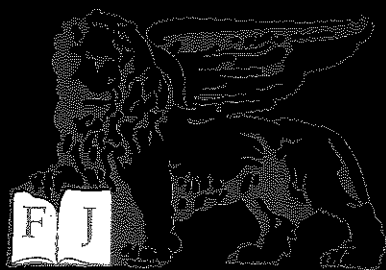


1994

V.

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAKTI



PRÁVNICKÁ FAKULTA
MASARYKOVY UNIVERZITY
V BRNĚ

Časopis

pro právní vědu a praxi

č. 5.

Ročník II.

1994

VDÁVÁ
Právníká fakulta Masarykovy univerzity v Brně
Vychází šestkrát ročně

Redakční rada

Doc. JUDr. Jiří Kroupa, CSc.
(předseda redakční rady)

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.
(vědecký redaktor)

Doc. JUDr. Josef Bejček, CSc.
JUDr. Josef Fiala, CSc.

JUDr. Dalibor Jílek, CSc.

Doc. JUDr. Petr Průcha, CSc.

JUDr. Jiří Spáčil, CSc.

TECHNICKÁ REDAKCE A GRAFICKÁ ÚPRAVA TEXTOVÉ ČÁSTI
ING. JIŘÍ RUS

Adresa redakce

Právníká fakulta Masarykovy univerzity v Brně
Veveří 70
611 80 Brno
Tel. 41 32 12 97
Fax. 41 21 31 62

Rozšiřuje a objednávky vyřizuje

Oddělení pro vědu a výzkum
Právníké fakulty Masarykovy univerzity v Brně
Veveří 70
611 80 Brno

Uveřejněné příspěvky neprošly jazykovou úpravou vydavatele

ISSN 1210 - 9126

Č L Á N K Y

Prohlášení vlastníka budovy o vymezení jednotek a prohlášení o zrušení vymezení

Josef FIALA

Úvodem

Podle § 4 zák. č. 72/1994 Sb., kterým se upravují některé spoluvlastnické vztahy k budovám a některé vlastnické vztahy k bytům a nebytovým prostorům a doplňují některé zákony (zákon o vlastnictví bytů – dále jen „ZOVb“) může vzniknout spoluvlastnictví domu představované spoluvlastnickým podílem na společných částech domu a vlastnictvím jednotky, tj. bytové vlastnictví v současné legislativní konstrukci, dvěma způsoby:

- prohlášením vlastníka budovy a převodem první jednotky,
- smlouvou o výstavbě.

Naše pozornost se dále soustředí na první způsob, neboť lze důvodně očekávat, že právě s jeho využitím bude ZOVb realizován. I když se projevují názory, že ZOVb nebude využíván některými vlastníky (obcemi), protože by docházelo ke komplikovaným vztahům, zejména když zůstávají nedotčeny jiné formy privatizace bytového fondu (např. prodej celých domů právníckých osobám složeným z nájemců nebo prodej nájemcům do podílového spoluvlastnictví), jeho použití je předepsané při převodech družstevních jednotek.

Vládní návrh zákona o vlastnictví bytů předpokládal, že bytové vlastnictví vznikne na základě převodu první jednotky. V tomto směru navržená regulace navazovala na dosavadní úpravu obsaženou v zák. č. 52/1966 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Parlament ČR však přijal odlišnou konstrukci, když jako předpoklad převodu první (a dalších) jednotky, zakotvil konstrukci „prohlášení vlastníka budovy o vymezení jednotek“. Jde o zcela nový institut, ovšem jeho účel je evidentní a lze se s jeho přijetím ztotožnit.¹

Tento postup při přijímání zákona však vedl k některým nepřesnostem. Prohlášení vlastníka a převod první jednotky je nutno chápat jako dvě sukcesivně působící skutečnosti, kdy prohlášení vlastníka, že v budově vymezuje jednotky, je předpokladem pro následný převod vlastnického práva k nim. Dovršením všech náležitostí prohlášení by se dosavadní vlastnické právo k budově transformovalo na vlastnické právo k jednotkám, resp. na souhrn vlastnických práv k jednotkám (viz § 5 odst. 1, věta třetí ZOVb). Dále by již nic nebránilo samostatným dispozicím s těmito jednotkami. Zákon však dále, poněkud nelogicky (§ 7 ZOVb), konstatuje, že převodem vlastnictví k první jednotce se mění vlastnictví budovy na vlastnictví zbývajících nepřevedených jednotek v domě a na spoluvlastnictví společných částí. Toto konstatování je již v porovnání s § 5 odst. 1 ZOVb naprosto zbytečné, vždyť vlastník budovy již jejím vlastníkem není.

Nabízí se sice výklad, že prohlášením se dosavadní vlastník budovy stane vlastníkem každé jednotky, současně však zůstává zatím výlučným vlastníkem společných částí domu. Až převodem vlastnictví k první jednotce se vlastnictví společných částí mění na jejich spoluvlastnictví.² Tento názor však extenzivní interpretací dotváří přijatou konstrukci. Průběh projednávání a schvalování zákona svědčí o tom, že poslanceké návrhy měnící původní vládní předlohu nebyly důsledně promítnuty do všech souvisejících ustanovení.

Druhou nezbytnou právní skutečností je smlouva o převodu vlastnictví jednotky. Obsahově se smlouva velmi přibližuje prohlášení o vymezení jednotek, rozdíl je především v tom, že prohlášení se týká všech jednotek, smlouva pouze převáděné jednotky. Ve smlouvě však již nemusí být uvedena pravidla pro přispívání spoluvlastníků domu na výdaje spojené se správou, údržbou a opravami společných částí domu, popřípadě domu jako celku, neboť tato pravidla jsou již obsažena v prohlášení (přesto však lze doporučit, aby byla zopakována ve smlouvě, ovšem jejich opakování musí odpovídat obsahu v prohlášení).

Je však zajímavé, že zákon naznačuje i možné simultánní působení obou skutečností, když uvádí, že spolu s prohlášením se katastrálnímu úřadu zpravidla předkládá smlouva o převodu první jednotky. Simultánnost však musí být pouze zdánlivá, namísto je přísné dodržování sukcesivní pozice. První signály z praxe však naznačují,

¹Š. Luby však konstatuje, že rozdělení domu vlastníkem na vlastnické byty se teorií celkem převažujícím způsobem odmítá a právní řády ho neupravují. Viz Luby, Š.: Vlastnictví bytů, Bratislava 1971, str. 375

²Nesnídal, J.: Vlastnictví bytů – konečně zákon, Ekonom č. 18/1994, str. 59

že simultánní předložení prohlášení a první smlouvy bude pravidlem (s odkazem na malou kapacitu katastrálních úřadů).

1. Prohlášení jako právní úkon

V návaznosti na § 4 ZOVb upravuje § 5 ZOVb bližší obsahové podmínky pro tzv. prohlášení vlastníka budovy, na jehož základě dojde k rozdělení domu na jednotky. Prohlášení je jednostranným právním úkonem vlastníka, který je adresován místně příslušnému katastrálnímu úřadu. Základní účinek prohlášení spočívá v tom, že vkladem prohlášení se „rozděluje“ budova na jednotlivé byty a nebytové prostory (prohlášení se musí týkat vždy jen celé budovy, nikoliv pouze její reálné nebo ideální části), do té doby je předmětem vlastnického práva celá budova.

Prohlášení je předpokladem převodu vlastnictví k jednotkám, ovšem není nezbytně nutné, aby po prohlášení skutečně k převodu došlo.

2. Prohlašovatel

Prohlášení může učinit jak výlučný vlastník domu (fyzická i právnická osoba), tak i spoluvlastník domu. Podíloví spoluvlastníci budovy se vkladem prohlášení stanou podílovými spoluvlastníky každé jednotky, každý z nich bude mít podíl na jednotce ve výši odpovídající dosavadním podílům na budově a zůstane mu podíl na společných částech domu. Bezpodíloví spoluvlastníci se vkladem prohlášení stanou bezpodílovými spoluvlastníky každé jednotky a bezpodílovými spoluvlastníky společných částí. Prohlášení však může být i předpokladem pro zrušení a vypořádání podílového spoluvlastnictví k budově, a to rozdělením jednotek mezi dosavadní podílové spoluvlastníky budovy.

U spoluvlastnictví je nutno objasnit otázku, zda subjektem prohlášení musí být všichni spoluvlastníci.

U podílových spoluvlastníků se nabízí řešení této otázky podle § 139 odst. 2 OZ, na jehož základě by mohly rozhodovat spoluvlastníci většinou počítanou podle velikosti podílů (s ohledem na skutečnost, že by šlo o důležitou změnu společné věci, mohli by přehlasování spoluvlastníci žádat, aby o změně rozhodl soud). Domníváme se však, že toto ustanovení použít nelze. Náš závěr vychází z premisy, že ustanovení § 139 odst. 2 lze použít pouze na záležitosti hospodaření se společnou věcí, na záležitosti, které přesahují rámec hospodaření, toto ustanovení nedopadá a je nutno požadovat jednomyslný projev vůle. Jsme si vědomi, že náš názor bude podrobován kritickému hodnocení, zejména na základě porovnání občanskoprávní úpravy účinné do a po 1. 1. 1992, přesto si dovoluujeme využít argumentaci aplikovanou za účinnosti obecného zákoníku občanského z r. 1811. Jednomu ze spoluvlastníků nepřislušelo právo podniknout dispozice společnou věcí nebo její hmotnou částí, které by znamenaly dispozice s podíly ostatních spoluvlastníků nebo které by přivedly proti vůli

ostatních spoluvlastníků na společné věci změny dotýkající se jejich podílů. V takových případech nebylo možné uplatnit majoritní princip, který byl přípustný ve věcech správy a užívání základní podstaty. Podle současné úpravy lze tvrdit, že do hospodaření se společnou věcí přísluší záležitosti týkající se výkonu *ius utendi et fruendi*, nikoliv dispoziční oprávnění. Přitom prohlášení vlastníka o vymezení jednotek je nutno, s ohledem na jeho účinky dotýkající se předmětu spoluvlastnictví, klasifikovat jako výkon dispozičních oprávnění.

U bezpodílových spoluvlastníků je situace jednodušší, což je i výrazem koncepce tohoto *condominia pro parte indiviso*. Protože každý z bezpodílových spoluvlastníků je vlastníkem celé věci, může činit i úkony týkající se celé věci, je pouze omezen stejným právem druhého manžela a obč. zákoník jejich kolizi řeší známým způsobem v § 145. Je nepochybné, že prohlášení vlastníka není běžnou záležitostí týkající se společné věci, proto potřebuje manžel souhlas druhého manžela, pod sankcí relativní neplatnosti. Z toho však vyplývá, že pokud nedošlo k dovolání se neplatnosti v souladu s § 40a obč. zákoníku ke dni podání návrhu na vklad prohlášení do katastru nemovitostí, jež učinil jeden z manželů, může – nebudou-li tomu bránit jiné okolnosti – dojít ke vkladu.

3. Náležitosti

a) Obecné náležitosti prohlášení jako právního úkonu

Obecné náležitosti prohlášení vyplývají ze skutečnosti, že jde o právní úkon. Proto musí prohlášení respektovat všechny traktované náležitosti právních úkonů:

1. Náležitosti subjektů:

- Způsobilost k právům a povinnostem (vlastník budovy musí mít právní subjektivitu, ač se tento požadavek zdá naprosto evidentní, neboť subjekt vlastnického práva k budově je jako vlastník zapsán v katastru nemovitostí, je třeba i na tuto náležitost upozornit, neboť jsou známé případy, že do dřívější evidence nemovitostí bylo jako vlastník konkrétní nemovitosti zapsáno konsorcium).
- Způsobilost k právním úkonům: Prohlášení může učinit jen vlastník s úplnou způsobilostí k právním úkonům, nemůže tak provést nezletilý, ale ani osoba s omezenou způsobilostí na základě rozhodnutí soudu. Za osoby, které nemají úplnou způsobilost k právním úkonům, by mohl prohlášení učinit jejich zástupce, ovšem při respektování § 28 OZ, tj. se schválením soudu, protože – jak jsme výše dovodili – je prohlášení prvním předpokladem k dispozicím s vlastnickým právem, tedy k nakládání s majetkem a nejde o běžnou záležitost (lze však připustit i takový výklad, že k prohlášení není nutné schválení soudu, ale že tento úkon je nezbytný až ke smlouvám o převodu vlastnického práva k jednotkám). Přesto se přikláníme k první

konstrukci, zejména vzhledem k účinkům prohlášení na předmět vlastnického práva (tj. § 5 odst. 1, věta třetí ZOVB).

2. Náležitosti vůle:

- skutečnost,
- svoboda,
- vážnost,
- vůle prostá omylu.

3. Náležitosti projevu:

- určitost (viz dále i speciální obsahové náležitosti stanovené v § 5 odst. 3 ZOVB),
- srozumitelnost,
- forma (prohlášení musí mít písemnou formu – § 5 odst. 2, věta druhá). Obecně je splněn požadavek písemné formy, jestliže je projev vůle zachycen jakýmkoliv písmem (holograficky, alograficky apod.). Zde však lze předpokládat analogické užití § 38 odst. 3, písm. a) vyhl. č. 126/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů, v jehož smyslu budou katastrální úřady vyžadovat prohlášení čitelné a reprodukce schopné, pořízené psacím strojem nebo výstupem z počítače s diakritickými znaménky a vlastnoručně podepsané vlastníkem (vlastníky) – prolašovatелеm. Obecně proto platí, že prohlášení nemusí mít formu notářského zápisu. Pokud se týká podpisu prohlášení, opět lze analogicky aplikovat § 38 odst. 5 vyhl. č. 126/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů, neboť katastrální úřad musí v řízení o povolení vkladu prohlášení zkoumat, zda v prohlášení jde skutečně o písemný projev vůle prolašovatele, tj. katastrální úřady budou považovat projev vůle prolašovatele za zjištěný, jestliže:

- * jeho vlastnoruční podpis na prvopisu prohlášení bude úředně ověřen podle zvláštních předpisů (zák. č. 41/1993 Sb., o ověřování shody opisů nebo kopie s listinou a o ověřování pravosti podpisu obecními úřady a o vydávání potvrzení orgány obcí a okresními úřady, zák. č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti – notářský řád),
- * prohlášení bude sepsáno notářským zápisem,
- * prohlášení bude sepsáno advokátem nebo komerčním právníkem, který na něm výslovně potvrdí, že zjistil totožnost prolašovatele,
- * prolašovatel – právnická osoba – předloží podpisový vzor shodný s podpisem na prohlášení a u obchodních společností i výpis z obchodního rejstříku,
- * prolašovatel uzná pravost svého podpisu před katastrálním úřadem.

4. Náležitost poměru vůle a projevu:

- shoda vůle s projevem (ojediněle nelze vyloučit jednotlivé případy neshody vůle a projevu, protože jde o jednostranný úkon mohlo by jít pouze

o jednostrannou nevědomou neshodu, např. přepsání, nebo jednostranou vědomou neshodu – vnitřní výhrada nebo jednostranná simulace.

5. Náležitosti předmětu:

- možnost,
- dovolenost.

b) Obsahové náležitosti

Obsahové náležitosti vyplývají jednak z obecných požadavků, jednak jsou jimi speciální požadavky uvedené v § 5 odst. 3 ZOVB. Takto jsou vymezeny podstatné obsahové náležitosti (essentialia negotii).

Obecnými podstatnými náležitostmi bude přesné označení prohlášeovatele, vlastníka budovy. U fyzických osob je to jméno a příjmení, adresa trvalého pobytu a rodné číslo (nikoliv IČO, i když by vlastník byl podnikatelem), u právnických osob je to název, adresa sídla a IČO. Budou-li prohlášeovateli podíloví spoluvlastníci, bude v prohlášení uveden i jejich spoluvlastnický podíl.

Do této skupiny lze zařadit i projev vůle prohlášeovatele, že vymezuje jednotky podle zákona č. 72/1994 Sb.

Speciální podstatné obsahové náležitosti jsou:

1. Název katastrálního území (není nutné uvádět obec, i když se tak obvykle činí a lze to doporučit), parcelní číslo pozemku, na kterém je budova postavena (i když vlastnický budova patří jinému vlastníkovu než prohlášeovateli), číslo popisné budovy (tam, kde budova nemá číslo popisné, bude nutné číslo evidenční), čísla bytů a nebytových prostorů a pojmenování nebytových prostorů (např. prodejna, provozovna), cv. popis jejich umístění v budově, pokud nejsou byty a nebytové prostory očíslovány (např. byt v přízemí budovy, jeden byt v prvním podlaží v levé části budovy při čelním pohledu od vchodu, jeden byt v prvním podlaží v pravé části budovy při čelním pohledu od vchodu – komplikovanost popisu umístění neočíslovaných bytů a neočíslovaných nebytových prostorů v budově vede k doporučení, aby vlastník před prohlášením provedl jejich očíslování, zejména tam, kde se na podlaží nachází více jednotek a také proto, že veřejnost nadále nerespektuje odlišnost „patra“ a „podlaží“).
2. Popis bytů a nebytových prostorů, jejich příslušenství, jejich podlahová plocha a popis vybavení bytů nebo nebytových prostorů (tento popis bude důležitý zejména z hlediska pozdějších převodů jednotek, tj. bude v prohlášení uvedeno z kolika obytných místností se skládá byt, kolik místností tvoří nebytový prostor, co patří k příslušenství jednotky – v souladu s § 121 odst. 1 a 2 obč. zákoníku, jako všechny vedlejší místnosti, které jsou vlastníkem budovy určeny k tomu, aby s jednotkou byly trvale užívány (důležité zejména pro určení předmětu převodů, protože tyto vedlejší místnosti nemohou patřit do společných částí domu určených pro společné užívání, tj. nemůže

k nim následně vzniknout spoluvlastnický vztah vlastníků jednotek). Velmi důležité je určení (přesné – s případným zakrouhlením, jehož míra není stanovena, doporučuje se zaokrouhlení na jedno desetinné místo) podlahové plochy jednotek, protože podlahová plocha je výchozím údajem pro stanovení spoluvlastnického podílu vlastníka jednotky na společných částech (§ 5 odst. 3, písm. d), § 8 odst. 2 ZOVB).

Popis vybavení je z hlediska účinků prohlášení druhotnou náležitostí, přesto je důležitý pro následný převod jednotek.

3. Určení společných částí domu. V návaznosti na § 2, písm. e) ZOVB je třeba vymezit části domu určené pro společné užívání a určit jednak společné části, jednak (eventuálně) z těchto společných částí vymezit ty, které budou společné všem vlastníkům jednotek, a ty, které budou společné jen některým vlastníkům jednotek (např. balkony, terasy, ale také rozvody tepla, teplé a studené vody, plynu, elektřiny aj.). Pro vlastníka budovy bude jednodušší stanovit, že všechny společné části domu budou společné všem vlastníkům jednotek, pro budoucí vlastníky jednotek však naopak může být důležité (z hlediska případných oprav), že některé společné části jsou společné pouze některým z vlastníků.
4. Spoluvlastnický podíl budoucího vlastníka každé jednotky na společných částech domu. Výši spoluvlastnického podílu vypočte prohlášeovatel jednoduchým matematickým úkonem, součet podlahových ploch všech jednotek vydělí podlahovou plochou každé jednotky. Podíl může být určen procentem nebo zlomkem, právní předpis žádný z těchto postupů nepreferuje. Z technického hlediska vedení katastru nemovitostí je však nutno výpočet provádět ve zlomku. Konečně vyjádření podílu ve zlomku je přesnější. Pro prohlášeovatele musí být samozřejmostí, že součet všech podílů musí být roven jedné (100 %). Zdánlivě samozřejmý požadavek však nepochopitelně nebyl ve všech případech bytového vlastnictví podle zák. č. 52/1966 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dodržován.
5. Název katastrálního území a parcelní číslo pozemku, práva k němuž budou spojena s vlastnictvím jednotky, bude především opakovat údaje pod písm. a), neboť půjde o pozemek, na kterém je budova postavena. Pokud s vlastnictvím jednotky budou spojena i práva k jinému pozemku, např. zahradě, je nutno uvést i parcelní číslo tohoto pozemku. Zákon sice předpokládá, že s vlastnictvím jednotky jsou spojena práva jen ke stavební parcele (§ 21 odst. 1, věta první), nelze však vyloučit ani naznačenou situaci. Součástí této náležitosti je i určení práv budoucích vlastníků jednotek k tomuto pozemku. Vcelku jednoznačná bude situace v případech, že prohlášeovatel bude současně vlastníkem pozemku (stavební parcely). Pak prohlášeovatel jednoduše v prohlášení uvede, že budoucí vlastníci jednotek se stanou podílovými spo-

lůvlastníky pozemku, přičemž jejich podíly budou korespondovat podílům na společných částech domu.

Vzhledem ke stavu *de lege lata*, jsme přesvědčeni, že se nevyskytne případ, v němž by prohlášovatel měl k pozemku věcné právo stavby. Tentýž závěr bude obvykle platit také o věcném břemenu. Pokud by snad výjimečně byl prohlášovatel oprávněným z věcného břemena, jehož obsahem by byla povinnost vlastníka pozemku strpět na svém pozemku umístění stavby, budoucí vlastníci jednotek by se stali společně oprávněnými z věcného břemena.

Existuje však řada budov, které stojí na pozemcích ve vlastnictví státu (např. právo trvalého užívání bytových družstev). Zde by měl (ač nemá ze zákona výslovně povinnost, ale v zájmu předcházení budoucích sporů je to vhodné) prohlášovat projednat s vlastníkem pozemku, jaké právo bude vlastníkům jednotek zřízeno. To platí tím spíše, že vlastník pozemku upraví (sc. má povinnost upravit, ovšem lhůta není stanovena) práva k pozemku vlastníkům jednotek písemnou smlouvou ... (§ 21 odst. 4 ZOVb). Je logické, že vlastník pozemku bude převážně přenechávat pozemek do nájmu, není vyloučen ani převod vlastnického práva (výběr konkrétního postupu ovlivní řada skutečností, např. i cena pozemku, nájemné atd.). Postup prohlášovatele učiněný bez přihlídnutí k vůli vlastníka pozemku by totiž mohl vést k neřešitelným situacím, jestliže by prohlášovatel v prohlášení uvedl, že vlastník jednotky bude i spoluvlastníkem pozemku, a později by vlastník pozemku odmítl uzavřít smlouvu o převodu spoluvlastnického podílu. Tomu se snaží zabránit i Pokyny č. 7 Českého úřadu zeměměřického a katastrálního, když požadují, aby tato část prohlášení (jestliže se má budoucí vlastník jednotky stát subjektem práva, které nemá vlastník budovy) byla potvrzena vlastníkem pozemku. I když tento pokyn nemá povahu právního předpisu, je třeba se s požadavkem v něm vyjádřeném obsahově ztotožnit.

6. Práva a závazky týkající se budovy, jejích společných částí a práva k pozemku, která přejdou z vlastníka budovy na vlastníky jednotek. Tato práva a povinnosti mohou mít dvojí povahu: věcněprávní a obligační právní.

Z věcných práv půjde o věcná břemena a zástavní práva.

Existující věcná břemena rozlišíme podle tohoto, zda vlastník budovy byl oprávněným nebo povinným v tomto vztahu. Jestliže vlastníku budovy příslušelo právo odpovídající věcnému břemenu, pokud působilo *in rem* (např. právo přechodu přes sousední pozemek), věcně právní povaha tohoto práva způsobí, že i budoucí vlastníci jednotek se stanou oprávněnými z tohoto věcného břemena. Jestliže právo odpovídající věcnému břemenu působilo *in personam*, nemohou se budoucí vlastníci jednotek stát oprávněnými, neboť právo příslušelo konkrétní osobě, bez spojení s nemovitostí. Jestliže byla s vlastnictvím budovy spojena povinnost věcného břemena, stanou se i budoucí vlastníci jednotek povinnými v takovém právním vztahu (viz § 151n odst. 2 OZ). Proto i tyto vlastníci jednotek jako spoluvlastníci budovy budou

např. povinni strpět právo doživotního bydlení oprávněnou osobou. Toto právo se sice bude týkat určitého bytu, ale také společných částí domu. Přechod věcných břemen z vlastníka budovy na nové vlastníky jednotek zákon sám výslovně zakotvuje v § 13 odst. 7.

Budova může být také zástavou. Potíže by neměla činit ta zástavní práva, která jsou zapsána v katastru nemovitostí (pochopitelně, pokud existují v době prohlášení, i když i jejich další osud se může při převodu vlastnického práva k jednotkám projevit). I takové zástavní právo přejde na vlastníky jednotek, neboť prohlášením vlastníka zastavené budovy se zástavní právo rozčlení na jednotlivé jednotky a spoluvlastnické podíly ke společným částem budovy. Existence zástavního práva na jednotkách bude i významným činitelem ovlivňujícím rozhodnutí o koupi jednotky. Není možné opomenout i situaci, kdy v okamžiku prohlášení bude existovat zástavní právo k budově (vzniklé např. ze zákona – srov. § 72 zák. č. 337/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů), ovšem toto právo nebude zapsáno v katastru nemovitostí. Na rozdíl od věcných břemen, kde je sukcese evidentní a bezproblémová, noví vlastníci jednotek se stanou zástavními dlužníky pouze pokud o existenci zástavního práva věděli nebo museli vědět při uzavření smlouvy o převodu jednotky (srov. § 151d odst. 2 OZ). Proti tomuto závěru sice působí ustanovení § 13 odst. 7 ZOVb o automatickém přechodu závazků dosavadního vlastníka budovy na vlastníky jednotek okamžikem nabytí vlastnického práva k nim, máme však pochybnosti o přechodu těch závazků, které nejsou v prohlášení uvedeny. Pokud bychom však připustili i takový přechod, a nabyvatel jednotky by nevěděl o jejich existenci, přichází v úvahu relativní neplatnost smlouvy podle § 49a OZ. Právní postavení vlastníka jednotky je však komplikovanější v tom směru, že relativní neplatnost úkonu je vázána na vědomost druhého účastníka úkonu o skutečnostech vedoucích k omylu (nelze pochybovat o tom, že existence zástavního práva je podstatnou skutečností, vědomost však nemusí být vždy dána).

K budově se může také vázat předkupní právo s věcně právními účinky. Také toto právo, přesněji povinnost nabídnout dosud budovu, nadále jednotku, přejde z vlastníka budovy na vlastníky jednotek.

Práva a povinnosti ze závazkových vztahů mohou být nejrůznějšího druhu. Mohou to být nejrůznější nájemní práva, neboť vlastníci jednotek jako spoluvlastníci budovy se stanou i pronajímateli (nikoliv jednotek, ale společných částí budovy v tom smyslu, že nájemce jednotky užívá i společné části budovy, které jsou v jejich spoluvlastnictví). Proto také nájem přejde na vlastníky jednotek. V úvahu budou přicházet nejrůznější práva a povinnosti ze smluv o dílo (např. rekonstrukce střechy, které uzavřel vlastník budovy, ovšem dílo nebylo dokončeno).

Zvláštní pozornost bude třeba věnovat pojištění, neboť obecná zásada u pojištění majetku vyjadřuje skutečnost, že změnou v osobě vlastníka pojištěné

věci pojištění zanikne, nestanoví-li pojistné podmínky jinak. V minulém období obecně závazné pojistné podmínky upravovaly další existenci pojištění při změně vlastnického práva ke stavbě, nyní nutno respektovat příslušné pojistné podmínky konkrétní pojišťovny.

7. Pravidla pro přispívání spoluvlastníků domu na výdaje spojené se správou, údržbou a opravami společných částí domu, popřípadě domu jako celku. Je naprosto evidentní, že správa, údržba a opravy domu, resp. společných částí, si vyžadají příslušné výdaje, které budou muset hradit vlastníci jednotek jako spoluvlastníci budovy. Za tím účelem svěřuje zákon vlastníkovi budovy velmi významné oprávnění, aby již v prohlášení určil pravidla pro přispívání na tyto výdaje. Nelze doporučit, aby v prohlášení byla uvedena konkrétní částka příspěvku. Je vhodnější, aby prohlášovatel stanovil způsob přispívání, např. zálohové měsíční platby ve výši 1/12 skutečných nákladů za předchozí kalendářní rok zvýšené o 10 %, způsob a termín vypořádání nedoplatků apod. Nelze doporučit, aby v prohlášení byla uvedena konkrétní částka příspěvku, neboť její výše se bude měnit. Zákon samozřejmě umožňuje změnu těchto pravidel, avšak i tuto změnu musí společenství do 30 dnů oznámit katastrálnímu úřadu a přiložit zápis z jednání společenství včetně prezenční listiny (§ 11 odst. 9 ZOVB).

8. Pravidla pro správu společných částí domu, popřípadě domu jako celku, včetně označení osoby pověřené správou domu (tj. správce). Lze důvodně předpokládat, že pravidla pro správu budou stanovena poměrně zjednodušeně, v zásadě jen pokud zákon připouští odchylky od jejího obsahu (měl by dostavovat záměr, jak se dům bude spravovat). Prohlášovatel však musí označit osobu správce, je však nejisté jakým způsobem (s jakou určitostí) tak musí učinit. V zásadě by mohlo dostačovat, když uvede, že správce bude určen společenstvím vlastníků nejpozději do 1 týdne po převodu první jednotky. Jestliže však prohlášovatel určí správce zcela konkrétně, je zde nebezpečí provádění změny (viz výše sub 7.), případně i založení budoucích sporů mezi vlastníky jednotek, protože k přijetí usnesení o odvolání a ustanovení správce je zapotřebí nadpoloviční většiny všech hlasů vlastníků jednotek (§ 11 odst. 6 ZOVB).

Pro úplnost nutno dodat, že Pokyny č. 7 ČÚZK vyžadují, aby správce byl v prohlášení přesně identifikován názvem a adresou sídla právnické osoby a jejím IČO nebo jménem a adresou trvalého pobytu fyzické osoby a jejím rodným číslem (byť se správce do katastru nemovitostí nezapisuje). Katastrální úřad však žádnou evidenci správců nepovede, jde pouze o údaj obsažený v prohlášení.

Pokud se prohlášovatel rozhodne identifikovat v prohlášení konkrétní osobu správce, doporučujeme, aby s touto osobou měl již uzavřenou příslušnou smlouvu, byť s odkládací podmínkou účinnosti této smlouvy (např. tak, že

správu domu začne správce vykonávat až po vkladu vlastnického práva k první jednotce). Je však možný i opačný postup, tj. smlouva o výkonu správy bude již v této době uzavřena a správce bude podle ní plnit povinnosti, ovšem vlastník nebude chtít zavázat tímto úkonem budoucí vlastníky jednotek a tak je (i když na určitou dobu) omezit ve volbě správce, pak lze do této smlouvy zakomponovat rozvazovací podmínku.

Jak vyplývá z dosud uvedeného, prohlášení vlastníka budovy obsahuje řadu informací. Pouze některé z nich se projeví v katastru nemovitostí, jiné nikoliv. Z tohoto důvodu by bylo logické, aby vkladu do katastru podléhala pouze práva, která jsou prohlášením vlastníka budovy dotčena, avšak pouze ta, která jsou předmětem zápisů do katastru nemovitostí (§ 1 odst. 1 zák. č. 265/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů). Pak by šlo pouze o údaje uvedené v § 5 odst. 3, písm. a)–e), zčásti také práva podle písm. f). Zákon však dvojí charakter údajů nerozlišuje a vyžaduje zápis vkladem o celém prohlášení. Z toho také vychází Pokyny č. 7 ČÚZK konstatující, že pokud nebude prohlášení vlastníka budovy obsahovat všechny náležitosti podle § 5 odst. 3 a 4 ZOVB, katastrální úřad vklad nepovolí.

4. Změna údajů v prohlášení

ZOVB kalkuluje pouze se změnou údajů v prohlášení provedenou společenstvím vlastníků jednotek (§ 11 odst. 9). Změna skutečností uvedených v prohlášení však může nastat v období mezi vkladem prohlášení a vznikem společenství vlastníků jednotek. Jde o tak závažnou okolnost, že je nutno žádat, aby vlastník budovy provedl změnu obsahu prohlášení. Nezbyvá než využít obecné povinnosti vlastníků nemovitostí ohlásit katastrálnímu úřadu změny údajů katastru týkající se jejich nemovitostí, a to do 30 dnů ode dne jejich vzniku a předložit listinu (tj. listinu označenou jako změna prohlášení vlastníka budovy), která změnu dokládá (§ 10 odst. 1, písm. d) zák. č. 344/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů). Také tato změna musí podléhat vkladu do katastru nemovitostí.

Jestliže nastane změna údajů obsažených v katastru nemovitostí v důsledku změny zapisovaných skutečností na základě smlouvy, promítne se změna na základě provedeného vkladu (např. bude smlouvou zrušeno věcné břemeno zatěžující nejprve budovu, posléze všechny jednotky). Máme za to, že v takovém případě již není nutno ohlašovat změnu prohlášení, neboť dle zápisu na listu vlastnictví bude zřejmé, která práva a povinnosti přejdou na nabyvatele vlastnického práva k jednotce (jako právního nástupce původního vlastníka budovy, po vkladu prohlášení již vlastníka jednotek).

Změna údajů uvedených v prohlášení může nastat i přímo ze zákona, rozhodnutím příslušného orgánu apod., také tyto změny je nutno doložit příslušnou listinou, takové změny (dotýkají-li se již přímo jednotek) budou v katastru nemovitostí zápsány záznamem (§ 7 zák. č. 265/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

Pokud by změna údajů byla vyvolána změnou půdorysu podlaží, příp. změnou polohy jednotek, společných částí domu, změnou údajů v podlahových plochách jednotek nebo společných částí domu, musely by být ke změně prohlášení proloženy i půdorysy všech podlaží, popřípadě jejich schemata.

5. Přílohy prohlášení, počty vyhotovení

V souladu s § 5 odst. 4 musí být přílohou prohlášení vlastníka budovy půdorysy všech podlaží (nadzemních i podzemních), popřípadě jejich schemata, určující polohu jednotek a společných částí domu, s údaji o podlahových plochách jednotek a společných částí domu.

Podle Pokynů č. 7 ČÚZK by se mělo jednat o jednoduchá schemata, pokud možno formátu A4, která jednoznačně identifikují polohu jednotlivých jednotek.

Prohlášení vlastníka budovy je nutno katastrálnímu úřadu předložit v počtu vyhotovení 2 plus počet účastníků (tj. počet vlastníků budovy).

Půdorysy všech podlaží, popřípadě jejich schemata, jako přílohu prohlášení vlastníka budovy, je nutno předložit v počtu vyhotovení 1 plus počet vlastníků budovy.

6. Vklad do katastru nemovitostí

Rízení o povolení vkladu zahájí katastrální úřad na návrh vlastníka budovy, místně příslušný je katastrální úřad, v jehož obvodu je budova, které se prohlášení týká (jestliže by se prohlášení týkalo více budov v obvodech různých katastrálních úřadů, bylo by třeba předložit samostatné návrhy na vklad u jednotlivých katastrálních úřadů). K tomuto návrhu je nutno připojit originál nebo ověřený opis listiny prokazující oprávnění vlastníka budovy s budovou nakládat, pokud právní účinky nastaly před 1. lednem 1993 (per analogiam § 38 odst. 3, písm. d) vyhl. č. 126/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů).

Na řízení o vkladu do katastru se použijí příslušná ustanovení předpisů toto řízení upravujících.

Katastrální úřad přezkoumá listinu s prohlášením z hlediska oprávnění prohlášovatele nakládat s předmětem prohlášení, zda je prohlášení učiněno v předepsané formě, zda projev vůle prohlášovatele je dostatečně určitý a srozumitelný a zda smluvní volnost není omezena (§ 5 odst. 1 zák. č. 265/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů). Z těchto čtyř hledisek lze opomenout omezení smluvní volnosti, neboť prohlášením nedochází k takovým dispozicím s vlastnickým právem, na které by se omezení smluvní volnosti mohlo vztahovat. Nelze však vyloučit účinky předběžného opatření, kterým by soud zakázal disponovat s budovou tak, že by vlastník budovy nemohl vymezit jednotky (jde spíše o teoretickou konstrukci).

Právní účinky vkladu prohlášení vzniknou vkladem (na základě pravomocného rozhodnutí o jeho povolení) ke dni, kdy návrh na vklad byl doručen katastrálnímu úřadu.

Pro každou budovu se založí samostatný list vlastnictví pro zápis vlastnických a jiných věcných práv k bytům a nebytovým prostorům a spoluvlastnických podílů k domu a pozemku pod domem. Na základě prohlášení vlastníka bude v části A-LV zapsán vlastník jednotek (tj. dosavadní vlastník budovy) bez vyjádření podílů ke společným částem domu. V části B-LV se zapíše dům, popřípadě také pozemek, který je předmětem práv ve smyslu § 21 ZOVB. Pokud budova je na více parcelách, budou v této části všechny pozemky, na nichž budova stojí. V části B-LV však může být uvedeno i více staveb s číslem popisným, které podle prohlášení vlastníka tvoří jednu budovu (§ 2 písm. a) ZOVB).

V souladu se zák. č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, nepodléhá vklad prohlášení správním poplatkům.

7. Účinky prohlášení

V zakotvení možnosti převodu vlastnického práva k jednotce lze spatřovat základní smysl celého zákona. Jak jsme již výše uvedli předpokladem převodu vlastnického práva k jednotce je „rozdělení“ domu na jednotlivé byty a nebytové prostory. Do té doby je předmětem vlastnického práva celý dům, klasicky „dominium unius rei“ (když odhlédneme od situací, kdy dům bude v ideálním spoluvlastnictví – condominium unius rei). Po nastoupení účinků prohlášení vznikne pluralita objektů, což není nijak neobvyklá právní konstrukce, lhotejnost, zda ji vyjádříme jako „dominium plurium rerum“ nebo jako „dominia“, tj. dominium primae rei, dominium secundae rei atd., ev. opět může jít o condominium plurium rerum. K rozdělení domu na jednotky dochází vkladem prohlášení vlastníka, že v budově vymezuje jednotky podle tohoto zákona, do katastru nemovitostí.

8. Zrušení vymezení jednotek

Vedle prohlášení vlastníka (vlastníků) budovy ZOVB o vymezení jednotek podle tohoto zákona, ZOVB připouští i opačnou konstrukci, tj. sjednocení „rozděleného“ domu na opětovně dominium unius rei nebo na condominium unius rei, a to jako zrušení vymezení jednotek prohlášením vlastníka (vlastníků) jednotek (§ 5 odst. 2).

Zrušením přestávají existovat jednotky jako samostatné věci v právním smyslu (nemohou být samostatným předmětem vlastnického práva, opětovně se stávají součástí budovy. Jednotky se znovu stávají byty a nebytovými prostory a mohou být předmětem občanskoprávních vztahů (zejména nájmu apod.).

a) Zrušení vymezení jako právní úkon

Zrušení je jednostranným právním úkonem adresovaným katastrálnímu úřadu, jehož obsahem je projev vlastníka (vlastníků) jednotek v domě, který vyjadřuje vůli zrušit dosavadní bytové vlastnictví podle ZOVB a tím změnit dosavadní režim bytového vlastnictví na vlastnictví (spoluvlastnictví) budovy.

Účinky zrušení nastávají vkladem do katastru nemovitostí. Systematické začlenění institutu zrušení vymezení jednotek by mohlo vést k závěru, že jeho aplikace je možná pouze tehdy, když před tím vlastník budovy prohlásil, že v ní vymezuje jednotky podle ZOVB. Nic však nebrání tomu, aby stejný postup byl aplikován i v případech, že vlastnictví jednotek vzniklo na základě výstavby domu (§ 17 a násl. ZOVB), a pokud vzniklo na základě dosavadních předpisů (srov. § 31 ZOVB).

Po zrušení vymezení jednotek se na právní vztahy spoluvlastníků již nepoužije zák. č. 72/1994 Sb., ale budou se řídit ustanoveními obč. zákoníku o spoluvlastnictví (§ 136 a násl.).

b) Subjekt zrušení

Zrušení je projevem vůle vlastníků všech jednotek v domě. V zásadě může dojít k těmto variantám:

- ba) Zrušení provede původní vlastník budovy, který prohlášením vymezil jednotky v domě, ale nedošlo k převodu vlastnictví žádné jednotky. Vlastník jednotek (a vlastník společných částí) se stane opět vlastníkem budovy. V tomto případě k realizaci smyslu ZOVB vůbec nedošlo.

Případně může nastat situace, že původní vlastník převedl některou (některé) jednotku a později se stal jakýmkoliv způsobem (převodem, přechodem) opět vlastníkem i této převedené jednotky (jednotek). Díky přijaté koncepci bytového vlastnictví vznikne zajímavá situace, protože již došlo ke vzniku spoluvlastnictví budovy podle ZOVB, tj. existovalo vlastnické právo k jednotkám rozdílných subjektů, a tudíž i spoluvlastnictví společných částí, ale nabytím vlastnického práva ke všem jednotkám jedinou osobou zanikne i spoluvlastnictví společných částí. Také v tomto případě může vlastník jednotek zrušit vymezení jednotek.

- bb) Zrušení provede jakákoliv osoba, která se stane vlastníkem všech jednotek. Není rozhodující způsob nabytí vlastnického práva k jednotkám, důležitý je pouze fakt, že je subjektem vlastnického práva ke všem jednotkám.

Zajímavá situace vznikne tehdy, jestliže osoba A bude individuálním vlastníkem jednotek a stane se spoluvlastníkem poslední jednotky. Došlo také v tomto okamžiku ke zrušení spoluvlastnictví společných částí domu? Rozlišit bude nutno spoluvlastnictví vztah k poslední jednotce. Jestliže osoba A bude podílovým spoluvlastníkem této jednotky, nadále existuje pluralita subjektů vlastnického práva k jednotkám, tudíž i spoluvlastnictví společných částí. Jestliže osoba A se stane bezpodílovým spoluvlastníkem jednotky, v důsledku konstrukce condominia pro partem indiviso bychom dospěli k závěru, že je vlastníkem všech společných částí. Máme za to, že v této chvíli je třeba preferovat pluralitu subjektů vlastnického práva k jednotkám a neuvažovat o zániku spoluvlastnictví společných částí.

- bc) Zrušení provedou vlastníci všech jednotek (tj. půjde o pluralitu subjektů). Zrušení bude jejich společným právním úkonem a vkladem do katastru nemovitostí se stanou podílovými spoluvlastníky budovy, přičemž spoluvlastnické podíly budou určeny poměrem podlahové plochy jednotek v jejich vlastnictví, tj. jejich podílem na společných částech domu (resp. na těch společných částech domu, které jsou společné všem vlastníkům jednotek). U této varianty se nabízí otázka, zda v případě, že jednotky jsou ve vlastnictví dvou osob (v individuálním vlastnictví) a tyto osoby jsou v okamžiku zrušení vymezení manželé, vznikne k budově jejich bezpodílové spoluvlastnictví. V souladu s dlouhodobě aplikovanou zásadou transformace (R 42/1972) zastáváme stanovisko, že bezpodílové spoluvlastnictví nevznikne, vznikne spoluvlastnictví podílové.

Subvariantou této situace bude případ, v němž k (některým) jednotkám vzniklo spoluvlastnictví. Zde bude nutno posoudit, zda prohlášení o zrušení může učinit i jen jeden (někteří) z podílových spoluvlastníků jednotky nebo jeden z bezpodílových spoluvlastníků. V souladu s výše traktovanými postuláty i zde zastáváme stanovisko, že v případě podílových spoluvlastníků jednotky musí prohlášení o zrušení učinit všichni tito spoluvlastníci, u bezpodílových spoluvlastníků může tak učinit kterýkoliv z nich.

Pokud byla jednotka v podílovém spoluvlastnictví, stanou se po zrušení vymezení jednotek v domě, spoluvlastníci této jednotky spoluvlastníky budovy, přičemž jejich podíl na budově bude tvořen součinem spoluvlastnického podílu na jednotce a podílu na společných částech domu. Pokud byla jednotka v bezpodílovém spoluvlastnictví, stanou se po zrušení vymezení jednotek v domě, bezpodíloví spoluvlastníci této jednotky bezpodílovými spoluvlastníky podílu na budově ve výši podílu na společných částech domu, který příslušel k jednotce v jejich BSM.

Jinak může zrušení provést skutečně kterýkoliv z vlastníků, vyskytly se názory, že zrušení je v zásadě vyloučeno u družstevních budov. Není tomu tak, do té doby, než dojde k převodu prvního bytu v družstevním domě, může družstvo původní vymezení jednotek zrušit. Je však otázkou účelnost takového postupu, protože družstvo je povinno uzavřít smlouvu o převodu bytu na základě výzvy člena družstva. I z tohoto důvodu lze doporučit, aby družstva neprováděla vymezení jednotek dříve, než bude jasné, zda členové družstva vyzvali k převodu bytu (ev. zda na dřívější výzvě trvají).

c) Náležitosti

Také zrušení vymezení jednotek jako právní úkon musí respektovat obecné náležitosti právních úkonů (viz bod 3, písm. a). Pokud se týká obsahových náležitostí, nejsou v zákoně stanoveny, přesto je třeba tyto náležitosti určit z charakteru tohoto úkonu. Podstatnými náležitostmi prohlášení o zrušení bude nepochybně přesné označení účastníků prohlášení, tj. subjektů vlastnického práva k jednotkám. Totéž

platí o předmětu prohlášení, kterým jsou jednotky. Jednotky bude třeba identifikovat podle údajů, jak jsou zapsány v katastru nemovitostí (číslem jednotky) a dům, v němž jsou tyto jednotky umístěny (popisné číslo, parcelní číslo pozemku, na němž je budova postavena a název katastrálního území). Nejdůležitější částí zrušení bude projev vůle účastníků, že zrušují vymezení jednotek podle zák. č. 72/1994 Sb.

Zrušení musí být provedeno v písemné formě, pod sankcí absolutní neplatnosti. Je samozřejmé, že zrušení musí být účastníky podepsáno, opět s analogickou aplikací § 38 odst. 5 vyhl. č. 126/1993 Sb.

Některé diskutabilní otázky by mohly vzniknout v souvislosti s vymezením další existence práv a povinností, která byla spojena s jednotkou. Pokud půjde o věcná práva a povinnosti s věcně právními účinky, měla by tato práva a povinnosti být vázána s vlastnickým právem k podílu na budově. Obligační vztahy by neměly doznat změny, neboť jejich subjektem bude nadále osoba, která byla vlastníkem jednotky, nyní spoluvlastníkem budovy (zde není vazba na vlastnické právo k jednotce).

Zrušení vymezení jednotek se nedotkne práv k pozemku. Jestliže byli vlastníci jednotek podílovými spoluvlastníky pozemku, zůstanou jimi i nadále. Totéž platí, jestliže měli vlastníci jednotek k pozemku jiné právo.

d) Změna

Změna zrušení jako samostatný úkon nepřichází v úvahu, opačné účinky lze dosáhnout opětovným prohlášením o vymezení jednotek. Poté by následoval celý výše uvedený postup.

e) Přílohy

Ke zrušení vymezení není nutné dokládat žádné přílohy, ani nabývací titul, neboť vymezení jednotek podle ZOVB bude v katastru zapsáno vždy po 1. 1. 1993. V souladu s Pokyny č. 7 je nutno katastrálnímu úřadu předložit v počtu vyhotovení 2 plus počet účastníků.

f) Účinky

Rízení o povolení vkladu zahájí katastrální úřad na návrh kteréhokoliv z účastníků zrušení, místně příslušný je katastrální úřad, v jehož obvodu je dům, kterého se zrušení týká. Na řízení o vkladu se použijí příslušná ustanovení předpisů toto řízení upravujících. Katastrální úřad přezkoumá listinu o zrušení z hlediska oprávnění účastníků nakládat s předmětem zrušení, zda je zrušení učiněno v předepsané formě, zda projev vůle prohlášeovatele je dostatečně určitý a srozumitelný. Právní účinky vkladu zrušení vzniknou vkladem (na základě pravomocného rozhodnutí o jeho povolení) ke dni, kdy návrh na vklad byl doručen katastrálnímu úřadu. Při zápisu prohlášení o zrušení vymezení jednotek v domě katastrální úřad zruší celý list vlastnictví pro byty a nebytové prostory ve vlastnictví a pro vlastníka (spoluvlastníky) budovy se založí nový list vlastnictví pro zápis vlastnických a jiných věcných práv k budově v souladu s předloženou listinou.

Podle Pokynů č. 7 ČÚZK se má v případě, že na jednotlivých jednotkách vázlo zástavní právo a katastrálnímu úřadu nebylo předloženo prohlášení o vzdání se věřitele zástavního práva ve formě notářského zápisu nebo jiné doklady o tom, že zástavní právo zaniklo, zapsat se toto zástavní právo k celé budově. Tento postup nepovažujeme prakticky za odůvodněný. Jediná situace, v níž bychom připustili navržený postup, by byla taková, že původně byla celá budova předmětem zástavního práva, po vymezení jednotek v této budově přešlo zástavní právo na jednotky a aniž by se toto zástavní právo změnilo, došlo ke zrušení vymezení jednotek a byla by důvodná existence zástavního práva k celé budově (pokud nedošlo ke změně subjektů tohoto práva). Ve všech ostatních případech považujeme za správné, aby předmětem zástavního práva byl po zrušení vymezení jednotek pouze příslušný spoluvlastnický podíl dosavadního vlastníka jednotky, dále spoluvlastníka budovy.

V souladu se zák. č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, nepodléhá vklad zrušení vymezení jednotek správním poplatkům.

* * *

S U M M A R Y

Declaration of an Owner Concerning Delimitation of Units and Declaration of Terminating the Delimitation

According to the Act No. 72/1994 Coll., ownership rights originate in the two following ways:

- by means of a declaration effected by an owner of a building of a delimitation of units (flats and nonresidential premises) and transfer of a first unit,
- by means of a contract for construction.

The declaration is a prerequisite of further disposal with units. An essential effect of the declaration consists in the fact that a building is „divided“ into separate flats, non-residential premises thus becoming individual objects of ownership rights by means of registering the declaration in the register of immovables.

The declaration is a one-sided legal act and it must be in compliance with general appurtenances (as any other legal act). Furthermore, it must include special content appurtenances defined in the law. These special appurtenances are the specification of the building, determination of flats and non-residential premises, determination of common parts and joint ownership shares to the common parts, characteristics of the land on which the building is placed and rights of future owners to the land, rules referring to contributions to expenses and rules concerning the administration of common parts of the building.

A declaration of terminating the delimitation of units in a building evokes the opposite effect. Such a declaration, too, must be entered in the register of immovables and the current owner (or owners) of units in a building become an owner (or owners) of the concerned building.

Několik poznámek k ochraně osobnosti v pracovním právu

Milan GALVAS

Spolu s důrazem na lidská práva občana, který našel své vyjádření v řadě právních dokumentů, se do popředí zájmu společnosti v poslední době dostává i osobnost jednotlivce. Je to v souladu s obecným společenským trendem ústupu od státem řízeného kolektivismu důrazem na jednotlivce, jeho aktivitu i odpovědnost za vlastní jednání.

Až doposud se ochrana osobnosti považovala především za doménu občanského práva. Osobnost fyzické osoby – občana – však může dojít újmou v řadě společenských vztahů, nejen v těch, které jsou předmětem úpravy občanského práva. Společenské vztahy vznikající při námezdní práci, jsou jednou z oblastí, kde k porušení práv, jež jsou předmětem ochrany osobnosti, dochází. Narušení má přitom specifický charakter, jež se odvíjí od charakteru upravovaných vztahů. Předmětem ochrany bude proto především život a zdraví (tělesná integrita) zaměstnanců.

Konec konců ochrana života a zdraví námezdního pracovníka je jednou ze základních a historicky nejstarších funkcí pracovního práva, které se vydělilo z práva občanského především jako sociálně ochranné zákonodárství.

Do nedávné doby se však pracovníprávní předpisy o ochraně osobnosti *expressis verbis* nezmiňovaly. Teprve poslední novela zákoníku práce¹ v souvislosti s právem odborových orgánů na kontrolu dodržování pracovníprávních předpisů hovoří o tom, že „týká-li se kontrola osobních údajů zaměstnance, které jsou předmětem ochrany osobnosti, lze údaje poskytnout jen s předchozím souhlasem zaměstnance“. Z textu na první pohled vyplývá, že se ochrana osobnosti vztahuje jen na případy odborové kontroly. Je tím však vyjádřen výše naznačený obecný trend, který nemohlo pracovní právo nereflaktovat. Osobnost zaměstnance je v pracovním právu chráněna mnohem širěji, než by ze znění § 22 odst. 3 zákoníku práce na první pohled vyplývalo. Tomuto problému věnujeme následující úvahy.

¹Zákon č. 74/1994 Sb.

I.

Ochrana osobnosti je v českém právu zakotvena v obecné podobě v Listině základních práv a svobod. Vychází se přitom z principů, které byly vyjádřeny v obecné rovině s platností pro právní řád jako celek. V tomto jednotném rámci práva na ochranu osobnosti existují dílčí práva, která zabezpečují právní ochranu jednotlivých stránek osobnosti fyzické osoby jako neoddelitelných součástí její celkové fyzické a psychicko-morální integrity osobnosti. Listina stanoví nedotknutelnost osoby a jejího soukromí (čl. 7 odst. 1), osobní svobodu (čl. 8 odst. 1), právo na lidskou důstojnost, osobní čest, dobrou pověst a ochranu jména, ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a osobního života, neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě (čl. 10).

Na to obsahově navazuje občanský zákoník, který stanoví, že fyzická osoba má právo na ochranu své osobnosti, zejména života a zdraví, občanské cti a lidské důstojnosti, jakož i soukromí, svého jména a projevů osobní povahy (§ 11). Dále pak zákon č. 256/1992 Sb., o ochraně osobních údajů v informačních systémech. V některých dalších zákonech je ochrana osobnosti poskytována ve speciálních případech. Např. v zákoně č. 35/1965 Sb. (autorském zákoně), zákoně č. 174/1988 Sb., o ochranných známkách, zákoně č. 81/1966 Sb., tiskovém zákoně, trestním zákoně, zákoně o přestupcích a pod.

Pracovní právo, kromě již uvedeného § 22 zákoníku práce, se o ochraně osobnosti výslovně nezmiňuje. Přitom analogie (nebo jiné použití) občanského práva je vědou pracovního práva odmítáno. Uvádí se, že pracovní právo má vlastní úpravu všech společenských vztahů určitého typu a nelze na ně použít (ani podpůrně) ustanovení občanského zákoníka.²

Jsou však skutečně jednotlivá právní odvětví (především pracovní právo a občanské právo) natolik odlišná, že není možné použití institutů jednoho odvětví ani analogicky na určitou situaci, která není tímto odvětvím přímo upravena, na druhé právní odvětví, i když sociální (věcná) souvislost je tu evidentní?

Problém, který tu nastolujeme, je systémový. Samostatnost jakéhokoliv odvětví práva se mimo jiné odůvodňuje tím, že každé právní odvětví má vlastní předmět a vlastní metodu úpravy společenských vztahů. Přitom předmět úpravy, tj. specifická skupina společenských vztahů, vyvolává i specifickou metodu právní úpravy. Odlišnost předmětu je pak v některých případech zdůrazňována do té míry, že jednotlivá odvětví jsou koncipována jako naprosto samostatná a analogie se připouští jen zcela výjimečně.

V pracovním právu se přitom neustále naráželo a naráží na skutečnost, že toto odvětví práva upravuje společenské vztahy zvláštní kombinací dvou základních metod – soukromoprávní a veřejnoprávní. Do poslední novely zákoníku práce převládala metoda veřejnoprávní. To sice bylo v souladu s tendencí státního paternalismu

²Viz např. učebnici Galvas, M. a kol.: *Pracovní právo*, Doplněk 1993, str. 19, kde se však toto stanovisko nijak nezduodňuje.

prosazovanou v době vzniku zákoníku práce, avšak zcela se opomíjela skutečnost, že každé právní odvětví je jen součástí práva jako celku, že určité principy musejí nutně být shodné ve všech odvětvích vnitrostátního práva a že existují vztahy hraniční, které není dost dobře možno jednoznačně vtěsnat do některého z právních odvětví.

Novelou zákonodárce učinil zásadní obrat k převaze úpravy soukromoprávní a tím je opět přiblížil jeho civilistické podstatě.

Jestliže se tedy pracovní právo přiblížilo ostatním soukromoprávním (civilistickým) odvětvím, jako je právo občanské a obchodní, nabízí se otázka, zda by nebylo logičtější ustoupit od dosavadního konzervativního striktního oddělování občanského a pracovního práva a chápat pracovní právo jako jednu ze zvláštních částí civilního práva, jehož některé obecné instituty upravuje občanský zákoník, jako je tomu u práva obchodního. Takovým obecným institutem by pak byla i ochrana osobnosti.³

Konec konců zákoník práce z praktických důvodů používal vždy určité instituty civilního práva, upravené především občanským právem, zejména občanským zákoníkem, i pro pracovníprávní vztahy. Operuje např. pojmy manžel, děti, rodiče, druh, družka, pozůstalí, společná domácnost, zákonný zástupce atd. a jejich obsah přebírá z práva občanského. Je to důsledek často přehlížené skutečnosti, že právo tvoří jednotný, vnitřně diferencovaný systém, v němž jednotlivé subsystemy (právní odvětví) navzájem úzce souvisí. Je proto jen logické, že některé instituty budou mít jednotný význam pro všechna právní odvětví a jejich úprava jednotlivými odvětvími (která by musela být shodná) by byla zbytečná a matoucí.⁴

Stejně tak ovšem existují mezi jednotlivými právními odvětvími podstatné rozdíly, které odůvodňují odlišnou úpravu rozdílných institutů. Pracovní smlouva v pracovním právu proto má (vzhledem ke svému sociálnímu dopadu) poněkud jinou právní úpravu než smlouva kupní.

Jestliže by platilo, že na pracovníprávní vztahy nelze použít občanský zákoník ani per analogiam, pak by zřejmě nebylo možné uplatnit ustanovení občanského zákoníku ani na vztahy zaměstnanců a zaměstnavatelů, vážící se k ochraně osobnosti. Vyjímkou by byl případ § 22, kde zákoník práce na ochranu osobnosti (zřejmě v občanském právu – M.G.) výslovně odkazuje. Jestliže by to neplatilo, použití je na bíledni.⁵

Domníváme se, že je třeba do budoucna rozlišovat, které vztahy jsou bezprostředně spojeny výhradně s prací a tudíž musejí spadat do výhradné působnosti pracovního práva a které mají širší dimenzi a proto je možné na ně použít i ustanovení jiných právních odvětví. Zejména nejedná-li se vlastně ani o analogii, protože ochrana osobnosti má smysl jen tehdy, je-li komplexní.

³Podobné úvahy nejsou v naší literatuře nové. Viz blíže např. studii Fiala, J., Švestka, J.: *Několik úvah nad pojetím právního vztahu*, Právník č. 8/1968, str. 665 a násled.

⁴Nepůjde zřejmě o instituty jednotlivých právních odvětví, tedy občanského, pracovního či obchodního etc. práva, ale o instituty práva jako takového.

⁵Je zajímavé, že všichni autoři pracovního práva aplikují občanský zákoník v oblasti ochrany osobnosti na vztahy upravované pracovním právem bez dalšího.

Osobnost člověka je nedělitelná. Proto i ochrana osobnosti musí mít společného jmenovatele. Je pochopitelné, že v jednotlivých právních odvětvích se bude forma ochrany lišit podle charakteru upravovaných společenských vztahů, to by však nemělo znamenat, že každé právní odvětví bude chránit osobnost člověka vlastním výlučným způsobem bez ohledu na ochranu upravenou v odvětvích ostatních.

Právní úprava ochrany osobnosti v občanském zákoníku plní úlohu generální ochrany občana a je tedy oním obecným. Pracovní právo plní v tomto ohledu úlohu zvláštního a ochrany specifické.

II.

Oprávněným subjektem, tedy tím, jehož osobnost je chráněna, je **občan jako fyzická osoba**, bez ohledu na to, v jaké pracovněprávní pozici se nachází. Chráněna jsou práva jak zaměstnance, tak zaměstnavatele – fyzické osoby.

Zásah do právem chráněných hodnot osobnosti však může být učiněn jak osobou fyzickou, tak právnickou. V pracovním právu to znamená, že narušení právem chráněných hodnot osobnosti se může dopustit:

a) zaměstnavatel

1. fyzická osoba
2. právnická osoba

vůči svým zaměstnancům,

b) zaměstnanec vůči svému zaměstnavateli, fyzické osobě, popř. vůči svým spoluzaměstnancům.

Všeobecné osobnostní právo se podle § 11 občanského zákoníka (a v jeho rámci jednotlivá dílčí oprávnění) nabývá každý v okamžiku narození. S ohledem na ust. § 7 odst. 1 občanského zákoníka se některá z těchto práv mohou týkat i nascitura, zejména právo na tělesnou integritu.

Podobný princip je pro pracovní právo použitelný jen částečně, protože nasciturus nemůže mít v pracovněprávních vztazích práva a povinnosti ani jako zaměstnavatel (viz § 8a zákoníku práce). Jako zaměstnanec pochopitelně také ne (viz § 11 zákoníku práce). V úvahu tedy připadají pouze situace, kdy je fyzická osoba způsobilá k právům a povinnostem podle zákoníku práce.

Z úpravy občanského zákoníku vyplývá, že právní ochrana osobnosti náleží fyzické osobě bez ohledu na její způsobilost k právním úkonům, tj., že bude náležet i osobám zbaveným způsobilosti k právním úkonům nebo omezeným ve způsobilosti k právním úkonům.⁶

⁶Ochrana osobnosti je poskytována oprávněnému i po jeho smrti. Podle § 15 občanského zákoníka přísluší uplatňovat právo na ochranu osobnosti zemřelého manželu a dětem, a není-li jich, jeho rodičům.

Právo stanoví, že k omezení (a tím zásahu) do kteréhokoliv všeobecného osobnostního práva může dojít výhradně:

1. na základě souhlasu fyzické osoby,
2. v případech výslovně stanovených zákonem, a to zejména
 - občanským zákoníkem (zákonné licence uvedené v § 12 odst. 2 a 3),
 - jinými zákony (některá omezení jsou např. v trestním řádu, občanském soudním řádu, některých předpisech správního práva, např. zdravotnických a hygienických předpisech apod.).
3. v případě výkonu subjektivního práva nebo plnění subjektivní povinnosti jiným právním subjektem.⁷

Předmět všeobecných osobnostních práv je obsažen v ustanoveních § 11 a 12 občanského zákoníka. Protože tu zákoník vychází z generální klauzule, výčet chráněných práv obsažených v § 11 je demonstrativní. Výslovně se stanoví, že fyzická osoba má právo na ochranu své osobnosti, zejména života a zdraví, občanské cti a lidské důstojnosti, jakož i soukromí, svého jména a projevů osobní povahy. To znamená, že občan má právo i na ochranu dalších stránek své osobnosti, které zákon nevyjmenovává.

Na rozdíl od § 11 rozsah chráněných práv uvedený v § 12 je již určen taxativně. Právní ochrana se poskytuje:

- písemnostem osobní povahy,
- podobiznám,
- obrazovým snímkům,
- obrazovým a zvukovým záznamům,
- projevům osobní povahy.

V případě protiprávního zásahu do kteréhokoli z uvedených práv ve smyslu § 11 a 12 obč. zákoníku zpravidla dochází k zásahu do více chráněných práv současně.

Z hlediska specifík pracovního práva je z různých stránek osobnosti předmětem ochrany jméno, občanská čest, projevy osobní povahy, především však život a zdraví.

1. V pracovním právu má značný význam ochrana písemností osobní povahy, obrazových snímků týkajících se fyzické osoby nebo jejích projevů osobní povahy. Zaměstnavatel totiž shromažďuje o svých zaměstnancích celou řadu údajů, které mohou podléhat ochraně osobnosti a to jak při uzavírání pracovních smluv, tak i později, během trvání pracovního poměru.

Za písemnost osobní povahy je nutné podle našeho názoru považovat např. osobní dotazník, jehož vyplnění většina zaměstnavatelů po uchazečích o zaměstnání požaduje. Dotazníky obsahují řadu údajů osobní povahy (zdravotní stav, kvalifikace, průběh dřívějších zaměstnání, údaje o manželovi a dětech a pod.). Stejný charakter má i tzv. životopis zaměstnance.

⁷Bliže viz Hrušáková, M. a kol.: *Občanské právo I*, Doplněk, Brno 1992, str. 56.

Specifická ochrana zmíněných práv, kterou poskytuje § 12 občanského zákoníka spočívá v tom, že všechny uvedené písemnosti, údaje a informace mohou být použity jen se svolením fyzické osoby, jíž se týkají.

Za písemnosti osobní povahy považujeme i korespondenci se zaměstnavatelem, týkající se zamýšleného uzavření pracovní smlouvy, různá dobrozdání a zejména pracovní posudky.

Odpovědnost za porušení chráněných práv, stanovená v § 13 občanského zákoníka, je odpovědností objektivní, to znamená, že nevyžaduje zavinění. Při jejich porušení se fyzická osoba může domáhat:

- a) upuštění od neoprávněných zásahů (návrh zdržovací),
- b) odstranění následků těchto zásahů (návrh odstraňovací),
- c) přiměřené zadostiučinění (satisfakce),
- d) náhrady škody podle občanského zákoníka.

V ustanovení § 13 nejde o taxativní výčet⁸

Vedle občanského zákoníka zde bude nutno na pracovněprávní vztahy v poměrně velké míře aplikovat zákon č. 256/1992 Sb., o ochraně osobních dat v informačních systémech. Tento zákon považuje za osobní údaje (a tedy za údaje, které podléhají ochraně) ty, které se vztahují k určité osobě. Takovými údaji budou nepochybně všechny údaje shromážděné v tzv. osobních spisech zaměstnanců,⁹ stejně jako další údaje, včetně např. údaj o výši mzdy, srážkách ze mzdy a pod. Rovněž jméno je takovým údajem. Podléhá-li ochraně osobnosti např. evidence nezaměstnaných úřadu práce, měla by stejně ochraně podléhat i evidence, kterou vede o svých zaměstnancích každý zaměstnavatel.

Protože zaměstnavatel může shromažďovat informace pouze v souladu s účelem, pro který byl informační systém zřízen (§ 17 zákona č. 256/1992 Sb.), vyplývá z toho, že informace získané v rámci tzv. předšmluvních vztahů¹⁰ mohou být použity výhradně jako podklady k rozhodnutí o tom, zda bude či nebude podepsána pracovní smlouva.

Ochrana podléhá právo na jméno, jež zahrnuje nejen jméno vlastní, ale i příjmení občana, popř. jeho pseudonym. Jméno ve spojení s příjmením jsou individualizačním znakem, pod kterým se osoba uplatňuje ve společenském životě. Vedle občanskoprávních aspektů ochrany jména a příjmení občana jsou zde nepochybně i aspekty rodinně právní (§ 38 až 40 zákona o rodině) a správně právní (např. zákon

⁸Hrušáková, M. a kol.: op. cit. na str. 60.

⁹Zaměstnavatel údaje o zaměstnancích shromažďuje (více méně) systematicky od okamžiku prvních kontaktů, jež směřují k navázání pracovněprávního vztahu. A to bez ohledu na to, zda vztah bude později navázán.

¹⁰Za předšmluvní vztahy považuje literatura pracovního práva ty vztahy, které vznikají před uzavřením pracovní smlouvy. Tyto vztahy mají právní charakter. Jejich ochrana prostředky pracovního práva je však nedostatečná. Blíže k tomu viz např. citovaná učebnice pracovního práva na str. 145 a následujících.

č. 55/1990 Sb., o užívání a změně jména a příjmení). Ochrana jména jakož i pseudonymu je rovněž zabezpečována i autorským zákonem. Ani pracovněprávní aspekty nejsou zanedbatelné.

Jde především o to, že ve spojení s určitým povoláním či činností může mít i zveřejnění jména občana pro něj i nežádoucí, nebo jím nechtěně společenské účinky. Jestliže se např. zaměstnanec firmy A. zajímá o práci u konkurenční firmy B., informace o jménu zájemce by mohla vyvolat nepřívznivou odezvu u dosavadního zaměstnavatele.

Ochrana občanské cti a projevů osobní povahy v pracovním právu souvisí především s informacemi, které zaměstnavatel podává o zaměstnanci jiným subjektům (§ 60 zákoníku práce). Jde o pracovní posudky, potvrzení o zaměstnání a pod..

Zákoník práce přitom přesně stanoví, že pracovním posudkem jsou veškeré písemnosti týkající se hodnocení práce zaměstnance, jeho kvalifikace, schopnosti a dalších skutečností, které mají vztah k výkonu práce (§ 60 odst. 1). Z formulace ustanovení celého § 60 lze usuzovat na to, že uvedený výčet je taxativní a že pracovní posudek nemůže obsahovat jiné informace (tj. ty, které nemají vztah k výkonu práce). Domnívá-li se zaměstnanec, že pracovní posudek obsahuje jiné informace nebo obsahuje informace nepravdivé, může se domáhat prostřednictvím soudu nápravy.

Z hlediska ochrany osobnosti je zajímavé, že pracovní posudek je zaměstnavatel povinen vyhotovit pouze na žádost zaměstnance a je povinen a oprávněn jej vydat výhradně zaměstnanci.

Potvrzení o zaměstnání (zápočtový list) je zaměstnavatel povinen vydat při skončení pracovního poměru zaměstnanci, popř. jinému zaměstnavateli na jeho žádost (§ 60 odst. 3 zákoníku práce). Obsah potvrzení o zaměstnání je dán rovněž taxativně. Vedle zákoníku práce jej však upravují i jiné právní předpisy (např. nařízení vlády č. 108/1994 Sb., kterým se provádí zákoník práce a některé další zákony).¹¹

Formulace zákona je však méně precizní, než u pracovního posudku a v praxi často vznikají spory o to, komu vlastně potvrzení o zaměstnání vydat – zda zaměstnanci či novému zaměstnavateli. Z hlediska ochrany osobnosti však jednoznačně vyplývá, že potvrzení o zaměstnání je zaměstnavatel povinen vydat zaměstnanci. Teprve není-li to objektivně možné (např. proto, že si zaměstnanec potvrzení o zaměstnání nevyzvedne a není možné mu je doručit ani poštou), může zaměstnavatel toto potvrzení vydat na jeho žádost jinému zaměstnavateli.

Žádný právní předpis nestanoví, že by zaměstnanec musel při nástupu do nového zaměstnání předložit potvrzení o zaměstnání, respekt., že by zaměstnavatel mohl

¹¹Navíc je stanoveno, že potvrzení o zaměstnání se vydává na předepsaném formuláři.

zaměstnat jen toho zaměstnance, který předloží potvrzení o zaměstnání. Prazé některých správ sociálního zabezpečení, které odmítají přijímat přihlášky k nemocenskému a důchodovému pojištění, pokud nejsou doloženy potvrzením o zaměstnání, nemá oporu v zákoně.

Jiné informace o zaměstnanci jsou ty, které nejsou ani pracovním posudkem, ani potvrzením o zaměstnání. Zaměstnavatel je oprávněn je podávat pouze se souhlasem zaměstnance, pokud právní předpis nestanoví jinak. Takovým právním předpisem je např. trestní řád nebo občanský soudní řád, zákon o zaměstnanosti a podobně. Pro právní jistotu zaměstnanců by ovšem bylo vhodné, aby právním předpisem, který stanoví povinnost podávat o zaměstnancích jiné informace, byl pouze zákon.

2. Pracovní právo věnuje značnou pozornost především ochraně tělesné integrity zaměstnance. Vyplyvá to z jeho základní ochranné funkce, která je tradičně vždy směřována především k ochraně zaměstnance před poškozením zdraví působením pracovního prostředí, především pracovním úrazem nebo nemocí z povolání.

Celá část druhá hlava pátá zákoníku práce – Bezpečnost a ochrana zdraví při práci – je věnována ochraně tělesné integrity zaměstnance. Zaměstnavatel i zaměstnanec mají stanovenou celou řadu práv a povinností, které směřují k zajištění ochrany zdraví a bezpečnosti při práci. Porušení těchto povinností je na straně zaměstnance považováno za porušení pracovní kázně a ze strany zaměstnavatele za porušení základních povinností, které pro něj vyplývají z pracovněprávních vztahů.

Ochrana zaměstnavatele – fyzické osoby v tomto směru věnuje pracovní právo jen minimální pozornost a to v § 137 zákoníku práce, podle kterého ustanovení o bezpečnosti a ochraně zdraví při práci platí přiměřeně i pro zaměstnavatele, kteří sami pracují.¹²

Protože stanovení právní povinnosti má smysl jen tehdy, jestliže její dodržování je možné kontrolovat a vyžadovat, nabízí se otázka, jak může zákonodárce zajistit plnění této povinnosti. Sankce, která připadá v úvahu např. v případě pracovního úrazu (povinnost hradit náklady léčení a pod.), je naprosto nedostatečná. A to pomíjíme otázku, nakolik je v souladu se svobodou osobnosti ochrana občana před jím samým a proti jeho vůli.

ZÁVĚREM

Pracovní právo nevěnovalo ochraně osobnosti doposud větší pozornost. Mlčky se vycházelo z toho, že postačí systém odpovědnosti za poškození zdraví. Ostatní

¹²Ustanovení platí i pro podnikatele, kteří sami pracují a nikoho nezaměstnávají, či spolupracujícího manžela a dítě.

stránky lidské osobnosti jako by v rámci pracovních vztahů ochranu nepotřebovaly. Situace se však radikálně mění a ochrana osobnosti v pracovních vztazích by měla být v budoucnu začleněna do komplexnějšího systému, vycházejícího z principů zakotvených v Listině základních práv a svobod.

* * *

S U M M A R Y

Several remarks to protection of personality in the frame of labour law

Czech labour law protects the personality of an employee in some of its provisions, thus following the regulation comprised in the Charter of Fundamental Rights and Freedoms as well as in the Civil Code, both reglementing the protection of personality in a general way.

Labour law provides protection, in particular, to the lives and health of employees in provisions concerning safety and health protection at work. Apart from that, the name, personal honour, human dignity and good reputation are protected, too.

While looking into the protection of personality of an employee, it is necessary to base such a study not only on a rather brief amount of provisions stipulated in the Labour Code, but also on provisions included in special legal regulations such as e.g. the Act No. 256/1992 Coll. on Protection of Personal Data in Informative Systems.

Performance appraisal of University People

Ivan VÁGNER

Introduction

The subject of this article is problems of performance appraisal within Masaryk University Brno (hereafter as 'MU'). The objective of the issue is to carry out an analysis of current policy and practice within MU, and to propose measures to improve the actual situation.

MU is a Czech standard university offering university education in law, economics, philosophy, philology, sociology, medicine, sciences, and education. It is the second oldest university in the Czech Republic, comprising 7 faculties as well as 2 all-university departments, a special institute, and the rector's office. There are about 10 000 students and 2 000 teachers and other employees at MU. MU top management consists of the rector, 4 vice-rectors, the chief clerk, the rector's board, the academic council, and the university senate.

Analysis of performance appraisal actual situation

There is not any complex system of performance appraisal within MU nor any intention to build up professionally such a system. Thus, performance appraisal is left, largely, to the willingness of the managers and of senior teachers, and, above all, to the self-appraisal approach of the staff. This is, unfortunately, in accordance with the material stimulation system which, being based on nivelization, is not motivating. Implicitly, it seems to be supposed that the 'mission' of the teacher's job is predominant; inadequately, this approach is used even with administrative and other supporting staff. At the rector's office and at the faculties, there are personnel departments but they focus on common operations only. Briefly speaking, one can make the statement that from the objective point of view, the current performance appraisal system is totally inappropriate but from the subjective point of view, many people are satisfied with it.

It will certainly be useful to try and investigate the reasons for this false situation. The first reason is certain uniqueness of the academic environment that

has always generally been connected with ideas of individualism, liberty, etc. The second reason is the natural human reaction to the fall of totalitarianism, which is reflected in exorbitant repugnance for any outer regulations. The third reason, in my opinion, is the over-concentration of above-average qualification employees in one particular organization, which always leads to difficulties in co-ordinating group efforts. The fourth reason is, I suppose, underestimation of the importance of managing universities in order to provide successfully educational and research services. Even if I do not consider this list to be complete, the last point here is the supreme position of state universities, supported by the University Act.

As synergetic consequences of these reasons, we have to deal with underestimation of prevention and of purposeful preparations towards future MU operation. Also, people are not willing to make changes, the management is not professional, strategic management is completely absent, there is rampant operating and pseudohumanity at MU, etc. It is therefore not surprising that also the standards of managing people and the related performance appraisal are not sufficient. Labour force as a production factor is, though, essential to the existence and development of the university.

Basic ways out and preconditions to a performance appraisal change

Before I propose measures to improve the actual situation at MU, it is necessary to point out that no success can be achieved without profound changes of both inner and outer circumstances. First of all, legislative changes have to make competition possible throughout university education, possibly by means of legalization of non-state universities. Further on, university education has to become one of the political priorities of the government. It is, this is to say, a decisive source factor of pushing the social transformation through. On the level of MU, then, it seems to be essential to give up production and product philosophy and to step over to marketing philosophy of business strategy. Output, i.e. quality and quantity of university education of the graduates, corresponding to labour market demands, have to be MU's priority. Personally, however, I do not think that this internal change is possible without strong pressure from outside. It will require much effort and time. Under interaction of these circumstances, and under support from enlightened individuals of MU staff, the present conservative approach to performance appraisal, as significant instrument to enhance MU efficiency, can gradually be changed.

Performance appraisal system principles project

Creation of an efficient performance appraisal system should be carried out by the personnel department of the rector's office in co-operation with such departments

at the faculties. These problems are so serious and consensual that it seems to be necessary to elaborate a performance appraisal system conception, consistent to people managing system within MU, and to submit it to broad examination proceedings. At this occasion, one has to take a view to various questions:

1. „Who shall be appraised?“

The objective of an effective system of performance appraisal is to comprise all the human resources of MU available:

- managers
- teachers
- scientific and research workers
- clerical staff of the rector's office, deans offices, departments, and institutes
- other staff
- students.

Since the performance appraisal of students is traditionally viewed as the concern of paedagogy, I will not deal with it here. However, I am convinced that the current system of performance appraisal is not satisfactory and that many suggestions towards its fundamental improvement could be drawn from the information gained within the framework of the „Managing people“ module.

2. „What kind of performance appraisal is the most appropriate?“

In general, a combination of external appraisal and self-appraisal is to be recommended. The value of self-appraisal depends on qualification, category, and age. An employee's higher qualification and age and the categories of manager, teacher, and scientist are the factors that will create a vast scope for self-appraisal.

3. „Who should appraise?“

As a general rule, the subordinate is appraised by his or her direct superior. A problem occurs when the top management (especially the rector and the deans) are being appraised. In the process also the relevant advisory boards, academic boards, and perhaps even the senates should submit their valuations. Opinion polls among students concerning the quality of teaching should be organised in order to provide supporting data for the appraisal of teachers.

4. „How often should appraisals be carried out?“

I would recommend one-year periodicity of performance appraisals with the exception of teachers and scientific and research workers, whose results in research and publishing ought to be assessed only after two to three years.

5. „Should it be linked to pay?“

To overcome the equalization tendencies in remuneration of all categories of the MU employees, I consider it very beneficial to link the system of performance appraisal to the system of material incentives. It is of course necessary

to differentiate this link on the basis of the categories of employees. However, I would consider it very effective to apply the following principle especially to managers, teachers, and scientific and research workers: „On the basis of the performance appraisal, the appraiser will, in co-operation with the appraisee, set a package of feasible tasks for the appraisee. At the next performance appraisal, the fulfilment of the tasks is reviewed with regard to its impact on the appraisee's point on the pay-scale or recompense or both, as the case may be.“

6. „What sort of appeal system is needed?“

As a rule, the appraisee should appeal against the result of the performance appraisal to his direct superior's superior, against whose decision there would exist no right of appeal. In cases in which this principle cannot be fulfilled (e.g. top management members) my recommendation as to the method of solution of the appraisee's possible removal is to constitute an experts committee chaired by the head of the personnel department of the rector's office or dean's office. There would be no right of appeal against the decisions of these committees either.

7. „What shall be appraised?“

The answer to this question has intentionally been placed at the end of the syllabus as it requires the most attention. The future complex performance appraisal system of MU should review performance (without requiring completeness) for these reasons:

- to review past performance
- to review the level of achieving tasks set at last appraisal
- to help improve current performance
- to solve employees' professional and personal problems that stop them from better performance
- to make objective the setting of tasks for next period
- to evaluate efficiency of applied training methods and ways of reassuring better performance
- to make research of economic interest in performance applied system efficiency and to make its rationalization possible
- to make possible the self-reflection of appraisees
- to make possible the convergence of appraisees' and organization's interests
- to assist career planning decisions.

It is clear that the stress on each of the above stated reasons why to review performance will not be equal and will differ according to qualification, category, rank, age, respectively on the time spent in a job at MU, and to the employee's personality. It is required that the difference in the stress were in accord with the aims of MU.

It is to be presumed that the stress on performance appraisal of office and service staff will be put with regard to the work in the past, search for ways of performance improvement, including rewarding system efficiency. With teachers and scientific staff, the priority will be in assessment of their scientific and personal development and its correct aiming on the basis of self-reflection. Especially, as far as the teachers are concerned, I would suggest to augment the evaluation of pedagogical work and its development, which in practice is often undervalued.

In the following text I want to go more in detail into the specifics of evaluation by the employees' „age“ and further to the evaluation of managers. These problems are not given sufficient attention at MU.

Junior and Senior Employees

The terms junior and senior employee should not refer only to the physical age of the employees but also to the time spent in their job at MU. The junior employees should, in first place, complete the tasks set by their direct superiors. The senior employees should be evaluated by the level of completing their tasks. The criteria of evaluation for all employees must be directed towards their work-performance, their approach to work, and towards their abilities. I suggest to evaluate quality of the presented work, originality, and creativity in the scope of work-performance. In the case of the senior employees also their results in guiding other people should be added. It is important that within the criterion „approach to work“ discipline, involvement in the process and reliability were evaluated. In the case of the seniors it should be also the ability to organize their work and to create the appropriate motivation. As far as the criterion „Abilities of the appraisee“ is concerned, it would be useful to judge the basic abilities (general and specialized knowledge, persistence in work, rationality and correctness of communication, etc.) as well as the conceptional ones (capability of innovation and rationalization of work, capability of enforcing novelties, etc.). The senior employees should be also evaluated from the point of level of their co-operation with the environment of the MU and with the superiors, and from the point of their ability to carry out instructive and directing functions. I consider it very important that all employees before they reach the directing post in their career should complete the task of practising the art of objective self-evaluation and of evaluation of their environment.

Managers

In managers' work, these following kinds of knowledge, skills, and abilities should

be required and evaluated:

- to set the right aims
- to lead the subordinate teams towards reaching those aims
- to present a positive effect upon MU employees' development
- to make decisions and to organize
- carry out a wide range of co-operation with their environment I consider the following process of evaluation rational.

A manager should answer three essential questions:

- How would you characterize and evaluate your work in the last year?
- Which outside factors influenced your work?
- How would you evaluate your own ability to identify and to solve problems, and which are your personal aims?

The manager's answers should be reflected upon by his direct superior or a collective body or board (in the case of top management).

Conclusion

The carrying out of the above mentioned rules must be in interaction with culture in the scope of the organization. As the state of culture at MU is considerably deformed, I should suggest the per partes procedure, with the aim to improve the state of culture also by the influence of successive steps of creation and implementation of performance appraisal system. Consequently, it be possible to create conditions for converging towards the aimed state. I would like to stress that the first step is to convince the top management of MU of the inevitable necessity to incorporate the performance appraisal into the development conception of MU, and that the second step is the projection of this system.

References

Crow, M., Tansley, C.: *Managing People* (MBA) Nottingham Business School 1994.

* * *

SUMMARY

Resumé

Hodnocení výkonnosti představuje závažný problém ve všech typech organizací a o to komplikovanější je tato otázka v rámci nonprofitní sféry. Tento příspěvek se pokouší dát základní odpovědi při řešení problematiky hodnocení výkonnosti v rámci univerzit. Zaměřuje se na hodnocení managerů, pedagogických a vědeckých pracovníků, administrativních a ostatních zaměstnanců. Jednotlivé odpovědi jsou v tomto smyslu reakcí na sedm základních otázek:

- kdo má být hodnocen,
- jaký způsob hodnocení je nejvhodnější,
- kdo má hodnotit,
- jaká má být četnost hodnocení,
- má být hodnocení propojeno s odměnou,
- jaký systém nehmotné stimulace má být uplatněn,
- co má být hodnoceno.

System hodnocení výkonnosti na českých univerzitách je zatím podceňován, avšak v podmínkách rostoucí konkurence bude jeho kvalitní aplikace nezbytností.

Některé problémy spojené s oceňováním při poskytování „jiných vhodných pozemků“ podle zákona o půdě

Ivana PRŮCHOVÁ

V souvislosti s řešením restitucí podle zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších změn a doplnění, v úplném znění vyhlášeném pod č. 195/1993 Sb. (dále jen zákon o půdě), se stávají aktuálními otázky spojené s procesem poskytování tzv. jiných vhodných pozemků za pozemky, které nelze oprávněným pro existenci zákonných překážek vydat. Tento příspěvek si klade za cíl vyslovit názor na problematiku spojenou s oceňováním těchto pozemků, a to i s přihlédnutím ke skutečnosti, kdy se na původních pozemcích nacházejí trvalé porosty.

A.

Oceňování „jiných vhodných pozemků“ podle ust. § 11 odst. 2 z. č. 229/1991 Sb., ve znění pozdějších změn a doplnění (v úplném znění pod č. 195/1993 Sb.)

Z platné právní úpravy vyplývá, že při prioritním právu na poskytnutí náhrady v naturální podobě (pozemek za pozemek) v případě existence právně relevantních důvodů pro nevydání původního pozemku oprávněné osobě je nutno veškeré oceňování a ve vazbě na něho určení konkrétní adekvátní naturální náhrady je třeba vycházet z následujících pravidel:

1. Ocenit sumu nevydáváných pozemků, a to podle jejich původního druhu /kultury/- to bude v režimu zákona o půdě většinou některý ze zemědělských druhů pozemků, lesní pozemky, ale i ostatní plochy, zastavěné pozemky (pozemky v areálech původních zemědělských usedlostí), vodní plochy (zejména původní rybníky).

