky, když přitom vycházel ze zpravodajství, které setrvale informovalo o opaku – např. o neopadající záplavě příslušného území. Majitel jistě nemá „kroužit v ložce kolem místa prezentace a vyčkávat na opadnutí vody“, aby směnku okamžitě prezentoval. Měli bychom připustit určité nutné zpoždění, s jakým se pozitivní zpráva o odpadnutí překážky může k majiteli dostat. V praxi může být řešením citlivý výklad pojmu „neprodleně“, třebaže v první řadě platí, že abychom o této lhůtě vůbec mohli uvažovat, musíme mít nejprve jasno v otázce, zda vyšší moc odpadla nebo ne. Musíme tedy akceptovat, že v mnoha případech nebude možné zcela jednoznačně určit okamžik odpadnutí překážky: je často velmi těžké exaktně stanovit konec některé přírodní nepřekonatelné překážky a stejně obtížné je získat o tom zaručené informace. Za těchto okolností by měla dostat přednost ochrana dobré víry abstraktního majitele směnky, který se spolehl na veřejné informační zdroje.

²⁹ Takové ujednání by mohlo být dle svého obsahu interpretováno jako dohoda o odkladu splatnosti, kterou ovšem ZSŠ nepřipouští (srov. čl. I § 74 ZSŠ). V úvahu také přichází ujednání o jiném místě platebním nebo protestačním. Taková dohoda by již relevanci měla – podle čl. I § 88 ZSŠ úkony, které se mají vykonat v určitém místě uvedeném na směnce, mohou být provedeny v místě jiném, dají-li k tomu při úkonu, o který jde, souhlas jeho účastníci. Osvědčuje-li se provedení úkonu písemně (např. protestem), vyznačí se v osvědčení i tento souhlas.

³⁰ Z tohoto důvodu není zničení směnky směnečnou vyšší mocí, i kdyby toto zničení vyšší moc vyvolala. Majiteli směnky v tomto případě nezbyvá nic jiného, než směnku umořit.

³¹ Zajímavá otázka se otevírá v případě, kdy by majitel dosáhl prezentace či protestace i přes účinky vyšší moci (šlo by tedy o zachovávací úkony provedené buď jen shodou šťastných okolností, nebo za cenu velmi vysokých nepřiměřených nákladů). Ve smyslu pořekadla „přijít dříve neznamená přijít včas“, by se mohla objevit námitka dlužníka, že příslušný směnečný úkon nebyl proveden včas. Zdánlivě by tomu nahrával i text normy, podle níž se „prodlužují zákonné lhůty“. Prodlužují však nutně neznamená „odkládají“ nebo „staví“, proto v těchto případech budeme muset mít za to, že úkon byl proveden řádně.

4.4 ČASOVÉ HLEDISKO

Aby nastaly účinky předpokládané v čl. I § 54 ZSŠ, tj. odklad lhůt či jejich úplné odpadnutí po třiceti dnech, je nutné, aby překážka vyvstala v době před započítáním prezentační nebo protestační lhůty anebo během nich. Překážka se přitom může objevit až v poslední den příslušné lhůty a majitel z ní bude profitovat i tehdy, pokud by prezentaci nebo protestaci stejně již vlastně ani nestihnul.

4.5 „SUBJEKTIVNÍ“ VYŠŠÍ MOC?

O vyšší moc podle směnečné úpravy půjde bez pochybností tehdy, jestliže se vyskytnou takové přírodní či sociální jevy bránící prezentaci či protestaci směnky, které se týkají širšího okruhu osob³² a jsou také obvykle veřejně známé: jde např. o povodně, zemětřesení, sněhové kalamity, požáry, železniční neštěstí, hromadné nehody, epidemie, stávkové blokády, teroristické útoky, válečné konflikty, válečné operace apod. ZSŠ výslovně udává za příklad směnečné vyšší moci i zákonné omezení některého státu³³.

Vyšší mocí však podle čl. I § 54 odst. 6 ZSŠ nejsou „skutečnosti, které se týkají toliko osoby majitele nebo toho, koho majitel pověřil předložit směnku nebo učinit protest“³⁴. Právě toto negativní vymezení působí výkladové obtíže.

Rozdíl mezi těmito čistě osobními skutečnostmi a věcnými překážkami totiž nebude v některých případech jednoznačný. Tyto nejasnosti můžeme demonstrovat na již avizovaném příkladu onemocnění majitele směnky či pověřeného předkladatele. Ani těžké a náhlé onemocnění, které svou rychlostí vzalo majiteli možnost vyhledat alespoň zástupce pro příslušný zachovávací úkon, nebude podle mechanického výkladu považováno za směnečnou vyšší moc, neboť se bude týkat „toliko osoby majitele“³⁵. Pokud ale nemoc postihne větší okruh osob, půjde o epidemii, tedy o překážku s charakterem směnečné vyšší moci s dilaturními a později i remisorními účinky. Těžká ne-

hoda vyvolaná srážkou s divokým zvířetem nemá být směnečnou vyšší mocí, protože zasáhla pouze osobu majitele, přitom stejně neodvratitelné, náhodné a nezaviněné neštěstí uprostřed velké řetězové nehody na dálnici již *vis major* ve směnečném právu bude. Takový závěr může být po právu považován za hodnotově rozporný a nepřijatelný³⁶.

Dle názoru autora je proto namísto velmi uměřený výklad „okolností, které se týkají toliko osoby majitele nebo toho, koho majitel pověřil“ výkonem příslušných směnečných oprávnění, když akcent budeme klást na slůvko „toliko“ obsažené v šestém odstavci. Nemoc či nehoda majitele nebo osoby pověřené prezentací či protestem přitom může být při tomto restriktivním výkladu šestého odstavce považována za vyšší moc ve smyslu I čl. § 54 ZSŠ, neboť jde o překážky, které mohly postihnout i jiného potenciálního majitele. I zdánlivě osobní skutečnosti tak mohou být vyšší mocí, pokud mohly objektivně postihnout každou jinou osobu – příkladem může být zranění způsobené pádem střešní tašky na chodník či zásah bleskem³⁷.

Bariérou čistě osobní povahy, tj. překážkou týkající se „toliko osoby“, by podle tohoto přístupu byla pouze taková překážka, která vznikla výhradně vlivem příslušné osoby a v důsledku jejích specifických poměrů. Tak by navíc bylo možno exemplárně rozlišit ty situace, u nichž zdrojem překážky byla skutečně konkrétní osoba (nehoda zaviněná opilostí majitele, sebepoškození), a případy, kdy jsou za diskvalifikační vnější neovlivnitelné okolnosti (které tím pádem jsou směnečnou vyšší mocí). Přijmout přitom musíme důkazní obtíže, které tento sofistikovanější a „subjektivistický“ přístup nutně vyvolá³⁸. Uvedený názor sice nelze označit za většinový, z mnoha důvodů bychom mu však měli dát přednost.

Pro uvedené subjektivní pojetí lze argumentovat i pomocí historického výkladu, tj. interpretací, u kterých zohledňujeme okolnosti vzniku příslušné normy³⁹. Jak již bylo uvedeno, byl předobrazem aktuální úpra-

³² Právě skutečnost, že překážka se týká více osob, je jednou z relativně bezpečných indicií potvrzujících závěr, že jde o směnečnou vyšší moc.

³³ Tím se ZSŠ odlišuje od původního „haagského“ znění nebo ust. § 100 zákona č. 1/1928 Sb. z a n. Díky čl. I § 54 odst. 1 ZSŠ tak již nemusíme stejný závěr dovozovat výkladem.

³⁴ K bližším důvodům této výjimky viz MEYER, F.: Der Entwurf eines einheitlichen Wechselgesetzes nebst Begründung, Lipsko, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung 1909, s. 52.

³⁵ K tomu dospívá, ovšem bez jakéhokoliv odůvodnění, např. ŠIKL, H.: Soustavné výklady na právo směnečné, Praha, Česká akademie věd a umění 1927.

³⁶ KOTÁSEK, J.: Nad směnečným právem. Komentář k čl. I zákona směnečného a šekového, Obchodní právo č. 8/2003.

³⁷ ROUČEK, F.: Československý zákon směnečný, Praha, Československý kompas 1928, s. 381. Opačně KOVAŘÍK, Z.: Směnka a šek v České republice, 4. vydání, Praha. C. H. Beck 2001, s. 256.

³⁸ O tomto samozřejmém důsledku platí bezesbýtku Randovo konstatování věnované vyšší moci obecně: *Nesmí nás odstrašiti okolnost, že řešení jest často choulostivé, že přes vše hloubání zbývají v mnohých případech pochybnosti; rozhodnutí (jak i v jiných případech) zůstávají se tu volnému, bedlivému uvážení soudcovskému* (RANDA, A.: O významu vyšší moci v právu rakouském, Právník, č. 5/1913, s. 151).

³⁹ Oprávněné výhrady, které jsou namítány vůči historickému výkladu (za všechny srov. KNAPP, V.: Teorie práva, Plzeň, ZČU 1994, s. 86 nebo LORENZ, K.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. vydání, Berlín, Springer Verlag 1969, s. 308–311), snad v daném případě oslabuje skutečnost, že výsledný text neschvalovalo laické osazenstvo některého z národních parlamentů, nýbrž odborné grémium haagské směnečné konference. Náš parlament při schvalování ZSŠ pouze mechanicky přejímal text vytvořený dříve.

vy v čl. I § 54 odst. 6 ZSS návrh Jednotného směnečného řádu zpracovaný na dvou haagských směnečných konferencích. V čl. 67 prvního návrhu se ještě uvádí „osobní skutečnosti“ („persönliche Tatsachen“, „faits personnels“). Naproti tomu druhý návrh z roku 1912 v čl. 53 odst. 6 již hovoří o „čistě osobních skutečnostech“ („rein persönliche Tatsachen“, „faits purement personnels“)⁴⁰. V současné dikci jde tedy o skutečnosti týkající se „toliko osoby“.

Otázka, zda tím byl sledován nějaký účel, může být zodpovězena kladně, a to nejen s využitím fikce racionálního zákonodárce. Z literatury vyplývá, že za doplněním slova „čistě“ byla snaha vyhovět Francii, jejíž zástupci navrhovali uznat také okolnosti, které se dotýkají pouze jednotlivce, za případy vyšší moci. Návrhu francouzských delegátů sice nebylo vyhověno, uvedený doplněk však alespoň zajišťuje, resp. má zajistit, že výklad omezujícího ustanovení zákona bude co možná nejvíce restriktivní⁴¹. Tedy i argument *e ratione legis*, tj. výklad podle známého nebo podle předpokládaného úmyslu či záměru zákonodárce, hovoří spíše pro uměřený výklad a *cum grano salis* více „subjektivizující“ pojetí směnečné vyšší moci⁴².

5. ZÁVĚR

K vymezení vyšší moci ve směnečném právu můžeme závěrem konstatovat, že v důsledku obrovské různosti

možných případů vyšší moci ponechal zákonodárce záměrně v právní úpravě řadu otevřených prvků. Bude na našich soudech, aby v této „otevřené textuře zákona“ našly rozumný kompromis mezi zájmy věřitele a dlužníka. Tyto zájmy jsou přítom následující: Na straně věřitele jde o snahu zachovat si postížení práva i přes (dočasné) nesplnění zachovávacích úkonů. Na straně postíženího dlužníka může být potom jediným legitimním zájmem⁴³ co možná nejrychlejší vyřešení otázky, zda bude ze směnky postihován jako nepřímý dlužník.

I z této konstelace zájmů – u vědomí toho, že na straně věřitele hrozí totální a nenahraditelná ztráta postíženích práv, zatímco na straně dlužníka pouze dočasná nejistota ohledně případného regresu – je zřejmé, že přednost bychom měli dát restriktivnímu výkladu šestého odstavce rozebíraného ustanovení. Nic by se přitom nemuselo ztratit na přísnosti, se kterou zákon vyžaduje od majitele směnky, aby v krátké lhůtě učinil vše pro realizaci zachovávacích úkonů. Reálně se však zohlední možnosti majitele tyto úkony skutečně provést. Zneužití vyšší moci ze strany směnečného věřitele také nebude příliš pravděpodobné, neboť důkazní břemeno o nastoupení překážky ponese – v situaci, kdy již formálně došlo ke ztrátě lhůt – právě majitel směnky.

⁴⁰ HERMANN-OTAVSKÝ, K.: Die höhere Gewalt im Wechselrechte nach dem Gesetze vom 30. November 1912, Vídeň, Manz Verlag 1913, s. 16 a 61..

⁴¹ ŠIKL, H.: Soustavné výklady na právo směnečné, Praha, Česká akademie věd a umění 1927, s. 223.

⁴² Díky tomuto subjektivnímu přístupu paradoxně směnečné vyšší moci ubíráme na „resortnosti“ a přibližujeme ji obecné koncepci vyšší moci.

⁴³ Snahu zbavit se odpovědnosti ze směnky vůbec (kterou má samozřejmě každý rozumný a ekonomicky uvažující účastník), nelze již vůbec považovat za oprávněnou. Trasant nebo indosant by toho měl primárně dosahovat příslušnou exonerační doložkou (srov. čl. I § 9 a § 15 odst. 1 ZSS) a nikoliv vyšší mocí, tj. vnější neovlivnitelnou okolností. Nemá-li být ze směnky účastník vůbec zavázán, nemá směnku podepisovat, event. má využít některé ze zprošťujících doložek, které mu zákon poskytuje.

Pohľad na vybrané aspekty ústavného systému Nórskeho kráľovstva

2. časť

Slavomír Rudenko*

V nadväznosti na prvú časť, venovanú najvyšším štátnym orgánom v nórskom ústavnom systéme, by som chcel poukázať na niektoré ďalšie vybrané aspekty, ktoré majú v systéme svoj osobitný význam a o ktorých možno zároveň tvrdiť, že ich opomenutím by sa snaha o celkový pohľad na nórsky ústavný systém stala podstatne zjednodušenou, nevystihujúc tak úplným spôsobom jeho realitu. Z dôvodu logického nadviazania na prvú časť príspevku, ukončení problematikou kreácie zákonodarného zboru, začínam túto druhú časť pohľadom na postavenie poslancov zákonodarného zboru, s ktorým súvisí existencia špecifického súdneho orgánu v nórskom ústavnom systéme, ktorým je Ríšsky súd.

POSTAVENIE POSLANCOV STORTINGU

Ústava Nórskeho kráľovstva nepozná inštitút poslancovej imunity v zmysle vyňatia poslanca spod jurisdikcie súdov, ak neexistuje súhlas zákonodarného zboru s trestným stíhaním. Pre trestné činy spáchané poslancami je príslušný Ríšsky súd (*Riksretten*), pričom rozhodnúť o obžalobe príslúcha podľa § 86 ústavy Odelstingu. V ostatných prípadoch možno poslanca Stortingu obžalovať ako ktoréhokoľvek iného nórskeho občana. To isté platí aj pre výkon trestu odňatia slobody v prípade vynesenia odsudzujúceho rozsudku. § 66 ústavy však v obmedzenom rozsahu priznáva poslancovi Stortingu ochranu pred obmedzením osobnej slobody počas cesty na zasadnutie Stortingu, počas zasadnutia, ako aj počas cesty späť zo zasadnutia do svojho bydliska. V tomto časovom rozpätí možno poslanca zadržať, len ak bol pristihnutý pri páchaní trestného činu.

Poslanca taktiež nemožno brať na zodpovednosť za jeho vyjadrenia uskutočnené počas rokovaní Stortingu, a to ani po skončení rokovania. Pojem „rokovanie“ tu zahŕňa napríklad aj prácu vo výboroch, nie však vyjadrenia poslancov mimo rokovacej siene, či na stretnutí poslancov klubu. Za vyjadrenia počas rokovaní Stortingu možno brať poslanca na zodpovednosť podľa § 38 Rokovacieho poriadku, ktorý uvádza, že

„nevhodné alebo urážlivé správanie alebo vyjadrovanie nie je prípustné.“ V takomto prípade je predseda parlamentu (*Stortingspresident*) po opakovanom upozornení oprávnený „len“ odňať poslancovi slovo alebo vykázať ho z rokovacej miestnosti. Či by bolo možné postupovať podľa § 86 (viď ďalej), je viac než sporné. Aj Najvyšší súd nechal v roku 1957 túto otázku otvorenú. Názory, že samotný § 66 možnosť, že by zasiahol Ríšsky súd, nevyklučuje, možno odmietnuť tvrdením, že ustanovenia o Ríšskom súde sú zaradené medzi ustanovenia o súdnej moci a nie medzi ustanovenia týkajúce sa Stortingu. Ak by bolo poslanca možné brať na zodpovednosť pred Ríšsky súd, bolo by i samotné ustanovenie § 66 o nestíhateľnosti za názory vyslovené v Stortingu nadbytočným pri ustanovení § 86.¹

RÍŠSKY SÚD (RIKSRETTEEN)

Súdna moc, ako tretia moc v systéme deľby moci, je v nórskej ústave založená na samostatnom a nezávislom postavení súdov. Jedinými súdmi, o ktorých sa zmiňuje ústava v časti nazvanej „o súdnej moci“ (časť D ústavy), sú Ríšsky súd a Najvyšší súd. Kým Ríšsky súd má svoje úplne špecifické funkcie, ustanovenia týkajúce sa Najvyššieho súdu ako najvyššej inštancie systému všeobecných súdov možno označiť za charakterizujúce pre postavenie súdov vo všeobecnosti.

Na vyvodzovanie trestnoprávnej zodpovednosti členov Štátnej rady, Najvyššieho súdu a Stortingu zriadila ústava osobitný súdny orgán, Ríšsky súd (*Riksretten*). V § 86 sa uvádza, že „Ríšsky súd rozhoduje v prvej a zároveň poslednej inštancii v konaniach, ktoré voči členom Štátnej rady, Najvyššieho súdu alebo Stortingu inicioval Odelsting z dôvodu spáchania trestného činu niektorou z týchto osôb, a to takého trestného činu, ktorý súvisí s ich postavením ako ústavných činiteľov“. Pre možnosť podať obžalobu pred Ríšskym súdom nemožno pripustiť kratšiu premlčaciu lehotu ako 15 rokov. Práve posúdenie otázky, či spáchaný trestný čin má súvislosť s postavením osoby ako ústavného činiteľa, sa v praxi javí ako najzložitejšie.

Spôsob obsadenia súdu je pomerne zložitý, vo všeo-

* Mgr. Slavomír Rudenko, absolvent Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave a externý spolupracovník Katedry právnych dejín PF UK

¹ Podľa: JOHS. ANDENÆS in: „Statsforfatningen i Norge. Universitetsforlaget, Oslo, 2000“, str. 120.

becnosti však možno povedať, že Ríšsky súd sa skladá zo sudcov Najvyššieho súdu a spravidla dvojnásobného počtu členov Lagtingu. Na vynesení rozsudku sa zúčastňuje 5 sudcov Najvyššieho súdu a 10 členov Lagtingu, ktorí sa určujú losom. Takéto zloženie vychádza z myšlienky spojenia najvyššej súdnej autority s najvyššou politickou autoritou. Platí, že sudcami Ríšskeho súdu sú všetci stáli členovia Lagtingu a za stálych členov vymenovaní sudcovia Najvyššieho súdu. Predsedníctvo patrí prezidentovi Lagtingu. Člen Lagtingu, ktorý je sudcom Ríšskeho súdu, zostáva až do skončenia konkrétnej rozhodovanej veci vo svojej funkcii bez ohľadu na skončenie svojho poslaneckého mandátu. Ak by však prestal byť poslancom Stortingu z iného dôvodu, odstupuje aj z funkcie sudcu Ríšskeho súdu. To isté platí aj pre sudcu, ktorý prestal byť sudcom Najvyššieho súdu.

Napriek všeobecnej opodstatnenosti existencie Ríšskeho súdu v ústavnom systéme možno tvrdiť, že Ríšsky súd v súčasnosti stratil rozhodujúci rozmer svojho praktického významu.² Na druhej strane právo Odelstingu na vznesenie obžaloby a tým aktivizovanie Ríšskeho súdu tak, ako to predpokladá ústava, zostáva v plnej miere zachované, ak by sa Odelsting rozhodol toto právo kedykoľvek nanovo uplatniť.

To, že Ríšsky súd stratil svoj praktický význam, je jedným z dôsledkov uplatňovania zásad parlamentarizmu v nórskom ústavnom systéme. Zodpovedajúc systému vytvorenému ústavou v roku 1814 bol výrok Ríšskeho súdu takpovediac jediným účinným prostriedkom na pozbavenie úradu ministra, ktorého odmietol odvolať panovník. I v roku 1884, ktorý vstúpil do dejín nórskej konštitucionalistiky ako rok presadenia sa zásad parlamentarizmu vo vzájomných vzťahoch najvyšších štátnych orgánov³, zohral Ríšsky súd rozhodujúcu úlohu, keď panovník, podrobil sa jeho výroku proti ministrovi Selmerovi, vymenoval vládu na čele s Johanom Sverdrupom, ktorá mala podporu parlamentnej väčšiny. Parlamentarizmus dal Stortingu možnosť vysloviť nedôveru vláde alebo jej jednotlivému členovi, čím v praktickej rovine dodal Stortingu mechanizmus, ktorý dovtedy poskytovala len inštitúcia Ríšskeho súdu. Parlamentná zodpovednosť tak v rozhodujúcej miere nahradila zodpovednosť ústavnú. Ako tvrdí Bjorn Berg: „Inštitút Ríšskeho súdu je anachronizmom. Prežil časy svojej najväčšej slávy a nepochybne splnil svoju historickú úlohu. V súčasnosti sa však nejví nevyhnutným, ale skôr nepoužiteľným.“⁴ Ríšsky súd možno síce vnímať ako účinný nástroj proti porušeniu ústavy zo strany vlády, nemožno mu však uprieť zjavný nedostatok zodpovedajúcej ochrany voči

expanzívnym tendenciám ostatných štátnych orgánov, predovšetkým Stortingu, čo je dané jeho postavením pri kreácii Ríšskeho súdu.

ĽUDSKÉ PRÁVA V TEXTE ÚSTAVY

Hoci na základe svojho francúzskeho a amerického ústavného vzoru sa aj pri zrode Ústavy Nórskeho kráľovstva v niektorých jej navrhovaných verziách uvažovalo s osobitným výpočtom ľudských práv v rámci samostatnej slávnostnej deklarácie ľudských práv, komplexný systém, zabezpečujúci ochranu jednotlivca voči zásahom zo strany štátnej moci, vo výslednom texte ústavy napokon obsiahnutý nebol. Ochrana ľudských práv sa stala súčasťou časti E ústavy, teda jej tzv. všeobecných ustanovení.

Zo súčasného pohľadu sa môže zdať výber jednotlivých aspektov ochrany jednotlivca, zvolený tvorcami ústavy, nedôsledný, ba dokonca pomerne náhodný. Výpočet ľudských práv, ktorým ústava v časti E venuje osobitnú pozornosť, by bolo možné zhrnúť nasledovne:

1. právo na osobnú slobodu;
2. právo na spravodlivý súdny proces;
3. sloboda prejavu a sloboda tlače;
4. občianska rovnosť;
5. ochrana súkromného vlastníctva;
6. nedotknuteľnosť obydlia;
7. sloboda podnikania;
8. právo na prácu;
9. právo na ochranu životného prostredia;
10. práva etnickej skupiny Sámov;
11. nezávislosť cirkvi a náboženských spoločností.

Mnohé z ustanovení majú len svoj historický význam (ako napr. zákaz priznávania dedičných privilégií, zriaďovania nových grófstiev, barónstiev, dedičných šľachtických sídiel a fideikomisov), naproti tomu iné boli do textu ústavy zahrnuté až neskôr (právo na prácu, právo na ochranu životného prostredia) alebo dokonca len veľmi nedávno (ako v prípade práv etnickej skupiny Sámov). Osobitný charakter má ustanovenie § 110 c, ktoré sa súčasťou nórskej ústavy stalo v roku 1994, a ktoré je výrazom medzinárodnoprávnej ochrany ľudských práv. Podľa neho „je povinnosťou štátnych orgánov rešpektovať a ochraňovať ľudské práva“. Podrobnejšie pravidlá o plnení záväzkov vyplý-

² Od rokov 1926–1927, keď sa obžaloba pred Ríšskym súdom týkala ministra Bergeho, táto inštitúcia spočíva. Všeobecne v jej dejinách ani raz nedošlo k podaniu obžaloby voči poslancovi Stortingu, či sudcovi Najvyššieho súdu, ale výlučne sa uplatnili obžaloby voči členom Štátnej rady, vrátane ministerského predsedu.

³ Podrobný výklad o uplatňovaní zásad parlamentarizmu v Nórsku podáva Per Stavang v článku „Parlamentarismen i Noreg.“ (in: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1976, str. 423–463).

⁴ BJØRN O. BERG: „Riksretten – en anakronisme?“, in: Makt uten ansvar? – artikkelsamlingen (red. Eivind Smith), 1997, str. 65–168.

vajících z mezinárodných zmlúv o ľudských právach prenecháva na osobitný zákon. Hoci má ustanovenie len istým spôsobom deklaratórnu formu, nepochybne plní zastrešujúcu funkciu na jednej strane vo vzťahu k jednotlivým ľudským právam, obsiahnutým vo všeobecných ustanoveniach, na strane druhej k tým ľudským právam, ktoré sice v ústave obsiahnuté nie sú, avšak ich ochrana je zabezpečená prostredníctvom záväzkov, vyplývajúcich z mezinárodných dohovorov o ľudských právach, ku ktorým Nórsko pristúpilo.

Mnohé moderné ústavy, obsahujúce podrobný a prepracovaný „katalóg ľudských práv“, ako napríklad Základný zákon SRN z roku 1949, zúročujú predovšetkým historické skúsenosti a potrebu medzinárodnej ochrany ľudských práv. Pri porovnaní so Švédskom, ktorého ústava po revízii zo 70. rokov 20. storočia taktiež obsahuje rozsiahlu deklaráciu ľudských práv, možno v prípade Nórska opäť naraziť na už spomínaný fenomén ústavného konzervatizmu. Ochrana ľudských práv tak v praktickej rovine nie je ničím iným ako výsledkom všeobecného akceptovania sociálnych, kultúrnych, politických a v neposlednom rade morálnych a etických hodnôt uznávaných spoločnosťou. Ide o výnimočný príklad toho, ako aj bez výslovného a komplexného zakotvenia ľudských práv v základnom právnom dokumente štátu nemusí o rešpektovaní ľudských práv vzniknúť najmenšia pochybnosť. Práve naopak, ani tá najprepracovanejšia a najdokonalejšia deklarácia ľudských práv sama o sebe ešte nezaručí garancie, že ľudské práva budú skutočne dodržiavané a rešpektované.

PRENOS PRÁVOMOCÍ NA MEDZINÁRODNÚ ORGANIZÁCIU PODĽA § 93 ÚSTAVY

Ak si to vyžaduje udržanie medzinárodného mieru a bezpečnosti alebo podpora pravidiel medzinárodného práva a medzinárodnej spolupráce, umožňuje § 93 Stortingu vysloviť 3/4-väčšinou hlasov súhlas s prenesením výkonu častí práv, ktorých vykonávanie inak podľa ústavy prislúcha výlučne štátnym orgánom, na medzinárodnú organizáciu, ktorej je Nórsko členom alebo ktorej členom sa má stať, s výnimkou oprávnenia meniť ústavu. Podobne ako pri hlasovaní o zmene ústavy musí byť pri vyslovení súhlasu prítomná najmenej 2/3-väčšina všetkých poslancov Stortingu.

V prípade vstupu do medzinárodnej organizácie alebo iného združenia štátov, ktorého rozhodnutia majú na Nórsko len výlučne medzinárodnoprávne účinky, sa ustanovenia § 93 nepoužijú, ale aplikuje sa bežný postup súvisiaci s ratifikáciou medzinárodných zmlúv. Tak tomu bolo napríklad v prípade vzniku nórskeho členstva v OSN, vstupu krajiny do iných medzinárodných orgánov a organizácií, ako aj v rámci všetkých foriem kooperácie v oblasti medzinárodnej hospodárskej spolupráce.

Naopak, § 93 bol v praxi použitý zatiaľ jediný raz, a to pri pristúpení Nórska k Európskemu hospodárskemu priestoru (vytvorenému na základe zmluvy medzi členskými štátmi ES/EÚ a štátmi Európskej zóny voľného obchodu/EFTA – Nórskom, Islandom a Lichtenštajnskom) v roku 1992. Hoci prevažná väčšina rozhodnutí prijímaná v rámci tohto zoskupenia má len medzinárodnoprávnu povahu, v jednotlivých prípadoch sa priamo dotýka aj postavenia nórskeho občana. Taktiež § 1 Zákona č. 109 z 27. novembra 1992 o vykonaní Zmluvy o EHP uviedol, že väčšina ustanovení zmluvy sa stane súčasťou vnútroštátneho právneho poriadku.

Paragraf 93 ohraničuje možnosť prenosu výkonu práv na medzinárodnú organizáciu tým, že nepripúšťa prenos práva na zmenu samotnej ústavy. Všetko nasvedčuje tomu, že takéto obmedzenie je nevyhnutné vnímať v širších súvislostiach, teda nielen ako obmedzenie priamych ústavných zmien, ale aj ako obmedzenie opatrení, ktoré by aj bez zmeny ústavy mohli mať za následok porušenie práv priznaných občanom. Mohlo by ísť napríklad o porušenie zásady zákazu retroaktivity zákonov (§ 97), slobody tlače (§ 100), či práva na úplnú náhradu v prípade vyvlastnenia (§ 105).

OBMEDZENIA ZMENY ÚSTAVY

§ 112 obsahuje formálne a materiálne obmedzenia zmeny ústavy. Návrhy na zmenu ústavy možno podľa neho podať na niektorom z prvých troch zasadnutí Stortingu, to znamená v prvých troch rokoch príslušného štvorročného volebného obdobia Stortingu. To isté platí aj pre schvaľovanie návrhov. V praxi dochádza najčastejšie tak k návrhom, ako aj k ich schvaľovaniu v treťom roku príslušného volebného obdobia. Návrhy sa síce musia zverejniť, ale prejednávajú sa až po zideaní sa novozvoleného Stortingu. Ten návrh buď v zmenenej podobe schváli alebo ho ako celok zamietne. Toto pravidlo sa uplatňuje až natoľko striktné, že sa neumožňujú ani čisto formálne zmeny v už podanom návrhu, preto sa návrh často podáva vo viacerých alternatívach. Na prijatie návrhu na zmenu ústavy je potrebná 2/3-väčšina hlasov (ústavná väčšina) za prítomnosti najmenej 2/3 všetkých poslancov Stortingu, ktorý v takomto prípade zasadá v pléne.

Ústava ako formálny prameň práva s najvyššou právnou silou má byť aspoň relatívne nemenným aktom, a preto sa má čo-možno najlepšie predísť urýchleným rozhodnutiam. To odôvodňuje práve zložitejší mechanizmus prijímania jej zmien. Účelom formálneho obmedzenia je tiež možnosť voličov zaujať stanovisko k navrhovanej novelizácii skôr, ako sa o nej s konečnou platnosťou rozhodne. V praxi však predložené návrhy na zmenu ústavy zohrávajú v rámci volebnej kampane významnejšiu úlohu len veľmi zriedkavo.

Pokiaľ ide o obsah návrhov, teda materiálne podmienky pre zmenu ústavy, § 112 ustanovuje, že „zmena

ústavy nesmie odporovať základným princípom, na ktorých je ústava vybudovaná, ale má byť len takou modifikáciou v jej jednotlivých ustanoveniach, ktorou sa nenaruší samotný duch ústavy“. Otázkou, čo treba považovať za základný princíp, resp. ducha ústavy, nemožno zrejme zodpovedať s konečnou platnosťou. Kým v roku 1814 by snaha o odstránenie monarchie a nastolenie republiky bola nepochybne považovaná za zásah do základných ústavných princípov, v súčasnosti, keď osobná moc panovníka stratila svoj pôvodný význam, by sa na podobné snahy muselo hľadieť inak. Taktiež systém štátnej cirkvi, zakotvený v §§ 2, 4 a 16, patril v roku 1814 nesporne k základným princípom ústavy, dnes by sa však sotva našiel niekto, kto by sa domnieval, že prípadnej odluke cirkvi od štátu by stálo v ceste ustanovenie § 112.

Schválená zmena ústavy nadobúda účinnosť okamžite, teda ešte pred svojím uverejnením. Ústavný akt podpisujú prezident a tajomník Stortingu, úloha panovníka sa obmedzuje len na jeho vyhlásenie.

Napriek tomu, že podmienky pre zmenu ústavy sú stanovené pomerne prísne, viac ako polovica z pôvodných 112 paragrafov bola od prijatia ústavy v roku 1814 najmenej raz novelizovaná, odhliadnuc od mimoriadnych ústavných revízií v jeseni 1814 a v jeseni 1905. Väčšina zmien sa však skutočne, v súlade s požiadavkou v § 112, týkala len detailných modifikácií. Ťažiskové ustanovenia, týkajúce sa vzájomných vzťahov medzi panovníkom, vládou a Stortingom zostali takmer nedotknuté, napriek tomu, že už dávnejšie s reálne existujúcimi vzťahmi v štáte prestali korešpondovať. Proti plánom na celkovú revíziu ústavy tak aspoň doteraz vždy zvíťazil tradičný nórsky ústavný konzervativizmus pochádzajúci ešte z čias únie.

§ 112 zahŕňa nevyhnutne nielen možnosť zmeny ústavy, ale napokon aj doplnenie ústavy, či pripustenie výnimky z určitého ustanovenia ústavy v konkrétnom prípade. Zaujímavou sa javí otázka, komu patrí právo zákonodarnej iniciatívy v prípade zmien ústavy. Samotná ústava v tejto otázke neponúka riešenie. Na základe analógie k § 76 týkajúceho sa „bežných“ zákonov, prislúcha zákonodarná iniciatíva panovníkovi, v praxi teda vláde, a každému členovi Stortingu. Keďže o zmene ústavy sa rokujú v pléne Stortingu, nemožno zákonodarnú iniciatívu k nej obmedziť, podobne ako v prípade zákonov, len na členov Odelstingu. Kým však v prípade zákonov platí, že v praxi takmer výlučne prevládajú vládne návrhy, návrhy na zmenu ústavy pochádzajú najčastejšie od jedného alebo spoločne od niekoľkých členov Stortingu. Tieto sú často podávané bez bližšieho odôvodnenia a spôsobujú situáciu, že Storting sa dostáva do zložitejšieho postavenia, ak má na základe predložených podkladov zaujať

stanovisko k návrhu na zmenu ústavy, ako je tomu v prípade návrhov zákonov.

PRÁVO ÚSTAVNEJ NÚDZE (KONSTITUSJONELL NØDRETT)

V nórskeho ústavných dejinách po roku 1814 došlo dvakrát k výnimočnej situácii, ktorá prispela k tomu, že zmena ústavy sa uskutočnila bez splnenia podmienok ustanovených v § 112. Nórska teória štátneho práva hovorí o tzv. „práve ústavnej núdze“ (*konstitusjonell nødrett*).⁵ Konanie, ktoré by za normálnych okolností bolo v rozpore s ústavou, robí stav núdze v danej situácii jediným možným, a preto oprávneným. Po prvýkrát sa tak stalo v roku 1814, keď bolo potrebné ústavu prispôsobiť vstupu Nórska do únie so Švédskom, po druhýkrát ju bolo v roku 1905 potrebné opäť prispôsobiť spoločenským vzťahom vzniknutým po rozpade únie. V oboch prípadoch boli nevyhnutné zmeny v ústave prijaté v Stortingu bežným plenárnym postupom. Najvýraznejším prejavom práva ústavnej núdze boli roky okupácie počas 2. svetovej vojny. Od rozpustenia Stortingu v apríli 1940 až do skončenia vojny vystupovali panovník a vláda, aj tí však len z dočasného exilu v Londýne, ako jediní legitímni reprezentanti štátnej moci. Veľká časť textu ústavy sa tak na niekoľko rokov ocitla akoby mimo účinnosti, predovšetkým však celá jej tretia časť, týkajúca sa zákonodarnej moci, ale aj mnohé ďalšie ustanovenia, ako napríklad § 11, podľa ktorého sa panovník nesmie bez súhlasu Stortingu zdržiavať mimo hraníc štátu dlhšie ako 6 mesiacov, a podobne.

Je potrebné zdôrazniť, že princíp práva ústavnej núdze nemožno výslovne vyvodiť zo žiadneho ustanovenia ústavy, a treba ho preto vnímať z pohľadu prirodzeného, zároveň však v podstatnej miere rozširujúceho výkladu ústavy. Keďže by bolo nanešťastie zložitý ustanoviť všeobecne, nakoľko naliehavý musí byť stav núdze, aby došlo k aktivizovaniu tohto právneho inštitútu, je účelné stotožniť sa s názorom, že táto otázka bude závisieť vždy a výlučne od posúdenia konkrétnej situácie.⁶ Naopak, v zložitejšej situácii, v akej sa krajina ocitla napr. v priebehu 2. svetovej vojny, keď činnosť Stortingu bola na niekoľko rokov paralyzovaná, nie je však opodstatnené požadovať ani vysvetlenie nevyhnutnosti každého jednotlivého opatrenia, ktoré exilová vláda vykonala mimo rámca pôsobnosti, ktorý jej vymedzuje právny poriadok.

Čiastkovú úpravu tejto problematiky priniesol v roku 1950 Zákon o osobitných opatreniach v čase vojny, vojnovnej pohotovosti a podobných situáciách (Zákon č. 7 z 15. decembra 1950, nazývaný aj

⁵ Pozornosť tejto problematike venovali medzi inými TORSEL OPSAHL a PER STAVANG (in: „Knophs oversikt over Norges rett. Universitetsforlaget, Oslo, 1998“), JOHS. ANDENÆS (in: „Statsforfatningen i Norge. Universitetsforlaget, Oslo, 2000“), či KNUT MYKLAND (in: „Norges grunnlov i 175 r. Gyldendal, Oslo, 1989“).

⁶ Tak, ako to tvrdia mnohí teoretici, medzi nimi predovšetkým JOHS. ANDENÆS, TORSEL OPSAHL a PER STAVANG (v dielach citovaných vyššie), či Frede Castberg (in: „Norges Statsforfatning. Universitetsforlaget, Oslo, 1964“).

skrátene „pohotovostný zákon“ – „beredskapsloven“). Zákon dáva panovníkovi osobitné splnomocnenie pre obdobie vojnových a krízových situácií. § 1 zákona ustanovuje: „Ak je z dôvodu vojny Storting pozbavený výkonu svojich právomocí, prislúcha kráľovi uskutočniť všetky potrebné opatrenia, ktoré si vyžaduje zachovanie záujmov štátu v období vojny, ako aj všetky také opatrenia, ktoré majú umožniť opätovné nastolenie mierových pomerov.“ § 3 dáva panovníkovi osobitnú plnú moc, „ak je krajina vo vojnovom stave, vojnový stav bezprostredne hrozí, alebo ak je nezávislosť alebo bezpečnosť krajiny inak ohrozená.“ Ak je to nevyhnutné, môžu sa rozhodnutia panovníka odchyliť od platného práva. Všetky opatrenia, ktoré panovník uskutoční, je nevyhnutné bezodkladne oznámiť Stortingu, a ak tento nezasadá, má byť bezodkladne zvolaný. § 5 zákona dáva následne panovníkovi možnosť delegovať časť jemu zverenej právomoci správnym orgánom na miestnej úrovni. Je zrejmé, že možnosti, ktoré hlave štátu (V zmysle skôr uvedeného bude opätovne potrebné vychádzať z toho, že spomínané právomoci bude panovník realizovať v rámci Štátnej rady, tak, ako ich v priebehu 2. svetovej vojny vykonávala exilová vláda v Londýne za spoluúčasti panovníka. Je odôvodnené predpokladať, že zákon prijatý bezprostredne po skončení 2. svetovej vojny bol len normatívnym potvrdením praxe nórskeho exilových orgánov, postupujúcich v tom čase na základe nepísaných obyčajových pravidiel. – pozn.) zveruje zákon, by panovník v mierne modifikovanej podobe mohol využiť aj s odvolaním sa na právo ústavnej núdze. Účelom zákona je však utvoriť dostatočne široký rámec pôsobnosti a rozptýliť obavy a pochybnosti, ktoré sa nesporné môžu vyskytnúť pri uplatňovaní práva ústavnej núdze na báze nepísaného, obyčajového pravidla, v súvislosti s jeho možným zneužitím.

PROBLEMATIKA VÝKLADU ÚSTAVY

Pri výklade ustanovení Ústavy Nórskeho kráľovstva sa možno stretnúť so špecifickým, avšak pomerne pochopiteľným problémom, ktorým je jazyk použitý tvorcami ústavy. Rozdiely medzi jazykom zaužívaným v čase vzniku ústavy a jazykom používaným v súčasnosti spôsobujú, že mnohé výrazy, ktoré platný ústavný text obsahuje v nezmenenej podobe od svojho vzniku, nemožno vykladať rovnakým spôsobom ako kedysi. Na túto skutočnosť je potrebné brať zreteľ pri pomerne veľkom počte ustanovení. Významnú úlohu v tejto súvislosti zohrávajú nepochybne zmenené spoločenské vzťahy, prípadne iné objektívne skutočnosti.

Ak ústava pôvodne používala pojem „nórski občania“ („norske Borgere“), napríklad pri úprave volebného práva, mala tým v daných spoločenských podmienkach v podstate pochopiteľne na mysl len príslušníkov mužského pohlavia. V súčasnosti je pri použití tohto pojmu zrejmé, že jeho cieľom je zahrnúť tak ženy, ako aj mužov. Vo svetle uvedeného je však pochopiteľné, prečo ústava na niektorých miestach (napr. v § 50) za pojmom „nórski občania“ uvádza dodatok „muži a ženy“ („norske Borgere, Mænd og Kvinder“).⁷

Dalším špecifickým momentom je, že tvorcovia ústavy v čase jej vzniku určité skutočnosti nepredvídali, resp. mnohé ďalšie ani pri svojej najlepšej vôli predvídať nemohli. Medzi výkladovými pravidlami tak zastáva pomerne významnú úlohu rozširujúci alebo analogický výklad. Bude však vhodnejšie uviesť na tomto mieste niekoľko konkrétnych príkladov. Ak ústava v § 25 uvádza, že panovník je najvyšším veliteľom „pozemných a námorných“ ozbrojených síl štátu, musí to isté platiť aj pre ozbrojené sily letectva, práve preto, že autori ústavy mohli s touto možnosťou počítať pravdepodobne len veľmi teoreticky. Návrh na doplnenie textu § 25 bol však Stortingom zamietnutý s odôvodnením, že je zbytočný. Storting sa obával toho, že ak by sa malo do ústavy zasahovať vždy, keď formulácia neúplným spôsobom vystihuje súčasnú realitu, mohlo by to viesť k „nezdravému“ precedensu vykladania ústavy striktnie doslovne. Podobným príkladom je ustanovenie § 105, ktoré priznáva vlastníčkovi veci (a to hnutelnej i nehnuteľnej) právo na úplnú náhradu v prípade vyvlastnenia. Použijúc analógiu by sa však malo podobne postupovať aj vtedy, ak ide o užívacie právo oprávnenej osoby.

Je nepochybné, že ústava má vo vzťahu k ostatným zákonom postavenie *lex superior* a uskutočniť zmenu v nej je z tohto dôvodu pomerne zložitá a časovo náročná. I ustanovenie § 112 o mechanizme prijímania zmien v ústavnom texte plne vystihuje takýto charakter ústavy. To, že sa prispôbovanie ústavy súčasným potrebám deje skôr prostredníctvom výkladu a uplatňovania ústavných zvyklostí na úkor zásahov do jej písaného textu, možno však v rozhodujúcej miere pripísať už niekoľkokrát spomínanej špecifickej nórskej tradícii vo vzťahu k nemennosti písaného textu ústavy – tzv. nórskeho ústavnému konzervatizmu. Výstižným v tomto smere je názor významného nórskeho právneho teoretika Torkela Opsahla, ktorý tvrdí, že „u tých istých ľudí možno sledovať obrovský konzervatizmus vo vzťahu k zmenám, súčasne však o to väčší liberalizmus vo vzťahu k výkladom.“⁸ Pri príležitosti 175. výročia prijatia ústavy sa v roku 1989 rozprúdila pomerne široká teoretická diskusia o všeobecnej revii

⁷ Za príklad zvolený § 50 uvádza: „Stemmerettigede ere de norske Borgere, Mænd og Kvinder, som senest i det Aar Valgthinget holdes have fyldt 18 Aar.“ Pre porovnanie možno použiť znenie § 12 o obsadzovaní miest v Štátnej rade, ktoré znie: „Kongen velger selv et Raad af stemmerettigede norske Borgere.“ V zmysle uvedeného mal teda formulačný rozdiel svoj nepochybný cieľ a zmysel (v prvom prípade priznanie všeobecného volebného práva pre všetkých občanov, v druhom prípade však obsadzovanie verejných funkcií len príslušníkmi mužského pohlavia). Pozn. autora.

⁸ Podľa: JOHS. ANDENÆS in: „Statsforfatningen i Norge. Universitetsforlaget, Oslo, 2000“, str. 13.

zii ústavy. Cieľom malo byť zosúladienie ústavy so súčasnými ústavnoprávnymi vzťahmi tak reálne, ako aj formálne. Možno tvrdiť, že tieto snahy nenašli v Stortingu výraznejšiu odozvu.⁹

Z historického hľadiska je príznačné, že s ústavným konzervativizmom sa možno stretnúť už v prvých rokoch existencie ústavy, keď sa táto stratégia stala spôsobom ochrany voči osobnej moci švédskemu panovníka v spoločnej monarchii. Ústava bola považovaná za významný národný symbol, ktorý má Storting za každú cenu ochraňovať pred zásahmi panovníka. Nadobudla tak významnú silu národnej hrdosti, a spoločne so samostatným nórskeho parlamentom a vlastnou nórskou univerzitou sa v rámci spoločnej monarchie stala základným kameňom nórskej národnej identity. Azda práve historický moment možno považovať za rozhodujúci pre istým spôsobom pateticky vyznievajúcu nedotknuteľnosť ústavy. Všeobecný výraz úcty k ústave dokumentuje mimo iného aj to, že všetky zmeny a doplnenia ústavy sa formulujú v jazykovej forme, ktorá sa používala v roku 1814, teda v roku prijatia ústavy. Od tohto roku však došlo k 6 rozsiahlym jazykovým reformám, ktoré podstatne zmenili charakter nórskeho jazyka v jeho písanej podobe.¹⁰

ZÁVEROM

Ústavu Nórskeho kráľovstva, dokument tvoriaci základ celého nórskeho štátoprávneho systému, je vo svetle uvedeného nevyhnutné vnímať v historických a spoločenských podmienkach, v ktorých v roku 1814 vznikla, ako aj to, že jej konečná verzia sa tvorila ako výsledok rozsiahlych kompromisov. Je síce základným zákonom štátu, chápať ju však ako čosi nadčasové a absolútne nemenné by asi tiež celkom neobstálo. Názor, ktorý v období medzi dvoma svetovými vojnami vyjadril poslanec Stortingu Henrik Ameln, že „*nórsky písaný ústavný systém, to znamená v prvom rade ústava, dáva vo svojom znení asi taký prehľad o systéme reálne uplatňovanom v štáte ako príručka o plachtňiaciach pre niekoho, kto sa chce oboznámiť s fungovaním motorového plavidla*“¹¹, možno taktiež považovať za príliš jednostranne kritický. Časť pravdy však nepochybne má. Symbolický význam ústavy je v nórskom hodnotovom ponímaní veľmi dôležitý.

To isté možno napokon tvrdiť aj o dôvere a úcte

k monarchickej forme vlády. Možno si celkom oprávnene položiť otázku, ako je vôbec možné, že moderný štát na začiatku 21. storočia uskutočňuje formu vlády, ktorá je takpovediac „*múzejným exponátom*“? Odpoveď v prípade nórskej monarchie môže vyznieť vcelku jednoducho. Monarchistická forma vlády sa totiž nikdy nestala prekážkou celospoločenského rozvoja ani možnosti občanov zvoliť si vlastnú cestu politického smerovania. Nebola brzdou, ale naopak rámcom a predpokladom pre rozvoj demokracie. Všeobecný postoj k monarchii bolo podľa profesora politológie a teórie štátu Thomasa Chr. Wyllera možné vnímať v roku 1991, keď zomrel kráľ Olav V. Profesor Wyller tvrdí: „*Bol to úprimný žiaľ mnohých tisícov obyvateľov. Nebol to však len zármutok nad smrťou starého muža, ktorý nás navždy opustil, ale osobný žiaľ nad stratou niečoho, čo bolo pre mnohých vzácné. Sviečky na Zámokom námestí v Oslo sa mohli zdať patetické, sentimentálne. Sám seba sa však pýtam, či nemali symbolizovať čosi hlbšie: skutočné city v modernom svete? A možno ešte viac: v mnohých krajinách – možno ešte modernejších ako tá naša – dochádza k výmene hlavy štátu voľbami, prevratmi, ba dokonca revolúciami. Stáva sa, že pri tom umierajú aj ľudia. V Nórsku je však tomu inak. V tichosti a pokojne prevezme – nie moc, ale postavenie – nástupca. Systém ako taký sa rozhodujúcim spôsobom neoplyvnú. Práve naopak. Celkový význam monarchie nie je jednoduché popísať, osobné postavenie monarchu nie je jednoduché pochopiť. Viditeľnými by sa súvislosti stali snáď až v okamihu, keď by monarchia mala byť odstránená.*“¹²

Dôkladnejší pohľad na ústavný systém a reálne fungovanie Nórskej monarchie dáva uveriť tvrdeniu, že rozhodujúcou garanciou akéhokoľvek hodnotového systému nemusí byť nevyhnutne dokonale prepracovaný systém právnych pravidiel. Takýto právny systém síce dáva predpoklady stability, ak sa však existujúci systém dostane do otvoreného konfliktu so záujmami a ideálmi dominujúcej časti spoločnosti, nezabránia rozpadu systému ani tie najlepšie právne pravidlá. Jedinou efektívnou garanciou stability sa tak stáva predpoklad, že existujúci ústavný systém bude pôsobiť v harmonickom súlade s predstavou občanov štátu o spravodlivom a účelnom spôsobe vládnutia. Možno povedať, že v prípade Nórskeho kráľovstva to platí dvojnásobne.

⁹ K otázke všeobecnej revízie ústavy sa vo svojom článku vyjadruje najmä Torkel Opsahl (in: „*Trenger Norge en ny grunnlov? Lov og Rett, 1989*“, str. 451–464.). Názov článku v preklade znie: „*Potrebuje Nórsko novú ústavu?*“

¹⁰ V tejto súvislosti je nevyhnutné poznamenať nasledovné. V súčasnosti používaný nórsky jazyk má 2 kodifikované formy – rozšírenejší bokml, ktorý má svoj pôvod v dánskom jazyku, a nynorsk, ktorý je zjednotením západonórskeho dialektu v písomnej podobe. Vzhľadom na to, že forma nynorsk vznikla až po roku 1814, ústava bola napísaná v starej podobe formy bokml. Dnešná podoba bokml sa v zmysle nových jazykových a ortografických pravidiel odlišuje od tej, ktorá sa používala v roku 1814, pomerne podstatne. Pre ilustráciu na príklade použijem v poznámke č. 14 citované ustanovenie § 50, ktoré by v dnešnej podobe znelo takto: „*Stemmeberettiget er alle norske borgere, bde menn og kvinner, som senest i ret nr stortingsvalget holdes, har fylt 18 r.*“ Pozn. autora, opierajúc sa o : ERNST HIKON JAHR: „*Utsyn over norsk sprkhistorie etter 1814. Novus forlag, Oslo, 1994*“.

¹¹ Podľa: JOHS. ANDENÆS in: „*Statsforfatningen i Norge. Universitetsforlaget, Oslo, 2000*“, str. 21.

¹² THOMAS CHR. WYLLER, in: „*Det norske monarki. Nytt fra Norge, Oslo, 1998*“.

Teorie veřejného pořádku a kritéria jeho použití

Zdeněk Kapitán*

ÚVOD

Veřejný pořádek je fenoménem, který bývá často proklínán jako nechtěná, složitá a nepřehledná kategorie, jejíž znalost jakoby ani nepatřila k výbavě právníkova odborného uvažování. Druhou situací je jeho nadužívání, k němuž dochází tím, že je veřejný pořádek vnímán jako prostředek, jak se zbavit nepohodlného cizího práva v situaci, kdy jsme postaveni před nutnost se ve vztahu s mezinárodním prvkem obsahem cizího práva zabývat. Oba uvedené extrémy rozhodně nejsou žádoucí, protože první z nich je přinejmenším krátkozrakým alibismem, druhý je možná ještě nebezpečnější bláhovostí, která svědčí často o neprofesionalitě.

Tento příspěvek se pokouší bez nároku na vyčerpání materie nabídnout ucelenější pohled na systém veřejného pořádku s cílem zpřehlednit v první řadě jeho ne právě jednoduše pojímatelný obsah nabídnutím alternativy na první pohled nepřiliš jednotné terminologie a dále také zpřístupnit metodologickou stránku zacházení s ním.

Nutno podotknout, že předmětem rozboru v tomto příspěvku je pouze večený pořádek jako kategorie náležející svým zařazením do mezinárodního práva soukromého, nezabývá se proto veřejným pořádkem, jak je regulován veřejným právem, tedy s významem, jenž se dotýká bezpečnosti [např. § 2 písm. b) zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů či čl. 30 Smlouvy o založení ES (dále jen „SES“)].

1. DOGMATICKÉ ZÁKLADY VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

1.1. OBECNÝ OBSAH VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Některé státy upravují veřejný pořádek s akcentem na jeho právní stránku s tím, že předmětem veřejné-

ho pořádku jsou podstatné zásady práva (Německo), základní hodnocení tuzemského právního řádu (Rakousko), základní zásady právního řádu (Polsko), účel tuzemského zákona (Německo do novely EGBGB roku 1986). Někdy do jeho rámce zahrnují například zásady společenského zřízení (Česká republika, Albánie), či dobré mravy (Itálie, Řecko, Japonsko). Dobré mravy jsou někdy chráněny kvalitativně rovnocenným způsobem jako veřejný pořádek, a to jako samostatná kategorie, stojící vedle něj (Francie, Německo do roku 1986).¹ Švýcarská právní úprava dokonce upravuje veřejný pořádek pouze jako abstraktní kategorii, kterou označuje univerzálně ve všech úředních jazykových verzích svých zákonů jako „*ordre public*“, aniž stanoví náplň této kategorie či zakotvuje způsob jejího obsahového určení.²

Obecně lze říci, že v rámci úpravy veřejného pořádku jednotlivé státy s větší či menší mírou konkrétnosti definují hodnoty, jež nacházejí svůj odraz v právu, a proklamují vůli tyto hodnoty chránit vyloučením aplikace cizího práva v případě, že by byla s těmito hodnotami v rozporu. Tak se stává veřejný pořádek prostředkem ochrany před negativními vlivy existence rozdílných hodnot sdílených různými státy.³ Bližší rozbor těchto hodnot a konkrétní předpoklady jejich ochrany prostřednictvím výhrady veřejného pořádku budou předmětem samostatného rozboru (viz kapitola 3.).

1.2. ÚČEL VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Metodologický přístup k veřejnému pořádku spočívá ve srovnání účinků aplikace zahraničního (rozhodného) práva se základními právními představami tuzemská,⁴ rozhodně se tedy nejedná o posuzování hodnot cizího práva.⁵ Výrazem rozporu účinků aplikace cizího práva s právními hodnotami *legis fori* – to však pouze s ohledem na skutkové okolnosti konkrétní

* JUDr. Zdeněk Kapitán, Katedra mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

¹ Podrobnější přehled viz Kučera, Z.: Vybrané otázky srovnávacího mezinárodního práva soukromého. 1. vydání. Praha: Univerzita Karlova, 1996, str. 60-61.

² K tomu Patocchi, P. M. – Geisinger, E.: Internationales Privatrecht. Das IPRG sowie die wichtigsten völkerrechtlichen Verträge und Schiedsgerichtsordnungen mit Anmerkungen über die bundesgerichtliche und kantonale Rechtsprechung, Hinweisen, Bibliographie, Konkordanzregister und Sachregister. 1. vydání. Zürich: Orell Füßli, 2000, str. 140-141.

³ Viz i Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé. 5. vydání. Brno: Doplněk, 2001, str. 183.

⁴ Schütz, D.: Der internationale ordre public. Der Ausschluß völkerrechtswidrigen fremden Rechts im internationalen Privatrecht der Bundesrepublik Deutschland. 1. vydání. Frankfurt am Main: Lang, 1984. Str. 49.

