2018

III

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

MASARYKOVA UNIVERZITA
PRÁVNICKÁ FAKULTA
BRNO

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

ročník XXVI, číslo 3/2018

Redakční rada

Předseda: prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

Šéfredaktor: doc. JUDr. Marek Fryšták, Ph.D.

Externí členové: doc. JUDr. Michal Bartoň, Ph.D.; doc. JUDr. Kristián Csach, PhD.; prof. JUDr. Jozef Čentéš, PhD.; doc. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.; doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD.; Mgr. Michal Králík, Ph.D.; JUDr. Ján Matejka, Ph.D.; prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc.; JUDr. František Púry, Ph.D.; JUDr. Michal Ryška; doc. JUDr. PhDr. Miroslav Slašťan, PhD.; Dr. Gábor Sulyok; JUDr. David Uhlíř

Interní členové: prof. JUDr. Josef Fiala, CSc.; prof. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.; JUDr. Pavel Koukal, Ph.D.; prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.; doc. JUDr. Ing. Michal Radvan, Ph.D.; doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.; doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.; prof. JUDr. Vladimír Týč, CSc.; prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.

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

Předplatné na rok 2018 je 1200 Kč ♦ Cena jednoho čísla 350 Kč ♦ Vychází 4x ročně v češtině s anglickým summary, příležitostně v anglické mutaci.

Toto číslo bylo dáno do tisku v září 2018.

ISSN 1210-9126 (Print), 1805-2789 (Online)

MK ČR E 6667

Časopis pro právní vědu a praxi je zařazený do Seznamu recenzovaných neimpaktovaných periodik vydávaných v České republice a je indexován v databázi ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities).

Texty publikované v ČPVP jsou zpřístupněny se souhlasem autorů v právních informačních systémech ASPI, Beck-online a CODEXIS.

Články jsou anonymně hodnoceny dvěma recenzenty.

Časopis pro právní vědu a praxi je vydáván jako recenzovaný odborný čtvrtletník. Rukopisy redakce přijímá v elektronické podobě. Bližší informace jsou uvedeny na adrese http://journals.muni.cz/cpvp/about/editorialPolicies

JOURNAL OF JURISPRUDENCE AND LEGAL PRACTICE

Volume XXVI, Number 3/2018

Editorial Board

Chairperson: prof. JUDr. Jan Filip, CSc.

Editor in Chief: doc. JUDr. Marek Fryšták, Ph.D.

External Members: doc. JUDr. Michal Bartoň, Ph.D.; doc. JUDr. Kristián Csach, PhD.; prof. JUDr. Jozef Čentéš, PhD.; doc. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.; doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD.; Mgr. Michal Králík, Ph.D.; JUDr. Ján Matejka, Ph.D.; prof. JUDr. Mária Patakyová, CSc.; JUDr. František Púry, Ph.D.; JUDr. Michal Ryška; doc. JUDr. PhDr. Miroslav Slašťan, PhD.; Dr. Gábor Sulyok; JUDr. David Uhlíř

Internal Members: prof. JUDr. Josef Fiala, CSc.; prof. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.; JUDr. Pavel Koukal, Ph.D.; prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.; doc. JUDr. Ing. Michal Radvan, Ph.D.; doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.; doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.; prof. JUDr. Vladimír Týč, CSc.; prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.

Published by: Masaryk University, Brno ♦ Masaryk University, Faculty of Law, Veveří 70, 611 80 Brno, Czech Republic, e-mail: redakce.cpvp@law.muni.cz ♦ Head editors: JUDr. Tereza Kyselovská, Ph.D., e-mail: tereza.kyselovska@law.muni.cz; Ing. Mgr. Jaroslav Benák, Ph.D., e-mail: jaroslav.benak@law.muni.cz ♦ Administration: Mgr. Jana Kledusová, tel. 549 495 489, e-mail: jana.kledusova@law.muni.cz ♦ Printed by: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno ♦ Orders are handled by Economic Office Faculty of Law, Masaryk University, Veveří 70, 611 80 Brno. E-mail: zdenka.matasova@law.muni.cz

Subscription for year 2018 is 1200 CZK ♦ Price per volume is 350 CZK ♦ Published 4 times a year in Czech with English summary; occasionally in English version.

This number was put into print in September 2018.

ISSN 1210-9126 (Print), 1805-2789 (Online)

MK ČR E 6667

Journal of Jurisprudence and Legal Practice was added to the list of reviewed periodicals published in the Czech Republic and into ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities).

Texts are published with the permission of the authors in legal information systems ASPI, Beck-online and CODEXIS.

Articles are reviewed anonymously by two reviewers.

Journal of Jurisprudence and Legal Practice is published quarterly as a peer-reviewed academic journal. Manuscripts should be sent to the head editors in the electronic version. For more information visit http://journals.muni.cz/cpvp/about/editorialPolicies

Obsah

EDITORIAL 379

ČLÁNKY / ARTICLES (recenzováno – reviewed)

Naděžda Rozehnalová
Interpretace smluvních ujednání a jednostranných prohlášení stran v prostředí mezinárodního obchodu / Interpretation of Contract`s Terms and Partie`s Unilateral Declaration in International Trade Area 381

Jaroslav Benák
Historický vývoj ústavního soudnictví a přístupu jednotlivce k ústavnímu soudu / Historical Development of Constitutional Review and Individual's Access to the Constitutional Court 397

Slávka Karkošková, Gabriela Mikulášková
Rámce a roviny krivých obvinení zo sexuálneho zneužívania detí / Frames and Levels of False Allegations of Child Sexual Abuse 419

Jerzy Parchomiuk
Abuse of Discretionary Powers in Administrative Law. Evolution of the Judicial Review Models: from "Administrative Morality" to the Principle of Proportionality 453

Pavel Salák jr.
Datace závěti z historické perspektivy / The Date of a Testament from a Historical Perspective 479

DOKTORANDSKÉ PŘÍSPĚVKY / PHD CONTRIBUTIONS (recenzováno – reviewed)

Jan Broz
Karikatura v judikatuře Ústavního soudu: ochrana důstojnosti versus svoboda projevu / Caricature in the Case Law of the Czech Constitutional Court: Protection of Dignity versus Freedom of Expression 493

Pavel Všetička
Zásada přiměřenosti a zásada iniciativy při realizaci bezprostředních zásahů uskutečňovaných ze strany Policie České republiky z hlediska teorie a praxe / The Principle of Proportionality in their Mutual Application in the Implementation of the Immediate Interventions Carried out by the Police of the Czech Republic in Terms of Theory and Practice 517

RECENZE A ANOTACE / BOOK REVIEW AND ANNOTATIONS

Adam Blisa
„Stará" a „nová" dělba moci: nový pohled na starý koncept 547

Ondřej Horák
KRČMÁŘ, Jan. Paměti. Díl I. (do roku 1918). Eds. Luboš VELEK, Alice VELKOVÁ a Martin KLEČACKÝ 557

ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA / NEWS AND CONFERENCES

Marek Maslák
Spotrebiteľský kódex – áno alebo nie? 561

Terezie Smejkalová
Quantum Law Workshop 565

NEKROLOG / OBITUARY

Vojtech Vladár
Za profesorom Petrom Blahom 567

POKYNY PRO AUTORY 573

JOURNAL GUIDELINES 577

EDITORIAL

Římské přísloví „*ut tute es, item omnes censes esse*“, tj. „všechny posuzuješ dle toho, jaký jsi sám“, se u nás traduje v kratší verzi „podle sebe soudím tebe“. To, že jsme při poznávání svých bližních omezeni svou osobností a jejími projekcemi, nás možná až irituje svou banálností. Někdy to přísloví „podle sebe soudím tebe“ používáme jako obrannou invektivu, která má protistraně ukázat, že je sama zatížena hanebnostmi, jež vidí na našem dvorku. Jindy jsme terčem my sami a trefa do našeho „černého“ pak podryje a znejistí náš zdánlivě „nezaujatý a objektivní nadhled“.

Jsou profese, kde se „nezaujatý a objektivní“ pohled vyžaduje – jako první nás asi napadne soudce, u kterého je nestrannost předepsána zákony. To projekce nezajímá, řídí se svými vlastními pravidly. Ve světě spravedlnosti jsou přitom projekce poměrně časté a svým způsobem „přirozené“. Pokud např. jako soudci posuzujeme reklamu podle průměrného adresáta, interpretujeme text smlouvy podle ideální smluvní strany či poměřujeme případ obecnými korektivy, neděláme nic jiného, než že projikujeme. Jako v biografu tedy promítáme své vlastní představy o osobách a vztazích – na osoby a vztahy.

To je relativně vědomá a přiznaná projekce, která je přístupná revizi. Příklad: od strany, která je v postavení spotřebitele, jako soud budeme vyžadovat opatrnost, znalosti a právnické dovednosti, které máme my sami (nebo ještě hůře: které si myslíme, že máme my sami). Z příliš ambiciózní představy nás pak vyvede rozhodnutí nadřízeného soudu, podle kterého se naše projekce minula s „realitou“ života (ve skutečnosti měl ale vyšší soud jen jinou projekci než my).

Vstoupí-li do hry nevědomé projekce – zvláště projekce Stínu, kdy to nevědomé „zlé a špatné“ v sobě vidíme vždy a zásadně jen na jiných, začínají už větší problémy. Jako kdyby pak za tím soudcem povstal i jiný, „stínový soudce“, který soudí a kárá jiné, jen aby nemusel konfrontovat sám sebe. Souzení druhých mu není povoláním, ale způsobem, jak mít kontrolu nad věcmi a jak nic necítit. Pokud by to druhé snad hrozilo, náš „stínový soudce“ reaguje rychle. Stane se např. oddaným kolečkem v soukolí nějakého nelidského systému. V takové službě je pak schopen bez jakékoliv empatie vstupovat do života jiných lidí s neomaleností, jež bere dech.

Pustíme-li „stínového soudce“ ke kormidlu u právnické profese, nevznikne nic hezkého. Potvrdí to každý, kdo po přečtení rozsudku, vyjádření nebo stanoviska získal pocit, že jeho autor je sadistický a potměšilý robot.

Je mnoho skrýší, kam toho „stínového soudce“ můžeme ve světě práva ukrýt. Mohou jimi být např. vysoce racionální důvody, které jakýkoliv jiný (benevolentnější či životu smířlivější) závěr prostě vylučují. I krutý soud pak můžeme světu servírovat s hraným

soucitem: „je mi to opravdu moc líto, ale tu ruku jsem mu musel nechat useknout, tady v paragrafu 123 je to napsané…“

Dobrým úkrytem je také boj proti zlořádu. Pro našeho „stínového soudce“ má boj se zlem či nedostatky jedinou povolenou podobu: podobu boje s ostatními. Do nich promítá vlastní nedostatky a vlastní špínu. Strachy z vlastních stínů a neschopnost je vidět jej změnily v kontrolující, kárající a trestající monstrum, které nepochybuje o tom, že svět je přesně takový, jak se mu jeví. To může vést k otřesným tragédiím a systémovým selháním. BBC před nedávnem publikovala mrazivou informaci, že norský Barnevernet v některých případech bral děti rodinám na základě „revizních posudků“ vyhotovených odsouzeným pedofilem.

Jindy se „stínový soudce“ prozradí jen drobnostmi a ornamenty, třeba dobře míněnými výchovnými radami a povzdechy: „proč jen jsou ti spotřebitelé tak omezení a hloupí“, v překladu: „proč nejsou jako já?“

Jak se zbavit „stínového soudce“? První řešení, které nás napadne, je pravděpodobně toto: „stínového soudce“ vyženeme. To ale není tak jednoduché. „Stínový soudce“ je nevědomou, nechtěnou (a o to pevnější) součástí našeho ega. A pokud se s egem rozhodneme – pod praporem osobního rozvoje či jiného vylepšení – bojovat, je to pokus o zakousnutí do vlastních zubů.

Je to jako bychom toho „stínového soudce“ vzali na výlet do hor nebo na útes k moři. A tam počkali, až se nebude chvilku dívat (začne se třeba rozhořčovat nad odpadky, které tam nechali turisté) a šup, shodili ho dolů. První mezi gratulanty k výhře nad nechtěnou částí našeho ega bude… ano, naše ego, převlečené za nějakou svou vyšší, osvícenější a spravedlivější verzi – a s lépe ukrytou skrýší pro „soudce“.

Co tak ten boj s vlastním „stínovým soudcem“ vůbec nevést? A pojmout vše spíše jako hru, ve které i on má své místo. A až na nás při psaní rozsudku nebo kdykoliv jindy vykoukne, uvidět jej a přijmout jako jednu z našich vlastních figur, které do hry patří jako ukazatel špatného směru. Více už možná nebude třeba.

Pokud je něco tomu „stínovému soudci“ vlastní, je to rychlost. Ve snaze o neustálou kontrolu sepíná jako nějaké superrychlostní relé. Souzení jiných mu zabere milisekundy, možná ani to ne – hodnocení je totiž hotovo dávno předtím, než nalezlo svůj objekt (odstraníme-li z přísloví „podle sebe soudím tebe“ oba okraje, zbude pravé jádro: „sebe soudím“). Dobrým znamením, že se nám ve hře začalo dařit (a že vidíme, když hraje nebo chce hrát náš „stínový soudce“), je proto zpomalení. Souzení a hodnocení jiných třeba hned neubude, ale nebudeme při něm tak unáhlení jako dříve. A to je dobrý začátek.

Josef Kotásek

ČLÁNKY

Interpretace smluvních ujednání a jednostranných prohlášení stran v prostředí mezinárodního obchodu

Interpretation of Contract`s Terms and Partie`s Unilateral Declaration in International Trade Area

Naděžda Rozehnalová*

Abstrakt

Interpretace smluvních ujednání má v mezinárodním obchodním styku zásadní význam. Rozdílné představy stran o výkladu konkrétních prohlášení či ujednání mohou komplikovat obchodní jednání a vést až k soudním sporům. Zajímavá je tato otázka v souvislosti s použitím Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, neboť existence jednotného práva nezaručuje stejný výsledek rozhodnutí. Naopak, možné rozdíly v interpretaci a následně i aplikaci unifikované normy snižují jeho význam. Článek se zabývá analýzou pravidel interpretace jednání stran obsažených v Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží a uchopením některých zvláštních doložek či principů, kterými disponuje mezinárodní kontraktační praxe. Pozornost je rovněž věnována problematice včlenění obchodních podmínek do smlouvy z pohledu pravidel obsažených v úmluvě. Autorka dospívá k závěru, že interpretace smluvních ujednání vykazuje v mezinárodním prostředí řadu specifik. Zdůrazňuje nutnost ad hoc přístupu založeného na posouzení okolností konkrétního případu.

Klíčová slova

Interpretace smluvního ujednání; kontraktace; mezinárodní obchodní styk; pravidla interpretace; Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží; včlenění obchodních podmínek.

Abstract

The contractual interpretation is of fundamental importance in the international trade relations. Different notions of parties about the interpretation of particular statements or agreements may complicate business transactions and even lead to litigation. This question is interesting in connection with the application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, because the existence of the unified law does not guarantee the same result of a decision. On the contrary, possible differences in interpretation and consequently in the application of the unified rules diminish its importance. The article deals in particular with the analysis of the rules of interpretation and with the treatment of some special clauses or principles, which are available in the international contract practice. Special attention is paid to the issue

* Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of International and European Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 1860@muni.cz / ORCID: 0000-0002-8907-2718

of the incorporation of standard terms and conditions into the contract. The author concludes that the contractual interpretation shows a number of specifics in the international context and emphasizes the need for an ad hoc approach based on the assessment of the circumstances of a particular case.

Keywords

Contracting; Contractual Interpretation; Incorporation of Standard Terms and Conditions; International Trade Relations; Rules of Interpretation; UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

Úvod

Interpretace prohlášení či jednání strany a následně uzavřených smluv patří k otázkám, které mohou komplikovat mezinárodní obchodní jednání či průběh a výsledek plnění uzavřené smlouvy. Odchylné představy jednajících partnerů o významu jednání či prohlášení strany či o smyslu doložek dohodnutých ve smlouvě a následná rozdílná reakce či chování mohou vést k soudním sporům – sporům z nedorozumění či neporozumění.

Představy o významu jednání, prohlášení či ujednání stran ovlivňuje v mezinárodním prostředí řada faktorů. Zkušenost hovoří o determinaci domácím – národním – prostředím, odkud smluvní partneři pocházejí. Dále jsou to také rozdílná východiska pro uchopení interpretace v jednotlivých právních oblastech,[1] vliv zvyklostí dodržovaných v dané oblasti či u obchodované komodity, a v neposlední řadě jazyk jednání či smlouvy. Mohou-li být výrazy a slova rozdílně pochopeny v národním prostředí, je tomu o to více v prostředí mezinárodním, kde pro jednu či obě strany může být jazyk smlouvy či jednání jazykem cizím. Navíc za situace, kdy se jazyk právní, který je užíván v oblasti mezinárodního obchodu, v některých ohledech liší od jazyka obecného.

Výše uvedené, a možná i další okolnosti mohou napomoci vzniku interpretačních problémů. A to i tam, kde by interpretace smluvních ujednání či prohlášení strany nečinila ve vnitrostátním prostředí žádné výrazné nároky na intelektuální výkon a nebyla by ani vnímána jako sofistikovaný proces interpretace.[2]

---

1 Na mysli máme uchopení východisek pro interpretaci a současně základní dichotomii v této otázce – subjektivní a objektivní interpretaci. Onen různý akcent na hledání vůle stran na jedné straně, spíše charakteristický pro oblast kontinentálního práva, či naopak akcent na druhou pozici objektivizující zaujetí stanoviska k výkladu a charakteristický spíše pro oblast *common law*, doprovází právo od dob římského práva a line se i jednotlivými právními úpravami, ať již národními či mezinárodními. Blíže i s odkazy na další literaturu: CSZERNE, Peter. Policy Consideration in Contract Interpretation: the contra proferentem Rule from a Comparative Law and Economics Perspective. *Working paper* [online]. 2007, č. 5 [cit. 4. 4. 2018]. Dostupné z: http://works.bepress.com/peter_cserne/28/

2 K problematice interpretace ve vnitrostátním prostředí u obchodních podmínek viz: KOTÁSEK, Josef. Interpretace obchodních podmínek. In: BEJČEK, Josef, Josef KOTÁSEK, Monika PŘÍKAZSKÁ a kol. *Obchodní podmínky*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2016, 304 s., s. 137 a násl. ISBN 978-80-210-8424-7. Zejména lze poukázat na metodologické poznámky k problematice složitosti či naopak jednoduchosti výkladu. Nelze jinak než souhlasit. Je-li něco jednoduché, resp. existuje beze sporu jednotný výklad užitého pojmu či jednání, neznamená to, že se nejedná o výklad.

K nalezení východisek a zásad interpretace jednání, prohlášení či ujednání stran lze v mezinárodním prostředí přistoupit vícero způsoby. V prvé řadě je to nalezení rozhodného národního práva tam, kde neexistuje jednotné unifikované hmotné právo. Při tomto procesu využíváme mezinárodní právo soukromé a v našem prostředí tzv. kolizní metodu disponující kolizními normami.[3] Českému právnímu prostředí dominuje Nařízení o právu rozhodném pro smlouvy a jeho ustanovení článku 12, které určuje rozsah obligačního statutu.[4] Do něj spadá i otázka interpretace řídící se *legis causae* smlouvy (právem rozhodným pro smlouvu). K určení rozhodného práva se v základní poloze využívá volba práva (článek 3), či v případě její neexistence či neplatnosti náhradní hraniční určovatel (článek 4). Zvláštní úprava existuje pro smlouvy spotřebitelské, pojišťovací, přepravní a individuální pracovní (články 5, 6, 7 a 8). Napojení na národní právo představuje nejméně komfortní a nejméně vhodný způsob regulace – případy překračující hranice státu podléhají národní regulaci. Nicméně proces hmotněprávní unifikace se v podstatě zastavil[5] a využití národního práva, určeného na základě pravidel mezinárodního právo soukromého, představuje pravděpodobně způsob nejčastější. Upozornit je nutné rovněž na další možný rozdíl v aplikaci. A to tam, kde bude spor řešen před mezinárodními rozhodci, a k určení rozhodného práva se využívá jiných cest oproti řízení před soudy obecnými.[6]

V omezených případech je možné využít také metodu přímou a existující jednotné normy, které jsou zpravidla obsaženy v mezinárodní úmluvě. K této otázce se vrátíme pohledem Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. Upozornit je však třeba, že ani při využití jednotného hmotného práva nemusíme vždy dojít ke stejným výsledkům. Existence jednotného práva neznamená ještě existenci stejného rozhodovacího výsledku. Mezery v úpravě, možné rozdíly v interpretaci a následně v aplikaci snižují hodnotu unifikace.

3 V české literatuře ke kolizní metodě a jejímu uchopení: KUČERA, Zdeněk, Monika PAUKNEROVÁ, Květoslav RŮŽIČKA a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. 8. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. 2015, 430 s., s. 99–195. ISBN 978-80-7380-550-0; ROZEHNALOVÁ, Naděžda, Jiří VALDHANS, Klára DRLIČKOVÁ a Tereza KYSELOVSKÁ. *Úvod do mezinárodního práva soukromého*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2017, 258 s. ISBN 978-80-7552-699-1.

4 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I). Viz blíže v české literatuře: ROZEHNALOVÁ, Naděžda, VALDHANS, Jiří, DRLIČKOVÁ, Klára a Tereza KYSELOVSKÁ. *Mezinárodní právo soukromé v Evropské unii*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2013, 448 s., s. 57–141. ISBN 978–80-7478-016-5; PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, 540 s., s. 151–180. ISBN 978-80-7400-034-8; BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář v širších souvislostech evropského a mezinárodního práva soukromého*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, 2894 s.; BŘÍZA, Petr. *Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, 300 s. ISBN 978-80-7400-176-5; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Závazky ze smluv a jejich právní režim (se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2010, 273 s. ISBN 978-80-210-5240-6.

5 Toto tvrzení lze dokladovat na činnosti komise UNCITRAL. V posledních desetiletích přešla od mezinárodních úmluv k vzorovým úmluvám a návodům. Viz přehled dostupný z: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html [cit. 4. 4. 2018].

6 K rozdílům v určení rozhodného práva před mezinárodními rozhodci viz v české literatuře: ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 400 s., s. 233–287. ISBN 978-80-7478-004-2.

Vedle řešení legislativních, zakotvujících interpretační kánony, se objevují aktivity nestátních profesních organizací vydávajících doporučení, vysvětlení či návodné jednotné interpretace pojmů či termínů. Nejznámějšími a nejvyužívanějšími pravidly jsou INCOTERMS, které se snaží o překlenutí různé interpretace pojmů či zvyklostí v oblasti mezinárodních dodávek zboží, kde se nelze spoléhat na obvyklý význam termínu tak, jak je vnímán v obecném jazyce. Vedle INCOTERMS existují i další prostředky zvyklostního původu či vytvořené mimo legislativní činnost státu a napomáhající uchopení smyslu jednání, prohlášení či ujednání ve smlouvě. Vlastní dopad prostředků vytvořených v mezinárodní obchodní praxi může být zprostředkovaný přes národní právo či mezinárodní jednotnou normu. Nicméně za určitých podmínek mohou být pravidla nestátního původu využita přímo. Bez oné cesty přes národní či unifikované hmotné právo. Na mysli máme řízení před mezinárodními rozhodci v případech, kdy je využito široké autonomie vůle stran a lze vyloučit aplikaci hmotného práva konkrétního státu. Případně může jít rozhodování dle ekvity, *amiable compositeur* či zásad spravedlnosti. Nebo o situaci, kdy pravidla rozhodčí instituce umožňují přednostní aplikaci mezinárodních zvyklostí.[7] Právě akcent na mezinárodní obchodní praxi a mezinárodní prostředí (ostatně vyplývá i z článku 9 Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží upravujícího mezinárodní obchodní zvyklosti, které mají často interpretační povahu) nám uvádí i pozici či pozice stran – mezinárodních obchodníků. Je to právě toto prostředí, které může zásadně pozměnit ta pravidla, se kterými „přicházíme" z vnitrostátního práva a která nás často ovlivňují.

Jaký je cíl článku? Po úvodním přehledu toho, jaká existují pravidla interpretace v Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, kde je hledat, jak s nimi pracovat, se budeme věnovat uchopení některých zvláštních smluvních doložek, kterými disponuje mezinárodní kontraktační praxe a se kterými, byť jsou ovlivněny či vznikly v prostředí národním, se běžně setkáváme v prostředí mezinárodním. Jde o doložky, které mohu mít vliv právě na interpretaci jednání, prohlášení strany či ujednání stran. Rovněž vyhodnotíme interpretační principy, které se objevují na národní a mezinárodní úrovni pro interpretaci jednání stran, nicméně v námi sledované úpravě nejsou přímo uvedeny. Centrem článku je uvedení této problematiky v Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží.[8]

7 FONTAINE Marcel a Filip De LY. *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*. Boston-Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. 2. vyd. 2009, 653 s., s. 106–107, s. 113. ISBN 978-9004176799; K rozhodnému právu před rozhodci v české literatuře: ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2013, 400 s., s. 233–287. ISBN 978-80-7478-004-2; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Právo rozhodné v řízení před mezinárodními rozhodci (tendence v oblasti závazkového práva s přihlédnutím k úpravám v některých evropských zemích). *Právník*, Praha: Ústav státu a práva ČSAV, 2000, roč. 138, č. 11, s. 1066–1086. BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Právo použitelné na řízení před rozhodci. *Právo a podnikání*, Praha: Orac, 2005, roč. 14, č. 11, s. 2–9.

8 Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, sdělení FMZV č. 160/1991 Sb. (text viz u depozitáře www.uncitral.org). Úmluva vstoupila v platnost na základě svého článku 99 odst. 1 dnem 1. ledna 1988. Pro Českou a Slovenskou Federativní Republiku vstoupila v platnost v souladu se svým článkem 99 odst. 2 dnem 1. dubna 1991. Na uvedených www stránkách lze nalézt také výčet smluvních států.

Pozornost budeme věnovat také problematice uchopení a včlenění obchodních podmínek do smlouvy pohledem interpretace jednání stran a článku 8 úmluvy.

Na úvod si připomeňme výstižná a nestárnoucí slova E. Allan Farnswortha, který se ve své stati zabývá nikoli pohledem zákonodárce, soudce či rozhodce, tedy pohledem následným, ale pohledem osoby navrhující smlouvu v mezinárodním prostředí. A těmi slovy lze i vlastně uvést tento článek: *„For the draftsman the question is not whether a particular clause is or is not enforceable under the law of a particular jurisdiction; the question is rather whether the clause has a sufficient chance of being held enforceable under the law of some jurisdiction whose law might turn out to be the governing law to merit its inclusion in the contract."*[9]

Ano, práce s předpokladem platnosti je to, kde se často v mezinárodním obchodním styku, a to nejen při uzavírání smluv, pohybujeme. Je třeba vnímat riziko rozdílné interpretace a buď se jej snažit minimalizovat a řídit, nebo jej vnímat, žít s ním a počítat s ním v případě soudního sporu. Znát jej je tak třeba ve všech případech.

1 Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží

Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (dále jen Vídeňská úmluva či úmluva) představuje základní unifikovanou úpravu mezinárodní koupě zboží realizovanou mezi obchodníky. Díky počtu smluvních stran jde o významný dokument s potenciálem zásahu zajímavého objemu mezinárodních kupních smluv. Úmluva obsahuje výslovnou regulaci interpretace prohlášení či jiného chování strany při zohlednění prostředí, ve kterém se tato projevuje – mezinárodním obchodě. Samotná úprava problematiky v článku 8 vyvolala řadu otázek jak pro svou formulaci, tak i pokud jde o aplikaci samotnou. Připomenout je nutné, že právě ve snaze o jednotnou interpretaci a aplikaci úmluvy (viz článek 7) vznikla řada aktivit snažících se napomoci jednotnému výkladu. Základní cestou je zprostředkování rozhodování národních soudů a rozhodčích senátů.[10] Zmínit je vhodné, právě pro význam pro otázku interpretace, také neformální akademickou aktivitu – tvorbu tzv. *opinions*.[11] Jimi, resp. pravidly v nich uvedenými, se budeme rovněž zabývat. Vedle vlastní analýzy a odborných textů to jsou i tyto sjednocené názory významných odborníků z oblasti mezinárodního obchodu, které napomáhají přiblížit význam textu.

---

9 FARNSWORTH, Edgar Allan. The Interpretation of International Contracts and the Use of Preambles. *Revue de droit des affaires internationales / International Business Law Journal*, London: Sweet & Maxwell, 2002, roč. 3, č. 3-4, s. 271–279, s. 271.

10 Z nejznámějších internetových portálů lze doporučit: www.uncitral.org vedený mezinárodní organizací UNCITRAL a uvádějící v rámci databáze CLOUT rozhodnutí národních soudů; www.unidroit.org vedený mezinárodní organizací UNIDROIT a uvádějící v rámci databáze UNILEX rozhodnutí národních soudů; databázi vedenou Institutem mezinárodního práv (Institute of International Commercial Law) při Pace Law School (Pace University). Dostupné z: https://cisgw3.law.pace.edu/

11 Jedná se o stanoviska prestižních právníků, která analyzují různé aspekty Vídeňské úmluvy. Nejsou závazná, nicméně používají velké neformální vážnosti. Věnují se řadě otázek, které jsou interpretačně problémové [online]. [cit. 10. 4. 2018]. Dostupné z: http://www.cisgac.com

Základní otázkou, na kterou v historii přijímání článku 8 neexistovaly jednotné názory a kterou je nutné uvést na úvod, je jeho rozsah. Tedy na jaké otázky článek dopadá. Problémy s vymezením rozsahu lze uvést následovně: *Dopadá toto ustanovení jen na utváření smlouvy, nebo i na prohlášení a chování strany či stran realizovaných po vzniku této smlouvy? Dopadá jen a výlučně na chování a prohlášení strany jako na jednostranné právní úkony vážící se ke smlouvě včetně její formace, nebo zahrnuje i interpretaci smluvních ustanovení?* Otázky se objevují jak vzhledem k historii přijímání tohoto článku, tak i vzhledem k jeho jazykové podobě a formulaci pravidel v článku uvedených. Sám článek 8 totiž pracuje jen s prohlášením či chováním jednotlivých stran. Nepracuje výslovně, přestože se jedná o obecné ustanovení, se společným obsahem, tedy smlouvou a jejími ustanoveními tak, jak je tomu například u Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.[12]

Na obě uvedené otázky je možné odpovědět kladně. Jak vyplývá z materiálů přijatých v rámci prací UNCITRAL,[13] tak i pokud jde o názory v odborné literatuře,[14] dopadá uvedené ustanovení nejen na jednostranná prohlášení či chování stran při uzavírání smlouvy, ale i na interpretaci významu jednotlivých smluvních ustanovení, na význam prohlášení či chování stran v průběhu plnění, resp. na jejich prohlášení a chování ve vazbě na zánik smlouvy. Podobné dokazují i rozhodnutí soudů.[15] Smlouva je uchopena jako výsledný produkt dvou jednostranných prohlášení či chování se stran.[16] Z tohoto pohledu není nutné mít pochybnosti o rozsahu dopadu článku 8.

Není rovněž zřetelné, zda článek 8 dopadá na otázky vyloučené z dosahu Vídeňské úmluvy – tzn. vyloučené v článcích 4 a 5 úmluvou samotnou, nebo vyloučené dohodou stran umožněnou článkem 6. Jednotné názory neexistují ani v literatuře, ani v rozhodovací praxi. Pokud jde o mezery úpravy jako je prohlášení započtení, vyjádření výhrady

---

12 UNIDROIT. *Principles of International Commercial Contracts 2016* (čtvrtá verze, předcházející verze jsou z let 1994, 2004, 2010) [cit. 1. 1. 2018]. V článku 4 jsou obsaženy zásady interpretace smlouvy mezi stranami. Dostupné z: http://www.unidroit.org

13 *Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committee*. United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-II April 1980, Official Records, s. 18. Dále jen Documents.

14 FERRARI, Franco, Harry FLECHTNER a Ronald A. BRAND (eds.). *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*. 1. vyd. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2004, 874 s., s. 173–174. ISBN 3-935808-14-3; SCHWENZER, Ingeborg, Christiana FOUNTOULAKIS a Mariel DIMSEY. *International Sales Law*. 1. vyd. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012, 507 s., s. 61, s. 56–57. ISBN 1849463026; SCHLECHTRIEM, Peter a Petra BUTLER. *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag. 2009, 352 s., s. 56. ISBN 9783540253143.

15 *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. [online]. Wien: UNCITRAL, 2016, s. 54 [cit. 4. 2. 2018]. Dostupné z: http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf

16 Documents, op. cit., s. 18. Stejně také *Guide CISG art. 8. Secretariat Commentary* [online]. [cit. 1. 2. 2018]. Dostupné z: https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-08.html. Stejně literatura viz například: HUBER, Peter a Alastair MULLIS. *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*. 1. vyd. Munich: Sellier. European Law Publishers. 2007, 408 s., s. 12. ISBN 978-3-86653-020-1.

vlastnického práva, určení výše úroků či určení smluvní pokuty, objevují se názory o využití článku 8 úmluvy pro interpretaci úmyslu.[17] Nikoli využití národního práva. Naopak se lze setkat i s názory zastávající pozici plného vyloučení dopadu článku 8 v případech výše uvedených mezer. V takovém případě by se použilo národní právo.[18] Obě cesty jsou dle našeho názoru možné a vykazují jak výhody, tak nedostatky. Využití článku 8 pro interpretaci úmyslu přispívá k jednotnému interpretačnímu uchopení konkrétní posuzované smlouvy. Přispívá k její právní integritě. Naopak vyloučení aplikace článku 8 a plné využití dopadu národního práva na vyloučené otázky akcentuje integritu při aplikaci národního práva vykrývajícího mezery v úpravě. Osobně se přikláníme k využití prvé varianty. Za nesporné jej považujeme u vyjádření vůle dle článku 6 – tedy vyloučení výslovné či nevýslovné některého z ustanovení úmluvy. Nicméně i pro další případy vyjádření úmyslu jej preferujeme. Akcentujeme tím trend, který se projevuje i v jiných otázkách a který upřednostňuje maximální využití unifikovaného textu před návratem k národnímu právu. Tento přístup odpovídá rovněž článku 7, který klade pro interpretaci textu úmluvy důraz na mezinárodní povahu dokumentu. Jde sice o pravidlo pro interpretaci textu úmluvy, nicméně mu nelze upřít vliv i na námi zkoumanou otázku.

Pro interpretaci jednání obsahuje Vídeňská úmluva v článku 8 tři základní pravidla obsahující i určení jejich aplikační hierarchie: a) interpretaci dle úmyslu, pokud byl tento znám druhé straně; nebo b) interpretaci dle úmyslu, pokud tento nemohl být druhé straně neznám; nebo c) interpretaci dle významu, který by prohlášením a jednáním přikládala za týchž okolností rozumná osoba v tomtéž postavení jako druhá strana. Čtvrté pravidlo, které je obsaženo v uvedeném článku, uvádí okolnosti, které mají být při interpretaci vzaty do úvahy.

Základním pravidlem, resp. přesněji výchozím pravidlem, které využívá odstavec prvý, je úmysl strany, která realizovala jednání, a který je znám straně druhé, nebo jí nemohl být neznám. Zde uvedené pravidlo obsahuje dvě varianty situací, v nichž může být využito: případ, kdy existuje skutečný (či lze říci i zřetelný) úmysl známý druhé straně a situaci, kdy opět existuje skutečný úmysl, který nemohl být druhé straně neznám.

Využití tzv. subjektivního přístupu k interpretaci, kdy je hledán skutečný úmysl jedné ze stran (prvá strana) a podmínkou pro jeho zohlednění je to, že tento byl druhé straně znám či nemohl být neznám, je základním východiskem pro využití interpretačního pravidla dle prvého odstavce. Důkazně je zatížena strana prvá.[19] Vzhledem k tomu, že článek 8 spočívá na konceptu interpretace jednostranných aktů stran, není možné přímo

---

17 SCHLECHTRIEM, Peter. *Internationales UN-Kaufrecht*. 3. vyd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, 283 s., s. 53. ISBN 978-3161486463.