Toto pravidlo vyplývá podle mého názoru jednak přímo z § 11 odst. 2, a dále z § 14 odst. 1, 16 odst. 1, 28a zákona o půdě.

Smyslem zákona o půdě jako jednoho ze zákonů směřujících k odstranění některých majetkových křivd je v případě restituce týkající se pozemků

- a) buď vydání původního pozemku, není-li to možné
- b) poskytnutí jiného vhodného pozemku a není-li možné ani toto řešení
- c) poskytnutí finanční náhrady.

Všechny tyto tři v úvahu přicházející řešení se sobě musejí hodnotově rovnat. Je-li tedy primárním právem poskytnutí „jiného vhodného pozemku“ za pozemek, který byl... viz překážky vydání – je třeba tímto „jiným vhodným pozemkem“ třeba rozumět pozemek srovnatelný s původním pozemkem, u kterého došlo k přechodu nebo převodu na stát nebo jinou právnickou osobu postupem uvedeným v § 6 zákona o půdě. Novela realizovaná zákonem č. 183/1993 Sb. pouze nad rámec tohoto pravidla připustila možnost poskytnutí i pozemku lesního s trvalými porosty (tj. namísto původního pozemku zemědělského, ostatní plochy apod.).

2. Takto určenou částku naplnit pozemky z objemu tzv. státní nesporné půdy ve správě Pozemkového fondu České republiky.

3. V případě, že nelze plně či částečně uspokojit právo na vydání jiných vhodných pozemků, je třeba přistoupit buď k částečné nebo plné náhradě finanční. Nároková částka je pak výchozí částka, která vznikla oceněním sumy původních pozemků, které pro právně relevantní překážky nebyly oprávněné osobě vydány.

Pokud se tedy v praxi objevuje názor, že oprávněná osoba má nárok na náhrady s ohledem na stávající druh pozemku, který nelze oprávněné osobě vydat, je třeba jej odmítnout právě s ohledem na výše uvedené.

K podtržení tohoto závěru lze navíc uvést, že platná právní úprava obsahuje identický režim oceňování pro všechny nemovitosti, které do režimu zákona o půdě vstupují. Jistě nepřichází v úvahu, že by za nevydávanou zhodnocenou stavbu (např. z důvodu změny stavebnětechnického charakteru a jejího nesouvisení se zemědělskou výrobou) byla oprávněné osobě poskytnuta náhrada podle ocenění této stavby ke dni účinnosti zákona o půdě (tj. po jejím zhodnocení), ale naopak oprávněná osoba má právo na náhradu – rovněž primárně ve věcech – ve výši podle ocenění původní stavby ke dni jejího přechodu nebo převodu na stát nebo jinou právnickou osobu.

Jsem si vědoma, že ve smyslu novelizovaného zákona o půdě se po uvolnění překážek vydání vydávají oprávněným osobám v řadě případů pozemky dnes zastavěné, které v minulosti zastavěny nebyly a že neexistuje v platné právní úpravě pravidlo chování, podle něhož by byla oprávněná osoba cokoliv povinné osobě kompenzovat, i když by mohlo být namítnuto, že získává pozemek hodnotově cennější než byl pozemek původní. Ale i to koresponduje koncepci ze strany státu vůči oprávněným

osobám využité v i jiných případech (konkrétně v § 15 a 24 zákona o půdě, v těch případech, kdy oprávněná osoba není povinna poskytnout náhradu za hodnotnější trvalé porosty – lesní pozemky, ostatní, je-li jejich vlastníkem trvalých porostů stát). Přes tuto skutečnost je podle mne ve smyslu platné právní úpravy při poskytování jiných vhodných pozemků vycházet primárně z hodnoty nevydávaných pozemků, a to v druhu, ve kterém se nacházely ke dni jejich přechodu nebo převodu na stát a tuto sumu naplnit hodnotou jiných vhodných pozemků.

Pouze pro úplnost je třeba uvést, že veškeré oceňování se děje podle vyhlášky č. 182/1998 Sb., ve znění vyhl. č. 316/1990 Sb.

B.

Náhrady za odstraněné trvalé porosty na nevydávaných pozemcích podle zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších změn a doplnění (úplné znění z.č. 195/1993 Sb.).

Platná právní úprava obsažená v zákoně č. 229/1991 Sb., ve znění pozdějších změn a doplnění (dále jen zákon o půdě) přiznává oprávněným osobám, kterým nebudou pro překážky uvedené v zákoně o půdě vydány pozemky původního vlastníka, které přešly na stát nebo jinou právnickou osobu způsobem uvedeným v § 6 odst. 1 zákona o půdě právo na poskytnutí jiných vhodných pozemků. Není-li poskytnutí jiných vhodných pozemků možné, poskytnutí finanční náhrady. Při poskytování jiných vhodných pozemků je třeba nejdříve ocenit pozemky, které se pro překážky nevydávají, a to podle jejich původního druhu (tj. druhu ke dni jejich přechodu nebo převodu na stát nebo jinou právnickou osobou) v cenách podle vyhlášky č. 182/1988 Sb., o cenách staveb, pozemků, trvalých porostů, náhradách za zřízení osobního užívání pozemků a náhradách za dočasné užívání pozemků, ve znění vyhlášky č. 316/1990 Sb.

Pokud nebyly pro překážky vydány pozemky, na nichž se v době jejich přechodu nebo převodu na stát nebo jinou právnickou osobu nacházely trvalé porosty, je třeba s touto skutečností při oceňování počítat. Trvalé porosty tvořily součást původních pozemků (s výjimkou případů, kdy se jednalo o užívání pozemků podle zvláštních předpisů). Pokud tedy nejsou pozemky, na nichž se v okamžiku přechodu na stát trvalé porosty nacházely, oprávněné osobě vydány, vzniká jí právo na poskytnutí jiných vhodných pozemků komplexně vůči Pozemkovému fondu ČR. V tomto případě právní úprava neumožňuje rozštěpení režimu náhrad za trvalé porosty od režimu poskytnutí jiných vhodných pozemků. Vyplývá to ze vzájemného vztahu § 14, § 15 a 16 zákona o půdě z a vlastní povahy trvalých porostů jako součástí původního vlastnického pozemku oprávněné osoby (původního vlastníka). Ustanovení § 15 zá-

kona o půdě, upravující režim náhrad za trvalé porosty na pozemcích spadajících do režimu restitučního se týká *výhradně náhrad za pozemky, které se vydávají oprávněné osobě*. Tento závěr vyplývá jednak z výslovné dikce použité v daném ustanovení („v okamžiku vydání“ – § 15 odst. 1 a 2, „v době jeho vydání“ – § 15 odst. 3 zákona o půdě), jednak z již uvedené povahy trvalých porostů jako součástí pozemku.

Snaha odvozovat povinnost poskytnout náhradu za trvalé porosty právnickou osobou, která pozemky užívala před účinností zákona o půdě a z jejíž aktivity došlo k odstranění trvalých porostů, nemá podle mého názoru v zákoně o půdě oporu. Tvrzení, že tento závěr vyplývá z § 16 zákona o půdě, konkrétně z jeho odstavce 2, který stanoví, že ostatní náhrady poskytne „právnická osoba, která věc drží nebo ji držela v době zániku nemovitosti...“ neobstojí, neboť v případě likvidace trvalého porostu nešlo o likvidaci nemovitosti jako takové, ale pouze o odstranění její součásti. Pozemek – nemovitost existuje dále, není však pro překážky uvedené v zákoně vydáván, a proto nastupuje režim § 11 odst. 2 – tj. poskytnutí jiného vhodného pozemku s oceňovacím mechanismem popsáním výše (tj. cena pozemku jako takového plus cena tehdy se na pozemku nacházejících trvalých porostů – takto určená suma bude naplněna jinými vhodnými pozemky ve správě Pozemkového fondu ČR, a to na základě dohody s oprávněnou osobou. Pokud by poskytnutí nebylo možné, nastoupí režim poskytnutí finanční náhrady.

Pokud by měl být režim náhrad za trvalé porosty na nevydáváných pozemcích odštěpen, muselo by dojít k výslovné novelizaci § 15 zákona o půdě. Samotný odkaz na § 15 v § 16 odst. 2 (ostatní náhrady) je v režimu platné právní úpravy nutno vztáhnout v případě trvalých porostů právě pouze na případy, kdy pozemky jsou oprávněným osobám vydány.

SUMMARY

Problems Related to Evaluation Concerning the Providing of „Other Suitable Lands“ in Accordance with the Land Act

The article deals with two topical problems concerning evaluation of lands in cases when an entitled person can not have his/her previously owned lands returned on the basis of the Act No. 229/1991 Coll. on Regulation of Ownership Relations to Lands and Other Agricultural Property, in wording of later amendments and changes (the complete version is contained in the Act No. 195/1993 Coll.), due to legal objections. An essential principle should be considered the fact determining that a kind of lands in the frame of which the concerned plot had been registered and used at the time of the expropriation is decisive for the evaluation. A plot that is to be found in the frame of such a kind of lands at the moment of effectivity of the Land Act is not important for the evaluation. The moment as of which the Land Act has entered into effect is, however, important in respect of using the legal provisions applying on the evaluation, that is to say the Decree No. 182/1988 Coll. on Prices of Lands, Permanent Vegetation, Compensation for Constructions of Personal Use of Lands and Compensation for Temporary Use of Lands, in wording of later changes and amendments.

K problematice podnikání obcí

Petr PRŮCHA

Úvodní poznámky

Současné právní postavení obcí nese pečeť zásadních změn v koncepci a vlastním pojetí územní veřejné správy. S těmito změnami jsou bezprostředně spjata také postupně se vyvíjející podmínky, které umožňují obcím realizovat, vedle svého základního poslání, i příslušnou podnikatelskou činnost.

Obce jsou ve smyslu platné právní úpravy pojaty jako územní veřejnoprávní samosprávné korporace s postavením právnické osoby, jejichž základním posláním je vykonávat místní veřejnou správu. Jedním z rozhodujících předpokladů pro realizaci tohoto základního poslání obcí je jejich určitá ekonomická samostatnost, obvykle označovaná za tzv. ekonomický základ samosprávy obcí. Tím se rozumí zejména to, že obce ve smyslu platné právní úpravy disponují vlastním majetkem a finančními zdroji, s nimiž hospodáří samostatně a to za podmínek, které stanoví zvláštní právní předpisy.

Tato ekonomická samostatnost na jedné straně slouží k tomu, aby obce mohly naplňovat svoje základní poslání výkonu místní veřejné správy, na druhé straně však současně staví obce do postavení „hospodářů“, kteří mohou s vlastním majetkem příslušným způsobem nakládat. Nepochybně by šlo o špatné „hospodáře“, kdyby obce s tímto majetkem nenakládaly s podnikatelským duchem a v mezích možností a účelnosti vhodný majetek podnikatelsky nevyužívaly, jakož se i návazně nerealizovaly i v majetkově nenáročných formách podnikání.

O podnikání obcí přitom půjde, v souladu s vymezením pojmu podnikání, provedeným platnou právní úpravou, jediné tehdy, jestliže předmětná činnost bude činností samostatnou, soustavnou, vykonávanou vlastním jménem, na vlastní odpovědnost a za účelem dosažení zisku.

Z uvedených znaků podnikání plyne, že běžná činnost obcí, zaměřená na realizaci místní veřejné správy a v jejím rámci na uspokojování veřejných potřeb, při jejich krytí ve standartním rozpočtovém režimu obcí, povahu podnikatelské činnosti mít nemůže. V převážné míře jde u obcí jako subjektů místní veřejné správy tedy především o činnost krytou neziskovými rozpočtovými příjmy (krytí svým způsobem

„standartní“ úrovně potřeb). To platí i v případě činností, které obce v souvislosti s výkonem místní veřejné správy zabezpečují prostřednictvím sebou zřízených rozpočtových či příspěvkových organizací.

S ohledem na uvedené základní poslání obcí na jedné straně a na možnosti podnikatelského chování obcí na straně druhé je třeba uvést, že obce svojí institucionální formou k podnikání předurčeny ani vhodně uzpůsobeny nejsou, a spíše se od nich očekává, že místo toho aby samy podnikaly, budou vytvářet podmínky pro podnikání jiných, a přes jejich podnikání si takto nepřímou budou vylepšovat svoji ekonomickou situaci. To souvisí s rozpočtovou podstatou a rozpočtovým režimem obcí, který počítá s přesně předepsanou strukturou neziskových příjmů do obecních rozpočtů, a kde se určitým způsobem promítají i příjmy z daní spjatých s podnikáním nejrůznějších subjektů v příslušných obcích.

Právní postavení obcí je tak tedy spíše než na vlastní podnikání orientováno na to, aby mj. obce svou činností vytvářely podmínky pro podnikání jiných subjektů na jejich území.

Na tom nic nemění skutečnost, že platná právní úprava u obcí jako právnických osob nevylučuje, aby se samy obce chovaly podnikatelským způsobem, přičemž sám zákon o obcích obsahuje některá ustanovení, z nichž lze dovodit, že se jisté formy podnikání obcí (v určitém rozsahu) předpokládají. Obce přitom mohou podnikat buď přímo svým jménem, nebo prostřednictvím sebou založených či zřízených právnických osob nebo zařízení.

V současných podmínkách je přitom poměrně častým jevem, že obce podnikají prostřednictvím svých rozpočtových nebo příspěvkových organizací, které rovněž nejsou subjekty, zřízenými za účelem podnikání, a které tudíž takovou činnost vykonávají nad rámec svého základního poslání. V takovém případě, stejně jako v případě, kdy obec podniká vlastním jménem, je ovšem potom třeba důsledně fakticky i účetně oddělovat činnosti spjaté s výkonem místní veřejné správy a činnosti podnikatelské.

Za dané situace je proto vhodnější takový přístup obcí, který v souvislosti se zamýšleným podnikáním obcí vede k založení právnických osob svou povahou předurčených k podnikání (obchodní společnosti, družstva). Pak je chod takové právnické osoby relativně oddělen od veřejnosprávního života obce, nicméně její hospodářské výsledky jsou příjmovou položkou obce.

Z povahy postavení obcí i při tomto způsobu podnikání vyplývá, že podnikatelská, tj. zisková resp. výdělečná činnost obcí by měla být vykonávána spíše doplňkově (ke krytí svým způsobem „nadstandartní“ úrovně potřeb), neboť hlavní náplní činnosti a zájmem obce musí být vždy výkon místní veřejné správy. I pro prostředky obce získané činností ziskovou však musí platit, že jejich vynakládání bude ovládáno rozpočtovým režimem obce.

Příjmy rozpočtů obcí související s podnikatelskou činností

Příjmy resp. příjmovým režimem rozpočtů obcí souvisejícím s podnikatelskou činností se rozumí jak příjmy z podnikání obcí, tak příjmy související i s podnikatelskou činností ostatních subjektů, vyvíjejících podnikatelskou činnost na území obce. Pro obě takto pojaté skupiny příjmů přitom přirozeně platí určité limitující faktory, které však obce mohou do určité míry ovlivňovat.

Struktura příjmů rozpočtů obcí v obecné poloze zahrnuje ve smyslu platné právní úpravy jednak tzv. vlastní příjmy, tj. příjmy, které směřují do obecních rozpočtů přímo, a dále přerozdělované příjmy, které se do obecních rozpočtů dostávají teprve v důsledku přesunu prostředků ze státního rozpočtu. Stanovení této struktury, jakož i vzájemného poměru těchto dvou základních skupin příjmů obecních rozpočtů vyjadřuje míru autonomie a odpovědnosti obcí v rozpočtovém režimu.

Ve stávajícím režimu rozpočtů obcí jsou tzv. vlastní příjmy na celkovém objemu rozpočtových příjmů obcí zastoupeny cca 65 %, a přerozdělované příjmy zbyvajících cca 35 %. S podnikatelskou činností přímo nebo nepřímo souvisí právě zejména tzv. vlastní příjmy obcí, přičemž za současného právního stavu jde především o tyto příjmy:

- výnos majetku obce a převody prostředků z vlastních peněžních fondů,
- příjmy z činností právnických osob a zařízení založených a zřízených obcí v rozsahu stanoveném zvláštním zákonem a příjmy z výsledků vlastního hospodaření obce,
- daň z příjmů fyzických osob od osob, které mají na území obce bydliště, s výjimkou daně uplatněné zvláštní sazbou podle § 36 zákona ČNR č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších změn a doplňků, a s výjimkou daně (záloh na daň) z příjmů ze závislé činnosti a funkčních požitků srážených a odváděných plátcem daně podle § 6 uvedeného zákona o dani z příjmů,
- podíl z 50 % celookresního výnosu daně ze závislé činnosti a z funkčních požitků srážených a odváděných plátcem daně ve smyslu § 6 uvedeného zákona o dani z příjmů, s výjimkou daně z příjmů podle § 6 odst. 4 téhož zákona, kde je daň vybírána zvláštní sazbou; každá obec se na uvedené části celookresního výnosu podílí procentem, stanoveným příslušným okresním úřadem, a to ve výši odpovídající poměru jejího obyvatelstva k celkovému počtu obyvatelstva daného okresu; hlavnímú městu Praha, a městům Brno, Ostrava a Plzeň plyne uvedená daň ve výši 100 %,
- daň z příjmů právnických osob, odváděných poplatníkem podle § 17 zákona ČNR č. 576/1992 Sb. o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, pokud

touto osobou je obec, s výjimkou daně uplatněné zvláštní sazbou podle § 36 téhož zákona,

- některé místní poplatky a některé správní poplatky za úkony prováděné obcí,
- úvěry, půjčky a návratné finanční výpomoci,
- sdružené prostředky, dary, výnosy z cenných papírů, sbírek a loterií a jiné nahodilé příjmy.

Z uvedeného výčtu je zřejmé, že jednotlivé příjmy rozpočtu obcí, tzv. související s podnikatelskou činností, se mezi sebou liší, a to vedle svého zaměření mj. právě i mírou možností ovlivňovat jejich výši vlastním přístupem obcí.

Příjmy, které souvisí s vlastní podnikatelskou aktivitou obcí jsou přitom vyjádřeny zejména prvními dvěma výše uvedenými příjmovými položkami. V případě podnikatelského chování obcí ovšem zcela logicky platí, že se na obce, příp. na subjekty, které si obce založí nebo zřídí, musí vztahovat srovnatelné podmínky, jako na kterékoliv jiné podnikatele.

V této souvislosti je třeba zejména uvést, že i obce jako podnikatelé jsou daňovými poplatníky a že se tedy v souladu s platnou právní úpravou hospodářské výsledky podnikatelské činnosti obcí stávají příjmem rozpočtu v rozsahu sníženém o daň z příjmů. To platí i v případě, že obec nepodniká jako právnická osoba sama, nýbrž prostřednictvím svých rozpočtových nebo příspěvkových organizací, stejně jako prostřednictvím právnických osob, založených obcí za účelem podnikání. Na druhé straně však momentálně platná právní úprava stanoví, že daň odvedená obcemi z příjmů z jejich podnikatelské činnosti z titulu jejich postavení právnických osob je příjmem rozpočtu obcí.

Pro úplnost je však nutno, ve vazbě na daňovou povinnost obcí souvisejících s jejich podnikáním, ještě poznamenat, že ve zdaňovacím období roku 1993 nebyly u obcí, stejně jako u jejich rozpočtových a příspěvkových organizací, předmětem daně příjmy ze ziskových činností, pokud je obce a jejich uvedené organizace nevykazovaly jako hospodářskou činnost a pokud byly takové příjmy prokazatelně zohledněny za celé zdaňovací období v rozpočtu obce, nebo v případě rozpočtových a příspěvkových organizací obce ve finančním vztahu k rozpočtu obce.

Pokud jde o příjmy související s podnikáním jiných subjektů na území obcí, je třeba uvést, že podle příjmové struktury rozpočtů obcí může mít neobyčejný význam jako příjmová položka obecních rozpočtů výnos daně z příjmů fyzických osob, a to především u fyzických osob jako osob samostatně výdělečně činných. V tomto případě je výnos směřován podle místa bydliště daňových poplatníků, a vytvářením příslušných podmínek pro podnikání těchto osob tak mohou obce samy výši takového výnosu ovlivnit.

Poněkud jiná situace je v případě výnosu daně z příjmů fyzických osob z tzv. závislé činnosti. Výnos daně z příjmů v tomto případě je směřován podle sídla plátce

daně (tj. zaměstnavatele) v příslušném okrese a do obecní pokladny se dostává určitý průměr, bez ohledu na skutečný počet takto zaměstnaných občanů obce, stejně jako bez ohledu na to, zda plátce (zaměstnavatel) v obci sídlí, popř. činnost zde provozuje, či nikoliv.

V případě daně z příjmů právnických osob, je její výnos s výše uvedenou výjimkou, kdy poplatníkem je obec, směřován do státního rozpočtu.

Z dalších rozpočtových příjmů obcí je třeba dále ještě poukázat na to, že s podnikáním souvisí některé místní a některé správní poplatky, jejichž výnos má pro obecní rozpočty sice jen dílčí význam, nicméně jejich zvláštností je, že správu těchto poplatků, na rozdíl od správy výše uvedených daní a jejich výnosů, jež prozatím přísluší finančním úřadům, vykonávají samotné obce.

Při pohledu na uvedenou strukturu příjmů rozpočtů obcí souvisejících s podnikatelskou činností lze z praktických důvodů dovodit, že do budoucna budou zřejmě přes svoji zmíněnou doplňkovou funkci mj. výrazněji nabývat na významu **vlastní podnikatelské příjmy obcí**, představované výnosy majetku obcí a převodu prostředků z vlastních peněžních fondů obcí, jakož i příjmy z činností právnických osob a zařízení založených a zřízených obcemi a příjmy z výsledků vlastního hospodaření obcí. Bude přitom ovšem nutno počítat s tím, že právní úprava bude postupně směřovat ke zprůhledňování podnikatelského chování obcí, k orientaci obcí na podnikání prostřednictvím sebou založených právnických osob právě za účelem podnikání, s příslušným daňovým režimem.

Oprávnění obcí k podnikatelské činnosti

Obce, a stejně tak i jimi založené a zřízené právnické osoby a zařízení, mohou podnikat jediné tehdy, jestliže o tom bylo v obci příslušným způsobem a v souladu se zákonem rozhodnuto, a jestliže k tomu obce a jejich subjekty v souladu s platnou právní úpravou získaly příslušné oprávnění.

Každý počáteční projev vůle obce podnikat musí být schválen obecním zastupitelstvem, a pokud jde o povahu oprávnění obcí a jejich subjektů k podnikání, většina podnikatelských aktivit v našich současných podmínkách souvisí se živnostenskoprávním režimem, který se vztahuje i na obce.

Živností se zjednodušeně řečeno, rozumí taková podnikatelská činnost, která není vyloučena z působnosti živnostenského zákona. V této souvislosti je třeba uvést, že z působnosti živnostenského zákona jsou vyloučeny některé podnikatelské činnosti, jejichž právní režim upravují zvláštní předpisy (v úvahu přicházejících podmínkách podnikatelských aktivit obcí např. zemědělství a lesnictví).

Subjektem živnostenského podnikání mohou být jak fyzické, tak i právnické osoby. Obce jako právnické osoby mohou tedy vystupovat v postavení subjektu

živnostenského podnikání vlastním jménem. Pokud budou obce podnikat prostřednictvím sebou založených právnických osob, pak budou subjekty živnostenského podnikání přímo tyto právnické osoby.

Právní režim vzniku živnostenského oprávnění souvisí co do svých odlišností s dělením živností do jejich kategorií či skupin.

Zákon o živnostenském podnikání rozlišuje dvě základní kategorie či skupiny živností, které se vztahují k rozdílným případům podnikatelských činností. Jedná se o **živnosti ohlašovací** a **živnosti koncesované**. Ohlašovací živnosti se potom ještě dále člení na živnosti volné, živnosti řemeslné a živnosti vázané. Okruhy živností řemeslných a živností vázaných jsou blíže vymezeny v přílohách č. 1 a 2 zákona o živnostenském podnikání. Okruh živností volných je třeba dovodit negativním výkladem. Okruhy koncesovaných živností jsou blíže vymezeny v příloze č. 3 živnostenského zákona.

Vznik živnostenského oprávnění je vázán na splnění určitých zákonných podmínek, přičemž zákon o živnostenském podnikání tyto podmínky dělí do dvou skupin, a to na:

- podmínky všeobecné,
- podmínky zvláštní.

Tyto podmínky přitom nejsou podmínkami jen pro vznik oprávnění, nýbrž současně jsou i podmínkami pro provozování živnosti, tzn. že musí být zachovány po celou dobu jejího provozování.

Rozdíl mezi těmito dvěma skupinami podmínek spočívá v tom, že první jsou absolutní, tj. že budou vyžadovány vždy a bez jejich splnění nemůže být oprávnění k živnostenskému podnikání vůbec založeno, zatímco druhé jsou relativní, a to v tom smyslu, že nepřichází v úvahu a nebude tudíž jejich splnění z věcných důvodů vyžadováno u zakládání oprávnění ke všem druhům živnostenského podnikání.

Povaha předmětných podmínek vyžaduje, aby jejich splnění bylo posuzováno vždy ve vztahu k určité konkrétní fyzické osobě. Při živnostenském podnikání právnickými osobami, tj. právě v našem případě podnikání obcí, resp. jimi založených právnických osob, se jejich splnění posuzuje ve vztahu k tzv. odpovědným zástupcům, jakožto konkrétně určeným fyzickým osobám.

Institutem odpovědného zástupce se sleduje individualizace a konkretizace odpovědnosti při živnostenském podnikání. Obec tak vždy musí pro účely živnostenského podnikání stanovit takového tzv. odpovědného zástupce, který splňuje pro ten který druh podnikání zákonem předepsané podmínky.

Zákon o živnostenském podnikání k všeobecným podmínkám řadí:

- dosažení věku 18 let,
- způsobilost dané osoby k právním úkonům,
- bezúhonnost.

Za bezúhonného se nepovažuje ten, kdo byl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, nebo pro jiný trestný čin spáchaný úmyslně, jestliže vzhledem k povaze živnosti a osobě podnikatele je obava, že se dopustí stejného nebo podobného činu při provozování živnosti.

Zvláštními podmínkami provozování živností jsou odborná nebo jiná způsobilost. Splnění těchto podmínek se nevyžaduje, resp. tyto podmínky nejsou stanoveny, u živností volných.

U živností řemeslných se odborná způsobilost prokazuje výučním listem nebo jiným dokladem o řádném ukončení učebního oboru a dokladem o vykonání tříleté praxe v oboru, popřípadě v příbuzném oboru, pokud není délka praxe v příloze č. 1 k živnostenskému zákonu stanovena jinak.

Podmínky odborné způsobilosti u vázaných živností jsou stanoveny zvláštními předpisy uvedenými v příloze č. 2 k živnostenskému zákonu, nebo stanoveny přímo touto přílohou. Tyto podmínky jsou stanoveny diferencovaně a zpravidla předpokládají zvláštní oprávnění či osvědčení, eventuelně středoškolské či vysokoškolské vzdělání, a obvykle i příslušnou délku praxe v oboru.

U koncesovaných živností je odborná způsobilost opět předepsána zvláštními předpisy uvedenými tentokrát v příloze č. 3 k živnostenskému zákonu, nebo přímo touto přílohou, přičemž se zde taktéž diferencovaně vyžadují nejrůznější kvalifikační předpoklady zpravidla kombinované s příslušnou praxí. Navíc zde přistupuje požadavek tzv. spolehlivosti, a živnostenský úřad může uložit určité konkrétní podmínky provozování živnosti.

Se zákonnými podmínkami živnostenského oprávnění bezprostředně souvisí i tzv. **překážky provozování živností**, jejichž případná existence, stejně jako nesplnění některé z uvedených podmínek, znemožní založení živnostenského oprávnění. K těmto překážkám patří především skutečnost, že na majetek podnikatele byl v uplynulých třech letech prohlášen nebo ukončen konkurs, nebo že fyzické osobě ve vztahu k níž je posuzováno splnění předmětných podmínek, byl soudem nebo správním orgánem uložen zákaz činnosti, týkající se provozování živnosti, pokud tento zákaz trvá.

Při vlastní proceduře vzniku živnostenského oprávnění se projevuje rozdíl mezi ohlašovacími a koncesovanými živnostmi spočívající v tom, že u ohlašovacích živností je pro vznik oprávnění k provozování těchto živností rozhodující vůle subjektu, který se rozhodne touto formou podnikat, zatímco v případě koncesovaných živností je pro vznik oprávnění k jejich provozování rozhodující vůle živnostenského úřadu.

U ohlašovacích živností v případě, že subjekt ucházející se o živnostenské oprávnění splňuje zákonem předepsané všeobecné i zvláštní podmínky provozování živnosti, k založení živnostenského oprávnění stačí, aby zamýšlené provozování živnosti předepsaným způsobem ohlásil. Průkazem živnostenského oprávnění v tomto případě je následně vydávaný živnostenský list.

Naproti tomu u koncesovaných živností je pro vznik oprávnění k jejich provozování třeba, aby stát, reprezentovaný živnostenským úřadem nejprve posoudil žádost uchazeče o živnostenské oprávnění a na jeho základě výkon živnostenského zákona povolil, a to formou udělení tzv. koncese. Živnostenský úřad posuzuje v předepsaném postupu splnění jak všeobecných, tak i všech v úvahu přicházejících zvláštních podmínek k provozování živností, a oprávnění k provozování takové živnosti zakládá v každém jejím jednotlivém případě teprve svým rozhodnutím. V těchto případech je tedy průkazem živnostenského oprávnění **koncesní listina**.

Presto, že živnostenský úřad, který přijal ohlášení živnosti a vydal živnostenský list, nebo který vydal koncesní listinu, je oprávněn u podnikatele kontrolovat soulad jeho činnosti s obsahem jeho živnostenského oprávnění, zákon o živnostenském podnikání stanoví podnikateli povinnost hlášení případných změn souvisejících s touto činností.

Ze zákona o živnostenském podnikání bezprostředně vyplývá, že podnikatel je povinen živnostenskému úřadu který přijal ohlášení živnosti a vydal živnostenský list, nebo který vydal koncesní listinu, **oznámít všechny změny**, týkající se údajů a dokladů, které byl povinen uvést a předložit při ohlášení živnosti či při podání žádosti o koncesi, popřípadě předložit doklady o těchto změnách, a to nejpozději do 15 dnů od jejich vzniku.

Živnostenský úřad potom na základě tohoto oznámení **rozhodne o změně** živnostenského listu nebo koncesní listiny, a pokud by to nebylo možné rozhodne o pozastavení provozování živnosti, **případně živnostenské oprávnění zruší**.

Pokud by v úvahu přicházející překážky nastaly u odpovědného zástupce, je třeba neprodleně provést změnu v jeho osobě. Uvedené překážky na straně odpovědného zástupce nevedou tedy automaticky k potřebě zrušení živnostenského oprávnění.

V případě zániku živnostenského oprávnění bez rozdílu platí, že podnikatelé jsou povinni bez zbytečného odkladu po zániku živnostenského oprávnění vrátit živnostenský list nebo koncesní listinu tomu živnostenskému úřadu, který je vydal. To souvisí s tím, že tyto doklady plní funkci průkazu živnostenského oprávnění, a jestliže toto oprávnění zaniklo pak jejich držení příslušnými subjekty ztrácí smysl a navíc existuje nebezpečí případného zneužití těchto dokladů.

Živnostenskoprávní agendu v případě živností ohlašovacích volných vedou živnostenské úřady pověřených obecních úřadů, živnostenskoprávní agendu ostatních druhů živností, tj. živností ohlašovacích řemeslných, živností ohlašovacích vázaných a živností koncesovaných vedou živnostenské úřady okresních úřadů.

Pro postavení obcí jako subjektů živnostenského podnikání přitom platí, že tady obce nevystupují v postavení nositelů veřejné moci, naopak jsou příslušným představitelům veřejné moci mocensky podřazeny. To platí i v případě, že postavení obce jako subjektu živnostenského podnikání přísluší založit živnostenskému úřadu

pověřeného obecního úřadu pro vlastní sídelní obec.

Závěrečná poznámka

Fungování a další posilování územní samosprávy nezbytně předpokládá, aby byly právní úpravou vytvářeny takové podmínky pro ekonomické postavení a v jeho rámci pro žádoucí míru ekonomické samostatnosti obcí, které by principy územní samosprávy nejen respektovaly, ale které by současně i vytvářely potřebný prostor pro vlastní aktivní přístup obcí v oblasti ekonomického základu samosprávy.

Zde bude nepochybně sehrávat významnou roli schopnost obcí efektivně a řádně hospodařit s vlastním majetkem a finančními zdroji, jakož i důslednější využívání možností obcí vlastními přístupy, včetně podnikatelského chování, ovlivňovat tvorbu a vývoj vlastních příjmů.

V oblasti ekonomické stimulace obcí to předpokládá zejména stabilizaci účelně motivujícího daňového režimu při podnikání obcí, v organizačně právní sféře by zde potom ke zpřehlednění a optimalizaci možností podnikatelského chování obcí, včetně limitace nežádoucích forem, mělo v nejbližší době přispět zejména doplnění naší právní úpravy o právní úpravu postavení tzv. neziskových organizací.

* * *

S U M M A R Y

To the Topic of Business Activities of Municipalities

The fundamental purpose of municipalities is to perform local public administration. One of the main preconditions of fulfilling this purpose is some degree of their economic independence enabling them, besides other, to conduct business activities.

Business activities of municipalities, however, always have the nature of subsidiary activity, municipalities being financed from the state budget primarily. This is connected with the fact that municipalities may influence their incomes, and thus improve their economic situation, by forming conditions for business activities of other subjects.

Thus, two types of the municipal budget incomes related to business activities can be distinguished – the incomes from business activities of the municipality and the incomes from business activities of other subjects conducted in the area of the municipality. As a matter of course, the two types of incomes defined in this way are

limited by certain factors that can be on the other hand influenced by municipalities to some degree.

Municipalities as well as legal persons and institutions founded or established by them may conduct business activities only if the municipality has decided so in the prescribed way in accordance with the law and if the municipality and its subjects have obtained necessary licences under the rule of law in force – i.e. trade licences in most cases.

Předmět konkursního řízení a jeho správa

Ilona SCHELLEOVÁ

1. Konkursní podstata

Předmětem konkursního řízení je konkursní podstata. Její definice je obsažena v § 6 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání, kde je řečeno, že „majetek podléhající konkursu tvoří konkursní podstatu“. Ve druhém odstavci je ustanovení prvního odstavce podrobněji specifikováno, když je uvedeno, že „konkurs se týká majetku, který patřil dlužníkovi v den prohlášení konkursu a kterého nabyl za konkursu; tímto majetkem se rozumí také mzda nebo jiné podobné příjmy. Do podstaty nenáleží majetek, jehož se nemůže týkat výkon rozhodnutí; majetek sloužící podnikatelské činnosti z podstaty vyloučen není.“ Současná definice konkursní podstaty je ve skutečnosti zjednodušenou definicí, která byla obsažena v konkursním řádu z roku 1931 v § 3. Zde bylo uvedeno, že konkursní podstata je úpadcům majetek, který slouží k uspokojení nároků jeho věřitelů.¹

Definice konkursní podstaty uvedená v platném zákoně o konkursu a vyrovnání je však velmi obecná a v zásadě neřeší ani funkci konkursní podstaty, ani právní povahu majetku, který tvoří konkursní podstatu, přitom se jedná o jeden ze základních pojmů konkursního práva. K tomu, abychom mohli vyložit naznačené otázky si musíme vzít na pomoc některá další ustanovení zákona.

¹Text § 3 konkursního řádu z roku 1931 doslovně zní:

Odst. 1: „Od prohlášení konkursu není úpadci dovoleno nakládat svým jménem, které jest podrobeno exekuci a které mu náleželo v den prohlášení konkursu anebo kterého nabyl za konkursu (konkursní podstata).“

Odst. 2: „Do konkursní podstaty náleží zejména veškeré nemovité jmění úpadcovo, které jest ve zdejším státním území, a veškeré movité jmění úpadcovo, ať jest kdekoliv, pokud není o něm jinak ustanoveno v mezinárodních smlouvách nebo vládních prohlášeních vyhlášených ve Sbírce zákonů a nařízení.“

Odst. 3: „Konkursní podstata buď vzata podle ustanovení konkursního řádu do uschování a do správy a buďž jí užito k uspokojení všech osobních věřitelů, kterým v den prohlášení konkursu přisloužejí proti úpadci majetkoprávní nároky (konkursní věřitelé).“

Předně je to otázka funkce konkursní podstaty. Ta vychází z toho, že se jedná o úpadcův majetek, který slouží (po jeho zpeněžení) k rovnoměrnému uspokojení věřitelů. Vychází se z existenciálního úsudku a z účelového určení majetku. Musí se tedy jednat o úpadcův majetek, který slouží k uspokojení pohledávek úpadcových věřitelů. Úpadcův majetek by nebyl konkursní podstatou, kdyby nesloužil uvedenému účelu. Konkursní podstata je proto vždy účelovým majetkem. Účelové jmění může, ale nemusí mít samostatnou právní subjektivitu. Kdy jde o ten a kdy o onen případ, to lze spolehlivě poznat podle toho, zda sounáležitost jmění k dosavadnímu subjektu přestává nebo dále trvá. Jako samostatný právní subjekt můžeme uvést nadaci, protože majetek, z něhož nadace sestává, přestal být vlastnictvím zakladatele. Tím se dostáváme k dalšímu problému, který zákon výslovně neřeší. Je to otázka právní povahy majetku, který tvoří konkursní podstatu.

Z definice konkursní podstaty uvedené v § 3 zákona o konkursu a vyrovnání zcela spolehlivě nevyplývá, zda úpadce přestává nebo nepřestává být vlastníkem majetku, který tvoří konkursní podstatu. Jinak řečeno, zda se prohlášením konkursu mění subjekt vlastnického práva. Z definice je možné ovšem dovodit, že se jedná o majetek úpadcův v den prohlášení konkursu a dále majetek kterého nabyl za konkursu. Dlužník se přitom stává úpadcem až prohlášením konkursu. Z toho bychom tedy mohli volným výkladem vyvodit, že prohlášením konkursu se nic nemění na vlastnickém právu dosavadního dlužníka. Navíc v zákoně nenajdeme žádné ustanovení o tom, že v důsledku prohlášení konkursu dochází k přechodu vlastnického práva. Dochází jen k jeho omezení. Konkursní podstata je tedy nadále majetkem ve vlastnictví dlužníka, a to onou částí jeho majetku, která podléhá konkursu a ohledně níž dlužník ztrácí dispoziční oprávnění. S tímto hodnocením se dnes můžeme setkat v současných komentářích konkursního zákona², je však výsledkem dlouhodobého vývoje názorů na tuto otázku.

Termín „konkursní podstata“ je tak starý jako samo konkursní právo. Literatura i zákonodárce tento termín užívají, aniž by si položili některé teoretické otázky, které s tímto termínem souvisí.

Pro případnou změnu subjektu vlastnického práva je rozhodující okamžik prohlášení konkursu, kdy se z dlužníka stává úpadce, a kdy se jeho majetek stává konkursní podstatou. Tedy okamžik, kdy začíná sloužit k uspokojení nároků úpadcových věřitelů. Právě tento okamžik byl v minulosti různě vykládán a byl mnohdy spojován se změnou vlastnického práva. Ani judikatura z první republiky nebyla v tomto směru ještě jednotná.

Nejstarší teorií, která reagovala na problém vlastnického práva v souvislosti se vznikem konkursní podstaty byla teorie universální sukcese, podle níž přechází všechna aktiva a pasiva z úpadce na věřitele. V podstatě je to teorie kombinující misisionem in bona a cessionem bonorum římského práva. Autoři této teorie vycházeli

²F. Zoulík: Zákon o konkursu a vyrovnání. – Komentář, 2. vyd., Praha, C.H.Beck 1994, s. 47.

z toho, že věřitelé mají širokou autonomii, mají právo podstatu spravovat a volně s ní disponovat. V důsledku toho jsou věřitelé univerzální nástupci, a tak mají také dispoziční právo ke konkursní podstatě. Je jasné, že se jedná o teorii zcela překonanou již i prvorepublikovou právní úpravou. Věřitelé univerzálními sukcesory být nemohou, protože jak jsme výše vložili, majetek tvořící konkursní podstatu zůstává ve vlastnictví úpadci dále i po prohlášení konkursu. Věřitelům je sice i podle současné právní úpravy vyhrazen v rámci jejich autonomie značný vliv na správu konkursní podstaty, ale tento vliv nevysvětluje vznik nového soukromoprávního vztahu. Přitom je třeba si uvědomit, že sám zákon předepisuje jaký vliv mají věřitelé na správu konkursní podstaty a jakým způsobem a za jakých okolností mohou s majetkem tvořícím konkursní podstatu disponovat. Již v minulosti bylo poukazováno i na to, že kdyby věřitelé se stali univerzálními úpadcovými nástupci, musely by jejich nároky ipsa lege zaniknout konfusí, což je v rozporu s právní úpravou nejen v současnosti, ale i v první republice.

Odpůrci teorie univerzální sukcese vytvořili teorii singulární sukcese, podle níž jedni považovali věřitele za úpadcovy asignatáře, druzí za jeho cesionáře a opět jiní za jeho reprezentanty. V podstatě proti této teorii se uplatnily obdobné argumenty jako proti teorii první, a tak se stala brzy i tato neudržitelnou.

Novějšího data jsou teorie, které právní povahu konkursní podstaty spojovaly se vznikem specifického věcného práva, které umožňuje uspokojení věřitelů. Jednalo se zejména o teorii zástavního práva, podle níž každý věřitel nabývá prohlášením konkursu zástavní právo pouze na konkursní podstatu. Hlavní argumenty, které byly proti této teorii uplatněny, vycházely mimo jiné z toho, že tato teorie je v rozporu s hmotným právem, neboť to dovoluje nabýt zástavního práva pouze na předměty, které jsou přesně určitelné tedy konkrétně specifikované, kdežto v okamžiku prohlášení konkursu není známo, co vše je a co není součástí konkursní podstaty. Konkursní podstata se navíc může měnit v tom smyslu, že některé věci, které do ní dosud patřily, se z ní vyloučí, jiné zase mohou k ní přibýt. Zde by potom nebylo jasné, v kterém okamžiku na nich zástavní právo vzniká. Argumentů odmítajících tuto teorii je však možno nalézt mnohem více.

Z posledně uvedené teorie vyšla konečně teorie další, tzv. teorie na zabavení konkursní podstaty. I v případě této teorie operují jak její přívrženci, tak odpůrci obdobnými argumenty jako u teorie zástavního práva. Teorie má tedy pouze historickou hodnotu.³

Podíváme-li se podrobně na vývoj těchto teorií zjistíme, že je založen na postupném zeslabování vztahu věřitelů ke konkursní podstatě. Od vlastnictví, které jim připisovala teorie univerzální i singulární, přes zástavní právo šel vývoj k teorii o právu na zabavení. Jejich společným rysem je představa o společenství, které tvoří

³Podrobněji k jednotlivým teoriím a k jejím představitelům viz F. Štajgr: *Konkursní právo*, Praha 1947, s. 222 - 224.

věřitelé a jeho vztah ke konkursní podstatě, který měl podle té či oné teorie různý obsah. Se změnou tohoto obsahu se současně zmenšovala intenzita soudržnosti jejich společenství, které se vnitřně uvolňovalo. Dokud jim bylo přičítáno společné vlastnictví konkursní podstaty, typické pro teorii univerzální sukcese, byla tato soudržnost mnohem pevnější než u teorie o zástavním právu.

Z existence společenstva věřitelů, které má vlastní právní subjektivitu vycházela i teorie publicistická nebo-li zástupčí. Tato teorie výslovně přiznávala úpadci vlastnictví ke konkursní podstatě, ale zdůrazňovala, že to, že je zbaven oprávnění s ní disponovat je v zájmu věřitelů. Navenek se to projevuje v tom, že úpadce je ve správě konkursní podstaty zastoupen. Správce podstaty zastupuje úpadce v jeho právech a povinnostech, kdežto věřitelé („věřitelstvo“) samo hájí své zájmy.

Projdeme-li všechny platné konkursní řády na našem území nenajdeme nikde oporu ani pro uznání této teorie. Je pravdou, že v konkursním řádu č. 1 ř. z. z roku 1869 se hovořilo o „věřitelstvu“, ovšem nenajdeme ani zde oporu pro tvrzení o jeho právní subjektivitě.

Všichni věřitelé sice mají společný zájem, spočívající v uspokojení jejich pohledávek, to však nevytváří samostatný právní subjekt. Ten by se musel opírat o právní úpravu, která neexistuje. Ani věřitelský výbor nemá právní subjektivitu. Rovněž správce podstaty není možné klasifikovat jako úpadcovu zástupce. Žádná ze zmíněných teorií tedy v dnešní době neobstojí, konečně neobstála ani v době platnosti právní úpravy z roku 1931, resp. z doby rakouské monarchie. Pravdou však je, jak jsme již upozornili, že judikatura první republiky v tomto směru nebyla příliš jednotná. Stačí se například podívat do rozhodnutí z roku 1924, kde se říká, že „konkursní podstata není týmž právním subjektem, jako úpadce“⁴. Po vydání konkursního řádu z roku 1931 se však ustálila na názoru, který zde prezentujeme.

* * *

Všechny zmíněné teorie se týkaly právní povahy konkursní podstaty, k níž se ještě vrátíme, ale žádná se netýkala samotného pojmu konkursní právo. Je to pochopitelné, protože pro potřeby právní praxe jsou podobné teoretické úvahy téměř zcela bezcenné a dokonce nemají ani větší smysl pro rozvoj teorie konkursního práva. Přesto pro úplnost se na jednu z nich, kterou komentuje i F. Štajgr ve své knize o konkursním právu, podíváme. Uchýlíme se však jen k reprodukci názorů autora teorie a F. Štajgra, který ji komentuje a kritizuje. Zde se říká, že pojem

⁴Rozhodnutí z 24. září 1924, Rv II 440/24 Sbirka rozhodnutí nejvyššího soudu čsl. ve věcech občanských, porádaná z příkazu presidia nejr. soudu jeho druhým prezidentem Drem F. Vázným, č. 4181. S tím je možné naopak srovnat rozhodnutí uveřejněná ve stejné sbírce pod čísly 16106, 4050, 8177, 10057, a 13747, případně viz sbírka rozhodnutí nejr. soudu vydávaná jako příloha Soudcovských listů, č. 1125.

konkursní podstaty přímo zasahuje rozeznávání konkursní podstaty, jaká má být na jedné straně a konkursní podstaty jaká je, na druhé straně. Autorem této teorie byl Oetker. Jemu je konkursní podstata jednak souhrnem těch úpadcových majetkových předmětů, na něž jsou věřitelé odkázáni podle zákona, jednak souhrnem těch majetkových předmětů, které konkursní orgány skutečně vzaly v uzavěru pro úpadcovy věřitele. Konkursní podstata je tedy podle autora této teorie ideální konkursní podstatou, o níž má představu jen ten, kdo vidí před sebou ideální konkursní řízení, při němž zákonodárce může abstrahovat a skutečně abstrahuje od modifikujících podrobností jednotlivého případu. Kdežto konkursní podstata, jaká je, je podstata skutečně zkonstruovaná v daném konkursu orgány konkursního řízení. Rozdíly obou těchto podstat se mohou projevit také prakticky v rozdílech jejich rozsahu. Na jedné straně může totiž podstata, jaká má být, mít užší rozsah než podstata, jaká je. Tak je tomu například, je-li s určitými předměty, které jsou podle zákona vyloučeny z konkursní podstaty zejména proto, že jsou vyloučeny z exekuce nebo, že nepatří úpadci, nakládáno, jako by byly součástí podstaty, poněvadž je správce podstaty pojal do inventáře apod. Jindy zase může nastat opačná situace. Podstata, jaká je, má užší rozsah než podstata, jaká má být, takže zasahuje jen její část, například z toho důvodu, že do ní nebyly pojaty všechny součásti úpadcová majetku, které do ní měly být pojaty podle zákona. Toto rozlišování, jak zdůrazňuje F. Štajgr, bylo pozdější naukou podrobněji propracováno a zdůvodněno, takže se stalo obecným názorem a v literatuře konkursního práva je všemi přijímáno bez námitek jako samozřejmost. Nyní jsou oba tyto druhy konkursní podstaty definovány takto. Podstata, jaká má být, tu si přeje zákon, avšak na podstatu jaká je, připíná právní účinky. Podrobněji rozebírat argumenty, které dokazují zejména metodologické nedostatky této teorie, je dnes již zcela zbytečné. Učinil to již F. Štajgr ve zvláštním článku otištěném v Právniku v roce 1942.⁵ K tomu dodává v publikaci o konkursním právu, že jak definice konkursní podstaty jaká má být, tak definice konkursní podstaty jaká je, je pouhým popisem jednoho a téhož jevu, tj. konkursní podstaty. Přitom popisující se dívá pokaždé jinak na tento jev. Jako žádáme od zákona pojmovou jednoznačnost, tak ji žádáme také od vědy. Říká-li nauka o konkursní podstatě jaká má být, že si jí přeje zákon, a o konkursní podstatě jaká je, že na ni připíná právní účinky, nemůže to znamenat nic jiného, než že zákon nepřipíná na konkursní podstatu jaká má být, žádné právní účinky. Důsledek toho může být jen ten, že konkursní podstata jaká má být, je prázdným slovem, tedy nikoli pojmem, který předpokládá existenci nějakého jemu odpovídajícího jevu z oblasti reálného světa. K tomuto důsledku dospějeme, učiníme-li východiskem chápání konkursní podstaty jaká je, dynamické nazírání, což jinými slovy znamená, že v zákoně vidíme ne slova, ale směrnice pro činnost. Zvolili-li bychom statické nazírání, takže bychom viděli v konkursní pod-

⁵F. Štajgr: Právnik, 1942.

statě jaká má být pojem, nikoli směrnici pro činnost, uniklo by nám zase to, co nazýváme konkursní podstatou jaká je, neboť je-li jí to, na co zákon připíná právní účinky, nemůže to být totožné s tím, na co zákon nepřipíná tyto účinky. Nauka ovšem říká, že v konkursní podstatě jaká má být, je dána směrnice pro činnost hlavně správci podstaty. To znamená, že i jí přiznává právní účinky, ale patrně jiné než konkursní podstatě jaká je. Ale má-li konkursní podstata dvojí od sebe odlišné právní účinky, může to být buď doklad toho, že konkursní podstata v jednom případě není totožná s konkursní podstatou v druhém případě. Pak je ovšem nesprávné pro ní užít v obou případech téhož názvu – anebo je to dokladem toho, že sice jde v obou případech o tutéž konkursní podstatu, ale že různost právních účinků nelze odvozovat z konkursní podstaty, nýbrž z jiných příčin. Přitom skutečnost je taková, že právní účinky lze odvozovat nikoli z pojmů, nýbrž z lidské činnosti. Proto nelze tvrdit, že na podstatu jaká je, připíná zákon účinky. Právní účinky připíná zákon na tu činnost konkursních orgánů, kterou musí vyvinout, aby zjistily, co vše je součástí konkursní podstaty. Právním účinkem této činnosti je povinnost každého uznat, že souhrn všech takto zjištěných součástí tvoří konkursní podstatu, která je předmětem konkursu. Naproti tomu to, co nauka nazývá konkursní podstatou jaká má být, vzniká jako pouhý důsledek prohlášení konkursu, tedy ipso iure. Ale ani tato nauka se neodvažuje tvrdit, že by takto vzniklý majetkový soubor (ipso iure) byl rovněž předmětem téhož konkursu, jehož předmětem je to, co nazývá konkursní podstatou jaká je. Tato nauka si je vědoma toho, že právě proto, že mohou vzniknout rozdíly mezi tou a onou podstatou, nemohou existovat jako předmět téhož řízení obě vedle sebe. Tím méně lze zákonu imputovat úmysl považovat obě současně za jeho předmět. Zákon může požadovat pouze, aby jen jedna z nich byla tímto předmětem. A uvážíme-li, že ukládá správci podstaty, resp. konkursnímu soudu bezpodmínečnou povinnost zjistit, co vše tvoří konkursní podstatu, tedy to, co nauka nazývá podstatou jaká je, musí být každému jasné, že považuje za předmět řízení pouze tuto podstatu. Zde musíme společně s F. Štajgrem⁶ s prezentací zastaralých teorií skončit. Je z nich zřejmé, že podobné úvahy nejen, že jsou vnitřně rozporné, ale teorii konkursního práva zavádí do slepých uliček. Pro rozvoj právní teorie nemají žádný význam, natož pro právní praxi. To za situace, kdy před právní teorií stojí v souvislosti s konkursním právem řada problémových okruhů, kterým je třeba se věnovat. Řada z nich se týká i konkursní podstaty.

* * *

Vydeme-li ze závěru, že k majetku, který podléhá konkursu a tvoří konkursní podstatu se nemění subjekt vlastnického práva. Tedy dlužník změnil se v úpadce

⁶F. Štajgr: Konkursní právo, Praha 1947, s. 228 - 29.

prohlášením konkursu zůstává vlastníkem tohoto majetku, vznikají další teoretické otázky, související s obsahem tohoto vlastnického práva. V literatuře k zákonu o konkursu a vyrovnání nalezneme mimo jiné konstatování, že „v průběhu konkursu má dlužník k konkursní podstatě jen –holé vlastnictví–, při němž nemůže využívat oprávnění, která jinak jsou s vlastnictvím spojena“.⁷ Na tento problém se pokusíme podívat poněkud podrobněji, protože citované konstatování se může zdát poněkud zjednodušené. Vlastnické právo (dominium, proprietas) již od dob platnosti římského práva, je definováno jako všeobecné panství nad věcí. Obsah vlastnického práva je vymezen tím, že k subjektivnímu právu vlastnickému náleží právo držení (ius possidendi), právo věci užívat (ius utendi) a požívat (ius fruendi), právo působit na podstatu věci, konkrétně ji měnit a zničit. Tedy jinak řečeno současnou občanskoprávní terminologií obsahem vlastnického práva je zejména právo držby, užívání a dispoziční.

Pod pojmem „holé vlastnictví“ se myslí vlastnictví, které je tohoto obsahu zbaveno. Do určité míry to připomíná středověké dělené vlastnictví, projevující se například v lenních vztazích, které se dokonce objevují i v původní verzi ABGB z roku 1811. Pojmu „holé vlastnictví“ se používalo v posledních desetiletích zejména v souvislosti s vlastnickým právem k pozemkům předaným do držby a užívání zemědělským družstvům. Je tedy skutečně vlastnické právo dlužníka, změnivšího se prohlášením konkursu na úpade, tohoto obsahu zbaveno? Zcela bezproblémově se prohlášením konkursu na úpade, tohoto obsahu přechází na správce konkursní podstaty, což vyplývá z řady ustanovení zákona o konkursu a vyrovnání. Zejména je třeba upozornit na § 14 odst. 1 písm. a), které dává správci právo nakládat s úpadečným majetkem, který tvoří konkursní podstatu. Dále § 14, odst. 1 písm. b), podle něhož správce dává souhlas s některými právními úkony úpade, které může úpade uskutečnit i po prohlášení konkursu. Zejména však jsou to ustanovení obsažená v § 27, odst. 2 (zpeněžení majetku podstaty prodejem mimo dražbu), § 27 odst. 3 (podání návrhu na soudní dražbu a působení při ní), § 27 odst. 4 (vyloučení neprodejných věcí z podstaty), § 27a (provedení zpeněžení úpadečova podniku jedinou smlouvou) atd. atd. Dispoziční právo však na správce nepřechází absolutně, protože je řadou ustanovení zákona omezen věřiteli a konkursním soudem, kteří musí k některým úkonům dát souhlas. Například věřitelé prostřednictvím věřitelského výboru dávají souhlas k jinému než znaleckému ocenění podstaty (§ 18 odst. 3 zákona o konkursu a vyrovnání), dávají souhlas k dohodě o rozdělení bezpodílového spoluvlastnictví manželů (§ 26 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání), dávají souhlas k vyloučení neprodejných věcí a nedobytných pohledávek z podstaty (§ 27 odst. 4 zákona o konkursu a vyrovnání, dávají souhlas ke zpeněžení aktiv podniku jednou smlouvou (§ 27a zákona o konkursu a vyrovnání).

⁷F. Zoulík: *Zákon o konkursu a vyrovnání. – Komentář*, 2. vyd., Praha, C.H.Beck 1994, s. 47

Rovněž při vymezení přechodu užívacího práva na správce se nesetkáme s teoretickými problémy. V případě, že součástí konkursní podstaty je například podnik, který zůstává v provozu i v průběhu konkursu, bude muset správce podstaty zajistit jeho další provoz, jakož i výkon manažerských a ekonomických činností, které jsou s provozem podniku spojeny. Stejně tak tomu bude jestliže se součástí konkursní podstaty stane například zemědělský podnik, jehož součástí jsou nemovitosti, které je třeba obdělávat nebo hospodářské zvířectvo, o něž je nutné pečovat. Správce však tento majetek neužívá pro sebe, ve svůj prospěch, ale hodnoty získané jeho užíváním se stávají součástí majetku, který tvoří konkursní podstatu. Navíc v některých případech nebude možné vyloučit, že ještě před provedením soupisu konkursní podstaty správcem bude třeba realizovat některé úkony nebo činnosti, které nesou odkladu, a že je nebude moci ještě provést správce, který doposud není zcela seznámen se stavem věci. Takové úkony bude tedy oprávněn provést ještě úpade, pokud ovšem budou ve prospěch podstaty. Samozřejmě, že o takových úkonech bude muset být správce neprodleně informován. Kdyby šlo o jakékoli jiné úkony, byly by vůči věřitelům neúčinné.

Nejsložitější teoretické problémy se nám však objeví jestliže se budeme snažit zjistit, zda prohlášením konkursu přechází i držba veškerého majetku, tvořícího konkursní podstatu na konkursního správce. Držbou se vždy rozumělo takové ovládání věci, při němž ten, kdo věc ovládá (držitel), tak činí s vůlí mít ji pro sebe (tzv. animus possidendi), tj. jinak řečeno, s vůlí být jejím vlastníkem. Tím se držba liší mimo jiné od detence, při níž není dána vůle mít věc pro sebe. Je možné tyto definice použít při vymezení onoho „holého vlastnictví“ úpade?

Předně je třeba rozlišovat věci, které v okamžiku prohlášení konkursu byly v držení dlužníka měnícího se v úpade, a věci, které v té době v držení nebyly. Do druhé skupiny patří všichni detentori věcí patřících vlastníkovu (dlužníkovu) nájemce, vypůjčitel či schovatel, případně zástavní věřitel, kteří mají dlužníkovu věc u sebe.

K věcem, které v okamžiku prohlášení konkursu byly v držení dlužníka měnícího se v úpade, tento držbu ztrácí. Toto však přímo nevyplývá z textu zákona, ale jen z cílů prohlášení konkursu. Předně nikde v zákoně nenajdeme ustanovení o povinnosti správce fyzicky převzít veškerý úpadečův majetek, tvořící konkursní podstatu. Naopak například v § 17 zákona o konkursu a vyrovnání je ustanovení o tom, že úpade je povinen neprodleně sestavit a odevzdat správci seznam svých aktiv a pasiv s uvedením svých dlužníků, věřitelů a jejich adres atd. Tento seznam by úpade mnohdy nemohl vyhotovit bez možnosti přístupu k věcem, které se mají stát součástí seznamu. Jinak řečeno, kdyby je neměl v držení, nemůže mnohdy splnit tuto povinnost, jejíž nesplnění se může negativně projevit v celkovém průběhu konkursu tím, že bude neúplně zjištěna velikost konkursní podstaty. V následujícím § 18 zase nalezneme ustanovení, podle něhož se ukládá správci podstaty provést sou-

pis podstaty podle pokynů soudu za použití seznamu předloženého úpadcem a za součinnosti věřitelského výboru. Na jedné straně musíme konstatovat, že ani zde se nehovoří o tom, že by správce v tomto okamžiku měl věci v držení, na druhé straně stejně jako úpadce by těžko mohl podobný soupis vyhotovit, jestliže by k věcem neměl přístup. Paragrafy 17 a 18 jsou tedy z pohledu držby majetku poněkud kontraverzní, resp. zákonodárce se v tomto směru nejevil příliš důsledným.

V úvahách o držbě však půjdeme ještě dále. Cílem konkursu je uspokojit pohledávky věřitelů. K tomuto uspokojení slouží majetek, který tvoří konkursní podstatu. Vrátime-li se ke klasické definici držby konstatující, že tato je ovládnání věci, při němž ten, kdo věc ovládá (držitel), tak činí s vůlí mít ji pro sebe (tzv. animus possidendi) nevejde se nám do ní ani úpadce ani správce podstaty. Ani jeden, ani druhý majetek, který tvoří konkursní podstatu tento majetek nedrží pro sebe, ale jen dočasně než budou věřitelé uspokojeni. Z hlediska klasického, pojetí držby tedy není držitelem ani úpadce, ale ani správce. Z tohoto pohledu se postavení správce konkursní podstaty spíše blíží detentorovi, než klasickému držiteli. Tomu by také odpovídala dikce § 3 odst. 3 konkursního řádu z roku 1931, kde se praví: „*Konkursní podstata buď vzata podle ustanovení konkursního řádu do úschovy a do správy a buď již užito k uspokojení všech osobních věřitelů...*“ Podobné ustanovení v dnes platném konkursním právu chybí. Řekneme tedy, že právní vztah správce konkursní podstaty k této podstatě je vztahem sui generis, historicky se například podobající národní správě po druhé světové válce.

U druhé skupiny držitelů (detentorů) je otázka práva držby zcela jasná. Tito byli držiteli věcí, patřících dlužníkovi ještě před prohlášením konkursu a v tomto postavení zůstávají i po jeho prohlášení. Jejich práva jsou však omezena zákonem, který jim ukládá určité povinnosti. Předně se podrobí zapsání těchto věcí do soupisu podstaty a následně i režimu konkursu. Například jde-li o zástavní věřitele nemohou své právo realizovat přímým prodejem zástavy, ale musí je uplatnit jako oddělení věřitelé ve smyslu § 28 zákona o konkursu a vyrovnání.

Shrneme-li předchozí výsledky provedené analýzy v souvislosti s otázkami případné změny vlastnického práva v okamžiku prohlášení konkursu, musíme konstatovat, že samotné prohlášení konkursu nemá vliv na změnu vlastnického práva, ale na jeho obsah. Dlužník změněn v úpadce ztrácí dispoziční právo k veškerému majetku, který tvoří konkursní podstatu, až na výjimky ztrácí právo užívání a návaznosti na to právo držby. Do těchto práv však plně nevstupuje správce konkursní podstaty, jehož právní postavení není přesně vymezeno zákonem. V omezené míře má právo s věcmi disponovat (omezujícími subjekty jsou věřitelé a soud), ve prospěch konkursní podstaty věci užívat a k zajištění plnění povinností vyplývajících ze zákona a sledujících cíl konkursního řízení má v nezbytném rozsahu i právo držby, nikoli

však s vůlí držet věc pro sebe, ale pro maximální uspokojení věřitelů.

* * *

Starší odborná literatura, vycházející z dobové právní úpravy chápala konkursní podstatu z dvojího různého pohledu. Předně rozeznávala společnou a zvláštní konkursní podstatu podle toho, která skupina věřitelů má z ní být uspokojena. Podle této teorie konkursní věřitelé jsou uspokojováni jen ze společné, oddělení věřitelé jen ze zvláštní podstaty. Z toho také plynula rozdílnost jejich právní povahy. Právní úprava konkursního práva z roku 1931 také skutečně v §§ 50, 51, 52 a 53 rozlišovala tyto dvě konkursní podstaty, dnešní právní úprava tak ovšem nečiní. Přestože v dnes platném zákonu o konkursu a vyrovnání se toto rozlišení neobjevuje. Hovoří se obecně jen o konkursní podstatě. Může i dnes teorie soukromého práva k takovému rozlišení dojít? Podle mého názoru zcela jistě.

I dnešní právní úprava rozlišuje různé druhy věřitelů, z nichž zvláštní postavení mají tzv. oddělení věřitelé. Tito oddělení věřitelé, tj. věřitelé pohledávek, které jsou uvedeny v § 28 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání, mají v konkursu zvláštní postavení, které lze charakterizovat jako jednu z výjimek ze zásady „par conditio creditorum“. Zvláštnost jejich postavení spočívá v tom, že se prioritně uspokojují z výtěžku prodeje věci, které sloužily k zajištění jejich pohledávky. Pokud postačí tento výtěžek k plné úhradě jejich pohledávky, nepodílí se tyto věřitelé na poměrném uspokojení věřitelů. Z toho je tedy možné usoudit, že oddělení věřitelé jsou uspokojováni ze zvláštní podstaty, přičemž tuto zvláštní podstatu tvoří jen ty předměty konkursní podstaty, které jsou zatíženy věcněprávními nároky oddělených věřitelů. Oddělených věřitelů může být v tomtéž konkursu více a každý z nich může mít své věcné právo zajištěno na jiné úpadcové věci. Může proto být tolik zvláštních podstat, kolik je oddělených věřitelů. Není to však nutné, neboť několik oddělených věřitelů může mít zajištěno své věcné právo na jedné a téže věci, takže tu může při několika oddělených věřitelích být případně i jen jedna zvláštní podstata. Je však rovněž možné, že je jen jeden oddělený věřitel, který má svůj nárok zajištěn na několika věcech, a pak tvoří všechny dohromady jednu zvláštní podstatu. O počtu zvláštních podstat v témže konkursu nerozhoduje tedy ani jen počet věcí, ani jen počet oddělených věřitelů, resp. nároků na oddělené uspokojení, nýbrž všechny tyto znaky dohromady. Z toho vyplývá, že zvláštní podstata nemusí tvořit nějakou hospodářskou jednotku.

Naopak společná konkursní podstata je jen jedna. Pro ni je zcela lhostejné jak množství věcí, z nichž sestává, tak počet věřitelů a jejich nároků, neboť nárok každého z nich právně zasahuje celou společnou podstatu. Jde tu jen o oblihační nároky, pro jejichž uspokojení je lhostejný zdroj, z něhož k němu má dojít. Patří do

ni vše, co není součástí zvláštní podstaty a je-li pojem hospodářského celku lhostejný pro pojem zvláštní podstaty, je tím lhostejnější pro obsah pojmu společné podstaty, takže společná podstata může sestávat z několika nebo z jednoho hospodářského celku, nebo naopak nemusí tvořit žádný hospodářský celek.⁸

Existenci dvou druhů konkursních podstat i v současné právní úpravě svědčí i dvojitý způsob uspokojování pohledávek konkursních věřitelů, tj. jejich uspokojování v průběhu řízení a jejich uspokojování realizací rozvrhového usnesení. Uspokojování nároků tzv. oddělených věřitelů navíc tvoří výjimku i v tom smyslu, že tyto nároky se přihlašují podle § 20 zákona o konkursu a vyrovnání, ale uspokojují se v průběhu konkursu.

Z uvedeného logicky vyplývá, že v každém konkrétním konkursním řízení se nemusí vyskytovat oba druhy konkursních podstat. Je totiž právě tak možné, že v jednom konkursu není žádná zvláštní podstata a je tedy jen společná podstata, v jiném konkursu zase je tomu naopak a ve třetím jsou oba druhy. Přitom je třeba si uvědomit, že o tom, kdy jde o ten či onen případ, nemusí vždy rozhodovat to, zda tu jsou či nejsou oba druhy věřitelů. Neboť se může stát, že ač jsou tu jak oddělení, tak konkursní věřitelé, přece je celá podstata vyčerpána předměty jedné nebo více zvláštních podstat, takže nezbyvá nic, co by bylo lze považovat za součást společné podstaty. To je prostým důsledkem obligační povahy konkursních pohledávek, které mohou existovat, aniž by tu byl nějaký majetek, sloužící k jejich uspokojení. Není však myslitelný konkurs, v němž by byla jen společná podstata, ale oba druhy věřitelů. Tedy kde by nic z konkursní podstaty nesloužilo k uspokojení nároků oddělených věřitelů, neboť tento nárok není nárokem neexistuje-li předmět pro jeho uspokojení.⁹

Dále je třeba si uvědomit¹⁰, že pojmové rozlišení, zvláštní a společné podstaty je statické rozlišení zachycující stav jednoho okamžiku. Tento stav však není neměnný. Je-li v určitém stadiu konkursu třeba rozeznávat zvláštní podstatu od společné, neznamená to, že by to bylo nutné po celou dobu trvání konkursního řízení. Prohlášení konkursu samo o sobě zde nemusí být rozhodujícím okamžikem, poněvadž existence zvláštních podstat je závislá na existenci nároků na oddělené uspokojení a v okamžiku prohlášení konkursu nemusí být známo, zda a které úpalcovy dluhy jsou pohledávkami na oddělené uspokojení. Je zřejmé, že v tom okamžiku ještě nemusí být známo anito, zda a co z úpalcova majetku tvoří zvláštní podstatu. Navíc je možné, že některé věci, které původně patřily do společné podstaty, stanou se předměty zvláštní podstaty, případně naopak. Předměty, které tvořily zvláštní podstatu, dostanou se do společné podstaty, jakmile se zjistí neexistence pohledávky

⁸K tomu viz zejména F. Štajgr: *Konkursní právo*, Praha 1947, s. 230, J. Voska: *Konkursní vyrovnací a odpůrcí řády*, Praha 1931, s. 213 a nás.

⁹F. Štajgr: *Konkursní právo*, Praha 1947, s. 231.

¹⁰F. Štajgr: *Konkursní právo*, Praha 1947, s. 231.

vydávané za nárok na oddělené uspokojení. Mimo to je možné, že po uspokojení nároku odděleného věřitele zůstane z peněz, získaných za věci příslušné zvláštní podstaty, zbytek, který se stane součástí společné podstaty. Proto vztah mezi zvláštní a společnou podstatou musíme chápat dynamicky.

* * *

Starší právní teorie rovněž přišla s dělením na aktivní a pasivní konkursní podstatu. Vysvětlení tohoto dělení bylo dvojitě. V jednom případě se toto dělení vysvětlovalo jako výslednice poměru úpalcova jmění, z něhož se uspokojují v konkursu úpalcovy dluhy, k těmto jeho dluhům. Zde se potom mluví o aktivní podstatě, je-li souhrn dluhů menší než toto jmění, a o pasivní podstatě, je-li souhrn dluhů větší než jmění, z něhož mají být uspokojeny za konkursu. Jiný výklad této teorie říkal, že aktivní podstatou se rozumí souhrn úpalcova jmění, kdežto pasivní podstatou souhrn těch jeho dluhů, které jsou pohledávkami konkursních a oddělených věřitelů. Aniž bychom tyto teorie akceptovali, jejich uvedení nám pomůže přejít k obsahu konkursní podstaty. Jinak řečeno, výrazy aktivní a pasivní konkursní podstata zaměníme za aktiva a pasiva, a přejdeme od vykladu pojmu k vyložení obsahu, resp. rozsahu konkursní podstaty. Dalšímu výkladu je třeba předeslat konstatování, že konkursní podstatu tvoří veškerá aktiva úpalcova (nikoli pasiva), která mají majetkovou hodnotu. Vyjdeme tedy z existence pouze jedné konkursní podstaty, a to použijeme-li v tomto směru zastaralou terminologii, aktivní podstaty a pokusíme se rozebrat co vše do ní patří.

V § 6 zákona o konkursu a vyrovnání je konkursní podstata pojímána jako „majetek“, přičemž zákon tento pojem blíže nespecifikuje. Ani jiné právní předpisy nedávají tomuto pojmu bližší výklad. V obchodním zákoníku v § 6 odst. 1 se pouze definuje pojem „obchodní majetek“, jako „souhrn majetkových hodnot (věci, pohledávek a jiných práv a penězi ocenitelných jiných hodnot), které patří podnikateli a slouží nebo jsou určeny k jeho podnikání“. Zároveň se však v první části této věty ještě uvádí, že tato definice je pro účely obchodního zákoníku. Z toho důvodu je třeba si z ní vybrat jen to, co je použitelné obecněji – tím je konstatování, že obchodní majetek je souhrn majetkových hodnot. Co vše do těchto majetkových hodnot patří je specifikováno v závorce: věci, pohledávky a jiná práva a penězi ocenitelné jiné hodnoty. Právě z této specifikace vyjdeme při dalším rozboru obsahu konkursní podstaty.

Zároveň je třeba si uvědomit, že konkursní právo neakceptuje zcela tzv. princip univerzality. To znamená, že do konkursní podstaty nepatří veškerý úpalcův majetek. Omezení je zde celá řada, mimo jiné některá jsou z hlediska mezinárodního práva, jiná z důvodů sociálních.

Součástí konkursní podstaty je ovšem pouze majetek, který je ve vlastnictví dlužníka v okamžiku prohlášení konkursu a dále majetek, který dlužník nabyt až po prohlášení konkursu. Pro stanovení rozsahu konkursní podstaty je tedy rozhodující časový moment prohlášení konkursu. Majetek, který dlužník převedl na někoho jiného před prohlášením konkursu, do konkursní podstaty nepatří. Samozřejmě pokud ohledně něho není úspěšně uplatněna odpůří žaloba.

Co tedy do konkursní podstaty patří:

1. Dlužníkovy věci movité. V občanském zákoníku není definován ani pojem „věc“, ani pojem „věc movitá“. Teorie občanského práva však pod pojmem „věci“ považuje věci hmotné a přírodní síly, za předpokladu, že jsou užitečné a ovladatelné. Oba předpoklady toho, aby hmotná věc či přírodní síla byla věcí v právním smyslu, jsou kumulativní. Není tedy věcí něco co je ovladatelné, ale neužitečné, ani naopak, co je užitečné, ale neovladatelné. Příčerná ovladatelnost je třeba posuzovat objektivně.

Pojem „movité věci“ občanský zákoník nedefinuje, nicméně k jeho definici můžeme dojít negativním vymezením. Tedy movité věci jsou ty, které nejsou nemovité. Římské právo pod pojmem „věci movité (mobilia)“ chápalo věci, u nichž je možná změna jejich místa v prostoru. Pro naše účely bude ovšem stačit ono negativní vymezení našeho občanského práva.

Rozlišování věcí na movité a nemovité je důležité z hlediska uplatnění principu teritoriality. Tento princip se totiž uplatňuje pouze u věcí nemovitých. Náš v současné době platný zákon o konkursu a vyrovnání tento problém řeší v § 69. Zde je řečeno, že nestanoví-li jinak mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána, a jež byla uveřejněna ve Sbírce zákonů, vztahuje se konkurs prohlášený soudem i na úpalcovy movité věci, které jsou v cizině. Tedy setkáváme se zde s předpisem mezinárodního práva soukromého a procesního, které jednoznačně preferuje mezinárodní smlouvy. Pro movité věci je zde tedy vyslovena zásada univerzality, jež však může být modifikována mezinárodními smlouvami publikovanými ve Sbírce zákonů. Z toho vyplývá, že úpalcé prohlášením konkursu pozbývá právo disponovat i s majetkem, nacházejícím se v cizině.

Zároveň však je zde (ve druhém odstavci § 69) formulována zásada reciprocit. Totiž nebyl-li na dlužníkově majetek, který se stal předmětem konkursu v cizině, prohlášen konkurs českým soudem, budou úpalcovy movité věci, které jsou na území České republiky, vydány cizímu soudu na jeho žádost, jde-li o soud státu, který zachovává vzájemnost. Úpalcův majetek může však být vydán do ciziny teprve tehdy, když byla uspokojena práva na vyloučení věci z podstaty a na oddělené uspokojení (§ 28 zákona o konkursu a vyrovnání) nabytá dříve, než došla žádost cizího soudu nebo jiného příslušného orgánu.

Tedy je zde řešena situace, kdy na úpalcé je prohlášen konkurs v cizině, ale zároveň není prohlášen na jeho majetek konkurs naším soudem. V tom případě je jeho majetek vydán na požádání cizímu soudu, při splnění dvou podmínek. Jednak zde musí být v příslušném státě zajištěna vzájemnost, jednak musí být přednostně uspokojena práva na vyloučení věci z podstaty a práva na oddělené uspokojení, pokud se týkají majetku, který má být vydán.

Je logické, že společně s hlavní věcí do konkursní podstaty patří tato věc i se všemi součástmi, a patří do ní i věci, které tvoří příslušenství. Toto sice nevyplývá přímo z textu zákona o konkursu a vyrovnání, vyplývá to však z textu občanského zákoníku a z teorie občanského práva.

Podle dikce § 121 odst. 1 občanského zákoníku jsou příslušenstvím věci (tj. věci hlavní) věci, které náležejí vlastníku věci hlavní a jsou jím určeny k tomu, aby byly s hlavní věcí trvale užívány. Pojem příslušenství věci je tedy charakterizován čtyřmi základními znaky:

- a) Jedna z věcí je věcí hlavní, druhá příslušenstvím. Musí zde být tedy nejméně dvě věci a obě musí mít povahu samostatné věci v právním smyslu, jinak by šlo o součást věci. Která věc je hlavní, vyplývá z porovnání jejich hospodářského významu.
- b) Příslušenství musí náležet vlastníku věci hlavní.
- c) Příslušenství musí být vlastníkem určeno k trvalému užívání s věcí hlavní.
- d) Příslušenství nemusí být od hlavní věci odděleno, ale může být s věcí hlavní technicky spojeno. Důležité však je, aby si příslušenství podrželo povahu samostatné věci.

Z toho je tedy zřejmé, že do konkursní podstaty patří vedle hlavní věci i její příslušenství.

Součástí věci je podle § 120 občanského zákoníku vše, co k ní podle její povahy náleží a nemůže být odděleno, aniž by se tím věc znehodnotila. Na rozdíl od příslušenství tedy součást věci není samostatnou věcí v právním smyslu. Z toho tedy vyplývá, že právní úkony, týkající se věci, se týkají i jejích součástí. Tedy prohlášením konkursu se automaticky stávají všechny součásti věci pojatých do konkursní podstaty, součástí konkursní podstaty.

2. Dlužníkovy věci nemovité. Nemovitostmi jsou pozemky a stavby spojené se zemí pevným základem. Jak již bylo řečeno, dělení na věci movité a nemovité je důležité z hlediska použití principu teritoriality nebo univerzality. Pro věci nemovité platí princip teritoriality, tedy do konkursní podstaty nepatří úpalcovy nemovitosti, nacházející se v cizině.

3. Dlužníkovy pohledávky. V § 6 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání jsou výslovně, i když pouze demonstrativně, uvedena mzda nebo jiné podobné příjmy, což mohou být důchody, dávky nemocenského pojištění atd. Je pochopitelné, že do podstaty nemohou být zahrnuty ty pohledávky, u nichž je plnění omezeno výlučně na osobu dlužníka a jsou na jinou osobu nepřevoditelné.
4. Další práva a jiné hodnoty ocenitelné penězi. Sem patří například práva průmyslová, good-will, know-how atd. Součástí podstaty jsou i dlužníkovy kapitálové účasti v obchodních společnostech jakož i jeho práva v družstvech.¹¹
5. Dlužníkovy spoluvlastnické podíly. Za použití § 137 občanského zákoníku tyto podíly vyjadřují míru, jakou se spoluvlastníci podílejí na právech a povinnostech, vyplývajících ze spoluvlastnictví ke společné věci. Není-li právním předpisem stanoveno nebo účastníky dohodnuto jinak, jsou podíly všech spoluvlastníků stejné. Spoluvlastnický podíl je zpravidla určen zlomkem.
6. Majetek, který dlužníkovy případně po vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů. Podle § 14 odst. 1 písm. k) a na něho navazujícího § 26 zákona o konkursu a vyrovnání zaniká úpadcovo bezpodílové spoluvlastnictví manželů a do podstaty spadá ta jeho část, s níž úpadce podnikal.
7. Dlužníkovy podíly na společných pohledávkách nebo jiných společných právech.
8. Dlužníkův podíl na obchodní společnosti, pokud s ním může volně nakládat.
9. Věci, které mají být vydány oprávněným osobám podle zákonů, upravujících zmírnění některých majetkových křivd (viz zákon č. 403/1990 Sb., o zmírnění následků některých majetkových křivd, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 87/1991 Sb., o mimosoudních rehabilitacích, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů). Ty se však podle § 68 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání do podstaty zahrnují pouze tehdy, jestliže nároky nebyly v zákonem stanovených lhůtách uplatněny nebo byly zamítnuty. Je zde tedy upraven vztah mezi majetkem, který podléhá konkursu, a tedy je součástí konkursní podstaty a majetkem, kterého bylo nabyto podle zákonů, upravujících zmírnění některých majetkových křivd. Pokud podle uvedených zákonů má dojít k vydání věci, nemůže být tato věc zahrnuta do konkursní podstaty. V případě, že osoby oprávněné podle uvedených zákonů mají nárok na plnění peněžitě, stávají se přednostními věřiteli.

Do konkursní podstaty ovšem náleží nejen věci, které má věřitel u sebe, ale i dlužníkovy věci, které mají v držení detentori. Může jít o dlužníkovy nájemce (§ 663 a násl. občanského zákoníku), vypůjčitele (§ 659 občanského zákoníku) či schovatele (§ 747 občanského zákoníku). Může však jít i o zástavní věřitele, kteří mají

¹¹F. Zoufík: *Zákon o konkursu a vyrovnání. - Komentář*, 2. vyd., Praha, C.H.Beck 1994, s. 48.

dlužníkovu věc u sebe (§ 151a a násl. občanského zákoníku), jakož i o věřitele, kteří dlužníkovu věc zadrželi na základě zadržovacího práva (§ 151s a násl. občanského zákoníku).

Toto vymezení obsahu konkursní podstaty samozřejmě není vyčerpávající. Do konkursní podstaty mohou dále patřit i soubory věcí, popř. soubory věcí a práv atd.

Jak jsme již uvedli, naše konkursní právo zcela neakceptuje zásadu univerzality, a tak přímo ze zákona jsou některé věci z konkursní podstaty vyloučeny. Především se zde berou v úvahu hlediska sociální.

Které věci jsou z konkursní podstaty ex lege vyloučeny?

1) Úpadcův majetek, který je vyloučen z exekuce. Zde platí subsidiárně občanský soudní řád, který vymezuje, které věci nemohou být postiženy exekucí prodejem movitých věcí a nemovitostí. První skupinu věcí tvoří věci, jejichž prodej je zakázán podle zvláštních předpisů. Druhou skupinu tvoří věci, ohledně nichž zvláštní předpisy stanoví, že exekuci nepodléhají (tzv. res extra commercium).

Věci (hmotné předměty), které nepodléhají exekuci, jsou obecně vymezeny v §§ 321 a 322 občanského soudního řádu. Demonstrativním výčtem je uvedeno, že z exekuce jsou zejména vyloučeny běžné oděvní součásti, obvyklé vybavení domácnosti, snubní prsteny a jiné předměty podobné povahy, zdravotnické potřeby a jiné věci, které povinný potřebuje vzhledem ke své nemoci nebo tělesné vadě atd. Bude pochopitelně záležet na vykonavatel, které věci jako vhodné a účelné sepíše do protokolu. Samozřejmě, že výjimku tvoří věci, sloužící k podnikání, ty exekuci nepodléhají, ale součástí konkursní podstaty pochopitelně musí být.

Do konkursní podstaty nenáleží dále část platu, která nepodléhá exekuci srážkami ze mzdy. Toto ustanovení patří k velmi důležitým, protože výrazně chrání úpadce, a proto se podíváme na jeho realizaci podrobněji.

Zájmy povinného jsou chráněny některými omezeními, která je nutné při stanovení srážek ze mzdy respektovat. Především srážky se provádí z tzv. čisté mzdy, jejíž způsob výpočtu je uveden v § 277 odst. 1 občanského soudního řádu.

Novela občanského soudního řádu z roku 1991 v souvislosti se změnami trestního zákona vypustila ustanovení o odpočtu částky, připadající státu podle uloženého trestu nápravného opatření.

Omezení rozsahu postižitelné mzdy je dvojího druhu. Jednak je dáno výší pohledávky, k jejímuž vydobytí na povinném byla exekuce srážkami ze mzdy nařízena, jednak stanovením nejvyšší přípustné srážky.

Podle § 276 občanského soudního řádu lze srážky ze mzdy provádět jen do výše přiznané pohledávky s jejím příslušenstvím. V případě, že pohledávka, pro niž byla nařízena exekuce, je nízká, takže nedosahuje ani částky, kterou by bylo podle zákona možno v takovém případě ze mzdy povinného srazit, lze samozřejmě srážku provést jen v rozsahu uvedené pohledávky. Naopak, v případě, že je pohledávka, pro niž byla exekuce nařízena, vyšší než přípustná srážka ze mzdy povinného v daném

výplatním období, budou srážky v zákonem přípustné výši prováděny opětovně do té doby, než bude pohledávka, pro níž byla exekuce nařízena, plně uhrazena. Zbude-li v určitém výplatním období k uhrazení z dobývané pohledávky oprávněného již jen nízká částka, nelze srazit v takovém případě v uvedeném výplatním období více, než kolik činí zmíněný zbytek pohledávky, i když by jinak podle zákona mohlo být sraženo více.

Právní praxe ukazuje, že značně složitá situace nastává tam, kde je prováděna exekuce na základě rozhodnutí, které přiznalo oprávněnému právo na opětující se dávky, nebo jež přiznalo povinnému právo uhradit pohledávku povinného ve splátkách. Zákon rovněž umožňuje nařídit exekuci na dávky, popř. splátky, které se stanou spatnými teprve v budoucnu.

Srážky ze mzdy nesmějí přesáhnout zákonem stanovenou mez, která je dána v §§ 278 a 279 občanského soudního řádu a prováděcím nařízením vlády č. 185/1993 Sb., o způsobu výpočtů základní částky, která nesmí být sražena povinnému z měsíční mzdy při exekuci, a o stanovení částky, nad kterou je mzda postižitelná srážkami bez omezení (nařízení o nezabavitelných částkách). Z § 281 občanského soudního řádu vyplývá, že stanovené částky nesmějí přesáhnout určenou mez. Tím je chráněn sám povinný, aby nemohl neuváženě svolit k vyšším částkám, které mu budou sraženy než připouští zákon.