⁵ Heiz, R.: Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht. Der Einfluß der Public Policy auf ausländisches Straf-, Steuer-, Devisen-, Konfiskations- und Enteignungsrecht. 1. vydání. Zürich: Schulthess, 1959. Str. 207.

ního případu⁶ – je pak výhrada, jež vylučuje aplikaci cizí normy pouze v daném případě, nikoliv obecně; to jen potvrzuje předchozí závěr, že není hodnotově posuzováno cizí právo, nýbrž účinky jeho použití.⁷ Veřejný pořádek tak má pouze nepřímý účinek, neboť vylučuje cizí právo právě na základě posouzení účinků jeho aplikace, v této souvislosti je veřejný pořádek někdy označován jako přetlakový⁸ či pojistný⁹ ventil. Přímý účinek by nastával, pokud by výhrada veřejného pořádku vylučovala cizí právo pro samotný rozpor s vlastním veřejným pořádkem.¹⁰

1.3. PRÁVNÍ ZÁKLAD VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Veřejný pořádek, resp. výhrada veřejného pořádku bývá chápán jako výraz mezinárodněprávní kompetence každého státu prosadit na svém teritoriu vlastní vůli proti vůli cizího státu.¹¹ S tím je rovněž spojen závěr, že je výhrada veřejného pořádku při použití cizího práva mezinárodněprávně akceptována. Proto je z pohledu mezinárodního práva výhrada veřejného pořádku označována jako bezpodmínečná nutnost,¹² některé názory jdou dokonce i tak daleko, že (vnitrostátní) veřejný pořádek chápou jako obecnou zásadu právní.¹³ Z tohoto pohledu je výhrada veřejného pořádku obecně přípustná, existují však typové případy, které tuto obecnou přípustnost omezují. Z hlediska formálního se jedná zpravidla o situace, kdy je k omezení možnosti aplikace veřejného pořádku určitý mezinárodněprávní závazek transformován do vnitrostátního práva.¹⁴ Tak došlo například historicky k tomu, že na základě haagských konvencí byla úprava doposud prakticky neomezené výhrady veřejného pořádku ve vnitrostátních právních rádech omezena na případy,

kdy by aplikace cizího práva byla ve zřejmém (*offenbar, manifestement*) rozporu s tuzemským veřejným pořádkem.^{15,16}

2. ČLENĚNÍ FOREM VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

2.1. OBECNĚ

Není cílem následujícího textu podat úplný přehled členění veřejného a vyčerpávajícím způsobem je pospat. Text se soustředí především na ta členění a na ty okolnosti, které se jeví jako vhodné z hlediska cílů tohoto příspěvku. Proto zde není například zmíněno členění veřejného pořádku na mezinárodní a mezioblastní, úplný a oslabený či nepodmíněný a podmíněný.¹⁷

2.2. VEŘEJNÝ POŘÁDEK KOLIZNÍ, UZNÁVACÍ A VEŘEJNÝ POŘÁDEK V RÁMCI REALIZACE MEZINÁRODNÍ PRÁVNÍ POMOCI

2.2.1. Kasuistika

Rozlišovací kritérium, jak vyplývá z nadpisu, je vlastní systematice zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „MPSaP“), neboť ten upravuje veřejný pořádek tak, že stanoví:

- a) možnost (nutnost) vznést výhradu veřejného pořádku coby důsledek hodnocení účinků cizího

⁶ Z hlediska právně-metodologického k tomu podrobněji *Roth, G. H.*: Der Vorbehalt des ordre public im Internationalem Privatrecht. Neue Juristische Wochenschrift, ročník 1967, str. 138–139.

⁷ *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 185–186; *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 49.

⁸ Tak *Bar, Ch. von*: Internationales Privatrecht. Erster Band. Allgemeines Lehren. 1. vydání. München: C. H. Beck, 1987. Marg. č. 631.

⁹ Viz *Bar, C. L. von*: Théorie und Praxis des Internationalen Privatrechts. Band I. 2. vydání. Hannover, 1889. Str. 132.

¹⁰ V souvislosti s reformou mezinárodního práva soukromého v Německu byla vedena diskuse o tom, zda nezakotvit rozpor se základními lidskými právy jako veřejný pořádek s přímým účinkem; viz k tomu *Sonnenberger* in *Sonnenberger, H.–J. (red.) a kol.*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 10. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1–38). Internationales Privatrecht. 3. vydání. München: C. H. Beck, 1998. Str. 423, marg. č. 51 a násl.

¹¹ *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 26 s odkazem na starší literaturu *Schweizerovu*.

¹² *Heiz*, v díle cit. v pozn. 5, str. 76.

¹³ *Lauterpacht, H.*: Separate Opinion im Fall Boll, International Court of Justice Reports, ročník 1958, str. 79 a násl.

¹⁴ Problematika regulace (soukromoprávního) veřejného pořádku mezinárodním právem není nikterak překvapivým objevem vědy posledních dvaceti let, ale spíše znovu se objevující tendencí. Již v první třetině 20. století se objevují k tomuto problému rozsáhlejší studie; k tomu viz *Lewald, H.*: Die staatsvertragliche Regelung der international-privatrechtlichen Vorbehaltsklausel. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, ročník 1926, str. 47 a násl.

¹⁵ Podrobněji *Forde, M.*: The ordre public Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions. The International and Comparative Law Quarterly, ročník 1980, str. 261. Učebnicovým příkladem takové situace je transformace čl. 2 Haagské úmluvy z 12. 6. 1902 do čl. 30 EGBGB v původním znění; viz k tomu *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 47.

¹⁶ V dogmatické pravidel užívání výhrady veřejného pořádku je někdy používán jako podmínka pro vyloučení aplikace cizího práva rozpor s tuzemskými hodnotami, který je *neúnosný*, případně *skandální*, tak viz *Wengler, W.*: Sonderanknüpfung, positiver und negativer ordre public. Juristen Zeitung, ročník 1979, str. 179.

¹⁷ Tato méně běžná členění viz podrobněji *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 412–413, marg. č. 20, 22 a 23; *Völker, Ch.*: Zur Dogmatik des ordre public. Die Vorbehaltsklauseln bei der Anerkennung fremder gerichtlichen Entscheidungen und ihr Verhältnis zum ordre public des Kollisionsrechts. 1. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. Str. 254.

- práva určeného na základě kolizní normy (kolizní veřejný pořádek),¹⁸
- b) nutnost souladu s veřejným pořádkem jako podmínku výkonu aktivní i pasivní právní pomoci (veřejný pořádek v oblasti realizace mezinárodní právní pomoci)¹⁹ a
 - c) nutnost zachování veřejného pořádku jako podmínku uznání a výkonu cizího rozhodnutí v České republice (uznávací veřejný pořádek).²⁰

V české nauce je běžné rozlišování veřejného pořádku na veřejný pořádek v rámci práva hmotného a v rámci práva procesního.²¹ Německá nauka obdobně hovoří o hmotněprávním a procesním veřejném pořádku,²² přičemž kategorie veřejného pořádku v rámci výkonu právní pomoci jí není vlastní.²³ Toto členění vyplývá z tradiční systematiky německého práva, podle níž mezinárodní právo soukromé a procesní představují dvě relativně autonomní systémové součásti právního řádu;²⁴ materiální veřejný pořádek vychází z úpravy v EGBGB, procesní veřejný pořádek z úpravy v německém ZPO (dále jen „D-ZPO“). S ohledem na tento fakt lze říci, že členění německé teorie koresponduje s výše uvedeným členěním tuzemským, přičemž materiální veřejný pořádek lze považovat za synonymum hmotněprávního (materiálního) veřejného pořádku.²⁵

Pokud jde o obecné hodnocení odlišností v rámci uvedeného členění, lze říci, že rozdíl mezi nimi není dán – zejména z pohledu praktického – ani tak tím, zda je použit v rámci práva kolizního či mezinárodního práva procesního, nýbrž hlediskem předmětu, jež je veřejným pořádkem posuzován. Kolizní veřejný pořádek slouží k hodnocení účinků cizího, abstraktního práva, jež bylo určeno na základě kolizní normy, kdežto procesní veřejný pořádek slouží k přehodnocení účinku cizího rozhodnutí v rámci procesu jeho uznání a výkonu, a to jak z hlediska dodržení základních principů procesních, tak hmotněprávních.²⁶ Procesní veřejný pořádek není abstraktním právním hodnocením. Týká se zcela konkrétního, existujícího aktu aplikace

práva, jež vyplynul z činnosti orgánu cizího státu, resp. byl vydán v cizím státu za zákonem předepsaných podmínek. Vyplyvá především ze zásady svrchované rovnosti států, že je třeba takový akt hodnotit velmi obezřetně a především zdrženlivě. Míra přezkumu při posuzování potenciálního zásahu do veřejného pořádku tak je ve srovnání s veřejným pořádkem kolizním daleko menší.²⁷

Z tohoto pohledu lze – spíše na okraj – poznamenat, že použití termínu kolizní veřejný pořádek se jeví vhodnější, neboť výhrada veřejného pořádku je existenčně spjata s aplikací kolizní normy,²⁸ je tedy institutem specifickým pro mezinárodní právo soukromé, nikoliv pro hmotné právo, k jehož nalezení je kolizní norma určena. Stejně tak se jeví vhodnější použití termínu uznávací veřejný pořádek namísto termínu procesní veřejný pořádek, který na první pohled působí všeobíhající dojmem, jakoby se vztahoval k celé oblasti mezinárodního práva procesního.

Odlisný přístup v tomto ohledu volí švýcarská nauka, která rozlišuje veřejný pořádek materiální a procesní. Avšak toto členění dovozuje pouze z ustanovení čl. 27 švýcarského IPRG (dále jen „CH-IPRG“), jež je členěno do tří odstavců:

- a) první z nich ve své dispozici obsahuje příkaz nemožnosti uznat cizí rozhodnutí, pokud by toto uznání mělo být ve zřejmém rozporu se švýcarským veřejným pořádkem,
- b) ve druhém odstavci jsou definovány stranou sporu dokazované tři procesní důvody, pro které nelze uznat cizí rozhodnutí; jsou to:
 1. zneužití *forum shopping*;
 2. zásah do podstatných zásad švýcarského procesního práva, obzvláště, bylo-li zasaženo do práva na právní slyšení;
 3. překážka *litispence* či *rei iudicatae* ve Švýcarsku, či dřívější rozhodnutí mezi týmiž účastníky v téže věci vydané na území třetího státu, jež může být ve Švýcarsku uznáno,

¹⁸ Tak § 36 MPSaP.

¹⁹ Tak § 56 písm. b) a § 57 odst. 1 MPSaP.

²⁰ Tak § 64 písm. d) a § 68 odst. 1 MPSaP.

²¹ Viz např. *Rozehnalová, N. – Týč, V.*: Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. Právník, ročník 2002, str. 639.

²² Tak viz *Siehr, K.*: Internationales Privatrecht. Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis. 1. vydání. Heidelberg: C. F. Müller, 2001. Str. 489; podrobněji viz např. *Schurig in Kegel, G. – Schurig, K.*: Internationales Privatrecht. 8. vydání. München: C. H. Beck, 2000. Str. 465 a násl.

²³ Úprava realizace právní pomoci je kvalitativně odlišná a ve srovnání s českou úpravou se jeví podrobnější, s kategorií veřejného pořádku však výslovně nepočítá; srov. k tomu § 110, § 199, § 363, § 364 a § 369 D-ZPO, obdobně viz i čl. 11 CH-IPRG.

²⁴ Viz podrobněji např. *Schack, H.*: Internationales Zivilverfahrensrecht. 3. vydání. München: C. H. Beck, 2002. Str. 8.

²⁵ *Siehr* v díle cit. v pozn. 22, str. 531 při výkladu rozdílu mezi hmotněprávním a procesním veřejným pořádkem používá přímo označení „kolizní veřejný pořádek“ (*verweisungsrechtlich*).

²⁶ *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 384, *Schurig* v díle cit. v pozn. 22, str. 466; *Pokorný, M.*: Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1998. Str. 88.

²⁷ Viz i *Siehr* v díle cit. v pozn. 22, str. 489.

²⁸ Viz k tomu *Kropholler, J.*: Internationales Privatrecht. 4. vydání. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2001. Str. 239 a násl.

- c) třetí odstavec pak zakazuje přezkoumávat cizí meritorní rozhodnutí z jiných důvodů, než které jsou uvedeny v předchozích dvou odstavcích.

Podstatné je, že švýcarská nauka hovoří o materiálním veřejném pořádku v případě, že se jedná o případy uvedené v čl. 27 odst. 1 CH-IPRG [výše sub a)] a o uznávacím veřejném pořádku tam, kde se jedná o případy podle čl. 27 odst. 2 CH-IPRG [výše sub b)].²⁹ Ve srovnání s přístupem k veřejnému pořádku, jenž je typický i pro českou nauku,³⁰ se jedná o pojetí netradiční. Úprava provedená v čl. 27 CH-IPRG odpovídá shora popsanému veřejnému pořádku uznávacímu. Uvedené zákonné ustanovení totiž zakládá pouze možnost přezkumu cizích rozhodnutí, přičemž první jeho část je věcná (hmotněprávní) a uplatňuje se *ex officio*, druhá slouží k přezkumu procesněprávnímu, iniciovanému na návrh. Velmi zajímavé rovněž je, že jednotlivé důvody procesněprávního přezkumu jsou ve švýcarské úpravě souhrnně podřazovány pod kategorii veřejného pořádku, přestože v jiných úpravách představují samostatné důvody odepření uznání cizího rozhodnutí vedle veřejného pořádku.³¹ Přestože je popsán švýcarský způsob ve srovnání s jinými poněkud „netradiční“,³² má svou nepopíratelnou logiku. Uvedené členění není založeno ani tak na tom, ve kterém okamžiku (procesním stadiu) je veřejný pořádek hodnocen, nýbrž na tom, co je předmětem veřejného pořádku.

2.2.2. Shrnutí

Z tezí předchozí podkapitoly vyplývá určitá nejednotnost, kterou je třeba s ohledem na jasné definování dílčích závěrů potřebných pro syntézu zásadnějších poznatků odstranit. Proto by bylo možno – s cílem akceptovat širší vyskytující se terminologie při současném zachování její významové souladnosti – rozlišit:

- a) podle předmětu přezkumu:
1. veřejný pořádek materiální (hmotněprávní), jenž chrání hodnoty spočívající ve hmotném právu, a
 2. veřejný pořádek procesní, který ztělesňuje hodnoty obsažené v procesním právu;³³
- b) podle stadia řízení, v němž je veřejný pořádek přezkoumáván (uplatňován),
1. veřejný pořádek kolizní, který se váže existenčně k fázi aplikace kolizní normy a jenž

slouží jako korektiv práva rozhodného, určeného na jejím základě; v rámci kolizního veřejného pořádku dochází k abstraktnímu přezkumu, tedy k přezkumu účinků práva,

2. veřejný pořádek uznávací, jenž je uplatňován ve fázi uznání a výkonu cizích rozhodnutí a slouží k ochraně tuzemských hodnot, jež by mohly být uznáním těchto rozhodnutí zasaženy; v rámci uznávacího veřejného pořádku dochází ke konkrétnímu přezkumu, tedy k přezkumu účinků individuálního právního aktu,
3. veřejný pořádek v oblasti mezinárodní právní pomoci, existující jako podmínka realizace jejího výkonu, upravovaná v různých právních rádech více či méně konkrétně; v jeho rámci si lze představit jako kontrolu abstraktní (obsah normy cizího práva, podle níž má být proveden dožadovaný úkon), tak konkrétní (posouzení obsahu dožadování, v němž je obsažena například pohrůžka).

Uvedené dvě kategorie mohou směle obstát vedle sebe, byť nelze vytvořit párové kategorie ve všech kombinacích (tak si lze například představit materiální uznávací veřejný pořádek, nicméně si nelze představit veřejný pořádek procesní kolizní).

2.3. VEŘEJNÝ POŘÁDEK TUZEMSKÝ, MEZINÁRODNÍ, EVROPSKÝ A ZAHRANIČNÍ

2.3.1. Obecně

Kritériem pro uvedené členění je, v jakém systému norem se nacházejí hodnoty, které jsou předmětem ochrany prostřednictvím veřejného pořádku, resp. tvoří veřejný pořádek. Hodnocení se provádí přirozeně z pohledu práva státu, na jehož území je konáno řízení, v němž je veřejný pořádek předmětem posouzení.

2.3.2. Veřejný pořádek tuzemský a zahraniční

Samo rozlišení těchto dvou kategorií se jeví velmi snadné, problémy nastávají až při samotném zacházení s nimi. Tuzemský veřejný pořádek vyplývá z hodnocení, jež se opírá o vnitrostátní právo, je tedy součástí *legis fori*.³⁴ Naproti tomu veřejný pořádek zahraniční (cizí) představuje hodnoty cizího právního řádu, ať už se jedná o právní řád, který je právem rozhodným na

²⁹ Tak *Patocchi – Geisinger* v díle cit. v pozn. 2, str. 198.

³⁰ Podrobněji viz *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 183 a násl.

³¹ Srov. odpírací důvody dle § 64 MPSaP.

³² Viz k tomu však např. *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 412, marg. č. 21.

³³ Viz k tomu např. *Rozehmalová – Týč* v díle cit. v pozn. 21, str. 639; *Kropholler, J.*: *Europäisches Zivilprozeßrecht*. 4. vydání. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 1993. Str. 289 a násl., marg. č. 8 a násl.

³⁴ *Siehr* v díle cit. v pozn. 22, str. 489.

základě kolizního práva, nebo právní řád třetího státu. Hodnocení zahraničního veřejného pořádku je problematické hned z několika důvodů. Prvním z nich je především rozdílnost přístupu jednotlivých států k vymezení veřejného pořádku. Hodnoty, jež jsou předmětem ochrany v různých státech, se liší, jak bylo výše uvedeno. Odlišné zákonné vymezení obsahu veřejného pořádku je však problém vcelku snadno překonatelný ve srovnání s problémem, který nastane vzápětí, když má být z pohledu státu fóra posuzována právní kategorie stejně, jako ve státě, který ji definoval. Její „cizost“ je přirozenou překážkou zacházení s ní, neboť je velkým problémem, jak zajistit shodné aplikační zacházení jako ve státě, který by ji považoval za vlastní.³⁵ Pro tuzemského soudce je tak cizí veřejný pořádek fakticky jen těžko určitelný. Vedle toho bývá zdůrazňován fakt, že řízení v tuzemsku jako takové ovlivňuje zahraniční daleko méně, než tam probíhající řízení. A právě tento argument velmi racionálně zpochybňuje důvody, pro které by měl být vůbec zahraniční veřejný pořádek chráněn.³⁶

Pro pojmenování zde posuzované párové kategorie bývá někdy používáno výrazů veřejný pořádek vnitrostátní a zahraniční. Použití termínu „vnitrostátní“ však nevyjadřuje přesně podstatu rozdílu, která byla výše popsána (akcent místa fóra),³⁷ jeví se nicméně vhodnější tehdy, pokud má být tento druh veřejného pořádku odlišen od podstaty veřejného pořádku mezinárodního či evropského.

2.3.3. Mezinárodní veřejný pořádek

Na poli doktríny veřejného pořádku, jenž reflektuje mezinárodní či mezinárodněprávní aspekty, je vedena již více než po jedno století rozsáhlá diskuse, která vychází zejména z francouzské doktríny.³⁸ V zájmu snadnějšího pochopení materie se přirozeně objevují snahy o zjednodušené podání jejích výsledků,³⁹ to však může mít významný vliv na výsledky analýzy problému.

Pohled mezinárodního práva nabízí párovou kate-

gorii vnitrostátní (někdy též národní) a mezinárodní veřejný pořádek, přičemž – jak vyplývá ze závěrů předchozí podkapitoly – prvně jmenovaný spočívá na zásadách a představách spravedlnosti v rámci vnitrostátního práva.⁴⁰ Termínu mezinárodní veřejný pořádek je pak připisován význam „mezinárodněprávní“ veřejný pořádek s následujícími významovými nuancemi:

- a) mezinárodní veřejný pořádek je prostředkem ochrany před účinky cizího práva, jež se nachází v rozporu s mezinárodním právem;⁴¹
- b) mezinárodní veřejný pořádek (označovaný s použitím termínu *ordre public international*, užívaného ve francouzské nauce) sloužící pro označení takových norem *legis fori*, jež mají pomoci k prosazení hodnot, jež jsou v souladu se zájmy celého společenství národů.⁴² Takový přístup vyplývá ze syntézy kolizního práva a mezinárodněprávního *iuris cogentis*. Proto je podle něj chápán *ordre public international* jako veřejný pořádek mezinárodněprávní provenience, který obsahuje (1) základní normy mezinárodního práva veřejného, tzv. *general principles of international law*, typu *pacta sunt servanda* či *clausula rebus sic stantibus* a (2) hmotněprávní normy mezinárodního práva, jež mají povahu *ius cogens*, které však prakticky nemohou mít žádnou souvislost s kolizním právem⁴³ (viz k tomu podrobněji níže).

Jakkoliv je v uvedených přístupech skryta nemalá přesvědčovací hodnota, zdá se, že vedou spíše k tomu, že činí celý posuzovaný problém mnohem složitější.

Koncept *general principles of international law* [sub b) (1)] se pokouší o prosazení určitých principů do oblasti veřejného pořádku. Snaží se zřejmě o propojení něčeho, co je společným předmětem ochrany „klasického“ vnitrostátního práva, a práva mezinárodního. Společným znakem zde je, že autonomní mezinárodní právo mezi svými subjekty chrání to, co je před-

³⁵ K některým aspektům viz *Schurig* v díle cit. v pozn. 22, str. 474–475.

³⁶ Tuto kritiku viz podrobněji in *Jagmetti, M. A.*: Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter. 1. vydání. Zürich: Schulthess, 1961. Str. 236 a násl.

³⁷ Tato situace vyplývá z mnohovýznamového potenciálu překladu německého termínu *inländischer ordre public* či francouzského termínu *ordre public interne*, tato práce se kloní k překladu „tuzemský“. Lze se totiž domnívat, že termínu „vnitrostátní“ odpovídá ekvivalent *innerstaatlich*, byl se v podmínkách německé odborné terminologie mezinárodního práva soukromého jedná o termín nepoužívaný jednotně (vnitrostátní právo bývá označováno někdy jako *autonomes Recht*, jindy, méně často, jako *innerstaatliches Recht*).

³⁸ Podrobnější rozbor viz *Völker*, v díle cit. v pozn. 17, str. 275 a násl.

³⁹ Tak viz např. *Siehr* v díle cit. v pozn. 22, str. 488.

⁴⁰ Viz k tomu i *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 9; *Neuhaus, P. H.*: Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts. 3. vydání. Zürich: Schulthess, 1972. Str. 372–373.

⁴¹ Tak např. *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 38 a násl.

⁴² Viz k tomu s odkazem na *Wenglera Völker*, v díle cit. v pozn. 17, str. 276.

⁴³ Tak *Jaenicke, G.*: Zur Frage des internationalen ordre public. In: *Kaiser, J. H. – Münch, I. von (eds.)*: Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, ročník 1967, str. 80 a násl.; zde je rovněž obsažen pokus o jazykově významovou precizaci tohoto typu veřejného pořádku, pro jehož označení je použit (vytvořen) termín *völkerrechtlicher ordre public*, či ještě přesnější ekvivalent *ordre public de la communauté internationale*.

mětem státem „oktrojované“ ochrany, či spíše předmětem garance heteronomním právem vnitrostátním,⁴⁴ a to nejen v oblasti vlivu klasického práva římského. Chráněny jsou takto hodnoty, jež jsou považovány za zásady, na nichž je nutno bez výhrad trvat. Z tohoto pohledu se ale jeví nadbytečné chránit to, co již je předmětem ochrany vnitrostátního práva (prostřednictvím vnitrostátního veřejného pořádku), ještě jiným způsobem.

Spíš než o nové právně-technické konstrukci prosazení určitých hodnot je vhodné hovořit o tomto přístupu jako o prostředku k vytvoření jakéhosi standardního mezinárodního katalogu principů a zásad, jež by měly být předmětem ochrany prostřednictvím veřejného pořádku. Nabízí se tak na poli komparatistiky cesta, jak odstranit v kapitole I.1. zmíněné nedostatky, spojené s legálními definicemi veřejného pořádku. V této souvislosti se hovoří především v oblasti rozhodčího řízení – opět pod vlivem francouzských teoretiků⁴⁵ – o *ordre public transnational*, *ordre public vraiment international*, *truly international public policy* či *übernationaler ordre public*.⁴⁶ Takový veřejný pořádek má s co možná nejmenším společným jmenovatelem definovat základní právní principy a hodnoty „civilizovaných států“.

Zejména pokud jde o doktrinární přístup uvedený sub b) (2), zdráhá se mu jistě klasická civilistika přijít na chuť. Pokud jde například o imperativní normy (normy s povahou *ius cogens*),⁴⁷ lze dodat – ačkoliv *Jaenicke* sám vyjadřuje skepsi nad jejich praktickou souvislostí s kolizním právem –, že si lze poměrně těžko představit situaci, kdy by mohly být tyto normy předmětem regulace soukromoprávních vztahů, jsou-li za imperativní normy obecně považovány zákaz útočné války, pravidla chránící podstatné stránky fyzické existence a důstojnosti člověka (zákaz otroctví, zločinů proti lidskosti, mučení, rasové diskriminace, apartheidu aj.), právo národů na sebeurčení, zákaz přivlastnění mezinárodních prostorů a zákaz rozsáhlého znečištění životního prostředí lidstva.⁴⁸ Subjektem těchto pravidel jsou státy (resp. obecně subjekty mezinárodního práva) a pouze ve vztahu k nim lze realizovat odpovědnost, a to pouze v rámci mezinárodního práva. Tento přístup se samozřejmě může jevit příliš zjednodušující s ohledem na marginální subjektivitu jednotlivce v mezinárodním právu.⁴⁹ Mezi imperativními normami byla zmíněna pravidla chránící podstatné stránky fyzické existence a důstojnosti člověka, jež mohou být zasažena i realizací soukromoprávních vztahů. Vzhledem k tomu, že tato práva bývají zakotvena rovněž jako subjektivní veřejná práva v podobě základních lidských práv a svobod, nabízí se odůvodnění jejich ochrany v rámci veřejného pořádku vhodnějším a zřejmě i snazším způsobem (podrobněji viz kapitolu 3.2.2. sub A).

Zajímavou myšlenku však představuje pojetí mezinárodního veřejného pořádku jako prostředku ochrany před účinky cizího práva, jež se nachází v rozporu s mezinárodním právem [výše sub a)]. Názor, že mezinárodní právo tvoří součást veřejného pořádku, byl vyslovován přinejmenším na sklonku 19. století⁵⁰ a ani v dobách pozdějších nebyl nikterak výjimečně zastáván.⁵¹ Norma mezinárodního práva, která v sobě nese hodnotu spolutvořící veřejný pořádek, je označována jako „*ordre-public relevantes Völkerrecht*“, nicméně nauka současně nabádá ke zvláštní opatrnosti zacházení s mezinárodním právem v souvislosti s veřejným pořádkem.⁵²

Již ze samotného vymezení tohoto přístupu je na první pohled zřejmý odklon od v dnešní době běžného chápání veřejného pořádku jako prostředku ochrany hodnot, jež se nacházejí ve vnitrostátním právu. Pro důvodnost a samostatnost takového přístupu tak svědčí fakt, že mezinárodní právo může chránit hodno-

⁴⁴ K termínům heteronomní a autonomní systém práva viz *Knapp, V.*: O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*, ročník 1995, str. 6–7.

⁴⁵ *Jalivie, P.*: *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*. In: *Sanders, P. (ed.)*: *International Council for Commercial Arbitration congress series. No. 3. „Comparative arbitration practice and public policy in arbitration“*. VIIIth International Arbitration Congress New York, 6–9 May 1986. Deventer: 1987. Str. 257 a násl.

⁴⁶ Podrobnější výčet autorů rozvíjejících tento přístup viz u *Völker*, v díle cit. v pozn. 17, str. 276–277 (mj. *Vischer* a *Heini*).

⁴⁷ Srov. k tomu čl. 53 VÚSP: *Každá smlouva, která v době svého uzavření je v rozporu s imperativní normou obecného mezinárodního práva, je nulitní. Pro účely této úmluvy je imperativní normou obecného mezinárodního práva norma přijatá a uznaná mezinárodním společenstvím států jako celkem za normu, od níž není dovoleno se odchýlit a která může být změněna pouze novou normou obecného mezinárodního práva stejné povahy.*

⁴⁸ *Malenovský, J.*: *Mezinárodní právo veřejné, jeho obecná část a poměr k vnitrostátnímu právu, zvláště k právu českému*. 4. vydání. Brno: Doplněk a Masarykova univerzita, 2004. Str. 203–204.

⁴⁹ Viz k tomu *Seidl-Hohenveldern, I.*: *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vydání, reedice. Praha: ASPI Publishing, 2001. Str. 129, marg. č. 618–621 a str. 171 a násl., marg. č. 927 a násl.

⁵⁰ Viz k tomu *Zitelmann, E.*: *Internationales Privatrecht*. Band 1. 1. vydání. Leipzig, 1897. Str. 202 a násl.

⁵¹ Tak viz *Raape, L.* – *Sturm, F.*: *Internationales Privatrecht*. Band I. *Allgemeine Lehre*. 6. vydání. München: Vahlen, 1977. Str. 201 a tam uvedené odkazy na díla řady příslušníků nauky mezinárodního práva soukromého; patří mezi ně *Leresbours* – *Pigeonnière*, *Rolin*, *Goldman*, *Moser*, mezi umírněné zastánce této teorie patří *Jaenicke*, jenž dovozoval, že lze výhradu veřejného pořádku pro zásah do mezinárodního práva vznést tehdy, postihuje-li *ius cogens*.

⁵² Viz k tomu *Seidl-Hohenveldern, I.*: *Internationales Enteignungsrecht*. In: *Lüderitz, A.* – *Schröder, J. (eds.)*: *Festschrift für Kegel. Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende?* 1. vydání. Frankfurt am Main: Metzner. Str. 278.

ty, jež vnitrostátním právem chráněny nejsou a jevílo by se nespravedlivé – přinejmenším z pohledu mezinárodněprávní odpovědnosti –, kdyby národní stát neměl prostředek odmítnutí účinků aplikace cizího práva, jež by se nacházely v rozporu s takovým mezinárodněprávním závazkem. V této souvislosti je třeba poznamenat, že existuje z pohledu monisticky nalažené internacionalistiky plně akceptovatelný závěr, podle něž bez ohledu na obsah právní úpravy recepce mezinárodního práva sám fakt, že stát má určitý mezinárodněprávní závazek, odůvodňuje nutnost vyloučit aplikaci normy cizího práva, která je s takovým závazkem v rozporu.⁵³ Přijetí takového názoru nemusí být jednoznačné a obecné, nicméně nynější legislativní situace v České republice jej spíše potvrzuje. Ústavní úprava recepce mezinárodního práva v České republice po novele, provedené ústavním zákonem č. 395/2001 Sb., přispěla k posílení monistického pojetí poměru mezinárodního a vnitrostátního práva.⁵⁴ Díky ní lze dnes poměrně s lehkostí říci, že vnitrostátní právo vykazuje dostatečně „přátelský“ vztah k mezinárodněprávním závazkům České republiky. Proto je možné tvrdit, že za situace, kdy by účinky aplikace cizího práva měly takový závazek popírat, lze považovat ochranu mezinárodněprávních závazků, jimiž je Česká republika vázána, za předmět jejího veřejného pořádku, pokud má posuzovaný právní poměr k tuzemsku dostatečně úzký vztah.⁵⁵ Modernější nauka německá – byť dnes zřejmě již zčásti překonaná – opírá závěr o tom, že mezinárodní právo tvoří součást veřejného pořádku, o ustanovení čl. 25 Základního zákona (dále jen „GG“),⁵⁶ jež formulačně nade vši pochybnost říká, že mezinárodní právo je považováno za součást spolkového práva, má před ním přednost a přímo zakládá práva a povinnosti obyvatelů území Spolku.^{57, 58}

Ani myšlenka mezinárodního veřejného pořádku jako prostředku ochrany mezinárodních (mezinárodněprávních) standardů nezůstává bez zajímavosti, byť v chápání poněkud odlišeném od výše popsané doktríny *general principles of international law*. Zejména v rámci snah o unifikaci práva byla vytvořena celá řada zásad,⁵⁹ které mohou přispět ke konkretizaci obsahu veřejného pořádku a stanovení jeho mezí při posuzování, zda zásah, vyvolaný potenciálními účinky aplikace cizího práva, je natolik intenzivní, aby přesáhl meze tolerance odlišnosti různých právních řádů a právních systémů.⁶⁰ Povahu určité normy mezinárodního práva si často bezprostředně nevynucuje svou aplikací (jedná se například o *non-self-executing* ustanovení, nebo o normu partikulárního mezinárodního práva, kterou nelze prosadit vůči určitému státu apod.), nýbrž je pouze vodítkem, pomocným kritériem, jež může přispět k přesvědčivosti důvodů vydaného rozhodnutí.⁶¹ Potom se jeví daleko snazší odmítnout ustanovení cizího práva pro rozpor veřejným pořádkem za situace, kdy například Evropský soud pro lidská práva ve své judikatuře dříve zaujal stanovisko, že určité ustanovení právního řádu členského státu Rady Evropy je v rozporu se závazkem, jenž pro něj vyplývá z Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „EÚLP“).⁶²

2.3.4. Evropský veřejný pořádek

Doktrína evropského veřejného pořádku patří k jednomu z nejostřeji a nejkontroverzněji diskutovaných oblastí dogmatiky veřejného pořádku. Přestože se jedná o materii v podmínkách nauky nikterak novou,⁶³ nelze rozhodně říci, že by plynoucí čas přispíval k tříbení názorů a vedl ke sjednocování postojů jed-

⁵³ Viz k tomu *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 129 a tam popsaná doktrína veřejného pořádku vztahujícímu se k mezinárodnímu právu (*völkerrechtsbezogener ordre public*), viz i *Bleckmann*, A.: Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, ročník 1974, str. 130.

⁵⁴ Srov. čl. 1 odst. 2, čl. 10, čl. 49 a čl. 95 odst. 1 Ústavy; podrobněji k tomu např. *Malenovský* v díle cit. v pozn. 48, str. 420 a násl.

⁵⁵ Viz k tomu např. *Kropholler* v díle cit. v pozn. 28, str. 243 a literaturu tam uvedenou.

⁵⁶ Čl. 25 GG: *Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.*

⁵⁷ Tak *Heiz*, v díle cit. v pozn. 5, str. 209; *Neumayer*, K. H.: Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel. In: *Caemmerer*, E. von – *Nikisch*, A. – *Zweigert*, K. (eds.): Festschrift für Dölle. Vom deutschen zum europäischen Recht. Band 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 1963. Str. 203; *Seidl-Hohenveldern*, I.: Die Verstaatlichung von Kupferbergbaubetrieben in Chile. Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (později RIW), ročník 1974, str. 427.

⁵⁸ Kategoričtější postoje při chápání veřejného pořádku jako prostředku ochrany hodnot chráněných mezinárodním právem (lidská práva) viz *Stöcker*, H. A.: Internationaler ordre public zum Schutz der Menschenrechte. Standesamt, ročník 1981, str. 16 a násl.

⁵⁹ Např. zásada mezinárodní adopce nezletilců pouze bezdětným rodičům, nebo standardy ochrany práv dětí podle Úmluvy o právech dítěte, jež nemají povahu přímo aplikovatelných ustanovení.

⁶⁰ K hodnotě mezinárodních standardů jako prostředků konkretizace veřejného pořádku viz např. *Jayme*, E.: Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht. 1. vydání. Heidelberg: C. F. Müller, 1988. Str. 45, 49 a násl. a 65.

⁶¹ Tak viz i *Kropholler* v díle cit. v pozn. 28, str. 244.

⁶² Příkladem je situace, kdy Evropský soud pro lidská práva konstatoval porušení čl. 12 EÚLP, když čl. 150 švýcarského ZGB umožňoval rozvodovému soudu uložit v souvislosti s rozvodem manželství časově omezený zákaz uzavření dalšího sňatku; podrobněji viz *Jayme* v díle cit. v pozn. 60, str. 51–52.

⁶³ Srov. např. *Brunn*, J. von: Der europäische ordre public. Neue Juristische Wochenschrift, ročník 1962, str. 985 a násl. (1962), či *Reichelt*, G.: „Europäischer“ ordre public im autonomen Kollisionsrecht. Zeitschrift für Rechtsvergleichung, ročník 1975, str. 217 a násl., zejm. str. 225.

notlivých teoretiků. Nesporným snad zůstává jediné názor, že evropský veřejný pořádek ztělesňuje standardy, jež jsou existenčně spjaty s komunitárním právem, což je jistě s ohledem na sám slovní význam termínu a jeho systémové zařazení závěr nikterak objevný.

Jako jedna z alternativ výčtu hodnot, jež tvoří evropský veřejný pořádek, jsou uváděny:⁶⁴

- a) základní svobody jednotného vnitřního trhu ES, tj. volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu,⁶⁵
- b) všechna ustanovení SES, jež se týkají diskriminace založené na národnosti nebo pohlaví,
- c) zákazy dohod narušujících soutěž ve smyslu čl. 81 a 82 SES,
- d) náhrady obchodního zástupce ve smyslu čl. 19 směrnice č. 86/656/EHS.

I přesto, že je tento výčet hodnocen někdy jako široký,⁶⁶ je z něj patrné, že zahrnuje [s výjimkou sub d)] nejzákladnější hodnoty a zásady, na nichž jsou založeny cíle a poslání ES.

Existuje však také pojetí mnohem širší, jež požaduje do evropského veřejného pořádku zahrnout také hodnoty chráněné EÚLP,⁶⁷ což rozšiřuje evropský veřejný pořádek nad rámec komunitárního, resp. unijního do oblasti evropského práva⁶⁸ a dává mu tak celoevropský rozměr.⁶⁹ Další přístup chápe evropský veřejný pořádek jako fenomén, jenž vychází z výsledků srovnávací právní vědy a je zpřesněním tuzemského (vnitrostátního) veřejného pořádku hodnotami společnými pro jednotlivé evropské právní řády, hovoří se tak o *European common core-ordre public*.⁷⁰ Posléze uvedené teorie však vytvářejí kategorii, která postrádá smysluplnost. Zahrnutí EÚLP do zdrojů hodnot chráněných veřejným pořádkem totiž zakládá kolizi s hodnotami, které jsou chráněné buď v rámci vnitrostátního, nebo mezinárodního veřejného pořádku, případně v obou. Rozšíření na společné principy právních řádů evropských států volí již tak velkou míru abstrakce, že vytváří evropský veřejný pořádek na minimálním společném jmenovateli; jestliže jsou určité hodnoty chráněny všemi právními řády, není třeba definovat vedle toho ještě novou kategorii. Z tohoto pohledu se proto jeví nejvhodnější chápat evropský veřejný pořádek

pouze ve vztahu k EU, poněvadž ta je schopna poskytnout alespoň zčásti novou kategorii, jež nenachází odraz v kategoriích již definovaných.

Jiný, užší pohled vnímá evropský veřejný pořádek jako ochranu minimálních standardů ve specifických oblastech soukromého práva (např. ochrana spotřebitele, pracovní právo).⁷¹ Takový veřejný pořádek je vyjádřen ve směrnících v podobě tzv. klausulí ve vztahu ke třetím státům, které stanoví minimum hmotněprávní ochrany ve vztahu k nečlenským státům EU a uplatní se tehdy, pokud má právní poměr dostatečně úzký vztah k jednomu nebo více členským státům EU, a to jen za situace, kdy existuje zmíněná klausele vztahu ke třetím státům.⁷²

S ohledem na uvedené přístupy se jeví nejvhodnější nevyslovovat striktní soud o obsahu evropského veřejného pořádku a absolutizovat jej hledáním okruhu norem, v nichž se může ukrývat. Daleko flexibilnější je vyslovení obecného názoru, že evropský veřejný pořádek tvoří zásady evropského práva, na nichž je nutno bez výhrad trvat a tyto jsou definovatelné *in concreto* závislosti na splnění předpokladů veřejného pořádku (dále viz kapitola 3.2.). Lze jistě podotknout, že použití obratu „hodnoty, na kterých je nutno bez výhrad trvat“ relativizuje polemiku nad tím, zda mají být tyto hodnoty abstrahovány jen z obsahu zakládacích smluv, nebo i z předpisů sekundárního práva. Takové obecné pojmenování chráněných hodnot totiž předpokládá, že jejich obsah existenciálně spjat se samotnou podstatou ES a – což je daleko podstatnější – pokud má být chráněná hodnota abstrahována ze sekundárního práva, lze ji účelově spojit s obsahem primárního práva (přesněji s právní otázkou upravenou primárním právem), k jehož naplnění je sekundární předpis vydáván. Z hlediska praktického je navíc relativnost této analýzy umocňována faktem, že mezi evropský a tuzemský (vnitrostátní) veřejný pořádek lze ve velké části případů postavit rovnítko.⁷³

Rovněž bývá řešen problém, zda lze v rámci veřejného pořádku chránit standardy soukromoprávní ochrany, jež ukládá harmonizovat směrnice, ve vztahu ke členským státům EU. Lze souhlasit s názorem, že právo, které neprovedlo doposud směrnici, nelze v jiném členském státě odmítnout aplikovat z důvodu rozporu s veřejným pořádkem, jenž by byl opřen výlučně

⁶⁴ Tak srov. i výčet in Rozehnalová, N. – Týč, V.: Evropský justiční prostor ve věcech civilních. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2003. Str. 129 (s odkazem na Schlossera).

⁶⁵ K nim podrobněji viz Týč, V.: Základy práva EU pro ekonomy. 3. vydání. Praha: Linde, 2001. Str. 131.

⁶⁶ Op. cit. v pozn. 64.

⁶⁷ Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 430, marg. č. 67.

⁶⁸ K tomu viz Týč in Týč, V. – Křepelka, F. – Munková, J. – Pikna, B. – Rozehnalová, N. – Tomášek, M.: Lexikon – Právo Evropské unie. 1. vydání. Ostrava: Sagit, 2004. Str. 64–65.

⁶⁹ Srov. čl. 2 SES.

⁷⁰ Podrobněji viz Jaenicke v díle cit. v pozn. 43, str. 125–126.

⁷¹ Siehr v díle cit. v pozn. 22, str. 488.

⁷² Ibidem.

⁷³ Sonnenberger, ibidem.

o obsah této směrnice. Veřejný pořádek totiž není prostředkem unifikace či harmonizace práva,⁷⁴ v úvahu však přichází negativní následek porušení povinnosti provést směrnici v podobě jejího nepřímého účinku.⁷⁵ V tomto smyslu je třeba zdůraznit, že existence EU nezakládá obecnou paralelitu právní politiky jednotlivých členských států a již z této samotné premisy nelze dovozovat obecně zvláštní postavení právních řádů členských států.⁷⁶ Přesto však byly definovány určité závěry, které pracují s uvedenými tezemi a které reflektují nepopíratelné zvláštnosti dané členstvím v EU:⁷⁷

- a) Jestliže bylo právo členského státu EU vyloučeno z důvodu přednosti komunitárního práva, není důvod brojit proti němu za pomoci veřejného pořádku.
- b) Výsledek aplikace cizího práva lze v zásadě hodnotit tuzemským veřejným pořádkem; přitom je třeba dbát na to, že evropské právo pro účely zjišťování obsahu veřejného pořádku tvoří součást tuzemského práva a tudíž je schopno jej modifikovat.
- c) Výhrada veřejného pořádku není možná proti právu členského státu EU, jež bylo harmonizováno v souladu se směrnicí. Nedošlo-li však k harmonizaci, podléhá hodnocení účinků použití práva členského státu hodnocení vnitrostátním veřejným pořádkem⁷⁸ za předpokladu, že posuzující stát sám harmonizoval v souladu se směrnicí.

Ze závěru uvedeného výše sub b) vyplývá, že veřejný pořádek, jenž spočívá na „evropských hodnotách“ má účinek *erga omnes*, že tedy působí i ve vztahu k nečlenským státům EU. Je však třeba zdůraznit, že použití evropského veřejného pořádku nesmí vykazovat prvky libovůle, nesmí se tedy stát prostředkem zneužití ve vztahu k nečlenským státům. Stále je to veřejný pořádek, jenž musí vykazovat prvky intenzity ve všech složkách, jak o nich bude hovořeno.

2.3.5. Důležitý závěr

Uspořádání poznatků v této podkapitole mělo vést k upozornění na podstatnou okolnost stavu teorie v oblasti veřejného pořádku. Při rozboru zde popisovaných kategorií se nauka zpronevřuje zažitým metodologickým postulátům korektní vědecké práce, neboť v rámci své analýzy se často nedrží vymezeného kri-

téria členění veřejného pořádku na tuzemský, mezinárodní, evropský a cizí, jak bylo zmíněno i v úvodu této kapitoly (2.3.1.). Znovu je třeba zdůraznit, že rozdílnost těchto kategorií je založena na kritériu původu hodnoty, která je předmětem veřejného pořádku, a to z pohledu *legis fori*. Tuzemský veřejný pořádek proto ztělesňuje hodnoty reprezentované tuzemským právem, mezinárodní veřejný pořádek hodnoty ztělesněné mezinárodním právem, zahraniční veřejný pořádek hodnoty obsažené v cizím právu atd. Toto kritérium je velmi často zaměňováno s způsobem prosazení těchto hodnot, tedy s právně-technickou konstrukcí realizace veřejného pořádku. Zřejmě z tohoto důvodu vznikají na první pohled neslučitelné přístupy zejména v chápání mezinárodního či evropského pořádku. Tak lze například souhlasit se *Sonnenbergerem*, že „pravý mezinárodní veřejný pořádek“ nemá nic společného s mezinárodním právem soukromým,⁷⁹ je věcí mezinárodního práva a jeho prosazení je věcí jeho subjektů.

Z hlediska způsobu prosazení veřejného pořádku je vhodnější členit veřejný pořádek pouze do dvou kategorií, a to na (1) veřejný pořádek:

- a) tuzemský,
- b) zahraniční (cizí).

V každém z nich by pak bylo lze rozlišovat (2) podle obsahu veřejný pořádek:

- a) vnitrostátní,
- b) mezinárodní, případně
- c) evropský.

Logika tohoto zdánlivě složitějšího členění spočívá v tom, že první z nich je členěn podle formy, která upravuje zacházení s veřejným pořádkem. Z tohoto pohledu lze u současné české právní úpravy konstatovat, že možnost prosazení či zohlednění tuzemského veřejného pořádku reguluje zejména ustanovení § 36 MPSaP, jež umožňuje vznést výhradu veřejného pořádku, a dále že zákon (a zásadněji ani teorie) možnost prosazení či zohlednění zahraničního veřejného pořádku neupravuje. Tato párová kategorie respektuje již zmíněný tradiční přístup k veřejnému pořádku jako k prostředku ochrany tuzemských hodnot, kterou si stát vynucuje na svém území z pozice teritoriálního suveréna, současně však přihlíží k tomu, že vývoj doktrinárních postojů k cizímu právu vede k situacím, kdy je třeba zohlednit i hodnoty, jež tvoří veřejný pořádek očima cizího právního řádu.

⁷⁴ Ibidem, str. 489.

⁷⁵ Podrobnosti podmínek nepřímého účinku směrnic viz Král in Tichý, L. – Arnold, R. – Svoboda, P. – Zemánek, J. – Král, R.: Evropské právo. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004. Marg. č. 443 a násl.

⁷⁶ Tak viz Spickhoff, A.: Der ordre public im internationalen Privatrecht. Entwicklung – Struktur – Konkretisierung. I. vydání. Frankfurt am Main: Metzner, 1989. Str. 90.

⁷⁷ Tak *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 434, marg. č. 78.

⁷⁸ Význam tohoto termínu ve smyslu uvedeném v kapitole 2.3.5.

⁷⁹ *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 412, marg. č. 19.

Následující dílčí způsob členění veřejného pořádku staví na tom, že – z hlediska právně-technického – je vnitrostátní, mezinárodní a evropský veřejný pořádek pro určitý stát vždy pořádkem tuzemským. Ať už je obsažena veřejným pořádkem chráněná hodnota ve kterémkoliv z uvedeným systémů, je z hlediska tuzemského státu hodnotou vlastní a právě tento stát je oprávněn a současně povinen k její ochraně. Národní veřejný pořádek je „pouze“ obohacen mezinárodními či evropskými prvky,⁸⁰ v německé literatuře se rovněž lze setkat s označením, že se jedná o „německý veřejný pořádek mezinárodněprávního ražení“.⁸¹ Na základě stejného či obdobného mechanismu recepce⁸² jsou hodnoty představované mezinárodním a evropským (komunitárním) právem hodnotami tuzemskými. Jestliže tedy existuje hodnota, která je předmětem ochrany mezinárodním právem (např. lidské právo), pak lze jistě tvrdit, že proklamace respektování takového mezinárodněprávního závazku podle čl. 1 odst. 2 Ústavy je hodnotou, na které je nutno bez výhrad trvat a prostředkem ochrany je pak, za podmínek stanovených § 36 MPSaP, výhrada veřejného pořádku. Shodný mechanismus je tak uplatnitelný i v případě práva komunitárního, neboť to tvoří – jak poprvé konstatoval Soudní dvůr ve věci *Van Gend en Loos* – nový právní řád v rámci mezinárodního práva.⁸³

Pokud je předmětem posuzování veřejného pořádku hodnota, jež je abstrahována z mezinárodního či evropského práva, nemělo by dojít k žádné obsahové kolizi s právem vnitrostátním, neboť přednost hodnoty chráněné evropským či mezinárodním právem před hodnotou chráněnou právem vnitrostátním je odvoditelná za pomoci vžitých právních postulátů, tj. principu (aplikační) přednosti mezinárodních smluv (mezinárodního práva)⁸⁴ a principu primátu práva ES.⁸⁵

Ačkoliv z hlediska praktického lze takovou situaci očekávat jen stěží, je třeba také vyřešit případ, kdy by docházelo k eventuální kolizi mezi hodnotou chráněnou mezinárodním a evropským veřejným pořádkem. Ačkoliv existují i postoje, jež se zabývají vzájemným vztahem vnitrostátního, komunitárního a mezinárod-

ního práva, v otázce kolize dvou posledně jmenovaných mlčí.⁸⁶ Pokud je možné vyjít z premis, vyplývajících se shora uvedeného, a dále akceptovat názor, že:

- a) evropský veřejný pořádek má vždy vztah existenční podmíněnosti⁸⁷ k obsahu primárního práva a
- b) primární právo má povahu mezinárodních smluv, tj. partikulárního mezinárodního práva, pak lze řešit kolizi mezi obsahem evropského a mezinárodního veřejného pořádku stejně jako kolizi mezi dvěma prameny mezinárodního práva, tj. – zjednodušeně řečeno – za pomoci argumentů právní logiky, neboť zde dochází ke kolizi hodnot náležejících do stejného systému práva (autonomního).

2.3.6. Poznámka ke zohlednění zahraničního veřejného pořádku

A. Přímé zohlednění

Zahranicní veřejný pořádek je podle většinového názoru v zásadě nezohlednitelný.⁸⁸

Obecně zmiňovanými výjimkami přípustnosti použití cizího veřejného pořádku jsou situace, kdy se má v souladu s (kolizním) právem *legis fori* použít cizího kolizního práva;⁸⁹ jedná se konkrétně o případy:

- a) zpětného a dalšího odkazu,
- b) nesamostatného navázání předběžné otázky.⁹⁰

V uvedených případech má dojít v souladu se zákonem *legis fori* k použití cizí kolizní normy, jež vede k určení dalšího právního řádu. Podmínkou použití právního řádu, na nějž odkazuje kolizní norma druhého státu, je posouzení této možnosti z pohledu veřejného pořádku a následná možnost vyloučení práva, na nějž kolizní norma druhého státu odkazuje, prostřednictvím výhrady veřejného pořádku.

⁸⁰ K tomu viz *Kropholler* v díle cit. v pozn. 28, str. 245, *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 9 a násl., podrobnosti z hlediska judičiální praxe viz *Völker*, v díle cit. v pozn. 17, str. 254 a násl.

⁸¹ *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 432, marg. č. 71.

⁸² V podmínkách českého práva viz čl. 1 odst. 2, čl. 10 a 10a Ústavy.

⁸³ Podrobněji viz *Týč* v díle cit. v pozn. 65, str. 100 a násl.

⁸⁴ K tomu *Týč* in *Rozehnalová, N. – Týč, V – Záleský, R.*: Vybrané problémy mezinárodního práva soukromého v judičiální praxi, 2. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 1998. Str. 26 a násl.; *Malenoušský* v díle cit. v pozn. 48, str. 420 a násl.

⁸⁵ Op. cit. pozn. 83.

⁸⁶ Tak např. *Malenoušský* v díle cit. v pozn. 48, str. 405 a násl.

⁸⁷ K tomu viz *Týč* v díle cit. v pozn. 68, str. 186.

⁸⁸ *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 432, marg. č. 73 a autoři tam uvedení; minoritní liberálnější stanovisko, jež prosazuje použít vedle tuzemského veřejného pořádku cizí veřejný pořádek tohoto státu, s nímž právní vztah vykazuje dostatečně úzké spojení, viz *Brüning, S.*: Die Beachtlichkeit des fremden ordre public. 1. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. Str. 283 a násl., argumentaci pro absolutní nezohlednitelnost cizího veřejného pořádku patří např. *Müller, K.*: Deutsches Scheidungsurteil als prozessuale Vorfrage und fremder ordre public. *Rabels Zeitschrift*, ročník 1972, str. 60 a násl.

⁸⁹ Tak *Spickhoff* v díle cit. v pozn. 76, str. 93 a násl.

⁹⁰ Tak např. *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 187, *Schurig* v díle cit. v pozn. 22, str. 474–475.

Ve vztahu k tomuto výsledku však z pohledu *legis fori* existují dva korektivy:

a) výsledek popsaného postupu podléhá přezkumu veřejným pořádkem *legis fori*;⁹¹ tento závěr je logický, poněvadž „finálně“ určené právo rozhodné je z hlediska souladu s tuzemským veřejným pořádkem posouditelné bez dalšího a fakt, že k němu vedla cesta skrze transmissi, resp. že jde o nesamostatně navazovanou otázku, je bez relevance.

Případy tohoto typu byly řešeny před německými soudy. Tak například došlo k vyloučení alžírského práva a následně k použití německých předpisů o legitimaci dítěte s odvoláním na německý veřejný pořádek poté, co alžírské právo, respektující vlastní veřejný pořádek, odmítlo použít německé právo na základě vlastního zpětného odkazu.⁹²

b) pokud vede použití cizí kolizní normy k vlastnímu právnímu řádu, nelze cizí veřejný pořádek zohlednit⁹³ – rovněž s tímto názorem není třeba polemizovat, neboť na území vlastního státu nelze měřit vlastní veřejný pořádek veřejným pořádkem cizího státu.

B. Nepřímé zohlednění

Přístup k zahraničnímu veřejnému pořádku uvedený sub A. lze označit za bezprostřední zohlednění. Vedle něj se pak vyskytují případy tzv. nepřímého zo-

hlednění cizího veřejného pořádku. Jedná se o situace, kdy zahraniční *lex causae* zasahuje do veřejného pořádku třetího státu a současně tím dochází k zásahu tuzemského veřejného pořádku. Jedná se právě o typové případy, kdy judičiální praxe konstatovala rozpor s veřejným pořádkem způsobený zásahem do dobrých mravů (například pašerácké obchody, obcházání zahraničního embarga, obchod se ženami, brání rukojmí, bombové útoky, zcizování kulturních hodnot apod.).⁹⁴

2.4. VEŘEJNÝ POŘÁDEK OBECNÝ A ZVLÁŠTNÍ

Členění, s nímž se nelze v české doktríně setkat, které je však velmi přínosné z hlediska metodologického, je členění veřejného pořádku na obecný a zvláštní. Obecný veřejný pořádek vyplývá z úpravy v obecné normě, v níž je v tom kterém právním řádu upraven. Jedná se o generální klausuli,⁹⁵ základní vymezení toho, co stát za veřejný pořádek považuje, a stanovení podmínek, za kterých přichází v úvahu jeho aplikace.

Vedle toho nauka definuje ještě zvláštní veřejný pořádek,⁹⁶ zakotvený ve vylučujících kolizních normách.⁹⁷ Příkladem těchto ustanovení jsou čl. 13 odst. 2 EGBGB⁹⁸, druhá věta čl. 17 odst. 3,⁹⁹ či druhá věta čl. 23 EGBGB.^{100,101} Takto definovaný veřejný pořádek je obsažen v normách, které česká nauka označuje jako rozšiřující či vylučující,¹⁰² v podmínkách brněnské právnické fakulty je používán rovněž termín materializovaná kolizní norma (srov. ustanovení § 22

⁹¹ Spickhoff v díle cit. v pozn. 76, str. 93–94.

⁹² Tak Oberlandesgericht Karlsruhe a Landesgericht Hannover; převzato od Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 432, marg. č. 73.

⁹³ Tak Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 432, marg. č. 73.

⁹⁴ Podrobněji Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 433, marg. č. 76.

⁹⁵ Voltz, str. 14 a 15.