18 SCHWENZER, Ingeborg, Christiana FOUNTOULAKIS a Mariel DIMSEY. *International Sales Law*. 1. vyd. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012, 507 s., s. 60. ISBN 1849463026.

19 MAZOTTA, Francesco G. General Provisions. In: ANDERSSEN BAASCH, Camilla, Francesco MAZZOTA a Bruno ZELLER. *Practitioner's Guide to the CISG*. 1. vyd. New York: Juris Publishing, 2010, 1218 s., s. 95. ISBN 9781933833378.

vyvodit společný úmysl jako prostředek interpretace.[20] Naopak, východiskem je zkoumání úmyslu strany, nikoli společného úmyslu stran. Nicméně tam, kde by se nejednalo o pouhé jednostranné akty, ale půjde například o smluvní ustanovení, úmysl je, resp. by měl být, do aktu vepsán a je identifikovatelný. A nerozporován druhou stranou. V případech, kdy existují spory o význam smluvních ustanovení, má odstavec prvý, obsahující pravidlo subjektivního úmyslu jednající osoby, omezené využití.

Odstavec prvý využívá dvou podob úmyslu – ten, který byl druhé straně znám, a ten, který nemohl být druhé straně neznám. Musí se jednat o úmysl skutečný,[21] nikoli úmysl hypotetický tak, jak jej známe z některých národních úprav. Úmysl musí být určitým způsobem vyjádřen, nemůže být skryt. V této souvislosti je zdůrazněna zásada *„falsa demonstratio non nocet"*.[22] Tedy pokud obě strany míní totéž, byť skutečnost označily chybně, jejich společné porozumění převažuje nad porozuměním, byť objektivním, osoby třetí, stojící mimo smlouvu. Ve druhém případě – úmysl nemohl být druhé straně neznám – jsou literaturou zdůrazněny dva momenty. Jednak je uvedeno zavedení určitého objektivizačního filtru do jinak subjektivního testu,[23] jednak je termín „nemohl být neznám" dán na roveň hrubé nedbalosti.[24] Problém uváděný u subjektivního konceptu a důvod jeho menšího využití v rámci sporů je otázka důkazu a unesení toho, že strana úmysl znala, nebo jí nemohl být neznám. Rovněž, jak jsme již uvedli, interpretace textů vzniklých mimo dosah stran, jako jsou všeobecné obchodní podmínky, vytváří jinou pozici. Jak uvádějí i Digesta 2012, měly by se soudy nejprve pokusit určit význam prohlášení

---

20 Documents, op. cit., s. 14; rovněž také *Guide CISG Art. 8. Secretariat Commentary* [online]. [cit. 3. 5. 2014]. Dostupné z: https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-08.html

21 FERRARI, Franco. Interpretation of statements. Article 8. In: FERRARI, Franco, Harry FLECHTNER a Ronald A. BRAND (eds.). *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*. 1. vyd. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2004, 874 s., s. 176–177. ISBN 3-935808-14-3. Zajímavé je z určitého pohledu také rozhodnutí uváděné v Digestech 2012 v odkaze 20 (Audencia Provincial de Navarra, seccion 3a, Španělsko, 27. prosince 2007). Soud výslovně uvedl, že při použití subjektivních interpretačních pravidel článek 8 odst. 1 vybízí ke zkoumání skutečného úmyslu, nikoli k hluboké psychologické analýze. Tento vhodně vyjádřený pragmatismus představuje rovněž to, co uvádíme i dále – přechod od odstavce prvého k odstavci druhému. KOMISE OSN PRO MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ PRÁVO (UNCITRAL). *Výběr z rozhodovací praxe k Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží 2012*. Překlad Soňa Reimannová, odborná revize překladu Zbyšek Kordač a Vít Lederer. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, 860 s., s. 87. ISBN 978-80-7552-931-2. Dále jen Digesta 2012 – překlad.

22 HUBER, Peter a Alastair MULLIS. *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*. 1. vyd. Sellier. European Law Publishers. 2007, 408 s., s. 12. ISBN 978-3-86653-020-1; FERRARI, Franco. Interpretation of statements. Article 8. In: FERRARI, Franco, Harry FLECHTNER a Ronald A. BRAND (eds.). *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*. 1. vyd. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2004, 874 s., s. 177. ISBN 3-935808-14-3.

23 HUBER, Peter a Alastair, MULLIS. *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*. 1. vyd. Sellier. European Law Publishers. 2007, 408 s., s. 12. ISBN 978-3-86653-020-1.

24 HUBER, Peter. *Some introductory remarks on the CISG. Internationales Handelsrecht*. Munich: Sellier, European Law Publishers. 2006, roč. 18, č. 6, s. 236; HUBER, Peter a Alastair MULLIS. *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*. Sellier. European Law Publishers. 2007, 408 s., s. 12. ISBN 978-3-86653-020-1.

nebo chování strany tím, že budou zkoumat její skutečný úmysl. Nicméně ve většině případů nepůjde o situaci, kdy jej strany dají najevo, a spíše se potom použije odstavec 2.[25]

Odstavec druhý – objektivní test. Nelze-li využít úmysl skutečný, bude v souladu s odstavcem druhým využito objektivních kritérií. Namísto vyhledání skutečného významu bude hledán význam „předpokládaný" či „normativní".[26] Tím se rozumí takový postup, kdy je chování či prohlášení strany vykládáno dle významu, který by mu přikládala za týchž okolností rozumná osoba v tomtéž postavení jako druhá strana. Parametry objektivního testu jsou v úmluvě dány pozicí *„rozumné osoby"*, která je v *„tomtéž postavení jako druhá strana"* a význam přikládá za *„stejných okolností"*.

Odstavec 3. Tento odstavec vymezuje pro předcházející pravidla interpretace okolnosti, které mají být zohledněny při interpretaci chování či vyjádření strany. V souladu s ním má být vzat zřetel na všechny rozhodné okolnosti. Odstavec obsahuje demonstrativní výčet takových okolností, nikoli výčet taxativní.[27] Jde například o jednání o smlouvě, praxi, kterou strany mezi sebou zavedly, zvyklosti a následné chování stran.

Samostatnou problematiku představují obchodní podmínky, které byly vypracovány mezinárodní organizací, obchodním svazem apod. Tedy přijaty nikoli jako zákon či mezinárodní úmluva,[28] nýbrž přijaty nestátní organizací, a konkrétní strany, které je navrhly a využívají je, se neúčastnily jejich zpracování.[29] K této otázce a k otázce týkající se toho, zda se staly obchodní podmínky součástí smlouvy, se vrátíme v dalším textu.

2 Pravidlo *contra proferentem* pohledem interpretace dle Vídeňské úmluvy

Pravidlo *contra proferentem, resp. in dubio contra proferentem*[30] představuje vděčné téma pro diskuse a to jak pokud jde o účel, tak i povahu promítnutí či aplikační pořadí a sílu vůči jinak

25 Digesta 2012 překlad, s. 87; rovněž odkaz na rozhodčí nález č. 8324, Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, 1995, převzato z databáze UNILEX [online]. [cit. 2. 3. 2018]. Dostupné z: http://www.unilex.info/. Podobně také CLOUT. *Rozhodnutí č. 222, US Court of Appeals (11th Circuit), Spojené státy americké, 29. červen 1998* [online]. [cit. 3. 2. 2018]. Dostupné z: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

26 UNCITRAL. *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 2016 Edition* [online]. S. 55 [cit. 2. 1. 2018]. Dostupné z: http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf

27 MAZOTTA, Francesco G. General Provisions. In: ANDERSSEN BAASCH, Camilla, Francesco MAZZOTA a Bruno ZELLER. *Practitioner's Guide to the CISG*. 1. vyd. New York: Juris Publishing, 2010, 1218 s., s. 95. ISBN 978 1933833378.

28 Cestou mezinárodní úmluvy byly v minulosti přijaty například Všeobecné podmínky pro dodávky zboží mezi organizacemi členských států Rady vzájemné hospodářské pomoci (VDP RVHP 1968/1975).

29 Obecně k problematice obchodních podmínek a formulářových smluv v mezinárodním obchodě viz: ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodním styku*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 1991, 189 s. ISBN 55-956-91.

30 Jedná se o pravidlo, které stanoví, že tam, kde je výklad termínu nejasný či dvojznačný, nese riziko této nejasnosti či dvojznačnosti ta strana, která jej navrhla. Blíže ke genezi tohoto pravidla viz: BALDUS, Christian. *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft: zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens*. Frankfurt am Main, Berlin: Verlag Lang. 1998, 488 s. ISBN 3631342969.

„standardním" výkladovým pravidlům.[31] Je známo řadě národních právních řádů, využívá ho i česká vnitrostátní úprava.[32] Částí literatury věnované Vídeňské úmluvě je uváděno jako obecně známé a využívané pravidlo i v mezinárodním prostředí. Zatímco na národních úrovních je buď výslovně či judikaturou připuštěno a je zpravidla výslovně uvedena aplikační pozice vůči základním normativně upraveným interpretačním pravidlům, má uchopení pravidla v rámci Vídeňské úmluvy daleko do jednoznačnosti. Výslovná úprava neexistuje, literatura se názorově v řadě aspektů, včetně důvodů proč ano, liší. Ona poměrně nevelká zmapovaná část judikatury se spíše přiklání k jejímu použití, resp. jej využívá.[33] A vlastně ani hlasů uvádějících zásadní „ne" mnoho není. Důvody „pro" jsou nicméně mnohdy obtížně identifikovatelné. Vedle těch, které přímo vycházejí z úmluvy, nelze vyloučit ani vliv národního přístupu. A to i přes výslovné zakotvení autonomního a mezinárodně jednotného přístupu uvedeného výslovně v článku 7.

Jak jsme již uvedli, Vídeňská úmluva neobsahuje výslovné připuštění či naopak vyloučení pravidla *contra proferentem*. Stanoviska, která se přiklánějí k aplikaci a podobě užití pravidla, uvádějí různé důvody pro. Jednu ze skupin názorů lze prezentovat na pozici P. Hubera. Ten uvádí, že samotná konstrukce a využití pravidel článku 8, zejména tedy odstavec 2, vedou ve svém výsledku k obdobným účinkům, jaké má pravidlo *contra proferentem*.[34] Podobné zaznívá z oblasti *common law*.[35] Je pravdou, že metodologicky není ztotožnění možného dosaženého výsledku při objektivním testu přijetím pravidla *contra proferentem* vzácné. Opět s odkazem na českou úpravu se objevuje analýza této možnosti i v české literatuře.[36] Ona pozice osoby třetí s přihlédnutím ke všem okolnostem, které mají být vzaty do úvahy, zejména zde mezinárodního prostředí, nás může dovést u nejasného

31 K této části odkazujeme na zdařilou disputaci Kotáska na téma povahy pravidla ve vazbě k normativním výkladovým pravidlům včetně oné otázky, která stojí asi v centru aplikace: kdy toto pravidlo využít. Před, při či po, tedy tehdy, kdy vlastně ztroskotají jiná pravidla uváděná v normě. KOTÁSEK, Josef. Interpretace obchodních podmínek. In: BEJČEK, Josef, Josef KOTÁSEK, Monika PŘÍKAZSKÁ a kol. *Obchodní podmínky*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2016, 304 s., s. 143–148. ISBN 978-80-210-8424-7.

32 K ustanovení § 557 OZ, zakotvujícího zásadu *contra proferentem* resp. *in dubio contra proferentem*, viz včetně odkazu na judikaturu v české literatuře: KOTÁSEK, Josef. Interpretace obchodních podmínek. In: BEJČEK, Josef, Josef KOTÁSEK, Monika PŘÍKAZSKÁ a kol. *Obchodní podmínky*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2016, 304 s., s. 139, dále také s. 143 a násl. ISBN 978-80-210-8424-7; Dále také PILÍK, Václav. Výklad právních jednání contra proferentem. *Právní rozhledy*, 2013, roč. 21, č. 6, s. 199–202.

33 Digesta 2016, op. cit., s. 56, poznámka č. 46; Diskusi k případu BGH z 28. května 2014, VIII ZR 410/12 viz SCHROETER, Ulrich G. Rückkaufvereinbarungen und ‚contra proferentem'-Regel unter dem UN-Kaufrecht (Repurchase Agreements and Interpretation ‚Contra Proferentem' under the UN Sales Convention (CISG). *Internationales Handelsrecht*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 2014, roč. 16, s. 173–179.

34 HUBER, Peter. *Some Introductory Remarks on the CISG*. *Internationales Handelsrecht*. Munich: Sellier, European Law Publishers. 2006, roč. 18, č. 6, s. 237.

35 HONNOLD, J. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. vyd. The Hague: Kluwer Law International, 1999, 748 s., s. 117. ISBN 978-9041127532.

36 KOTÁSEK, Josef. Interpretace obchodních podmínek. In: BEJČEK, Josef, Josef KOTÁSEK, Monika PŘÍKAZSKÁ a kol. *Obchodní podmínky*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2016, 304 s., s. 145. ISBN 978-80-210-8424-7.

či problémového výrazu až k pozici, která je ve svém výsledku stejná. Nicméně se nedomníváme, že jde o přímé či mechanické využití či lze přímo v tomto ustanovení vidět promítnutí této zásady.[37] Lze zde vidět souvislost, nikoli však přímou vazbu či ztotožnění.

Další skupina argumentů „pro" použití je vyvozována spíše z obecných zásad, na nichž je úmluva založena. Variant může existovat více. Ostatně tak, jako není shoda ani na těchto výstavbových zásadách. Může jít o zásadu dělení rizik, která se i jinak projevuje v některých dalších ustanoveních Vídeňské úmluvy.[38] Zásada *contra proferentem* z tohoto pohledu odpovídá smyslu této obecné zásady. Jinou variantou je využití dobré víry a z ní dovození výkladu. Další možná argumentace se opírá o *lex mercatoria.* Zejména vazba na soft dokumenty, výslovně připouštějící tuto zásadu, je lákavá. Mezi nimi samozřejmě sehrávají významnou roli Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, které výslovně uvádějí tuto zásadu. Nicméně jejich role jako obecného pravidla je diskutována a je sporná.[39] Proti hovoří také ona skutečnost, že Vídeňská úmluva obsahuje výslovně pravidla výkladu, úprava se jeví být celistvá a zmínka o pravidle *contra proferentem* zde není.

Podporu využití pravidla *contra proferentem* vyslovuje CISG *Advisory Council Opinion No. 13. Inclusion of Standard Terms under the CISG* (dále *opinion No. 13*),[40] konkrétně jeho bod 9.[41] Tento názor se výslovně váže ke standardizovaným podmínkám, tedy nikoli k plně individuálně sjednaným smlouvám. Uvádí, že v případě, kdy význam standardizovaného termínu poskytnutého jednou stranou zůstává dvojznačný navzdory provedené interpretaci, převáží význam, který je výhodnější pro druhou stranu (tedy jinou, než která příslušný termín do podmínek uvedla). Toto stanovisko nesporně odpovídá situaci, kdy se jedná o obchodní podmínky navržené jednou stranou. Nicméně je to právě oblast

37 Jinak ovšem například BGH v VIII ZR 410/12 ze dne 28. května 2014. Zdroj: UNILEX. *Komentované případy k článku 8* [online]. [cit. 4. 4. 2018]. Dostupné z: http://www.unilex.info. Částečně kriticky k tomuto rozhodnutí SCHROETER, Ulrich G. Rückkaufvereinbarungen und 'contra proferentem'--Regel unter dem UN-Kaufrecht (Repurchase Agreements and Interpretation 'Contra Proferentem' under the UN Sales Convention (CISG). *Internationales Handelsrecht,* Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 2014, roč. 16, s. 173–179; dále také výslovně v *OLG Stuttgart 31. březen 2008 6 U 220/07* [online]. [cit. 1. 3. 2018]. Dostupné z: http://www.olg-stuttgart.de/pb/,Lde/Startseite/Entscheidungen

38 SCHMIDT-KESSEL, Martin. Art. 8. In: SCHLECHTRIEM, Peter a Ingeborg SCHWENZER. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. 6. vyd. Munchen: Verlag C. H. Beck, 2013, 1444 s., s. 217. ISBN 978 3 406 64423 8; Jako o obecné zásadě hovoří i J. M. Lookofsky. LOOKOFSKY, M. J. *Understanding the CISG*. 3rd ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2008, 243 s., s. 162–165. ISBN 978 90 411 2589 7.

39 K možnostem o využití Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT jako obecných zásad viz v české literatuře na příkladu doložky hardship: ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Vyšší moc, hardship aneb smluvní doložky v mezinárodní praxi. *Časopis pro právní vědu a praxi* [online]. 2015, č. 1, s. 64–65 [cit. 4. 5. 2018]. Dostupné z: https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/5357. Ve světové literatuře např. BONELL, Joachim, M. *The UNIDROIT Principles and CISG* [online]. [cit. 2. 2. 2018]. Dostupné z: https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell.html

40 *CISG Advisory Council Opinion No. 13. Inclusion of Standard Terms under the CISG* [online]. [cit. 18. 1. 2018]. Dostupné z: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html

41 *„If the meaning of a standard term provided by one party remains ambiguous despite interpretation the meaning more favourable to the other party shall prevail."*

mezinárodního obchodu, která disponuje i podmínkami vytvářenými mimo dosah vůle konkrétních obchodníků. Například pro oblast koupě–prodej podmínky GAFTA.[42] Nebo podmínky zpracované i mezinárodními organizacemi jako je EHK OSN. Zde je navržené pravidlo obtížně obhájitelné. Zastáváme názor, že je vyloučeno právě pro povahu uvedených podmínek. Výklad takových podmínek bude odpovídat pravidlům uvedeným v odstavci 2 článku 8 a bude možné použít i výkladové metody známé spíše legislativním textům (kterým se v jistém ohledu přibližují).

Jinou kontraktační variantou je sice využití obchodních podmínek – ať již vypracovaných nestátní organizací, nebo jednou stranou za situace jejich částečného přepracování a následného začlenění do smlouvy. Zde ono hledání významu tam, kde by byl pochybný, bude odvíjeno ad hoc ať již na úrovni odstavce prvého či na úrovni odstavce druhého. Rovněž ani zde nevidíme prostor pro pozici *contra proferentem*.

Lze uzavřít, že existuje obecný příklon k využití zásady *contra proferentem* i při aplikaci Vídeňské úmluvy. Při jejím využití ovšem vidíme logické limity dané jak konkrétní situací, tak i povahou kontraktace. Zásada by měla být využita teprve poté, kdy „ztroskotají" snahy o výklad dle pravidel uvedených v článku 8 a význam termínu zůstává nejasný. Zásada *contra proferentem* není zařazena do oné interpretační hierarchie tak, jak je tomu u subjektivního a objektivního přístupu. A nemůže je ani nahradit. Není, a to na rozdíl od některých vnitrostátních úprav, výslovně připuštěna. Nicméně v konkrétním případě lze toto pravidlo využít. Podmínkou využití pravidla je existence pochybnosti o významu prohlášení, textu atd. Nikoli však neexistence. Ono druhé nás již vede k problematice vyplnění mezer smlouvy – ta ovšem disponuje jinými pravidly. I když v konkrétním případě je hranice mezi nimi křehká a závisí na umu aplikujícího orgánu, jak se vypořádá s uchopením institutů. Rovněž by nemělo dojít – při nenalezení řešení dle odst. 1 – ke ztotožnění, resp. automatickému promítnutí pravidla *contra proferentem* do odstavce druhého – pozice rozumné osoby v tomtéž postavení jako druhá strana.

Dalším z pravidel, které není výslovně uvedeno v článku 8 Vídeňské úmluvy, nicméně diskuse o jeho využití se objevuje jak v literatuře, tak i v rozhodnutích soudů, je přihlédnutí k zásadě dobré víry.[43] Samotné uchopení dobré víry osciluje mezi morálním imperativem, přirozeně obsaženém jako prvek jakéhokoli jednání stran, a právním principem.

Dobrá víra je v úmluvě uchopena výslovně jako interpretační kritérium v článku 7 odst. 1 pro text Vídeňské úmluvy. Dle řady názorů se jedná také o obecný princip,

---

42 GAFTA – Grain and Feed Trade Association. Na jejích www lze dohledat řadu standardizovaných podmínek, resp. zde spíše i formulářových smluv pro obchod s obilím a krmivy. Dostupné z: https://www.gafta.com/All-Contracts

43 MAGNUS, Ulrich. Remarks on Good Faith: The United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts. *Pace International Law Review*, 1998, roč. 10, č. 1, s. 93; Digesta 2012 – překlad, op. cit., s. 56.

zásadu, na které je sama úmluva postavena a kterou lze nalézt v řadě jejích ustanovení.[44] Od těchto dvou pozic je nutné odlišit její „uchopení" v rámci národního práva, kde hraje rovněž různou roli (viz například zásadu *Treu und Glauben* v německém právu).[45] V některých zemích je „dobrá víra" principem limitovaným na plnění smlouvy (některé země anglosaské či například Francie), v jiných zemích jde o princip vážící se také k interpretaci smlouvy či k utváření smlouvy.

„Dodání" onoho třetího kritéria do ustanovení o interpretačních zásadách platných pro text samotné Vídeňské úmluvy bylo jistým kompromisem mezi delegacemi zastávajícími názor o obecném uvedení principu dobré víry minimálně pro fázi uzavírání smlouvy a těmi, kteří ji odmítli pro zavedení prvků nejistoty. V materiálu, který byl vypracován pro aplikaci Vídeňské úmluvy v anglosaských zemích, je zdůrazněna i další role zásady – a to poměrně zajímavá právě pro námi sledovaný účel. Dobrá víra jako interpretační zásada dává soudům prostor, flexibilitu, která je nutná pro použití textu v praxi. Tato flexibilita dovoluje rozhodujícímu orgánu překonat jazykovou interpretaci textu, která by mohla vést k výsledkům nezamýšleným navrhovateli. Rovněž může napomoci tomu, aby se rozhodující orgán příliš rychle neuchyloval k domácímu právu. Dále je zdůrazněno, že závazek jednání v dobré víře může posílit vztahy mezi podnikateli.[46]

Argumentace „pro" využití principu dobré víry jako interpretačního kritéria i pro jednání stran, a to ať již v rámci subjektivního testu, či testu objektivního, může vycházet z vícera pozic. Nesporně silný je onen morální apel včetně právního uchopení obecných principů. Nicméně nikoli nezajímavý je pohled metodologický. Je-li tato zásada nesporně zásadou ovládající interpretaci textu úmluvy, resp. jejich jednotlivých článků, je nutně také zásadou ovládající interpretační uchopení článku 8 a promítající se i do regulace chování, prohlášení atd. stran. Vyloučit nelze ani vliv vůle stran s využitím článku 6. Na mysli tím máme ona různá obecná prohlášení ve smlouvě, obvykle zakotvená v úvodní preambuli či článku, kde strany prohlašují a zavazují se jednat v souladu s dobrou vírou a pravidly poctivého obchodního styku.

Dle našeho názoru lze stěží nalézt argumenty pro pozici nepřihlédnutí k principu dobré víry. S výjimkou argumentů formálních opírajících se o samotný text Úmluvy a její zařazení do článku 7.[47]

---

44 Digesta 2012 – překlad, op. cit., s. 43.

45 FERRARI, Franco. Art. 7. In: SCHLECHTRIEM, Peter a Ingeborg SCHWENZER. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. 6. vyd. Munchen: Verlag C. H. Beck, 2013, 1444 s., s. 171. ISBN 978 3 406 64423 8; NOVÝ, Zdeněk. *Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 232 s., s. 37–82. ISBN 978-80-7400-376-9.

46 Documents, op. cit., s. 11.

47 BELL, Gary F. *How the Fact of the Accepting Good Faith as the General Principle of the CISG will bring more Uniformity. Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2005–2006*. 1. vyd. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2007, 260 s., s. 8–20. ISBN 978-3-86653-016-4.

3 K některým frekventovaným doložkám pohledem Vídeňské úmluvy

Mezinárodní obchodní praxe, vytvořená na průsečíku různých právních kultur a ovlivněná i obchodovanými komoditami a výrobky, využívá pravidelně smluvní klauzule, které mohou napomoci interpretaci jednání či prohlášení. Samozřejmě, pokud neznáme jejich význam, resp. nakolik je jim v různých oblastech přiznáván odlišný smysl, může být jejich využití kontraproduktivní. Pro nás je zajímavá otázka, nakolik jsou tyto doložky slučitelné s Vídeňskou úmluvou a jejími principy. Jde o doložky, které nejsou přímo upraveny v ustanoveních úmluvy. Je však otázkou, zda je lze vyvodit ze základních principů, jimiž je úmluva ovládána. Nebo zda lze s jistou mírou jistoty dovodit možnost či nemožnost jejich využití.

Využití doložek známých jako tzv. *merger clause* (resp. *entire agreement clause, four corner clause, zip clause, integration clause, intégralité de convention, clause d'accord complet, Integrationsklausel, Vollständigkeitsklausel*)[48] je v právní praxi významné.[49] Jejich cílem je vyloučit pro interpretaci smlouvy ujednání, prohlášení, dokumentaci atd., které ředcházejí písemné smlouvě, vyjma ní samotné. Tedy jednoduše řečeno vyčištění prostředí od možných aktů učiněných v rámci kontraktace tam, kde byl jejich význam v čase překonán. Nicméně v následném sporu by jich mohlo být druhou stranou využito jako důkazu pro vysvětlení jiného významu prohlášení.

Z jiného pohledu než interpretačního lze vnímat tyto doložky jako snahu o vyjádření komplexnosti smlouvy jako písemného dokumentu.

Význam této doložky je značný tam, kde jsou vedena delší a složitá kontraktační jednání a mezi stranami je vyměněna řada dokumentů. Nebo dochází k následným změnám smlouvy. V souladu s *CISG Advisory Council Opinion No. 3. Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG*[50] (dále jen opinion No. 3) je tato doložka

---

48 V české literatuře k dané problematice a uvedení různých podob doložek především KOTÁSEK, Josef. Doložka úplnosti a její limity. *Právní rozhledy*, Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2016, roč. 24, č. 21, s. 725–732. Uvádí dále i – dle jeho slov – sofistikovanější podobu těchto „čistících doložek" tzv. *non reliance clause*. A zejména upozorňuje na různé varianty doložek – sahajících od smluvních modifikací až k významu pro interpretaci. Což je naše pozice zde.

49 Nikoli náhodou jsou uvedeny v PECL Principles of European Contract Law v čl. 2: 105; v Zásadách UNIDROIT The Principles of International Commercial Contracts v čl. 2. 1. 17. PECL i další evropský dokument DCFR (Draft Common Frame of Reference) v čl. II.-4:104. PECL i DCFR omezují dopad na individuálně ujednané smlouvy.
Při využití obchodních podmínek omezují dopad doložky jen na vyvratitelnou domněnku. Navíc tam, kde byly předkontraktační dokumenty, prohlášení atd. využity jako nástroj interpretace, nelze je vyvrátit. K tomu všemu je výslovně v obou dokumentech zakotven princip venire contra factum proprium. V literatuře viz: PINKEL, Tobias. The Effect of Merger and Non-Reliance Clauses according the Art. 72 of the Commision's Draft of the Common European Sales Law (CESL) – a Model for New Instrument International or European Instrument for (Consumers) Sales Law. In: *Aurelia Colombi CIACCHI, Aurelia Colombi. Contents and Effects of Contracts-Lessons to Learn From The Common European Sales Law*. Springer International Publishing, 2016, 295 s., s. 216. ISBN 978-3-319-28072-1.

50 *CISG Advisory Council Opinion No. 3. Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG*. [online]. [cit. 5. 2. 2018], v textu dále "Opinion No. 3". Dostupné z: http://www.cisgac.com/

tam, kde je smlouva podřízena Vídeňské úmluvě, přípustná a může mít za účinek vyloučení uvedených písemností předcházejících uzavřenou smlouvu pro její interpretaci. Může zabránit, při vyhodnocení všech ostatních faktorů, odvolání se na takové důkazy.[51] Nicméně je zdůrazněno, že uvedené vyloučení zohlednění musí být skutečně stranami zamýšleno. Právě článek 8 Vídeňské úmluvy vyžaduje přezkoumání všech relevantních skutečností a okolností pro to, abychom se rozhodli, zda taková doložka reprezentuje záměr stran. Využití uvedené doložky navazuje na možnosti dané článkem 6 Vídeňské úmluvy a princip autonomie vůle stran.

Naopak, v souladu s uvedeným názorem v *opinion No. 3*, je vyloučeno využití tzv. *plain meaning rule* jako pravidla či doktríny, která se objevuje také v rámci některých *common law* jurisdikcí. Uvedené pravidlo předpokládá tam, kde je prostý význam termínu jazykově zcela jasný, nepoužít jiné dodatečné prostředky jako jsou například jednání o smlouvě apod. k objasnění významu. Uvedená doložka by byla – v souladu s převažujícími názory – v přímém rozporu s článkem 8 odst. 3. Zde by potom bylo nutné uvažovat o tom, zda daná kapitola, v níž se nachází článek 8, je vylučitelná článkem 6. Tedy vytvoření situace, kdy by bylo možné přijmout výslovně ve smlouvě zcela jiná pravidla pro její interpretaci než jsou ta, která jsou uvedena v části I Vídeňské úmluvy.

V souladu s uvedeným názorem v *opinion No. 3* je vyloučeno ve smlouvách, na které dopadá Vídeňská úmluva, využití *parol evidence rule*. Ustanovení článku 8 totiž výslovně upravuje pozici, kterou dává písemnému textu smlouvy. *Parol evidence rule* jako pravidlo, které je rozšířeno v oblastech common law, umožňuje soudci zabránit v případě psaných smluv zohlednění ústních ujednání či dokumentace předcházející smlouvu, které by měnily význam písemného textu smlouvy či ji anulovalo, s výjimkou případu podvodu či chyby. Umožňuje mu vyloučit z důkazů právě tyto typy důkazů (výslovně *„extrinsic and parol evidence"*).

4 Zvláštnosti včlenění obchodních podmínek z pohledu článku 8

Další z otázek, která se váže částí svých problémů k článku 8, je problematika včlenění standardizovaných podmínek. Vídeňská úmluva neobsahuje speciální pravidlo týkající se včlenění těchto podmínek. Pokud jde o rozhraničení působnosti národního práva a Vídeňské úmluvy, zdá se, že převažuje názor, že otázka, zda byly standardní podmínky platně včleněny do smlouvy, je otázkou, která má být řešena pohledem kontraktačního

51 V již citovaném článku J. Kotáska je uveden i odkaz na možnosti článku 29 Vídeňské úmluvy ve vazbě na uvedenou doložku. Autor uvádí pohled uvedený v článku Viscasillase (PERALES VISCASILLAS, P. M. *Modification and Termination of Contracts (Art. 29 CISG)*. Dostupné z: https://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Viscasillas.pdf [cit. 2. 8. 2018]). Ten s odkazem na rozhodčí nález MOK v Paříži č. 9117/1998 uvádí jako možnost i využití článku 29 odst. 2. Tento názor nesdílíme. V tomto článku Vídeňské úmluvy je třeba vidět spíše promítnutí zásady *estoppel* či *venire contra factum proprium*. KOTÁSEK, Josef. Doložka úplnosti a její limity. *Právní rozhledy*, Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2016, roč. 24, č. 21, s. 725–732.

procesu upraveného ve Vídeňské úmluvě a kritérii uvedenými článku 8, tj. interpretací vůle stran. Nikoli národním právem. Naopak otázka jejího obsahu, tzv. materiální platnost, je otázkou vyloučenou čl. 4 a spadající do dosahu národního práva.[52]

Ve stejném duchu vyznívá i CISG *opinion No. 13*. Názor v prvé řadě zdůrazňuje to, že včlenění standardizovaných podmínek dle Vídeňské úmluvy je řešeno v souladu s normami týkajícími se utváření a interpretace smlouvy, či spíše jednotlivých úkonů stran jako je nabídka a její přijetí. Zvážit je ovšem nutné také využití článku 9, kdy může vzniknout mezi stranami jistá praxe, z jejíhož pohledu je třeba prohlášení či chování strany interpretovat. Anebo dokonce by mohla v dané komunitě obchodníků existovat i mezinárodní obchodní zvyklost. Vedle dalších otázek je třeba pro využití článku 8 zmínit i pravidlo číslo 6. Dle něj je včlenění považováno za jasné tam, kde například jsou podmínky čitelné a může jim porozumět rozumná osoba. Rovněž je výslovně upraven požadavek na jazyk – mají být dostupné v jazyce, od něhož lze očekávat, že mu rozumná osoba porozumí. Takovým může být jazyk smlouvy, jazyk jednání či jazyk stranou pravidelně používaný.

Zde je poměrně zajímavá i praxe soudů. Digesta uvádějí několik případů, kdy soudy rozhodly o tom, že podmínky nejsou součástí smlouvy. Například v situaci, kdy byly podmínky psány v jiném jazyce než smlouva a strana, která je navrhla, nedala druhé straně k dispozici překlad, soud uvedl, že tyto podmínky se nestaly součástí smlouvy. Oproti tomu stojí naopak rozhodnutí, ve kterém bylo zdůrazněno, že pouhý fakt rozdílného jazyka neznamená neplatnost včlenění. Jak uvádí s ohledem na tento přehled v Digestech Ferrari, omezenost významu Digest, které nehodnotí rozdílnost v rozhodování, značně snižuje jejich význam.[53].

Závěr

Ani výslovná regulace interpretace jednání, prohlášení atd. strany tak, jak se nám jeví v článku 8 Vídeňské úmluvy, nedává jednoznačnou odpověď na řadu otázek, které jsou navázány na pohyb smlouvy v mezinárodním prostředí. V konkrétním případě je nutné dbát na jasné formulace a nespoléhat na řešení, která jsou přijímána na národní půdě. A současně je nutné počítat s tím, že nelze najít jediné řešení – vždy záleží na ad hoc hodnocení. V mezinárodním prostředí je nutné vnímat také dopad tzv. nestátních prostředků typu INCOTERMS či tzv. interpretační zvyklosti. Ty jsou schopny posunout význam určitého termínu oproti obecnému vnímání termínu.

---

52 HUBER, Peter a Alastair MULLIS. *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*. Sellier. European Law Publishers. 2007, 408 s., s. 30. ISBN 978-3-86653-020-1; Digesta 2016, op. cit., s. 57.

53 FERRARI, Franco, Harry FLECHTNER a Ronald A. BRAND (eds.). *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*. 1. vyd. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2004, 874 s., s. 190. ISBN 3-935808-14-3. Digesta 2016, op. cit., s. 57.

Historický vývoj ústavního soudnictví a přístupu jednotlivce k ústavnímu soudu*

Historical Development of Constitutional Review and Individual's Access to the Constitutional Court

Jaroslav Benák**

Abstrakt

Text se zabývá historickým vývojem ústavního soudnictví na území ČR. V první části autor shrnuje vývoj myšlenky soudní kontroly ústavnosti právních předpisů a formuluje materiální předpoklady pro vytvoření ústavního soudu. Nad rámec požadavků formulovaných v dosavadní literatuře (psaná ústava, dělba moci, hierarchizace právního řádu) přidává autor ještě koncept suverenity lidu. Bez něj totiž nemůže fungovat filosofická obhajoba soudní kontroly ústavnosti jako ochrana zmocnitele (lidu) před excesy zmocněnce (parlamentu).