Částku, nepodléhající srážkám ze mzdy povinného, vypočteme tak, že čistou mzdu povinného rozdělíme na dvě části, a to na tzv. základní nepostižitelnou částku, jejíž výše se řídí ustanovením § 278 občanského soudního řádu a vládním nařízením č. 185/1993 Sb. Tato základní nepostižitelná částka, která nesmí být podle § 278 občanského soudního řádu sražena povinnému z měsíční mzdy, činí 1.500 Kč na osobu povinného a po 600 Kč na každou osobu, které je povinen poskytovat výživné. Na manžela povinného se započítává 600 Kč, i když má samostatný příjem. Na dítě, jež manželé společně vyživují, se započítává 600 Kč každému manželovi zvlášť, jsou-li srážky prováděny ze mzdy obou manželů. Částka 600 Kč se nezapočítává na žádného z těch, v jejichž prospěch byla exekuce nařízena pro pohledávky výživného, jestliže exekuce dosud trvá.

Ani po odečtení základní nepostižitelné částky však není ještě možné zbytek čisté mzdy srazit bez omezení. Z čisté mzdy, která zbývá po odečtení základní částky a která se zaokrouhlí směrem dolů na částku dělitelnou třemi a vyjádřenou v celých korunách, lze srazit k vydobytí pohledávky oprávněného jen jednu třetinu. Pro přednostní pohledávky se srazejí dvě třetiny. Druhá třetina slouží tedy jen k uspokojení tzv. přednostních pohledávek, proto se tyto přednostní pohledávky uspokojují nejprve z druhé třetiny, která je pro ně vyhrazena, aby nekonkurovaly v první třetině pohledávkám ostatním. Třetí třetina zbytku čisté mzdy se nikdy nesráží. Povinnému bude tedy vždy vyplacena vedle základní nepostižitelné částky i částka, rovnající se alespoň jedné třetině zbytku čisté mzdy, pokud tento zbytek

čisté mzdy nepřesahuje částku 3000 Kč.

Přednostními pohledávkami jsou ve smyslu § 279 odst. 2 občanského soudního řádu:

- a) pohledávky výživného,
- b) pohledávky náhrady škody způsobené poškozenému ublížením na zdraví,
- c) pohledávky náhrady škody způsobené úmyslnými trestnými činy,
- d) pohledávky státu

- na daních,
- na poplatcích (pohledávky obcí na poplatcích),
- na přeplatcích nemocenských dávek,
- na přeplatcích dávek důchodového zabezpečení,
- na náhradě za příspěvek na výživu,
- na příspěvku na náhradu potřeb dítěte svěřeného do pěstounské péče.

Jiné pohledávky nemají povahu přednostních a tedy je možné je uspokojit jen z první třetiny zbytku čisté mzdy povinného.

Občanský soudní řád (§ 279 odst. 3) ve spojení s nařízením vlády č. 185/1993 Sb. umožňuje, aby částka, nad kterou zbytek čisté mzdy přesahuje 3000 Kč, byla sražena bez omezení. Třetinový systém tedy končí částkou 3.000 Kč, proto nikdy nemůže ani druhá, ani třetí třetina zbytku čisté mzdy přesáhnout částku 1.000 Kč. Částka, o kterou zbytek mzdy přesahuje částku 3.000 Kč, a která se tedy srazí bez omezení, přičlení se k první třetině zbytku čisté mzdy, ze které jsou uspokojovány všechny pohledávky bez rozdílu. Z toho vyplývá, že ve smyslu ustanovení § 279 odst. 3 občanského soudního řádu částka, nad kterou se zbytek čisté mzdy vypočtené podle § 279 odst. 1 srazí bez omezení, činí 3.000 Kč.

Občanský soudní řád rovněž umožňuje, aby se povinný dohodl s oprávněným i na nižších srážkách než je stanoveno v §§ 277 – 280. Pro plátce je však uvedená dohoda závazná teprve tehdy, až jej na základě oznámení ze strany oprávněného i povinného svým usnesením vyzve k provádění nižších než zákonných srážek ze mzdy soud. Přitom oprávněný může kdykoli svůj souhlas s nižšími srážkami odvolat. I toto odvolání však musí oprávněný rovněž ohlásit soudu.

Z pohledávek jsou z exekuce vyloučeny:

- a) pohledávky náhrady, kterou podle pojistné smlouvy vyplácí pojišťovna, má-li být náhrada použita k novému vybudování nebo k opravě budovy (§ 317 odst. 1 občanského soudního řádu),
- b) pohledávka podpory při narození dítěte a pohledávka pohřebního podle předpisů o nemocenském pojištění (§ 317 odst. 2 občanského soudního řádu),
- c) peněžité dávky sociální péče,

d) pohledávky podle § 319 občanského soudního řádu, tj. části autorské odměny. Z jiných majetkových práv, která nejsou postižitelná exekucí a zároveň se nestávají součástí konkursní podstaty jsou to například podle § 320 občanského soudního řádu dlužníkovy členské podíly ve stavebních bytových družstvech.

2) Cizí věci, které má dlužník v době prohlášení konkursu u sebe. Sem patří i zástavy, které převzal od jiné osoby a věci, které zadržel. Jak se však uvádí v komentáři k zákonu o konkursu a vyrovnání, není vyloučeno, aby tyto věci prodal správce konkursní podstaty nikoli v rámci zpeněžení podstaty, ale v rámci možnosti jejich prodeje k uhrazení zajištěné pohledávky.¹²

3) Závazky třetích osob, kterými se zaručily za závazky dlužníka. Stejně je to i u povinnosti osobně ručících společníků vzhledem k závazkům společnosti.

Rozsah konkursní podstaty se však během konkursního řízení může měnit. Buď může dojít k omezení rozsahu nebo naopak k rozšíření.

K omezení podstaty může dojít:

1. tím, že z podstaty budou některé věci vyloučeny v případě, že k nim třetí osoba uplatnila právo,
2. tím, že po vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů případnou některé věci vlastnický úpalcovu manželovi,
3. vyloučením nedobytných pohledávek a věcí, které nebylo možné zpeněžit.

K rozšíření konkursní podstaty zase může dojít:

1. úspěšným odporem proti právním úkonům, které zkracovaly věřitele,
2. úspěšným vymáháním pohledávek, které vznikly před prohlášením konkursu,
3. vrácením věcí do konkursní podstaty třetími osobami.¹³

Pro rozsah konkrétní konkursní podstaty je pochopitelně rozhodující, co vše je skutečně do ní zahrnuto. Z toho důvodu je důležitý soupis aktiv, který je upraven v zákonu o konkursu a vyrovnání v §§ 17 – 19.

Tento soupis (inventarizaci) provádí správce podle pokynů soudu za použití seznamu předloženého úpalcem a za součinnosti věřitelského výboru. Do soupisu je třeba pojmut nejen věci, které má úpalc sám v detenci, nýbrž i ty, které má ve své moci třetí osoba, již zákon ukládá, aby jejich detenci oznámila správci podstaty a strpěla jejich inventarizaci. Jinak ručí za škodu vzniklou z jejího zavinění, náhradu by ovšem bylo třeba na ni vymáhat žalobou. Soupisu samozřejmě podléhají i věcná práva a pohledávky. Sepsat je třeba také věci, o nichž jsou pochybnosti, zda patří do konkursní podstaty. Do soupisu by však bylo třeba zapsat i nároky přednesené případnými třetími osobami.

Je samozřejmé, že soupis lze podle potřeby měnit a doplňovat.

¹²F. Zoulik: *Zákon o konkursu a vyrovnání. – Komentář*, 2. vyd., Praha, C.H.Beck 1994, s. 48.

¹³F. Zoulik: *Zákon o konkursu a vyrovnání. – Komentář*, 2. vyd., Praha, C.H.Beck 1994, s. 50.

V této souvislosti nás zajímá jaký má soupis konkursní podstaty právní význam.

Ke vzniku konkursních aktiv v procesním smyslu je třeba příslušných úkonů. Sestavení soupisu je jedním z těchto úkonů. Na rozdíl od právní úpravy z roku 1931 je sestavení soupisu obligatorní náležitostí konkursního řízení. Názor na význam soupisu podstaty se v naší odborné literatuře vyvíjel. Vyvíjel se i u zákonodávce. Podíváme-li se do důvodové zprávy ke konkursnímu řádu č. 337/1914 ř. z. nalezneme zde následující hodnocení: „Právní význam inventáře je nepatrný, značně menší než význam nájemního protokolu. V poměru k třetím osobám je inventář bezvýznamný, je to pouze v poměru mezi úpalcem, správcem podstaty a věřiteli směrnice ve smyslu § 263 obč. zák., účetní pomůcka, nic jiného. Nic se nestane konkursním majetkem, protože je to v inventáři, nic neztrácí této vlastnosti, protože to chybí v inventáři.“ Odborná literatura, která na tato konstatování navazuje, k tomu dodává, že soupis nepůsobí konstitutivně, neboť když je do něho pojata cizí věc, tato se nestává úpalcovým vlastnictvím, a naopak tím, že některá úpalcova věc nebyla do něho pojata, nepřestává být jeho vlastnictvím. Soupis nedokazuje, že v něm obsažené věci patří do konkursní podstaty. Důvodů, které bagatelizovaly význam konkursní podstaty bylo na stránkách odborných časopisů sneseno ještě mnohem více, mimo jiné se zkoumaly vlivy soupisu vůči třetím osobám, které jsou držiteli věcí, jež jsou ve vlastnictví dlužníka (detentori).

Sestavení soupisu konkursní podstaty je nepochybně procesním úkonem konkursního správce. Poněvadž mu však zákon nepřiznává žádné materiálněprávní účinky, nemůže působit konstitutivně. Nějaké právní účinky však musí mít, neboť jeho vytvoření nemůže být zcela bezúčelné. Musí mít procesní účinek, jenž spočívá v konstituování konkursních aktiv v procesním smyslu. Procesněprávními aktivy jsou ta, která jsou konkursním správcem, a poté případně konkursním soudem, (pokud seznam schvaluje, není to však povinnost předepsaná zákonem) za materiálněprávní aktiva uznána. Skutečnost, že byla určitá věc zapsána do seznamu, je dokladem toho, že ji konkursní správce považuje za součást materiálněprávních aktiv a skutečnost, že tam jiná věc není zapsána, je dokladem toho, že konkursní správce, ač věděl o její existenci, nepovažoval ji za součást těchto aktiv.

Soupis podstaty tedy nemá konstitutivní účinky, má procesněprávní význam. Zároveň je však třeba provedení soupisu podstaty považovat za jeden z prvních úkonů správce, který lze označit za správu podstaty.

2. Správce konkursní podstaty

Výsledek konkursního řízení závisí na konkursním soudem a správci podstaty. Úkolem konkursního soudu je dbát o právní stránku celé záležitosti, kdežto správci podstaty zase připadá hlavně péče o její hospodářskou stránku. Zákon sice rámcově stanoví jednotlivé jejich úkoly a tím dává najevo, co považuje za *conditio sine qua*

non doclení takového výsledku, ale mnohem více než na prostém splnění těchto zákonných ustanovení ve skutečnosti záleží na povahových vlastnostech, životních zkušenostech a odborných znalostech obou těchto činitelů. Neboť nejde jen o to, aby bylo učiněno zadost těmto zákonným ustanovením, nýbrž také o to, jak jim bude učiněno zadost, tj. co vše z nich dovedou vytěžít tito v zájmu věci. Proto při výběru správce podstaty je třeba postupovat co nejpečlivěji. O specifikaci zvláštních osobních vlastností správce podstaty zákon nemá žádné ustanovení.

Každé konkursní řízení musí mít svého správce. V každém konkursu je soudem ustaven jen jeden správce. Konkursní řád z roku 1869 připouštěl možnost více správců podstaty v jednom konkursu, tedy kolektivní výkon správy, ale pozdější právní úpravy od toho upustily. Správcem podstaty smí být jen fyzická osoba. Táž fyzická osoba však smí být současně správcem podstaty ve více konkurech.

Záruka správného výběru správce podstaty je dána tím, že ho vybírá a jmenuje konkursní soud, a také jedině ten ho může funkce zbavit. Výběr správce ani jeho odvolání nemůže nikdo ovlivnit, zejména v tomto směru nemají žádný vliv ani úpadce ani věřitelé. Ze signalizační role věřitelského výboru však vyplývá, že by tento výbor mohl soudu doporučit změnu osoby správce, pokud by s jeho činností nebyli věřitelé spokojeni. Jejich návrh je však pro soud nezávazný, má jen doporučující charakter. Toto je také v souladu s ustanovením § 8 odst. 5 zákona o konkursu a vyrovnání.

Správcí podstaty je podle § 8 zákona o konkursu a vyrovnání ustanoven současně s prohlášením konkursu. Není účastníkem řízení, ale patří do okruhu tzv. osob zúčastněných na řízení. Z hlediska předpisů procesního práva je ovšem procesním subjektem. Ve dvou případech však má přece jen postavení účastníka. Jednak tehdy jestliže v rámci konkursního řízení uplatňuje své vlastní pohledávky proti podstatě, a to pohledávku odměny a pohledávku úhrady vynaložených nákladů. V druhém případě je tomu ve sporech, které souvisejí s konkursem buď proto, že jde o řízení, která v době prohlášení již probíhala anebo proto, že jde o tzv. incidenční spory.¹⁴

Správcí podstaty se zásadně vybírají ze seznamu správců, který vede soud příslušný k řízení. Do tohoto seznamu správců podle zákona o konkursu a vyrovnání lze zapsat jen bezúhonnou fyzickou osobu, která je plně způsobilá k právním úkonům, má přiměřenou odbornou způsobilost a se zápisem souhlasí. Osoby zapsané do seznamu správců mohou odmítnout tuto funkci jen v případech, kdy jsou pro to důležité důvody, které posoudí soud. Výjimečně může soud ustavit správcem i osobu do seznamu správců nezapsanou, splňuje-li podmínky pro zapsání do tohoto seznamu. Podmínkou pro zapsání do seznamu je vlastní žádost osoby, která do seznamu má být zapsána. S touto podmínkou lze zapsat kteréhokoliv advokáta, komerčního právníka nebo notáře, který má sídlo v obvodu soudu, který vede seznam. V případě osob jiných profesí podávají návrh na zapsání do seznamu příslušné profesní orga-

¹⁴Fr. Zoulik: *Zákon o konkursu a vyrovnání. – Komentář*. 2. vydání, Praha, C.H.Beck 1994, s. 56.

nizace nebo státní orgány. Ze seznamu jsou osoby vyškrtány buď na vlastní žádost nebo, když ztratily předpoklady pro výkon funkce správce podstaty. Pochopitelně, že důvodem pro vyškrtnutí ze seznamu je smrt příslušné osoby.

Při sestavování seznamu se soud řídí vyhláškou ministerstva spravedlnosti č. 476/1991 Sb. novelizovanou vyhláškami č. 37/1992 Sb. a č. 583/1992 Sb. Zde jsou uvedeny formální požadavky zápisu.

Podle uvedené vyhlášky v návrhu na zápis se uvede jméno, příjmení a datum narození osoby, jíž se návrh týká, její povolání nebo zaměstnání, sídlo a trvalý pobyt.

K návrhu na zápis osob uvedených v § 2 odst. 1 písm. a) citované vyhlášky, tedy advokáti, komerční právníci a notáři, kteří mají sídlo v obvodu příslušnou soudu, musí být připojen doklad o tom, že osoba, žádající o zápis do seznamu správců, je zapsána v seznamu advokátů vedeném Českou advokátní komorou nebo v seznamu komerčních právníků vedeném Komorou komerčních právníků České republiky.

K návrhu na zápis osob uvedených v § 2 odst. 1 písm. b), tedy jiné vhodné osoby musí být připojen

- a) souhlas osoby, jíž se návrh týká, se zápisem do seznamu správců,
- b) osvědčení o bezúhonnosti a přiměřené odborné způsobilosti této osoby k výkonu funkce správce, vydané navrhovatelem.

Předseda krajského soudu sestaví seznam správců podle návrhů tak, že osoby uvedené v § 2 odst. 1 písm. a) vyhlášky (advokáti, notáři a komerční právníci) se zapíše odděleně od osob uvedených v § 2 odst. 1 písm. b) vyhlášky (jiné vhodné osoby).

Zápis se provádí v pořadí určeném dnem podání návrhu na zápis. Je-li týž den podán návrh na zápis více osob do seznamu, určuje se pořadí mezi nimi podle abecedy.

O zápisu do seznamu správců vyrozumí předseda krajského soudu osobu, jíž se zápis týká. O zápisu osob uvedených v § 2 odst. 1 písm. a) vyrozumí dále Českou advokátní komoru nebo Komoru komerčních právníků, jejichž členem je zapsaná osoba; o zápisu osob uvedených v § 2 odst. 1 písm. b) vyrozumí též navrhovatele, který podal návrh na jejich zápis.

Seznam správců předseda krajského soudu průběžně doplňuje.

V souladu s ustanoveními občanského soudního řádu osoba správce nesmí být podjatá. Podjatost může být také důvod, pro který osoba ustanovená správcem, tuto funkci odmítne.

Správce má nárok na náhradu výdajů a na odměnu. Jakékoli dohody správce s úpadcem nebo věřiteli o odměně jsou neplatné.

Nároky správce jsou nároky za podstatou, které lze uspokojit kdykoli během konkursu, a to v plné výši. Vyúčtování samozřejmě musí být obsaženo v konečné zprávě.

Odměna správce je upravena v citované prováděcí vyhlášce.

Konkursní odměna podle této vyhlášky činí

z prvních 10 000 Kč aktiv 10 % z přebývajících částky až do 50 000 Kč aktiv % 8 z přebývajících částky až do 100 000 Kč aktiv % 4 z přebývajících částky až do 500 000 Kč aktiv 1,5 % z přebývajících částky až do 1 000 000 Kč aktiv 0,75 % z dalších přebývajících částky 0,25 %
nejméně však 400 Kč.

Vyrovnací odměna činí jednu třetinu procentního určení konkursní odměny uvedené shora, vypočtené z částky použité k uspokojení věřitelů, nejméně však 200 Kč.

Jestliže byl ustanoven zvláštní správce podle § 9 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání, soud odměnu přiměřeně tomuto rozsahu správy zvýší, nejvýše však o jednu čtvrtinu.

Konkursní odměna nebo vyrovnací odměna může být zvýšena až o 10 %, jestliže činnost správce byla mimořádně náročná. Za účast v občanském soudním řízení, řízení exekucním a za úkony ve správním řízení přísluší správci ustanovenému z osob uvedených v § 2 odst. 1 písm. a) vyhlášky (advokáti, notáři a komerční právníci) odměna podle zvláštního předpisu (viz § 12 a násl. vyhlášky ministerstva spravedlnosti ČR č. 270/1990 Sb., o odměnách advokátů a komerčních právníků za poskytování právní pomoci). Je-li správcem ustanovena osoba uvedená v § 2 odst. 1 písm. b) vyhlášky (jiné vhodné osoby), přísluší jí odměna ve výši určené soudem, nejvýše však ve výši tří čtvrtin odměny, která by náležela osobám uvedeným v § 2 odst. 1 písm. a) vyhlášky.

Bylo-li v konkursním řízení činně více správců konkursní podstaty, zástupce správce konkursní podstaty nebo zvláštní správce, náleží každému z nich podíl konkursní odměny, odpovídající rozsahu a délce doby jejich činnosti.

Pokud bylo ve vyrovnacím řízení činně několik vyrovnacích správců, náleží každému z nich podíl vyrovnací odměny odpovídající rozsahu a délce doby jejich činnosti.

Práce správce konkursní podstaty je velmi náročná. Správce má nejen řadu práv, ale ještě více povinností, které můžeme vyčíst z řady ustanovení zákona o konkursu a vyrovnání. Povinnosti a práva správce mají ryze osobní povahu. Správce je nemůže platně, zejména ze smlouvy postoupit některému účastníkovi, tedy ani věřiteli, natož úpadci. Smluvně je však nemůže postoupit ani jinému orgánu zúčastněnému na řízení. To však neznamená, že by se nesměl poradit například s jiným advokátem nebo znalcem v příslušném oboru.

Pokud jde o otázku, zda se smí dát zastupovat advokátem na základě plné moci, je třeba rozeznávat na jedné straně spory, v nichž vystupuje jako strana, a na činnost mimo spory. Je-li stranou ve sporu, platí o něm všechna ustanovení občanského soudního řádu o stranách; neboť zákon o konkursu a vyrovnání o tom zvláštní ustanovení nemá. V jakémkoli sporu se bude tedy moci nechat zastupovat na základě

procesní plné moci advokátem, případně jinou osobou a v občanskoprávních sporech, kde se předpokládá nucené zastoupení, musí být zastoupen advokátem nebo komerčním právníkem, pokud nemá sám právnícké vzdělání.

Základní povinností správce je hájit společné zájmy proti zvláštním zájmům jednotlivých účastníků. Tento základní úkol je potom specifikován konkrétními povinnostmi, obsaženými v jednotlivých ustanoveních zákona o konkursu a vyrovnání:

1. Prohlášením konkursu přechází oprávnění nakládat s majetkem podstaty na správce. Právní úkony úpadce, týkající se tohoto majetku, jsou vůči konkursním věřitelům neúčinné. Osoba, která uzavřela s úpadcem smlouvu, může od ní odstoupit, ledaže v době jejího uzavření věděla o prohlášení konkursu. (§ 14 odst. 1 písm. a/ zákona o konkursu a vyrovnání)
2. Správce podstaty dává souhlas k některým právním úkonům úpadce, například úpadce může odmítnout přijetí daru nebo odmítnout dědictví jen se souhlasem správce. (§ 14 odst. 1 písm. b/ zákona o konkursu a vyrovnání)
3. Řízení týkající se nároků na oddělené uspokojení (§ 28) nebo na vyloučení věci z podstaty, lze zahájit a v něm pokračovat jen proti správci. (§ 14 odst. 1 písm. c/ zákona o konkursu a vyrovnání)
4. Jiná řízení než uvedená v § 14 odst. 1 pod písmenem c) se přerušují. V těchto řízeních se však pokračuje na návrh správce, úpadcova odpůrce nebo nerozlučeného účastníka řízení (§ 91 odst. 2 zákona č. 99/1963 Sb., ve znění pozdějších předpisů). Úpadce může tento návrh podat jen neučiní-li tak správce ve lhůtě určené soudem. (§ 14 odst. 1 písm. d/ zákona o konkursu a vyrovnání)
5. Správce podstaty má vedle věřitele právo odporovat právním úkonům. (§ 16 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání)
6. Úpadce je povinen neprodleně sestavit a odevzdat správci seznam svých aktiv a pasiv s uvedením svých dlužníků, věřitelů a jejich adres, odevzdat správci své obchodní knihy i všechny potřebné doklady a poskytnout mu nutná vysvětlení. Předložený seznam aktiv a pasiv musí úpadce podepsat a výslovně uvést, že je správný a úplný. (§ 17 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání)
7. Jestliže konkurs navrhuje dlužník, předloží seznam svých aktiv a pasiv spolu s návrhem na konkurs; nejde-li o jeho návrh, předloží úpadce seznam ihned, jakmile ho správce k předložení seznamu vyzve, nejpozději do 15 dnů od prohlášení konkursu (§ 17 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání).
8. Soupis podstaty provede správce podle pokynů soudu za použití seznamu předloženého úpadcem a za součinnosti věřitelského výboru. Nesplnil-li úpadce povinnosti podle § 17 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání, uloží mu soud, aby se dostavil k sepsání zápisu o seznamu majetku, a aby vydal potřebné listiny správci (§ 18 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání).

9. Kdo má věc náležející do podstaty, je povinen to oznámit správci, jakmile se dozví o prohlášení konkursu, a musí umožnit správci, aby věc byla zapsána do soupisu a odhadnuta; jinak odpovídá za škodu tím vzniklou (§ 18 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání).
10. Součástí soupisu je odhad provedený soudním znalcem podle cenových předpisů platných ke dni provedení soupisu (např. vyhláška ministerstva financí České republiky č. 393/1991 Sb., o cenách staveb, pozemků, trvalých porostů, úhradách za zřízení práva osobního užívání pozemků a náhradách za dočasné užívání pozemků, ve znění pozdějších předpisů). Souhlasí-li s tím věřitelský výbor, může se soud spokojit s oceněním provedeným úpadcem nebo správcem (§ 18 odst. 3 zákona o konkursu a vyrovnání).
11. Soud uloží tomu, kdo uplatňuje, že věc neměla být do soupisu zařazena, aby ve lhůtě určené soudem podal žalobu proti správci. V případě, že žaloba není včas podána, má se za to, že věc je do soupisu pojata oprávněně (§ 19 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání).
12. Příhlášky se podávají u soudu dvojmo. Pokud se pohledávka opírá o písemný právní úkon, je třeba připojit i listinu o tomto úkonu. Konkursní věřitelé, kteří mají bydliště nebo sídlo v cizině, jsou povinni v přihlášce uvést jméno svého zástupce pro doručování v tuzemsku, jinak jim zástupce pro doručování stanoví na jejich náklad soud. Správci se doručuje druhý stejnopis přihlášených pohledávek a opis přihlášky dodané do soudního spisu; přihlášené pohledávky sestaví správce do seznamu podle pořadí pro účely rozvrhu (§ 20 odst. 2 a 3 zákona o konkursu a vyrovnání).
13. Správce přezkoumá přihlášky především podle úpadcových obchodních knih a jiných dokladů a vyzve úpadce, aby se k sestavenému seznamu přihlášek vyjádřil. Tento seznam předloží soudu (§ 20 odst. 4 zákona o konkursu a vyrovnání).
14. Do seznamu přihlášených pohledávek, který vyhotoví správce jsou účastníci oprávněni nahlédnout, stejné právo nahlížet mají do dokladů o těchto pohledávkách (§ 20 odst. 5 zákona o konkursu a vyrovnání).
15. Pohledávka se pokládá za zjištěnou, byla-li uznána správcem a nebyla-li popřena žádným z konkursních věřitelů. Popření pohledávky úpadcem se považuje za zjištěnou, ale nemá pro zjištění pohledávky význam (§ 23 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání).
16. Správce je oprávněn popřít nárok přihlášený konkursním věřitelem, výši nároku nebo jeho právní důvod. O tom soud vyzve úpadce, aby nárok, jeho výši nebo právní důvod uplatnil do 30 dnů u soudu, který prohlásil konkurs, nebo u jiného příslušného orgánu s tím, že jinak na popřené nárok, jeho uplatněnou výši nebo uplatněný právní důvod nevezme zřetel (§ 24 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání).

17. Popře-li správce nárok už vykonatelný, vyzve ho soud, aby své popření uplatnil do 30 dnů u soudu, který prohlásil konkurs, popřípadě u jiného příslušného orgánu s tím, že jinak se nárok bude považovat za zjištěný (§ 24 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání).
18. Správce je oprávněn k provedení vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů zaniklého prohlášením konkursu namísto úpadce, včetně podání návrhu na vypořádání tohoto bezpodílového spoluvlastnictví manželů soudem. Dohodu o vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů je správce oprávněn uzavřít jen ve formě smíru schváleného soudem. S touto dohodou musí před jejich předložením soudu projevit souhlas věřitelský výbor (§ 26 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání).
19. Jestliže k zániku bezpodílového spoluvlastnictví manželů došlo před prohlášením konkursu,
 - a) dohody o vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů uzavřené v posledních šesti měsících před prohlášením konkursu jsou neplatné;
 - b) bylo-li už zahájeno řízení o vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů, které nebylo dosud pravomocně skončeno, vstupuje správce do řízení namísto úpadce dnem prohlášení konkursu;
 - c) nebylo-li ještě zahájeno řízení o vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů, je správce povinen neprodleně podat návrh na toto vypořádání namísto úpadce;
 - d) k účinnosti dohody o vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů je třeba schválení soudem (§ 26 odst. 3 zákona o konkursu a vyrovnání).
20. Podstatu lze zpeněžit buď prodejem věcí způsobem upraveným v ustanoveních občanského soudního řádu o exekuci soudem nebo prodejem mimo dražbu. Prodej mimo dražbu uskuteční správce se souhlasem soudu a věřitelského výboru a po slyšení úpadce za podmínek stanovených soudem. Věci lze prodat mimo dražbu i pod odhadní cenou. Obdobně lze převést i úpadcovy sporné nebo obtížně vymahatelné pohledávky. Zpeněžení věcí prodejem podle ustanovení občanského soudního řádu o exekuci provede soud na návrh správce, který má přitom postavení oprávněného (§ 27 odst. 1, 2, 3 zákona o konkursu a vyrovnání).
21. Nedobytné pohledávky a věci, které nebylo možno prodat, může správce po schválení soudem vyloučit z podstaty. Věřitelský výbor s tím musí předem projevit souhlas. (§ 27 odst. 4 zákona o konkursu a vyrovnání)
22. Se souhlasem soudu a věřitelského výboru může správce zpeněžit věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které slouží provozování podniku jednou smlouvou; jinak se pro tuto smlouvu přiměřeně použijí ustanovení obchodního zákoníku

- (§ 476 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník) práva a povinnosti z pracovněprávních vztahů však přecházejí z prodávajícího na kupujícího. Výtěžek tohoto prodeje je součástí celkového výtěžku zpeněžení konkursní podstaty a nemůže sloužit pouze ke krytí závazků, souvisejících s prodávajícím podnikem (§ 27a zákona o konkursu a vyrovnání).
23. Věřitelé pohledávek, které byly zajištěny zástavním nebo zadržovacím právem, popřípadě omezením převodu nemovitosti, mají při zpeněžení právo; aby jejich pohledávka byla uspokojena z výtěžku prodeje věci, na ní zástavní nebo zadržovací právo vázne. Výtěžek z prodeje věci do výše zajištěné pohledávky věřitelům vydá správce se souhlasem soudu. Nebyla-li zajištěná pohledávka takto plně uspokojena, považují se její neuspokojená část za pohledávku přihlášenou podle § 20 zákona o konkursu a vyrovnání (§ 28 odst. 1 a 2 zákona o konkursu a vyrovnání).
 24. Výtěžek z prodeje věci do výše zajištěné pohledávky věřitelům vydá správce se souhlasem soudu. Nebyla-li zajištěná pohledávka takto plně uspokojena, považují se její neuspokojená část za pohledávku přihlášenou podle § 20 zákona o konkursu a vyrovnání (§ 28 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání).
 25. Správce podává soudu zprávy o zpeněžování majetku z podstaty. Konečnou zprávu spolu s vyúčtováním své odměny a výdajů předloží soudu po zpeněžení majetku z podstaty. Odměnu a výdaje vyúčtují i zvláštní správci a zástupce správce, jakož i ti, kdo byli soudem v průběhu řízení funkce správce zproštěni (§ 29 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání).
 26. Soud přezkoumá konečnou zprávu o zpeněžení majetku z podstaty a o vyúčtování odměny a výdajů, odstraní po slyšení správce shledané chyby anebo nejasnosti a uvědomí o konečné zprávě a vyúčtování úpadce a konkursní věřitele. Upozorní přitom, že do 15 dnů ode dne, kdy konečná zpráva a vyúčtování byly vyvěšeny na úřední desce soudu, mohou proti nim podat námítky (§ 29 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání).
 27. Konečnou zprávu a vyúčtování projedná soud při jednání, ke kterému oboje správce, úpadce a konkursní věřitele, kteří podali námítky, a věřitelský výbor, a rozhodne o ní usnesením, které jim doručí a vyvěsí na úřední desce soudu (§ 29 odst. 3 zákona o konkursu a vyrovnání).

Výčet správcových oprávnění a povinností však není zdaleka úplný. Každé konkursní řízení má svá specifika a proto činnost správce podstaty bude mnohem rozmanitější. Zejména to bude v případě, když součástí konkursní podstaty bude podnik, jenž je v provozu. Povinností správce bude zajistit jeho další činnost. Správce se proto změní v manažera či ekonoma.

Jak správně upozorňuje Fr. Zoulik ve svém komentáři¹⁵, činnost správce má některé rysy, kterými se podobá činnosti likvidátora právnické osoby. Zároveň však

¹⁵Fr. Zoulik: *Zákon o konkursu a vyrovnání. – Komentář*. 2. vydání, Praha, C.H.Beck 1994, s. 58.

Zoulik upozorňuje na základní odlišnosti mezi správcem a likvidátorem. Upozorňuje, že zatímco správce podstaty je subjektem soudního řízení (procesním subjektem), má likvidátor postavení statutárního orgánu právnické osoby v likvidaci (jeho postavení se opírá o právo hmotné). Z tohoto základního rozdílu vyplývají i difference další, a to v rozsahu jejich činnosti, v její povaze, ve způsobu ustavování a odvolání, v jejich odpovědnosti atd. Přes tyto rozdíly by si činnost likvidátora a správce podstaty natolik konkurovaly (zejména při výkonu dispozičních oprávnění), že správce podstaty a likvidátor nemohou působit vedle sebe, proto prohlášením konkursu činnost likvidátora končí až do zrušení konkursu, a to i v případě, že to byl likvidátor, kdo je navrhovatelem konkursu. Likvidátor se ovšem konkursního řízení účastní jako orgán jednající jménem dlužníka.

Konečně je třeba se zastavit u otázky odpovědnosti správce podstaty. Přichází v úvahu tři druhy sankcí za porušení povinnosti. Jednak za použití občanského soudního řádu, jednak zákona o konkursu a vyrovnání a jednak občanského zákoníku.

Podle občanského soudního řádu (§ 53) je umožněno tomu, kdo hrubě ztěžuje postup řízení zejména tím, že se nedostaví bez vážného důvodu k soudu nebo neposlechne příkazu soudu, nebo kdo ruší pořádek, nebo kdo učinil hrubě urážlivé podání, uložit předsedou senátu usnesením pořádkovou pokutu do výše 50 000 Kč. Je nesporné, že právě tyto prohřešky měl na mysli § 8 odst. 4 zákona o konkursu a vyrovnání.

Za použití § 8 odst. 5 z důležitých důvodů může soud, na návrh některého účastníka nebo i bez návrhu, správce zprostit funkce. Důležité důvody mohou mimo jiné spočívat v neplnění povinností.

Podle § 8 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání je správce povinen při výkonu funkce postupovat s odbornou péčí a odpovídá za škodu vzniklou porušením povinností, které mu ukládá zákon nebo které mu uloží soud. Uplatnit je zde tedy možné § 420 a násl. občanského zákoníku pojednávající o odpovědnosti za škodu.

I když správce musí vykonávat svou funkci osobně, mohou vedle něho být ustaveni jednak zvláštní správce, jednak zástupce správce. Podle § 9 totiž jestliže to vyžaduje rozsah správy, může soud ustavit pro pomoc správců zvláštního správce pro určitý obor správy. Zvláštní správce má práva, povinnosti a odpovědnost správce v mezích své působnosti. Jestliže je to účelné, může soud ustavit správců zástupce pro případ, že by ze závažných důvodů nemohl přechodně svou funkci vykonávat.

V případě velkého rozsahu správy je tedy možné jmenovat zvláštního správce, který bude vystupovat souběžně se správcem podstaty. Díkce zákona nevylučuje, aby dokonce bylo jmenováno několik zvláštních správců. V případě velkého podniku, který bude třeba udržovat v chodu to bude dokonce zcela nezbytné.

Zvláštní správce je ustaven stejným způsobem jako správce podstaty, je rovněž vybírán ze seznamu správců. Na rozdíl od správce podstaty však nemusí být jme-

nován při prohlášení konkursu. K jeho jmenování může dojít kdykoli v průběhu konkursu, když si to vyžádají okolnosti.

Důležité si je uvědomit jeho postavení. Zvláštní správce je jmenován pro určitý obor správy. Za tu také odpovídá. Není tedy v podřízeném postavení konkursního správce. Případné konflikty mezi správcem podstaty a zvláštním správcem musí řešit soud.

Odlisným případem je jmenování zástupce správce. Ten je jmenován pro případ, že správce podstaty svou funkci nemůže vykonávat. Ani zde se nejedná o podřízenost, protože zástupce správce svou funkci vykonává v době, kdy správce podstaty je nečinný. Z toho mu také vzniká odpovědnost za činnost vykonávanou v době, kdy správce podstaty svou funkci nevykonával.

Zvláštní správce i zástupce správce mohou být funkce zproštěni po úvaze soudu, pokud pomínou důvody, pro něž byli jmenováni.

Odměna za jejich výkon náleží stejně jako správcům podstaty podle vyhlášky jim č. 476/1991 Sb. ve znění pozdějších předpisů. Samozřejmě, že se bude jednat o určitý podíl, odpovídající délce a rozsahu jejich činnosti.

* * *

S U M M A R Y

Status of Creditors in the Bankruptcy Proceedings

The term of a „creditor“ ranks among terms used in the substantive legal branches. It originated in the Roman law already, however, at that time it was used in a narrow sense of the word in cases concerning monetary credits both in civil law and praetorial law. Further development of private law formed a stable position of the term in obligation law.

A creditor is a party to the bankruptcy proceedings, the status of a creditor in a narrow sense of the word being thus defined in § 7 stipulating that creditors are persons applying their claims. The stated definition implies that a person who is not endowed with legal subjectivity of the substantive nature and thus fails to have capacity to be a creditor in the frame of substantive law, may not be a creditor in the bankruptcy proceedings. It is not decisive whether private law or public law are in question. Domestic creditors as well as foreign creditors are endowed with the same rights in the bankruptcy proceedings provided that reciprocity is guaranteed.

From the viewpoint of procedural law, a general creditor does not gain the status of a creditor in the bankruptcy proceedings prior to applying his/her claims

which is effected by means of either submitting a proposal for the declaration of the bankruptcy proceedings in accordance with § 4 of the Act on Bankruptcy and Settlement Proceedings, or by submitting an application comprising his/her claim as stipulated in § 20 of the Act on Bankruptcy and Settlement Proceedings. It implies that a person who has a certain claim on a bankrupt is a party to the bankruptcy proceedings as well as a person who urges that he/she has such a claim regardless of the fact whether his/her demand is or is not in compliance with substantive law. However, a person ceases to be a party to the bankruptcy proceedings, i.e. a creditor in the bankruptcy proceedings in the moment as of which his/her claim is successfully denied. This points at another fact, that is to say a number of creditors may vary during the bankruptcy proceedings. A person or persons declaring the bankruptcy proceedings gain the status of creditors prior to the declaration of the bankruptcy proceedings. Nevertheless, upon the moment of declaring the bankruptcy proceedings the number of creditors is not final. The status of creditors gain persons who apply their claims in accordance with § 20 of the Act on Bankruptcy and Settlement Proceedings. Some creditors, however, apply their claims directly against the administrator of bankruptcy assets without submitting their application which refers mainly to claims on bankruptcy assets. In the event that those persons apply their claims it is necessary to consider them parties to the bankruptcy proceedings. Undoubtedly, a proposer is considered a party to the proceedings as well.

However, a definition of the bankruptcy assets stipulated in the valid Act on Bankruptcy and Settlement Proceedings is a rather general one and solves neither the function of the bankruptcy assets nor the legal nature of the property forming the bankruptcy assets, yet the bankruptcy assets rank among the basic terms of bankruptcy law. We have to apply some other provisions included in the stated act to be able to answer the mentioned questions. The author of this article examines the bankruptcy assets from various viewpoints. Eventually, the status of the administrator of bankruptcy assets is dealt with.

Azyl v latinské Americe

Dalibor JÍLEK

A)

Ze širších souvislostí

V hluboké minulosti nalezlo právo azylu svůj náboženský původ.¹ Na svatá místa, spravovaná kněžími, se nevztahovala světská moc. Prosebník, jenž získal útluk, byl mimo světské donucení. Ke zesvětštění azylu přispěl středověk, když útočiště poskytoval vladař, vybavený svrchovaností. Udělení osobní ochrany se proto jeví jako atribut jeho suverenity. Do těch dějinných chvil těžil z dobrodiní azylu prostý delikvent. Avšak teprve skupinový jev politické perzekuce, provázející nábožensky motivované války v období reformace (16. století), vytváří v Evropě společenské podmínky pro postupné ustálení územního azylu v zájmu politických uprchlíků.² Ku prospěchu běžných zločinců začal být vyhrazen diplomatický azyl, jenž se objevil v souvislosti se zakládáním stálých diplomatických misí v 15. a především 16. století, kdy vyslanec, jenž zosobňoval svého vládce, nadaného právem milosti, mohl udělovat ochranu každé osobě, která se dopustila nepolitického, kriminálního činu.

V 17. století se ujímá práva azylu přirozenoprávní škola, jejíž koryfeje H. Grotius spatřuje ve státu opatrovníka jednotlivce a zástupce *civitas maxima*.³ F. Suárez formuluje právo azylu jako přirozené nezadatelné právo jedince a jemu odpovídá korelativní závazek suveréna poskytovat azyl.⁴ Poskytování útočiště na vyslanectvích se prudčeji rozvinulo prosazením konceptu exteritoriality v mezinárodní praxi 17. století. Právní fikce exteritoriality,⁵ tehdy zakotvená ve vnitřních právních rádech členů mezinárodní společenosti, zdůvodnila výsady a imunity diplomatických

¹Srov. P. Weis: The United Nations Declaration on Territorial Asylum. The Canadian Year Book of International Law. 1969, str. 118.

²Č. Čepelka: K mezinárodně právní úpravě územního azylu. Studie z mezinárodního práva, č. 24 (nepublikováno), str. 9.

³Citováno podle: Report of the Fifty-First Conference of the International Law Association. Tokio, 16. - 12. srpen, 1964, str. 251-252.

⁴Citováno podle: Report of the Fifty-First Conference of the International Law Association. Tokio, 16. - 22. srpen 1964, str. 251 - 255.

⁵„Exteritoriality, in this as in every other case, is a fiction only, for diplomatic envoys are in re-

zástupců, jakož i nedotknutelnost oficiální rezidence vyslance. Diplomatický zástupce (i jeho rezidence) jako by setrval na území vysílajícího státu. Podle teorie exteritoriality budova mise představovala druh rozšíření území vysílajícího státu.⁶

Exteritorialita asimilovala ochranu poskytovanou na vyslanectví (diplomatický azyl) s udělením útočištěm (územní azyl politický) na teritoriu státu.⁷ Rozdíl mezi oběma instituty však tkvěl v osobách chráněných. Diplomatický azyl se dotýkal každého jednotlivce, zatímco územní azyl skýtal ochranu náboženským a politickým provinilcům.

Diplomatický azyl se vyvíjel ve směru rozšiřování místní působnosti. Původně byl respektován ve vztahu k diplomatickému obydlí, postupně se však rozšiřoval na diplomatickou čtvrť (*franchise du quartier, ius quarteriorum*). Vyslanec poskytoval útluk v hranicích tzv. diplomatické čtvrti osobě, která zde vyhledala azyl. Již v 17. století většina států odmítla rozprostranění diplomatického azylu na hranice čtvrti. I později obsahovala mezinárodní praxe četné důkazy nedostatečné uniformity, na něž upozornil H. Lauterpacht, který vyslovil názor, že právo azylu (míněno diplomatického), ačkoli nárokové a často poskytované, nebylo univerzálně uznáno.⁸ V 19. století evropská praxe poskytování azylu na velvyslanectví téměř vymizela i pod vlivem odmítnutí nepřijatelné myšlenky exteritoriality, jež byla nahrazena teorií funkční nutnosti.⁹ Odmítnutí exteritoriality ovšem bylo jenom jevou stránkou. V pozadí příčin, že praxe diplomatického azylu v Evropě až na výjimky (Španělsko) byla řídká, stály rozrůzněné zájmy států. Přesto bylo možno poukázat na časté mimoevropské případy udělení azylu diplomatickými a konzulárními úředníky Velké Británie¹⁰ či Francie.¹¹ Ty však byly odůvodněny místními zvyklostmi a přívolením dotčeného státu.

Ani poskytování územního azylu, vyhrazeného politickým a náboženským provinilcům, nevykazovalo ustálenost a jednotnost praxe. Praxi příliš ovlivnily úmysly politické účelnosti, což se zřetelně prokázalo v údobí napoleonských válek. Zakotvení územního azylu v mezinárodním právu obyčejovém zůstalo v evropském měřítku nadlouho problematické,¹² přestože ve vnitrostátních právních rádech se začalo ob-

ality not without, but within, the territories of the receiving states.“ H. Lauterpacht: Oppenheim's International Law. Londýn-New York-Toronto, 1948, str. 711.

⁶Yearbook of the International Law Commission. 1958, sv. II., str. 94-95.

⁷„Asylum given in legations could thus be assimilated to asylum given by a state on its own territory.“ F. Morgensternová: Extra-territorial Asylum. The British Yearbook of International Law. 1948, sv. 25, str. 237.

⁸H. Lauterpacht: op. cit. pod ⁵, str. 712.

⁹Funkční teorie zdůvodnila existenci diplomatických výsad a imunit usnadněním výkonu funkcí diplomatických. Yearbook of the International Law Commission. 1958, sv. II., str. 95.

¹⁰Velká Británie poskytla ve 30 případech azyl v letech 1865-1902. Srov. F. Morgensternová: op. cit. pod ⁷, str. 241.

¹¹Francie udělovala azyl převážně v Haiti.

¹²Srov. Č. Čepelka: op. cit. pod ², str. 12.

jevovat ustanovení o azylu.¹³ Prosazení pozitivistického právního učení v 19. století zcela zpochybnilo obyčejové bytí politického azylu. Pozitivistická škola nechápala azyl jako oprávnění státu podle mezinárodního práva, nýbrž jako akt volnosti, činěný v souladu s vnitrostátními předpisy, zpravidla ústavním zákonem. Udělení azylu se stalo atributem faktické územní suverenity. Státy byly pouze vázány mezinárodním právním příkazem neudílet politický azyl prostým delikventům. Současně se objevily mezinárodní smlouvy i vnitrostátní právní předpisy, vylučující vydávat pachatele politických trestních skutků.¹⁴ Krajně sporné bylo, jestli se ustálila sourodá praxe, doprovázená *opinio iuris*.¹⁵ Udělení azylu jako volnostního činu státu¹⁶ nemuselo být jiným státem respektováno. Takový stát nemohl sice prohlásit poskytnutí ochrany politickému provinilci za protiprávní chování podle mezinárodního práva, avšak mu zůstávala možnost pokládat tento akt za nevládný čin. Vydání politického provinilce mohlo být očekáváno z důvodu zdvořilosti mezi civilizovanými státy, zejména když tento stát delikventa sám nepotrestal.

Evropa tak v minulém století přestala být vitálním mezinárodním prostředím pro poskytování útulku z důvodu rozmanitosti státních zájmů. Praxe udělení azylu se přesouvala do jiných oblastí světa, kde byla podmíněna výkonem místních zvyklostí. Zejména sociální neklid, časté neústavní obměny vlád a politických režimů, občanské války vyvolaly nutnost partikulárního smluvního zakotvení institutu azylu v Latinské Americe.

B)

Smlouva o mezinárodním právu trestním

(23. leden 1889)¹⁷

Na prvním jihoamerickém kongresu o mezinárodním právu soukromém, uskutečněném v Montevideu na sklonku minulého století, bylo přijato partikulární ujednání úzkým okruhem 5 latinskoamerických států,¹⁸ které zakotvilo právo azylu *inter se*. Mezinárodní smlouva toho druhu se stala výjimečným počinem, protože se odchýlila

¹³Francouzská ústava z 24. června 1893.

¹⁴Zákon o extradici z roku 1833 přijatý v Belgii.

¹⁵Srov. J. Malencovský: Pravidlo nevydávání pachatelů pro politické trestné činy v současném mezinárodním právu. *Právník*, 1984, č. 10, str. 946-949.

¹⁶„The so-called right of asylum is nothing but the competence of every state mentioned above, inferred from its territorial supremacy, to allow a prosecuted alien to enter, and to remain on, its territory under its protection, and thereby to grant an asylum to him.“ H. Lauterpacht: *op. cit.* pod ⁵, str. 618.

¹⁷Treaty on International Penal Law. *Collection of International Instruments Concerning Refugees*. Ženeva, 1990, str. 236-246.

¹⁸Argentina, Bolívie, Paraguay, Peru a Uruguay.

od dřívější přirozenoprávní konstrukce práva azylu, příslušejícímu osobě, ale taktéž pozitivistickému chápání tohoto institutu, jenž jej přeneslo do vnitrostátní sféry. Po výtce se v jejím obsahu zjevovaly zřetelné vlivy ideje exteritoriality, reality, již se opětně dovoľovala latinskoamerická diplomatická praxe. Montevidejská smlouva regulovala azyl ve spojení s extradicí a dalšími právními záležitostmi a věnovala azylu ustanovení článků 15 až 18.¹⁹ Uvádějící ustanovení článku 15 obsahovalo důležitý závazek smluvních stran nevydávat delikventy, kteří získali útočiště na území státu jinému suverénu.²⁰ Exempci tvořily případy ve shodě s extradičními pravidly smlouvy. Poskytnutí azylu Montevidejská smlouva vyhradila politickým uprchlíkům (nikoli běžným delikventům). Osoby, jež mohly být obviněny za spáchání kriminálních deliktů navzdory tomu, že vyhledaly útulek na stálé misi, musely být vydány místním orgánům na žádost ministra zahraničních věcí teritoriálního státu nebo z vlastní pohnutky vedoucího mise. Z personální působnosti smluvních pravidel byli vyloučeni dezertéři z válečných lodí, pobývajících v pobřežních vodách teritoriálního státu.²¹ Dobrodiní azylu požívali výhradně političtí provinilci, přičemž stát, jenž poskytl útočiště, měl za povinnost zabránit páchání jakýchkoli činů, které mohly ohrozit veřejný pořádek v dotčeném státě. Stát, který poskytl ochranu politickému delikventovi byl zavázán příkazem neprodleně oznámit poskytnutí útočiště místní vládě. Vláda disponovala oprávněním požadovat, aby delikvent opustil území v nejkratším možném čase za trvání záruk jeho nedotknutelnosti.

Diplomatický azyl nebyl pouze udělován na stálých diplomatických zastoupeních. Útočiště mohl provinilci udělit i kapitán válečného plavidla. V teorii a praxi dominovala představa, že válečné lodě jsou plovoucí částí území státu vlajky (*floating portions of the flag-State*), což bylo uplatnění myšlenky exteritoriality, zjevenou přirozenoprávní školou. V roce 1911 se dovoľával ministr zahraničí Ecuadoru exteritoriality válečných plavidel, když tvrdil, že tyto lodě jsou bez pochybnosti částmi národního území,²² čímž asimiloval územní a diplomatický azyl.

¹⁹Srov. P. Weis: *op. cit.* pod ¹, str. 120.

²⁰„No offender who has taken refuge in the territory of a State shall be surrendered to the authorities of any other state except in compliance with the rules governing extradition.“ *Collection of International Instruments Concerning Refugees*. Ženeva, 1990, str. 238.

²¹Článek 18 smlouvy v anglickém jazyce zní: „The provisions of Article 15 shall not be applicable to deserters from vessels of war while in territorial waters of a State. Said deserters, whatever their nationality may be, shall be surrendered by the local authorities, upon proper identification, whenever the legation, or if there is no legation, the consular officer of the country concerned may request it.“ *Collection of International Instruments Concerning Refugees*. Ženeva, 1990, str. 239.

²²Srov. F. Morgensternová: *op. cit.* pod ⁷, str. 253.

C)

Úmluva o azylu

(20. února 1928)²³

VI. Mezinárodní konference amerických států, konaná v Havaně, připravila k podpisu mezinárodní smlouvu o azylu, aby upravila pravidla, která musí být zachována při jeho udílení. Okruh signatářů²⁴ i smluvních stran²⁵ se zvýšil v porovnání s předchozím smluvním dokumentem. Již v době podpisu vyjádřily explicitní výhradu Spojené státy americké, které neuznaly za část mezinárodního práva tzv. doktrínu azylu.

Americký smluvní partikularismus, přijatý v Havaně, upravil diplomatický azyl, když politický delikvent, jenž našel útočiště na stálé diplomatické misi, válečné lodi či letadle anebo ve vojenském táboře, byl vyňat z jurisdikce teritoriálního státu, což bez právního podkladu konstituovalo zásah do záležitostí, které jsou výhradně v působnosti dotčeného státu.²⁶ Azyl poskytovaný politickým provinilcům na stanovených místech byl uznán v dovořeném rozsahu v článku 2 úmluvy jakožto právo nebo následkem humanitární tolerance. Přičemž se toto ustanovení dovolalo zvyklostí, nejsoucích formou mezinárodního práva, konvencí a zákonů státu, na jejímž území byl azyl poskytnut.²⁷ Tak úmluva o azylu reflektovala právní situaci již rozvíjenou v Latinské Americe. Ustanovení článku 2 zároveň rozšířilo místa pro udílení azylu o vojenské tábory (základny) a letadla. Jejich právní postavení bylo s jistotou pokládáno za exteritoriální, což až pozdější teorie i praxe vyvrátila přijetím imunity.²⁸

Úmluva v článku 1 stvrdila, že není dovolené (it is not permissible) státům poskytovat azyl osobám obviněným nebo odsouzeným za kriminální činy nebo dezertérům z armády nebo námořnictva. Aplikaci nesnáze nemohl ani vzbudit pojem běžného trestního činu, neboť se má tradičně za to, že obecná kriminalita míří proti lidské přirozenosti a představuje absolutní (nikoli relativní) protispolečenský čin.²⁹ Osoby

²³Convention on asylum. Collection of International Instruments Concerning Refugees. Ženeva, 1990, str. 247 – 248.

²⁴Úmluva o azylu byla podepsána 20 státy.

²⁵Úmluvu ratifikovalo 13 států a vstoupila v platnost 21. května 1929.

²⁶Srov. „It withdraws the offender from the jurisdiction of the territorial State and constitutes an intervention in matters which are extensively within the competence of the State.“ Asylum Case (Columbia v. Peru). International Court of Justice Reports. 1950, str. 266 a 274.

²⁷„Asylum granted to political offenders in legations, warship, military camps or military aircraft, shall be respected to the extent in which allowed, as right or through humanitarian toleration, by the usages, the conventions or the laws of the country in which granted...“

²⁸„Whenever armed forces are on foreign territory in the service of their home State, they are considered extraterritorial and remain, therefore, under its jurisdiction.“ H. Lauterpacht: op. cit. pod 5, str. 759.

²⁹Srov. J. Malenovský: op. cit. pod 15, str. 952.

vyložené z personální působnosti úmluvy musely být vždy vydány na žádost vlády orgánům teritoriálního státu.

Smluvní strany převzaly nové závazky, vymezující způsob výkonu udílení azylu. Azyl mohl být poskytnut jenom v naléhavých případech na dobu striktně nezbytnou, kdy osoba neměla jinou možnost zástity. Udílení azylu vážlo na existenci věcné a časové podmínky. Vágností trpěla formulace „v naléhavých případech“. Takovou situaci mohlo být násilné a výtržnické chování nezodpovědné části obyvatelstva,³⁰ které bezprostředně a setrvale ohrožovalo uprchlíka, jenž musel vyhledat útulek.

Přestože Spojené státy americké neuznávaly tzv. právo azylu, vykonávaly jejich diplomatictí zástupci dočasnou ochranu (temporary shelter) nad jednotlivci, jejichž životy byly ohroženy davovým násilím (mob violations). Jednalo se o mimořádné situace, které místní orgány nebyly způsobilé zvládnout a zajistit zástitu jedinci. *De facto* ochranu poskytl uprchlíkovi diplomatický úřad na nezbytný čas, než se ho mohly ujmout a zaštitit místní orgány.

Zatímco USA tzv. právo azylu pokládaly za podstatný zásah do svrchovanosti, institut dočasného útočiště se jim nejevil jako narušení suverenity teritoriálního státu, poněvadž v době anarchie místní vláda nebyla schopna ochránit vlastní občany a kontrolovat situaci. Diplomatická praxe Spojených států amerických na přelomu minulého století přísně rozlišovala mezi případy dočasné ochrany poskytované ve prospěch zástity nevinného života a azylem *in stricto sensu*.

Uvážení o poskytnutí diplomatického azylu vykonával diplomatický zástupce anebo velitel válečného plavidla, letadla nebo vojenského tábora. V americkém partikulárním právu se nikdy neustálilo subjektivní právo jednostranné a konečné kvalifikace státem, jenž udělil azyl. Proto rozhodnutí zástupce udílejšího státu nemohlo být nikdy nezvratné. Při vzniku sporu rozhodoval nestranný orgán. Tak byla upřednostněna vyváženost zájmů a snaha usmířit suverenitu s humanitou. Oznamovací povinnost zavazující zástupce státu, jenž poskytl azyl byla reflexí mezinárodní zvyklosti, zachovávané mezi americkými státy. Její smluvní potvrzení usnadňovalo vlastní výkon diplomatického azylu. Rovnováhu vzájemných práv a povinností doplňovalo oprávnění územního suveréna požadovat odchod azylanta v nejkratším možném čase za trvání záruk jeho nedotknutelnosti.³¹

Stát, který útočiště poskytl, se zavazoval, že chráněná osoba nebude vyvíjet aktivitu v rozporu s veřejným pořádkem.

³⁰Srov. „Asylum Case“. International Court of Justice Reports. 1950, str. 187.

³¹„The Government of the State may require that the refugee be sent out of the national territory within the shortest time possible, and the diplomatic agent of the country who has granted asylum may in turn require the guarantees necessary for the departure of the refugee with due regard to the inviolability of this person, from the country.“

D)

Úmluva o politickém azylu

(26. prosince 1933)³²

Preambule Úmluvy³³ vystihla účel dokumentu stručným přáním smluvních stran definovat pojmy obsažené v Havanské smlouvě. V ustanovení článku 1 nahradila obrat „dovolené“ slovem „zákonné“, aniž by následně dospěla k vyšší míře právní přesnosti. Právně významnější bylo zakotvení azylu jako institutu humanitární povahy, který není podroben vzájemnosti.³⁴ Pozadí azylu odhalil v tomto kontextu oběžník ministerstva zahraničí USA z roku 1930, jenž sděloval diplomatickým úředníkům, že azyl primárně slouží osobní ochraně spiklenců, kteří usilují o státní převrat,³⁵ čímž vyjádřil skepsi vůči takovému aktu lidskosti. Montevidejská úmluva o politickém azylu nedostatečně precizovala obsah pojmu politického delikventa, jehož nevybavila jakýmkoli právními znaky objektivního či subjektivního charakteru. Obrat „politický“ přece skýtá řadu otevřených významů. V mezích jednoduššího pozorování společenský fenomen politiky představuje úsilí o uchopení moci, boj o moc.³⁶ Právě osoby zapojené do této aktivity se mohly stávat oběťmi politického pronásledování. Kumulace obou obrátů (politický delikvent) nevyhnutelně plodila řadu pochybností, protože právní teorie nikdy nepokoušela vymezit politického pachatele. Pojem politického pachatele zprostředkovala definicí politického deliktu. Význam politického trestního činu trpí taktéž obsahovou šíří. Dříve uchopení obsahu pojmu jen chabě usnadnilo teoretické členění mezi „absolutními“ politickými delikty, namířenými proti existenci a nezávislosti státu, nebo jeho ústavní formě a „relativními“ činy, které sloužily jako prostředek k uskutečnění absolutních deliktů, mezi činy s použitím fyzického násilí a nenásilnými akty, mezi činy, jejichž objektem je politický významná hodnota a skutky, jejichž pachatelé sledovali politickou pohnutku.³⁷

Americké právní myšlení tolik podmíněné „case law“ pojalo politický trestný čin skloubením objektivního a subjektivního předpokladu. Politický delikt pro případ extradice je determinován existencí dvou předpokladů: čin byl spáchán k dosažení politického cíle a v průběhu politických nepokojů.³⁸ Názory se různily v kumulativním nebo alternativním použití obou podmínek. V tomto smyslu se koncept

³²Convention on Political Asylum. Collection of International Instruments Concerning Refugees. Ženeva, 1930, str. 249–250.

³³Úmluva o politickém azylu byla podepsána v Montevideu 6 státy a vstoupila v platnost podle článku 7 dne 28. března 1935.

³⁴„Political asylum, as an institution of humanitarian character, is not subject to reciprocity.“

³⁵Srov. F. Morgensternová: op. cit. pod 7, str. 260.

³⁶H. J. Morgenthau: Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace, New York, 1972, str. 27–28.

³⁷Srov. J. Malenovský: op. cit. pod 15, str. 952–953.

³⁸Srov. J. Malenovský: op. cit. pod 15, str. 952–953.

politického deliktu bezesporu přibližoval účelu latinskoamerických smluv o azylu. Uprchlík se mohl dopustit skutku, jehož naplněním sledoval realizaci politického cíle. Personální ochrana poskytovaná vysílajícím státem se musela uskutečnit v naléhavých případech, čili v čase politických nepokojů, vládou nekontrolovaného násilí, kdy byl uprchlík v nebezpečí života.

Bez pochyby latinskoamerické smlouvy o azylu spatřovaly v politickém pachateli objekt (nikoli subjekt) mezinárodně právní úpravy, jemuž ze smluvních instrumentů plynuly výhody. V takovém právním postavení se uprchlík ocitl v okamžiku naléhavé situace, kdy dočasně ztrácel *de facto* ochranu domovského státu, což se projevilo v útocích na jeho život, fyzickou integritu a svobodu. Proto byl nucen vyhledat útočiště na stálé diplomatické misi, válečné lodi, či letadle, anebo vojenském táboře.

Partikulární smluvní dokument poznamenala neurčitost v zásadních právních pojmech: politický delikvent a naléhavé případy. Zde měl dozajista ležet hmotně právní základ smlouvy. Úmluva je však obsahově propracovanější v naplnění způsobu výkonu azylu. Smlouva přesunula právní esenci azylu do oblasti procesních pravidel mezinárodního práva.

Vágnost v sobě skrývá potencialitu vzniku sporů. V případě Victora Raula Haya de la Torre levicového peruánského politika, jenž se uchýlil na kolumbijské velvyslanectví v Limě, Mezinárodní soudní dvůr neuznal podmínky naléhavosti (conditions of urgency) při udělení diplomatického azylu v budově mise.³⁹ V otázce posouzení skutku uznal Dvůr toliko prozatímní kvalifikaci každého deliktu, jenž byl spáchán uprchlíkem, čímž jen stvrdil trvajících nedostatky partikulární smlouvy.

E)

Americká deklarace práv a povinností člověka

(2. května 1948)⁴⁰

IX. Mezinárodní konference amerických států, uspořádaná v Bogotě, přijala dokument slučující práva a povinnosti jednotlivce, jenž byl sestaven v poválečné náklonnosti internacionalizovat lidská práva, která měla univerzální i regionální rozsah. Bezprostřední příčinou bylo předchozí systematické a hromadné porušování práv jedince v průběhu světového konfliktu.

Tvůrci deklarace jednoznačně vyšli z myšlenek přirozenoprávní školy a uznali, že základní práva člověka nejsou odvozena z faktu, že jedinec je občanem státu,⁴¹

³⁹Srov. International Court of Justice Reports, 1951, str. 71.

⁴⁰American Declaration of the Rights and Duties of Man. O.A.S. Resolution XXX. Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos, Bogotá, 1953, sv. XI., str. 279–302.

⁴¹„The American states have on repeated occasions recognized that the essential rights of man

nýbrž je pojali jako nedílnou součást přirozenosti člověka a jeho osobnosti. V souhrnu 27 práv člověka se v Americké deklaraci vyskytuje právo na azyl, jehož subjektem je jednotlivec (nikoli stát). Americká deklarace práv a povinností člověka tím přerušuje obsahovou kontinuitu azylu a přetváří ho v subjektivní oprávněné jedince v latinskoamerickém právním prostředí, čímž ho současně individualizuje. Podle článku XXVII deklarace každá osoba má právo vyhledat a obdržet azyl na cizím území v souladu se zákony takové země a s mezinárodními dohodami.⁴² Ustanovení článku XXVII stipuluje územní azyl výhradně ve prospěch politických provinilců. Z teritoriálního azylu nemohou získat dobrodíní pachatelé běžných trestných činů.

Americká deklarace práv a povinností člověka zařadila právo jedince na azyl do skupiny individuálních práv jako právo usadit se, právo svobody pohybu⁴³ a právo na státní občanství,⁴⁴ aniž by ovšem našla jejich těsnější souvislosti.

Americká deklarace byla přijata ve formě zjednodušené rezoluce přijaté na konferenci,⁴⁵ kterou charakterizuje právní nezávaznost.⁴⁶ Deklarace nebyla odkazem inkorporována do Charty Organizace amerických států.⁴⁷

are not derived from the fact that he is a national of certain state, but are based upon attributes of his human personality."

⁴²Článek XXVII v anglické verzi zní: „Every person has the right, in case of pursuit not resulting from ordinary crimes, to seek and receive asylum in foreign territory in accordance with the laws of each country and with international agreements.“

⁴³Článek VIII deklarace v originále: „Every person has the right to fix his residence within the territory of the state of which he is a national, to move about freely within such territory, and not to leave it except by his own will.“

⁴⁴Článek XIX deklarace v anglickém jazyce je následující: „Every person has the right to nationality to which he is entitled by law and to change it, if he so wishes, for the nationality of any other country that is willing to grant it to him.“

⁴⁵T. Buergenthal – R. Norris – D. Sheltonová: *Protecting Human Rights in the Americas*. Kehl-Strasbourg-Arlington, 1990, str. 4.

⁴⁶„The Declaration was adopted as a non-binding conference resolution that was deemed by those who drafted it to have no legal effect. Very gradually, however, the legal status of the American Declaration began to change. Today it is deemed to be normative instrument that embodies the authoritative interpretation of „fundamental rights of the individual“, which Article 3 (j) of the OAS Charter proclaims.“ T. Buergenthal: *International Human Rights in a Nutshell*. St. Paul, 1988, str. 128–129.

⁴⁷Srov. T. Buergenthal–R. Norris–D. Sheltonová, op. cit. pod ⁴⁵, str. 4.

F)

Úmluva o územním azylu

(28. března 1954)⁴⁸

Účastníci X. Mezinárodní konference, konané v Caracasu, vytvořili dokonalejší smluvní instrument.⁴⁹ Normotvůrcům se zdařilo překonat některé nedostatky předchozích partikulárních smluv. S jednoznačností odlišili územní azyl jako výkon teritoriální svrchovanosti od azylu diplomatického. Smlouva podchytila územní azyl, jakožto právo každého státu přijmout na své území osoby, poněvadž to pokládá za vhodné, aniž by implementací odůvodněně zadržovala příčinu stížnosti jakéhokoli jiného státu, čímž pokračovala v evoluční linii, navozené předchozími smlouvami, a učinila z pojetí Americké deklarace práv a povinností člověka právní odchylku.

V hranicích *ratione personae* úmluvy opustila právně nevypočitatelný termín politického delikventa a zahrнула do svého rámce osoby pronásledované pro jejich názory, politická spojení anebo činy, které mohou být považovány za politické trestní skutky (*persecuted for their beliefs, opinions, or political affiliations, or for acts which may be considered as political offenses*).

Žádná strana nepodléhá podle úmluvy závazku vydat nebo vyhostit ze svého území osoby pronásledované z politických důvodů nebo deliktů. Ani oprávnění extradice není použitelné ve spojení s osobami, které jsou hledány pro politické delikty, nebo kriminální činy spáchané kvůli politickým cílům, anebo když je vydání osob převážně požadováno z politických pohnutek. Předchozími ustanoveními tato úmluva vyhradila institut teritoriálního azylu pro osoby politicky pronásledované, čímž funkčně kráčela ve slépějích evropské zkušenosti minulých století.

Ochranu úmluva spojuje s politickými svobodami zejména svobodou projevu myšlení, v souladu s níž se jedinec sebeurčuje prostřednictvím chtění, myšlení, nebo vírou, poněvadž jeho intelektuální činy jsou nezávislé, třebaže spočívají svými kořeny v lidské činnosti.⁵⁰ V tomto smyslu si nemůže smluvní stát stěžovat na názory vyjádřené proti němu anebo jeho vládě azylanty či uprchlíky, ledaže takové jednání zakládá systematickou propagandu podněcující použití síly či násilí proti vládě stěžujícího si státu.

Žádná smluvní strana nedisponuje právem požadovat omezení svobody azylantů a uprchlíků shromažďovat se a sdružovat se s výjimkou situace, kdy účelem realizace

⁴⁸Convention on Territorial Asylum. Collection of International Instruments Concerning Refugees. Ženava, 1990, str. 264–267.

⁴⁹Článek 1 úmluvy v anglické verzi je následující: „Every state has the right, in exercise of its sovereignty, to admit into its territory such persons, as it deems advisable, without, through the exercise of this right, giving rise to complaint by any other state.“

⁵⁰Srov. D.H.M. Meuwissen: *The Practical Impact of the Idea of Human Rights*. Rechtsfilosofie und Rechtstheorie, 1989, č. 3, str. 207.

takové svobody je podněcování použití síly a násilí proti dotčenému státu.

Na straně druhé však úmluva zasahuje do fyzické svobody politických azylantů, jimž byl udělen útulek, kdy na žádost zainteresovaného státu lze střežit nebo i internovat takové osoby v rozumné vzdálenosti od hranic, jestliže představují známé vůdce rozvrtného hnutí, kteří sledují cíl uchopení moci. Omezení fyzické svobody může být zamezeno na přání internovaného opustit území, přičemž odchod azylanta musí být notifikován státu původu. Guatemala potvrdila, že termín „internování“ obsažený v článku 9 úmluvy znamená pouze umístění v určité vzdálenosti od hranice,⁵¹ což nepředstavuje absolutní zásah do fyzické svobody jednotlivce.

G)

Úmluva o diplomatickém azylu

(28. března 1954)⁵²

Úmluva o diplomatickém azylu schválená totožnou meziamerickou konferencí, konanou v Caracasu, završuje regionální kodifikační úsilí při úpravě tohoto institutu.⁵³ Konvence propůjčuje oprávnění smluvnímu státu poskytnout azyl, aniž by ho zavázala tak učinit nebo konstatovat důvody neudělení útočiště.⁵⁴ Korelativní povinnost ukládá teritoriálnímu státu strpět udělení diplomatického azylu osobě hledané z politických důvodů nebo pro politické delikty, spáchané na jeho území, přestože se jedná o intervenci do záležitostí výlučně patřících do kompetence teritoriálního státu. Taková derogace územní svrchovanosti nemůže být uznána, ledaže její právní základ je založen v každém zvláštním případě.⁵⁵ Místy pro udělení diplomatického azylu se mohou stát stálé diplomatické mise,⁵⁶ válečné lodě,⁵⁷ vojenské tábory a letadla. Jestliže Havanská úmluva z roku 1928 otvírala široký interpretační prostor, pak Caracaský právní dokument zpřesňuje místa pro poskytnutí azylu. Za vyslanectví pokládá sídlo mise a rezidenci vedoucího mise a dále zařízení určená pro uprchlíky, když počet azylantů překročil kapacitu budov. Úmluva o diplomatickém azylu

⁵¹ „We affirm, likewise, that the term „internment“ in Article 9 means merely location at the distance from the border.“ Collection of International Instruments Concerning Refugees. Ženeva, 1990, str. 267.

⁵² Convention on Diplomatic Asylum. Collection on International Instruments Concerning Refugees. Ženeva, 1990, str. 268–273.

⁵³ Úmluva o diplomatickém azylu vstoupila v platnost 29. prosince 1954 v souladu s článkem 23.

⁵⁴ „Every state has the right to grant asylum, but it is not obligated to do so or to state its reasons for refusing it.“

⁵⁵ International Court of Justice Reports, 1950, str. 274.

⁵⁶ Srov. Vídeňskou úmluvu o diplomatických stycích z roku 1966.

⁵⁷ „Válečná loď může být chápána jako jedno ze ztělesnění myšlenky nezávislosti státu.“ R.-J. Dupuy-D. Vignes: Law of the Sea. Dordrecht-Boston-Lancaster, 1991, sv. 1, str. 251.

jednoznačně vyloučila z užívání konzulární úřady, kde v 19. století hledaly útočiště pronásledované osoby. V Haiti se děledobě vyvíjel zvyk udílet konzulárnímu úřadu výsadu chránit uprchlíky, což bylo diktováno požadavkem lidskosti.⁵⁸ Chráněným místem se nemohou stát válečné lodě a letadla, dočasně se nacházející v opravných či loděnicích. V předchozích dobách válečné lodi požívaly exteritorialitu, čímž byly vyloučeny z kontroly pobřežního státu. Téhož právního výsledku je dosaženo vlastním výkonem veřejných služeb, které poskytuje stát, pod jehož vlajkou válečné plavidlo pluje.⁵⁹ Vzdor tomu, že obchodní lodě nepodléhají vynětí z jurisdikce pobřežního státu, objevovaly se řídce případy udělení útočiště na takových plavidlech v 19. století, což bylo způsobeno skutečností, že obchodní lodě podléhají jak vnitrostátním pravidlům teritoriálního státu (clo, technologické inspekce), tak jurisdikci práva státní vlajky. Poskytnutí útočiště na obchodních lodích úmluva zapověděla.

V článku 3 zpřesnila kvalifikaci osob vyloučených z působnosti úmluvy, když stanovila, že je protiprávní poskytovat diplomatický azyl osobám, proti nimž v daném čase bylo vzneseno obvinění nebo jsou vyšetřováni za spáchání běžných kriminálních deliktů, anebo je již obvinil řádný příslušný soud a dosud nebyl vynesen rozsudek. V případě, že na určená místa *de facto* vstoupí jedinci trestně odpovědní za vykonané kriminální skutky, je povinen dotčený stát vyzvat takové osoby, aby opustily tyto prostory, anebo je může vydat teritoriálnímu státu.

Caracaská úmluva pojmově vyjasňuje, co představují naléhavé případy (urgent cases) v časovém i věcném rozsahu. V temporálním smyslu lze azyl udělit v období prísne nutném pro odjezd chráněného jedince z území státu až do okamžiku, kdy již jeho život, svoboda a osobní integrita nemůže být ohrožena anebo je jeho bezpečnost zajištěna jiným způsobem. Z časového vymezení pramení dočasnost ochrany ze strany státu, jenž poskytl útulek.⁶⁰ Diplomatický azyl nahrazuje ztrátu ochrany a bezpečí. Naléhavé případy jsou vymezeny věcně, neboť se jimi rozumí situace, kdy jednotlivec je hledán jinými osobami nebo davy, nad nimiž orgány teritoriálního státu ztratily kontrolu, nebo samotnými složkami státní moci, a nalézá se v nebezpečí zblavení života nebo svobody, protože je pronásledován a nemá možnost bez rizika získat bezpečí jiným způsobem.⁶¹

⁵⁸ „Scheiter in consulates should in future be extended only to persons in imminent peril of their lives, and where such action is called for by the common dictates of humanity.“ F. Morgensternová: op. cit. pod 7, str. 252.

⁵⁹ Srov. R.J. Dupuy-D. Vignes: op. cit. pod 57, str. 251.

⁶⁰ Článek 5 úmluvy v anglickém jazyce zní: „Asylum may not be granted except in urgent cases and for the period of time strictly necessary for the asylee to depart from the country with the guarantees granted by the Government of the territorial state, to the end that his life, liberty, or personal integrity may not be endangered, or that the asylee's safety is ensured in some other way.“

⁶¹ Článek 6 má následující znění v anglické verzi: „Urgent cases are understood to be those, among others, in which the individual is being sought by persons or mobs over whom the authorities have lost control, or by the authorities themselves, and is in danger of being deprived of his life or liberty because of political persecution and can not, without risk, ensure his safety in any other way.“

Povahu činu nebo motivy pronásledování určuje stát poskytující azyl. Diplomatičtý zástupce, kapitán válečného plavidla nebo vojenského letadla, či velitel vojenského tábora musí přitom brát zřetel na údaje poskytnuté teritoriální vládou při zvažování rozhodnutí o udělení útočiště. Skutečnost, že vláda teritoriálního státu neuzná poskytnutí azylu, neprejudikuje provádění úmluvy.

Tradičně vláda teritoriálního státu má právo požadovat, aby azylant opustil území. Současně se státu ukládá závazek zajistit záruky a korespondující bezpečný doprovod (safe conduct) azylanta, ledaže by tomu překážela okolnost vylučující protiprávnost, spočívající ve vyšší moci (*force majeure*). Stát udílející azyl disponuje oprávněním žádat písemné garance od teritoriálního státu. Tento může rovněž upozornit na vhodnou cestu, zohledňující rychlost a podmínky bezpečnosti přepravy, aniž by určil místo určení. Během cesty nemůže azylant přerušovat na delší čas transport s výjimkou naléhavých událostí.

Stát poskytující azyl nepodléhá smluvní povinnosti zajistit usazení azylanta na svém území. Navrácení do státu původu se může uskutečnit na výslovné přání dotčené osoby.

Poskytnutím azylu lze vyvolat přerušování diplomatických styků mezi zainteresovanými státy. V takové situaci musí diplomatický zástupce, jenž rozhodoval o udělení útulku, opustit v rozumné době přijímající stát. V důsledku odchodu diplomata ze země je azylant odevzdán diplomatické misi třetího státu, který je stranou úmluvy za trvání smluvních záruk. Je-li řešení fakticky nemožné, hledá se stát, který se uvolí zajistit diplomatický azyl. Diplomatický azyl není podřízen reciprocitě a vztahuje se na každou osobu bez ohledu na její státní občanství. Výhody z úmluvy nemůže získat jednotlivec bez státního občanství. Občanství totiž zprostředkovává kontakt s mezinárodním právem.

Úmluva, jež téměř uzavírá regionální kodifikaci, vyvažuje hmotně právní ustanovení s procesem výkonu azylu a zaplňuje interpretační prostory i právní mezery předchozích smluvních dokumentů. Její právní náplň poukazuje na ryze individuální pojetí poskytování ochrany vyhrazené politickým odpůrcům. Institut diplomatického azylu nemůže zajistit útočiště pro hromadný únik osob. Svoji funkcí spíše směřuje k zabezpečení útulku pro politické odpůrce, čímž se stává poněkud exkluzivním právním institutem.

Kodifikační proces vrcholí až Americkou úmluvou o lidských právech z 22. listopadu 1969, která vstoupila v platnost 18. července 1978 ve shodě s článkem 74. Americká úmluva o lidských právech v článku 22 odst. 7 stipuluje právo každé osoby vyhledat a být jí poskytnut azyl na cizím území (the right to seek and be granted asylum in a foreign territory) v souladu se zákonodárstvím státu a mezinárodními

úmluvami.

* * *

SUMMARY

Asylum in latin america

The author describes the development of asylum. He states that the theory of extritoriality originally assimilated territorial and diplomatic asylum in the 17th century. There existed the discrepancy between both institutions from the point of view of protected persons. Diplomatic asylum related to each individual while territorial asylum concerned persons persecuted for political reasons or offenses.

The author continues with analysis of the Treaty on International Penal Law of January 23, 1889, the Convention on Asylum of February 20, 1928, the Convention on Political Asylum of December 26, 1933, the Convention on Territorial Asylum of March 28, 1954 and the Convention on Diplomatic Asylum of March 28, 1954. He claims that every state has the right under conventions, in the exercise of its sovereignty, to admit into its territory a person who is sought for political crime or for common offense committed for political ends. Every state also has the right to grant diplomatic asylum, but it is not obligated to do so. Diplomatic asylum can be granted in legations, war vessels, and military camps or aircraft, to a person being sought for political reasons or for political offenses. Granting diplomatic asylum is derogation of sovereignty of the territorial state and its has to respect it in accordance with provisions of the convention.

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

K procesním aspektům výkladu pojmu podnikatelská činnost

Ludvík DAVID

Podnikáním je soustavná činnost prováděná podnikatelem samostatně, vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku, jak se uvádí v § 2 odst. 1 obchodního zákoníku.

Kromě pojmu podnikání se používá v obchodním zákoníku v i jiných právních předpisech pojmu podnikatelská činnost. Můžeme bez obav říci, že mezi oběma není praktického rozdílu – podnikatelská činnost je činností právnické nebo fyzické osoby, v obou případech podnikatele, předmětem této činnosti je podnikání.

Pojem podnikatelská činnost nabyl v poslední době značného významu v procesním právu. Na jeho výkladu například závisí, zda: – připustit zastoupení účastníka komerčním právníkem, – bude k projednání věci příslušný obchodní nebo civilní soud.

Těmito dvěma otázkami se ve svém příspěvku, v jeho prvních dvou částech, zabývám. V závěrečné části jsem se pokusil shrnout kritéria posuzování pojmu podnikatelská činnost a vyvodit z toho obecnější závěry pro procesní praxi.

I.

Podle ustanovení § 2 odst. 1, 2 zákona č. 209/1990 Sb. o komerčních právnících a právní pomoci jimí poskytované je komerční právník oprávněn poskytovat právní pomoc fyzickým a právnickým osobám ve věcech souvisejících s jejich podnikatelskou činností.

Posouzení této souvislosti se stalo sporným ve věcech pracovních. Tak například Krajský soud v Brně došel v usnesení sp. zn. 17 Co 365/92 k závěru, že zmíněná

souvislost v pracovních věcech není dána a komerční právník zastupoval podnikatele ve sporu se zaměstnancem neoprávněně. Tjž soud však v usnesení jiného sendátu, pod sp. zn. 15 Co 450/92, vyjádřil právní názor opačný.

K rozsahu zástupčího oprávnění komerčního právníka se vyslovil také Vrchní soud v Praze. V usnesení sp. zn. 3 Cdo 336/93¹⁾ dovodil, že má-li jít o věc související s podnikáním, musí se jednat o „souvislost přímou a bezprostřední“, nikoli o jakoukoli souvztažnost.

Nutno však podotknout, že ve věci, o níž vrchní soud rozhodoval, zastupoval komerční právník své klienty v dovolacím řízení zcela zjevně neoprávněně. Předmětem sporu bylo určení vlastnického práva k nemovitostem, zastoupenými byly fyzické osoby, z textu odůvodnění judikátu není patrna žádná souvislost předmětu sporu s podnikatelskou aktivitou. Soud tu považoval podle mé domněnky za vhodné obecněji se vyjádřit k tak frekventovanému procesnímu problému, jakým věcný rozsah zastoupení účastníka komerčním právníkem bezpochyby je.

Z formulace vrchního soudu o „přímé souvislosti, nikoli souvztažnosti“ (pojem souvztažnost blíže nevysvětlil) můžeme dovodit, že je dáována přednost zužujícímu výkladu této souvislosti a v důsledku toho i restrikcí pojmu podnikatelská činnost. Pro pracovní věci by to podle mého názoru mělo znamenat, že by v nich komerční právník nebyl oprávněn zastupovat podnikatele ani ve sporech se zaměstnanci, ani případně s odborovou organizací.

Ze závěrů vyslovených vrchním soudem vyšel v novějším rozhodnutí Krajský soud v Brně. Jednalo se o věc pracovním sporům velmi blízkou, o spor mezi žalujícím zaměstnavatelem a žalovaným bývalým zaměstnancem o zaplacení dluhu z poskytnuté půjčky z FKSP²⁾. Krajský soud jako soud odvolací došel v usnesení sp. zn. 19 Co 549/93 k závěru, že komerční právnička, která zastupovala zaměstnavatele, tak činila neoprávněně³⁾. Nepřiznal jinak ve věci úspěšnému zaměstnavateli náhradu nákladů řízení (odvolání zaměstnance směřovalo jen proti výroku soudu I. stupně o těchto nákladech a lhůtě splatnosti dlužné částky) a shledal smlouvu o zastoupení mezi zaměstnavatelem a komerční právničkou absolutně neplatnou pro rozpor se zákonem (§ 39 o. z.). Konkrétněji pak soud dovodil rozpor smlouvy s § 2 odst. 1, 2 zákona č. 209/1990 Sb. o komerčních právnících, odkázal na zde zmíněné závěry vrchního soudu a uvedl, že přímá souvislost předmětu řízení s podnikáním není ve věci dána.

Převzme-li soudní praxe restriktivní interpretaci souvislosti s podnikáním, jak ji vyložil vrchní soud, bude možno podle mého názoru vymezit věcný rozsah zastupování komerčním právníkem takto: Komerční právník bude moci zastupovat svého klienta – podnikatele ve sporech ze závazkových vztahů upravených obchodním zákoníkem. Oprávněn k zastoupení podnikatele bude dle mého také ve sporech souvisejících s jeho podnikatelskou činností, v nichž půjde o nárok z právního vztahu upraveného občanským zákoníkem (typicky ze smlouvy o dílo mezi podnikatelem a fyzickou osobu – stavba rodinného domu). V ostatních věcech již zmíněná přímá, bezprostřední

souvislost předmětu sporu s činností podnikatele dána nebude⁴⁾.

II.

Věcná příslušnost krajských obchodních soudů je upravena v ustanoveních § 9, odst. 3, 4 o. s. ř. Krajský soud je jako soud prvního stupně ve věcech obchodních příslušný rozhodovat mj. spory z právních vztahů mezi podnikateli při jejich podnikatelské činnosti (tzv. relativní obchody) s následným bližším vymezením (§ 9 odst. 3, písm. a), aa), bb) o. s. ř.).

Ve věci projednávané Krajským obchodním soudem v Brně, sp. zn. 02 Cm 264/92, vystupovaly na obou stranách sporu právnické osoby – podnikatelé. Žaloba zněla na určení neplatnosti smlouvy o převodu nemovitosti, žalobce se dovolával svého spoluvlastnického práva a napadl smlouvu, kterou bez jeho souhlasu převedl svůj spoluvlastnický podíl první žalovaný na druhého žalovaného. Soud tu došel k názoru, že není věcně příslušný. Postoupil věc Městskému soudu v Brně s odůvodněním, že žádná ze sporných stran nemá v obchodním rejstříku zapsán jako předmět činnosti převod nemovitosti. Nejde tedy podle soudu o podnikatelskou činnost ve smyslu § 9, odst. 3, písm. a) o. s. ř.