⁹⁶ Siehr v díle cit. v pozn. 22, str. 486, Voltz, str. 16.

⁹⁷ Podrobněji Bar, Ch. von: Exklusivnormen und Ausländer unter deutschen Personalstatut. Internationales Privatrecht in Praxis, ročník 1985, str 272 a násl.

⁹⁸ Čl. 13 odst. 2 EGBGB: *Fehlt danach eine Voraussetzung, so ist insoweit deutsches Recht anzuwenden, wenn:*

1. ein Verlobter seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat oder Deutscher ist,

2. die Verlobten die zumutbaren Schritte zur Erfüllung der Voraussetzung unternommen haben und

3. es mit der Eheschließungsfreiheit unvereinbar ist, die Eheschließung zu versagen; insbesondere steht die frühere Ehe eines Verlobten nicht entgegen, wenn ihr Bestand durch eine hier erlassene oder anerkannte Entscheidung beseitigt oder der Ehegatte des Verlobten für tot erklärt ist.

⁹⁹ Druhá věta čl. 17 odst. 3 EGBGB: *Kann ein Versorgungsausgleich danach nicht stattfinden, so ist er auf Antrag eines Ehegatten nach deutschem Recht durchzuführen,*

1. wenn der andere Ehegatte in der Ehezeit eine inländische Versorgungsanwartschaft erworben hat oder

2. wenn die allgemeinen Wirkungen der Ehe während eines Teils der Ehezeit einem Recht unterlagen, das den Versorgungsausgleich kennt,

soweit seine Durchführung im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse auch während der nicht im Inland verbrachten Zeit der Billigkeit nicht widerspricht.

¹⁰⁰ Druhá věta čl. 23 EGBGB: *Soweit es zum Wohl des Kindes erforderlich ist, ist statt dessen das deutsche Recht anzuwenden.*

¹⁰¹ Podrobnější rozbor aplikace ustanovení čl. 17 odst. 1 EGBGB viz in Jayme, E.: Scheidung gemischtnationaler Ehen nach deutschem Recht und Auslegung des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB. Internationales Privatrecht in Praxis, ročník 1987, str. 167 a 168; ke stejnému problému obsáhleji také Lüderitz, str. 74 a násl., zajímavou prací z hlediska procesního v oblasti rodinného práva (řešení cizího veřejného pořádku jako předběžné otázky) viz Müller, str. 60 a násl., kritický rozbor ústavně zaručeného práva uzavřít sňatek s ohledem na veřejný pořádek viz Siehr, K.: Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und Internationales Privatrecht. Rabels Zeitschrift, ročník 1972, str. 93 a násl.

¹⁰² Kučera v díle cit. v pozn. 3, str. 106–107.

odst. 2¹⁰³ či § 23 odst. 2 MPSaP¹⁰⁴). Existují však ná- zory, které materializované kolizní normy od veřejného pořádku oddělují.¹⁰⁵

Od účinků veřejného pořádku je třeba odlišit účinky subsidiárních kolizních norem, které rovněž stanoví možnost použít jiný právní řád v rozporu se základním kolizním kritériem. Smyslem zde je, aby došlo k zachování jinak ohrožené existence nároku či platnosti právního úkonu,¹⁰⁶ jde tedy o jakousi korekci navázání, nikoliv o materiálněprávní výsledek.¹⁰⁷

V normě, ve které je zvláštní veřejný pořádek upraven, je ze zákona definován nutný vztah posuzovaného právního poměru k tuzemsku, jenž zakládá rozpor s veřejným pořádkem, resp. nutnost vznést výhradu veřejného pořádku a na místo jinak použitelného cizího práva rozhodného použít právní řád tuzemský.¹⁰⁸ Tím přispívá pro daný typový případ zvláštní výhrada veřejného pořádku ke konkretizaci generální klausele.¹⁰⁹

Zakotvení zvláštního veřejného pořádku přitom nevylučuje možnost využít obecnou výhradu veřejného pořádku.¹¹⁰ To je ostatně logické, neboť se jedná o vztah generality a speciality a ze samotného jazykového srovnání obecné klausele s kterýmkoliv ustanovením o zvláštním veřejném pořádku vyplývá, že speciální veřejný pořádek pokrývá pouze určité typové aplikační okolnosti, s nimž zákon výslovně rozpor s veřejným pořádkem spojuje, čímž nevylučuje, že mohou nastat i jiné okolnosti podřaditelné pod generální klausele.

Při zakotvení zvláštního veřejného pořádku počítá zákonodárce dopředu s tím, že nastanou situace konfliktu mezi potenciálním výsledkem aplikace cizího a vlastního práva a snaží se je také dopředu typizovat. Vychází přitom z představy, že tuzemské právo může být výhodnější a garantuje určitý minimální standard tím, že zakotví podmínky, které jsou schopny prosadit vlastní právní řád na úkor právního řádu, na nějž jinak navazuje základní kolizní řešení. V rovině aplikační to má tu výhodu, že subjekt aplikace práva nemusí odůvodňovat naplnění poměrně abstraktních kritérií veřejného pořádku, neboť ta právní úprava presumuje a stačí zjistit, zda byla naplněna zákonem konkrét-

ně stanovená skutková kritéria pro aplikaci vylučující normy.

2.5. VEŘEJNÝ POŘÁDEK POZITIVNÍ A NEGATIVNÍ

I toto členění kritérium veřejného pořádku není rozpracováno naukou jednotně a provází je celá řada přinejmenším nesystémovostí.

Spíše než o pozitivním a negativním veřejném pořádku by bylo vhodnější hovořit o jeho pozitivní a negativní funkci. Kolizní právo, jež se snaží být co možná nejspravedlivější, svou abstraktností představuje „skok do tmy“, který s sebou nese riziko nespravedlnosti. Tato nespravedlnost je relativní, neboť je poplatná představám jednoho právního řádu, právního řádu fóra. Veřejný pořádek představuje vlastně materiální hodnocení výsledku použití kolizní normy a v případě, že je kolizní řešení s touto hodnotovou představou v nesouladu, umožňuje použití cizího práva odepřít. V tom spočívá negativní funkce veřejného pořádku.¹¹¹ Vedle toho existují nejzákladnější, nezaměnitelné hodnoty právního řádu, označované někdy jako *public policy*, *ordre public*, tedy jako veřejný pořádek, na jejichž ochraně má každý stát zásadní zájem a prosazuje je proti jakémukoliv právnímu řádu. Jedná se o jakýsi výchozí bod, od něž se teprve odvíjejí představy a možnosti použití cizího práva. V tomto ohledu působí tedy veřejný pořádek pozitivně.¹¹²

Dále je podotýkáno, že tyto dvě funkce se v dnešní době od sebe striktně oddělují, přičemž nástrojem prvně jmenované je výhrada veřejného pořádku. Ta se omezuje pouze na příkaz nepoužít obsahově neudržitelné právní normy, jež byly povolány kolizní normou. Naproti tomu v pozitivní funkci veřejného pořádku se projevuje jasná vůle upřednostnit normy, jež mají veřejnoprávní charakter a sledují sociální a hospodářsko-politické cíle státu. Normy a hodnoty, jež jsou odrazem pozitivní funkce veřejného pořádku, nejsou ve světle dnešních přístupů podřaditelné pod obecná kolizní pravidla, jedná se o „*lois d'application immédiate*“, pro něž judikatura formuluje zvláštní jednostranné normy.¹¹³

¹⁰³ Ustanovení § 22 odst. 2 MPSaP: *Jestliže by bylo třeba podle odstavce 1 použít cizího právního řádu, který by zrušení manželství rozvodem nedovoloval anebo jen za okolností mimořádně tíživých, avšak manželé nebo alespoň jeden z nich žije v České republice delší dobu, použije se práva českého.*

¹⁰⁴ Ustanovení § 23 odst. 2 MPSaP: *Žije-li dítě v České republice, může být otcovství určeno (zjištěno nebo popřeno) podle práva českého, je-li to v zájmu dítěte.*

¹⁰⁵ Tak Rozehmalová – Týč v díle cit. v pozn. 64, str. 133.

¹⁰⁶ K tomu viz Kučera v díle cit. v pozn. 3, str. 107.

¹⁰⁷ Jayme v díle cit. v pozn. 60, str. 31.

¹⁰⁸ Ibidem, str. 23.

¹⁰⁹ Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 414, marg. č. 24.

¹¹⁰ Dopffel, str. 1212–1213 s odkazem na důvodovou zprávu k novele EGBGB, shodně Jayme v díle cit. v pozn. 60, str. 23.

¹¹¹ K tomu viz Schurig v díle cit. v pozn. 22, str. 453.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Kropholler v díle cit. v pozn. 28, str. 239–240.

Společným měřítkem pro popsání přístup k veřejnému pořádku je jen to, že má sloužit k ochraně zájmů, jež jsou pro stát důležité, nicméně zájem na této ochraně je v každé z uvedených situací jiný. Česká nauka hovoří v uvedeném smyslu o pasivním a aktivním veřejném pořádku, přičemž význam aktivní veřejný pořádek koresponduje obsahově s termínem negativní veřejný pořádek a termín aktivní s uvedeným významem pozitivní.¹¹⁴ V souvislosti s aktivním veřejným pořádkem jsou chráněné hodnoty označovány jako „zákony veřejného pořádku“, které sledují uspokojení tak naléhavých společenských zájmů, že se jich musí bez dalšího použít.¹¹⁵ Tyto normy se jeví jako absolutně kogentní v tom smyslu, že působí závazně bez ohledu na to, kterým právním řádem se má řídit posuzovaný stav, jsou tedy pro svou povahu přímo použitelné.¹¹⁶

Z popsání přístupů lze dovodit tendenci, že veřejným pořádkem v tradičním kolizním smyslu (jak byl popsán v kapitole 1.2.),¹¹⁷ je jen veřejný pořádek v negativním smyslu. Pozitivní veřejný pořádek spadá do oblasti teorie nutně použitelných předpisů, lze se tak ztotožnit s postojem,¹¹⁸ že je vhodnější se jimi zabývat mimo rámec problematiky veřejného pořádku, aby nedocházelo ke směřování terminologie, neboť ta se na první pohled popírá, když závěry z ní vyplývající říkají, že nutně použitelné předpisy jsou veřejný pořádek (aktivní, pozitivní) a obratem ruky říkají, že se vlastně o kategorii veřejného pořádku nejedná a že mají svůj naprosto odlišný právní režim, prosazovaný např. za pomoci čl. 34 EGBGB či čl. 7 Římské úmluvy o právu rozhodném pro závazky ze smluv ze dne 19. 6. 1980 (dále jen „ŘímÚ“).¹¹⁹

V této souvislosti je možné nabídnout ještě další pohled na věc, jenž má vynikající vypovídací schopnost. Lze totiž říci, že negativní a pozitivní funkce veřejného pořádku jsou dvěma stranami téže mince. Veřejný pořádek, ať už v jakékoliv míře „zaměnitelnosti“ plní roli ochrany hodnot, které ztělesňuje vnitrostátní právo. A jestliže dojde k vyloučení cizího práva, dojde tak ve vztahu k němu k negativnímu zásahu, který je pro tuzemský právní řád pozitivní tím, že se prosadí na úkor cizího práva.¹²⁰ Vyskytuje se rovněž názor, že rozlišování mezi negativní a pozitivní funkcí veřejného pořádku je pouze věcí nastavení kritérií. Veřejný pořádek působí vždy pozitivně, pokud nastavíme jeho funkci jako „bezpodmínečné prosazení tuzemského práva“ a stejně tak může působit vždy negativně, pokud nastavíme jeho funkci jako „odmítnutí norem cizího práva z důvodu ochrany tuzemských hodnot“. Z tohoto pohledu se jeví rozlišování veřejného pořádku na pozitivní a negativní zavádějící.¹²¹

Za této situace by spíše bylo možné hovořit o pozitivní a negativní funkci ochrany hodnot ztělesněných tuzemským právem ve vztazích s mezinárodním právem. Jestliže by se jednalo o pozitivní ochrannou funkci, vyjadřovala by, že jsou tuzemské hodnoty prosazovány bez ohledu na kolizněprávní režim posuzovaného právního vztahu. Pokud by šlo projev funkce negativní, bylo by možné ji vnímat jako ochranu hodnot před zásahy cizího práva.

Pokračování, které bude následovat v příštím čísle, se bude zabývat podrobněji rozbohem jednotlivých kritérií veřejného pořádku a podmínek jeho uplatnění.

¹¹⁴ Srov. k tomu *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 184.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Podrobněji *Pauknerová, M.*: Přímá aplikace administrativněprávních norem v mezinárodním právu soukromém. In: *Studie z mezinárodního práva*. Svazek 18. 1. vydání. Praha: Univerzita Karlova, 1984. Str. 163–164.

¹¹⁷ Viz k tomu *Rozehnalová – Týč* v díle cit. v pozn. 21, str. 637–638.

¹¹⁸ *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 184.

¹¹⁹ Srov. *Kropholler* v díle cit. v pozn. 28, str. 240.

¹²⁰ Podrobněji *Schurig* v díle cit. v pozn. 22, str. 456–457.

¹²¹ Podrobněji *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 411, marg. č. 17.

Některé otázky práva v kyberprostoru

Radim Polčák*

ÚVOD

Při pokusech o vymezení toho, čemu můžeme z hlediska právní vědy a věd takzvaného širšího vědního základu říkat „kyberprostor“, je třeba vyvarovat se extrémních pozic. Není totiž žádoucí problematiku síťových prostředí bagatelizovat a hledět na ně pouze jako na komunikační prostředky nebo ještě úžeji jako na pouhá média¹. Na druhé straně není zřejmě pro účely právní vědy vhodné uchýlovat se ani k druhému extrému a definovat kyberprostor jako zcela nové prostředí, které existuje nezávisle a funguje na vzorcích diametrálně odlišných od takzvaného prostředí reálného. Nejde přitom ani tak o to hledat mezi těmito extrémy nějaké zlaté střední cesty, ale spíše konkrétně hodnotit stávající právní mechanismy, instituty i samotné normy vzhledem k funkcím, jež mají plnit v kvalitativně specifickém společenském prostředí².

DEFINICE PROSTŘEDÍ

Takzvané vědy širšího vědního základu právních věd definují kyberprostor charakteristickými znaky závislými na jejich konkrétním úhlu pohledu. Skutečnost, že filozofie, psychologie, sociologie či etika se již prostorem celosvětové sítě v hojně míře zabývají, pak může být i právní teorii určitým signálem k diferencovanému přístupu.

Z hlediska filozofického je určujícím definičním znakem kyberprostoru jeho specifická existenciální re-

alita, jejímž zkoumáním se věnuje zejména Lévy.³ Stále ještě široce používanou klasifikaci skutečností na virtuální a reálné přitom zahrnuje s poukazem na relativnost vymezení hranice mezi oběma „světy.“ Jestliže totiž hovoříme například o virtuálních obchodech nebo virtuálním přátelství a myslíme tím obchody či přátelství, jež se vyskytují v prostoru celosvětové informační sítě, není užití výrazu „virtuální“ ve smyslu opak reálného na místě. Obchod se totiž buď uskuteční nebo nikoli a stejně tak přátelství buď je nebo není – lhotejno, zda smyslem obchodu je přesun hmoty či informací nebo zda se přátelství realizuje ve formě společné návštěvy baru či partií bridže na některém ze zábavních serverů. Namísto kategorie reality a virtuality tak Lévy zavádí novou existenciální dualitu aktuálního a neaktuálního, přičemž tato systematika lépe odpovídá povaze skutečností, jejichž zkoumáním se zabýváme. Potřebě hledět na skutečnosti dle jejich aktuálnosti a nikoli dle toho, zda jsou takzvaně reálné či takzvaně virtuální, se již nyní odráží i v aktuální tuzemské rozhodovací praxi⁴.

Jako specifické prostředí pojímá kyberprostor i sociologie, přičemž díky jeho základním definičním charakteristikám daným odlišnou strukturou takzvaných definičních norem⁵ se mění i povaha zde existujících společenských vztahů. Sociologie, všímajíc si jevů lidské soudržnosti,⁶ definuje kyberprostor jako sociální realitu⁷, v jejímž rámci je možné sledovat specifické sociální procesy a jevy. Jedná se například o takzvaný multikulturalismus, jehož výzkumem se zabývá Anderson⁸ či o rozmach takzvaných vědomostních

* JUDr. Radim Polčák, Katedra právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

¹ Pokus uklidnit právní vědu ve smyslu toho, že není třeba nových teorií stran působení mechanismu právní regulace v prostředí celosvětové sítě učinil v roce 1998 profesor chicagské university Jack Goldsmith ve své práci GOLDSMITH, J.: *Against Cyberanarchy*. *Chicago Law Review*, 1998, str. 1199 a násl.

² V replice na práci Jacka Goldsmitha tento přístup rozpracovává a argumentuje profesor David G. Post ve své práci POST, D. G.: *Against „Against Cyberanarchy.“* Beasley, 2000.

³ Viz LÉVY, P.: *Becoming Virtual – Reality in the Digital Age*. New York, 2002.

⁴ Například v trestní věci týkající se pomluvy, jež se měla uskutečnit prostřednictvím www prezentace, rozhodl vyšetřovatel o zastavení trestního stíhání s poukazem na neexistenci jednoznačných reálných důkazů. V rozhodování o stížnosti ministra spravedlnosti však Nejvyšší soud ČR pod č.j. 4 Tz 265/2000 vyslovil právní názor, že „virtualita“ skutku sama o sobě neznamená jeho právní neexistenci a tudíž je třeba k rozhodnutí o dalším procesním postupu v trestním řízení zajistit všechny dostupné důkazy, tedy i takové, jež prokazují takzvaně „virtuální“ skutečnosti.

⁵ Jedná se o specifický typ norem, které vytvářejí prostředí celosvětové sítě (jsou jimi zejména komunikační standardy, protokoly, ale i některá pravidla chování) – blíže viz POLČÁK, R.: *Law and Other Normative Systems in Cyberspace*. In *Cyberspace 2003: Normative framework*, sborník konference *Cyberspace 2003: Normative systems*, Brno, 2004, str. 13 a násl.

⁶ Srov. BLÁHA, A. I.: *Jak se sociologicky dívat na život*, Brno, 1947, str. 6.

⁷ Viz např. ŠKOP, M.: *Cyberspace as social reality*. In *Cyberspace 2003: Normative framework*, sborník konference *Cyberspace 2003: Normative systems*, Brno, 2004, str. 1 a násl.

⁸ Viz ANDERSON, W. T.: *Communities in a world of open systems*, *Futures*, číslo 31, ročník 1999, str. 460.

komunit, které popisuje Dickinson.⁹ V rámci celosvětové informační sítě ale probíhá i výzkum na tradičních sociologických polích působnosti, z nichž patrně nejzajímavějšími jsou otázky sociální interakce mezi mladistvými¹⁰ a specifické typy okrajových sociálních skupin jako například takzvaných hackerů¹¹.

Rovněž psychologie, která si všímá důvodů, proč „lidé dělají to, co dělají,¹²“ zkoumá specifické rysy nového prostředí a jeho vliv na lidskou osobnost a motivační faktory lidského jednání. Pro právní vědu nejzajímavějšími liniemi, jimiž se psychologie při definici kyberprostoru ubírá, jsou zejména otázky spojené s virtuální identitou¹³ nebo též virtuální reprezentací.¹⁴ Fenomén takzvaného „odtělesnění“ se přitom ve spojení se značnou mírou (domnělé) anonymity projevuje nejrůznějšími způsoby, mnohdy i jednáním jdoucím proti společenským normám, právní normy nevyjímaje.

I pro etiku představuje kyberprostor určitou výzvu, neboť otázky po tom „co je nejvyšší dobro a jaké jsou prostředky k jeho dosažení¹⁵“ získávají s novým prostředím zcela nový rozměr. Vzhledem k tomu, že určující charakteristikou prostředí celosvětové sítě Internet je výměna informací, zaměřuje se etika právě na mechanismy, jimiž informace získáváme, držíme, zpřístupňujeme či komunikujeme. Etickými dilematy, které s informační aktivitou jedince souvisejí, se zabývá specifická odnož etiky označovaná jako etika informací nebo též infoetika.¹⁶

METODA

Kyberprostor představuje prostředí, jehož určujícím znakem je neustálý vývoj. Obecným smyslem vý-

voje je pak čelit přirozené definiční tendenci našeho „reálného“ prostředí označované jako entropie. Stejně jako takzvaný reálný svět se tedy kyberprostor sám a vše, co je jeho součástí, soustavně mění a vyvíjí, což je ostatně projevem jeho životnosti a naplněním jeho kybernetické definice¹⁷.

Metody zkoumání kyberprostoru nutně musejí jeho organický a proměnlivý charakter odpovídajícím způsobem reflektovat. Právní věda, ať už ve své pozitivistické či přirozenoprávní formě, používá často přirovnání společnosti k živým organismům a svými metodami se někdy dokonce může blížit vědám přírodním. Můžeme se dokonce setkat i s pitoreskními případy, kdy jsou přírodovědné metody přímo „roubovány“ na problematiku zkoumání systému právních norem.¹⁸

Jakoli je možné pozorovat určité paralely s vývojem společností a přírodními procesy¹⁹, jsou momenty – a historie celosvětové sítě je jimi doslova přesycena – kdy je další směr společenského vývoje určován zcela nahodile nebo přinejmenším nestandardními faktory. Pak by se dal sociální pokrok s určitou mírou nadsázky přirovnat spíše k dění v oboru malých částic a zákonitosti tohoto procesu pak spíše k zákonům kvantové fyziky.

Z výše uvedeného vyplývá, že je třeba hledat takové metody, které budou reagovat na prudký, neuspokojený a stálý pohyb celého systému a které nezaskočí ani případná nahodilost ve změnách jeho definičních znaků. K tradičním pozitivistickým metodám, které „redukují studium vědy na logickou analýzu stávajícího vědění a logickou analýzu vědeckých postupů²⁰“ bude tak třeba přiřadit i přístupy související s Kuhnovou koncepcí takzvaných vědeckých revolucí,²¹ které jsou samy o sobě organické a schopné

⁹ DICKINSON, A. M.: Knowledge Sharing. In *Cyberspace: Virtual Knowledge Communities*, sborník konference Practical Aspects of Knowledge Management: 4th International Conference, Heidelberg, 2002, str. 457–471.

¹⁰ rozsáhlou studii takzvaných on-line vztahů mezi mladistvými publikovali relativně nedávno Wolak, Mitchellová a Finkelhor – viz WOLAK, J., MITCHELL, K. J., FINKELHOR, D.: Escaping or connecting? Characteristics of youth who form close online relationships, *Journal of Adolescence*, číslo 26, ročník 2003, str. 105–109.

¹¹ K pojmu viz např. LEVY, S.: *Hackers, Heroes of the Computer Revolution*. Champaign, Project Gutenberg, 1996.

¹² Viz SMÉKAL, V.: *Pozvání do psychologie osobnosti*. Brno, 2002, str. 12.

¹³ Viz např. ROBINS, K.: *Kyberprostor a svět ve kterém žijeme*. Revue pro média, číslo 5, ročník 2003, str. 16.

¹⁴ Viz ŠMAHEL, D.: *Psychologie a internet*. Praha, 2003, str. 20 a násl.

¹⁵ Viz PAULSEN, F.: *A system of Ethics*, Cambridge, 1899, str. 4 a násl.

¹⁶ Viz ČINČERA, J.: *Ethics, Information and Modern Society*. In *Cyberspace 2003: Normative framework*, sborník konference Cyberspace 2003: Normative systems, Brno, 2004, str. 83 a násl.

¹⁷ Faktický zakladatel kybernetiky Norbert Wiener k její podstatě uvádí: „Zatímco vesmír jako celek projevuje sklon k zániku, existují jisté lokální enklávy, jejichž vývojová tendence, jak se zdá, je protichůdná vývojovým tendencím celého vesmíru, a v nichž se projevuje omezená a dočasná tendence k růstu a organizovanosti. A právě v některé z těchto enkláv nachází život svůj domov. Zvláště toto hledisko je jádrem názorů, z nichž se začal rozvíjet vědní obor – kybernetika.“ – kyberprostor je zde tedy vymezen jako „enkláva, kde život našel svůj domov“.

¹⁸ Z nich viz např. VITTELOOSTUHN, A.: *Ecology of Law*. *International Journal of the Sociology of Law*, číslo 31, ročník 2003, str. 55 a násl.

¹⁹ Nesmírně zajímavá je v tomto směru poněkud zapomenutá publikace z přelomu století, jejíž autor Emile Boutroux se pokusil za užití stejné metodologie pojmut a popsat veškerá známá pravidla (společenské normy i přírodní zákony) – viz BOUTROUX, E.: *Natural Law in Science and Philosophy*, New York, 1914.

²⁰ Viz DEMJANČUK, N.: *Filosofie a vědecké myšlení*. Dobrá voda, 2002, str. 149 a násl.

²¹ Viz tamtéž.

tak reagovat i na měnící se povahu objektu zkoumání. Stručně řečeno tedy v tomto případě nepostačí jistota a kvalitní argumentační zázemí – organický charakter materie a potřeba jednoduchých výsledných soudů nás zavedou i k metodám více méně odvážným.²²

PRÁVO V KYBERPROSTORU

Z hlediska právní vědy je kyberprostor specifickým prostředím, v jehož rámci vznikají, mění se a zanikají právní vztahy²³, neboť právě jejich prostřednictvím se právo ve společnosti fakticky realizuje. K tomu, aby se tak mohlo dít, je třeba, aby v tomto prostředí byly naplněny dvě základní *conditiones sine quae non* právních vztahů a aby zde existovaly i jejich jednotlivé prvky.

První a nutnou podmínkou vzniku právního vztahu je existence právní normy, druhou podmínkou, jejíž existence se vyžaduje ze zásady, je pak výskyt určité právní skutečnosti, s níž právní norma počítá ve své hypotéze. Z toho pak plyne, že v případě takzvaných nepodmíněných norem se ke vzniku právního vztahu přistoupení právní skutečnosti nevyžaduje. To, co bude pro právní vědu v této souvislosti důležité, je tedy kvantitativní otázka fungování systému právních norem v prostoru celosvětové sítě neboli otázka působnosti právních norem.

Obecně platí, že působnost právní normy představuje vztah mezi normou a realitou. Není přítom pochyb o tom, že právo jako normativní systém v kyberprostoru působí, neboť ten je integrální součástí naší sociální reality – otázkou však je, kdo nad kyberprostorem vykonává jurisdikci, jinými slovy: Jaká státní autorita má v různých situacích legislativní pravomoc k tomu normy pro kyberprostor definovat, vykládat a realizovat²⁴. Zejména v otázce místní působnosti se tak v praxi potýkáme s problémem delokalizovaného (neboli globalizovaného) charakteru celosvětové sítě v konfliktu s tradiční přísně lokalizovanou koncepcí státní jurisdikce. Praktickým problémem, který stále čeká na vyřešení, pak je zejména skutečnost, že subjekty porušující imperativní normy určitého státu

se z hlediska právního prostě „odstěhují“ mimo území jeho lokalizované jurisdikce, přičemž v samotném kyberprostoru tuto změnu nelze ani postřehnout. Důsledkem je pak z hlediska efektivity práva²⁵ krajně nežádoucí jev, který můžeme označit jako takzvanou „banánovou jurisdikci“²⁶.

Delokalizace právních vztahů v kyberprostoru je z výše uvedených důvodů záležitostí, jejíž vyřešení nebude nikterak jednoduché a alespoň částečné prolomení principu lokalizované jurisdikce, ať už bude mít jakoukoli formu, bude nutnou podmínkou k zajištění větší efektivity práva a jí následované právní jistoty. Zajímavý přístup v tomto směru zvolily v některých případech americké soudy, přičemž jim v tom pomáhá tradiční angloamerický princip stanovení jurisdikce na základě takzvaného pravidla minimálního vztahu.²⁷ Na jedné straně je třeba s ohledem na zachování právní jistoty stran varovat před přílišnými extenzemi, na straně druhé je však možné s přijatelnými výsledky a z argumentačního hlediska i vcelku kvalitně dovozovat delokalizovanou jurisdikci v popsanych záležitostech i za užití právních prostředků, jež jsou součástí našeho právního řádu²⁸.

Právní vztah je tvořen jeho základními stavebními prvky, kterými jsou jeho subjekty, objekty a obsah. Kterýkoli z těchto prvků přitom může mít původ v kyberprostoru a právní teorii v této souvislosti zajímá, jak v takovém případě povahu základních prvků právního vztahu hodnotit.

Co se týče subjektu respektive institutu jeho právního uznání, který nazýváme právní subjektivitou, zde je třeba postupovat striktně pozitivisticky a za subjekt práva tak považovat určitou osobu nebo entitu jen v takovém případě, jsou-li splněna zákonná kritéria pro její uznání. Právní subjektivita je tedy dána pouze takové virtuální identitě, která reprezentuje osobu v právním slova smyslu. *A contrario* se pak dostáváme k poznání, že jiné osoby nebo entity právní subjektivitou nedisponují a nemohou být tudíž subjektem právního vztahu, přičemž problém, který bude muset být v budoucnosti vyřešen, představuje z hlediska právního povaha takzvaných umělých bytostí (v současnosti nazývaných nejčastěji jako expertní systémy

²² Zde se, vzato s nadsázkou, přímo nabízí paralela s institutem takzvané odvážné smlouvy, kterou Obecný zákoník občanský definoval jako smlouvu „kterou se slibuje a přijímá naděje ještě nejisté výhody.“ – viz § 1267 Císařského patentu č. 946/1811 f.z., Obecný zákoník občanský.

²³ K pojmu viz KNAPP, V.: Teorie Práva. Praha, 1995, str. 202 a násl, k dalšímu výkladu viz tamtéž.

²⁴ K tomu blíže viz SVANTESSON, D.: Jurisdictional Issues and the Internet – A Brief Overview. In Cyberspace 2003: Normative Framework, Brno, 2004, str. 19 a násl.

²⁵ K pojmu viz HAJN, P.: Efektivnost hospodářského práva, Brno, 1980.

²⁶ V případě hrozby právní sankce poskytovatel právně závadných informací tyto informace bez vnějších dopadů fyzicky přesune mimo efektivní dosah civilizovaných právních řádů obrazně řečeno pod jurisdikci „nějakého banánovníku“.

²⁷ Toto pravidlo se v praxi praktikuje tak, že soud zjišťuje, zda jednání určitého subjektu mělo minimálně účinky na území pod jurisdikci, kterou hájí. Bližší vysvětlení pojmu včetně příkladů uplatnění jurisdikce nad kyberprostorovými právními vztahy dle tohoto principu viz WILSON, R.: The Law(s) of Cyberspace, Cornell Hotel and Administration Quarterly, číslo 4, ročník 2000, str. 55 a násl.

²⁸ Srov. POLČÁK, R.: Delokalizovaná jurisdikce a možnosti argumentace extenzivního výkladu § 87 písm. b) OSŘ. Jurisprudence, číslo 1, ročník 2004, str. 9 a násl.

nebo neuronové sítě). Diskuse o těchto bytostech a jejich právním postavení přitom není žádným rozevlátým úprkem směrem ke sci-fi – nehovoříme zde o žádných humanoidech či RUR, ale o programových strukturách, které vykazují znaky živých bytostí a kterými jsou například samostatně pracující servisní programy „vypuštěné“ do určitého systému; ten pak průběžně kontrolují, opravují případné nedostatky a přitom všem se samy zdokonalují, přičemž některé z nich jsou dokonce vybaveny i schopností množit se.

V současné době se objevují diskuse o možnostech ochrany takových „umělých bytostí“, přičemž tyto debaty jsou vedeny zcela racionální úvahou, která říká, že pokud jsou jako speciální objekty práva chráněny například zvířata, je zde i důvod speciálně chránit tyto struktury, které přestože existují jen ve specifickém prostředí, vykazují mnohdy vyšší stupeň inteligence a chápavosti než leckterý „přírodní“ tvor. Toto je však pouze první stupeň úvah – zde je třeba rozlišovat mezi zvláštní ochranou těchto entit jako objektů práva a mezi jejich právní subjektivizací²⁹.

Objekty právního vztahu jsou stručně řečeno tím, k čemu právní jednání subjektů objektivně směřuje. Rozlišujeme přitom mezi takzvanými objekty primárními, jimiž bývají zpravidla nejrůznější druhy clových stavů a objekty sekundárními, jimiž jsou věci, jichž se právní vztah týká. Z hlediska definičních znaků přinesl kyberprostor obohacení jak oboru primárních, tak i sekundárních objektů právních vztahů, přičemž o primárních předmětech nového typu jsou uzavírány zejména soukromoprávní smlouvy – objevuje se tak například pronájem doménového jména, reklama prostřednictvím nejrůznějších specifických instrumentů, provozování e-mailové schránky, takzvaný webhosting nebo například provoz avatara (virtuální postavy) v některém z takzvaných virtuálních světů. Co se týče sekundárních předmětů právních vztahů, i zde vznikla hned celá řada nových typů počínaje nejrůznějšími hodnotovými substituty (například různé kredity nebo takzvané fazole používané jako médium k uskutečňování mikroplateb) přes virtuální věci v právním smyslu slova (jakými jsou například již zmíněné expertní systémy či neuronové sítě) až po sekundární objekty, jejichž existenci upravuje obor práv duševního vlastnictví – těmi jsou například počítačové programy či „virtuální“ umělecká díla.

Co se pak týče obsahu právního vztahu, ten tvoří vzájemná práva a povinnosti subjektů. Obecný kata-

log jednotlivých práv a povinností, které mohou tvořit obsah právního vztahu, je poměrně jednoduchý a Právem uznaná práva a povinnosti, tj. *dare, facere, omittere a pati*, přitom nevykazují v kyberprostoru oproti doposud známým aplikacím žádné odchylky. I když se tedy můžeme setkat s právními vztahy se specifickými objekty, jejich obsah zůstává ve srovnání se vztahy „reálnými“ typově nezměněn a výše uvedený katalog tak není nutné nějak rozšiřovat či měnit.

Posledním důležitým definičním znakem kyberprostoru, jehož studiem se teoretická právní věda intenzivně zabývá, je problematika fungování právních záruk zákonnosti a z nich na prvním místě problematika právní odpovědnosti. Analogicky se studiem právních vztahů jedná zejména o to, kdy je subjekt působící v kyberprostoru deliktně způsobit a jaké formy mohou mít jednotlivé prvky právní odpovědnosti, tj. kromě subjektu ještě subjektivní stránka, objekt a objektivní stránka deliktu. Již dnes přitom vystávají zásadní teoretické otázky například po tom, kde došlo ke škodlivému následku právního jednání, zda byla nebo nebyla způsobena škoda, zda k porušení právní povinnosti došlo zaviněním či nikoli a pod. Teoretickou povahu vyžadující odpovídající řešení však mají i mnohem konkrétnější problémy související s právní odpovědností – typicky například otázka specifických kritérií pro posuzování existence soutěžního charakteru určitého právního jednání³⁰.

ZÁVĚR

Právě provedený nástín některých otázek, s nimiž se v souvislosti s existencí celosvětové informační sítě potýká právní věda a právní praxe, samozřejmě nepředstavuje jejich úplný katalog. Cílem autora bylo na tyto otázky alespoň rámcově upozornit a zároveň poukázat na potřebu jejich řešení – nejedná se přitom o nějakou rozevlátou vizi či věštbu budoucího vývoje, ale o reakci na již existující problémy, jež přinesl a přináší bouřlivý vývoj společnosti v nových komunikačních strukturách. Důležité je v této souvislosti především si uvědomit, že kromě řešení partikulárních právních otázek, jakými jsou například elektronická kontraktace či ochrana osobnosti, je třeba zaměřit se na problémy obecnějšího charakteru, neboť bez zvládnutí základního právně teoretického rámce nového prostředí nebudeme již brzy schopni tyto konkrétní právní problémy

²⁹ Liberecký etik Jan Činčera pojímá z pohledu etiky právní subjektivitu zejména jako možnost bránit se proti zásahům do subjektivních práv. Konstatuje přitom, že tato možnost má být dána člověku a zvláštěm druhům entit v tom případě, pokud jsou tyto subjekty schopné uvědomovat si újmu na svých právech nebo jinak řečeno duševně trpět. Analogicky by pak možné předpovědět, že jakmile bude umělá bytost schopná cítit příkoří, bude tím dán základní důvod k tomu přiznat jí postavení subjektu v právním slova smyslu.

³⁰ Zajímavý a z argumentačního hlediska i vcelku kvalitní názor vyslovil v rozhodnutí o předběžném opatření ve věci Nc 1072/2001-7 Městský soud v Praze, když konstatoval, že pokud se v prostoru sítě internet střetnou dva hospodářsky aktivní subjekty, navazují mezi sebou nepřímo soutěžní vztah, ať už je jejich obor podnikání jakýkoli, neboť v tomto specifickém prostředí soupeří o stejnou hodnotu, tj. o komunikační potenciál.

řešit³¹. Řešení těchto základních otázek přitom, jak je vidět ze stávající právní praxe, nemusí nutně spočívat jen v legislativních opatřeních. Mnohem lépe než legislativa často i zde poslouží soukromoprávní mechanismy jako smlouva či rozhodčí řízení nebo kvalitní au-

toritativní interpretace a aplikace práva. Obrazně řečeno tak mnohdy stačí rozhlédnout se po nekonečných plánech soukromého práva či s odvahou otevřít, slovy profesora Hajna, některé z přirozenoprávních oken, jež nám nabízí imperativní legislativa práva veřejného.

³¹ Příkladem takové situace budiž současná causa zahraničních internetových hazardních heren nabízejících služby české klientele – tato partikulární otázka není přitom jen záležitostí legislativy upravující sázkové hry, ale mnohem více se jedná o obecný problém subjektivity, jurisdikce a efektivity práva.

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

Financování veřejnoprávních elektronických médií a právo

Petr Hajn, Lukáš Pták*

Problematika, kterou naznačuje název tohoto příspěvku, patří takřka k diskusním i legislativním námětům současné doby.¹ Příliš se od sebe neliší obecné představy o tom, jakým požadavkům musí právní regulace dané záležitosti vyhovovat. Jde o to, aby veřejnoprávní elektronická media (dále jen „veřejnoprávní media“ event. „provozovatelé vysílání ze zákona“) měla takový rozsah finančních prostředků, jež jim umožní dostat úkolům „veřejné služby“, uspokojit hodnotným programem² různorodá přání posluchačů a diváků, dále se rozvíjet po stránce programové i technické. Zároveň by systém financování veřejnoprávních médií neměl dovolit, aby se získanými penězi bylo plýtváno.

Obecná názorová jednota (alespoň ta veřejně vyjadřovaná) existuje i potud, že způsob získávání ekonomických zdrojů pro veřejnoprávní media nesmí ohrožovat nezávislost provozovatelů vysílání – nezávislost na subjektech ze světa politiky i byznysu. Takovému požadavku bude nejlépe vyhovovat situace, za níž při financování veřejnoprávních elektrotechnických médií převažují účastnické poplatky automaticky valorizované ve vazbě na některou z objektivně zjišťovaných ekonomických veličin (zejména míru inflace). Způsob zvyšování účastnických poplatků a zejména pak jejich výchozí úroveň jsou ovšem již příhodným polem pro střet politických stran. Jejich stanoviska

mohou být motivována zájmy na tom, aby si udržely trvalejší vliv na určování výše účastnických poplatků, aby se prezentovaly jako ochránci sociálně slabších vrstev a zřejmě i některými zájmy dalšími, ať již veřejně prezentovanými či nepřiznanými.

Zároveň se počítá s tím, že veřejnoprávní elektronická media budou získávat peníze pro svou činnost prostřednictvím doplňkových ekonomických aktivit. V této souvislosti je trvalým předmětem polemiky reklama. Vůči jejímu vysílání ve veřejnoprávních médiích vznášejí námitky zásadní odpůrci reklamy. Představitelé soukromoprávních médií pak protestují nikoliv proti reklamě jako takové a jejímu vysílání ve vlastním programu, ale proti jejímu uplatňování ve veřejnoprávním vysílání. Vidí v tom (vedle příjmů z účastnických poplatků) další konkurenční zvýhodnění provozovatelů ze zákona. I toto stanovisko nachází podporu u některých politických sil a jednotlivých politiků, zejména těch, kteří se hlásí k podpoře soukromého podnikání.

Pokud již zde byla zmíněna konkurenční výhoda pro provozovatele ze zákona oproti provozovatelům na základě licence, překvapuje, že v debatách o financování veřejnoprávního vysílání se zapomíná na další doplňkové ekonomické aktivity, které v činnosti veřejnoprávních médií připouští (a také ovšem limituje) zákon. Takové aktivity mohou ohrožovat

* Prof. JUDr. Petr Hajn, DrSc., Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno, Mgr. Lukáš Pták, podnikový právník, Edition Bäureiter, Praha

¹ Viz „Televizní poplatky jsou opět ve hře“ (Mladá fronta – Dnes z 2. 9. 04)

² Hodnotný veřejnoprávní program by ovšem neměl být programem nudným, patří do něj i zábava, jak již před léty judikoval například ústavní soud SRN.

nezávislost vysílání a z tohoto hlediska si zaslouží spíše více kritické pozornosti, než jaká bývá věnována reklamě ve vysílání. Z hlediska konkurenčního sice zpravidla nevedí provozovatelům komerčního vysílání, mohou však vést k neférovým konkurenčním podmínkám vůči některým jiným ekonomickým subjektům. Později se to pokusíme demonstrovat na dílčím příkladu z činnosti Českého rozhlasu. Předtím však uplatníme ještě dvě poznámky k dosud frekventovaným tématům v debatách o tom, jak financovat veřejnoprávní vysílání.

K ÚČASTNICKÝM POPLATKŮM JAKO ZDROJŮM FINANCOVÁNÍ VEŘEJNOPRÁVNÍCH MEDIÍ

Účastnické poplatky jsou zvlášť významným zdrojem financování veřejnoprávních medií, a to nejen pokud jde o množství peněz tímto způsobem získaných, ale proto, že takový zdroj – pokud výše poplatků bude valorizována na základě určitého automatizmu – se nejméně dotýká nezávislosti veřejnoprávního vysílání a plnění těch úkolů, které jsou od provozovatelů vysílání ze zákona očekávány. Existuje proto výrazný zájem na tom, aby právě tímto způsobem bylo získáno nejen absolutně, ale i relativně největší množství peněz pro veřejnoprávní média.

Plnění právě uvedeného požadavku je ohrožováno tím, že existuje poměrně značný nepoměr mezi počtem těch, kdo jednak vlastní rozhlasové a televizní přijímače a jednak těch, kdo účastnické poplatky skutečně hradí. I když se odhady o tomto nepoměru různí, shodují se v tom, že počet neplatičů poplatků je vysoký a u televizního vysílání má dosahovat kolem 20% těch, kdo by měli být k platbě povinni. Takto je nejen značně krácen objem peněz, jež mají veřejnoprávní média k dispozici, jde i o nespravedlnost vůči všem, kdo účastnické poplatky řádně uhradí a jichž by se dotklo i zvýšení poplatků aktuálních.

Náměty na řešení takové nežádoucí situace se objevují různé. Provozovatelé vysílání ze zákona jsou především vyzýváni – s odvoláním na některé zahraniční zkušenosti –, aby zlepšili kontrolu placení poplatků. Ze strany veřejnoprávních medií se namítá, že důslednější zjišťování a postih neplatičů by si vyžádal poměrně nákladné personální i technické zajištění. Vzniká tak obvyklý začarovaný kruh, když bez dostatečného finančního zajištění se nelze dobat k dalším penězům.

Objevují se návrhy na zvláštní televizní (rozhlasovou) daň, kterou by platili všichni (tj. posluchači i neposluchači resp. nevlastníci televizních a rozhlasových přijímačů); šlo by o další ze solidaris-

tických opatření, jakých je v životě společnosti mnoho. Proti tomu rozhořčeně (a často věrohodně) vystupují ti, kdo uvádějí, že ten či onen druh přijímače (zejména televizního) nevlastní či jsou dokonce zásadními odpůrci poslechu a nepovažují proto za správné, aby hradili služby, které nekonzumují.³ Na vlně jejich protestů se mlčky „vezou“ ti, kdo přijímače vlastní, vysílání sledují, avšak poplatky nehradí. (Za zvláštní kategorii by se pak dali požadovat další, kdo příležitostně tvrdí, že jsou sice vlastníky přijímačů, „konzumují“ však jenom soukromoprávní vysílání a nevidí tak důvod k tomu, aby přispívali na vysílání veřejnoprávní.)

Pokud vyjdeme z předpokladu, že naprosto převažující část domácností v České republice televizní a rozhlasové přijímače vlastní a vysílání sleduje, celý problém lze řešit použitím běžné právní techniky – právních domněnek. Šlo by o vyvratitelnou domněnku, že každá domácnost v České republice je vlastníkem rozhlasového a televizního přijímače. Na ni by pak navazovala nevyvratitelná domněnka, že s vlastnictvím takového přijímače je spojen poslech vysílání a též poslech – přinejmenším příležitostný – vysílání veřejnoprávního.

Vyvrácení prvé z domněnek by bylo možné uskutečňovat prostřednictvím i čestného prohlášení, o němž se v dané souvislosti někdy uvažuje.⁴ Snad je oprávněný předpoklad, že alespoň větší část těch, kdo dnes účastnické poplatky nehradí, by nepodávala takové čestné prohlášení, pokud by bylo v rozporu se skutečností. Námět na řešení problematiky cestou právních domněnek zde podáváme v hrubé podobě (takový návrh není hlavním námětem tohoto článku), jistě by bylo nutné dále promyslet jeho legislativní provedení a možné důsledky.

K REKLAMĚ JAKO ZDROJI FINANCOVÁNÍ VEŘEJNOPRÁVNÍCH MEDIÍ

Jak jsme již výše naznačili, existují dva směry námitek proti tomu, aby se reklama uplatňovala ve veřejnoprávním vysílání a byla tak jedním ze zdrojů pro jeho financování. Existují ti, kteří každou reklamu (ať již je publikována jakýmkoliv způsobem) považují jen a jen za manipulaci a proto za zlo, které zvláště do veřejnoprávního vysílání nepatří a zabírá v něm místo pro hodnotnější záležitosti. I kdybychom se ztotožnili s názorem, že reklama je druhem zla, musíme připomenout, že toto zlo umožňuje existenci i záležitosti dobrých (například hodnotného tisku).

Věci jsou složitější i pokud jde o výtky, v nichž je zdůrazňován manipulativní charakter reklamy. Svůj díl manipulace v sobě skrývá každá informace. Je totiž

³ Takových příspěvků byl v poslední době uveřejněn větší počet např. v deníku Mladá fronta Dnes, v rubrice čtenářských dopisů. Pro účely tohoto příspěvku není nutné identifikovat jejich autory.

⁴ S tím počítá i návrh poslankyně Těny Fischerové, jak se o tom zmiňuje článek uvedený v pozn. 1

většinou vybrána z množství nabízejících se informací jiných, hodlá nebo alespoň může někoho ovlivnit. I když reklamu lze (podle jedné z jejích definic) označit za přesvědčovací informaci, její informační složka není zanedbatelná a může být pro adresáta užitečná. Je pak otázka, zda posluchači veřejnoprávního vysílání mají být z těchto možných (a v řadě případů reálných) užitků vylučováni. Ostatně také **reklamní informace je kryta ústavním právem na šíření a přijímání informací.**

Rovněž tvrzení, že reklama zabírá ve veřejnoprávním vysílání místo pro hodnotnější záležitosti, není tak nepochybné, jak by se zprvu zdálo. Ve vysílacím schématu veřejnoprávních stanic je prostor pro vysílání reklam značně limitován, podstatná část vysílacího času se pak vyplňuje ne zcela jednoduše a ne vždy věcmi, které si zaslouží uznání estétů. Naopak existují reklamy, které nápadem, obrazem, vtipem poskytnou i nesporný estetický požitek a někdy i myšlenkovou inspiraci. I právě uvedenými hledisky lze oponovat provozovatelům soukromoprávních stanic, kteří se domáhají zákazu reklamy ve veřejnoprávním vysílání, poukazující na – již také zmíněnou – konkurenční výhodu provozovatelů ze zákona.

Pokud by pak veřejnoprávní stanice nesměly vůbec vysílat reklamy, získaly by soukromoprávní provozovatelé monopol (resp. oligopol) na prezentaci reklam, což by s velkou pravděpodobností zvedlo ceny reklamních časů. Konečně ti, kdo se zajímají o hodnotné pořady i reklamu (takové spojení se vůbec nemusí vylučovat) by možná byli zákazem reklamy ve veřejnoprávním vysílání vedeni k tomu, aby častěji přepínali na vysílání soukromoprávní.

Konečně existence reklamy se obecně ukazuje jako nezbytná pro udržení chodu a rozvoje hospodářského života (alespoň v jeho současném pojetí). Reklamní chování je navíc chováním biologicky podmíněným.⁵ I proto by event. zákaz reklamy ve veřejnoprávním vysílání vedl pravděpodobně k tomu, že by se tam uplatňovala reklama skrytá, jež je nepochybně informačním zlem. (O reklamě veřejně a zřetelně deklarované se říká, že je poctivým či dokonce nejpoctivějším zdrojem přesvědčování, neboť nezatajuje okolnost, že chce adresáta ovlivnit.) Intenzivnější by byly snahy posilovat další ekonomické aktivity jako zdroje příjmů pro veřejnoprávní media, což by vedlo – jak si v dalším textu ukážeme – k ohrožení nezávislosti veřejnoprávních medií a často také k užití veřejnoprávních prostředků pro jiné účely, než ke kterým byly původně určeny.

K VEDLEJŠÍM EKONOMICKÝM AKTIVITÁM VEŘEJNOPRÁVNÍCH SUBJEKTŮ

Problematika podnikání subjektů, jež mají veřejnoprávní povahu a převážnou většinu svých financí získávají z jiných zdrojů než z podnikání, je v evropském kontextu předmětem intenzivního právního zájmu. Za nepřipustné se považuje, aby takto financované subjekty získávaly soutěžní výhodu proti soukromým subjektům podnikajícím v tomtéž oboru. Tato otázka byla i jedním z tematických okruhů, jimiž se zabývala Mezinárodní liga pro soutěžní právo (LIDC) na svých studijních dnech v Kodani ve dnech 21.–24. 9. 1997. Z dílčích národních zpráv a ze souhrnného dokumentu vyplynulo, že evropské státy se různými způsoby (normativní úpravy, soudní a správní rozhodnutí) snaží zajistit rovnost soutěžních podmínek mezi soukromoprávními subjekty a příležitostně podnikajícími subjekty veřejnoprávními. Tak například v Holandsku platí pravidlo, že veřejnoprávní tělesa mohou vstupovat do komerčních aktivit jen tehdy, když při jejich výkonu nebudou mít žádnou výhodu oproti soukromým soutěžitelům.

Ve Velké Británii se v této souvislosti mluví o financování typu „cross-subsidiation“, což je pokládáno za nekalou soutěžní praktiku.

V Německu soud zakázal městskému hřbitovu, aby poskytoval slevy těm, kdo si objednali rakev u pohřební služby vlastněné městem.

V Japonsku se podobný případ řešil v souvislosti s působením obecných jatek, které měly z tohoto svého postavení některé hospodářské výhody a mohly proto na trhu dosahovat – oproti soukromé konkurenci – nižších cen. Byly pak žalovány soukromým řeznictvím, které se domáhalo náhrady škody, jež jim byla touto nekalou soutěží způsobena. Soud uznal, že se jednalo o nerozumně nízké ceny, které nebyly v souladu s veřejným zájmem.

V holandské zprávě pro studijní dny LIDC v Kodani se uvádí, že reprezentativní sdružení holandských podnikatelů zaslalo ministerstvu hospodářství „černou listinu“ s rozsáhlým výčtem těch veřejnoprávních subjektů, které se účastní hospodářské soutěže na soukromém trhu a vyvolávají zde zkreslení soutěže (např. veřejné knihovny se zabývají prodejem knih; městská vodárna obchoduje s minerální vodou; počítačové středisko ministerstva obrany nabízí služby soukromým uživatelům za ceny nižší, než odpovídá běžným komerčním standardům.⁶

⁵ Srov. dříve jako WRIGHT, R.: *Morální zvíře (Proč jsme to, co jsme)*, Nakladatelství Lidové noviny, Praha 19985, str. 418 a další tam citované práce.

⁶ FEENSTRA, J.: *Should bodies governed by public law be subject without any exemption to the general rules of the competition or the law of unfair competition? To what extent do the rules of (unfair) competition operate to suppress possible abuse* „- Revue Internationale de la Concurrence 2/1997, s. 26 a násl.“

PŘÍPADOVÁ STUDIE Z PRAXE VEŘEJNOPRÁVNÍCH MEDIÍ V ČR

Za příklad doplňkové ekonomické aktivity veřejno-právního media může dobře posloužit „Hudební nakladatelství Českého rozhlasu“. Podle informace zveřejněné na www stránkách Českého rozhlasu (dále jen „ČRO“) vzniklo toto „nakladatelství“ v roce 2001. Nemá charakter samostatné právnické osoby, byl se to zdá z uvedeného označení naznačováno a pro vedoucí pracovníci tohoto útvaru používají www stránky označení „delegovaný statutární zástupce nakladatelství“. Jako cíl tohoto útvaru je deklarováno „především vydávání děl, které jsou součástí nové výroby některé ze stanic, nebo symfonického orchestru Českého rozhlasu“.

Pro bližší pochopení podstaty této – poměrně specifické – doplňkové činnosti ČRO i pro vysvětlení problematičnosti některých jejích aspektů budíž uvedeno několik základních informací. Činnost hudebního nakladatele obecně lze definovat jako uvádění hudebních děl na veřejnost, a to prostřednictvím vydávání jejich notových zápisů tiskem a následná distribuce těchto vydání. Ve zcela převažující míře se v našich podmínkách tato finančně i technicky náročná činnost koncentruje především na vydávání děl tzv. vážné hudby. Z pohledu autorského práva se jedná o jeden ze způsobů užití uměleckého díla. Z toho vyplývá i nutnost udělení souhlasu nositele práva autorského k tomuto užití díla za té podmínky, že je předmětem vydání dílo autorskoprávně chráněné, tedy – s jistým zjednodušením – dílo vytvořené žijícím autorem nebo autorem, od jehož úmrtí dosud neuplynulo sedmdesát let. Podle autorského zákona dochází k udělení takového souhlasu – jako nutného předpokladu vydání díla – formou uzavření výhradní licenční nakladatelské smlouvy s nakladatelem díla (nevýhradní licenční smlouvy nakladatelské se v praxi pro jejich zřejmou nevýhodnost pro nakladatele téměř neobjevují).

Motivy obou stran vystupujících do tohoto smluvního vztahu jsou zřejmé. Nakladatel sleduje vlastní podnikatelskou činností dosažení zisku, nositel práva autorského pak usiluje o co nejširší prezentaci díla na veřejnosti a s ní související zhodnocení díla jak v rovině čistě umělecké, tak i ekonomické. Význam skutečnosti vydání hudebního díla tiskem vystupuje v tomto ohledu ještě více do popředí, uvědomíme-li si, že bez dostupného notového materiálu určitého hudebního díla nelze uvažovat o jeho širším veřejném provozování, pořízením zvukového záznamu, jeho vysílání rozhlasem či televizí nebo vydávání hudebních nosičů.

Pro autora či jiného nositele práva autorského (pro zjednodušení ho budeme v dalším textu označovat dále jen jako autora) se činnost *Hudebního nakladatelství ČRO* (opakujeme, že vydává hudební díla v rámci doplňkové ekonomické aktivity ČRO) vyznačuje některými zajímavými specifiky. Jedná se především o nesporně lákavý rozsah „služeb“, které mu uzavření li-

cenční smlouvy k jeho konkrétnímu dílu právě u tohoto subjektu může přinést. ČRO totiž nejen vydá jeho dílo prostřednictvím svého útvaru, je schopen autorovi nabídnout některé další možnosti, které zůstávají ostatním hudebním nakladatelům za plného působení tržních mechanismů zcela nedostupné. Jde především o možnost veřejného provedení díla vlastním *Symfonickým orchestrem ČRO*, pořízení nahrávky tohoto provedení, její odvysílání ČRO samotným nebo kteroukoli další rozhlasovou stanicí náležící stejně jako ČRO do EBU (*European Broadcasting Union*) a konečně i případné poskytnutí zvukového záznamu k jeho vydání v podobě hudebního nosiče.

Tento ekonomicky uzavřený systém představuje pro autora samotného nesporný přínos a proto i zvýšený zájem o spolupráci s ČRO. Z pohledu nakladatelských „konkurentů“ ČRO i z hlediska hospodářské soutěže samotné nás však staví před několik otázek po důvodu a ekonomické i společenské opodstatněnosti této konkurenční výhody, která se může dostávat do střetu jak s ustanoveními o existenční ochraně hospodářské soutěže tak s právní úpravou proti nekalé soutěži.