Ve druhé části pak autor sleduje vývoj ústavního soudnictví v českém kontextu. Začíná u Říšského soudu zřízeného Prosincovou ústavou, který je některými autory pokládán za přímého předchůdce koncentrovaného a specializovaného ústavního soudu. Následně se zabývá obdobím první republiky označovaným Tomášem Langáškem jako promarněné světové prvenství. Analyzuje mimo jiné, proč činnost tohoto soudu výrazněji neovlivnila dobové dění a pravděpodobně byla i jedním z motivů, proč ústavní soudnictví nebylo po druhé světové válce obnoveno. Po intermezzu, kdy ústavní soudnictví buď neexistovalo, nebo sice bylo formálně zakotveno v právních předpisech, ale soud fakticky ustaven nebyl, sleduje autor vznik Ústavního soudu ČSFR a později též současného zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu.

Klíčová slova

Ústavní soudnictví; ústavní stížnost.

Abstract

The text deals with the historical development of a constitutional review in the Czech Republic. In the first part, the author summarizes the development of the notion of a judicial review of the constitutionality of legal acts and formulates the material prerequisites of the creation of a constitutional court. Apart from requirements stated in existing literature (written constitution, separation of power, hierarchical legal order), the author adds a concept of sovereignty of the People, without which the philosophical legitimization of judicial control of constitutionality could not function as a protection of the principal (the People) against the excesses of the agent (the parliament).

* Předchozí verze tohoto rukopisu byly publikovány jako working paper *Vznik a vývoj ústavního soudnictví* v sérii MUNI LAW working papers a jako kapitola v autorově disertační práci. Za cenné připomínky autor děkuje Janu Filipovi a anonymním recenzentům. Veškeré chyby a omyly pochopitelně zůstávají odpovědností autora.

** Ing. Mgr. Jaroslav Benák, Ph.D., odborný asistent, Katedra ústavního práva a politologie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / assistant professor, Department of Constitutional Law and Political Science, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: jaroslav.benak@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-6981-7954

In the second part, the author elaborates on the development of the constitutional review in the Czech context. The elaboration starts with the Reichsgericht established by the December Constitution 1867, which some authors consider to be the direct predecessor of a concentrated and specialized constitutional court, and further continues to the era of the First Republic, which is considered by Tomáš Langášek as the „wasted world leadership". The author analyzes reasons why the Constitutional Court in the era of the First Republic did not influence that period more and why it was probably the cause of the constitutional review not being renewed after the Second World War. Upon the end of the interim, when the constitutional review either did not exist or was only formally enshrined in the law but not actually established, the author focuses on the establishment of the Constitutional Court of the CSFR and subsequently also on the current Act No. 182/1993 Coll., on the Constitutional Court.

Keywords

Constitutional Review; Constitutional Complaint.

Úvod

Z šesti tisíc let existence státního uspořádání společnosti[1] existuje ústavní soudnictví pouze přibližně dvě stě let.[2] Tainter upozorňuje na paradox, spočívající v tom, že „*dnes jsme obeznámeni hlavně s těmi politickými formami, které jsou anomálií historie, považujeme je za normální a jako cizorodou vnímáme většinu lidských zkušeností minulosti.*"[3] Naše vnímání je zkresleno naší aktuální zkušeností a za běžné pokládáme něco, co po většinu historie neexistovalo.

Cílem článku je tak v první řadě objasnit, proč se ústavní soudnictví v celosvětovém měřítku objevilo „tak pozdě" a proč se v některých státech objevilo dříve, jinde později a někde dokonce vůbec neexistuje. Budu analyzovat vývoj ústavního soudnictví ve světě a materiální předpoklady pro jeho vznik formulované v ústavní teorii.

Následně se pak budu zabývat vývojem na českém území. Jednak abych ověřil platnost obecných závěrů formulovaných v první části textu, ale především proto, abych ukázal, jaký vliv na roli ústavního soudu v ústavním systému hraje to, zda je umožněn přístup jednotlivce či nikoliv.

1 Předpoklady pro vznik ústavního soudnictví

Stát je ze své podstaty mocenskou organizací.[4] Jednotlivé formy státu se pak liší v tom, kým a jakým způsobem je moc vykonávána.[5] Historický vývoj státu popisuje Weber

1 CARNEIRO, Robert L. A Theory of the Origin of the State. *Studies in Social Theory No 3*. Menlo Park, CA: Institute for Humane Studies, 1977, s. 3.

2 Budeme-li za počátek ústavního soudnictví považovat rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Marbury v. Madison* z roku 1803. Počítáme-li od roku 1920, kdy se ústavní soudy poprvé objevily v československé a v rakouské ústavě, půjde jen o necelých sto let.

3 TAINTER, Joseph A. *Kolapsy složitých společností*. 1. vyd. v českém jazyce. Překlad Stanislav Pavlíček. Praha: Dokořán, 2009, s. 39–40.

4 KLÍMA, Karel. *Teorie veřejné moci (vládnutí)*. 2. přeprac a rozš. vyd. Praha: ASPI, 2006, s. 275.

5 Pro reprezentativní přehled koncepcí formy státu srov. ČERMÁK, Vladimír. *Otázka demokracie: Sv. 3 Společnost a stát*. 1. vyd. Olomouc: Nakladatelství Olomouc, 1997, s. 213 a násl.

pomocí koncepce panství. Rozlišuje „*panství charismatické (založené na výjimečných schopnostech vůdce), dědičné (které řeší i problém nástupnictví) a institucní (založené na obecně přijatém způsobu výběru vládce).*“[6] Ve všech těchto systémech je nositelem moci vládce. Klokočka tohoto vládce označuje pojmem „legibus absolutus“[7]. Panovník může rozhodnout jakkoliv a není při tom vázán ani svými vlastními zákony.[8] Je zřejmé, že do takto koncipovaného státu ústavní soudnictví nezapadá.

Ve filosofii se prakticky již od dob starověkého Řecka objevují myšlenky, že panovník je vázán určitými vyššími normami a jím vydávané předpisy je třeba podle těchto norem poměřovat. Přehledně vývoj těchto názorů ve svém článku rozebírá Corwin.[9] Po dlouhou dobu ovšem tyto názory neměly svůj odraz v reálném fungování států. S prvními náznaky soudní kontroly zákonů se setkáme teprve v 17. století v Anglii. Považuje se za ně činnost Privy Council a Soudu žalob obecného práva (Court of Common Pleas).[10]

Za první skutečnou soudní kontrolu ústavnosti zákonů je ovšem obecně pokládán systém judicial review v USA. O'Brien označuje judicial review za jeden z největších a zároveň nejkontroverznějších přínosů americké ústavy.[11] Americká ústava přitom soudům tuto pravomoc nikdy výslovně nesvěřila.[12] Chemerinsky nabízí tři možné interpretace mlčení ústavy. Autoři textu mohli pokládat tuto pravomoc za natolik samozřejmou, že ji nebylo třeba výslovně zmiňovat, mohli zapomenout o této otázce pojednat, nebo mlčení může znamenat, že soudy takovou pravomoc nemají.[13] Všechny tři varianty měly své zastánce i odpůrce. Posléze však převládl závěr, že soudy mají pravomoc neaplikovat právní předpisy či rozhodnutí výkonné moci, shledají-li že odporují ústavě. Klíčovou roli při tom sehrálo rozhodnutí ve věci *Marbury v. Madison* z roku 1803.[14]

---

6 SOKOL, Jan. *Moc, peníze a právo: esej o společnosti a jejích institucích*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007, s. 61.

7 KLOKOČKA, Vladimír. Nové pojmy v Ústavě České republiky. *Politologický časopis,* 1994, roč. 1, č. 1, s. 10.

8 Příkladem tohoto řešení je Lex Regia – Kongelov vydaný v roce 1665 v Dánsku, který výslovně stanoví, že panovník nepodléhá žádné autoritě a jeho jediným soudcem je bůh. Srov. FILIP, Jan. In: FILIP, Jan a Jan SVATOŇ. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, s. 79–80, pozn. č. 21.

9 Článek vyšel na pokračování ve dvou dílech: CORWIN, Edward S. The „Higher Law“ Background of American Constitutional Law. *Harward Law Review*, 1928, roč. 42, č. 2, s. 149–185; a CORWIN, Edward S. The „Higher Law“ Background of American Constitutional Law. *Harward Law Review*, 1929, roč. 42, č. 3, s. 365–409.

10 BLAHOŽ, Josef. *Soudní kontrola ústavnosti: srovnávací pohled*. 1. vyd. Praha: Codex, 2001, s. 31. Shodně STEPHENS, Otis H. a John M. SCHEB. *American constitutional law*. 4. vyd. Belmont, CA: Thomson/Wadsworth, 2008, s. 35–36.

11 O'BRIEN, David M. *Constitutional law and politics*. 6. vyd. New York: W.W. Norton, 2005, s. 23.

12 CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3. vyd. New York, NY: Aspen Publishers, c2006, s. 37.

13 Ibid.

14 Stephens a Scheb toto rozhodnutí označují za nejdůležitější rozhodnutí v celé historii Nejvyššího soudu USA. Podle STEPHENS, Otis H. a John M. SCHEB. *American constitutional law*. 4. vyd. Belmont, CA: Thomson/Wadsworth, 2008, s. 36.

Toto rozhodnutí bývá někdy nesprávně označováno za první, v němž byla doktrína judicial review formulována.[15] V době jeho vydání však přezkoumávání souladu zákonů s ústavou mezi americkými soudy nebylo ojedinělým jevem.[16] Hlavní přínos tohoto rozhodnutí spočívá v historických okolnostech provázejících jeho vydání.[17] V rámci mocenského sporu mezi exekutivou reprezentovanou novým prezidentem Jeffersonem a částí justice složené ze soudců jmenovaných jeho předchůdcem Adamsem řešil Nejvyšší soud USA otázku, zda může nařídit prezidentovi určité jednání. Podle zákona soud tuto kompetenci měl, Nejvyšší soud USA však dospěl k závěru, že zákon překračuje ústavní zmocnění, a tudíž žádost o vydání soudního příkazu zamítl. To mělo dva důsledky. V první řadě se soud vyhnul možnosti, že jím vydaný příkaz nebude exekutiva respektovat a tím utrpí legitimita soudu i soudní moci jako celku. A především i exekutiva musela akceptovat pravomoc soudů posuzovat soulad zákonů s ústavou. Jiný závěr by znamenal, že soud měl postupovat podle zákona a žadateli vyhovět.

Různí autoři formulují několik předpokladů pro to, aby se ve státě mohlo rozvinout ústavní soudnictví. Šimíček za klíčovou pokládá dělbu moci.[18] Podle Filipa podmínky pro vznik ústavního soudnictví přicházejí se vznikem psaných ústav.[19] Cappelletti mluví o procesu, který má tři etapy. Nejprve vznikají ústavy jakožto kodifikace důležitých hodnot. Později tyto ústavy získávají vyšší právní sílu. Nelze je tedy měnit prostým zákonem. A jako završení tohoto procesu Cappelletti vidí zřízení orgánu, který bude nezávislý na zákonodárné i výkonné moci a bude kontrolovat dodržování ústavy z jejich strany.[20] Jednotlivé fáze tohoto procesu dobře ilustruje Diceyho text Meaning of an "unconstitutional" law.[21]

Všechny tyto závěry jsou nepochybně pravdivé. Domnívám se ovšem, že existuje ještě jeden významnější faktor, s nímž citovaní autoři pravděpodobně implicitně počítají. Jeho

---

15 Například BRÖSTL, Alexander. *Ústavné právo Slovenskej republiky*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 323.

16 TREANOR, William Michael. Judicial Review Before Marbury. *Stanford Law Review*, 2005, roč. 58, č. 2, s. 560.

17 V češtině poskytuje dobrý přehled o okolnostech případu i důsledcích rozhodnutí článek ANTOŠ, Marek. Slavný případ *Marbury vs. Madison* aktuální i po dvou stoletích. *Jurisprudence,* 2010, č. 1, s. 38–42.

18 ŠIMÍČEK, Vojtěch. *Ústavní stížnost*. 3. aktualiz. a přeprac. vyd. Praha: Linde, 2005, s. 13.

19 FILIP, Jan a Jan SVATOŇ. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, s. 282.

20 CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in Comparative Perspective. *California Law Review,* 1970, roč. 58, č. 5, s. 1018–1019.

21 DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. 8. vyd. London: Macmillan and Co., 1927, s. 516. Dicey vysvětluje, že význam výrazu „unconstitutional" závisí na kontextu, v němž je použit. Přesněji řečeno, na tom, se kterou ústavou má být daný zákon v rozporu. Pokud je takto charakterizován britský zákon, znamená to, že dle mluvčího je zákon v rozporu s duchem britské ústavy. To však nemá žádný vliv na použitelnost zákona. Pokud totéž řekne někdo o francouzském zákonu, znamená to, že zákon je v rozporu s konkrétním ustanovením francouzské ústavy. To však nutně neznamená, že soud odmítne tento zákon použít, pokud strany na rozpor s ústavou poukážou. Konečně v případě amerického zákona rozpor s ústavou znamená, že parlament jednal při jeho přijímání ultra vires a zákon je tudíž neplatný.

význam vynikne, budu-li citovat pasáž z Federalisty č. 78, jenž byl nejen inspiračním zdrojem americké ústavy, ale stal se též teoretickým základem pro rozhodnutí státních soudů[22] i pro rozhodnutí *Marbury v. Madison*[23]:

„*Žádné stanovisko nevychází z jasnějších principů než toho, že každý úkon delegované moci, který odporuje smyslu pověření, v jehož rámci je prováděn, je neplatný. Proto nemůže být platný žádný zákonodárný výnos odporující Ústavě. Popřít tento závěr by znamenalo tvrdit, že zástupce je výš než jeho nadřízený, že sluha je nad svým pánem, že poslanci zastupující lid jsou nadřazeni lidu samému a že osoby jednající na základě jisté pravomoci mohou činit nejen to, k čemu je pravomoc opravňuje, nýbrž i to, co jim zakazuje.*“[24]

Mluví se zde o zákonech odporujících Ústavě jako o excesech zástupců (tedy členů zákonodárného orgánu) jednajících proti vůli zastoupeného (totiž lidu). Za klíčový tudíž považuji koncept suverenity lidu. Dokud je držitelem moci panovník, státní orgány jsou vykonavateli jeho vůle. Jejich kontrola dává smysl jen z toho pohledu, že panovníka zajímá, zda skutečně jednají podle jeho přání. Pouze pokud vycházíme z toho, že zdrojem státní moci je lid a funkcionáři státních orgánů jsou zástupci lidu, dává smysl uvažovat o tom, že porušování Ústavy je excesem zástupce proti vůli zastoupeného.

O konceptu suverenity lidu ve spojení s ústavním soudnictvím mluví i Blahož. Vychází ovšem z Rousseauova pojetí lidu jakožto jediného a ničím neomezovaného mocenského subjektu. Pro Rousseaua „*ve státě není žádný základní zákon, který by se nemohl odvolati, ani ne sama smlouva společenská; neboť kdyby se všichni občané shromáždili, aby zrušili tuto smlouvu za společného souhlasu, nelze pochybovati o tom, že by byla zákonitě zrušena*“.[25]

To vede Blahože k závěru, že „*na základě tohoto postulátu* [suverenity lidu] *je odmítána jakákoliv jiná kontrola ústavnosti, kromě kontroly realizované samým zákonodárným sborem*“.[26] Při důsledné aplikaci Rousseauova konceptu by ovšem neměl obstát ani model kontroly ústavnosti parlamentem, ale jedině samotným lidem. Shodně s Klokočkou se ovšem domnívám, že Rousseau ve svém pojetí suverenity lidu pouze nahradil absolutismus panovníka absolutismem jiným.[27]

---

22 HELLER, Kurt. *Der Verfassungsgerichtshof: die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart*. Wien: Verlag Österreich, 2010, s. 36.

23 „*Teoreticky byla možnost Nejvyššího soudu USA rozhodovat o těchto otázkách zdůvodněna jedním z otců ústavy Alexandrem Hamiltonem v Listech federalistů (č. 78). Prakticky byla tato možnost uplatněna a rozpracována v základním rozhodnutí Marbury v. Madison*…“ in FILIP, Jan a Jan SVATOŇ. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, s. 282.

24 Citováno podle českého překladu HAMILTON, Alexander, John JAY a James MADISON. *Listy federalistů*. Olomouc: Univerzita Palackého Olomouc, 1994, s. 416.

25 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O společenské smlouvě, neboli, O zásadách státního práva*. Přel. Jarmila Veselá. Praha: V. Linhart, 1949, s. 115.

26 BLAHOŽ, Josef. *Soudní kontrola ústavnosti: srovnávací pohled*. 1. vyd. Praha: Codex, 2001, s. 29. Doplnění v hranaté závorce provedeno mnou.

27 KLOKOČKA, Vladimír. Nové pojmy v Ústavě České republiky. *Politologický časopis*, 1994, roč. 1, č. 1, s. 10.

Všechny dosud uvedené předpoklady ústavního soudnictví směřují k tomu, aby ve státě mohl existovat orgán, který bude zkoumat soulad právních předpisů s ústavou. To ovšem ještě nutně neznamená, že půjde o orgán soudního typu. Koncept suverenity lidu totiž poskytuje argumenty nejen ve prospěch soudní kontroly ústavnosti, ale je rovněž základem kritiky tohoto systému. Tato kritika má svůj význam zejména v zemích kontinentální Evropy, kde ústava zpravidla byla přijata běžným zákonodárným orgánem (na rozdíl od zvláštního konventu, který přijal například Ústavu USA). O to víc se pak nabízí otázka, proč by ten stejný orgán nemohl ústavu změnit.[28] Pro zřízení ústavního soudu je tudíž na straně ústavodárce třeba určitého stupně důvěry v soudní instituce, což se projevuje mimo jiné i tím, že jsou v ústavě obsaženy abstraktní pojmy, které svůj konkrétní význam získají právě až judikaturní činností ústavního soudu.[29]

Celkově tak mohu uzavřít, že vedle dělby moci (Šimíček), existence psané ústavy (Filip) a hierarchizovaného právního řádu (Cappelletti) je pro vznik ústavního soudu zapotřebí ještě jistá úroveň důvěry v soudní moc a především pak založení legitimity státu na konceptu suverenity lidu.

2 Teorie vysvětlující vznik ústavního soudnictví

V předchozím textu jsem uvedl podmínky, které pokládám za nutné k tomu, aby ve státě mohlo vzniknout fungující ústavní soudnictví. Jejich splnění ovšem ještě neznamená, že ústavní soudnictví v takovém státě skutečně vznikne. Ústavní soud není conditio sine qua non moderního státu. Mohou existovat i státy, které úkoly svěřované ústavním soudům zabezpečí jinak. Musí tudíž existovat ještě další faktory, které v kombinaci s dříve uvedenými podmínkami způsobí, že ve státě vznikne ústavní soudnictví. Tyto faktory se snaží najít řada teorií, které nyní stručně představím.[30]

V první řadě zde jsou teorie, které Hirschl nazývá evolucionistickými.[31] Podle nich je zřízení ústavního soudnictví reakcí na nedávnou minulost (typicky svržení autoritářského či totalitního režimu) a jeho cílem je chránit nové hodnoty (liberalismus, základní práva apod.) před návratem původního uspořádání. Takto lze odůvodnit například

28 Srov. např. PROCHÁZKA, Radoslav. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 139 s., Autorské publikácie. ISBN 978-807-3803-285.

29 Srov. BOBEK, Michal a Zdeněk KÜHN (eds.). *Judikatura a právní argumentace*. 2., přeprac. a aktualiz. vyd. Praha: Auditorium, 2013, s. 30.

30 Členění teorií vychází z velké části z článku GINSBURG, Tom a Mila VERSTEEG. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2013, č. 29, aby bylo možné následně pracovat se závěry regresní analýzy v tomto článku prováděné. Vzhledem k tomu, že v české literatuře neexistuje ekvivalentní terminologie, ponechávám původní anglická označení teorií.

31 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004, s. 32.

zřízení Spolkového ústavního soudu SRN.[32] Podobně prakticky všechny státy východní Evropy reagovaly na pád komunistického režimu zřízením ústavního soudu.[33]

Druhá skupina teorií nachází souvislost mezi ústavním soudnictvím a vnitřním uspořádáním státu. Coordinaton theory předpokládá, že ústavní soud bude pravděpodobně zřízen ve státě, kde existuje více úrovní správy. Tedy typicky ve státě s federativním státním zřízením.[34] Naproti tomu commitment theory vychází z toho, že státy vhodným uspořádáním institucí chtějí přispět (commit) k ekonomickému růstu. Proto se snaží například garantovat vlastnictví a vymahatelnost práva a tím povzbudit soukromé podnikání.[35]

Další skupina teorií nazývaná electoral market theories vychází z toho, že rozhodujícím motivem pro zřízení ústavního soudu je nejistota ohledně výsledku budoucích voleb.[36] Podle Ginsburgovy insurance theory politické strany očekávající, že mohou příští volby prohrát, chtějí zavést ústavní soudnictví, aby tak získaly další fórum, kde mohou v budoucnu jako opoziční politici napadnout vládou prosazenou legislativu. Naproti tomu strana, která očekává, že bude vládnout nepřetržitě, nemá zájem na zřízení ústavního soudu.[37] Podle Hirschlovy hegemony preservation theory je důležitý souběh několika okolností. Jednak je zde vládnoucí elita, která předpokládá, že prohraje následující volby, a chce si udržet vliv, dále pak ekonomická elita, která má zájem na konstitucionalizaci určitých hodnot (liberalismus, svobodné podnikání, deregulace) a konečně pak soudcovská elita, která chce posílit svůj vliv a mezinárodní reputaci.[38]

Diffusion theories pak vycházejí z představy, že pravděpodobnost zavedení určitého institutu roste s počtem jiných zemí, které ho již zavedly.[39] Konkrétní motivy přitom

---

32 Nelze tak už ovšem vysvětlit, že tento soud si vybudoval významnou legitimitu v rámci státu a stal se vzorem i pro řadu dalších států včetně České republiky. Na to upozorňuje například HAILBRONNER, Michaela. Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism. *International Journal of Constitutional Law,* 2014, roč. 12, č. 3, s. 626–649. DOI: 10.1093/icon/mou047

33 SCHEPPELE, Kim Lane. Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe. *University of Pennsylvania Law Review,* 2006, roč. 154, č. 6, s. 1758.

34 Příkladem může být například zřízení ústavního soudu v Jugoslávii. DJORDJEVIC, Jovan. Remarks on the Yugoslav Model of Federalism. *Publius,* 1975, roč. 5, č. 2, s. 78.

35 Podle Acemoglu a Johnsona státy, které garantují ochranu před vyvlastněním, mají vyšší HDP. ACEMOGLU, Daron a Simon JOHNSON. Unbundling Institutions. *Journal of Political Economy*, 2005, roč. 113, č. 5, s. 953.

36 GINSBURG, Tom a Mila VERSTEEG. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2013, č. 29, s. 9–10.

37 GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. New York: Cambridge University Press, 2003, s. 24–25.

38 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004, s. 43.

39 GINSBURG, Tom a Mila VERSTEEG. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2013, č. 29, s. 10.

mohou být různé. Goderis a Versteeg ve své studii přicházejí se čtyřmi variantami.[40] Může jít o tlak (coercion) ze strany poskytovatelů zahraniční pomoci či koloniálních mocností (při vyjednávání o podmínkách nezávislosti kolonie)[41], ekonomickou soutěž (tedy snahu přilákat zahraniční investory)[42], učení (státy přijímají cizí vzory, protože se domnívají, že pro ně mohou být užitečné) a akulturaci (státy přijímají cizí vzory, aby ukázaly, že jsou platnými členy mezinárodního společenství)[43].

Všechny tyto teorie velmi pravděpodobně vznikly induktivně. Tedy na základě zobecnění situace v několika konkrétních státech. Vedle nich existuje též Large-N analýza provedená Ginsburgem a Versteeg, která ověřuje tyto teorie na datech sebraných ze všech zemí světa. Regresní analýza přinesla důkazy pro teorie založené na domácích politických incentivech (výše nazvané electoral market theories). Jinými slovy existuje silná korelace mezi výskytem jevů popisovaných těmito teoriemi a zřízením ústavního soudnictví. Naopak dostatečná korelace nebyla nalezena u ostatních tří skupin teorií.[44]

3 Předpoklady pro vznik ústavní stížnosti

Dosud jsem se zabýval v obecné rovině ústavním soudnictvím. Uvedené argumenty mohou odůvodnit vznik ústavního soudu jako instituce a rovněž pravomoc ústavního soudu vést řízení o kontrole norem. Vedle těchto typů řízení se ovšem článek zabývá i řízeními, v nichž ústavní soud přezkoumává individuální akty vydávané správními orgány či soudy, tedy typicky řízeními o ústavních stížnostech. V systému koncentrovaného ústavního soudnictví nebývá ústavní stížnost koncipována jako běžný opravný prostředek, jehož cílem by bylo napravovat chyby předchozích instancí.[45] Byť i s tímto modelem se můžeme setkat. Koneckonců i ten nejsilnější autoritářský režim potřebuje

---

40 Jde o studii, která se zabývá obecně ústavami a nikoliv specificky ústavním soudnictvím. GODERIS, Benedikt a Mila VERSTEEG. The Transnational Origins of Constituions: Evidence From a New Global Data Set On Constitional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, č. 010.

41 Například ústava Filipín z roku 1935 je prakticky shodná s ústavou USA s výjimkou federalismu. Srov. BILLIAS, George Athan. *American constitutionalism heard round the world, 1776–1989: a global perspective*. New York: New York University Press, 2009, s. 232–233.

42 Například Egypt, aby snížil obavy zahraničních investorů ze znárodnění jejich investic, zřídil v 70. letech 20. století ústavní soud, který měl dohlížet nad dodržováním ústavy, jež mimo jiné zaručovala nedotknutelnost soukromého vlastnictví. Podle MOUSTAFA, Tamir. *The Struggle for Constitutional Power Law, Politics, and Economic Development in Egypt*. Leiden: Cambridge University Press, 2007, s. 74.

43 Přijímání nových ústav a zřizování ústavních soudů v postkomunistických státech jako například v Maďarsku bylo podle Ginsburga motivováno snahou ukázat, že příslušná země se stává demokratickým právním státem a jako taková je způsobilá se zapojit do spolupráce v rámci Rady Evropy, Evropské unie a dalších integračních struktur. Srov. GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. New York: Cambridge University Press, 2003, s. 100.

44 GINSBURG, Tom a Mila VERSTEEG. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series,* 2013, č. 29, s. 28.

45 ŠIMÍČEK, Vojtěch. *Ústavní stížnost*. 3. aktualiz. a přeprac. vyd. Praha: Linde, 2005, s. 49.

mít systém monitorování a kontroly činnosti byrokracie.[46] Proto ostatně Filip poukazuje na to, že ústavní stížnost se vyvinula z peticí podávaných panovníkovi.[47]

V moderním státě je ovšem úkolem ústavního soudu v řízení o ústavní stížnosti poskytovat ochranu ústavně zaručeným základním právům jednotlivců. Z toho vyplývá, že na to, aby se ve státě mohl objevit tento typ řízení, musí stát taková práva uznávat a být ochoten zřídit zvláštní instituci k jejich ochraně. Podle Baroše a Dufka ještě středověká filosofie vycházela z toho, že primární jsou povinnosti (zejména tedy povinnost poslušnosti vůči zákonům) a nikoliv práva. Zrod lidských práv tak vyžadoval posun paradigmatu, díky němuž se primárním objektem zájmu stal nikoliv vládce ale jednotlivec.[48] První náznaky individualistické koncepce nacházíme v díle Thomase Hobbese:

„Přirozené právo, které se v literatuře obyčejně nazývá jus naturale, je svoboda, kterou má každý člověk, aby uplatňoval svou vlastní moc, jak sám chce, k zachování své vlastní přirozenosti, to znamená, svého vlastního života a tedy aby dělal cokoli, co pokládá podle svého vlastního úsudku a rozumu za nejvhodnější prostředek k tomuto cíli.“[49]

Základní práva v podobě, jak je známe dnes, vycházejí z myšlenek osvícenství a francouzské revoluce.[50] Aby tak stát otevřel prostor pro přezkum svých aktů z hlediska dodržování základních práv, je třeba, aby začal respektovat osvícenské ideje rovnosti lidí a omezené moci státu. Klokočka k tomu výstižně dodává, že postoj státu k soudní kontrole ústavnosti indikuje, jaký je vzájemný vztah státu a občana.[51]

4 Vývoj ústavního soudnictví na českém území

Za počátek ústavního soudnictví v českém kontextu Jan Filip označuje Říšský soud zřízený v roce 1867 Prosincovou ústavou.[52] Tento soud sice neměl kompetenci ke kontrole norem,[53] z jiného Filipova textu je však zřejmé, že činnost Říšského soudu vnímá

---

46 ROSE-ACKERMAN, Susan a Peter L. LINDSETH. *Comparative administrative law*. Northampton, MA: Edward Elgar, c2010, s. 482.

47 FILIP, Jan. In: BAHÝĽOVÁ, Lenka, Jan FILIP, Pavel MOLEK, Milan PODHRÁZKÝ, Vojtěch ŠIMÍČEK a Ladislav VYHNÁNEK. *Ústava České republiky: komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 1122.

48 BAROŠ, Jiří a Pavel DUFEK. Teorie lidských práv. In: HOLZER, Jan, Pavel MOLEK a kol. *Demokratizace a lidská práva: středoevropské pohledy*. 1. vyd. Praha: Sociologické nakladatelství (SLON) v koedici s Masarykovou univerzitou Brno, 2013, s. 76.

49 HOBBES, Thomas. *Leviathan, aneb, Látka, forma a moc státu církevního a politického*. 1. vyd. Editor Jiří Chotaš, Zdeněk Masopust, Marina Barabas. Překlad Karel Berka. Praha: Oikoymenh, 2009, s. 91.

50 GRIFFIN, James. *On human rights*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 9.

51 KLOKOČKA, Vladimír. *Ústavní systémy evropských států: (srovnávací studie)*. 2. aktualiz. a dopl. vyd. Praha: Linde, 2006, s. 372.

52 FILIP, Jan. In: BAHÝĽOVÁ, Lenka, Jan FILIP, Pavel MOLEK, Milan PODHRÁZKÝ, Vojtěch ŠIMÍČEK a Ladislav VYHNÁNEK. *Ústava České republiky: komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 1019.

53 SCHLEGELMILCH, Arthur. Die österreichische 'Dezemberverfassung' von 1867 als Kompromiß- und Stabilitätssystem. *Anzeiger der philosophisch-historischen Klasse*. 2003, roč. 137, č. 2, s. 73.

především jako předobraz institutu ústavní stížnosti.[54] Podle Hellera byl Říšský soud inspirován Nejvyšším soudem USA.[55] Za výstižnější pokládám vyjádření Dziadzia:

„Tvůrci soudu neměli mnoho možností vycházet ze zahraničních vzorů. Jediný příklad kontroly ústavnosti právních předpisů i aktů exekutivy představoval institut judicial review využívaný Nejvyšším soudem USA. Kromě toho, že autoři tento model vzali na vědomí, ovšem nebyl recipován. Společný pro oba systémy byl systém incidentní ochrany ústavnosti. Rakouský Říšský soud byl ovšem unikátní institucí v tehdejší Evropě. Zároveň se pak jednalo o prototyp dnešních ústavních soudů.“[56]

Jana Osterkamp ovšem připomíná, že myšlenka koncentrované kontroly ústavnosti státních aktů se objevila už v revolučním roce 1848 během frankfurtského a kroměřížského sněmu.[57]

Říšský soud mohl přijímat stížnosti jednotlivců proti porušení jejich politických práv ze strany státních orgánů. Sice nemohl přímo rušit rozhodnutí správních orgánů, v řadě případů však veřejná správa pro svou další činnost právní názory soudu převzala.[58]

Politická práva chápal tento soud velmi široce, takže zahrnovala všechna základní práva zaručená ústavou s výjimkou práva vlastnického.[59] Rovněž pojem občan byl vykládán tak, že zahrnoval zásadně každou fyzickou osobu, nebylo-li výslovně uvedeno, že předmětné oprávnění nepřísluší cizincům.[60] Neschwara vyzdvihuje jako zásadní přínos právě judikaturu soudu v oblasti základních práv.[61]

Z druhé poloviny devatenáctého století také pocházejí první stopy difuzní kontroly norem na našem území. Konkrétně šlo o oprávnění soudů přezkoumávat, zda jimi aplikované podzákonné akty jsou v souladu se zákonem. Jiří Pražák k tomu uvádí, že toto oprávnění je logickým důsledkem snahy o dosažení nezávislosti soudnictví na moci výkonné. O takové nezávislosti totiž nelze podle Pražáka mluvit tehdy, pokud by moc

54 Srov. FILIP, Jan. Ochrana základních práv a svobod z pohledu vývoje institutu ústavní stížnosti. In: GERLOCH, Aleš, Pavel ŠTURMA et al. *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století: v českém, evropském a mezinárodním kontextu*. Praha: Auditorium, 2011, s. 32–45. ISBN 9788087284230.

55 HELLER, Kurt. *Der Verfassungsgerichtshof: die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart*. Wien: Verlag Österreich, 2010, s. 101.

56 DZIADZIO, Andrzej. Ochrona praw i wolności obywatelskich w Austrii (1867–1914). *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 2001, roč. 53, č. 1, s. 263, pozn. č. 1. Překlad z polštiny je autorův.

57 OSTERKAMP, Jana. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939): Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, s. 7.

58 OSTERKAMP, Jana. Ústavní soud v meziválečném Československu 1920–1939: Bezmocní bohové v ústavním nebi. In: MALÝ, Karel a Ladislav SOUKUP. *Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918-1938) a jejich místo ve střední Evropě*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2010, s. 386.

59 DZIADZIO, Andrzej. Ochrona praw i wolności obywatelskich w Austrii (1867–1914). *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 2001, roč. 53, č. 1, s. 268.

60 PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo veřejné*. 2. dopl. vyd. Praha: Nákladem Jednoty právnické, 1902, s. 28.

61 NESCHWARA, Christian. Verfassungsgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Monarch und Parlament: Österreichs Reichsgericht von 1869 bis 1918. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*. 2006, roč. 123, č. 1, s. 135.

výkonná mohla kdykoliv ovlivnit rozhodování soudu přijetím podzákonného předpisu a soud by neměl možnost zkoumat zákonnost takového aktu.[62]

V devatenáctém století se také objevuje průkopnická práce Georga Jellineka *Ein Verfassungsgerichtshof für* Österreich. Autor zde prohlašuje, že kdo chce zavést právní stát, musí mít promyšleno, jak naložit s parlamentem, který může zdánlivě vše.[63] Z jeho shrnutí dobové kritiky americké koncepce *judicial review* vyplývá, že je založena na tom, že kontrola ústavnosti je difúzní, což ohrožuje právní jistotu.[64] Proto Jellinek navrhuje zřízení koncentrovaného ústavního soudu. Za základní přínos přitom pokládá fakt, že soudní rozhodnutí musí být odůvodněno. Teprve díky odůvodnění potom jednotlivci nahlédnou, proč byl zrušený zákon protiústavní a co je vlastně po právu.[65] Tento důraz na význam odůvodňování a obecněji argumentace v soudním rozhodování najdeme i v nejnovější literatuře.[66]

Po první světové válce se v ústavě státu Deutsch-Österreich objevuje orgán označovaný jako Verfassungsgerichtshof, který má převzít řízení vedená před Říšským soudem.[67] O ústavní soud v našem pojetí ovšem ještě nejde, neboť má rozhodovat pouze o kompetenčních sporech a o stížnostech jednotlivců.[68] Skutečný ústavní soud se objevil až v Kelsenem inspirované rakouské ústavě z října 1920.

4.1 Promarněné světové prvenství[69]

Nezávisle na Kelsenovi se týž orgán objevuje i v československé ústavní listině. Setkáme se sice s názorem, že ústavní soud v Československu vznikl pod přímým rakouským vlivem[70], tento názor však přesvědčivě vyvrací Filip poukazem na to, že československá úprava nemohla být inspirována událostmi v Rakousku, které nastaly až s půlročním odstupem.[71] Na rozdíl od Hřebejka[72] se však nedomnívám, že by při zřízení ústavního soudu hrála výraznější roli brněnská škola normativní teorie. Jak ukazují dobové

62 PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo veřejné*. 2. dopl. vyd. Praha: Nákladem Jednoty právnické, 1902, s. 302.