Takové odůvodnění nepřislušnosti je už na první pohled překvapivé. Zápis předmětu činnosti v obchodním rejstříku, vycházející z vymezení činnosti podnikatele v živnostenském oprávnění, je přece „o něčem jiném“, musí být zapsána konkrétní aktivita podnikatele (např. výstavba rodinných domků), nikoli dispozice s majetkem. Možnost disponovat s vlastní nemovitostí vyplývá ze samotného obsahu vlastnického práva podnikatele. Spojování této dispozice s předmětem činnosti podnikatele se jeví být pro účely výkladu pojmu podnikatelská činnost a následné posouzení soudní příslušnosti dosti diskutabilním⁵⁾.

V této souvislosti lze označit za pozoruhodný článek Kolářové Úvaha o věcech obchodních, uveřejněný v Právní praxi č. 6(1993⁶⁾). Autorka se totiž zabývá vymezením tzv. relativních obchodů zmíněných již v úvodu této části příspěvku, tj. vymezením toho, kdy jde z hlediska věcné příslušnosti soudu o právní vztah mezi podnikateli při jejich podnikatelské činnosti (§ 9, odst. 3, písm. a) o. s. ř.).

Kolářová dochází k názoru, že se v případech tzv. relativních obchodů jedná pouze o spory ze vztahů závazkových. Provádí též podrobný, byť jen příkladný výčet těch věcí, které podle ní mezi relativní obchody nepatří. Jde o spory ze škod exhalacních a provozněhospodářských, spory vzniklé z neshod při rozdělení nebo vyčlenění státních podniků či družstev⁷⁾, o spory restituční, jakož i o spory o zaplacení nákladů za vyučení žáků podle § 227a zákoníku práce nebo o spory regresní podle § 205c, odst. 1 téhož předpisu (mezi zaměstnavatelem, který odpovídá zaměstnanci za škodu). Vedle těchto specifických sporů však shledává autorka věcmi nikoli obchodními též ty spory, v nichž vystupuje jako žalobce nebo žalovaný vlastník nebo no-

sitel práva hospodaření s majetkem. Jde podle ní o spory o určení vlastnického práva nebo práva hospodaření, o vydání věci a vyklizení nemovitosti, o náhradu bezdůvodného obohacení při neoprávněném užívání věci vč. nemovitosti, o zaplacení nájemného při sjednané nájemní smlouvě a též o spory z tzv. malé privatizace (zák. č. 427/1990 Sb.) o zaplacení zásob.

Z autorčina rozsáhlého negativního výčtu a především z omezení relativních obchodů pouze na závazkové vztahy mezi podnikateli je patrné, že při vymezení právních vztahů mezi podnikateli při podnikatelské činnosti zaujala stanovisko restriktivní. Jaké je ale měřítko této restrikce? Na první pohled mají být podle Kolářové právním vyjádřením (pro procesní účely) podnikatelské činnosti jen vztahy závazkové, zatímco ostatní (viz též rozsáhlý příkladný výčet) právní vztahy mezi podnikatelskými subjekty nikoli. Obstojí však – systematicky – toto rozdělení? Vždyť nájemní smlouva je řazena občanským zákoníkem mezi vztahy závazkové, autorka však nepovažuje spory o zaplacení nájemného za spory ze závazkových vztahů. Stejně tak spory o vydání věci či vyklizení nemovitosti, uvedené v negativním výčtu autorky, mohou vzniknout ze smlouvy o dílo nebo kupní smlouvy mezi podnikateli! V této souvislosti se nabízí pro autorčino rozdělení další kritérium, kterým by mohlo být, že se za závazkové a z hlediska procesního podnikatelské považují pouze ty vztahy, které jsou v rámci části třetí a obchodních závazkových vztahů upraveny obchodním zákoníkem. Ani to však neobstojí. Stačí uvést smlouvu o prodeji podniku, upravenou v § 476 a násl. obč. zák. – při sporu z tohoto závazkového vztahu bude nepochybně jedním z účastníků vlastník podniku (srov. druhou část autorčina negativního výčtu).

Podle mého názoru lze úspěšně použít na autorčino rozdělení jen jedině měřítko, a to měřítko daleko méně „objektivní“, než Kolářová uvádí. Toto měřítko vyjadřovala pojmově nejvýstižněji dřívější úprava převodů správy a vlastnictví národního majetku v hospodářském zákoníku, když od v hospodářském styku obvyklých převodů upravených jednotlivými zvláštními částmi kodexu (hospodářské závazky při dodávkách výrobků atd.) odlišovala převody vlastnictví nebo správy národního majetku „mimo obvyklé hospodaření“ (§ § 347, 349 hosp. zák.). Ty se týkaly majetkového substrátu podniku, nikoli jeho běžné produkce. Pouze takto, odlišením, zda jde o činnost podnikatele z obchodního hlediska běžnou či naopak atypickou. Lze dle mého vést vhodně dělicí čáru tak, aby to odpovídalo rozlišení a následnému výčtu provedenému Kolářovou.

III.

V předchozích částech tohoto příspěvku jsou uvedena tři hlediska použitá k odlišení, zda se jedná pro procesní účely o právní vztahy při podnikatelské činnosti či nikoli.

Jsou jimi:

1. Míra, nebo také intenzita souvislosti předmětu sporu s podnikatelskou činností, musí jít o souvislost přímou, bezprostřední, aby bylo možno příslušný právní vztah za související s podnikatelskou činností považovat (I).
2. Vymezení předmětu činnosti podnikatele v zápise v obchodním rejstříku. Pouze takový právní vztah, jehož konkrétní hospodářský obsah je uveden v rejstříkovém zápise obou sporných stran, je vztahem z podnikatelské činnosti (II, judikát Krajského obchodního soudu v Brně).
3. Posouzení, zda se mezi podnikateli jedná o vztah závazkový – pak vznikl při podnikatelské činnosti – čínekoliv (II, Kolářová).

V prvním případě sice zákon hovoří o souvislosti s podnikatelskou činností, ale z textu první části příspěvku je mištlm jednoznačně patřno, že jde o totéž co v části další o – výklad pojmu podnikatelská činnost. Za podstatné považují, že toto měřítko je zjevně rázu subjektivního.

Schematicky vyhlížející druhé kritérium je velmi blízké závěrům, které uvádím v souvislosti s rozdělením provedených Kolářovou. Jestliže jde o závazkový vztah vzniklý „v rámci obvyklého hospodaření“, bude jeho konkrétní předmět odpovídat zápisu předmětu činnosti účastníků tohoto vztahu v obchodním rejstříku (nebo bude se zapsaným předmětem činnosti evidentně souviset – koupě stroje potřebného pro výrobu). Půjde-li o právní vztah existující mimo zmíněný rámec (prodej pozemků podnikatelem – výrobce), pak tu vznikne ve srovnání se zapsaným předmětem činnosti nesoulad.

Třetí měřítka prezentované Kolářovou se zdá být velmi srozumitelným a instrukčním, Autorka jej však, domnívám se, při sném negativním výčtu nedodržela, ostatně samotný výčet se svými naznačenými úskalími demonstruje slabinu autorčina kritéria – značnou obecnost, kontrastující s variabilitou obligačních, věcných či ostatních vztahů.

Všechna tři měřítka jsou jistě, přes zde uvedené výhrady, použitelná. Druhé a třetí, nazval bych je objektivizujícími, však znamenají podle mého názoru interpretační restriktci zkoumaného pojmu. Přikláním se naopak k subjektivnímu kritériu prvnímu, dávajícímu při výkladu pojmu podnikatelská činnost větší prostor pro posouzení mnohotvárných právních vztahů mezi podnikateli. Současně se přimlouvám za velmi široké chápání pojmu podnikatelská činnost, podstatně širší, než při aplikaci druhého a třetího měřítka.

Při uznání restriktivního přístupu nelze než souhlasit s právními závěry všech zde uvedených judikátů s výjimkou toho, který připustil souvislost pracovního poměru mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem s podnikatelskou činností zaměstnavatele. Zajímeme-li ovšem výrazně extenzivní – a myslím i praktické – stanovisko, můžeme dojít k závěru, že podnikatelskou činností je vše, co má dopad na hospodaření podnikatelského subjektu, na jeho příjmy a výdaje. Takovou činností pak budou i jeho

pracovní vztahy se zaměstnanci, i jeho dispozice s vlastními nemovitostmi. Komerční právník by pak byl oprávněn zastupovat podnikající právnickou osobu ve všech jejích záležitostech, fyzickou osobu – podnikatele pak také ve všech věcech, samozřejmě mimo záležitosti osobní, rodinné či jiné, s podnikáním nesouvisející. Ostatně, pokud je mi známo, i takto je v současné zatím nejednotné soudní praxi zastoupení připouštěno. Je to také rozhodně praktičtější, než aby případně podnikatel pověřoval zastoupením jednou (v obchodním sporu) komerčního právníka, podruhé (v pracovním sporu) advokáta.

Jednotnější je soudní interpretace pojmu podnikatelská činnost ve vztahu k též zde rozebírané věcné příslušnosti. Restriktivní pojetí relativních obchodů, převážně traktované v judikátech vyšších soudů, znamená, že se rozhodovací spektrum soudů I. stupně (okresních) po věcné stránce ještě více rozšířilo. Ke sporům občanskoprávním včetně restitucí, pracovním, rodinným, družstevním a některým obchodním tak přibývají další dosti speciální skupiny sporů (viz výčet Kolářové) dříve rozhodovaných hospodářskou arbitráží. Prvostupňové soudy se přitom ani ve velmi sporných případech často nemohou na rozdíl od nedostatku místní příslušnosti bránit, domnívají-li se, že nejsou věcně příslušné⁸⁾. Že s tímto stavem – jako soudce na I. stupni – nesouhlasím, bych ani nemusel dodávat.

V každém případě by, co se týče obou uvedených základních problémů, bylo žádoucí sjednocovat aplikační praxi. U zastoupení komerčním právníkem se to vzhledem k předpokládanému organizačnímu sloučení s advokací nemusí jevit aktuálním, u věcné příslušnosti soudu však pochybnosti v tomto směru být nemohou. Mohu tu posloužit i negativním příkladem – na základě judikátu Krajského obchodního soudu v Brně uvedeného ve druhé části tohoto článku rozhoduje spor o neplatnost kupní smlouvy mezi právníckými osobami – podnikateli Městský soud v Brně. Převedená nemovitost je však též zahrnuta do nepoměrně většího majetku, o který vede spor převodce z této smlouvy (jako žalovaný) s jinou právnickou osobou, která se, též jako družstvo, od převodce oddělila. Tuto věc pro změnu rozhoduje, v rozporu s výčtem Kolářové, krajský obchodní soud v Brně.

Odkazy na literaturu a judikaturu:

- 1) Podrobněji v Právních rozhledech č. 1/1994, str. 19, 20.
- 2) V těchto sporech jde jak známo o smíšený právní vztah, obsahující prvky pracovní, finanční a občanskoprávní. Jedná se o věc rozhodovanou samosoudcem, nikoli senátem. Srov. právní větu v R 2/71 – a contrario.
- 3) Neplatnost zastoupení by ovšem měl konstatovat již prvostupňový soud. Pokud zastoupený zmocnění neodvolá, je podle mne namístě, aby soud rozhodl usnesením, že se zastoupení komerčním právníkem nepřipouští. Proti takovému usnesení se lze odvolat, neboť nejde o rozhodnutí upravující ve smyslu § 202, odst. 2, písm. a) o. s. ř. vedení řízení.

4) Jestliže soud dojde k závěru, o neoprávněnosti zastoupení komerčním právníkem, pak může připustit (R 18/92), aby komerční právník vystupoval v této věci jako obecný zmocněnec. Je to ovšem přístup diskutabilní. Komerční právník by měl, obdobně jako lékař nebo advokát, ex professo přijmout, že bude vždy, půjde-li o právní pomoc, vystupovat právě a jen jako komorou autorizovaný právní zástupce – nikoli „soukromá osoba“. Neplatnost zastoupení by tu mohla vyplývat i z § 27, odst. 2 in fine o. s. ř., neboť obecný zmocněnec nesmí vystupovat v různých věcech opětovně. Je ovšem nutno též vzít v úvahu, že by to znamenalo zúžení rozsahu zástupčího oprávnění komerčního právníka jako fyzické osoby nejen oproti advokátovi (to vyplývá ze zákona), ale i oproti obecnému zmocněnci.

5) Bez zajímavosti není judikát Vrchního soudu v Praze, a to rozsudek sp. zn. 2 CDo 75/93, uveřejněný v Právních rozhledech č. 2/1994, str. 62, 63. Publikovaná právní věta hovoří mimo jiné o tom, že převod vlastnictví k nemovitosti z národního majetku do vlastnictví fyzické osoby–podnikatele nelze se zřetelem na předmět činnosti této osoby (šlo o prodej exotického ptactva a akvariálních rybek) považovat za podnikatelskou činnost. V publikované věci šlo o právní posouzení nabytí vlastnictví žalobcem, relevantní úpravou byla shledána občanskoprávní (tehdejší § 134, odst. 2 o. z. o povinnosti registrace převodu státním notářstvím) a argumentace o převodu vlastnictví a předmětu činnosti se mi opět nejeví být příliš šťastnou.

6) Kolářová, L.: uvedený titul a periodikum, str. 372–375.

7) Autorka u ezhaláčnic a provozně–hospodářských sporů odkazuje na dříve (před účinností obchodního zákoníku, který je zrušen) platné předpisy – vyhlášku č. 40/1963 Sb. a vl. nař. č. 46/1967 Sb. Má tu na mysli spory případně napadlé po 1. 1. 1992, pro ně by podle autorky nebyl v prvním stupni příslušný krajský obchodní soud, ale soud okresní. U sporů z neshod vzniklých při rozdělení nebo vyčlenění státních podniků a družstev ze stávajících právních subjektů odkazuje Kolářová na § § 14 a 15 zákona č. 111/1990 Sb., respektive též 9 § zák. č. 162/1990 Sb. a § 49 zák. č. 176/1990 Sb.

8) Mám pochopitelně na mysli ty případy, kdy jim je věc postoupena obchodním soudem. I po novele občanského soudního řádu č. 171/1993 Sb. totiž chybí (možná záměrně) u úpravy věcné příslušnosti ustanovení obdobné § 105, odst. 3 o. s. ř. (pro místní příslušnost), podle něhož může soud, jemuž byla věc postoupena a který s postoupením nesouhlasí, předložit věc soudu nadřízenému k rozhodnutí, takovým rozhodnutím je pak vázán i soud, který věc postoupil. Waltr (Právní praxe č. 1/1994, str. 36) a dokonce i dříve Rubeš (Občanský soudní řád, Komentář, Panorama, Praha 1985, I. díl, str. 478) se domnívají, že tento dle nich nedostatek lze překlenout a věc nadřízenému soudu předložit, domnívá-li se nižší soud, že není věcně příslušný. Waltr vychází z analogie, Rubeš z argumentu a *minoris ad maius* (?), vždy ve vztahu k místní příslušnosti. Bureš a Drápal (Právní rozhledy č. 2/1994, str. 34) naopak zastávají jednoznačně stanovisko, že takto soud postupovat nemůže. Obávám se, že

pravdu mají Bureš a Drápal a že tedy obrana nižšího soudu touto cestou nepřichází v úvahu.

Post scriptum autora

Po odevzdání tohoto příspěvku jsem se v Bulletinu advokacie č. 8/1993 publikováno již dříve též v Právní praxi v podnikání, č. 4/1993 seznámil s obsahem rozhodnutí Krajského soudu v Plzni sp. zn. 3 Co 7/91 z 12. 4. 1991. V jeho odůvodnění se mj. uvádí, že věci související s podnikatelskou činností fyzických a právnických osob může být právní věc upravená nejen právem hospodářským či obchodním, ale i právem občanským, správním nebo pracovním. v daném případě jde o mzdový nárok zaměstnance, jehož důvodnost bylo nutno posuzovat podle pracovníprávních předpisů. Podle názoru soudu jde současně na straně podnikatele i o nárok vzniklý v souvislosti s podnikatelskou činností.

Řečeno jinými slovy – to, že podnikání je definováno obchodním právem, neznamená ještě, že by předmětem „věci související s podnikáním“ nemohl být nárok upravený jiným právním předpisem, než předpisem práva obchodního. Rozhodující je charakter právního vztahu, který je vlastním předmětem projednávané věci

Právní závěr plzeňského soudu, byl vyslovený pouze k otázce oprávněnosti zastoupení podnikatele komerčním právníkem, může podle mého názoru sloužit svým extenzivním přístupem k problematice i na podporu mého stanoviska k druhému základnímu problému článku – věcné příslušnosti obchodního či civilního soudu.

PRÁVNÍ HISTORIE A SOUČASNOST

UPRCHLICTVÍ VE VÝVOJI MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

(1920 – 1950)

Dalibor JÍLEK

„Člověk bez pasu, to je mrtvola na dovolené.“

E. M. Remarque: Miluj bližního svého.

Přes relativitu srovnávání uprchlického problému v průvanu staletí se zřetelně vyjevuje nápadný znak.¹ Uprchlíctví přestalo být ve 20. století individuální, skupinové a přesáhlo do masovosti.² Poskytnutí útočiště jedincům či skupinám osob nemohlo ohrozit absorpční schopnosti států, zejména když se objevovaly nové státní útvary a území.³ Mezinárodní kontrola migrace se jevila zbytečnou.⁴ Až demografická exploze,⁵ nabitá prudkostí, začala naplňovat populační potenciál mnoha států. Potom se rozsáhlý migrační příliv stával nežádoucí. Státy se s ním ztěží samostatně vyrovnávaly, třebaže mohly volně kontrolovat vstup osob na své území.⁶ Vlastní

¹Srov. O. Kimminich: Die Entwicklung des internationalen Flüchtlingsrecht – faktischer und rechtsdogmatischer Rahmen. Archiv des Völkerrecht, 1982, č. 4, str. 370–371.

²Srov. J. C. Hathaway: The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920 – 1950. International and Comparative Law Quarterly, 1984, str. 33, dubnové číslo, str. 348.

³Srov. R. Nathan–Chapotot: La qualification internationale des réfugiés et personnes déplacées dans le cadre des Nations Unies. Paříž, 1949, str. 33.

⁴Srov. L. W. Holborn: The International Refugee Organization, a Specialized Agency of the United Nations, Its History and Work, 1946–1952, Londýn, 1956, str. 4.

⁵Srov. V. Černý: Soudobá literatura naší kultury. Světová literatura, 1993, č. 1, str. 9.

⁶Srov. V. Outrata: Mezinárodní právo veřejné. Praha, 1960, str. 145.

ochrana, prosazování personálního protekcionismu, však nemohla čelit masovému tlaku uprchlických proudů. Problém si vynucoval mezinárodní odpověď.

1. Evropská zkušenost

První, rozsáhlý proud ruských uprchlíků zasáhl Evropu rozvrácenou světovým konfliktem. Nová podoba mezinárodního společenství se dotvářela v mocenském smyslu, třebaže již dospívalo ke světovosti, univerzalitě po překonání křesťanského eurocentralismu.⁷ Společně s tím prodělávala tehdejší mezinárodní pospolitost další proměnu, ztrácela svůj etatický ráz a začala se institucionalizovat, přičemž objevila v nově zřízené Společnosti národů nástroj pro řešení naléhavých právních problémů.⁸

Proud uprchlíků z porevolučního Ruska dospěl po roce 1917 k počtu 1,5 miliónu osob.⁹ Jednotlivci, rodiny opouštěly sovětské Rusko z důvodu materiálního zrušení země, zasažené občanskou válkou, hladomorem, jakož i z politických pohnutek. Ruští běženci nebyli většinou vybaveni platnými cestovními dokumenty¹⁰, což překáželo jejich legálnímu vstupu na území přijímacích států. Právní osud ruských uprchlíků se ztěžil přijetím dekretu, schváleného Všeruským ústředním výkonným výborem a Radou lidových komisařů, jenž zbavil osoby, žijící déle než pět let v zahraničí a ty, kteří opustili Rusko po 7. listopadu 1917 bez povolení příslušného státního orgánu, občanství. Schválením dekretu se běženci stali bezdomovci a pozbyli de iure ochranu sovětského státu. Denaturalizace vyhotila problém v právním pojetí a ukázala na hluboký, politický rozkol mezi státem a jedincem.¹¹ Filantropická pomoc humanitárních organizací již nestačila řešit důsažnou otázku. Po konzultaci s dalšími organizacemi se prezident Mezinárodního výboru Červeného kříže G. Ador obrací dopisem na Radu Společnosti národů ve výzvě k využití nadnárodní politické autority organizovaného společenství.¹² Obsahem dopisu byl i návrh na jmenování komisaře pro uprchlíky, spojený se jménem F. Nansena, jehož úkolem měla být péče o právní postavení ruských uprchlíků, repatriace, řízení součinnosti operačních programů. Potřeba činu byla charakterizována jako humanitární povinnost, ale více

⁷Srov. J. Malenovský: Mezinárodní právo veřejné, Brno, 1993, str. 121.

⁸Srov. G. Schwarzenberger: The Dynamics of International Law. Londýn, 1976, str. 109.

⁹Conference des organisations russes. Memorandum sur la question des réfugiés russes, 1921, str. 4.

¹⁰Resolutions adopted by the Conference on the Question of Russian Refugees. League of Nations Doc. C 277. M. 203.1921, str. 1–3.

¹¹Srov. A. Grahl–Madsen: The Status of Refugees in International Law. Leyden, 1966, sv. I, str. 100 a násl.

¹²A. Grahl–Madsen: The Emergent International Law Relating to Refugees: Past – Present – Future. In: The Refugee Problem on Universal, Regional and National Level. Thesaurus Acroasium, sv. XIII, 1987, str. 175.

jako závazek mezinárodní spravedlnosti.¹³ Vlády dotčených států očekávaly od Společnosti národů spásný skutek, přestože zakládající listina neobsahovala pravomoc ani závazek Rady k účinnému jednání, spíše představovala viditelný a hmatatelný symbol krátce nabývané mezinárodní jednoty.¹⁴ Rada Společnosti národů schválila první rezoluci o uprchlících 26. února 1921,¹⁵ čímž otázka pronikla do agendy Rady a posléze i Shromáždění. Následovala mezinárodní konference o otázkách ruských uprchlíků, konaná v srpnu 1921. O pár dnů později přijal norský polární badatel a státník jmenování do úřadu vysokého komisaře pro ruské uprchlíky.¹⁶ Jeho úkoly byly soustředěny do trojice bodů:

1. zajistit pro uprchlíky náhradní průkazy totožnosti,
2. obstarávat bydlení a práci,
3. sladit vládní opatření s činností nevládních humanitárních organizací.¹⁷

Věcné vymezení činnosti však provázelo dočasné, *ad hoc* ustavení orgánu, jako by vyřešení otázky bylo nadohled.

Nastal čas sociálních a právních počínů ve prospěch zlepšení osudu ruských běženců, které nesledovaly dlouhodobou perspektivu. Byly dílem okamžité reakce úzkostného mezinárodního společenství, která byla naměřena do dílčích právních oblastí.

A) Ujednání ohledně vydání průkazů totožnosti ruským uprchlíkům (5. července 1922)¹⁸

První mezinárodně právní akt týkající se uprchlíků, je smlouvou svého druhu. Řídce používané pojmenování smluvního instrumentu („arrangement“)¹⁹ svébytně obnažuje i jeho náplň, která rozhodně nebyla právotvorné povahy. O Kimminich se dotýká této skutečnosti, když konstatuje, že vládní ujednání nezakládá mezinárodní práva a povinnosti smluvních stran, nýbrž potvrzuje odchod států dodržovat doporučení. S jistým váháním pak pro ujednání použije obrat ze soudobého mezinárodně právního názvosloví: měkké právo mezinárodní (international soft law)²⁰. Vládní ujednání, jak přiznává, však vyhovuje požadavkům tehdejšího pozitivního

¹³J. C. Hathaway: op. cit. pod 2), str. 351.

¹⁴Srov. F. P. Walters: A History of the League of Nations. Londýn–New York–Toronto, 1952, str. 187.

¹⁵League of Nations Official Journal, 1921, str. 227.

¹⁶Srov. A. Grahl–Madsen: op. cit. pod 11), str. 176.

¹⁷Srov. O. Kimminich: op. cit. pod 1), str. 378.

¹⁸Arrangement with Regard to the Issue of Certificates of Identity to Russian Refugees. League of Nations Treaty Series, No 355, sv. XIII, str. 237.

¹⁹Slovo „arrangement“ v českém překladu také značí uspořádání či úpravu.

²⁰O. Kimminich: op. cit. pod 1), str. 379.

mezinárodního práva. Nadto k objektivně pojatému rozboru obsahu a formy instrumentu se připojuje subjektivní hledisko, které spočívá v rozpoznání úmyslu smluvních stran založit mezinárodní smlouvu.²¹

Podstatným obsahem ujednání bylo vytvořit právní podmínky pro vydání průkazů totožnosti orgány smluvních států po doporučení vysokého komisaře anebo jím pověřeného zástupce, který by byl přijatelný jako ekvivalent cestovního dokladu (Nansenův pas).²² Vydané průkazy totožnosti pro osoby ruského původu, zbavené občanství a *de iure* ochrany sovětského státu měly zajistit svobodný pohyb a právní možnost opustit země prvního přijetí, v nichž nebyly vytvořeny podmínky pro živobytí, ani k získání zaměstnání. Vystavení dokladů totožnosti státem pobytu z hlediska mezinárodního práva bylo by nicotné, bez kvalifikovaného uznání.²³ Takové uznání zajistilo mezivládní ujednání. Bez přijetí mezinárodně právního dokumentu by vydání identifikačních průkazů státem, na jehož území měli rušití uprchlíci bydliště, mělo pouze vnitrostátní právní účinky.

Vydáním Nansenova pasu se vytvořilo právní spojení mezi uprchlíkem a mezinárodním společenstvím, které svým způsobem substitutovalo domovský stát.²⁴

Vystavení dokladů totožnosti znamenalo prvopočátek úpravy postavení uprchlíka v mezinárodním právu. Průkazy totožnosti byly vydávány osobám, které splňovaly hlediska ruského původu a nalézaly se mimo hranice Sovětského svazu.²⁵ Ujednání ohledně vydání průkazů totožnosti ruským uprchlíkům podleho kulminujícímu vlivu pozitivistického právního učení,²⁶ kdy nepatrná část mezistátní praxe přiznala v Úmluvě týkající se Horního Slezska, uzavřené mezi Německem a Polskem procesně právní status jednotlivci před „Hornoslezským smíšeným tribunálem“.²⁷ Ujednání ovlivnilo hmotně právní postavení uprchlíků, čímž se stali jedinci konečnými destinatáři výhod,²⁸ které pro ně vyplývaly toliko z mezinárodně právních norem.²⁹ Uprchlíci nebyli přímými nositeli mezinárodních práv a povinností, pouze těžili z dobrodíní mezinárodního práva. Zůstalo jim postavení objektu mezinárodně

²¹Ujednání byla registrována podle článku 18 Paktu Společnosti národů, jenž zněl:

„Všechny mezinárodní smlouvy a mezinárodní smlouvy, které přístě budou sjednávány členem Společnosti, musí být ihned zaznamenány Sekretariátem a jím uveřejněny co možná nejdříve. Žádné z těchto smluv nebo závazků nebudou závazné, dokud nebudou zaznamenány“. Registraci smluv podrobně stanovilo memorandum, přijaté Radou Společnosti národů. Registrační povinnost se týkala pouze smluv sjednaných po 10. lednu 1920.

²²F. P. Walters: op. cit. pod 13), str. 188.

²³Srov. E. Reale: Le Problème des Passeports. Recueil des Cours, 1934, sv. IV, str. 141 a násl.

²⁴Srov. O. Kimminich: op. cit. pod 1), str. 380.

²⁵J. C. Hathaway: op. cit. pod 2), str. 359.

²⁶M. W. Janis: An Introduction to International Law. Boston–Toronto, 1988, str. 170.

²⁷Srov. Ph. M. Brown: The Individual and International Law. American Journal of International Law, 1924, sv. 18, č. 3, str. 532–536.

²⁸Srov. V. Outrata: op. cit. pod 6), str. 55.

²⁹Č. Čepelka–V. David: Úvod do mezinárodního práva. Brno, 1978, str. 192–193.

právní regulace.

Ujednání o identifikačních dokladech pro ruské běžence bylo přijato 54 státy, což ukazuje na vstřícný postoj drtivé většiny členů mezinárodního společenství, jejichž chování bylo sjednocováno stabilizujícími se pravidly obecného mezinárodního práva, přinášejícími ovšem minimální standardy. Úmluvu již pojmově nelze začlenit do tohoto subsystému norem mezinárodního práva přesto, že ji nechybí univerzální působnost.

B) Plán pro vydání průkazů totožnosti arménským uprchlíkům (31. květen 1924)³⁰

Prokletý osud Arménců, usazených v severovýchodním Turecku, v oblasti Malé Asie, které pronásledovala turecká vláda z důvodů náboženské nesnášenlivosti a odlišné kulturní identity na konci 19. století a znovu v roce 1915, kdy došlo k hromadným deportacím i vyvražďování Arménců, se opětovně ztížil v letech 1921–1922 za trvání řecko-turecké války. Začátek tureckého vyhlazovacího chování následoval po odchodu francouzských jednotek v říjnu 1921. Uchování holé existence přinutilo statisíce Arménců opustit Turecko a vyhledat útočiště v Řecku, Bulharsku, Sýrii a Sovětském Svazu. Opožděně byla Rada Společnosti národů požádána o rozšíření programu vydávat průkazy totožnosti pro arménské uprchlíky,³¹ vysoký komisař pro uprchlíky vypracoval „Plán pro vydávání průkazů totožnosti arménským uprchlíkům“. Jeho úmyslem zároveň bylo uskutečnit usazení arménských uprchlíků v Jerevanu, ve městě sovětské Arménie.

F. Nansen odhadoval, že zhruba 330 000 Arménců potřebovalo osobní dokumenty. Hromadný exodus zahrnoval osoby bez jakýchkoliv průkazů totožnosti anebo jednotlivce vybavené tureckými pasy s platností do jednoho roku či jedince s cestovními doklady Arménské republiky. Nansenova zpráva předložená Radě Společnosti národů vyústila k přijetí rezoluce³² požadující vydání nouzových dokladů v podstatě shodných s průkazy totožnosti ruských uprchlíků.

Plán pro vydání průkazu totožnosti arménským uprchlíkům nebyl přijímán diplomatickou konferencí nýbrž zjednodušeným postupem prostřednictvím oběhu dokumentu mezi vládami. Plán našel menší odezvu u států ve srovnání s předchozím ujednáním, které se týkalo ruských běženců. Dostalo se mu přijetí od 38 států. Plán se vztahoval na osoby arménského, etnického původu, jestliže pobývaly mimo turecké území. Určení takových osob se opíralo o etnickou stránku, provázanou se stabilizujícím se prvkem exterritoriality. V obou znacích šel původní základ skupinového vymezování uprchlíků.

³⁰Plan for the Issue of a Certificate of Identity to Armenian Refugees.

³¹League of Nations Official Journal, 1924, 5 (7) str. 967.

³²League of Nations, Official Journal, 1924, 5 (7), str. 969.

Plán pro vydání průkazu totožnosti arménským uprchlíkům byl nedílnou součástí nastoupeného *ad hoc* postupu Společnosti národů, vyvěrajícího z dojmu, že uprchlický problém spočívá svojí příčinou ve světové válce, přičemž její důsledky musí odeznít. Plán zapadal do prozatímních pojetí řešení, které ústily v reakce na hromadné uprchlické proudy, aniž by byla viděna perspektivnost důkladnějšího řešení.

C) Ujednání týkající se průkazů totožnosti ruským a arménským uprchlíkům (12. květen 1928)³³

Předchozí ujednání o ruských a arménských uprchlících pouze naznačila obrysy určení osob, které byly způsobilé k vystavení Nansenova pasu. Praktické potíže států s prováděním zmíněných smluv zapřičinily nutnost svolání další mezivládní konference. vysoký komisař předložil vládám členských států Společnosti národů definici ruských a arménských uprchlíků. Vymezení měla následující znění:

„**Ruský uprchlík** : Každá osoba ruského původu, která nepožívá ochranu vlády Svazu sovětských socialistických republik a která nenabyla jakékoli jiné občanství“.³⁴

„**Arménský uprchlík** : Každá osoba arménského původu, dříve poddaný Otomanské říše, která nepožívá ochranu vlády Turecké republiky a která nenabyla jakékoli jiné občanství“.³⁵

Navržené definice se téměř obsahově shodují, jen jemný rozdíl spočívá v dodatku arménského běžence, jenž byl dříve poddaným Otomanského impéria. Podstatný znak vymezení tkví v užití objektivních hledisek určení uprchlíků, což umožňuje jednoduchou, skupinovou kvalifikaci takových osob. Definice slučuje tři znaky. Jejich kumulace vymezuje uprchlíka v celistvosti, přičemž se vztahuje na každou osobu, splňující objektivní hlediska. Jde o etnický původ (ruský anebo arménský), absence *de iure* ochrany státu a fakt nezáskání jiného občanství, jež by ovšem založilo ochranu novou.³⁶

V ujednáních se přirozeně projevil pozitivistický názor, logicky nepřipouštějící pro uprchlíky postavení dílčích subjektů mezinárodního práva. Pozitivistický, do-

³³Arrangement relating to the Issue of Identity Certificates to Russian and Armenian Refugees. League of Nations Treaty Series, č. 2004, sv. LXXXIX, str. 47.

³⁴„Russian refugee: Any person of Russian origin who does not enjoy the protection of the government of the Union of Soviet Socialist Republics and who has not acquired any other nationality.“ Collection of International Instruments Concerning Refugees, Ženeva, 1990, str. 45.

³⁵„Armenian refugee: Any person of Armenian origin, formerly a subject of Ottoman Empire who does not enjoy the protection of the government of the Turkish Republic and who does not acquired any other nationality“. Collection of International Instruments Concerning Refugees, Ženeva, 1990, str. 45.

³⁶Srov. D. W. Greig: The Protection of Refugees and Customary International Law. Australian Year Book of International Law, 1983, str. 120.

krinární vklad konstruoval ochranu jednotlivce v mezinárodním právu vykonávanou domovským státem.

Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti přijal koncepci ochrany v případě „Mavrommatis Palestine Concessions“ jenž byl původně sporem mezi soukromou osobou (M. Mavrommatisem) a Velkou Británií a v následné fázi se přenesl do působnosti mezinárodního práva, jakmile Řecko převzalo diplomatickou ochranu Mavrommatisem.³⁷

Stálý dvůr potvrdil: „... je základní zásadou mezinárodního práva, že stát je oprávněn chránit své příslušníky, když jsou poškozeni jednáními v rozporu s mezinárodním právem, která spáchal jiný stát, od něhož jsou osoby neschopné získat zadostiučnění prostřednictvím obvyklých kanálů.“³⁸

Diplomatická či konzulární ochrana ovšem představovala zvláštní druh právního zaštitění jednotlivce. Ruští a arménští uprchlíci byli zbaveni běžné ochrany státu v důsledku hlubokého konfliktu se svrchovanou mocí.³⁹ Státy řešily nastolený rozpor jednoduchým způsobem zpřetrháním státoobčanského pouta čili denaturalizací. V roce 1929 Mezinárodní poradní komise pro uprchlíky Společnosti národů charakterizovala jádro problému. Osoby zařazené mezi uprchlíky nemají řádné občanství a proto jsou zbaveni normální ochrany poskytované občanům státu.⁴⁰ Nedostatek *de iure* ochrany musel nahradit třetí stát a podpůrně mezinárodní společenství. Tento stát se však obvykle zdráhal přijmout na své území osobu bez řádné ochrany demokratického státu.

První definice reflektovaly nepřítomnost *de iure* ochrany a mezivládní ujednání čelila postavení legálně nechráněných osob vydáním průkazů totožnosti, které nahrazovaly cestovní dokumenty, čímž napravovaly anomální právní stav. Definice ruských a arménských uprchlíků kupodivu nezahrnovaly exterritoriální aspekt, jenž byl vzkříšen v předchozích ujednáních. Během rokování účastníci diplomatické konference začlenili do definic podstatnou změnu, když ke znění „který nepožívá“ přijali doplněk „nebo který déle nepožívá“.⁴¹ Přesto, že Rada Společnosti národů doporučila členům, aby shovívavě posoudili závěrečný dokument, jenom 23 států se stalo smluvními stranami. Mezi členy se projevil nejednotný zájem o uprchlický problém,

³⁷Srov. E. M. Borchard: *The Mavrommatis Concessions Cases*. *American Journal of International Law*, 1925 sv. 19, č. 4, str. 728–738.

³⁸*Mavrommatis Palestine Concessions*, Permanent Court of International Justice, 1924, ser. A, č. 2, str. 12.

³⁹„He is the victim of pathological state of society in which the government which would normally form the link between him and international law not only fails to perform that function, but goes out its way to embarrass him, so that he is actually in need of protection against it“. R. Y. Jennings: *Some International Law Aspects of the Refugee Questions*. *British Year Book of International Law*, 1939, sv. 20, str. 99.

⁴⁰Report by the Secretary-General on the Future Organisation of Refugee Work. League of Nations Doc. 1930, XIII. 2, str. 3.

⁴¹J. C. Hathaway: op. cit. pod²), str. 353–354.

jenž začal zatěžovat užší skupinu liberálně smýšlejících států.⁴² Univerzální úpravu vystřídala regulace partikulárního dosahu.

D) Ujednání o rozšíření jistých opatření přijatých pro ruské a arménské uprchlíky na ostatní kategorie uprchlíků (30. červen 1928)⁴³

Snahu o celistvější pojmnutí uprchlické otázky projevila Rada Společnosti národů v prosinci 1926, když rozhodla o rozšíření ochrany na další skupiny uprchlíků, jejichž právní postavení bylo analogické se statusem ruských a arménských běženců. Společným jmenovatelem uprchlických skupin se stala příčina migračního pohybu, jenž spočívala v I. světové válce a s událostmi s ní přímo spojenými.

Vysoký komisař F. Nansen vypracoval zprávu⁴⁴, zahrnující sedm skupin uprchlíků, přičemž celkový součet nepřešl 155 000 osob. Nansenův seznam rozšiřoval ochranu na následující kategorie:

- první skupinu tvořilo 150 Asyřanů, kteří v roce 1922 uprchli z oblasti a usadili se v Novorosijsku, Smirně a Marseill. Tato nepatrná komunita však byla nucena opustit Francii, avšak bez cestovních dokladů její příslušníci nemohli vyhledat útočiště v jiném státě,
- průkazy totožnosti chyběly 19 000 osobám asyrsko-chaldejského původu, kteří utekli z Řecka a Kavkazu a snažili se nalézt novou domovinu,
- třetí skupina sestávala z přibližně 9 000 Rusů, kteří byli přinuceni přemístit se z Galicie během a po I. světové válce do Československa a Rakouska,
- Nejistý počet Černohorců zahrnovala národnostní menšina usazená ve Francii a neschopná se navrátit po připojení Černé Hory k Srbsku do Království Srbů, Chorvatů a Slovinců,
- kolem 16 000 Židů, žijících v Besarábii, Bukovině a Sedmíhradsku se nemohlo naturalizovat v Rumunsku a získat cestovní doklady k opuštění země,
- další skupina, složená ze 160 Turků, se nemohla vrátit z Řecka a oblasti Blízkého východu do svého státu, protože v repatriaci jim bránil Protokol, jenž byl podepsán 24. července 1923 v Lausanne,
- poslední skupina nebyla přesně určena z etnického i územního hlediska a zahrnovala přes 110 000 uprchlíků, rozptýlených ve Střední Evropě. Jednalo se převážně o bývalé maďarské občany bez příslušných osobních dokumentů.

⁴²Srov. F. P. Walters: op. cit. pod¹³), str. 188.

⁴³Arrangement Concerning the Extension to Other Categories of Refugees of Certain Measures taken in Favour of Russian and Armenian refugees. League of Nations Treaty Series, č. 2006, sv. LXXXIX, str. 63.

⁴⁴Report by the High Commissioner. League of Nations Doc. 1927, XIII.3, str. 14.

Předkládaná zpráva vysokého komisaře se střetla v Radě Společnosti národů s námitkami, které poukazovaly na rozsáhlost seznamu uprchlíků a vyjadřovaly obavy z překročení mezi možného⁴⁵ Na podkladě připomínek F. Nansen zprávu revidoval.

Rozšíření ochrany na další kategorie uprchlíků bylo na pořadu jednání mezivládní konference v červnu 1928. Vysoký komisař pro uprchlíky navrhl následující vymezení nových kategorií uprchlíků, vyžadujících mezinárodní ochranu: „Toute personne d'origine assyrienne, assyrochaldéenne ou turque qui ne joint pas ou ne joint plus de la protection du gouvernement de son pays d'origine et qui n'a pas acquis une antre nationalite“⁴⁶.

Na závěr mezivládní konference přijala konečný text:

„Asyrští nebo asyrsko-chaldejští“ a asimilovaní uprchlíci: Každá osoba asyrského nebo asyrsko-chaldejského původu a také asimilovaná osoba syrského nebo tureckého původu, která nepožívá anebo děle nepožívá ochranu státu, ke kterému dříve příslušela a která nenabyla, či nemá jiné státní občanství.⁴⁷

„Turečtí uprchlíci: Každá osoba tureckého původu, dříve poddaný Ottomanské říše, která podle podmínek Lausanského protokolu ze dne 24. července 1923, nepožívá nebo děle nepožívá ochranu Turecké republiky a která nenabyla jiné občanství.⁴⁸ Přijaté mezivládní ujednání z 30. června 1928 zúžilo mezinárodní ochranu uprchlíků na dvě skupiny obsažené v Nansenově seznamu.

Definice uprchlíků navazovaly svým obsahem na předchozí mezinárodní ujednání čímž vyhraňovaly právní kontinuitu. Svým pojetím představovaly ad hoc řešení, které bylo přímým odrazem mezinárodní reality.

E) Ujednání o právním postavení ruských a arménských uprchlíků (30. červen 1928)⁴⁹

Mezivládní konference se neomezila na plnění jediného diplomatického úkolu. Mandát konference souběžně zahrnoval přípravu mezinárodní smlouvy o právním

⁴⁵League of Nations Official Journal, 1927, 8 (10), str. 1137.

⁴⁶Documents préparatoires et proces-verbaux de la conférence intergouvernementale pour le statut juridique des réfugiés. League of Nations DOC. 1930, XIII1, str. 100. Tato definice byla vypracována jen ve francouzském jazyce.

⁴⁷„Assyrian or Assyro-Chaldean and assimilated refugees: Any person of Assyrian or Assyro-Chaldean origin, and also by assimilation any person of Syrian or Kurdish origin, who does not enjoy or who no longer enjoy the protection of the State to which he previously belonged and who has not acquired or does not possess another nationality“. League of Nations Treaty Series, č. 2006, sv. LXXXIX (89), str. 63.

⁴⁸Turkish refugees: Any person of Turkish origin, previously a subject of the Ottoman Empire, who under the terms of the Protocol of Lausanne of July 24, 1923 does not enjoy or no longer enjoys the protection of the Turkish Republic and who has not acquired another nationality. League of Nations Treaty Series, č. 2006, sv. LXXXIX (89), str. 63.

⁴⁹Arrangement Concerning the Legal Status of Russian and Armenian Refugees. League of Nations Treaty Series, č. 2005, sv. LXXXIX, str. 53.

postavení ruských a arménských uprchlíků. Status uprchlíků se vymykal národní i mezinárodní právní úpravě. Na ruské a arménské uprchlíky nemohla být použita tehdejší mezinárodní pravidla o zacházení s cizinci, neboť byli zbaveni ochrany domovského státu a tato entita nevykonávala vůči nim personální jurisdikci. V sociologickém chápání měli postavení „psanců“. Ve srovnání s cizinci byla jejich mezinárodní i vnitrostátní pozice výrazně nepříznivější a znevýhodňující. Právní mezeru vyplnilo až Ujednání o právním postavení ruských a arménských uprchlíků, jehož jedinečnost spočívala v zajištění běžné právní existence. Účelem smlouvy bylo přiblížení postavení uprchlíků cizineckému standardu při prominutí podmínky vzájemnosti. Přes úzký, osobní rámec (ruští a arménští uprchlíci)⁵⁰ ujednání dílem řešilo naléhavou právní problematiku.⁵¹ Mezinárodní ujednání objevilo nutnost společného postžení dvou nedílných otázek: definici a právní postavení uprchlíka, třebaže k úpravě dospěla mezinárodní konference odděleně a v posloupnosti. Ujednání o právním postavení ruských a arménských uprchlíků posléze zavázalo 13 států.

F) Ujednání o funkcích zástupců vysokého komisaře Společnosti národů pro uprchlíky (30. červen 1928)⁵²

Do programu mezivládní konference patřila i příprava dokumentu, věnovanému individuálním záležitostem. Účastnické státy vytvořily pozoruhodný smluvní instrument, jenž zacelil právní mezeru, spočívající v neexistenci diplomatické a především konzulární ochrany pro oběti denaturalizace, jenž vstoupil v platnost pro Belgii a Francii.⁵³ Ujednání svědilo vysokému komisaři a jeho zástupcům funkce, které R. Y. Jennings popsal jako kvazikonzulární.⁵⁴ Do okruhu pravomocí vysokého komisaře pro uprchlíky a jeho zástupců podle ujednání patřily:

- osvědčování totožnosti a postavení uprchlíka,
- osvědčování totožnosti rodiny uprchlíka, jeho občanského statusu na základě záznamů či dokumentů vydaných státem původu,
- prokázání platnosti dokladů vydaných státem původu,

⁵⁰Srov. R. Y. Jennings: op. cit. pod 37), str. 99.

⁵¹Srov. A. Grahl-Madsen: op. cit. pod 12), str. 178.

⁵²Arrangement Concerning the Functions of Representatives of the League High Commissioner for Refugees.

Srov. G. Poulin: Le Problème des réfugiés. Schweizerisches Jahrbuch für International Recht, 1946, sv. III, str. 139.

⁵³Na základě mezinárodního ujednání delegát vysokého komisaře pro uprchlíky v Bruselu určoval způsobilost osob pro přiznání statusu uprchlíka a řešil tak otázku azylu jménem belgické vlády. Ve Francii se zástupce vysokého komisaře účastnil činnosti Francouzského úřadu pro ochranu uprchlíků a bezdomovců (OFPRA).

⁵⁴Srov. R. Y. Jennings: op. cit. pod 37), str. 101.

– osvědčování podpisu uprchlíků a překlad dokumentů vyhotovených v jazyce státu, jež takovou veřejnou listinu vydal.⁵⁵

Právní vztahy založené mezinárodními ujednáními na dlouhý čas ovlivnily procesy rozhodování o přiznání postavení uprchlíka v obou smluvních státech a byly důležitým vkladem do řízení o postavení uprchlíka.

G) Úmluva o mezinárodním postavení uprchlíků (28. října 1933)⁵⁶

Rozhodnutím Shromáždění Společnosti národů ze dne 4. září 1930 byl zřízen po smrti F. Nansena⁵⁷ prozatímní, mezinárodní Nansenův úřad pro uprchlíky pod pravomocí Společnosti národů ve shodě s článkem 24 zřizovací smlouvy Společnosti.⁵⁸ Totéž Shromáždění uznalo potřebu vytvořit trvalejší právní systém ochrany uprchlíků. V názoru Shromáždění se tak objevil neznámý prvek v posuzování uprchlické otázky. Připravovaná úmluva již neměla být jednorázovou odezvou mezinárodních událostí, následkem tlaku hromadných uprchlických proudů, nýbrž měla právně vyztužit vytvářený smluvní systém. V tomto smyslu organicky zapadala do tehdy vzrůstajících kodifikačních snah. Měla se stát pevným systémem, jež měla nejenom obsahově obohatit, ale taktéž nahradit doporučení, která byla obsažena v předchozích mezinárodních ujednáních. Od navrhované úmluvy se očekávalo uložení řady mezinárodně právních závazků smluvním stranám,⁵⁹ namísto doporučení předcházejících ujednání.

Přípravných prací na textu Úmluvy se ujal Mezinárodní Nansenův úřad pro uprchlíky,⁶⁰ přičemž byla vzata v úvahu dobrozdání Mezivládní poradní komise pro uprchlíky, třebaže Úřad byl zamýšlen jako ryze humanitární orgán. V těchto souvislostech sekretariát Společnosti národů měl vykonávat politickou a právní ochranu uprchlíků. V praxi se striktní dělba činnosti nikdy neprosadila, naopak delegáti Nansenova úřadu v evropských státech intervenovali do právních i politických vě-

⁵⁵N. Bentwich: *The League of Nations and Refugees. The British Year Book of International Law*, 1935, sv. 16, str. 116.

⁵⁶League of Nations Treaty Series, č. 3663, sv. CLIX (159), str. 199 a násl. Český překlad uvádí Sbírka zákonů a nařízení pod č. 179. Text Úmluvy je současně publikován z roku 1935 ve francouzském jazyce.

⁵⁷Srov. A. Grahl-Madsen: op. cit. pod 12), str. 179.

⁵⁸Článek 24 odst. 1 Paktu Společnosti národů zněl:

„Všechny mezinárodní úřady, které byly zřízeny dřívějšími kolektivními smlouvami, budou, předpokládaje souhlas stran, postaveny pod pravomoc Společnosti. Všechny takovéto mezinárodní úřady a všechny komise pro úpravu věcí mezinárodního zájmu, jež budou přístě zřízeny, budou postaveny pod pravomoc Společnosti. Sbírka zákonů a nařízení, č. 217/1920, str. 527.“

⁵⁹Preambule Úmluvy o mezinárodním postavení uprchlíků vyjádřila přání doplnit a upevnit dílo vykonané Společností národů ve prospěch uprchlíků.

⁶⁰Mezinárodní Nansenův úřad pro uprchlíky působil v letech 1930 – 1938.

cí ve prospěch ochrany uprchlíků.⁶¹ Úmluva v mezinárodním postavení uprchlíků zůstala věrna opatřením, která přijaly předešlá mezinárodní ujednání, čímž vytvářela právní kontinuitu,⁶² v opusu Společnosti národů. Proto lze opodstatněně spatřovat v daném vývoji nastolení evoluční linie. Úmluva však přinesla některé kvalitativní zvraty neboť definitivně provázala dvě základní otázky: definici s právním postavením uprchlíků. Předmětem i účelem smlouvy se stalo „zajištění práv občanských, volný a svobodný přístup k soudům, bezpečnost a stálost podniku a práce, úlevy v provozování řemesel, průmyslu, obchodu a cestovné, přístup do škol a univerzit.“⁶³ V článku 1 Úmluvy její tvůrci nepřekročili normativní obsah předchozích ujednání o definici uprchlíka, protože odkázali na platná vymezení a nadto dovolili smluvním státním činit změny nebo přesnější určení při podpisu či přistoupení.⁶⁴ Egypt využil právní možnosti a vyhradil si právo při podpisu jakkoliv rozšířit nebo omezit definici.⁶⁵ Výhradu učinilo též Bulharsko.⁶⁶ Oprávnění činit výhrady citelně oslabovalo přijaté definice uprchlíka vzhledem k účinkům smlouvy a umožnilo stranám přijímat restriktivní opatření. Vyjednávání účastnických států mezivládní konference, která navrhovala text úmluvy však nesvědčilo o názorové jednotě. Delegáti Československa⁶⁷ a Polska⁶⁸ vyjadřovali vážné námitky vůči definicím z let 1926 a 1928 pro jejich nepřesnost. Trvali na tom, že se obsahově nehodí pro začlenění do textu úmluvy. Oponenti naopak zdůrazňovali, že státy již přivyklly jejich ustálenému výkladu.⁶⁹ Toto zdůvodnění prosazoval především předseda konference, který přesvědčil delegáty ostatních států, že nová definice uprchlíka by vedla k pojmovému zmatení⁷⁰ a nepříznivým právním důsledkům.

Setrvalé vymezení uprchlíka oslabené výhradami, přesunulo právní těžiště úmluvy do oblasti zacházení s uprchlíky. V této oblasti ukládala úmluva řadu mezinárodně právních závazků, jejichž provádění mohlo zlepšit právní osud uprchlíků.

Ve správní oblasti se smluvní strany zavázaly vydávat uprchlíkům pravidelně

⁶¹Srov. A. Grahl-Madsen: op. cit. pod 12), str. 180.

⁶²Preambule Úmluvy o mezinárodním postavení pravila, že smlouva má na zřeteli opatření učiněná dříve ve prospěch uprchlíků a zejména mezivládní ujednání z let 1922, 1924, 1926 a 1928, která toho času platila v některých smluvních stranách.

⁶³Srov. poslední část preambule Úmluvy o mezinárodním postavení uprchlíků.

⁶⁴Srov. Sbírku zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 572.

⁶⁵Srov. Sbírku zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 580.

⁶⁶Srov. Sbírku zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 579.

⁶⁷Procés-verbaux de la conférence intergouvernementale pour les réfugiés. League of Nations Doc. C.113.M. 41. 1934 (923), str. 9-10.

⁶⁸Procés-verbaux de la conférence intergouvernementale pour les réfugiés. League of Nations Doc. C.113.M. 41. 1924 (933), str. 14, 42 a 63.

⁶⁹Procés-verbaux de la conférence intergouvernementale pour les réfugiés. League of Nations Doc. C.113.M. 41. 1934 (933), str. 19.

⁷⁰Procés-verbaux de la conférence intergouvernementale pour les réfugiés. League of Nations Doc. C.113.M. 41. 1934 (933), str. 64.

bydlícím na jejich území Nansenovy průkazy, platné nejméně na jeden rok. Osobní doklady byly vydávány v mateřštině státu, jež dokumenty vystavil a francouzským jazyce.⁷¹ Článek 2 odst. 3 souběžně poskytoval konzulům smluvních států oprávnění obnovovat a prodlužovat platnost těchto průkazů na dobu nejdéle 6 měsíců. Belgie učinila k této funkci konzulů výhradu.⁷² Bulharští konzulové disponovali pravomocí prodlužovat Nansenovy průkazy vystavené v Bulharsku na období pouhých 3 měsíců.⁷³

Omezující opatření přijala egyptská vláda. Držitelé Nansenových průkazů mohli být vpuštěni na teritorium Egypta za předpokladu zpátečních víz do státu, který doklad vydal.⁷⁴ Československá republika při přístupu rovněž prohlásila, že oprávnění konzulů prodlužovat platnost Nansenových průkazů se na ni nevztahuje.⁷⁵

Ve správní oblasti Úmluva vyztužila právní ochranu uprchlíků včleněním pravidla *non-refoulement* do následujícího ustanovení. Článek 3 zakázal smluvním stranám vypovídat a vyhošťovat uprchlíky, kteří měli povolen stálý pobyt, ledaže taková opatření jsou vynucena zájmy národní bezpečnosti a veřejného pořádku. Zakotvené pravidlo omezovalo pravomoc smluvních stran vyhostit nežádoucí cizince na podkladě uvážení výkonného orgánu státu. Použitá formulace odlišila vypovězení a vyhoštění z technických i praktických důvodů. S vypovězením jako správním aktem byla spjata právní sankce, zatímco vyhoštění představovalo policejní opatření, kterému se dotčená osoba mohla vyhnout, aniž by nevyhnutelně následovalo donucení. Narušení výkonu vyhoštění však mohlo později vést k nařízení aktu vypovězení.⁷⁶

Pravidlo *non-refoulement* nemohlo jen reflektovat po výtce nejednotnou praxi států v zacházení s uprchlíky. Státy zpravidla nevypovíдалy, takové cizince na hranice státu jejich původu, v čemž místy spatřovaly výkon nelidského potrestání. Francouzské kompetentní orgány se důsledně zdržovaly vyhoštění do země původu. Podobný postoj zaujalo Nizozemí. Švédsko taktéž zachovávalo praxi, v souladu s níž nemohl být cizinec deportován do státu, z něhož uprchl. Zákaz vyhoštění uprchlíků do státu původu, uložený článkem 3 odst. 2 úmluvy, však neomezoval státy v provádění expulze těchto cizinců do jiných zemí, kde nemohl být omezen jejich život a svoboda. Některé státy si vyhradily pravomoc vyhostit uprchlíky do dalších států, což bylo nevyhnutelně spojeno se souhlasem přijímací země. Soudní rozhodování těchto případů objevilo i prvek volby deportované osoby. V případě „*Fortinueler v. Commissioner of Immigration*“ poskytl americký soud cizinci právo odejít do

⁷¹Srov. E. Reale: op. cit. pod ²³), str. 149 a násled.

⁷²Srov. Sbíрку zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 578.

⁷³Srov. Sbíрку zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 579.

⁷⁴Srov. Sbíрку zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 580.

⁷⁵Srov. Sbíрку zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 586.

⁷⁶Srov. F. Morgensternová: *The Right of Asylum*. *British Year Book of International Law* 1949, sv. 26, str. 345.

země podle vlastního výběru, aniž by byla dotčena pravomoc subjektivně zvoleného státu odmítnout vstup na své území.⁷⁷

Zvláštnímu zacházení podléhaly uprchlíci, zbaveni *de iure* ochrany. Belgie přijala praxi, že denaturalizovaní uprchlíci nemohou být násilně deportováni, což dosvědčuje případ *Miedzinska*, rozhodnutý 11. ledna 1935, kdy osoba nemohla být potrestána za porušení nařízené expulze, protože se neprokázalo, že jiný stát ji přijme.⁷⁸ Naproti tomu poměrně liberální Francie zachovávala právní hledisko, že uprchlík bez občanství může být podroben vypovězení, třebaže výkonu mohla bránit reálná neschopnost uprchlíka vyhledat nové útočiště. Obhajoba denaturalizovaného uprchlíka využívala *force majeure*, třebaže soudy trvaly na předložení důkazu absolutní faktické nezpůsobilosti opustit stát. Řada států výslovně odmítala vzdát se pravomoci vyhoštění uprchlíků bez státního občanství.

Mimo věcný dosah článku 3, odst. 1 úmluvy zůstávaly rovněž případy osob, jimž nebyl povolen pobyt na území státu před expulzí, ačkoli několik rezolucí Shromáždění Společnosti národů se příznivě vyjádřilo k nutnosti upravit tuto záležitost. Rezoluce schválená Shromážděním 7. října 1933 vyzvala vlády členských států, aby nevyhošťovaly uprchlíky předtím, než obdrží formální povolení vstupu na území nového státu. Rezoluce adresovaná členům Společnosti, neuložila mezinárodní právní závazek a plnila ryze humanitární účel. Proto se některé státy nezdráhaly vypovídat osoby bez předchozího souhlasu admise jiné země. Ustanovení článku 3, odst. 1 obsahovalo výjimky z pravidla *non-refoulement*, diktované zájmem národní bezpečnosti a veřejného pořádku.⁷⁹ Určení pojmů národní bezpečnosti a veřejného pořádku bylo vnitřní věcí výkonných orgánů státu. Francouzské orgány vykládaly ustanovení extenzivním způsobem, když zachovávaly praxi, v souladu s níž vyhošťovaly uprchlíky, považovali-li to za nutné.⁸⁰

Rozhodování ve věcech vypovězení a vyhoštění bylo ve většině států svěřováno výkonným složkám. Rozhodnutí byla soudně přezkoumatelná, když správní orgán jednal protiprávně nebo zneužil svého práva uvážení.

Z článku 3, odst. 2, jenž zakázal postrk (vypovězení, vyhoštění) uprchlíků na hranice státu jejich původu,⁸¹ O. Kimminich usoudil, že ustanovení obsahuje závazek signatářů poskytnout azyl, aniž by taková povinnost byla vyvážena korelativním

⁷⁷Srov. F. Morgensternová: op. cit. pod 76), str. 349.

⁷⁸Srov. F. Morgensternová: op. cit. pod 76), str. 349.

⁷⁹V předkladu Úmluvy o mezinárodním postavení uprchlíků ve Sbírcce zákonů a nařízení se ocitl nesprávný obrat „státní bezpečnost“ namísto pojmu „národní bezpečnost“.

⁸⁰Srov. F. Morgensternová: op. cit. pod 76), str. 350.

⁸¹Předklad článku 3, odst. 2 úmluvy ve Sbírcce zákonů a nařízení z roku 1935 může vzbuzovat rozpaky, proto se jeví vhodné uvést francouzský i anglický text. „Elle s'engage, dans tous les cas, à ne pas refouler les réfugiés sur les frontières de leur pays d'origine“, Sbíрка zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 572. Anglické znění je následovně: „Each contracting party undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their country of origin. League of Nations Treaty Series č. 3663, sv. CLIX (159), str. 200. Velká Británie si vyhradila právo odmítnout přijetí každého

oprávněním každého uprchlíka na poskytnutí azylu.⁸² Jazykový, logický a účelový výklad nedovoluje přijmout takový závěr, protože smluvní stát nemusel poskytovat jedinci azyl, nýbrž mohl volit i jiné druhy právní ochrany jako povolení k pobytu či prozatímní azyl.

Odst. 3 článku 3 potvrdil právo každé smluvní strany učinit veškerá opatření vnitrostátního charakteru, jež pokládá za vhodná vůči uprchlíkům kteří byli postiženi vypovězením na podkladě odůvodněného zájmu národní bezpečnosti nebo veřejného pořádku, třebaže nemohou opustit její území proto, že neobdrželi povolení či víza ke vstupu do jiného státu.⁸³ Přistoupení Československa se nevztahovalo na odst. 3 článku 3, pokud omezil pravomoc vnitrostátních úřadů ve věci vyhoštění osob ohrožujících národní bezpečnost a veřejný pořádek. Rovněž ustanovením článku 3 neměla být nikterak dotčena vyhoštění v důsledku soudního výroku a závazky plynoucí z extradičních smluv, nebo z československého zákonodárství o vydávání pachatelů.⁸⁴ Egypt si vyhradil právo kdykoli vypovědět uprchlíky z důvodu veřejné bezpečnosti.⁸⁵

Přes četné výhrady vzor chování vtělený do článku 3 úmluvy konstituoval novou formu mezinárodní ochrany uprchlíků a omezil vnitřní volnost států v nakládání s běženci.

V kapitole III. o právním postavení uprchlíků byl stvrzen osobní status, jenž se řídil prvotně zákony stálého bydliště, nebyla-li rezidence podpůrně místem pobytu. Práva nabytá podle právních předpisů domovského státu uprchlíka, zejména ta oprávnění, která vyplývala z manželského svazku (vlastnická práva, právní způsobilost apod.) zůstala nedotčena s výhradou splnění formalit, které předepisovaly vnitrostátní zákony země stálého bydliště uprchlíka, nebo místa pobytu. Článek 6 zajistil uprchlíkům volný přístup k soudům a osvobození od žalobní jistoty.

Další výhody uprchlíci vytěžili na základě úmluvy z pracovního a sociálního zákonodárství smluvních států. Omezení, týkající se ochrany trhu práce, které pramenily z hospodářské krize, se nedotkla uprchlíků usedlých ve státě nebo těch, kteří se pravidelně zdržovali na jeho území nejméně po tři roky či měli-li za manželku či manžela občana státu, anebo jedno či více dětí s občanstvím státu pobytu, nebo byli-li uprchlíci kombatantem v I. světové válce. Nejvyšších výhod uprchlíci požívali v sociální oblasti, kde byla zvláště ochranná funkce pravidel vůči sociálně slabším jedincům, pokud se stali nezaměstnanými, nemocnými, invalidy, neschopnými samostatné obživy. Sociální dimenze úmluvy se rozšířila i na úřady při práci, kdy

cizince na území Spojeného království, ať již spadá do kategorie denaturalizovaných uprchlíků či nikoli. Official Journal of the League of Nations, 1934, str. 373.⁸⁶

⁸²O. Kimminich: op. cit. pod 1), str. 383.

⁸³Srov. Sbírku zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 573.

⁸⁴Srov. Sbírku zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 586.

⁸⁵Srov. Sbírku zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 580.

se smluvní státy zavázaly postupovat vůči uprchlíkům stejně shovívavě jako vůči občanům jiných států, kteří užívali nejvyšších výhod. Ve fiskálních věcech úmluva předvíдалa národní režim pro uprchlíky, protože nebyli podrobeni vyšším poplatkům, dávkám nebo daním než vlastní občané státu pobytu. Přístup ke vzdělání byl uprchlíkům umožněn jako ostatním cizincům.

Zacházení s uprchlíky bylo konfrontováno s režimy cizinců a vlastních občanů, přičemž převažující vliv na postavení uprchlíků měly cizinecké standardy. Cizinecké režimy oscillovaly mezi krajními polohami asimilací cizinců s občany a poskytováním privilegií, čili mezi rovným postavením s výsadním zacházením.⁸⁶ Cílem pak bylo nalézat jaksi vyvážený stav. Z těchto důvodů požívali uprchlíci v některých oblastech rovné zacházení a v jiných nejvyšší výhody, či co možná nejpráznivějšího zacházení, avšak v každém případě nikoli horší standard, než měli cizinci. Článek 14 formálně potvrdil, že uprchlíkům nebude odpíráno požívání určitých práv a výhod, poskytnutých cizincům za podmínky reciprocity pro nedostatek vzájemnosti. Ustanovení článku 14 nebylo třetinou smluvních států přijato (Belgie, Egypt, Norsko a Československo).⁸⁷ Úmluva o mezinárodním postavení uprchlíků nabyla platnosti podle článku 20 třicet dnů poté, co generální tajemník Společnosti národů obdržel nejméně dvě ratifikační nebo přístupné listiny.⁸⁸ Stalo se tak 20. srpna 1935. Úmluva zavázala 8 smluvních států.⁸⁹ Poměr úmluvy k předcházejícím ujednáním z 5. července 1922, 31. května 1924, 12. května 1926 a 30. června 1928 se řídil článkem 16 v souladu se zásadou *lex posterior derogat legi priori*, tedy později přijaté smlouvy, podle níž zůstala v platnosti ustanovení slučitelná s úmluvou o právním postavení uprchlíků pro smluvní strany.

H) Plán pro vydání průkazu totožnosti uprchlíkům ze Sárška (24. květen 1935)⁹⁰

Ukončení územní správy Sárška, založené Versailleskou smlouvou z roku 1919⁹¹ oživilo otázku teritoriálního bytí tohoto sporného území. V plebiscitu hlasovala většina obyvatelstva pro spojení s Německem, čímž zamítla přičlenění k Francii, jakož i mezinárodní správu.⁹² Zhruba 3 300 obyvatel Sárška se po plebiscitu rozhodlo opustit z politických i náboženských důvodů Sárško a vyhledalo útočiště ve Francii a Lucembursku. Nový uprchlický proud si vynutil další opatření Společnosti

⁸⁶Srov. D. P. O'Connell: International Law. Londýn, 1970, díl II., str. 693.

⁸⁷Srov. Sbírku zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 578.

⁸⁸Srov. Sbírku zákonů a nařízení, č. 179, 1935, str. 576.

⁸⁹Smluvními stranami byly Belgie, Bulharsko, Československo, Dánsko, Francie, Itálie, Norsko a Velká Británie.

⁹⁰Plan for the Issue of a Certificate of Identity to Refugees from the Saar.

⁹¹Srov. J. Kallab: O smlouvách mírových, Brno, 1920.

⁹²League of Nations Official Journal, 1935, 16 (2), str. 134.

národů, která pocítovala „přímou odpovědnost“⁹³ za sárské uprchlíky, neboť řada z nich hlasovala pro udržení územní správy Společnosti národů. Problém uprchlíků ze Sárska tkvěl v nedostatku platných dokladů totožnosti, neboť dokumenty vydané obyvatelstvu bývalou Řídící komisí, nebyly po připojení Sárska k Německu brány v potaz, přičemž alternativní doklady nový suverén pro dotčené osoby nevydal. Proto Společnost národů hodlala rozšířit systém Nansenových průkazů na uprchlé obyvatele Sárska. Přijatý plán se uplatnil vůči všem, kteří dříve měli postavení obyvatel Sárska, opustili území po plebiscitu a nebyli držitelé národního cestovního dokladu.⁹⁴ Vymezení těchto jedinců zjevně spočívalo v územním požadavku a absenci platného dokladu, ačkoli obě objektivně právní podmínky doprovázela situační okolnost svázaná s plebiscitem. Definice sárských uprchlíků harmonizovala s obsahovou linií předešlých ujednání, aniž by došlo k vymknutí z jejich normativní náplně.

CH) Prozatímní ujednání o postavení uprchlíků pocházejících z Německa (4. červenec 1936)⁹⁵

Ve třicátých letech muselo mezinárodní společenství uznat, že uprchlický exodus en masse neměl jedinou, prvotní příčinu v důsledcích I. světové války. Vyhasnutí uprchlické otázky se nedočkal. Zásadní politické změny, nástup národního socialismu, dramaticky rychlé spění německého státu k totalitnímu uspořádání nutně revitalizovalo uprchlický problém v Evropě. Rasová i politická nesnášenlivost zapříčinily nucené opouštění Německa tisíci oběťmi.

Shromáždění Společnosti národů vidělo v uprchlických prouděch z Německa hospodářský, finanční a sociální problém.⁹⁶ Na vyhrócenou situaci reagovalo zřízením Úřadu vysokého komisaře pro uprchlíky (židovské a jiné) pocházejících z Německa v roce 1933.⁹⁷ jako nového mezinárodního orgánu *ad hoc*, čímž posílila syndrom dočasných řešení. Vysoký komisař byl pověřen koordinovat pomoc obětem rasové i politické intolerance v přijímajících zemích.

Po tříletém úsilí, v lednu 1936, Rada Společnosti národů seznala, že těžkosti v řešení uprchlických problémů opětovně tkví v již dříve existujících aspektech: nedostatku cestovních dokladů a právního postavení uprchlíků.⁹⁸ Poučena předešlými zkouškami svolala mezivládní konferenci, aby nastolila mezinárodní ochranu pro uprchlíky z Německa.⁹⁹ Sezvání diplomatického fóra obnažilo selhání účinnos-

⁹³League of Nations Official Journal, 1935, 16 (2), str. 277.

⁹⁴League of Nations Official Journal, 1935, 16 (12), str. 1681-1682.

⁹⁵Provisional Arrangement Concerning the Status of Refugees Coming from Germany.

⁹⁶Report by the Second Committee to the Assembly, League of Nations Doc. 1933. XIII.2, str. 2.

⁹⁷Úřad působil v letech 1933 - 1938.

⁹⁸League of Nations Official Journal, 1933, 17 (2), str. 67, 69 a násl.

⁹⁹League of Nations Official Journal, 1933, 17 (2), str. 128.

ti Úmluvy o mezinárodním postavení uprchlíků z roku 1933, zejména v přijatém definičním konceptu, jež byl recipován z minulých ujednání a nemohl zajistit perspektivnost tohoto dokumentu, jeho použití na budoucí uprchlické situace.

Vysoký komisař pro uprchlíky pocházející z Německa připravil návrh textu ujednání a vymezil „německého“ uprchlíka následovně: „Každá osoba, která opustila území Německa, nepožívající anebo déle nepožívající ochranu vlády Říše, a která nemá jiné státní občanství než německé“.¹⁰⁰ Vysoký komisař vystavil návrh definice uprchlíka na třech právních „sloupech“. Primárně užil již neodmyslitelný juridický prvek: exterritorialitu, když osoba musela nedobrovolně emigrovat, aby mohla žádat o uprchlický status. Druhým úhelným prvkem se stal nedostatek ochrany ze strany domovského státu, kterou tento jednotlivec nepožíval a ani nemohl realisticky očekávat poskytnutí ochrany od německé vlády. Konečně, uznání mezinárodní ochrany nemohly získat osoby, které byly občany dalšího státu, neboť setrvaly pod ochranou této jednotky, jež musí vykonat povinnost přijmout na území svého občana, jemuž není dovoleno setrvat na teritoriu třetího státu.¹⁰¹

Červencová konference r. 1936 přijala schéma definice uprchlíka, jež se odchýlilo od původního návrhu v několika rysech. Prozatímní ujednání obsahovalo požadavek, aby uprchlík byl usazen v Německu,¹⁰² namísto předpokladu opuštění území dotčeného státu, pročež znejistila exterritoriální podmínku. Naproti tomu odstranila nejasnosti vůči ztrátě ochrany oběti a výslovně stipulovala, že jde buď o *de iure* nebo *de facto* ochranu jednotlivce, čímž odhalila sociální rozměr uprchlictví. Tím dospělo vymezení uprchlíka k zásadnímu obratu. Klasický pojem uprchlíka byl redefinován. Podstatou nového vymezujícího přístupu bylo mj. zajistit pomoc obětem sociálních a politických událostí, které měly za následky ztrátu *de iure* i *de facto* ochrany domovského státu.¹⁰³ Bylo nutné brát ohled na postavení německých občanů, kteří se sice etablovali v cizině po jistý čas, byli však zbaveni *de facto* ochrany vlády Říše ze stejných důvodů jako uprchlíci bez občanství.¹⁰⁴

Redefinování uprchlíků neopustilo použitý rámec objektivních hledisek, jen přihlédlo k sociálním kritériím vedle striktních právních okolností, zohledněných v předchozích ujednáních. Destinatáři výhod se ve shodě s prozatímním ujednáním staly oběťmi sociálních a politických změn a tím mohli ztratit i *de facto* ochranu domov-

¹⁰⁰„Any person having left German territory who does not enjoy or no longer enjoys protection of the Government of the Reich and who does not possess any nationality other than German nationality“. Draft Provisional Agreement regarding the Status of German Refugees, League of Nations Doc. 1933. XIII.3.

¹⁰¹R. Plender: International Migration Law. Leyden, 1972, str. 71.

¹⁰²Provisional Arrangement Concerning the Status of Refugees Coming from Germany. United Nations Treaty Series, č. 3952, sv. LXXVII (77).

¹⁰³Srov. J. C. Hathaway: op. cit. pod 2), str. 367.

¹⁰⁴Communication from the Secretary-General, League of Nations Doc.C.L. 214.1937.XII, Annex I, str.2.

ského státu.

Konference však nevyjasnila, ochránilo-li pojmové vymezení jednotlivce bez státního občanství, kteří opustili Německo. Delegáti Nizozemí a Norska trvali na stanovisku, že definice vyloučila bezdomovce v minulosti usazené na území Německa.¹⁰⁵ Zástupci Velké Británie vytvořili vymezení opačné a pokládali osoby bez občanství za mezinárodně chráněné.¹⁰⁶

I) Úmluva o postavení uprchlíků pocházejících z Německa (10. února 1938)¹⁰⁷

Nedostatečnost předchozích právních opatření se záhy prokázala, když v březnu 1937¹⁰⁸ vyzvala Společnost národů státy k účasti na další mezinárodní konferenci, aby se mohlo mezinárodní společenství důkladněji bránit patologickému jevu uprchlického exodu z Německa. Prvotní otázkou se opět stala definice, jejíž nová formulace byla připravena v listopadu 1937. Vymezení uprchlíka pocházejícího z Německa vyšlo ze schématu prozatímního ujednání, nicméně zohlednilo ochranu osoby bez státního občanství. Text změněné definice zněl:

1. „Osoby, které mají nebo měly německé státní občanství a nikoli jakékoli jiné státní občanství, zjevně nepožívající *de iure* či *de facto* ochranu vlády Říše, (a)“
2. „Osoby bez státního občanství nechráněné předchozími úmluvami nebo dohodami, které opustily území Říše potom, co zde byly usazeni.“¹⁰⁹

Navržená definice překlenula nedostatky minulého vymezení, které se zdálo ambivalentní se zřetelem k jednotlivcům bez občanství a vztahovala se na bezdomovce dříve žijící v Německu.

Delegáti zúčastněných států projevy v únoru roku 1938, kdy se již zvolna schylovalo k dalšímu světovému konfliktu, velmi liberální postoj na mezinárodní konferenci. Přesto se v rozpravě objevovaly nové názory na pojmové vyjádření uprchlíka, které se klonily k restriktivnímu vymezení. Někteří delegáti požadovali vnést do vymezení požadavek „příмого útěku“.¹¹⁰ Jiné návrhy opustily dřívější objektivní hlediska

¹⁰⁵League of Nations Doc. Conf./S.R.A.1938/1st Session P.V.2. str. 5 a 9.

¹⁰⁶League of Nations Doc. Conf./C.S.R.A./P.V.4 1938.

¹⁰⁷League of Nations Treaty Series č. 4461, sv. CXCII (192), str. 59. Úmluvu ratifikovalo 7 států.

¹⁰⁸Communication from the Secretary-General, League of Nations Doc. C. L. 58.1937.XII.

¹⁰⁹Refugees coming from Germany:

- a) „Persons possessing or having possessed German nationality who are proved not to enjoy, in law or in fact, the protection of the Government of the Reich.“
- b) „Stateless persons not covered by previous conventions or agreements who have left the territory of the Reich after being established therein.“

¹¹⁰League of Nations Doc. Conf. /C.S.R.A./P.V.4 1938 str. 7 a 9.

definice uprchlíka a volaly po prosazení požadavku politického, náboženského anebo rasového důvodu útěku.¹¹¹ Konečné znění definice se vyhranilo do následující podoby:

- a) „Osoby, které mají nebo měly německé státní občanství a nikoli jakékoli jiné občanství, zjevně nepožívající *de iure* či *de facto* ochranu německé vlády.“
- b) „Osoby bez státního občanství, nechráněné předchozími úmluvami nebo dohodami, které opustily německé území poté, co zde byly usazeni, a zjevně nepožívající *de iure* či *de facto* ochranu německé vlády.“

„Osoby, které opustily Německo z důvodu ryze osobní příležitosti, nejsou zahrnuti do této definice.“¹¹²

Dohodnutá definice na rozdíl od dřívějšího konceptu ztotožnila občany s bezdomovci na podkladě kritéria absence *de facto* či *de iure* ochrany ze strany německého státu. Nadto vedle pozitivně vyjádřeného vymezení obsáhla vylučující klauzuli a vyňala z okruhu mezinárodním právem chráněných osob jednotlivce, kteří využili politických událostí jako vhodnou příležitost k emigraci. Motivace takových jedinců mohla mít hospodářské příčiny, spočívající ve snaze vyhnout se daním. Tu nemohl být spatřován jakýkoli hospodářský útlak.

J) Dodatkový protokol k Prozatímnímu ujednání o postavení uprchlíků pocházejících z Německa a Úmluvě o postavení uprchlíků pocházejících z Německa (14. září 1939)¹¹³

Územní změny učiněné ve středoevropském prostoru po připojení Rakouska k Německu a začlenění Sudet opětovně podnítily uprchlické proudy.

Po uzavření Mnichovské dohody v září 1938 opustilo na 80 000 osob Sudety, přičemž většina z nich přijala útočiště v Československu. Zhruba 15 000 německy hovořících, původních obyvatel zabraných územních částí se nemohlo uchýlit do Československa z důvodu protiněmeckých nálad, které ovládlo území Čechů. Rada

¹¹¹League of Nations Doc. Conf./C.S.R.A./R.V.4 1938 str. 12.

¹¹²Refugees coming from Germany, defined as:

- a) „Persons possessing or having possessed German nationality and not possessing any other nationality who are proved not to enjoy, in law or in fact, the protection of German Government.“
 - b) „Stateless persons not covered by previous Conventions and Agreements who have left German territory after being established therein and who are proved not to enjoy, in law or in fact, the protection of the German Government.“
- „Persons who leave Germany for reasons of purely personal convenience are not included in this definition.“

¹¹³Additional Protokol to the Provisional Arrangement and to the Convention Concerning the Status of Refugees Coming from Germany. League of Nations Treaty Series č. 4634, sv. CXCVIII (198), str. 14.

Společnosti národů opožděně reagovala na situaci v lednu 1939 rozšířením mandátu vysokého komisaře na osoby, jež dříve měly československé občanství, a nepoživající jakékoli jiné než německé občanství, které byly donuceny opustit území, byvší součástí československého státu, kde byly usazeny. Velmi jednoduše pojeté vymezení sudetských uprchlíků obrazelo skutečnost, že Sudety byly začleněny do německého území, a proto se na osoby, pocházející z této oblasti mohly vztahovat minulé mezinárodní smlouvy.

Značně rozsáhlejšího rozměru nabyt problém uprchlíků, kteří museli odejít z Rakouska po jeho připojení k Německu v březnu 1938. Rakousko již dříve absorbovalo četné uprchlické proudy. Uprchlíci, kteří se zdržovali v Rakousku do okamžiku německé anexe, tvořili velmi rozmanitou, kosmopolitní společnost. Uprchlická komunita zahrnovala Židy, jichž bylo více než 172 000, 800 000 osob neárijského původu a politické disidenty různého ražení jako sociální demokraty, liberály, antifasisty, habsburské legitimisty, komunisty či katolíky.

V květnu Rada Společnosti národů zvolila postoje rozšířit mandát vysokého komisaře na osoby pocházející z Rakouska. Protože bylo krajně obtížné rozlišit osoby pocházející z Rakouska od jednotlivců, kteří opustili Německo, byl vypracován Dodatkový protokol, otevřený k podpisu v září 1939. Protokol pojmul definici uprchlíků z Rakouska jako obětí nacistického pronásledování. Definice byla zformulována takto:

- a) Osoby, které měly rakouské občanství, jež nemají jakékoli státní občanství jiné než německé, zjevně nepoživající *de iure* či *de facto* ochranu německé vlády, (a)
- b) Osoby bez státního občanství, nechráněné předchozí úmluvou nebo ujednáním, jež opustily území, které dříve zakládalo Rakousko potom, co zde byli usazeni, zjevně nepoživající *de iure* nebo *de facto* ochranu německé vlády, (a)

„Osoby, které opustily území, která dříve zakládala Rakousko, z důvodů ryze osobní příležitosti, nejsou zahrnutí do této definice.“¹¹⁴

Protokolární vymezení uprchlíka se téměř shodovalo s předešlými definicemi s nepatrným rozdílem, jež definici přizpůsobil rakouské situaci. Podstata pojetí vzešla

¹¹⁴Anglické znění:

- a) „Persons having possessed Austrian nationality not possessing any nationality other than German nationality, who are proved not to enjoy, in law or in fact, the protection of the German Government,“ and
- b) „Stateless persons, not covered by any previous Convention or Arrangement and having left the territory which formerly constituted Austria after being established therein, who are proved not to enjoy, in law or in fact, the protection of the German Government.“

„Persons who leave the territories which formerly constituted Austria for reasons of purely personal convenience are not included in this definition.“

ve zdůraznění sociálního aspektu uprchlictví v údobí těsně před dalším světovým konfliktem, aniž by tato stránka byla hypertrofována. Uprchlíci byli vytrvale chápáni jako sociální skupina, jejíž homogenitu charakterizovalo sloučení právních i sociálních příznaků objektivního charakteru.

Dodatkovým protokolem se uzavřela meziválečná éra vytváření relativní soudržné i prebytečně rozsáhlé soustavy mezinárodních smluv, jež identifikovaly uprchlíky jako destinatáře výhod vyplývajících z mezinárodního práva. Ujednání ovšem nechránila všechny osoby (byl v nich obsažen i selektivní prvek) jež byly nuceny žít mimo zemi původu.

Prvá ujednání odstranila nedostatek *de iure* ochrany obětí denaturalizace, které se nedobrovolně ocitly ve třetím státě, vydáním průkazů totožnosti jako elementárního opatření, které z nich učinilo bytostí v právním smyslu. Od zárodečného právního počínu se zvolna odvíjelo rozšiřování mezinárodní ochrany na různorodé, zcela konkrétní komunity uprchlíků, jež byly definovány skupinově a prostřednictvím objektivních hledisek. Vymezení kumulovaly národní či národnostní původ, absenci *de iure* ochrany, spjatou s přetržením státoobčanského pouta denaturalizací a neexistencí státního občanství jiného. V definicích převládl juristický přístup, který byl později doplněn sociálním hlediskem: nedostatkem *de facto* ochrany.

Všechny mezinárodní smlouvy se zpožďovaly za přezralými situacemi a představovaly právní odpovědi s malou mírou perspektivnosti. Daná okolnost plodila četnost ujednání, která měla soustředěný a konkrétně určený účinek.

Mezinárodní smlouvy o ochraně uprchlíků mezi světovými konflikty, žel, nenalezly konečná řešení pro stížené osoby při právní i faktické nemožnosti jejich návratu do původní země. Státy se zdráhaly naturalizovat uprchlíky a hledat pro ně trvalá řešení. Normotvůrci současně neusilovali o prosazení cílevědomé migrační politiky do obsahu smluvních instrumentů.

Kontrola mezinárodní ochrany, jakož i pomoc uprchlíkům byla státy vědomě delegována na mezinárodní orgány, omezené prozatímním mandátem, které vnášely do situace prvek institucionalizace.

K) Mezinárodní výbor pro uprchlíky (1938–1947)¹¹⁵

V létě roku 1938 se vyhrotil jev institucionální souběžnosti, zapříčiněný nárůstem uprchlického problému. Ke zjednodušení institucionální situace přispělo rozhodnutí Shromáždění Společnosti národů sloučit Nansenův úřad s Úřadem vysokého komisaře pro uprchlíky z Německa. V září 1938 byl zřízen jediný orgán: vysoký komisař pro uprchlíky pod ochranou Společnosti národů¹¹⁶ s pětiletým mandátem.¹¹⁷

¹¹⁵Intergovernmental Committee on Refugee. *Srov. Report Submitted by the Director, ICR Doc.*, 25 July 1944, str. 1.

¹¹⁶Srov. A. Grahl-Madsen: *op. cit.* pod ¹²⁾, str. 181.

¹¹⁷Úřad vysokého komisaře byl svěřen H. Emersonovi z Velké Británie od 1. ledna 1939.