Uvedeným výčtem se však problematičnost působení ČRO jako hudebního nakladatele nevyčerpává. Jestliže ČRO spojuje plnění svého zákonem stanoveného poslání s činností hudebního nakladatele, vzniká u něj ekonomická zainteresovanost na veřejném provozování a vysílání právě těch děl, jejichž je zároveň i nakladatelem. Na základě zvláštních ustanovení uzavíraných licenčních smluv nakladatelských inkasuje totiž ČRO podíl na jakýchkoli odměnách autorů plynoucích jim z veřejného provozování a vydání jakéhokoli zvukového záznamu (tzv. práva mechanická) vydávaného hudebního díla a vyplácených jim prostřednictvím Ochranného svazu autorského (OSA). Ve svém důsledku to znamená, že OSA autorovi srazí a na ČRO převede dohodnutý podíl z jeho odměny za:

- jakékoli veřejné provedení (odehrání) díla včetně jeho provedení *Symfonickým orchestrem ČRO* samotným,
- jakékoli rozhlasové (nebo i televizní) vysílání díla včetně vysílání ČRO samotným nebo jeho partnerskou stanicí participující na *European Broadcasting Union*.

V nakladatelské praxi je tento popsáný postup v zásadě běžným a opodstatněným mechanismem. Umožňuje totiž nakladateli participovat na příjmech autora, které mu v budoucnosti vzniknou právě zásluhou nakladatele, neboť i on se zasloužil podstatnou měrou o uvedení díla ve známost. Je však zřejmé, že v případě ČRO může tato praxe působit jako faktor působící na nezávislost a vyváženost jeho vysílání, jež jsou zákonem o ČRO i jeho Statutem deklarovány jako základní kritéria řídicí jeho činnosti.

Podle § 11 zákona č. 484/91 Sb. ve znění pozděj-

ších předpisů o Českém rozhlasu (dále jen „zákon“) je Český rozhlas „oprávněn vykonávat za podmínek stanovených právními předpisy podnikatelskou činností, která souvisí s předmětem jeho činnosti a která nesmí ohrozit jeho úkoly (§ 2 zákona).“ V § 2 odst. 1 zákona je poslání Českého rozhlasu vymezeno tak, že „poskytuje službu veřejnosti tvorbou a šířením rozhlasových programů na celém území České republiky a do zahraničí“. Uvedené poslání Českého rozhlasu je blíže specifikováno tak, že jsou uvedeny jeho hlavní úkoly, které jsou orientovány na oblast rozhlasového vysílání. V § 3 zákona jsou pak uvedeny jednotlivé činnosti, jimiž Český rozhlas naplňuje své poslání a uskutečňuje své úkoly; podnikatelská činnost tu zmiňována není. Z porovnání textu jednak § 2 a 3 zákona a jednak § 11 zákona a také ze systematického umístění právě uvedených ustanovení je patrné, že rozsah i obsah podnikatelské činnosti Českého rozhlasu musí být přísně limitován a představovat výjimku v celkové činnosti Českého rozhlasu. Z obecných právních zásad vyplývá, že každá výjimka stanovená v právním předpisu musí být

vykládána způsobem spíše zužujícím než rozšiřujícím. Takový restriktivní výklad si v § 11 zákona zaslouží pojem „v souvislosti“, který by mohl být interpretován (při použití čistě jazykového a nikoliv účelového hlediska) značně široce. Přísně pak musí být vykládána možnost ohrožení úkolů Českého rozhlasu jeho podnikatelskou činností, zvláště určitým pojetím a rozsahem podnikatelské činnosti.

Uvedeným dílčím příkladem jsme chtěli především prokázat, že úvahy o financování veřejnoprávních médií a o právních otázkách s tímto financováním spojených se nemohou zabývat pouze otázkami koncesionářských poplatků a reklamy ve vysílání. Snad se nám podařilo alespoň naznačit, že i v této oblasti se projevuje jedno obecnější zjištění platné v celé tržní ekonomice. Jakmile dojde k porušení zásad férové hospodářské soutěže, hrozí nebezpečí, že budou ohroženy další významné hodnoty – v daném případě je to objektivní, na ekonomických zájmech nezávislá tvorba programové nabídky ve veřejnoprávním vysílání.

Exkurs do problematiky majetku územní samosprávy v Polské republice *

Petr Mrkývka**

PĚTICE PILÍŘŮ VEŘEJNÉ SPRÁVY

Veřejná správa bez ohledu na to, zda je uskutečňována cestou státní správy či veřejné samosprávy, se opírá nejméně o pětici základních pilířů, které ve vzájemné jednotě a souladu vytváří předpoklad ke zdárnému jejímu fungování a naplnění tak účelu její existence ve společnosti. Touto pětici pilířů lze rozumět: základ postulátní založený na tom, že veřejná správa je společensky účelovou činností, formální základ, kdy legislativa ve formě normativního právního aktu dává k naplnění postulátů veřejné správy zákonný rámec jejich uskutečňování, základ personální, který je založen na tom, že veřejná správa je formou společenského řízení a jde tedy o správu věcí lidí lidmi, materiální základ, jenž je předpokladem produkce (poskytování) jakýchkoliv statků a pro veřejnou správu jako jedno-

ho z producentů ve smyslu subjektivním a jako souhrn specifických statků ve smyslu objektivním a funkčním je jedním z předpokladů pro kvalitní poskytování této specifické služby, a konečně základ mocenský představující ochranu produkce veřejného statku i statku samotného a množnost donucení k jednání, jež je potřebné k naplnění účelu poskytování statku veřejnou správou.¹ V procesu decentralizace veřejné správy provázeného posilováním významu a působnosti územní samosprávy dochází k mnoha problémům v oblasti zabezpečení materiálního základu pro fungování územní samosprávy a lze je rozdělit do dvou základních okruhů. Za prvé se jedná o problémy veřejných financí a procesů tvorby rozdělování a přerozdělování peněžních prostředků ve vztahu k územní samosprávě a za druhé problém tvorby a správy hmotného a nehmotného majetku ve vlastnictví či správě územních samo-

* Příspěvek vznikl v rámci řešení grantového projektu A7166101 Právní regulace financí a majetku územních samosprávních celků GA AVČR.

** JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D., Katedra správní vědy, správního práva a finančního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

¹ Blíže viz MRKÝVKA, P.: Finanční správa. Masarykova univerzita v Brně, Brno 1997.

správ. V rámci tohoto příspěvku chci formou exkursu do stavu polské úpravy čtenáře seznámit s problémem hmotného majetku jednotek územní samosprávy v Polsku, jež jsou terminologickou obdobou našich územních samosprávných celků.

TROCHU K HISTORII ÚZEMNÍ SAMOSPRÁVY V POLSKU

Majetek tvořící onen materiální či ekonomický základ působení územních samospráv sledoval z počátku obdobný osud jako samospráva v jiných státech Střední a Východní Evropy, které se po 2. světové válce dostaly do sféry vlivu SSSR a přijaly některé prvky vlastní výkonu správy sověty². V Polsku k tomu došlo především zákonem o územních orgánech jednotné státní moci z 20. března 1950.³ Prvky územní samosprávy byly částečně obnoveny v procesu decentralizace na přelomu padesátých a šedesátých let⁴ a následně pak v průběhu sedmdesátých let provedené reformy polský systém územní správy nejvíce odlišily od více méně jednotného modelu lidové správy z padesátých let uskutečňovaného v ostatních východoevropských státech⁵. V roce 1972 došlo k obnově gmin (základních administrativních jednotek skládající se z jedné nebo několika obcí) a v roce 1973 byly národní rady organizačně ve vyšších jednotkách odděleny jako orgány státní moci a společenské samosprávy od územních orgánů státní správy. Po srpnu 1980 byl odstartován proces společenských reforem postupně vedoucí i k plné obnově územní samosprávy. V průběhu devadesátých let byly postupně ustaveny tři stupně územní samosprávy, a to v roce 1990 na úrovni obcí (gmina) a následně v rámci reformy veřejné správy v roce 1999 v powiitech (odpovídá v ČR okresu) a ve vojvodstvích (kraj). V současnosti funguje 2489 gmínních, 379 powiatových a 16 vojvodských samospráv. Vzhledem k tomuto vývoji byla řada insti-

tutů vlastních současně územní samosprávě převzata z předcházejících systémů.

KOMUNÁLNÍ MAJETEK A KOMUNALIZACE MAJETKU STÁTU

V polské teorii a praxi v oblasti veřejné správy se pro označení majetku územních samospráv běžně používají termíny „komunální majetek“⁶, „samosprávný majetek“⁷, či „majetek územní samosprávy“⁸ ačkoliv jeho legální vymezení v současné právní úpravě nenalezneme. Literatura přílišného rozdílu v obsahu těchto pojmů nečiní. Obecně je majetek upraven v čl. 44 Občanského zákoníku⁹ jako vlastnictví a jiná majetková práva. Občanský zákoník však nijak nedefinuje komunální majetek a je nutné hledat jeho vymezení v jiných předpisech. Pojem „komunální majetek“ byl použit v roce 1989 při novelizaci polské ústavy z roku 1952, kdy obec obdržela ústavní právo k vlastnictví a jiným majetkovým právům. Na to pak navázala příslušná ustanovení tzv. Malé ústavy (čl. 70 odst. 3) a Zákon o obecní samosprávě z 8. března 1990¹⁰. Malá ústava stanovila, že jednotce územní samosprávy náleží vlastnické právo a jiná majetková práva tvořící komunální majetek. V podstatě identicky pak byl komunální majetek definován v Zákoně o obecní samosprávě. Avšak nová Ústava Polské republiky z 2. dubna 1997 už komunální majetek jako takový nezmiňuje. Zákonodárce v čl. 165 odst. 1 Ústavy přiznává jednotkám územní samosprávy právní subjektivitu, s čímž spojuje i právo vlastnit majetek a mít i jiná majetková práva. Zákony účinné od roku 1999, Zákon o powiatové samosprávě z 5. června 1998¹¹ a Zákon o vojvodské samosprávě z 6. června 1998¹², upravily majetek těchto samosprávných jednotek. V podstatě všechny stávající úpravy územních samosprávných jednotek přijaly definici, že komunální majetek je vlastnictví a jiná majetková práva územních samosprávných jednotek, a to

² Bez ohledu na formální označení orgánů místní správy (v Československu se jednalo o systém národních výborů, v Polsku zase to byly národní rady – Rady Narodowe) všechny tzv. lidově demokratické státy v průběhu let 1948–1950 přijaly po vzoru SSSR princip demokratického centralizmu s formálním soustředěním moci v rukách těchto rad (výborů). Samosprávné prvky byly postupně eliminovány na minimum. Pro studium vývoje polské správy doporučuji např. publikaci IZDEBSKI, H.: Historia administracji. Liber, Warszawa 2000.

³ Ustawa o terenowych organach jednolitej władzy państwowej z dnia 20 marca 1950 r.

⁴ Což se odrazilo zejména v novém zákoně o národních radách (ustawa o radach narodowych) z 25. ledna 1958.

⁵ Kromě Jugoslávie uplatňující v rámci samosprávného socialismu systém samosprávných opčin. K tomu např. ZDOBINSKÝ, S., ZLATOPOLSKI, D. L. a kol.: Ústavní systémy socialistických zemí. Panorama, Praha 1988.

⁶ Např. autoři Antoni Agopszowicz, Zyta Gilowska a Maria Taniewska-Peszko ve své práci „Prawo samorządu terytorialnego w zarysie“, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1999. Shodně pak i Paweł Sosnowski in NIEWIADOMSKI, Z. a kol.: Samorząd terytorialny – ustrój i gospodarka. Branta, Bydgoszcz – Warszawa 2001, s. 138.

⁷ Např. Bogdan Dolnicki ve svém díle „Samorząd terytorialny“, Zakamycze, Kraków 2003.

⁸ tento termín navrhuje profesor Zbigniew Leoński v díle „Samorząd terytorialny w RP“, 2. vyd. C. H. Beck, Warszawa 1999, s. 66.

⁹ Kodeks Cywilny.

¹⁰ Dz.U. 1990 Nr 16, poz. 95.

¹¹ Dz.U. 1998 Nr 91, poz. 578.

¹² Dz.U. 1998 Nr 91, poz. 576.

jak přímo těchto jednotek, tak zprostředkovaně, nepřímou, přes právnické osoby jimi zřízené nebo založené (komunální právnické osoby). Zákonodárce obecně příznal územním samosprávným jednotkám rovná majetková práva, která mohou být omezena toliko cestou zákona. Z hlediska subjektu podle polských předpisů může být vlastníkem komunálního majetku:

1. územní samosprávná jednotka – gmina, powiat, wojvodství
2. svazek gmin
3. právnické osoby odvozené od územních samosprávných jednotek označované souhrnně jako komunální právnické osoby.

Komunální právnické osoby jsou organizační jednotky územní samosprávy, kterým ustanovení některého ze zákonů upravujících samosprávu v gmině, powiatu nebo ve wojvodství přiznává právní subjektivitu a nebo které územní samosprávná jednotka zřídí nebo založí podle zvláštních právních předpisů, např. podle zákoníku o obchodních společnostech. V tomto případě se však bude jednat obchodní společnost – komunální právnickou osobu, budou-li všechny podíly vlastnit gmina, powiat nebo wojvodství, ačkoliv byl zaznamenán počátkem devadesátých let i názor, že postačí, aby taková osoba byla pouze funkčně, organizačně a majetkově ovládaná územní samosprávnou jednotkou. Jádrem sporu je především uplatnění kontrolních mechanismů pro výkon veřejné správy.

Majetek jednotek územní samosprávy je co do svého vzniku tvořen majetkem historickým (jedná se podle mého názoru především o gminy a jejich současní), který přešel do vlastnictví samosprávy ze zákona o územní samosprávě, majetkem státu – Státní pokladny¹³ převedeným za podmínek stanovených zákonem na jednotku územní samosprávy a majetek jinak získaný.

Proces převodu majetku Státní pokladny do vlastnictví územních samospráv a osob od nich odvozených je v polské právní teorii a praxi označován pojmem komunalizace majetku. Účelem tohoto procesu bylo a je vytvořit územní samosprávě materiální základ pro její fungování a v co největší míře majetek Státní pokladny komunalizovat. Z komunalizace je však některý majetek státu vyloučen. Ku příkladu na gminy nemůže být převeden majetek sloužící

diplomatickému zastoupení a konzulárním úřadům cizích států, jakož i mezinárodním institucím požívajícím diplomatických výsad a imunit, dále pak majetek sloužící církvím a náboženským společnostem a majetek určený k výkonu působnosti orgánů vládní správy, soudů a orgánů státní moci.¹⁴

MAJETEK GMINY

Gmina může nabýt majetek:

1. ze zákona,
2. převodem majetku v souvislosti s vytvořením gminy nebo změnou jejího území, a to dohodou zúčastněných gmin, nedojde-li k ní, pak rozhodnutím Předsedy Rady ministrů (premiéra) na návrh ministra vnitra,
3. převodem uskutečněným příslušným orgánem vládní správy¹⁵
4. vlastní hospodářskou činností,
5. z jiných právních úkonů – dědictví, darování,
6. dalšími způsoby stanovenými zvláštními právními předpisy.

Ze zákona o územní samosprávě z roku 1990 gmina dostala majetek státu, pokud zvláštní zákon nestanovil jinak, spravovaný národní radou základního stupně ležící na území gminy, dále do vlastnictví gminy přešli státní podniky jejichž zakladatelem byla národní rada základního stupně působící na území této gminy a nacházející se na tomto území, jakož i jiná zařízení a organizační jednotky podřízené doposud této národní radě.¹⁶ Na gminy přešel i státní majetek spravovaný wojvodskými národními radami a územními orgány státní správy na stupni wojvodství, pokud tento majetek je nezbytný pro fungování gminy.

OBCNÍ ZBOŽÍ

Poměrně zajímavá je otázka tzv. historického majetku v gmině, jež se zde objevil v kontextu vývoje. Čl. 48 zákona o územní samosprávě po novelizaci v roce 1998 používá pro komunální majetek v gmině termín majetek gminy, který je charakterizován jako

¹³ Rozsah jeho působnosti odpovídá více méně bývalému Ministerstvu pro správu národního majetku a jeho privatizaci ČR.

¹⁴ V případě, že se na majetku střetává dvojitý účel, tedy je požíván jak k účelům plnění funkcí územní samosprávy a státu (sensu largo), pak je vlastnictví tohoto majetku upraveno jako podílové s tím, že velikost podílů odpovídá rozsahu užívání tohoto majetku pro ten který účel. AGOPSZOWICZ, A., GIŁOWSKA, Z., TANIEWSKA-PESZKO, M.: Prawo samorządu terytorialnego w zarysie. Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1999. s. 99.

¹⁵ Termín „vládní správa“ – administracja rządowa bývá překládán českým termínem státní správa, jedná se však pouze o tu část státní správy, která je hierarchicky řízena některým z ministrů, resp. ministerstvem.

¹⁶ V městech Varšava, Lodž a Krakov přešel do vlastnictví těchto měst (gmin) i státní majetek sloužící uspokojování veřejných potřeb, který byl vázán k orgánům státní správy na úrovni wojvodství, a to s ohledem na fakt, že tato tři města měla postavení městských wojvodství.

majetek patřící občanům obce (wsi) a nikoliv gminy. Jedná se o věcná nebo majetková práva nabytá v různých dobách obyvateli dávných občin (gromad), osad, vsí apod. využívaných společně, typicky půjde o pastviny, lesy, jezera, napajedla, studny, cesty.¹⁷ Zákon zachoval práva právních nástupců těchto občanů, která však nejsou právem vlastníků, ale spočívají v právu tyto věci užívat. Tyto věci označované jako „dobra gromadzkie“¹⁸ jsou ve vlastnictví příslušných gmin. Správu tohoto „obecního zboží“ může podle statutu gminy vykonávat i pomocná organizační jednotka gminy sołectwo, která však nemá soukromoprávní subjektivitu, nemůže být tedy vlastníkem, konkrétním vykonavatelem této správy pak bude monokratický orgán, kterým je volený občaný daného sołectwa sołtys.

MAJETEK POWIATU

Powiat nabývá majetek obdobně jako gmina, a to:

1. ze zákona v souvislosti s vytvořením powiatu, pokud se nejedná o majetek gminy,
2. v souvislosti se změnou území,
3. převodem majetku od státu (Státní pokladny)¹⁹,
4. z jiných právních úkonů,
5. dalšími způsoby stanovenými zvláštními předpisy.

Při vzniku samosprávy v powiitech byla situace s majetkem, který měl být jim dán k výkonu samosprávy ze státního majetku poněkud složitější než v případě vojvodství a gmin. Powiaty jako střední články administrativního členění státu byly zrušeny zákonem z 28. května 1975 o dvoustupňovém správním členění státu a o změně zákona o národních radách,²⁰ kdy bylo zřízeno 49 vojvodství. Při vzniku samosprávných powiatů nemohl zákonodárce bezprostředně navázat na jejich administrativního předchůdce. Na powiaty přešel ze zákona majetek, který se nacházel na území powiatu, ale nebyl ve vlastnictví gminy, proto bylo nutné majetek na powiaty převést výčtem obsaženým v nařízení Rady ministrů²¹.

MAJETEK VOJVODSTVÍ

V případě vojvodství je majetek nabýván:

1. podle obecných ustanovení o nabývání majetku obsažených v Občanském zákoníku,
2. podle zákona o samosprávě vojvodství, a to
 - a) na základě rozhodnutí vojevody, který je reprezentantem vládní správy na území vojvodství,
 - b) ve zvláštních případech rozhodnutím ministra z majetku Státní pokladny a majetku Státní pokladny drženého státními právníky osobami.

Proces převodu majetku na vojvodství byl složitý jednak co do samotné procedury a jednak i tím, že vojvodství jako nejvyšší stupeň administrativního členění státu před rokem 1999 existoval, ale samospráva se uplatnila až v nově konstituovaných vojvodstvích, kterých nebylo již 49 ale 16, přičemž hranice jejich území se s původními ve velkém počtu případů nekryly. Na nová vojvodství se převáděl majetek zejména státní. Majetek Státní pokladny a majetek Státní pokladny ve správě státních právnických osob přecházel, a protože v podstatě tento proces není ještě ukončen, stále přechází, cestou správního rozhodnutí vydaného příslušným vojevodou (monokratický orgán státní správy ve vojvodství).²²

SPRÁVA KOMUNÁLNÍHO MAJETKU

Na rozdíl od jiných vlastníků dispoziční práva vlastníků komunálního majetku jsou výrazně omezena a ovlivněna především jeho určením. Při nakládání s komunálním majetkem je nutné respektovat plnění úkolů kladených na územní samosprávu a osoby od ní odvozené. Územní samosprávná jednotka nemůže o nich rozhodovat způsobem, zda je bude plnit či nikoliv, ale pouze v jakém pořadí a jakým způsobem, pokud zákon nestanoví jinak. Ve vztahu ke komunálnímu majetku rozhodovací volnost je tak tímto ohraničena a naložení s komunálním majetkem, resp. jeho

¹⁷ LEOŃSKI, Z.: Samorząd terytorialny w RP. 2.vyd. C.H.Beck, Warszawa 1999, s. 67.

¹⁸ DOLNICKI, B.: Samorząd terytorialny. 2. vyd. Zakamycze, Kraków 2003, s. 221.

¹⁹ Českému majetku ve vlastnictví státu odpovídá v Polsku majetek ve vlastnictví Státní pokladny (Skarb Państwa).

²⁰ Ustawa z dnia 28 maja 1975 r. o dwustopniowym podziale administracyjnym Państwa oraz o zmianie ustawy o radach narodowych.

²¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 lutego 1999 w sprawie trybu przekazywania mienia przez Skarb Państwa powiatom i miastom na prawach powiatu oraz okrešlenie kategorii mienia wyłączonego z przekazywania (Dz.U. 1999 Nr 13, poz. 114.).

²² K tomu srovnej např. citované již dílo Dolnického.

části nemůže být na úkor plnění uložených úkolů. Při nakládání s komunálním majetkem je nutné též vycházet ze skutečnosti za jakým účelem byl tento majetek nabyt, zda je vázán k plnění úkolů spadajících do samostatné působnosti nebo do působnosti přenesené. Pokud např. majetek gminy je určen plnění úkolů v rámci samostatné působnosti, může gmina s ním naložit v případě jeho nepotřebnosti nebo nevhodnosti v podstatě s přihlédnutím k ekonomickým aspektům, avšak byl-li majetek na gminu převeden k plnění úkolů z přenesené působnosti, o změně určení majetku a jeho eventuálním zcizení gmina rozhodovat nemůže. Zákony upravující územní samosprávu poměrně precizně regulují po stránce formální způsoby nakládání s komunálním majetkem, přičemž se jedná o speciální úpravu k obecné úpravě obsažené v Občanském zákoníku.

Správa komunálního majetku je blízká správě majetku státu. Územní samosprávná jednotka analogicky jak stát spravuje majetek prostřednictvím svých právnických osob nebo organizačních jednotek bez právní subjektivity (tzv. *stationes communis* nebo *stationes municipi*). Technika správy je rovněž obdobná a odpovídá dělbě moci. V případě gminy rozhoduje a kontrolu provádí rada (paralela k zastupitelstvu v ČR) a samotný výkon zajišťuje výkonný orgán, kterým je wójt (tj. v ČR více méně starosta).²³ Všechny tři zákony upravující územní samosprávné jednotky regulují zásady správy komunálního majetku. Za základní principy při správě komunálního majetku je považována zásada samostatnosti a zásada dobrého hospodáře²⁴. Zásada samostatnosti při nakládání s komunálním majetkem v podstatě znamená, že příslušná územní samosprávná jednotka nakládá se svým majetkem samostatně a její samostatnost může být omezena jen cestou zákona. Zásada dobrého hospodáře je zásadou poměrně neurčitou. Příslušná ustanovení zákonů o územní samosprávě v podstatě nabádají k vyšší než běžné pečlivosti při správě a ochraně komunálního majetku.

HOSPODÁŘSKÁ ČINNOST

S komunálním majetkem a jeho správou souvisí i problematika hospodářské (podnikatelské) činnosti územních samosprávných jednotek. Jednotlivé stupně územní samosprávy nemají stejné možnosti k hospodářské činnosti. Hospodářská činnost není přípustná

v případě powiatů, což budí značnou nevoli a diskuse. Gminy a vojvodství mohou vyvíjet hospodářskou činnost jedině ve veřejném zájmu k poskytování veřejných statků. Tím je i omezena jejich možnost účastnit se na obchodních společnostech. Co do právních forem společností zakládaných gminami a vojvodstvími jsou přípustné pouze dvě formy, a to společnost s ručením omezeným a akciová společnost. Poskytování veřejných statků se děje rovněž prostřednictvím rozpočtových zařízení²⁵, ovšem s právní subjektivitou. V podstatě jde o institut podobný příspěvkovým organizacím v ČR. Hospodářská činnost územní samosprávné jednotky má zvláštní charakteristické rysy:²⁶

- není realizována v podmínkách volného trhu,
- rozsah předmětu hospodářské činnosti určují úkoly uložené jednotkám územní samosprávy
- nejedná se o činnost za účelem dosažení zisku
- činnost směřuje k uspokojování ekonomických potřeb lokálního nebo regionálního společenství občanů
- předmětem činnosti jsou především veřejné služby, není ale možné vyloučit i produkci určitého zboží, stavební nebo dokonce obchodní činnost, pokud naplňuje úkoly gminy, vojvodství a eventuálně i powiatu
- ne vždy bude prováděna na účet jednotky územní samosprávy (někdy též na účet samostatných ekonomických subjektů)
- účast samosprávy na obchodním obratu má zvláštní charakter, poněvadž produkty této činnosti nesměřují na trh, ale jsou určeny pro konkrétní skupinu odběratelů; účast se uskutečňuje za pomoci soukromoprávních a administrativněprávních nástrojů (např. stanovení tarifních cen na některé produkty, stanovení určitých povinností v této oblasti samosprávné exekutivě).

Závěrem možno konstatovat, že polská právní regulace, teorie i praxe může být v lecčems inspirující. Výše předložené je pouze skromným exkursem do problematiky, které je v polské literatuře věnována poměrně značná pozornost a je poměrně zajímavé sledovat pestrost názorů prezentovaných v mnoha dílech renomovaných autorů, a to už s ohledem na tradiční zájem jakému se veřejná správa, správní právo a věda správního práva v Polsku těší.

²³ IGNATOWICZ, J.: Mienie komunalne – zagadnienia podstawowe. In: kol.: Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska ofiarowane Profesorowi Antoniemu Agopszowiczowi. Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1992, s. 92 an. Dále pak cit. dílo Dolnického s. 231 an.

²⁴ V polském právu a literatuře „zasada szczególnej staraności“.

²⁵ Zakład budżetowy.

²⁶ MATAN, A.: Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego. In: KNOSALA, E., MATAN, A., LASZCZYCA, G.: Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej. Zakamycze, Kraków 1999, s. 234.

POUŽITÁ LITERATURA

- Dolnicki, B.: Samorząd terytorialny. 2. vyd. Zakamycze, Kraków 2003
- Izdębski, H.: Historia administracji. 4. vyd. Liber, Warszawa 2000
- Kalisiak, M., Paluch, W.: Działalność gospodarcza gminy i powiatu. ZCO, Zielona Góra 2000
- Knosala, E., Matan, A., Laszczyca, G.: Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej. Zakamycze, Kraków 1999,
- kol.: Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska ofiarowane Profesorowi Antoniemu Agopszowiczowi. Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1992
- Leoński, Z.: Samorząd terytorialny w RP. 2. vyd. C. H. Beck, Warszawa 1999
- Niewiadomski, Z. a kol.: Samorząd terytorialny – ustrój i gospodarka. Branta, Warszawa – Bydgoszcz 2001

Dočká se jednou ČR i krajského referenda?

(ústavní východiska, vyhlídky, možná úskalí)

Milan Podhrázký*

Dne 1. 2. 2004 nabył účinnosti zákon č. 22/2004 Sb., o místním referendu. Přijetí nové právní úpravy bylo logickou reakcí na v některých ohledech již překonaný zákon č. 298/1992 Sb.¹ Poměrně nedlouho po diskusích nad ústavním zákonem o referendu o přistoupení ČR k EU a nad samotným průběhem tohoto referenda se tedy problematika přímé demokracie u nás opět dostává do středu zájmu nejen právní vědy. Zatímco jednotlivým návrhům na zakotvení celostátního obecného referenda v rámci českého právního řádu byla alespoň do určité míry věnována patřičná pozornost, problematika referenda na úrovni územní (tedy regionální či krajské²) zůstává téměř výhradně takřkajíc stranou, přičemž argumentovat pořád v souvislosti s otázkami krajské samosprávy neustáleností či relativním mládím právní úpravy je podle mého názoru po téměř čtyřech letech jejího skutečného fungování jen chabou výmluvou. Domnívám se proto, že již nastal čas se alespoň stručně věnovat některým aspektům možného zakotvení kraj-

ského referenda v ČR, a to nejen z pohledu ústavního či správního práva.

ÚSTAVNÍ VÝCHODISKA

Případná právní úprava krajského referenda v ČR se musí pochopitelně v první řadě opírat o patřičné ústavní základy a být v souladu s Ústavou ČR vůbec. Ještě než bude přistoupeno k rozboru samotné problematiky možností zakotvení krajského referenda v rámci právního řádu ČR, je proto třeba věnovat patřičnou pozornost i těmto otázkám. V úvodu jistě nebude na škodu připomenout si v této souvislosti pojem veřejné moci a jejího výkonu právě ve vztahu k otázkám přímé demokracie. Pod výkon veřejné moci totiž můžeme řadit jak referendum jakožto jednu z možných přímých forem výkonu tzv. státní moci, tak na druhé straně právě i referendum jakožto jednu z možných forem výkonu samosprávy (v našem případě územní).³

* JUDr. Milan Podhrázký, interní doktorand na Katedře ústavního práva a politologie Právnické fakulty MU v Brně

¹ Viz např. ŘÍČKA, T., NAHODIL, T.: *Nový zákon o místním referendu*, Veřejná správa č. 10/2004, s. 12, 21–23 případně i *Důvodová zpráva (obecná část) k vládnímu návrhu zákona o místním referendu*, Sněmovní tisk č. 255/0, 4. volební období (<http://www.psp.cz>). Základní východiska staré právní úpravy pak nabízí např. KADEČKA, S.: *Místní referendum*, Právní rádce č. 9/2002, Příloha – Praktická příručka, s. I–VIII.

² V rámci celého příspěvku bude pojednáváno o krajích jakožto vyšších územních samosprávných celcích ve smyslu ústavního zákona č. 347/1997 Sb., o vytvoření vyšších územních samosprávných celků. Stranou při tom bude ponechána do určité míry specifická problematika hlavního města. Jeho území totiž v souladu s § 1 písm. b) spadá do režimu zákona č. 22/2004 Sb., o místním referendu, takže v tomto případě již lze referendum konat.

³ Blíže k této problematice srov. např. FILIP, J.: *Ústavní právo České Republiky. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR*, 4. vydání, Brno, Masarykova Univerzita, 2003, s. 382–395, PAVLÍČEK, V. a kol.: *Ústavní právo a státověda, II. díl. Ústavní právo*

Jako základní ústavní východisko pro výkon práva na samosprávu prostřednictvím některé z forem přímé demokracie by tedy proto zřejmě neměl být chápán čl. 2 odst. 2 Ústavy ČR, neboť v něm se uvádí, že ústavní zákon může stanovit, kdy lid vykonává *státní moc* přímo. Pro případnou úpravu krajského referenda se tedy za současného stavu jeví být klíčovým spíše čl. 21 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, kde je zakotveno mimo jiné právo občanů na přímou účast na správě věcí veřejných jako součást širšího okruhu práv politických.⁴ Tato pasáž Listiny přitom vychází mezi jinými i z Mezinárodního paktu o občanských a politických právech (vyhlášen pod č. 120/1976 Sb.), kde se v čl. 25 písm. a) také hovoří o právu občanů podílet se na vedení veřejných záležitostí. Zřejmě neoddiskutovatelným faktem přesto je, že naše současná ústavní úprava je co se týče problematiky přímé demokracie nejen poměrně stručná, ale do určité míry i značně skeptická.⁵

Ústava ČR ve své hlavě sedmé, která se věnuje základům výkonu územní samosprávy, se v podstatě zabývá výhradně správou územních samosprávných celků prostřednictvím zastupitelstev. Například podle názoru J. Filipa to ovšem neznamená, že by tím byl vyloučen výkon krajské (obecní) samosprávy právě prostřednictvím referenda. Jak totiž připomíná, nebylo prozatím provádění referenda na místní úrovni teorie ani praxí výrazněji zpochybňováno a navíc dodává, že ve smyslu čl. 1 Listiny je právo občanů na správu věcí veřejných (tedy i na územní a místní úrovni) nezrušitelné. J. Filip pak dále uvádí, že pokud by měla Ústava ČR vylučovat použití referenda na místní či územní úrovni, musela by tak učinit výslovně, k čemuž ovšem doposud nedošlo.⁶

To, že Ústava ČR referendum na místní ani územní úrovni nepředpokládá, tedy rozhodně neznamená, že by je jakkoliv vylučovala. Nicméně, jak vyplývá z předchozích řádků, náš ústavní text o možném přímém výkonu práva na samosprávu zcela mlčí, v čemž

lze do jisté míry spatřovat jeho nedostatek, a to nejen kvůli výše naznačeným z toho plynoucím nejasnostem. Bohužel mnoho nám v této souvislosti nepomáhá ani judikatura Ústavního soudu ČR, který se doposud ve své rozhodovací činnosti místnímu referendu téměř nevěnoval.⁷ Navíc ten fakt, že výkon samosprávy prostřednictvím referenda existuje v současné době v České republice jen na úrovni místní a zatím nikoliv na úrovni územní, pak dokonce podle některých názorů může patrně vyvolávat protiústavní nerovnost obcí a krajů.⁸

DOSAVADNÍ VÝVOJ A SOUČASNÝ STAV VĚCI

I přesto, že v naší nepříliš dávné historii lze nalézt příklady, kdy ústavní či zákonná úprava zamýšlela alespoň částečně ponechat rozhodování o některých místních (regionálních) otázkách přímo na občanech nebo jim alespoň umožňovala neformální konzultaci některých místních záležitostí, je třeba za zásadní zlom v této souvislosti považovat až přijetí již zmíněného zákona č. 298/1992 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí a místním referendu.⁹ I přes již výše naznačené nejasnosti a problémy, které vedly k nahrazení tohoto zákona novou právní úpravou jak v případě voleb do zastupitelstev obcí tak v současné době již i v případě místního referenda, prokázal podle mého názoru tento předpis smysluplnost úpravy přímého výkonu samosprávy.

Nejzřetelnějším a nejzřetelnějším počinem vzhledem k zakotvení referenda na krajské úrovni v ČR pak zřejmě bylo vládní usnesení č. 859, které schválila ještě vláda M. Zemana dne 5. 9. 2001, a jehož součástí byl i věcný záměr tzv. zákona o místním a krajském referendu. Tento záměr zákona vycházel v první řadě z § 12 odst. 2 písm. g) zákona č. 129/2000 Sb., o krajích (krajské zřízení)¹⁰, jenž stanovil, že občan kraje, kte-

České republiky, část 1., 1. vydání, Praha, Linde, 2001, s. 176 – 181 a s. 215–218 případně KLÍMA, K.: *Teorie veřejné moci (vládnutí)*, Praha, ASPI Publishing, 2003, s. 33–45.

⁴ Jinak by zřejmě bylo možné domnívat se, že zakotvení místního referenda jen prostřednictvím obyčejného zákona by mohlo být z formálních důvodů v rozporu právě s čl. 2 odst. 2 Ústavy ČR. V této souvislosti srov. např. ŠIMÍČEK, V.: *Právní zakotvení institutu referenda v právním pořádku České republiky*, Politologický časopis č. 2/2003, s. 142 a PAVLIČEK, V., HŘEBEJKA, J.: *Ústava a ústavní řád České republiky, komentář. 1. díl, Ústavní systém*, 2. vydání, Praha, Linde, 1998, s. 59–60.

⁵ Viz např. ŠIMÍČEK, V.: *Právní zakotvení institutu referenda v právním pořádku České republiky*, Politologický časopis č. 2/2003, s. 141–148.

⁶ Blíže viz FILIP, J.: *Ústavní právo České Republiky. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR*, 4. vydání, Brno, Masarykova Univerzita, 2003, s. 394–395.

⁷ Jedním z mála rozhodnutí, které lze v této souvislosti zmínit, je usnesení Ústavního soudu sp. zn. I ÚS 641/2000, in: *Ústavní soud: Sbírka nálezů a usnesení*, svaz. č. 22, usnes. č. 16. Tím klíčovým z daného usnesení bylo zejména konstatování, že čl. 21 odst. 1 Listiny sice zaručuje právo občanů na participaci na konání místního referenda, ne již ovšem právo toto referendum vyvolat.

⁸ Viz např. MIKULE, V.: *K ústavním základům územní samosprávy*, in: KYSELA, J. (ed.): *Deset let Ústavy České republiky. Východiska, stav, perspektivy*, Praha, Eurolex Bohemia, 2003, s. 415.

⁹ Viz např. zákon č. 69/1967 Sb., o národních výborech, který ve svém § 40 národním výborům umožnil „...některé základní otázky života obce nebo města předložit k projednání občanům“. (taktó učiněné rozhodnutí ovšem nebylo pro příslušný národní výbor závazné). Případně je vhodné upozornit i na ústavní zákon č. 294/1990 Sb., který měnil a doplňoval Ústavu z roku 1960 a mimo jiné stanovil, že „O věcech místní samosprávy rozhodují občané na obecních shromážděních nebo referendem“. (čl. 86/3).

¹⁰ Srov. § 16 odst. 2 písm. b) zákona č. 129/2000 Sb., o obcích.

rý dosáhl věku 18 let, má právo hlasovat v krajském referendu za podmínek stanovených zvláštním zákonem. Novelou (zákon č. 231/2002 Sb.) zákona o krajích ovšem bylo toto ustanovení zrušeno.¹¹ Z tohoto důvodu již tedy český právní řád v současné době neobsahuje vůbec žádnou zmínku o možnosti zakotvení krajského referenda.¹²

Aktivní podíl občanů na řešení otázek svého samosprávného celku lze tak na krajské úrovni v současné ČR mimo právo volit a být volen do krajských zastupitelstev spatřovat snad již jen v existující možnosti požadovat projednání určité záležitosti v oblasti samostatné působnosti radou nebo zastupitelstvem (a je-li žádost podepsána nejméně tisíci občany kraje určuje v této souvislosti zákon i povinnost projednání těchto záležitostí v určené lhůtě – § 12 odst. 2 písm. d/ zákona o krajích) případně v možnosti občanů kraje předkládat jeho orgánům návrhy, připomínky a podněty (§ 12 odst. 2 písm. e/ téhož zákona).

Velmi zajímavou se ovšem v této souvislosti může jevit i diskuse nad zavedením přímé volby představitelů krajské samosprávy (na myslí mám samozřejmě hlavně hejtmána), ve které je možno spatřovat první krůček směrem k přímé demokracii (přímá volba představitelů samosprávy pochopitelně není formou přímé demokracie!) Přímá volba (někdy označovaná jako forma tzv. bezprostřední participace občanů) totiž může zvýšit aktivní podíl občanů na personálním obsazení klíčových orgánů krajské samosprávy, což by se mohlo stát určitým vhodným testem možností uplatnění a úspěšnosti krajského referenda v ČR.¹³ Je přitom nade vše pochybnost, že spolurozhodovací pravomoc občanů by bylo třeba posílit i na krajské úrovni. Doposud mají občané přímo šanci ovlivňovat dění ve svém samosprávném celku v podstatě jen v době voleb. Připomenout je pak v této souvislosti nutno i bezpochyby sílící postavení rozličných zájmových či nátlakových skupin, které mnohdy vyvíjejí své aktivity již i (nebo možná právě) na úrovni krajů. „Na jedné straně

je sice možno zdůrazňovat fakt, že jejich prostřednictvím získávají občané možnost participovat na politických rozhodnutích, stejně jako je na druhé straně možné kritizovat právě to, že při přijímání politických rozhodnutí zohledňují požadavky skupin, jež nepodléhají demokratickým kontrolním mechanismům (volby) a jejichž vnitřní demokratické postupy jsou mnohdy problematické.“¹⁴ Stejně tak si je zde možno připomenout i stále větší odpor k „sílicímu“ postavení politických stran v rámci různých orgánů i mimo centrální úroveň. Angažovanost politických stran je přitom na úrovni krajů ještě patrnější než v případě obcí, což mnohdy může vést až k podezírání z nechvalně proslulého „politikaření“, které rozhodně pro samosprávu není cestou tím správným směrem. Tento problém je přitom umocněn i nemožností kandidovat při volbách do zastupitelstev krajů pro nezávislé kandidáty.¹⁵

ZAKOTVENÍ KRAJSKÉHO REFERENDA V ČR A PROBLÉMY S TÍM SPOJENÉ

Nechť k zavedení referenda na krajské úrovni pramení nejen z chabé tradice přímé demokracie v ČR vůbec, ale v prvé řadě ze samotné (z mnoha úhlů pohledu skutečně problematické!) podoby vytvořených vyšších územních samosprávných celků.¹⁶ Jistě je přitom možné shodnout se i na tom, že narozdíl od obcí existuje (alespoň prozatím) v případě krajů daleko menší míra ztotožnění se obyvatel s touto svojí samosprávnou jednotkou.¹⁷ I přes výše uvedené námítky (anebo možná právě kvůli nim) je nicméně podle mého názoru třeba začít skutečně hledat možná východiska z tohoto stavu. V prvé řadě je nezbytné ujasnit si, zda vůbec existuje určitý okruh otázek, které by měly řešit krajské samosprávy, bylo by vhodné o nich nechat rozhodovat přímo občany, ale zároveň je nelze vyřešit například prostřednictvím jednotlivých referend v těch obcích kraje, jichž se ten který problém týká nejví-

¹¹ Původní vládní návrh tohoto zákona ovšem zrušení uvedeného písmena nepožadoval. Pozměňovací návrh rušící ustanovení § 12 odst. 2 písm. g) zákona o krajích vzniká až v době jeho projednávání ve sněmovním výboru pro veřejnou správu, regionální rozvoj a životní prostředí. Jak lze dále vysledovat ze stenoprotokolů z průběhu jednotlivých schůzí Poslanecké sněmovny, výraznějším způsobem se o zachování tohoto ustanovení zasazoval snad jen poslanec V. Filip.

¹² Na to se pak bez jakéhokoliv bližšího vysvětlení odvolává např. i *Důvodová zpráva (obecná část) k vládnímu návrhu zákona o místním referendu*, Sněmovní tisk č. 255/0, 4. volební období (<http://www.psp.cz>).

¹³ Otázce personalizace voleb do krajských zastupitelstev při stávající právní úpravě se věnuje např. LEBEDA, T.: *Volební systém pro krajské volby, Charakteristika systému a jeho důsledky, nedostatky a možná řešení*, in: MRKLAS, L. (ed.): *Krajské volby 2000. Fakta názory, komentáře*, 1. vydání, Praha, CEVRO, 2001, s. 21–23. Viz např. i <http://www.primavolbastarostu.cz>.

¹⁴ FIALA, P.: *Funkce zájmových skupin v politickém systému České republiky*, Parlamentní zpravodaj č. 10/1996–1997, s. 526.

¹⁵ Viz § 20 odst. 1 zákona č. 130/2000 Sb., o volbách do zastupitelstev krajů.

¹⁶ Viz např. ŠIMČEK, V.: *Ústavní postavení krajů a některé problémy s ním spojené*, in: MRKLAS, L. (ed.): *Krajské volby 2000. Fakta názory, komentáře*, 1. vydání, Praha, CEVRO, 2001, s. 8–15. Zajímavý a podrobný rozbor jednotlivých návrhů na vytvoření VÚSC a jejich sporných míst poskytují např. i ŠARADÍN, P., ŠULÁK, P.: *Krajské volby 2000*, 1. vydání, Olomouc, Univerzita Palackého, s. 12–25 a s. 29–31.

¹⁷ To lze podle mého názoru velmi dobře dokumentovat například na komparaci volebních účastí při volbách do krajských zastupitelstev a do zastupitelstev obcí a případně i na zkoumání důvěry občanů kraje ve svá zastupitelstva. Zatímco voleb do zastupitelstev krajů v roce 2000 se zúčastnilo jen 33,6% oprávněných voličů, voleb do zastupitelstev obcí v roce 1998 (2002) celých 45% (43,4%) – zdroj: <http://www.volby.cz>. Důvěra v krajská zastupitelstva se pak poměrně stabilně pohybuje kolem 40% (leden 2004 – 41%), důvěra v zastupitelstva obcí přitom dlouhodobě dokonce přesahuje 60% – zdroj: <http://www.cvvm.cz>.

ce. Ač to mnohde nemusí být na první pohled zřejmé a aktuální, domnívám se, že již bezpochyby existuje celá řada záležitostí krajských samospráv, o kterých by občané mohli přímo rozhodovat. V současné době jsou už navíc patrné i snahy do budoucna nadále rozšiřovat působnost i pravomoci krajů, a to i přes to, že doposud ne všechny kraje veškeré své pravomoci vždy plně využívají. Ponechávám přitom stranou mediálně sice atraktivní, leč z pohledu tohoto příspěvku rozhodně ne klíčové volání po přímém spolurozhodování občanů o záležitostech přesahujících hranice jednotlivých obcí v podobě například výstavby dálničních obchvatů, přehrad, úložišť jaderného odpadu...

Pokud bychom nakonec tedy přeci jen přijali tezi, že bude lépe obohatit krajským referendem i náš právní řád, samozřejmě by se musely objevit i některé problémy, které by byl zákonodárce nucen v této souvislosti řešit. I proto se v následujících řádcích pokusím učinit alespoň několik poznámek či postřehů týkajících se právě některých možných problematických míst případné právní úpravy referenda na úrovni krajů v ČR, a to zejména ve světle nového zákona o místním referendu.

Dříve než cokoliv jiného by bylo nezbytné rozhodnout, zda lze při zakotvení krajského referenda vyjít z existující úpravy referenda místního (zapracování krajského referenda do zákona č. 22/2004 Sb. by zřejmě nebylo nejšťastnějším řešením) anebo dát přednost úpravě odlišné, která by mnohem více akcentovala některé existující rozdíly mezi výkonem samosprávy na úrovni místní a územní. Podle mého názoru by zřejmě bylo lépe přidržet se prvního scénáře, a to nejen kvůli mnohaleté zkušenosti s prováděním referend na úrovni obcí. Kupříkladu otázky organizačně – technické, dále třeba problematiku závaznosti referenda, jeho soudního přezkumu případně kampaně referendu předcházející by bezpochyby bylo možno řešit na podobných základech jako v případě nového zákona o místním referendu.

Stejně jako je tomu u referenda místního by samozřejmě i v případě krajského referenda byly svěřeny občanům k rozhodování výhradně otázky spadající do samostatné působnosti krajů.¹⁸ I zde by ovšem bylo nutno jednoznačně vyloučit, aby některé pravomoci, které má v současné době vyhrazeno zastupitelstvo,

mohli občané přímo vykonávat prostřednictvím referenda. Na mysli mám nejen problematiku známou již z referend místních (rozpočet, volba jednotlivých představitelů samosprávy), ale bylo by třeba zaměřit se i na pravomoci typicky „krajské“, tedy například na možnost předkládání návrhů zákonů Poslanecké sněmovně apod. V této souvislosti se může jevit jako velmi zajímavé téma k diskusi (ačkoliv nová úprava místního referenda to již výslovně řeší) i přijímání obecně závazných vyhlášek prostřednictvím referenda.¹⁹ Neméně důležité přitom ovšem je zabývat se i rolí referenda v případě územních změn krajů. Zde by totiž určitě bylo nutno postupovat zcela odlišným způsobem než je tomu v případě referenda místního. Velká většina uskutečněných místních referend se totiž týkala právě otázek územních změn, přičemž za určitých okolností se při současné právní úpravě jedná dokonce o referendum obligatorní.²⁰ Na základě ústavního zákona č. 347/1997 Sb., o vytvoření vyšších územních samosprávních celků jsou vyšší územně samosprávné celky tvořeny územím okresů (čl. 1), přičemž hranice VÚSC lze měnit pouze zákonem (čl. 2). Z toho vyplývá, že by tedy bylo nutno patřičnou formou zmínit v první řadě hranice okresů.²¹ V tomto případě ovšem krajské referendum zřejmě není na pořadu dne i z toho důvodu, že o nesouhlasu se setrváním v rámci určitého kraje by zřejmě bylo rozhodováno pouze jednotlivě v těch obcích, kterých se ta která územní změna týká.

Jednou ze základních součástí případné právní úpravy krajského referenda by pak pochopitelně muselo být i přesné vymezení okruhu osob, které by byly v daném referendu oprávněny hlasovat. Na rozdíl od oprávnění hlasovat v místním referendu, které vychází z práva volit do zastupitelstva obce, je nadále právo volit do zastupitelstva kraje bez jakékoli výjimky vázáno na státní občanství České republiky.²² Co se týče překážek ve výkonu práva hlasovat v krajském referendu by zřejmě větší problém nastat neměl. Právo hlasovat v krajském referendu by pak navíc s největší pravděpodobností náleželo i občanům, kteří jsou přihlášení k trvalému pobytu na území vojenského újezdu v územním obvodu daného kraje.²³

Velmi zajímavé podle mého názoru může být i zamýšlení se nad otázkou zavedení určité minimální hranice účasti občanů oprávněných hlasovat v daném kra-

¹⁸ Ke společným respektive rozdílným znakům vymezení samostatné působnosti obcí a krajů srov. zejména § 35 zákona o obcích (č. 128/2000 Sb.) a § 14 zákona o krajích (č. 129/2000 Sb.). Případně viz i PRŮCHA, P.: *Krajská samospráva a její interakce s obcemi*, in: PRŮCHA, P. a kol.: *Jak řídit kraj, město a obec. Právo, normotvorba a veřejný pořádek. Rukověť územní samosprávy, I. díl*, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2002, s. 21–31.

¹⁹ K diskusi o možnosti přijímání obecně závazných vyhlášek v místním referendu viz blíže např. KOUDELKA, Z.: *Právní předpisy samosprávy*, 2. vydání, Praha, Linde, 2001, s. 53–55 případně KADEČKA, S.: *Přijímání obecně závazných vyhlášek v místním referendu? Veřejná správa č. 7/2001*, s. 12.

²⁰ Viz § 21 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení).

²¹ Zejména se jedná o problém přibližně 20 obcí kraje Vysočina, které by chtěly náležet k Jihomoravskému kraji. Srov. např. návrh zastupitelstva Jihomoravského kraje na vydání zákona, kterým se mění vymezení hranic krajů, Sněmovní tisk č. 1213/0, 3. volební období (<http://www.psp.cz>) případně viz *Pod jiný kraj chce 28 obcí*, Právo, 4. 3. 2004, s. 2.

²² Viz § 4 odst. 1 zákona č. 130/2000 Sb., o volbách do zastupitelstev krajů.

²³ Srov. např. FILIP, J.: *Vojenské újezdy a realizace práva na samosprávu*, Časopis pro právní vědu a praxi č. 3/2001, s. 275–279.

ji potřebné pro platnost referenda. I vzhledem k již výše učiněným poznámkám o dosavadním poměrně omezeném zájmu občanů o záležitosti kraje by takto určená hranice musela být zjevně stanovena nesmírně citlivě (k platnosti referenda místního je podle nové úpravy třeba účasti alespoň poloviny oprávněných osob). Ačkoliv je samozřejmě nepřipustné, aby mohla o některých (mnohdy důležitých) záležitostech kraje rozhodovat třeba i jen velmi malá část jeho občanů, stanovení hranice v této výši (50%) by podle mého názoru (alespoň prozatím) vedlo ke značnému omezení reálného významu tohoto institutu. Je navíc žádoucí, aby odpůrci určitého řešení některého problému rozhodovaného prostřednictvím referenda museli o svém postoji přesvědčit hlasující a nabízet jim vlastní alternativy a argumenty namísto pouhého destruktivního odrazování od účasti na daném referendu.

Pozornost je ovšem v souvislosti s problematikou krajského referenda třeba věnovat i možným praktickým úskalím jejich konání. Na mysli pochopitelně nemám pouze určitou organizační náročnost, ale dozajista nelze dost dobře odhlédnout ani od zřejmé finanční zátěže, kterou by mohlo organizování referend pro již tak velmi napnuté krajské rozpočty znamenat. Tato otázka by samozřejmě byla aktuální zejména ve větších krajích jako například v Moravskoslezském či Jihomoravském (oba mají přibližně 1,2 milionu obyvatel).

SLOVENSKÝ PŘÍKLAD?

Dalším krokem, který by podle mého názoru mohl být vhodným doplněním doposud učiněného popisu problematiky možností zavedení krajského referenda v ČR, je alespoň stručné srovnání s vybranou zahraniční úpravou. Při vědomí místy až nepochopitelného a nekritického obdivu ve slovenskou „legislativní odvalu“ se domnívám, že právě tímto příkladem mohou být země regionu střední a východní Evropy, které prošly v posledních několika letech podobně jako ČR obdobím různě složitě hledání „těch správných řešení“ nejen v otázkách přímé demokracie.²⁴ Samozřejmě je třeba mít dále na paměti mnohdy i zásadní disproporce nejen v historických základech, ale i v současném pojetí výkonu samosprávy na územní a místní úrovni v některých těchto státech. Přesto se ale domnívám, že mnohaletá koexistence v rámci jednotného státu by měla být tím pravým impulsem k připomenutí si základních charakteristik přímého výkonu práva na sa-

mosprávu na územní úrovni v zemi našich dnešních východních sousedů.²⁵

Právní úprava vyšších územních samosprávných celků na Slovensku obecně (proces jejich vzniku byl z hlediska politické shody ještě mnohem složitější než u nás) je v celé řadě ohledů odlišná od úpravy naší. Z pohledu tohoto příspěvku je přitom samozřejmě klíčové zakotvení institutu referenda na úrovni samosprávných krajů, a to navíc přímo v čl. 67 odst. 3 Ústavy SR (č. 460/1992 Sb.). Konkrétní úpravu pak představuje zákon č. 302/2001 Z.z., o samosprávě vyšších územních celků. Z tohoto zákona mimo jiné vyplývá, že pokud 30% oprávněných voličů v daném kraji požádá o konání referenda o nějaké důležité otázce krajské samosprávy, je povinností krajských orgánů toto referendum vyhlásit. Na vyhlášení referenda se ovšem jinak může usnést i zastupitelstvo daného kraje. K platnosti rozhodnutí učiněného v krajském referendu je nicméně nezbytná alespoň 50% účast oprávněných voličů v daném kraji, což může znamenat (zvlášť uvědomíme-li si poměrně negativní zkušenost Slováků s referendem na úrovni celostátní) poměrně zásadní omezení reálného vlivu referenda na chod krajské samosprávy v SR.

Jak již bylo výše uvedeno, je jako určitý krok předcházející zakotvení přímé demokracie často zmiňována i přímá volba představitelů samosprávných celků. Ve Slovenské republice na rozdíl od ČR existuje i tato možnost občanů ovlivňovat chod samosprávy, přičemž základem přímé volby předsedy vyššího územního celku je opět samotná Ústava SR (čl. 69 odst. 6). Předsedové samosprávných krajů jsou tedy voleni přímo na základě dvoukolového většinového systému a občané samosprávného kraje mohou navíc i v průběhu volebního období vyvolat a následně i uskutečnit hlasování o odvolání daného předsedy.²⁶

EVROPSKÁ DIMENZE PROBLÉMU

Pokud budeme otázku zakotvení referenda na úrovni vyšších územních samosprávných celků v ČR chápat jako integrální součást širší problematiky veřejné správy jako celku nelze ani v tomto případě odhlédnout od možné evropské dimenze daného problému.²⁷ Ačkoliv regiony lze bezpochyby označit za páteř fungování EU, jsou otázky související s existencí a fungováním samosprávných územních celků ponechány téměř výhradně na vnitrostátní úpravě jednot-

²⁴ Viz např. Skotnicki, K.: *Referendum v polském ústavním právu a praxi*, in: PAVLÍČEK, V. a kol.: *Transformace ústavních systémů země střední a východní Evropy, II. část*, Praha, Univerzita Karlova, 2000, s. 251–262 případně PRUSÁK, J.: *Spôsob vykonania referenda a jeho výsledky v Slovenskej republike*, tamtéž, s. 224–239.

²⁵ Srov. např. HORŇIAKOVÁ, L.: *Pohľad na reformu verejnej správy v SR*, *Správní právo*, č. 1/2001, s. 43–46 případně GONDA, R.: *Reforma verejnej správy a prvá regionálna voľba na Slovensku*, *Politologický časopis* č. 2/2002, s. 234–244.

²⁶ Viz zákon č. 303/2001 Z.z., o volbách do orgánů samostatných krajů.