63 JELINEK, Georg. *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. 1. vyd. Wien: Alfred Hödler, 1885, s. 5.

64 Ibid., s. 22.

65 Ibid., s. 25.

66 BAROŠ, Jiří. *Mezi lidskými právy a suverenitou – koncepty politické filosofie a jejich aplikace v realitě České republiky*. Brno, 2014, s. 23–24.

67 MERKL, Adolf. *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich: ein kritisch-systematischer Grundriss*. Wien: F. Deuticke, 1919, s. 154–155.

68 Ibid., s. 155.

69 Název je převzat ze stejnojmenného článku Tomáše Langáška: LANGÁŠEK, Tomáš. Promarněné světové prvenství. *Lidové noviny: Právo a justice*. 14. 11. 2011, s. 20.

70 SLÁDEČEK, Vladimír. *Ústavní soudnictví*. 2. podst. přeprac. a dopl. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, m. č. 28.

71 FILIP, Jan. V. Sládeček: Ústavní soudnictví. *Právní rozhledy*, 2003, č. 6, s. 301.

72 HŘEBEJK, Jiří. Soudnictví. In: PAVLÍČEK, Václav a kol. *Ústavní právo a státověda*. 2. nezměn., vyd. (v Leges 1. vyd.) Praha: Leges, 2014, s. 322.

prameny citované Janou Osterkamp, byl hlavním autorem myšlenky zřízení ústavního soudu Jiří Hoetzel, zatímco postoj Františka Weyra k této instituci byl spíše skeptický.[73]

Dobové dokumenty ukazují, že hlavní motivace pro zřízení ústavního soudu se kryjí s Cappellettim popsaným procesem. Smyslem ústavního soudu má být zaručit vyšší právní sílu ústavy tím, že bude rušit právní předpisy, které by s ní byly v rozporu.[74]

Ústavní soud měl pravomoci v oblasti abstraktní kontroly norem. Obligatorně přezkoumával opatření tzv. stálého výboru.[75] Fakultativně pak přezkoumával soulad zákonů s Ústavní listinou. Oprávněnými navrhovateli takového přezkumu byli Poslanecká sněmovna, Senát, Sněm Podkarpatské Rusi, Volební soud a Nejvyšší soud či Nejvyšší správní soud.[76] Návrh měl vždy podávat orgán jako celek. Jiným státním orgánům ani jednotlivcům právo zahájit řízení nebylo dáno. V osnově zákona to bylo vysvětleno takto:

„Řízení před ústavním soudem nechtěl ústavní soud dáti obdobu obvyklého sporného řízení před soudem. Řízení toto nemá skýtati obraz ***boje*** *různých zájmů (jmenovitě politických), nýbrž všichni zúčastnění činitelé – navrhovatel, pak sněmovna, o jejíž zákon jde – mají sledovati stejný cíl: aby nevešlo v právní řád ustanovení, jež příčí se ústavě, z níž pryští ostatní právní řád. Proto vymítěno bylo z osnovy vše, co by na zmíněnou obdobu připomínalo.“*[77]

Úzký okruh možných navrhovatelů s sebou přinesl velmi nízký počet věcí, kterými se ústavní soud zabýval. Ústavní soud se zabýval prakticky jen opatřeními stálého výboru, kde byla kontrola obligatorní.[78] Pokud jde o kontrolu zákonů, političtí navrhovatelé nepodali žádný návrh nikdy. První návrh od soudu přišel v roce 1936.[79] V letech 1925 až 1929 mluví Langášek o adventním ústavním soudu.[80] Jeho soudci se totiž setkávali pouze jednou do roka v prosinci, aby konstatovali, že nenapadla žádná nová

73 OSTERKAMP, Jana. Ústavní soud v meziválečném Československu 1920–1939: Bezmocní bohové v ústavním nebi. In: MALÝ, Karel a Ladislav SOUKUP. *Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918–1938) a jejich místo ve střední Evropě*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2010, s. 387–388.

74 Srov. Národní shromáždění československé 1918–1920, tisk 2426. *Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna* [online]. [cit. 25. 12. 2014]. Dostupné z: http://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/tisky/T2426_00.htm

75 Srov. § 54 Ústavní listiny. Citováno podle: http://www.psp.cz/docs/texts/constitution_1920.html. Stálý výbor byl složen z 16 poslanců a 8 senátorů a příslušelo mu nahrazovat zákonodárný sbor v době, kdy byl rozpuštěn nebo bylo jeho jednání ukončeno. Ve věcech, které nesnesly odkladu a které by jinak vyžadovaly přijetí zákona, mohl výbor na návrh vlády a po souhlasu prezidenta vydat opatření, které mělo právní sílu zákona. Podle HLEDÍKOVÁ, Zdeňka, Jan JANÁK a Jan DOBEŠ. *Dějiny správy v českých zemích od počátků státu po současnost*. 2. vyd. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 2005, s. 340.

76 § 8 zákona č. 162/1920 Sb. z. a n., o Ústavním soudě.

77 Podle Národní shromáždění československé 1918–1920, tisk 2426. *Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna* [online]. [cit. 25. 12. 2014]. Dostupné z: http://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/tisky/T2426_00.htm (zdůraznění dle originálu, jde o doslovnou citaci včetně chyby ve slově „vymýtěno“).

78 Žádné z těchto opatření nebylo zrušeno.

79 OSTERKAMP, Jana. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939): Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, s. 13.

80 LANGÁŠEK, Tomáš. *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 118.

věc.[81] Z archivních materiálů máme doklady o tom, že soudci se zabývali též úvahami o tom, jak by bylo možno nápad zvýšit.[82] Souhrn těchto reformních návrhů nalezneme například u Osterkamp.[83] Žádná z těchto myšlenek se však nedočkala realizace.

Ve srovnání s Říšským soudem chybí u ústavního soudu jakákoliv snaha o aplikaci základních práv.[84] To souvisí i s tím, že agenda individuálních stížností na rozdíl od Rakouska nepřešla na ústavní soud nýbrž na Nejvyšší správní soud.[85]

Celkové hodnocení této etapy našeho ústavního vývoje podle mého názoru nejlépe vystihuje právě nadpis této subkapitoly převzatý od Tomáše Langáška. Ústavní soud nezanechal významnější stopu v československém ústavním systému a po druhé světové válce již nebyl obnoven.[86] Na domácí půdě zůstal ve stínu Nejvyššího správního soudu, který rozhodoval o individuálních stížnostech a jehož rozhodnutí jsou ceněna dodnes.[87] V mezinárodním měřítku pak byl zastíněn svým rakouským protějškem.[88] To potvrzuje nejen vzájemný poměr četnosti zmínek v odborné literatuře,[89] ale i například fakt, že zatímco československý model se neuplatnil ani v příští československé ústavě, rakouský ústavní soud posloužil jako příklad pro několik dalších států. Již v roce 1921 byl podle rakouského vzoru zřízen ústavní soud Lichtenštejnska.[90]

O malém významu ústavního soudu svědčí i fakt, že německá okupace a vznik protektorátu se fungování soudu prakticky nijak nedotkly. Okupační síly neprojevily žádnou snahu soud zrušit, zatknout jeho soudce či dosadit své zástupce. Zatímco budovy řady

---

81 LANGÁŠEK, Tomáš. *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 119.

82 Ibid., s. 97–107.

83 OSTERKAMP, Jana. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939): Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, s. 27.

84 Ibid., s. 185–186.

85 Srov. § 2 odst. 4 zákona č. 3/1918 Sb. z. a n.

86 Byť návrhy na jeho obnovení se objevily. Například návrh ústavy vypracovaný Vladimírem Kubešem obsahoval dokonce institut individuální stížnosti. Šlo ovšem pouze o stížnost proti rozhodnutí správního orgánu. Návrh ústavy byl publikován v GRONSKÝ, Ján (ed.). *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa: Díl II. 1945–1960*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2006, s. 237–295.

87 HAIN, Radan. *Teorie státu a státní právo v myšlení T.G. Masaryka*. 1. české vyd. Praha: Karolinum, 2006, s. 174.

88 OSTERKAMP, Jana. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939): Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, s. 43.

89 Srov. literaturu odkazovanou v OSTERKAMP, Jana. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939): Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, s. 1 pozn. č. 1. Ostatně i výše citovaný Cappelletti ve svých dílech československý soud zcela pomíjí a za předobraz koncentrovaného ústavního soudnictví označuje výlučně rakouský ústavní soud. Srov. CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in Comparative Perspective. *California Law Review,* 1970, roč. 58, č. 5, s. 1038.

90 OSTERKAMP, Jana. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939): Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, s. 1, pozn. č. 1.

jiných státních orgánů byly obsazeny již v první den okupace[91] a spolu s vojáky dorazily i příslušníci Gestapa se jmennými zatýkacími seznamy,[92] Ústavní soud svůj první derogační nález vydal v červnu 1939.[93] Dění v Protektorátu už však tento nález konstatující rozpor zákona s Ústavní listinou nemohl nijak ovlivnit.

Vedle koncentrovaného ústavního soudnictví fungovala v Československu i difúzní kontrola ústavnosti a zákonnosti podzákonných právních předpisů. Ta byla recipována z Rakousko-Uherska.[94] Nešlo přitom o pouhou teoretickou koncepci, neboť jsou známy řádově desítky případů, kdy obecné soudy (a z nich zejména Nejvyšší správní soud) konstatovaly neaplikovatelnost konkrétního podzákonného předpisu.[95]

4.2 V říši jednorožců

Jednorožec je bájný tvor, který zpravidla bývá zobrazován v podobě bílého koně s dlouhým šroubovitě krouceným rohem. Máme řadu výtvarných děl zobrazujících jednorožce a najdeme ho i v mnoha knihách. Jinými slovy, každý ví, jak jednorožec vypadá. Jen ho nikdy nikdo neviděl. Podobně na tom bylo v některých etapách naší historie ústavní soudnictví. Ústavní předpisy o ústavních soudech mluvily a dokonce vznikaly odborné práce, které tyto soudy na základě jejich právní úpravy analyzovaly.[96]

V socialistickém Československu se myšlenka ústavního soudnictví objevila v kontextu federalizace státu. Ústavní soud byl zaveden ústavním zákonem č. 143/1968 Sb., o Československé federaci. Model ústavního soudnictví byl převzat z právní úpravy Rakouska a SFRJ[97] a byl zamýšlen primárně pro řešení kompetenčních sporů mezi orgány federace a orgány členských států.[98]

91 CÍLEK, Roman a Miloslav MOULIS. *Dokonáno jest…!: Osudný březen 1939 – pohled do zákulisí*. Praha: Epocha, 2004, s. 266.

92 Ibid, s. 200–201.

93 LANGÁŠEK, Tomáš. *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 203.

94 Podle OSTERKAMP, Jana. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939): Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009, s. 61.

95 Ibid., s. 62–63.

96 V této souvislosti roste význam Blahožova doporučení nesoustředit se při analýze ústavního práva jen na texty ústav, ale zajímat se i o praktické fungování systému. Srov. BLAHOŽ, Josef, Vladimír BALAŠ a Karel KLÍMA. *Srovnávací ústavní právo*. 4., přeprac. a dopl. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, s. 25–26.

97 Socialistická federativní republika Jugoslávie.

98 FILIP, Jan. Ochrana základních práv a svobod z pohledu vývoje institutu ústavní stížnosti. In: GERLOCH, Aleš, Pavel ŠTURMA et al. *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století: v českém, evropském a mezinárodním kontextu*. Praha: Auditorium, 2011, s. 35. Podrobněji od téhož autora FILIP, Jan. Position and Perspective of Constitutional Justice and the Influence of Constitutional Justice of the Former Yugoslavia in the Czech Republic. In: SLIJEPČEVIĆ, D. *Position and Perspective of Constitutional Justice*. 1. vyd. Beograd: The Constitutional Court of the Republic of Serbia, 2015, 495 s., s. 371–389. ISBN 978-86-519-1887-5.

Ohlasy v dobovém odborném tisku byly pozitivní. Zavedení ústavního soudnictví bylo vnímáno jako „*součást procesu spojování socialismu s demokracií a s konstitucionalismem, čemuž byla otevřena cesta v lednu – dubnu 1968. Mimo jiné působila ta zkušenost, že účinnost demokracie je závislá na jejích pevných pravidlech (absolutizace demokracie, nepropracování ústavních dispozic a nedostatek právních záruk v ústavě z r. 1960 učinilo tuto ústavu nedostatečně funkční).*“[99] Podobně Blahož konstatuje, že „*ani v socialistickém státě není ústavní soudnictví spojeno pouze s federálním uspořádáním, ale jeho zavedení je přímo závislé na důsledné realizaci snah o prohlubování socialistické demokracie, o tvorbu a právní garance autonomních a relativně nezávislých prostorů jednotlivce i společenských skupin, o ústavnost, zákonnost a právní čistotu celého právního řádu.*“[100]

Mezi kompetence ústavního soudu patřilo již zmíněné řešení kompetenčních sporů mezi orgány federace a republik, abstraktní kontrola norem a rozhodování o stížnostech ve věci mandátů poslanců a konečně pak rozhodování o stížnostech proti zásahu do ústavně zaručených práv v případech, kdy zásah spočívá v rozhodnutí či jiném zásahu orgánů federace a zákon neposkytuje soudní ochranu.[101]

Abstraktní kontrola norem mohla být zahájena na návrh politických orgánů (parlamentu či vlády a to jak na federální tak republikové úrovni), generálního prokurátora, soudu nebo občana (v rámci řízení o stížnosti). Vedle toho mohl Ústavní soud zahájit řízení též z vlastní iniciativy nebo z podnětu občanů či organizací.[102]

Výsledkem řízení o kontrole norem mohl být závěr, že napadený předpis odporuje Ústavě. V takovém případě dotčený předpis pozbyl účinnosti s tím, že orgán, který předpis vydal, měl 6 měsíců na to, aby předpis uvedl do souladu s Ústavou. Pokud by tato lhůta uplynula marně, předpis by pozbyl platnosti.[103] Filip toto řešení označuje za projev koncepce vlády shromáždění.[104]

Jak už bylo předestřeno, Ústavní soud ČSSR nikdy nezačal fungovat a zřízeny nebyly ani ústavní soudy republik, které předpokládal čl. 101 ÚZFed. Komentář k Ústavě ČSSR vysvětluje situaci ústavního soudnictví tak, že šlo o institut, který byl do zákona vložen kvůli očekávaným kolizím mezi právními předpisy federace a republik. Vzhledem k tomu, že takové kolize se v praxi nevyskytovaly, nakonec nebyl ústavní soud ustaven.[105] Podle Šimíčka a Kysely „*došlo ke zcela paradoxní situaci, kdy ústava přímo zakotvovala instituci*

---

99 PEŠKA, Pavel. Několik námětů a poznámek k přípravě zákona o ústavním soudu ČSSR. *Právník*, 1969, roč. 108, s. 544.

100 BLAHOŽ, Josef. Několik námětů k modelu ústavního soudnictví ČSSR a ČSR. *Právník*, 1969, roč. 108, s. 354.

101 Čl. 87–91 ÚZFed.

102 Čl. 93 ÚZFed.

103 Čl. 90 ÚZFed.

104 FILIP, Jan, Vojtěch ŠIMÍČEK a Pavel HOLLÄNDER. *Zákon o Ústavním soudu: komentář*. 2. přeprac. a rozš. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007, s. IX.

105 ZDOBINSKÝ, Stanislav a kol. Československá ústava: komentář. 1. vyd. Praha: Panorama, 1988, s. 38.

ústavního soudu, nicméně protože tento nebyl nikdy fakticky ustaven, dodávala ústavněprávní doktrína argumentaci, proč je vlastně tato instituce zcela nevhodná.“[106]

Zajímavé jsou osobní vzpomínky Jaroslava Chovance na to, jak ministr spravedlnosti SSR požadoval jeho potrestání v zaměstnání za to, že se ve svých publikacích v letech 1979 a 1981 zmínil o ústavním soudnictví a o tom, že Ústavní soud ČSSR dosud nebyl ustaven.[107]

Další vývoj nastal až v souvislosti se změnou režimu.[108] V listopadu 1989 se objevil požadavek stávkujících studentů na ustavení Ústavního soudu.[109] Stejně tak v dokumentu „Co chceme – Programové zásady Občanského fóra“ z 26. 11. 1989 najdeme požadavek: „*Nezávislé soudnictví musí zahrnovat i ústavní a správní soudnictví.*“[110] Federální shromáždění následně přijalo usnesení, jehož součástí byl též text „*Federální shromáždění požaduje, aby mu byl v nejbližší době předložen návrh na členy Ústavního soudu ČSSR.*“[111] To se však nikdy nestalo. Historie se nakonec vydala jinou cestou.

4.3 Obnovení ústavního soudnictví

Léta 1989 až 1992 se v oblasti ústavního práva nesla ve znamení četných novelizací stále platné Ústavy z roku 1960.[112]

„Výsledkem všech těchto rozsáhlých ústavních změn byl již zcela jiný text ústavy než text průvodní a navíc doplněn složitým komplexem ústavních zákonů. Proto také byly již v té době vznášeny požadavky na nutnost přípravy nové ústavy a to jako uceleného dokumentu.“[113]

---

106 ŠIMÍČEK, Vojtěch a Jan KYSELA. Ústavní právo. In: BOBEK, Michal, Pavel MOLEK a Vojtěch ŠIMÍČEK (eds.). *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2009, s. 315.

107 CHOVANEC, Jaroslav. Ústavný súd Českej a Slovenskej federatívnej republiky podľa ústavného zákona o československej federácii. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2000, roč. 8, č. 2, s. 251. Dostupné z: https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/8857

108 Odlišný názor zastává Sládeček, podle něhož určité oživení zájmu o ústavní soudnictví nastalo už v roce 1988 v souvislosti s přípravou nové socialistické ústavy. SLÁDEČEK, Vladimír. *Ústavní soudnictví*. 2. podst. přeprac. a dopl. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, m. č. 51.

109 Na schůzi Federálního shromáždění ho jako požadavek studentů přednesl poslanec Blažej. Dostupné z: http://www.psp.cz/eknih/1986fs/slsn/stenprot/016schuz/s016002.htm

110 Citováno podle GRONSKÝ, Ján (ed.). *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa: Díl IV. 1989–1992*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2007, s. 26.

111 Usnesení Federálního shromáždění č. 106. Dostupné z: http://www.psp.cz/eknih/1986fs/slsn/usneseni/u0106.htm

112 Přehled těchto novel se stručnou charakteristikou každé z nich podává ZIMEK, Josef. *Ústavnost a český ústavní vývoj*. 3. nezměn. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 170–173.

113 ZIMEK, Josef. *Ústavnost a český ústavní vývoj*. 3. nezměn. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 160. Doslovná citace včetně překlepu ve slově „původní“.

Překážkou vzniku nové ústavy ovšem byly rozdílné názory na některé otázky. Šlo zejména o rozdělení kompetencí mezi federaci a republiky a o vztah Čechů a Slováků.[114] Právě proto byly schvalovány jednotlivé zákony vztahující se k těm oblastem, na nichž shoda byla. Sem spadá i návrh Václava Havla (prezident republiky měl podle tehdejší Ústavy zákonodárnou iniciativu) na přijetí ústavního zákona o Ústavním soudu. Návrh byl odůvodněn tím, že ústavní soudnictví je pro nový režim nezbytné (zejména v návaznosti na přijetí Listiny základních práv a svobod) a zároveň dosavadní právní úprava obsažené v ústavním zákoně o Československé federaci není zcela optimální.[115] Doslovně důvodová zpráva říká, že „*Úprava ústavního soudnictví, obsažená v platném ústavním zákoně č. 143/1968 Sb., o československé federaci (hlava šestá, čl. 86 až 101) do značné míry vyhovuje potřebám a požadavkům právního státu, ale vyžaduje určité změny*".[116] Těmi změnami bylo zejména vypuštění kompetence soudu podávat podněty ke změně právní úpravy, převedení volebního soudnictví na Nejvyšší soud a diferenciace navrhovatelů kontroly norem podle typu řízení. Především pak se ruší možnost, aby Ústavní soud zahájil řízení o kontrole norem z vlastní iniciativy. Naopak je ponechána konstrukce, kdy právní předpis pozbývá účinnosti a zákonodárce má v šestiměsíční lhůtě odstranit jeho vady.[117]

Během projednávání ve Federálním shromáždění bylo přijato několik pozměňovacích návrhů a výsledný text byl schválen jako ústavní zákon č. 91/1991 Sb., o Ústavním soudu ČSFR. Sládeček za nejvýznamnější rozdíly oproti původnímu textu z roku 1968 označuje možnost zkoumat soulad právních přepisů s mezinárodními smlouvami o lidských právech a možnost přezkoumávat rozhodnutí obecných soudů v rámci řízení o ústavní stížnosti.[118] Novinkou byla též možnost podat abstraktní výklad ústavy zakotvená v čl. 5 ústavního zákona.

Řízení před soudem bylo regulováno vedle ústavního zákona též zákonem č. 491/1991 Sb., o organizaci Ústavního soudu ČSFR a řízení před ním, a také Organizačním a jednacím řádem Ústavního soudu ČSFR, který vydalo plénum soudu.

Soud fakticky fungoval pouze od 1. února 1992 do 31. prosince téhož roku. Za tu dobu vydal osm nálezů a několik desítek usnesení.[119] Zajímavá jsou ovšem data prezentovaná Mikulem. Z nich vyplývá, že řada podání k Ústavnímu soudu byla nekvalifikovaná,

---

114 Pro stručný přehled těchto sporů srov. např. HLEDÍKOVÁ, Zdeňka, Jan JANÁK a Jan DOBEŠ. *Dějiny správy v českých zemích od počátků státu po současnost*. 2. vyd. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 2005, s. 473–474.

115 CHRASTILOVÁ, Brigita a Petr MIKEŠ. *Prezident republiky Václav Havel a jeho vliv na československý a český právní řád*. 1. vyd. Praha: ASPI, 2003, s. 29.

116 Podle důvodové zprávy k tisku Federálního shromáždění. Dostupné z: http://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t0373_00.htm

117 Ibid.

118 SLÁDEČEK, Vladimír. *Ústavní soudnictví*. 2. podst. přeprac. a dopl. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, m. č. 53.

119 Ibid., m. č. 56.

což mělo za následek, že z celkového počtu 1128 věcí jich bylo 295 odloženo, 668 odmítnuto pro nepřípustnost a 57 zastaveno.[120]

4.4 Ústavní soud České republiky

Výsledek voleb v roce 1992, kdy v České republice vyhrála ODS a na Slovensku HZDS, zatímco profederalistické strany zcela propadly, předznamenal rozdělení Československa.[121] To vyvolalo i nutnost vytvoření nového ústavního textu pro samostatnou Českou republiku. Filip o naší Ústavě říká:

„*K této ústavě český národ cíleně nesměřoval, řešil jí pragmaticky situaci, která nastala po volbách v roce 1992 v česko-slovenských vztazích a která směřovala k rozpadu federace na dva samostatné státy. Nebyla proto výsledkem nějakých tužeb nebo bezprostředních aspirací jako ústava z roku 1920 nebo i Ústava SR z roku 1992. Idea české státnosti se teprve hledala. Vždyť před tím byla v letech 1990–1992 připravována Ústava ČR pro federativní stát a jinak zaměřená*".[122]

Pokud jde o rozsah kompetencí Ústavního soudu, je značně širší než v roce 1920 (kdy šlo jen o abstraktní kontrolu norem) a obsahuje i některé novinky oproti roku 1991 (volební věci, řízení o velezradě). Naopak už není dána pravomoc poskytovat výklad ústavy.[123]

Pro přechodnou dobu mezi zánikem federace a ustavením nového Ústavního soudu bylo navrhováno zřízení Soudu ochrany ústavnosti. Návrh však parlamentem nebyl schválen.[124] Pravomoc Ústavního soudu ČSFR tak se zánikem federace přešla na Nejvyšší soud.[125] Ústavní soud zřízený Ústavou ČR začal fungovat složením slibu prvních dvanácti soudců[126], což nastalo 15. července 1993.[127]

Zákon č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, byl mnohokrát novelizován. Za významné novely lze označit zákon č. 77/1998 Sb. (k odmítnutí pro zjevnou neopodstatněnost je nově třeba rozhodnutí senátu a nikoliv soudce zpravodaje), zákon č. 48/2002 Sb. (promítnutí důsledků euronovely Ústavy), zákon č. 83/2004 Sb. (obnova řízení před Ústavním soudem) a zákon č. 404/2012 Sb. (změny v oblasti odmítání ústavních stížností,

120 MIKULE, Vladimír a Vladimír SLÁDEČEK. *Ústavní soudnictví a lidská práva: předpisy, dokumenty, komentáře a poznámky*. 1. vyd. Praha: Codex, 1994, s. 13.

121 HLEDÍKOVÁ, Zdeňka, Jan JANÁK a Jan DOBEŠ. *Dějiny správy v českých zemích od počátků státu po současnost*. 2. vyd. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 2005, s. 474.

122 FILIP, Jan. Zapomenuté inspirace a aspirace Ústavy ČR (K 10. výroční přijetí Ústavy). *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2002, roč. 10, č. 4, s. 296. Dostupné z: https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/8211

123 Pro srovnání kompetencí federálního a současného Ústavního soudu srov. např. BENÁK, Jaroslav. Co zbylo z Ústavního soudu ČSFR? In: *Dny práva 2012*. Brno: Masarykova univerzita, 2012, s. 294–296.

124 SLÁDEČEK, Vladimír. *Ústavní soudnictví*. 2. podst. přeprac. a dopl. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, m. č. 57.

125 Podle čl. 6 odst. 2 ústavního zákona č. 542/1992 Sb., o zániku České a Slovenské Federativní Republiky.

126 Podle § 149 ZÚS.

127 ŠIMÍČEK, Vojtěch. *Ústavní stížnost*. 3. aktualiz. a přeprac. vyd. Praha: Linde, 2005, s. 42.

rozšíření obnovy řízení i na netrestní věci). Vedle toho došlo k vývoji procesních pravidel i v důsledku několika rozhodnutí Ústavního soudu. Soud si tak postupně osvojil kompetenci přezkoumávat již neplatné ale dosud aplikovatelné předpisy[128] a rovněž kompetenci rušit ústavní zákony.[129]

Z návrhů na změnu zákona, které nakonec nebyly realizovány, pokládám za vhodné zmínit se o příspěvku Pavla Holländera, který byl publikován ve sborníku Aktuálnost změn ústavy ČR v roce 1999. Autor, tehdy místopředseda Ústavního soudu, navrhoval, aby byl zákon změněn tak, že umožní provádět Ústavnímu soudu selekci nápadu ústavních stížností. Návrh obsahoval kritérium, že ústavní stížnost musí přesahovat vlastní zájmy stěžovatele. Stížnosti, které by tento nárok splnily, by byly meritorně posouzeny plénem Ústavního soudu, zbývající stížnosti by byly odmítnuty. Cílem tohoto návrhu bylo zmenšit nápad ústavních stížností, aby se Ústavní soud mohl odpovídajícím způsobem věnovat těm stížnostem, které mají zásadní význam.[130] Tento návrh se však nedočkal výraznější reflexe v tehdejší odborné debatě a nestal se ani předmětem projednávání v Parlamentu.[131]

Závěr

Analýzou vývoje ústavního soudnictví na českém území docházím k potvrzení závěru, že klíčovým konceptem pro pochopení fungování ústavního soudnictví je suverenita lidu. Tento koncept je v kořenech všech argumentací ve prospěch ústavního soudnictví, ale je i základem argumentů, které ústavní soudnictví odmítají. V českém kontextu je zřejmé, že ústavní soudnictví jako oprávnění orgánů soudního typu rušit právní předpisy pro jejich rozpor s ústavou, se objevuje až po vzniku samostatného Československa. Do té doby existující monarchie se legitimizovala jinak než odkazem na společenskou smlouvu uzavřenou lidem.

Stejně tak v dalším vývoji je možné (ne)existenci ústavního soudu považovat za signál toho, zda je stát založen na suverenitě lidu. Komunistický režim, který se etabloval v roce 1948, ústavní soud „na nic nepotřeboval". Kontrolu ústavnosti formálně svěřil předsednictvu Národního shromáždění, které tuto svou kompetenci nikdy nevyužilo.[132]

---

128 Nález Ústavního soudu ze dne 10. 1. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 33/2000, publikován pod č. 78/2001 Sb.

129 Nález Ústavního soudu ze dne 10. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09, publikován pod č. 318/2009 Sb.

130 Podle HOLLÄNDER, Pavel. Legislativní reflexe dosavadního působení ústavního soudu. In: DANČÁK, Břetislav a Vojtěch ŠIMÍČEK (eds.). *Aktuálnost změn ústavy ČR*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1999, s. 178–186. Jde o příspěvek ve sborníku, který má velmi netradiční formu. Jde fakticky o návrh zákona zpracovaný dle Legislativních pravidel vlády.

131 Podle WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Zákon o Ústavním soudu, s komentářem*. 1. vyd. Praha: ASPI, 2007, s. 193.

132 SLÁDEČEK, Vladimír. *Ústavní soudnictví*. 2. podst. přeprac. a dopl. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, m. č. 48.

Podobně i možnost difúzní kontroly norem zanikla tím, že „[s]*oudci byli vázáni celým právním řádem, tedy i normami exekutivy*."[133]

Úvahy o ústavním soudnictví se objevily až s uvolněním poměrů v roce 1968. I přes pozitivní ohlasy v dobové odborné literatuře se Ústavní soud ČSSR nedočkal svého ustavení. V dalších letech se tato ustanovení ústavního zákona o čs. federaci stala režimu nepohodlná, což se projevovalo jednak v tom, že doktrína se snažila formulovat odůvodnění, proč se ústavní soud do ústavního systému vlastně nehodí ale i v tom, že autoři, kteří o (ne)existenci ústavního soudu psali, byli perzekvováni. Veřejně se požadavky na ustavení ústavního soudu objevily až v listopadu 1989.

Z pohledu teorií o vzniku ústavních soudů lze každý z případů „objevení se" ústavního soudnictví vysvětlit jinak. V roce 1920 lze uvažovat v podstatě jen o evolucionistických teoriích. Podle dobových pramenů bylo smyslem ústavního soudnictví zajistit primát ústavy tím, že předpisy jí odporující budou rušeny. Tento motiv lze chápat jako snahu zabránit návratu „starých pořádků" a podřadit tak zřízení ústavního soudu této teorii. V roce 1968 souvisí zřízení ústavního soudu s federalizací státu. Dobové prameny výslovně odkazují na to, že ústavní soudy byly zřízeny v jiných zemích, které se nedávno federalizovaly (Rakousko a SFRJ) a jsou potřebné mimo jiné pro řešení kompetenčních sporů. Jde tak o kombinaci coordination theory a jednoho z případů diffusion theory (learning). V případ zřízení Ústavního soudu ČSFR lze mluvit opět o důvodech vyplývajících z federalizace státu, zjevně však hrály roli i důvody související s akulturací (ukázat se v mezinárodním měřítku jako fungující demokracie). Zařazení ústavního soudu do nově vytvářené Ústavy ČR bylo jistě z velké části ovlivněno fenoménem path dependence. V situaci, kdy ČSFR zřídila ústavní soud, aby garantoval dodržování LZPS, nebylo příliš pravděpodobné, že by ČR ústavní soudnictví nepřevzala.

Kromě potvrzení myšlenky o významu suverenity lidu pro vznik ústavního soudnictví je možné provedenou analýzu vývoje ústavního soudnictví na českém území využít i pro formulování dalších závěrů. Předně z historie vyplývá, že kompetence, které dnes vykonává Ústavní soud ČR, mohou být vykonávány nezávisle na sobě. Z vývoje ústavního soudnictví na našem území je zřejmé, že může existovat samotná „ústavní stížnost" (Říšský soud) i samotná abstraktní kontrola norem, do níž jednotlivec nemá žádný přístup (Ústavní soud 1920). Uspořádání kompetencí ústavních soudů tudíž není neměnné.

Významnou proměnnou, která ovlivňuje fungování ústavního soudu, je nastavení přístupu. Všechny ústavní soudy, které na našem území působily, fungovaly na soudním principu. Tedy jejich úkolem bylo vždy čekat, až někdo k tomu oprávněný přijde se svou

133 ŠIMÁČKOVÁ, Kateřina. Fiktivní nebo reálná ústava? Paradoxy ústavního vývoje socialistického Československa. In: BOBEK, Michal, Pavel MOLEK a Vojtěch ŠIMÍČEK (eds.). *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2009, s. 131.

věcí a požádá ústavní soud o rozhodnutí.[134] Za těchto okolností je klíčové, jak široký je okruh subjektů, které to mohou učinit, a jaké jsou jejich motivace.

Velmi dobře je to vidět na příkladu ústavního soudu meziválečného. Úzký okruh navrhovatelů, z nichž většina neměla žádný důvod zrušení zákona navrhovat,[135] vedl k tomu, že ústavní soud do ústavního vývoje Československa prakticky nijak nezasáhl. Naproti tomu současný ústavní soud díky širšímu okruhu navrhovatelů a díky zavedení institutu ústavní stížnosti hrál významnou roli v přechodu k demokratickému právnímu státu za podmínek formální kontinuity s předchozím vývojem. Jak zdůrazňuje Ludwikowski, právě široký přístup k ústavnímu soudu může významně přispět ke zlepšení fungování státních orgánů v podmínkách přechodu k demokracii.[136]

134 Za výjimku z tohoto pravidla může být označen Ústavní soud ČSSR, který mohl za určitých okolností zahájit řízení i bez návrhu. Tento soud však nebyl nikdy ustaven.

135 Jestliže je navrhovatelem parlament jako celek, je pro něj výhodnější odhlasovat zrušení právního předpisu „doma", než schválit návrh na předložení věci ústavnímu soudu. Podobně se může chovat též komora parlamentu, která může přehlasovat jinou komoru (jako například v českém kontextu Poslanecká sněmovna, jež v případě „obyčejných" zákonů může přehlasovat Senát). Pouze u komor parlamentu, jež nemohou prosadit svou vůli samy bez dalších aktérů, lze případně očekávat, že by se mohly obrátit na ústavní soud (za poznámku o „slabších" komorách parlamentu děkuji jednomu z anynomních recenzentů v ČPVP – pozn. autora).

136 Srov. LUDWIKOWSKI, Rett R. *Constitution-making in the region of former Soviet dominance*. Durham, N. C.: Duke University Press, 1996, s. 215.

Rámce a roviny krivých obvinení zo sexuálneho zneužívania detí*

Frames and Levels of False Allegations of Child Sexual Abuse

Slávka Karkošková**, Gabriela Mikulášková***

Abstrakt

Štúdia sa venuje otázke výskytu sexuálneho zneužívania detí (CSA) a problému latencie. Upozorňuje, že pri úsilí o identifikáciu prípadov CSA hrozí dvojaké riziko mylných záverov (mylne pozitívne a mylne negatívne závery). Zdôrazňuje, že nepodložené a nepravdivé obvinenia nie sú synonymom krivých obvinení a ponúka prierez teoretickým modelom ciest k nepravdivým obvineniam z CSA. Sumarizuje výsledky a limity zahraničných výskumov o výskyte krivých obvinení z CSA. Objasňuje prečo profesionálna skúsenosť ani systematické metódy posudzovania vierohodnosti výpovede nie sú spoľahlivými nástrojmi na odhalenie krivých obvinení z CSA. Pobáda k obozretnosti pred trúfalými tvrdeniami o výskyte krivých obvinení z CSA.

Kľúčové slová

Sexuálne zneužívanie detí (CSA); krivé obvinenia; nepravdivé obvinenia.