Již v červenci toho roku se konala diplomatická konference v Evianu, která zřídila Mezivládní výbor pro uprchlíky.¹¹⁸ Účelem založení výboru bylo zlepšit tíživou situaci uprchlíků z Německa a Rakouska, kteří nedobrovolně odešli z obou zemí z důvodu nacistické perzekuce.¹¹⁹ Mezivládní výbor pro uprchlíky zahrnul do personálního rozsahu své činnosti tyto jednotlivce:

1. „Osoby, které neopustily země původu (Německo včetně Rakouska), ale musí se vystěhovat z důvodu jejich politických názorů, náboženské víry a rasového původu, a
2. Osoby definované pod 1), které již opustily zemi původu, a které se ještě trvale neusadily někde jinde.“¹²⁰

Pojmové vymezení uprchlíka opustilo vžitá pojetí a subsumovalo nové prvky. Ne tradičně zpochybnilo exteritoriální aspekt uprchlictví, poněvadž uprchlíkem se mohl stát jedinec, jenž setrval na území domovského státu za předpokladu nevyhnutelné emigrace. Definice pak specifikovala důvody nedobrovolného vystěhování, jejichž výčet byl taxativní. K naplnění nutnosti odchodu postačila jediná příčina. Tato kvalifikace předpokládala poskytnutí pomoci Mezivládním výborem pro uprchlíky.

Vyjmenované důvody se úžeji vztáhly na konkrétní osobu jako společenskou monádu. Tím byla neagována dřívější skupinová vymezení uprchlíků, která korespondovala s hromadností uprchlických proudů. Prostřednictvím jmenovaných důvodů se pojem uprchlíka individualizoval. Namísto skupinové konceptualizace uprchlíků se zrodila singularita. Krystalizující se nové pojetí přinášelo nezbytnost ověření takových důvodů, přičemž proces verifikace se stával složitějším. Kompetentním orgánem byl podle rezoluce samotný výbor.

K rozšíření mandátu Mezivládního výboru pro uprchlíky dospěl rozhodnutím Výkonný výbor v srpnu 1943. Mandát zahrnul republikánské běžence ze Španělska i bezdomovce, pobývající mimo území Německa, jejichž životy nebo svobody byly v nebezpečí z důvodu rasy, náboženství nebo politického názoru.

Tlak válečných a poválečných okolností determinoval další rozšíření ochranné funkce Mezivládního výboru pro uprchlíky v červenci 1946. Ambit ochrany pojal osoby neochotné anebo neschopné návratu do domovské země či státu dřívějšího,

¹¹⁸Intergovernmental Committee on Refugee (IGCR). Sídlo IGCR bylo v Londýně. V IGCR bylo od začátku zastoupeno 27 států.

¹¹⁹A. Grahl – Madsen: op. cit. pod ¹²⁰, str. 181.

¹²⁰Text v anglickém jazyce zní: „

- a) Persons who have not already left their countries of origin (Germany including Austria), but who must emigrate on account of their political opinions, religious beliefs and racial origin and
- b) Persons as defined in 1) who have already left their country of origin and who have not yet established themselves permanently elsewhere. Resolution of the Committee, ICR Doc., 14 July 1938.

obvyklého bydliště.¹²¹

Rozšíření mandátu výboru důkladně subjektivizovalo pojem uprchlíka. Kyvadlo definice se pohlo z úvatě objektivního pojmání do krajní polohy subjektivních kritérií. Použitím subjektivních hledisek musela být náplň pojmu uprchlíka individualizována.

Na konferenci svolané v říjnu 1946 delegáti rozhodli vybavit chráněné jednotlivce cestovními doklady za předpokladu splnění čtyř podmínek.¹²² Především osoba musela spadat pod mandát Mezivládního výboru pro uprchlíky. Dále byla nucena prokázat *de facto* či *de iure* bezdomovectví. Doklady totožnosti nemohli získat jedinci, kteří byli oprávněni k vydání identifikačních dokumentů v souladu s předchozími mezinárodními ujednáními. Poslední podmínku představoval legální pobyt na území státu, jenž byl *zavázán závěry* konference.

L) Správa spojených národů pro pomoc a obnovu (1943–1946)¹²³

Správa Spojených národů pro pomoc a obnovu byla konstituována mezispojeveckou konferencí, která se konala v listopadu 1943, kdy se změnila situace na světové válečné frontě, za účasti zástupců 44 vlád. Správa byla spojenci vytvořena jako dočasná instituce pro období války a poválečné rekonstrukce.¹²⁴ Poslání Správy Spojených národů pro pomoc a obnovu se přirozeně nesoustředovalo na vyřešení uprchlictví, nicméně jednou z aktivit byla součinnost zapojených států při repatriaci občanů, kteří byli v důsledku válečných událostí rozptýleni po světě. Činnost správy se netýkala osob neochotných nebo neschopných návratu do domovských států, kteří byli odkazováni na pomoc a ochranu Mezivládního výboru pro uprchlíky.

Absence vymezení jednotlivců vůči nimž se uplatňovala pomoc UNRRA napravila zčásti rezoluce 71,¹²⁵ schválená v srpnu 1945. Opatření rezoluce 71 pokrylo osoby, které musely opustit svou zemi, nebo místo původu, či dřívější bydliště. Nepřesný a nejasný koncept těchto osob nevyhnutelně vyvolal nebezpečí nejednoznačné aplikace, které jedince začlenit do rozsahu znění rezoluce. Washingtonská úřadovna UNRRA začala aplikovat směrnici ve prospěch poválečných (nikoli válečných) uprchlíků, kteří byli politickými disidenty. Tak se do pojetí uprchlíka vnesl ideologický pohled, předznamenávající v nepatrnosti budoucí polaritu mezinárodního systému.

Úřad UNRRA v Londýně ostře odsoudil americké uskutečňování direktivy, která

¹²¹Obrat „osoby neochotné“ vyvěral ze svobodné vůle jedince, zatímco neschopnost návratu objektivizovala právní a faktická nemožnost repatriace.

¹²²Preliminary Report Submitted by the Head Office of the Intergovernmental Committee to the Commission of Experts on Identity and Travel Documents, ICR Doc. 1946, str. 9 a násl.

¹²³United Nations Relief and Rehabilitation Administration (UNRRA).

¹²⁴Srov. V. Outrata: op. cit. pod ⁶), str. 459.

¹²⁵UNRRA Journal 152, 1945.

in extenso rozestřela definici chráněné osoby na politické uprchlíky. Kritika zazněla i od států orientovaných na Sovětský svaz, jež odmítaly činnost UNRRA napomáhající emigraci osob, které se nehodlaly podílet na poválečné rekonstrukci. Následně byl dosah direktivy zúžen u poválečných uprchlíků prokázáním konkrétního důkazu pronásledování. Uvádění konkrétního důkazu pronásledování z důvodu rasy, náboženského vyznání nebo činnosti ve prospěch Spojených národů zmírnilo subjektivní pojmání uprchlíka. Důvody musely být objektivně prokazatelné, aby žadatel mohl získat uprchlický status UNRRA.

M) Mezinárodní organizace pro uprchlíky (1946–1951)¹²⁶

Mezinárodní organizace pro uprchlíky byla založena v prosinci 1946, když Valné shromáždění OSN schválilo ústavu IRO a usoudilo, že uprchlictví nabýlo nebyvalého rozměru.

Stěžejním úkolem se stala definice uprchlíka s triangulárním právním půdorysem. Vymezení běžence podle ústavy IRO obsahovalo zahrnující, požastávající a vylučující klausuli. Zahrnující doložka představovala smírné řešení, jež slučovalo řadu návrhů. Na straně druhé provázání rozličných stanovisek zajišťovalo vícestrannost, ačkoli se mohlo zdát, že definice trpí nesourodostí. Podstatou vymezení se stal její personální dosah, jenž subsumoval jednotlivce, kteří nemohli být repatriováni, nebo zcela svobodně a po získání úplné znalosti reality vyjádřili odůvodněné námitky bránící návratu do země původu.¹²⁷ Takovým jedincům mohla být poskytnuta ochrana a péče IRO. Výjimkou z pravidla byli španělští republikáni, němečtí a rakouští uprchlíci, kteří byli zadrženi nebo se stali navrátilci v nacistické éře. Přijatý mezinárodní právní model chování zohlednil pojetí USA a dalších států, které vycházely z ius emigrationis při hledání osobní svobody.

Sovětský Svaz a další země namítaly, že pod záminkou dobrovolnosti repatriace USA a spojenci bránili návratu zavlečených osob.¹²⁸ Prokazování platných překážek návratu důkazně zatížilo žadatele, který musel doložit pronásledování či strach z pronásledování z ospravedlnitelných důvodů, jimiž byla náboženská víra, politické přesvědčení, příslušnost k národu či národnosti anebo rasa. Do rámce definice se mohli prosadit i političtí emigranti, jejichž námitky politického charakteru byly uznány za oprávněné. J. C. Hathaway označil koncept opodstatněných námitek za značně libovolný a otevřeně uzavřený.¹²⁹ Takové pojetí mohlo vytvářet možnost ideologizace problému.

Ústava Mezinárodní organizace pro uprchlíky pojala několik skupin uprchlíků: oběti nacistických a fašistických režimů, či režimů, které stály na jejich straně během

¹²⁶International Refugee Organization (IRO). United Nations Treaty Series, č. 283, sv. 18, str. 3.

¹²⁷Srov. J. C. Hathaway: op. cit. pod 2), str. 374.

¹²⁸Srov. V. Outrata: op. cit. pod 5), str. 144.

¹²⁹Srov. J. C. Hathaway: op. cit. pod 2), str. 345.

II. světové války,¹³⁰ uprchlíky ze Sárska,¹³¹ běženci ze Sudet,¹³² jak byli definováni v rezoluci přijaté 104. zasedáním Rady Společnosti národů, a kteří nepoživali ochranu československé ani německé vlády, osoby, ať nemající de facto či de iure občanství, které byly před válkou uprchlíky, ačkoli nepatřily do uznaných kategorií uprchlíků a zůstaly uprchlíky navzdory změněným okolnostem,¹³³ děti nedoprovázené rodiči, kteří jsou obětmi války nebo jejichž rodiče zmizeli, a nalézají se mimo zemi jejich původu.¹³⁴

Podle pozastávající klauzule byla ochrana ukončena, když se uprchlík vrátil do země původu, požádal-li o nové občanství, trvale se usadil, nerozumně odmítal repatriaci nebo návrhy na opětovné usazení, nevyvinul podstatné úsilí vydělat si na živobytí, ačkoli byl toho schopen nebo jinak využíval IRO.

Vylučující klauzule bránila získat uprchlický status IRO válečným zločincům, zrádcům národa, kolaborantům nepřitele, běžným zločincům, jednotlivcům, kteří obdrželi finanční pomoc od země původu ve vojenské nebo civilní službě cizího státu, vůdcům hnutí nepřátelským členským státům OSN.

Ústava IRO zajistila kontinuitu v individualizaci pojmu uprchlíka, v níž převážily subjektivní aspekty. Statut zejména zohlednil dva elementy: exterritorialitu a demonstraci platných překážek bránících repatriaci.

* * *

S U M M A R Y

The Refugeehood in the Development of International Law

The autor deals with the evolution of definitions of a refugee according to the Arrangements of 12 May 1926 and 30 June 1928 or the Conventions of 28 October 1933 and 10 February 1938, the Protocol of 14 September 1939 or the Constitution of International Refugee Organization. Refugees were originally defined as a group with using objective criteria. After the second world war the definition of a refugee was individualized. The core of the definition becomes the individual political prosecution.

¹³⁰Collection of International Instruments Concerning Refugees. Ženeva, 1990, str. 46.

¹³¹Collection of International Instruments Concerning Refugees. Ženeva, 1990, str. 46.

¹³²Collection of International Instruments Concerning Refugees. Ženeva, 1990, str. 47.

¹³³Collection of International Instruments Concerning Refugees. Ženeva, 1990, str. 47.

¹³⁴Collection of International Instruments Concerning Refugees. Ženeva, 1990, str. 47.

DIE ENTSTEHUNG DER TSCHECHOSLOWAKISCHEN REPUBLIK UND DAS „DEUTSCHE PROBLEM“ *

Karel SCHELLE

Der Anfang vom ersten Weltkrieg im Jahre 1914 bedeutete eine Entstehung eines bis diese Zeit nicht gesehenen Konflikts, der der Reihe nach einen großen Teil der Welt traf. Auf den vier Hauptfronten im Osten, Westen und Süd Europas stießen in bis diese Zeit unvorstellbar erschöpfenden Kämpfen zwei Machtblöcke: mitteleuropäische oder auch sog. Zentralmächte Deutschland und Österreich-Ungarn, an deren Seite auch Türkei und Bulgarien gekämpft hat, und auf der anderen Seite die sog. Alliierte, d. h. Rußland, Frankreich und England, den sich schrittweise auch eine Reihe von anderen Staaten, vor allem Italien und die Vereinigte Staaten angeschlossen haben.

Fast alle politische Kräfte in tschechischen Ländern waren auf die Kriegserklärung nicht vorbereitet. Der Programm der tschechischen politischen Parteien ist aus der Doktrin des tschechischen historischen Staatsrecht ausgegangen. Sein Kern war eine Behauptung, daß der tschechische Staat rechtlich nie zu existieren aufhörte, seine Grenzen als historische Grenze der Länder der tschechischen Krone gegeben werden und seine Beziehung zum Rest vom Reich durch einen Vertrag zwischen dem Herrscher und den Repräsentanten des tschechischen Staats festgestellt wird. Aus diesen Voraussetzungen wurden verschiedene Forderungen abgeleitet: die Forderung, daß der Kaiser durch die Krönung als tschechischer König die tschechische Staatlichkeit anerkennen soll, die Forderung einer Erhöhung der Zuständigkeit der Landtage dem Zentralparlament gegenüber, die Forderung der Bestellung eines Generaltages der Länder der tschechischen Krone usw. In seiner radikalen Form sollte das Staatsrecht so interpretiert werden, daß die Beziehung der tschechischen Länder zum Österreich nur durch die gemeinsame Person des Herrschers gegeben wird, es handelt sich also um eine Personalunion. Das tschechische Staatsrecht bedeutete also eine Forderung der Bestellung eines tschechischen Staates, entweder als eines Teils der österreichischen Föderation, Konföderation oder in der Form der Personalunion. Davon ergibt es sich jedoch auch, daß es am Rechtsboden der Habsburger

*Referát přednesený na mezinárodní vědecké konferenci pořádané právnickou fakultou UK ve dnech 26. - 30. září 1994

Monarchie stand.

Durch die Erklärungen des historischen Staatsrechts konnte jedoch nicht die offenbare Tatsache annulliert werden, daß die tschechische Politiker durch seine Teilnahme an der Tätigkeit des wiener Reichsrats seine Zuständigkeit faktisch anerkannten und auf seinem Boden seine politische und wirtschaftliche Interessen folgten. Die tschechische Politik, obwohl sie theoretisch, von dem Gesichtspunkt der Staatsrechtlichen Doktrin, den wiener Parlament, die wiener Regierung, die dualistische Aufbau des Reichs, die gültige Verfassung nicht anerkannte, fand sich mit den Zuständen ab und entfaltete auf dem „nicht anerkannten“ Boden ihre Tätigkeit. Die tschechische Abgeordneten haben im Reichsrat getagt, hohe Stellen in zentralen Behörden wurden von tschechischen Beamten und Fachleuten besetzt. Die Tschechen wurden auch Minister. Tschechische Unternehmerkreise gehörten zu den entwickeltsten im Rahmen der Monarchie.

Eine grundsätzlich gegenösterreichische Stellung war ausnahmsweise. Es näherte sich dazu nur die staatsrechtliche Vorschriftspartei, die das tschechische historische Staatsrecht so radikal interpretierte, daß es einer Forderung eines selbständigen tschechischen Staates in seinen historischen Grenzen gleich war. Diese Partei war jedoch klein und ihre Stellung in der tschechischen Politik war unbedeutend; im Reichsrat hat sie nur zwei Abgeordnete gehabt. Der Anfang des Weltkriegs bedeutete für die tschechische Politik eine Katastrophe. Die politische Vorkriegskonzeptionen wurden alt, es ist eine neue Situation entstanden, die von der tschechischen politischen Repräsentation nur langsam akzeptiert wurde. Österreich-Ungarn hat mit Deutschland gegen Rußland und Serbien gekämpft, also gegen Staaten, die in der austroslawistischen Konzeption eine Moralunterstützung für das tschechische Volk bedeuteten. Das deutsche Nationalismus richtete seinen Angriff nicht nur gegen Außenfeind, sondern auch gegen Innenfeind. Bereits im September 1914 hat die Vorbereitung eines deutschen Nationalprogramms begonnen, die im Juli 1915 mit einer Schaffung eines offiziellen Programms des deutschen Nationalismus gipfelte, das als die Osterbegehrschrift bekannt wird, und das offenbar forderte, daß in Österreich deutsche Hegemonie gesetzlich gewährleistet wird. Es forderte die Aufhebung von bisherigen historischen Individualitäten und die Bestellung eines einheitlichen österreichischen Kaiserreiches. Das Kriterium der neuen Regelung war „...ununterbrochen die führende Stellung im Staat und Kultur zu gewährleisten, die dem deutschen Volk gehört“. In der Übereinstimmung mit diesem Prinzip sollten die tschechische Länder auf deutsche und gemischte Gebiete geteilt werden, tschechische sollten gar nicht bestehen. In den ersten wäre die einzige zulässige Sprache Deutsch, in den anderen würde Tschechisch als Amtssprache für Außenverkehr zulässig, jedoch nicht für Innenverkehr.

Der Kriegsbeginn bedeutete also die Niederlage der ganzen tschechischen Politik. Es gab kein tschechischer Politiker, der sie begrüßen würde. Der Krieg hat alle

tschechische politische Programme und Konzeptionen zerschlagen. Der Sieg der Zentralmächte würde für die tschechische Politik und für das Schicksal des tschechischen Volks eine Katastrophe bedeuten.

Der Krieg hat jedoch glücklicherweise ungünstig für die Zentralmächte geendet und das tschechische Volk hat seine Staatlichkeit durchgesetzt. Österreich-Ungarn ist von der Karte Europas verschwunden, und auf seinen Ruinen sind die sog. Nachfolgerstaaten entstanden, u. a. auch die Tschechoslowakei.

Die Erklärung der tschechoslowakischen Unabhängigkeit bedeutete keinesfalls die Ende vom tschechisch-deutschen Nationalproblem. In manchen Beziehungen eher umgekehrt. Die Politik der deutschen Nationalisten gipfelte und offensichtlich wurde sie als ein Versuch um die Trennung der Grenzgebiete zum Ausdruck gebracht. Sie setzte die Durchsetzung von Zielen der deutschen politischen Kreise im ersten Weltkrieg und die großdeutsche Konzeptionen der neuen Ordnung in Mitteleuropa.

Die Versuche um die Trennung von manchen Gebieten in Böhmen und Mähren, die von der deutschen Bevölkerung besiedelt wurden, sind nicht mit der Erklärung der selbständigen Tschechoslowakei entstanden, sondern ihr Ursprung reicht in die Vergangenheit zurück. Eine unmittelbare Bedeutung sollte jedoch für weitere Entwicklung der administrativen Teilung der tschechischen Länder vor allem die in einer Reihe von während des ersten Weltkriegs aufgetragten Forderungen ausgedrückte Politik der deutschen Nationalisten. Die Situation in dieser Hinsicht gipfelte am Ende 1917 und am Beginn 1918, als der Zerfall der österreich-ungarischen Monarchie ganz offenbar war. Im Januar 1918 auf dem bekannten Treffen der politischen Repräsentanten vom tschechischen Volk im Gemeindehaus in Prag wurde die sog. Dreiköniger Erklärung erklärt, die zu einem Impuls für die Verstärkung des Kampfes des tschechischen Volks gegen die habsburgische Hegemonie wurde. Bei den deutschen Nationalisten verursachte sie jedoch im Gegenteil eine große Empörung, die in eine in Wien erlassene Resolution der deutschen Abgeordneten aus den tschechischen Ländern mündete, in der sie nicht nur die berechtigten Forderungen der Tschechen auf die Grenzgebiete ablehnten, sondern im Gegenteil ihre Trennung und Bestimmung einer selbständigen Provinz Deutschböhmen forderten. Diese Forderungen wurden in Wien günstig angenommen und im Mai 1918 am Pfingsten wurde eine Regierungsverordnung erlassen, in der offiziell die Bestimmung der selbständigen Provinz Deutschböhmen erklärt wurde. Der Antrag sollte am 1. Januar 1919 in Kraft treten. In Böhmen sollte eine nach dem Nationalprinzip organisierte Kreisordnung bestellt werden. Für deutsche und tschechische Gebiete sollten auch selbständige, voneinander unabhängige Landesregierungen errichtet werden, die der zentralen Regierung in Wien unterordnet wären. Dieser Antrag verursachte begreiflicherweise eine große Empörung bei der tschechischen Öffentlichkeit – es zeugt davon eine Reihe von Artikeln in der tschechischen Presse. Weitere politische Entwicklung in den tschechischen Ländern und in Slowakei machte jedoch die Ver-

wirklichung der deutschen Forderungen und des wiener Antrags unmöglich. Den politischen Repräsentanten der Deutschen in den tschechischen Ländern hat es nur noch gelungen, die Errichtung eines Kreisgerichts in Trautenau (Trutnov) durchzusetzen, dessen Bezirk schon annähernd nach dem Nationalprinzip in den Grenzen der vorbereiteten Provinz Deutschböhmen bestimmt wurde, und am 26. September 1918 wurde die Landesverwaltungskommission auf tschechische und deutsche geteilt. Die deutsche Politiker waren aber nicht bereit die neu entstandene Situation nach dem 28. Oktober zu akzeptieren. Am 29. Oktober haben also in Wien im Tagungssaal des niederösterreichischen Landtags die deutsche Abgeordnete aus den tschechischen Ländern getroffen und einen Protest gegen die Eingliederung der von Deutschen besiedelten Gebiete in die Tschechoslowakei erlassen. Einen ähnlichen Appell hat zugleich auch der Deutsche Nationalrat in Aussig an der Elbe (Ústí nad Labem) erlassen. Am gleichen Tag hat sich der Generalkonsul des Deutschen Reichs Freiherr von Gebattel im Nationalausschuß in Prag eingestellt und hat die Schutz der deutschen Staatsangehörigen in Prag und in ganzen Böhmen gefordert. Einen ähnlichen Besuch hat der deutsche Konsul in Brünn Weber beim brünner Nationalausschuß gemacht. Mit Bezug auf die Tatsache, daß die deutsche Bevölkerung keinen einheitlichen Gebiet bilden konnte, sind vier Gebiete entstanden: Deutschböhmen, Sudetenland, Böhmerwaldgau und Deutschsüdmähren. Die bedeutendste war die Provinz Deutschböhmen, die sich vom Adlergebirge bis zum Eger ausbreitete. Zu einem Repräsentationsorgan dieser vom Anfang unlebensfähigen Formation wurde ein am 4. November 1918 einberufener Landtag. Es wurde neben der Frage der Außenpolitik auch die Problematik des Staatsverwaltungsaufbaus, die Trennung des bisherigen Ganzlandapparats, die Schaffung der neuen Bezirkshauptmannschaften, ihre Rajonisierung, beziehungsweise ihre Trennung von den tschechischen Behörden, Problematik der lokalen Selbstverwaltung und ihre Stellung mit Bezug auf die neu entstandene Institutionen, die sog. Volksräte usw. behandelt. Der Landtag, sowie auch die österreichische Nationalversammlung und der prager Nationalausschuß, wurde nach den Ergebnissen der Wahlen im Jahre 1911 gebildet. Die vollziehende Gewalt gehörte in Deutschböhmen der Landesregierung mit dem Landeshauptmann – zuerst Rafael Pacher und nach ihm Rudolf Lodgman – an der Spitze. Der Landtag wählte von seinen Mitgliedern einen Landesausschuß. Der Aufbau der neuen Staatsorganen war gar nicht problemslos. Viel mehr umgekehrt. Es gab mehrere Hindernisse. Erstens, die österreichische Bürokratie war nicht mit der Idee begeistert, mit den Deutschen in einer wenig lebensfähigen Formation zusammenzuarbeiten, und deshalb suchte sie lieber eine sicherere Stellung in Österreich oder haltete sie einen passiven Widerstand und wartete, wie sich die Situation entwickelt. Auch die Stellung der Bezirkshauptmannschaften war gar nicht einfach, denn dadurch, daß die Gewalt von Deutschen übernommen wurde, wurden die Verbindungen mit der Statthalterei unterbrochen, die bereits in tschechischen Händen war und am 11. No-

vember 1918 einen Zirkular erließ, in dem den Bezirkshauptmannschaften ein Verbot ausgesprochen wurde, sich mit den Weisungen der Regierung von Deutschböhmen zu richten. Es ist für die deutsche Bezirkshauptmannschaften eine paradoxe Situation entstanden, die darin lag, daß die Beamten einerseits die Weisungen der Landesregierung folgen mussten, andererseits mussten sie sich jedoch als unterordnete der prager Statthaltereie ansehen. Viel einfacher war für die Repräsentanten von Deutschböhmen ein Umbau der lokalen Selbstverwaltung durchzuführen, die ganz in Händen der deutschen Bevölkerung war. Ein neuer Element im Verwaltungsgefüge dieser deutschen Provinz waren die sog. Volksräte, von den Repräsentanten jeglicher Parteien und auch von bedeutenderen Politiker geschaffene Vertretungsorgane. Es war eine Analogie der Nationalausschüsse in tschechischen Städten und der Nationalräte in der Slowakei. Die Zuständigkeit, Aufgaben oder auch die Stellung dieser sog. Volksräte selbst war sehr problematisch und wurde eigentlich nie genau einheitlich festgestellt. Keinerfalls sollten sie die Vertretungsorgane ersetzen, sondern sie sollten alle Organisationen in seinem Bereich vereinigen, das Wirtschaften, besonders die Versorgung überwachen, die Auskunft über die politische Situation und Vorschläge verschiedener Maßnahmen der Landesregierung geben, die Behörden in seinem Bezirk führen, auf die Durchführung der Weisungen der Landesregierung achten, für die Verteidigung und den Aufbau des Volkwehrs sorgen, wie es sich vom Landeswerbeorgan der Landesregierung Deutschböhmenisches Presseamt erlassenen Dokument ergibt. Zuständigkeitsstreiten zwischen den Volksräten und Gemeindevertretungsorgane waren selten oder ganz bedeutungslos. Im Rahmen des Bezirks wurden die sog. Bezirksnationalräte bestellt, die jegliche Kräfte im Bezirk vorstellen sollten, die Vertreter verschiedener Interessenorganisationen und politischen Parteien einigen sollten. Es sollten auch die Beratsorgane der Landesregierung sein und um die politische Entwicklung des einschlägigen Gebiets kümmern. Sie sollten auch um die Schaffung des Volkwehrs kümmern, um eine ruhige Entwicklung seines Bezirks zu gewährleisten, sowie auch für das Recht auf die Selbstbestimmung der Grenzprovinzen kämpfen. Neben diesen Organen sind hier vor allem vom Anlaß der Arbeiter z. B. auch die sog. Soldatenräte entstanden. Diese Organe hatten jedoch keinen Verwaltungscharakter gehabt, im Gegenteil, die Verwaltungsprobleme haben sie den Volksräten gelassen. Im Gebiet des sog. Westschlesiens, d. h. im Gebiet vom Ahornvorsprung nach Westen bis zum Ostrauer Becken und das sog. Kravařsko, d. h. Teil vom Gebiet des Bezirks Neutitschein (Nový Jičín), ist Sudetenland, die zweitbedeutendste Provinz, entstanden, dessen Schaffung an der Sitzung der österreichischen Nationalversammlung am 30. Oktober 1918 erklärt wurde. Situation in dieser Provinz war ähnlich wie in Deutschböhmen. Auch hier ist ein Landtag entstanden, der 42 Abgeordneten hatte, und eine Regierung als vollziehendes Organ. Beim Aufbau des Staatsapparats hatte die Regierung dieser Provinz jedoch eine viel leichtere Stellung dadurch, das sie praktisch die ganze alte Verwaltung inklusiv

Landesorgane übernommen konnte, nur am 5. November wurde nach der Weisung aus Wien eine Reorganisation durch Bestellung mancher neuen Hauptmannschaften für die umliegenden deutschen und gemischten Gemeinden. Eine andere Taktik haben die deutsche bürgerliche Parteien und die deutsche sozialdemokratische Partei in Ostrau- und Teschenland gewählt. Im Geiste des sog. Programms des sog. Großschlesiens fanden vom 19. - 21. Oktober 1918 in Mährisch Ostrau und am 23. Oktober 1918 in Teschen Verhandlungen statt, auf den die Pläne des Anschlusses von Biela und umliegenden deutschen Gemeinden, aber auch der Anschluß der Industriebezirke Mährisch Ostrau, Friedek (Frýdek) und Friedenberk (Místek) konzipiert wurden. Deutsche iredentistische Bestrebungen wurden sowie vom polnischen Nationalrat (Rada Narodowa) als auch vor allem vom Landesnationalausschuß für Schlesien abgelehnt. Am 3. November 1918 wurde in Wien die Trennung des sog. Gebietes Böhmerwaldgau von der Tschechoslowakei erklärt. Es handelte sich um ein enges Gebiet im Böhmerwald, von Tachau (Tachov) bis zum Winterberg (Vimperk). Im Hinblick auf den Fakt, daß es hier weder politische noch wirtschaftliche Voraussetzungen für eine selbständige Existenz gab, wurde ein Anschluß dieses Gebietes zum Oberösterreich geplant. Am denselben Tag wie Böhmerwaldgau wurde in Znaim die Provinz Deutschsüdmähren erklärt, ein Grenzgebiet von Joslowitz (Jaroslavice) zum Nikolburg (Mikulov), als provisorisch autonome Provinz, die einen Anschluß zum Niederösterreich anstrebte. Auch hier wurde eine provisorische Regierung mit dem Abgeordneten Teufel an der Spitze und ein Verwaltungsapparat von dem Hauptmann Graf Oldofredi geführt. Mit den Erklärungen der Provinzen befasste sich auch schlagfertig die österreichische Nationalversammlung an der Sitzung am 12. November 1918 und zwei Tage später wurde ein Gesetz von der Übernahme der Staatsgewalt in einzelnen Provinzen. Nach diesen Gesetze sollten anstelle bisheriger Landtage provisorische Landesversammlungen und Landesräte errichtet werden. An die Spitze der Provinzen sollte ein Landeshauptmann gestellt werden, der mit zwei oder vier Stellvertreter eine Landesregierung bilden sollte. Keine dieser deutschen Provinzen hat eine längere Dauer gehabt. Während des Dezembers 1918 wurden alle diese Gebiete vom tschechoslowakischen Heer besetzt, und der deutsche iredentistische Versuch stürzte bis Ende des Jahres 1918 endgültig ein. Das Nationalproblem im tschechoslowakischen Staat wurde jedoch nicht gelöst. Es wurde auch weder von der provisorischen tschechoslowakischen Verfassung vom November 1918 noch von der definitiven Verfassung vom Jahre 1920 gelöst. Zu einer Lösung des tschechisch-deutschen Problems während der ersten Republik hat auch die Verwaltungsreform im Jahre 1927 nichts beigetragen. Tschechoslowakei blieb ein Staat mit ungelösten Nationalproblemen.

SUMMARY

Vznik Československé republiky a „německý problém“

Vznik první světové války v roce 1914 znamenal propuknutí do té doby nevídaného konfliktu, který postupně zasáhl velkou část světa. Na čtyřech hlavních frontách na západě, východě a jihu Evropy se střetly v do té doby v nepředstavitelně vyčerpávajících bojích dva mocenské bloky: středoevropské nebo také tzv. Ústřední mocnosti Německo a Rakousko-Uhersko, po jejichž boku bojovalo dále Turecko a Bulharsko, a na druhé straně tzv. Dohodové mocnosti, tj. Rusko, Francie a Anglie, k nimž postupně přistoupila řada dalších států, zejména Itálie a USA.

Vyhlášení války zastihlo téměř všechny politické síly v českých zemích zcela nepřipravené. České politické strany se před rokem 1914 hlásily k programu vycházejícímu z doktriny českého státního historického práva. Jeho jádrem bylo tvrzení, že český stát nikdy nepřestal právně existovat, jeho hranice jsou dány historickými hranicemi zemí koruny české a jeho vztah k ostatní říši je určen smlouvou mezi panovníkem a reprezentantů českého státu. Z těchto základních premis byly vyvozovány různé požadavky: požadavek, aby císař korunováním za českého krále uznal českou státnost, požadavek zvýšení kompetence zemských sněmů proti ústřednímu parlamentu, požadavek vytvoření generálního sněmu zemí koruny české atd. V radikální podobě mělo být státní právo interpretováno tak, že vztah českých zemí k Rakousku je dán jen osobou společného panovníka, je pouze personální unie. České státní právo tedy znamenalo požadavek zřízení českého státu, ať už jako součásti rakouské federace, konfederace, či ve formě personální unie. Z toho ovšem zároveň vyplývá, že stálo na právní půdě habsburské monarchie.

Vyhlašované deklarace o historickém státním právu však nemohly ovšem anulovat zřejmou skutečnost, že účastí na činnosti vídeňské říšské rady čeští politici její kompetence fakticky uznávali a na její půdě sledovali své politické i hospodářské zájmy. Česká politika se přes to, že teoreticky, z hlediska státoprávní doktriny, neuznávala vídeňský parlament, vídeňskou vládu, dualistické uspořádání říše, platnou ústavu, s danými poměry se smířila a na „neuznané“ půdě rozvíjela svoji činnost. Čeští poslanci zasedali na říšské radě, vysoká místa v centrálních úřadech byla obsazována českými úředníky a odborníky. Češi se dostali i na ministerská křesla. České podnikatelské kruhy patřily k nejvyspělejším v rámci monarchie.

Zásadní protirakouské stanovisko bylo výjimečné. Blížila se k němu jen strana státoprávně pokroková, jež interpretovala české historické státní právo tak radikálně, že se rovnalo požadavku samostatného českého státu v historických hranicích. Tato strana však byla nepočtená a její postavení v české politice bylo okrajové a nevý-

znamné. V říšské radě měla jen dva poslance.

Vypuknutí světové války znamenalo pro českou politiku katastrofu. Předválečné politické koncepce zastaraly, vznikla nová situace s níž se česká politická reprezentace jen velmi pomalu vyrovnávala. Rakousko-Uhersko válčilo po boku Německa proti Rusku a Srbsku, tedy proti státům, jež v pojetí austroslavismu tvořily morální oporu českého národa, Německý nacionalismus proto vyhrocuje svůj útok nejen proti nepřátelům vnějším, ale i vnitřním. Již v září 1914 totiž začaly přípravy k vypracování německého nacionálního programu, jež vyvrcholily v červenci 1915 vytvořením oficiálního programu německého nacionalismu, známým jako Velikonoční program (Osterbegeherschrift), jež otevřeně požadoval, aby byla v Rakousku zákonně zajištěna německá nadvláda. Žádal zrušení dosavadních historických individualit a ustavení jednotného rakouského císařství. Kriteřiem nového uspořádání říše mělo být „...neustále zachovávat a zajišťovat státní a kulturní vedoucí postavení, které náleží německému národu“. V souladu s tímto principem měly být české země rozděleny na území německá a smíšená – česká by neexistovala vůbec. V prvních by byla přípustná jako jediná řeč němčina, v druhých by se čeština připouštěla jako řeč úřadů pro vnější styk, nikoli však pro vnitřní úřadování.

Vypuknutí války tedy znamenalo porážku celé české politiky. Nebylo českého politika, který by ji vítal. Válka rozbila všechny české politické programy a koncepce. Vítězství ústředních mocností by pro českou politiku a pro osudy českého národa znamenalo pohromu.

Výsledek války však naštěstí vyzněl nepříznivě pro Ústřední mocnosti a český národ prosadil svou státnost. Rakousko-Uhersko zmizelo z mapy Evropy a na jeho troskách se zrodily tzv. nástupnické státy mezi nimiž nechybělo Československo.

Vyhlášením československé nezávislosti neznamenal konec česko-německého národnostního problému. V některých směrech spíše naopak. Politika německých nacionalistů vyvrcholila a otevřeně se projevila jejich pokusem o odtržení pohraničních oblastí. Navázala tak na na prosazování cílů německých politických kruhů v první světové válce a na velkoněmecké koncepci nového uspořádání poměrů ve střední Evropě.

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Vymáhání směnečných nároků

Jitka MICHELFEITOVÁ

V průběhu uplynulých čtyř let došlo k oživení významného a perspektivního staronového institutu – směnky. V období, kdy se směnečná praxe začínala pozvolna formovat, bylo třeba seznámit se se základními pojmy směnečného práva a naučit se je prakticky uplatňovat. Nyní jsme však již ve stádiu pokročilejším, neboť roste nejen počet vystavovaných, ale také splatných smének. Přes řadu výhod, které jsou s užíváním smének spojeny, nemohou ani ony zaručit, že bude směnečnému věřiteli směnka vždy řádně a včas zaplacená. Proto by si měl každý směnečný věřitel ujasnit, jak může při vymáhání svých směnečných nároků postupovat. Nabízí se zde dvě cesty: mimosoudní a soudní.

Jestliže si směnečný věřitel zvolí cestu mimosoudní, musí dbát na to, aby se nejednalo současně o cestu mimoprávní. Zda bude i bez asistence soudní moci úspěšný, závisí na ochotě směnečného dlužníka vstoupit s ním do jednání a v neposlední řadě také na finanční situaci směnečného dlužníka. Šance směnečného věřitele se zvyšují úměrně počtu směnečně zavázaných osob, které zákon směnečný a šekový č. 191/1950 Sb. (dále jen ZŠS) v § 47 odst. 1 prohlašuje za solidární dlužníky. Směnečný věřitel má proto právo uplatňovat nárok na placení dle směnky vůči kterémukoliv z nich, několika z nich i vůči všem dohromady, a to bez ohledu na jejich pořadí. Nepřímí směneční dlužníci však budou mezi solidární dlužníky patřit jen tehdy, byla-li směnečnému věřiteli vůči nim zachována postizní práva.

Směneční věřitelé jsou mnohdy v zájmu zachování příznivé atmosféry pro případnou další obchodní spolupráci ochotni nejprve se směnečným dlužníkem jednat

o způsobu úhrady směnečné pohledávky. Teprve v případě, že k dohodě nedojde nebo není-li respektována, obrátí se na soud. Nemí také výjimkou, že jednání probíhají i poté, co byla směnečná žaloba podána a jejich pozitivní výsledek vede ke zpětvzetí žaloby. Takový postup směnečného věřitele mohou směneční dlužníci i soudy jedinec uvítat. Pro směnečného dlužníka je výhodný minimálně proto, že se takto sníží částka, kterou lze postihem žádat, alespoň o náklady soudního řízení. Shovívavý vůči směnečnému dlužníku by však měl být směnečný věřitel ve vlastním zájmu také jen přiměřeně, aby pro opakované odkládání doby plnění nedošlo k oslabení jeho směnečných práv v důsledku jejich promlčení.

Druhým způsobem, jímž se může směnečný věřitel domoci svých nároků ze směnky, je podání návrhu na zahájení směnečného řízení. Specifická povaha a funkce smének si vynutily i zvláštní úpravu procedury uplatňování směnečných nároků před soudem. Nalezneme ji v § 175 o.s.ř. Tak zvané zkrácené směnečné řízení představuje ve vztahu k rozkaznímu řízení upravenému v § 172 a násl. o.s.ř. zvláštní formu zkráceného řízení. O zkráceném řízení hovoříme proto, že při splnění zákonem stanovených podmínek není nařízeno jednání, ale je rozhodnuto ve věci platebním rozkazem. Nepodá-li odpůrce včas opravný prostředek, nabude platební rozkaz účinky pravomocného rozsudku. Celý spor se tak může vyřídit podstatně rychleji i levněji. Nejen rychlost, s jakou směnečný věřitel dosáhne vyřízení své věci, může být motivem k užívání smének. Pro směnečného věřitele je příznivé i to, že soudce ve fázi, kdy uvažuje o vydání směnečného platebního rozkazu, se zabývá směnkou jako abstraktním cenným papírem.

Ustanovení § 175 o.s.ř. upravuje podmínky pro vydání směnečného platebního rozkazu. Máme-li si však učinit komplexní představu o směnečném řízení, musíme nutně vyjít z dalších ustanovení občanského soudního řádu a opřít se též o znalosti zákona směnečného a šekového.

I.

KDY LZE PODAT ŽALOBU NA ZAPLACENÍ SMĚNKY

Podat směnečnou žalobu lze obecně tehdy, kdy ZŠS předpokládá možnost učinit tzv. postih. Ne zcela běžným, ale v § 43 odst. 2 ZŠS předvídaným bude výkon práva postihu před splatností směnky. Důvodem k výkonu postizních před splatností směnky může být:

- úplné či částečné odepření akceptace směnky
- prohlášení konkursu (vyrovnání) na majetek směnečníka, ať směnku přijal či ne
- zastavení plateb směnečníkem
- bezvýsledné vedení exekuce na jmění směnečníka

– prohlášení konkursu (vyrovnání) na majetek výstavce směnky, který zakázal její předložení k přijetí

Předpokladem úspěšného uplatnění postižných práv i proti nepřímým směnečným dlužníkům je nejen existence situace ZSŠ předvídané, ale také provedení příslušných zachovacích úkonů (např. předložení směnky k přijetí, pořízení protestu).

Nejčastěji jsou soudu podávány žaloby věřiteli ze splatných smének. Směřuje-li žaloba proti přímému směnečnému dlužníku, může se směnečný věřitel obrátit přímo na soud, aniž by před tím předložil dlužníku směnku k placení. Požadavek předložení směnky k placení zmiňuje § 38 odst. 1 ZSŠ. Tento paragraf je však třeba vykládat v souvislosti s § 53 odst. 1 ZSŠ. Dojdeme pak k závěru, že předložení směnky k placení je úkonem nezbytným k zachování postižných práv vůči dlužníkům nepřímým. Předložení směnky k placení přímým směnečným dlužníkům má vlastně povahu pouhé výzvy k placení a neucínění tohoto úkonu ve lhůtách stanovených v § 38 ZSŠ nemá vliv na trvání směnečných nároků. Účelem prezentace je v tomto případě vyjádření vůle směnečného věřitele získat placení dle směnky. Ovšem i žaloba, v níž směnečný věřitel navrhuje vydání směnečného platebního rozkazu, svým obsahem vyjadřuje totéž. Doručením žaloby na zaplacení směnky je směnečný dlužník upozorněn na to, že směnečný věřitel na uspokojení svých nároků ze směnky trvá. Doručení žaloby žalovanému směnečnému dlužníku lze tedy přiznat význam prezentace směnky, neboť je tímto způsobem dlužník vyzván k dobrovolnému zaplacení směnky ještě před vydáním konečného rozhodnutí ve věci. Právě proto, že je směnečný dlužník poprvé vyzván k zaplacení směnky teprve žalobou a není tedy ještě v prodlení se zaplacením směnečné sumy, nelze v žalobě uplatňovat nárok na 6 % úrok a odměnu ve výši jedné třetiny procenta směnečného peníze dle § 48, popř. § 49 ZSŠ.

Výše popsaná situace není a zřejmě ani nebude zcela běžná. Valná většina žalob je totiž podávána teprve poté, co splatná a řádně prezentovaná směnka nebyla žalovaným směnečným dlužníkem zaplacená.

II.

ÚČASTNÍCI SMĚNEČNÉHO ŘÍZENÍ

Jako aktivně legitimovaný účastník směnečného řízení může vystupovat pouze ten, kdo prokáže, že je řádným majitelem prvopisu (popř. stejnopisu) směnky, který soudu předložil. Nejčastěji bude žalobcem remitent nebo poslední indosatář. Může jím však být kterákoliv osoba směnečně zavázaná (popř. též intervenient), jestliže směnku zaplatila a ta jí byla v souladu s § 39 odst. 1 ZSŠ vydána. Na straně žalovaného může být více osob, neboť § 47 ZSŠ prohlašuje všechny směnečné dlužníky přímé i nepřímé (byla-li vůči nim zachována postižná práva) za dlužníky solidární. Možnost vyloučit svoji odpovědnost za zaplacení směnky je dána pouze indosantům,

a to v § 15 odst. 1 ZSŠ. Je-li tedy ze směnky zavázáno více osob, záleží na žalobci, proti kterému či kterým z nich bude žalobu směřovat. I v průběhu řízení však má žalobce v souladu s § 92 o.s.ř. možnost navrhnout přibrání dalšího účastníka či záměnu účastníků. O tom, zda návrhu vyhoví, pak rozhodne soud usnesením.

III.

SOUD PŘÍSLUŠNÝ K PROJEDNÁNÍ SMĚNEČNÉ ŽALOBY

Z hlediska věcné příslušnosti jsou k rozhodnutí ve směnečných věcech v I. stupni dle § 9 odst. 3 pís.c) bodu cc) o.s.ř. příslušné krajské obchodní soudy, popř. obecné krajské soudy. Obecná místní příslušnost se dle § 85 odst. 4 o.s.ř. řídí sídlem, není-li ho místem podnikání a při absenci i místa podnikání bydlištěm odpůrce. V § 87 o.s.ř. je pod písmenem e) dána navrhovateli možnost zvolit místo obecného soudu k provedení směnečného řízení soud, v jehož obvodu je platební místo směnky.

IV.

OBSAH SMĚNEČNÉ ŽALOBY

Směnečné řízení může být zahájeno pouze na návrh. Jak bylo výše uvedeno, je výrazným pozitivem zkráceného směnečného řízení rychlost, s jakou lze dosáhnout konečného rozhodnutí ve věci ve formě směnečného platebního rozkazu. Předpokladem pro to, aby směnečné řízení proběhlo v co možná nejkratší době, je též formálně bezvadná žaloba. Obsahem žaloby by měly být obecné náležitosti formulované v § 42 odst. 4 o.s.ř. a konkretizované v § 79 odst. 1 o.s.ř. V souladu s těmito ustanoveními je třeba trvat na tom, aby směnečná žaloba obsahovala:

– označení soudu, kterému je žaloba určena

Ve vlastním zájmu by měl navrhovatel správně určit, který soud je pro projednání jeho věci příslušný. Zvolil-li si příslušnost podle § 87 pís. e) o.s.ř., měl by to v návrhu uvést. Obrátil-li se žalobce na soud, který k projednání jeho věci není příslušný, vysloví tento soud v souladu s §§ 104a, 105 o.s.ř. svou nepřislušnost a postoupí věc soudu příslušnému. Doba, za kterou se žalobce dočká vlastního rozhodnutí ve věci, je pak přirozeně delší.

– označení účastníků řízení

Údaje, které je třeba k označení účastníků uvést, se liší podle toho, zda je účastníkem fyzická osoba, fyzická osoba – podnikatel nebo právnická osoba.

Jde-li o fyzickou osobu, musí návrh osahovat její jméno, povolání a bydliště.

Je-li účastníkem fyzická osoba – podnikatel, je třeba uvést obchodní jméno (tj. jméno a příjmení fyzické osoby, popř. též dodatek odlišující osobu podnikatele či druh podnikání), bydliště, údaj o tom, zda je daný podnikatel zapsán v obchodním rejstříku a IČO.

Je-li účastníkem řízení právnická osoba, uvádí se v žalobě její obchodní jméno (tj. název, pod kterým je zapsána v obchodním rejstříku a nezapisuje-li se do obchodního rejstříku, název, pod kterým byla zřízena. Zvlášť je třeba zdůraznit, že součástí obchodního jména je i dodatek odlišující právní formu právnické osoby). Dále je v žalobě třeba uvést sídlo právnické osoby, IČO, údaj o tom, zda je zapsána v obchodním rejstříku, popř. další identifikující údaje.

Mají-li účastníci zástupce, musí uvést i jejich jméno, povolání a bydliště. Ze žaloby musí být naprosto zřejmé, že se jedná pouze o zástupce, aby nevznikaly pochybnosti o tom, kdo je vlastně žalobcem či žalovaným.

– *stručné a jasné označení věci, které se návrh týká a co se jím sleduje*

Tomuto požadavku lze vyhovět např. označením žaloby jako: „Návrhu na vydání směnečného platebního rozkazu naKč s přísl.“ Tato část žaloby je velmi důležitá, neboť právě zde musí žalobce uvést, zda navrhuje vydání směnečného platebního rozkazu nebo rozsudku. Dožaduje-li se žalobce, aby ve věci bylo rozhodnuto rozsudkem, nemůže soud rozhodnout ve zkráceném směnečném řízení, ale musí být nařízeno běžné jednání ve věci.

– *vyličení rozhodujících skutečností*

V této části návrhu by mělo být uvedeno kde, kdy, na jakou sumu, popř. kým byla směnka vystavena. Jde-li o směnku cizí, zda a kým byla akceptována. Žaloba by měla též obsahovat údaj doby splatnosti a místa placení. Je třeba též uvést zda, kdy, kde a komu byla směnka předložena k placení a v jaké výši zůstala směnečná suma nezaplacena. Byl-li učiněn směnečný protest, je vhodné uvést v žalobě i tuto skutečnost. Někdy žalobce v návrhu popisuje i důvody, které vedly k vyhotovení směnky, případně přikládá i smlouvy jako důkaz o existenci mimosměnečných závazků, jejichž splnění bylo smenkou zajištěno. Všechny tyto údaje či důkazy jsou ve fázi, kdy soud uvažuje teprve o vydání směnečného platebního rozkazu prakticky nadbytečné. Soud posuzuje směnku jako abstraktní cenný papír a zajímá ho tedy pouze formální platnost směnky ne skutečností odůvodňující její vystavení.

– *označení důkazů, jichž se navrhovatel dovolává*

Prvořadým a zcela nezbytným důkazem je prvopis směnky (popř. směnečný stejnopis). Požadavek předložení prvopisu se navrhovatelé často ve strachu z jeho ztráty snaží obejít a předkládají pouhé fotokopie či úředně ověřené opisy. Na jeho splnění je však třeba trvat, a to nejen proto, že tak v § 175 odst. 1 stanoví o.s.ř. Pokud by si totiž směnečný věřitel ponechal prvopis i po podání žaloby, mohl by

s ním i v průběhu soudního řízení disponovat, tedy ho také dále indosovat. Tak by se mohlo stát, že by byla žalovanému uložena povinnost platit žalobci, který mezitím směnku indosoval a přestal být aktivně legitimovaným účastníkem směnečného řízení s nárokem na plnění ze směnky. Požadavek předložení prvopisu (stejnopisu) směnky je naprosto striktní a jeho splnění nelze v žádném případě prominout (s výjimkou vyplývající z řízení o umoření směnky – § § 185p, 185s o.s.ř.). Nelze tedy ani vyhovět naléhavým žádostem o vydání směnečného platebního rozkazu směnečných věřitelů, kteří předali prvopis směnky při jejím eskontu bance. Pokud směnečný dlužník nezaplatí směnku dobrovolně a směnečný věřitel nemá finanční prostředky na zaplacení příslušné částky bance, dostává se do velmi nepříjemné situace. Banka mu totiž odmítá prvopis vydat a bez něj nemůže směnečný věřitel úspěšně vymoci své nároky vůči směnečnému dlužníku.

Kromě prvopisu, v němž je dle § 68 odst. 3 ZSŠ užito doložky „odtud platí indosamenty jen na opise“, musí žalobce, který je jako indosatář nebo avalista uveden až na opise, přiložit též tento směnečný opis.

Dalším důležitým důkazem bývá protestní listina. Je nezbytná jen tehdy, jsou-li uplatňována směnečná práva vůči nepřímým dlužníkům. Ve vztahu ke všem nepřímým dlužníkům může být směnečný věřitel protestační povinnosti zproštěn, uvede-li v souladu s § 46 ZSŠ výstavce na směnce doložku „bez protestu“ nebo jinou doložku stejného významu. Tuto doložku mohou užít i indosant či avalista. Učiní-li tak, zůstanou směnečnému věřiteli vůči nim zachována postižní práva i přes nepožítí protestu. Protestační povinnost může být za určitých okolností směnečný věřitel zbaven i zákonem (viz § 54 ZSŠ).

– *uvedení, čeho se navrhovatel domáhá*

Ve zkráceném směnečném řízení, tak jak je upraveno § 175 o.s.ř., se žalobce svým návrhem může dožadovat prakticky pouze vydání směnečného platebního rozkazu. Výše částky, jejíž zaplacení má být dle návrhu žalobce směnečným platebním rozkazem uloženo, vyplývá z § § 48,49 ZSŠ.

Z ustanovení § 48 ZSŠ vychází ten žalobce, který jako poslední směnečný věřitel a majitel směnky žádá její zaplacení po některém či některých směnečně zavázaných osobách. Postižní práva v celém rozsahu vyplývajícím z § 48 ZSŠ však může uplatnit jen tehdy, učinil-li zákonem předvídané úkony k jejich zachování. Žalobce tedy může navrhnout, aby soud vydal směnečný platební rozkaz, v němž by uložil žalovanému ve smyslu § 48 odst. 1 ZSŠ zaplatit částku tvořenou součtem následujících položek:

1) směnečný peněz s úroky, byly-li ujednány

Směnečný peněz je částka, na kterou byla směnka vystavena. Úroky mohou být zvlášť ujednány jen na vistasměnkách a lbůtních vistasměnkách, protože zde není předem známa přesná doba jejich splatnosti. Úroky ujednané u směnek denních a datosměnek musí být již zahrnuty do směnečné sumy.

2) úroky ve výši 6 % ode dne splatnosti do dne zaplacení

Jedná se o úrok roční, který se počítá ze směnečné sumy. Do doby, v níž existuje nárok na 6 % úrok, se nezahrnuje vlastní den splatnosti. 6 % úrok se tedy počítá nejdříve v den následující po dni splatnosti. Je třeba upozornit na to, že výše úroku je maximální. Lze žádat nižší úrok nebo nepožadovat žádný. Nelze však žádat úrok vyšší. Soud nejen že nárok na vyšší úrok nepřizná, ale nařídí ve věci přímo jednání, aniž před tím vydá směnečný platební rozkaz. Žalobci lze tedy jen doporučit, aby se držel dikce zákona, neboť neučiní-li tak, bude se jen zbytečně okrádat o čas.

3) útraty protestu a podaných zpráv, jakož i ostatní útraty

Žalobce může žádat útraty protestu jen tehdy, nebyl-li doložkou „bez protestu“ nebo jinou doložkou stejného významu protestační povinnosti zbaven. Pořídil-li protest i přes existenci této doložky připojené výstavcem, nemůže žádat náhradu útrat protestu po žádném směnečném dlužníku. Byl-li však zproštěn protestační povinností doložkou indosanta či avalisty, nemá nárok na uhrazení útrat protestu jen vůči nim.

Útraty podaných zpráv vznikají z důvodu odepření přijetí či zaplacení směnky. V § 45 ZSS ukládá majiteli směnky a indosantům povinnost podat zprávu o tom jejich předchůdcům tak, aby se zpráva po řadě dostala až k výstavci. Nutnost vynaložit určité prostředky na splnění notifikační povinnosti zapříčinil akceptant či výstavce. Proto je nanejvýš spravedlivé, aby tyto útraty ostatním účastníkům směnečného vztahu nahradili. ZSS počítá s notifikační povinností ještě v § 54. Povinnost podat zprávu se zde váže na existenci vyšší moci, která brání včasnému předložení směnky či protestaci. Útraty spojené se splněním notifikační povinnosti tedy nevznikají z viny směnečného dlužníka a nelze je proto ani postihem žádat.

Jako ostatní útraty, které lze dle § 48 ZSS žádat, jsou nejčastěji uplatňovány soudní poplatek a náklady právního zastoupení.

4) odměna ve výši jedné třetiny procenta směnečného peníze nebo v nižší dohodnuté výši

I zde ZSS stanoví maximální výši směnečné odměny a nechává na vůli žalobce, zda a v jaké výši nepřevyšující maximální hranici nárok na odměnu uplatní. Je třeba si povšimnout, že odměna se počítá jen z jednoho procenta směnečné sumy a ne z celé této částky. Požaduje-li žalobce odměnu vyšší, než jaká odpovídá zákonnému maximu, nařídí soudce ve věci přímo jednání, v němž tomuto požadavku stejně nemůže vyhovět.

Jako žalobce však může také vystupovat osoba, která před tím sama směnku vyplatila. Takový žalobce pak má právo navrhnout vydání směnečného platebního rozkazu, jenž by zněl na částku, která je součtem položek vyplývajících z § 49 ZSS. Tato částka by tedy mohla zahrnovat:

1. celou částku, kterou navrhovatel zaplatil
2. 6 % úroky z této částky ode dne jejího zaplacení
3. útraty navrhovatele
4. odměnu ve výši jedné třetiny procenta směnečného peníze (ne z celé částky zaplacené navrhovatelem!) nebo v nižší dohodnuté výši

Výše částky, na kterou může směnečný platební rozkaz znít, je jak v § 48 tak i v § 49 ZSS vymezena jako maximální. Žádné jiné či vyšší nároky nelze ve směnečném řízení přiznat. To znamená, že uplatňuje-li žalobce např. nárok na smluvní pokutu vyplývající ze smlouvy se směnečným dlužníkem, zvyšuje tím pouze základ pro výpočet soudního poplatku, ale svého práva se ve směnečném řízení nedovolá, neboť jde o právo vyplývající z mimosměnečného závazkového vztahu.

Dále je třeba upozornit na to, že vše, co má tvořit výslednou částku ve směnečném platebním rozkaze, musí být v žalobním návrhu blíže specifikováno. Nelze tedy např. pouze navrhnout, aby bylo směnečným platebním rozkazem uloženo zaplatit směnečnou pohledávku ve výšiKč s příslušenstvím, aniž by bylo uvedeno, co konkrétně je tímto příslušenstvím míněno. Soud pak může vydat směnečný platební rozkaz pouze na částku odpovídající směnečné sumě, popř. jejímu součtu s dalšími specifikovanými nároky.

Poslední neopomenutelnou náležitostí žaloby je její *datování a podepsání*.

V.

PRŮBĚH SMĚNEČNÉHO ŘÍZENÍ

Směnečné řízení je zahájeno dnem, kdy soudu došel návrh na jeho zahájení. Stejnopis návrhu doručí soud ostatním účastníkům řízení do vlastních rukou, neučinil-li tak již sám navrhovatel.

Soudce pak nejprve posoudí, zda má žaloba všechny zákonem předepsané náležitosti a zda jsou přiloženy všechny listinné důkazy, na něž navrhovatel v žalobě odkazuje (zejména prvopis směnky). Není-li zaplacen soudní poplatek, vyzve k jeho úhradě a stanoví lhůtu, v níž se tak má stát s tím, že v případě jeho nezaplacení bude řízení zastaveno.

Teprve poté, co jsou odstraněny případné nedostatky podání a zaplacen soudní poplatek, se soudce začne zabývat posouzením vlastního prvopisu směnky. Směnečný platební rozkaz může vydat jen tehdy, není-li důvodu pochybovat o pravosti směnky. Zákon zde operuje s pojmem „pravost SMĚNKY“. Z toho lze vyvodit, že se soudce nejprve musí zabývat otázkou, zda listina jemu předložená je skutečně smenkou, tedy zda má všechny náležitosti požadované ZSS. Poté, co soudce dospěje k závěru, že mu byla předložena platná směnka, zabývá se též její pravostí. Je-li vše v pořádku, vydá směnečný platební rozkaz.

Zjistí-li nějaké nedostatky nebo má-li za to, že je třeba některé skutečnosti blíže objasnit (např. otázku právního nástupnictví), směnečný platební rozkaz nevydává a nařídí jednání, které se již neliší od běžného sporného řízení. Doručení předvolání k nařízenému jednání namísto směnečného platebního rozkazu žalobci zpravidla signalizuje, že jeho nároky z nezaplacené směnky nejsou zcela nepochybné či nebyly v žalobě uplatněny ve správné výši. Měl by se tedy znovu zamyslet nad obsahem směnky a žaloby a případně vzít včas žalobu zcela nebo zčásti zpět, aby se tak vyhnul neúspěchu ve věci se všemi jeho nepříznivými důsledky. Jestliže ke zpětvzetí žaloby nedošlo, rozhodne soud ve věci samé rozsudkem, v němž vysloví, zda se návrhu žalobce vyhová či nikoliv. Opravným prostředkem proti tomuto rozsudku je odvolání, které je třeba podat do patnácti dnů u toho soudu, proti jehož rozsudku směřuje.

Hlavním smyslem směnečného řízení však je vyřídit žaloby jednodušším a rychlejším způsobem, než jaký představuje běžné jednání ve věci. Proto vždy, kdy není důvod pochybovat o pravosti a formální platnosti směnky, je vydán směnečný platební rozkaz. V něm se odpůrci ukládá povinnost zaplatit do tří dnů od doručení částku požadovanou v žalobním návrhu a náklady řízení a je poučen o možnosti podat místo platby námitky.

Směnečný platební rozkaz musí být doručen do vlastních rukou odpůrce. Doručování má v případech směnečného platebního rozkazu velký význam, neboť den doručení je určující pro běh lhůty, v níž mohou být podány námitky. Do třídní lhůty pro podání námitek se den skutečného doručení nebo den, který se dle § 47 odst. 2. a § 48 odst. 2 o.s.ř. za den doručení považuje, nezapočítává. Prvním dnem lhůty je tedy den následující po dni doručení. Lhůta sice běží i v sobotu, neděli či ve svátek, ale nemůže v tyto dny skončit. Posledním dnem lhůty je pak nejbližší následující pracovní den. K zachování lhůty postačí, jsou-li námitky poslední den lhůty učiněny u soudu nebo odevzdány orgánu, který má povinnost je doručit. Pozdě podané námitky jsou usnesením zamítnuty a směnečný platební rozkaz nabývá účinky pravomocného rozsudku.

Co se týká vlastního obsahu námitek, je o.s.ř. velmi stručný. Ukládá odpůrci pouze povinnost uvést v nich vše, co proti směnečnému platebnímu rozkazu namítá. Každá skutečnost, která je namítána, musí být navíc také odůvodněna. Z ustanovení § 175 odst. 2,3 o.s.ř. lze vyvodit, že se při jednání o námitkách zcela striktně uplatňuje zásada koncentrace řízení. Nejen vlastní námitky je třeba podat ve lhůtě tří dnů od doručení směnečného platebního rozkazu, ale ve stejné lhůtě musí být též odůvodněny. Nelze tedy podat včas u soudu námitky a odkázat v nich na pozdější odůvodnění. Takové námitky jsou považovány za neodůvodněné a jsou stejně jako námitky pozdě podané zamítnuty usnesením. Zásada koncentrace řízení se v souladu s § 175 odst. 3 o.s.ř. projeví i v jednání nařízeném k projednání námitek. Soudce se zde může zabývat jen těmi námitkami, které byly uplatněny v zákonné lhůtě.

K jakýmkoliv později vzneseným námitkám však již přihlédnout nesmí.

Které námitky budou z hlediska svého obsahu relevantní již o.s.ř. blíže neobjasňuje. Nepochybně bude třeba ustanovení o povinnosti uvést v námitkách vše, co je proti směnečnému platebnímu rozkazu namítáno, vykládat extenzivně. Touto interpretací pak dojdeme k závěru, že relevantními budou námitky nejen proti platebnímu rozkazu, ale i proti směnce jako nezbytnému podkladu pro jeho vydání. Námitky směřující proti směnce samotné se mohou týkat např. nedostatku některé z náležitostí směnky nebo platnosti některého směnečného projevu. Námitky proti směnečnému platebnímu rozkazu budou nejčastěji směřovat proti výši částky, jejíž zaplacení je odpůrci ukládáno. Žalovaný bude moci např. namítnout, že již směnku zcela nebo zčásti uhradil, že jeho směnečný závazek je menší, neboť akceptoval jen část směnečné sumy atd. Budou-li splněny podmínky § 70 ZSŠ, bude úspěšná také námitka promlčení směnečných nároků. Soud se bude muset zabývat též námitkou nesprávného označení žalovaného v platebním rozkazu.

Dosud jmenované námitky měly povahu námitek procesně právních nebo hmotně právních založených přímo na ZSŠ. Z § 17 ZSŠ však vyplývá, že za relevantní bude třeba považovat i námitky opírající se o majetkoprávní vztah, jež byl důvodem vystavení či akceptace směnky a řídí se jinými právními předpisy než ZSŠ. Přihlédnout však lze jen k těm námitkám, které se týkají bezprostředního vztahu odpůrce k navrhovateli. Odpůrce tedy nemůže činit vůči navrhovateli námitky zakládající se na jeho vztahu k výstávci či k předchůdcům žalobce. Vyjimka je povolena v případě, že žalobce při nabývání směnky jednal vědomě na škodu dlužníka. Zcela opačná je situace, kdy žalobou uplatňuje nárok na placení dle směnky prokuraindosatář. Protože zde z hmotně právního hlediska zůstává věřitelem i nadále prokuraindosant, může žalovaný uplatnit proti prokuraindosatáři pouze takové námitky, které by mohl činit prokuraindosantu.

V námitkách může odpůrce rovněž vyjádřit svůj nesouhlas s výrokem o nákladech řízení. Dle § 175 odst. 3 o.s.ř. má k dispozici jako další opravný prostředek pouze proti tomuto výroku odvolání. Odvolává-li se tedy odpůrce pouze proti výroku o nákladech řízení, může tak učinit ve lhůtě delší než je lhůta k podání námitek, a to ve lhůtě patnácti dnů od doručení rozhodnutí o nákladech řízení.

V nařízeném jednání je úkolem soudu posoudit, zda podané námitky odůvodňují zrušení směnečného platebního rozkazu, popř. v jakém rozsahu. V souladu se zásadou koncentrace řízení je nařízené jednání výlučně jednáním o včas uplatněných a odůvodněných námitkách. Soud proto nemůže přihlédnout ke skutečnosti, která sice nepochybně ukazuje na neplatnost směnky či neoprávněnost nároku přiznaného směnečným platebním rozkazem, pokud ji sám odpůrce včas nenamítl. Může pak nastat např. tato situace:

Odpůrce podá včas určité námitky proti směnečnému platebnímu rozkazu. Po uplynutí lhůty k podání námitek začne postupně směnečnou pohledávku platit.

V den, kdy se koná nařízené jednání, je jeho dluh již zčásti nebo dokonce zcela zaplacen, ale žalobce neučinil zpětvzetí či částečné zpětvzetí žaloby. Soud se však otázkou zaplacení směnky nemůže zabývat. V souladu se zásadou koncentrace řízení může projednat pouze námitky včas uplatněné. Neodůvodňuje-li osah těchto námitek zrušení směnečného platebního rozkazu, je soudce nucen vyslovit v rozsudku, že se směnečný platební rozkaz ponechává v platnosti. Odpůrce se tak dostává do velmi nepříjemné situace, neboť je mu rozhodnutím soudu ukládána povinnost platit znovu to, co již jednou zaplatil.

Jak vyplývá z výše uvedeného, rozhoduje soud v jednání nařízeném k projednání námitek rozsudkem. V něm vysloví, zda ponechává směnečný platební rozkaz v platnosti nebo zda ho zrušuje a v jakém rozsahu. Proti tomuto rozhodnutí lze podat odvolání ve lhůtě patnácti dnů ode dne doručení jeho písemného vyhotovení k odvolacímu soudu prostřednictvím soudu, proti jehož rozhodnutí směřuje.

Závěrem bychom mohli rozhodování soudu ve směnečném řízení schematicky naznačit takto:

1. Nejsou-li pochyby o pravosti směnky a jsou-li splněny další procesní předpoklady – dojde k vydání směnečného platebního rozkazu.
 - a) Nepodal-li odpůrce včas námitky, vzal-li je zpět nebo neosahují-li odůvodnění – nabývá směnečný platební rozkaz účinky pravomocného rozsudku.
 - b) Podal-li odpůrce včas odůvodněné námitky – bude nařízeno jednání.
 - A) Podané námitky odůvodňují zrušení směnečného platebního rozkazu – rozsudkem se směnečný platební rozkaz zruší
 - B) Podané námitky odůvodňují zrušení směnečného platebního rozkazu jen zčásti – rozsudkem se určí, v jakém rozsahu se směnečný platební rozkaz zrušuje.
 - C) Podané námitky neodůvodňují zrušení směnečného platebního rozkazu – rozsudkem se potvrdí platnost směnečného platebního rozkazu.
2. Nelze-li návrhu na vydání směnečného platebního rozkazu vyhovět – dojde k nařízení jednání.
 - a) Žalobce prokáže oprávněnost svého nároku – rozsudkem se návrhu žalobce vyhová.
 - b) Žalobce neprokáže oprávněnost svého nároku – rozsudkem se návrh žalobce zamítne.

Stručně lze tedy shrnout, že meritorní rozhodnutí soudu ve směnečném řízení mají dvojí podobu – jde o směnečný platební rozkaz a rozsudek. K vydání směnečného platebního rozkazu dochází v poměrně krátké době od podání žaloby. Žalobce

však nemůže očekávat, že bude vyhotoven téměř na počkání. Rozsudkem rozhoduje soud až po posouzení věci v nařízeném jednání. Směnečná jednání mají co do svého obsahu určitá specifika, ovšem co se týká rychlosti, s níž jsou nařizována a s níž v nich lze dosáhnout konečného rozhodnutí ve věci, se již od běžných jednání neliší.

* * *

S U M M A R Y

Enforcement of bill of exchange claims

The term of the bill of exchange was known to a small number of experts who were involved in the field of foreign trade only four years ago. The situation has completely changed due to the transfer to market economy. The intensity of using bills of exchange in trade relations and relations among citizens is continuously increasing. However, bill of exchange debtors do not always perform their obligations upright and on time. Bill of exchange creditors have to enforce their bill of exchange claims by the means of either a court proceedings or another way.

In case that a bill of exchange debtor is open to an agreement with a bill of exchange creditor and there is a real chance that he will perform his obligations in compliance with the agreement, this way of settling the common dispute is undoubtedly more convenient for both parties.

As for enforcing a bill of exchange claim at a court, it is possible to apply either a shortened bill of exchange trial or a common contentious trial. A shortened bill of exchange trial is more advantageous for a bill of exchange creditor while he may attain his claims sooner. A court rules by a bill of exchange order of payment in a shortened bill trial. However, necessary preconditions of such a trial is a perfect suit and submitting a valid and genuine original copy of a bill of exchange. In case that one of these prerequisites are not fulfilled or an opponent has submitted a legal bar against a bill of exchange order of payment on time, such a courts proceedings is ordered in which a law-suit can be decided only by a judgment.

A legal regulation of a bill procedure contained in the civil procedural law is very questionable. Answers to many questions which occur at judicial enforcement of bill of exchange claims will have to be found in the recently made judgments.

Některé aspekty pojetí smluvní svobody v našem právním řádu

Daniel ŠEVČÍK, Radslav JANEČEK

Několik poznámek úvodem

Pojem smluvní svobody je velice často spojován a označován jako jeden z předpokladů funkčního právního státu. Nejprve je třeba si ujasnit, co se pod těmito slovy skrývá. Nebude jistě od věci pouvažovat nad možnostmi, které smluvní svoboda nabízí. Pokud tedy budeme chápat smluvní svobodu jako jakýsi volný prostor pro občany, jež je limitován určitými hranicemi, stanovenými právním řádem.

Nositel smluvní svobody si tedy může nasmlovat nebo se zavázat prakticky k čemukoliv. Meze pro jeho aktivity vytvářejí právní normy v nejobecnějším měřítku a to tím, že stanovují nutný soulad s dobrými mravy a zapovídají obcházení zákona. Toto je de facto pojistka, přes kterou se není možno dostat a platí pro celý právní řád, bez ohledu na jeho jednotlivá specifická odvětví.

Výše uvedená omezení samozřejmě fungují jako jakési extrémny. Jsou nepochybně měřítkem příliš hrubým na to, aby zcela postačovaly k regulaci aktivit právních subjektů a jejich kontrole státní mocí. Proto si specializované právní oblasti problematiku zpřesňují a stanovují hranice podrobnější, které mohou reagovat na specifika té které problematiky, jak se k nim dostaneme dále.

Absolutní smluvní svoboda je tedy jen určitým teoretickým pojmem a řecké ideálem, kterého lidská společnost nikdy nemůže dosáhnout. Stát jako takový si vždy musí ponechat možnost stanovovat mantinely pro činnost těch, které sdružuje a řídí. Je to vlastně daň státní moci za ochranu svých subjektů.

Věčný problém koexistence státní moci a svobod občanů

Smluvní svoboda nemůže být chápána jako fenomén zcela samostatný, je třeba ji pojmovit jako součást určitého spektra oprávnění svých nositelů. Tvoří jednotu společně se svobodami dalšími – projev, myšlení, sdružování atd.

Ze strany státu by bylo velice krátkozraké chtít zasahovat do svobod svých občanů přespříliš. Ovšem najít tu správnou míru inherence je velmi obtížné. Je ale nutné snažit se ji hledat, protože se jedná o základní předpoklady pro správný chod jak státu jako celku, tak individuálních právních subjektů. Na druhé straně není ale možné nedělat nic a vytvářet tak prostor pro nekontrolovatelnou činnost, či dokonce anarchii. Smluvní svoboda, aby byla v praxi funkční, má tedy být pojata jako smluvní svoboda kontrolovaná.

Těmito myšlenkami se zabývali již staří Řekové, veličiny jako Platon nebo Aristoteles. Vedle nich samozřejmě nelze opomenout učení Tomáše Akvinského a především pak myšlenky přirozeně-právních vzdělavců, jakými byli Thomas Hobbes, John Lock, či Francis Bacon. Tuto problematiku pochopitelně řešili a řeší zástupci dalších filozofů a právních teoretiků.

Nebude od věci se zde u přirozenoprávních názorů na chvíli pozastavit, neboť tyto trendy daly bohatou myšlenkovou bázi pro právní vědu nejen dnešní.

Z tohoto pohledu je tedy každý nositelem svých přirozených práv, má tedy možnost jednat a využívat těchto svých předpokadů. Vzniká tu myšlenka společenské smlouvy ne ve smyslu dnešního chápání, ale jako dohoda mezi státním útvarem a člověkem, který se vzdává části svých přirozených práv právě ve prospěch státu.

Taková koncepce je vlastní i dnešnímu nazírání, kdy státní moc jednak právní subjekty v mnoha směrech limituje a současně působí navenek jako jejich protektor.

Paradoxem přirozenoprávních teorií je skutečnost, že v okamžiku zakotvení nějakých práv, nebo i stanovení „pravidel hry“ se právo přirozené stává pozitivním. To tedy znamená faktickou nemožnost existence přirozeného práva v praxi, zůstává však nadále myšlenkovým východiskem a výše uvedené skutečnosti jeho význam nijak nedegradují. Budě vždy spjato s právem pozitivním jako jeho pramen. Spjatost obou teorií dokládá nepoužitelnost čistě přirozenoprávních názorů bez pozitivistického vyjádření v právních normách a zároveň fakt, že pozitivní právo by bylo bez existence přirozenoprávních koncepcí, jež zahrnuje, jen prázdným pojmem, jakýmsi obalem, který by ovšem již neochraňoval žádný obsah.

Z výše uvedeného je tedy zřejmé, reálný státní útvar bude vždy určitým způsobem chování svých subjektů regulovat

Nemluvě o tom, že vědomí vlastních potenci nepochybně přispívá k posílení právní jistoty občanů, se kterou by si každý stát, který se hodlá označovat jako právní, neměl zahrávat.

Historicky vzato je možné pozorovat trend vedoucí k rozšíření smluvní svobody v prospěch svobodné vůle právního subjektu.

Garance a omezení smluvní svobody dané ústavním pořádkem České republiky

Jedná se o zcela generální zakotvení, společná pro všechna právní odvětví tak, jak je to pro ústavy typické a zastřešují tak všechna ostatní zajištění svobod v jednotlivých právních oblastech.

Dostáváme se zde k pojmu relativní smluvní svoboda, která bude z pohledu občana vypadat asi takto: „Můžu si dělat, co chci, ovšem v mezích zákona“. Pro tento postulat nacházíme pak oporu v článku druhém odstavci čtvrtém Ústavy České republiky a stejně tak v článku druhém odstavci třetím Listiny základních práv a svobod, které tuto myšlenku doslovně potvrzují, stejně jako samotná Preambule současné ústavy.

Pokud tedy chápeme smluvní svobodu jako jednu ze základních lidských práv a svobod, pak je zřejmé, že budeme její charakteristiky hledat právě v Listině základních práv a svobod. Ku příkladu v článku čtvrtém odstavci 3: „Zákonná omezení základních práv a svobod musí platit stejně pro všechny případy, které splňují stanovené podmínky“ je deklarována rovnost subjektů za podmínek standartních i mimořádných, kterými tato omezení jistě jsou.

Jednotlivá právní odvětví si tyto záležitosti upravují sama – kupříkladu zvláštní režim převodu nemovitostí. (Pro náš právní řád je příznačná snaha každého právního odvětví o určitá zobecnění a potvrzení či omezení smluvní svobody ve svých všeobecných ustanoveních, pochopitelně s charakteristickými dílčími odchylkami. Je to konec konců zcela logické a pochopitelné, i když se ze systémového hlediska jedná vlastně o nedůslednost: Ústava jako *lex generalis* a ostatní právní předpisy jednotlivých oblastí plní pak funkci *leges specialis* – například předpisy omezující vývoz zbraní.)

Pokud si text Listiny prostudujeme, najdeme garanci pro občanské svobody (smluvní svoboda je přece jednou z jejích složek) mnohem více. Jedná se o odstavec 1 článku 8, kterým je osobní svoboda zaručena – čili právo a především možnost se určitým způsobem chovat a jednat. Dále v článku 11 nacházíme jednu z limit, která zapovídá zneužití vlastnictví. Právní jistotu pak posilují jak článek 90 ústavy, tak článek 36 Listiny základních práv a svobod, které zajišťují obecnou ochranu práv subjektů nezávislými soudy.

Jak bylo již uvedeno, smluvní svoboda nemůže být nekonečná, a to nejen ve směru ke státu, ale především (jak je to pro soukromoprávní oblast příznačné) ve směru k ostatním právním subjektům: „Moje práva končí tam, kde začínají práva někoho jiného.“ Dále potom je velmi důležité, že mohu zavazovat toliko sebe. Zde se opět projevují specifika jednotlivých právních odvětví, která toto pravidlo prolomují, například v občanském právu realizovatelná smlouva ve prospěch třetí osoby

– smlouva pojistná.

Smluvní svoboda v právu občanském

Občanské právo by se dalo nazvat typicky smluvní oblastí právního řádu. Již v obecných ustanoveních tuto skutečnost dal zákonodárce jednoznačně najevo. Viz. § 2 odstavec 3 občanského zákoníku: „Účastníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit.“ Z tohoto znění se dá jednoduše odvodit základní zásada občanského práva, potažmo pak nosná zásada mezi smluvní svobody – „Je dovoleno vše, co není zakázáno“. Zároveň zde ze znění § 2 odstavec 3 občanského zákoníku vyplývají mantinely, kterými je v tomto případě smluvní svoboda jednoznačně vymezena. Jsou to kogentní ustanovení jak občanského zákoníku, tak celého právního řádu – občanský zákoník by ve většině těchto případů patrně figuroval jako *lex generalis* vůči *leges specialis*. Zároveň se tedy k výkladu inkriminovaného paragrafu dá říci, že se jedná o neoddiskutovatelně jednoznačnou a přitom jednoduše formulovanou GARANCI a PRÁVNÍ OCHRANU ze strany zákonodárce všem subjektům i potencionálním subjektům smluvních vztahů. Na druhou stranu ovšem zákonodárce v § 2 odstavec 1 občanského zákoníku určuje bližší specifika pro vznik, změnu nebo zánik smluvního vztahu, když říká: „Občanskoprávní vztahy vznikají z právních úkonů nebo z jiných skutečností, s nimiž zákon vznik těchto vztahů spojuje.“ Pro úplnost je zde zapotřebí uvést, že za zákonodárce v tomto bodě označené právní skutečnosti považujeme:

- a) smlouvy
- b) škody
- c) bezdůvodné obohacení
- d) jiné skutečnosti (například neoprávněný dědic)
- e) jednostranné právní úkony

Pro potřeby této práce je rozhodující bod a) předešlé klasifikace. Smlouva jako taková je dvoustranným (vícestranným) právním úkonem, při němž je zapotřebí souhlasného prohlášení obou (všech) smluvních stran, čímž ji tímto § 2 odstavec 3 občanského zákoníku zákonodárce právně aprobuje. Další zásada smluvní svobody, i když v tomto případě se jedná spíše o omezení, je zakódována v § 3 odstavec 1 občanského zákoníku: „Výkon práv a povinností vyplývajících z občanskoprávních vztahů nesmí bez právního důvodu zasahovat do práva a oprávněných zájmů jiných a nesmí být v rozporu s dobrými mravy.“ Tato již uvedená hranice smluvní svobody – „Moje právo končí tam, kde začíná právo někoho jiného“ – je v pořadí druhou nejdůležitější zásadou dané problematiky. (Logicky: 1.mohu smlouvy uzavírat 2.

nesmím jimi ublížit nezúčastněným osobám – kdybych mohl, jednalo by se o absolutní smluvní svobodu, nutně časem přerůstající v anarchii, čímž bychom se dostali do stavu, který se nedá charakterizovat jako právní, a ve kterém by začaly fungovat zákony jiné – zákon džungle, kdy si silnější diktuje podmínky na úkor slabšího. V praxi by to přineslo zcela nelogický jev, kdy by třetí osoby byly zavázány, či jinak dotčeny bez svého souhlasu a leckdy i vědomí.)

Stejný cíl, to znamená zabránit chaosu a vnést jednoznačný řád do smluvních vztahů mají i §§ 34 – 42, zabývající se platností a neplatností, jakož i náležitostmi právních úkonů a §§ 43 – 50b občanského zákoníku, zabývající se zase náležitostmi uzavírání smluv. Díky těmto vnitřním omezením smluvní svobody se tato může rozvíjet bez rizika ztráty sebezhroucení, které by víc než pravděpodobně nastalo v důsledku absence pevných kořenů a vnitřních vazeb zabezpečených aplikací výše uvedených paragrafů v praxi. Co se ovšem může nazdávat na první pohled jako omezující, může na druhou stranu otevírat nepřehledné možnosti a variace pro určitou improvizaci a vlastní tvůrčí činnost smluvních stran. Při vzniku, změně i zániku kontraktu mají smluvní strany zákonem sice ohraničené (omezené), nicméně však GARANTOVANÉ možnosti výběru svého chování, což jim možná poněkud paradoxně ve vzájemné koexistenci vytváří ideální prostředí pro realizaci smluvní svobody v praxi – vůle stran je tu rozhodující.

Paragraf dávající smluvní svobodě v systému občanského zákoníku „požehnání“ je paragraf 51. „Účastníci mohou uzavřít i takovou smlouvu, která není zvláště upravena. Smlouva však nesmí odporovat obsahu nebo účelu tohoto zákona.“ Zde dává zákonodárce jasně najevo svůj úmysl zanechat smluvním stranám „volné hřiště co největších rozměrů“, aby se smluvní strany mohly realizovat způsobem co možná nejadekvátnějším dané situaci a zanechává zde pouze obecné upozornění, že daná smlouva nesmí být v rozporu s právem, konkrétně pak s inkriminovaným zákonem. Opět je ovšem nutno upozornit především na tu skutečnost, že ačkoliv si smluvní strany mohou vytvořit libovolnou smlouvu s jediným omezením – nesmí se přičít právu svým obsahem – obecné náležitosti smlouvy musí být bezpodmínečně zachovány! Pokud by tomu tak nebylo, je zapotřebí si uvědomit: Smlouva by odporovala vnitřní logice občanského zákoníku, kdy by po určité přesně vymezené skupině smluv vyžadoval určité náležitosti pro jejich platnost, zatímco druhá skupina smluv, které zákon neupravuje pro jejich menší četnost, by se absolutně vymykala jakékoliv právní kontrole – vyjma obecného ustanovení, že tyto nesmí odporovat obsahu nebo účelu občanského zákoníku.

Tento výše uvedený obsah smlouvy může mít nejrůznější charakter. Obecně obsah smlouvy dělíme dle římských „klasiků“ práva na čtyři následující typy s tím, že u prvních dvou bodů hovoříme o plnění aktivním (komisivním) a u dvou posledních o plnění pasivním (omisivním):

1. dare (dáti)

2. facere (konati)

3. omnitere (opomenouti)

4. pati (strpěti)

Tento výčet je schopen obsáhnout úplnou škálu plnění dle současných kontraktů a nezbyvá než obdivovat jistou genialitu jeho tvůrců, kteří nad ním uvažovali v době před dvěma tisíciletími.

Jako poslední „pojistka“ občanského zákoníku působí § 853 umožňující analogii. „Občanskoprávní vztahy, pokud nejsou zvláště upraveny ani tímto, ani jiným zákonem, se řídí ustanoveními tohoto zákona, která upravují vztahy obsahem i účelem jim nejbližší.“ Viditelně se tu jedná o analogii legis – podobnost určitého, co možná nejpříbuznějšího problému příslušného kodexu – anikoliv o analogii iuris – podobnost meziodvětvová, kdy by se využilo předpisů příbuzné, co možná nejbližší právní oblasti. Analogii iuris jako takovou náš právní řád z důvodů svého účelu a systematiky neaprobujeme.

Do oblasti smluvní svobody negativně zasahuje stát určitými speciálními úpravami v oblastech pro něj obzvláště důležitých a zřetele hodných.

Jedná se například o zvláštní předpisy v kontraktech, kde předmětem smlouvy je nemovitost. V zájmu zachování určité stability a evidence je vyžadováno potvrzení státního orgánu – je vyžadován vklad do katastru nemovitostí. Teprve zanesením dané změny do katastru nemovitostí dojde k naplnění podstaty smlouvy – smlouva se stane účinnou. Toto má velký význam pro vnitřní politicko-ekonomickou situaci státu, kdy ke zjištění skutečností týkajících se nemovitostí stačí nahlédnout do katastru nemovitostí. Z důvodů výše uvedených je pak osoba čerpající takové informace chráněna presumpcí správnosti daných zápisů. Závěrem lze říci toto:

Smluvní strany mohou s nemovitostmi, samozřejmě v rámci zákona, nakládat podle své vůle, ale pro právní následek je zapotřebí registrace státním orgánem.