²⁷ Srov. např. JURNÍKOVÁ, J., KADEČKA, S.: *Evropský pohled na územní veřejnou správu v ČR*, *Veřejná správa* č. 38/2001, příloha, s. 1–5.

livých členských států, přičemž ani judikatura Evropského soudního dvora se této problematice v podstatě nevěnuje.²⁸

Mnohem důležitější roli v souvislosti s výkonem práva na samosprávu proto hraje spíše Rada Evropy (RE). Ta se jednak prostřednictvím jednoho ze svých klíčových orgánů (Výbor ministrů) vyjadřuje k celé řadě otázek formou tzv. doporučení a nejinak činí i v otázkách výkonu práva na samosprávu na územní úrovni.²⁹ Poradním orgánem RE je pak dále tzv. Kongres místních a územních orgánů Evropy (CLRAE), na jehož půdě vznikl návrh tzv. Evropské charty regionální samosprávy. V rámci tohoto dokumentu jsou již otázky referenda na územní (regionální) úrovni konkrétně řešeny. Tak například čl. 12 odst. 1 tohoto návrhu mimo jiné stanovuje, že na rozhodování se v rámci dané regionální jednotky v různých formách mohou přímo podílet i občané. Čl. 16 odst. 1 téhož návrhu pak připomíná, že změny regionálních hranic mohou být na základě vnitrostátní úpravy podmíněny rozhodnutím učiněným prostřednictvím některé z forem přímé demokracie.³⁰ Tento návrh přitom v mnohém vychází z Evropské charty místní samosprávy, která byla přijata již v roce 1985 (ze strany ČR byla ratifikována v roce 1999).³¹ Návrh CLRAE (na němž se podíleli i čeští delegáti) byl postoupen Výboru ministrů RE a jeho definitivní přijetí je očekáváno možná právě již během letošního roku. Výkon samosprávy na územní úrovni je nicméně zejména v případě vybraných regionů v mnoha členských státech RE ať již z důvodů politických či národnostních velmi citlivou záležitostí, a proto nelze vyloučit ani další možné komplikace při schvalování tohoto dokumentu, které mohou vést k jeho další redukci na „pouhé“ obecné formulace o posilování demokratických principů na územní úrovni.³² Zcela samostatnou kapitolou pak samozřejmě zůstává

i reálný vliv těchto dokumentů na vnitrostátní právní úpravu jednotlivých členských států.³³

ZÁVĚR: JAK DÁLE S KRAJSKÝM REFERENDEM?

Jak je z předchozích řádků na první pohled zřejmé, není rozhodně jednoduché zcela se ztotožnit s názorem, že již skutečně dozrál čas k právnímu zakotvení krajského referenda v ČR. Na druhou stranu ovšem samozřejmě donekonečna nelze upřednostňovat otázky celostátního obecného referenda a v případě krajů opět čekat, tentokrát třeba na to, až jak se osvědčí nová úprava referenda místního a prozatím řešit stále ještě spíše existenční otázky krajských samospráv nebo zkrátka jiné, „mnohem důležitější“ záležitosti krajů než je referendum. Podle mého názoru je ovšem nezbytné (a bylo to i hlavním záměrem tohoto příspěvku) zahájit intenzivnější diskusi nejen vědecké obce nad touto problematikou.³⁴

Největším problémem zřejmě v této souvislosti bude (ne)existence politické shody nejen na konkrétní podobě úpravy krajského referenda, ale nad nutností jeho zakotvením vůbec.³⁵ Problematiku zavedení krajského referenda by sice mohly do určité míry spoluřešit i jednotlivé kraje, a to kupříkladu prostřednictvím své zákonodárné iniciativy (čl. 41 odst. 2 Ústavy ČR). Je totiž zřejmé, že návrh zákona třeba i s podporou více zastupitelstev VÚSC by nemohl být zákonodárci zcela ignorován.³⁶ Aktivity v tomto směru pak nelze vysledovat ani v činnosti tzv. Asociace krajů ČR, která sdružuje nejvyšší představitele našich vyšších územně samosprávných celků.³⁷ Je ovšem samozřejmě otázkou, nakolik je vůbec v zájmu představitelů krajských samospráv převádět některé své rozhodovací pravomo-

²⁸ Jako určitou výjimku lze uvést směrnici ES 94/80/EC (reflektovanou již i ze strany ČR), na základě které mají volební právo ve volbách do orgánů místní samosprávy i občané členských států EU, kteří trvale sídlí v jiném členském státě, jehož nejsou státními příslušníky. Viz např. KADEČKA, S.: *Co přináší zákon o volbách do zastupitelstev obcí*, Moderní obec č. 3/2002, s. 32–33.

²⁹ Blíže viz např. CZERNÁ, I.: *Rada Evropy o regionalizaci: Regiony nemají být iluzí decentralizace moci*, Veřejná správa č. 5/2000, s. 28–29 případně ONDROUŠEK, M.: *Regionální politika a Rada Evropy*, EMP č. 1/2001, s. 34–37.

³⁰ Blíže viz český překlad některých základních ustanovení návrhu Evropské charty regionální samosprávy – POMAHAČ, R.: *Průvodce veřejnou správou*, Praha, ISV, 1999, s. 172–177.

³¹ Srov. např. preambuli, čl. 3 odst. 2 a čl. 5 této charty. Blíže viz např. MRKÝVKA, P.: *Evropská charta místní samosprávy*, in: *Aktuální otázky veřejné správy*, Brno, Masarykova univerzita, 2000, s. 158–168.

³² Blíže viz např. SEDLÁČEK, S.: *Evropská dimenze krajů, měst a obcí*, in: PRŮCHA, P. a kol.: *Jak řídit kraj, město a obec. Právo, normotvorba a veřejný pořádek. Rukověť územní samosprávy, I. díl*, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2002, s. 71–81 případně KADEČKA, S.: *Právo obcí a krajů v České republice*, 1. vydání, Praha, C. H. Beck, 2003, s. 32–33.

³³ Srov. např. nález Ústavního soudu č. 53/2003 Sb., v rámci kterého je poměrně podrobným způsobem popsáno „...obohacení českého ústavního standardu Evropskou chartou místní samosprávy.“

³⁴ Nechejme se překvapit, nakolik se problematice možnosti zakotvení krajského referenda bude věnovat publikace pražského nakladatelství Linde, která se bude zabývat právě i otázkami referenda v ČR a měla by vyjít během letošního roku.

³⁵ Srov. např. LAMPARTER, M.: *Ústava, územní samospráva a místní politika*, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 1993.

³⁶ Doposud je ovšem toto oprávnění krajských zastupitelstev využíváno velmi zřídka o společném postupu více zastupitelstev nemluvě. Až na výjimky se jedná spíše o záležitosti méně podstatné. Srov. např. Sněmovní tisk č. 467/0, 4. volební období (<http://www.psp.cz>).

³⁷ Viz *Stanovy Asociace krajů ČR* (<http://www.kr-urady.cz>), kde se mimo jiné v čl. 2 uvádí, že cílem Asociace je „...hájit práva krajů, v duchu principů, z nichž vychází Charta místní samosprávy.“ Což, jak vyplývá z výše uvedeného, by mohlo znamenat i zájem na řešení problematiky přímé demokracie na úrovni krajů.

ci přímo na občany. Jednoznačnou prioritou v případě krajských samospráv tedy nadále zůstává řešení sporů se státem o kompetence, sporů o majetek a hospodaření s ním (snad nejvíce viditelné v případě zdravotnictví), otázky rozpočtového určení daní apod.³⁸

Jistou nadějí pro odstartování diskuse nad možnostmi zavedení krajského referenda v ČR pak mohou být i volby do krajských zastupitelstev na podzim roku 2004. Doufejme jen, že kampaň před těmito volbami se bude skutečně týkat problémů jednotlivých krajů a tím se tedy výrazně odlišit od kampaně před volbami v roce 2000, kdy se „...v průběhu krajských voleb do popředí dostaly otázky, které s krajským zřízením jako takovým nesouvisely. Celá kampaň měla charakter spíše kampaně parlamentní, kontaminovaná někdy otázkami lokálního charakteru“.³⁹

Na úplný závěr mi pak nezbyvá než učinit do určité míry provokativní povzdech v tom smyslu, zda je skutečně současná česká společnost jako celek (tedy politickou reprezentací spolutvořící legislativu na různých úrovních počínaje a osobami oprávněnými v referendech hlasovat konče) skutečně připravena instituty přímé demokracie přijmout a ke svému prospěchu je i používat. Doufejme jen, že v budoucnu skutečně přímý výkon samosprávy na úrovni krajů bude chápán jako opravdu plnohodnotná součást výkonu veřejné moci jako celku (jak je tomu mnohde v zahraničí) a konečně se dočká třeba i patřičného ústavního zakotvení. Nakolik se ovšem jedná o budoucnost vzdálenou, si hádat netroufám.

³⁸ Viz např. PODHRÁZKÝ, M.: *Soudní moc a krajská samospráva v ČR (nejen o kompetenčních sporech a majetkových otázkách)*, in: HLOUŠEK, V., ŠIMÍČEK, V.: *Dělna soudní moci v České republice*, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita, 2004, s. 203–218 případně LÍNEK, L.: *Rozložení moci nepřeje schválení novely rozpočtového určení daní*, *Parlamentní zpravodaj* č. 7–8/2003, s. 14–15.

³⁹ SPOUSTA, J.: *Volební kampaň a její účinek*, in: MRKLAS, L. (ed.): *Krajské volby 2000. Fakta názory, komentáře*, 1. vydání, Praha, CEVRO, 2001, s. 59.

DISKUSE NAD ÚSTAVOU EU – 1. ČÁST

Je Euroústava žádoucí? *

Eliška Wagnerová**

Proces přijímání Euroústavy provázely na české scéně některé problémy. Ani dnes nikdo neví, bude-li „Smlouva zakládající Ústavu pro Evropu“, jak zní nestravitelný oficiální název Euroústavy, ratifikována parlamenty jednotlivých států, resp. bude-li vnitrostátně akceptována v referendu. Tím méně víme, jak se Euroústava bude „chovat“, jako *living law*, tj. jak bude interpretována, resp. konkretizována Evropským soudním dvorem a jak bude přijímána na národních úrovních nejvyššími soudními instancemi a především ústavními soudy.

V České republice zatím chybí byť i jen zkušenosti s aplikací nepřesně řečeno evropského práva v jeho soudobé podobě. Není zatím jasné, jak se k problému aplikace, resp. neaplikace nebo vadné aplikace toho-

to práva ze strany obecných soudů postaví Ústavní soud. Zatím nelze ani říci, jak se Ústavní soud postaví k otázce posuzování či neposuzování ústavnosti evropského sekundárního práva. Vyjasněná není ani pozice Ústavního soudu ve vztahu k Evropskému soudnímu dvoru ve věcech vznášení tzv. předběžných otázek. Samozřejmě, že při hledání odpovědí na tyto otázky půjde český Ústavní soud i cestou komparace přístupů a postupů „unijně starších“ ústavních soudů.

Ani tato cesta nebude jednoduchá, když již dnes víme, že co do uznávání přednosti sekundárního evropského práva před ústavním domácím právem lze starší unijní státy rozčlenit do tří skupin. První skupina reprezentovaná Rakouskem a Nizozemím přiznává rozsáhlou přednost sekundárnímu evropskému právu

* Tento článek je prvním z trojice zde otištěných upravených verzí referátů přednesených na konferenci „Dopady přijetí ústavní smlouvy EU na vnitrostátní ústavní pořádek“, kterou dne 4. června 2004 uspořádaly Výbor pro záležitosti Evropské unie a Stálá komise Senátu pro Ústavu ČR a parlamentní procedury ve Valdštejnském paláci v Praze.

** JUDr. Eliška Wagnerová, Ph.D., místopředsdkyně Ústavního soudu České republiky

před národní ústavou. Druhá skupina států, do které patří SRN, Itálie, Španělsko, Irsko, Švédsko, Dánsko a Belgie, přiznává jen omezenou přednost sekundárnímu evropskému právu před domácími ústavami. A konečně třetí skupina států, totiž Francie a Řecko, zastává pozici přednosti národní ústavy před sekundárním evropským právem.

Zdá se, že ze zmíněných tří pozic se rozumnou a přijatelnou jeví druhá pozice. Ta v sobě spojuje pragmatické vědomí nutnosti respektovat evropské právo, má-li být Evropská unie vůbec schopna naplňovat svůj účel, se zdravou opatrností či skepsí k unijním normotvorným orgánům. Ty totiž, mimo jiné právě proto, že nejsou formálně omezovány ústavním právem, mohou být potenciálně mocensky nebezpečné. Rozhodnutí o tom, kdy taková situace nastává, zůstává v tomto případě v rukou národních ústavních soudů, které jsou referenčně vázány národním ústavním právem, resp. tím, co vše se do národního ústavního pořádku počítá. V případě České republiky by tak šlo i o mezinárodní smlouvy o lidských právech, jak vyplývá z dosavadní judikatury českého Ústavního soudu. Samozřejmě je naznačená konfliktní situace pouze teoretická, neboť dosavadní praxe, zejména Evropského soudního dvora, ukazuje připravenost hájit jisté obecné principy, které z hlediska materiálního lze označit za principy ústavní, sdílené napříč Evropou.

Avšak vraťme se k otázce Euroústavy. Protože její reálná definitivní podoba je pouze spekulativní (a výraz definitivní podoba je přitom třeba vnímat pouze přibližně, vycházíme-li z empirického poznání, které dokládá, že obsah každé ústavy je interpretován a re-interpretován v návaznosti na sociokulturní a další dobové podmínky, samozřejmě ovšem vždy při zachování podstaty ústavního systému), soustředím se spíše na principiální východiska, na nichž je Euroústava vybudována. Dotknu se otázky, zda Evropská unie vůbec nějakou ústavu potřebuje, otázky státní suverenity a Charty základních práv s důrazem na práva svou podstatou hospodářská a sociální, obsažená v hlavě IV. Charty nesoucí název solidarita.

V České republice, a jistě nejenom tam, se ozývají hlasy, tvrdící, že přijetí Euroústavy znamená konec anebo přinejmenším velké zmenšení suverenity českého státu. Ihned se ovšem nabízí otázka, co je to suverenity státu, chápeme-li tento pojem tak, jako obhájcí suverenity národního státu, tj. ve smyslu mocenském, což znamená ve smyslu kreování a výkonu moci, která je uplatňována v tzv. národním, tj. státním, zájmu. Stranou ponechme chápání suverenity ve smyslu mezinárodního práva. Možná odpověď na tuto otázku zní, že suverenity státu v mocenském pojetí je umělý hegelianský konstrukt, náležející do 19. století, který měl odstranit dobové dilema mezi tradiční suverenitou panovníka a ke slovu se hlásící suverenitou lidu. Běh dějin však přesvědčivě a trpce dokázal, že přemýšlení o mocensky chápané suverenitě jakéhokoliv subjektu, včetně lidu, je slepou uličkou. Žádný

subjekt, tedy osoba ať právnícká nebo fyzická, nemůže být dle soudobých představ v pozici suveréna v tom smyslu, že svou ničím nelimitovanou vůlí určí, co má být právem. V žádném soudobém organizovaném společenství, které chce být legitimní, není subjektu, včetně takového společenství samého, který by disponoval mocenskou suverenitou. Všechny orgány takového organizovaného společenství, jakož i lid, disponují toliko kompetencemi. Lid s výhradou práva na revoluci. Ovšem zároveň pod hrozbou, že povede-li revoluce k omezení těch subjektivních práv, byť menšiny členů společenství, která svým původem předcházejí jakémukoliv organizovanému společenství, budou ti, kdo se ujal vykonávat v novém společenství moc takovým způsobem, který se přiči oněm právům, brání k zodpovědnosti poté, kdy se nové uspořádání společenství, tj. jeho politický systém, zhroutí. Tato jistě vypointovaná úvaha, z druhé strany ovšem historicky jako možná prověřená, stojí v základu principu „*rule of law*“, který se jako označení v daných, tzn. evropských souvislostech, jeví asi jako přiléhavější označení, než ekvivalentní původně německý, avšak i českým Ústavním soudem používaný výraz materiální právní stát. Oběma výrazům je ovšem společná představa omezeného výkonu moci příslušnými orgány, byť v rámci jim vymezených kompetencí. Nezpochybnitelným prvkem omezujícím výkon kompetencí jsou subjektivní základní práva osob. A jistotu, co do jejich formulace a rozsahu, jakož i způsob jejich ochrany, skýtá od dob americké revoluce právě ústava. Ta, jako základní zákon, jednak dělí moc, které zároveň dodává legitimitu, stanoví kompetence orgánů organizovaného společenství, jakož i vztahy mezi nimi, garantuje zmíněná základní práva osob a určí způsob jejich ochrany. Základní práva však působí i zpětně tak, že obsahově limitují výkon kompetencí orgánů organizovaného společenství. Takto chápaná ústava je výrazem liberálního principu primátu jednotlivce v jeho důstojnosti a autonomii před jakýmkoliv organizovaným společenstvím, ať státem, Evropskou unií, čímkoliv. Přijetí takové ústavy ve společenství, jehož orgány mají vykonávat mocenská oprávnění, je v zájmu každé jednotlivé osoby v něm žijící, a proto je žádoucí i Ústava Evropské unie. Samozřejmě, že taková Ústava by měla splňovat právě načrtnuté parametry.

Problém rozvržení kompetencí do více úrovní, tj. v našem případě mezi orgány národních států a unijní orgány, je samozřejmě velmi důležitý. Důležitý je zejména z hlediska principů, charakterizujících kvalitu demokracie, jako je např. princip subsidiarity. Podle návrhu čl. 9 Euroústavy mají na dodržování principu subsidiarity dohlížet národní parlamenty. Není pochyb o tom, že ovšem i národní ústavní soudy by se musely zabývat otázkou účinnosti aktu, u něhož by bylo namítáno vybočení unijního orgánu z vymezeného kompetenčního rámce. Z druhé strany se samozřejmě otevírá prostor k rozhodování o obdobné otázce i pro Evropský soudní dvůr. Jak by byl řešen konflikt me-

zi odlišnými názory národních ústavních soudů a Evropského soudního dvora je otázkou, na níž lze hledat odpověď spíše v oblasti pragmatického uvažování než v teorii.

Dalším problémem je funkce národního státu při tvorbě Euroústavy. Z pohledu jednotlivce se orgány národního státu, tedy parlament a vláda, jeví jako jeho reprezentanti. To lze tvrdit přesto, že z hlediska formálního má být Euroústava mezinárodní smlouvou, tj. smlouvou uzavíranou mezi státy. Tento formální aspekt nemůže, dle mého názoru, vytěsnit funkcionální nahlížení na Euroústavu, a tím méně může vytěsnit její materiální rozměr, tj. dříve zmíněnou úlohu „*rule of law*“. Na omezenou důležitost formálního aspektu lze usuzovat i z faktu, že Evropskou unii již dnes nelze hodnotit klasickými kritérii jako pouhý svaz států, tedy konfederaci. Pokud proto reprezentace národního státu jedná o Euroústavě v duchu „národních zájmů“ (a zvolený plurál není náhodný), což je oblíbený výraz českých euroskeptiků či eurorealistů, jak sami sebe označují, jedná v rozsahu mandátu, ztotožníme-li národní zájmy s pluralitou zájmů existujících v české společnosti. Tyto zájmy nelze však ztotožnit se zájmy národního státu jako takového. Vyslovila-li se ke vstupu do Evropské unie většina voličů v referendu souhlasně, je povinností národní reprezentace jednat o takové Euroústavě, která by vytvořila co nejlepší záruky pro život jednotlivce v Evropské unii.

V závěru se podíváme na to, zda návrh Euroústavy obsahuje takový katalog základních práv, který by účinně plnil funkci obsahového limitu výkonu moci ze strany orgánů Evropské unie. Prof. *Hirsch*, předseda Spolkového soudního dvora, ve své přednášce pronesené v prosinci 2002 u příležitosti oslav 50. výročí Evropského soudního dvora v Lucemburku mimo jiné uvedl k povaze základních práv to, že od jiných práv je odlišuje rys, že nejsou dávana zákonodárcem, nýbrž naopak jemu přirozenoprávně předcházejí. Jejich podstata je obsažena v každém liberálním právním řádu. Konkrétní vyjádření, stanovení jejich šře, jakož i šře jejich ochrany a žalovatelnosti, je poté předmětem normativního, tj. pozitivněprávního vyjádření. Dále prof. *Hirsch* uvedl, že zejména v oblasti sociálních a hospodářských základních práv existují v pojetí různých evropských států rozdíly. Je ovšem nasnadě, že v Chartě základních práv a svobod kazuisticky formulovaná sociální a hospodářská práva nelze ztotožnit se základními právy definovanými z hlediska původu, tak jak jej vymezil prof. *Hirsch*. Neboť právě v kazuistické podobě jsou tato základní práva obtížně spojitelná se samotnou lidskou přirozeností, která samozřejmě předchází státu. Tato práva jsou spíše označitelná za civilizační hodnoty, pojící se s technickou a ekonomickou úrovní dosaženou v daném čase určitou civilizací, a za svou „základnost“ vděčí buď smlouvě nebo normativnímu vyjádření. Jejich závislost na momentální ekonomické prosperitě společnosti je zcela zřejmá a skrze tuto prosperitu je daná i jejich reálná existence. Z dru-

hé strany kazuistické vyjádření těchto práv vytváří do jisté míry uzavřený, nedynamický systém, což jistě nelze hodnotit pozitivně.

Kazuistický přístup k těmto právům či jejich zájmově motivovaný „pointillismus“ zvolila Charta. Tímto přístupem poněkud rozmělnila základní etos principu solidarity, v jehož světle byla mnohými evropskými ústavními soudy interpretována klasická, tj. co do přirozenoprávního původu skutečná základní práva a především i samotný princip „*rule of law*“. Nepopíratelný sociální rozměr klasických základních práv by měl zůstat vědomě pohyblivý, a to v závislosti na rozumné a fakticky možné prosperitě celého společenství. S normativním přístupem ke kazuisticky pojatým sociálním a hospodářským právům se implicitně pojí nutnost stálého ekonomického růstu společenství a národních států samotných.

Z druhé strany se zdá být důležitá otázka dosaženého standardu těchto základních práv na jednotlivých národních úrovních. Ve svém rozhodnutí z 22. října 1986, označovaném jako „*Solange II*“, uvedl německý Spolkový ústavní soud, že nelze očekávat, a to na základě v mezidobí dosaženého standardu v judikatuře Evropského soudního dvora, že by cestou vymanění se komunitárního práva z dosahu ústav členských států, došlo ke snížení standardu základních práv v komunitárním právu v takovém rozsahu, který by nemohl být z hlediska Základního zákona považován za obecně přiměřený. Spolkový ústavní soud dále uvedl, že od Evropského soudního dvora neočekává, že by standard základních práv promítaný do komunitárního práva v podobě obecných a základních právních principů klesl na nejnižší společný jmenovatel, který by vyšel ze srovnání ústav členských států, existují-li vůbec tak hluboké rozdíly mezi ústavami členských států, nebo budou-li v budoucnu existovat. Lze spíše očekávat, pokračoval soud, že Evropský soudní dvůr bude přenášet do komunitárního práva nejlépe rozvinuté principy základních práv.

Budíž řečeno, že Spolkový ústavní soud v tomto rozhodnutí samozřejmě hovořil o klasických základních právech, nikoliv o právech sociálních a hospodářských. Z druhé strany víme, že klasická základní práva jsou v judikatuře tohoto soudu interpretována v jejich sociálním rozměru, víme, že judikatura rozvíjí normativní princip sociální státnosti. Vývoj ukáže, zda ekonomická realita dovolí další rozvoj sociální státnosti. Nedovolí-li, stanou se kazuisticky vymezená sociální základní práva pouhými programovými větami. A protože Charta nečiní formální rozdíl mezi nimi a klasickými základními právy, lze očekávat, že by tak mohl poklesnout i reálný význam klasických základních práv, což by rozhodně nebyl jev žádoucí.

Z dalšího úhlu pohledu může být otázka dosaženého standardu ochrany základních práv a svobod v budoucnu důležitá i potud, že Charta zvolila pro možné omezení všech základních práv a svobod generální klauzuli obsaženou v čl. II. – 52 (1) Euroústavy.

Omezení musí být provedeno zákonem a musí zachovávat podstatu omezovaných práv a svobod. K omezení může dojít jen při zachování principu proporcionality a jen tehdy, je-li omezení nezbytné a odpovídá-li cílům obecného zájmu, které uznává Unie nebo potřebě ochrany práv a svobod jiných osob.

Tato generální klauzule na první pohled jednak otevírá prostor k mnohem širšímu omezení všech základních práv a svobod tím, že rozšiřuje účel omezení na cíle obecného zájmu. I když tyto cíle jsou definovány v čl. 3 návrhu Euroústavy a tento katalog zjevně nelze rozšiřovat dalšími položkami obecného zájmu, přesto je daný katalog mnohem širší, než je zvykem v liberálních ústavách národních států.

Je tedy zřejmé, že se vyskytnou případy kon-

krétních, zejména klasických základních práv, jejichž ochrana prováděná na národní úrovni je podstatně vyšší. Na národní úrovni tak vznikne dvojitý standard ochrany i omezitelnosti základních práv, jeden v oblasti evropského práva a druhý v oblasti domácího práva. K jakým důsledkům takový „double standard“ při rozšiřujících se kompetencích Evropské unie povede, lze těžko odhadovat.

Z naznačeného vyplývá, že se zdá, že současná Euroústava není ještě úplně zralá. Avšak i kdyby nebyla právě tato verze Euroústavy nakonec akceptována, lze přesto říci, že právě ona odstartovala skutečnou diskusi o Euroústavě. V rámci této diskuse, zejména probíhá-li napříč národními státy, vzniká skutečný evropský politický národ či lid.

Vztah Evropského soudního dvora k národním ústavním soudům: Příklad německého Spolkového ústavního soudu^{*}

Siegfried Bross**

Svá níže uvedená stanoviska ohledně zvoleného tématu bych chtěl prezentovat z různých úhlů pohledu. V první části se budu věnovat otázkám akceptace komunitárního práva a závěrů Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) v národním prostředí, ve druhé, podstatně rozsáhlejší části, vám představím vývojovou linii vztahu Spolkového ústavního soudu k ESD a v části třetí na závěr pohovořím o aktuální situaci, o návrhu ústavy a potřebě soudu rozhodujícího v případě vzniku kompetenčního konfliktu v Evropské unii.

A nyní podrobněji k jednotlivým problémům:

S ohledem na postupující evropský integrační proces, v jehož rámci došlo dne 1. května t. r., tedy před několika týdny, k rozsáhlému rozšíření o deset zemí (mezi nimi je též vaše země), si musíme především jako nejaktuálnější položit otázku po akceptaci komunitárního práva. Evropská unie se musí vnímat – a to je také váš budoucí úkol – jako právní a mírové společenství. Se zřetelem ke svým 25 členským státům a skutečností, že je domovem několika set milionů obyvatel, je třeba usilovat o to, aby nejen Evropa, nýbrž i celý svět odsud dostával pozitivní impulsy pro udržení míru.

Pro dosažení tohoto cíle je bezpodmínečným a nutným předpokladem solidní, transparentní a pro všechny členské země bez výjimky přijatelný právní řád. Právní řád Evropské unie, představovaný jak primárním právem ve smlouvách a v budoucnu též v evropské ústavě, tak sekundárním právem, může splňovat požadavky na mírotvornou funkci a z ní vyplývající celosvětové impulsy pouze tehdy, když bude z vnitřku členskými zeměmi a jejich obyvateli nejen akceptován, nýbrž zvnitřněn a z vlastního přesvědčení uváděn ve skutek.

V tomto ohledu hraje ESD v Lucemburku svrchovaně významnou úlohu, protože je to výhradně a pouze ESD, který má hájit smlouvy Společenství a v budoucnu také evropskou ústavu. Zde vnímám jisté problémy a požadují vytvoření soudu rozhodujícího v případě vzniku kompetenčního konfliktu. Stav, kterého bylo dosaženo v nedávné době před rozšířením a po několika týdnech krátce po rozšíření, počítuji ve sféře akceptace komunitárního práva jako spíše neblahý. Zprávy ESD o zahájených soudních řízeních dokumentují neoddiskutovatelným způsobem, že akceptace komunitárního práva je velmi nedostatečná. Případů

^{*} Tento článek je druhým z trojice zde otištěných upravených verzí referátů přednesených na konferenci „Dopady přijetí ústavní smlouvy EU na vnitrostátní ústavní pořádek“, kterou dne 4. června 2004 uspořádaly Výbor pro záležitosti Evropské unie a Stálá komise Senátu pro Ústavu ČR a parlamentní procedury ve Valdštejnském paláci v Praze.

^{**} Prof. Dr. Siegfried Bross, soudce Spolkového ústavního soudu SRN, Karlsruhe

soudních pří o porušování příslušných smluv přibývá, a i někdejší premiant – Spolková republika Německo – je stále častěji terčem kritiky Evropské komise v Bruselu. Vzhledem k tomu, že Německo v této věci není výjimkou, nelze se než podívat nad tím, že evropský integrační proces je prosazován tak vehementně právě těmi původními členskými zeměmi, které přitom tak často porušují dosavadní smlouvy. Ani tyto země samotné tak nedokáží ve své suverénní pozici jakožto původci smluv a autonomní smluvní partneři integračního procesu dodržovat to, co přijali jako smluvní závazky.

Ve své přednášce se nehodlám výslovně zabývat otázkou, jak se realizuje akceptace komunitárního práva u cílových adresátů, tedy obyvatel Evropské unie. Zde nemám primárně na mysli porušování zákona nebo nezákonné jednání v souvislosti s komunitárními předpisy, ale spíše požadavek národních ústavních soudů, aby komunitární právo odkázalo Komisi Evropských společností a ESD v Lucemburku do příslušných mezí. A navíc bych se příliš nedivil, kdyby v nových členských zemích v důsledku časově mnohem kratší zkušenosti bylo zapotřebí vykonat ještě mnoho osvětové práce.

Pro naše téma v užším smyslu – bezprostřední vztah mezi ESD a národním ústavním soudem – je zásadní odpovědět na otázku mezinárodní příslušnosti pro rozhodnutí soudního sporu a z této odpovědi vyjít. Vyjádřím se konkrétněji: Pro vztah mezi ESD a národním ústavním soudem je vždy zásadní problém, kdo má pravomoc konečného rozhodnutí, je-li národnímu ústavnímu soudu předloženo tvrzení, že evropské právo či právní akt, jenž se na něm zakládá, odporuje národnímu ústavnímu právu. V dosavadních závazných smlouvách Společenství k této otázce neulezneme nic. Judikatura ESD v této záležitosti není přesvědčivá a hodlám se jí kriticky věnovat. Judikatura Spolkového ústavního soudu Spolkové republiky Německo, kterou se chci následně zabývat, však také vykazuje dogmatické nedostatky. V posledku jde o mezinárodní příslušnost národního ústavního soudu, požaduje-li se, aby rozhodoval soudní pře, které přesahují národní hranice. Dokud Evropská unie není spolkovým státem v tom smyslu, že národní státy, které jsou její součástí, budou pouze nesamostatnými participujícími státy a vzdají se vlastní národní suverenity, zůstane tato otázka otázkou klíčovou.

Mám-li charakterizovat stávající výchozí stav ve Spolkové republice Německo ve věci vztahu ESD a národního ústavního soudu, mohu i po rozhodnutí ze dne 7. června 2000 (nařízení týkající se obchodu s banány) navázat na tzv. maastrichtský rozsudek Spolkového ústavního soudu ze dne 12. října 1993. O akceptaci komunitárního práva na národní úrovni všeobecně a o vztahu ESD na evropské rovině vůči Spolkovému ústavnímu soudu Spolkové republiky Německo na národní rovině pojednávají především dvě jeho pasáže. Znějí takto: „*Osob, na něž se vztahují základ-*

ní práva v Německu, se též týkají akty zvláštní veřejné moci supranárodní organizace oddělené od státní moci členských zemí. Tyto akty se tak dotýkají záruk Ústavy Spolkové republiky Německo a úkolů Spolkového ústavního soudu, jejichž předmětem je ochrana základních práv v Německu a v tomto smyslu nikoli vůči německým státním orgánům. Spolkový ústavní soud však vykonává svou jurisdikci ohledně aplikování odvozeného komunitárního práva v Německu v 'kooperačním vztahu' k Evropskému soudnímu dvoru, neboť Evropský soudní dvůr zaručuje ochranu základních práv v každém jednotlivém případě pro celou oblast Evropských společností, a Spolkový ústavní soud se tak může omezit na všeobecné zaručení kogentních standardů základních práv.“ „*Pokud by například evropské instituce či orgány aplikovaly či rozvíjely Smlouvu o Evropské unii způsobem, jenž již není v souladu se zněním smlouvy schválené německým zákonem o jejím přijetí, právní akty, jež by z toho vyplývaly, by na německém výsoštném území nebyly závazné. Německé státní orgány by z ústavněprávních důvodů nemohly tyto právní akty v Německu aplikovat. Takovýmto způsobem prověřuje Spolkový ústavní soud, zda právní akty evropských institucí a orgánů setrvávají v mezích výsoštných práv jim stanovených, nebo je překračují.“*

Maastrichtský rozsudek Spolkového ústavního soudu ukazuje, že v otázce vztahu Spolkového ústavního soudu vůči ESD se v podstatě jedná o dva okruhy otázek, totiž o ochranu základních práv národním ústavním soudem a o prověřování kompetence pro normotvornou činnost. Maastrichtský rozsudek však v judikatuře Spolkového ústavního soudu nestojí izolovaně; spíše se nachází v judikatorní linii, kterou zahájil Spolkový ústavní soud již rozhodnutím ze dne 18. října 1967. Tuto linii bych vám chtěl blíže nastínit, a to nikoli abych vás poučoval, nýbrž abych vás informoval, co se v judikatuře Spolkového ústavního soudu rozvinulo nikoli zcela přesvědčivým způsobem. Dokáží si představit, že by snad na základě těchto informací mohlo pro vás být poněkud snazší stanovit a vytvářet vztah mezi ESD a vašim národním ústavním soudem.

Chtěl bych na samý začátek jasně říci, že obě právní figury, a to jak kooperační vztah, tak právní akt překračující meze výsoštných práv, nepovažuji za nástroje vhodné k definici pozice národního ústavního soudu vůči ESD. Namísto kooperačního vztahu je přiměřeným dogmatickým řešením, ale i řešením, které odpovídá mezinárodním smlouvám, spíše komplementární vztah mezi národním ústavním soudem a ESD. Dogmaticky nelze představu kooperačního vztahu mezi soudy podle německého právního řádu odůvodnit bez neshody. Soudy nespolupracují spolu navzájem, nýbrž jsou povinny svěřenou soudní moc realizovat v plné míře nerozdílně. Mohou spolupracovat pouze v případech, jež podléhají zvláštním pravidlům; jinak by totiž vytvoření kooperačního vztahu jedním soudem směřovalo k uplatnění kompetenční kompetence.

Ta však nepřísluší žádnému soudu, protože soudy samy nepodléhají žádné věcné kontrole. Soud by se tak sám vybavil všestrannou mocí, čímž by zároveň ztratil jakoukoli legitimitu v rámci právního státu a demokratického zřízení.

Usiluje-li o kooperaci mezi soudy výhradně autorizovaný ústavodárný orgán, zákonodárný orgán či – jako zde – strany uzavírající smlouvu, je k tomu zapotřebí v dané věci jasně stanovit pravidla. Taková pravidla se nacházejí například v Ústavě Spolkové republiky Německo ve čl. 100 odst. 1 u povinnosti obecného soudu předložit věc k posouzení Spolkovému ústavnímu soudu nebo v čl. 234 Smlouvy o založení Evropského společenství, upravujícím rozhodování o předběžných otázkách soudů členských zemí u ESD. Z toho lze usuzovat, že maastrichtský rozsudek Spolkového ústavního soudu nemůže v tomto bodě sloužit jako vhodný příklad pro vztah ESD k národnímu ústavnímu soudnictví.

Další právní figuru vytvořenou Spolkovým ústavním soudem, a to figuru právních aktů překračujících meze výsostných práv, rovněž nelze přivítat, a to ze systematických důvodů. V případě multilaterální mezinárodní smlouvy – o takovou se v každém případě jednalo ještě v okamžiku maastrichtského rozsudku – je nutně vyloučené, aby si národní ústavní soud nárokoval možnost prověřovat právní úkony komunitární moci, učiněné na základě existujících smluv, s ohledem na jejich korespondenci s národním ústavním právem. Takovýto počin by byl z hlediska mezinárodněprávního přípustný pouze tehdy, pokud by v příslušných smlouvách byly učiněny tomu odpovídající výhrady. Takovéto výhrady však neexistují. Je zapotřebí si představit následky, které by z dané situace plynuly: Ústavní soud určitého konkrétního smluvního partnera rozhodne samostatně a nezávisle na ústavním soudu jiného smluvního partnera. Tím by pro smlouvy neexistovala od počátku žádná právní jistota a realističky by nebylo možné očekávat, že by za takto nejistého předpokladu určitý stát přijal tak dalekosáhlé závazky, o jaké se usiluje evropskými smlouvami během vývoje trvajících již několik desetiletí.

Nezávisle na skutečnosti, že Spolkový ústavní soud v této věci přehlédl taktéž problematiku mezinárodní příslušnosti celkově i pro předmět smlouvy, je dále zapotřebí vzít v úvahu, že evropské zakládací smlouvy se při postupující integraci smluvních států vymykají v určitých úsecích mezinárodněprávnímu posouzení a mezinárodněprávním měřítkům. Na rozdíl od mezinárodních smluv, jejichž obsah i při vývoji do budoucna – jako v případě Charty Spojených národů – je ve všech zásadních bodech stanoven a v jejichž případě se mohou vlivem vývoje v čase měnit pouze jednotlivé smluvní podmínky v rámci výchozí situace, s tím evropskou smluvní situaci nelze srovnávat. Neboť pokud byly kompetence přeneseny na evropskou úroveň, byl s tím spojen explicitní záměr vytvořit do budoucna orientovaný, a tím dynamický evropský právní řád.

Tím však bylo všem smluvním státům do posledního důsledku jasné, že při převodu určité kompetence nemohou s úplnou jistotou odhadnout, jakým směrem se bude tento proces ubírat. Od tohoto okamžiku stály za postupným vývojem toliko a pouze Evropská komise v Bruselu a ESD v Lucemburku, a to především proto, že smluvní státy v konkrétních případech své kompetence (např. právo Komise na iniciativu) nebraly dostatečně vážně.

Vyřešit tuto problémovou oblast nejen uspokojivě, nýbrž i věcně a přiměřeně, bude jedině možné prostřednictvím evropského soudu rozhodujícího v případě kompetenčního konfliktu, do jehož působnosti budou spadat kompetenční otázky týkající se evropských smluv, tak jako v každém státě zpravidla též existují ústavní soudy s příslušností státního soudního dvora k vymezení oprávnění a kompetencí nejvyšších státních orgánů.

Podkladem pro judikatorní linii Spolkového ústavního soudu je nedostatečná akceptace komunitárního práva, a dále nevyjasněný vztah mezi ESD a národními ústavními soudy. Jako výchozí může v tomto směru sloužit rozhodnutí Prvního senátu Spolkového ústavního soudu ze dne 18. října 1967, kdy bylo pomocí ústavní stížnosti právně napadeno nařízení podle práva Evropského společenství.

Nález Spolkového ústavního soudu zněl, že nařízení Rady a Komise Evropského hospodářského společenství (jednalo se o rok 1967!) nelze bezprostředně napadát pomocí ústavní stížnosti. Spolkový ústavní soud především vysvětlil, že nařízení Rady a Komise jsou akty zvláštní, „supranárodní“ veřejné moci, zakotvené smlouvou a jasně oddělené od státní moci členských zemí. Orgány EHS podle něj uplatňují výsostná práva, jichž se členské země zřekly ve prospěch Společenství založeného v jejich prospěch. Společenství není samo o sobě státem, ani spolkovou zemí. Je osobitým společenstvím nacházejícím se v procesu postupné integrace, je to jakési „mezistátní zařízení“ ve smyslu čl. 24 odst. 1 Ústavy Spolkové republiky Německo, na něž Spolková republika Německo – jakož i ostatní členské země – přenesla určitá výsostná práva. Dále Spolkový ústavní soud uvedl, že tím vznikla nová veřejná moc, která je vůči státní moci jednotlivých členských zemí samostatná a nezávislá. Její akty tedy ze strany členských zemí není zapotřebí ani potvrzovat, a ani je z jejich strany není možné zrušit. Smlouva EHS pak údajně představuje do jisté míry ústavu tohoto společenství. Právní předpisy vydané orgány společenství v rámci jejich smluvně zakotvených kompetencí, tedy „sekundární komunitární právo“, představují vlastní právní řád, jehož normy nejsou ani mezinárodním právem, ani národním právem členských zemí. Komunitární právo a vnitrostátní právo členských zemí jsou podle Spolkového ústavního soudu „dva svébytné, navzájem odlišné právní řády“. Právo vytvořené smlouvou EHS pak vyvěrá z „autonomního právního zdroje“.

V rámci tohoto právního řádu podle daného vyjádření existuje vlastní systém právní ochrany. ESD „zajišťuje zachování práva při výkladu a aplikaci“ smlouvy EHS. Dohlíží předně na zákonnost jednání Rady a Komise. Z právní povahy Společenství údajně vyplývá, že výsostné akty vydané jejich orgány v rámci jejich příslušnosti, k nimž patří nařízení podle čl. 189 Smlouvy, nejsou akty německé veřejné moci ve smyslu § 90 Zákona o Spolkovém ústavním soudu (BVerfGG). Ústavní stížnost bezprostředně namířená proti takovému aktu tedy není přípustná.

Uvedený případ je prvním příslušným rozhodnutím ke vztahu komunitárního práva k národnímu právu a ke vztahu Spolkového ústavního soudu k ESD. Oblasti kompetence jsou jasně definované, avšak závěry učiněné z daného rozhodnutí jsou pochybné; neboť pouze primární právo na úrovni Společenství a národní právo jsou dva samostatné, vzájemně odlišné právní řády. Od okamžiku, kdy je z úrovně Společenství kodifikováno sekundární právo – a pouze toto právo je směrodatné ve vztahu k občanům členského státu –, obraz nastíněný Spolkovým ústavním soudem nesouhlasí. Sekundární komunitární právo nevytlačuje odpovídající národní právo, nýbrž nastupuje neodvozeně na jeho místo, protože daný smluvní stát v tomto rozsahu přenesl svou suverenitu na úroveň Společenství. Kvůli tomuto předání suverenity proto sekundární komunitární právo působí od počátku jako národní právo. Evropské právo vytvořené dříve smlouvou EHS a v současné době tvořené stávajícími smlouvami sice původně vyvěrá z autonomního komunitárního právního zdroje, v každém smluvním státu však působí jako neodvozené národní právo, protože tyto státy se odpovídajícím způsobem vzdaly suverenity. Odlišné posouzení by přicházelo v úvahu, pokud by ve smlouvách byly stanoveny výhrady ohledně odvolání postoupení nebo výpovědi ve věci jednotlivých předmětů smluv.

Uvedený dřívější náleží Spolkového ústavního soudu jasně navzdory právním posouzením ukazuje, že problémy týkající se akceptace ve věci vzdání se suverenity a přenesení nekontrolovatelné příslušnosti na úroveň společenství představovaly odedávna nepřekonatelnou překážku v evropském integračním procesu. Je s podivem, že po roce 1967 až do dnešních dnů tato záležitost nebyla zohledněna odpovídajícími úpravami v příslušných smluvních zněních.

Vyostření problému, v jakém vztahu se vůči sobě nacházejí ESD a Spolkový ústavní soud, ve směru ochrany základních práv se projevilo v judikatuře „Solange“ Spolkového ústavního soudu. Výrok rozhodnutí ze dne 29. května 1974 zní: „Pokud“ *Solange integrační proces Společenství není natolik pokročilý, že by komunitární právo obsahovalo též formulovanou a platnou listinu základních práv, odsouhlasenou parlamentem, která by byla adekvátní vůči listině základních práv Ústavy Spolkové republiky Německo, je pro vyžádání rozhodnutí ESD požadovaného dle čl. 177 smlouvy přípustné a nutné předložení věci ze strany soudu*

Spolkové republiky Německo vůči Spolkovému ústavnímu soudu v rámci řízení přezkumu norem, pokud soud považuje předpis komunitárního práva, jenž je pro něj významný při rozhodování, ve výkladu ESD za neaplikovatelný vzhledem k tomu a do té míry, že koliduje s jedním ze základních práv ústavy Spolkové republiky Německo.

I v případě, že Spolkový ústavní soud potvrdí dosavadní judikaturu, a navíc uzná, že Spolkový ústavní soud nemůže rozhodnout závazně, zda a s jakým obsahem je předpis sekundárního komunitárního práva slučitelný s primárním komunitárním právem, zabrání dalšímu, logicky se nabízejícímu kroku, aby bylo rozhodnuto, zda a v jakém rozsahu je v mezinárodním měřítku kompetentní pro možnou kolizi sekundárního komunitárního práva s národním ústavním právem, obzvláště s národními základními právy.

V okamžiku dalšího rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 22. října 1986 sice komunitární právo neobsahovalo žádnou formulovanou a platnou listinu základních práv, odsouhlasenou parlamentem, nicméně Spolkový ústavní soud rozhodl takto: „*Pokud Evropská společenství, obzvláště judikatura Soudního dvora společenství, všeobecně zajistí účinnou ochranu základních práv vůči výsostné moci Společenství, jež je z hlediska závaznosti v podstatě srovnatelná s ochranou základních práv stanovených Ústavou Spolkové republiky Německo jako kogentních, zejména všeobecně zaručujících věcnou podstatu základních práv, Spolkový ústavní soud již nebude vykonávat svou soudní pravomoc ohledně aplikovatelnosti odvozeného komunitárního práva, které se požaduje jako právní podklad pro jednání německých soudů či úřadů ve výsostné oblasti Spolkové republiky Německo, a již tedy nebude ověřovat toto právo s ohledem na základní práva plynoucí z Ústavy Spolkové republiky Německo. Odpovídající postup podle čl. 100 odst. 1 Ústavy Spolkové republiky Německo je tímto nepřipustný.*“

Dané rozhodnutí řeší rozpor mezi Spolkovým ústavním soudem a ESD ve věci ochrany národních základních práv pouze prvoplánově. Řešení stanovené v BVerfGE 73, 339 neruší alespoň co do podstaty konečný kontrolní nárok Spolkového ústavního soudu vůči ESD. Na základě odpovídajícím způsobem zdůvodněných ústavních stížností a usnesení soudů o předkládání sporu by Spolkový ústavní soud musel podrobit ochranu základních práv na úrovni Společenství ze strany ESD bližšímu zkoumání. Je zapotřebí však zmínit ještě jedno hledisko. ESD vytvořil ochranu základních práv na úrovni Společenství, a to bez listiny základních práv odsouhlasené parlamentem. V této věci pro sebe nárokoval kompetenční kompetenci, a tím – vědomě, či nevědomě – vyvozoval důsledky ze závěrů národních ústavních soudů jako v *Solange I*. Z národního pohledu je toto neuspokojivé, neboť takováto zásadní rozhodnutí jsou úkolem daného suverénního subjektu, nikoli orgánu Společenství, a to ani pokud se zde jedná o soud.

Zapojení formulace *Solange* do čl. 23 odst. 1 věta první Ústavy Spolkové republiky Německo bez listiny základních práv odsouhlasené parlamentem zdaleka nereflktuje pouze náklonnost vůči integraci, a to stejnou měrou jako formulace *Solange II*. Tato formulace zároveň představuje podnět k ukončení členství v Evropské unii, pokud již nebude zajištěna ochrana základních práv v podstatě srovnatelná s Ústavou Spolkové republiky Německo. Těž s ohledem na to je vhodnější posuzovat vztah Spolkového ústavního soudu k Evropskému soudnímu dvoru jako vztah komplementární, a nikoli kooperační, protože v rámci komplementárního vztahu se konečný rozhodovací nárok Spolkového ústavního soudu stává zřejmým.

Potvrzení a zároveň ukončení judikatury tzv. *Solange* Spolkového ústavního soudu je patrné v rozhodnutí ze dne 7. června 2000 o nařízení týkajícím se obchodu s banány. Zde se praví: „1. Ústavní stížnosti a předkládání sporů, které dokládají porušení základních práv z Ústavy Spolkové republiky Německo sekundárním komunitárním právem, jsou od počátku nepřijatelné, pokud jejich zdůvodnění nedoloží, že evropský právní vývoj včetně jurisdikce ESD po vydání rozhodnutí *Solange II* poklesl pod úroveň požadované normy základních práv. 2. Proto musí zdůvodnění předložení věci nebo ústavní stížnosti konkrétně doložit, že ochrana základních práv vždy stanovená jako kogentní není v zásadě zajištěna. To vyžaduje konfrontaci ochrany základních práv na národní úrovni a na úrovni Společenství takovým způsobem, jak ji realizoval Spolkový ústavní soud v *BverfGE* 73, 339, 378–381.“

Rozhodující hodnota daného rozhodnutí spočívá v tom, že odmítá pokusy interpretovat maastrichtský rozsudek jako odklon od judikatury obsažené v *BVerfGE* 73, 339, 376 n., 386 (tímto směrem se ubírá též rozhodnutí ze dne 17. února 2000 – 2 BvR 1210/98 – Alkan, NJW 2000, 2015 n.).

Požadavek na vytvoření soudu rozhodujícího v případě kompetenčního konfliktu na evropské úrovni nemá nic společného s výhradami vůči evropskému integračnímu procesu. Spíše tento požadavek spočívá ve zjištění, že v opačném případě nelze v rámci Společenství dosáhnout právní jistoty. Je jasné, že ústavní soud jednoho ze smluvních států v případě sporu, zda určitá kompetence byla přenesena na Společenství a v jakém rozsahu, daný konflikt převede na sebe. To je také metodicky vhodné do té míry, že smlouvy se k takovému případu konfliktu nevyjadřují a že návrh evropské ústavy nezavádí soud rozhodující v případě kompetenčního konfliktu, například o tom, zda je klauzule stanovující princip subsidiarity případná.

Návrh ústavy nepočítá – a to je značně překvapující – s normou, která je jinak imanentní pro každou občanskoprávní, zejména však pro každou důležitou mezinárodní smlouvu. Ustanovení o rozhodčím soudu

patří k instrumentariu každého právníka rozhodujícího ve smluvních sporech. Když se však již nejen přistoupi k rozšíření Společenství, nýbrž se připravuje i jeho prohloubení prostřednictvím vytvoření nových institucí a vybavení stávajících institucí dalšími kompetencemi, musí jako *conditio sine qua non* na posledním úseku cesty k evropskému spolkovému státu být ustaven také tento (vůči ESD) nejvyšší ústavní soud.

Právě Ústavní soud Spolkové republiky Německo může o sobě tvrdit, že již delší dobu ve své judikatuře ctí postavení a pozici přináležející ESD dle stávající smluvní situace a nesnaží se tuto pozici zpochybňovat. Tak se podle jeho judikatury například nemůže stát podkladem pro rozhodování zákon ve smyslu čl. 100 odst. 1 věta první Ústavy Spolkové republiky Německo, pokud je jisté, že nesmí být aplikován na základě komunitárního práva, které je s ním v kolizi.

Požadavek na ustavení soudu rozhodujícího v případě kompetenčního konfliktu a na odpovídající úpravu hierarchie norem ve Společenství a v pořadí právních zdrojů od úrovně společenství k národní úrovni v posledku vyplývá již nutně ze dvou rozhodnutí – *Costa/ENEL* (Rs 6/64, rozsudek ze dne 15. července 1964; Sb. 1964, str. 1251) a *Internationale Handelsgesellschaft*; (Rs. 11/70, rozsudek ze dne 17. prosinec 1970; Sb. 1970, str. 1125).

Nárok vznesený ze strany ESD, že celý komunitární právní řád má přednost před národním ústavním právem, a v důsledku též že určitá směrnice prostřednictvím rámce, jež vytváří, předchází národnímu ústavnímu právu, je neslučitelný s mezinárodněsmluvní konstrukcí smluv v rámci Společenství, z níž smluvní státy stále ještě vycházejí a považují sebe samotné za původce smluv. Stanovení hierarchií norem v případě takto uspořádaného smluvního systému, který představují evropské smlouvy od počátku, je výhradně věcí smluvních států.

V této souvislosti je především zapotřebí vzít též v úvahu, že evropské smlouvy byly nejprve koncipovány s ohledem na vývoj dynamického právního řádu, a to pouze pro několik málo oblastí, především oblast hospodářství. Pořadí norem, jakož i eliminace názorových rozdílů a urovnání sporů ohledně toho, zda a v jakém rozsahu je nutné přenášet určité kompetence, bylo od počátku slabým místem smluv Společenství. Až do této chvíle byly smlouvy neúplné, přičemž vyzývaly každý národní ústavní soud smluvního partnera k tomu, aby danou nesrovnalost řešil autonomně z podstaty vlastního ústavního práva. Těž ESD měl již dávno vlastní judikaturou na tuto situaci reagovat a zajistit, aby daná nesrovnalost odporující smluvnímu účelu a duchu smluv Společenství byla odpovídajícím způsobem odstraněna. Uplatněním kompetenční kompetence záměr Společenství naplněn nebude.

Evropská ústavní smlouva a suverenita v trestních věcech*

Michal Tomášek**

Návrh Evropské ústavní smlouvy zakládá právní subjektivitu Unie jako celku včetně oblasti dosavadního II. a III. pilíře. Zároveň explicitně zakotvuje přednost evropského práva před právem národním. Oblast spolupráce ve věcech trestních v rámci prostoru svobody, bezpečnosti a práva patří podle úpravy čl. 13 odst. 2 Evropské ústavní smlouvy k tzv. sdíleným pravomocím. Trestní právo a právo trestat se odvozuje ze suverenity nad určitým územím. Moc trestat se vztahuje na trestní stíhání a na souzení pro trestné činy, spáchané na území suveréna, tedy uvnitř jeho hranic. Takovým suverénem je tradičně stát. Evropská unie nebyla dosud nadána suverenitou ani v mezinárodním ani ve vnitřním smyslu. Suverenitou v obojím smyslu byla zatím nadána toliko Evropská společenství, a to jen v okruhu pravomocí, výslovně předaných členskými státy na jejich orgány. Mezi takovými pravomocemi se ovšem pravomoc trestat nevyskytovala, a tak otázky trestního práva stála dlouhá léta mimo diskusi v rámci evropské integrace, zvláště když evropské právo bylo pojímáno jako soubor právních předpisů k ochraně výlučně ekonomicky motivovaných svobod – volného pohybu zboží, služeb, pracovníků a kapitálu a plateb. Až do zformulování příslušných zásad návrhu Evropské ústavní smlouvy přetrvávala zásada, vyslovená Evropským soudním dvorem v právní věci *Casati*¹, že trestní právo a trestní řízení zůstává plně v kompetenci členských států. Evropské právo nicméně klade na členské státy v tomto ohledu jisté požadavky, zejména že aplikací vnitrostátního trestního práva nesmí docházet k diskriminaci podle státní příslušnosti ani k omezování základních svobod jednotného vnitřního trhu EU (tedy volného pohybu zboží, osob, služeb či kapitálu a plateb).²

DOSAVADNÍ VÝVOJ

Svrchovanost státu nad výkonem trestní jurisdikce na vlastním území nicméně nevylučovala a nevylučuje mezistátní a mezinárodní spolupráci při potí-

rání trestné činnosti. Každý stát chrání svůj veřejný pořádek normami trestního práva.³ Také mezinárodní společenství může chránit mezinárodní pořádek určitým systémem norem. Mezinárodní zločin je zaměřen proti mezinárodnímu veřejnému pořádku, vnitrostátní trestný čin proti vnitrostátnímu veřejnému pořádku. Tomu ovšem neodpovídá formální stránka věci. Vnitrostátní trestné činy jsou souzeny soudy příslušných států, a to podle jejich trestního práva. Ovšem mezinárodní trestní soudnictví zaznamenává neustálý vývoj.⁴ Tzv. „mezinárodní právo trestní“ je tvořeno mezinárodními smlouvami, mnohostrannými a dvoustrannými, které zavazují smluvní strany stanovit trestnost určitých skutků ve vnitrostátním právu a vytvořit předpoklady pro jejich stíhání. Jde o zvláště závazná jednání, na jejichž kriminalizaci je schopno se shodnout více států mezinárodního společenství:

- obchod s lidmi,
- ochrana peněz a obecně prospěšných zájmů,
- obchod s drogami,
- dětská pornografie,
- útoky proti letecké a námořní dopravě,
- terorismus,
- korupce,
- organizovaný zločin.