Abstract

The study addresses the question of child sexual abuse (CSA) prevalence and the issue of its latency. It highlights that an effort to identify CSA cases is exposed to a double risk of false conclusions (false positive and false negative conclusions). It stresses that unsubstantiated and untrue allegations are not synonymous to false allegations and it offers an overview of a theoretical model of pathways toward untrue allegations of CSA. The study summarizes the results and limits of foreign research on prevalence of false accusations of CSA. It clarifies why neither experts' experience nor systematic methods of victim statement credibility assessment are fully reliable tools for false CSA allegations detection. It encourages prudent attitude toward confident claims regarding the occurrence of false CSA allegations.

Keywords

Child sexual abuse (CSA); False allegations; Untrue allegations.

---

* Náčrt obsahu tejto štúdie bol prvotne stručne prezentovaný v sekcii 1 Ústavnoprávne, zákonné a kriminologické atribúty o obetiach trestných činov na konferencii *Bratislavské právnické fórum 2018 – Súdnictvo ako garant hodnôt demokratického a právneho štátu,* ktorá sa konala v termíne 22. a 23. februára 2018 na pôde Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave.

Táto práca bola podporovaná Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-16-0471 / This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under the contract No. APVV-16-0471.

** Doc. ThDr. Mgr. Slávka Karkošková, PhD., Justičná akadémia Slovenskej republiky; Vysoká škola zdravotníctva a sociálnej práce sv. Alžbety, n.o. / The Judicial Academy of the Slovak Republic; St. Elizabeth University of Health and Social Work / E-mail: slavka.karkoskova@gmail.com

*** Doc. PhDr. Gabriela Mikulášková, PhD., Justičná akadémia Slovenskej republiky; Inštitút psychológie, Filozofická fakulta Prešovskej univerzity v Prešove / The Judicial Academy of the Slovak Republic; Institute of Psychology, Faculty of Arts at the University of Presov / E-mail: gabriela.mikulaskova@unipo.sk

Úvod

Pri rôznych príležitostiach (ako sú vzdelávacie semináre či odborné a vedecké konferencie) sa prvá autorka tejto štúdie opakovane stretla s tým, že časť profesionálov predpokladá alebo konštatuje vysoký výskyt krivých obvinení z CSA na Slovensku, najmä v kontexte poručenských sporov. Zároveň sa v poslednom období čoraz častejšie objavujú mediálne výstupy pseudo-odborného alebo odborno-populárneho charakteru[1], ktoré takéto názory efektívne distribuujú, ponúkajúc rýchle a jasné odpovede na komplikovaný problém.

Ako členky výskumného tímu v projekte *Sexuálne zneužívanie detí a zverených osôb* (APVV-16-0471) sme sa na problematiku krivých obvinení z CSA rozhodli pozrieť dôkladnejšie. V predkladanej štúdii prinášame prehľad najaktuálnejších vedeckých poznatkov, ktoré osvetľujú v akých rámcoch a rovinách je predmetná problematika ponímaná.

Štúdia môže byť užitočná tak pre trestných sudcov ako aj pre sudcov, ktorí sa venujú poručenskej agende. Obe skupiny primárnych adresátov môže pobádať k reflexii nad tým, ako sa pri posudzovaní predmetných prípadov vysporadúvajú s dvoma kľúčovými princípmi – *princípom prezumpcie neviny* a *princípom prezumpcie statusu obete*[2]. Reflexia tohto

1 V tejto súvislosti je potrebné reflektovať riziká spojené s tzv. post-pravdivou dobou, v ktorej žijeme. Termín ***post-pravdivý*** (*post-truth*) je definovaný ako „*prívlastok týkajúci sa alebo označujúci okolnosti, v ktorých sú objektívne fakty menej dôležité pri formovaní verejnej mienky, než apel na emócie a osobné presvedčenia*“ (*Word of the Year 2016 is…* [online]. Oxford University Press, 2017 [cit. 4. 1. 2018]. Dostupné z: https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016). Žiaľ, tento fenomén prenikol aj do sveta vedy, preto orientácia v odborných a vedeckých výstupoch v súčasnosti kladie zvýšené nároky na kritické myslenie (RYDBERG, Jenny Ann. Research and clinical issues in trauma and dissociation: Ethical and logical fallacies, myths, misreports, and misrepresentations. *European Journal of Trauma & Dissociation*, 2017, roč. 1, č. 2, s. 89–99).

2 **Princíp prezumpcie statusu obete** (JELÍNEK, Jiří, Tomáš GŘIVNA et al. *Poškozený a oběť trestného činu z trestněprávního a kriminologického pohledu*. Praha: Leges, 2012, 256 s., s. 26. ISBN 978-80-87576-39-7; ZÁHORA, Jozef. *Zákon o obetiach trestných činov: Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, 416 s., s. 109–110. ISBN 978-80-8168-850-8) vyplýva pôvodne z dokumentu OSN z roku 1985 (*Deklarácia základných princípov spravodlivosti pre obete trestných činov a zneužitia právomoci / Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* [online]. A/RES/40/34 [cit. 2. 2. 2018]. Dostupné z: http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm) a je reflektovaný aj v *Smernici Európskeho parlamentu a rady 2012/29/ EÚ z 25. októbra 2012, ktorou sa stanovujú minimálne normy v oblasti práv, podpory a ochrany obetí trestných činov,* bod 19 preambuly, podľa ktorého „*osoba by sa mala považovať za obeť bez ohľadu na skutočnosť, či bol páchateľ identifikovaný, zaistený, stíhaný alebo odsúdený, a bez ohľadu na rodinný vzťah medzi nimi.*“ V slovenskej legislatíve je vymedzený nasledovne: „*Každá osoba, ktorá tvrdí, že je obeťou, sa považuje za obeť, kým sa nepreukáže opak, alebo ak nejde o zjavné zneužitie postavenia obete podľa tohto zákona, a to bez ohľadu na to, či bol páchateľ trestného činu zistený, trestne stíhaný alebo odsúdený*“ (Zákon č. 274/ 2017 Z.z. Zákon o obetiach trestných činov a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 3, ods. 1). „*Ak vznikne pochybnosť o statuse obete, je potrebné sa prikloniť k záveru, že táto osoba je obeťou trestného činu. K preukázaniu „opaku“ môže dôjsť v priebehu trestného konania, keď je celkom zrejmé, že sa nestal trestný čin, resp. skutok nie je trestným činom.* (…) *Na druhej strane, samotné prehlásenie osoby, že sa necíti byť obeťou trestného činu, nemôže bez ďalšieho viesť k ignorovaniu statusu obete zo strany príslušných subjektov.* (…) *Odopretie statusu obete v dôsledku nesprávneho posúdenia môže mať za následok možnosť uplatnenia zodpovednosti štátu za nesprávny úradný postup podľa zákona č. 514/2003 Z.z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci*“ (ZÁHORA, op. cit., s. 109–110).

druhu môže byť rovnako užitočná aj pre prokurátorov, policajných vyšetrovateľov, súdnych znalcov, sociálnych pracovníkov zaoberajúcich sa sociálno-právnou ochranou detí, advokátov, či iných profesionálov, ktorí sa s prípadmi podozrení z CSA stretávajú a zaujímajú k nim postoje.

1 Možnosti a limity identifikácie CSA

1.1 Prevalencia CSA

Sexuálne zneužívanie detí (ďalej len CSA, z angl. *child sexual abuse*) patrí medzi najzávažnejšie sociálno-patologické javy, s potenciálom celého spektra dlhodobých negatívnych následkov na kvalitu života obetí. Stanovenie presného odhadu výskytu (prevalencie) CSA je veľmi náročné pretože relevantné výskumy (retrospektívneho charakteru) majú značné metodologické odlišnosti.[3] Hlavné odlišnosti sa týkajú predovšetkým samotnej **definície CSA**, ktorá sa v jednotlivých výskumoch môže líšiť v niekoľkých aspektoch:

a) horná veková **hranica detstva** (v rôznych štúdiách sa pohybuje od 15 do 18 rokov),
b) či je alebo nie je stanovený minimálny **vekový rozdiel** medzi obeťou a páchateľom (niektoré štúdie nestanovujú žiadne obmedzenie, iné za páchateľa považujú iba osobu od obete staršiu minimálne o 3–5 rokov, a ďalšie štúdie reflektujú CSA iba ak páchateľ bol dospelý),
c) **úroveň kontaktu**, ktorá kvalifikuje incident ako CSA (niektoré štúdie berú do úvahy iba penetratívne formy CSA, iné zohľadňujú aj široké spektrum dotykových a bezdotykových foriem CSA, čo sa premieta aj v počte a špecifickosti otázok, ktorými sa výskumníci pýtajú respondentov na CSA).

Okrem toho sú odlišné údaje o prevalencii CSA podmienené aj metodológiou **výberu vzorky respondentov** (napr. náhodný výber zo všeobecnej populácie verzus klinická populácia), **vekom respondentov** (pubescenti, adolescenti, dospelí) a **dizajnom výskumu** (najmä pokiaľ ide o mieru súkromia, ktorá je respondentom pri dopytovaní poskytnutá).

Vzhľadom na uvedené metodologické odlišnosti výskumov nie je prekvapujúce, že vedecká literatúra ponúka veľmi **odlišné údaje o prevalencii CSA**. Podľa jednej z najnovších *metaanalýz*[4] sa globálny výskyt CSA pohybuje v rozmedzí od 8 do 31 % u žien a od 3 do 17 % u mužov.[5] Výsledky vybraných štúdií pochádzajúcich z 11 krajín Európy ukazujú, že penetratívne formy CSA zažilo 2,9–10,5 % dievčat a 0,6–5,5 %

3 KARKOSKOVA, Slavka a Ivan ROPOVIK. *The prevalence of child sexual abuse among Slovak late adolescents.* [online]. 2018, s. 3–4 [cit. 25. 3. 2018]. DOI: 10.17605/OSF.IO/D8BG6. Dostupné z: http://osf.io/preprints/socarxiv/d8bg6

4 *Metaanalýza* je vedecká metóda, ktorá spočíva v sumarizácii a syntéze výsledkov rozličných štúdií zaoberajúcich sa rovnakou problematikou. Má omnoho vyšší stupeň vierohodnosti než jednotlivé štúdie.

5 BARTH, Jürgen, Lilian BERMETZ, Eva HEIM, Sven TRELLE a Thomy TONIA. The current prevalence of child sexual abuse worldwide: a systematic review and meta-analysis. *International Journal of Public Health*, 2013, roč. 58, č. 3, s. 469–483.

chlapcov; zatiaľ čo pri použití širšej definície kontaktných foriem CSA sa ich výskyt pohyboval v rozpätí 10–39,8 % u dievčat a 6–16,2 % u chlapcov.[6] Podľa najnovšieho Slovenského výskumu do dovŕšenia 18-roku veku sa penetratívne formy CSA vyskytli u 5,6 % dievčat a 1,3 % chlapcov, dotykové formy CSA zažilo až 30,2 % dievčat a 11,6 % chlapcov a skúsenosť s nedotykovými formami CSA[7] priznalo 40,6 % dievčat a 17,7 % chlapcov. Viac ako polovica „incidentov" CSA sa odohrala v postpubescentnom období.[8]

Hoci sa možno stretnúť s tvrdeniami, že prevalencia CSA sa preháňa kvôli zbytočne širokým definíciám CSA, treba zdôrazniť, že *longitudinálne*[9] výskumy týkajúce sa zdravotných dôsledkov odôvodňujú používanie širokých definícii CSA. Vysoká prevalencia zdanlivo menej závažných foriem CSA by sa nemala trivializovať. Aj nedotykové formy CSA totiž môžu mať negatívne následky na zdravie obetí[10], najmä ak k nim dochádza opakovane[11].

1.2 Miera latencie a riziko mylných záverov pri identifikácii CSA

Skutočnosť, že o prevalencii CSA nemá verejnosť dostatočné povedomie, je pravdepodobne podmienená vysokou **latenciou**, ktorá je pre CSA príznačná. Podľa výskumov sa približne iba tretina obetí CSA v priebehu detstva so svojou skúsenosťou vôbec niekomu zdôverí (pričom tie, ktoré sa zdôveria tak zvyčajne činia s istým časovým oneskorením) a nejakej autorite, resp. orgánom činným v trestnom konaní je oznámených menej než 10 % prípadov CSA.[12] Súčasťou problematiky latencie je napokon i to, že závery plynúce z prešetrovania prípadov podozrení z CSA môžu a nemusia byť správne. Možnosti

6 LALOR, Kevin a Rosaleen McELVANEY. Overview of the nature and extent of child sexual abuse in Europe. In: *Protecting children from sexual violence A comprehensive approach*. Strasbourg: Council of Europe, 2011, s. 13–43. ISBN 978-92-871-7114-6.

7 Súbor otázok zameraných na *nekontaktné formy CSA* zahŕňal: 1) nútenie pozerať sa na genitálie inej osoby, 2) nútenie vyzliecť sa a ukazovať svoje genitálie inej osobe, 3) nútenie pozerať sa na masturbujúcu osobu, 4) nútenie pozerať porno, 5) nútenie k foteniu nahého tela, 6) nedobrovoľné šírenie intímnych záberov tela iným ľuďom alebo ich zverejnenie na internete, 7) sexuálne obťažovanie verbálne tvárou v tvár alebo cez email či SMS, 8) sexuálne obťažovanie cez internet. Internet pritom zodpovedal za cca 23–29 % of nekontaktných foriem CSA.

8 KARKOSKOVA a ROPOVIK, op. cit., s. 2.

9 Pri *longitudinálnom* výskume sa tá istá skupina subjektov skúma opakovane, obyčajne v priebehu dlhšieho obdobia (niekoľko mesiacov, rokov aj desaťročí).

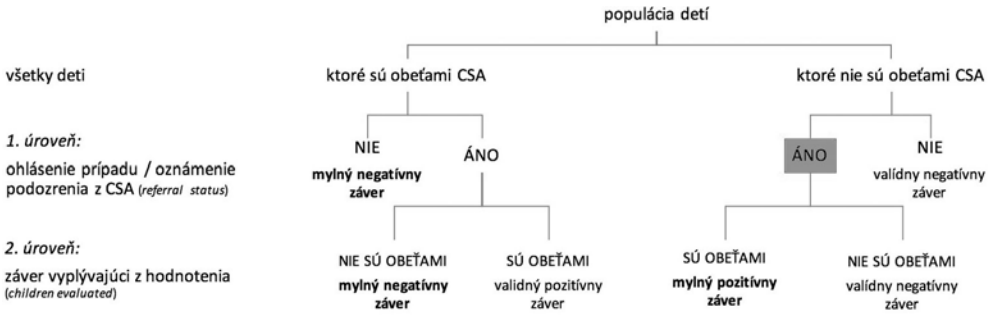
10 LANDOLT, Markus A., Ulrich SCHNYDER, Thomas MAIER a Meichun MOHLER-KUO. The Harm of Contact and Non-Contact Sexual Abuse: Health-Related Quality of Life and Mental Health in a Population Sample of Swiss Adolescents. *Psychotherapy and Psychosomatics,* 2016, roč. 85, č. 5, s. 320–322. DOI: 10.1159/000446810; PAOLUCCI, Elizabeth Oddone, Mark L. GENUIS a Claudio VIOLATO. A Meta-Analysis of the Published Research on the Effects of Child Sexual Abuse. *The Journal of Psychology,* 2001, roč. 135, č. 1, s. 17–36. DOI: 10.1080/00223980109603677

11 PÉREZ-FUENTES, Gabriela, Mark OLFSON, Laura VILLEGAS, Carmen MORCILLO, Shuai WANG a Carlos BLANCO. Prevalence and Correlates of Child Sexual Abuse: A National Study. *Comprehensive Psychiatry*, 2013, roč. 54, č. 1, s. 16–27. DOI: 10.1016/j.comppsych.2012.05.010

12 PIPE, Margaret-Ellen, Michael E. LAMB, Yael ORBACH a Ann-Christin CEDERBORG. *Child Sexual Abuse: Disclosure, Delay and Denial.* New York: Routledge, Psychology Press, Taylor & Francis Group, 2007, 328 s. ISBN 978-0805863178.

a limity identifikácie prípadov CSA sú načrtnuté v schéme č. 1. Prvá úroveň identifikácie CSA obsahuje *potenciál* krivých obvinení (v schéme zvýraznené šedým rámčekom).

Schéma 1: Možnosti a limity identifikácie obetí CSA[13]



Berúc do úvahy skutočnosť, že spomedzi prípadov podozrení z CSA, ktoré sa dostanú do pozornosti kompetentných orgánov,[14] môže byť časť prípadov reálna a časť taká, kde sa podozrenia nezakladajú na skutočnosti, uvedená schéma zachytáva štyri možné závery pri identifikovaní prípadov CSA, pričom dva závery sú správne a dva nesprávne:[15]

1. mylný negatívny záver (*false negative*): záver, že dieťa nebolo zneužívané pričom ale ono obeťou je,
2. validný pozitívny záver (*valid positive*): záver, že dieťa bolo zneužívané pričom ono naozaj zneužívané bolo,
3. mylný pozitívny záver (*false positive*): záver, že dieťa bolo zneužívané hoci v skutočnosti ono obeťou nie je,
4. validný negatívny záver (*valid negative*): záver, že dieťa nebolo zneužívané pričom ono vskutku nie je obeťou.

---

13 Upravené podľa: BRIDGES, Ana J., David FAUST a David C. AHERN. Methods for the Identification of Sexually Abused Children: Reframing the Clinician's Task and Recognizing Its Disparity with Research on Indicators. In: KUEHNLE Kathryn a Mary CONNELL (eds.). *The evaluation of child sexual abuse allegations: a comprehensive guide to assessment and testimony.* New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2009, s. 21–47. ISBN 978-0470288603.

14 Vôbec prvá štúdia, ktorá sa pokúšala zistiť **výskyt nepravdivých podozrení z CSA**, je štúdia fínskych vedcov. Analyzovali dva súbory dát: 1) dáta z reprezentatívnej štúdie na deťoch vo veku 12–15 rokov a 2) dáta z reprezentatívnej štúdie na dospelých s priemerným vekom 34 rokov. Mylné podozrenia z CSA (teda, že sa o nich niekto mylne domnieval, že sú obeťami CSA) uviedlo 1,5 % detských respondentov a 1,9 % dospelých. Spomedzi mylných podozrení 14,5 % (v prvej vzorke) a 9,1 % (v druhej vzorke) bolo oznámených autoritám (orgánom sociálnoprávnej ochrany detí alebo polícii). (KORKMAN, Julia, Jan ANTFOLK, Monica FAGERLUND a Pekka SANTTILA. The prevalence of unfounded suspicions of child sexual abuse in Finland. *Nordic Psychology*, 2018. DOI: 10.1080/19012276.2018.1470554).

15 Existuje aj ďalší variant a síce, že v niektorých prípadoch vzhľadom na nedostatok dôkazového materiálu, žiaden **záver nie je možný** (*no judgment possible*). Tento variant často implikuje uzavretie prípadu, a potenciálne necháva mnoho zraniteľných detí bez ochrany pred neidentifikovanými páchateľmi (MELKMAN, Eran P., Irit HERSHKOWITZ a Ronit ZUR. Credibility assessment in child sexual abuse investigations: A descriptive analysis. *Child Abuse & Neglect,* 2017, roč. 67, č. 5, s. 76–85).

Ktorýkoľvek chybný záver je vysoko nežiadúci, pretože v stávke je príliš veľa – tak vo vzťahu k obetiam ako i páchateľom. **Mylne pozitívne závery** ohľadne CSA môžu viesť k trestnému stíhaniu nevinných osôb; k ich sociálnej stigmatizácii (prejavy nedôvery a morálneho odsúdenia zo strany sociálneho okolia); k narušeniu rodinných a iných blízkych vzťahov; k strate zamestnania; k finančným stratám; a/alebo k iným negatívnym následkom na kvalitu života dotknutej osoby a jej blízkych.[16] Popri negatívnych následkoch dopadajúcich na údajných páchateľov CSA, môžu mylne pozitívne závery ohľadne CSA viesť aj k narušeniu psychosociálneho vývoja údajných obetí a k ďalším negatívnym následkom na strane zainteresovaných inštitúcií (orgány činné v trestnom konaní, orgány sociálnoprávnej ochrany, súdni znalci, atď.)[17] Na druhej strane **mylne negatívne závery** môžu narúšať alebo blokovať prístup obetí k primeranej starostlivosti a ochrane; môžu aktuálne a potenciálne obete páchateľa vystaviť riziku ďalšieho zneužívania v budúcnosti; môžu prispieť k rozvoju celého spektra dlhodobých negatívnych následkov na život obetí CSA (vrátane narušenia sociálnych vzťahov a sociálnej stigmatizácie); nevymožiteľnosť práva môže byť sama o sebe zdrojom psychického utrpenia, atď.[18]

Z právneho hľadiska možno hovoriť o štyroch možných výsledkoch právneho posúdenia predmetných prípadov (ktoré sú načrtnuté v schéme č. 2). V rámci nich existuje riziko **dvojakého typu justičného omylu,** definovaného ako nedosiahnutie požadovaného konečného produktu spravodlivosti.[19] Pri jednom type justičného omylu nevinná osoba môže byť neoprávnené zadržaná, zatknutá, obžalovaná, odsúdená, podrobená trestnej sankcii, zatiaľ čo pri druhom type justičného omylu u vinnej osoby nedôjde k zatknutiu, náležitému vyšetrovaniu, vzneseniu obžaloby alebo je vinná osoba oslobodená spod obžaloby čím dochádza k nesmiernym krivdám vo vzťahu k skutočným obetiam.[20]

---

16 BRADLEY, April R., John-Paul LEGERSKI, Katie THOMAS a Kristin E. MATSON. Truth, Lies, and Recantation. In: O'DONOHUE, William T. a Matthew FANETTI (eds.). *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse: A Guide to Evidence-Based Practice.* Cham, Switzerland: Springer International Publishing, 2016, s. 293–305. ISBN 978-3-319-21097-1; MELKMAN et al., op. cit., s. 76–85.

17 ČÍRTKOVÁ, Ludmila. Když se zneužívá sexuální zneužívání. *Právo a rodina*, 2017, roč. 19, č. 1, s. 1–8.

18 BOLEN, Rebecca Morris. *Child Sexual Abuse: Its Scope and Our Failure*. New York: Kluwer Academic Publishers, 2001, 306 s., s. 229. ISBN 0-306-46576-0; STALLER, Karen M. a Frank E. VANDERVORT. Child sexual abuse: legal burdens and scientific methods. In: STALLER, Karen M. a Kathleen COULBORN FALLER (eds.). *Seeking Justice in Child Sexual Abuse: Shifting Burdens and Sharing Responsibilities*. New York: Columbia University Press, 2010, s. 1–32. ISBN 978-0231146142; BRADLEY et al., op. cit, s. 293–305; MELKMAN et al., op. cit., s. 76–85.

19 KASINEC, Rudolf. Alternatívne tresty ako brzda justičných omylov. In: STRÉMY, Tomáš (ed.). *Restoratívna justícia a systém alternatívnych trestov. Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie*. Praha: Leges, 2017, s. 320–329. ISBN 978-80-7502-224-0.

20 TURVEY, Brent E. a Craig M. COOLEY. *Miscarriages of Justice: Actual Innocence, Forensic Evidence, and the Law*. Oxford: Academic Press, 2014, 416 s., s. 6. ISBN 9780124115583; KASINEC, op. cit., s. 325; STALLER a VANDERVORT, op. cit., s. 1–32.

Schéma 2: Právne posúdenie osoby podozrivej zo spáchania CSA[21]

		Faktický stav	
		Vinný	Nevinný
Právny stav	Vinný	Správny výsledok: uznaný vinným	**Nesprávny výsledok:** falošné priznanie alebo chybné usvedčenie (*wrongful conviction*)
	Nevinný	**Nesprávny výsledok:** neoprávnené prepustenie (*wrongful release*)	Správny výsledok: uznaný nevinným

Riziko mylného trestnoprávneho výsledku (*legal outcome*) je v mnohých prípadoch CSA podmienené nedostatkom dôkazov, ktorými by sa bez rozumných a dôvodných pochybností (*beyond reasonable doubt*) preukázalo, že skutok sa stal, že je trestným činom a že ho spáchala konkrétna osoba.[22] Okrem toho, na spôsob a výsledok vyšetrovania prípadov podozrení z CSA môže mať vplyv rozličná úroveň vedomostnej výbavy zainteresovaných profesionálov, ich psychologické odlišnosti a také osobnostné premenné, ako sú presvedčenia o frekvencii výskytu krivých obvinení alebo dokonca sexizmus.[23] Pri identifikácii CSA môže dôjsť k zlyhaniam aj kvôli tomu, ako je CSA definované v trestnom hmotnom práve a ako sú procesne regulované postupy pri vyšetrovaní (napr. aký profesionál je oprávnený viesť výsluch; či prípady posudzuje jednotlivec alebo multidisciplinárny tím).[24]

Kým bude v trestnom konaní prítomný ľudský faktor, nedokážeme možnosť vzniku omylu celkom vylúčiť.[25] Minimalizácia výskytu mylných pozitívnych záverov (*false positives*) a mylných negatívnych záverov CSA (*false negatives*) je predmetom multidisciplinárneho vedeckého záujmu. Zatiaľ však veda vie málo o tom, z čoho pozostávajú najlepšie postupy, ktoré by zabránili týmto chybám.[26] V literatúre sa objavujú iba prvotné pokusy o teoretické rozpracovanie faktorov, ktoré treba preskúmať, aby sme lepšie porozumeli (potenciálne nepravdivým) obvineniam z CSA.[27] (Prierez teoretickým konceptom potenciálne nepravdivých obvinení z CSA ponúka kap. 2.2 tejto štúdie).

---

21 STALLER a VANDERVORT, op. cit., s. 1–32.

22 Uvedené súvisí so zásadou *„in dubio pro reo"* (v pochybnostiach v prospech obvineného). V neistých prípadoch *právny systém preferuje*, aby radšej vinný odišiel slobodný než by mal byť nevinný pozbavený slobody (STALLER a VANDERVORT, op. cit., s. 2).

23 O'DONOHUE, William T., Olga CIRLUGEA, Natalie BENNETT a Lorraine T. BENUTO. Psychological and Investigative Pathways to Untrue Allegations of Child Sexual Abuse. In: O'DONOHUE, William T. a Matthew FANETTI (eds.). *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse: A Guide to Evidence-Based Practice*. Cham, Switzerland: Springer International Publishing, 2016, s. 257–273. ISBN 978-3-319-21097-1.

24 Ibid, s. 257.

25 KASINEC, op. cit., s. 320.

26 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 258.

27 Ibid, s. 258.

2 Krivé obvinenia ako predmet záujmu práva a multidisciplinárneho výskumu

2.1 Nepodložené a nepravdivé obvinenia nie sú synonymom krivých obvinení

V právnom zmysle[28] je **krivé obvinenie** vymedzené ako lživé obvinenie iného z trestného činu v úmysle privodiť jeho trestné stíhanie. Vo výklade tohto paragrafu trestného zákona sa uvádza, že „*lživé obvinenie je vedomé nepravdivé oznámenie skutkových okolností, najmä kedy, ako a kde mal byť trestný čin spáchaný a kto je jeho páchateľom. Objektívna stránka tohto trestného činu spočíva v nepravdivom obvinení konkrétnej nevinnej osoby* (…) *zo spáchania určitého trestného činu. Spravidla bude také obvinenie vo forme trestného oznámenia smerovaného orgánu činnému v trestnom konaní* (…). *Pre vyvodenie trestnej zodpovednosti páchateľa sa pri subjektívnej stránke vyžaduje úmyselné zavinenie. Z hľadiska subjektívnej stránky musí páchateľ chcieť alebo si byť aspoň vedomý toho, že iného lživo obviňuje z trestného činu, a byť s tým uzrozumený a súčasne chcieť alebo byť aspoň uzrozumený s tým, že v dôsledku jeho obvinenia bude táto osoba trestne stíhaná*“[29].

Z relevantnej judikatúry (napr. R 44/1965) vyplýva, že ak niekto iného lživo obvinil z konania, ktoré nezakladá zákonné znaky niektorého trestného činu, nespácha trestný čin krivého obvinenia; rovnako aj **vyslovenie iba podozrenia**, že niekto spáchal trestný čin, **nemožno považovať za** vedome lživé, a teda **krivé obvinenie.** Z judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva (ESĽP) vyplýva, že **upozornenie** na zneužívanie dieťaťa, ktoré bolo **bona fide**, by nemalo byť kvalifikované ako trestný čin. V tomto ohľade pokiaľ ide o protichodné záujmy, ktoré boli v hre, ESĽP zdôraznil význam, aký má predchádzanie zneužívaniu dieťaťa (rozsudok ESĽP z 2. decembra 2008, *Juppala proti Fínsku*).[30]

---

28 Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon, § 345.

29 BURDA, Eduard, Jozef ČENTÉŠ, Juraj KOLESÁR, Jozef ZÁHORA, J. et al. *Trestný zákon. Osobitná časť. Komentár. II. diel.* 1. vyd. Praha: C. H. Beck. 2011, 1616 s. ISBN 9788074003943.

30 Z článku 19 Dohovoru o právach dieťaťa vyplývajú zmluvným štátom **pozitívne záväzky** prijať všetky potrebné zákonodarné, správne, sociálne a výchovné opatrenia na ochranu detí pred akýmkoľvek násilím, vrátane sexuálneho zneužívania. „*Tieto ochranné opatrenia zahŕňajú podľa potreby účinné postupy na vytvorenie sociálnych programov zameraných na poskytnutie nevyhnutnej podpory dieťaťu a tým, ktorým sa zverilo, ako aj iné formy prevencie. Na účely zistenia, oznámenia, postúpenia, vyšetrovania, liečenia a následné sledovanie uvedených prípadov zlého zaobchádzania s deťmi zahŕňajú takisto podľa potreby postupy pre zásahy súdnych orgánov*“ (*Dohovor o právach dieťaťa*. Prijatý Valným zhromaždením OSN v New Yorku, 20 novembra 1989). Česká a Slovenská Federatívna Republiku Dohovor ratifikovala 7. januára 1991, platnosť nadobudol dňom 6. februára 1991. – Podobné *pozitívne záväzky* vyvodil ESĽP vo svojej judikatúre z článku 3 (zákaz ponižujúceho zaobchádzania) a 8 (právo na súkromie) Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd. Česká a Slovenská Federatívna republika tento Dohovor ratifikovala 18. marca 1992, platnosť nadobudol v ten istý deň. Štát je podľa ESĽP povinný zabezpečiť *inter alia* ochranu dieťaťa pred zneužitím. K porušeniu Dohovoru preto dochádza ak sociálni pracovníci alebo štátne orgány vedeli alebo mali vedieť o tom, že obeť bola vo vážnom ohrození a neurobili potrebné kroky, aby predišli porušeniu práv (pozri napríklad rozsudok z 23. septembra 1998, *A. proti Spojenému Kráľovstvu*). V rozsudku z 26. novembra 2002, *E. a ďalší proti Spojenému Kráľovstvu,* ESĽP vytvoril štandard pre porušenie práv dieťaťa z dôvodu zlyhania zabrániť sexuálnemu zneužitiu, ktorý sa aplikuje na sociálnych pracovníkov.

V tejto súvislosti treba podotknúť, že Slovenská republika ratifikovala tzv. *Lanzarotský dohovor*[31], ktorý zaväzuje zmluvné strany k prijatiu takých legislatívnych a iných opatrení, ktoré by povzbudili každú osobu majúcu vedomosť alebo podozrenie, v dobrej viere, o sexuálnom vykorisťovaní alebo sexuálnom zneužívaní detí, aby oznámila tieto skutočnosti príslušným úradom.[32] V rovnakom zmysle sa o oznamovaní poznatkov alebo dôvodných podozrení zo spáchania trestných činov súvisiacich so sexuálnym zneužívaním vyjadruje v článku 16 aj *Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/93/EÚ*.[33]

Ak sa niekto hodnoverným spôsobom dozvie, že iný pripravuje, pácha alebo spáchal zločin, za ktorý trestný zákon ustanovuje trest odňatia slobody s hornou hranicou najmenej desať rokov, a nesplní si **oznamovaciu povinnosť**, takéto počínanie môže byť samo o sebe trestné.[34] Nie je podstatné, akým hodnoverným spôsobom sa niekto o trestnom čine dozvie, teda či vlastným poznatkom alebo z oznámenia obete či inej osoby.[35, 36] Je v kompetencii orgánov činných v trestnom konaní, aby podozrenie preverili. Oznamovateľ nezodpovedá za to, ak sa aj neskôr pôvodné podozrenie nepreukáže.

Podľa ESĽP k porušeniu pozitívnych povinností dochádza už vtedy, ak daný pracovník neuskutočnil dostupné primerané opatrenia, ktoré skutočne mohli zmeniť alebo zmierniť spáchanú škodu. V rozsudku z 15. septembra 2009, *E. S. a ďalší proti Slovenskej republike,* ESĽP rozšíril túto zodpovednosť nielen na nečinnosť individuálnych sociálnych pracovníkov, ale aj na procesy v rámci systému, ktoré viedli k neúčinnej ochrane. – Bližšie k predmetnej problematike pozri: PIROŠÍKOVÁ, Marica. Najzraniteľnejší poškodení z hľadiska judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva. *Zo súdnej praxe,* 2015, č. 6, s. 247–253; ÚRAD KOMISÁRA PRE DETI. *Problém: „Syndróm zavrhnutého rodiča"* [online]. 2017 [cit. 21. 3. 2018]. Dostupné z: https://komisarpredeti.sk/problem-syndrom-zavrhnuteho-rodica/

31 *Dohovor Rady Európy o ochrane detí pred sexuálnym vykorisťovaním a sexuálnym zneužívaním*. Lanzarote 25. 10. 2007 (Dňa 1. marca 2016 bola u generálneho tajomníka Rady Európy uložená ratifikačná listina k tzv. *Lanzarotskému dohovoru*. Slovenská republika sa tak v poradí ako 40. členská krajina Rady Európy prihlásila k hodnotám a záväzkom dokumentu posilňujúceho ochranu detí pred týmito formami násilia. Dohovor pre Slovenskú republiku nadobudol účinnosť 1. júla 2016).

32 Ibid, článok 12.

33 Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/93/EÚ z 13. decembra 2011 o boji proti sexuálnemu zneužívaniu a sexuálnemu vykorisťovaniu detí a proti detskej pornografii, ktorou sa nahrádza rámcové rozhodnutie Rady 2004/68/SVV.

34 Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon, § 340 a 341.

35 MITLÖHNER, Miroslav. Právní aspekty zneužívání dětí. In: *Komerční sexuální zneužívání dětí: Násilí na dětech*. Praha: Humanitas-Profes, o. p. s., 2001, s. 22.

36 Pokiaľ ide o poskytovateľov zdravotnej starostlivosti, títo sú povinní oznamovať prípady podozrení: (a) podložené prítomnosťou špecifických príznakov, (b) podložené prítomnosťou nejednoznačných špecifických príznakov a anamnestických údajov podporených prítomnosťou nešpecifických príznakov alebo (c) ak skutok oznámi dieťa samé alebo iná osoba v súvislosti s poskytovaním zdravotnej starostlivosti dieťaťu (Odborné usmernenie Ministerstva zdravotníctva Slovenskej republiky o postupe poskytovateľov zdravotnej starostlivosti pri oznamovaní prípadov podozrenia zo sexuálneho zneužívania osôb do osemnásť rokov. *Vestník MZ SR*, 2010, Čiastka 4–6).