Poznámky na okraj:

Komu by se toto ustanovení našeho právního řádu zdálo příliš tvrdé, musí si uvědomit, že při řešení této choulostivé problematiky došly některé státy tak daleko, že nepovolují nebo maximálně omezují možnost vlastnit nemovitosti na svém výsostném území zahraničním právníckým i fyzickým osobám. Smlouva o koupi nemovitosti je v praxi nazývána „absolutním občanským vztahem“. To znamená, že tento typ smluv může být uzavírán výhradně v režimu občanského zákoníku.

Smluvní svoboda v právu obchodním

Současná právní úprava zařazuje toto tradiční právní odvětví do systému práva soukromého, na rozdíl od úpravy předcházející, jež hospodářské právo řadila do veřejnoprávního „sektoru“. Uvedená změna přinesla velký obrat v chápání tohoto

odvětví. Dle našeho soudu jedna z nejtransparentnějších přeměn – přímo vyplývající z vyjmutí obchodního práva ze systému práva veřejnoprávního – je subsidiarita občanskému zákoníku vůči zákoníku obchodního. Občanský zákoník se tak stal páteří soukromého práva – LEX GENERALIS – oproti zákonům ostatním, majícím tu větší, tu menší autonomii, které mají postavení zákona speciálního (zvláštního), upravujícího vymezenou užší oblast občanskoprávních vztahů – LEGES SPECIALIS. Z uplynulého odstavce tedy jednoznačně vyplývá skutečnost, že obecné nosné zásady smluvní svobody jsou naprosto totožné jak pro právo občanské (jsou tu myšleny právní vztahy přímo spravované občanským zákoníkem), tak pro právo obchodní (právní vztahy řízené zákoníkem obchodním), a to ze dvou důvodů:

1. Jak již bylo výše naznačeno je obchodní zákoník vůči zákoníku občanskému v pozici lex specialis. Poněvadž občanský zákoník základní zásady smluvní svobody proklamuje jako obecné a principiální myšlenkové pilíře celého komplexu práva občanského (v tomto kontextu rozuměj soukromého) dají se logickým výkladem právních norem přímo inkorporovat do obchodního práva jako základní zásady smluvní svobody v režimu obchodního zákoníku.
2. Tyto základní zásady mají přímou oporu v textu obchodního zákoníku, viz § 269 odstavec 2. „Účastníci mohou uzavřít i takovou smlouvu, která není upravena jako typ smlouvy. Jestliže však účastníci dostatečně neurčí předmět svých závazků, smlouva uzavřena není.“ Jedná se tu viditelně o obdobu § 2 odst. 3 občanského zákoníku (citován dříve), čili o vtělení zásady smluvní svobody číslo jedna – „Je dovoleno vše, co není zakázáno“ – do právního řádu – konkrétně do občanského, respektive obchodního zákoníku. Závěrečná věta je pak určitou pojistkou proti zneužití tímto paragrafem proklamované smluvní svobody, ke které by mohlo docházet jak z nevědomosti smluvních stran, tak především z vypočítavosti, kdy by si jeden z dotčených subjektů chtěl touto cestou sjednat příznivější pozici oproti smluvnímu partnerovi. Obchodní zákoník, jakožto lex specialis, má vůči zákoníku občanskému mnohé odlišnosti (zde jsou myšleny rozdíly v rámci problematiky smluvní svobody), ačkoliv myšlenkové principy a základní ideály, na nichž byly oba kodexy vybudovány jsou absolutně identické. Zvláštností právních úprav regulujících závazkové vztahy bývají kogentní ustanovení. Specifikem obchodního zákoníku je paragraf 261, který vymezuje svou působnost především vůči zákoníku občanskému v konkrétní oblasti, a to v oblasti problematiky závazkových vztahů (smluv), na rozdíl od paragrafu 1, který tuto působnost vymezuje obecně (vkrádá se replika „až orientačně“ – posouzení uvedeného jevu však není předmětem této práce).

Ze znění § 261 vyplývají následující skutečnosti:

1. Jsou tu vymezeny jednotlivé smluvní typy, které se řídí zákoníkem obchodním.
2. Jsou tu určeny smluvní typy podléhající režimu občanského zákoníku

ad 1) Režimu obchodního zákoníku podléhají tyto smluvní typy, či závazkové vztahy:

- a) smluvní typy taxativně vyjmenované v odstavcích 4 a 3 jmenovaného § 261 – „absolutní obchodní vztahy“. Za všechny lze uvést například smlouvu o prodeji podniku nebo o běžném a vkladovém účtu.
- b) vztahy mezi podnikateli týkající se podnikatelské činnosti – viz. odstavec 1 a 2 § 261 – „relativní obchodní vztahy“

ad 2) Režimu občanského zákoníku podléhají ty smluvní typy, které v něm jsou upraveny a současně tyto upraveny nejsou v zákoníku obchodním – „absolutní neobchodní vztahy“ neboli „absolutní občanské vztahy“. Pro dokreslení lze uvést již zmínované kontrakty o prodeji nemovitostí, či smlouvu pojistnou.

Na § 261 přímo navazuje § 262: „Strany si mohou dohodnout, že jejich závazkový vztah, který nespadá pod vztahy uvedené v § 261, se řídí tímto zákonem.“ Tato proklamace tzv. „fakultativních obchodních vztahů“ v praxi znamená, že se smluvním stranám otevírá možnost výběru dvou možných regulací smluv. Mohou kontrakt podřadit jak zákoníku obchodnímu, tak občanskému. Pokusíme-li se generalizovat, pak obchodní zákoník přináší smlouvy propracovanější, čímž se smluvním stranám mantinely smluvní svobody zužují oproti spíše obecné úpravě zákoníku občanského.

Bude nanejvýš vhodné připomenout i § 264 odstavec 1: „Při určení práv a povinností ze závazkového vztahu se přihlíží i k obchodním zvykostem zachovávaným obecně v příslušném obchodním odvětví, pokud nejsou v rozporu s obsahem smlouvy nebo se zákonem.“ Obchodní zákoník tímto uznává výslovně platnost obchodních zvyklostí a aprobuje jejich použití na právní vztahy jím řízené. Smluvní strany tím získávají další „opěrný materiál“ pro tvorbu svých smluv.

Následující paragraf 265, který hovoří o tom, že výkon práva, který je v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku, nepoživá právní ochrany lze chápat jako morální jistící klauzuli zákona. Ponecháme-li stranou pravděpodobně velmi složité až nemožné dobývání se práva, či spíše zrušení práva dle tohoto paragrafu, je toto ustanovení proklamací důrazu na vzájemném dodržování pravidel fair-play mezi kontrahenty.

Jeden z dalších rozdílů v úpravě smluvních vztahů v zákoníku občanském a obchodním je absence možnosti odstoupení od právního úkonu z důvodu tísne v případě, kdy je smlouva řízena obchodním zákoníkem. Tato nelogičnost je způsobena zřetelným úmyslem zákonodárce oddělit smlouvy osobního typu (smlouvy, které uzavírají občané – nepodnikatelé, kteří jsou většinou práva neznalí) u nichž není předpokládána velká kupní cena a občané je uzavírají spíše nahodile a méně často, od smluv ryze obchodních, které uzavírají obchodníci – profesionálové za pomoci svých právních poradců (možná by byl vhodnější podmiňovací způsob – měli by). V těchto případech by také finanční důsledky daného odstoupení od smlouvy mno-

hem tíživější, potažmo pak právní jistota dávaná smluvním stranám by byla vážně ohrožena.

Do problematiky smluvní svobody zasahují i takzvané společenské smlouvy, neboli zakladatelské listiny obchodních společností. Naše obchodní právo zná pět takových korporací:

1. Veřejná obchodní společnost
2. Komanditní společnost
3. Společnost s ručením omezeným
4. Akciová společnost
5. Družstvo, které uvádíme pro úplnost sice není klasickou obchodní společností, ale nese jejich určité typologické znaky

Smluvní svoboda je v této oblasti dosti omezená. Každý občan České republiky má možnost založit nebo se stát členem libovolného typu obchodní společnosti nebo družstva. Možné omezení nastává až v okamžiku, kdy by se stávající společník chtěl stát členem společnosti jiné. Zde obchodní zákoník dispozitivně upravuje zákaz konkurence. Spíše než charakter zákazu – jak již bylo uvedeno, jedná se o dispozitivní ustanovení – mají tyto ustanovení charakter upozornění pro nastávající společníky. (Konkurence ve veřejné obchodní společnosti viz. § 84, v komanditní společnosti § 84 a § 99, ve společnosti s ručením omezeným § 136 a § 139 a v akciové společnosti § 196 a § 200. Obecná ustanovení a možné postihy viz. § 65.)

Další „rána pod pás“ smluvní svobodě je nutnost registrace společenských smluv nezávislým soudem. Na soudu pak záleží, zda danou společnost zapíše do obchodního rejstříku nebo nikoliv. Důvod této registrace je nasnadě: Stát musí mít evidenci subjektů na jeho území podnikajících a musí určit jasná pravidla, za kterých dané subjekty mohou podnikat.

Těmito pravidly jsou náležitosti společenských smluv, které musejí být za každou cenu dodrženy. Tyto náležitosti jsou pro každý typ společnosti jiné, patří sem však především:

OBCHODNÍ JMÉNO (Každý podnikatelský subjekt má právo na jméno, které by ho určitým způsobem profilovalo oproti ostatním subjektům. Na druhou stranu si však nemůže zvolit libovolné jméno. Například takové, které by již jiný subjekt po právu užíval, a kterému by užívání stejného jména jiným soutěžitелеm mohlo uškodit. O škodě by se pravděpodobně nedalo hovořit, kdyby výrobce sýrů použil obchodní jméno BARUM. Tuto problematiku řeší mimo jiné §§ 44 – 53 obchodního zákoníku o nekalé soutěži a další speciální předpisy.)

PŘESNÉ URČENÍ VŠECH SPOLEČNÍKŮ (jméno, bydliště, rodné číslo fyzické osoby, název, sídlo, IČO a jméno zastupujícího statutárního orgánu právnické osoby)

PŘEDMĚT PODNIKÁNÍ (činnost, kterou se subjekt bude zabývat – klasifikace je provedena v živnostenském zákoně) **PRÁVNÍ FORMA** (zda se jedná o veřejnou

obchodní společnost, společnost s ručením omezeným, komanditní společnost, akciovou společnost nebo družstvo)

STATUTÁRNÍ ORGÁNY (kdo je oprávněn zastupovat daný subjekt navenek) Za největší hrozbu smluvní svobodě můžeme považovat ustanovení obchodního zákoníku vyhradzující soudu možnost v případě jednostranné nevýhodnosti smlouvy tuto zrušit. Jedná se o jednoznačný exces soudu z mantinelů, které mu logika ostatních ustanovení zákoníku vytýčila. Při dovedení této myšlenky ad absurdum by se mohlo stát pravidelným direktivní určování podmínek smlouvy soudem, což by v praxi paralyzovalo smluvní svobodu stran na neúnosnou úroveň.

Smluvní svoboda z hlediska práva pracovního

Toto právní odvětví se vyznačuje zvýšenou snahou o ochranu pracovníka, dá se říci, že těžiště právního vztahu mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem je posunuto ve prospěch pracovníka.

Svědčí o tom kupříkladu taxativní vymezení výpovědních důvodů daných pro organizaci v §§ 46 a 47 zákoníku práce. Smluvní svoboda je zde chápána jako možnost uzavřít pracovní smlouvu kohokoli s kýmkoli, ovšem proces realizace je už pevně a přesně upraven.

Pracovní právo je současně však i velice problematickým odvětvím z hlediska své aplikace i interpretace. V prvním směru se jedná o časté zneužívání předpisů pracovního práva (nikoli jeho obcházení) jak ze strany organizace – různé sliby zaměstnání bez možnosti postihu za nedodržení, tak ze strany pracovníků – vynucený odchod na nemocenskou v běžící výpovědní době a podobně. Ve směru výkladu pracovního práva dochází k jejich oklešťování a zkreslování, kdy většina účastníků pracovního práva je přesvědčena o znalosti předpisů, vlastním bystrým úsudkem a vlastní neomylností.

Je zajímavé sledovat smluvní svobodu z hlediska uzavírání kolektivních smluv. Je opět prolomena tím způsobem, že kolektivní smlouva může podmínky pracovníků toliko zlepšovat. Dále je neplatný právní úkon, podle něž se pracovník předem vzdává svých práv – § 242 odstavec 1 písmeno c) zákoníku práce. Není také možné si smluvně určit začátek nemocenského pojištění zaměstnance – to vzniká vždy dnem faktického nástupu do práce.

Zákoník práce zná také možnost odstoupení od pracovní smlouvy – § 245 odstavec 4 (dokud pracovník nenastoupil do práce) a podobným způsobem tak činí i § 33 odstavec 2.

Jako poslední je třeba uvést specifické podmínky pro některé pracovníky – § 267 a pro cizince – povolení Úřadu práce. Činnost cizích organizací je pak upravena v § 6 zákoníku práce.

Z uvedeného je jasné patrné, že právě pracovněprávní předpisy modifikují zásadu smluvní svobody danou Ústavou snad nejvíce.

Smluvní svoboda z hlediska způsobilosti k právním úkonům

Způsobilost k právním úkonům, jako aktivní složka právní subjektivity má v určitých právních odvětvích odlišný režim, kterého stojí si za to povšimnout.

Nejprve si povšimněme osob fyzických:

V oblasti OBČANSKÉHO práva se plně způsobilosti k právním úkonům dostává osobám dovršením 18 let, nicméně osoby mladší mohou činit právní úkony odpovídající jejich rozumové vyspělosti. Je to nutné, neboť těžko si lze představit školáka, který pro to, aby si mohl koupit zmrzlinu volá matce do zaměstnání s prosbou, aby ho doprovodila.

Právo OBCHODNÍ vychází z koncepce plnoletosti – myšleno vzhledem k možnosti podnikatelských aktivit (členství ve společnostech, vystavení živnostenského listu).

Naproti tomu v právu PRACOVNÍM je umožněno zavazovat se, čili uzavírat pracovní smlouvy osobám starším 16 let s tím, že až do plnoletosti je nutné dle § 164 odstavec 1 si vyžádat vyjádření zákonného zástupce. Ustanovení je jednoznačně imperfektní, protože i v případě nesouhlasu nemá zaměstnavatel povinnost pracovní poměr zrušit.

Co se týče ztráty způsobilosti k právním úkonům, je standartně řízena předpisy občanskoprávními, dle kterých k ní dochází rozhodnutím soudu z důvodů taxativně uvedených jak v občanském zákoníku, tak v občanském soudním řádě. Jako nejtypičtější důvody lze uvést: smrt, prohlášení soudu o zbavení způsobilosti k právním úkonům v důsledku duševní poruchy nebo rozhodnutí příslušného soudu o prohlášení občana za mrtvého.

Dostáváme se k osobám právníkům: OBČANSKÉ právo přiznává právní subjektivitu toliko zájmovému sdružení právníků osob a nadacím, dle § 20b. Oproti tomu občanský zákoník neuděluje právní subjektivitu sdružení dle § 829.

Jak již bylo uvedeno, OBCHODNÍ právo zná jak obchodní společnosti, tak družstvo, které samozřejmě právní subjektivitu a byly dostatečně popsány výše. Obchodně právní předpisy jiné korporace neznají, a proto donedávna hojně rozšířená konsorcia a tiché společnosti právní subjektivitu nemají a současný stav znamená faktický konec jejich éry.

Je nutné se v této souvislosti zmínit o pojetí právníků osob v právu PRACOVNÍM. Pracovněprávní předpisy používají pojem organizace nebo zaměstnavatel (tato situace vznikla konfrontací jednotlivých předpisů dle doby jejich vzniku). Rozumějí

se jimi jednak právníkové osoby aprobované jak právem občanským (zájmová sdružení právníků osob), obchodním (společnosti a družstva), živnostenským (živnostníci jako fyzické osoby), tak zvláštními předpisy (advokáti, komerční právníci, soukromí lékaři jako osoby fyzické nebo státní podniky jako osoby právníkové). V určitém smyslu zde tedy dochází k paradoxní situaci, kdy je na osoby fyzické nahlíženo jako na osoby právníkové.

Dále potom pracovní právo přiznává určitou míru způsobilosti k právním úkonům pro určité případy ještě dalším subjektům. Jedná se o odbory a jejich úlohu při uzavírání kolektivních smluv, která je upravena jak zákoníkem práce, tak zákonem o kolektivním vyjednávání.

V této souvislosti nebude na škodu připomenout ještě profesní organizace, jakými jsou kupříkladu komory, které hájí zájmy svých členů podobně jako organizace odborové. Nicméně takové instituce nelze pojímat jako jako odbory, a to z důvodu povinného členství, což nespĺňuje základní předpoklad odborových organizací – dobrovolné členství. Taková je převážná většina komor (lékařská, advokátní, notářská, atd.), ovšem je třeba také zmínit profesní organizace s dobrovolným členstvím, kterých u nás je zatím relativně málo (komora agrární nebo hospodářská). Tyto potom lze v podstatě považovat za odbory.

Seznam použité literatury:

- Hajn, Petr: *Jak uzavírat obchodní smlouvy*, LINDE Praha, 1992
 Galvas, Milan a kol.: *Pracovní právo*, Doplněk Brno, 1993
 Galvas, Milan a kol.: *Základy pracovního práva I., II. díl*, MU Brno, 1992
 Kolektiv autorů: *Občanské právo I., II. díl*, Doplněk Brno, 1992
 Bejček, Josef: *Obchodní závazky*, MU Brno, 1993
 Pokorná, Jarmila: *Obchodní společnosti a družstvo*, MU Brno, 1993
 Hajn, Petr: *Právo nekalé soutěže*, MU Brno, 1993
 Filip, Jan: *Ústavní právo*, MU Brno, 1993
 Kolektiv autorů: *Obchodní právo*, SVS Brno, 1992
 Harvánek, Jaromír a kol.: *Základy teorie práva*, MU Brno, 1991
 Marek, Karel: *K obchodním závazkovým vztahům*, MU Brno, 1993

Stručné resumé

Závěrem lze tedy říci o výše nastiněné problematice následující:

- fenomén smluvní svobody je jednoznačně spjat s pojmem právního státu
- výklad tohoto spůsobu je možné provádět z různých teoretických východisek s tím, že praxe si smluvní svobodu sama modifikuje ve snaze její účelnosti a s tím spojené funkčnosti právního řádu

- její význam podtrhuje zakotvení v předpisech nejvyšší právní síly, jakými jsou Ústava a Listina základních práv a svobod
- jednotlivá právní odvětví ji na jedné straně garantují ale současně také upravují dle vlastních potřeb.

Především je nutno si uvědomit nutnost a význam smluvní svobody, která není jen deklarovaným prázdňým pojmem, ale funkčním vodítkem a východiskem pro aktivitu nejen podnikatelských subjektů dotčených českým právním řádem. Ekonomické důsledky zpracované problematiky jsou více než jasné.

Hledání cest a přístupů pojetí smluvní svobody se vine jako červená nit dějinami právních i ekonomických teorií v úzké vazbě na státoprávní vývoj.

* * *

S U M M A R Y

Some aspects of an approach to contractual liberty in the czech legal system

It is possible to sum up the facts concerning the mentioned problems in the following instances:

- *the phenomenon of contractual liberty is unmistakably connected with the term of legal state*
- *an interpretation of the phenomenon of contractual liberty can be drawn from different theoretical viewpoints. The phenomenon of contractual liberty is modified in practise with the aim of attaining usefulness and thus gaining effectivity of the legal system*
- *the importance of contractual liberty is emphasized by the fact that the phenomenon of contractual liberty is anchored in the provisions of the highest legal force such as the Constitution and the Bill of Rights and Liberties are*
- *although the individual legal branches grant the phenomenon of contractual liberty they modify it according to their own needs.*

It is, above all, necessary to be aware of the urgency and importance of the contractual liberty. The phenomenon of contractual liberty is not only an empty term but it is a guide and a way out for the subjects conducting business activities that are in touch with the Czech legal system and other subjects as well. The economic consequences of this problems are more than clear.

Standardizované smluvní formy a jejich zneužití jako projev smluvní volnosti a jejího omezení v mezinárodním obchodě

Filip CILEČEK

1.

OBECNÉ ÚVAHY.

Lidská společnost nemůže existovat bez člověkem vytvořených pravidel regulujících její život. Tato pravidla se samozřejmě vyvíjejí a jejich značná část postupně vytváří fenomén práva. Právo lze obecně definovat jako soubor pravidel – norem organizujících společenské vztahy na různých úrovních, charakteristických zvláštním způsobem formování, vyjádření a vlastní ochrany. V moderních společnostech je současně nutné (a taky je o to usilováno) organizovat jednotlivé normy do složitějších, komplexnějších a kompaktnějších struktur.

Hovoří se o vzniku a existenci právního systému. Skutečnost však prozrazuje jak těžké, ne-li přímo nemožné, je exaktně seřadit a seřadit něco tak neexaktního a nestálého jako jsou společenské vztahy. Proto je myslím patrné, že komplexní právní systémy jsou pouhou hrou právních teoretiků. Opravdová organizace norem se, i když opět ne dokonale, podařila tam, kde ji jako nezbytnou pocítovala i praxe. I v těchto oblastech (občanské, obchodní právo) však život nestojí a pevná právní úprava potřebuje být stále znova a znova novelizována.

Jak a kam tedy při tvorbě dokonalejšího práva postupovat? Úkolem práva (ale spon v oblasti tzv. soukromého práva) by měla být regulace vyhovující praktickému užívání, čili vyjádření skloubení zájmů jednotlivců s morálkou a poskytnutí pro takové jednání závazné opory s možností ochrany.

Právo by mělo sloužit společně morálce a praxi života, což je úkol z nejtěžších. Ale zpět do reality. Není potřeba, aby právo skutečně řídilo vše, vždy a všude. Čas-

to je vhodnější ponechat některé ze součástí právního vztahu možnému uvážení jeho účastníků. Jedním z prostředků jak vedle rigidní právní regulace zajistit určitou možnost výběru (nebo alespoň volby) je uplatnění některých teoretickoprávních zásad, způsobů úpravy, které vycházejí z hlubší společenské (tj. právně-ekonomicko-filosofické) tradice a jsou prověřeny praktickým užitím.

Jedním z tradičních pilířů zakotvených v kodexech oblasti soukromého práva je zásada smluvní volnosti. Vycházejíce ze vzájemné rovnosti subjektů právních vztahů jako metody úpravy, je zásada smluvní volnosti konkrétnějším rozvedením principu autonomie vůle v oblasti práva závazkového.

Článek 1134 odst. 1 Code Civil: „Smlouvy legálně uzavřené mají sílu zákona pro ty, kteří je uzavřeli“; je jedním z jejich nejstarších, nejjednodušších a nejlepších vyjádření.

(Např. v našem právním řádu definici této úrovně nenajdeme.) Širší rámec úpravy představuje § 2 odst. 3 Občanského zákoníku: „Účastníci občanskoprávních vztahů si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit.“, který je však formulačně i obsahově svázán s dobou svého vzniku. Velmi důležité pro praktické naplnění možnosti smluvní volnosti je zákonné zakotvení smluv nepojmenované a smíšené (§ 269 odst. 2 Obchodního zákoníku, § 51 resp. 491 Obč. zákoníku). Hlavním legislativním vyjádřením zásady je množství norem dispozitivní povahy tvořící jádro úpravy závazkověprávní oblasti.

Současná právní teorie vymezuje smluvní volnost v pěti základních dimenzích, jako:

1. svobodu uzavřít smlouvu
2. svobodu určení smluvního partnera
3. svobodu stanovení obsahu smlouvy
4. svobodu volby formy uzavírané smlouvy
5. svobodu rozvázání smlouvy

Jde tedy o to, že smluvní partneři si mohou ustavit a zorganizovat své vztahy volně, bez zákonných omezení, popř. s minimálními zákonnými omezeními (či spíše doporučeními) a že tyto vztahy vznikají jenom tehdy, jestliže k jejich vzniku směřuje souhlasná vůle jejich stran.

Jako každou jinou právní zásadu nelze ale ani zásadu smluvní volnosti uplatňovat neomezeně. Volnost je dána v rámci práva, a proto ujednání stran nesmí zavést právní vztah mimo zákon. Smlouvy musí být uzavřeny legálně – myšleno ve smyslu principu: Co není zákonem zakázáno, je dovoleno. Smlouva tedy nesmí být contra legem, in fraudem legis, contra bonos mores, v obchodním styku se dále respektují tradiční zvyklosti a obyčeje.

Využívání smluvní volnosti ve vnitrostátním právu je samozřejmostí. Její hlavní výhoda – vytvoření smlouvy „šité na míru“ jedinečné situaci je však oslabena poměrně dokonalou dlouhodobou kodifikační prací, jejímž cílem je vhodně a pružně pokrýt nepoužívanější typy smluv zákonnou úpravou.

Příznivější je situace v mezinárodněprávní oblasti, kde mezinárodní právo soukromé je vedle tradičních právních odvětví mladou, stále se vyvíjející a úměrně tomu nevyzrálou skupinou norem.

2.

SMLUVNÍ VOLNOST V MEZINÁRODNĚPRÁVNÍ OBLASTI.

Regulace právních vztahů s mezinárodním prvkem s sebou pravidelně přináší prvotní problém skloubení mnohdy zcela nekompatibilních právních úprav několika dotčených právních řádů. Dále (a v mezinárodním obchodě zejména) existují ve velkém množství zcela neformální smluvní vztahy nemající oporu v zákonné úpravě, další vztahy se nově vyvíjejí či přímě vznikají. Navíc dnes ještě stále převažující kolizní metoda úpravy pomocí hraničních ukazatelů v jednotlivých kolizních normách směřuje regulaci plně do vnitrostátních právních řádů.

S nacionalizací je spojena nevyrovnanost pozic stran. Jedna ze stran může být jak během provádění smlouvy, tak i v případě řešení sporu podřízena právnímu řádu druhé strany, se kterým má pochopitelně mnohem méně zkušeností než tato. Volba neutrálního práva je sice řešením nevyrovnanosti pozic, ale spíše řešením negativním, kdy strany vycházejí ze zásady, pokud nemám mít já určitou výhodu, nebude ji mít ani druhý partner.

V případě, kdy si strany nevolí právo, ale je náhradně určováno rozhodcem, je i zde sporné, jaká kritéria jsou pro určení vhodná, rozumná i spravedlivá. Dalším problémem je naprostá nepřiměřenost úprav vnitrostátních na které navazuje kolizní norma, pro úpravu vztahů z oblasti mezinárodního obchodního styku. Vedle nacionalizace působí řada dalších negativních skutečností, které jednak snižují hodnotu kolizní metody úpravy, jednak navozují nutnost hledání nových řešení. Jde jak o jevy dané samou podstatou kolizních norem (tzv. slepost kolizních norem, lámání statutu atd.), tak i určitou stagnací kolizní metody, která se nedokázala přenést z úpravy v rámci vnitrostátního práva do rámce mezinárodního.

Od konce druhé světové války lze s nárůstem mezinárodního obchodu pozorovat zvýšenou snahu o přímou úpravu vztahů s mezinárodním prvkem formou sjednávání mezistátních smluv s jejich následným začleněním do vnitrostátních právních řádů. Tzv. přímá metoda úpravy je často spíše zbožným přáním státníků, právníků a obchodníků a troskotá na rozličných partikulárních zájmech jednajících stran. Proces

sjednávání, následných podpisů a ratifikace je pomalý (nezřídka jde o desetiletí) a přímá mezinárodní úprava obchodních vztahů je přes určité úspěchy (Viedeňská úmluva o mezinárodní koupi zboží) nekonsolidovaná a značně mezerovitá.

Díky výše zmíněným faktům je v mezinárodním obchodě rozdíl mezi tzv. „živým právem“ (living law) a právní úpravou (statute law) značný. Přitom i zde právo sehrává svou nezastupitelnou roli. Jde však o typický střet teorie s praxí. Právnick, přemýšlející o vymezení a zabezpečení dosud neregulovaného vztahu, přihlíží k tradici legislativní práce a svázán právními problémy nedokáže dostatečně pružně reagovat na věcně proměnlivé zájmy obchodníka, který proto nehodlá svůj cíl jeho úmyslu podržovat. Má přece po ruce možnost smluvně si své vztahy zorganizovat sám. Od právní regulace očekává funkční a racionální přístup tj. řešení umožňující rychlou a bezpečnou realizaci zamýšlené obchodní transakce a dosažení jejího ekonomického cíle včetně řešení možných patových a sporných situací bez vlastního poškození.

Role smluvního práva je co nejlépe posloužit tomuto cíli. Státní prostředky úpravy (tj. normy kolizní a přímé) tváří v tvář současnému rozmachu mezinárodního obchodu nestačí a vykazují výše zmíněné nedostatky. Obchod však bez práva existovat nemůže a tak v této oblasti dochází, díky všeobecně dispozitivní právní úpravě, k používání a využívání (a bohužel i zneužívání) možností skýtaných smluvní volností.

Hovoří se o jevu „vytlačování práva“ (Eörsi: „law ousting on the peripherie“). Ten nastává v těch případech, kdy subjekty účastníci se mezinárodního obchodního styku využijí smluvní volnosti a v určité obecnější – zformalizované podobě si vytvoří svou vlastní, zdánlivě svěbytnou právní regulaci. Takto se v mezinárodním obchodě objevují nové prostředky organizace právních vztahů, jež jsou vytvářeny přímo v praxi mezinárodní obchodní komunitou.

Tyto jsou samozřejmě dispozitivní povahy, přímo a jednotlivě upravují určený typ či typy vztahů a jsou charakteristické svou jednoduchostí a pružností.

Jejich i formální podoba sice nejsou jednotné, hovoříme o souborech obchodních zvyklostí a obyčejů, standardizovaných smlouvách či smluvních podmínkách atd., ale jejich použití i účel vzniku jsou totožné – usnadnění mezinárodního obchodního styku a poskytnutí mu alespoň základního zabezpečení.

V nedávné době byly mnohé z nich „kodifikovány“ uznávanými obchodními sdruženími a komorami (MOK v Paříži, EHK OSN) nebo se promítly do regulace přímých norem (článek 12 VU).

Právní teorie na tento jev reagovala poprvé ústy prof. Schmitthoffa vytvořením pojmu a hypotézy nového autonomního práva mezinárodního obchodu mezinárodních transakcí – „nového lex mercatoria“. O jeho definici, stejně jako o místě práva mezinárodního obchodu v právním systému se dodnes vedou spory. Pro tuto práci je však nejdůležitější to, že tyto nestátní quasikodifikace existují (to je důkazem je-

jich potřeby), používají se (důkaz výhodnosti užití) a začíná na ně reagovat i právní komunita – jsou uznávány a aplikovány mezinárodní rozhodčí arbitráží (důkaz ospravedlnění v očích práva).

3.

STANDARDIZOVANÉ SMLUVNÍ FORMY, JEJICH HISTORIE A TYPOLOGIE.

Moderní právo mezinárodního obchodu je v teorii často nazýváno „nové lex mercatoria“. Snaha o rozbor tohoto názvu nás zavádí do středověku, do Evropy 12. – 16. stol., kdy se mezinárodní obchod vytváří. V té době vzniká také jeho právní ohraničení – právo kupecké – lex mercatoria.

Kořeny tohoto autonomního práva obchodníků se formují na přelomu 11. a 12. stol. zejména v Anglii (ley merchant), Francii (droit des faires) a Itálii (ius mercatorum). Lex mercatoria bývá takto vymezováno jako z původních obyčejů vzešlé, do určité míry jednotné právo z mezinárodním dosahem (Goldštajn).

Za faktory, které nejvíce přispěly k jeho formování se považují:

1. unifikující charakter tržních míst
2. existence soukromých arbitráží rozhodujících obchodní spory
3. aktivita veřejných notářů
4. univerzalita mořských obyčejů

Tak se během 12. stol. postupně vytvářejí zvláštní pravidla obchodování, díky nimž nemusí obchodníci na novém tržním místě počítat s novými tržními pravidly.

Protože pro tehdejší běžné soudy nebylo lex mercatoria závazné, bylo nutné případné spory řešit na soukromé půdě obchodních autorit. Soukromoprávní ujednání o příslušnosti k rozhodování sporů týkající se mezinárodního obchodu jsou pojímána jako počátek systému soukromého rozhodování sporů vůbec. (Anglie – Piepowder courts)

Systém spontánně vzniklých obyčejových norem, které byly obchodníky uznávány a rozhodci aplikovány byl však koncem 17. stol. vážně narušen a postupně téměř zanikl. Rušení místních trhů, vytváření národních států s uzavřenými trhy a především jednotná národní kodifikace uzavírá během 18. a počátkem 19. stol. proces zániku středověkého lex mercatoria.

Průmyslová revoluce 2. pol. 19. stol. však přináší masovou produkci a opětovně, daleko silnější obchodní vazby mezinárodního dosahu. S nimi se objevují problémy neslučitelnosti právní regulace obsažené v národních právních řádech a regulace mezinárodního trhu. Takto se vytváří příznivá situace pro vznik nového moderního práva mezinárodního obchodu.

Vedle mezinárodních obchodních zvyklostí či obyčejů se nyní začínáme setkávat s novým právním jevem standardizací smluv a smluvních podmínek.

Jako zásadní předpoklady standardizace bývají uváděny:

1. strojová velkovýroba, vyžadující rychlou a bezpečnou distribuci zboží
2. rozmach moderních mezinárodněobchodních vztahů

Rozvoj standardizovaných smluvních forem byl velmi rychlý, počátkem 20. stol. se již plně prosazují v zámořské přepravě zboží (obilí, krmiva, guma, kakao) a postupně ovládnou světový surovinový trh.

Stejně jako standardizace znamenala oproti původnímu *lex mercatoria* krok vpřed, dochází k vývojovým změnám i u subjektů vypracovávajících formuláře. Namísto obchodních míst – trhů nastupují velké obchodní svazy a sdružení (např. LOCTA) vydávající vlastní sborníky podmínek. Tento vývoj se odráží i v právní teorii, jež hovoří o právu mezinárodních společností s vlastním rozhodovacím, kodifikačním i aplikačním procesem. Je charakteristické, že pro konkrétní vztahy v této oblasti mají národní právní řády minimální význam.

Ke skutečné renesanci *lex mercatoria* dochází po 2. světové válce. Důvodem je nebývalý kvantitativní vzrůst jak klasických obchodních operací (koupě – prodej, přeprava), tak vznik nových forem (licence, leasing). Národní právní řády byly tímto vývojem zastíženy nepřipraveny, a proto jeho právní podchyzení spočívalo na standardizovaných smluvních formách.

Dále se rozvíjejí formuláře velkých obchodních svazů, u kterých je však nezřídka poukazováno na jejich omezující charakter (viz. dále adhezí smlouvy). Proto se EHK OSN rozhodla vypracovat pro použití v rámci evropského obchodního styku rovnovážné standardní podmínky a smlouvy, které by navíc vylučovaly nutnost vyplnění mezer pomocí vnitrostátního práva.

Výsledných zhruba 30 standardních smluv a podmínek lze charakterizovat následovně:

1. Byly vypracovány za součinnosti zástupců evropských zemí, představujících různá společenská zřízení (spolu s USA a Kanadou) a různý stupeň vývoje ekonomik. Současně jsou zde zastoupeny i velké firmy a sdružení. Pracovní postup je takový, že umožňuje vyjádření všech zainteresovaných stran.
2. Nejsou právními normami. Standardní podmínky jsou závazné teprve svým včleněním do konkrétní smlouvy. Standardní smlouvy tvoří právní základ vztahů mezi stranami teprve tehdy, jsou-li vyplněny individuální náležitosti a smlouva je podepsána. Existuje plná dobrovolnost jejich použití i možnosti změn jejich obsahu. Mohou sloužit jako inspirativní návod pro strany, které otázky je třeba při uzavírání dané smlouvy řešit. Je poukazováno i na jejich morální hodnotu.
3. Kodifikují obchodní obyčeje a reagují na aktuální obchodní praxi.

4. Mají komoditní charakter, jsou přizpůsobeny specifice obchodování s konkrétním druhem zboží (to u zákonů není možné).
5. Neobracejí se k žádnému právnímu řádu.
6. Jejich struktura je obvykle následující: uzavření smlouvy, přechod rizik, podmínky dodávky, platební podmínky, osvobození stran od odpovědnosti, arbitrážní klauzule a doložka o výběru práva.

Podobné dodací podmínky byly vydány v souvislosti s *Vídeňskou úmluvou* (1980) i *UNCITRALem*.

Plně etablována a zejména díky široké unifikční činnosti v této oblasti je i mezinárodní obchodní arbitráž jako nestátní orgán řešení sporů.

Nyní bych se chtěl krátce zastavit u samotného pojmu standardizovaných podmínek a smluv.

E. H. Hondius formuloval standardní kontrakty jako texty termínů, které jsou smluvní, písemné, obvykle nepokrývající takové podstatné části jako jsou cena, váha, jakost, množství atd., jsou koncipovány předem, jsou koncipovány pro nedefinované množství transakcí.

Dle toho, kdo standardizované kontrakty koncipoval, rozlišuje Hondius na:

- kontrakty koncipované jednou stranou transakce
- kontrakty koncipované skupinou stran, jež mají stejné postavení
- kontrakty koncipované organizací jedné strany po konzultacích s druhou
- kontrakty koncipované nezávislou organizací
- kontrakty koncipované dvěma organizacemi reprezentujícími strany transakce (příp. jednou organizací)

Dále je nutné rozlišovat mezi standardními smlouvami a podmínkami. A. Calus tyto ve své práci definuje s tím, že jde o dvě formy jednoho jevu – standardizace smluv v obchodním styku.

Standardní (dodací) podmínky – jsou tištěné, předem zpracované klauzule, které mohou strany vložit přímo do smlouvy, nebo se na ně mohou odvolat v jejím obsahu. Nevytvářejí smlouvu, ani se v ni samy nemohou přetvořit. Pro svou závaznost vyžadují uzavření smlouvy. Standardní (typová) smlouva – představuje tištěný dokument, který může být využit pro uzavření smlouvy za podmínky vyplnění ve všech částech podmínujících vznik této smlouvy a po podpisu stran. Formulář se skládá pravidelně ze dvou částí: části individuální, ta vyžaduje vyplnění a části obecné, která obsahuje dodací podmínky.

Mám za to, že výše uvedené definice jsou přesné a dostatečně ohraničují a charakterizují jednotlivé formy standardizace obchodního styku.

4.

SMLUVNÍ VOLNOST STANDARDIZACE V PRAXI (využití, omezení, zneužití).

4. 1. Úvod.

Praktické užívání nenechává zásadu smluvní volnosti nedotčenu. V delší dějinné perspektivě vyvolává nutnost změn (zejména v rozsahu a způsobu aplikace principu), kterými zákonodárce přizpůsobuje právní úpravu současným potřebám obchodního styku. Je nutné zdůraznit, že velmi volná koncepce smluvní volnosti v podobě vytvořené v průběhu 19. stol. v období kapitalismu volné soutěže v duchu zásady „laissez faire, laissez passer“, je dnes utopií.

Ekonomický vývoj 20. stol. je provázen stále silnějšími zásahy státu do tržního hospodářství a cílenou právní regulací jednotlivých oblastí. Tak se pro smluvní volnost stran vytvářejí skutečné hranice. Tato je totiž předpokládána v rámci rovného postavení subjektu právního vztahu, jenže takové vztahy jsou však nedokonalostmi trhu nezřídká vyloučeny.

Proto v řadě států existují speciální předpisy, které omezením volnosti jednání ekonomicky silnějšího partnera, zabezpečují slabšího proti zneužití této možnosti.

V standardizované smluvní oblasti je nejčastěji zákonně zakotvena ochrana proti nepřiznivým dodacím podmínkám, jako pomoc spotřebiteli. Dalšími ochrannými zákony jsou zákony proti rušení hospodářské soutěže, protikartelové zákonodárství atd. Vzhledem k tomu, že jde o vnitrostátní předpisy, jež se mezinárodního obchodu dotýkají jen ojediněle, nebudou tyto předmětem mé práce.

Vznik, existence a vývoj institutu standardizace smluv je ve vztahu k právě uvedenému vzorci (smluvní volnost spojená s praxí obchodu vyvolá diskrepanci, reakce zákonodárce tuto ošetřuje) jevem odlišným, snad i opačným.

Dynamický rozvoj mezinárodního obchodního styku během 1. pol. tohoto stol. nebyly právní řády ani zákonodárci schopni dostatečně postihnout. Proto se formulace doporučených pravidel jednání ujaly sama sdružení obchodníků či autoritativní mezinárodní organizace, které na bázi smluvní volnosti a v duchu principu soukromého práva vytvořily jakousi quasikodifikaci v oblasti mezinárodních obchodních smluv.

Obchodníkům však při užití možnosti svobodně uzavřít smlouvu a svobodně určit její obsah nejde o právní purismus (a některým) ani o spravedlnost, ale o zisk. K jistým ochranným omezením smluvní volnosti stanoveným zákonodárcem přistupuje tak naopak eventualita zneužití smluvní volnosti pro vlastní profit a tím zároveň další omezení svobody jednání protistrany

Na tyto situace bych chtěl nyní zaměřit pozornost.

4. 2. Smluvní adheze

Ještě předtím, než budu rozebírat jednotlivé možnosti zneužití smluvní svobody v standardizovaných smluvních vztazích, bych se chtěl zmínit o tzv. adhezních smlouvách. Výchozím bodem zde bude již zmíněné dělení A. Caluse.

Koncepce typové smlouvy nalézá v jeho práci dvě varianty: smlouvu vzorovou, u níž strany plně disponují svobodou při jednání pokud jde o obsahové změny a smlouvu adhezní, kdy je text definitivní a strana smlouvu nabízející nepředpokládá její změnu.

Takto adhezní smlouvy reprezentují křiklavý příklad omezení smluvní volnosti. Dá se říci, že v takovém případě je určení obsahu smlouvy jen ve velmi omezeném rozsahu výsledkem obecného konsenzu stran. Adhezní smlouvy dnes zasahují celou oblast koupě-prodeje zboží a služeb. V zahraničí jsou proto pravidelně přijímány ochranné zákony determinující obsah některých typů podmínek či smluv (AGB – Gesetz).

Základní rysy adhezní smlouvy vymezil R. Lenhoff:

1. Transakce jsou založeny na standardizovaných formách.
2. Formuláře jsou užívány jako odezva na masovou poptávku.
3. Formuláře jsou navrhovány pro veřejnost, tj. neidentifikovatelný počet osob.
4. Formuláře jsou uváděny v chod velkých průmyslových podniků.
5. Protistrana nemá možnost dohodnout svou pozici. Může buď souhlasit se smlouvou nebo ji odmítnout. Termíny nejsou „šity“ pro individuální případy.

Poprvé se s termínem adhezní smlouva setkáváme již v roce 1901 v práci R. Saleillese „De la declaration, de volenté“. Zde je poukazováno na to, že některé smlouvy jsou smlouvami jen podle názvu. Ve skutečnosti jsou výrazem vůle jedné strany, která ovlivňuje druhou – diktuje právo. Takto se dostáváme k „odvrácené straně adheze“ – zde je již možno mluvit o zneužití smluvní volnosti ve standardizovaných smluvních vztazích.

Je známým faktem, že standardizované smlouvy slouží zájmem jejich návrhvatelů. Ke zneužití smluvní volnosti v praxi mezinárodního obchodu dochází ale tehdy, kdy tyto zájmy zastíní hlavní funkci standardizace – zjednodušení, stejnorodost, jistotu, zlevnění a urychlení vztahu. Předložená nerovná smlouva je pak jen jedním z nástrojů nátlaku na protistranu.

Nejsou to však standardizované smlouvy jako takové, co zvýhodňuje jednu stranu nad druhou. Diktát práva vyplývá z nerovného postavení smluvních stran ve vztahu obecně – svou roli zde hrají i faktory politické a především ekonomické (viz. dále). Nejde tudíž pouze o zneužití smluvní volnosti, ale i o zneužití standardizace samotné. Stejně zneužity mohou být i individuálně sjednávané smlouvy, jejichž podmínky jsou dohodnuty a ustanoveny odděleně.

Nicméně, je nutné připomenout, že při standardizaci je tato možnost jaksi zobečněna a může plošně postihnout všechny uživatele takových smluv. I v případech, kdy ve smlouvě nenajdeme jednostranné doložky ve prospěch navrhovatele, výhody pro tuto stranu jsou zřejmé, protože forma kontraktu připraveného v předstihu představuje (a v mezinárodním obchodě zvláště) značné úspory osobních i materiálních vydajů. Navrhovatel má také možnost dlužno zvážit a spočítat si všechna rizika, náklady na pojištění, úrokové lhůty, slevy atd.. Tak vyvstává otázka, do jaké míry může navrhovatel standardních smluv uplatnit výhodu své pozice na úkor protistrany. Co je hranicí jeho smluvní volnosti a jak dalece se může odchýlit od dispozitivních norem? Jak výhodné mohou jeho podmínky být?

Logickým závěrem je, že „hranice pro tuto svobodu se nalézá tam, kde aplikace konkrétních standardizovaných podmínek může být škodlivá společnosti, popř. může napomáhat monopolizaci postavení navrhovatele“.

Toto obecné pravidlo bude muset být v budoucnosti ještě precizováno (zřejmě cestou judikatury mezinárodních rozhodců).

Společnost, tj. zákonodárce, pak bude muset intervenovat za účelem zajištění stejných příležitostí pro všechny subjekty mezinárodních obchodních vztahů a postavit mimo zákon doložky vyvolávající nerovnosti.

4. 3. Jednotlivé možnosti zneužití smluvní volnosti ve standardizovaných smluvních formách.

Ve standardizovaných smlouvách existují různé podmínky a ujednání, která jsou považována za přímá či eventuální zneužití smluvní volnosti.

Charakteristická je jejich jednostrannost a formulace v předstihu, díky které nemá protistrana šanci diskutovat je před uzavřením kontraktu. Aby mohly být považovány za porušující právo nebo alespoň „nefér“ musí takové smluvní podmínky měnit nebo ohrožovat význam celé smlouvy (musí být „nepřiměřené, zřejmě nerozumné“ či „nejasné“, jak je často stanoveno v literatuře zemí common law).

Existují ale také jisté případy, kdy smlouvy obsahující výše zmíněné podmínky/doložky vznikají bez jednostranného nátlaku či omezování smluvní volnosti v době uzavírání smlouvy. (V tomto bodě je zajímavá německá doktrína rozlišující mezi smluvní svobodou – Abschlussfreiheit a svobodou vytváření smlouvy – Gestaltungsfreiheit.)

S ohledem na to by mohla být vznesena otázka zdali smlouvy mohou být považovány za nerovné při absenci tzv. procedurálního zneužití (J. Vilus). Předpokládá se, že soud shledá jisté podmínky jako právo porušující bez ohledu na to, jak se staly součástí smlouvy. Důvodem pro to jsou protiprávní („nefér“) důsledky těchto podmínek. Protiprávními jsou tak tedy i ty podmínky, s nimiž budoucí poškozená strana souhlasí, problémem je prokázání příčinné souvislosti mezi konkrétní podmínkou a protiprávním důsledkem.

Pokud k problému přistupujeme takto, není otázka zdali došlo k nátlaku při jednání, ale spíše zdali realizace samotného obsahu smlouvy může vést k důsledkům porušujícím právo.

Nyní se pokusím o vymezení zásadních typů ujednání obsahujících takové podmínky a nastínění různých aspektů jejich eventuálního zneužití.

Jedná se především o:

- a) cenové doložky
- b) doložky týkající se omezení či vyloučení odpovědnosti
- c) rohoďčí klauzule
- d) reklamační doložky
- e) sankční ujednání
- f) ujednání týkající se volby práva

ad a)

Zneužití smluvní volnosti v oblasti cenových podmínek můžeme velmi zhruba rozdělit do dvou základních skupin:

1. nerovné ceny – klasický případ zneužití

Jedna z otázek týkajících se těchto doložek je zda cenová nerovnost (jak v případě výhodné, tak naopak nevýhodné ceny) není způsobena jinými fakty než tím, že doložky jsou neférové. Cenová nerovnost totiž často prozrazuje existenci specifického dělení rizik v dané transakci. Účastník by pak měl být schopen rozeznat, jestli protistrana vznesením např. „nevýhodné“ ceny nerozšiřuje také své závazky a bere na sebe zodpovědnost za mnohá rizika, jež obvykle spadají na něj.

2. pohyblivé – nestabilní ceny

Ve standardních smlouvách bývá často stanoveno, že smluvní podmínky se liší ve vztahu k ceně předmětu smlouvy. Z tohoto přímého propojení ceny a ostatního obsahu smlouvy plyne logický závěr, že navrhovatelé nabídnou lepší smluvní podmínky jen pokud pro ně najdou ospravedlnění ve vyšší ceně (a vice versa). Obecným názorem je, že tzv. znovuoceňování může být přípustěno jen v případě monopolů (a je to kapitulační právo před silou ekonomických zákonitostí).

Dále je možnost zneužití viděna i v doložkách „cenového přizpůsobení“. Mnohé standardní smlouvy totiž obsahují doložku, dle které je prodávající oprávněn za jistých okolností zvednout cenu, např. protože vzrostly surovinové nebo výrobní náklady.

ad b)

Standardní smlouvy často obsahují tento typ doložek, obvykle výhodných pro navrhovatele. Požaduje se, aby takováto ujednání byla psána „viditelným“ způsobem, tj. aby je protistrana dokázala v návrhu smlouvy rozpoznat a mohla se tak s nimi ještě před uzavřením smlouvy seznámit (např. italské právo).

ad c)

Tyto klauzule určují jak a kým budou řešeny případné spory. Rozlišuje se obecně arbitráž intitutionalizovaná a arbitráž ad hoc. Zejména standardní smlouvy velkých obchodních sdružení nezřídka stanoví, že spory ze smlouvy budou vzneseny před arbitrážní tribunály stejných sdružení. Tento fakt může kromě pochybností o nestrannosti rozhodců (jsou členy sdružení) vést k určitému nestejnému postavení stran ve sporu. Je jí k tíži neznalost prostředí, procesních pravidel – je to situace podobná jako při aplikaci národního právního řádu jedné ze sporných stran.

ad d), e)

V případě reklamačních a sankčních ujednání, ale také doložek týkajících se pojištění, poškození věci, lhůt, je nutné dbát na jejich pokud možno co nejpreciznější a nekomplexnější vyjádření a vyvarovat se jejich nesjednání. Zneužití se v této oblasti dá především neexistence smluveného postupu v „mezí“ situaci.

ad f)

Velmi zajímavá je situace okolo volby práva. V současném mezinárodním právu soukromém je uznávána (a za jedinou skutečnou považována tzv. neomezená volba práva. Ta odsouvá právní řád, jež by jinak platil pro daný právní vztah jako celek – tedy včetně kogentních norem. Úprava vztahů se tak dostává plně pod kontrolu zvoleného národního právního řádu. Proto je ujednání o volbě práva ve standardních smlouvách výrazným signálem upozorňujícím především na to, že protistraně jak původní právní řád, tak ani mezinárodní přímá úprava nevyhovuje.

Pohnutky pro sjednání takového ustanovení mohou být různé, ale sama možnost, že právní vztahy založené mezinárodní obchodní smlouvou se řídí národním právním řádem jedné ze stran je sama o sobě pro protistranu dosti nevýhodná. Jedná se o otázky řešení sporů, tzv. intelektuální nadřazenosti atd.

Možnost zneužití nebo jen využití smluvní volnosti ke svému prospěchu je ve zmíněných ujednáních poněkud zastřena, ale na její nebezpečnosti to nic neubírá.

Je zřejmé, že možnost zneužití existuje v souvislosti s téměř kteroukoli klauzulí. Proto je často sama zásada smluvní volnosti silně kritizována – její původní funkce není prý standardizací naplnována a spíše přispívá k znejistění pozic stran. Nelze ale nezmínit, že prakticky všechny návrhy určité kontroly smluvní volnosti během procesu navrhování a sjednávání smluv v obchodním styku nejsou zaměřeny na vyrovnání pozic stran kvůli sociální spravedlnosti, nýbrž se jedná o snahu chránit obchodní zájmy obou účastníků kontraktu. Jinými slovy, požadavky změn nejsou založeny na potřebě ekonomické rovnosti (což by bylo nereálné), ale snaží se dát oběma stranám stejnou možnost dohodnout obsah a podmínky smlouvy. Tuto možnost však smluvní volnost nikterak neomezuje, protože se jí nedotýká.

Různé možnosti zneužití smluvní volnosti nejlépe ilustrují, jak těžké je nalézt správnou hranici mezi individuální svobodou vůle a potřebami společnosti. Strach z příliš silné intervence je vyvolán obavou z ochromení ekonomické iniciativy a ohrožení právní jistoty v mezinárodním obchodě.

Boj proti obcházení a porušování práva v této oblasti nemůže být veden pouze

kontrolou monopolů a ochranou spotřebitelů. První pokusy o komplexnější zákonné úpravy sjednávání mezinárodních obchodních smluv můžeme zaznamenat již dnes (SRN, Itálie, Francie). Na závěr bych chtěl zmínit ještě jeden případ, kdy navrhovatel získává určitou výhodu přímo díky své pozici – jde o jeho tzv. „intelektuální nadřazenost“.

Navrhovatel standardní smlouvy nemusí zneužít své pozice v ekonomickém či právním smyslu, ale přesto mu zůstává výhoda znalosti právní techniky formulace smlouvy a tedy i vědomosti o jejích vzdálených, konečných důsledcích. Jen těžko lze stejně kvalitní úroveň poznání a orientace v právním textu očekávat od protistrany.

Tento případ není zneužitím práva, ale společně s ostatními neprávními okolnostmi (spěch a stres při uzavírání smlouvy) může být činitelem, jež je pro uzavření nerovné smlouvy rozhodující. Proto by v mezinárodním obchodě mělo být výjimečným překvapením, aby byla smlouva uzavřena bez provedení důkladné právní analýzy jejího obsahu oběma smluvními stranami.

Myslím, že přes všechnu kritiku jež se na používání standardizovaných smluvních forem snesla, by mělo být zdůrazněno, že jejich navrhovatelé i uživatelé neobyčejně přispěli k regulaci mnohých oblastí mezinárodního obchodu způsobem, jež je pro jeho specifické potřeby nejvhodnější.

Stát není takovéto regulace schopen a jak bylo výše řečeno, není ani nutná. Příkladem jsou zejména pokusy o centrální plánování ekonomiky v socialistických zemích, které vesměs ztroskotaly. Navíc o existenci volného mezinárodněobchodního styku mezi nimi navzájem nemůže být řeči.

Je skutečností, že standardizované smluvní formy mají mnohé výhody. Jedná se především o:

1. Zlevnění distribuce zboží a usnadnění obchodního jednání. Při něm je možno soustředit se na vlastní předmět závazku a komplikované právní otázky přepravy, placení, pojištění jsou odsunuty do předjednacích období. Dále umožňuje předběžné rozpracování a rozvážení těchto problémů.
2. Umožňuje včlenit do obecnějších formulářů konkrétní ustanovení vhodná přímo pro daný právní vztah.
3. Přesnějším ohraničením práv a povinností stran omezuje riziko zbytečných sporů a šetří procesní náklady (to je v případě komplikovaných sporů s mezinárodním prvkem zvláště aktuální).
4. I při neexistenci přímé mezinárodní úpravy významně přispívá k vyloučení konfliktů jednotlivých právních rádu. Právní situace je jednoznačně, dopředu a obecně pro určité množství stejných vztahů stanovena ujednáním o volbě rozhodného práva.

5. ZÁVĚREM.

Široké pole užití a působení smluvní volnosti v mezinárodním obchodním styku jaksi „legalizuje“ a zároveň uzavírá mezinárodní obchodní arbitráž. V současné době se již co do práva aplikovatelné ho na řešení sporů před rozhodčími soudy obvykle prosazují různé varianty přístupu známého jako smluvní pojetí.

Tento obecně upřednostňuje ujednání stran před právem místa sporu a respektuje jak volbu práva, tak ujednání nevázaná na konkrétní právní řád (to je charakteristické pro standardizaci).

Se smluvním pojetím aplikovatelného práva se setkáme také v normách upravujících řízení před mezinárodní arbitráží (Evropská úmluva o rozhodčím řízení, Vzorový zákon UNCITRAL) i v rozhodčích rádech uznávaných stolic arbitráže (v podobě klauzulí dávajících účastníkům řízení plnou svobodu způsobu regulace vzájemných vztahů, např. článek 13, odst. 3 ICC Rules of Conciliation and Arbitration zní: „The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict, which he deems appropriate.“

Dále odst. 5 zní: „In all cases the arbitrator shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages.“ Je zjevné, že mezinárodní obchodní arbitráž takto nejen významně přispívá k vývoji a šíření standardizovaných smluvních forem, ale tak především k jejich obecné výhodnosti přidává další devizu – právní uznání, zajištění.

Tím se institucionalizovaná vůle stran stává skutečným právem a možnost sám si zorganizovat vlastní vztahy se posouvá z oblasti zbožných obchodnických práni do praxe mezinárodního obchodního styku.

SEZNAM LITERATURY

- Rozehnalová N. : *Kandidátská disertační práce*, Brno 1987
 Rozehnalová N. : *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*, Brno 1994
 Rozehnalová N. : *Řešení sporů v mezinárodním obchodě*, Brno 1993
 Eörsi G. : *Comparative Civil (Private) Law*, Budapest 1979
 Jakubowski J. : *Umowa sprzedazy w handlu miedzynarodowym*, Varšava 1966
 Kalenský P. : *Právo mezinárodního obchodu a dosah ius cogens*, Pr. zpravodaj čs. zahraničního obchodu 1975
 Vilus J. : *Freedom of Contract and General Conditions of Standard Contracts (přednáška)*

PŘEDNÁŠKY ZAHRA NIČNÍCH PROFESORŮ

Zur Verdrängung materiellen Rechts durch formelles Recht

Erweiterte Entscheidungsspielräume der Staatsanwaltschaft im
Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland

Lothar KUNTZ

Alternative Konzepte im Strafrecht bilden heute, nicht zuletzt vor dem Hintergrund erschöpfter Kapazitäten auf der Seite der Strafverfolgungs- und Sanktionierungsinstitutionen, in allen Ländern Europas den Schwerpunkt strafrechtspolitischer Auseinandersetzung. Verbreitet sind solche Bestrebungen insbesondere im Bereich der Ermittlungs- und Sanktionierungstätigkeit der Instanzen sozialer Kontrolle. In der Bundesrepublik Deutschland kann man diesbezüglich auf eine fast zwanzigjährige Tradition zurückblicken. Erste Ansatzpunkte in diese Richtung finden sich im Strafverfahrensrecht: Gemeint ist die in § 153 a StPO vorgesehene Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, Strafverfahren – ohne die Beteiligung des Richters – unter Auflagen einzustellen, also eigenständig Sanktionen in einem gewissen Umfang auszusprechen. Diese Lösung ist für beide Seiten des Strafverfahrens durchaus probat: Dem Betroffenen wird eine Verurteilung und die damit verbundene Stigmatisierung erspart, auf der anderen Seite werden die Gerichte nicht unerheblich entlastet, was auch nicht ohne Ausfluß auf die Verurteilungsstatistik bleibt, sodaß in dieser Vorgehensweise eine spezielle Form der Entkriminalisierung gesehen werden kann.

Inwieweit sich hinter dieser Entwicklung ein reformorientiertes oder aber doch ein mehr oder minder gut getarntes restauratives Potential verbirgt, soll Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen sein.

1. Die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaft als Ausdruck verfahrensförmiger Entkriminalisierung

Das Wort „Entkriminalisierung“ wird bei Vielen die Vorstellung von einem liberalen Fortschritt im Strafrecht entstehen lassen. Üblicherweise impliziert „Entkriminalisierung“ positiv gefärbte Vorstellungen wie: Verminderung von staatlichem Zwang – Vermehrung von Freiheit; Freiheit statt Strafe; Fortsetzung der Aufklärung. Diese Vorstellung ist ungenau. „Entkriminalisierung“ tritt in weit auseinanderliegenden Formen auf. Die meisten Formen der „Entkriminalisierung“ sind dabei nur Formen der Überführung der Strafe in eine andere¹.

Die Nutzung der vielfältigen Möglichkeiten, ein begonnenes Strafverfahren ohne Verurteilung zu Beenden², überhaupt die zahlreichen juristischen Wege, ohne Gesetzesänderung die Grenze von der Strafbarkeit zur Straflosigkeit zu überschreiten, sind interessante Formen der Entkriminalisierung³.

Die durch solche Diversionsstrategien produzierte Informalisierung des rechts, also die flexible und opportune, zur Auflösung tendierende Anwendung des materiellen Rechts zeigt sich in einem Formenwandel strafrechtlicher Sozialkontrolle⁴.

Aus rechtssoziologischer Sicht wird das zunehmende Gewicht der Staatsanwaltschaft bei der Verfahrensentscheidung und der Rechtsfolgenwahl als wesentliches Charakteristikum einer neuen Rechtsentwicklung thematisiert; am weitesten fortgeschritten ist diese Entwicklung im Jugendstrafrecht⁵.

Die durch Diversion herbeigeführte Verenderung ist indes nur eine prozedurale. Der Richter wird durch den Staatsanwalt ersetzt⁶.

2. Verfahrenserledigung durch die Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft ist, so der in § 152 Abs. 2 StPO formulierte Auftrag, grundsätzlich verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Ausnahmen von diesem Legalitätsgrundsatz sind unter bestimmten Voraussetzungen in den §§ 153 ff. StPO

¹Naucke, S. 199

²Etwa das Absehen von der Verfolgung oder die Einstellung des Verfahrens (§§ 153, 153 a ff StPO), oder aber das Absehen von Strafe (z.B. §§ 23 Abs. 3, 60, 83 a, 113 Abs. 4 StGB)

³Naucke, S. 201

⁴Vgl. dazu Albrecht (1990), S. 1

⁵Vgl. dazu etwa, VOB, Michael; Jugendstrafrechtsreform – Forschungsbedarf und Forschungslücken, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis, Bonn 1989, S. 311 ff.

⁶So etwa Albrecht (1990), S. 5

zugelassen, sie sind insoweit Ansatzpunkt für den Einsatz von am Opportunitätsprinzip orientierten Entscheidungen. Die Ausgestaltung dieser Form der Diversion im deutschen Recht wirft eine Reihe von Problemen auf⁷.

Durch die Einführung des § 153 a StPO im Jahre 1975 hat der Gesetzgeber dem Staatsanwalt die Möglichkeit in die Hand gegeben, die Einstellung des Strafverfahrens mit bestimmten Auflagen, hauptsächlich Geldzahlungen an die Staatskasse oder an gemeinnützige Einrichtungen, zu verbinden. Ursprünglich auf Bagatelldelikt bzw. Massendelikte im Vermögensbereich beschränkt findet sie heute auch bei Delikten mittlerer Kriminalität Anwendung.

Es liegt danach im Ermessen des Staatsanwalts, ob eine Sache auch jenseits des Vergehensbereichs überhaupt noch vor den Richter kommt⁸.

Somit hat die Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ eine Entscheidungsfunktion, die nicht nur auf die Frage des Tatnachweises gerichtet ist, sondern auch auf die Frage der Strafwürdigkeit des (mutmaßlichen) Straftäters. Diese quasi-richterliche Rolle konnte so lange als weitgehend unproblematisch gelten, wie damit ausschließlich eine Entscheidung über einen Sanktionsverzicht verbunden war, eigenständige Sanktionen durch die Staatsanwaltschaft jedoch nicht gesetzt wurden.

Mit der Strafrechtsreform von 1975 verschob sich diese Balance zwischen Staatsanwalt und Richter zugunsten des Staatsanwalts. Wenn auch dadurch teilweise nur eine bereits bestehende Praxis legalisiert wurde, wurde in dieser Regelung erstmals in offensichtlicher Weise dem Staatsanwalt eine richterähnliche, sanktionensetzende Funktion zuerkannt. Die Diskussion hierüber ist bis heute nicht abgerissen⁹.

Doch was war die Intention des Gesetzgebers für einen derartigen Wandel, der in seinen rechtspolitischen Folgen weit über das Strafprozeßrecht hinausgeht und die grundsätzliche Frage nach Sinn und Zweck staatlichen Strafens eröffnet?

Die Einfügung des § 153 a in die Strafprozeßordnung, so die Zielsetzung, sollte im gesamten Bereich der kleineren Kriminalität dadurch, daß ein Strafverfahren ohne Hauptverhandlung und Schuldspruch erledigt werden kann, zu einer „Straffung und Beschleunigung des Verfahrens“ und damit zu einer Entlastung der Strafverfolgungsorgane führen und diesen die Konzentration auf die mittlere und schwere Kriminalität ermöglichen¹⁰.

⁷Der Frage nach den Vor- und Nachteilen des Opportunitätsprinzips kann an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Welch rechtspolitisches Potential sich aber im Opportunitätsprinzip verbergen kann, zeigen etwa die positiven Erfahrungen in den Niederlanden. So wäre das dortige Modell einer weniger repressiven Drogenpolitik ohne die Ausschöpfung der Möglichkeiten des Opportunitätsprinzips seitens der Strafverfolgungsorgane nicht denkbar.

⁸Vgl. dazu ausführlich Kausch, S. 134

⁹Vgl. Albrecht (1990), S. 48 f.

¹⁰Vgl. Kausch, S. 16

Die Ausweitung formeller Entscheidungsmöglichkeiten ist seither ein Stük Alltag in der deutschen Strafprozeßrechtspolitik. Aktuelles Beispiel hierfür ist das sogenannte „Rechtspflegeentlastungsgesetz“, welches im Frühjahr 1993 in Kraft trat und die Regelungen im § 153 a StPO weiter ausdehnte.

Ausgangspunkt des Gesetzesvorhabens – so die offizielle Begründung – war die Notwendigkeit, Ressourcen freizumachen, um nach der Wiedervereinigung in den neuen Bundesländern eine rechtsstaatliche Justiz aufzubauen.

Die Begründung des Bundesratsentwurfs sieht darin eine behutsame Erweiterung des Anwendungsbereiches, die der Praxis in vertretbarem Rahmen die Möglichkeit gabe, § 153 a StPO auch im Bereich der mittleren Kriminalität anzuwenden¹¹.

Steuerungstechnisch gesehen räumt ein solches Verfahren der Behörde große Flexibilität ein, um einem unterschiedlichen Fallaufkommen und einem politisch-variablen Kontrollbedarf bei konstanten Ressourcen gerecht werden zu können¹².

2.1 Akzeptanz „informeller“ Erledigungsmöglichkeiten seitens der Staatsanwaltschaft

In der Praxis haben die Staatsanwaltschaften § 153 a StPO anfangs nur zurückhaltend angewandt. So betrug 1875, also im Jahr der Einführung der Vorschrift, in Hessen die Quote der Einstellungen nach § 153 a StPO zwischen 0,29 % und 1,75 %. Im gleichen Zeitraum lag etwa der Anteil für den Bereich des OLG Stuttgart bei etwa 1,3 %.

Die Landesjustizverwaltungen sahen sich angesichts dieser Zahlen sogar veranlaßt, die Staatsanwaltschaften zu einer verstärkten Anwendung der Vorschrift zu drängen¹³.

Die Staatsanwaltschaften haben jedoch sehr bald § 153 a StPO als willkommenes Instrument zur Entlastung der Gerichte insbesondere von kleinen Vermögensstraf-taten akzeptiert. Bereits 1981 wurden mehr als 160.000 Strafverfahren nach dieser Vorschrift eingestellt.

¹¹Vgl. Böttcher, S. 153 f.

¹²So Albrecht (1990), S. 565 f.

Eine solche Machtfülle auf der Seite des Staatsanwalts erweckt zumindest tiefes Unbehagen, sie steht im Widerspruch zur historischen Konzeption der Institution „Staatsanwaltschaft“. Diese wurde im 19. Jahrhundert gerade mit dem Ziel nach Deutschland importiert, die als unerträglich empfundene Konzentration von Ermittlungs-, Anklage-, Entscheidungs- und Sanktionierungsbe-fugnis in der Hand des Inquisitionsrichters aufzulösen. Eine der Grundideen des „reformierten“ Strafverfahrens, das sich im Laufe der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts in den deutschen Staa-ten durchsetzte, bestand darin, die Zuständigkeit zur Vorbereitung des gerichtlichen Verfahrens durch Aufklärung des Sachverhalts und zur förmlichen Zuspitzung des Verdachts auf eine bestim-mte Person deutlich abzugrenzen von der Zuständigkeit zur Überprüfung und Beurteilung des vorermittelten Sachverhalts. Der erste Bereich wurde dem Staatsanwalt als „weisungabhängigen Vertreter der Exekutive“ im Zusammenwirkung mit Polizei und Untersuchungsrichter, der zweite Bereich dem unabhängigen Gericht anvertraut. (Vgl. Weigend, S. 12)

¹³Vgl. Kausch, S. 116 f.

Von den 2 178 000 Verfahren aus dem Jahre 1984 erledigte die Staatsanwaltschaft rund 33 % durch Anklage oder Antrag auf Erlaß eines Strafbefehls, 4,5 % der Fälle stellte sie ohne Auflagen gemäß § 153 Abs. 1 StPO wegen Geringfügigkeit, 5,5 % der Fälle gegen Auflage (meist gegen Geldbeträge für eine gemeinnützige Einrichtung) gemäß § 153 a Abs. 1 StPO ein¹⁴.

Damit hat sich die Einstellung unter Auflagen binnen weniger Jahre rein tatsäch-lich zu einem kaum noch wegzudenkenden Teil der deutschen Strafverfahrenswirklich-keit entwickelt¹⁵. Sie hat wesentlich mit dazu beigetragen, die Verurteiltenquote nachhaltig zu reduzieren. Bezogen auf den Zeitraum von 1955 bis 1980 ist die Verurteiltenquote nach den Befunden der Strafverfolgungsstatistik (gemessen an den Abgeurteilten) deutlich von 77,6 % auf 57,4 % gesunken¹⁶.

3. Rechtspolitische Konsequenzen

3.1 Die Unberechenbarkeit materiellen Strafrechts als Folge staatsanwaltschaftlicher Entscheidungspraxis

Der Rechtsstaat postuliert als eines seiner vornehmsten Ziele die Rechtsanwen-dungsgleichheit, gegründet auf Art. 3 des Grundgesetzes. Der Staat hat nicht nur zweckmäßig und sinnvoll zu handeln, sondern unter Gerechtigkeitsf Gesichtspunkten auch gleich. Diesem Grundsatz widerspricht die hier ansatzweise skizzierte Entwick-lung. Durch die Entscheidungspraxis der Staatsanwaltschaft ist die Anwendung des materiellen Strafrechts in einem weiten Bereich unberechenbar geworden.

Beispielsweise kann kein Strafjurist mehr voraussagen, wenn ein Ladenbieb zum ersten Mal ertappt wird, ob das Verfahren folgenlos oder gegen Auflagen eingestellt, oder ob gar Anklage erhoben wird.

So wurde etwa im Jahre 1986 den Staatsanwaltschaften die Einstellung der Ver-fahren empfohlen, wenn der Schaden nicht höher als DM 30,- (Bremen), DM 50,- (Baden-Württemberg) oder DM 100,- (Nordrhein-Westfalen) betrug¹⁷.

1987 wurde der Versuch unternommen, im Rahmen einer empirischen Untersu-chung diese Disparitäten zu erforschen. Im Bereich der 19 Staatsanwaltschaften in Nordrhein-Westfalen wurde diesbezüglich eine repräsentative Aktenhebung bei den Jugendstaatsanwälten durchgeführt.

Die Differenzierung nach formeller (d.h. Anklage/Antragsschrift) oder infor-meller Entscheidung (d.h. Verfahrenseinstellung) bestätigte den schon bekannten

¹⁴Backes, S. 316

¹⁵Weigend, S. 9

¹⁶Vgl. Albrecht (1990), S. 3

¹⁷Backes, S. 323

Befund; wonach bei den Sachbeschädigungsdelikten und den Diebstahlsdelikten einer von vier und bei den Körperverletzungsdelikten einer von fünf Fällen informell erledigt wird. Differenziert man beim Diebstahl noch stärker, dann wird jeder dritte Ladendiebstahl informell erledigt.

Die Spannweite der Einstellungsquoten für die Bagatelldelinquenz reicht von 98 % in Bielefeld über 90 %, 86 %, 70 %, 64 %, 60 % bis zu 39 % einer Staatsanwaltschaft. Das heißt im Klartext:

Es ist innerhalb ein und desselben Bundeslandes mithin eine Frage des Wohnsitzes, ob ein Jugendlicher bzw. Heranwachsender wegen eines Bagatelldelikts eine Anklage oder eine Verfahrenseinstellung erhält¹⁸.

Eine derartige Regionalisierung des Rechts, die allenfalls eine Gleichbehandlung im Bereich des jeweiligen Justizministeriums oder gar nur der Generalstaatsanwaltschaft oder der jeweiligen Staatsanwaltschaft zu erreichen vermag, ermöglicht keine klare Berechenbarkeit und Überprüfbarkeit staatsanwaltschaftlicher Entscheidungspraxis¹⁹.

3.2 Die Ausweitung staatsanwaltschaftlicher Entscheidungsspielräume als Form der Restauration staatlicher Macht

Die Staatsanwaltschaft hat zusammen mit der Polizei die am wenigsten kontrollierte und auch kontrollierbare Definitionsmacht. Während der Polizeibeamte in vielen Fällen trotz rechtlichen Verbots vom *faktischem Opportunitätsprinzip* Gebrauch machen kann, indem er Strafen oder entsprechende Verdachtsmomente nicht zur Kenntnis nimmt, Streitigkeiten zwischen Bürgern auf den Zivilrechtsweg verweist oder einfach schlichtet, steht dem Staatsanwalt auch ein *rechtliches Opportunitätsprinzip* zur Verfügung, mit Hilfe dessen er durch entsprechende Definition Strafverfahren einstellen oder anderweitig erledigen kann.

Von der Beurteilung eines Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft und von ihrer Entscheidung hängt es ab, was mit den Verfahren und den Beschuldigten geschieht, die ihr von der Polizei zugeliefert werden. Die Staatsanwaltschaft hat im Bereich der den Großteil der Verfahren ausmachenden Bagatelldelinquenz und mittleren Kriminalität die Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten der Verfahrenserledigung, die weniger durch das Gesetz als durch vorhandene Übung oder interne Richtlinien vorbestimmt sind²⁰.

Das Handeln der Staatsanwaltschaft unterliegt zudem wesentlich weniger der Kontrolle, als zum Beispiel das polizeiliche oder richterliche Handeln; dies schon deshalb, weil gegen die meisten Entscheidungen der Staatsanwaltschaft keine oder nur eingeschränkte Rechtsmittel möglich sind.

¹⁸Vgl. Albrecht (1988), S. 428 f.

¹⁹Vgl. Backes, S. 323

²⁰So Kerner, S. 57

Auch entbehren die staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen im Gegensatz zu dem richterlichen Rechtsanwendungsprozeß einer direkten „Kontrolle“ durch die Herstellung einer Öffentlichkeit. So werden etwa Ladendiebstahlsfälle, als einem Schwerpunkt der Bagatelldelinquenz, von der Staatsanwaltschaft in einem reinen Aktenverfahren abgehandelt²¹.

Die Staatsanwaltschaft kann daher sowohl als **Ausfilterungsinstanz** (weil sie Verfahren und Personen von der weiteren Strafverfolgung ausnimmt) als auch als **Sanktionsinstanz** (weil sie gegen bestimmte Personen zumindest de facto Sanktionen verhängen kann) bezeichnet werden²².

Mit § 153 a StPO wurde ein Verfahrenstyp geschaffen, der Ermittlungs-, Entscheidungs- und Sanktionsverhängungsfunktion in der Person des Staatsanwalts vereinigt, die Einleitung und Durchführung des zur Sanktionierung führenden Verfahrens Opportunitätserwägungen unterstellt und die Aussonderungsbefugnis strafwürdiger Vorgänge auf eine Instanz verlagert, die weder unmittelbar demokratisch legitimiert ist, noch an der richterlichen Unabhängigkeit teilhat.

Wegen seiner Weisungsgebundenheit sind die Befugnisse des Staatsanwalts immer zugleich auch solche der Behörde und der übergeordneten Justizverwaltung, die eine Richtlinienkompetenz ausübt. Der Staatsanwalt ist somit die Instanz, über die kriminalpolitische Programme nahezu beliebigen Inhalts durchgesetzt werden können, ohne sie als solche kenntlich zu machen.

Die gezielte Nutzung staatsanwaltschaftlicher Handlungsspielräume eröffnet die Möglichkeit, die strafrechtliche Kontrolle unter Beibehaltung des materiellrechtlichen Normenbestandes nach Bedarf zu liberalisieren oder zu verschärfen.

Veränderte staatsanwaltschaftliche Entscheidungsmaßstäbe und – Befugnisse beeinflussen die Anwendungswirklichkeit von Strafnormen und sind Substitute für Änderungen im materiellen Strafrecht; sie bewirken faktische Modifikationen des Normeninhalts bei gleichzeitiger Konservierung der begrifflichen Hülle der Straftatbestände²³.

Der Kunstgriff, rechtspolitische Intervention über staatsanwaltschaftliche Erledigungstechnik diskret zu betreiben, erweist sich vor allem zur Bewältigung der Kapazitätskrise in Strafjustiz und Strafvollzug als probat.

Dies bedeutet den Verzicht auf konsequentere, aber auch rigorosere Änderungen des materiellen Rechts. Die heimliche Liberalisierung des Strafrechts über staatsanwaltschaftliche Dispositionsspielräume immunisiert sich gegen Kritik, indem sie der verbindlichen Festlegung für oder gegen Liberalisierungstendenzen ausweicht; Befürworter einer Liberalisierung können auf die faktische Einlösung und Gegner auf die Neutralisierung des Reformanliegens verwiesen werden²⁴.

²¹Gilg, S. 19

²²Kerner, S. 58

²³Kunz, S. 40 f.

²⁴Kunz, S. 45

Diese Tendenz geht einher mit einer gleichzeitigen Zunahme abstrakter Gefährdungsdelikte, eine Zunahme vielfältiger Pflichtnormierungen im Zuge von Unterlassungsdelikten, schlechthin eine tendenzielle Ausdehnung des strafrechtlichen Steuerungsanspruchs parallel zur symbolischen Ausweitung des strafrechtlichen Steuerungsanspruchs zeichnet sich ein eindeutiges Vollzugsdefizit bei der Rechtsdurchsetzung dieser Normenbereiche ab. Diese Vollzugsdefizite sind indes nicht instrumentell behebbar, sondern belegen die strukturelle Untauglichkeit des Strafrechts, etwa ökonomische und ökologische Systembrüche und -problemlagen mit den Mitteln individueller Tatschuldzuschreibung zu steuern²⁵.

Vor dem Hintergrund der Durchsetzungsprobleme des materiellen Strafrechts vermeidet der Gesetzgeber den drohenden Konkurs der Geltungsgrundlage des Strafrechts mit einer verfahrensförmigen Suspendierung der Norm qua Verfolgungs- oder Interventionsverzicht.

Die Entstehung bzw. Ausweitung eines exekutivischen Rechts ist daher als Ausdruck der Steuerungskrise des regulatorischen Strafrechts zu verstehen.

Das Strafrecht verlagert seine Steuerungsansprüche vom materiellen Recht ins Prozeßrecht und kann ihm dort flexibel „Leine geben“. Damit wird das Recht, wie es Teubner ausdrückt, Zwecke des politischen Systems²⁶.

Die verfahrensförmige, prozeßrechtlich gesteuerte „Entkriminalisierung“ bleibt jederzeit zurücknehmbar. Sie steht zur ständigen kriminalpolitischen Disposition. Die Verfahrenseinstellung wird zum flexiblen „Mittel der Strafrechtsreform“²⁷.

Literatura :

- [1] ALBRECHT, Peter-Alexis : *Diversion und (Un)Gleichgewicht der Rechtsanwendung*, in: Kriminalistik 1988, S. 427-431.
- [2] ALBRECHT, Peter-Alexis (Hg.) : *Informalisierung des Rechts*, Berlin-New York 1990.
- [3] BACKES, Otto : *Kriminalpolitik ohne Legitimität*, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1986, S. 315-342).
- [4] BÖTTCHER, Reinhard : *Änderungen des Strafverfahrensrechts durch das Entlastungsgesetz*, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1993, S. 153-158.
- [5] GILLIG, Volker Kurt : *Soziologische Dimensionen der staatsanwalt-schaftlichen Ermittlungstätigkeit und Sanktionierungskriterien bei geringwertigen Ladendiebstahlverfahren*, Diss. Frankfurt/Main 1976.
- [6] KAUSCH, Erhard : *Der Staatsanwalt - Ein Richter vor dem Richter?*, Berlin 1980.

²⁵Vgl. Albrecht (1990), S. 7 f

²⁶So Teubner, S. 25

²⁷Vobler, S. 162

- [7] KERNER, Hans-Jürgen (Hg.) : *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Heidelberg 1983.
- [8] KUNZ, Karl-Ludwig : *Die Verdrängung des Richters durch den Staatsanwalt: Eine zwangsläufige Entwicklung effizienzorientierter Strafrechtspflege?*, in: Kriminologisches Journal 1984, S. 39-49.
- [9] NAUCKE, Wolfgang : *Über deklatorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung*, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1984, S. 199-217.
- [10] TEUBNER, Gunther : *Reflexives Rechts*, in: Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie 1982, S. 13 ff.
- [11] VÖGLER, Theo : *Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung*, in: ZStW 1978, S. 132 ff.
- [12] WEIGEND, Thomas : *Strafzumessung durch den Staatsanwalt? Lösbare und unlösbare Probleme bei der Verfahrenseinstellung unter Auflagen (§ 153 a StPO)*, in: Kriminologisches Journal 1984, S. 8-38.

* * *

S U M M A R Y

K pronikání materiálního práva do procesního.

Článek pojednává o alternativních koncepcích vyřizování trestních případů v Německu. Snahy o alternativy jsou rozšířeny zejména v oblasti přípravného řízení, zvláště část tvoří alternativy trestání, které mají v Německu dvacetiletou tradici. Jde hlavně o paragraf 153a trestního řádu a zde uvedenou možnost státního zastupitelství zastavit trestní řízení bez účasti soudce, případně přitom uložit určitá omezení. Toto řešení má výhody pro obě strany - obviněný, případně obžalovaný nebude odsouzen, a na druhé straně nebudou zbytečně zatěžovány orgány trestního řízení. Nejdále pokročila tato dekriminalizace v trestním právu mladistvých.

Státní zastupitelství v Německu se řídí zásadou legality, výjimky z ní tvoří paragraf 153 t. řádu. Státní zástupce může v souvislosti s takovým zastavením trestního

řízení uložit např. peněžité pokuty nebo veřejně prospěšné práce. Toto řešení, původně zamýšlené pro trestné činy malé závažnosti, se nyní rozšiřuje i pro případ běžné (středně závažné) trestné činnosti. Státní zastupitelství tedy přebírá funkci a úlohu soudu.

Poprvé toto řešení umožnila novela trestního řádu v roce 1975, diskuse o oprávněnosti tohoto řešení trvají dodnes. Další možnosti rozšíření možností rozhodovat přinesl nový zákon o zjednodušení činnosti soudnictví, který vstoupil v platnost na jaře 1993.

V praxi byl paragraf 153a trestního řádu státním zastupitelstvím málo využíván, později vzrostl jeho význam zejména při stíhání drobné majetkové kriminality.

V roce 1984 proběhlo v Německu 2 778 000 řízení v trestních věcech, z toho vyřídilo státní zastupitelství 33 procent žalobou nebo návrhem na vydání trestního příkazu, 4,5 procenta případů bylo vyřešeno zastavením bez uložení omezení, 5,5 procenta pak s pomocí uložení omezení hlavně peněžních pokut a veřejně prospěšných prací.

Největším problémem je fakt, že státní zastupitelství podléhá ne tak důsledné kontrole jako rozhodování policie nebo soudce, je proti němu možno užít jen některé donucovací prostředky. Toto řešení představuje rozšíření rozhodovací činnosti, znamená však současně omezení změn trestního práva hmotného, zvyšuje se dispoziční oprávnění orgánů podle trestního řádu. Proto je třeba takové vytvoření exekutivních práv pro státní zastupitelství chápat jako výraz krize regulační funkce trestního práva.

Pomáhat a trestat

K situaci v německém trestním právu pro mladistvé

Claudius MESSNER

Trestní právo vykonává moc proti jednotlivcům. Trest může být stejně tak bolestivý a brutální jako některý trestný čin. Trest, říkají právníci, je zlo, které je následkem zla jiného, ale toto zlo je jiné než bezpráví, je spravedlivé, alespoň spravedlivě míněné, pokud není násilím trestní moci násilím zločinným.

Toto rozdělení nevyplývá z vynalézavosti právníků, ale ze sebeepochopení moderní společnosti, z obrazů, které si sama o zločinu a trestu, o míru a násilí, o svobodě a útlaku vytvořila.

Rozhodující pro sebeepochopení moderny je způsob, jak popisuje souvislost politiky, práva a společnosti. Chápe ji jako pokus společnosti, tváří v tvář permanentnímu ohrožení násilím ve své vnitřní struktuře poskytnout svým členům bezpečný řád tím, že propůjčuje státu moc k řešení konfliktů a sporů. Úlohou a slibem státu je ochrana individuální svobody předvídavým a spravedlivým výkonem moci. Pro zajištění tohoto je výkon státní moci vázán na právní formu, a to trestní právo: Jeho předmětem jsou právě práva na svobodu jednotlivce v konfliktu *individua a centrální moci*. Toto je důvod, proč nemůže trestní právo nazírat na skandálnost násilí tak poklidně jako ostatní oblasti práva, které řeší konflikty *mezi občany*.

Ochrana svých členů centrální mocí a současně *před ní* byla ústředním problémem moderní společnosti. Tento problém doposud vyřešen nebyl a právě v přístupu ke konfliktu a úchylce se neustále navrácí.