Jestliže je na kriminalizaci takových skutků schopno se dohodnout mezinárodní společenství, pak by bylo na pováženou, kdyby se na obdobném postupu neshodlo společenství natolik integrované, jakým je Evropská unie. Po přijetí Smlouvy o EU (tzv. „Maastrichtské smlouvy“) v roce 1992, účinné od 1. listopadu 1993, byl v rámci EU vytvořen tzv. „třetí pilíř“ – spolupráce v oblasti justice a vnitra. Zatímco Maastrichtská smlouva obecně formulovala cíl třetího pilíře jako „rozvoj úzké spolupráce v oblasti justice a vnitra“, Amsterodamská smlouva s účinností od 1. května 1999 ukládá rozvíjet Unii jako „prostor svobody, bezpečnosti a práva, ve kterém je zajištěn volný pohyb osob ve

* Tento článek je třetím ze zde otištěných upravených verzí referátů přednesených na konferenci „Dopady přijetí ústavní smlouvy EU na vnitrostátní ústavní pořádek“, kterou dne 4. června 2004 uspořádaly Výbor pro záležitosti Evropské unie a Stálá komise Senátu pro Ústavu ČR a parlamentní procedury ve Valdštejnském paláci v Praze.

** Doc. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc., Právnická fakulta University Karlovy

¹ Rozhodnutí Evropského soudního dvora v právní věci 208/80, trestní řízení proti Guerino Casati z 11. listopadu 1981, SbSD 1981, 2595.

² Srov. TOMÁŠEK, M.: *Existuje „evropské trestní právo“*, Trestněprávní revue č. 5/2004.

³ Srov. KAMLACH, M., REPÍK, B.: *Mezinárodní spolupráce v trestním a občanskoprávním řízení*, Panorama, Praha 1990.

⁴ Srov. ŠTURMA, P.: *Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva*, Praha, Karolinum 2002.

spojení s vhodnými opatřeními, týkajícími se kontroly na vnějších hranicích, práva azylu, přístěhovalectví a předcházení a potírání zločinnosti“. V posledně jmenované souvislosti, totiž v souvislosti s potíráním zločinnosti v rámci prostoru svobody, bezpečnosti a práva EU vyvstává otázka tzv. „evropského trestního práva“. Tedy otázka, zda jsou členské státy EU schopny se shodnout na kriminalizaci některých druhů jednání. Základní rámec vytváří v tomto ohledu článek 31 Smlouvy o EU odst. 1 písm. e), podle něhož společný postup při justiční spolupráci ve věcech trestních předpokládá postupné přijetí opatření k zavedení minimálních norem o skutkových podstatách trestných činů a trestech v oblasti organizovaného zločinu, terorismu a obchodu s drogami. Jak však konstatoval Evropský soudní dvůr v právní věci *Donatella Calfa*⁵, postupné přijímání opatření k zavedení minimálních norem o skutkových podstatách trestných činů a trestech v oblasti organizovaného zločinu, terorismu a obchodu s drogami musí až do přijetí společného postupu mezi členskými státy respektovat platné předpisy každého členského státu a nedotknutelnost zásad jednotného vnitřního trhu EU. Na rozdíl od dosavadní díkce č. 31 Smlouvy o EU počítá návrh Evropské ústavní smlouvy ve svém článku 171 s tím, aby v pravomoci EU bylo též přijímání pravidel a postupů k uznání všech druhů rozsudků a soudních rozhodnutí, úprava dalšího vzdělávání soudců, státních zástupců a justičních zaměstnanců, stejně jako přijímání předpisů o minimálním standardu práv jednotlivců v trestním řízení, úprava práv obětí trestných činů a jiných specifických aspektů trestního řízení, stejně jako vydání pravidel o minimálních standardech v oblasti zvláště závažné trestné činnosti, jako např. terorismus, obchodování s lidmi, sexuální vykořisťování žen a dětí apod. včetně počítačové a organizované kriminality.⁶ K tomu účelu musejí evropské zákony a evropské rámcové zákony vytvořit opatření k uznávání a výkonu soudních rozhodnutí mezi členskými státy a k předcházení a řešení sporů o jurisdikci mezi členskými státy, jakož i opatření ke vzdělávání soudců a soudních úředníků.

OTÁZKA LIDSKÝCH PRÁV

I před přijetím a účinností Evropské ústavní smlouvy jsme ovšem zaznamenávali a zaznamenáváme jisté posilování pravomocí v rámci třetího pilíře právě s cílem neustále zvyšovat standard svobody, bezpečnosti a práva. Podle navrhovaného článku 158 Evropské ústavní smlouvy má prostor svobody, bezpečnosti a práva zohledňovat především ochranu základních lidských práv a dále různé právní tradice a právní systémy členských států. Na druhé straně musí Unie v rám-

ci tohoto prostoru zajišťovat vysoký stupeň bezpečnosti. K tomu účelu bude Rada přijímat evropská nařízení. Dosavadní posilování „unijních“ pravomocí, před přijetím výslovně kodifikované pojistky proti zneužití základních lidských práv v Evropské ústavní smlouvě, má ovšem i své odpůrce. Výhrady směřují, stručně řečeno do dvou oblastí. První se týká pochybností o postavení tzv. „unijního práva“. Na rozdíl od práva „komunitárního“, které je produktem pravomocí odevzaných členskými státy na Evropská společenství, nadané právní subjektivitou, nemá unijní právo dosud v podobné právní subjektivitě EU oporu. Situaci by mohla změnit až Evropská ústavní smlouva. Druhým, daleko vážnějším protiargumentem jsou pochybnosti, do jaké míry je posilování unijních pravomocí v rámci III. pilíře s to reflektovat dodržování základních lidských práv. Posledně jmenovaný protiargument se objevil v řadě členských zemí, včetně Česka, a to v souvislosti s instrumentem evropského zatykače.

Zavedení evropského zatykače je tedy posunem nejen v oblasti práva trestního a práva mezinárodního, nýbrž i práva evropského. Staví totiž do popředí otázku dalšího rozšíření pravomocí, tentokrát pravomocí unijních. Ty jsou v případě evropského zatykače odvozeny od právní formy, jíž byl tento instrument zaveden, čili od příslušného rámcového rozhodnutí, totiž z Rámcového rozhodnutí Rady č. 2002/584 JVV o evropském zatykáčím rozkazu a postupech předávání mezi jednotlivými členskými státy ze 13. června 2002, jímž je Evropský zatykač definován jako rozhodnutí vydané justičním orgánem členského státu s cílem zatknout a předat požadovanou osobu jiným členským státům za účelem trestního stíhání nebo výkonu nepodmíněného trestu odnětí svobody. Rámcové rozhodnutí přijímá Rada EU podle čl. 34 písm. c) Smlouvy o EU jednomyslně, a to za účelem sblížení zákonů a jiných předpisů členských států. Je potom na členských státech jakou formu implementace rámcových rozhodnutí do svých právních řádů zvolí. Rámcové rozhodnutí, jakožto akty III. pilíře EU, jsou stejně jako směrnice, tedy akty I. pilíře EU, určena členským státům a stejně jako směrnice zavazují členské státy co do výsledku, jehož má být dosaženo. Na rozdíl od směrnic nejsou ovšem rámcové rozhodnutí akty nadnárodními, nýbrž mezivládními. Nelze z nich tedy, například na rozdíl od směrnic či nařízení, vynucovat přímý účinek, kupříkladu formou občanskoprávní odpovědnosti. Evropský soudní dvůr může podle čl. 35 odst. 1 Smlouvy o EU rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se platnosti a výkladu rámcových rozhodnutí. Evropský soudní dvůr může rovněž podle čl. 35 odst. 6 Smlouvy o EU přezkoumat právnost rámcových rozhodnutí na základě žalob, podaných členskými státy nebo Komisí pro nepřislušnost, porušení podstatných procedurál-

⁵ Rozhodnutí Evropského soudního dvora v právní věci C-348/96 *Donatella Calfa v. Arios Pagos* z 19. ledna 1999, SbSD 1999, 8.

⁶ Srov. ZEMÁNEK, J., TICHÝ, L., KRÁL, R., SVOBODA, P., TOMÁŠEK, M.: *Posudek k návrhu Ústavy Evropské unie IN: České právo na prahu Evropské unie* (M. Tomášek, ed.), Acta Universitatis Carolinae – Juridica č. 1-2/2004, s. 15-39.

ních náležitostí, porušení Smlouvy o EU nebo právní normy vydané k jejímu provedení anebo pro zneužití pravomoci.

Jestliže orgán členského státu podle „předávacího“ řízení na základě evropského zatykače nemůže, na rozdíl od vydávacího řízení, odepřít předání, pokud má pochybnost o tom, zda byla v trestním řízení dodržena veškerá základní práva, pak tu mohou vzniknout určité rozpaky. Je totiž nejednoznačné, zda rámcové rozhodnutí č. 2002/584 JVV umožňuje odepřít předat k trestnímu stíhání do jiného členského státu osobu v pochybnostech, že zatykač byl vydán za účelem diskriminace podle pohlaví, rasy, náboženství, etnického původu, národnosti, jazyka, politického přesvědčení nebo sexuální orientace, což byly vše důvody, kde tradiční vydávací řízení umožňovalo vydání odmítnout. Při posuzování uvedeného argumentu je však třeba mít na paměti, že současné evropské právo, na rozdíl do stavu ještě před více než deseti lety, zná jisté mechanismy ochrany lidských práv a jejich záruk. Nejde jen o Evropskou chartu lidských práv, která ovšem dosud nenabyla všeobecné právní závaznosti, ale především o mezinárodní smlouvy, jimiž jsou založena sama evropská integrační uskupení. Je to především čl. 6 Smlouvy o Evropské unii, který deklaruje, že Unie je založena mimo jiné na zásadě respektování lidských práv a základních svobod, a v rovině „komunitárního“, nadnárodního práva čl. 13 Smlouvy o založení Evropského společenství, který směřuje proti diskriminaci z důvodů pohlaví, rasy, etnické příslušnosti, víry nebo světového názoru, invalidity, věku nebo sexuální orientace. Ostatně i z rozhodnutí Evropského soudního dvora jsou známy případy, kdy tento nejvyšší orgán výkladu a aplikace evropského práva rozhodl i proti členským státům pro porušení některých z uvedených základních práv a svobod. Vcelku je ovšem velmi těžko představitelné, že by kterýkoliv členský stát vydával zatykač za účelem diskriminace nebo dokonce perzekuce z jakéhokoliv uvedeného důvodu. I kdyby se tak stalo, má evropské právo dostatek nástrojů, jak takový stát přivést k dodržování základních práv až po pozastavení hlasovacích práv v Radě EU.

Rámcové rozhodnutí o evropském zatykači ovšem ve svém článku 1 odst. 3 stanoví, že evropský zatykač nesmí působit na změny závazků vyplývajících z ustanovení čl. 6 Smlouvy o EU, pokud jde o dodržování základních práv a právních principů. Toto ustanovení může být vykládáno i tak, že by orgán členského státu mohl odepřít předání do jiného členského státu, pokud by hrozilo ohrožení základních práv předávaného. Na podporu takového pojetí svědčí i preambule rámcového rozhodnutí, podle níž nelze členským státům bránit v uplatňování jejich ústavních práv vztahujících se k právu na spravedlivý proces, ke svobodě sdružování, ke svobodě tisku a ke svobodě projevu. Preambule na-

víc výslovně deklaruje, že nelze předat osobu do jiného členského státu, pokud by hrozilo, že bude vystavena trestu smrti, mučení nebo jinému nelidskému zacházení, přestože sám text rámcového rozhodnutí výslovně neobsahuje výjimku z předávání osob v takových případech. Z uvedeného vyplývá, že rámcové rozhodnutí *implicitně* obsahuje možnost členského státu nepředat osobu k trestnímu stíhání do jiného členského státu, hrozí-li riziko porušování základních práv a svobod. Protože rámcové rozhodnutí zavazuje každý členský stát co do cíle, jehož má být dosaženo, může si každý členský stát upravit podrobnosti ve vlastním právním předpisu. Kupříkladu britská implementace ukládá, aby soudce v každém případě posoudil, zda není rozpor ze Zákonem o lidských právech z roku 1998.

SBLIŽOVÁNÍ TRESTNÍHO ZÁKONODÁRSTVÍ

Výklad ustanovení čl. 1 odst. 3 rámcového rozhodnutí umožňuje, aby se otázka lidských práv stala součástí předávacích postupů. Na druhé straně kontrolní mechanismy komunitárních soudů vůči dodržování základních lidských práv jsou stále omezené. Jedinou cestou v podobných případech se jeví uplatnit porušení čl. 6 Smlouvy o EU před Evropským soudním dvorem. Ten může podle čl. 35 Smlouvy o EU i podle své dřívější judikatury (např. *Foto-Frost*⁷) přezkoumat právnost rámcových rozhodnutí na základě žalob, podaných členskými státy nebo Komisí pro porušení Smlouvy o EU, tedy i jejího čl. 6. Přestože členské státy EU jsou schopny se shodnout na kriminalizaci některých druhů jednání, nelze říci, že by existovalo „evropské trestní právo“. Existuje tu spolupráce ve věcech trestních mezi členskými státy EU. V hmotněprávním smyslu nejde zatím o odstranění stávajících rozdílů v trestněprávní kodifikaci členských států, ale o minimalizaci těchto rozdílů a o sblížení skutkových podstat tam, kde jsou členské státy schopny se dohodnout na kriminalizaci některých druhů jednání. Návrh Evropské ústavní smlouvy přináší v uvedeném ohledu zásadní posun, a to zakotvením způsobu, jak budou přijímány minimální zásady trestní spolupráce mezi členskými státy v procesněprávním i v hmotněprávním smyslu. K usnadnění vzájemného uznávání soudních rozhodnutí mohou evropské rámcové zákony stanovit minimální zásady přípustnosti důkazních prostředků, práva účastníků trestního řízení, práva poškozených v trestním řízení a zejména minimální skutkové podstaty trestných činů. Veškeré tyto zásady přijme Rada jednomyslně se souhlasem Evropského parlamentu. Takto přijatá opatření se stanou minimálním standardem, čili nebude možné bránit členským státům přijímat opatření přesnější, než opatření

⁷ Rozhodnutí Evropského soudního dvora v právní věci 314/85 *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck Ost* z 22. října 1987, SbSD 1987, 4199.

stanovená rámcovými zákony. Podle článku 172 návrhu Evropské ústavní smlouvy lze minimální skutkové podstaty trestných činů stanovit na trestné činy terorismu, obchodování s lidmi, sexuálního využívání žen a dětí, nedovoleného obchodu s drogami, nedovoleného obchodování se zbraněmi, praní peněz, úplatkářství, padělání platebních prostředků, počítačové kriminality a organizovaného zločinu. Takto vymezený okruh trestných činů může Rada rozšířit evropským rozhodnutím, které přijme jednomyslně se souhlasem Evropského parlamentu.

* * *

Zařazení spolupráce ve věcech trestních mezi sdílené pravomoci podle návrhu Evropské ústavní smlouvy v kontextu zamýšleného rozšíření suverenity EU i na tuto oblast pochopitelně nesníhá ze členských států suverenitu trestat. Členské státy budou i nadále v tomto ohledu suverény, i když nikoliv výlučnými, jako tomu bylo doposud. V přesně vymezených oblastech předávají část této své suverenity v oblasti trestní jurisdikce do rukou Unie, a to na základě jednomyslně přijímaných unijních aktů. Jde předně o společnou kriminalizaci některých jednání a k předávání ke trestnímu stíhání. Suverenita EU v trestních věcech bude suverenitou sdílenou, a to vertikálně se členskými státy. Většina skutků obecné kriminality bude i nadá-

le podléhat trestní jurisdikci každého členského státu. Pokud by měla být suverenitou výlučnou, musel by existovat jakýsi evropský trestní kodex, což je zatím obtížně představitelné. V uvedené souvislosti existuje sice projekt *Corpus Iuris*, který měl popsat osm trestných činů, poškozujících finanční zájmy Společenství. V připomínkovém řízení byl tento výsledný produkt opřipomínkovan a v roce 2000 znovu předložen. Zůstává však spíše v teoretické rovině, i když některé jeho části se začínají naplňovat v praxi.⁸

Sdílená suverenita je ovšem často obtížně uchopitelná, pokud nejsou jasné mantinely mezi jejími jednotlivými nositeli. Jednodušší je to kupříkladu v **horizontálně sdílené suverenitě měnové**. Ze současných dvaceti pěti členských států jen dvanáct odevzdalo suverenitu nad měnou do rukou Společenství. Zbýlých třináct členských států, včetně Česka, si svoji měnovou suverenitu podržuje až do přijetí jednotné měny. V horizontálně sdílené suverenitě měnové je její výkon přesně vymezen územím států, resp. jejich měnami.⁹ Ve **vertikálně sdílené suverenitě trestní** bude muset být dělba suverenity vymezována nejen unijními právními předpisy, ale určitě dojde i na spory o jejich výklad před evropskými soudními orgány. Posledně jmenovaný prvek nebude postrádat zajímavost a bude konečkonců určujícím motorem budoucího vývoje unijního práva v dané oblasti.

⁸ Podrobněji FENYK, J., KLOUČKOVÁ, S.: *Mezinárodní justiční spolupráce v trestních věcech*, Praha 2003.

⁹ Podrobněji TOMÁŠEK, M.: *Evropské měnové právo*, Praha 2004.

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Několik poznámek k aplikaci § 88a trestního řádu

Jan Chochoolatý*

Novelou trestního řádu č. 265/2001 Sb., bylo do trestního řádu včleněno nové ustanovení § 88a. Jeho smyslem je umožnit orgánům činným v trestním řízení zjišťovat údaje o uskutečněném telekomunikačním provozu, které jsou předmětem telekomunikačního tajemství, anebo se na ně vztahuje ochrana osobních a zprostředkovatelských dat. Těmito se rozumí například identifikační a účastnické číslo mobilního telefo-

nu, datum a čas uskutečněného hovoru, jeho délka, číslo volané stanice, označení základové stanice, jež zachycovala hovor v okamžiku spojení a označení základové stanice, která zprostředkovala hovor v okamžiku jeho ukončení¹. Dále může být tímto údajem i informace o místě, kde se volající a příjemce v okamžiku hovoru nacházeli. Před tím, než bylo toto ustanovení do našeho právního řádu včleněno, musela se situa-

* Mgr. Jan Chochoolatý, justiční čekatel KS v Ústí nad Labem

¹ Taxativní výčet zprostředkovatelských dat je uveden ve vyhlášce MV ČR č. 191/2000 Sb., konkrétně v jejím § 3 odst. 2.

ce v souvislosti s pořizováním těchto informací řešit přiměřeně dle § 88 tr. ř. Soudy však velice často postupovaly tak, že takto získaný materiál konstatovaly pouze jako listinný důkaz. Velice svérázně též docházelo k opatřování takových materiálů, a to zpravidla tak, že se policejní orgánův jednoduše obrátil na poskytovatele telekomunikačních služeb a požádal jej o zachycení informací o provozu na určitém „číslu“. Tím si policie zajistila potřebné informace často ještě před sdělením obvinění. Nabízí se otázka, zda se v daném případě nemohlo jednat o neodkladný a neopakovatelný úkon podle § 160 odst. 4 tr. ř. Policie však tuto žádost podala v dostatečném předstihu, často i před prověřením důvodnosti trestního oznámení, aby nedošlo ke skartaci požadovaného materiálu, a teprve pak oficiálně o tyto materiály požádala. Obcházení zákona je zde dle mého názoru zjevné, myšlenka, zda tento úkon považovat za neodkladný a neopakovatelný, dle mého názoru není na místě, a to zejména s přihlédnutím k povaze takto získaných informací. Lze se ztotožnit s tvrzením Ústavního soudu, který ve svých nálezech II. ÚS 502/2000, ze dne 22. 1. 2001 a IV. ÚS 536/2000 ze dne 22. 6. 2000 konstatoval, že informace o telekomunikačním provozu takto získané jsou ve své podstatě nedílnou součástí telekomunikačního provozu, a jako takové též podléhají telekomunikačnímu tajemství. Tento fakt lze konstatovat i ze zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích, ve znění pozdějších předpisů, konkrétně z ustanovení § 84 odst. 3, písm. c). Je tudíž nutno je subsumovat pod ústavně garantované právo na ochranu listovního a jemu podobného tajemství, podle čl. 13 Listiny a pro jejich získání užít pouze zákonného podkladu. Výslovné ustanovení, jež by k tomuto kroku orgány činné v trestním řízení opravňovalo, tehdy nebylo. Jak již bylo výše naznačeno, Ústavní soud ve výše uvedených nálezech konstatoval, že s přihlédnutím k povaze takových informací a při absenci konkrétního zákonného zmocnění pro jejich získání, přichází v úvahu **přiměřená aplikace ustanovení § 88 tr. ř.** Z hlediska mezinárodních smluv o lidských právech jde o porušení čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práva základních svobod a čl. 17 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech. Evropský soud pro lidská práva projednával podobný případ², kde dospěl ke shodným závěrům jako Ústavní soud. Ústavní soud se také na tento rozsudek v odůvodnění obou výše uvedených nálezů odvolává. Nutno jen podotknout, že rozsah porušení výše uvedených mezinárodních smluv byl v případě projednávaném před Ústavním soudem širší o určení místa, kde se osoby v době realizace telefonního hovoru nacházely. Z výše uvedených důvodů bylo nutno přehodnotit stávající

praxi a zareagovat vhodným doplněním trestního řádu o tento nový institut.

Aplikace tohoto relativně nového ustanovení není bez komplikací. V § 88a odst. 1 tr. ř. je uvedena slovní vazba: „údaje o uskutečněném telekomunikačním provozu“. Z hlediska gramatického se jedná o minulý čas. Pokud budeme toto ustanovení interpretovat, musíme se nutně zabývat i jeho časovým rozsahem. S poukazem na předchozí větu pak musíme učinit závěr, že toto ustanovení dopadá pouze na informace o již proběhlém telekomunikačním provozu.³ Nutně se nabízí otázka, jak zajistit informace o telekomunikačním provozu, který teprve nastane. V současné době existují v teoretické rovině dvě možná řešení. Prvním z nich je přiměřené využití § 88a tr. ř. i při získání informací o telekomunikačním provozu, který teprve bude realizován. Nutno podotknout, že neexistuje dosud výslovné zákonné řešení tohoto problému, ale právě nastíněná možnost se v praxi zatím moc nevyužívá. Pro toto řešení svědčí i nález Ústavního soudu z doby, kdy ustanovení § 88a tr. ř. ještě nebylo zakotveno.⁴ Stejný postup přináší již zmiňované Výkladové stanovisko NSZ č. 25/2002.

Současná praxe však inklinuje k jinému řešení, jehož těžiště spočívá v řešení problému prostřednictvím § 158d odst. 3 tr. ř., tedy využití operativně pátracího prostředku. Využití tohoto ustanovení umožňuje definice a vymezení jednotlivých druhů operativně pátracích prostředků v § 158b tr. ř. V kombinaci se shora uvedeným ustanovením umožňuje de facto za stejných podmínek jako odposlech telekomunikačního zařízení realizaci zjišťování informací o telekomunikačním provozu, který teprve proběhne. Otázkou však zůstává, zda i rozsah a druh získávaných informací bude totožný. V této fázi je nutno posoudit, zda obě ustanovení trestního řádu umožňují průlom do telekomunikačního tajemství. Osobně se domnívám, s přihlédnutím ke koncepci a zakotvení obou ustanovení, že tuto možnost připouští. V dikci § 88a tr. ř. je uvedeno, že se pomocí tohoto ustanovení zjišťují informace o již proběhlém telekomunikačním provozu, které podléhají telekomunikačnímu tajemství. V § 158d odst. 3 tr. ř. je zakotvena dle mého názoru širší úprava, která za v tomto ustanovení stanovených podmínek a splnění podmínek povolovacího režimu podle § 158d odst. 4, nebo s výjimkou stanovenou v odst. 6 citovaného ustanovení, umožní zásah m.j. do listovního tajemství. Listina základních práv, ve svém čl. 13 chrání listovní tajemství a zprávy podávané jiným obdobným zařízením. Můžeme tedy říci, že pojem listovního tajemství je kategorií nadřazenou pojmu telekomunikační tajemství (alespoň z hlediska ústavních zásad) a tudíž lze při

² Jednalo se o rozsudek ve věci Malone vs. Spojené království ze dne 2. 8. 1984. Tento rozsudek Evropského soudu pro lidská práva není v této práci zahrnut, neboť jeho podstatné body jsou konstatovány v rozboru obou nálezů Ústavního soudu.

³ Stejný názor je zastáván ve Výkladovém stanovisku NSZ č. 25/2000.

⁴ Autor zde má na mysli závěry Ústavního soudu v nálezu IV. ÚS 536/2000, který se týkal získávání informací o realizovaném telekomunikačním provozu a jejich dalšího využití jako důkazu v trestním řízení. V tomto nálezu byla situace řešena při neexistenci § 88a tr. ř. analogickou aplikací § 88 tr. ř.

získávání informací o telekomunikačním provozu postupovat za využití § 158d odst. 3 tr. ř. Praxe se dle mého názoru zcela správně přidržuje výrazného restriktivního pojetí výkladu ustanovení § 158d odst. 3 tr. ř. a jeho aplikace na získávání informací o telekomunikačním provozu. Sám zastávám názor, že je tento přístup zcela na místě, a to zejména při objasnění samotné podstaty operativně pátracích prostředků. Na rozdíl od úpravy platné na Slovensku, nepřipouští náš právní řád možnost pro realizaci odposlechu jako operativně pátracího prostředku. Citovaný § 158d tr. ř. se vztahuje toliko na sledování osob a věcí, což je pouze jeden z operativně pátracích prostředků. Bylo by dle mého názoru mylné a zavádějící aplikovat toto ustanovení tak, aby zcela suplovalo výše uvedený nedostatek § 88a tr. ř. Praxe tudíž velice správně umožňuje aplikaci citovaného ustanovení pouze na získání informací o pohybu držitele mobilního telefonu, případně jen tohoto telefonu, jakožto sledované věci. Pokud bychom umožnili zastupitelnost § 88a a § 158d tr. ř., popřeli bychom význam výše citovaného nálezu Ústavního soudu a judikaturu Evropského soudu pro lidská práva.⁵ Domnívám se, že za účelem napravení tohoto provizorního stavu by mělo být přikročeno ke změně § 88a tr. ř., a to v tom směru, že by se za slovo „uskutečněném“ vložil výraz „nebo v budoucnu realizovaném“. Tím by došlo k pokrytí zde diskutovaného problému. Zde bude třeba prověřit, zda řešení nenabízí doprovodná novela trestního řádu, navrhovaná v souvislosti s trestním zákoníkem 2003/2004.

Dalším problémem ustanovení § 88a tr. ř. je jeho vztah k § 47 a § 47a zákona o Policii ČR. Podle § 47 jsou policejní útvary oprávněny při plnění úkolů požadovat od státních orgánů, orgánů obcí, právnických a fyzických osob pomoc a poskytnutí informací a podkladů. Dle odstavce třetího citovaného ustanovení je přímo stanovena povinnost pro provozovatele telekomunikačního zařízení vyžádané informace o telekomunikačním provozu policii poskytnout. Toto ustanovení nedopadá na § 88 tr. ř., ale je v kolizi s dikcí § 88a tr. ř. Dle § 84 odst. 3 zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích, ve znění pozdějších předpisů, veškeré informace týkající se provozu telekomunikačního zařízení podléhají telekomunikačnímu tajemství. V současné praxi se tohoto ustanovení nejčastěji využívá ke zjištění čísla mobilního telefonu osoby, která bude následně sledována. Nicméně i telefonní číslo podléhá režimu teleko-

munikačního tajemství, a to s ohledem na dikci § 84 odst. 3 písm. c) zákona o telekomunikacích. Policejní orgány tento zcela zjevně protiprávní postup odůvodňují tím, že získání telefonního čísla, nebo IMEI, je nutným předpokladem pro pozdější úspěšné sledování osoby, nebo věci. S tímto názorem však, jak vyplývá z výše uvedeného, nelze souhlasit a je nutno takovou praxi odmítnout. Nejvyšší státní zastupitelství tento problém vyřešilo ve Výkladovém stanovisku č. 25/2002. Zde je uvedeno, že lze použít § 47a zákona o Policii ČR k získání informací od provozovatele, nebo získávání informací pomocí dálkového přístupu, pouze tehdy, pokud je souběžně vydáno povolení dle § 158d odst. 3 tr. ř. Tím je totiž legální cestou odůvodněn zásah do ústavně garantovaného práva na listovní a jemu podobné tajemství.

V souvislosti s výše uvedeným si neodpustím ještě jednu kritickou poznámku. V naší praxi se objevila myšlenka, že ustanovení zákona o telekomunikacích týkající se ochrany telekomunikačního tajemství se nevztahuje na osoby, které používají mobilní telefony získané trestnou činností. Taktó pojatým výkladem, můžeme dospět k tomu, že ochrana telekomunikačního tajemství svědčí jen oprávněným uživatelům mobilních telefonů. Pro tuto myšlenku, v praxi naštěstí výjimečnou, však neexistuje žádný zákonný podklad. Telekomunikační zákon nerozlišuje, zda se telekomunikační tajemství vztahuje jen na oprávněné držitele, a naopak nechrání držitele ostatní. Telekomunikační tajemství, tak jak je zakotveno v citovaném zákonu, svědčí všem uživatelům mobilních telefonů bez rozdílu. Je tedy nepřipustné činit z vlastní vůle nějaké výjimky z tohoto rigidního pravidla.

V praxi je toto nové ustanovení velice využíváno zejména pro možnost určení místa, odkud a kam byl v případě mobilního telefonu hovor uskutečněn, což napomáhá monitoringu osoby v určitém časovém období. Rovněž lze dle taktó získaných volaných čísel ustanovit další osoby, jež se na trestné činnosti podílejí a odkrýt tak celou skupinu pachatelů. Protože se však jedná o zákonem umožněný průlom do ústavně garantovaných práv, je nutno při využívání tohoto institutu postupovat s největší opatrností, důsledně přitom dbát relevantních právních předpisů a přihlížet při realizaci k maximálnímu šetření základních lidských práv a svobod odposlouchávaného.

⁵ Zde považuji za nutné opětovně odkázat na odůvodnění rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ve věci Malone vs. Spojené království z roku 1984 a porovnat důvody v tomto rozsudku uvedené se situací nastílnou v této části.

Nač se lze ptát předběžnou otázkou v řízení před Evropským soudním dvorem? *

Michal Bobek**

ÚVODEM

Řízení o předběžné otázce je způsob spolupráce mezi Soudním dvorem Evropských společenství (dále Soudní dvůr či Soud) a soudy členských států Evropské unie. Prostřednictvím tohoto řízení se mohou dnes i české soudní orgány obracet na Soudní dvůr s otázkami výkladu a platnosti komunitárního práva. Úkolem tohoto článku je vymezit, nač se lze v rámci řízení o předběžné otázce tázat. V první části jsou odlišeny otázky výkladu od otázek platnosti komunitárního práva a popsán rozdílný právní režim aplikovatelný na tyto druhy otázek. V druhé části jsou pak probrány jednotlivé druhy aktů, které mohou být předmětem řízení o předběžné otázce.

Text článku 234 SES dává Soudnímu dvoru pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách v následujícím znění:

Soudní dvůr má pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se:

- a) výkladu této smlouvy, [tedy Smlouvy o založení Evropského společenství – pozn. autora]
- b) platnosti a výkladu aktů orgánů Společenství a Evropské ústřední banky,
- c) výkladu statutů orgánů zřízených aktem Rady, pokud tak statuty stanoví.

Vyustane-li taková otázka před soudem členského státu, může tento soud, považuje-li rozhodnutí o této otázce za nutné k vydání svého rozsudku, požádat Soudní dvůr o rozhodnutí o této otázce.

Vyustane-li taková otázka před soudem členského státu, jehož rozhodnutí nelze napadnout opravnými

prostředky podle vnitrostátního práva, je tento soud povinen obrátit se na Soudní dvůr.

Článek 234 SES rozlišuje tedy dva druhy předběžných otázek: otázky výkladu a otázky platnosti komunitárního práva. Stejně tak rozlišuje jednotlivé druhy aktů, které mohou být předmětem předběžné otázky.

1. OTÁZKY PLATNOSTI VERSUS OTÁZKY VÝKLADU

1.1. OTÁZKY PLATNOSTI

Výlučná pravomoc Soudního dvora v otázkách týkajících se platnosti komunitárního aktu nelyne ze Smlouvy. Doslovným výkladem by povinnost předkládat otázky platnosti komunitárního práva měly pouze soudy posledního stupně, zatímco nižší soudy by měly v této otázce uvážení. Je však zřejmé, že závěr, že by myriády nižších soudů členských států měly pravomoc bez dalšího prohlašovat komunitární akty za neplatné, je pro jednotu komunitárního práva ztěžil akceptovatelný. Soudní dvůr jej proto zavrhl v případě *Foto-Frost*.¹

V případě *Foto-Frost*² Soudní dvůr kategoricky prohlásil, že pouze jemu přísluší prohlásit komunitární akt za neplatný. Pro své závěry zmiňuje Soud tři hlavní linie argumentů. Za prvé, kdyby každý národní soud měl pravomoc prohlásit komunitární akt za neplatný, jednotu aplikace komunitárního práva by byla ohrožena.³ Za druhé, pouze Soudní dvůr má pravomoc prohlásit komunitární akty za neplatné v rámci žaloby na neplatnost dle článku 230 SES. Koherence výkladu Smlouvy vyžaduje, aby pouze Soudní dvůr měl stejnou

* 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). Autor děkuje Tomáši Holčápkovi a Janě Sehnákové za cenné připomínky při psaní tohoto článku.

¹ Srov. případ 314/85 *Foto Frost v. Hauptzollamt Luebeck-Ost* [1987] ECR 4199. Srov. též Závěry generálního advokáta Manciniho na straně 4219 an.

² Případ je příkladem teleologického výkladu, který nahrazuje výklad doslovný. Dle Závěrů generálního advokáta Manciniho bylo dané znění článku 234 SES následkem „*přehlédnutí*“ tvůrců Smlouvy. Dle jeho názoru, doslovný výklad článku 234 SES by vedl k „*tak nebezpečným a anomálním výsledkům, které musí zastínit nepopiratelnou obtíž, která je pocílována při jeho odmítnutí*“ doslovného výkladu článku 234 SES – pozn. autora, In: Závěry generálního advokáta Manciniho v případě *Foto-Frost*, na str. 4217.

³ Případ 314/85 *Foto Frost v. Hauptzollamt Luebeck-Ost* [1987] ECR 4199, odstavec 15.

⁴ Tamtéž, odstavec 16 a 17.

pravomoc v rámci řízení o předběžné otázce.⁴ V neposlední řadě je to také Soud, kdo je v nejbodnější pozici rozhodnout případný spor o platnost komunitárního aktu, neboť autoři napadaného aktu jsou v řízení před Soudním dvorem řádně zastoupeni.⁵

Na základě případu *Foto-Frost* jsou všechny národní soudy, bez ohledu na instanci, povinny předložit předběžnou otázku týkající se platnosti komunitárního práva Soudnímu dvoru. Lze se domnívat, že tento názor je obecně sdílen a akceptován.⁶ Případně nerespektování této povinnosti by totiž narušilo samotný základ jednoty komunitárního právního řádu.⁷

Přirozeně pokud národní soud sám dojde k závěru, že komunitární akt je platný, není třeba zahájit řízení o předběžné otázce. Jestliže tedy účastník řízení namítá neplatnost komunitárního aktu, se kterou se národní soud neztotožňuje, může námitky účastníka bez dalšího zamítnout a pokračovat v řízení. Výše uvedená doktrína z případu *Foto-Frost* je proto aplikovatelná na případ, kdy se národní soud domnívá, že námitky účastníka týkající se neplatnosti komunitárního aktu jsou důvodné. Pak je povinen zahájit řízení o předběžné otázce.

Komunitární akty se těší presumpci platnosti.⁸ Soudní dvůr proto nikdy nemusí komunitární akt, jehož platnost je předmětem řízení o předběžné otázce, prohlásit za platný. Namísto toho volí formulaci, že v argumentaci předkládajícího soudu neshledal žádné důvody, které by měly za následek neplatnost daného aktu. Tato formulace reflektuje možnost národního soudu obrátit se v případě potřeby znovu na Soudní dvůr s předběžnou otázkou týkající se platnosti stej-

ného komunitárního aktu. Je však nutné napadnout jeho platnost z nových, tedy jiných důvodů. Dokud nebyl komunitární akt prohlášen Soudním dvorem za neplatný, jsou všechny orgány členských států povinny jej aplikovat.⁹

Neplatnost komunitárního aktu musí být namítána v žádosti o předběžnou otázku předložené národním soudem. Soudní dvůr má sice pravomoc zkoumat platnost komunitárního aktu *ex officio*, učiní tak ale velice zřídka. Aby tak Soudní dvůr učinil z vlastního podnětu, muselo by se jednat o zásadní pochybení při přijímání komunitárního aktu, jako kupříkladu nedostatek publikace.¹⁰ Obecně však platí, že národní soud má povinnost popsat v žádosti o předběžnou otázku důvody, o které opírá svůj názor, že napadaný komunitární akt je neplatný. Jinak se totiž vystavuje nebezpečí zamítnutí předběžné otázky pro nedostatečné odůvodnění.¹¹

1.1.1. Důvody neplatnosti

Důvody neplatnosti, kterých se lze v řízení o předběžné otázce dovolávat, nejsou v článku 234 SES stanoveny. Soudní dvůr však aplikuje pro přezkum platnosti komunitárních aktů v rámci řízení o předběžné otázce stejné důvody neplatnosti jako v případech přezkumu právnosti komunitárních aktů v příných žalobách dle článku 230 SES.¹² Článek 230 druhá alinea stanoví čtyři důvody neplatnosti:

- (i) Nepříslušnost orgánu, který akt vydal.
- (ii) Porušení podstatných formálních náležitostí.

⁴ Tamtéž, odstavec 18. Zastoupením je zde míněno právo komunitárních institucí dle článku 23 Statutu Soudního dvora vystupovat ve sporech před Soudním dvorem. Při přezkumu platnosti komunitárních aktů před soudy členských států by bylo záležitostí vnitrostátních procesních předpisů, zda by komunitárním orgánům umožnily obhajovat platnost komunitárních aktů či nikoliv.

⁶ Druhý okruh otázek pravidelně sledovaných Evropskou komisí v každoroční zprávě monitorující aplikaci komunitárního práva soudy členských států se týká respektování rozhodnutí *Foto-Frost* národními soudy. Viz Annex V k poslední zprávě za rok 2002 z 21. 11. 2003: „20th Annual Report on Monitoring the Application of Community Law“, COM (2003) 669 final.

⁷ Otázka „zbytkového přezkumu“ zákonnosti komunitárních aktů rozpracovaná německým Spolkovým ústavním soudem tak zůstává otázkou jenom teoretickou. Srov. především nálezy z 12. října 1993 týkající se Maastrichtské smlouvy (tzv. „Maastricht-Urteil“, BVerfGE 89, 155). Blíže viz STEINBERGER, H.: Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. In: HOMMELHOFF, P., KIRCHHOF, P. (Hrsg.): Der Staatenverbund der Europäischen Union: Beiträge und Diskussion des Symposiums am 21. und 22. Januar 1994 in HEIDELBERG, C. F. Müller 1994; KIRCHHOF, P.: Das Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof. In: Müller-Graff, (Hrsg.): Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, C. F. Müller 1998; GRIMM, D.: The European Court of Justice and National Courts: The German Constitutional Perspective after the Maastricht Decision, [1997] 3 Colum. J. Eur. L. 229; Obecně viz též ALTER, K. J.: Establishing the Supremacy of European Law. Oxford University Press 2001.

⁸ Případ 101/78 *Granaria BV v. Hoofdsprodukschap voor Akkerbouwprodukten* [1979] ECR 623, odstavec 5.

⁹ Jako každé slušné pravidlo, i toto má výjimku, kterou jsou předběžná opatření. Srov. níže, bod 1.1.2.

¹⁰ Což byla právě situace v případě 73 a 74/63 *Internationale Crediet-en Handelsvereniging Rotterdam v. Minister van Landbouw en Visserij* [1964] ECR I. Viz též případ 16/65 *Schwarze* [1965] ECR 886.

¹¹ Viz spojené případy 320 až 322/90 *Telemarsicabruzzo SpA v. Circostel* [1993] ECR I-393; srov. případ C-116/00 *Trestní řízení proti Claude Laguillaumie* [2000] ECR I-04979 či případ C-101/96 *Itala Testa* [1996] ECR I-3081. 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.

¹² Srov. spojené případy 73 a 74/63 *Internationale Crediet-en Handelsvereniging Rotterdam v. Minister van Landbouw en Visserij* [1964] ECR I, na str. 19 a spojené případy 21 až 24/72 *International Fruit Company N.V. v. Produktschap voor Groenten en Fruit* [1972] ECR 1219, odstavec 6. Soudní dvůr v počátcích své činnosti v případě *Internationale Handelsvereniging* nepřijal argumentaci německé vlády, že by měl jazykovým a systematickým výkladem odlišovat důvody pro přezkum „právnosti“ článku 230 SES (*legality, légalité, Rechtmässigkeit*) a „platnosti“ dle článku 234 SES (*validity, validité, Gültigkeit*). Soudní dvůr se rozhodl vykonávat přezkum platnosti a právnosti podle obou článků na stejném základě.

- (iii) Porušení Smlouvy o založení Evropského společenství nebo právního pravidla týkajícího se jejího provádění.
- (iv) Zneužití pravomoci.

Podmínky stanovené Smlouvou a především jejich výklad Soudem jsou široké. Soudní dvůr netrvá na tom, aby byl důvod neplatnosti precizně určen v rámci jedné z výše uvedených kategorií. Dle názoru Soudu není v předběžné otázce rozhodná právní kvalifikace, ale spíše přesné a přesvědčivé vylíčení důvodů neplatnosti.¹³ Pokud je neplatnost důvodná, Soudní dvůr ji sám podřadí pod některý z uvedených důvodů neplatnosti.

Pro určení příslušnosti orgánu zkoumá Soudní dvůr příslušnost osobní, věcnou a místní.¹⁴ Aby byl nějaký komunitární orgán příslušný, je vždy třeba zkoumat zákonný podklad, na základě kterého byl jeho akt vydán, zda daný orgán nepřekročil míru zmocnění apod. Mezi podstatné formální náležitosti aktu patří mimo jiné jeho řádné přijetí a řádná publikace.¹⁵ Bezsporně nejširším důvodem neplatnosti je důvod třetí, tedy porušení Smlouvy o založení Evropského společenství nebo právního pravidla týkajícího se jejího provádění. Jedná se o jakousi zbytkovou klauzuli, kterou jako důvod neplatnosti obsahuje snad každá předběžná otázka týkající se platnosti. Případné „porušení smlouvy o založení Evropského společenství“ se totiž vztahuje na porušení jakéhokoliv ustanovení Smlouvy. Vztahuje se tedy taktéž na velice obecné úvodní články Smlouvy o založení Evropského společenství, pod které je možné podsunout prakticky cokoli.¹⁶ Zneužití pravomoci má svůj původ ve francouzském „*détournement de pouvoirs*“. Jedná se o situaci, kdy určitý orgán použije svěřenou pravomoc za jiným účelem, než mu byla udělena.¹⁷

Důvody neplatnosti pro přezkum platnosti prováděný Soudním dvorem v rámci řízení o předběžné otázce jsou dostatečně široké. Pojmou jakýkoliv podstatný důvod neplatnosti komunitárního aktu. Jak již bylo

zmíněno, Soudní dvůr si příliš neláme hlavu s jednotlivými kategoriemi neplatnosti. Jestliže komunitární akt vykazuje vady, o kterých lze reálně uvažovat jako o vadách majících za důvod neplatnost, daný případ už do nějaké kategorie neplatnosti spadne.

1.1.2. Předběžná opatření u předběžných otázek týkajících se platnosti

Pouze Soudní dvůr má výlučnou kompetenci prohlásit komunitární akt za neplatný. Jestliže však národní soud respektuje tuto kompetenci a předběžnou otázku týkající se platnosti komunitárního práva předloží, znamená to při současném přetížení Soudu, že rozhodnutí Soudního dvora nebude dříve než za dva roky. V mezidobí však může aplikace sporného komunitárního aktu působit značné hospodářské škody ekonomickým subjektům. Lze nějakým způsobem pozastavit aplikaci komunitárního aktu, který je předmětem přezkumu platnosti v rámci řízení o předběžné otázce?

Soudní dvůr nemá pravomoc suspendovat aplikaci komunitárního aktu pomocí předběžného opatření v rámci řízení o předběžných otázkách.¹⁸ Touto pravomocí však Soudní dvůr obdařil národní soudy.¹⁹ Pokud tedy vyvstane v řízení před národním soudem otázka platnosti komunitárního práva, má národní soud za striktně daných podmínek pravomoc aplikaci komunitárního práva na daný případ pozastavit.

Je třeba rozlišit dva případy toho, co lze suspendovat. Rozlišení závisí na otázce, jak sporný komunitární akt ve vnitrostátním právním řádu působí: zda přímo či zprostředkovaně. Přímo ve vnitrostátním právním řádu působí komunitární akty, které nevyžadují pro vyvolání právních následků ve vnitrostátním právním řádu dalšího provedení. Zprostředkovaně působí komunitární právo v případě, kdy původní pramen komunitárního práva byl do vnitrostátního právního řádu proveden aktem moci výkonné.²⁰

V případech, kdy je platnost původního komuni-

¹³ Srov. spojené případy 19/60, 21/60, 2 a 3/61 *Société Fives Lille Caill and others v. High Authority of the European Coal and Steel Community* [1961] ECR 281, první odstavec na straně 295.

¹⁴ Blíže viz SCHERMERS, H., WAELBROECK, D.: *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer Law 2001, na straně 361 an.

¹⁵ Blíže viz *ibid*, na straně 376 an.

¹⁶ Blíže viz *ibid*, na straně 395 an.

¹⁷ Či též o situaci, kdy orgán použije jiný způsob řízení (vydání jiného správního aktu), než který byl pro daný typ případů předvídan, aby se vyhnul obtížím, které by nastaly při řádném následování předvídané procedury (*détournement de procédure*). Blíže viz SCHERMERS, H., WAELBROECK, D.: *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer Law 2001, na straně 402 an.

¹⁸ Srov. článek 243 SES a kapitolu 1 hlavy III Jř/Sd. Předběžná opatření nařizovaná Soudním dvorem se vztahují pouze na přímé žaloby, nikoliv na řízení o předběžných otázkách.

¹⁹ Srov. případ C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen A.G. v. Hauptzollamt Itzehoe* [1991] ECR 415, případ C-465/93 *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* [1995] ECR I-3761 a případ C-68/95 *T. Port GmbH v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung* [1996] ECR I-6065.

²⁰ Toto dělení tedy není rozlišením přímého účinku komunitárního práva. Někdy totiž i komunitární právní akty, které jsou bez dalšího přímo účinné (typicky nařízení), nepůsobují změnu právních vztahů adresáta samostatně, ale až na základě správního aktu. Jedná se třeba o případ, kdy nařízení ES stanoví sazbu dovozní daně na určitou komoditu. Nařízení je bez dalšího přímo účinné (bezprostředně aplikovatelné), nicméně změnu právního postavení jednotlivce v konkrétním případě působí až správní akt orgánu celní správy.

tárního aktu sporná,²¹ je oprávnění národního soudu v případě přímého i zprostředkovaného působení komunitárního práva ve vnitrostátním právním řádu stejné. Národní soud má právo pozastavit aplikaci komunitárního práva na sporný případ. Rozdíl je pouze v tom, čeho národní soud pozastavuje účinnost. V případě zprostředkované aplikace pozastaví účinnost aktu orgánu členského státu, který komunitární akt provedl. Typicky se jedná o správní akt.²² V případě přímého působení komunitárního aktu, tedy při absenci jakéhokoliv prováděcího aktu ve vnitrostátním právu, lze v konkrétním případě pozastavit účinnost komunitárního aktu jako takového.²³

Podmínky pro oba druhy suspenzivních předběžných opatření jsou stejné.²⁴ Národní soud může pozastavit účinnost komunitárního aktu nebo vnitrostátního právního aktu, který komunitární akt provádí, pouze pokud:

- (i) Národní soud má závažné pochybnosti týkající se platnosti komunitárního aktu. Jestliže platnost sporného aktu není dosud Soudním dvorem projednávána, pak musí národní soud tuto otázku předložit Soudu sám.
- (ii) Jedná se o naléhavou situaci, kdy je předběžné opatření nutné pro zabránění vážné a nenapravitelné škody, která by jinak vznikla jedinci domáhajícímu se předběžného opatření.
- (iii) Národní soud vzal patřičný zřetel na zájmy Společenství.
- (iv) Při hodnocení všech výše uvedených podmínek národní soud respektuje všechna dosavadní rozhodnutí Soudního dvora či Soudu prvního stupně týkající se platnosti sporného komunitárního aktu anebo žádostí o podobná předběžná opatření na komunitární úrovni.²⁵

Závažné pochybnosti, které motivují národní soud k pozastavení účinnosti komunitárního práva, musí národní soud ve své žádosti o předběžnou otázku týkající se platnosti komunitárního aktu detailně odůvodnit.²⁶ Naléhavost situace se v pojetí Soudu materializuje především vznikem škody. Hrozící škoda musí jednak potenciálně vzniknout předtím, než Soud může o dané věci rozhodnout a musí jít nad rámec pouhé finanční ztráty.²⁷ Žalobce domáhající se předběžného opatření tak musí prokázat, že škoda, která mu může vzniknout, je nenapravitelná. Za nenapravitelnou ztrátu lze považovat situaci, kdy by další aplikace komunitárního aktu na právní situaci podnikatele měla za následek podnikatelův ekonomický zánik (bankrot). Zájmy Společenství národní soud bere při své úvaze v potaz především tím, že v případech, kdy suspendování komunitárního aktu bude mít za následek finanční riziko pro Společenství, může od žadatele předběžného opatření vyžadovat odpovídající kauci či jinou finanční záruku.²⁸ Poslední podmínka je pochopitelným důsledkem závaznosti rozhodnutí Soudního dvora pro národní soudy. Jejím logickým důsledkem je také skutečnost, že předběžné opatření vydané národním soudem trvá pouze do doby, než Soudní dvůr rozhodne o předběžné otázce týkající se platnosti komunitárního aktu.

Soudní dvůr chápe podmínky, za kterých jsou národní soudy oprávněny pozastavit účinnost komunitárního aktu, stejně jako podmínky pro předběžná opatření, která je oprávněn vydávat Soudní dvůr sám v rámci přímých žalob. To znamená dosti restriktivně.²⁹ Národní soudce by si při svých úvahách nad případným předběžným opatřením měl uvědomit dosah svého rozhodnutí. Vydáním předběžného opatření totiž národní soudce bourá jeden z hlavních, pokud ne nejhlavnější pilíř komunitárního práva – jedno-

²¹ Kdyby se totiž nejednalo o otázky platnosti, ale o otázky výkladu, podléhala by otázka předběžných opatření proti vnitrostátnímu právu, které by bylo v rozporu s právem komunitárním, vnitrostátní úpravě předběžných opatření. Aplikace národních ustanovení o předběžných opatřeních by byla nicméně „korigována“ komunitárním požadavkem rovnocennosti a účinnosti ochrany komunitárních práv jednotlivců před národními soudy. Srov. případ C-213/89 *Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factorlame Ltd.* [1990] ECR I-2433, především odstavec 20. Viz též Tridimas, T.: *The General Principles of EC Law*. Oxford University Press 2000, na straně 276 an.

²² Jak se kupříkladu stalo v případě C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen A.G. v. Hauptzollamt Itzelhoe* [1991] ECR 415, kde se firma Zuckerfabrik Süderdithmarschen domáhala pozastavení účinnosti rozhodnutí daňového úřadu v Itzelhoe, přijatým na základě sporného komunitárního nařízení.

²³ Jak se stalo v případě C-465/93 *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* [1995] ECR I-3761, kde se německý správní soud ve Frankfurtu domáhal, při absenci vnitrostátních prováděcích aktů, pozastavení účinnosti přímo nařízení Rady ES jako takového.

²⁴ *Ibid.*, odstavce 26–28.

²⁵ *Ibid.*, odstavec 51. Potvrzeno v případě C-68/95 *T. Port GmbH v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung* [1996] ECR I-6065, odstavce 47 a 48.

²⁶ Srov. případ C-465/93 *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* [1995] ECR I-3761, odstavce 36 a 37.

²⁷ Případ C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen A.G. v. Hauptzollamt Itzelhoe* [1991] ECR 415, odstavce 28 a 29.

²⁸ *Ibid.*, odstavec 32.

²⁹ Ohledně předběžných opatření v řízení před Soudním dvorem, srov. CRUZ-VILAÇA, J. L.: *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*. In: *Scritti in onore di Guiseppe Federico Mancini*, Guiffre editore, Milano 1998, na str. 257–306; BORCHARDT, G.: *The Award of Interim Measures by the European Court of Justice* [1985] 22 C.M.L.Rev. 203 či SCHERMERS, H., WAELBROECK, D.: *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer Law 2001, na straně 694 an.

tu výkladu a aplikace. Proto by měl být tento nástroj užíván co nejméně, a to jen v případech, kdy existuje závažné ohrožení práv a chráněných zájmů jednotlivce.

Z principu přímého účinku a přednosti komunitárního práva plyne, že národní soudce má povinnost aplikovat výše uvedenou judikaturu Soudního dvora týkající se předběžných opatření v řízení před národními soudy i v případě, kdy podobné možnosti vnitrostátní procesní předpisy neznačí. V takovém případě má národní soudce povinnost odpovídající procesní prostředky vytvořit.³⁰ Tento stav by však nemusel nastat v aplikační praxi před českými soudy. Žádosti o předběžná opatření pozastavující aplikaci komunitárních aktů přicházejí zpravidla od podnikatelských subjektů. Před českými soudy se proto bude jednat o předběžná opatření podle § 74 an. občanského soudního řádu (o.s.ř.) a § 38 soudního řádu správního (s.ř.s.). Žádné z daných ustanovení předběžné opatření suspendující aplikaci abstraktní právní normy nebo správního aktu na konkrétní případ nepředvídá.³¹ Žádné z nich však také tento druh předběžného opatření nevyklučuje: § 76 odstavec 1 o.s.ř. obsahuje pouze demonstrativní výčet toho, co lze uložit předběžným opatřením, § 38 s.ř.s. je ve svém obecném znění ještě širší. Procesně tedy českým soudům pro vydávání předběžných opatření při pochybnostech o platnosti komunitárních aktů v rámci řízení o předběžné otázce nestojí nic v cestě.

Praktické provedení však bude v podmínkách České republiky pozoruhodné. Zajímavá bude především aplikace § 75 odstavec 4 věta druhá o.s.ř., která požaduje od příslušného soudu vydání předběžného opatření v obecné lhůtě 7 dní. Lze si představit obtíže, které mohou českým soudům vzniknout při povinnosti zpracovat žádost o předběžné opatření v komplikovanějších sporech, jež mohou zahrnovat nutnost komplexního posouzení otázek komunitárního práva a právní situace několika členských států. Jestliže by se český soud navíc rozhodl podat předběžnou otázku týkající se možnosti vydání předběžného opatření k Soudnímu

dvoru,³² vydání předběžného opatření do 7 dnů by se s definitivní platností přesunulo do říše *science fiction*.³³ Český soud by však i tak byl oprávněn předběžnou otázku týkající se předběžného opatření podat. Lze nicméně doporučit, že pokud by se předběžná otázka netýkala výlučně předběžného opatření, je vhodnější počkat na zahájení hlavního řízení a podat předběžnou otázku až v jeho rámci.

1.2 OTÁZKY VÝKLADU; INTEPRETACE VERSUS APLIKACE

Otázky výkladu tvoří vlastní jádro (a většinu případů) činnosti Soudního dvora v rámci článku 234 SES. Teoreticky by rozdělení práce v otázkách výkladu mělo být následující: národní soudce formuluje konkrétní problém komunitárního práva, který má řešit. Soudní dvůr na tento problém v obecné rovině odpovídá. Národní soudce poté tuto obecnou odpověď aplikuje na výchozí případ. Jinými slovy, úkolem Soudního dvora je v případě potřeby právo interpretovat, úkolem národního soudce je pak právo aplikovat.

Tak je tomu alespoň v teorii. Soud také v každém druhém rozhodnutí v právně-politické rovině zdůrazňuje, že otázky aplikace komunitárního práva jsou vyhrazeny národnímu soudu. Praxe je však odlišná. V novější judikatuře Soud již ani nezastírá, že komunitární právo na daný případ aplikuje sám. Tento trend je výrazný především v oblasti odpovědnosti za škodu způsobenou jednotlivci porušením komunitárního práva. Soudní dvůr tak typicky konstatuje, že:

„Z ustálené judikatury Soudu nepochybně vyplývá, že aplikovat kritéria odpovědnosti členského státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením komunitárního práva je úkolem národního soudu. V projednávaném případě má Soud nicméně k dispozici všechny podklady, které mu umožňují zjistit, zda byly splněny všechny podmínky nutné pro vznik odpovědnosti členského státu za škodu.“³⁴

Předběžné otázky by se také měly týkat výkladu komunitárního práva, nikoliv práva členského státu,

³⁰ Srov. případ C-213/89 *Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factorlame Ltd.* [1990] ECR I-2433, především odstavec 20. Viz též srov. TRIDIMAS, T.: *The General Principles of EC Law.* Oxford University Press 2000, na straně 276 an.