V tejto súvislosti treba dodať, že nepodložené (*unsubstantiated*) prípady nie sú ekvivalentom úmyselných krivých obvinení.[37] Prípady môžu byť **nepodložené z dvoch odlišných dôvodov:**

a) *skutok sa síce stal, ale niet o ňom dostatok dôkazov alebo sú dôkazy nesprávne interpretované*[38]*:* „CSA je totiž veľmi privátny, dobre utajovaný zločin, zvyčajne zahŕňajúci iba páchateľa a obeť, bez akýchkoľvek svedkov. Verbálne odhalenie, učinené zo strany dieťaťa alebo dospelého, je typicky primárnym a často aj jediným dôkazom, že k zneužívaniu došlo; potvrdzujúce dôkazy, ktoré by indikovali, či dieťa bolo vskutku zneužívané, sú skôr výnimkou než normou“[39].[40] Jediným kritériom, ktoré môže s istotou zaručiť, že k žiadnemu CSA nedošlo, je absencia príležitosti – teda, že páchateľ nemal prístup k obeti, alebo že obeť nebola vystavená kontaktu s páchateľom.[41]

b) *skutok sa nestal, a teda ide o nepravdivé obvinenie (untrue allegation*): Avšak aj keď sa oznámenie podozrenia z CSA nezakladá na skutočnosti, nemožno ho automaticky považovať za zlovoľné, krivé obvinenie. Situácie, kedy sa kvôli podozreniu z CSA do pozornosti úradov dostanú deti, ktoré reálne nie sú obeťami CSA, môžu vzniknúť z rôznych dôvodov, pričom vedomé klamstvo je len jedným z nich (a nie je nutne spojené s úmyslom privodiť inej osobe trestné stíhanie).

---

37 FALLER, Kathleen Coulborn. *Interviewing Children about Sexual Abuse: Controversies and Best Practice*. New York: Oxford University Press, 2007b, 328 s., s. 193. ISBN 978-0195311778; BOLEN, op. cit., s. 229; BLACK, Fiona A., Robert D. SCHWEITZER a Frank T. VARGHESE. Allegations of child sexual abuse in family court cases: A qualitative analysis of psychiatric evidence. *Psychiatry, Psychology and Law*, 2012, roč. 19, č. 4, s. 482–496. DOI: 10.1080/13218719.2011.613905; WEISER, Dana A. Confronting Myths about Sexual Assault: A Feminist Analysis of the False Report Literature. *Family Relations,* 2017, roč. 66, č. 1, s. 46–60. DOI: 10.1111/fare.12235

38 HUSSEY, Jon M., Jane Marie MARSHALL, Diana J. ENGLISH, Elizabeth Dawes KNIGHT, Anna S. LAU, Howard DUBOWITZ a Jonathan B. KOTCH. Defining maltreatment according to substantiation: Distinction without a difference? *Child Abuse & Neglect*, 2005, roč. 29, č. 5, s. 479–492; GOODMAN-DELAHUNTY, Jane, Natalie MARTSCHUK a Annie COSSINS. Programmatic Pretest-posttest Research to Reduce Jury Bias in Child Sexual Abuse Cases. *Oñati Socio-legal Series*, 2016, roč. 6, č. 2, s. 283–314; LYON, Thomas D., Stacia N. STOLZENBERG a Kelly McWILLIAMS. Wrongful acquittals of Child Sexual Abuse. *Journal of Interpersonal Violence*, 2017, roč. 32, č. 6, s. 805–825; STALLER a VANDERVORT, op. cit., s. 1–32.

39 PIPE et al., op. cit., s. 5.

40 Napr. medicínske dôkazy o CSA je nájdu približne len v 4 % vyšetrovaných prípadov (BERENSON, Abbey B., Mariam R. CHACKO a Constance M. WIEMANN. A case-control study of anatomic changes resulting from sexual abuse. *American Journal of Obstetrics and Gynecology,* 2000, roč. 182, č. 4, s. 820–834. DOI: 10.1016/S0002-9378(00)70331-0; HEGER, Astrid, Lynne TICSON, Oralia VELASQUEZ a Raphael BERNIER. Children referred for possible sexual abuse: Medical findings in 2384 children. *Child Abuse & Neglect,* 2002, roč. 26, č. 6–7, s. 645–659) a to jednak kvôli faktoru času (CSA nebýva oznamované okamžite a teda fyzické dôkazy sa stihnú zahojiť) a rôznorodosti foriem CSA (z ktorých mnohé nemusia zanechávať žiadne fyzické stopy). Navyše, aj keď sú fyzické dôkazy prítomné, stále ešte môžu zostávať nezodpovedané otázky typu, kto je páchateľ, kde a koľko krát sa CSA stalo, atď.

41 FALLER, 2007b, op. cit., s. 195–196.

2.2 Teoretický model ciest k nepravdivým obvineniam z CSA

Autori O'Donohue et al.[42] teoreticky rozpracovali šesť psychologických a investigatívnych ciest potenciálne vedúcich k nepravdivým obvineniam (*untrue allegation*) z CSA: nesprávna interpretácia nesexuálnych udalostí alebo konfabulácia; problematický výsluch; patológia dieťaťa; patológia dospelého; sugestívne kontakty a klamstvo dieťaťa. Každá z týchto hypotéz by pri konkrétnych obvineniach z CSA mala byť preskúmaná.[43]

2.2.1 Nesprávna interpretácia nesexuálnych udalostí alebo konfabulácia

Tvrdenia o sexuálnom zneužívaní môžu deti produkovať, ak zažili udalosti, ktoré mohli byť mylne pochopené ako sexuálne zneužívajúce. To ako deti kategorizujú svoju skúsenosť[44] závisí od celého radu faktorov, ale ich kognitívny vývin môže obmedziť alebo skresliť ich úsudok. Dieťa mohlo mať napr. nočnú moru o zneužívaní a môže sa domnievať, že sa to stalo naozaj. Inou situáciou, ktorá môže viesť k dezinterpretácii neškodenej udalosti ako zneužívajúcej, je napr. situácia umývania dieťaťa zo strany dospelého, ktorá je u malých detí primeraná a zvyčajne nemá zneužívajúci charakter. Ale za určitých okolností môže vzniknúť podozrenie z CSA – napr. ak dieťa uvádza nezvyčajné okolnosti umývania (trebárs že dospelý, ktorý dieťa kúpal príliš veľa času strávil umývaním genitálií). Deti taktiež hrávajú medzi sebou hry, zahŕňajúca dotyky alebo iné prvky, ktoré môžu ale nemusia indikovať CSA.[45]

---

42 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 257–273.

43 Burnett uvádza aj ďalší možný dôvod krivých obvinení, vzťahujúci sa na situácie, kedy sú suspektné obete už dospelé. Tvrdí, že tým dôvodom môže byť *terapeutická a kultúrna klíma*, ktorá presviedča ľudí, že príčiny ich problémov v dospelosti tkvejú v potlačených zážitkoch zneužívania z detstva a ktorá ich povzbudzuje, aby minulosť uzavreli tým, že údajných páchateľov udajú. Okrem toho tvrdí, že tak pre terapeutov ako aj pre právnikov je výhodné, ak sa verí tomu, že CSA spôsobuje obetiam posttraumatickú stresovú poruchu a celoživotné následky. – Tvrdenia citovaného autora sú viac než kontroverzné a v našich podmienkach sotva platné. Odborná literatúra zaoberajúca sa následkami CSA totiž rozoznáva, že následky sú rôznorodé a venuje sa aj fenoménu resiliencie (odolnosti) a posttraumatického rastu. Okrem toho terapeuti, ktorí sa venujú obetiam CSA, nezvyknú odporúčať dospelým obetiam právne riešenia sexuálneho zneužívania z dávnej minulosti, z dôvodu vysokého rizika sekundárnej viktimizácie obetí. Advokáti preferujú skôr iné oblasti práva, než trestné právo, a len málo z nich sa venuje zastupovaniu práv obetí. (BURNETT, Ros. Reducing the Incidence and Harms of Wrongful Allegations of Abuse. In: BURNETT, Ros (ed.). *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2016, s. 282–296. ISBN 9780198723301).

44 Jeden z primárnych spôsobov usporiadania skúseností je ich *kategorizácia*, v rámci ktorej sú zážitkom s podobnými znakmi priradzované jednotiace pojmové označenia. Pochopenie toho, ako sú položky spojené (*how items go together*), je základom adaptačného konania a riešenia problémov. Kategorizácia je proces, ktorý zasahuje celé obdobie vývinu, počnúc najrannejším detstvom, a ktorý sa mení súbežne s tým, ako sa rozvíjajú poznatky dieťaťa a jeho kognitívne zručnosti (GELMAN, Susan A. a Meredith MEYER. Child categorization. *WIREs Cognitive Science*, 2011, roč. 2, č. 1, s. 95–105).

45 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 262–263.

Okrem dezinterpretácie nesexuálnych zážitkov ako sexuálnych, môže dôjsť k inkorporovaniu udalostí vzťahujúcich sa na CSA do neutrálnych (nesexuálnych) zážitkov. Mylné obvinenie z CSA môže byť výsledkom konfabulácie[46] skúsenosti.[47]

2.2.2 Problematický výsluch

K produkcii nepravdivých obvinení môžu prispieť najmä štyri problematické techniky forenzného výsluchu:[48]

1. **Kapciózne otázky**. Teda ak osoba, ktorá vedie výsluch vnáša do rozhovoru a do formulácie otázok nové informácie, ktoré predtým dieťa neuviedlo.
2. **Odvolávanie sa na výpoveď iných osôb** *("other people" technique*). Ak osoba, ktorá vedie výsluch informuje dieťa o tom, čo iní ľudia už o vyšetrovanej veci povedali (napr. že iné deti sa už o zneužívaní zdôverili), môže vytvárať na dieťa tlak, aby vypovedalo v súlade s očakávaním (tlak na konformitu).
3. **Selektívne posilňovanie určitých odpovedí dieťaťa.** Posilňovanie je pojem zo sociálnej psychológie – ak za určitým správaním nasledujú pozitívne alebo negatívne konzekvencie (čiže odmeny a tresty) zvyšuje alebo znižuje to pravdepodobnosť výskytu určitého správania v budúcnosti. V kontexte výsluchu môže byť táto technika použitá k ovplyvňovaniu odpovedí dieťaťa selektívnym odmeňovaním žiadúcich odpovedí a inhibovaním nežiadúcich odpovedí. Deje sa tak ak osoba, ktorá vedie výsluch: (a) pochváli dieťa alebo mu prisľúbi odmenu (napr. si dobré dievča, na konci výsluchu dostaneš niečo sladké) len vtedy, ak dieťa dáva očakávané odpovede (napr. dieťa menuje osobu páchateľa), a na druhej strane (b) prejavuje smútok, zamračenie, alebo reaguje spochybňujúco (si si istý, že sa to nestalo?) ak dieťa popiera zneužívanie.
4. **Nepriame techniky výsluchu**. Používanie rôznych pomôcok, ktoré vytvárajú priestor pre konštrukciu príbehu, zodpovedajúcu tomu, ako osoba, ktorá vedie výsluch interpretuje udalosti (za kontroverzné sa v tomto ohľade považuje aj používanie anatomických bábik pri výsluchu).

---

46 *Konfabulácia* je fenomén, pri ktorom je jedinec presvedčený, že určitá udalosť sa stala jemu, napriek tomu, že sa nikdy nestala, alebo sa stala inej osobe. Konfabulácia sa najčastejšie deje: (1) ak bola myšlienka na danú udalosť častá; (2) ak predstava konfabulovanej udalosti obsahuje veľa detailov; (3) ak je udalosť ľahko predstaviteľná; (4) ak je emočná komponenta udalosti výraznejšia než „faktografická" (PORUBANOVÁ, Michaela. *Neuropsychologické hodnotenie pamäti* [online]. 2012 [cit. 3. 3. 2018]. Dostupné z: https://is.muni.cz/el/1423/podzim2012/PSY105/um/prednaska_RAVLT.pdf). – Deti môžu byť pri rôznych príležitostiach vystavené sexuálnym obsahom – napr. preventívne programy v škole, informácie na internete, diskusia medzi deťmi, zdôverenie sa o CSA zo strany priateľa alebo člena rodiny – a spracovanie takýchto informácií môže byť za určitých okolností narušené a zosobnené (dieťaťom) (O'DONOHUE et al., op. cit., s. 262–263).

47 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 262–263.

48 Ibid, s. 263–264.

Medzi **ďalšie techniky**, ktoré môžu skresľovať výpoveď (*biasing techniques*) dieťaťa možno zaradiť najmä to, ak osoba, ktorá vedie výsluch opomenie ubezpečiť dieťa o tom, že ak na nejakú otázku nebude vedie odpovedať, je v poriadku ak odpovie „neviem"; neprimerané používanie uzavretých otázok a neprimerané opakovanie otázok.[49]

K nepravdivým obvineniam môže prispieť aj **nesprávna identifikácia sexuálneho groomingu**. Grooming možno definovať ako predchádzajúce nevhodné správanie (*antecedent inappropriate behaviour*), ktoré zvyšuje pravdepodobnosť budúceho sexuálneho zneužívania. Posúdenie groomingu by malo zahŕňať dvojstupňový proces: (1) stanovenie, že správanie dospelého je samo osebe nevhodné; a (2) že možno oprávnene tvrdiť, že funkciou tohto nevhodného správania je zvýšiť pravdepodobnosť budúceho zneužívajúceho kontaktu. Je možné, že nesprávne závery ohľadne sexuálneho groomingu môžu viesť k nesprávnym záverom o pravdivosti obvinení z CSA. V kontexte výsluchu, ak dieťa uvádza, že mu podozrivá dospelá osoba v priebehu minulých mesiacov kupovala darčeky, vyšetrovateľ môže usúdiť, že ide o sexuálny grooming a môže prejaviť zvýšenú tendenciu klásť dieťaťu otázky opierajúce sa o predpoklad, že k CSA vskutku došlo. – Obdobne sa môže stať, že rodič si všimne podozrivé správanie dospelého (ako napr. kupovanie darčekov dieťaťu) a opakovane sa bude dieťaťa predpojato dopytovať, či nedošlo k CSA.[50]

2.2.3 Poruchy správania u detí a poruchy psychického vývinu

O'Donohue et al. uvádzajú, že psychiatrické diagnózy u detí sú relatívne nepreskúmané z hľadiska ich potenciálneho súvisu s nepravdivými obvineniami z CSA. Existujú psychiatrické diagnózy, ktoré sú spojené s náchylnosťou dieťaťa klamať a dokonca klamať o dôležitých záležitostiach, ktoré môžu ublížiť druhým.[51] V tomto ohľade sú relevantné najmä *poruchy správania*[52]. Ak anamnéza dieťaťa ukazuje dlhú históriu klamania a podvádzania, ktorá bola alebo môže byť diagnostikovaná ako porucha správania, a dané dieťa vyjadruje obvinenie z CSA, je potrebné dôkladne zvážiť, či sa nejedná o klamstvo

---

49 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 263–264.

50 Ibid, s. 264–265.

51 Ibid, s. 266–268.

52 V MKCH-10 (*Medzinárodná klasifikácia chorôb* [online]. [cit. 12. 3. 2018]. Dostupné z: http://www.nczisk.sk/Standardy-v-zdravotnictve/Pages/Medzinarodna-klasifikacia-chorob-MKCH-10.aspx) sú označené diagnostickým kódom F91 a sú vymedzené nasledovne: „*Poruchy správania charakterizuje opakované a pretrvávajúce, asociálne, agresívne alebo vyzývavé konanie. Také správanie môže vážne narušiť veku primerané sociálne požiadavky. Ide teda o horšie počínanie, ako je obyčajné detské huncútstvo alebo pubertálna rebélia a má ráz trvalého správania (aspoň šesť mesiacov). Poruchy správania môžu byť príznačné aj pre iné psychické choroby. V takých prípadoch treba uprednostniť základnú diagnózu. Príklady správania, ktoré je podkladom pre diagnózu, zahŕňajú nadmerné bitkárstvo a tyranizovanie, krutosť voči iným ľuďom a zvieratám, ťažké poškodzovanie majetku, podpaľačstvo, krádeže, opakované klamanie, záškoláctvo a utekanie z domu, nezvyčajne časté a veľké výbuchy zlosti a neposlušnosť. Spomínané správanie, ak je dostatočne výrazné, postačuje na diagnózu, ale jednotlivé disociálne činy nestačia.*"

a **taktiež preskúmať,** aký by na klamstve mohlo mať dieťa záujem (teda **či by ublížením údajnému páchateľovi mohlo niečo získať).** O'Donohue et al. v žiadnom prípade nechcú tvrdiť, že dieťa, ktoré vykazuje vážne poruchy správania nemohlo byť obeťou CSA; podotýkajú, že v skutočnosti opak môže byť pravdou, keďže dôsledky CSA sa môžu manifestovať aj v podobe behaviorálnych problémov. Autori iba upozorňujú na to, že deti s poruchami správania môžu mať vyššiu tendenciu klamať a preto netreba opomenúť potrebu preskúmať hypotézu, že dieťa klame.[53]

Isté riziko nepravdivých obvinení z CSA môže byť späté aj poruchami psychického vývinu suspektných obetí. Existujú nepochybné vedecké dôkazy o zvýšenom výskyte CSA v populácii **duševne zaostalých** (mentálne retardovaných)[54] jedincov. Avšak ich problémy v oblasti spracovávania informácií môžu mať dva nežiadúce dôsledky: (1) môžu mať tendenciu k zvýšenej sugestibilite a (2) môžu mať väčšie ťažkosti správne interpretovať realitu. Ich chápanie toho, čo je dobrý dotyk alebo zlý dotyk, nemusí byť tak presné ako u ich duševne nezaostávajúcich rovesníkov. Riziko produkcie nepravdivých obvinení z CSA je spájané aj s používaním nevhodných spôsobov výsluchu detí trpiacich pervazívnou vývinovou poruchou[55], akou je napr. aj *detský autizmus.*[56]

2.2.4 Patológia dospelého (rodiča, opatrovateľa)

Možným zdrojom nepravdivých obvinení z CSA môžu byť aj *psychózy*.[57] Psychotik môže trpieť bludmi a halucináciami aj sexuálneho charakteru, vrátane obavy z toho, že niekto sexuálne ublížil alebo ubližuje dieťaťu. Hoci je to veľmi nepravdepodobné, za určitých

---

53 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 266–268.

54 Podľa MKCH-10 sa za **mentálnu retardáciu** (diagnostické kódy F70-F79) pokladá „*zastavenie alebo nedokončenie vývinu intelektu. Porucha sa prejavuje počas vývinovej periódy a charakterizuje ju najmä poškodenie schopností patriacich k celkovej úrovni inteligencie, t. j. poznávacích, jazykových, pohybových a sociálnych schopností. Retardácia sa vyskytuje s inými psychickými či somatickými poruchami alebo bez nich.*"

55 Podľa MKCH-10 je *pervazívna* vývinová porucha (s diagnostickým kódom F84) „*skupina porúch charakterizovaná kvalitatívnym zhoršením recipročných sociálnych interakcií a spôsobov komunikácie a obmedzeným, stereotypným, opakujúcim sa repertoárom záujmov a aktivít. Tieto kvalitatívne odchýlky sú prenikavou črtou fungovania jednotlivca vo všetkých situáciách.*"

56 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 266–268.

57 *Psychóza* je všeobecný psychiatrický termín označujúci prejav ťažkého duševného ochorenia, pri ktorom chorý stráca kontakt s realitou, ktorú inak vníma, inak ju hodnotí a inak sa preto správa. Táto strata kontaktu s realitou súvisí s bludmi (mylnými a spravidla nevyvrátiteľnými presvedčeniami) a halucináciami (klamnými vnemami, ktoré vznikajú nezávisle na vonkajšom podnete, ale chorý je nevyvrátiteľne presvedčený o ich reálnosti). Pod ich vplyvom sa chorý môže dopúšťať pre okolie celkom nepochopiteľných činov. Sám nemá na svoje ochorenie náhľad (*Velký lékařský slovník* [online]. 2018 [cit. 1. 4. 2018]. Dostupné z: http://lekarske.slovniky.cz/pojem/psychoza; VÁGNEROVÁ, Márie. *Psychopatologie pro pomáhajíci profese*. Praha: Portál, 2004, 872 s. ISBN 80-7178-802-3). Medzi najvážnejšie psychotické ochorenia patrí schizofrénia.

okolností môže psychotik zdieľaním svojich bludov a halucinácií dieťaťu spôsobiť, že si ono dezinterpretuje vlastnú skúsenosť.[58]

O'Donohue et al.[59] predpokladajú, že aj niektoré poruchy osobnosti môžu prispieť k vzniku nepravdivých obvinení z CSA. Napr. pri *disociálnej poruche osobnosti*[60] môžu ľudia bez ostychu klamať a bezohľadne obviňovať iných. Podobne niektoré črty *emočne nestabilnej poruchy osobnosti*[61] môžu disponovať jedinca k pomstychtivému konaniu a k extrémnom v hodnotení druhých v interpersonálnych vzťahoch (striedanie idealizácie a znehodnocovania druhej osoby), ktoré môže potenciálne ovplyvňovať aj deti.

Napokon je pre vznik nepravdivých obvinení z CSA podľa O'Donohue et al. do istej miery relevantná aj *depresívna nálada*, pod vplyvom ktorej môže dospelý vystavovať dieťa svojej beznádeji a negatívnemu vnímania sveta. Vyjadrenia typu „nám sa vždy dejú zlé veci" môže dieťa pochopiť tak, že aj jemu niekto ublížil, čím môže dôjsť k vytvoreniu falošných spomienok. Hoci je takýto scenár málo pravdepodobný, poukazuje na dôležitosť porozumenia kontextu a faktorom, ktoré viedli k počiatočnému vysloveniu podozrenia (*initial outcry*) z CSA.[62]

2.2.5 Sugestívne kontakty

Okrem toho, že zdrojom sugestívnych vplyvov môžu byť profesionáli, ktorí realizujú forenzný výsluch dieťaťa, môže sa stať, že rodičia alebo opatrovatelia dieťaťu podsunú zavádzajúce informácie.[63] Za určitých okolností môžu sugestívne kontakty, ktorým bolo dieťa vystavené, prispieť k nepravdivým obvineniam z CSA. Nie je to však tak jednoduché, ako by sa mohlo zdať. Názor, že deti vo väčšej miere podliehajú sugesciám než

---

58 O'DONOHUE et al., op. cit., 268–270.

59 Ibid, s. 269–270.

60 Charakterizuje ju neuznávanie sociálnych záväzkov, nedostatok citov k iným. Všeobecne sa prejavuje rozpor medzi správaním a prijatými sociálnymi normami. Skúsenosť vrátane trestu sotva ovplyvňuje správanie. Nízka tolerancia frustrácie a nízky prah pre výbuchy agresie, vrátane násilia; tendencia obviňovať iných, alebo ponúkať prijateľné vysvetlenie správania, ktoré privádza osobu do rozporu so spoločnosťou. V MKCH-10 je označená diagnostickým kódom F60.2.

61 Charakterizuje ju náchylnosť konať impulzívne a bez ohľadu na následky; nálada je nevypočítateľná a vrtošivá. Sklon k výbuchom emócií, neschopnosť ovládať citové výbuchy. Náchylnosť k priečnemu správaniu a ku konfliktom s inými, najmä ak sa impulzívne konanie zmarí, alebo ak sa posudzuje. Rozlišujú sa dva typy: impulzívny typ charakterizovaný najmä citovou nestálosťou a nedostatočným ovládaním impulzov a hraničný typ charakterizovaný navyše poruchami sebaobrazu, cieľov a osobných preferencií, intenzívnymi a nestabilnými medziľudskými vzťahmi a tendenciou k sebadeštruktívnemu správaniu vrátane samovražedných gest a pokusov. V MKCH-10 je označená diagnostickým kódom F60.3).

62 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 270.

63 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 261–262.

dospelí je súčasnými výskumníkmi zaoberajúcimi sa problematikou sugestibility, považovaný za zastaraný.[64, 65]

Hoci mnoho ľudí si myslí, že je relatívne jednoduché niekomu cielene implantovať do pamäte spomienky na udalosti, ktoré sa nikdy nestali (*false memory*), výskumné zistenia preukazujú, že opak je pravdou, a to aj pokiaľ ide o deti.[66] Vo všeobecnosti experimenty zamerané na falošné spomienky ukázali, že **väčšina ľudí (70–85 %) nie je náchylných na dezinformácie**; a že dezinformačné efekty sa väčšinou vzťahujú na detaily, ktoré nie sú zvlášť zapamätateľné (*not particularly memorable*).[67] Väčšina ľudí odoláva sugesciám, ktorým sú vystavení, napriek opakovaným pokusom o zapamätanie informácií, používaniu riadenej imaginácie, pozmeneným fotografiám alebo angažovanosti dôveryhodných dospelých.[68] Deti už od troch rokov veku odmietnu nepravdivé sugescie, že boli zne-

64 BRAINERD, Charles J. Developmental reversals in false memory: A new look at the reliability of children's evidence. *Current Directions in Psychological Science*, 2013, roč. 22, č. 5, s. 335–341. DOI: 10.1177/0963721413484468; BRACKMANN, Nathalie, Henry OTGAAR, Melanie SAUERLAND a Marko JELICIC. When children are the least vulnerable to false memories: a true report or a case of autosuggestion? *Journal of Forensic Sciences*, 2016, roč. 61, č. S1, s. S271–S275. DOI: 10.1111/1556-4029.12926; HRITZ, Amelia Courtney, Caisa Elizabeth ROYER, Rebecca K. HELM, Kayla A. BURD, Karen OJEDA a Stephen J. CECI. Children's suggestibility research: Things to know before interviewing a child. *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, roč. 25, č. 1, s. 3–12; KIM, InKyeong, Enoch S. KWON a Stephen J. CECI. Developmental Reversals in Report Conformity: Psycho-legal Implications. *Applied Cognitive Psychology,* 2017, roč. 31, č. 2, s. 128–138. DOI: 10.1002/acp.3309; OTGAAR, Henry, Mark L. HOWE, Nathalie BRACKMANN a Daniel H. J. van HELVOORT. Eliminating Age Differences in Children's and Adults' Suggestibility and Memory Conformity Effects. *Developmental Psychology,* 2017, roč. 53, č. 5, s. 962–970. DOI: 10.1037/dev0000298; PETERSON, Dwight J., Kevin T. JONES, Jaclyn A. STEPHENS, Filiz GÖZENMAN a Marian E. BERRYHILL. Childhood Memory: An Update from the Cognitive Neuroscience Perspective. In: O'DONOHUE, William T. a Matthew FANETTI (eds.). *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse: A Guide to Evidence-Based Practice*. Cham: Springer, 2016, s. 81–105. ISBN 978-3-319-21097-1.

65 V tomto ohľade viacerí autori upozorňujú na riziká plynúce z toho, že mnohí odborníci, vrátane súdnych znalcov, nie sú zorientovaní v súčasnom stave vedeckého poznania ohľadne pamäte (BRACKMANN et al., op. cit., s. S271–S275; MELINDER, Annika a Svein MAGNUSSEN. Psychologists and psychiatrists serving as expert witnesses in court: what do they know about eyewitness memory? *Psychology, Crime & Law*, 2015, roč. 21, č. 1, s. 53–61. DOI: 10.1080/1068316X.2014.915324; ZAJAC, Rachel, Maryanne GARRY, Kamala LONDON, Felicity GOODYEAR-SMITH a Harlene HAYNE. Misconceptions about childhood sexual abuse and child witnesses: implications for psychological experts in the courtroom. *Memory,* 2013, roč. 21, č. 5, s. 608–617. DOI: 10.1080/09658211.2013.778287).

66 BARLOW, M. Rose, Kathy PEZDEK, K. a Iris BLANDÓN-GITLIN, K. Trauma and Memory. In: GOLD, Steven N. (Ed.). *APA handbooks in psychology. APA handbook of trauma psychology: Foundations in knowledge*. Washington, DC, US: American Psychological Association, 2017, s. 307–331. ISBN 978-1-4338-2653-5; BREWIN, Chris R. a Bernice ANDREWS, B. Creating Memories for False Autobiographical Events in Childhood: A Systematic Review. *Applied Cognitive Psychology*, 2017, roč. 31, č. 1, s. 2–23. DOI: 10.1002/acp.3220; PEZDEK, Kathy a Iris BLANDON-GITLIN. It Is Just Harder to Construct Memories for False Autobiographical Events. *Applied Cognitive Psychology,* 2017, roč. 31, č. 1, s. 42–44. DOI: 10.1002/acp.3269

67 BREWIN a ANDREWS, op. cit., s. 2–23; GOODMAN-DELAHUNTY, Jane, Mark Andrew NOLAN a Evianne L. van GIJN-GROSVENOR. *Empirical guidance on the effects of child sexual abuse on memory and complainants' evidence*. Sydney, Australia: Royal Commission into Institutional Responses to Child Sexual Abuse, 2017, 197 s. ISBN 978-1-925622-18-8.

68 BREWIN a ANDREWS, op. cit., s. 2–23.

užívané.[69] Ak by aj rodič navádzal dieťa na krivú výpoveď, treba pamätať na to, že dieťa pozná druhého rodiča. Výskumy preukázali, že deti menej podliehajú sugesciám o ľuďoch, ktorých dobre poznajú, a že sa zdráhajú obviniť z nemorálnych činov ľudí, ktorých ľúbia.[70] Navyše v prípadoch, kde jedinci podľahnú sugesciám, neexistujú vedecké dôkazy, ktoré by preukázali, že **falošné spomienky** môžu byť vytvorené s takým stupňom presvedčenia, aby ich bolo možné udržať v priebehu dlhotrvajúcich súdnych konaní.[71]

2.2.6 Dieťa klame

V súvislosti s potenciálnym klamstvom u detí vo vzťahu k CSA, je dôležité *rozlišovať*, že a) deti môžu klamať pri obviňovaní inej osoby z CSA alebo b) klamať tým, že CSA popierajú. Vo vedeckej literatúre sa oveľa častejšie objavuje znepokojenie z (frekventovanejšieho výskytu) varianty b) teda fenoménu popierania CSA.[72]

Za prípadným krivým obvinením môžu byť *rôzne motívy*:[73] pomsta niekomu kto dieťa nahneval; snaha vyviniť sa z niečoho (napr. dieťa vyrukuje s obvinením vtedy, ak je potrestané za zlé správanie); snaha získať pozornosť (napr. ak dieťa vypozorovalo, že iné dieťa ako obeť CSA bolo zahrnuté pozornosťou a láskou rodičov); snaha vyhovieť niekomu, kto krivým obvinením nejakej osoby sleduje vlastný záujem (napr. pomstu, finančný zisk). Preto je dôležité preskúmať okolnosti za akých sa obvinenie z CSA objavilo.

Pokiaľ ide o klamstvo – musia byť splnené dve **kritéria** aby sme mohli o klamstve vôbec hovoriť: 1) dieťa uvádza nepravdu, 2) dieťa tak činí vedome. Uvedené je v priamom kontraste s fenoménom pamäťovej chyby (alebo falošnej spomienky – *false memory*), pre ktorú je charakteristické, že dieťa uvádza nepravdu, ale zároveň verí (hoci nesprávne), že hovorí pravdu.[74] Okrem toho treba brať do úvahy, že obvinenie z CSA je v skutočnosti sériou tvrdení týkajúcich sa toho kto, čo, kde, koľko krát spáchal, či pri

---

69 GOODMAN, Gail S., Bette L. BOTTOMS, Leslie RUDY, Suzanne L. DAVIS a Beth M. SCHWARTZ-KENNEY. Effects of past abuse experiences on children's eyewitness memory. *Law and Human Behavior*, 2001, roč. 25, č. 3, s. 269–298. DOI: 10.1023/A:1010797911805

70 LYON, Thomas D. New Wave in Children's Suggestibility Research: A Critique. *Cornell Law Review,* 1999, roč. 84, č. 4, s. 1004–1087; LYON, Thomas D. Let's not exaggerate the suggestibility of children. *Court Review*, 2001, roč. 38, č. 3, s. 12–14.

71 BREWIN a ANDREWS, op. cit., s. 2–23.

72 O'DONOHUE, William T. a Olga CIRLUGEA. How Often Do Children Lie About Being Sexually Abused? In: O'DONOHUE, William T. a Matthew FANETTI. *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse: A Guide to Evidence-Based Practice.* Cham, Switzerland: Springer International Publishing, 2016, s. 275–292. ISBN 978-3-319-21097-1; LYON, 1999, op. cit., s. 1004–1087; LYON, Thomas D. False Denials: Overcoming Methodological Biases in Abuse Disclosure Research. In: PIPE, Margaret-Ellen, Michael E. LAMB, Yael ORBACH. a Ann-Christin CEDERBORG (eds). *Child Sexual Abuse: Disclosure, Delay and Denial.* New York: Routledge 2007, s. 41–60. ISBN 978-0805852844.

73 O'DONOHUE a CIRLUGEA, op. cit., s. 275–292; O'DONOHUE et al., op. cit., s. 258–261.

74 Ibid.

tom boli nejakí svedkovia, atď. Niektoré z týchto tvrdení môžu byť pravdivé, niektoré nie. Teda v konkrétnom prípade môže výpoveď dieťaťa obsahovať kombináciu pravdivých a nepravdivých tvrdení. Otázka klamstva je teda veľmi komplexnou otázkou.[75]

Aby profesionáli boli schopní robiť informované rozhodnutia o pravdepodobnosti pravdovravnosti v konkrétnom prípade podozrenia z CSA, je vhodné poznať nejakú základnú mieru prevalencie klamstva. Pri hľadaní serióznych údajov o tejto prevalencii je ale potrebné zohľadňovať vyššie naznačenú komplexnosť problematiky klamstva. Výskum, ktorý sa pokúša poskytnúť relevantnú odpoveď na otázku ako často deti klamú o CSA musí spĺňať tri **kritéria:** (1) musí používať metodológiu, ktorá by odôvodňovala záver, že tvrdenia dieťaťa sú vskutku nepravdivé; (2) musí používať metodológiu, ktorá by dokázala posúdiť či dieťa klame vedome; 3) tieto dve kritéria by sa za ideálnych okolností mali uplatniť na každé sub-tvrdenie dieťaťa v jeho výpovedi. Splnenie týchto troch kritérií nie je ľahké, a doterajší výskum (pozri kap. 2.3) v tomto ohľade má značné limity.[76]

2.3 Zahraničné výskumy o výskyte krivých obvinení

Nakoľko podľa nám dostupných informácií, na Slovensku dosiaľ neboli realizované výskumy, ktoré by sa zameriavali na predmetnú problematiku, opierame sa v obsahu tejto subkapitoly o výsledky relevantných zahraničných výskumov. Ich prehľad načrtáva obraz o prevalencii krivých obvinení z CSA, spolu s metodologickými limitmi, príznačnými pre výskumy tohto typu.

Odborníci z odboru psychiatria a psychológia z Nového Mexika Goodwin et al.[77] analyzovali 46 prípadov podozrení z CSA intrafamilárneho typu, s ktorými prišli do kontaktu pri svojej práci v rámci inštitúcie zameranej na ochranu detí (*child abuse agency*). Dospeli z záveru, že v skúmanej vzorke boli 2 prípady (**4,3 %**) krivých obvinení zo strany psychotických matiek a 1 prípad (**2,1 %**) krivého obvinenia zo strany dieťaťa (išlo o 13 ročného chlapca, ktorý začal vykazovať problémové správanie potom, čo sa jeho matka znovu vydala). Závery z tejto štúdie sú limitované tým, že nešlo o reprezentatívnu vzorku, a štúdia neobsahovala žiadnu metodológiu vzťahujúcu sa na posúdenie úmyslu (zlovoľnosti krivého obvinenia).

Jones a McGraw[78] študovali spolu s tímom odborníkov podiel podložených (*founded*) a nepodložených prípadov CSA, na vzorke 576 prípadov, ktoré boli ohlásené oddeleniu sociálnych služieb v Denveri. Zistili, že 53 % prípadov bolo podložených a zostávajúcich

75 O'DONOHUE a CIRLUGEA, op. cit., s. 275–292; O'DONOHUE et al., op. cit., s. 258–261.

76 O'DONOHUE a CIRLUGEA, op. cit., s. 275–292.

77 GOODWIN, Jean, Doris SAHD a Richard T. RADA. Incest hoax: False accusations, false denials. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 1978, roč. 6, č. 3, s. 269–276.