To se právě dnes často přehlíží. Zastánci i kritikové vývoje moderního trestního práva zakládají své úvahy právě na perspektivě, která by chtěla považovat vývoj práva za lineární kvantitativní pokrok od jednoduché fyzické represe až k sofistikované, jemné, spíše symbolické sankci. Přitom se ztrácí ze zřetelů koexistence, komplementarita a sepětí tvrdých a jemných forem státní sociální kontroly a souslednost forem starých, represivně trestajících, a nových, preventivně pomáhajících trestů v rámci práva, které je orientováno na výstup. Domnívám se, že pro podchycení kvalitativních změn dnešního trestního práva a pochopení jeho roztržitého jsou vhodnější Blochova slova o „nesoučasnosti současnosti“ než evolucionistický *světový názor* pozitivismu.

Následující zobrazení několika strukturálních aspektů moderního trestního práva vznášá tři námitky proti běžnému způsobu nazírání tohoto problému. Za prvé: Když se podíváme na historické a systémové základy trestního práva – což zde lze samozřejmě provést pouze v hrubých rysech – ukáže se, že jeho „chorobné zárodky“ (Naucke 1993, s. 154) v žádném případě neleží až v praxi, která se nejprve orientovala na následky a teprve potom postupně na prevenci, nýbrž jsou už v hluboce ambivalentní formulaci jeho klasických principů. Za druhé: Dnešní aplikační praxe trestního práva vskutku neukazuje žádnou jednoznačnou tendenci ani směrem k „zřeknutí se“ (Driebold 1993) klasických sankcí, ani k tzv. „net-widening“ (rozšíření sítě sociální kontroly) cestou alternativních opatření a ani ji na základě své podstaty ukázat *nemůže*; pokusím se opířt toto své pojetí o čísla ze soudních statistik. Tyto úvahy vedou za třetí k závěru, že liberální kritika dnešního stavu, jakkoliv je přesvědčující v podrobnostech, jde špatným směrem, pokud popisuje jeho „krize“ jako degeneraci bujících kriminálně-politických zájmů. Možná je na místě domněnka W. Nauckeho, že klasické trestní právo bylo pouhou epizodou. Zcela určitě ale nebylo pouze „teoretickou epizodou“ (Naucke 1993, s. 158), ale výplodem specifické *kulturní epochy* západoevropských společností¹, v jejichž tradici se nacházíme. Pokud se nedíváme pouze na právní kulturu² samotnou, ale na takovou kulturu, které vděčí právo za svou podobu, vylučuje se pak nejen víra v možný „pokles modernity“ (Hassemer 1992, s. 383) práva. Tváří v tvář už existujícímu stupni zespolčenštění práva se jeví jako krátkozraký a historicky naivní také alternativní požadavek na jeho zrušení a zpětné vrácení jeho úlohy společnosti. A především se tento požadavek nestaví vůči skandálu veřejného trestu: vůči skandálu jeho násilné formy.

1.

Ke genealogii trestního práva

Dějiny moderny, tj. vyprávění o autonomii racionálního (mužského) občanského individua začíná fikcí, která popírá základní závislosti člověka: „Let us... consider men as if but even now sprung out of the earth, and suddenly, like mushrooms, come to full maturity, without all kind of engagement to each other“ (... nazírejme lidi jako by právě teď vyrostli ze země a náhle dozráli jako houby k úplné zralosti, bez vzájemných vztahů.)

Pokud bychom se řídili tímto pozváním Th. Hobbesa (1962a, s. 109), vstoupíme do strašného světa osamocенého subjektu. A tato metafora o přirozeném stavu vyžaduje další omezení: Moderní subjekt musí zapomenout na hranice svých schopností stejně jako na své touhy a vášně; vyjmut ze svého světa, není už schopen podívat se

¹ stále ještě aktuální Marshall (1992)

² srov. Baxi (198..)

na sebe očima jiných lidí: Je to obraz člověka, který určuje pokus raných myslitelů moderny vytvořit sociálnímu řádu legitimní základnu, a je to ten obraz, ze kterého trestní právo bere kritéria své spravedlnosti. Teprve amnesie umožňuje představu o sociální smlouvě, o tom jediném právu, které má všechny řídit.

To co ve společnosti „má být“, je určováno jako to, s čím musí všichni rozumně souhlasit, aby se vytvořil mír ve společnosti. A pokud jsou lidé sami, volní a bez jakéhokoliv vztahu k sobě navzájem vždy připraveni vrhnout se na sebe a zničit se, jak vyvozuje Hobbes z „from the passions“ (Hobbes 1962b, s. 100) – musí se setkat právě v této smlouvě a dohodnout se na hranicích své svobody, hranicích ve kterých se vzdají své suverenity. Tyto hranice tvoří právo. A musí je tvořit precizně a pokud je to nutné nátlakem hájit. Neboť tyto hranice rozhodují o mezích svobody jednotlivce; odtud může vzniknout nelegitimní moc a podrobení. Zákon sice odvádí formy soukromého výkonu moci a filtruje hrůzu před druhým. Ale zákon také vytváří strach: Neustále je zde možnost, že jedinec nebo skupina uzurpuje moc ve jménu všech a tím obecnou vůli zlikviduje. Politická filozofie osvícenství si je jistá v tom, že „volonté générale“ není stejná jako „volonté de tous“. Z tohoto náhledu se vyvíjí pojem právního státu, který musí především splňovat dva požadavky: zaručovat za prvé maximální svobodu individua ve společenství a za druhé podrobení státní moci právním principům a procedurám.

Výrazem státoprávnosti v trestním právu je princip zákonnosti. Jeho základní myšlenka je jasná už od 18. století: Vazba trestněprávní intervence na zákon omezuje možnost zásahu. Vazba trestu na zákon je omezením možností zásahu státu vůči občanu. S tím těsně souvisí myšlenka právní jistoty. Vazbou trestní justice na zákon by měl občan mít možnost přehlédnout rozsah trestní moci státu a podle toho se řídit. Vazbou trestní justice na zákon by měl konečně být splněn požadavek rovnosti před zákonem.

Formulace P. J. A. Feuerbacha „nullum crimen / nulla poena sine lege“ ze začátku 19. století tím pádem jen vyslovují politické přesvědčení liberálního měšťanstva, které teprve našlo své sebevědomí: že fundamentální úlohou trestního práva je zachovat svobodu individua proti výkonu moci jak ze strany jiných, tak státu. To znamená proti takovému výkonu moci občanem, který je definován jako násilné zpochybnění základů individuální svobody, totiž státu a společnosti. Toto porušení svobody je trestuhodné, protože za podmínek politické centrality výkonu moci je moc monopolizována u státu. V potlačování tohoto násilí má trestní právo osvícenství svůj výhradní program, *právně - státní* trestání má svou úlohu a své hranice: jeho platnost se zakládá na ochraně před „poškozením“ (osoby, svobody, majetku a jejich základů) a abstraktních cílech odplaty, smíru a vyrovnání viny, jeho principem je legalita, jeho rozumem je formální racionalita řízení, oddělující politicko-sociální kontext. Přechod k účelně orientovanému trestnímu právu se děje nejprve postupně. Koncem 19. stol. zavrhne „moderní škola“ kriminálního práva, založená

F. v. Lisztem, „klasická“ hlediska podle Kanta nebo Hegela a požaduje jasné speciálně preventivní zaměření trestního práva, tedy zaměření na myšlenku resocializace pachatele a ochrany společnosti před ním³. Tím se dostává do popředí otázka faktického působení trestu. Logika legitimnosti trestního práva se začíná posouvat ve smyslu instrumentální racionality: ve směru ospravedlnění požadovaných důsledků. Slovy M. Webera: Je to „kouzel zbavení světa“, které ukončilo „spor škol“ ve dvacátých letech kompromisem, dodnes charakterizujícím základní kriminálně-politickou koncepci německého trestního práva⁴: Trest je pojat jako spravedlivá odplata; ale během spravedlivě odpykávaného trestu by se měly uplatnit obecné a speciálně preventivní úvahy.

Státní formální sociální kontrola se v dalších desetiletích stále větší měrou opírá o provázanost a koexistenci trestu a pomoci. Sociální stát, který sám sebe nazývá jako ochránce a strážce blahobytu lidí, už nepropaguje nápravné a pořádkové prostředky, aby přivedl delikventy a narušitele pořádku k rozumu, ale sleduje svůj zájem – law enforcement – „výchovou, péčí a terapií“ směřovat k jejich resocializaci⁵. Ale tento sám o sobě problematický poměr ještě více komplikuje krizi státu blahobytu, který dnes naráží na hranice své racionality. Z hlediska perspektivy státu, který se proměňuje z liberálně právního v sociálně-intervenční je pouze správným důsledkem, že se politika vnitřní bezpečnosti transformuje do politiky sociální, od které se očekávají sanační a preventivní účinky.

Když se ale od poloviny sedmdesátých let dostala sociální struktura pokročilé industriální společnosti do pohybu, je problémem sociální kontroly ne už marginalizace určitých skupin, ale jejich integrace a konsensus subkultur. Aby mohl trestní systém justice sloužit jako nástroj k zvládnutí materiálních, sociálních a ekologických krizových tendencí státu blahobytu, musí být přestaven na preventivní programy. Toto ale mění roli práva a zvláště trestního práva v organizaci poměru státu a společnosti: pokud totiž nastoupí před a vedle trestního práva navíc nové strategie kontroly, tzv. alternativní opatření v rámci diversion a deinstitucionalizace, ztrácí toto svoji podstatu a svůj význam v systému.

Z hlediska klasického liberálního trestního práva jde především o to, že tyto „alternativy“ zpochybňují jeho fundamentální úlohu, tj. chránit občana nejenom před trestným činem, ale také před trestem. Aktuální praxe trestního práva se proto liberální kritice jeví – podle mého názoru oprávněně – jako zrušení hranic trestního práva „oportunitou“, tj. principem jeho usměrňování politikou a správou, vzhledem ke konkrétní situaci. Bojí se rozšíření jeho tradiční základny platnosti přechodem

³srov. F. v. Liszt (1970)

⁴srov. StGB § 46 odst.1. Tím teorie ratifikuje pouze změny v sociální struktuře kolem přelomu století, které vnucovaly přeorganizování státní sociální kontroly. Nemohu to zde rozvádět, srov. Meßner (1993b).

⁵srov. pro paradigma: President's Commission... (1967)

od „spravedlivě míněné represe“ trestných činnů k plné administraci odchylky.

Ve svém odmítání této transformace trestního práva v policejní setkává s levou kritikou, která se obává rozšíření státní kontroly jemným a neviditelným způsobem. Tato kritika se domnívá, přinejmenším ve své romantizující abolitionistické variantě – v dilematu mezi formálním právem, kterému je svět postiženého lhostejný, a domněnkami hmotného práva, které podle N. Christieho stále dále žene vyvlastnění nositele problému z jeho konfliktu – že by stačilo jen zlomit moc byrokratií a profesionálů. Ještě se o tom na závěr našich úvah zmíníme.

Poměr mezi trestající a nápomocnou instancí

Je všeobecně známo, že se moderní státy blahobytu nachází v trvalé krizi. Dále je akceptována teze, že deinstitucionalizace na tuto krizi reaguje. Kdo ale v tomto vidí pouze argument „prázdných pokladen“⁶, nedojde daleko. Zajímavější se zdá hodnocení N. Luhmanna, podle kterého je krize důsledkem imanentní racionality státu blahobytu. V dané souvislosti bychom se mohli omezit na dvě Luhmannova pozorování: Za prvé, byrokracie státu blahobytu, založená na řídicích médiích práva a peněz nenachází v těchto médiích „žádné hranice dalšího růstu“⁷, ale na základě své vnitřní logiky a organizační struktury se stále dál nafukuje tím, že na sebe nakládá stále více úloh. V důsledku toho je pak „tendenčně založena na nefunkčnosti pramenící z přetížení“⁸. Za druhé musí taková byrokracie logicky ztroskotat na úlohách, „které se podle jejího způsobu pomoci práva a peněz nedají vyřešit“ (ačkoli přirozeně také ne bez práva a peněz). Prominentním příkladem tohoto jsou úlohy, které předpokládají *spolupráci osob při jejich vlastní přeměně*: výchova, rehabilitace, sekundární socializace, vzdělání ve stáří atd. Tato práce vyžaduje „zdroje jako jsou osobní iniciativa, angažmá a pružnost interakce, které se nedají vyvolat právem a penězi“, kdy „podmínky úspěchu či neúspěchu dalekosáhle spočívají v osobách samotných a v jejich interakčním systému“⁹. (podtrženo, C. M.).

Řeč je zjevně o *sociální administrativě*: o systémech výchovy, vzdělání a zdravotnictví a jejich klasických okruzích působnosti, jejichž vývoj a spolupůsobení s právem bylo výše krátce naznačeno. Luhmannovo vysvětlení je tak zajímavé proto, že spojuje systémovou úroveň s institucionální úrovní krize, krizi státu blahobytu s krizí soudnictví a ukazuje, proč se soudnictví musí ohlížet po „alternativách“, aniž by ovšem mohlo dospět k řešení svých úloh. Dilema práva spočívá v tomto: Zatímco na jedné straně nemůže samo od sebe tato pole opustit – chybí mu vnitřní „hranice“ – není na druhé straně vhodným nástrojem, který by zde uvedené problémy mohl vyřešit. Neboť jeho logika nejenže není orientována k „dobrému účelu“, nýbrž k účelům

⁶srov. známou práci A. Sculla (1977), ke kritice této perspektivy srov. Hagan/Leon (1977), str. 589 ff.

⁷Luhmann (1981), str. 108., Baratta/Meßner (1990)

⁸tamtéž

⁹Luhmann (1981), str. 109

žádným.

V zásadě se tedy nabízí dvě alternativy:

- a) spolupráce právního subsystému s jiným, jehož program je orientován na účel nebo na následky,
- b) včlenění právních následků orientovaných na výstup do vlastního programu jednání. Jinak řečeno: Napětí, zlom budou buď mezi oběma subsystémy, nebo v právu samotném. První z obou alternativ, tj. spolupůsobení instancí trestní justice a sociální práce, je právu předem dána zvenčí státním řízením sociální kontroly deviace. Kontrola deviace je v moderních společnostech definována jako veřejný úkol (tím také z hlediska vybavenosti zdroji na státu závislá) a tím podřízena právním: hmotným a formálním pravidlům. Druhá alternativa se realizuje vývojem k sociálnímu státu v právu samotném¹⁰, zejména v „dvoustopém“ trestním právu pro mladistvé, jehož „mezničky“ jsou trest a výchova¹¹. V obou případech se jedná o problematický vztah mezi různými programy jednání.

„Kooperace osob při jejich vlastní přeměně“ – splnění právě této podmínky musí očekávat pomocné i kontrolní instance od samotných mladistvých. „Kooperace“ ale předpokládá dobrovolnost této role, přičemž nutnost přeměny je v trestním právu pro mladistvé vždy indukována zvenčí¹². „Kooperace osob“ předpokládá, že děti a mladiství budou nazíráni jako subjekty svého jednání, viděli jsme ale, že je na ně pohlíženo buď jako na „nedokonale dospělé“ nebo úplně „jinak“¹³. „Kooperace osob při jejich přeměně“ – pokud se tím míní slib moderny – nemůže být ovlivněna právem a penězi: člověku může pomoci pouze člověk.

Pokud se podíváme na samotnou interakci pomocných a trestajících instancí, jsou, jak jsme si řekli, pod vlivem státního řízení zákonnými úpravami. Co to znamená, zdůrazní tyto dva příklady:

- Kdyby zákon zvýšil hranici trestní plnoletosti na 16 let, byla by část klientely trestním instancím odňata.
- Pouze takoví mladiství mohou být „přeorientováni“, to znamená požívat diverzních opatření pomocných instancí trestního práva pro mladistvé, kteří již jsou vystaveni zásahu instituce trestné.

Na druhé straně je pak za těmito vstupními dveřmi v oblasti trestního práva přímá interakce mezi trestní justicí a sociální prací: Justice musí nabízené alternativy

¹⁰Znatelné už u Beccaria. Přechod na účelné trestní právo probíhá v druhé polovině 19. stol. Pro Německo je důležité datum spisu v. Liszta „Účel v trestním právu“ z roku 1882.

¹¹Na to, že tato problematika leží více než ve výchovné myšlence v dilematu práva, jehož výrazem je uvedené „buď – anebo“, zapomíná i takový liberální kritik jako Heinz (1992), str. 370f., 399.

¹²Použití výchovné pomoci může soudce pro mladistvé „uložit“ mladistvému jako povinnost: § 12 JGG. To samozřejmě ovlivňuje hodnotu pomoci dle KJHG, které by nerado vidělo k pomoci oprávněné mladistvé jako „objekty státního jednání“, srov. Mündler et al. (1991), str. 24.

¹³Úplně jinak: Přece jen objekty? srov. *Jugendrecht*, str. XXXIII.

také využít, sociální práce na straně druhé se pokouší koncipovat nabídku svých opatření tak, že si může být jistá schválením a využitím ze strany justice. Obojí se musí vést v patrnosti, jestliže chceme pochopit vývoj politiky diversion a odhadnout její následky. „Klíčová role“¹⁴ zůstává v každém případě trestněprávním kontrolním instancím.

Jak ale tyto různé programy jednání vypadají? Trestní právo sleduje „kondicionální“ program rozhodování¹⁵: *když* naplní určité jednání určitá kritéria, *pak* následuje předurčená odpověď, nezávisle na osobních a situačních předpokladech. To konkrétně znamená: Justiční řízení odpovídá na trestný čin přísouzením viny pachateli a ukládá mu určité právní následky. Úspěch tohoto programu má různé důvody, které zde nebudeme rozebírat¹⁶. Zajímavější je v naší souvislosti, že trest, jak už viděl Beccaria, *produkuje* minimálně potenciálně *nové konflikty*, neboť pracuje stejnými prostředky jako „narušitel zákona“: násilím¹⁷, násilím, které nyní uplatňuje ze své strany na pachateli. Protože se ale odpověď práva nemůže legitimovat sama, je v moderních společnostech možnost potrestání vázána na kondicionalizaci (podmíněnosti) a proceduralizaci práva. Při všech změnách pravicovým pozitivismem 19. stol., který postavil do zorného pole osobu pachatele, zůstává trestání ve své základní struktuře: když přesáhnouti normy, pak nezměněně způsobení zla.

To platí i pro trestní právo pro mladistvé, jehož zvláštní charakteristika oproti obecnému trestnímu právu spočívá v jeho regulační otevřenosti: V obecném trestním právu stanovené trestní rámce deliktu zde neplatí (v zákoně o soudech pro mladistvé, JGG). V trestním právu pro mladistvé má uložená opatření určovat spíše „potřeba výchovy“ klientely, vyjma obzvláště „těžké viny“¹⁸. Logika nápomocného (sociálně-pracovního, pedagogického, léčebného) jednání navazuje oproti tomu právě na osobnost nebo na individuum v různých sociálních situacích a ve svých pokročilých formulacích přímo na zřeknutí se kondicionálních programů. Příslib pomoci není znovuoobnovení normy a zachování řádu, nýbrž zmenšení bídy, zlepšení situace, podpory, vývoje nebo vyléčení individua vůbec.

Přitom byla ve vývoji moderního blahobytu, především pomoci mladistvým, ochrana dětí vždy středem pozornosti. Sledujeme-li diskursy o tom, jak byly pojímány děti a mladiství a jak s nimi byl navazován kontakt, je patrná podstatná změna, kterou bychom mohli v dané souvislosti označit jako posun (podle logiky pozitivistických sociálních věd) od společenských k individualistickým konceptům problémů¹⁹.

¹⁴Ludwig, str. 28

¹⁵Luhmann (1970), str. 192 ff.

¹⁶srov. Eder (1990)

¹⁷Resta (1992)

¹⁸§ 17 II JGG; stejně otevřená jako tyto formulace jsou ustanovení §§ 45, 47. Druhá strana této neurčitosti je, že uplatňovatelé práva mohou setrvat na své represivní praxi.

¹⁹V dějinách sociální práce odpovídají rozdílným prováděcím konceptům, srov. Wolf (1992).

Proto nás neudivuje, když se citění těchto problému a sebeepochopení zástupců nápomocných a nápravných instancí jako policie a sociálních pracovníků často od sebe liší nebo jsou dokonce v protikladu. To právě dokládá „konflikt rolí“ pracovníků instituce, která obě formy kontroly směšuje. Takovéto formy jsou při tvorbě sociálního státu velmi čestné. Flagrantní příklad je jistě výkon trestu mladistvých, to stejné platí pro instance sociální práce v právním systému, pro soudní pomoc pro mladistvé a kurátory v podmínce.

Přesto se nesmíme nechat oklamat tím, že tradiční koncepty sociální práce zůstávají ovlivněny jak svým původem v opatrovnických pořádkových opatřeních a státní kontrole deviance, tak smíšením blahobytného a kriminálně-justičního systému²⁰. Potud můžeme říct, že pomoc ve státu blahobytu má přinejmenším ve své tradiční organizační podobě vždy *dvojitý mandát*. Tím je zdůvodněno její systematické selhávání²¹. Když jsme se výše zmínili, že problém sociální kontroly se už dnes vyjadřuje v pojmech vyčlenění a kontrola stigmatizovaných jedinců a určitých skupin, tak k tomu můžeme připojit, že problém sociální pomoci potřebuje přeformulování na vhodné koncepty a místo *law enforcement* dosadit *empowerment* a *participaci* lidí.

Pokud tedy bere kritika hnutí diversion převahu trestající kontroly v praxi soudů pro mladistvé za východisko a požaduje splnění výchovné myšlenky, sepsané v roce 1953 v novém znění zákona o soudech pro mladistvé, můžeme diversion považovat za nový pokus zesílit pedagogické „nápomocné“ prvky trestního práva pro mladistvé, zmenšit převahu trestních justičních orgánů a uvolnit vázanost nápomocných instancí na cizí jednací a rozhodovací programy. Jak slyšíme z „praxe“, podařilo se to alespoň co do tendencí a praktické se cítí soudním jednáním daleko více emancipování. Skutečně by to mohlo znamenat, že je určitý rozdíl mezi sebenazíráním a legitimací trestní justice a sebekritickým náhledem a postoji těch, kteří ji zastupují, že tedy institucionální praxe je jiná než ideologie a více sleduje osobní přesvědčení a organizačně-specifické danosti. Na této rovině by se tudíž snad mohly odvíjet resp. odvíjet změny trestněprávních sankčních konceptů. Skutečně se zdá, že existuje připravenost aplikovat ambulantní opatření ve větší míře.

Na druhé straně je zde pro trestní justici nezbytnost se tomu vyhnout, neboť je podle Luhmannových slov „tendenčně založena na nefunkčnosti z přetížení“. To nám dokládají i čísla. Tak bylo už v roce 1981 44 % všech trestních řízení proti mladistvým zastaveno bez vynesení rozsudku, a to zcela bez diverzních projektů²².

Ale nemůže diversion, tzn. požadavek pomoci ze strany trestního soudu pro

²⁰ Ještě nový zákon o péči o mládež (KJHG) z 1.1. 1991 popisuje péči o mládež jako pořádkovou činnost, jejíž „vztažnými body“ jsou mladiství: především jde o „představu společnosti o úlohách, které má péče o mládež plnit „ve vyšším“ zájmu“: Münder et al. (1991), str. 25.

²¹ Dalším příkladem je státní protidrogová politika, srov. Meßner (1991).

²² Heinz/Spieß (1983), str. 928, srov. Dunkel (1992), str. 99

mladistvé, tento trend ještě podpořit? Tomuto očekávání odporuje „zdánlivá“ logika diversion: Nejde o zřeknutí se opatření, ale o to, aby namísto trestního řízení nastoupila opatření „co nejšířších neformálních metod místo formálního trestního stíhání“²³.

Ústřední otázka zastáncům a kritikům diversion je tato: Jestliže cestou diversion skutečně integrovala pomoc do činnosti trestající kontroly, může se to vůbec podařit, a když ano, za jakých podmínek?

Obecné trestní právo a trestní právo pro mladistvé:

Znaky a zásady

1. *Užití trestního práva je vázáno zákonem.* Tento základní princip hmotného trestního práva, který je současně vodítkem práva procedurálního, formuluje německá ústava (čl. 103 II ústavy) a také § 1 trestního zákoníku totožně: „Čin může být potrestán pouze tehdy, když byla jeho trestnost zákonem stanovena předtím, než byl spáchán.“ Jak vidíme, je to díky záměru podřídit pozitivní právo zcela, a státní tresty zejména, moci demokraticky voleného a kontrolovaného zákonodárce (viz výše).

Za dnešního stavu to klade nároky nejen na trestního soudce, ale i na trestního zákonodárce. Od *soudce* požaduje, aby vynášel rozsudky pouze na základě psaného zákona a ne na základě zvykového práva (*nullum crimen sine lege scripta*), a aby nerozšířil psaný zákon v neprospěch postiženého (*nullum crimen sine lege stricta*, tzv. „zákaz analogie“). Od *zákonodárce* požaduje, aby formuloval popis deliktu co nejpřesněji (*nullum crimen sine lege certa*) a neuplatňoval zákony zpětně (*nullum crimen sine lege praevia*).

2. *Trestní právo je fragmentární.* Když hovoříme o „fragmentárním charakteru trestního práva“ (K. Binding), máme na mysli skutečnost, že trestní právo neohrožuje trestem všechna porušení normy, ke kterým ve společnosti dojde, ale vybírá pouze některá – přičemž pro svou funkčnost ani všechna postihnout *nemůže*. Fragmentárnost tedy znamená selektivitu; selektivitu, která trestní právo vzhledem k jeho postulátu rovnosti zásadně zpochybňuje. Na druhé straně zdůrazňuje liberální kritika trestního práva, že trestní právo o dokonalost vůbec neusiluje, nýbrž se má omezit na minimální regulaci. Hrozba a výkon trestu by se neměly používat k zastrášení, ale k zajištění norem a tímto způsobem ovlivňovat jiné, méně veřejné procesy sociální kontroly. Zajištění

²³ *Richtlinie* (1992), str. 62

norem ale může být důsledkem jak kriminalizace a hrozby tvrdším trestem, stejně jako dekriminalizace a zmírnění trestů.

3. *Trestní právo je dvoukolejný systém*, systém kumulace trestu, který předpokládá vinu, a *opatření*, která vycházejí z odhadu nebezpečnosti pachatele. Na základě diskuse o trestní teorii je základem tohoto systému tato logika: Pokud se ve smyslu čisté teorie odplaty nezřekneme ospravedlnění trestu z hlediska jeho faktického působení, zůstává nám stěžejní otázka, jaké jsou žádoucí a nežádoucí následky státního trestu (viz výše). A když aspekt viny nepřipustí přiměřené potrestání ve smyslu léčení pachatele a ochrany většiny, pak musí následně nastoupit vedle trestu další systém reakcí, které nejsou závislé na souvislosti viny: opatření nápravy a zajištění.

Nevyřešené problémy trestních teorií se znovu vrací v diskusi o teorii a praxi dvoukolejného systému. Ústřední je i zde otázka legitimity. Odpověď je, že se opatření dají ospravedlnit tak dobře a tak špatně jako trest opřený o úvahy o účelnosti – tedy nepřesvědčivě. Odkaz na ochranu mnoha jednotlivých členů společnosti jako cíl opatření sice vysvětluje kriminálně-politický záměr, ale neospravedlňuje jeho provedení.

4. *Trestní právo se uplatňuje v procesní formě*. Trestněprávní rozhodnutí jsou vždy rozhodnutími v rámci procesní formy. To za prvé znamená, že hmotné právo, procedurální právo a právo soudní jsou jako momenty trestněprávních rozhodnutí stejně důležité. Neboť hmotné právo je důležité pouze v určitých *procesních situacích*, tj. v sociální realitě, která je nastolována určitými, ritualizovanými cestami. Jak tyto situace vypadají, závisí na procesním a soudním právu. Vývoj v hmotném právu působí na právo procesní a soudní a naopak. Příklad: TOA (vyrovnání pachatele s obětí) (jako hmotné právo zaměřené na resocializaci, § 10 JGG) potřebuje ke svému úspěchu procesní a soudně právní organizaci, která se strukturálně liší od organizace trestního řízení a hlavního líčení.

Trestněprávní rozhodnutí přináší vždy jen podmínky pro pokračování do dalšího stadia procesu; jsou to tedy rozhodnutí o postačujících důvodech pro oznámení, žalobu, odsouzení, zproštění viny etc. Procedurálnost tudíž za druhé znamená, že trestněprávní rozhodnutí odpovídají na otázku, jak může být nastolena spravedlnost, ne ale, co to spravedlnost je. Výstupem procedurálnosti je právo a ne spravedlnost.

5. *Vina jako omezení trestního násilí*. Princip viny klasického liberálního trestního práva se zakládá na politickém cíli chránit jednotlivé občany před zásahem státu a tlakem společnosti. Zastupuje tím pozici zabezpečení práv proti kriminálně-politickým zájmům státu a jeho institucí. Princip viny znamená, že beztrestnost musí nastoupit, pokud pachatel uvede nezvratné důvody, které jeho jednání omlouvají. Aspekt viny nutí trestní justici ke zkoumání otázky,

zda i při dané skutkové podstatě a protiprávnosti, tedy přes zdánlivou trestnost přece jen nemusí nastoupit beztrestnost.

6. *Konstrukce trestného činu*: Systém trestných činů a obecná nauka o trestném činu je logikou, která v konkrétním případě zprostředkuje mezi trestním zákonem a jeho užitím. Nabízí metodu zkoumání trestnosti, když jako *trestný čin* definuje jednání, které má *znaky skutkové podstaty*, je *protiprávní a zaviněné*; to platí pro veškeré formy deliktů. Systém trestných činů nastínil v hrubých rysech tyto znaky: korespondenci činu skutkové podstatě, protiprávnost, vinu, objektivní podmínky trestnosti, osobní důvody vyloučení trestu a osobní důvody zrušení trestu, procesní předpoklady a překážky potrestání.

Nauka o trestném činu, která odráží to podstatné u všech forem deliktů, je obsažnější než prostý katalog deliktů. Jako navzájem sladěné stupně posuzování deliktu mohou být stupně výstavby trestného činu považovány za kritéria státoprávní „spravedlnosti“ (srov. ale 4.).

Procedurální principy

Takzvané procedurální principy mají stejnou funkci jako trestní teorie pro hmotné právo. Jako součást procesní teorie činí srozumitelnými podrobné úpravy a umožňují manipulaci s nimi. Stejně jako trestní teorie jsou principy trestního řízení srozumitelné teprve v souvislosti politicko-právního pojmu právního státu.

1. *Presumpce neviny*: Úlohou státního žalobce popř. soudu (v předběžném projednání obžaloby a v hlavním líčení) je v přípravném řízení přinést důkazy. Důkazní břemeno leží tedy zcela na justici.
2. *Princip instrukce* zavazuje všechny soudní orgány k hledání pravdy. Soudy nejsou vázány na důkazy, které přinesly sporné strany. Každý je nevinný, dokud není shledán vinným v konečném rozsudku. Tento princip vylučuje „plea bargaining“, což ovšem neznamená, že tomu tak v praxi není.
3. *Právo na slyšení*: Už čl. 103 ústavy zaručuje, že nemůže padnout žádné rozhodnutí v neprospěch postiženého, aniž by mu byla dána možnost k vyjádření jeho názoru na věc.
4. *Princip „oficiálnosti“* říká, že všechny trestné činy musí být stíhány nezávisle na tom, zda si to oběť přeje či ne. I zde jsou možné výjimky z pravidla: Určité trestné činy jsou stíhány pouze na základě udání (krádež a zpronevěra věcí nepatrné hodnoty, § 248a trestního řádu); určité politické trestné činy jsou stíhány pouze na základě rozhodnutí vládních míst nebo jiných úřadů (§ 77 – 77e tr. zák.).
5. *Princip legality*: Státní žalobce je povinen vznést obžalobu, pokud existují proti nějaké osobě dostatečné důkazy. Oproti tomu mu princip *oportunitity* dává volnost posoudit, zda obžalobu nepodá (s neformální sankcí nebo bez ní) nebo případ předloží soudci (§§ 153 ff. tr. ř.). Zákonost obou principů tkví

především v jejím kriminálně-politickém efektu: Oportunita, oficiálně deklarovaná jako brána k dekriminálnímu právu, slouží jako strategie odlehčení trestní justice, prakticky zefektivnění kriminálního soudního systému a ne jako princip legality k jeho omezení na jeho platné základy.²⁴

6. *Princip obžalovací*: Státní žalobce nemá pouze za úkol provádět vyšetřování, ale musí také přednést případ soudu. Bez žalobcovy formální obžaloby nemůže fungovat žádný soud. Obžaloba přijatá soudem určuje, o co vlastně v řízení půjde a o co ne.

Změněné trestní právo pro mladistvé (JGG)

Jádrem tendence trestního práva, které se orientuje na následky, je vyčlenění určitých trestněprávních oblastí pro určité skupiny pachatelů, např. pro duševně choré, nebo pro určité činy. Ve všeobecném trestním právu se tento vývoj projevuje v různých „nápravných“ opatřeních pro různé skupiny pachatelů (§§ 63 ff. trest. zák.). Jako samostatná větev práva se mezitím vyvinulo trestní právo pro mladistvé se svými vedlejšími předpisy a pořádkové právo (OWiG z 24.5.1968 ve znění vyhlášky z 19.2.1987, obč. zák. I.1 s. 602). Jako zvláštní rozvinutí trestního práva mají obě modelový charakter.

Zvláštní trestněprávní význam OWiG spočívá v tom, že kromě rozlišení zločinu a přečinu zavádí navíc kategorii přestupků proti řádu k posouzení trestuhodnosti nějakého jednání; přitom je rozhodující, že touto kategorií opouštíme oblast trestnosti. Kriminálně-politický význam OWiG spočívá v jeho schopnosti sloužit dekriminálnímu právu určitých jednání a také zefektivnění trestní justice tím, že jí odejme velký počet bagatelních případů.

Tento dvojitý význam přináší, mutatis mutandis, také trestnímu právu pro mladistvé, kterým se zde budeme blíže zabývat. Zatímco trestní právo pro dospělé podchycuje osoby od 21 let, týká se trestní právo pro mladistvé okruhu osob mezi 14 a 18 rokem života (mladiství) a mezi 18 a 21 lety (dospívající, § 1 JGG). Osoby pod 14 let nemohou být trestány (§ 19 trest. zák.). Zákon o soudech pro mladistvé obsahuje i hmotné (§§ 1 ff., 105 ff. JGG) i procedurální (§§ 43 ff. JGG) a soudní právo (§§ 33 ff. JGG).

Zákon o soudech pro mladistvé (§ 5) předpokládá tyto druhy sankcí: výchovná opatření (tj. *nařízení* a *závazky*, které slouží pouze výchově), kárné prostředky (výstraha, uložení *povinnosti* a *nápravné zařízení* pro mládež) a jako jediný trest odnětí svobody pro mladistvé od min. 6 měsíců do max. 10 let (§§ 17, 18).

Německé trestní právo pro mladistvé je od svých diskusí na počátku tohoto století charakterizováno přesvědčením, že se mladiství pachatelé nesmí srovnávat s dospělými; musí se zásadně vychovávat a ne trestat. Tato myšlenka však do dneška

²⁴Kdo doposud pochyboval, je poučen novým zákonem, který už v názvu nekrytě vyjadřuje svůj obsah: *Das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege* (11.1. 1993, BGBl. I str. 50) rozšiřuje the prosecutor's the discretionary power a rozšiřuje své možnosti dle § 153a StPO (procesního řádu).

nevedla k dalekosáhlé dekriminálnímu právu mladistvých, ale dala vzniknout trestnímu právu mladistvých jako oblasti práva se všemi znaky, které trestní právo má. To především znamená, že současně trestní právo pro mladistvé je *trestním* právem a de facto se tak používá. Aktuální potřeby a vývojové perspektivy mladistvých se do tohoto modelu myšlení dostávají nanejvýše jako okrajové podmínky.

V obecném trestním právu mohou osobnost a sociální postavení pachatele hrát roli až při výměře trestu (§ 46 trest. zák.). Oproti tomu v trestním právu pro mladistvé by měly tyto dva aspekty podmnít už volby reakce soudce. Ale soudci většinou vůbec nejsou schopni relevantní anamnézu nebo dokonce prognózu vypracovat a výchovné nástroje, které mají k dispozici se zrovna nevyznačují otíráním perspektiv, ale tím, že mají jako povinnosti a nařízení vždy také represivní charakter. Vládnoucí mínění si však libuje poukazováním na „lécivé“ působení formy „dát někomu na pamětnou“. Právě v trestním právu pro mladistvé by se ale mělo ukázat, jak vážně to systém myslí se svými deklarovanými cíli priority pomoci a potlačení trestu s charakterem odplaty. Stav zákonodárství v trestním právu pro mladistvé je důležitým ukazatelem stavu teorie trestu a ochranných opatření.

Současně je ale trestní právo pro mladistvé indikátorem schopnosti trestního práva potlačit kriminálně-politické zájmy pomocí zásahů vůči osobě pachatele. Ochranná funkce trestního práva se musí zřetelně projevit tam, kde se potřeba „péče“ o pachatele nejvíce dotýká lehké „viny“ – tedy právě u většiny případů v trestním právu pro mladistvé.

Pro trestní právo pro mladistvé mělo z tohoto hlediska v roce 1990 význam schválení nového zákona o péči o děti a mládež (KJHG) jako 8. knihy sociálního zákoníku (SGB VIII), který hledá nové cesty na základě představy „udržet nebo zachovat pozitivní životní podmínky pro mladé lidi“. Tím byla péče o mládež nejen osvobozena ze svého postavení v „duševním suterénu“ trestní justice, ale byl tím písemně formulován současný dualismus pomoci a trestu. Neboť přibližně ve stejné době byla schválením 1. zákona o změně zákona o soudech pro mladistvé z 30. 8. 1990 (JGGÄndG) provedena částečná reforma trestního práva, ve které podněty k nějakému koncepčnímu přeformulování nenajdeme.²⁵

Tento zákon vstoupil v platnost 1. 12. 1990 (spolkový sněm požadoval od vlády, aby do 1. 10. 1992 předložila návrh k druhému JGGÄndG). Jeho první pracovní návrh z bonnského ministerstva spravedlnosti pocházel z roku 1982, vládní návrh zákona z roku 1989. Důvodem dlouhotrvajících debat byl strach příslušných míst ze zatížení rozpočtu, ale i z různých kriminálně-politických stanovisek.²⁶ Ve svém

²⁵Ne jako netypické se jeví, že jediná skutečná inovace tohoto zákona, TOA (§ 10 (1) č. 7 JGG), byla pojata do kategorie *nařízení*, srov. Meßner (1993b). Do roku 1994 má být vypracována celková reforma.

²⁶Zákonná úprava formální sociální kontroly spadá ve Spolkové republice do pravomoci spolkového sněmu, provádění a financování do rukou jednotlivých spolkových zemí.

současném znění má zákon o soudech pro mladistvé každopádně „širokou politickou podporu“.²⁷

To jistě souvisí se skutečností, že trestní právo pro mladistvé „jako takové a jeho podstatný obsah“ nikdy nebyly předmětem vážné diskuse: „V dlouhém zákonodárném procesu opravdu nikdy nešlo o návrhy, které by obsahovaly zásadní odvrácení od trestního práva pro mladistvé.“²⁸ Daleko více šlo zákonodárcům o podchyzení výchovy jako směrnice a její realizaci v tomto smyslu. Ve stadiu změn jsou nové úpravy TOA a omezení vyšetřovací vazby. Platností KJHG byla první změna pozmeněna ještě jednou: Odstranila se opatrovnícká výchova a byla posílena výchovná pomoc, kterou mohou soudci mladistvých využít.

Soudní péči o mladistvé tedy přísluší ve vládním návrhu „klíčová úloha“ při „uskutečňování výchovné myšlenky JGG“²⁹; přičemž napětí mezi zákonem o soudech pro mladistvé a zákonem o péči o děti a mládež, jehož „specifickou úpravu“ JGG představuje, můžeme očekávat už z hlediska zajištění ochrany dat. Zda KJHG opravdu odpoutá úřady péče o mladistvé z „převažující blízkosti soudu pro mladistvé“³⁰ a poskytne jim potřebnou samostatnost, ukáže budoucnost. Víra, že úřady pro mladistvé jsou vůbec schopny „samostatného řešení výchovného problému, který se skrývá za trestností mladistvé osoby“³¹, vyplývá z vlastního přecenění sociální práce. Když totiž skutečně budeme považovat pro „sociálně-pedagogický profil pomocného práva pro mladistvé“ za rozhodující, že daná nabídka nemůže být realizována jejími nositeli, nýbrž pouze když mladiství, kterých se týká, „to chtějí“³², dívá se zákon o soudech pro mladistvé na ně v podstatě jako na předměty státního jednání, jak to dokazuje jejich omezené právní postavení: Mladistvý může být v trestním řízení vyloučen z hlavního přelíčení (§ 51), zdůvodnění rozsudku může být z „výchovných důvodů“³³ zkráceno (§ 54 II); v oblasti právní pomoci se krátké odvolací lhůty a opravné prostředky jsou věcně (§ 55I) a instancně (§ 55 II) omezeny; k dispozici je pouze instance opravných prostředků. Proto zůstává v otázce péče o mladistvé vždy dilema mezi orientací na pomoc a závazky na jiné cílové představy.

Zásadně se dají v předpisech nového zákona o soudech pro mladistvé rozeznat dvě tendence: rozšíření diversion (§§ 45, 47) a budování tzv. ambulantních opatření. Jelikož byl ale už počátkem osmdesátých let počet zastavení řízení stejně významný jako počet odsouzení podle JGG³⁴, omezuje se inovace jen na podchyzení už stejně

²⁷Böttcher/Weber (1990/91), str. 101

²⁸tamtéž, srov. Resch (1992), str. 101

²⁹Böttcher/Weber (1990/91), str. 10

³⁰Münder et al. (1991), str. 215

³¹tamtéž

³²stejný komentář: viz výše, str. 24

³³§ 62 KJHG (povinnost poučení) zlepšuje právní postavení mladistvého.

³⁴Böttcher/Weber (1990/91), str. 562

probíhajícího vývoje. Pozoruhodné je, že státní zastupitelství rozhoduje samo, zda jsou naplněny předpoklady § 45 II, ovšem odstavce II a III jsou nyní donucovací³⁵. Předpokladem pro uplatnění jsou dostatečné podezření z trestného činu nebo přiznání mladistvého.

Souhrnem můžeme konstatovat, že se dodržují základní struktury zákona o soudech pro mladistvé (JGG), navíc však k němu přistupuje vyrovnání pachatele s obětí (TOA).

Tak zvaná alternativní opatření

Od začátku krize státu blahobytu v sedmdesátých letech a obecného společenského úpadku let osmdesátých se v kriminálně-politické diskusi vyčlenily tři směry: blednutí atraktivnosti resocializačních koncepcí, diskuse o diversion³⁶ a objevení obětí³⁷. Do popředí tohoto vývoje se dostala tzv. alternativní opatření. Tím ovšem liberální hlavní proud nemíní alternativy k státnímu trestu, nýbrž sankce, které setrvávají v rámci kriminálně-justičního systému. Jedná se tedy o strategie obnovení modernizace trestního práva, které hledají odpověď na stav jeho krize, aniž by ho nějak zásadně zpochybňovaly.

Všem těmto strategiím je společný jejich ambivalentní charakter: Mají být současně pomocí i trestem, nabídkou podpory a výkonem státní moci. To znamená, že také „alternativy“ se nevymaňují z rozporné logiky, která charakterizuje myšlení trestního práva přinejmenším od Lisztova Magdeburského programu³⁸. Proto jsou ambivalentní i jejich efekty:

- Alternativy jsou pružné a více individuálně použitelné než výkon v totálních institucích, právě proto se výborně hodí pro trestání bagatel, které by jinak zůstaly bez reakce³⁹; slouží tak v první řadě racionalizaci průběhu cjs, méně už rozumnému zacházení s pachatelem (a oběťmi!).
- Méně zasahují do života pachatelů v podmínce (a v jednotlivých případech i pomáhají) a tím se zdají být humánnějšími; personálně, hmotně a organizačně omezená praxe provádění alternativních sankcí (viz níže) ale změnu oproti tradičnímu výkonu trestu často degraduje na pouhou změnu nálepky.
- Nejsou žádnými samostatnými prvky uvnitř sankčního systému, tj. jsou pod výhradou trestu odnětí svobody, který je v případě selhání pachatele v podmínce přece jen vykonán. To platí pro nápravu v obecném trestním právu.

³⁵Přičemž jsou zastavení dle § 45 III JGG „po léta“ klesající: tamtéž

³⁶srov. Meßner (1993b)

³⁷srov. Kaiser/Kury/Albrecht (1991)

³⁸viz výše; srov. Maiwald (1972), str. 17ff

³⁹Zcela bez diversion bylo v roce 1981 dle §§ 45, 47 zastaveno 44 % všech trestních řízení proti osobám mladším 21 let, do roku 1991 vzrostl tento počet na 61 % – což ještě neznamená, že nebyly vynešeny jiné sankce, srov. Dünkel (1993), str. 151.

i pro vyrovnání pachatele s obětí (TOA) v trestním právu pro mladistvé (srov. pozn. 8).

Německé trestní právo zná doposud jen dvě alternativy odnětí svobody: nápravu a obecně prospěšnou práci. V praxi se tyto úpravy ale užívají relativně málo – přičemž existují značné regionální a institucionální rozdíly (vždyť tu spolupracují soudy, státní zastupitelstva, sociální služby justice, úřady péče o mládež a volní nositelé).

Vyrovnání pachatele s obětí zůstává programem, který našel odezvu pouze v trestním právu pro mladistvé.

Všeobecně prospěšná práce

V obecném trestním právu je možnost nahradit krátké tresty odnětí svobody dobrovolnou sociálně prospěšnou činností v délce 40 – 240 hodin zákonem dána pouze jako *všeobecně prospěšná práce* místo náhradního trestu odnětí svobody za nedobytnou peněžitou pokutu. Tak se skutečně méně či více rozsáhle praktikuje ve všech spolkových zemích.

V této normalitě nařízení k práci se odráží i realita alternativních opatření: Skutečně pomáhající, časově intenzivní, na konkrétní případy vztahená opatření sociálně-pedagogického charakteru vyžadují vysoké náklady a jsou tudíž řídká; nařízení k práci takový charakter zpravidla nemá a slouží především omezení škod, totiž zamezení (opětovného) zatčení pachatele.

V trestním právu pro mladistvé funguje všeobecně prospěšná práce jako ambulantní sankce. Může se stanovit rozsudkem jako *nařízení* soudce pro mladistvé nebo jako *uložení povinnosti* soudcem / státním zástupcem, podle kterého se trestní řízení dle §§ 45, 47 JGG zastavuje. Je přípustná, pokud vhodně ovlivní postoj obžalovaného a má preventivní vztah – „zákonodárce chtěl přihlížet k praxi, že všeobecně prospěšná práce může být jak poučným zážitkem, tak lístkem na pamětnou“. Podle různých komentářů je ostatně pracovní povinnost také alternativou nápravného zařízení pro mládež, neboť „i pracovní povinnost“ je „výchovně zaměřena a omezena... Represivní, k činu vztahený dopad, který je pracovní povinnosti vlastní, nemění nic na tom, že může být splněna v přehledné době...“⁴⁰. Zjevně tedy existují domněnky, že taková alternativa může být opravdu těžší než „pouhý trest“. „Toto opatření se orientuje na mladistvé / dospívající“, zdůrazňuje jeden saarbrückenský projekt, který se snaží „koncipovat pracovní povinnost tak, aby oproti odpykání v nápravném zařízení pro mládež nezanechala pokud možno žádné negativní a stigmatizující následky“⁴¹.

⁴⁰ Richtlinie, str. 565

⁴¹ Svaz pro podporu..., str. 1, kap. 3.2

Náprava

Vedle obecné normy o výměře trestů § 46 odst. 2 trest. zákoníku, která pojednává o „snaze pachatele ... napravit škodu“ stejně jako dosáhnout vyrovnání s postiženým, existují úpravy, které při vynesení trestu podmíněčného odnětí svobody umožňují *uložení povinnosti* napravit škodu (např. §§ 56b trest. zák., § 23 JGG). Náprava škody je upravena dle § 153a trestního řádu a jako uložení povinnosti dle § 15 JGG; jako povinnost v podmínce byla vždy možná dle §§ 45, 47 JGG.

V trestním právu pro mladistvé se různé projekty snaží o provedení různým způsobem. Náprava může být prováděna ve spojení nebo namísto vyrovnání pachatele s obětí a odpovídajícím způsobem má za cíl náhradu škody (obnovení stavu, výkon peněžní nebo pracovní) nebo osobní vyrovnání mezi spornými stranami. Jako u všech nařízení a uložení nesmí přitom být na mladistvého kladeny žádné „přehnané požadavky“ (§§ 10, 15 JGG).

Vyrovnání pachatele s obětí (TOA)

TOA je dle § 10 JGG *nařízením* a „příkaz“, že se má mladistvý snažit „dosáhnout vyrovnání s postiženým“. Tato sankce měla velký ohlas a je hodnocena vesměs pozitivně: Jako opatření je „sympatická“⁴² a svědčí o novém pohledu trestněprávních reakcí (ačkoliv byla k dispozici od roku 1987 na základě zákona o ochraně obětí § 46 trest. zák.). TOA umožňuje upuštění od stíhání (§ 45 II JGG) nebo soudní zastavení řízení a může být použita jako „výchovné opatření“ nebo jako nařízení v podmínce. Okruh působnosti je velmi široký: TOA se nevylučuje ani při zločinech.

V praxi se pod TOA rozumí všechny snahy, „uvést do pořádku všechny problémy, zátěže a konflikty, které po trestném činu mezi pachateli a postiženými vznikly“. Vyrovnání „provází zprostředkovatel, který vede jednotlivé rozhovory s postiženými, směřuje pachatele a oběť k osobnímu setkání a tyto rozhovory o vyrovnání mezi nimi moderuje. Vedle konkrétního napravení škody a urovnání konfliktu se více uplatňují cíle jako... zdůraznění zájmů oběti v rámci trestního stíhání, zvýraznění norem pachatelům a zmírnění trestních reakcí, ale také ušetřit postiženým občanskoprávní spory“⁴³.

Pod TOA v užším slova smyslu můžeme tedy rozumět napravení a urovnání konfliktu. Podle nás sleduje TOA i cíle, které neslouží pouze sporným stranám, ale „navíc“ jsou i v zájmu třetích osob. A každopádně se objevuje, jak Böttcher s Weberem oprávněně zdůrazňují, „problém dobrovolnosti“⁴⁴ vyšetřovaného.

⁴² Böttcher/Weber (1990/91), str. 565

⁴³ Schreckling (1992), str. 235

⁴⁴ Böttcher/Weber (1990/91), str. 565

3.

Analýza praxe trestního práva pro mladistvé

Zde bychom si nejprve chtěli utvořit přehled o realizaci opatření, předpokládaných zákonem o soudech pro mladistvé (JGG). Poté se budeme věnovat otázce, jaký význam můžeme empiricky kriminalitě mladistvých vůbec přisoudit. Na tomto základě nastíníme vývojové tendence německého trestního práva pro mladistvé, abychom nakonec dospěli k posouzení hodnoty TOA či mediace jako vlastní inovace nového zákona o soudech pro mladistvé v aktuální praxi diversion.

Kriminologické výsledky a nálezy

1. S ohledem na rozšíření diversion (§§ 45, 47) jsme se už zmínili, že se jedná o podchycení v praxi již existujícího vývoje. Na doplnění můžeme konstatovat, že zatímco „zastavení řízení dle § 45 III JGG... už léta ustupuje“, je praxe poněkud odlišná: Tak je zastavení uplatňováno v Brémách třikrát, v Hamburku pětkrát častěji než je spolkový průměr⁴⁵.

Co můžeme říci navíc ke konstrukci doposud nezmíněných ambulantních a jiných opatření, předpokládaných zákonem o soudech pro mladistvé? Při *nařízení opatrovnícké péče* (§ 10) je kladen důraz na pomoc a podporu. Jelikož ale klade vysoké nároky na personál a je drahá, není určena pro běžné případy. Doba úpravy se doporučuje od 6 do 12 měsíců, povinná nejvyšší lhůta činí jeden rok. Soudní dvůr je povinen opatření provést, role opatrovníka je zdůrazněna. To stejné platí pro *kurzy sociálního tréninku* s tím rozdílem, že jsou zde zdůrazňovány sociální učení a přehledná doba trvání kurzu a délka je stanovena nejvýše na šest měsíců.

Také u nápravného zařízení pro mládež (§§ 11, 15, 16, 58, 65, 87, 90) je důraz na „pomoc“, podle komentáře: na pomoci „zvládnout potíže, které přispěly ke spáchání trestného činu“⁴⁶. Zatímco je důvodem pro všeobecné odmítání této sankce praxe její výkon, která postrádá sociálně-pedagogický obsah, není praxe soudnictví zjevně schopna se bez ní obejít: Její podíl na odsouzeních sice klesl z 23,6 % v roce 1976 na 18,6 % v roce 1988 – v absolutních číslech je to ale 18025 případů! Zákon nyní činí omezení, že subjekt výkonu trestu, tj. soudce pro mladistvé okresu, ve kterém se zařízení nachází, může „z výchovných důvodů“ od výkonu trestu upustit (§ 87 III) a soudní dvůr o to může zažádat.

Více ambulantních opatření ale zjevně znamená více *trestů v polepšovně*: Zde zaznamenávají statistiky stálý nárůst, jeho podíl na odsouzeních je asi 33 %. Také u polepšovny je kladen důraz na „pomoc“, tento trest ale nepomáhá mladistvému, nýbrž soudci tím, že mu poskytuje onu „zálohu“, „zkusit uplatnit alternativní sankce i ve sporném případě“ (Böttcher / Weber); polepšovnu můžeme hodnotit jako

⁴⁵Böttcher/Weber (1990/91), str. 562

⁴⁶Böttcher/Weber (1990/91), str. 7

„preventivní opatření“⁴⁷, jehož opakování je tím pádem přípustné. Mladistvý musí ovšem mít možnost před soudem vypovídat.

Důležité změny vzhledem k *trestu pro mladistvé* (§§ 19, 21 II, 24, 30 I, 58 I, 85, 89a) jsou zrušení trestu na dobu neurčitou a rozšíření trestu podmíněného. Počet posledně jmenovaných v praxi stále stoupal, až dosáhl 50 %⁴⁸, a to bez současného nárůstu odvolání! V této oblasti ale zřejmě neexistuje žádná rutina: „Přes dobré prognózy přerušení trestu nenastává, pokud je výkon nařízen „s ohledem na vývoj mladistvého“⁴⁹.“ K otázce, kdy tomu tak je, říká vládní návrh, že se zde nejedná o základy výchovy nebo generální prevence, nýbrž o základy poměrnosti a subsidiarity, tj. konkrétní případy nastanou tehdy, když to bude požadovat „závažnost provinění“.

Vyšetřovací vazba (§§ 71, 72, 68) hraje v praxi relativně malou roli. K 31. 12. 1989 bylo ve vyšetřovací vazbě 324 mladistvých, 1086 dospívajících, ale 10821 dospělých a tato tendence je klesající. Pozoruhodné je, že v § 72 I věta 2 (s ohledem na § 112 I 2 trestního řádu) je „poprvé v textu zákona“⁵⁰ zmínka o zátěžích z výkonu trestu; navíc zákon zdůrazňuje zásadu poměrnosti a předepisuje, že poměrnost musí v jednotlivém případě vyplynout ze zdůvodnění zatykače: Formule samotné nestačí.

2. Zabýváme-li se otázkou významu kriminality mládeže, musíme si nejprve ujasnit, že se za touto otázkou skrývá základní společenský problém. Už po několika málo úvahách o historii musíme dospět k závěru, že pro každou společnost se zjevně nastoluje problém, jak zacházet s úchylným chováním svých členů. Tento problém se netýká jen výstavby příslušného právního řádu a v žádném případě se netýká pouze úchylného jednání mladých lidí. Přesto i v tom můžeme vidět určitý generační problém, neboť každá mladá následující generace vyrůstá v jiných ekonomických, sociálních, politických a kulturních poměrech. V tomto se musí střetnout s předchozí, starší generací (a tato s ní). Význam onoho specifického úchylného chování mladých lidí, který nazýváme kriminalitou mladistvých, se musí historicky a sociálně obměňovat.

Německé trestní právo pro mladistvé rozumí pod kriminalitou mládeže trestné činy mladistvých, tj. mladých lidí mezi 14 až 18 lety, a trestné činy dospívajících, tj. mladých lidí mezi 18 až 21 lety (§ 1 II JGG). Co to kriminalita mládeže je, závisí tím pádem na definici. Jak labilní tato trestněprávní definice je, ukazuje nám – vedle skutečnosti, že každý stát má definici vlastní – ostýchá zákonodárce odvážit se při reformě zákona o soudech pro mladistvé (JGG) konečně učinit „velké řešení“ zvýšením věkové hranice trestní zodpovědnosti. Víme, že ono tak zvláštní kriminální jednání

⁴⁷Böttcher/Weber (1990/91), str. 8. A jako více než oprávněná otázka, do jaké míry to znázorňuje zdvojené potrestání mladistvého, srov. Dunkel. (1992), str. 110

⁴⁸Heinz (1990a), str. 221

⁴⁹Böttcher/Weber (1990/91), str. 8

⁵⁰tamtéž

mladistvých je všudypřítomné a epizodní, proto zůstávají speciálně-preventivní zásahy bez účinku. Klasicky jde převážně o přečiny proti majetku, vlastnictví a tělesné integritě.

K empirickému významu kriminality mládeže můžeme na základě policejní kriminální statistiky (PKS) a dalších výzkumů konstatovat:

1. Podíl mladistvých a dospívajících na počtu policejně vyšetřovaných podezřelých je s 10 % asi dvojnásobný než podíl na počtu obyvatel⁵¹.
2. Kriminální zatížení obyvatel přes 30 let je výrazně menší než u mladistvých a dospívajících. Ale nenechme se mýlit relativně vysokým zatížením mladistvých: Přibližně 76 % *všech* registrovaných podezřelých a 82 % *všech* odsouzených jsou dospělí.
3. Tato situace panuje už mnoho let.
4. Vzhledem ke struktuře deliktů dominují u všech věkových skupin majetkové, vlastnické a dopravní delikty, u mladistvých se jedná převážně o krádeže.

Ve statistice odsouzených samozřejmě převažují těžké trestné činy, pro nezkreslený obraz si tedy musíme vzít statistiku všech podezřelých vyšetřovaných policií. Poté nám z toho vyplyne, že u mladistvých se jedná nejvíce o takové delikty jako jednoduchá krádež v obchodě, ublížení na zdraví, odpor proti veřejnému činiteli, rušení veřejného pořádku a porušení zákona o omamných látkách. V konkrétních formách to znamená: krádež v obchodě, kapsářství, přechovávání omamných látek. Celkem můžeme konstatovat, že se většinou jedná o delikty lehké a jednoduše strukturované, které na rozdíl od „typických“ trestných činů dospělých nekladou žádné vysoké nároky na přípravu, organizaci a provedení a jsou tedy pro trestní orgány i pro veřejnost *dobře viditelné*⁵². Aktuální praxe výměry trestu nám dává tento obraz: V roce 1990 bylo odsouzeno k trestu pro mladistvé 12103 mladistvých a dospívajících (8792 dospívajících a 3311 mladistvých), z toho 7784 k trestu podmíněčnému⁵³. Bylo vyneseno 63507 nápravných a 32861 výchovných opatření. Nejvíce tedy byly uplatněny nápravné prostředky a v jejich rámci uložení povinností (25967) a z nich především povinnost úhrady peněžního obnosu ve prospěch všeobecně prospěšného zařízení (24154). Výchovná opatření byla skoro výhradně ve formě nařízení (32702).

Projevují se tyto tendence:

⁵¹srov. Döling (1992), str. 40ff

⁵²Srov. Döling (1992), str. 45. Proto je na místě výhrada proti kriminálním statistikám o odchýlném chování mladistvých, že odráží především změny v úrovni kontroly jednání žalobce a oběti i strategie trestních a bezpečnostních orgánů.

⁵³Počet odsouzení k nepodmínečnému trestu po léta klesá. Na této změně v praxi soudců pro mladistvé je především pozoruhodné to, že zákonodárce na ni nemá sebemenší podíl, srov. Vultejus (1992), str. 377

- Stále ve větší míře se užívá neformálního vyřízení věci (zastavení dle §§ 45, 47 JGG s neformální sankcí, diversion). Ale právě praxe zastavení je naprosto rozdílná: Tak je počet zastavení v Brémách třikrát a v Hamburku pětkrát vyšší než spolkový průměr⁵⁴.
- Uvnitř formálních sankcí se těžiště přesouvá na ambulantní opatření. Stacionární reakce (pečovatelská výchova, nápravné zařízení pro mladistvé, trest pro mladistvé) se užívají stále méně, poměrně asi 3 : 1. Více ambulantních opatření ale znamená častější *aplikaci polepšovny*, „preventivního“ opatření jehož opakování je přípustné: Zde zaznamenávají statistiky stálý nárůst; jeho podíl na odsouzených je asi jedna třetina.
- Klesá počet trestů v nápravném zařízení pro mladistvé v roce 1990 to bylo ale pořád 12785 případů!
- *Vyšetřovací vazba* (§§ 71, 72, 68) hraje v praxi relativně malou roli (srov. ale 3.2.3). K 31. 12. 1989 bylo ve vyšetřovací vazbě 324 mladistvých, 1086 dospívajících, ale 10821 dospělých a tato tendence je klesající.

Ve srovnání⁵⁵ s dospělými je situace mladistvých a dospívajících o něco horší.

- Na základě relativně častého znění rozsudku na nápravné zařízení pro mladistvé je podíl trestů odnětí svobody podstatně vyšší než ve všeobecném trestním právu.
- V podobných případech musí mladiství počítat s nepodmínečným trestem častěji než dospělí s nepodmínečným trestem odnětí svobody.
- U opakovaných trestných činů nesou pachatelé pod 21 let vyšší riziko nepodmínečného rozsudku, jejich tresty jsou delší, vyšetřovací vazba je častější, když jde o závažnost deliktů, jsou rizika rozdělena opačně.

Závěrem: Opakovaně nápadní mladiství a dospívající jsou trestáni tvrději než srovnatelní dospělí obžalovaní. To je ještě výraznější, když do tohoto pozorování zařadíme i tresty v nápravném zařízení pro mladistvé.

3. Jaké vývojové tendence můžeme na základě dosavadních nálezů formulovat? Zákon o soudech pro mladistvé jistě sleduje zásadu subsidiarity trestu a trestního řízení (§§ 5, 17) a zná ony „formy odhlédnutí od formálního řízení“, které jsme zde v širším slova smyslu rozebírali jako diversion. V praxi je však katalog různých sankcí sotvakdy vyčerpán. Dünkel zde odkazuje na „příklad uložení napravení nebo omluvy, které činí i nadále méně než 2 % soudních sankcí“⁵⁶, což je číslo velmi malé.

Vzestup počtu zastavení dle §§ 45, 47 JGG v období 1980 – 1988 z 43 % na 52 % byl pouze nepatrný, když si uvědomíme, že výchozí počet (na základě „přetížení“)

⁵⁴Je dávno známo a statisticky doloženo, že trestní praxe – i v obecném trestním právu – je v různých spolkových zemích rozdílná: Vultejus (1992), srov. Dünkel (1993), str. 142

⁵⁵Podle závěří tří nezávislých výzkumů Pfeiffra v období 1984 – 1989: Pfeiffer (1992), nyní také Dünkel (1993), str. 156ff

⁵⁶Dünkel (1992), str. 98

byl opravdu vysoký. Pozoruhodnější než tento malý nárůst sám je to, že novým ambulantním opatřením „připadá kvantitativně v každém případě podřízený význam“⁵⁷. Proto nemůžeme v současné době učinit stoprocentní závěr o působení diversion – ani o jejích pozitivních důsledcích, což by rádi očekávali její zastánci, ani o *netwidening* efektu, slibovaném kritiky⁵⁸. Oproti tomu zůstává z hlediska postižených otázka, zda nejsou opatření diversion prakticky více zatěžující než „jednoduché tresty“, zejména vzhledem k nástroji polepšovny. V německém trestním právu pro mladistvé je sice nadále možná možnost zřeknutí se trestního stíhání, ale také „vynucení“⁵⁹ výchovné pomoci. Nezdá se, že by se systém pomoci od „převahy“ represivních instancí mohl oprostít.

4. *Vyrovnaní pachatele s obětí*: To, co platí pro ambulantní opatření všeobecně, týká se obzvláště vyrovnaní pachatele s obětí (TOA): Má dnes, jestli vůbec nějaký, tak v každém případě kvalitativní význam. Naděje, „že se vyvine v rozsáhlou nabídku, je dnes nereálná“⁶⁰. Proto se také otázka o jeho dosahu dá empiricky jen omezeně zodpovědět. V polovině osmdesátých let hrálo TOA „jen podřízenou roli“⁶¹ a v roce 1990 vyplynulo z průzkumu 1251 institucí, že 57,4 % z nich TOA „v příslušné oblasti nejen neprovádělo, ale ani neplánovalo“. Pouze asi 27 % TOA provádělo, nebo spolupracovalo se zařízením, které ho provádí. Dohromady je to 412 institucí.

Tri čtvrtiny těchto nabídek TOA byly učiněny v roce 1987 nebo později⁶². TOA v užším smyslu nápravy a urovnání konfliktu z toho provádí těsná polovina (224) institucí. Z nich pracuje 191 (85,3 %) v oblasti trestního práva⁶³. O široké frontě realizace mediace tedy můžeme hovořit „jen v oblasti trestního práva a i tam podmíněně“⁶⁴, zejména pokud existuje málo nově založených zařízení. Uvědomíme-li si, že 93 % zařízení pracuje s mladistvými nebo trestanci, musíme konstatovat, že stávající nabídka TOA je „strukturálně orientována na pachatele“⁶⁵, a do popředí se dostává otázka, jak se na tomto základě má vyrovnaní mezi oběma spornými stranami zdařit.

Co víme o praktickém významu TOA? Více než tři čtvrtiny zařízení udávají, že nepracují s více než 50 pachateli ročně (jedna třetina s méně než 10), a jen pro 17 % institucí, které ji praktikují, je mediace hlavní pracovní oblastí. Přehled o činnosti pěti modelových pokusů od roku 1985 udává vzhledem k struktuře deliktů

⁵⁷Düinkel (1992), str. 99

⁵⁸Pro Düinkela (1992), str. 100 je tato otázka empiricky „nezodpovězena“, „spíše proti této domněnce“ se vyslovuje Albrecht (1990), str. 13

⁵⁹Düinkel (1992), str. 110

⁶⁰Böttcher/Weber (1990/91), str. 565. K tomu přispívá, že soudní dvory nejsou k přijetí povinovány.

⁶¹Schreckling (1992), str. 237

⁶²Deutsche Bewährungshilfe (1991), str. 43

⁶³Včetně plánovaných zařízení. Ke srovnání: 1983/84 bylo 67 takových zařízení.

⁶⁴Schreckling (1992), str. 239

⁶⁵tamtéž

a pachatelů a škod pouze to, že se jedná o ublížení na těle (23 až 48 %), jinak jsou údaje nejisté a místně rozdílné. Pachatelé jsou často recidivisté (21 až 48 %). Výše škody se pohybuje v 60 % případů mezi 100 až 1000 DM a v 9 až 20 % případů byla škoda vyšší než 1000 DM. Domnívám se, že z těchto údajů nemůžeme vyvodit závěr, že se u případů mediace „nejedná ... převážně o bagatelní údaje“⁶⁶. Daleko více se zdá, jako by i v této oblasti neexistovala žádná homogenní praxe⁶⁷!

Pro domněnku, že pod projekty mediace převede justice spíše bagatelní delikty, hovoří oproti tomu dva další výsledky. Za prvé sice počty případů (v modelových projektech) vzrostly (průměr 1989: 80 – 300 pachatelů), ale podíl žalovatelných řízení byl 3 až 10 % – podkladová trestní řízení byla vyřízena v 70 a 85 % zastavením trestního řízení. Pokud už této naznačuje zvláštní pohled justice na věc, tak i za druhé hovoří mnohá zařízení o skepsi a závažných počátečních problémech v kooperaci se státními zástupitelstvími (v čemž jsou opět podstatně regionální a institucionální rozdíly – vždyť v této oblasti spolupracují soudy, státní zastupitelství, sociální služby justice, úřady péče o mládež a volní nositelé). Už jsme poznali, že tento postoj justice v počáteční fázi projektů diversion tyto projekty nutí, aby se představovaly jako vhodné kooperační partneři. Když tedy první bojovníci za mediaci nicméně bilancují, že justice přijímá tyto projekty „vesměs otevřeně“⁶⁸, mohlo by to být také důsledkem dalekosáhlého přiblížení se projektů justiční instanci.

Navíc musíme zásadně zpochybnit, že tyto projekty se svým současným vybavením a *strukturální pozicí* skutečně zvládnou více než bagatelní případy. Jednak je TOA krátkou intervencí a musíme se ptát, zda mediace může platit za úspěšnou už tehdy, když byl dosažen právně daný hlavní cíl – ne vyrovnaní konfliktu, nýbrž *řízení konfliktu jako napravení škody*⁶⁹. Na druhé straně se zhoršují předpoklady pro odborně vedenou mediační praxi z hlediska koncepce, kooperace, vzdělání a evaluace (schopnosti) – chybí znalost problému, pracovní kapacity, uvolnění z práce a placení nákladů pro poradenství a dohled⁷⁰.

Konečně nejsou k dispozici žádné údaje o dlouhodobějších efektech vyrovnaní. Kdybychom je měli, jistě bychom si položili otázku, zda jsou vzhledem k velkému počtu ovlivňujících faktorů a vzájemných působení jednoznačné výpovědi o účinnosti jednotlivých opatření metodicky vůbec přípustné – zejména když máme před očima obecné selhávání kriminologických předpovědí, které si své otázky nechávají zadávat justici a správou a zdá se, že se čím dál více ztrácí v „labyrintu estetiky „evaluačních kritérií““⁷¹.

⁶⁶Schreckling (1992), str. 242, srov. Herz (1991)

⁶⁷srov. Albrecht (1990), str. 21

⁶⁸Schreckling (1992), str. 247, který není s tímto názorem sám. Oproti tomu Albrecht vidí u státních zastupitelství orientace „na formálně-schematická a specificky-byrokratická kritéria rozhodování i mimo bagatelní delikty“: Albrecht (1990), str. 22, 23

⁶⁹srov. proti Schreckling (1992), str. 243f

⁷⁰srov. Deutsche Bewährungshilfe (1991)

⁷¹v. Trotha (1987), str. 63, pozn. 46

Statistické trendy

31. 12. 1988 existovalo v 173 ústavech 59988 míst. Těchto asi 60 tisíc představuje oficiální kapacitu systému výkonu trestu. Platí pro výkon vyšetřovací vazby, trestu odnětí svobody, trestu pro mladistvé a jiného odnětí svobody v tzv. justičním výkonu, např. káznice nebo vazba při vypovězení ze země, i pro výkon opatření ochranné vazby.

Počty vězňů

Rozsah populace vězňů se od roku 1968 snížil asi o jednu pětinu, v první polovině sedmdesátých let ještě více. Přesto se počty vězňů mezi 60 až 80 na 100 000 obyvatel v posledních letech pohybují mezinárodně ve středním vyšším průměru.

Vztáhneme-li však počty vězňů pouze na trestně zodpovědné, jsou o něco vyšší. Dále je zřejmé, že se od poloviny sedmdesátých let opět projevuje stoupající tendence počtu vězňů (viz tab. 2). Tím se opět staly aktuálními problémy spojené vyšším počtem umístění v trestních zařízeních – tj. minimální zásady pro nakládání s vězni. S poklesem počtu vězňů po roce 1984 se však vážnost situace zmírnila.

Tabulka 2: Populace vězňů v Německu – vždy k 31. 3. každého roku (včetně výkonu trestu pro mladistvé a ochranné vazby, bez vyšetřovací vazby)

rok	počet vězňů na 100 000		
	absolutně	obyvatelstva	trestně dospělých
1970	35927	59	75
1974	36763	59	75
1980	42235	69	83
1984	49254	81	94
1990	39178	63	73

Prameny: Spolkový statistický úřad (1992): Výkon trestu, str. 7; Spolkový kriminální úřad (1992), str. 14. Procentuální hodnoty dle vlastního výpočtu.

Skladba populace vězňů

1. Podle věkových skupin

Z hlediska věkové struktury vězňů můžeme pozorovat posun oproti rozdělení v obyvatelstvu. Z celkového počtu vězňů v trestních zařízeních nebo ve vazbě k 31. březnu 1990 bylo skoro polovině (45,2 %) méně než 30 let; 311 (0,8 %) byly osoby pod 18 let. Osoby do věku 35 let tvořily skoro dvě třetiny (63,8 %) a do 40 let téměř přes tři čtvrtiny (76,7 %) celkového počtu vězňů. Osob ve věku od 60 do 64 let bylo

327, 142 ve věku 65 až 69 let a 72 ve věku 70 let a více.

2. Podle vybraných deliktů nebo skupin deliktů (31. 3. 1990)

Tabulka 3:

Delikty nebo skupiny deliktů	dospělí	JGG
Celkem	39178	2211
vražda, pokus o vraždu	2098	53
zabití	1184	27
omezování osobní svobody (§§ 234 – 241a)	357	8
lehké ublížení na zdraví	541	165
těžké ublížení na zdraví	1106	119
loupež a vydírání	5248	433
sexuální delikty (§§ 174-184c)	2347	58
hmotná škoda	93	2
žhářství	311	21
porušení veřejného pořádku	135	4
lehká krádež	3721	282
krádež vloupáním	6852	781
těžká krádež	706	76
dopravní přestupky	2878	39
omamné látky	3970	79
zpronevěra	219	2
podvod a zpronevěření se úř. pov. (§§ 263 – 266b)	3160	37
odpor proti veřejnému činiteli	115	9

Prameny: Spolkový statistický úřad (1992): Výkon trestu, str. 16 ff.

3. Podle předpokládané délky vazby

Tabulka 4: Tresty odnětí svobody podle předpokládané délky výkonu trestu*

rok	tresty odnětí svobody									
	celkem	0 – 9 més.	%	9 měs. – 2 roky	%	2 – 5 let.	5 – 15 let	%	dož.	JGG
1970	30450	9745	32	8944	29	8277	2412	35	1072	5602
1975	28840	11356	39	9513	33	5045	1981	24	945	5431
1980	35537	12383	35	11738	33	7135	3325	29	956	6490
1985	41852	14041	34	12737	30	9213	4799	34	1062	6360
1990	34799	12055	35	9833	28	7596	4166	34	1149	4197

* Vždy k 31.3. roku kvůli odsouzení k odnětí svobody; vyjma připočtené vyšetřovací vazby.

Prameny: Spolkový statistický úřad (1992): Výkon trestu 1990, str. 7. Procentuální hodnoty dle vlastního výpočtu.

Do našeho pozorování musíme ovšem zahrnout i vyšetřovací vazbu, neboť dočasný pokles odpykaných trestů odnětí svobody se v první polovině sedmdesátých let ve Spolkové republice částečně vyrovnal častějším uvalením vyšetřovací vazby. Dnes spadá asi jedna čtvrtina vězňů v zařízeních výkonu trestu na vězně ve vyšetřovací vazbě.

Ženy ve vězení

V roce 1990 se k 31.3. mezi vězni nacházelo 1576 žen, z toho 110 ve výkonu trestu pro mladistvé. Podíl asi 3 % znamená, že tzv. „praxe“ organizace výkonu trestu často zanedbává a znerovňopravňuje ženy vůči mužům. Oddělení pro ženy jsou často nevýznamnými přívesky jiných věznic, ve kterých se ženy zabývají tradičními činnostmi jako vařením, šitím etc.; chybí zařízení zdravotnická, pracovní a vzdělávací.

Tabulka 5: Ženy ve výkonu trestu a vazbě

rok	vězni			
	absolutně	%	ženského pohlaví	JGG
1970	36	3	1134	86
1975	34608	3	911	157
1980	42235	3	1456	259
1985	48402	3	1612	156
1990	39178	4	1576	110

Prameny: Spolkový statistický úřad (1992): Výkon trestu 1990, str. 8. Procentuální hodnoty dle vlastního výpočtu.

Mladiství ve vězení

Celkem existuje 21 vězení pro mladistvé. Tato vězení byla k 31. 3. 1990 obsazena celkem 4197 odsouzenými mladistvými (včetně § 114 JGG, viz tab. 4). Oproti své ideologii je skutečnost výkonu trestu ve vězeních pro mladistvé charakterizována především institucionální realitou „vězení“⁷². Častokrát jsou ústavy tak velké, že omezují individuální formu výkonu trestu. Zvláště v zastaralých vězeňských budovách je značně ztížen skupinový výkon trestu. Jelikož chybí malé, decentralizované ústavy, které by nebyly příliš vzdáleny od bydliště vězňů, je tím často znemožněna spolupráce se zainteresovanými osobami.

Nehledě na takové nedostatky je skutečnost trestu samozřejmě charakterizována způsobem fungování totální instituce. Tento i zde patrný proces uvěznění ztěžuje

⁷²Jejich popis a hypotézy k jejich dynamice viz Baratta/MeBner (1990)

účinnou „péčí“ nebo ji zcela znemožňuje. Konflikt cílů mezi výkonem trestu pro mladistvé a výchovnými myšlenkami na jedné a bezpečností a pořádkem stejně jako hladkým průběhem trestu na straně druhé je pravidelně rozhodován v neprospěch výchovy.

*Tabulka 6: Vězni ve výkonu trestu pro mladistvé podle věkových skupin**

rok	vězni					
	celkem	celkem	%	14 – 17	18 – 20	21 – 25
1970	35927	4759	13	724	2888	1138
1975	34608	5431	16	826	3112	1493
1980	42235	6490	15	760	3494	2236
1985	48402	6360	13	631	3238	2491
1990	39178	4197	11	310	1901	1986

* vždy k 31.3. roku

Prameny: Spolkový statistický úřad (1992): Výkon trestu, str. 17. Procentuální hodnoty dle vlastního výpočtu.

Kritika trestního práva pro mladistvé

1. Vyšli jsme z toho, že postup státu blahobytu vůči mladistvým sleduje dva divergentní programy: Zatímco kondicionální justiční program slibuje spravedlnost v tom, že odpovídá na devians přisouzením přiměřeného zla, tj. (kurativního) násilí, je to právě slib pomoci, který zlepší situaci jednotlivce tak, aby mohl společně s jinými „slušně žít“. Také původ „dilematu práva“ (viz výše) jsme odkryli v rozdílných jednacích programech státu blahobytu a konstatovali jsme, že snahy o deinstitucionalizaci jsou reakcí na tento rozpor. Nyní lépe vidíme, v čem ona krize spočívá a proč současné platné právo nenabízí pro mladistvé žádné východisko.

Trestní právo pro mladistvé, sledující tuto logiku, považuje „trestné činy za východisko výchovně míněných intervencí“⁷³. Proto nezná žádnou vlastní skutkovou podstatu trestného činu mladistvého, zná pouze jeden – zvláštní – pojem zralosti, z kterého konstruuje „scestné jednání“ mladistvých (§§ 1, 105 JGG). Z toho odvozuje, opíraje se o „pilíře“ výchovy, svůj speciálně-preventivní náhled a cíl, vést mladistvé k „řádné změně způsobu života“ (§ 21 I JGG). Instance péče o mládež jsou ale nuceny, jak jsme se výše zmínili, k bezpečnému přebíhání mezi orientací na trestněprávní myšlení a orientací na blahobytné modely.

Liberální obhájci trestního práva pro mladistvé zdůvodňují tento náhled závazkem (sociálně –) „státního strážce“⁷⁴, který se má starat nejen o pořádek a kontrolu

⁷³Walter (1992), str. 12, srov. Dünkel (1992), str. 95, 96

⁷⁴Walter (1992), str. 19f

(a obecnou prevencí), ale také o vyrovnání zájmů a „rovnovážnost“ zákonných úprav ku prospěchu všech. Liberální kritikové trestního práva pro mladistvé zase namítají, že už tento postoj vytváří státně-právní problémové oblasti⁷⁵, a že výchovná myšlenka může platit nejvýše jako limita „závažnosti viny“, nesmí ale sloužit k odůvodnění, nýbrž v každém případě k omezení trestu. Speciální prevence není sama o sobě k legítimaci intervencí dostačující⁷⁶.

Na to odpovídají liberální obhájci trestního práva pro mladistvé, že platnému právu pro mladistvé není „i přes speciálně-preventivní pohled v žádném případě cizí zásada činu před pachatelem. Zejména se poukazuje na základní koncepci JGG, podle které předpokládá veškerá výchova určité provinění... Podle JGG tedy přinejmenším platí: Žádná výchova bez spáchání trestného činu. Teprve čin tedy vytváří nutné předpoklady pro kriminálně-právní výchovu...“⁷⁷. Ostatně pod prevencí se rozumí samozřejmě „v první řadě resocialisace mladých lidí“⁷⁸, neboť všeobecná prevence nefunguje a speciální prevence je pochybná⁷⁹. Přitom je podle názoru liberálních kritiků zajímavý i pragmatický argument, „že totiž pro výchovu se mezi obyvatelstvem vždy najdou peníze i porozumění, sotva ale pro „spravedlivé zlo“⁸⁰. V praktické oblasti argumentuje liberální kritika trestního práva pro mladistvé, že v praxi degeneruje výchovná myšlenka trestního práva pro mladistvé na zdůvodnění zostřených sankcí (zvláště § 18 II JGG). Řeč zákona o „záporných sklonech“ (§ 17 č. 2 JGG), klauzule o zdůvodnění trestů pro mladistvé („když se výchovná opatření projeví jako nedostatečná“), to jsou argumenty, které prozrazují určité „eskalační myšlení“⁸¹. Základem výměry sankcí by měly být „závažnost trestného činu a presumptione viny“, pojem negativních sklonů by se měl škrtnout a nápravné zařízení pro mladistvé bez náhrady zrušit.

Zdá se, že kontroverzní pozice liberální kriminologie nám východisko neukážou. Neboť problém trestního práva pro mladistvé neřeší, nýbrž hledají možnosti přesunout ho dále – s úmyslem vyhnout se svému instrumentálnímu úpadku. Neboť problém trestního práva pro mladistvé spočívá zjevně v jeho logice a struktuře jeho institucionalizace: „Výkonné právo představuje v kriminálně-justičním systému reakci na střet systémově podmíněných vsudypřítomných porušení norem a systémem

⁷⁵Srov. Albrecht (1990), str. 25f., Naucke (1993), str. 149 f.

⁷⁶Srov. Dünkel (1992), str. 133ff. Abolicionističtí kritikové se samozřejmě domnívají, že pro každodenní konflikty a problémy stát jako strážce nepotřebujeme, a když už ano, neznamená to, že by měl také rozhodovat: Steinert (1992), str. 220. A požadavek zákonodárství ze strany třetí osoby už vůbec neimplikuje nucené prosazování jejího rozhodnutí, jak to ukazuje příklad akefálních společností, srov. Alliot (1980), str. 185

⁷⁷Walter (1992), str. 23/24

⁷⁸Jak asi liberální kriminologie tuší: Walter (1992), str. 14f

⁷⁹viz výše, str. 26

⁸⁰Tamtéž. O obou tvrzeních se samozřejmě dá pochybovat, srov. výsledky studie z Velké Británie – Ruggiero (1991).

⁸¹Dünkel (1992), str. 108

podmíněné a stanovené neporušitelnosti platnosti norem“⁸². Základní konflikt tohoto problému je mezi nutností decentrální autonomie (požadavku úspěšné pomoci) a postulátem legality rozhodování (slibu formálního práva).

2. Tato problematika se nám jasně ukázala na příkladu jediné skutečné inovace nového trestního práva pro mladistvé, na vyrovnání pachatele s obětí (TOA). Zařazením TOA do kategorie soudních *nařízení* (§ 10 JGG) ho tímto činí opatřením vůči pachateli⁸³ a odporuje požadavku dobrovolnosti poskytované pomoci. Když se tedy jeví přijetí TOA do zákona jako systémově nesprávné, pak nemůže udivit, že i praxe stávající nabídky TOA je strukturálně fixována na osobě pachatele. Nejedná se vlastně víc o vyrovnání činu než o odklizení konfliktu mezi pachatelem a obětí? A kdo je tedy „konfliktní stranou pachatele“: právo nebo ten druhý? K zodpovězení této otázky může přispět naše zjištění, že TOA sleduje cíle, které neslouží sporným, nýbrž třetím stranám (viz výše). Vzhledem k TOA tedy musíme konstatovat, že neposkytuje žádnou alternativu jednání, nýbrž prodloužení trestněprávního myšlení do praxe projektů diversion: Jde přitom o vinu a ne o konflikty, jde o osobu („pachatele“ a „oběti“), a ne o těžkou situaci nebo životní podmínky; intervence jsou ukládány – nežádá se o ně. Zájem o potrestání viníka opět vítězí nad zájmem přijatelného odstranění konfliktu⁸⁴.

3. Ještě méně než v praxi TOA najdeme v praxi ostatních alternativních sankcí odkaz na to, že by se trestní právo pro mladistvé otevíralo novému myšlení a zlomilo logiku trestně-justičního jednání. Už Ludwig⁸⁵ prokázal, že není udržitelná teze, obhajovaná průvodním výzkumem i projekty diversion, teze, že se sankční praxe trestní justice liberalizovala (a tím vznikla úzká souvislost mezi akceptací projektů „diversion“ a reformní ochotou justice). Průvodním výzkumem předložená čísla sice ukazují pokles represivních sankcí trestu pro mladistvé a nápravného zařízení. Ovšem srovnání na národní úrovni nám jasně ukazuje, že se zde jedná buď o trend všeobecný nebo o velmi často se měnící. V žádném případě se tyto výsledky nedají jednoznačně odvodit z působení diversion. Také novější počty v zásadě nepřipouští jiný závěr než hodnocení Ludwigovo, že s prací těchto projektů je spíše spojeno *přerozdělení* víceméně symbolických sankcí (pokuta, důtka, zastavení řízení) než redukce represivních sankcí.