³¹ Srov. především § 76 odst. 1 o.s.ř.

³² Což je postup bezesporu možný. Dle názoru Soudu přísluší rozhodnutí o vhodnosti předběžné otázky v rámci řízení o vydání předběžného opatření výlučně národnímu soudu – srovnej případ 166/73 *Rheimmühlen v. Einfuhr und Vorratstelle für Getreide* [1974] ECR 33, odstavce 3 a 4. Viz též např. případ 29/69 *Stauder v. Stadt Ulm* [1969] ECR 419, případ 78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH* [1971] ECR 487, případ 34/73 *Fratelli Variola S.p.A. v. Amministrazione italiana delle Finanze* [1973] ECR 981 či případ 187/80 *Merck & Co. Inc. v. Stephar BV and Petrus Stephanus Exler* [1981] ECR 2063.

³³ V takovém případě by byl zjevně správný výklad, že doba, po kterou probíhá řízení o předběžné otázce u Soudního dvora, se do sedmidenní lhůty nezapočítává. Výklad, že český soud má na rozhodnutí o předběžném opatření 7 dní a Soudnímu dvoru bude předběžná otázka trvat v průměru dva a půl roku, je sice trochu úsměvný, ale plně v souladu s procesní autonomií členských států Evropské unie.

³⁴ In: rozhodnutí Soudního dvora z 30. září 2003 v případě C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, dosud nepublikováno, odstavce 100 a 101. Stejně Soud postupoval například ve spojených případech C-283/94, C-291/94 a C-292/94 *Denkavit International BV et al. v. Bundesamt für Finanzen* [1996] ECR I-5063, odstavec 49 či ve spojených případech C-46/93 a C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland a The Queen v. Secretary of State for Transport ex parte Factorlame (III)* [1996] ECR I-1131, odstavec 58.

jehož soud předběžnou otázku předložil. I zde je však zřejmé, že se jedná spíše o právně-politickou maximu než o realitu běžného dne. Je zřejmé, že i když se Soudní dvůr snaží vyslovovat obecně k nějaké otázce komunitárního práva, vždy se nepřímo dotýká také otázek práva členského státu. Soudní dvůr se tak vyjadřuje k souladu komunitárního práva s právem členských států, ať již nepřímo výkladem, či přímo posuzováním vnitrostátní implementace komunitárního práva.³⁵ Jak překvapivě otevřeně prohlásil bývalý generální advokát Mancini,

„[...] Soud se neomezuje na výklad komunitárního práva, ale vstoupí přímo do srdce konfliktu, který mu byl předložen. Soud je nicméně natolik opatrný, aby daný problém předložil jako abstraktní, tedy jako konflikt mezi komunitárním právem a jakousi hypotetickou vnitrostátní právní normou, která má vlastnosti právní normy projednávané národním soudem. Obdobná technika, která je formálně bezvadná a velice užitečná pro národní soud, má za následek, že Soudní dvůr získal pravomoc přezkumu, která je analogická – i když užšího rozsahu – pravomoci běžně vykonávané Nejvyšším soudem Spojených států amerických a ústavními soudy některých členských států.“³⁶

Národní soudce předkládající předběžnou otázku proto nemůže čekat, že mu jako odpověď Soudního dvora přijde od výchozího případu naprosto odtržený soubor obecných právních pravidel. Na druhou stranu by ale i Soudní dvůr měl svůj výklad a aplikaci držet v určitých přijatelných hranicích. Na jedné straně nesmí být Soudem podaný výklad komunitárního práva neurčitý nebo vágní. V takovém případě se totiž daná otázka vrací a Soud je tak jako tak nakonec donucen rozhodnout, byť tak zpočátku učinit nechtěl.³⁷ Na druhou stranu v případě, kdy Soud poskytne detailní odpověď na předloženou otázku, sám překračuje linii mezi interpretací a aplikací.³⁸ Naznačená právní ekvilibristika se proto podobá příslovečnému tanci mezi vejci – dát dostatek, ale ne příliš. To je však právě

úkolem Soudního dvora v rámci předběžných otázek týkajících se výkladu komunitárního práva.

2. DRUHY AKTŮ, KTERÉ MOHOU BÝT PŘEDMĚTEM ŘÍZENÍ O PŘEDBĚŽNÉ OTÁZCE

První odstavce článku 234 SES umožňuje zahájit řízení o předběžné otázce týkající se výkladu této smlouvy, platnosti a výkladu aktů orgánů Společenství a EÚB a výkladu statutů orgánů zřízených aktem Rady, pokud tak statuty stanoví. Není snad takovým překvapením, že Soudní dvůr nechápal výše uvedený výčet příliš úzkoprsce a cestou judikatury jej znatelně obohatil. Čeho se tedy konkrétně může týkat předběžná otázka?

2.1. PRIMÁRNÍ PRÁVO

Otázky výkladu této smlouvy je třeba chápat extenzivně jako výklad kterékoli ze zakládajících smluv a smlouvy tyto modifikující. V praxi se bude jednat především o Smlouvu o založení Evropského společenství, Smlouvu Euratom a smlouvy je pozměňující, tedy především o Slučovací smlouvu, Jednotný evropský akt, tu část Maastrichtské smlouvy, která novelizuje SES a Euratom, smlouvu Amsterdamskou a Smlouvu z Nice. Otázky týkající se výkladu hlavy IV. Smlouvy zakládající Evropské společenství (vízová, azylová a přistěhovalecká politika) podléhají režimu článku 68 SES. Otázky dle článku 68 SES se mohou týkat otázek výkladu hlavy IV. SES a pak otázek výkladu a platnosti aktů přijatých v rámci IV. hlavy.³⁹

Poněkud odlišný režim řízení o předběžných otázkách platí pro ustanovení Smlouvy o založení Evropské unie (Maastrichtské smlouvy). Jurisdikce Soudního dvora v předběžných otázkách týkajících se Smlouvy o založení Evropské unie je dána článkem 46 SEU.

³⁵ Srov. spojené případy C-297/88 a C-197/89 *Dzodzi v. Belgie* [1990] ECR I-3763. Podrobněji srovnej bod 2.7. níže.

³⁶ In: MANCINI, G. F.: *Democracy and Constitutionalism in The European Union*; Collected Essays. Hart Publishing 2000, kapitola druhá „*Constitutional Challenges Facing the Court of Justice*“, na straně 25.

³⁷ Jak se stalo v případech týkajících se otevíracích hodin obchodů během svátků a nedělí (tzv. *Sunday trading*). Soudní dvůr nejprve vytyčil v případě C-145/88 *Torfaen Borough City Council* [1989] ECR 3851 obecná pravidla, která byla příliš vágní. Soud byl proto nucen se k dané otázce vrátit a konečně ji rozhodnout detailně v případě C-169/91 *Stoke-on-Trent City Council* [1992] ECR I-6635.

³⁸ Jedná se kupříkladu o detailní otázky výkladu celního tarifu. V případě C-338/95 *Wiener v. Hauptzollamt Emmerich* [1997] ECR I-6518 se Soud zabýval „klíčovou“ otázkou výkladu výrazu „noční košile“ pro účely klasifikace zboží jedné podkapitoly společného celního tarifu. Otázka národního soudu zněla, „zda má být výraz noční košile vykládán jako vztahující se výhradně k produktům určeným pro nošení v posteli či zda tento výraz zahrnuje také produkty, které jsou určeny především, ale nikoliv výlučně k nošení v posteli“. Odpověď Soudu ve znění, že „noční košile, z důvodu jejich objektivní charakteristiky, jsou určeny k převážnému, nikoliv výlučnému nošení v posteli“, mnoho prostoru pro další aplikaci vskutku neponechává.

³⁹ Základní odlišností předběžných otázek dle článku 68 SES je omezení soudů, které jsou oprávněny zahájit řízení o předběžné otázce, na soudy posledního stupně. Článek 68 SES navíc také ve svém třetím odstavci předvídá jakousi „abstraktní“ formu předběžné otázky. Na základě třetího odstavce molou Rada, Komise nebo členský stát zahájit řízení o předběžné otázce ve věci výkladu hlavy IV. Smlouvy a právních aktů Společenství vycházejících z hlavy IV. Tato rozhodnutí se však nevztahují na rozsudky, na základě kterých bylo řízení zahájeno. Ty nabývají statusu *rei iudicatae* a rozhodnutí Soudního dvora o předběžné otázce je již neovlivní. Cílem obdobného řízení je sjednocování judikatury soudů členských států do budoucna, nikoliv řešení konkrétního (původního) sporu.

Kromě těch částí Maastrichtské smlouvy, které pozměňovaly smlouvy předešlé, je Soud příslušný rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se pouze:

- (i) Otázek v oblasti Policejní a justiční spolupráce v trestních věcech dle článku 35 SEU ve znění prohlášení, které o jeho aplikaci učinila Česká republika v Aktu o přistoupení.⁴⁰ Soud však nemá dle článku 35 SEU pravomoc rozhodovat přímo o výkladu Smlouvy o založení Evropské unie týkající se Policejní a justiční spolupráce v trestních věcech, ale pouze „o předběžných otázkách týkajících se platnosti a výkladu rámcových rozhodnutí a rozhodnutí, výkladu úmluv podle této hlavy a platnosti a výkladu opatření k jejich provedení“. Výklad v této oblasti se tedy týká pouze sekundárního komunitárního práva, nikoliv výkladu této části smlouvy jako takové.
- (ii) Otázek vznikajících z užší spolupráce mezi státy dle článku 40 SEU. Vzhledem k tomu, že se doposud žádné členské státy k užší spolupráci (myslenka diferenciované, více rychlostní integrace) neodhodlaly, zůstává toto ustanovení mrtvým.
- (iii) Článku 6 odstavce 2 SEU (respektování základních lidských práv) ve vztahu k jednání orgánů. Tato možnost také mnoho nového nepřináší, neboť otázkám respektování základních lidských práv se Soudní dvůr v rámci předběžných otázek již soustavně věnuje na základě obecných principů právních.

(iv) Závěrečných ustanovení (hlava VIII) Smlouvy o založení Evropské unie. Ač na první pohled nevýznamné ustanovení, je nejzásadnější ze všech čtyř. Svěřuje totiž Soudu pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se dosti důležitých ústavních věcí jako jsou revize smluv (článek 48 SEU) či přistoupení nových členských států (článek 49 SEU). Naprosto nenápadné ustanovení článku 47 SEU⁴¹ pak dává Soudnímu dvoru pravomoc určovat „hraniční“ spory mezi jednotlivými pilíři, tedy kupříkladu rozhodovat, která otázka spadá do pilíře komunitárního a která do pilíře Policejní a justiční spolupráce.⁴²

Soudní dvůr je příslušný k výkladu smluv o přistoupení. Na základě článku 1, odstavce 3 Smlouvy o přistoupení České republiky k Evropské unii⁴³ se ustanovení zakládajících smluv, jakož i pravomoci a příslušnosti orgánů Unie vztahují i na Smlouvu o přistoupení a Závěrečný akt. Soudní dvůr je tak příslušný podávat v rámci předběžných otázek výklad rozsahu práv a povinností nových členů Evropské unie⁴⁴ plynoucích ze Smlouvy o přistoupení a Závěrečného aktu.⁴⁵ Výhledově, tedy po začlenění České republiky do tzv. „schengenského systému“,⁴⁶ bude možné podávat i předběžné otázky týkající se výkladu ustanovení Schengenských smluv.⁴⁷

Pro všechny smlouvy, tedy prameny primárního práva, platí, že Soudní dvůr má pouze pravomoc výkladu. Přezkum platnosti primárního komunitárního práva před Soudním dvorem není možný.⁴⁸

⁴⁰ Stalo se tak Prohlášením České republiky článku 35 Smlouvy o Evropské unii, který je obsažen v Závěrečném aktu ke Smlouvě o přistoupení v části III, příloze G, prohlášení č. 26 Závěrečného aktu (*Official Journal* z 23. září 2003, L 236/980). Česká verze je též publikována ve Sbírce mezinárodních smluv č. 44/2004, částka 15 (strana 28 Závěrečného aktu). Smlouvy o přistoupení jsou taktéž ke stažení v elektronické podobě na <http://www.euroskop.cz/cze/> (15. 07. 2004). Zde se prohlášení nalézá v části AA2003/AF/TR/DC/cs.

⁴¹ Článek 47 SEU: „S výhradou ustanovení pozměňujících Smlouvu o založení Evropského hospodářského společenství s cílem založit Evropské společenství, Smlouvu o založení Evropského společenství uhlí a oceli a Smlouvu o založení Evropského společenství pro atomovou energii a těchto závěrečných ustanovení, nic v této smlouvě se nedotýká smluv o založení Evropských společenství nebo následných smluv či aktů pozměňujících nebo doplňujících tyto smlouvy.“

⁴² Soudní dvůr kupříkladu rozhodoval o tom, zda zavedení tranzitních letištních víz spadá pod otázky regulace pohybu osob v rámci vnitřního trhu (a tím pádem do sféry Smlouvy o založení Evropského společenství), anebo se jedná o opatření v rámci Policejní a justiční spolupráce. Srov. případ C-170/96 *Komise v. Rada* [1998] ECR I-2763. Určení, v rámci kterého pilíře se činnost Společenství v té či oné otázce pohybuje, je důležité pro volbu právních nástrojů a procesních postupů a především pro rozsah legislativní kompetence Společenství vůbec.

⁴³ Publikována v Úředním věstníku EU L 236 z 23. září 2003 nebo ve Sbírce mezinárodních smluv, č. 44/2004 (částka 15).

⁴⁴ Jak již ostatně judikoval v případech smlouvy o přistoupení Spojeného království Velké Británie a Severního Irsku v případě 44/84 *Derrick Guy Edmund Hurd v. Kenneth Jones (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [1986] ECR 29, odstavce 14–22.

⁴⁵ Což bude bezesporu praktické, hlavně s ohledem na značnou délku Smlouvy a Aktu o přistoupení, které snad nikdo celé nepřečetl.

⁴⁶ Ač tedy, formálně vzato, Česká republika je již na základě článku 3 odstavce 1 Aktu o podmínkách přistoupení České republiky k Evropské unii součástí schengenského prostoru, Rada EU ještě nevydala rozhodnutí o aplikaci schengenského *acquis* na Českou republiku v souladu s článkem 3 odstavce 2 Aktu o přistoupení.

⁴⁷ Smlouvy ze 14. června 1985 a 19. června 1990 týkající se zrušení kontrol na společných hranicích, uzavřené v lucemburském Schengenu, integrované do ujednání práva Amsterdamskou smlouvou.

⁴⁸ Zajímavou, spíše však hypotetickou otázkou je problém, zda by byl příslušný Mezinárodní soudní dvůr v Haagu. Článek 292 SES totiž stanoví, že „Členské státy se zavazují, že spory o výklad nebo provádění této smlouvy nebudou řešit jinak, než jak tato smlouva stanoví“. Z tohoto článku ve spojení s článkem 220 a 234 SES Soud v posudku 1/91 ze 14. prosince 1991 *týkajícím se návrhu Smlouvy zakládající Evropský hospodářský prostor* [1991] ECR I-6079, odstavce 35 dovedl svoji výlučnou příslušnost v otázkách výkladu primárního komunitárního práva. Jaký by mohl být myšlenkový postup Soudního dvora v otázkách platnosti primárního komunitárního práva není známé. Buď by se jednalo o výklad *per analogiam* (je-li Soudní dvůr příslušný pro otázky výkladu, bude

2.2. MEZINÁRODNÍ PRÁVO

Soudní dvůr nemá pochopitelně obecnou pravomoc výkladu mezinárodního práva jako takového. Soud nicméně mezinárodní právo vykládá, a to jako součást práva komunitárního. Evropská společenství jsou signatářem četných instrumentů mezinárodního práva. Mezinárodní právní závazky tímto způsobem začleněné do komunitárního práva se stávají součástí komunitárního právního řádu. Potřeba jejich jednotného výkladu v rámci Evropské unie pak dává možnost předběžných otázek dle článku 234 SES. Pravomoc Soudního dvora vykládat mezinárodní smlouvy v rámci předběžných otázek není v článku 234 SES pozitivně stanovena. Soud pro získání jurisdikce nad otázkami mezinárodního práva používá jinou konstrukci: tvrdí, že výkladu podle článku 234 SES podrobuje akt přistoupení Společenství k určité mezinárodní smlouvě, nikoliv smlouvu samotnou.⁴⁹ Předběžné otázky týkající se mezinárodního práva jsou otázkami výkladu. Je sporné, zda by měl Soudní dvůr pravomoc zabývat se v rámci řízení o předběžné otázce platností meziná-

rodní smlouvy a případně prohlásit přistoupení Společenství k této smlouvě za neplatný.⁵⁰

Aby měl Soudní dvůr pravomoc k řízení o předběžné otázce o normě mezinárodního práva, musí daná norma spadat do sféry komunitárního práva. Nicméně odlišit, která materie do sféry komunitárního práva spadá a která ne, je obtížné.⁵¹ Dobrým, nikoliv však výlučným indikátorem toho, zda má Soudní dvůr pravomoc rozhodnout o výkladu určitého mezinárodně-právního instrumentu, je skutečnost, je-li Společenství signatářem daného instrumentu.⁵² Zde lze rozlišit tři možnosti:⁵³

- (i) Společenství není signatářem úmluvy. Signatáři jsou pouze některé či všechny členské státy Evropské unie. Soudní dvůr proto nemá pravomoc výkladu dané mezinárodní smlouvy,⁵⁴ i když jsou signatáři všechny členské státy.⁵⁵ Úmluva totiž váže členské státy, nikoliv Společenství.
- (ii) Signatářem je jak Společenství, tak členské státy. Jedná se o tzv. „smíšené smlouvy“⁵⁶. V případě těchto smluv by se měl výklad Soudu ome-

příslušný i pro otázky platnosti, i když to Smlouva výslovně nestanoví), anebo *a contrario* (jestliže je Soudní dvůr příslušný pouze pro otázky výkladu, pak pro otázky platnosti musí být příslušný někdo jiný).

⁴⁹ Viz 181/73 *Haegeman v. Belgie* [1974] ECR 459, odstavce 3 až 5 nebo 12/86 *Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3719, odstavec 7. Z poslední doby viz případ C-37/98 *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Abdulmasi Savas* [2000] ECR I-2927. V případě *Haegeman*, který se týkal výkladu Asociační dohody mezi EES a Řeckem, tak kupříkladu Soudní dvůr nevykládal dohodu samotnou, ale rozhodnutí rady EES, kterým Evropská ekonomická společenství k dohodě přistoupila. Soud se proto zabýval výkladem „aktu Rady EES“, jehož výklad spadá pod článek 234 SES.

⁵⁰ Ač se Soudní dvůr touto otázkou ještě nezabýval, tento postup by byl teoreticky možný. Jestliže by Soud trval na konstrukci, že zkoumá pouze akt Společenství, kterým bylo k danému mezinárodně-právnímu instrumentu přistoupeno, pak by mohl akt přistoupení jako „akt orgánu ES“ bez dalšího zneplatnit v rámci řízení o předběžné otázce. Tento postup by však nebyl správný právně-politicky, především pak s ohledem na skutečnost, že komunitární právo pro přezkum souladu komunitárního práva s právem mezinárodním předvidá předběžnou kontrolu ze strany Soudního dvora formou posudků na základě článku 300, odstavec 6 SES. Na druhou stranu je pravdou, že tento způsob kontroly není automatický – podnět k němu musí dát buď Rada, Komise nebo členský stát.

⁵¹ Přispívá k tomu zajisté i judikatura samotného Soudu, který je v otázkách mezinárodní kompetence Společenství (Unie) více než velkorysý. Klasickým případem v této otázce byl případ 22/70 *Komise v. Rada* (ERTA) [1971] ECR 263. Soud na základě tzv. „paralelní kompetence“ stanovil, zjednodušeně řečeno, že Společenství mají mezinárodně-právní pravomoci ve stejných oblastech, jako mají pravomoci uvnitř Společenství. Viz též spojené případy 3, 4 a 6/76 *Kramer* [1976] ECR 1279 a kvalifikace této linie judikatury Soudního dvora v posudku 1/94 *týkajícím se Smlouvy o založení Světové obchodní organizace* [1994] ECR I-5267.

⁵² Tento přístup by pak byl alespoň trochu konsistentní s výše uvedenou myšlenkovou konstrukcí Soudu, že přezkumu či výkladu dle článku 234 SES nepodrobuje mezinárodně-právní instrument jako takový, ale akt o přistoupení k němu. Bylo by proto logické, kdyby Soud podroboval výkladu v rámci řízení o předběžné otázce pouze mezinárodně-právní instrumenty, ke kterým Společenství přistoupilo (a kde tedy existuje nějaký „akt orgánu Společenství“ stvrzující přistoupení Společenství). Soud však stále hledá „skulinky“, jak se vyjádřit k výkladu mezinárodních smluv, které Společenství nepodepsalo, které ale mohou spadat pod rámec komunitárního práva, a tak výše uvedený princip zamlžuje. Srov. např. spojené případy 267–269/81 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SPI SpA* [1983] ECR 801. Soud v tomto případě obešel skutečnost, že Evropská společenství v tehdejší době nebyla smluvní stranou GATT, konstatováním, že Společenství jsou stranou *de facto* na základě potřeby jednotné aplikace Jednotného celního tarifu.

⁵³ Blíže viz SCHERMERS, H., WAELBROECK, D.: *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer Law 2001, na straně 296 an.

⁵⁴ Typicky třeba v případě bilaterálních smluv mezi členskými státy, které jsou mimo rámec komunitárního práva. Viz např. případ 75/63 *Mrs M.K.H. Hoekstra (née Unger) v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten* [1964] ECR 186 či případ 130/73 *Magdalena Vandeweghe and others v. Berufsgenossenschaft für die chemische Industrie* [1973] ECR 1333.

⁵⁵ Viz např. případ 44/84 *Derrick Guy Edmund Hurd v. Kenneth Jones (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [1986] ECR 29, kde Soud judikoval, že mu nepřislouší interpretovat dohodu o zřízení evropských škol uzavřenou mezi členskými státy ES mimo rámec komunitárního práva.

⁵⁶ „Mixed agreements“. Blíže viz DASHWOOD, A.: *Preliminary Rulings on the Interpretation of Mixed Agreements*. In: O'KEEFFE, D., BAVASSO, A.: *Judicial Review in the European Union; Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*. Kluwer Law International 2000, na str. 167–176; CREMONA, M.: *The Doctrine of Exclusivity and the Position of Mixed Agreements in the External Relations of the European Community* [1982] 2 O.J.L.S. 393.

zit pouze na ustanovení, která vážou Společenství a která by jím měla být aplikována.⁵⁷

- (iii) Signatářem úmluvy je pouze Společenství a materie úmluvou upravená spadá bezesporu do sféry komunitárního práva. Tato kategorie je beze zbytku aplikovatelná na oblasti výlučné kompetence Společenství,⁵⁸ tedy na oblasti, kde Společenství vykonává zahraniční politiku namísto členských států. Ve většině případů se však bude jednat o smlouvy smíšené, kdy je signatářem jak Společenství, tak členské státy.

2.3. ÚMLUVY MEZI ČLENSKÝMI STÁTY

Do této kategorie patří úmluvy, které výslovně zakotvují příslušnost Soudního dvora rozhodovat o předběžných otázkách. Jedná se vlastně o úmluvy, které by za normálních okolností patřily do první z výše uvedených kategorií mezinárodních úmluv – smlouvy mezi členskými státy mimo komunitární rámec. Členské státy však při vyjednávání těchto instrumentů výslovně vztáhly možnost předběžných otázek k Soudnímu dvoru i na tyto úmluvy. Historicky do této kategorie patřila Bruselská úmluva o soudní příslušnosti a uznání výkonu rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních.⁵⁹ Dnes lze do této kategorie mimo jiné zařadit Římskou úmluvu o právu aplikovatelném na smluvní závazky⁶⁰ či Úmluvu o komunitárním patentu.⁶¹

2.4. OBECNÉ PRÁVNÍ PRINCIPY

Znění článku 234 SES neumožňuje národnímu soudu předložit předběžnou otázku týkající se výkladu

obecných právních principů.⁶² Soudní dvůr se však v rámci řízení o předběžné otázce běžně vyslovuje k souladu komunitárního práva či vnitrostátních předpisů implementujících komunitární právo s obecnými právními principy.⁶³ Předběžná otázka národního soudu se tedy nemůže dotazovat na abstraktní výklad kupříkladu principu ochrany legitimního očekávání. Je však naprosto běžné, že se předběžná otázka táže, zda například rozhodnutí Komise zasahující do právních poměrů firmy XY není v rozporu s principem legitimního očekávání. Soud tedy interpretuje obecné právní principy nepřímo, na bázi konkrétního sporu.

2.5. SEKUNDÁRNÍ PRÁVO

Článek 234 první odstavec písm. b) SES dává Soudnímu dvoru pravomoc rozhodovat o otázkách platnosti a výkladu aktů orgánů Společenství a EÚB. Výklad tohoto ustanovení Soudem je velice široký – zahrnuje skutečně jakýkoliv akt přijatý některým z pěti orgánů Společenství⁶⁴ a Evropské ústřední banky.⁶⁵ Co patří mezi „akty orgánů“, tedy jakýsi taxativní výčet, chybí. Je však nesporné, že akty orgánů Společenství dalece přesahují výčet druhů právních aktů obsažený v článku 249 SES. Předběžná otázka dle článku 234 SES se tedy může týkat nejen výkladu a platnosti nařízení, směrnic, rozhodnutí, doporučení a stanovisek, ale i různých dalších hybridních aktů. Soudní dvůr kupříkladu neváhal zabývat se předběžnými otázkami týkajícími se interních směrnic Komise⁶⁶ či nezávazného usnesení Rady ES o budoucím sjednání mezinárodní úmluvy.⁶⁷ Otázky se mohou týkat jak výkladu, tak platnosti všech aktů orgánů Společenství.⁶⁸ Jasný test, co ještě je aktem orgánu Společenství a co není,

⁵⁷ Významným příkladem z poslední doby je výklad dohody TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), která tvoří součást dohod zakládajících Světovou obchodní organizaci (WTO). Signatářem dohody o založení WTO jsou jak Evropská společenství, tak členské státy. Viz případ C-53/93 *Hermes v. FIIT* [1998] ECR I-3603 či případ C-89/99 *Schieving-Nijstad* [2001] ECR I-5851.

⁵⁸ Je sporné, které oblasti komunitárních politik do této sféry patří. Lze sem snad zařadit společnou politiku rybolovu a společnou zemědělskou politiku. Po smlouvách z Amsterdamu a Nice již mezi výlučné kompetence Společenství nelze zařadit společnou obchodní politiku – srov. znění článku 133 odstavce 6 SES po smlouvě z Nice. Blíže viz JACQUÉ, J.-P.: *Droit Institutionnel de l'Union européenne*. Dalloz, Paris 2001, na str. 115 an.

⁵⁹ [1978] O.J. L 304/1. Bruselská úmluva však byla s účinností od 1. března 2002 nahrazena Nařízením Rady ES č. 44/2001 z 22. prosince 2000 o soudní příslušnosti a uznání výkonu rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních. Nařízení 44/2001 pro řízení o předběžných otázkách předvídá režim článku 68 SES (tedy omezení předběžných otázek pouze na soudy posledního stupně). Bruselská úmluva však nadále platí pro Dánsko.

⁶⁰ [1980] O.J. L 266/1.

⁶¹ [1976] O.J. L 17/1.

⁶² Jistý nepřímý odkaz na obecné právní principy obsahuje pro případy přímých žalob článek 46 písm. d) ve spojení s článkem 6, odstavec 2 SEU.

⁶³ Především s ohledem na soulad této legislativy s ochranou základních lidských práv – srov. např. případ C-260/89 *Elliniki Radiofonia Tileorasi v. Dimotiki Etairia Pliroforissis* [1991] ECR I-2951, odstavec 42 či případ C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland v. Grogan and Others* [1991] ECR I-4685, odstavec 31.

⁶⁴ Článek 7, odstavec 1 SES řadí mezi orgány Společenství Radu, Komisi, Parlament, Soudní dvůr a Účetní dvůr.

⁶⁵ Druhy aktů, které je Evropská ústřední banka oprávněna vydávat, jsou obsaženy v článku 110 SES. Patří mezi ně nařízení, rozhodnutí, doporučení a stanoviska.

⁶⁶ Srov. případ C-366/80 *Francie v. Komise* [1990] ECR I-3571.

⁶⁷ Případ 22/70 *Komise v. Rada* (ERTA) [1971] ECR 263.

⁶⁸ V případě předběžných otázek týkajících se platnosti komunitárních aktů je zde zřetelný rozdíl vůči článku 230 SES (žaloba na neplatnost komunitárních aktů). Na základě žádosti o předběžnou otázku týkající se platnosti aktu orgánu Společenství lze totiž

neexistuje. Lze se však domnívat, že Soudní dvůr je ochoten podrobit výkladu a přezkumu platnosti jakýchkoliv aktů orgánů Společenství.

Jistou výjimkou jsou však akty Soudního dvora (a Soudu prvního stupně) samotného. Předběžná otázka týkající se platnosti rozhodnutí Soudního dvora je jaksi pojmově vyloučena.⁶⁹ Předběžná otázka týkající se výkladu rozhodnutí Soudního dvora o předběžné otázce je však možná, dokonce i stejným soudem v rámci stejného řízení.⁷⁰ Národní soud má v případě potřeby pravomoc podat doplňující či vyjasňující předběžnou otázku k Soudnímu dvoru.⁷¹ Rozhodnutí Soudního dvora v přímých žalobách (stejně tak jako rozhodnutí Soudu prvního stupně) však nemohou být předmětem předběžných otázek.⁷² Z logiky věci totiž plyne, že pro přezkum rozhodnutí Soudu prvního stupně je vyhrazen jiný procesní postup, a to odvolání proti rozhodnutí SPS k Soudnímu dvoru.

Je pochopitelné, že Soudní dvůr odmítl možnost přezkumu platnosti vlastních rozhodnutí. Na tomto místě je však praktické zmínit, že stejného účelu, tedy změny judikatury Soudu, může být ze strany národního soudu dosaženo i opakovanými otázkami týkajícími se výkladu předchozích rozhodnutí Soudu. Národní soud totiž může opakovaně podávat Soudnímu dvoru předběžné otázky týkající se výkladu určitého právního problému a relevantních rozhodnutí Soudu, a tím mu dávat příležitost k případné změně judikatury.

2.6. STATUTY ORGÁNŮ ZŘÍZENÝCH AKTEM RADY

Písmeno c) prvního odstavce článku 234 SES stanoví také pravomoc Soudu podávat výklad statutů orgánů zřízených aktem Rady, pokud tak statuty stanoví. Tato báze jurisdikce Soudního dvora nebyla doposud nikdy využita.⁷³ Je tomu mimo jiné také s ohledem na výše popsany široký výklad písmena b) (aktů orgánů Společenství) judikaturou Soudu. Akt Rady, kterým Rada stanoví statut jím zřízenému orgánu, je

totiž zároveň aktem Rady ve smyslu písmene b) článku 234 SES.

2.7. PRÁVO ČLENSKÉHO STÁTU

Jak již bylo zmíněno výše, Soudní dvůr nemá v rámci řízení o předběžné otázce pravomoc podrobit výkladu či přezkumu platnosti ustanovení práva členského státu.⁷⁴ To však neznamená, že by tak někdy, přinejmenším nepřímo, nečinil. Soud je totiž připraven interpretovat komunitární právo i v případech, které se týkají výlučně práva členského státu. Učiní tak v případech, kdy právo členského státu obsahuje přímý odkaz na komunitární normy a předvídá aplikaci komunitárního práva pro případy čistě vnitrostátní. Příkladem tohoto přístupu je případ *Dzodzi v. Belgie*⁷⁵.

Paní Dzodzi byla z Toga. Vdala se za Belgičana. Po smrti svého chotě trvala paní Dzodzi na svém právu nadále žít v Belgii. Tento nárok opírala o odkaz v § 40 belgického zákona o pobytu cizinců, který stanovil, že s manželem belgického občana má být jednáno jako s občanem členského státu Evropských společenství.⁷⁶ Bruselský soud prvního stupně se v této souvislosti obrátil na Soudní dvůr s otázkou, zda je paní Dzodzi oprávněna dovolávat se komunitární svobody pohybu, na kterou činí odkaz belgická vnitrostátní legislativa. Jak Komise, tak belgický stát navrhovaly Soudu předběžnou otázku zamítnout, neboť se týkala výlučně otázky belgického práva, a nikoliv práva komunitárního.

Soud nenásledoval názoru Komise a Belgie a prohlásil předběžnou otázku za přípustnou.⁷⁷ Soud se opřel o dva argumenty. Za prvé, Soud trochu alibisticky prohlásil, že rozhodnutí o tom, zda je či není předběžná otázka z pohledu komunitárního práva relevantní, patří mezi úkoly národního soudu, a nikoliv Soudního dvora. Jestliže se tedy národní soud domnívá, že by Soudní dvůr měl podat výklad komunitárního práva v případě *Dzodzi*, Soudu nezbyvá než odpovědět.⁷⁸

napadat platnost i nezávazných a neadresných aktů, což v rámci řízení o neplatnost dle článku 230 SES možné není. Srov. v tomto ohledu např. případ 322/88 *Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles* [1989] ECR 4416, odstavce 8. Případ *Grimaldi* se týkal výkladu doporučení Komise. Soud se zabýval možností přezkumu platnosti daného doporučení a konstatoval, že v rámci otázek platnosti komunitárního práva dle 234 SES je možné napadat i akty orgánů, u nichž tak nelze učinit přímou žalobou podle článku 230 SES.

⁶⁹ Případ 69/85 *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH v. Německo* [1986] ECR 947, odstavce 10 - 14.

⁷⁰ Tamtéž, odstavce 16.

⁷¹ Spojené případy 28-30/62 *Da Costa en Schaake v. Nederlandse Belastingadministratie* [1963] ECR 31, na straně 38.

⁷² Je však také pravda, že Soud zatím obdobnou otázku neřešil.

⁷³ ANDERSON, D., DEMETRIOU, M.: *References to the European Court.*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London 2002, na str. 64, odstavce 3-030.

⁷⁴ Jak ostatně Soud sám opakovaně konstatoval např. v případě C-307/95 *Max Mara* [1995] ECR I-5083, odstavce 5 či případu C-37/92 *Trestní řízení proti José Vanackerovi a André Lesage a SA Baudoux combustibles* [1993] ECR I-4947, odstavce 7.

⁷⁵ Spojené případy C-297/88 a C-197/89 *Massam Dzodzi v. Belgie* [1990] ECR I-3763.

⁷⁶ Tamtéž, odstavce 9.

⁷⁷ A bohužel ani svého generálního advokáta, který se také vyslovil pro nepřipustnost předběžné otázky - srov. *Závěry generálního advokáta Darmona*, na str. I-3778 až I-3782.

⁷⁸ Spojené případy C-297/88 a C-197/89 *Massam Dzodzi v. Belgie* [1990] ECR I-3763, odstavce 34 a 35. Kulhavost tohoto argu-

„...nesporným zájmem komunitárního právního řádu je, aby bylo zabráněno budoucím rozdílům ve výkladu komunitárního práva. Každé ustanovení komunitárního práva by proto mělo být vykládáno stejně, bez ohledu na okolnosti, za kterých je aplikováno.“⁷⁹

Z potřeby jednotného výkladu komunitárního práva a s ohledem na to, že Soudnímu dvoru přísluší komunitární právo pouze vykládat, nikoliv aplikovat, Soud dovodil, že je mu v podstatě jedno, jaké jsou okolnosti případu před národním soudem.⁸⁰

Další případy, kdy se Soudní dvůr může v rámci předběžných otázek vyslovovat k čistě vnitrostátním případům, mohou nastávat v případě implementace směrnic. Může se totiž stát, že členský stát pojme novou úpravu, která implementuje nějakou komunitární směrnici, jako úpravu obecnou. Vztáhne ji tak na všechny vnitrostátní případy bez ohledu na to, zda obsahují či neobsahují komunitární prvek. V těchto případech pak může být Soudní dvůr povolán k výkladu původní komunitární směrnice i v případech, které se vztahují výlučně na vnitrostátní případy.⁸¹

Názor Soudního dvora v případě *Dzodzi* je problematický. Soud jej proto v následující judikatuře do jisté míry přehodnotil.⁸²

Nicméně i tak je zřejmé, že pokud právní řád členského státu *vysloveně a bezpodmínečně* odkazuje na ustanovení komunitárního práva, které má být použito při řešení čistě vnitrostátního sporu, Soudní dvůr se bude cítit povolán interpretovat komunitární právo i v ryze vnitrostátních případech.

ZÁVĚRY

Přání je otcem myšlenky. Tak lze nejlépe popsat judikaturu Soudního dvora týkající se předmětu řízení o předběžné otázce. Soudní dvůr se necítí příliš vázán někdy i jasným zněním Smlouvy. Jestliže si Soud bude přát vyjádřit se k předložené otázce výkladu či platnosti komunitárního práva, cesta se vždy najde.

Přirozeně i zde existují jisté mantinely. U předběžných otázek týkajících se platnosti komunitárního práva jsou jedním mantinelem otázky platnosti primárního komunitárního práva, druhým pak otázky platnosti vnitrostátního práva členských států. Vybočení z obou mantinelů je nemyslitelné při jakkoliv extensivním čtení zakládajících smluv. Nicméně skoro vše, co leží v rámci těchto mantinelů, může být předmětem předběžné otázky týkající se platnosti komunitárního práva.

Jestliže jsou mantinely v případě předběžných otázek týkajících se platnosti komunitárního práva nastaveny velkoryse, přístupová cesta k Soudnímu dvoru v případě otázek výkladu komunitárního práva je širokým bulvárem. Jedinou limitací v otázkách výkladu jsou otázky výkladu vnitrostátního práva, pro které by Soudní dvůr neměl být příslušný. I když někdy dochází k jistým přesahům v případech, kdy vnitrostátní právo obsahuje výslovný odkaz na komunitární úpravu, Soudní dvůr by měl být v těchto otázkách maximálně zdrženlivý.

mentu spočívá v tom, že Soudní dvůr neváhá prohlásit určité druhy předběžných otázek bez dalšího za nepřipustné, i když mu je národní soudy nakrásně předkládají. 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.

⁷⁹ Spojené případy C-297/88 a C-197/89 *Massam Dzodzi v. Belgie* [1990] ECR I-3763, odstavec 37.

⁸⁰ Tamtéž, odstavec 38 a 39.

⁸¹ Srov. kupříkladu případ C-28/95 *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2* [1997] ECR I-4161. Případ se týkal výkladu směrnice pro odstraňování překážek při směně podílů při přeshraničních fúzích. Holandský zákonodárce však vztáhl použití holandského zákona implementujícího tuto směrnici na všechny případy tohoto druhu fúzí. Případ *Leur-Bloem* se pak týkal pouze fúze holandských firem, chyběl mu tedy jakýkoliv komunitární prvek.

⁸² Viz především případ C-346/93 *Kleinwort Benson Ltd. v. Glasgow City Council* [1995] ECR I-615. Nedávné rozhodnutí Soudu v případě C-306/99 *Banque internationale pour l'Afrique occidentale SA (BIAO) v. Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg* [2003] ECR I-1 (odstavce 88–90) však spíše znovu oživuje diktum Soudu z případu *Dzodzi*.

ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Konference: „Sféry ženy (žena veřejná, žena súkromná)“

Zpráva z mezinárodní vědecké konference

Zdeňka Králíčková, Patrik Matyášek*

Ve dnech 18. – 19. května 2004 se na půdě Fakulty politických věd a mezinárodních vztahů Univerzity Mateja Bela v Banské Bystrici ve Slovenské republice konala mezinárodní vědecká konference „Sféry ženy (žena veřejná, žena súkromná)“. Setkání odborníků zejména z řad univerzitních pracovišť jak ze Slovenské republiky, tak z České republiky bylo iniciováno organizátory z Institutu sociálních a kulturních studií Fakulty humanitních věd Univerzity Mateja Bela v Banské Bystrici, Sociologickým ústavem Akademie věd České republiky v Praze a dalšími třemi fakultami Univerzity Mateja Bela v Banské Bystrici: Fakultou politických věd a mezinárodních vztahů, Právníckou fakultou a Ekonomickou fakultou.

Multidisciplinární konference byla slavnostně zahájena projevem Mgr. Hany Haškové na téma „Mění se názory na roli muže a ženy na přelomu tisíciletí“.

Další přednášky byly prosloveny v rámci jednotlivých sekcí.

První den konference byly předneseny příspěvky v sekci Etnologie – Sociologie, Historie a Právní a ekonomické vědy. Za Právníckou fakultu Masarykovy univerzity v Brně byly prezentovány dva referáty. JUDr. Patrik Matyášek, Ph.D., z katedry pracovního práva přednesl příspěvek na téma „Zákaz sexuální diskriminace v pracovních vztazích v České republice de lege lata“, ve kterém komentoval novinky, které vnesla do právního řádu tzv. euronovela zákoníku práce (2004) ve srovnání s tzv. harmonizační novelou zákoníku práce (2001). Následující diskuse byla věnována těmto i dalším otázkám antidiskriminačního práva a související problematice hmotného práva i práva procesního. Diskuse se vedla také kolem harmonizačních požadavků a volby metody právní úpravy nejvhodnější pro příslušný právní řád. Následně vystoupila doc. JUDr. Zdeňka Králíčková, Ph.D., s referátem

s názvem „Práva neprovdané matky“ pojednávajícím zejména o statusových a majetkových právech neprovdané matky vůči otci jejího dítěte. Samostatná pozornost byla věnována problematice ochrany práv nezletilé neprovdané matky a jejího novorozence. Příspěvek byl zaměřen zejména na novinky českého rodinného práva zakotvené do zákona o rodině tzv. velkou novelou (1998) a na připravovanou rekodifikaci českého občanského zákoníku jako základu soukromého práva. V diskusi byly prezentovány mimo jiné názory na staronový fenomén anonymních a utajených porodů.

Druhý den konference byl věnován práci v sekcích Politické vědy, Literatura, Umění a Komunikace. Účastníky zaujaly především příspěvky nazvané „Ženský fenomén mezinárodního terorismu“, který přednesl PhDr. M. Dobřík z pořádající univerzity, „Ženy v politických a rozhodovacích funkcích v České republice“ přednesený Mgr. P. Rakušanovou ze Sociologického ústavu Akademie věd České republiky v Praze a „Žena a politická kultura“ prezentovaný Mgr. A. Staňkem z Univerzity Palackého v Olomouci.

Konference byla ukončena závěrečným komuniké.

Orientaci v bohatém programu konference usnadňoval sborník abstraktů jednotlivých příspěvků, který obdržel každý z účastníků konference již při zahájení konference. Sborník abstraktů dále posloužil jako malé představení přednášejících a jejich vědeckých pracovišť. Organizátoři konference přislíbili vydání recenzovaného sborníku konferenčních přednášek, který by měl nejen upomínat na čas strávený poslechem zajímavých příspěvků a na bohatou diskusi v jednotlivých sekcích, ale být také zdrojem dalších informací, které nemohly být prezentovány v poměrně krátkém časovém prostoru.

* Doc. JUDr. Zdeňka Králíčková, Ph.D., Katedra občanského práva Právnícké fakulty Masarykovy univerzity, Brno, JUDr. Patrik Matyášek, Ph.D., Katedra pracovního práva a sociálního zabezpečení Právnícké fakulty Masarykovy univerzity, Brno

Mezinárodní vědecká konference „Education for Management“

Karel Schelle*

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně společně se Sdružením EVIDA uspořádaly ve dnech 26.–27. srpna 2004 v prostorách brněnské právnické fakulty již čtvrtou mezinárodní vědeckou konferenci EDMAN 04 „Education for Management“. Na konferenci se setkali odborníci jak z oblasti práva, tak ekonomie a managementu, aby představili a porovnali zkušenosti ze získávání a využití moderních manažérských znalostí, jak při studiu na vysokých školách, tak v každodenní manažérské praxi. Cílem této významné akce bylo dále ukázat moderní a efektivní postupy pro zvyšování kvalifikace manažérských pracovníků s cílem podpořit řízení a výkonnost podniků; vysvětlit nové směry vývoje manažérské praxe i prostředků podpory manažérské práce a účinně přispět k informování a výchově odborníků. Umožnit osobní setkání, kontakty, výměnu zkušeností.

Hlavní rámec jednacího programu konference byl vytýčen čtyřmi základními otázkami:

1. Jaké manažérské znalosti potřebuje mít absolvent (VŠ)? Jak je učit?
2. Co a jak nabídnout pro celoživotní vzdělávání aktivních odborníků?
3. Moderní management v reálné praxi – zkušenosti z využití znalostí.
4. Typické a specifické manažérské úkoly. Jak se na ně včas připravit?

Tématickými okruhy byly:

- celkový profil osobnosti vysokoškolsky vzdělaného odborníka
- přehled manažérských znalostí a dovedností, které praxi potřebuje
- jak je lze získat učením na škole, mimo školu
- možnosti zlepšení (vysoko) školské výuky manažérských disciplín
- další vzdělávání dospělých (manažérů) – co potřebuje vstup do EU?
- literatura pro (samo) vzdělávání, elektronické zdroje a cesty vzdělávání
- potřebné pedagogické schopnosti pro manažérské vzdělávání
- manažérské složky v nemanadžérském (technickém, humanitním) vzdělání

- tréninkové postupy, koučink pro manažéry
- kurzy, semináře, konference jako zdroj znalostí pro manažéry.

Konferenci zahájil děkan právnické fakulty doc. JUDr. Jan Svatoň, CSc. načez se postupně slova ujali zástupci vysokých škol i vědeckých pracovišť a odborníci z praxe, a to jak z České republiky, tak ze zahraničí (Slovenská republika, Polsko).

S úvodním referátem „*Manažérské znalosti a dovednosti vysokoškolských absolventů – cesta ke globální excelenci*“ vystoupila prof. ing. Růžena Petříková, CSc. (Dům techniky Ostrava). Zdůraznila, že s členstvím České republiky v Evropské unii jsou spojeny i nové požadavky na zvyšování odborných kompetencí manažerů i nové požadavky na růst objemu manažérských disciplín, které musí být zvládnány a v praxi uplatňovány (a tedy včas vyučovány). V této souvislosti se snažila odpovědět na otázky jako např.: Jaká je současná realita v této oblasti? Jak jsou připraveny na tuto novou roli naše vysoké školy, univerzity a ostatní vzdělávací instituce?

S druhým hlavním referátem vystoupil prof. ing. Ivan Vágner, CSc., MBA (Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně) na téma „*Paradigma principiálního vedení v osobním managementu*“. Ve svém referátu vyšel z toho, že posun paradigmatu managementu lidských zdrojů a lidských vztahů směrem k principiálnímu vedení představuje zcela zásadní zvrat v názírání na podstatu managementu ve všech třech jeho obsahových rovinách, tedy i v rámci studijního oboru. Znamená samozřejmě hledání a nalézání kvalitativně nových didaktických přístupů při výuce studijního předmětu management. Proto se ve svém příspěvku zaměřil na vysvětlení důležitosti „návratu“ k přirozeným principům v managementu obecně a potažmo se pokusil načrtnout způsoby formování studentů v duchu přijetí přirozených principů za základní pilíře osobního managementu.

Další jednání konference bylo rozděleno do 5 tématických bloků:

V bloku nazvaném „*Osobnost manažera*“ se m.j. prof. PhDr. Jan Barták, DrSc. (B-CONSULT Praha) zabýval problematikou celoživotního vzdělávání zvláště v konkrétních podmínkách firem. Zdůraznil, že jako velmi účinný nástroj, často efektivnější než externí vzdělavatelé, se ukazuje využití schopných za-

* Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc. Katedra dějin státu a práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

městnanců firmy ve funkci interních lektorů. V návaznosti na to popsal některé problémy spojené s přípravou kvalitních vlastních (interních) lektorů. **Ing. Helena Hružová, CSc.** (Fakulta podnikohospodářská Vysoké školy ekonomické v Praze) přednesla referát na téma „*Podnikatelské projekty – forma spojení teorie s praxí*“. **Doc. Ing. František Kalousek, CSc.** (Lesnická a dřevařská fakulta Mendelovy zemědělské a lesnické univerzity v Brně) se zabýval rozvojem tvůrčího potenciálu při výchově manažerů. **Ing. Jaroslav Antonín Jirásek, DrSc.** (Strojírny Tatra Praha, předseda dozorčí rady, CMC Graduate School of Business, Čelákovice, Honorary Dean, Professor of Strategic Management, ALTA, a.s., Praha) se zabýval kompetencemi manažerů a hlavně přípravou, která poskytuje potřebnou úroveň znalostí pro úspěšnost řídicí práce a je považována stále za nedostatečnou. Autor příspěvku vidí tyto otázky z několika vzájemně se doplňujících zorných úhlů: z pozice nároků majitele podniku (zaměstnavatele managementu), z pohledu podnikového vedení, z pohledu vzdělávacích institucí i z hlediska řízených subjektů případně dalších zainteresovaných složek (stakeholders) včetně hlediska národohospodářského. „*Manažerské znalosti jako součást profilu absolventa vysoké školy technického zaměření*“ bylo téma autorské dvojice **doc. Ing. Jan Horejc, Ph.D.** – **ing. Martin Nozar** (Fakulta strojní ZČU v Plzni). **Doc. Ing. Jaromír Novák, CSc.** (Vysoká vojenská škola pozemního vojska ve Vyškově) hovořil o změnách ve vysokoškolském vzdělávání. Příspěvek se zabýval – formou případové studie – některými možnými hlavními problémy provázejícími radikální restrukturalizaci vysoké školy. Zmíněny byly vlivy velkých restrukturalizačních změn na účastníky tohoto procesu. Konečně **doc. ing. Miloš Vítek, CSc.** (Ústav filosofie a společenských věd, Univerzita Hradec Králové) se zaměřil na systémové pojetí komunikace.

Tématem druhého tematického bloku bylo „*Manažerské vzdělávání*“. **Doc. Ing. Tadeusz Leczykiewicz, Ph.D.** (Wyzsza szkola zarzadzania, Krakov) popsal situaci na polských vysokých školách v této oblasti. O nových trendech ve vysokoškolském vzdělávání hovořily **ing. Olga Poniščiaková, Ph.D.** a **ing. Viera Šukalová** (Žilinská univerzita v Žilině). V návaznosti na to hovořil **doc. Ing. Dušan Baran, Ph.D.** (Slovenská technická univerzita Bratislava) o manažerském vzdělávání na FCHPT STU. S novými možnostmi vzdělávání manažerů v oblasti práva a ekonomie posluchače seznámil **doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.** (Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně).

Další přednáškový blok měl tematické zaměření „*Kompetence manažera*“. V rámci něho nejprve **ing. Jaroslava Kubátová, Ph.D.** (Filozofická fakulta Univerzita Palackého v Olomouci) se vyslovila k problematice rozvoje lidských zdrojů v informační společnosti. O posuzování kvalifikace manažerů podle manažerských způsobilostí (kompetencí) hovořila **ing. Pe-**

tra Kressová (Fakulta managementu a ekonomiky Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně). Základní rámec znalostí manažera nastínila **ing. Romana Vítková** (Fakulta managementu a ekonomiky Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně). V rámci tohoto příspěvku přehledně prezentovala soubor znalostí a vědomostí, jimiž by měl každý manažer disponovat. Za základní východní bod považovala potřeby praktické aplikovatelnosti předmětů zaměřených na související oblasti v rámci vysokoškolské výuky, čímž by bylo dosaženo primárního zajištění možnosti získání uceleného souboru žádaných znalostí. „*Účinná komunikace – součást manažerských kompetencí*“ bylo téma posledního příspěvku tohoto bloku předneseného **prof. PhDr. Janem Bartákem, DrSc.** (B-CONSULT Praha). Autor příspěvku se zabýval jednou z nejdůležitějších složek manažerských kompetencí – schopnostmi v oblasti komunikace a tím, jak tyto kompetence v oblasti komunikace utvářet. Zdůraznil, že protože manažerská práce je převážně tvořena prací s lidmi (zvláště v poslední době, kdy se prosazuje leadership), musejí být komunikační schopnosti manažera na vysoké úrovni. Nejde samozřejmě o izolovanou problematiku, kterou by bylo možno jednoduše nacvičit (jako např. rétoriku), protože kvalita komunikace se opírá jak o celkové znalosti manažera od odborných (které mu dávají jistotu) až po sociální (umožňující vytvářet pro komunikaci příznivé prostředí), tak o jeho vrozené schopnosti. Komunikační dovednosti je třeba – s využitím osobnostních vlastností manažera – stále systematicky rozvíjet. Lze k tomu uplatnit vhodné postupy, což přispěje „svým dílem“ k úspěšnosti v řídicí práci. Autor příspěvku se dále zabýval tím, co je třeba rozumět komunikační strategii v oblasti sociální a jmenovitě firemní komunikace. Byly vysvětleny požadavky na sociální informaci, dále typologie příjemců, působení sociální informace v komunikačním procesu.

Téma dalšího bloku znělo „*Firemní vzdělávání – příprava interního lektora*“. Zde nejprve rozebrala **ing. Cecílie Olexová** (Ekonomická univerzita v Bratislavě, Podnikovohospodářská fakulta v Košicích) vztah podnikového vzdělávání k produktivitě práce. „*Vzdělávání manažerů – procesních a průmyslových inženýrů*“ bylo tématem příspěvku **ing. Petra Mikulce** (Fakulta managementu a ekonomiky Univerzity Tomáše Bati ve Zlíně). Poté vystoupil **ing. Milan Brejcha** (Sdružení EVIDA, profesní vzdělávání, Plzeň) se dvěma příspěvky. Jednak se věnoval otázkám spojeným s efektivností vzdělávání pro malé a střední podniky. Zde ukázal, že pracovníci a manažeri malých a středních podniků jsou v trochu jiném postavení než zaměstnanci podniků velkých. Velký podnik má (obvykle) dobře vybudovanou hierarchii svých činností a požadavky na jednotlivé funkce má ne-li přesně stanoveny, tak alespoň dány pevným rámcem. V malém podniku jsou mnohem výraznější překryvy činností a podíl práce jednotlivců na konkrétních procesech je mnohem širší. Obvykle se vyžaduje mnohem častěj-

ší zastupitelnost. Je proto žádoucí, aby šíře vzdělání zvláště manažerských pracovníků byla mnohem obsáhlejší, má-li malý podnik obstát ve stále silnější konkurenci. Na druhé straně dosavadní získávání znalostí a zkušeností především „praxí“ již neobstojí. Do malých a středních podniků se pro nové vzdělávací aktivity musí prosadit velmi silně. Jsou některé velmi účinné cesty (modulární vzdělávání, e-learning, vstup vzdělavatelů do sítí podniků), které mohou pomáhat tuto situaci řešit. Poté ing. Milan Brejcha věnoval pozornost konferenčním aktivitám jako součástí vzdělávání. Výukou a výzkumem moderních metod rozhodování podnikového managementu se zabýval dále prof. Ing. Emil Svoboda, CSc. (Provozně ekonomická fakulta Mendelovy zemědělské a lesnické univerzity v Brně). O řízení diskusi a jejím využití při práci manažera hovořila Eva Kaňáková (Casiopea, s. r. o., Praha). Konečně ing. Vlastimil K. Vyskočil, CSc. (Vyšší odborná škola ekonomická v Mladé Boleslavi) se ve svém příspěvku zamýšlel nad vlivy, příčinami a smyslem současných změn v oblasti vzdělávání. Ty totiž mají velmi silnou vazbu na současné pojetí vzdělanosti, kterým je zase dosti podstatně určována podoba našeho budoucího života. Vychází z teze, že smysl zásadních změn v oblasti výchovy a vzdělávání lze pochopit jen tehdy, porozumíme-li dostatečně změnám probíhajícím mimo oblast výchovy a vzdělávání, tedy zejména celkovým změnám prostředí. Proto je věnována pozornost zejména vnějšímu prostředí, teprve návazně pak vnitřním problémům výchovy a vzdělávání, které se projevují již jen jako různé formy reakce na tlak a vliv změn vnějších. Vzhledem k danému prostoru konferenčního příspěvku je mezi vnějšími vlivy omezena pozornost hlavně na pojednání o roli ideologie a trhu v oblasti vzdělávání a pojetí vzdělanosti. Z hlediska vnitřních změn v oblasti vzdělávání se chce příspěvek dotknout zvláště stále málo zdůrazňovaného rozdílu mezi vzděláním a věděním.