78 JONES, David P. H. a J. Melbourne McGRAW. Reliable and fictitious accounts of sexual abuse in children. *Journal of Interpersonal Violence*, 1987, roč. 2, č. 1, s. 27–45. DOI: 10.1177/088626087002001002

47 % nie. Z toho najväčšia časť (24 %) bola nepodložená kvôli nedostatočným informáciám. Ďalšia veľká kategória prípadov (17 %) boli nepodložené podozrenia (*unsubstantiated suspicions*). Iba 6 % prípadov bolo klasifikovaných ako fiktívne (falošné). Z nich krivé obvinenia **zo strany dospelých** predstavovali **5 %** z celkového množstva prípadov, a krivé obvinenia **zo strany detí 1 %**.[79] Po detailnej analýze fiktívnych prípadov CSA usúdili, že tieto charakterizujú také črty ako: nedostatok emócií, absencia vzorcov donútenia (*coercion*) alebo hrozby vo výpovedi o CSA či absencia detailov. Niektoré deti, ktoré podľa nich uvádzali fiktívne CSA, trpeli v dôsledku skorších skúseností príznakmi postraumatickej stresovej poruchy (a spomienky na skoršie CSA si údajne zamieňali za prítomnú realitu); v niektorých prípadoch sa fiktívne obvinenie objavilo v kontexte poručenského sporu a niekedy bola za fiktívnym obvinením chabá kvalita forenzného výsluchu detí. Výskumníci zároveň priznali, že závery o krivých obvineniach na základe uvedených čŕt nemožno považovať za absolútne. Výskumníci neposudzovali úmyselnosť nepravdivých obvinení z CSA a pri kategorizácii prípadov sa spoliehali na úsudok profesionálov.

Výskumníci z University of North Carolina, Everson a Boat[80] oslovili 100 pracovníkov z oblasti sociálno-právnej ochrany, z ktorých 88 sa do výskumu zapojilo. Títo prišli do kontaktu s 1249 prípadmi CSA. Podľa ich odhadu boli deti pôvodcami krivých obvinení **v priemere v 4,7 %** prípadoch, pričom výsledky poukazovali na rozdiely v odhade výskytu v závislosti od veku deti (deti do 3 rokov veku o CSA údaje klamali iba 1,6 % prípadov, zatiaľ čo deti nad 12 rokov už v 8 % prípadov). V druhej fáze výskumu sa 24 z 34 profesionálov, ktorí uvádzali skúsenosť s prípadmi krivých obvinení, výskumníci pýtali na vysvetlenie ich úsudku. Ukázalo sa, že profesionáli svoje závery opierali o také kritéria ako: odvolanie výpovede, nedostatočné množstvo detailov vo výpovedi, nezrovnalosti vo výpovedi, absencia podporného medicínskeho nálezu, nedostatok strachu voči páchateľovi, alebo fakt, že páchateľ prešiel detektorom lži. Aj tento výskum mal viacero zásadných slabín. V prvom rade, validita väčšiny z uvádzaných kritérií podľa súčasnej úrovne vedeckého poznania nepredstavuje spoľahlivé indikátory falošných obvinení z CSA. Navyše nie je jasné koľko z tých kritérií malo byť splnených ani akým spôsobom sa kombinovali pri posudzovaní jednotlivých prípadov. Autori opomenuli posudzovanie úmyslu dieťaťa (teda či išlo vedomé klamstvo) a vo výsledkoch sa spoľahli len na subjektívny úsudok profesionálov.

---

79 Štúdiu autorov Jones a McGraw neskôr s drobnými metodologickými odlišnosťami replikovali Oates et al., ktorí vo vzorke 551 Denverských prípadov podozrení z CSA ohlásených úradom sociálnoprávnej ochrany detí, zistili výskyt krivých obvinení zo strany detí na úrovni 1,5 % (OATES, Kim R., David P. H. JONES, David DENSON, Andrew SIROTNAK, Nancy GARY a Richard D. KRUGMAN. Erroneous concerns about child sexual abuse. *Child Abuse & Neglect*, 2000, roč. 24, č. 1, s. 149–157. DOI: 10.1016/S0145-2134(99)00108-8).

80 EVERSON, Mark D. a Barbara W. BOAT. False allegations of sexual abuse by children and adolescents. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 1989, roč. 28, č. 2, s. 230–235. DOI: 10.1097/00004583-198903000-00014.

Američanka Kendall-Tackett[81] oslovením 74 odborníkov s právnickým vzdelaním a 127 odborníkov v oblasti duševného zdravia zistila, že väčšina profesionálov sa domnievala, že deti o CSA klamú v **menej ako 5 %** prípadov. Jej výskum mal ale viacero slabín: úmysel nebol posudzovaný (klamstvo nebolo odlíšené od pamäťových chýb); použitá definícia klamstva nezahŕňala vedomé popieranie CSA (*false denial);* jedinou metódou na posúdenie výskytu krivých obvinení bol názor profesionálov bez uvedenia kritérií ako k rozhodnutiu dospeli a či použité kritéria boli vôbec správne.

Podľa Kanadskej štúdie[82] bolo z 12 468 prípadov CSA 6244 nepodložených (*unsubstantiated*) pričom z nich 9 % bolo považovaných za zlovoľné (*malicious*) krivé obvinenia. Z celkového počtu vyšetrovaných prípadov teda krivé obvinenia predstavujú **4,5 %**. Štúdia neuvádza kto bol považovaný za pôvodcu krivého obvinenia ani to, ako bola zlovoľnosť posúdená. Aj v tejto štúdii sa výsledky opierali len o subjektívny úsudok profesionálov podieľajúcich sa na vyšetrovaní prípadov.

V národnej Kanadskej štúdii Trocmé a Bala[83] zisťovali výskyt krivých obvinení vo vzorke 7672 prípadov (všetkých typov) zlého zaobchádzania s dieťaťom, ktoré sa dostali do pozornosti úradov pre sociálnoprávnu ochranu detí. Z nich podozrenia z CSA predstavovali 798 prípadov. Výskyt krivých obvinení z rôznych typov zlého zaobchádzania s dieťaťom dosahoval celkovo úroveň 4 %, a v kontexte poručenských sporov stúpol na 12 %.[84] Krivé obvinenia z CSA sa vyskytli v **6 %** prípadov. Zo 43 krivých obvinení z CSA, **žiadne nebolo vyslovené dieťaťom**, 8 pochádzalo od rezidenčných rodičov, 7 od nerezidenčných rodičov, 6 zo strany príbuzných, susedov, či z okruhu známych; zvyšných 22 pochádzalo od iných alebo zo zdrojov, ktoré sa nedali identifikovať. Výskumníci však vychádzali priamo z údajov a záverov, ktoré im dodali pracovníci úradov sociálnoprávnej ochrany detí. Títo, na základe vyhodnotenia dôkazov zhromaždených pri ich šetrení, kategorizovali prípady na podložené, podozrivé a nepodložené. Kategória nepodložených sa rozčleňovala ešte na prípady vnímané ako oznámenia podozrení s dobrým úmyslom a oznámenia, ktoré boli zámerne falošné (zlovoľné). Výsledky teda reprezentujú iba názory odborníkov ohľadne úmyslu (*intentionality*) oznamovateľov.

---

81 KENDALL-TACKETT, Kathleen A. How many children make false allegations of sexual abuse?: A survey of mental health and law enforcement professionals. *Family Violence Bulletin*, 1991, roč. 7, č. 3, s. 19–21.

82 Public Health Agency of Canada, 2003 In: O'DONOHUE a CIRLUGEA, op. cit., s. 280–281.

83 TROCMÉ, Nico a Nicholas BALA. False allegations of abuse and neglect when parents separate. *Child Abuse & Neglect,* 2005, roč. 29, č. 12, s. 1333–1345. DOI: 10.1016/j.chiabu.2004.06.016

84 Austrálski vedci Brown et al. analyzovali záznamy 149 náhodne vybraných prípadov poručenských sporov, v ktorých sa objavili podozrenia z rôznych druhov násilia na deťoch. Celkový výskyt krivých obvinení nepresiahol 9 % (výskyt len vo vzťahu k CSA nebol posudzovaný samostatne). Kritéria pre krivé obvinenia neboli v štúdii špecifikované (BROWN, Thea, Margartia FREDERICO, Lesley HEWITT a Rosemary SHEEHAN. Revealing the Existence of Child Abuse in the Context of Marital Breakdown and Custody and Access Disputes. *Child Abuse & Neglect*, 2000, roč. 24, č. 6, s. 849–859. DOI: 10.1016/S0145-2134(00)00140-X).

Niektoré štúdie sa zaoberali výskytom krivých obvinení z CSA špecificky **v kontexte poručenských sporov o deti**, nakoľko sa v laických i odborných kruhoch rozmohlo presvedčenie, že ak sa pri súdnych ťahaniach o deti objavujú podozrenia z CSA, väčšinou ide o krivé obvinenia.[85] Štúdie, ktoré uvádzali vysoký výskyt krivých obvinení z CSA v kontexte poručenských sporov boli väčšinou kazuistického charakteru (teda prinášali popis pozorovaní prípadov z praxe autorov).[86] Napr. Američania Benedek a Schetky[87] z 18 prípadov údajného CSA, s ktorými sa stretli v psychiatrickej praxi pri posudzovaní poručenských otázok, 10 (**56 %**) považovali za krivé obvinenia. Ich výsledky však musia byť interpretované opatrne, nakoľko išlo o malú a veľmi nereprezentatívnu vzorku prípadov. Navyše nešpecifikovali, či údajné krivé obvinenia pochádzali od detí alebo od dospelého. Napokon nie je známe či a aké kritéria použili na posúdenie úmyslu (zlovoľnosti krivých obvinení).

Americký psychiater Green[88] posudzoval 11 prípadov údajného CSA v kontexte poručenských sporov a usúdil, že 4 z 11 prípadov, t.j. **35 %** prípadov boli krivé obvinenia smerované proti otcom detí. Pre determinovanie, či bolo CSA fiktívne, použil nasledovné kritéria: prezradenie (*disclosure*) CSA je ľahké a spontánne; prezradenie nie je sprevádzané negatívnymi afektmi; dieťa používa sexuálnu terminológiu dospelých; dieťa hovorí o CSA keď získa ubezpečenie od matky; dieťa často konfrontuje otca s obvinením v prítomnosti matky; pozitívne interakcie medzi dieťaťom a otcom; paranoidná a hysterická matka, ktorá dieťa naviedla na krivé obvinenie; dieťa nevykazuje znaky a symptómy CSA. Nakoľko väčšina Greenom použitých kritérií nebola potvrdená výskumom, jeho štúdia skvelo ilustruje riziká spoliehania sa na úsudok profesionála. Navyše je zjavné, že jeho výskumná vzorka nebola reprezentatívna.

Naproti kontroverzným štúdiám kauzistického charakteru, Faller a DeVoe[89] z Michiganskej univerzity podrobne študovali 215 prípadov obvinení z CSA v rozvodových

85 Takéto tézy boli v nejednom prípade propagované autormi s propedofilnými názormi. V tomto ohľade pozri napr. informácie o autorovi Ralph Underwager, ktoré vo svojej kritickej štúdii uvádza: McDONALD, Merrilyn. The Myth of Epidemic False Allegations of Sexual Abuse in Divorce Cases. *Court Review,* 1998, roč. 35, č. 1, s. 12–19. Pozoruhodné sú aj informácie v kapitole o histórii vzniku a predstaviteľoch nadácie tzv. syndrómu falošnej pamäte (*False Memory Syndrome Foundation*): ORR, Marjorie. False memory syndrome movements: the origins and the promoters. In: SINASON, Valerie (ed.). *Memory in Dispute*. New York: Routledge, 2018, s. 79–94. ISBN 978-1-85575-122-4. Zaujímavé sú aj ideové piliere kontroverznej teórie Richarda Gardnera o tzv. *syndróme zavrhnutého rodiča*, sumarizované v dvojdielnej štúdii: KARKOŠKOVÁ, Slávka. Používanie konceptu „syndróm zavrhnutého rodiča" v právnej praxi – 1. časť. *Justičná revue,* 2016, roč. 68, č. 6–7, s. 690–709; KARKOŠKOVÁ, Slávka. Používanie konceptu „syndróm zavrhnutého rodiča" v právnej praxi – 2. časť. *Justičná revue,* 2016, roč. 68, č. 8–9, s. 857–877.

86 Ako uvádza McDonald (1998), štúdie tohto typu nespĺňajú kritéria solídneho vedeckého výskumu (*hard science*), hoci môžu vzbudzovať dojem vedeckosti tým, že sú často citované.

87 BENEDEK, Elissa P. a Diane H. SCHETKY. Allegations of sexual abuse in child custody and visitation disputes. In: SCHETKY, Diane H. a Elissa P. BENEDEK (eds.). *Emerging issues in child psychiatry and the law*. New York, NY: Brunner/Mazel, 1985, s. 145–156. ISBN 978-0876303931.

88 GREEN, Arthur H. True and false allegations of sexual abuse in child custody disputes. *Journal of the American Academy of Child Psychiatry*, 1986, roč. 25, č. 4, s. 449–456. DOI: 10.1016/S0002-7138(10)60001-5

89 FALLER, Kathleen Coulborn a Ellen DeVOE, E. Allegations of sexual abuse in divorce. *Journal of Child Sexual Abuse,* 1995, roč. 4, č. 4, s. 1–25. DOI: 10.1300/J070v04n04_01.

konaniach. Na základe analýzy dát z rozhovoru s dieťaťom, z rozhovoru s rodičom a klinického úsudku tímu odborníkov konštatovali, že 21 % prípadov sa javilo ako falošných, ale väčšina neprávom obviňujúcich rodičov naozaj verila, že dieťa bolo viktimizované. Iba 10 prípadov, t.j. **4,7 %** bolo takých, kde rodičia vedeli, že podali krivé oznámenie (po konfrontácii sa ku krivému oznámeniu priznali). Pritom oných 10 krivých obvinení pochádzalo iba od 6 rodičov (4 krivé oznámenia podal jeden otec na jeho exmanželku, jej priateľa, starú mamu a starého otca).

Aké **závery** vyplývajú z prehľadu relevantných vedeckých štúdií? Kvôli metodologickým nedostatkom (limitom) existujúcich štúdií dospejeme k Sokratovskému záveru, že **mieru prevalencie** krivých obvinení z CSA **nepoznáme**.[90] Doterajšie výskumy sa značne líšili v kritériách, ktoré používali na rozlíšenie opodstatnenosti podozrení a vyselektovanie krivých obvinení. Niektoré sa opierali o profesionálny úsudok a zvyčajne neuvádzali detaily týkajúce sa kritérií, na základe ktorých bol úsudok sformovaný; navyše nepreukázali do akej miery sa závery viacerých posudzovateľov zhodovali (*interrater reliability*). Iné štúdie používali varietu kritérií, z ktorých mnohé neboli empiricky potvrdené ako valídne indikátory krivých obvinení a navyše zvyčajne neuvádzali aká kombinácia kritérií viedla k výsledným záverom posúdenia. Žiadna štúdia neskúmala jednotlivé subkomponenty výpovede dieťaťa a dospelého, aby určila ktoré boli pravdivé a ktoré nie; všetky štúdie posudzovali tvrdenia o CSA ako celok. Avšak principiálnym metodologickým obmedzením doterajších výskumov je nedostatok valídnych metód na determinovanie či dieťa alebo dospelý uvádza nepravdu zámerne. Intencionalita je notoricky náročný konštrukt na to, aby ho správne posúdil vonkajší pozorovateľ, preto vo vzťahu k oznamovaným podozreniam z CSA zostáva hádankou. Je zjavné, že deti a dospelí niekedy o CSA vedome klamú. Avšak **neexistujú žiadne vedecké dôkazy nasvedčujúce tomu, žeby krivé (zlovoľné) obvinenia z CSA boli frekventovaným fenoménom**, žeby tvorili väčšinu alebo čo i len značnú menšinu (*sizable minority*) spomedzi všetkých oznámených prípadov.[91] Nízku mieru krivých obvinení z CSA uvádzajú viacerí experti zaoberajúci sa problematikou CSA.[92] Na získanie presnejšieho obrazu o výskyte krivých obvinení z CSA je potrebný ďalší výskum, s výskumnou metodológiu prekonávajúcu limity doterajších výskumov v tejto oblasti.[93]

---

90 O'DONOHUE a CIRLUGEA, op. cit., s. 280–291; a O'DONOHUE et al., op. cit., s. 260–261.

91 Ibid.

92 SCHUMAN, Theresa M. Allegations of sexual abuse. In: STAHL, Philip M. (ed.). *Complex issues in child custody evaluations*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1999, s. 43–68. ISBN 978-0761919094; BOLEN, op. cit., s. 109, 221; FALLER, 2007b, op. cit., s. 206; BROWNE, Kevin D. Assessing the Sexually Abused Child as a Witness. In: BROWNE, Kevin D., Anthony R. BEECH, Leam A. CRAIG a Shihning CHOU (eds.). *Assessments in Forensic Practice: A Handbook*. Chichester, West Sussex, UK; Malden, MA, USA: John Wiley & Sons Ltd., 2017, s. 333–353. ISBN 9781118314531; MELKMAN et al., op. cit. 76–85; Podobne, vo vzťahu k sexuálnemu násiliu na ženách výskumné štúdie konzistentne uvádzajú mieru krivých obvinení pod hranicou 10 % (WEISER, op. cit., s. 46–60).

93 V nedávnej dobe sa objavila na trhu publikácia kolektívu autorov – BURNETT, Ros (ed.). *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2016, 328 s. ISBN 9780198723301 – venovaná problematike krivých obvinení z CSA. Kým na jednej strane podotýka,

Kým vedecký svet stále hľadá spôsoby, ako sa čo najviac priblížiť k poznaniu objektívnej skutočnosti, v každodennom živote tak laici ako i profesionáli vyslovujú svoje (neraz trúfalé a hrubo zjednodušené) odhady týkajúce sa výskytu krivých obvinení z CSA vo všeobecnosti alebo konštatovania vzťahujúce sa na konkrétne kauzy. O čo svoje odhady a konštatovania opierajú načrtne nasledujúca kapitola.

3 Riziko predsudkov verzus reálne možnosti detekcie klamstva

3.1 Môže skúsenosť odborníkov z praxe prekonať limity výskumu?

Rovnaké problémy, ktoré limitujú výskum sa v ešte väčšej miere vzťahujú na situácie, kedy sa profesionáli pokúšajú identifikovať rozlišujúce a validné indikátory krivých obvinení z CSA opierajúc sa o vlastnú skúsenosť z riešenia prípadov podozrení z CSA.[94] Spoliehanie sa na profesionálnu skúsenosť (či už vlastnú alebo iných odborníkov) je vo všeobecnosti riskantné. Metaanalýzy štúdií, ktoré boli zamerané na skúmanie vzťahu medzi skúsenosťou a správnosťou klinického úsudku dospeli k záveru, že skúsenosť sama o sebe má na správnosť úsudku zanedbateľný vplyv.[95] Výskumníci si zároveň všimli jeden nešťastný dôsledok rozsiahlej praxe (skúsenosti) – a síce, že časom skúsení odborníci nadobúdajú stále väčší pocit istoty ohľadne správnosti svojich úsudkov – a deje sa to bez toho, aby k skutočnému zlepšeniu správnosti úsudku naozaj dochádzalo.[96]

že akékoľvek pokusy posúdiť prevalenciu krivých obvinení by boli značne špekulatívne, na druhej strane tvrdí, že je pravdepodobné, že skutočná prevalencia krivých obvinení je omnoho vyššia než sa typicky objavuje v diškurze o problematike zneužívania detí a znásilnenia. Kritické recenzie na túto publikáciu (napr. SCORER, Richard. Book review: Wrongful allegations of sexual and child abuse. *New Law Journal* [online]. [cit. 10. 3. 2017]. Dostupné z: https://www.newlawjournal.co.uk/content/book-review-wrongful-allegations-sexual-and-child-abuse; PHOENIX, Jo. Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse. By Ros Burnett (Oxford University Press, 2016). *The British Journal of Criminology*, 2017, roč. 57, č. 6, s. 1527–1530) konštatujú, že ide o zbierku esejí z radov právnikov, vedcov, akademikov a žurnalistov, pričom niektoré z nich sú síce dôležitým príspevkom k debate, ale v zásade zlyhávajú v ukotvení svojich argumentov v literatúre a vedeckých dôkazoch a dokonca sa v nich objavujú aj nesprávne údaje (*ill-informed assertions*). Najväčším prekvapením je, že publikácia nevenuje žiadnu pozornosť základnej akademickej otázke: „ako vieme, že obvinenia sú nepravdivé?" (PHOENIX, op. cit, s. 1527–1530).

94 BRIDGES et al., op. cit., s. 45.

95 SPENGLER, Paul M., Michael J. WHITE, Stefanía ÆGISDÓTTIR, Alan S. MAUGHERMAN, Linda A. ANDERSON, Robert S. COOK, Cassandra N. NICHOLS, Georgios K. LAMPROPOULOS, Blain S. WALKER, Genna R. COHEN a Jeffrey D. RUSH. The meta-analysis of clinical judgment project: Effects of experience on judgment accuracy. *The Counseling Psychologist*, 2009, roč. 37, č. 3, s. 350–399. DOI: 10.1177/0011000006295149; FAUST, David a Kyle A. FAUST. Experts' experience and diagnostic and predictive accuracy. In: FAUST, David (Ed.), *Coping with psychiatric and psychological testimony: Based on the original work by Jay Ziskin* (6th ed.). New York, NY: Oxford University Press, 2012, s. 131–146. ISBN 978-0195174113.

96 FAUST a FAUST, op. cit., s. 131–146; KORKMAN, Julia, Jatta SVANBÄCK, Katarina FINNILÄ a Pekka SANTTILA. Judges' views of child sexual abuse: Evaluating beliefs against research findings in a Finnish sample. *Scandinavian Journal of Psychology,* 2014, roč. 55, č. 5, s. 497–504. DOI: 10.1111/sjop.12147; PELISOLI, Catula, Steve HERMAN, Debora Dalbosco DELL'AGLIO. Child sexual abuse research knowledge among child abuse professionals and laypersons. *Child Abuse & Neglect,* 2015, roč. 40, č. 2, s. 36–47. DOI: 10.1016/j.chiabu.2014.08.010

Profesionálna **skúsenosť s prípadmi CSA** (dĺžka praxe) **nie je sama o sebe zárukou expertízy,** pretože odborníci môžu byť nositeľmi predsudkov a môže im chýbať objektívna spätná väzba.[97, 98] Odborná skúsenosť sama o sebe neopraví mylné presvedčenia a nezvýši odbornosť[99], naopak s dĺžkou praxe môže zároveň narastať aj utvrdzovanie sa v predpojatosti (resp. správnosti vlastného mylného presvedčenia)[100].

V zahraničí je téme subjektivity a predpojatosti[101] profesionálov vo vzťahu k problematike CSA venovaná značná výskumná pozornosť. Výskumníci preukázali, že profesionáli podieľajúci sa na riešení prípadov CSA sú nositeľmi mnohých **mylných presvedčení**, ktoré môžu ovplyvniť vyšetrovanie a posudzovanie týchto prípadov.[102, 103] Napr. aj predsudky o obetiach CSA súvisiace s neznalosťou tzv. kontraintuitívnych (*counter-intuitive*)

---

97 Zo skúsenosti je možné sa správne učiť, iba ak jedinec pritom dostáva nepredpojatú a presnú spätnú väzbu na závery, ku ktorým dospel (DAWES, Robyn M., David FAUST a Paul E. MEEHL. Clinical versus actuarial judgment. *Science*, 1989, roč. 243, č. 4899, s. 1668–1674). Zakaždým, keď odborníci urobia chybu pri posudzovaní prípadov suspektných CSA, pravdepodobne o tom nevedia; a bez jasnej spätnej väzby o správnosti ich záverov, ako môžu použiť svoju skúsenosť na zdokonalenie svojich rozhodnutí a metód? Odborník, ktorý tvrdí, že vďaka skúsenostiam z praxe dokáže rozlíšiť medzi sexuálne zneužívanými deťmi a nezneužívanými deťmi, takmer určite zakladá svoje tvrdenie na dôkazoch s vážnymi nedostatkami a môže trpieť falošnou sebaistotou (BRIDGES et al., op. cit., s. 45).

98 DAWES et al., op. cit., s. 1668–1674; GARB, Howard N. a William M. GROVE. On the merits of clinical judgment. *American Psychologist*, 2005, roč. 60, č. 6, s. 658–659. DOI: 10.1037/0003-066X.60.6.658; FINNILÄ-TUOHIMAA, Katarina, Pekka SANTTILA, Linda BJÖRNBERG, Niina HAKALA, Pekka NIEMI a Kenneth SANDNABBA. Attitudes related to child sexual abuse: Scale construction and explorative study among psychologists. *Scandinavian Journal of Psychology,* 2008, roč. 49, č. 4, s. 311–323. DOI: 10.1111/j.1467-9450.2008.00635.x; FINNILÄ-TUOHIMAA, Katarina, Pekka SANTTILA, Mikael SAINIO, Pekka NIEMI a Kenneth SANDNABBA. Expert judgment in cases of alleged child sexual abuse: Clinicians' sensitivity to suggestive influences, pre-existing beliefs and base rate estimates. *Scandinavian Journal of Psychology*, 2009, roč. 50, č. 2, s. 129–142. DOI: 10.1111/j.1467-9450.2008.00687.x; SPENGLER et al., op. cit., s. 350–399; BRIDGES et al., op. cit., s. 45; KORKMAN et al., op. cit., s. 497–504; PELISOLI et al., op. cit. 36–47.

99 FINNILÄ-TUOHIMAA et al., 2008, op. cit., s. 311–323.

100 PELISOLI et al., op. cit., s. 36–47.

101 V tejto súvislosti sú relevantné viaceré pojmy, často používané ako synonymá: **prekoncept** – osobný názor, subjektívna koncepcia či teória opierajúca sa o intuíciu, individuálnu skúsenosť, alebo aj o dezinformačné vplyvy (napr. z médií); **predsudok** – skreslený názor o určitom jave nezohľadňujúci dôkazy či overené informácie o danom jave; **predpojatosť** (z ang. *bias*) – určitá tendencia, sklon, preferencia v uvažovaní, postojoch, zvyčajne založená na prekoncepte alebo neodôvodnená.

102 DAVEY, Robert I. a Jonathan HILL. A study of the variability of training and beliefs among professionals who interview children to investigate suspected sexual abuse. *Child Abuse & Neglect*, 1995, roč. 19, č. 8, s. 993–942; FINNILÄ-TUOHIMAA, Katarina, Pekka SANTTILA, Mikael SAINIO, Pekka NIEMI a Kenneth SANDNABBA. Connections between experience, beliefs, scientific knowledge, and self-evaluated expertise among investigators of child sexual abuse in Finland. *Scandinavian Journal of Psychology,* 2005, roč. 46, č. 1, s. 1–10. DOI: 10.1111/j.1467-9450.2005.00429.x; FINNILÄ-TUOHIMAA, Katarina. *Expertise and decision making among clinicians in investigations of alleged child sexual abuse. Doctoral dissertation*, Helsinki, Finland: Nordprint Oy, 2009, 120 s. ISBN 978-951-29-3894-0; KORKMAN et al. 2014, op. cit., s. 497–504; PELISOLI et al., op. cit., s. 36–47.

103 Ak sú nositeľmi predsudkov napr. sudcovia, alebo ak si nevšimnú predpojatosť iných odborníkov, ktorí sa na objasňovaní prípadov CSA podieľali, aj rozsudky môžu byť náchylné na chyby (KORKMAN et al. 2014, op. cit., s. 497–504).

reakcií obetí, môžu viesť k neadekvátnemu spochybňovaniu ich dôveryhodnosti[104] a k záverom o tom, že dané prípady sú nepodložené a/alebo že ide o krivé obvinenia.[105]

Everson a Sandoval[106] realizovali výskum predpojatosti na vzorke 1106 profesionálov pôsobiacich na rôznych pozíciách, v ktorých sa podieľali na foreznom posudzovaní suspektných prípadov CSA.[107] Zistili, že rozpory posudzovateľov ohľadne podozrení z CSA možno čiastočne vysvetliť individuálnymi rozdielmi vo výške skóre na škálach merajúcich tri postoje súvisiace s forenzným rozhodovaním:

1. dôraz na **senzitivitu** (*emphasis-on sensitivity*) – t.j. sústredenie sa na minimalizáciu výskytu mylne negatívnych záverov (*false negative error*), aby nedošlo k tomu, že skutočná obeť CSA bude neidentifikovaná a neposkytne sa jej starostlivosť;
2. dôraz na **špecifickosť** (*emphasis-on-specificity*) – sústredenie sa na minimalizáciu mylne pozitívnych záverov (*false positive error),* aby nedošlo k tomu, že nevinná osoba bude odsúdená;
3. **skepticizmus** voči výpovedi detí – jedinci s vysokou mierou skepticizmu pristupujú k suspektným prípadom CSA s apriórnym presvedčením, že vysoké percento prípadov CSA je falošných.[108]

---

104 COSSINS, Anne. Prosecuting Child Sexual Assault Cases: Are vulnerable witness protections enough? *Current Issues in Criminal Justice,* 2006, roč. 18, č. 2, s. 299–317; FANFLIK, Patricia L. *Victim Responses to Sexual Assault: Counterintuitive or Simply Adaptive?* Alexandria, Virginia: American Prosecutors Research Institute, [online]. 2007, 36 s. [cit. 27. 1. 2018]. Dostupné z: http://www.ndaa.org/pdf/pub_victim_responses_sexual_assault.pdf; *Guidelines on Prosecuting Cases of Child Sexual Abuse* [online]. London: The Crown Prosecution Service, 2013, rev. 2017. [cit. 21. 3. 2018]. Dostupné z: http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/child_sexual_abuse/#content; NATIONAL CRIME VICTIM LAW INSTITUTE. Victims' Rights Compel Action to Counteract Judges' and Juries' Common Misperceptions About Sexual Assault Victims' Behaviors. *Violence Against Women Bulletin – Legal publications project of The National Crime Victim Law Institute at Lewis & Clark Law School.* [online]. Portland Oregon, USA, 2014 [cit. 12. 3. 2018]. Dostupné z: https://law.lclark.edu/live/files/17491-countering-common-misperceptions-of-sa-victims; Vysvetlenie kontraintuitívnych reakcií obetí CSA je v slovenskom jazyku dostupné v štúdii: KARKOŠKOVÁ, Slávka. Sexuálne zneužívanie detí: vzorce kontraintuitívnych reakcií obetí. In: HULLOVÁ, Monika (ed.). *Zborník vedeckých štúdií a odborných článkov z medzinárodnej virtuálnej vedeckej konferencie na tému Mravnostná kriminalita ako spoločenský fenomén a možnosti jej kontroly.* Bratislava: Akadémia Policajného zboru, 2015, s. 190–205. ISBN 978-80-8054-647-2.

105 GOODMAN-DELAHUNTY et al., 2016, op. cit., s. 283–314; WEISER, op. cit., s. 46–60.

106 EVERSON, Mark D. a Jose M. SANDOVAL. Forensic child sexual abuse evaluations: Assessing subjectivity and bias in professional judgements. *Child Abuse & Neglect,* 2011, roč. 35, č. 4, s. 287–298. DOI: 10.1016/j.chiabu.2011.01.001.

107 Vo vzorke respondentov boli odborníci z oblasti sociálnoprávnej ochrany detí, odborníci na duševné zdravie, príslušníci orgánov činných v trestnom konaní, advokáti.

108 Autori poznamenávajú, že *skepticizmus* a dôraz na špecifickosť spolu súvisia, ale nie sú to synonymá. Jedinci, ktorí dosahujú vysoké skóre na škále skepticizmu s väčšou pravdepodobnosťou pri rozhodovaní kladú dôraz na špecifickosť. Avšak opačne to nie vždy platí. Človek môže klásť značný dôraz na špecifickosť bez toho, aby bol predpojatý voči výpovedi detí o CSA. Podobne, zdôrazňovanie senzitivity oproti špecificite nevyžaduje presvedčenie, že všetky, alebo väčšina, prípadov CSA je pravdivá (EVERSON a SANDOVAL, op. cit., s. 287–298).

Tieto postoje fungujú ako predsudky alebo predispozície vnímať suspektné prípady CSA ako skôr pravdivé alebo skôr nepravdivé.[109] Určenie toho, či v konkrétnom prípade dieťa (alebo dospelý) klame o CSA, je dôležitá ale náročná úloha, ktorej zvládnutie nepochybne komplikuje, ak má niekto **apriórny postoj** k predmetnej veci.[110]

Neistota (*uncertainty*) je nevyhnutným prvkom pri vyšetrovaní prípadov CSA a výskum týkajúci sa úsudkov a robenia rozhodnutí identifikoval viaceré problémy ľudského úsudku v situáciách neistoty, vrátane kognitívnych skreslení (*cognitive bias*),[111, 112] ktoré môžu viesť k selektívnemu zaobchádzaniu s informáciami, nedostatočnému kritickému mysleniu a opomenutiu zvážiť alternatívne pohľady. Zatiaľ čo správne by mali profesionáli pri vyhodnocovaní komplexných a neistých informácii (dôkazov) začínať s úsudkom, ktorý sa opiera o základný odhad pravdepodobnosti (*base rate probabilities*) danej udalosti alebo javu a až následne tieto pravdepodobnosti upraviť na základe nových informácií (tzv. Bayeziánsky prístup, z angl. *Bayesian approach*), často sa tak nedeje.[113] Jedným z dôvodov je, že profesionáli nepoznajú relevantné výskumné údaje o miere výskytu určitých javov, napr. relevantné údaje o prevalencii CSA alebo o prevalencii krivých obvinení z CSA. Výskumy ukazujú, že za rozhodnutiami profesionálov často stoja **kognitívne skreslenia**,[114] pričom v kontexte podozrení z CSA sú obzvlášť relevantné tieto:

- *konfirmačné skreslenie* (*confirmatory bias*) – tendencia hľadať, interpretovať, uprednostňovať a vyvolávať si z pamäti informácie takým spôsobom, ktorý potvrdí naše už existujúce presvedčenie alebo hypotézy, pričom sa venuje nepomerne menšia pozornosť alternatívnym možnostiam;
- *heuristika dostupnosti* (*availability bias*) – znamená, že pri rozhodovaní uprednostním informácie, ktoré si ľahko vybavíme; vybavujeme si ich ľahko na základe toho, že sa o nich často hovorí (pretriasajú sa napr. v médiách) a javia sa byť rozšírenejšie než v skutočnosti sú.[115]

Na vytváraní presvedčení o vysokej miere krivých obvinení z CSA sa v nemalej miere podieľajú **média**, pre ktorých sú kauzy údajne krivých obvinení v poslednom období

---

109 EVERSON a SANDOVAL, op. cit., s. 287–298.

110 O'DONOHUE et al., op. cit., s. 259.

111 *Kognitívne skreslenie* je systematická, opakovaná chyba v myšlienkových procesoch (uvažovaní, rozhodovaní, odhadoch, spomienkach, zapamätávaní) pričom vyvodené závery o posudzovanej veci môžu byť mylné.

112 FINNILÄ-TUOHIMAA et al., 2009, op. cit., s. 129–142.

113 FINNILÄ-TUOHIMAA et al., 2009, op. cit., s. 129–142.

114 FINNILÄ-TUOHIMAA et al., 2009, op. cit., s. 129–142; GAMBRILL, Eileen. Decision making in child welfare: Constraints and potentials. In: LINDSEY, Duncan a Aron SHLONSKY (Eds.), *Child welfare research: Advances for practice and policy*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 175–193. ISBN 978-0195304961.