Z tohoto důvodu se můžeme domnívat, že při úspěšné institucionalizaci projektů diversion hraje roli alespoň to, že pomohou zefektivnit státní tresty v oblasti bagatelní kriminality: Uložení pracovní povinnosti, které je středem mnoha projektů, dovozuje s malými náklady uvalit sankce menší intenzity na velký počet mladist-

⁸²Albrecht (1990), str. 35

⁸³Walter (1992), str. 22

⁸⁴Steinert (1992), str. 221ff

⁸⁵Ludwig (1989), str. 61f

vých⁸⁶. Měřeno cíly projektů to ale znamená, že jejich institucionalizace vděčí za svůj úspěch především selhání nabídky sociálně-pedagogické a sociální péče.

4. Dnes panuje názor, že vývoj moderního práva jde stále směrem dopředu a chtěli bychom ho vidět v pořadí od formalizace přes materializaci k reflexivitě práva⁸⁷. Tato evolucionistická perspektiva ztěžuje poznání, že ve vývoji práva musíme počítat spíše s kvalitativními změnami než s lineární kvantitativní přeměnou, která druhým stupněm nechala ten první za sebou a s aktuálním třetím stupněm oba předchozí překonala. Právě právo pro mladistvé tento omyl může korigovat, když v právu, orientovaném na následky, ukáže spojitost, komplementaritu a provázanost všech tří procesů a souslednost uvedených stupňů vývoje.

V trestním právu pro mladistvé se exemplárně projevuje, že „principem státní kontroly normativního řádu není odloučení, nýbrž sloučení“⁸⁸. To se dnes domnívá symbolický společenský řád, který už není zásadně a především sociální, jak nám nabízí teze *net-widening*⁸⁹. Nestačí proto jen vytvořit důsledkový nebo systémově-teoretický koncept problému sociálního řádu. Z dilematu mezi formálním právem, kterému je svět postiženého lhostejný, a domněnkami hmotného práva, které žene stále dál vyvlastnění nositelů problému z jejich konfliktů⁹⁰, by mohla spíše vést cesta tematizace urovnání konfliktů – a práva samotného jako společenského urovnání konfliktu – v pojmech konfliktů a zdrojů, které jsou jednotlivcům k dispozici.

Tato změna perspektivy činí opět přístupnými pohledy, které byly za liberálními diskursy téměř skryty: Pohledy v souvislosti práva, moci a násilí a v paradoxu moderního práva, které si klade požadavek být spravedlivou, nenásilnou mocí⁹¹. Tyto pohledy dovolují kontextualizaci moderních forem práva a jejich dešifrování – což může ukázat překvapující souvislosti. Když se např. blíže podíváme na historický kontext práva pro mladistvé, jeví se nám trestní právo koloniální jako:

„Radikální obměna zásad, podle kterých bylo utvořeno trestní právo pro mladistvé, o kterém se ve stejné době vedly diskuse: Stejně jako tresty v trestním právu jsou sankce koloniálního práva orientovány na následky a jsou podle zásady aktuální účelnosti neurčité. Obsahují tresty, opatření, pokuty, disciplinární prostředky a policejní opatření. Občanskoprávní náhrada škody je organizována trestněprávně. A stejně

⁸⁶Paralelně k tomu probíhá vývoj reinstitucionalizace drogové politiky, str. pozn. 55

⁸⁷V této souvislosti srov. Meßner (v tisku), Resta (1992), v. Trotha (1992)

⁸⁸v. Trotha (1992), str. 183

⁸⁹Symbolický řád znamená myšlenkový a výkladový horizont, který dává věcem a jednání jejich význam v sebeepochopení společnosti, v této souvislosti tedy např. pojetí, že společnost se musí chránit státním právem. Zde se projevují problémy *sociální integrace* (viz výše), když je státu upírána legitimace k trestání. Na úrovni sociálního řádu je oproti tomu tematizován instrumentální charakter věcí a aktů v času a prostoru, jako např. uvěznění. Zde jde o problém *řízení systému*, např. vzhledem k vysokým nákladům. K tomuto rozlišení srov. Albrecht (1986), str. 56.

⁹⁰srov. klasickou práci – Christie (1977)

⁹¹srov. Resta (1992), str. 46ff

jako v trestním právu pro mladistvé se při trestání odvoláváme na výchovné funkce, které má trestní právo vůči lidem z „jiné kulturní oblasti“⁹².

Moderní právo člověka zbavilo násilí a tím současně moci⁹³: Nejsme pány vlastních konfliktů. Tento problém máji liberální humanismus, který se chce oprostít od směřování trestního práva na pachatele tím, že se nyní „vrhne“ na oběť, a stejně tak romantizující abolicionismus, který zase věří, že může existovat návrat do doby před vytvořením velkých moderních státních struktur, když se jednoduše zlomí moc byrokratů a profesionálů. Oba směry si nekladou otázku, jak to *vypadá s našimi zdroji pro nakládání s konfliktem*. Rozsudku o tom, co máme k dispozici, co vůbec můžeme a co nám chybí, zkrátka: co je a není „v naší moci“, se oba směry cítí být zproštěny. Jeden pro svůj názor, že máme především slabiny, druhý pro svou domněnku, že naší předností je síla.

Literatura :

- [1] Albrecht, P.-A. (1990) : *Informalisierung des Rechts. Empirische Untersuchungen zu den Grenzen der Opportunität im Jugendstrafrecht*, De Gruyter; Berlin–New York.
- [2] Baratta, A., Meßner, C. (1990) : *Aspectos del clima social en la carcel*, in: Revista de Estudios Penitenciarios 243, S. 71ff.
- [3] Böttcher, R.; Weber, K. (1990/91) : *Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes*, in: Neue Ztschft. f. Strafrecht, 12, S. 561 – 566, bzw. 1, S. 7 – 11.
- [4] Christie (1977) : *Conflicts as property*, in: Brit. Journ. Crim. 17, S. 1ff.
- [5] Deutsche Bewährungshilfe (1991) : *Aktuelle Lage, Umsetzungsprobleme und Handlungsbedarf Dezember 1990*, in: Bewährungshilfe 38, 1, S. 37 – 45.
- [6] Dölling (1992) : *Die Bedeutung der Jugendkriminalität im Verhältnis zur Erwachsenenkriminalität*, in: Grundfragen (1992), S. 38 – 59.
- [7] Dünkel (1993) : *Heranwachsende im (Jugend-) Kriminalrecht*, in: ZstW 105, 1, S. 137 – 165.
- [8] Dünkel (1992) : *Das Jugendgerichtsgesetz der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Vergleich*, in: Grundfragen (1992), S. 92 – 122.
- [9] Eder (1990) : *Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts*, in: D. Grimm (Hrsg.): *Wachsende Staatsaufgaben, sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Nomos: Baden–Baden.
- [10] *Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung. 2. Kölner Symposium*, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Bonn; Forum 1992.

⁹²v. Trotha (1992), str. 185: To by znovu obecně osvětlilo charakter trestního práva.

⁹³srov. Meßner (v tisku)

- [11] Hagan; Leon (1977) : *Rediscovering Delinquency: social history, political ideology and the sociology of law*, in: Am. Soc. Review 42, S. 587 – 598.
- [12] Heinz (1992) : *Abschaffung oder Reformulierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht?*, in: *Grundfragen* (1992), S. 369 – 414.
- [13] Heinz; Spieß (1983) : *Alternativen zu formellen Reaktionen im deutschen Jugendstrafrecht*, in: Kerner, H.-J.; Kurry, H.; Sessar, K.: *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, Heymanns: Köln, Teilbd. 2, S. 896 – 955.
- [14] Herz (1991) : *Dekonstruktivismus im Jugendstrafrecht. Täter – Opfer-Ausgleich*, in: MschrKrim 74, 2, S. 80 – 89. *Jugendrecht – Textausgabe*, 19. Aufl., dtv: München 1993.
- [15] Kaiser, G.; Kury, H.; Albrecht, H.J. (eds.) (1991) : *Victims and Criminal Justice. Victimological Research: Stocktaking and Prospects*, Freiburg: Max-Planck-Inst.
- [16] F. v. Liszt (1970) : *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (Marburger Universitätsprogramm 1882), in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. I, (1875 – 1891), Berlin 1905, reprint de Gruyter: Berlin.
- [17] Ludwig (1989) : *Diversion: Strafe in neuem Gewand*, De Gruyter: Berlin – New York.
- [18] Luhmann (1981) : *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, Olzog: München 1981.
- [19] Maiwald, M. (1972) : *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in: Festschrift f. R. Maurach zum 70. Geburtstag, S. 9 – 23.
- [20] Meßner (1991) : *Tossicodipendenza, autocoscienza, azione sociale*, in: *Dei delitti e delle pene* 3, S. 69 – 95.
- [21] Meßner (im Druck) : *Recht, Gewalt, Vernunft und die Frage nach dem Ursprung*, in: *Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie*.
- [22] Meßner (1993b) : *Entlastung vom Strafen. Zur Rolle von alternativen Sanktionen im deutschen Jugendstrafrecht*, (im Druck).
- [23] Münder et al. (1991) : *Frankfurter Lehr- und Praxiskommentar zum Kinder- und Jugendhilfegesetz*, *Votum*: Münster.
- [24] Naucke (1993) : *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, in: *Krit. Vierteljahresschft. f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 76, 2, S. 135 – 162.
- [25] Pfeiffer (1992) : *Neuere kriminologische Forschungen zur jugendrechtlichen Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland – eine Analyse unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit*, in: *Grundfragen* (1992), S. 60 – 91.
- [26] President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice (ed.) (1967) : *The Challenge of Crime in a Free Society*, Washington D. C..

- [27] Resch (1992) : *Alternativen zur Jugendstrafe in der Praxis*, Forum: Bonn.
- [28] Resta (1992) : *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza: Bari-Roma.
- [29] Richtlinie (1992) : *Richtlinie für Diversionsverfahren im Saarland vom 3. Januar 1992*, in: *Amtsblatt des Saarlandes vom 30. Januar 1992*, S. 62 – 64.
- [30] Schreckling (1992) : *Reichweite und praktische Möglichkeiten des Täter-Opfer-Ausgleichs*, in: *Grundfragen* (1992), S. 235 – 253.
- [31] A. Scull (1977) : *Decarceration. Community treatment and the deviant: a radical view*, Prentice Hall: New York.
- [32] Steinert (1992) : *Konfliktregelung versus Bestrafung des Schuldigen: Zwei entgegengesetzte Modelle vom Umgang mit „Kriminalität“*, in: *Grundfragen* (1992), S. 218 – 224.
- [33] v. Trotha (1987) : *Distanz und Nähe. Über Politik, Recht und Gesellschaft zwischen Selbsthilfe und Gewaltmonopol*, Mohr: Tübingen.
- [34] v. Trotha (1992) : *Die Herausbildung und Entwicklung des Jugendstrafrechts im Verständnis rechtssoziologischer Theorien*, in: *Grundfragen* (1992), S. 180 – 193.
- [35] Verein zur Förderung... (o.J.) : *Verein zur Förderung der Bewährungs- und Jugendgerichtshilfe im Saarland e.V.*, Typoskript: Saarbrücken.
- [36] Vultejus (1992)
- [37] Walter (1992) : *Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung*, in: *Grundfragen*, S. 12– 30.
- [38] Wolff (1992) : *Hilfe ohne Kontrolle. Der „neue Kinderschutz“ als Pionier für zeitgemäßere Konzepte sozialer Arbeit*, in: *Bl. d. Wohlfahrtspflege* 6, S. 165 – 168.

Překlad: PhDr. J. Strážnický.

Odborná revize překladu: Doc. JUDr. V. Kratochvíl, CSc.

* * *

SUMMARY

To help and to punish

On the situation concerning german criminal law for adolescents

The author of the article has been a visiting lecturer on the Faculty of Law of the Masaryk University in Brno in March 1994. He held his lectures at the Department of Criminal Law where he taught regular students of the 8th term in the frame of

the *TEMPUS Programme I*. A collection of his lectures is included in an extensive paper that has been published in the *Magazine for Legal Science and Legal Practice*.

The article deals in a wider context with the development of criminal law as such, however, it focuses on the situation concerning German criminal law for adolescents. It emphasizes a line of the development commencing at the classical school and leading to the positivist school. A conclusion of the disputes arising between those two schools of criminal law was a compromise, which is still typical of modern German criminal law.

The article compares marks and principles of general criminal law with those of criminal law for minors. The contemporary criminal law for minors forms a part of criminal law and it is *de facto* applied as such. Topical needs and developmental perspectives of minors, however, occur in the described model of thinking only in the form of marginal conditions.

So-called alternative measures are also given attention and their ambiguous character is emphasized provided that these alternatives lay in the frame of the criminal judicial system.

The author completes the theoretical views by analysis of practical use of criminal law for minors. He comes to the conclusion that minors and adolescents are punished more severely than comparable adult wrongdoers. This inflicts critics of criminal law for minors.

Who Makes American Foreign Policy?

Michael P. SENG

The debate over who makes American Foreign Policy is never ending. American public officials frequently disagree on this question. The matter is often confusing to American citizens. Trying to find an answer to the question must be frustrating to persons in other nations, especially those who negotiate with or do business with the United States.

There is no simple answer to this question. Indeed, those who drafted the American Constitution did not intend there to be a simple solution to the question. They were concerned about concentrations of power, regardless whether the power was in one individual or in one institution. Disbursal of power under a system of checks and balances was the goal.

Powers are distributed among the three different branches of the national government: the Congress, the President, and the judiciary. Each branch has independent powers, but also each branch operates as a check on the other branches. This system ensures that there will be broad participation in decision-making, but it can also mean deadlock and delay if the different branches are in disagreement.

Division of power does not occur only at the national level. The federal system of government means that power is shared between the national government in Washington and each of the fifty states. The national government can exercise only those powers that are enumerated in the Constitution. All remaining powers belong to the states. Again it is not unusual for there to be disagreement over what powers properly belong to the national government and what powers properly belong to the states.

We shall examine the role of each of these organs of government in the making of American foreign policy and look at how some questions of foreign policy have been resolved. The solution to the question of who makes foreign policy requires us to look, first, to the American Constitution, and, second, to historical experience. The American Constitution is a legal document that is binding on all members of the government. The American Constitution is the final authority on who can exercise power.

But frequently the American Constitution does not provide a clear answer to how power is to be properly exercised. In many instances, examining historical practices can be helpful. While historical practices cannot change the law in the Constitution, historical practices can provide a guide to how power is actually exercised in the United States within the confines of the Constitution.

Hence power in the United States consists of a blending of law and policy, a blending of theory and pragmatism. Considerable leeway exists for those who want to exercise power, but this leeway is ultimately circumscribed by limitations in the Constitution and political reality.

The President

The most obvious symbol of American foreign policy is the President. The Constitution is vague about the President's powers over foreign affairs. Article II vests the executive power in the President. It also makes the President the Commander in Chief of the Armed Services. The President can make treaties and appoint ambassadors, public ministers, and consuls, but only with the advice and consent of two thirds of the Senate. The President can also receive ambassadors and public ministers from other nations.

Historical experience confirms that the President has wide-ranging powers in the area of foreign affairs. While the treaty making power is shared with the Senate, the President has independent powers to make executive agreements with other nations without consulting Congress. These agreements are binding on the United States and are recognized as law under the Supremacy Clause of the Constitution. Over the years, the Congress has acquiesced in many of these executive agreements, and little law has been developed concerning whether an executive agreement can conflict with other legislation passed by Congress or whether the President can use an executive agreement to by-pass the more formal process of treaty ratification.

In 1816, the United States Senate Committee on Foreign Relations reported that:

The President is the constitutional representative of the United States with regard to foreign nations. He manages our concerns with foreign nations and must necessarily be most competent to determine when, how, and upon what subjects negotiation may be urged with the greatest prospect of success. For his conduct he is responsible to the Constitution.

The pragmatic reasons for lodging the power of foreign affairs in the President are readily apparent. The United States Supreme Court has explained the presidential role in foreign affairs as follows:

It is quite apparent that if, in the maintenance of our international relations, embarrassment – perhaps serious embarrassment – is to be avoided and success for our aims achieved, congressional legislation which is to be made effective through

negotiation and inquiry within the international field must often accord to the President a degree of discretion and freedom from statutory restriction which would not be admissible were domestic affairs alone involved. Moreover, he, not Congress, has the better opportunity of knowing the conditions which prevail in foreign countries, and especially is this true in time of war. He has his confidential sources of information. He has his agents in the form of diplomatic, consular and other officials. Secrecy in respect of information gathered by them may be highly necessary, and the premature disclosure of it productive of harmful results.

The independent role of the President in foreign affairs may be best illustrated by the secret negotiations that produced the trips of President Nixon and his Secretary of State Henry Kissinger to China in 1971 and 1972, and by President Carter's decision, over significant congressional opposition, to recognize the People's Republic of China and to terminate relations with Taiwan in 1979.

The Congress

From what has been said, one would assume that the President's powers over foreign affairs are immense, and indeed they are. Nonetheless, if Congress chooses to exercise power, it can control or check virtually everything that the President does. As already noted, the President needs the support of two-thirds of the Senate to ratify a treaty or to confirm his appointments of ambassadors or public ministers. A good example is the Senate's rejection of the Versailles Treaty after World War I. President Wilson had persuaded a skeptical Europe to include the League of Nations in the Versailles Treaty, but the Senate refused to ratify the Treaty because of its reluctance to involve the United States in foreign disputes. Article I, Section 8 of the Constitution gives Congress legislative power over foreign commerce and over immigration to the United States. Congress has power to define and punish piracies and felonies committed on the high seas and against the Law of Nations, to declare war, and to regulate the military. These are all extremely important powers. But perhaps the most important power of Congress is its power over the purse. Virtually everything a President does costs money, and a President cannot spend money that is not authorized by Congress. Hence if Congress does not like what a President is doing, it can simply refuse to appropriate money to pay for it.

Relationships between the President and Congress vary from one administration to another. A popular President can exercise much power over foreign affairs. A President that has little support in Congress may find it difficult to accomplish anything.

However, congressional power is not absolute. The Constitution expressly prohibits Congress from imposing a tax on exports from the states. All legislation passed by Congress is subject to an executive veto. If the President vetoes a bill, it then

must be repassed by a two-thirds majority of both Houses of the Congress to become law. A presidential veto is thus a difficult obstacle for Congress to overcome.

In summation, the system works best when the President and Congress agree on a foreign policy.

The tension between Congress and the President is best illustrated by looking at the war power. The Constitution states that only Congress can declare a war. But this does not render a President powerless. The President is the Commander in Chief of the Armed Services. Many military actions have been undertaken by American presidents without a formal declaration of war by Congress. The Korean War and the Vietnam War are the most notable of the presidential wars that were waged without a formal congressional declaration of war.

Once a President takes the country into a war, it can prove politically difficult for Congress unilaterally to stop the conflict, whether by direct action or by refusing to appropriate money to fight the war. Therefore, after the Vietnam War, Congress hoped to prevent future problems by passing the War Powers Resolution, which gives the President power to introduce American military troops into armed conflicts but requires him to report to Congress within forty eight hours. The President must terminate the hostilities within sixty days unless Congress authorizes the action or at anytime if Congress so directs.

Debate over the constitutionality of the War Powers Resolution has been intense. Those who believe in strong presidential powers argue that the resolution unconstitutionally restricts presidential power and that Congress cannot by-pass the President's veto power by simply passing a resolution directing the President to remove troops from hostilities. On the other hand, those who favor congressional power argue that the War Powers Resolution is unconstitutional because it purports to give the President power to commit troops to military operations when not previously authorized by Congress. Those who favor the Resolution argue that it creates a balance between the President and Congress that is consistent with the Constitution's framework.

Presidents have not liked the War Powers Resolution. Congress adopted the Resolution over President Nixon's veto. President Bush invaded Panama and deployed troops to Saudi Arabia to counter an alleged Iraqi invasion without prior congressional authorization. Nonetheless, Bush did finally seek congressional authorization before he began the bombing of Iraq and before he sent ground troops into battle against Iraqi troops to „liberate“ Kuwait. The Congressional debate over the Gulf War was just the kind of consultation between the Congress and the President that the Constitution requires.

Professor Louis Henkin, one of the leading scholars in the United States on presidential powers, has summarized the presidential and congressional roles in foreign affairs as follows:

In foreign affairs, the President represents the people of the United States to the World. Congress represents the people at home, the different regions, groups, constituencies, and interests (general and special). And the representative functions of the President and Congress are different. The President leads and initiates; Congress deliberates, legislates, confirms (or rejects); Congress can also anticipate and regulate, even in foreign affairs. The presidency is confidential, classified; Congress is open and more accessible for citizen participation. Both are accountable, but the President's accountability is essentially plebiscitarian quadrennially. Congress - its members - are accountable directly, daily.

The Judiciary

The judiciary plays a unique and important role under the constitutional system that prevails in the United States. In matters of foreign affairs, Article III of the United States Constitutional allows the federal courts to hear cases arising under the Constitution, laws and treaties of the United States, to hear cases affecting ambassadors, public ministers and consuls, to hear cases of admiralty and maritime jurisdiction and to hear cases between a state, or a citizen thereof, and foreign states, citizens, and subjects. The federal courts, and ultimately the United States Supreme Court, are the final interpreters of the Constitution and can protect the rights of individuals against unconstitutional actions of executive officers or unconstitutional acts passed by Congress.

Despite these broad powers, the federal courts are often reluctant to decide questions involving United States foreign relations, largely on the ground that they involve questions of policy best left to the political branches of the government.

Justice Brennan summarized the judiciary's approach to questions of foreign affairs in the case of *Baker v. Carr*, where he stated:

[Issues of foreign affairs] frequently turn on standards that defy judicial application, or involve the exercise of a discretion demonstrably committed to the executive or legislature;...[M]any such questions uniquely demand single-voiced statement of the Government's views...[However,] it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance. Our cases in this field seem invariably to show a discriminating analysis of the particular question posed, in terms of the history of its management by the political branches, of its susceptibility to judicial handling in the light of its nature and posture in the specific case, and of the possible consequences of judicial action. The United States Supreme Court has held that American citizens whose constitutional rights have been violated by a treaty can obtain redress through the courts. In *Reid v Covert*, where a treaty between the United States and Great Britain purported to deprive a United States citizen of her right to trial by jury, Justice Black declared that „No

agreement with a foreign nation can confer power on the Congress, or on any other branch of Government, which is free from the restraints of the Constitution."

However, more recently, the United States Supreme Court has held that a citizen of a foreign country who is kidnapped by American agents and brought to the United States for trial cannot claim the protection of the United States Constitution against the acts of United States agents committed outside of the United States.

The Foreign Sovereign Immunities Act, passed by Congress in 1976, limits the instances when foreign governments can be sued in United States courts. An important exception is when the case involves a commercial activity carried on in the United States by a foreign state. Foreign states can be sued in the United States courts for their commercial activities carried on in the United States.

The United States Supreme Court narrowly construed the commercial exception to the Foreign Sovereign Immunities Act in a case involving Saudi Arabia. Saudi Arabia recruited an American worker in the United States to come to Saudi Arabia to work. The worker alleged that while he was in Saudi Arabia, he made a work-related complaint and that he was dismissed from his job, arrested by Saudi agents, and tortured. He sued the Saudi government for damages in the United States courts, but the Supreme Court rejected his claim because his torture did not arise from a commercial activity carried on by the Saudi government in the United States.

A separate federal statute purports to give the United States courts jurisdiction of cases brought by citizens of other nations for a tort committed in violation of the Law of Nations or a treaty of the United States. In *Filartiga v Pena-Irala*, a lower federal court held that it had jurisdiction to decide a damage claim brought by a citizen of Paraguay against a former Paraguayan police official who was residing in the United States for the torture and death in Paraguay of the Paraguayan citizen's son. The court held that it had jurisdiction because torture violated the Law of Nations and the Law of Nations is considered to be part of the federal common law enforceable in the United States courts.

The States

The national government has complete control over foreign affairs. This power of the national government over foreign affairs exists apart from any of the affirmative grants in the Constitution. The Constitution expressly prohibits the states from entering any treaty, alliance or confederation with a foreign power or issuing Letters of Marque and Reprisal. The states may not, without the consent of Congress, tax imports or exports, except what may be absolutely necessary for executing their inspections law. Nor may the states, without the consent of Congress, keep troops in time of peace, enter into any agreement or compact with a foreign nation, or engage in war, unless actually invaded or imminently threatened with invasion.

These provisions effectively exclude the states from making foreign policy. For instance, in *Zschernig v Miller*, the Supreme Court struck down an Oregon law that required a probate court to inquire „into the type of governments that obtain in particular foreign nations“ before allowing a citizen of a foreign nation to inherit property from a citizen of the state of Oregon. The Oregon Probate Court refused to allow a citizen of former East Germany to inherit property from a resident of Oregon because East Germany did not allow reciprocal rights to Americans to inherit from East Germans.

The Court held that the Oregon law was „an intrusion by the State into the field of foreign affairs which the Constitution entrusts to the President and the Congress.“ The Court struck down the law even though the United States State Department had given an opinion that the statute had almost no effect on United States foreign policy.

However, despite the complete control over foreign affairs by the federal government, states can and do make decisions that effect foreign policy and trade. Although the federal government regulates foreign commerce, the states retain their police powers to regulate the health and safety of their citizens. Hence states can pass inspection laws to improve the quality of goods. They can also pass quarantine laws and health laws to protect their citizens. Nonetheless, if these policies intrude too deeply into matters of federal concern or conflict with federal statutes or regulations, they will be held unconstitutional.

A distinction may be drawn between situations where a state is regulating private businesses and industries and when a state is itself participating in the market as a buyer or seller. In the latter case, the courts have given greater leeway to the states to make their own policies that do not conflict with federal statutes and regulations.

Although the states retain broad taxing power over property or activities within the state, the Supreme Court has held that when a state tax risks the possibility of multiple taxation by foreign powers or impairs federal uniformity, it will be struck down. Thus, in *Japan Line, Ltd v. County of Los Angeles*, the Court held that California could not impose an apportioned *ad valorem* property tax on a Japanese shipping company's cargo containers that were temporarily present in California. The containers were in fact taxed by Japan, and the Court held that the tax undermined the Customs Convention that the United States had signed with Japan.

However, in a later case, *Container Corporation of American v Franchise Tax Board*, the Court allowed California to tax the income of a domestic corporation located in California, including income derived from its foreign subsidiaries. Some of the income was also taxed by foreign nations, but the Court held that the apportionment formula used by California was fair, even if it did not completely eliminate multiple taxation, and that there were no conflict with any specific federal

policy.

A Case in Point

The complexity of American law is best illustrated by the difficulty the United States had in the 1980's to formulate a policy towards South Africa. During the 1980's, many Americans opposed South Africa's Apartheid policies and wanted the United States to cease investing in the South African economy until South Africa improved its racial policies. The Reagan Administration opposed the divestment efforts, arguing that there were better, more constructive ways to encourage South Africa to relax its racial policies.

When the federal government did not act to require divestment, many states and local governments passed laws and ordinances to divest their securities held in corporations doing business in South Africa. They also acted to cease buying goods or services from corporations that did business in South Africa. Critics of these laws argued that the states were intruding themselves into foreign affairs, an area open solely to the federal government. Supporters of these laws argued that they only incidentally affected foreign commerce and that the states were acting as market participants rather than market regulators in deciding how state funds were to be invested and what companies they would do business with.

No judicial decision was rendered regarding the legality of these actions because the United States Congress quickly became involved. Congress passed an Anti-Apartheid Law to establish a national prohibition on certain imports and exports and business dealings with South Africa. The President vetoed this law, but his veto was overridden by a two thirds vote of both Houses of the Congress. In the meantime, the President, hoping to thwart more drastic legislation, signed an executive order that attempted to mobilize the private sector to influence racial relations in South Africa.

These events demonstrate how the different segments in American government can effect foreign policy. Actions taken by the states and Congress moved the President to modify his own position, and the actions by the President clearly modified positions popular in Congress and in the states. The final action probably reflected the consensus of most Americans.

Conclusion

The President is the spokesperson for United States foreign policy. But the President does not act alone in making that policy. The President operates within the legal constraints of the Constitution and within the political constraints defined by public opinion. Presidents that can marshal political opinion behind them will speak with authority. Presidents whose policies are unpopular will be in trouble and their words may ring hollow.

J A Z Y K O V Ý K O U T E K

The Sky Is Blue

Vladimír TÝČ

Účel tohoto příspěvku je dvojitý. Za prvé má poskytnout zájemcům o angličtinu některé výrazy a obraty, nejčastěji používané při vedení mezinárodních jednání o textu určitého dokumentu. Proto je vedle anglického znění otištěna na protější straně jeho česká verze. Za druhé má být tento text ukázkou takového jednání. I když obsahově jde o nadsázku, po stránce formální naprosto odpovídá realitě.

Anglickou verzi laskavě přehlédla paní Marjorie Simpsonová, která je britskou příslušnicí. Z tohoto důvodu, jakož i s ohledem na jazykovou kvalifikaci autora, je použita angličtina britská, tj. neobsahující amerikanismy.

* * *

Chairman: Good morning, Ladies and Gentlemen. Can I have your attention, please? I declare the meeting open. (Bang.) The first item on the agenda today is Article 1 of the Uniform Law. The distinguished representative of A-land has asked for the floor.

The representative of A-land: Thank you Mr. Chairman. My delegation proposes that the first sentence of Article 1 read as follows: „The sky is blue.“ Thank you Mr. Chairman.

Chairman: Thank you. Is there anybody who would like to comment on this proposal? The delegation of B-land has the floor.

The representative of B-land: Thank you Mr. Chairman. I agree in principle with the philosophy of the A-land proposal, but I would prefer to be more careful with such categorical statements. I suggest that the sentence read „The sky is *generally* blue.“ Thank you Mr. Chairman.

Chairman: Thank you. Is there any support for this modified proposal?

The representative of C-land: Mr. Chairman, I thoroughly agree with the previous speaker. Actually, the colour of the sky can't be verified by most people except with their eyes. That brings a subjective element into the whole matter. Consequently, I propose that the same sentence read „The sky generally *appears* blue.“ Thank you Mr. Chairman.

Chairman: Any other comments on this matter?

The representative of D-land: Mr. Chairman, I share entirely the view that we need a flexible wording. Categorical statements which permit no exception are very dangerous. Maybe an even more flexible wording would be appropriate: „The sky generally appears *to be* blue.“ Thank you Mr. Chairman.

Chairman: Thank you. There seems to be a clear tendency to soften the original wording. Is that the general view of the working group? I can see some nodding... Yes, the distinguished representative of A-land would apparently like to say something. Am I right?

The representative of A-land: Thank you Mr. Chairman. With due respect to other honorable speakers, I can't agree with the introduction of a subjective element into such an obvious statement. There is no need to verify the colour of the sky. It *appears* blue to everybody and consequently it *is* blue. The legal text must be precise and unambiguous. I'm afraid I must totally reject the point of view of my distinguished colleagues and I still insist on my original proposal: „The sky is blue.“ Thank you Mr. Chairman.

Chairman: Thank you distinguished representative of A-land. Ladies and Gentlemen, two different approaches have been presented. Does anybody else wish to give his opinion? ... Yes, I can see several delegates raising their hands - let me note their names. So, first the distinguished representative of E-land. The floor is yours.

Předseda: Dobré jitro, dámy a pánové. Můžete mi, prosím, věnovat pozornost? Prohlašuji jednání za zahájené. (Úder kladívkem.) Prvním bodem dnešního pořadu jednání je článek 1 Jednotného zákona. Vážený zástupce státu A požádal o slovo.

Zástupce státu A: Děkuji Vám, pane předsedo. Moje delegace navrhuje, aby první věta článku 1 zněla takto: „Obloha je modrá.“ Děkuji Vám, pane předsedo.

Předseda: Děkuji vám. Chtěl by někdo uplatnit připomínky k tomuto návrhu? Delegace státu B má slovo.

Zástupce státu B: Děkuji Vám, pane předsedo. V zásadě souhlasím s pojetím návrhu delegace A, raději bych však byl při takových kategoričtých tvrzeních opatrnější. Navrhuji, aby tato věta zněla „Obloha je *obvykle* modrá.“ Děkuji Vám, pane předsedo.

Předseda: Děkuji vám. Podporuje někdo tento změněný návrh?

Zástupce státu C: Pane předsedo, naprosto souhlasím s předchozím řečníkem. Ve skutečnosti nemůže většina lidí barvu oblohy ověřit jinak než svým zrakem. To vnáší do celé věci subjektivní prvek. V důsledku toho navrhuji, aby tato věta zněla: „Obloha obvykle *vypadá* modrá.“ Děkuji vám, pane předsedo.

Předseda: Nějaké další připomínky k tomuto problému?

Zástupce státu D: Pane předsedo, zcela sdílím názor, podle někož potřebujeme pružnou formulaci. Kategoričtá tvrzení, která nedovolují žádné výjimky, jsou velmi nebezpečná. Snad by bylo vhodné ještě pružnější znění: „Obloha obvykle *vypadá, že je* modrá.“ Děkuji Vám, pane předsedo.

Předseda: Děkuji vám. Zdá se, že je zde jasná tendence učinit původní znění pružnějším. Je to všeobecný názor pracovní skupiny? Vidím příkyvování ... Ano, vážený zástupce státu A by zřejmě rád něco řekl. Mám pravdu?

Zástupce státu A: Děkuji Vám, pane předsedo. Se vši úctou k ostatním ctěným řečníkům nemohu souhlasit s uvedením subjektivního prvku do tak zřejmého tvrzení. Nikdo nepotřebuje ověřovat barvu oblohy. *Jeví se* modrá každému a v důsledku toho *je* modrá. Právní text musí být přesný a nedvojznačný. Obávám se, že musím zcela odmítnout názor vážených kolegů a nadále trvat na svém původním návrhu: „Obloha je modrá.“ Děkuji Vám, pane předsedo.

Předseda: Děkuji vám, vážený zástupce státu A. Dámy a pánové, byly prezentovány dva různé přístupy. Přeje si někdo další sdělit svůj názor? ... Ano, vidím několik delegátů se zvednutou paží - dovolu, abych si poznamenal jejich jména. Takže nejprve vážený zástupce státu E. Máte slovo.

The representative of E-land: Thank you Mr. Chairman. I think we should give ourselves time to reflect on the whole matter. I have serious reservations about what has been said up to now. As I'm sitting by the window, I can see the actual sky. Ladies and Gentlemen, look at the sky now. What can you see? Is it blue? (Some representatives are moving to the window, looking up and making noisy comments on the colour of the sky.)

Chairman: The representative of F-land, you have the floor.

The representative of F-land: Mr. Chairman, this is exactly what I wanted to point out. Everybody can see that the sky today is grey, not blue. Consequently, I see no valid reason for the support of the original proposal. Thank you.

Chairman: I thank the representative of F-land. The next speaker on my list is the representative of G-land.

The representative of G-land: Mr. Chairman, I'm afraid I can't support any of the proposals that include both the words „generally“ and „blue“. „Generally“ means „mostly“ or „in most cases“. I wish to draw your attention to the fact that in my country, according to the statistics, the sky is covered with clouds 221 days a year. I suggest to replace the word „blue“ with „grey“. I hope that this will be acceptable to all delegations. Thank you Mr. Chairman.

Chairman: Thank you. I'm not sure that the proposal of the distinguished representative of G-land could satisfy countries having more than 182 days of sunshine a year. We could perhaps reach a reasonable compromise by saying that „the sky is generally blue or grey“?

The representative of A-land: I'm sorry, Mr. Chairman, but there seems to be a slight misunderstanding. What we can see now outside, isn't the sky, but clouds. The sky is above those clouds and it is blue. I maintain my original proposal, which reflects correctly the reality. Thank you, Mr. Chairman.

Chairman: Thank you. The distinguished representative of H-land has the floor.

The representative of H-land: Thank you Mr. Chairman. I'm afraid I'm not quite clear what the distinguished A-land representative means by „the sky“? May I ask him through you, Mr. Chairman, for a clarification? Did he mean what he sees when he looks up? At least, when he is outside?

Chairman: I ask the delegation of A-land for the clarification. The representative of H-land didn't quite get your last point. Could you go over it again, please?

The representative of A-land: Certainly, Mr. Chairman. I apologize, I'm probably not making myself clear. I'll be very brief. I suppose most people present here came here on Sunday by plane. Can you remember your flight? You could certainly see the blue sky from the plane, whereas from the ground, as it was raining, the sky couldn't be seen at all.

Chairman: The J-land delegation would like to comment?

Zástupce státu E: Děkuji Vám, pane předsedo. Myslím, že bychom si měli vyhradit čas k úvaze o celé věci. Mám vážné výhrady k tomu, co bylo dosud řečeno. Jelikož sedím u okna, vidím skutečnou oblohu. Dámy a pánové, podívejte se teď na oblohu. Co vidíte? Je modrá? (Někteří zástupci přecházejí k oknu, dívají se nahoru a hlučně komentují barvu oblohy.)

Předseda: Zástupce státu F, máte slovo.

Zástupce státu F: Pane předsedo, toto je přesně to, nač jsem chtěl poukázat. Každý vidí, že dnes je obloha šedá, nikoli modrá. V důsledku toho nevidím žádný skutečný důvod k podpoře původního návrhu. Děkuji vám.

Předseda: Děkuji zástupci státu F. Dalším řečníkem na mém seznamu je zástupce státu G.

Zástupce státu G: Pane předsedo, obávám se, že nemohu podpořit žádný z návrhů, které obsahují zároveň slova „obvykle“ a „modrá“. „Obvykle“ znamená „většinou“ nebo „ve většině případů“. Chtěl bych vás upozornit na skutečnost, že v mé zemi je podle statistiky obloha zatažená mraky 221 dnů v roce. Navrhuji nahradit slovo „modrá“ slovem „šedá“. Doufám, že to bude přijatelné pro všechny delegace. Děkuji vám, pane předsedo.

Předseda: Děkuji vám. Nejsm si jist, zda návrh váženého zástupce státu G může uspokojit země s více než 182 dny slunečního svitu za rok. Možná bychom mohli dosáhnout rozumného kompromisu, kdybychom uvedli „obloha je obvykle modrá nebo šedá“.

Zástupce státu A: Promiňte, pane předsedo, ale zdá se, že je zde malé nedorozumění: To, co nyní vidíme venku, není obloha, ale mraky. Obloha je nad těmito mraky a je modrá. Stále trvám na svém návrhu, který správně odráží skutečnost. Děkuji vám, pane předsedo.

Předseda: Děkuji vám. Vážený zástupce státu H má slovo.

Zástupce státu H: Děkuji Vám, pane předsedo. Obávám se, že mi není zcela jasné, co vážený zástupce státu A rozumí „oblohou“? Mohu ho vašim prostřednictvím, pane předsedo, požádat o vysvětlení? Měl na mysli to, co vidí, když se dívá nahoru? Alespoň když je venku?

Předseda: Žádám delegaci státu A o vysvětlení. Zástupce státu H nepochopil zcela vaši poslední připomínku. Mohl byste to, prosím, probrat znovu?

Zástupce státu A: Zajisté, pane předsedo. Omlouvám se, asi se nevyjadřuji jasně. Budu velmi stručný. Předpokládám, že většina těch, kteří jsou zde přítomni, sem přiletěla v neděli letadlem. Můžete si vzpomenout na váš let? Z letadla jste jistě viděli modrou oblohu, zatímco na zemi přišlo a proto obloha nebyla vůbec vidět.

Předseda: Delegace státu J by chtěla uplatnit připomínku?

The representative of J-land: Thank you Mr. Chairman. I arrived here Sunday night. As far as I can remember, Mr. Chairman, the sky I could see from the plane was not blue, but red, or more precisely dark pink, due to the fact that the sun was just setting. Thank you.

Chairman: I don't think that we can go forward without a definition of the term „sky“. Does anybody wish to propose such a definition? Yes, please.

The representative of K-land: I'm sorry Mr. Chairman, I have no proposal, since I think that we shouldn't worry about any definition. We can't overlook the fact that at night, the sky is black, whether clouds are present or not. Every night the sky is black according to *any* definition. Thank you Mr. Chairman.

Chairman: A-land delegation, please.

The representative of A-land: Thank you, Mr. Chairman. The point made by the distinguished representative of K-land is certainly an interesting one, but I'm afraid there seems to be another misunderstanding. During the night the sky isn't black. It remains blue, but its colour can't be seen, because there is no light. During daytime the sky can be seen to be blue, as I have stressed already several times. Colours other than blue which occur at certain moments in the morning and evening are only of secondary importance. Thank you.

Chairman: Ladies and Gentlemen, we are going back to our definition. Should „the sky“ include clouds or not?

The representative of L-land: Mr. Chairman, instead of proposing a definition, allow me to point out that there are many other considerations with respect to our problem. The sky appears also on paintings, colour photographs etc. Can you remember, what is the colour of the sky behind Mona Lisa on the famous Leonardo da Vinci's painting? It is green, Ladies and Gentlemen.

Chairman: Well, I'm afraid we aren't in a position to resolve this matter. I don't think we have enough time at our disposal to consider all the implications in detail. Perhaps we could return to it later. If no-one has any objections, I suggest that we leave this matter in abeyance until our next meeting. The distinguished representative of A-land wishes to take the floor.

The representative of A-land: Mr. Chairman, if I could just sum up the discussion, this working group doesn't know what the sky is and consequently can't determine its colour. In view of this I propose that the whole first sentence be deleted from Article 1. There is apparently no need to have it in the text, since it would express just a well known fact. Thank you Mr. Chairman.

Chairman: I can see a general nodding of heads. Can I take it you're all in favour? It seems that we have a consensus. Are there any further comments? ... It doesn't seem to be the case. The first sentence of Article 1 is deleted. I propose to break now for coffee before we start to discuss the second sentence of Article 1: „The grass is green.“ The meeting will resume in twenty minutes. Thank you very much, Ladies and Gentlemen.

Zástupce státu J: Děkuji Vám, pane předsedo. Přiletěl jsem sem v neděli večer. Pokud si vzpomínám, pane předsedo, obloha, kterou jsem viděl z letadla, nebyla modrá, ale červená, přesněji řečeno tmavě růžová, protože právě zapadalo slunce. Děkuji vám.

Předseda: Nemyslím, že se můžeme dostat dále bez definice pojmu „obloha“. Přeje si někdo takovou definici navrhnout? Ano, prosím.

Zástupce státu K: Promiňte, pane předsedo, nemám žádný návrh, neboť si myslím, že si s žádnou definicí nemusíme dělat starosti. Nemůžeme opomenout skutečnost, že v noci je obloha černá, ať jsou mraky nebo ne. Každou noc je obloha černá podle *jakékoli* definice. Děkuji Vám, pane předsedo.

Předseda: Delegation státu A, prosím.

Zástupce státu A: Děkuji vám, pane předsedo. Připomínka váženého zástupce státu K je jistě zajímavá, ale obávám se, že se patrně jedná o další nedorozumění. V noci obloha není černá. Zůstává modrá, ale její barva není vidět, protože není světlo. Během dne je obloha vidět jako modrá, jak jsem již několikrát zdůraznil. Jiná barva než modrá v určitých chvílích ráno a večer je podružná. Děkuji vám.

Předseda: Dámy a pánové, dostáváme se zpět k naší definici. Má „obloha“ zahrnovat mraky nebo ne?

Zástupce státu L: Pane předsedo, namísto návrhu definice mi dovoluňte poukázat na to, že náš problém má mnoho dalších aspektů. Obloha se objevuje také na obrazech, na barevných fotografiích atd. Pamatujete si, jaké barvy je obloha za Monou Lisou na proslulém obraze Leonarda da Vinciho? Je zelená, dámy a pánové.

Předseda: Obávám se, že tento problém nejsme schopni vyřešit. Domnívám se, že nemáme k dispozici dost času na to, abychom podrobně posoudili všechny aspekty. Snad bychom se k tomu mohli vrátit později. Nemá-li nikdo námítky, navrhuji, abychom pozastavili projednávání této věci do příští schůze. Vážený zástupce státu A si přeje slovo.

Zástupce státu A: Pane předsedo, mohu-li shrnout diskusi, tato pracovní skupina neví co je obloha a v důsledku toho nemůže určit její barvu. Vzhledem k tomu navrhuji, aby celá první věta byla z článku 1 vypuštěna. Zjevně není potřeba mít ji v textu, neboť by vyjadřovala jen obecně známou skutečnost. Děkuji Vám, pane předsedo.

Předseda: Vidím všeobecné přikyvování. Mohu to brát tak, že jste všichni pro? Zdá se, že jsme dosáhli konsensu. Jsou další připomínky? ... Nezdá se, že by tomu bylo tak. První věta článku 1 je tedy vypuštěna. Navrhuji nyní přerušit jednání přestávkou na kávu, než zahájíme projednávání druhé věty článku 1: „Tráva je zelená.“ Zasedání bude pokračovat za dvacet minut. Velice vám děkuji, dámy a pánové.

Z
VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Zpráva o obhajobě habilitační práce JUDr. Milana Galvase, CSc.

Dne 21. června 1994 proběhla před vědeckou radou Právnické fakulty Masarykovy univerzity veřejná habilitační přednáška a obhajoba habilitační práce JUDr. Milana Galvase, CSc., vedoucího katedry pracovního práva a sociálního zabezpečení Právnické fakulty MU.

Habilitační přednáška byla věnována problematice určení právních mezí kolektivního vyjednávání. Uchazeč se nejdříve věnoval vymezení pojmu kolektivního vyjednávání, jako jednoho z významných fenoménů ovlivňujícího pracovní a sociální klima u každého zaměstnavatele. V těchto souvislostech dospěl k závěru, že kolektivním vyjednáváním je v podstatě každé jednání mezi odborovou organizací a zaměstnavatelem (vedením podniku), pokud se týká práce, pracovních a mzdo-

vých podmínek. A to i přes to, že pracovní právní praxe pod vlivem nepříliš šťastně formulovaných předpisů omezuje kolektivní vyjednávání na proces sjednávání kolektivní smlouvy.

Uchazeč poukázal na skutečnost, že kolektivní vyjednávání je procesem realizace kolektivního pracovního práva a že se musí řídit určitými obecnými pravidly. Tato pravidla (základní principy) se dají odhalit rozbohem vnitrostátních pracovníprávních norem, ale i norem mezinárodního pracovního práva, zejména Úmluv Mezinárodní organizace práce, které ČR ratifikovala a je jimi vázána.

Mezi tyto zásady patří univerzálnost kolektivního vyjednávání – kolektivně se dá vyjednávat o všech otázkách práce, nejen o těch, kde to právo výslovně stano-

ví. Kolektivně lze vyjednávat vždy a vyjednávání je způsobem řešení objektivně vznikajících rozporů a přecházení právně relevantním sporům. Jednání je neformální – právo stanoví jen málo procesních pravidel. Strany kolektivního vyjednávání jsou si při jednání rovny. Projevy uvedených zásad demonstroval rozbohem právních textů i na řadě příkladů.

V úvodu obhajoby své habilitační práce nazvané „K některým základním teoretickým problémům českého kolektivního pracovního práva“ reagoval uchazeč nejprve na připomínky vyplývající z posudků oponentů – doc. JUDr. Petra Trösterera, CSc. a doc. JUDr. Vojtěcha Tkáče, CSc. Vysvětlil své pojetí kolektivního pracovního práva, které je typické nejen zvláštním pracovníprávním subjektem (odborníky), ale i úpravou zvláštní zájmů odborů jako sociálního reprezentanta zaměstnanců, a zdůraznil potřebu komplexnější právní úpravy této části pracovního práva, nejlépe zvláštním zá-

konem.

V následující veřejné rozpravě byla prezentována řada názorů, připomínek i dotazů, které z různých pohledů reagovaly jak na předloženou habilitační práci, tak na přednášku či obhajobu. Uchazeč s přehledem zodpověděl řadu dotazů, naznačil možná řešení nazrálých otázek a prokázal tak jednoznačně své znalosti a schopnosti. Logickým důsledkem kvality habilitační práce a průběhu obhajoby bylo pak jednomyslné rozhodnutí vědecké rady Právnické fakulty Masarykovy univerzity, přijaté na základě tajného hlasování, předložit rektorovi Masarykovy univerzity návrh na udělení habilitantovi titulu „docent“. Tento titul rovněž zcela odpovídá vynikajícím výsledkům mnohaleté pedagogické a vědecké práce JUDr. Milana Galvase, CSc. na katedře pracovního práva a sociálního zabezpečení brněnské právnické fakulty, kde se jmenovaný stal vůdčí osobností v oborech pracovního práva a sociálního zabezpečení.

Zdeňka GREGOROVÁ

Tempus Lehrgang 1994

Účelem programu Tempus, schváleného dne 7. května 1990 Radou ministrů Evropských společenství je přispět k rozvoji systému vysokoškolského vzdělávání v zemích střední a východní Evropy. Účastnickými jsou: Polsko, Maďarsko, Česká a Slovenská republika, Bulharsko,

Rumunsko, a země bývalé Jugoslávie. Od roku 1991 se konkrétním členem tohoto programu stala i naše fakulta, jmenovitě katedry trestního práva a teorie práva, společně s právnickými fakultami Univerzity Erasma Rotterdamského v Rotterdamu a Sárské univerzity v Saarbrückenu.

Třiletý společný program vyvrcholil v týdnu od 14. března 1994 přednáškovým cyklem (Lehrgang) věnujícím se problematice trestního práva a teorie práva. Příspěvky zde přednesli vyučující všech výše zmíněných fakult, jmenovitě Wiss. ass. Lothar Kuntz, Dr. Heiko Breit, Dr. Wolfgang Resch, Dr. Frank Schuppener, Dr. Ralf Hofman ze Sárské univerzity, Dr. Paul Mevis, Dr. Tom Blom, Doz. Dr. Elizabeth de Konig-de Jong, Mr. Theo van Dijk z EU Rotterdam, Dr. Alexander Nett, Dr. Věra Kalvodová, Dr. Josef Kuchta z MU Brno a stu-

dentů naší fakulty. Program neměl jen ryze teoretický charakter, ale zúčastnili se jej i zástupci z praxe: Dr. Jiří Mezník – ředitel NVÚ Kuřim a Dr. Antonín Drašík a Dr. Pavel Šámal z KS Brno.

Témata jednotlivých příspěvků byla zaměřena na novelizaci trestního práva jak ze stránky hmotné, tak i procesní a srovnávání jednotlivých TP institutů v jednotlivých zemích.

Neformální setkání účastníků, doprovodný program to vše napovědělo o snaze i po budoucí (ne)Tempusové spolupráci.

Roman VANĚK

Profesor Steigmann na Právnické fakultě

Konec studené války znamenal zánik dosavadního systému mezinárodních vztahů. Téměř čtyřicet let trvající bipolární model byl i přes neustále trvající napětí víceméně stabilní a transparentní. Naproti tomu současná situace ve světové mezinárodní politice je těžko popsatelná a prochází velmi dynamickým vývojem. I přes určitou nezřetelnost nynějšího mezinárodně-politického systému je ale zcela jasná dominantní pozice hlavního vítěze studené války – Spojených států amerických. Postavení Američanů v globálních vztazích je zcela jedinečné a přináší jim samotným celou řadu pro-

blémů. Právě proto se americká zahraniční politika stává intenzivně zkoumaným předmětem zájmu několika sociálně-vědních oborů, zejména však politologie a mezinárodního a ústavního práva. Jako velmi důležitý se přitom jeví proces vytváření a formulování zahraniční politiky ve specifickém americkém politickém systému.

Aby se s touto problematikou mohli seznámit i čeští odborníci a studenti, zorganizoval Mezinárodní politologický ústav Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně přednášku předního amerického odborníka v této oblas-

ti, jehož fundovanost je navíc umocněna dřívějším zaměstnáním v americké diplomatické službě, profesora H. Steigmann z George Town University. Přednáška se uskutečnila 22. června na půdě Právnické fakulty MU v Brně.

Začátek své přednášky věnoval Steigmann stručné charakteristice globálního systému po zhroutilí komunistického bloku tak, jak se jeví z amerického pohledu. Uvedl, že v současné situaci nemají Spojené státy žádného viditelného nepřitele. V další části přednášky se zabýval základními faktory každé zahraniční politiky. Steigmann vidí celkem čtyři tyto prvky, a to

- a) vnější prostředí,
- b) strukturu a hodnoty společnosti,
- c) strukturu vlády,
- d) roli jedinců v rozhodovacím procesu.

Poměrně překvapivé bylo Steigmannovo zpochybnění často uváděné téměř neomezené role prezidenta ve formování americké politiky. V USA je podle Steigmannova veškerá politika politikou místní – a proto se prezident vždy musí řídit zájmy voličů. To dokumentoval na příkladu tak významného státu, jakým je Florida – „Žádný americký prezident nemůže ukončit bojkot Kuby, protože by

ztratil hlasy na Floridě“, uvedl doslova. Dále zdůraznil velkou roli masmédií ve formování amerického veřejného mínění („V dobách, kdy nebyla televize, by nedošlo k akci v Somálsku. V sousedním Súdánu nebylo hladovějících o nic méně, ale nikdo tam neintervenoval“). Závažným bodem přednášky byl podrobný rozbor několika modelů rozhodování v americké „foreign policy“. Za některými důležitými rozhodnutími stojí pouze prezident a několik poradců (např. Kubánská krize nebo válka v Perském zálivu), jiná rozhodnutí provádí vládní administrativa, některé dílčí otázky jsou potom řešeny na nižší než vládní úrovni. V diskuzi, která po přednášce následovala, se Steigmann věnoval např. americkému postoju k rozšíření Rady bezpečnosti OSN (osobně věří, že Američané budou souhlasit se členstvím Japonska a Německa) a dalším aktuálním tématům.

Celkově lze Steigmannovu přednášku hodnotit velmi kladně. Doufejme, že Mezinárodní politologický ústav v Brně bude i nadále využívat svých rozsáhlých zahraničních kontaktů a umožní českým zájemcům další setkání s takovými osobnostmi současných společenských věd, jakou bezesporu byl i profesor Steigmann.

Miroslav MAREŠ

Návštěva v Chicagu

Ve dnech 2. – 11. května 1994 navštívila delegace učitelů právnické fakulty v Brně The John Marshall Law School v Chicagu. Členy delegace byli: doc. JUDr. Josef Bejček, CSc., doc. JUDr. Milana Hrušáková, CSc., JUDr. Dalibor Jílek, CSc., JUDr. Marta Kadlecová, CSc., doc. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc., doc. JUDr. Jiří Kroupa, CSc., Mgr. Patrik Maryásek, doc. JUDr. Naděžda Rozehnaiová, CSc., JUDr. Iona Schelleová, doc. JUDr. Karel Schelle, CSc., JUDr. Soňa Skulová, JUDr. Ivo Telec, CSc., JUDr. Renata Veselá, JUDr. Vladimír Týč, CSc.

Návštěva byla dalším krokem v rozvoji styků s touto významnou americkou právnickou fakultou, které začaly návštěvou doc. JUDr. Jiřího Kroupy, CSc. v roce 1993 v USA a pokračovaly návštěvou početné skupiny právníků z Chicaga na podzim roku 1993 v Brně.

Hlavní náplní bohatého programu, který američtí hostitelé připravili byl kurs amerického práva.

První pracovní den v Chicagu byl věnován prohlídce fakulty. Zejména velkou pozornost vzbudila právnická knihovna rozkládající se v několika patrech fakulty.

Další den (4. května) byl již věnován prvním přednáškám:

- The Common Law System (předn.

Mark Wojcik, Bill Mock a Craig Peterson)

- The History of American Law (předn. Sandy Olken a Claude Carr)
- The American Federal System, Separation of Powers and State Constitutional (předn. Walt Kendall, Ann Lousin a Yvette Barksdale)
- The American Legal Profession (předn. John Corkery a Tony Zito)
- The Relationship Between Federal and State Courts and the Role of Courts in the American legal System (předn. Diane Kaplan a Jack Gorby).

Dne 5. května následovaly přednášky:

- Civil Trials and Discovery (předn. Gil Johnston, Allen Kamp, Michael Poelle)
- Criminal Procedure (předn. Tim O'Neil, Bill Carroll)
- Lawyering Skills (předn. Susan Brody, David Sorkin a Cynthia Hunman)

Poslední přednáškový den 6. května byl vyplněn následujícími tematy:

- The American Law School: Curriculum and Pedagogy (předn. Jane Oswald, Susan Conner, Bob Nye, Alberto Bernabe)

– The Socratic Method of Teaching (demonstrace George Trubow)

Odpoledně 6. května přednesl doc. JUDr. Jiří Kroupa, CSc. učitelům fakulty přednášku na tema The Czech Lustration Law. Komentář k této problematice za americkou stranu podali prof. Arthur Sabin, Jay Miller (ACLU) a prof. Emeritus Franklyn S. Haiman (Northwestern University).

Další dva víkendové dny byly věnovány prohlídce Chicaga s návštěvami v rodinách amerických právníků.

Závěrečné dny (9. a 10. května) byly věnovány návštěvě a prohlídce hlavního

města státu Illinois Springfieldu. Čeští účastníci obdivovali postupně Capitol, památky spjaté s životem A. Lincoln a večer při setkání s absolventy The John Marshall Law School v Chicagu se seznámovali s problémy života amerických právníků.

Návštěva delegace učitelů brněnské právnické fakulty v Chicagu byla bezesporu nejvýznamnější akcí této fakulty směřující k rozvoji zahraničních vztahů s vyspělými západními právnickými školami. Dohodnuty byly další formy spolupráce v oblasti vědecké a publikační. Byly navázány významné osobní kontakty.

Iona SCHELLEOVÁ, Karel SCHELLE

Vědecká konference Dr. Edvard Beneš – politik a státník

V letošním roce dostala česká veřejnost možnost oficiálně vzpomenout 110. výročí tak významné osobnosti, jakou bezesporu byl druhý prezident Československé republiky dr. Edvard Beneš. Proto se v rámci letošního jubilea pokusili i brněnští odborníci osvětlit některé aspekty z jeho života. Historické oddělení Moravského zemského muzea, Historický ústav Filozofické fakulty Masarykovy univerzity, Maticе moravské a Městský ústav Svazu bojovníků za svobodu ušpřádaly dne 12. dubna 1994 v přednáškovém sále Dietrichsteinského paláce

v Brně konferenci

„Dr. Edvard Beneš – politik a státník“.

Úvodní příspěvek „Edvard Beneš – poznámky k dílu politika a státníka“ přednesl Slávoň Brodšesser (Moravské zemské muzeum Brno).

„Několik poznámek k roli Edvarda Beneše v československé vnitřní politice“ proslavil Libor Vykoupil (Filozofická fakulta Masarykovy univerzity v Brně).

Jiří Mikulka (Moravské zemské muzeum v Brně) poukázal na „Snahy Edvarda Beneše o československo-polskou kon-

federaci v letech 1940 – 1943“.

Na aktuální tema „Dekretální pravomoc prezidenta Edvarda Beneše“ přednesl příspěvek Karel Schelle (Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně).

Poslední referát „Prezident dr. Edvard Beneš a možnosti použití armády při řešení únorové krize v roce 1948“ před-

nesl František Hanzlík (Vysoká vojenská škola pozemního vojska Vyskov):

Z konference byl vydán právnickou fakultou sborník, který zejména posluchačům právnické fakulty umožní seznámit se s touto jednou z nejvýznamnějších českých osobností našeho politického života 20. století.

Karel SCHELLE

Vědecká konference Česko-slovenské vztahy a střední Evropa

Dne 8. dubna 1994 uspořádal Mezinárodní politologický ústav Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně vědeckou konferenci věnovanou problematice česko-slovenských vztahů v kontextu středoevropského vývoje.

Účastníky konference jak z fakulty tak z jiných vědeckých pracovišť zaujaly následující příspěvky:

Miroslava Peňka: *K politickým aspektům slovensko-českých vztahů,*

Karla Schelleho: *Vývoj česko-slovenských vztahů za první světové války*

Dagmar Horné: *Československý rozkol v díle Milana Hodžu*

Michala Štefanského: *Spory o postavení Slovenska v 60. rokoh*

Petera Juzu: *Nacionalismus a pokus o národně-emancipačné snažení*

v Česko-slovensku

Jaroslava Bohanesa: *Krize česko-slovenských vztahů po listopadu 1989*

Aleše Gerlocha: *Československá federace: uzavřená minulost?*

Ladislava Kováče: *Zločin a trest: Husákovská normalizácia a rozdelenie Československa*

Petera Duleby: *Subregionálny aspekt vzťahu Českej republiky a Slovenska*

Vladimíra Leška: *Bezpečnostní aspekty po rozdelení Československa*

Jiřího Schneidera: *Místo Slovenské republiky v České zahraniční politice.*

Konference byla nesporně významným počinem Mezinárodního politologického ústavu na který hodlají jeho pracovníci navázat dalšími obdobnými akcemi.

Karel SCHELLE

I N F O R M A C E

Z činnosti Jednoty českých právníků – městského sdružení v Brně

V poslední zprávě byla ve stručném přehledu nastíněna činnost JČP – MS v Brně do konce března, to s povděkem zdůrazněnými se budeme zabývat činností v dubnu a květnu.

V obou těchto měsících pokračovala pravidelná setkání v debatním klubu Justičního paláce, na nichž se probírali nové právní předpisy, připomínky k legislativě a některé aktuální konkrétní právní případy. I když klub v podstatě plnil svůj účel, vykazoval zatím dva nedostatky. Jednak konzultace byly více méně živelné a proto ne

dosti fundovaně připravené, jednak návštěvníci klubu se stabilizovali (budiž to s povděkem zdůrazněno), avšak chybí růst dalších nových návštěvníků.

Pokud jde o prvou skutečnost, bude napravěna tím, že bude vždy nejméně na dva týdny předem zveřejňováno hlavní téma odborné debaty, aby se na ni mohli účastníci předem řádně připravit, a pokud jde o druhou skutečnost, bude všestranně rozšířena propagace návštěv klubu brněnských právníků. Jak bylo zjiš-

těno z posledního sčítání lidu, žilo v Brně 1 721 obyvatel s ukončeným právnickým vzděláním, dnes je jich určitě více, nepřehlédne k cca 2 000 posluchačů právnické fakulty, kteří rovněž se mohou podílet na činnosti JČP. Jestliže návštěvy klubu právníky v aktivní službě brzdí jejich pracovní aktivita, pak by k tomu nemělo být u důchodců – právníků, jejichž počet podle posledního sčítání lidu se pohyboval kolem 600. Klubovní místnost pojme cca 50 návštěvníků, jejich občerstvení za-

jištuje přehléla kantýna.

V května navštívil klub místopředseda Ústavního soudu ČR soudce JUDr. Miloš Holeček a pohovořil o dosavadní činnosti ÚS. Bylo dohodnuto, že bude uspořádáno setkání se všemi soudci ÚS, kteří působili dříve u brněnských soudů. Výbor JČP

– MS blahopřál ke jmenování děkance PFMU doc. JUDr. Zdence Gregorové CSc. a nejvyšší státní zástupkyni JUDr. Bohumíře Kopečné, které přislíbily návštěvu debatního klubu v poprázdňinové době. Problematiku dosud neustaveného Nejvyššího

správního soudu přiblížil návštěvníkům klubu jeden z poslených soudců NSS JUDr. Josef Novotný.

Spolupráci s olomouckými právníky prohloubil autobusový zájezd do Olomouce, reciproční návštěva bude připravena na podzim tohoto roku. 2. 6. 94

Otakar MUSIL

Josef Zieleniec na Právnické fakultě

Mezinárodní politologický ústav Právnické fakulty v Brně pravidelně pořádá besedy s významnými osobnostmi zejména z české politiky. Dne 7. června 1994 tato série besed pokračovala setkáním s ministrem zahraniční České republiky Josefem Zieleni-

encem. Téma besedy bylo „Zahraniční politika České republiky“. Ministr v úvodu svého vystoupení seznámil posluchače s aktuálními problémy naší zahraniční politiky. Poukázal na některé personální problémy ministerstva zahraničních věcí při obsazování míst

v diplomatických službách. Poté se vyslovil k některým problémům světového dění na jejichž řešení má česká zahraniční politika prvořadý zájem.

Beseda bezesporu vhodně zapadla do celkové aktivity Mezinárodního politologického ústavu.

Karel SCHELLE

L I T E R A T U R A

Vladimír Týč; Dalibor Jílek Základy práva Evropských společenství

Recenze

Není tomu tak dlouho, co recenzent uvítal na stránkách časopisu Právník první českou práci (moderní a původní) o Evropském společenství (dnes už Evropské unii) a jeho právu.¹ V daném případě ale nešlo primárně o učebnici pro studenty právnických fakult, a tomu proto odpovídalo i pojetí knihy, která měla oslovit i širší veřejnost (nejen právníky, ale také ekonomy apod.)

Tato recenze se naproti tomu zabývá skutečnou domácí učebnicí práva ES, která je vlastně již 2. vydáním (podstatně doplněným a přepracovaným) původního skriptu, napsaného a vydaného dvojicí učitelů katedry mezinárodního a evropského práva na Právnické fakultě Masarykovy univerzity

v Brně. Výhodou autorů byla nesporně i jejich možnost ověřit si zvolené přístupy jak na provizorních skriptech (vydaných PF MU v r. 1992, ale pro velký zájem brzy rozzebraných), tak hlavně v samotné výuce tohoto oboru. Konečně stojí za připomenutí i fakt, že u nás dosud neexistují (snad až na nejmladší, resp. studující generaci) ze školy připravení specialisté na právo ES; proto se badatelé i učitelé rekrutují zejména z odborníků na mezinárodní právo veřejné nebo soukromé. Podstatné je, že spoluautoři mají vysokou erudici v obou oborech, neboť vedle práva ES jeden z nich přednáší mezinárodní právo veřejné a druhý se podílí na výuce me-

¹L. Neustupná, M. Pauknerová, J. Skála, J. Zachariáš, J. Zemánek, Evropské společenství, Prospektum, Praha, 1992, recenze v časopisu Právník 10/1992, s. 919–921

zinářského práva soukromého. To se velmi příznivě promítlo v této učebnici.

Práce je rozdělena do pěti hlav: Vznik, vývoj a povaha ES, Organizační struktura ES, Právní systém Společenství, Aplikace práva Společenství a konečně Přehled tzv. materiálního práva Společenství. Z této struktury a rozsahu věnovaného jednotlivým kapitolám se už také podává koncepce učebnice. Ta sice zahrnuje jak tzv. Institucionální a procesní právo (nazývané také "ústavní" nebo "obecná část"), tak tzv. materiální právo (event. "zvláštní část"), ale větší důraz je správně kladen na první z nich.

Předně právo ES pro nás asi ještě dlouho nebude bezprostředně platným právem. Za druhé, toto právo se samo neustále vyvíjí, takže v době předpokládaného vstupu České republiky do Evropské unie bude asi mnoho z poznatků, které by mohla učebnice zprostředkovat, již překonáno (zejména i judikaturou Soudního dvora ES). Proto je rozumné že autoři podali pouze základy tohoto právního oboru, které dovolují pochopit podstatu tohoto práva, jeho prameny a aplikaci, vztahy mezi orgány a klíčové instituty materiálního (tj. ekonomického) práva ES, a na které lze v dalším studiu nebo praxi navazovat.

Hlava I. nejprve ukazuje kořeny evropské myšlenky, jakož i politické, hospodářské a bezpečnostní souvislosti vzniku ES. Poté objasňuje vývoj a právní povahu Evropských společenství. Za pozornost zde stojí i zapracování Smlouvy o Evropské unii do učebního textu. V partii věnované právnímu postavení ES se jasně rozlišuje mezinárodně právní subjektivita (zejména s podrobnou typologií uzavíraných smluv) a vnitrostátní právní subjektivita. V obou částech se zmiňuje i problematika odpovědnosti ES.

Klasickou součástí všech učebnic je kapitola popisující organizační strukturu Evropských společenství (v recenzované práci

Hlava II.). Proto zde lze jen ocenit, jak je stručná, přehledná, ale zároveň bohatá na informace. Je pochopitelné, že některé údaje (zejména rozdělení mandátů v Evropském parlamentu a hlasů v Radě) si čtenář bude muset opravit po očekávaném vstupu Rakouska, Finska, Norska a Švédska do Evropské unie (1995), což ale hodnotu knihy nesnižuje.

Klíčové místo v recenzované učebnici zaujímá Hlava III.: Právní systém Společenství – prameny a normotvorba. Lze bez nadsázky konstatovat, že tato kapitola (spolu s IV. hlavou věnovanou aplikaci práva ES) je naprosto nezbytná pro pochopení práva Společenství jako zvláštního právního systému odlišného od práva mezinárodního i od vnitrostátního práva členských států. Vedle dělení podle účelu a obsahu norem na "institucionální" a "materiální" právo (recenzent plně sdílí terminologické rozpaky autorů) je nosné dělení podle způsobu, resp. subjektů jejich tvorby.

Výklad proto logicky začíná akty členských států, které jsou prvotním pramenem základních pravidel, na nichž Společenství spočívá (tzv. primární právo). Z nich mají zdaleka největší význam zřizovací a na ně navazující smlouvy. Učebnice uvádí celkem 12 smluv, včetně smluv o přístupu, Jednotného evropského aktu a Smlouvy o evropské unii. Místo pokusu probrat jednu smlouvu po druhé autoři zvolili syntetizující zpracování, a to výkladem působnosti zřizovacích smluv: územní, osobní, časové a věcné. Na velmi malém prostoru (s. 71–78) tak dokázali vystihnout jak společné znaky, tak i odlišnosti a postupné rozšíření působnosti *ratione materiae*.

Stejně ocenění si zasluhuje i výklad legislativních aktů orgánů Společenství, které jsou vydávány na základě zřizovacích smluv (tzv. sekundární právo). Jde zejména o partie věnované pravomoci a proceduře legislativní činnosti Společenství (včetně

změn ze Smlouvy o Evropské unii). Slovy i grafy je například objasněna také složitá kooperační procedura (spolurozhodování Evropského parlamentu a Rady) podle článku 189b a článku 189c smlouvy ES (dříve EHS).

Recenzovaná práce pak stručně zmiňuje i akty smíšené povahy, které jsou zároveň akty Společenství i členských států (prakticky jde o jejich mezinárodní smlouvy s třetím státem), a nakonec i obecné zásady právní, které Soudní dvůr někdy aplikuje (např. základní lidská práva aj.). Drobnou logickou vadou je snad jen zkratkovitě uvedení mezi smlouvami, které jsou součástí práva ES, i smluv mezi členskými státy a třetím státem, jež ale hned další věta *expressis verbis* vyloučila z práva Společenství. (s. 92)

Aplikace práva Společenství je obsahem hlavy IV., která patří k tomu nejlepšímu, co bylo u nás k tomuto tématu dosud publikováno. Nejprve jsou zde ukázány dva základní principy formulované Soudním dvorem: princip přímé účinnosti práva Společenství v členských státech (pro nařízení i směrnice, kde je zapracována i nová judikatura včetně *causy Francovich v. Itálie*)² a princip nadřazenosti práva Společenství nad vnitrostátními právními normami členských států.

Poté autoři objasnili cesty aplikace práva Společenství jak v řízení před vnitrostátním soudem zahájeným žalobou podanou jednotlivcem, tak v řízení proti členskému státu před Komisí nebo před Soudním dvorem (administrativní a soudní stadiím řízení). Ocenění si zasluhuje zejména též výklad řízení před Soudním dvorem a Soudem první

instance, včetně problematiky odpovědnosti státu nebo ES a typu žalob. Opomenut nebyl ani specifický institut prejudiciálního řízení podle článku 177 smlouvy ES. Nechybí ani doplnění popisu všech řízení grafickými schématy.

Jak již bylo naznačeno výše, V. Hlava (s. 127–176) je přehledem tzv. materiálního práva, které upravuje činnost Společenství, členských států a jiných subjektů v oblastech vymezených zřizovacími smlouvami. Nejprve pojednává o tom, co je nezbytné pro jednotný vnitřní trh, tedy o čtyřech základních svobodách, pravidlech hospodářské soutěže a sblížování (harmonizace) vnitrostátního zákonodárství. I když si recenzovaná práce nedělá nárok vyrovnat se podrobným zahraničním učebnicím, nic podstatného zde nechybí. Kapitola uzavírá velmi stručný nástin společné politiky v jednotlivých oblastech podle původních smluv, Jednotného evropského aktu i Smlouvy o Evropské unii.

Poslední Hlava VI. stručně popisuje vztah České republiky k Evropským společenstvím včetně obsahu asociací dohody. Učebnici doplňují cenné přílohy: chronologický přehled výstavby evropské integrace a výkladový slovníček vybraných pojmů vztahujících se k evropské integraci, jakož i seznam použité literatury.

Celkově lze označit recenzovanou práci za patrně nejlepší českou učebnici práva ES a doporučit ji všem studentům i dalším zájemcům o tento – pro české právníky – ještě relativně nový a nepříliš známý právní obor, jehož význam asi teprve v budoucnu plně doceníme.

Pavel ŠTURMA

²Francovich v. Itálie, C 6 a 9/90; k tomu blíže srov. též V. Petrus – P. Šturma, Odpovědnost státu za nepřevedení direktivy podle práva ES (na okraj rozsudku Francovich), Právo a zákonost 9/1992.

Pokorná Jarmila: Některé otázky obchodního práva Evropských společenství

Recenze

V současné době vychází nadepsaná publikace z pera brněnské autorky JUDr. Jarmily Pokorné, CSc. Publikace je věnována svobodě pohybu zboží, otázkám evropského práva ochranných známek i svobodě poskytování služeb, usazování a pohybu kapitálu. Dále obsahuje pojednání o obchodních společnostech a právu hospodářské soutěže.

Jde o publikaci, kterou odborná veřejnost jistě uvítá. Přitom budou uspokojeni i zájemci o další studium uvedené problematiky. Každá kapitola knihy totiž obsahuje souhrnně uvedenou literaturu. Autorka přitom vychází z originálních dokumentů.

Část práce zaměřená na svobodu pohybu zboží je uvedena přehledem omezení, které člení na tarifní (cla, odvody stejného působení jako cla, daně) a netarifní (množstevní kontingenty; opatření totožných účinků jako jsou technické překážky, případy nespadaající pod výjimky ze zřizovací smlouvy Evropského hospodářského společenství, státní regulace cen, zvláštní podmínky pro platby a úvěry, dotace, zvláštní požadavky na dovezené zboží, výhrada určitého označení pro dovezené zboží, povinné označení dovezeného zboží, administrativní překážky; státní monopoly a státní podpory).

Autorka vychází ze skutečnosti, že před

ES stojí jako jeden ze základních cílů zřídit společný trh, hospodářský prostor, v němž by volně mohly obíhat zboží i služby v rámci jednotných soutěžních podmínek. Základem pro to je celní unie. Odstranění celních hranic je přitom doplněno zákazem omezování volného pohybu zboží státními opatřeními, diskriminace prostřednictvím státem ukládaných odvodů, diskriminace na základě státních monopolů a diskriminace na základě státních podpor.

Na problematiku tarifních a netarifních překážek volného oběhu zboží, monopolů a poškozování svobody oběhu zboží státními podporami jsou orientovány jednotlivé kapitoly; dr. Pokorná přitom prokazuje a vhodně uplatňuje širokou škálu v ES řešených případů a což je zvláště cenné pro praxi a svědčí o náročnosti zpracovávání tématu, (jsou jí známy a jsou v publikaci citovány a rozebírány judikáty Evropského soudního dvora).

Další část práce tvoří Základní otázky evropského práva ochranných známek. Tato práva jsou součástí práv duševního vlastnictví. V publikaci je význam těchto práv (na rozdíl od některé dřívější tuzemské praxe) doceněn. Je v zájmu reálného fungování společného vnitřního trhu ES, aby i tato práva byla natolik harmonizována, že při

zachování své základní funkce nebudou příčinou konfliktů mezi jednotlivými členskými státy, resp. mezi subjekty z těchto států vstupujících na jednotný trh.

Autorka pak upozorňuje na dvě překážky zásadního významu:

- podstatně rozdílné podmínky jednotlivých států pro získání ochranných práv a pro zachování práv na ochranu,
- teritoriální omezení ochranných práv na území státu, který je propůjčil.

Zabývá se vývojem problematiky, první směrnici k harmonizaci právních předpisů členských států a návrhem nařízení o společném evropské známce.

Současně je stále pro nás nezbytné aktivně sledovat vývoj v zemích ES. V roce 1988 byla v těchto zemích schválena Radou ministrů ES Směrnice Rady k harmonizaci zákonodárství členských států v oblasti ochranných známek (směrnice ES o značkách – dále jen směrnice). (Směrnice je rámcový zákon ES, který členské státy zavazuje, aby stanovené cíle byly splněny pomocí prostředků národního zákonodárství.)

Země ES mají vydávat národní právní předpisy v souladu s ustanoveními této směrnice. K získání a zachování značky mají být ve všech zemích ES vytvořeny zásadně stejné podmínky. Zápis značky platný pro celé společenství má ve všech zemích poskytnout zásadně jednotná práva (s jistými národními zvláštnostmi).

Zcela v působnosti členských států ES zůstává úprava řízení o přihlášce ochranné známky, o zbavení práva k ochranné známce a vyslovení neplatnosti známky. Směrnice obsahuje jak ustanovení, která by měly členské státy ES jednotně zpracovat do svých předpisů, tak ustanovení fakultativní. Současně jsou směrnici stanoveny zásady pro

formulaci důvodů odmítnutí zápisu známky. Jsou to jednak obligatorní důvody odmítnutí (nedostatek rozlišovací způsobilosti, klamavá označení, shodnost nebo zaměnitelnost se starší ochrannou známkou), jednak fakultativní důvody, které mohou členské státy ES podle své vůle zařadit do svých vnitrostátních předpisů. Podle směrnice ES o značkách by měly státy jednotně upravit práva majitele ochranné známky, tj. vylučné užívání právo a práva dispoziční (převod, licence) a povinné užívání zapsané známky.

Činnost k harmonizaci známkového práva je dosti intenzivní. Byl vypracován návrh nařízení Rady Evropských společenství o společné ochranné známce. (Nařízení je zákonem ES, které je závazné a platí bez jakéhokoliv dalšího národního aktu a publicity v členských státech ES). Úsilí společenství směřuje k zavedení společného systému právní úpravy, spočívající v tom, aby podnik mohl na základě jedině přihlášky a jediného zápisného řízení získat tzv. společné ochranné známky, které by měly stejnou ochranu a stejné účinky na celém území ES. Společné ochranné známky ovšem zřejmě nenahradí známky členských států. Lze předpokládat, že známky národní zůstanou a budou mít dosavadní účinky. Majitelem společné ochranné známky by měla být osoba z členského státu ES nebo státu, který je členem Pařížské úmluvy, což je velmi důležité a lze pozitivně hodnotit. Přitom by měl být zřízen Společný známkový úřad, který by vydával věstník společných ochranných známek a úřední časopis.

Za kapitolami o ochranných značkách navazuje část Svoboda poskytování služeb, svoboda usazování a svoboda pohybu kapitálu. I zde autorka pojednává o základních pojmech a posléze používá příkladové metody s uvedením judikatury. Opírá se přitom pečlivě o předpisy ES. Mj. pak v závěru připomíná, že plná liberalizace kapitálu umožní vytvořit integrovaný evropský kapitálový

trh a dovolí uskutečnit procesy a konstituovat struktury, které jsou pro jeho fungování nezbytné – obchodní společnosti, burza, banky. Zvýší se i tlak na sjednocení úvěrové politiky a daňových systémů.

Předposlední skupina kapitol pojednává o právu obchodních společností. Vychází z nejrozsáhlejšího souboru literatury a uvádí jaké cíle jsou harmonizačním úsilím sledovány. Návrh statutu Evropské akciové společnosti přitom naráží na dosud nepřekonané rozpory ve stanoviscích členských států. Jeho přijetí nelze proto v nejbližší době očekávat. Přesto byla již i v této oblasti učiněna řada kroků, které J. Pokorná zkoumá: postup harmonizace pomocí směrnic, harmonizace pomocí mezinárodních smluv, harmonizace (unifikace) pomocí nařízení.

Práce přitom nepomíjí ani oblasti související s právem obchodních společností: úpra-

vu postavení bankovních institucí, burzovní právo a právo investičních společností a fondů.

Závěrem je pak předmětem zájmu autorky problematika některých otázek ochrany soutěže a práva nekalé soutěže.

Při posledních řádcích o recenzované knížce lze mj. ocenit – kromě výborné znalosti problematiky – jasný a přehledný výklad, tendenci nevyhýbat se problémům a vhodné členění. Dr. J. Pokorná sice zdůrazňuje, že jde výhradně o učební pomůcku určenou pro výuku předmětu Obchodní právo a právo Evropských společenství na Právnické fakultě MU v Brně. Domníváme se však, že vzhledem k celkové současné orientaci České republiky a potřebě orientace značné části našeho exportu, bude okruh možných čtenářů výrazně širší.

Karel MAREK

AUTOŘI

Filip Čileček

student

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Ludvík David, CSc.

Městský soud v Brně

JUDr. Josef Fiala, CSc.

Katedra občanského práva

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Doc. JUDr. Milan Galvas, CSc.

Katedra pracovního práva

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Doc. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.

Katedra pracovního práva

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Radslav Janeček

student

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Dalibor Jílek, CSc.

Katedra mezinárodního a evropského práva

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Prof. Lothar Kuntz

Právnická fakulta Saarbrücken

Doc. JUDr. Karel Marek, CSc.

Katedra obchodního práva

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Miroslav Mareš

student

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Prof. Claudius Messner

Právnická fakulta Saarbrücken

Jitka Michelfeitová

studentka

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Otakar Musil

Jednota českých právníků – místní sdružení v Brně

Doc. JUDr. Petr Průcha, CSc.

Katedra správní vědy, správního práva a finančního práva

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Ivana Průchová, CSc.

Katedra práva životního prostředí

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.

Katedra dějin státu a práva

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Ilona Schelleová

Katedra občanského práva

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Prof. Michael P. Seng

The John Marschall Law School Chicago

Daniel Ševčík

student

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Pavel Šturma, CSc.

úředník

OSN se sídlem ve Vídni

JUDr. Vladimír Týč, CSc.

Katedra evropského a mezinárodního práva

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Mgr. Roman Vaněk

Katedra právní teorie

právní fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Doc. Ing. Ivan Vágnér, CSc.,

Katedra národního hospodářství

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Obsah

ČLÁNKY

1 Josef FIALA : Prohlášení vlastníka budovy o vymezení jednotek a prohlášení o zrušení vymezení Declaration of an Owner Concerning Delimitation of Units and Declaration of Terminating the Delimitation	3 3 19
2 Milan GALVAS : Několik poznámek k ochraně osobnosti v pracovním právu Several remarks to protection of personality in the frame of labour law	21 29
3 Ivan VÁGNER : Performance appraisal of University People Resumé	30 36
4 Ivana PRŮCHOVÁ : Některé problémy spojené s oceňováním při poskytování „jiných vhodných pozemků“ podle zákona o půdě Problems Related to Evaluation Concerning the Providing of „Other Suitable Lands“ in Accordance with the Land Act	37 41
5 Petr PRŮCHA : K problematice podnikání obcí To the Topic of Business Activities of Municipalities	42 50
6 Iona SCHELLEOVÁ : Předmět konkursního řízení a jeho správa Status of Creditors in the Bankruptcy Proceedings	52 80
7 Dalibor JÍLEK : Azyl v latinské Americe Asylum in latin america	82 95

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI 96

8 Ludvík DAVID : K procesním aspektům výkladu pojmu podnikatelská činnost	96
---------------------------------------------------------------------------	----

PRÁVNÍ HISTORIE A SOUČASNOST 104

9 Dalibor JÍLEK : Uprchlíctví ve vývoji mezinárodního práva (1920 – 1950) The Refugeehood in the Development of International Law	104 129
10 Karel SCHELLE : Die Entstehung der Tschechoslowakischen Republik und das „deutsche Problem“ Vznik Československé republiky a „německý problém“	130 136

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY 138

11 Jitka MICHELFEITOVÁ : Vymáhání směnečných nároků Enforcement of bill of exchange claims	138 149
12 Daniel ŠEVČÍK, Radslav JANEČEK : Některé aspekty pojetí smluvní svobody v našem právním řádu Some aspects of an approach to contractual liberty in the czech legal system	150 162
13 Filip CILEČEK : Standardizované smluvní formy a jejich zneužití jako projev smluvní volnosti a jejího omezení v mezinárodním obchodě	163

PŘEDNÁŠKY ZAHRANIČNÍCH PROFESORŮ 177

14 Lothar KUNTZ : Zur Verdrängung materiellen Rechts durch formelles Recht K pronikání materiálního práva do procesního.	177 185
15 Claudius MESSNER : Pomáhat a trestat To help and to punish	187 219
16 Michael P. SENG : Who Makes American Foreign Policy?	221

JAZYKOVÝ KOUTEK 229

17 Vladimír TÝČ : The Sky Is Blue	229
-----------------------------------	-----

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA	236
18 Zpráva o obhajobě habilitační práce JUDr. Milana Galvase, CSc. (Zdeňka GREGOROVÁ)	236
19 Tempus Lehrgang 1994 (Roman VANĚK)	237
20 Profesor Steigmann na Právnické fakultě (Miroslav MAREŠ)	238
21 Návštěva v Chicagu (Iona SCHELLEOVÁ, Karel SCHELLE)	240
22 Vědecká konference Dr. Edvard Beneš – politik a státník (Karel SCHELLE)	241
23 Vědecká konference Česko-slovenské vztahy a střední Evropa (Karel SCHELLE)	242
INFORMACE	243
24 Z činnosti Jednoty českých právníků – městského sdružení v Brně (Otakar MUSIL)	243
25 Josef Zieleniec na Právnické fakultě (Karel SCHELLE)	244
LITERATURA	245
26 Vladimír Týč; Dalibor Jílek: Základy práva Evropských společenství. Recenze (Pavel ŠTURMA)	245
27 Pokorná Jarmila: Některé otázky obchodního práva Evropských společenství. Recenze (Karel MAREK)	248