Poslední přednáškový blok byl nazván „*Specifiky a praxe řízení*“. Znalostní minimum projektového řízení. Zde nejprve se doc. ing. Branislav Lacko, CSc. (Fakulta strojního inženýrství Vysokého učení technického v Brně) se zabýval základními znalostmi, které by dnes každý odborný pracovník měl mít o projektovém řízení. Projektové řízení (angl. termín Project Management) slouží k rozplánování a realizaci složitých, zpravidla jednorázových akcí, které je potřeba uskutečnit v požadovaném termínu s plánovanými náklady tak, aby se dosáhlo stanovených cílů. S výukou projektového managementu na ZČU v Plzni posluchače seznámila dvojice doc. ing. Jiří Skalický, CSc. – ing. Yvona Šlechtová, Ph.D. (Fakulta ekonomická Západočeské univerzity v Plzni). Sociosynergetika jako gnozeologicko-metodologické knowhow manažerského vzdělávání bylo tématem příspěvku doc. ing. Dušana Turana, CSc. (Fakulta priemyselných technológií v Púchove Trenčianské univerzity v Trenčíně). K některým problémům se vzděláváním konkurzních správců se vyslovil doc. JUDr. Karel Schelle, CSc. za spoluautorství JUDr. Ilony Schelleové, Dr. (Právnícká fakulta Masarykovy univerzity v Brně). Ve svém příspěvku se zabývali právními nástroji krizového managementu a otázkou, jaké jsou možnosti managerů s jejich seznámením se. Pozornost byla věnována nejprve charakteristice právních nástrojů krizového managementu, poté byly jednotlivé nástroje charakterizovány s tím, že byl kladen důraz na problematiku konkurzu, vyrovnání a likvidaci firem. Závěrem byli posluchači seznámeni s možnostmi získání odborných znalostí k této problematice.

Konference, z níž byl velmi obsažný a zajímavý sborník navázala na předchozí obdobné akce pořádané Sdružením EVIDA s Právníckou fakultou Masarykovy univerzity v Brně. Úspěšnost této akce jistě předznamenala její pokračování v příštím roce.

Konferenční aktivity na téma „Ekonomie, právo, management“

Kompetence, odbornost, profesionalita

Milan Brejcha, Karel Schelle*

Ještě před nějakou dobou stačilo k tomu být manažérem získání (přidělení) příslušného postu, na všechno ostatní již „stačila“ praxe, pod kterou se obvykle mínilo nacházení řešení metodou zkoušek a omylů. Je pravda, že schopný manažér především hledá, získává a spoléhá na kvalifikované spolupracovníky – jenže pak musí jejich práci kvalifikovaně řídit. Že je k tomu potřeba mnoho znalostí, schopností a dovedností (tedy „kompetencí“), to ukázala právě ta zmíněná praxe, které často předvedla nečekané neúspěchy v oblasti financí, obchodu nebo při ztrátě konkurenčního postavení. Management je odbornost jako každá jiná a úspěšně jej mohou dlouhodobě zvládat jen ti, kteří to umějí. Velkou část předpokladů pro výkon řídicích činností lze (a tedy je nutno) se naučit, i když nepochybně osobnostní předpoklady hrají také mimořádnou úlohu.

Zcela jistě již není možno řídit jen selským rozumem a to prostě proto, že podnikatelské prostředí již k tomu nedává příležitost. Všudypřítomná konkurence potřebuje znalé hráče. Vývoj v manažérských problematikách jde mnoha cestami a vznikají mnohé specializované oblasti řízení (např. krizové řízení). Univerzální návod na řízení se nepodařilo (a zřejmě nepodaří) najít. Je ale celá řada zásad, znalostí, metod a nástrojů, které úspěšnost řízení podporují, „přitahují“.

DVA HLAVNÍ TRENDY

V managementu se prosazují nyní dva hlavní modernizační proudy. Jeden z nich představuje přechod od klasického řízení (tedy rozhodování, příkaznictví a kontroly) k vedení lidí, vůdcovství, leadershipu, jehož podstatou je především vytváření prostředí pro kvalitní a efektivní činnost „řízených“ spolupracovníků, v jeho rámci pak vhodné motivační působení.

Druhým trendem je reakce na vzrůst úlohy znalostí jako výrazného aktiva, což se projevuje potřebou umět tyto znalosti cílevědomě řídit (tedy získávat, „skladovat“ a využívat; také vést v účetnictví). S tím souvisí skutečnost, že znalosti nelze získat „jednou pro vždy“, ale je třeba je neustále doplňovat, korigovat,

modernizovat, rozvíjet – přidávat jejich hodnotu. Vazba se uzavírá: nestačí nastudovat současné poznatky, ale je mj. nutné je průběžně ověřovat, tedy např. se zúčastňovat odborných akcí a tam znalosti neustále doplňovat. Se znalostmi je ovšem třeba pracovat systematicky a cílevědomě, tedy jejich uplatňování řídit. Management znalostí má zelenou. Tedy: měl by mít.

ÚHLY POHLEDU

Management je obecně vzato „všude a skoro všechno“, protože každou činnost (a vlastně někdy i nečinnost) je třeba nějakým způsobem řídit. Svého času byl management chápán velice úzce jako řízení hmotně-výrobních procesů. Jakmile ale bylo porozuměno tomu, že vychování, zdraví, politické vztahy, umělecké zážitky atp. jsou také v podstatě „produkty“ (i když nehmotné), začaly manažerské postupy, praktiky a metody nacházet cílevědomě uplatnění skutečně skoro kdekoli. Taková všeobecnost ovšem může ztrácet hloubku.

Proto pro vyjasňování specifických problémů řízení (např. v oblasti finančního managementu) je potřeba nacházet jednak interdisciplinární souvislosti (navazující na vnější vazby řízeného objektu) a jednak typické přístupy k výrazným specifickým odborným stránkám manažerské práce v dané oblasti, které vyžadují určité problémově orientované metody.

Existují sice obecné zásady řízení (všeobecný management), které je třeba respektovat vždy, ale o jejich rozsahu a všeobecnosti jejich platnosti stále probíhají diskuse. Proto je rozumné věnovat soustředěnou pozornost vždy některému typickému hledisku – a samozřejmě pak si získané poznatky zařadit do širších souvislostí.

Pohledy lze fokusovat buď podle hierarchické úrovně nebo – u průřezových problematik – oborově. Základní manažerské otázky se vyvíjejí rychle, proto jsou konferenční aktivity, které pořádá Sdružení EVIDA společně s vysokoškolskými institucemi, k nimž patří m.j. i Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, stejně jako Vysoká škola Ekonomická v Praze, o nich

* Ing. Milan Brejcha, Sdružení EVIDA, konferenční servis a profesní vzdělávání
Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc., Katedra dějin státu a práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

konány dvakrát do roka, vždy v trochu jiném pojetí. Vícedenní konference dávají prostor pro hlubší projednání souvislostí a pro diskuse (případně „tak trochu“ vzdělávání se), protože se mohou věnovat jednotlivých otázkám trochu širěji. Symetricky k nim se konají jednodenní akce seminárního typu, které mají velmi „hustý“ program pokrývající především nové moderní poznatky a zajišťující průběžnou informovanost.

MANAGEMENT – VĚDA O ŘÍZENÍ?

Konference GEMAN („General Management“ – v roce 2004 již pošesté) a setkání MOMAN („Modern Management“) jsou orientovány na management „jako takový“, tedy hlavně na jeho obecné otázky. Každý rok vystupuje do popředí některý z výrazných problémů. Před rokem to bylo strategického řízení. V současné době je aktuální problematikou podnikatelská etika jako fenomén spolupůsobící při tvorbě konkurenčnosti.

Zajímavostí, které zřejmě skutečně pomůže mnoha malým a středním podnikům, je vytváření aliancí, tedy neformálních uskupení (v zahraničí jim říkají klastry) vzájemně se podporujících a kooperujících institucí a organizací. Jedna z manažérských schopností je právě také v získávání efektu z takových uskupení (podnikových sítí).

SYSTÉMOVĚ A CELOSTNĚ

Izolovaná (byť zdánlivě správná) rozhodnutí nemusejí být v souladu se širšími souvislostmi – a jsou tedy zavádějící. Znalost souvislostí je jednou z nutných „výbav“ manažera. Schopnost systémové práce (související s týmovou prací a s interdisciplinárním pojetím) je zvláště v době globalizačních tendencí nutná.

Celostností se zabývají systémové vědy a disciplíny. Aktuální poznatky a hlavně praktické zkušenosti jsou prezentovány na konferencích SYSIN („SYStémové Inženýrství“) a seminářích SYSTE („SYSTem Engineering“). Je třeba poznamenat, že v systémové práci nejde o to znát všechny vlivy, ale umět rozpoznat, které z těch „všech“ jsou ty podstatné pro danou problematiku a jak se tento pohled změní, když se promění (a to je dnes zcela běžné) vnější podmínky. Začíná se žít termín celostní management.

Celostní pohled má ještě jednu zvláštnost: jsou v něm skryta některá obecnější pravidla či souvislosti, jejichž porušováním (velmi často nevědomým) mohou vznikat značné škody. Synergické efekty (jeden z účinných zdrojů konkurenční výhody) mohou být kladné, ale také – bohužel, což si ne každý připouští – i záporné, pokud nejsou respektovány vlivné souvislosti.

Řízení lidí je „o komunikaci“ s nimi. Jeden z nejznámějších manažerů Jack Welch (GE) tomu říkal

„walking and talking“, což mimo jiné znamená komunikaci sdílet, co se potřebuje. Tedy správně nastavit (systémové) vazby.

Proč by vlastně měl mít manažér široké znalosti, když pro jednotlivé specializované problematiky stejně musí mít kolem sebe tým schopných odborníků? Hlavním důvodem je nutnost připravit a realizovat společnou strategii a umět z ní odvodit požadavky právě na zmíněné odborníky. Existuje totiž systémové pravidlo o suboptimalizaci, které lakonicky říká, že celkové optimum není součtem lokálních optim. To znamená, že co je v jedné specializaci (pro ni samu) optimální, to nemusí ještě být příspěvkem (dokonce může být v nesoledu) se strategií celku. Typickým příkladem může být technicky dokonalý výrobek, pro který ale nemusí existovat trh (a navíc může být tak drahý, že je neprodejný). Manažér tedy nemusí dílčí problematiku dokonale znát (kdysi se tradovala „pohádka“, že by měl být schopen každému specialistovi ukázat, jak dílčí problém řešit), ale musí umět dílčí otázky skloubit, tedy musí znát ty specifiky, které jsou důležité pro vzájemné vazby. Proto tedy potřeba systémových znalostí.

ŘÍZENÍ PROJEKTŮ

Řízení projektů je realizační nástroj pro naplnění konkrétních obvykle jednorázových náročných úkolů. Má vypracovanou velmi kvalitní metodologii a k dispozici je mnoho nástrojů a prostředků (často velmi sofistikovaných) pro zvládnutí trvalého konfliktu potřeb a zdrojů v průběhu realizace projektu. Přesto není řízení projektů uplatňováno (a dokonce mnohdy i známo) v dostatečné míře.

Konference PRONT („PROject Management“) a navazující semináře PROMA („PROject Management“) se snaží jak projektovým odborníkům, tak manažerům a širší veřejnosti přinést poznatky, které uplatnění projektových postupů usnadní.

Dnes téměř každá obchodní nabídka má charakter projektu. K její realizaci odběratel vyžaduje potvrzení, že ji bude řídit kvalifikovaný projektový odborník. Proto je nyní aktuální certifikace manažerů projektů – a právě o tom (také) bude konference PRONT 04 (11. listopadu. 2004).

PRŮŘEZOVÉ A PŘEDMĚTNÉ PROBLEMATIKY

Tyto pohledy z určitého odborného zorného úhlu jsou – ve vztahu k managementu – vždy ve dvojí pozici: buď jde o to, zda daná odbornost vytváří „servis“ pro manažérskou práci a/nebo o to, zda se jedná o její řízení. Obě tyto stránky sice obvykle nelze striktně oddělit, ale každá z nich má své specifiky

a je nesprávné na souběžnou potřebu obou stanovisek zapomínat či některou z nich (úmyslně nebo z neznalosti) opomíjet či dokonce potlačovat.

INFORMATIKA VŠUDE

Informace a tedy metody a prostředky práce s nimi jsou potřeba v každé činnosti, ale manažerská činnost je tímto fenoménem odjakživa typická (bez spojení není velení).

Pracovní setkání IPMAN („Informační Podpora MANagementu“) má za cíl opravdu zajistit setkání manažerů s informatiky, protože mezi jejich chápáním významu informačního servisu jsou velice často obrovské mezery. Manažér nutně potřebuje informace, ale jen málokdy umí dostatečně kvalifikovaně definovat jaké a v jaké formě. Informatik poskytuje informace ve velkém rozsahu, ale málokdy se zajímá o to, zda jsou strukturovány tak, aby je manažér uměl (nebo vůbec mohl) využít. Nestáčí mít informace o všem a pro všechny, ale užitek přinesou jen informace cílené a včasné. Problémy zacházení s informacemi narůstají díky otevřenosti systémů, jimiž jsou zpracovávány. Nejznámější je internet. Dnes je aktuální – a právně musí být řešena – např. problematika nevyžádaných zpráv (tzv. SPAM), které dokážou zahltit poštovní schránky až k nepoužitelnosti.

Velmi moderním prostředkem (i když v technice známým již desetiletí) je počítačová simulace a modelování. Moderní výpočetní technika dokáže zázraky, ale je třeba s nimi umět zacházet. Odborně zaměřená konference SIDEC („SIMulation DEVELOPMENT Conference“) přináší o tom potřebné poznatky.

JAKOST – MÓDA NEBO POTŘEBA?

Otevření trhů opět staví do popředí otázku kvality, v širším pojetí jakosti, jejího ověřování a potvrzování. Normativy (např. ISO/ČSN řady 9000 a 14000) dávají některé základy pro posuzování „shody“ u produktů. Začíná se prosazovat požadavek jakosti v mnohem širších souvislostech a ve zcela nových oblastech, např. ve veřejné správě. Seminář MAJAK („MANagement JAKosti“) má za cíl přinést o tom potřebné informace.

PERSONALISTIKA – O LIDSKÝCH ZDROJÍCH

Konference PEMA („PErsonální MANagement v práci“) reaguje na zvýšenou potřebu skutečně kvalifikovaných „lidských zdrojů“, přičemž tento termín nechápe mechanicky, tedy ve stejné rovině, jako ji-

né zdroje potřebné pro chod organizací. V současné době vzniká pojetí „lidského kapitálu“, tedy člověka jako prvku, který je schopen dalšího rozvoje jak pro svou vlastní existenci tak pro přínos přidané hodnoty pro společenství (podnik, organizaci), jehož je členem. Personalistika tedy již dávno není kancelářskou evidencí zaměstnanců, ale musí se stát přímým pomocníkem managementu při košatění svěřeného kapitálu. Management ovšem musí její možnosti znát, podporovat a využívat je. Každý manažér musí být „tak trochu“ (nebo raději více) personalista, protože jeho činnost, to je práce s lidmi. Jedna z definic řídicí práce praví, že management je dosahování cílů prostřednictvím jiných lidí.

V tomto směru je zajímavé, že také zákonné normy jsou zde pojímány jinak, než jenom jako „předpisy“. S jejich využitím se totiž vytvářejí nejen pravidla pro vztahy mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem, ale hlavně se ovlivňuje prostředí, v němž se realizuje proces tvorby hodnot. Schopná firma proto umí „zákonné nároky“ přeměnit ve vhodné motivační nástroje.

LEGISLATIVA – PEVNÝ RÁMEC NEBO OMEZENÍ?

Podnikání obecně potřebuje dvě protichůdné vlastnosti prostředí, v němž je realizováno: jednak co největší volnost, aby mohlo uplatnit i neobvyklé postupy (tedy co nejvyšší liberálnost), ale zároveň potřebuje pevné záchytné body, např. měnovou situaci. Podnikatelská legislativa se vyvíjí. Mnozí podnikatelé až dodatečně zjistili, že ve svém „rozletu“ překročili zákon nebo alespoň zničili firmu, když proti nim konkurence použila silných platných prostředků, na něž „se“ včas nepomyslelo. Konference JUMAN („JURist and MANager“) se „právními znalostmi pro nepravíky“ zabývá především právě s ohledem na manažerskou práci.

Juristé v současné době vidí legislativu především v zákonodárství a jeho aplikaci, v soudnictví, v advokacii, atd. Jenže ony ještě existují „lokální“ normy psané i nepsané, které je třeba vytvářet, znát, respektovat. Podniková legislativa má svoje výrazné poslání, protože umožňuje (je-li dobrá) hladký chod podniku včetně předcházení nežádoucím situacím. Nový zaměstnanec se právě s ní musí hned na počátku své kariéry seznámit. „Vedle“ toho ale ještě existuje a dnes se do popředí dostává nepsaná podniková kultura, která je pro dobré fungování podniku jako celku nezbytná. Vědět co „se dělá“ nebo co „se nedělá“ (co je či není etické) je mimořádně důležité zvláště v situacích, které jsou již blízké hranám oficiální zákonnosti, kam se management při své dynamické činnosti může dostat velice snadno.

VÝZKUM A VÝVOJ

Konference REDEM („REsearch and DEvelopment Management“) se původně zabývala řízením výzkumných institucí a jejich specifickými (např. nadstandardní potřebou vzdělaných, motivovaných a tvořivých lidí). V současné době jsou v náplni těchto konferencí problémy jednak náročnější a obecnější (např. udržení kroku Evropy a v jejím rámci České republiky se světovým vývojem – viz Lisabonský protokol o dohnání světových špiček) a jednak přízemnější, ale důležité (financování výzkumu nebo „obchod“ s výzkumnými výsledky).

Výzkumné aktivity se přesouvají na vysoké školy, které s nimi a s jejich řízením mají zatím jen omezené zkušenosti. Nové jsou také potřeby a způsoby uplatnění výzkumných výsledků v malých a středních podnicích, které často nemají specializované útvary ani pro vývojové dokončení přebíraných poznatků.

VZDĚLÁNÍ A VZDĚLÁVÁNÍ

V současnosti se výrazně projevuje potřeba stále se učit, protože znalosti se stávají téměř jedinou významnou konkurenční výhodou. Ukazuje se, že v tak dynamické disciplíně, kterou management je, se nejnovější poznatky musí obnovovat téměř stále. Je ovšem vždy na místě posuzovat, co je jenom módní a co je skutečně efektivně moderní. Co a jak učit o managementu v klasickém školním vyučování, a co se pak dále učit v celoživotním a nikdy nekončícím vzdělávání – to je náplní konferencí EDMAN („EDucation for MANagement“).

Konference EDMAN (letos již čtvrtá) má ctižádost věnovat se nejenom procesně-výrobnímu řízení, ale také znalostem o manažérských činnostech v jiných než výrobních sférách. Patří sem aktuálně zdravotnictví (zlínský hejtman Slavík: „Zdravotnický systém snad ani nejde řídit, vždycky vám to proklouzne mezi prsty“ – HN 20. 7. 2004, s. 1), školství, neziskové organizace, veřejná správa. Proto je mimořádně aktuální

výuka manažérských znalostí na všech, tedy i nemanadžérských vysokých školách, i když je to zatím tak trochu zbožné přání.

Ve vzdělávání se začíná prosazovat „nový“ trend: využití vlastních zaměstnanců k trénování ostatních. Není to zase tak nové, ale moderní je systematickost, která se do tohoto postupu zavádí. Firmy, které nechtějí zůstat pozadu, vychovávají vlastní „interní lektory“ a zajišťují jejich uplatnění pro zvýšení celkového znalostního potenciálu organizace (konference EDMAN 04 se tomu věnuje).

SBORNÍK – DOKUMENT A UČEBNICE

Účast na jednání konferenčních akcí má dvojí hlavní přínosy: získání a projednání poznatků a nacházení osobních kontaktů. Proto je osobní přítomnost nejlepší – ale ne vždy je možná. Z kvalitních konferencí, které se snaží o nové přínosy, jsou vydávány sborníky s texty přednesených příspěvků.

Sborníky materiálů z výše uvedených konferenčních akcí s manažérským zaměřením vycházejí v jednotné ediční řadě Acta EVIDA. Mají jednotnou praktickou formu, názvem vždy odpovídají konkrétní akci. Pro účastníky a další zájemce jsou dokumentem o tom, co bylo projednáno. Jsou však také výhodným studijním materiálem, protože na rozdíl od monografických knih mají přednost ve své aktuálnosti a v nabídce dalších souvislostí.

Sborníky vedle souhrnu aktuálních poznatků také propagují autory příspěvků a výsledky jejich práce. Zájemce o účast na příští akci se může ze sborníků z minulých ročníků přesvědčit o odborném profilu dané akce. A několik sborníků „za sebou“ také ukáže na dlouhodobější vývojové trendy, které se musí v managementu dobře znát. Určitou zajímavostí sborníků této řady je také zveřejňování recenzí zajímavých a potřebných publikací, které s tématem souvisejí.

Informace o konferencích, jejich programu, o obsahu sborníků a o přípravě dalších ročníků jednotlivých akcí se nejspíše najdou na www.evida.cz.

RECENZE

Jana Reschová: Evropský konstitucionalismus: zdroje, formy a tendence

Vysoká škola ekonomická, Praha, 2003, 165 str.

Jan Kysela*

Ustavení a činnost Konventu o budoucnosti Evropy byla stimulem četných literárních aktivit nejen v zemích tehdejší Evropské unie, ale také v České republice. Rada autorů (např. R. Arnold, J. Blahož, J. Georgiev, B. Pikna, L. Pítrová, M. Pitrová, J. Reschová, J. Skála, N. Šišková, I. Šlosarčík, E. Wagnerová, J. Wintř nebo J. Zemánek) se zabývala formátem Konventu jako orgánu *sui generis*, jeho zadáním, průběhem diskusí a konečně i jejich výsledkem v podobě návrhu ústavní smlouvy. Značnou pozornost poutalo rozdělení kompetencí, dílčí změny v systému institucí, princip subsidiarity či role národních parlamentů, především však Charta základních práv. Vzhledem k nepříliš dlouhé době, jež uplynula od iniciační Laekenské deklarace, není příliš překvapující, že literární reflexe se soustřeďuje převážně do časopiseckých a sborníkových statí. Výjimky představuje několik prací z oblasti ochrany lidských práv věnovaných Chartě základních práv, resp. část obsáhlé učebnice „*Ústavní právo Evropské unie*“ kolektivu autorů zejména z plzeňské právnické fakulty. Jana Reschová nyní (vročení knihy je sice 2003, vyšla ovšem až počátkem letošního roku) přichází s monografií, která se nevěnuje pouze Konventu a návrhu ústavní smlouvy, nýbrž také kontextu uvažování o evropské ústavě a ústavnosti vůbec.

Recenzovaná kniha kombinuje pohledy europeistické, konstitucionalistické a politologické, přičemž ty posledně jmenované převažují. Jak již naznačeno, nezabývá se primárně aktuálním děním okolo návrhu ústavní smlouvy EU. Měl-li jsem tedy chvíli pocit, že by možná bylo lépe vyčkat výsledku jednání o ústavní smlouvě a knihu ukončit s touto znalostí a nikoliv již v závěru jednání Konventu (léto 2003), záhy jsem jej zaplašil jako neopodstatněný. Hloubka a šíře zkoumání vývojových tendencí a různých modelů ústavy, ústavního systému či finality Evropské unie totiž činí z ústavní smlouvy vlastně jen nahodilost, byť podstatnou.

V úvodních poznámkách autorka oblast svého zájmu vymezuje mj. jako zkoumání vlivu vybraných (modelových) národních ústav na tvorbu evropské ústavy, jež má působit ve specifické komunitární perspektivě, tzn. bez státu. Stranou pozornosti nenechává proměňující se pojem suverenity nebo různé významy konstitucionalismu. V meritorních částech knihy bohatě vytěžuje citované prameny, autory vzájemně konfrontuje a komentuje.

První kapitola je nazvána lakonicky: „*Ústavy*“. Podle autorčina soudu je tvorba evropské ústavy provázena sporem o vzor, jímž mohou být především model britský nebo francouzský. Ústavy byly až do 70. let minulého století přenechávány bádání právníků, teprve poté se prosazuje rovněž analýza sociálního kontextu, včetně adaptability ústav či změn politických režimů. Zajímavým polem výzkumu je prostor středovýchodní Evropy, v němž po roce 1989 pozorujeme jednak návrat ke klasickým teoriím na jedné straně *Rousseauovým*, na straně druhé *Constantovým*, jednak zohledňování nových podmínek, jako jsou procesy internacionalizace a europeizace. J. Reschová odlišuje stát s (jakoukoli) ústavou a ústavní stát, jež kontrolují občané skrze systém brzd a protivah, a reprodukuje názory vybraných autorů na vznik a obsah ústav (kodifikace či nahrazení zvykových ústav, význam garancí lidských práv vedle organizace veřejných mocí). Zvláštní místo zde má *Finerovo* rozlišení rigidity ústavy na materiální (faktická neměnnost) a formální (kvalifikovaná procedura změny), *Hauriouova* charakteristika ústavního režimu nebo *Diceyho* vnitřní dělení ústavního práva na soudně vynutitelné „právo ústavy“ a pouze politicky respektované „ústavní konvence“. Spolu s *V. Bogdanorem* se pokouší klasifikovat ústavní změny od 70. let, kdy pozoruje snahu majoritních demokracií moc spíše rozptýlit (mezi majoritní demokracie ovšem zařazuje Belgie!), zatímco pro konsensuální demokracie platí trend koncentrace. Zvláštní

* JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Kancelář Senátu a Právnická fakulta UK

skupiny zemí představují některá bývalá britská domínia kombinující westminsterský systém s federalismem a země procházející procesem tranzice. Pokles vlivu politických stran ve společnosti znovu otevírá prostor pro ústavní řešení sporů, namísto řešení politického.

„Ústavní změny a jejich politický kontext (Velká Británie, Francie, Itálie)“ – to je název druhé kapitoly. První dvě země představují modely, Itálie je zajímavá pozdním sjednocením, kdy vůle a ambice elit předešlý národ (podobnost s Evropskou unií). Britská ústava je *V. Bogdanorem* označena za politickou, jejíž fungování závisí na chování politických stran: nebude se měnit při alternaci dvou stran, „odblokována“ by byla v podmínkách multipartismu. Zdejší ústava je sice nekodifikovaná, nikoli však nepsaná. Chybí arbitr jejího zachování – parlament je formálně všemocný, fakticky však podřízený vládě. Suverenita parlamentu doznala změn zapojením do evropské integrace (přednost a přímý účinek evropského práva) a po výrazném vítězství labouristů v roce 1997 také přijetím *Human Rights Act 1998*. Autorka si všímá také dalších ústavních projektů vítězné strany, tzn. devoluce a reformy Sněmovny lordů (při britském sjednocení zákonodárné a výkonné ji rozhodně nepovažuje za marginální). Opakem evoluční kontinuity ve Velké Británii je střídání ústav a režimů ve Francii. Symbolicky jde o alternování *Rousseau* a *Montesquieuem*, prozatím završené ústavou Páté republiky. Typické jsou pro ni následující rysy: dvoukolový většinový volební systém generující koherentní vládní většiny, oslabení parlamentu, specifické postavení hlavy státu a zavedení poněkud atypického modelu ústavního soudnictví. Podle některých pozorovatelů lze ústavní vývoj Páté republiky postihnout hesly majorizace (vládní většina sestavována již před volbami), prezidencializace (dominance prezidenta republiky) a konstitucionalizace (díky činnosti Ústavní rady interpretující mj. historickou zkušenost je ústavní právo právem skutečným, tj. aplikovaným a zavazujícím). Pro Itálii jsou příznačné debaty o zfunknění ústavy již od 50. let. Různost až protichůdnost představ aktérů debat byla překlenuta dominancí křesťanských demokratů, takže k seriózní parlamentní diskusi došlo až na platformě několika ústavních komisí zasedajících po roce 1983. Relativně nejdělnější z komisí svou činnost ukončila v roce 1998 pro odpor *Berlusconiho* politického uskupení. Je přitom zřejmé oscilování ústavní reformy kolem tří základních témat: federalizace, charakter výkonné moci (kancléřský nebo poloprezidentský systém) a typ bikameralismu (vztahy mezi komorami, působnosti, provázanost s decentralizací). Itálie je rovněž pověstná vysokým počtem referend; zřejmě to souvisí s nechutí politických stran nést odpovědnost za některá rozhodnutí.

Kapitola třetí, „Soudobý stát v prostředí supranacionality“, znamená jednak posun od přístupu konstitucionalistického k politologickému, jednak přesun k tématu evropské integrace. *J. Reschová* se zde zamě-

řuje na ústavní změny vyvolané objektivními změnami vnějšího prostředí s dopady na suverenitu států (supranacionalita jako sdílený výkon moci). Evropskou unii nepovažuje za stát, nýbrž za svébytný politický systém s pluralitou mocenských center. Podle *Hixe* je i tento politický systém definován stabilním systémem institucí, jejichž prostřednictvím občané a skupiny dosahují splnění svých přání, kolektivním rozhodováním o zdrojích a hodnotách a trvalou zpětnou vazbou. Změnu paradigmatu suverenity však znamenalo již zřízení NATO. Autorka nás dále seznamuje s *Habermasovým* vnímáním nejen demokratického deficitu EU, ale také deficitu sociálně-kulturní solidarity, s vymezením supranacionality *A. Somka* (racionální metoda obcházení demokracie, model smíšené formy vlády, metoda dezintegrace národního státu), s úvahami o federaci jako opaku hegemonie (zachování menšin, tolerance, principy subsidiarity a účasti) apod. Popisuje některé aspekty vývoje evropské integrace jako postupné prosazování přednosti komunitárního práva či zavádění federativních prvků v podobě hospodářské a měnové unie. Kapitola končí analýzou některých projevů integračního procesu v ČR, zejména v oblasti harmonizace práva. Snad jen můžeme litovat, že tato část textu, psaná původně pro pražskou učebnici ústavního práva, neobsahuje podrobnější rozbor pozdější tzv. euronovely Ústavy a přístupového referenda; zmínka o nich zde však je.

Čtvrtá kapitola, nesoucí název „Evropská ústava“, obsahuje přehled názorů na existenci a obsah možné evropské ústavy (*Pernice, Hix, Preuss* aj.). Za ústavní chartu jsou označovány již stávající zakládací smlouvy, v nichž najdeme zčásti úpravu, ve státech typickou pro ústavy. Limity Evropské unie vyplývají z řady faktů, mezi nimiž zvláště místo zaujímají výkon jejího práva prostřednictvím členských států, omezený počet zaměstnanců či relativně malý rozpočet. Její instituce se nezřídka dosti liší od podobných institucí státních, např. Evropskému parlamentu chybí opozice, je nerozpustitelný a má velmi slabou vazbu na voliče. Zajímavé jsou např. *Preussovy* úvahy o dvojím typu legitimacy EU: jednak z původního konsensu členských států (*Locke*), jednak z principu účinnosti (*Hume*). Posledně zmíněný prvek nebývá docenován třeba v tuzemských debatách o legitimitě volených orgánů, která je vztahována vesměs jen k míře volební účasti. Podstatná je připomínka absence evropského lidu, jež se projevuje neexistencí evropské veřejné sféry, resp. veřejného mínění (viz však následující kapitola). Bez schopnosti veřejnosti jednat jako celek se neprosazují společné hodnoty. Nedostatek obecné veřejnosti někteří autoři kompenzují důrazem kladeným na veřejnost vlivnou, tj. veřejnost s vlivem na rozhodování. Jejím příkladem jsou evropské soudy nebo komitologie, jež sice splňují nároky deliberativního rozhodování, vzhledem k neodpovědnosti k voličům a minimu kontroly ji však nelze považovat za legitimní formu vládnutí. Pro budouc-

nost EU bude zřejmě příznačná komplementarita více vlivných veřejností, zahrnujících i Evropský parlament či Konvent.

V páté kapitole, věnované „*Evropské identitě*“, je pozornost zaměřena na vztah identity evropské a identit členských států, tázání se po směřování Evropy či její definování náboženským základem. Zdrojů evropské identity je přitom celá řada; mnohé jsou vzájemně kontradiktorní. Dohromady představují společný kulturní základ, byl artikulovaný mnoha jazyky. Evropský lid (*demos*) je při vědomí těchto limitů možno definovat interakcí občanů a institucí v rámci ústavního řádu; toto politické pojetí jej odlišuje od pokrevní koncepce lidu ve smyslu *ethnos*. K identitě EU patří i její diverzita, tj. existence kulturních, ekonomických a politických rozdílů.

Název šesté kapitoly – „*Národní (politická) stanoviska k evropské ústavě*“ – dokonale vystihuje její obsah. Představeny jsou různé konkrétní názory *J. Fischera*, *J. Chiraka* a *T. Blaira*, stejně jako pozice francouzského Senátu nebo britské Sněmovny lordů. Zaujímou např. návrhy zachycení povahy EU jako unie států a unie občanů ve struktuře dvoukomorového parlamentu, byl s odlišnými pohledy na roli komor (střežení dělby kompetencí, působení ve II. pilíři). Ve stanoviscích francouzského Senátu jsou zajímavá doporučení k oddělení základního textu ústavy od navazující smlouvy o společných politikách či plédování pro kooperativní federalismus jako formu překonávající vyčpělý (anglosaský) federalismus duální. Kapitola je za českou stranu zakončena rozbohem pohledu *J. Zahradila*, resp. eurorealistů na EU. Možná mohly být zařazeny i názory jinak orientované, ať již z okruhu politiků působících v Evropském hnutí, nebo ze stran vládní koalice, bývalého prezidenta republiky *V. Havla* apod.

Sedmá kapitola, „*Konvent o budoucnosti Evropy*“, začíná popisem základních modelů očekávání výsledků činnosti Konventu jako nové formy debaty o budoucnosti EU. Pokračuje *Hizovým* indikátorem racionálního rozdělení kompetencí (podle míry externalit a preferenční homogenity mezi státy), včetně návrhu řešení případných kompetenčních sporů (zřídit orgán složený ze zástupců národních vlád, soudců Evropského soudního dvora a delegovaných soudců ústavních soudů). V dalším textu autorka zkoumá teze evropské ústavy z dílny Evropské lidové strany a z dílny předsednictva Konventu a samotnou činnost Konventu, včetně její kritiky tzv. menšinovou zprávou.

„*Závěr*“ přináší shrnutí poznámek o změnách ústav, inspiraci evropské ústavy národními modely

a europeizaci národních ústav či o konstitucionalizaci politického systému, jež činí garanta jeho fungování ze soudů namísto samotných politických orgánů.

Recenzovanou knihu považují za informačně hutnou, promyšlenou a proto velmi přínosnou pro každého, kdo se zabývá ústavním a evropským právem, resp. některými politologickými disciplinami. Toto tvrzení vztahují zvláště na první dvě kapitoly, které o zvoleném tématu pojednávají způsobem velmi vhodně doplňujícím základní českou konstitucionalistickou literaturu. Velmi zajímavé úvahy však najdeme i jinde: např. odůvodňování přednosti evropského práva ve Velké Británii konsensuálním způsobem jeho tvorby oproti majoritnímu modelu britskému. Z tohoto úhlu pohledu je proto škoda její vydání Vysokou školou ekonomickou v omezeném nákladu a s obtížnou dostupností v distribuční síti.

Mám-li přesto uvést nějaké výhrady, jsou vlastně jen formálního a okrajového rázu. Z písařských lapsů mohu uvést dosti častý výskyt malých písmen na začátku věty, datování vlády *Viléma IV.* až do roku 1867 místo 1837 (str. 22) či opomenutí doplnit číslo a rok *Revue française de science politique* v pozn. 14 na str. 36 a v přehledu literatury. Jiné drobnosti reprezentuje reprodukce *Hauriouova* pojetí ústavních zvyklostí, kdy autorka dvakrát uvádí, že nemají povahu právní normy a jednou, že tuto povahu mají (str. 19), tvrzení, že v prvním desetiletí činnosti Ústavní rady byly subjekty oprávněnými iniciovat řízení pouze představitelé prezidentské většiny – patřil sem totiž také předseda Senátu jako (většinově centristické) instituce, jež byla od zavedení přímé volby hlavy státu s prezidentem na kordy, či charakteristika obsahu Washingtonské smlouvy v kontextu, jež naznačuje, že je vlastně řeč o Asociační dohodě (str. 62–63). Podrobnějšího rozvedení by možná zasloužila zmínka (str. 29) o faktickém zavedení jednokomorového parlamentu ve Velké Británii přijetím *Parliament Act 1911*, který oslabil dosud bezvýjimečné absolutní veto Sněmovny lordů zavedením veta suspensivního pro část zákonů (kvalitativně i kvantitativně ovšem dominující). Znamená to, že *de facto* jednokomorový je každý parlament s převahou jedné z komor? Nemyslím, že americké senátory jmenovali do roku 1922 guvernéri (str. 139); do roku 1913 byli voleni státními legislaturami, poté přímo. Je to ostatně spíše citovaná poznámka *Hizova* než autorčina vlastní.

Pomineme-li zmíněné marginálie, je kniha vhodným pozváním k samostatnému přemýšlení o zpracovávané tematice. Zdaleka ne na všechny otázky totiž nabízí jednoznačné odpovědi. A to je dobře.

Třetí díl vzpomínek Františka Weyra – Paměti 3.

Za okupace a po ní (1939–1951)

Brno, Atlantis 2004, 232 s.

Miloš Večeřa*

Zásluhou usilovné ediční práce nakladatelství Atlantis vychází třetí díl autobiografických Pamětí Františka Weyra, kterým je tak završena publikace celé, neobyčejně obsáhlé a svým obsahem impozantní autobiografické práce velkého českého právníka, právního filosofa, státovědce a statistika Františka Weyra, zakladatele a věhlasného profesora Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně a jejího prvního děkana.

Třetí díl Pamětí, zachycující období Weyrova života od okupace do roku 1951, plynule navazuje na již dříve vydané dva díly Pamětí: I. díl (Atlantis 1999, 488 stran) se věnuje období Rakouska-Uherska, II. díl (Atlantis 2001, 520 stran) pak období první republiky. Všechny tři díly Pamětí byly vlastně Weyrem sepsány díky násilnému vytržení z vědeckého a společenského života: ponejprv v důsledku německé okupace prožité v nucené izolaci v Praze (napsal první dva díly), podruhé pak v důsledku únorového převratu 1948, kdy byl vyhozen z Právnické fakulty (třetí díl). Okolnostmi mu tak byl dán čas, aby mohl zpětně přehlédnout svůj život a zamyslet se nejen nad prožitými událostmi a lidmi, které potkal, ale i znovu zauvažovat o svých tehdejších názorech, myšlenkách a pocitech. Sepsáním těchto Pamětí chtěl Weyr, jak sám říká v jejich úvodu, vypovědět „o svém životě, který sice neposkytuje nic zvlášť dramatického nebo snad heroického, ale jinak se liší od životní náplně průměrného příslušníka malého národa, jako jest český, a to zejména kantorskou tradicí tří generací, setkáními s velkou řadou významných lidí a pohnutou dobou plnou převratných událostí prožitou ve velkých společenských centrech (Vídeň, Praha, Brno)“.

Před psaním třetího dílu Pamětí Weyr již věděl, že k vydání připravené dva díly pro změnu politické situace po Únoru 1948 nevyjdou. Očekával, že tento osud postihne i zamýšlený třetí díl Pamětí, přesto se dal do psaní veden snahou „umožnit zvědavému čtenáři ... prožít pokud možno bezprostředně jeho pocity, obavy a naděje, které mu osud na sklonku jeho života přichystal, ony obavy týkající se nejen nejasných politických událostí, ... ale i autobiografického spisu“. O to více působí tento třetí díl autenticky a upřímně, vyjadřuje ale i bezprostřední zklamání a sarkasmy, s nimiž Weyr glosuje vývoj po roce 1948.

Vydavatelské rozčlenění třetího dílu Weyrových Pamětí navazuje na původní Weyrovo kapitolové rozdělení textu sledující linii číslování kapitol od prvního dílu (po jedenáctou kapitolu), přes díl druhý (od dvanácté po jedenadvacátou kapitolu). Třetí díl tak začíná po Úvodu dvaadvacátou kapitolou a končí kapitolou třicátou. Na rozdíl od dílů předchozích si však třetí díl vyžádal zvlášť pečlivou editorskou práci, neboť Weyr se už k jednou napsanému textu nevracel a dále ho nekorigoval. Je proto v této souvislosti třeba připomenout pečlivou a citlivou redakční práci Jany Uhdeové.

V Úvodu třetího dílu Weyr vysvětluje své snahy pokračovat a dokončit autobiografickou práci i za situace nepřející brzkému jejímu vydání.

Následující dvaadvacátou kapitolou Weyr původně ukončil spolu s Doslovem druhý díl svých Pamětí. Tématem okupace však tato kapitola zapadá spíše do dílu třetího a proto ji editorka vhodně zařadila až na začátek tohoto dílu Pamětí. Weyr v této kapitole popisuje v souvislosti s nacistickou okupací svůj úžas a zklamání nad morálním a intelektuálním úpadkem německého národa. Líčí, jakému ohrožení byl v době okupace stále vystaven, zejména pak v období osudového prvního září 1939, kdy měl být zatčen a poslán do koncentračního tábora jako řada jiných významných brněnských činitelů, a později, když byl v září 1943 zatčen a vyšetřován pro velezradu. V prvním případě mu pomohla náhoda, že nebyl k zastížení doma, ve druhém pak vlivní přátelé (zejména prezident Hácha a ministr protektorátní vlády Krejčí). Vzpomíná ale i na světlejší stránky svého okolnostmi vynuceného protektorátního pobytu v Praze, zvláště různá setkání s významnými lidmi.

Navazující třicátá kapitola je podrobněji věnována Weyrovým aktivitám, životnímu stylu a změnám zdravotního stavu v období jeho „pražského exilu“. Šedesátiletý Weyr byl z řady ohledů vykořeněn z běžného života, což se týkalo zejména jeho vědecké, literární a pedagogické činnosti, ke které neměl v Praze podmínky, byl rovněž neustále vystaven stresu z možné perzekuce jeho osoby a začaly se mu neodbytně hlásit psychické potíže a různé nemoci. Sužovala ho zvláště srdeční vada a přidružila se úzkostná agora-

* Doc. JUDr. et. PhDr. Miloš Večeřa, CSc., Katedra právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

fobie, která ho již nikdy neopustila. A právě v tomto neradostném období nucené nečinnosti se Weyrovi v hlavě zrodila myšlenka sepsat autobiografické paměti, do nichž se s vehemencí sobě vlastní následně pustil. Zajímavé je, že se v tomto období změnil i jeho dříve chladný vztah k Praze, kterou si nyní velmi oblíbil po Vídní a Brnu, a sblížil se i se svými sourozenci, kteří žili v Praze.

Kapitola čtyřicetá je kapitolou úvahovou. Weyr se zde vyrovnává se svou politickou či protio-kupační nečinností a rozvíjí úvahy o válce, demokracii a totalitním systému. Všimá si politické manipulace prostřednictvím denního tisku, politické demagogie a pseudodemokracie.

O něco optimističtěji vyznívá kapitola pětadvacátá, ve které Weyr popisuje svůj návrat do osvobozeného Brna v říjnu 1945 po nesnadném rozloučení se s Prahou. Do Brna se vracel zejména do své brněnské vily, kterou za celou válku nespátřil, a na obnovenou Právnickou fakultu, jejíž budova sloužila za války jako hlavní sídlo brněnského gestapa. Weyr v kapitole podrobně charakterizuje poměry na znovu se ustavující fakultě, zejména pak snahy o personální restaurování profesorského sboru fakulty, který byl velmi postižen válkou i tzv. retribuční akcí proti kolaborantům. Běžný život i jeho pedagogickou práci v tomto období začala značně znesnadňovat srdeční choroba a úzkostná agorafobie.

Šestadvacátou kapitolu Weyr věnoval své politické a publicistické činnosti po roce 1945. Weyr se pokusil navázat na své předválečné žurnalistické aktivity, ale pro neshody s Ferdinandem Peroutkou se rozešel s Lidovými novinami a navázal bohatou spolupráci s deníkem Lidová demokracie. Později vstoupil i do Československé strany lidové, za níž se také podílel s řadou dalších expertů na přípravě nové ústavy. Činnost tohoto sboru expertů však snahou komunistů postupně vyzněla do ztracena, a to ještě před Únorem 1948.

V sedmadvacáté kapitole se Weyr nejprve věnuje svému soukromému životu v Brně, do kterého se začala citelně promítat jeho srdeční choroba, takže musel omezit mnoho svých aktivit a koníčků, včetně milovaného muzicírování na violu v domácím smyčcovém kvartetu. Zvláštní pozornost věnuje Weyr významné události této nepříliš radostné doby – jeho a Englišově slavnostní promoci čestnými doktory Masarykovi univerzity v dubnu 1947. Promoce byla navíc připravována pro Weyra jako překvapení a navíc se této vysoké pocty do té doby zatím od založení Masarykovy univerzity v roce 1919 nikomu nedostalo.

Kapitola osmadvacátá autenticky zachycuje Únorový převrat v jeho fakultní podobě, zrušení Právnické fakulty a konec vědeckého života po roce 1948. Weyr zde výstižně popisuje dramatické události při vylučování profesorů z fakulty v posledních únorových dnech, kterému se nečekaně nevyhnul ani dě-

kan, prof. Kubeš. Weyr po svolané schůzi profesorského sboru už prakticky na fakultu nevstoupil. Bylo mu sice ještě na přímlovu prezidenta Beneše uděleno placené studijní volno do doby řádného odchodu do důchodu v roce 1949, dostal se však do úplně vědecké a společenské izolace, ale nepřestal vědecky pracovat. Jeho sedmdesáté narozeniny v dubnu 1949 proběhly už zcela bez jakékoliv publicity pouze v úzkém kruhu přátel.

Poslední dvě kapitoly devětadvacátá a třicátá Paměti vyjadřují Weyrovo zklamání nad neutěšenou politickou, hospodářskou, společenskou a vědeckou situací. Ukazuje na manipulativnost denního tisku a totalitarizující snahy komunistického režimu. Z tohoto pohledu vyznívá jeho výhled do budoucna, o který se pokouší, velmi neradostně. Weyr k tomu přidává řadu úvah o demokratických politických režimech, které by mohly posloužit jako vzor pro lepší budoucnost.

K textu Paměti jsou připojeny Přílohy zahrnující „Vzpomínky na ústavní výbor revolučního Národního shromáždění“ a „Součinnost tak zvaných expertů při sdělávání ústavy ČR z roku 1948“. Poslední přílohou je text, zřejmě z pera Weyrova žáka JUDr. Vybřala, „Poslední léta a měsíce života profesora Františka Weyra“, který popisuje velmi neutěšenou sociální situace a politicky vytvořenou společenskou izolaci Františka Weyra, za níž Weyr 29. června 1951 umírá. V závěru knihy pak je připojen jmenný rejstřík a ediční poznámka.

Poslední třetí díl Paměti vychází s odstupem tří let od dílu druhého. I když je rozsahem pouze poloviční, bylo pro jeho „nedotaženost“ obtížné dát mu konečnou a přitom dostatečně autentickou podobu, která se přesto editorům podařila. I když představuje třetí díl Weyrových Pamětí časovou kontinuitu s prvním a druhým dílem, tvoří relativně uzavřený celek a lze ho tedy číst i samostatně. Čtenář však i pak určitě rád sáhne po dílech předcházejících, které souhrnně autobiograficky mapují celý Weyrův plodný vědecký, pedagogický, veřejný, umělecký, manažerský i osobní život. Na dohromady téměř dvanáctistech padesáti stranách tři dílů Weyrových memoárů tak neobyčejně barvitě, zasvěceně a historicky věrně ožívá Weyrův život od jeho narození (1879) v posledním období rozpadajícího se rakouského mocnářství, přes první světovou válku, vznik první Československé republiky, její rozkvět a násilný konec v německé okupaci, přes šťastné skončení druhé světové války, poválečné nadšení, až po osudový politický převrat v únoru 1948 a následující politické represe.

Weyrovy paměti jsou napsány velice otevřeně a upřímně, autenticky a přitom čtivě. Prokazují Weyrovi mimořádnou paměť na osoby, události i atmosféru doby, jeho smysl pro detail i racionální vysvětlení souvislostí a příčin. Velmi cennou skutečností je i to, že Weyrovy Paměti zprostředkovávají rovněž Weyrovo vidění světa, tvořící součást právně pozitivistického

chápání práva brněnské normativní právní školy, jíž byl František Weyr zakladatelem a hlavním představitelem.

Weyrovy Paměti jsou šíří svého pohledu pozoruhodným svědectvím o sedmdesátiletém období života naší země, ve kterém mu bylo dáno žít a k jejímuž směřování se snažil přispět, zároveň je ale i impozantní

kronikou života člověka, kterého bychom pro šíři jeho záběru, tvořivost a pracovitost mohli s trochou nadsázky označit za člověka vpravdě renesančního. Z tohoto pohledu lze Weyrovy paměti doporučit nejen široké právnické veřejnosti, ale i běžnému čtenáři zájímajícímu se o vědecký a společenský život daného období u nás.

NEKROLOG

Za prof. JUDr. Vladimírem Čermákem

(3. září 1929 – 21. červenec 2004)

Pavel Holländer*

Ústavní soud České republiky byl konstituován dne 15. července 1993 jmenováním dvanácti soudců prezidentem republiky Václavem Havlem. První generace soudců byla přitom téměř z poloviny složena z právníků starších, právníků, kteří ve svém životě, především v nástupu do jeho profesionální části, zachytili ještě odlesk právnické vzdělanosti a kultury doby první republiky – a to po dobu studií v letech 1945 až 1948. Patřili rovněž k té části své generace, jež si v dlouhém trvání komunistického systému zachovala morální integritu, lidskou důstojnost, někteří z nich, Zdeněk Kessler a Antonín Procházka, i za cenu politického pronásledování a posléze dlouholetého věznění. Tato generace soudců přinesla na půdu Ústavního soudu silné lidské osobnosti, výrazné postavy, schopné přenést do své soudcovské práce svoji morální lidskou zkušenost. Žel, čtyři z jejich řad, Vladimír Paul, Vlastimil Ševčík, Zdeněk Kessler a Vladimír Čermák, již nejsou mezi námi.

Politická likvidace brněnské právnické fakulty znemožnila Vladimíru Čermákovi absolvovat práva ve městě, v němž maturoval a začal svá vysokoškolská studia. Po absolutoriu na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v roce 1952 působil po dobu většiny své profesionální kariéry coby soudce civilního soudu v Brně. V době „normalizace“, v roce 1975, od justice odchází. Jeho odchod je reakcí na stupňující se tlak totalitního systému, na stupňující se omezení prostoru svobodného působení soudce. Pracuje pak jako podnikový právník v Kovopodniku města Brna, všechen čas i úsilí věnuje přitom studiu a vytvoření monumentál-

ního pětisvazkového díla stojícího na pomezí sociální filosofie a politologie, jež nazval „Otázka demokracie“. Nadto, v 80-tých letech dramaturgicky spolupracuje s divadlem Husa na Provázku – získává tím možnost uplatnit své znalosti z oboru, jemuž se věnuje celý život s obrovským zaujetím – řeckému dramatu a řecké filosofii.

V roce 1990 zakládá na Filozofické fakultě Masarykovy univerzity v Brně katedru a svým působením utváří obor i vlastní vědeckou školu politologie. Klíčovou mírou se zasloužil o demokratickou emancipaci sociální filosofie a politologie v období obnovy Masarykovy univerzity. Jmenování profesorem Filozofické fakulty Masarykovy univerzity v roce 1994 bylo logickým vyústěním Čermákova vědeckého přínosu a organizačního i pedagogického působení. Paralelně ale neopouští svůj „renesanční rozměr“, a po roce 1990 přednáší antické drama na Janáčkově akademii múzických umění.

15. července 1993 byl jmenován soudcem Ústavního soudu České republiky. V roli soudce Ústavního soudu působil až do uplynutí 10 let funkčního období.

Vladimír Čermák v pozici soudce Ústavního soudu spojoval morální hodnotící postoje s hlubokým, v pravém slova smyslu klasickým vzděláním, za jehož jádro bylo lze považovat jím tak milované dílo Platonovo, jakož i s teoretickými právními znalostmi a s mnohaletou zkušeností soudce. Byl mimořádně komunikativní, přístupný médiím, otevřený veřejnosti, připravený ji upozornit na morálně neakceptovatelné – např. v případě

* Prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc., Ústavní soud České republiky, Brno

procesu, týkajícího se reflexe justiční vraždy generála Heliodora Píky.

Ilustrací pokusu o zachycení podoby Čermákovy osobnosti jsou i myšlenky, jež vtělil do nálezů, které koncipoval. V jednom z nich, v nálezů k ústavnosti ustanovení volebního zákona o volebním systému (Pl. ÚS 42/2000), uvažující o pluralitní demokracii, nezapřel v sobě sociálního filozofa, jakož i vědce – metodologa: „Proces diferenciaci může plnit svou základní funkci hnací síly a tvůrčího elementu historického vývoje a pokroku jen tehdy, realizuje-li se na půdě kontinua mezi krajními tendencemi, jejichž funkční napětí vylučuje zaujímání extrémních pozic. Také v politické praxi používaný model 'poměrného zastoupení' proto může, a také musí, činit celou řadu koncesí principu integrace, tak se však může dít jen na určitém úseku kontinua, kdy ke svému ideálnímu typu zůstává 'přivracen', jinými slovy, kdy projevuje tendence se tomuto typu v jeho zásadních aspektech alespoň přibližovat. Podle názoru Ústavního soudu však v konkrétním případě, tedy v projednávané věci, zvýšení počtu volebních krajů na 35 (§ 27 věta první), stanovení nejnižšího počtu mandátů v kraji na 4 (§ 48

odst. 4) a způsob výpočtu podílů a příkazování mandátů pomocí upravené d'Hondtovy formule (§ 50 odst. 1, 2, 3) představuje ve svém úhrnu takovou koncentrací integračních prvků, jež ve svých důsledcích vede již k opuštění kontinua, ještě způsobitelného zaznamenávat alespoň 'přivracení' k modelu poměrného zastoupení. K takovému závěru Ústavní soud přirozeně nemá k dispozici žádný z prostředků exaktního měření a zkoumání, často typických pro přírodní vědy, a je proto, stejně jako u sociálních pojmů a jevů vůbec, odkázán spíše na takové prostředky, jakými jsou komparace, klasifikace, hodnocení apod. I takové prostředky mohou však mít spolehlivou vypovídací schopnost, zejména proto, že v těchto případech nejde o zachycení určitého statického bodu, ale celkové dynamiky, na určitém kontinuu se projevující, tendence.“

Vladimír Čermák, právník – soudce, filosof a politolog, teatrolog, vášnivý diskutér, charismatický muž. Nad studenou racionalitou vždy u něj převažoval humanitní a demokratický étos. Jmenování čestným doktorem Masarykovy university dne 29. září 2004 již bylo pouze aktem posmrtného uznání.

LEGAL STUDIES
AND PRACTICE
JOURNAL

Volume XII
Number 3/2004

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

2004's subscription – CZK 380 • Price
per one number/copy – CZK 95 • Issued
4 times a year

This number was put into printing in
October 2004

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

ARTICLES

- Karel Marek: Another look at placing tenders, II. 183
Jana Martinková: „Conscience reserve“ from comparative perspective 189
Josef Kotásek: On force major in exchange law 201
Slavomír Rudenko: A glimpse at several aspects of the constitutional system
of the Norwegian Kingdom 208
Zdeněk Kapitán: The theory of public policy and criteria of its application 214
Radim Polčák: Several issues concerning law in the cyberspace 227

CURRENT TOPICS FOR LEGAL PRACTICE

- Petr Hajn, Lukáš Pták: Funding the public service electronic media and
the law 231
Petr Mrkvicka: An excursion into the problems concerning the property of
the local authorities in Poland 235
Milan Podhrázký: Will there be regional referendum in the Czech Republic
some day? 240

DISCUSSING THE EU CONSTITUTION – PART I

- Eliška Wagnerová: Is the Euroconstitution desirable? 246
Siegfried Bross: The relation of the European Court of Justice to the national
Constitutional Courts: example of the German Constitutional Court 249
Michal Tomášek: The European constitutional agreement and the sovereignty
in criminal matters 254

STUDENTS' CONTRIBUTIONS

- Jan Chocholatý: Some notes on application of Section 88a of the Criminal-
Code 257
Michal Bobek: What can preliminary questions be used for in proceedings
in European Court of Justice? 260

NEWS FROM THE WORLD OF LEGAL STUDIES

- Zdeňka Králíčková, Patrik Matyášek: Conference: „The spheres of woman
(public woman, private woman)“ 271
Karel Schelle: International conference „Education for Management“ 272
Milan Brejcha, Karel Schelle: Conferential activities concerning the topics-
of „Ecology, law and management“ 275

REVIEWS

- Jan Kysela: Jana Reschová: European constitutionalism: sources, forms, ten-
dencies 279
Miloš Večeřa: František Weyer's memoirs, part 3 – During the occupation
and after (1939–1951) 282

NECROLOGUE

- Pavel Holländer: Prof. JUDr. Vladimír Čermák 284