115 FINNILÄ-TUOHIMAA et al., 2008, op. cit., s. 311–323; KORKMAN et al., 2014, op. cit., s. 497–504.

lákavou témou.[116] Salter podotýka, že v súčasnom spoločenskom kontexte, keď vychádzajú na povrch ďalšie a ďalšie škandály týkajúce sa CSA, v niektorých oblastiach sa zároveň aj rozmáhajú **stereotypy** o obetiach zneužívania ako o pomstychtivých klamároch a vydieračoch. Dokonca došlo k sformovaniu aliancií medzi niektorými akademikmi a skupinami ľudí presadzujúcimi práva ľudí, ktorí sa stali údajne obeťami krivých obvinení z CSA; čo vzbudzuje potrebu zvýšenej etickej kontroly (*ethical scrutiny*) a prezieravosti pri orientovaní sa v odbornej a vedeckej literatúre.[117]

Predpojatosť je súčasťou ľudskej prirodzenosti a **môže preniknúť aj do sveta vedy**, pretože aj vedci sú len ľudia a môžu mať svoje predsudky a taktiež odlišnú poznatkovú základňu[118] a motívy.[119] Aj keď sa vo vede aplikujú viaceré metódy na redukovanie rôznych skreslení, k nežiadúcim skresleniam môže dôjsť aj tým, že sú výsledky štúdií nadmerne zovšeobecňované a aplikované na komplexné situácie, zahŕňajúce faktory, ktoré je náročné ak nie priam nemožné skúmať v laboratórnych podmienkach.[120] Určité skreslené pohľady (napr. zveličovanie problému sugestibility detí a potenciálu vytvorenia falošných spomienok) v minulosti ovplyvnili aj značnú časť vedeckej literatúry, ktorá sa aplikovala aj na posudzovanie prípadov podozrení z CSA[121] a sýtila tiež mediálny diškurz o údajne vysokom výskyte krivých obvinení z CSA.[122] K tomuto diškurzu v nemalej miere v poslednom období prispieva aj pseudovedecká teória o tzv. syndróme zavr-

116 KITZINGER, Jenny. *Framing abuse: Media influence and public understanding of sexual violence against children*. London; Ann Arbor, MI: Pluto Press, 2004, 236 s., s. 54. ISBN 0-7453 23-31-6.

117 SALTER, Michael. Child sexual abuse. In: DEKESEREDY, Walter S. a Molly DRAGIEWICZ. *Routledge Handbook of Critical Criminology*. 2. vyd. London a New York: Routledge, 2018, s. 316–333. ISBN 9781138656192.

118 Napr. psychológovia zaoberajúci sa výskumom pamäte u detí ako svedkov (*children's eyewitness memory*) sa vo výskume spočiatku nešpecializovali na také témy ako CSA; emočné a sociálne vplyvy, ktoré prispievajú k mlčaniu detských obetí; alebo vplyv traumy na pamäť. Naproti tomu, výskumníci, ktorí sa v súčasnosti venujú výskumu pamäte u detí ako svedkov, sú už v týchto témach zbehlí (GOODMAN, Gail S., Olivia JONES a Cynthia McLEOD. Is There Consensus About Children's Memory and Suggestibility? *Journal of Interpersonal Violence,* 2017, roč. 32, č. 6, s. 926–939).

119 GOODMAN et al., 2017, op. cit., s. 926–939; RYDBERG, op. cit., s. 89–99.

120 GOODMAN et al., 2017, op. cit., s. 926–939.

121 SALTER, op. cit., s. 316–333; GOODMAN et al., 2017, op. cit., s. 926–939; ORR, op. cit., s. 79–94; RYDBERG, op. cit., s. 89–99.

122 V tomto ohľade stoja za zmienku významné prípady údajne krivých obvinení z CSA, z obdobia 80-tych a 90-tych rokov minulého storočia. Tieto prípady boli laikmi a odborníkmi považované za moderný *hon na čarodejnice* pretože údajne v nich chýbali dôveryhodné dôkazy o CSA. Príbehy o *hone na čarodejnice* (*Witch-Hunt Narrative*) obsahovali aj extrémne tvrdenia o tom, že stovky prípadov boli vymyslené a stovky nevinných ľudí bolo odsúdených a uväznených. Dôkladná analýza prípadov ukázala, že v nich existujú dôveryhodné dôkazy o CSA, ktoré boli minimalizované alebo ignorované zo strany médií aj niektorých akademikov, ktorí zveličovali problém sugestibility detí (CHEIT, Ross E. *The Witch-Hunt Narrative: Politics, Psychology, and the Sexual Abuse of Children*. New York, NY: Oxford University Press, 2014, 532 s. ISBN 978-0190465575). To viedlo na jednej strane k mainstreemovej akceptácii presvedčenia o vysokom výskyte krivých obvinení a k spoločenskému podkopávaniu dôveryhodnosti výpovede detí; na druhej strane to zároveň prispelo k významnému progresu v postupoch výsluchu suspektných obetí CSA (LAMB, Nancy Beasley. The Witch-Hunt Narrative: Turning a Blind Eye to the Evidence in the So-Called Name of Justice. *Journal of Interpersonal Violence*, 2017, roč. 32, č. 6, s. 948–955; FALLER, Kathleen Coulborn. The Witch-Hunt Narrative: Introduction and Overview. *Journal of Interpersonal Violence,* 2017, roč. 32, č. 6, s. 784–804).

hnutého rodiča, ktorá predpokladá, že podozrenia z CSA, ktoré sa objavia v kontexte rozvodu či rozchodu rodičovského páru sú spravidla účelové, slúžiace len ako nástroj pomsty a/alebo boja o dieťa.[123] Nekritické osvojenie si premís tejto pseudovedeckej teórie u profesionálov prichádzajúcich do kontaktu so suspektnými prípadmi CSA, môže viesť k mylne negatívnym záverom pri posudzovaní predmetných prípadov.[124]

3.2 Intuícia verzus systematické metódy detekcie klamstva, resp. posudzovania vierohodnosti výpovede

Intuitívne odhaľovanie klamstva je značne nespoľahlivé. Metaanalýza 45 experimentálnych výskumov zameraných na schopnosť ľudí rozlíšiť medzi pravdivými a nepravdivými výpoveďami detí dospela k záverom, že tak laici ako aj profesionáli dosahujú v priemere len 54 % mieru úspešnosti, teda úroveň len málo prekračujúcu hranicu náhody.[125] Profesionáli sú pri detekovaní klamstva oproti laikom v priemere úspešnejší len v nepatrnej miere (56 % oproti 53,2 %).[126, 127]

Za účelom zdokonaliť naše chabé schopnosti odhaliť klamstvo, resp. posúdiť vierohodnosť výpovede, boli navrhnuté mnohé vedecké (aj pseudovedecké) techniky hľadajúce neverbálne, paraverbálne či fyziologické indikátory klamstva, no v posledných rokoch sa pozornosť sústredí na verbálne správanie, resp. na systematickú analýzu obsahu výpovede.[128] Tento prístup je založený na Undeutschovej hypotéze,[129] podľa ktorej to, čo sme skutočne zažili, popisujeme inak ako to, čo si vymýšľame.[130]

123 KARKOŠKOVÁ, 2016a, op. cit., s. 690–709; KARKOŠKOVÁ, 2016b, op. cit., s. 857–877. K tejto problematike pozri napr. aj: *Stanovisko Koalície pre deti Slovensko k reportáži o "syndróme zavrhnutého rodiča" odvysielanej na Jednotke RTVS v relácii Reportéri* [online]. 2017 [cit. 22. 3. 2018]. Dostupné z: http://koaliciapredeti.sk/press/stanovisko-koalicie-pre-deti-slovensko-k-reportazi-o-syndrome-zavrhnuteho-rodica-odvysielanej-na-jednotke-rtvs-v-relacii-reporteri/

124 FALLER, Kathleen Coulborn. Coaching children about sexual abuse: A pilot study of professionals' perceptions. *Child Abuse & Neglect,* 2007a, roč. 31, č. 9, s. 947–959.

125 GONGOLA, Jennifer, Nicholas SCURICH a Jodi A. QUAS. Detecting deception in children: A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 2017, roč. 41, č. 1, s. 44–54. DOI: 10.1037/lhb0000211

126 Ibid.

127 Vrij, ktorý porovnal výsledky 79 štúdií, zistil, že profesionáli sú v porovnaní s laikmi síce viac sebaistí v detekovaní klamstva, ale iba nepatrne úspešnejší (55,9 % oproti 54,3 %) (VRIJ, Aldert. *Detecting Lies and Deceit: Pitfalls and Opportunities*, Chichester: John Wiley & Sons, 2008, 502 s. ISBN 978-0470516256).

128 AMADO, Bárbara G., Ramón ARCE a Francisca FARIÑA. Undeutsch hypothesis and Criteria Based Content Analysis: A meta-analytic review. *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context,* 2015, roč. 7, č. 1, s. 3–12. DOI: 10.1016/j.ejpal.2014.11.002

129 UNDEUTSCH, Udo. The development of statement reality analysis. In: YUILLE, John C. (ed) *Credibility assessment*. Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, s. 101–119. ISBN 978-0792301950.

130 Je to spôsobené odlišnosťou psychických procesov, ktoré sa na vzniku výpovede podieľajú. Pri opisovaní autentických zážitkov hrá dominantnú úlohu epizodická (zážitková) pamäť a ide teda o rekonštrukciu autentických zážitkov. Pri lživej výpovedi musí svedok aktivovať iné kognitívne procesy (napr. poznatky, predstavy), pretože ide o konštrukciu fiktívnych udalostí či príbehov. Klamár sa zvyčajne musí sústrediť na hlavný dej, nemá mentálny priestor pre vymýšľanie detailov či zvláštností, ani pre popisovanie vlastných emócií a myšlienok v udalosti, ktorú vykonštruoval (ČÍRTKOVÁ, Ludmila. Problematika posuzování věrohodnosti. *Právo a rodina*, 2018, roč. 20, č. 3, s. 12–17).

Metóda SVA (*Statement Validity Assessment*), vyvinutá špeciálne na účely posudzovania vierohodnosti výpovedí detských obetí CSA (hoci neskôr sa jej používanie rozšírilo aj na dospelých a na iné kontexty než len CSA), pozostáva zo štyroch krokov: (1) analýzy spisu; (2) pološtruktúrovaného interview; (3) systematickej obsahovej analýzy výpovede (*Criteria-Based Content Analysis* – **CBCA**); a (4) hodnotenia výsledkov predošlého kroku s použitím setu otázok (*Validity Checklist*). Jadrom tejto metódy je tretí krok, v ktorom vyškolený odborník hodnotí v doslovnom prepise výpovede prítomnosť **19 kritérií**, o ktorých sa predpokladá, že sa častejšie vyskytujú v pravdivých než v lživých výpovediach.[131]

Vo všeobecnosti, výpovede, ktoré sú koherentné a konzistentné (logická štruktúra); v ktorých nie sú informácie uvádzané v časovo chronologickom slede (neštruktúrovaná rečová produkcia); a ktoré obsahujú značné množstvo detailov (kvantita detailov), sú s väčšou pravdepodobnosťou pravdivé. **Z hľadiska špecifického obsahu** možné indikátory pravdivosti zahŕňajú zasadenie udalosti do časového a priestorového kontextu alebo ich prepojenie s inými dennými aktivitami a zvykmi; opis interakcií (čo, kto, kde na mieste činu robil); uvádzanie úryvkov dialógov, ktoré zazneli v priebehu činu; uvádzanie neočakávaných komplikácií, dejových zauzlení počas incidentu; uvádzanie nezvyčajných detailov týkajúcich sa ľudí, objektov alebo udalosti, ktoré sú jedinečné, nečakané, prekvapivé a v danom kontexte významné (napr. tetovanie páchateľa); uvádzanie nadbytočných detailov, ktoré sa nevzťahujú k podstatným okolnostiam udalosti, ale dotvárajú príbeh; zmienka o detailoch, ktorým obeť subjektívne nerozumie; uvádzanie detailov, ktoré nie sú súčasťou vyšetrovaného činu ale súvisia s ním (napr. ak svedok popisuje, že páchateľ pred činom hovoril o rôznych svojich sexuálnych zážitkoch); opis vlastného duševného stavu (emócií a myšlienok) v priebehu udalosti; interpretácia pocitov, myšlienok a motívov konania páchateľa. Ďalšie kritéria sa s väčšou pravdepodobnosťou objavujú v pravdivých výpovediach z dôvodov motivácie. Osoby hovoriace pravdu sa až tak nezaoberajú tým, aký dojem robia, zatiaľ čo klamári sa snažia kreovať takú výpoveď, o akej sa domnievajú, že na ostatných pôsobí dôveryhodným dojmom, a vynechať to, o čom sa domnievajú, že by mohlo narušiť ich imidž úprimnosti. V dôsledku toho pravdivá výpoveď s väčšou pravdepodobnou obsahuje **informácie, ktoré sú v rozpore so stereotypmi pravdivosti**: spontánne opravy, spresnenia a doplnenia vo výpovedi; pripustenie, že niektoré veci osoba nevie alebo si ich nepamätá; vyjadrovanie pochybností o vlastnom svedectve (uvádzanie, že niektoré časti môžu vyznievať zvláštne, nepravdepodobne, neuveriteľne); sebakritika alebo sebaodsudzovanie vo vzťahu k niektorým okamihom vlastného počínania; ospravedlňovanie páchateľa. Posledné kritérium sa vzťahuje na **špecifiká trestného činu**, ktorý je predmetom

131 VRIJ, Aldert a Giorgio GANIS. Theories in Deception and Lie Detection. In: RASKIN, David C., Charles R. HONTS, a John C. KIRCHER (eds). *Credibility Assessment: Scientific Research and Applications*, Kidlington, Oxford: Academic Press, 2014, s. 301–374. ISBN 978-0123944337.

vyšetrovania – vierohodná výpoveď obsahuje opis prvkov, ktoré sú pre daný trestný čin typické, hoci sa môžu širokej verejnosti javiť ako kontraintuitívne.[132]

Pri analýze sa hodnotí prítomnosť alebo neprítomnosť uvedených kritérií, a v prípade prítomnosti aj ich stupeň. Predpokladá sa, že čím viac kritérií výpoveď dieťaťa spĺňa (alebo čím sú kritéria výraznejšie prítomné), tým pravdepodobnejšie ide o spomienky, ktoré sú založené na reálne prežitých udalostiach. Avšak **absencia kritérií** nemôže byť interpretovaná ako znak toho, že dieťa klame,[133] pretože **CBCA skóre môže byť ovplyvnené inými faktormi,** než je pravdivosť výpovede, ako sú napr.:[134]

- **psychologické charakteristiky dieťaťa** – napr. staršie deti produkujú výpovede, ktoré typicky obsahujú viac CBCA kritérií než výpovede mladších detí; dieťa si nemusí na udalosti v dostatočnej miere pamätať; môže mať narušenú kognitívnu kapacitu; nemusí byť ochotné spolupracovať;
- **kvalita výsluchu** – schopnosti vypočúvajúceho môžu do veľkej miery ovplyvniť obsah a kvalitu výpovede dieťaťa; napr. ak vypočúvajúci nedal dieťaťu dostatok príležitosti, aby vypovedalo celý príbeh, potom bude výpoveď pravdepodobne obsahovať menej CBCA kritérií; výpoveď môže byť u vysoko sugestibilných detí skreslená, ak boli podrobené navádzajúcim otázkam.

V záverečnom kroku metódy SVA sa majú zvážiť rôzne **alternatívne hypotézy** pre CBCA skóre v posudzovanej výpovedi a tiež zohľadniť iné zdroje informácií (mimo výpovede), aby sa dospelo k stanovisku o vierohodnosti výpovede.[135] Problémom tohto kroku je, že je náročné ak nie priam nemožné zistiť či zmerať, aký presný vplyv mnohé faktory na CBCA skóre mali; a vzniká tak značný priestor pre subjektívne hodnotenia (závery posudzovateľov sa teda môžu rôzniť).[136]

Hoci sa SVA, a jej zložka CBCA, považuje za najrozpracovanejšiu a najviac používanú metódu na posudzovanie vierohodnosti výpovede,[137, 138] zároveň je vnímaná ako

132 VRIJ a GANIS, op. cit., s. 301–374; VRIJ, Aldert. Verbal Lie Detection Tools: Statement Validity Analysis, Reality Monitoring and Scientific Content Analysis. In: GRANHAG, Pär Anders, Aldert VRIJ, a Bruno VERSCHUERE (eds.). *Detecting Deception: Current Challenges and Cognitive Approaches*. 1. vyd. Chichester, West Sussex, UK: John Wiley & Sons, Ltd., 2015, s. 3–35. ISBN 978-1118509753.

133 RASKIN, David C. a Phillip W. ESPLIN. Statement Validity Assessment: Interview procedures and content-analysis of children's statements of sexual abuse. *Behavioral Assessment*, 1991, roč. 13, č. 3, s. 265–291; AMADO et al., op. cit., s. 3–12.

134 VRIJ a GANIS, op. cit., s. 301–374; AMADO et al., op. cit., s. 3–12; CYR, Mireille a Guy BRUNEAU. *False Allegations of Child Sexual Abuse* [online]. INSPQ, Centre de expertise et de référence en santé publique. Gouvernement du Québec, 2012 [cit. 12. 2. 2018]. Dostupné z: https://www.inspq.qc.ca/en/print/sexual-assault/fact-sheets/false-allegations-child-sexual-abuse

135 RASKIN a ESPLIN, op. cit., s. 265–291.

136 VRIJ a GANIS, op. cit., s. 301–374; AMADO et al., op. cit., s. 3–12.

137 AMADO et al., op. cit., s. 3–12.

138 SVA má pôvod vo Švédsku a Nemecku, a okrem týchto krajín sa používa v niektorých štátoch Severnej Ameriky, a v niektorých západoeurópskych krajinách (napr. Holandsko) (VRIJ a GANIS, op. cit., s. 301–374). V Anglicku, Kanade a USA nie je CBCA metóda prípustná ako validný dôkaz pred súdom (AMADO et al., op. cit., s. 3–12).

kontroverzná,[139] nedostatočne validná a reliabilná.[140] Z experimentálnych výskumov, ktoré overovali spoľahlivosť CBCA kritérií v laboratórnych podmienkach vyplýva, že priemerná úspešnosť v rozlíšení pravdivých a nepravdivých výpovedí sa pohybuje na úrovni 63 až 71 %.[141] Pri výskumoch v teréne – na reálnych prípadoch CSA, ktorých pravdivosť (*ground truth*) bola ustálená buď rozsudkom, priznaním páchateľa, medicínskymi nálezmi alebo detektorom lži – miera správnych rozlíšení pravdivej a nepravdivej výpovede dosiahla úroveň 90,2 %.[142] Správnosť rozlíšení v laboratórnych podmienkach a v časti prípadov v teréne je síce výrazne nad úrovňou náhody, ale miera chybovosti zostáva stále značne vysoká, resp. nejasná pretože **neexistujú dáta ohľadne spoľahlivosti SVA metódy v reálnych životných prípadoch**.[143] Preskúmanie presnosti SVA metódy v prípadoch z reálneho života by si vyžadovalo vedieť, čo sa v každom jednom prípade skutočne stalo. Avšak dôkazy, ktoré by bezpochyby spojili alebo s istotou nespojili údajného páchateľa s trestným činom, často chýbajú.[144] Všeobecný problém terénnych výskumov zameraných na odhalenie klamstva je, že výskumníci nevedia, čo sa skutočne v daných prípadoch stalo.[145] Výsledky azda najnovšieho terénneho výskumu opätovne zdôrazňujú, že CBCA je nástroj na meranie miery vierohodnosti výpovede, avšak neumožňuje identifikovať nepravdivé výpovede; autori štúdie preto apelujú na potrebu zvýšenia validity CBCA.[146]

Znalcom, ktorí sa zaoberajú posudzovaním vierohodnosti výpovede údajnej obete CSA, Otgaar et al. adresujú tri **odporúčania**:[147]

1. **Budovanie scenárov** (*scenario-building*). Na začiatku práce (ešte pred čítaním spisu) je potrebné postulovať minimálne dva scenáre: (1) že výpoveď sa zakladá na autentických zážitkoch; a (2) že výpoveď je vyfabrikovaná. Takýto prístup môže znížiť riziko konfirmačného skreslenia (pozri subkapitolu 3.1). Po prečítaní celého spisu možno doplniť ďalšie prieskumné (*exploratory*) scenáre. Úlohou znalca je posúdiť, prvky ktorého scenára sa s väčšou pravdepodobnosťou v danom prípade vyskytujú.

---

139 PAZ-ALONSO, Pedro M., Christin M. OGLE a Gail S. GOODMAN. Children's Memory in "Scientific Case Studies" of Child Sexual Abuse: A Review. In: COOPER, Barry S., Dorothee GRIESEL a Marguerite TERNES (eds.). *Applied Issues in Investigative Interviewing, Eyewitness Memory, and Credibility Assessment*. New York: Springer, 2013, s. 143–171. ISBN 9781461455462.

140 CYR a BRUNEAU, op. cit.

141 AMADO et al., op. cit., s. 3–12; VRIJ a GANIS, op. cit., s. 301–374.

142 AMADO et al., op. cit., s. 3–12.

143 VRIJ, 2015, op. cit., s. 3–35.

144 Ibid.

145 VRIJ, 2015, op. cit., s. 3–35; PAZ-ALONSO et. al., op. cit., s. 143–171.

146 WELLE, Ida, Michel BERCLAZ, Marie-Josee LACASA a Gerard NIVEAU. A call to improve the validity of criterion-based content analysis (CBCA): Results from a field-based study including 60 children's statements of sexual abuse. *Journal of Forensic and Legal Medicine,* 2016, roč. 43, s. 111–119.

147 OTGAAR, Henry, Corine DE RUITER, Mark L. HOWE, Lisanne HOETMER a Patricia VAN REEKUM, P. A Case Concerning Children's False Memories of Abuse: Recommendations Regarding Expert Witness Work. Psychiatry. *Psychology and Law*, 2017, roč. 24, č. 3, s. 365–378.

2. **Preskúmanie okolnosti prvého vyhlásenia** (*statement*). Po vytvorení rôznych scenárov by sa znalec mal sústrediť na okolnosti prvého vyhlásenia. Pokiaľ sa objavilo spontánne, bez navádzajúceho dopytovania, je s väčšou pravdepodobnosťou presné.
3. **Podrobenie konceptu** (*draft*) **posudku nezávislej recenzii**. Koncept znaleckého posudku by mal prečítať expert, ktorý nebude vedieť, čiu prácu hodnotí a zároveň ani hodnotený by nemal vedieť, kto je recenzentom. Úlohou recenzenta je preskúmať koncept a v prípade potreby uviesť kritické pripomienky. Ide o ďalšiu stratégiu na minimalizáciu kontaminujúceho vplyvu konfirmačného skreslenia. Recenzent teda kriticky kontroluje, či znalec na podporu svojich scenárov a záverov starostlivo použil vedeckú literatúru a informácie v spise.[148]

Otgaar et al.[149] konštatujú, že uplatňovanie týchto odporúčaní v praxi môže prispieť k zvýšeniu objektivity posudkov, aj keď plnú objektivitu zaručiť nedokáže. Iní autori[150] podotýkajú, že za účelom poskytovania alternatívnych perspektív a vyvažovania individuálnych predsudkov v procese posúdenia (*assessment*) prípadov môže byť užitočný predovšetkým **multidisciplinárny tímový prístup**. Chybné závery (mylne pozitívne alebo mylne negatívne) postavené na subjektivite a predsudkoch hodnotiteľa, môžu zdevastovať životy dotknutých osôb.[151]

3.3 Výpoveď o minulosti nie je izolovaná od aktuálneho kontextu

Je potrebné reflektovať skutočnosť, že spomínanie je **sociálno-komunikačný akt**, ktorého kvalitu ovplyvňuje nielen to, kto, kedy a na čo spomína, ale aj to, akému účelu má spomínanie slúžiť, v akom prostredí k nemu dochádza, a aká sociálna dynamika v ňom pôsobí.[152] Neexistujú **žiadne univerzálne kritéria** pre hodnotenie pravdivosti spomienok; ich význam, presnosť a reliabilita závisia na hodnotiacich kritériách, ktoré sa aplikujú v konkrétnom prostredí (napr. hodnotenie traumatických spomienok na CSA je v kontexte psychoterapeutického sedenia odlišné než na súde).[153] Keďže zvyčajne nemáme prístup k plnému rozsahu historických dát, na ktorých sa dané spomienky zakladajú, všetky hodnotenia pravdivosti spomienok sú len provizórne.[154]

---

148 Takýto prístup (nezávislé recenzovanie konceptu posudkov) je bežnou praxou medzi holandskými forenznými psychológmi (OTGAAR et al., op. cit., s. 365–378).

149 Ibid.

150 Napr. EVERSON a SANDOVAL, op. cit., s. 287–298.

151 Ibid.

152 BRESCO DE LUNA, Ignacio. From Mind to Context, from Accuracy to Meaning. Exploring the Grammar of Remembering as a Socially Situated Act. *Integrative Psychological and Behavioral Science*, 2016, roč. 50, č. 2, s. 320–332. DOI: 10.1007/s12124-016-9345-7; BROWN, Steven D. a Paula REAVEY. False memories and real epistemic problems. *Culture & Psychology,* 2017, roč. 23, č. 2, s. 171–185.

153 Ibid.

154 BROWN a REAVEY, op. cit., s. 171–185.

Pri akejkoľvek snahe správne „identifikovať“ obete a páchateľov CSA podľa toho, kto akú verziu príbehu rozpráva, treba tiež zohľadňovať, že spomínanie je **rekonštruktívny proces**[155], ktorý nemôže byť ani neutrálny ani objektívny. Minulé skúsenosti nemajú fixný význam. Presnosť spomínania je podriadená významu, aký minulé udalosti majú vo vzťahu k našim cieľom a aktuálnemu konaniu. Pridelenie nového významu minulosti neznamená nevyhnutne jej falzifikáciu, ale iba jej situovanie do širšej interpretačnej schémy, ktorá v čase zážitku nemusela byť dostupná. Preto človek môže o minulých skúsenostiach rozprávať odlišný príbeh v rozličných momentoch a sociálnych kontextoch.[156]

Odhaľovanie pravdy môže byť chápané ako **proces, ktorý sa vyvíja v čase**.[157] Značná časť reálnych obetí až s odstupom času dospeje k porozumeniu, že to, čo sa stalo malo charakter zneužívania a väčšina reálnych páchateľov bude svoje skutky popierať a tvrdiť, že sú obeťami krivého obvinenia[158] dokonca aj vtedy, keď ich súd uzná vinnými. Aj vo vzťahu k podozreniam z CSA, ktoré sa vynoria v kontexte poručenských sporov, sa pri poctivej analýze časom ukáže, že vo väčšine prípadov napokon nejde o krivé (zlovoľné) obvinenia ale o úprimnú obavu o blaho dieťaťa.[159] Ako obavy o dieťa vznikli a ako sú prežívané môže byť klinicky dôležitejšie než obsah a pravdivosť obvinení; pre porozumenie podozreniam z CSA sa preto v takýchto prípadoch odporúča skôr dlhodobejšia psychoterapeutická intervencia než právne riešenia.[160]

Záver

Široká škála faktorov, ktoré ovplyvňujú presnosť pamäte (nielen u detí), činí náročným, ak nie priam nemožným, predvídať s presnosťou, či je výpoveď konkrétneho svedka pravdivá alebo nie; veda ešte nedospela do bodu, v ktorom by vedela ponúknuť súdom

155 Teda nie presná reprodukcia, pretože jedinec nie je iba pasívny prijímateľ, uskladňovateľ a reprodukovateľ podnetov.

156 BRESCO DE LUNA, op. cit., s. 320–332.

157 BROWN a REAVEY, op. cit., s. 171–185.

158 Najjednoduchšia forma lži u páchateľov je **popieranie** skutku. Z psychologického uhla pohľadu nemožno ani vylúčiť, že v dôsledku mechanizmov tzv. kognitívnej disonancie a pôsobenia autosugescie páchateľ časom sám sebe uverí a bude sa cítiť ako nevinný. To tiež vysvetľuje jeho urputnosť v boji za očistenie reputácie (ČÍRTKOVÁ, 2018, op. cit., s. 12–17). – V tejto súvislosti stojí za to prečítať si **o pozadí vzniku a o kontroverzných reprezentantoch nadácie tzv. syndrómu falošnej pamäte** (*False Memory Syndrome Foundation*) (ORR, op. cit., s. 79–94; RYDBERG, op. cit., s. 89–99). Samotný termín falošná pamäť bol konštituovaný skôr ako sociálna a politická kategória, reflektujúca záujmy určitej skupiny, než „vedecká“ kategória, ktorá by sa opierala o vedecké dáta. Výskum zameraný na „falošné spomienky“ v skutočnosti nepreukázal, že by bolo možné niekomu implantovať falošné spomienky na zneužívanie v detstve a neponúkol ani žiadne kritéria, pomocou ktorých by bolo možné efektívne rozlíšiť populáciu „pravých“ obetí od „falošných“ obetí (BROWN a REAVEY, op. cit., s. 171–185).

159 BLACK et al., op. cit., s. 482–496.

160 AWAD, George A. a Hanna McDONOUGH, H. Therapeutic management of sexual abuse allegations in custody and visitation disputes. *American Journal of Psychotherapy,* 1991, roč. 45, č. 1, s. 113–123; BLACK et al., op. cit., s. 482–496. DOI: 10.1176/appi.psychotherapy.1991.45.1.113

na túto otázku konečnú odpoveď[161] opierajúc sa o nejaký spoľahlivý nástroj či metódu.[162] Na rozpoznanie klamstva neexistuje žiadny „lakmusový test", žiadne zaručené triky založené na pozorovaní neverbálneho správania svedka.[163] Okrem toho, ani úsudok profesionálov opierajúci sa o profesionálnu skúsenosť, intuíciu či „sedliacky rozum"[164] nie je pri detekovaní klamstva – resp. posudzovaní vierohodnosti výpovede, vierohodnosti celého prípadu suspektného CSA a pri odhadoch prevalencie krivých obvinení z CSA – nijako významne spoľahlivejší než úsudok laikov.[165] Preto treba zaujať **skeptický postoj voči sebaistým úsudkom**, ktoré sa v tomto ohľade neraz objavujú[166] tak v laických ako i odborných kruhoch.

Na mnohé otázky týkajúce sa problematiky CSA má vedecký svet už jasné odpovede, kým na iné otázky odpovede ešte stále hľadá. Ale niekedy aj samotná rekapitulácia toho, čo už vieme a kam naše poznanie ešte nedospelo, pomáha otvárať oči a zbavovať sa trúfalých domnienok a predsudkov. Dúfame, že táto štúdia prispeje k reflexii problematiky krivých obvinení z CSA a snáď aj k osvojeniu postoja pokory a bázne zoči voči prípadom podozrení z CSA, v ktorých chýbajú jasné dôkazy – prípadom, v ktorých *princíp prezumpcie statusu obete* nemá o nič menšie opodstatnenie než *princíp prezumpcie neviny* vo vzťahu k páchateľovi.

---

161 Otázka, či vypočúvaná osoba pri svojej konkrétnej výpovedi hovorí pravdu alebo klame, je otázkou právnou, preto ju v konečnom dôsledku musí na podklade hodnotenia dôkazov vyriešiť súd.

162 GOODMAN et al., 2017, op. cit., s. 926–939.; MELKMAN et al., op. cit., s. 76–85; CYR a BRUNEAU, op. cit.

163 ZAJAC, Rachel a Deirdre A. BROWN. Conducting Successful Memory Interviews with Children, *Child & adolescent social work journal*, 2018, roč. 35, č. 3, s. 297–308.

164 Odvolávanie sa na sedliacky rozum sa objavuje napr. v nedávno uverejnenom rozhovore so skúsenou českou policajnou vyšetrovateľkou, ktorá tvrdí, že v kontexte rozvodov/rozchodov rodičov je drvivá väčšina obvinení zo zneužívania detí falošná (KOZELKA, Petr. *Vyšetřovatelka: Proč jsou rozvádějící se otcové tak často obviňováni ze zneužívání dětí* [online]. 2018 [cit. 26. 4. 2018]. Dostupné z: https://www.novinky.cz/domaci/469690-vysetrovatelka-proc-jsou-rozvadejici-se-otcove-tak-casto-obvinovani-ze-zneuzivani-deti.html).

165 O'DONOHUE a CIRLUGEA, op. cit, s. 291; O'DONOHUE et al., op. cit, s. 261; MELKMAN et al., op. cit., s. 76–85.

166 O'DONOHUE a CIRLUGEA, op. cit, s. 291; O'DONOHUE et al., op. cit, s. 261.

Abuse of Discretionary Powers in Administrative Law. Evolution of the Judicial Review Models: from "Administrative Morality" to the Principle of Proportionality*

Jerzy Parchomiuk**

Abstract

Abuse of power is one of classic concepts in administrative law. According to the classical approach, this concept is based on the assumption that the scope of discretion of public administration bodies is defined, beside competence norms, procedural and legal grounds for action, also by the objective for which the discretionary powers was granted. The classic concept has evolved over the years. It is also evident that its importance has been in decline nowadays. The priority objectives of my study concerned more practical than theoretical aspects of the topic. The key issue of my work is to analyze how courts have changed their approach to the judicial review of the discretionary powers of public administration. I set myself two goals in this study: first, I would like to indicate the fundamental direction in which the classic concept of abuse of power evolves. Secondly, I would like to describe the contemporary role of this concept and to response whether it can still be an effective instrument to protect an individual from arbitrary decisions of the public administration.

Keywords

Discretionary Powers; Abuse of Power; Principle of Proportionality; Excess of Power; Ultra Vires; Judicial Self-restraint.

Introduction: Public administration between binding and freedom of action

The problem of binding and freedom of administration is one of the most contentious issues of administrative law (*questio diabolica*). It's about finding a balance between two conflicting goals. On the one hand, the administration must have a certain scope of freedom to carry out its tasks. On the other hand, excessive freedom granted to the administration can lead to violations of the fundamental rights of an individual.

The key element of the guarantee of individual freedom is judicial review of public administration. Therefore, it is a matter of dispute to which extent the public administration is subject to judicial review when performing the tasks entrusted. It is about

* The paper was prepared as part of the research project „Abuse of Rights in Administrative Law", financed from funds of the National Science Centre, Poland (Ref. UMO-2015/17/B/HS5/00430).

** Jerzy Parchomiuk, Ph.D., Assistant Professor, Department of Administrative Law, The John Paul II Catholic University, Lublin, Poland E-mail: parchom@kul.pl

appropriate separation of functions: the public administration is to implement the administrative policy, while the role of administrative courts is to review whether this function is correctly exercised under the legal provisions governing the activity of the administration. The consequence of separation of these functions is that the judicial review is limited to the criterion of legality and that the court's function to directly correct administrative decisions is waived. Due to the separation of functions, the court cannot substitute the administrative body, and it cannot take a discretionary ruling instead of the ruling the body has issued under its discretionary power[1]. The key question is who has the decisive voice, and who makes the final decision (*Letztentscheidung*)?[2]

The whole doctrine of errors in discretionary powers, and the concept of abuse of discretionary powers constituting its element, is a way of search for the right balance between the freedom of action and the fact the administration is bound with law.

The key issue of my work is to analyze how the courts have changed their approach to the judicial review of discretionary powers of public administration. The priority objectives of my study concerned more practical than legal aspects of the topic.

Due to the limited scope of the article, I cannot make too much detailed considerations. For this reason, I focus on the model analysis: I try to point out some basic trends in case law. With this model, I focus on the analysis of the basic evolutionary tendencies in the legal systems I consider to be the most representative (German, French and English) because of the impact they have had on case-law and scholarly opinion in other systems. For the same reasons, I give up the analysis of the abuse of powers in the sphere of the use of indefinite terms. It is a comprehensive issue, characterized by specific features and requiring a separate study.

1 The essence of the problem – abuse as the application of discretionary powers contrary to their intended purpose

The scholarly approach to the problem of abuse of discretionary powers in various legal systems is diverse. Regardless of some differences, the essence of the problem is similar in all legal systems. All the legal constructs based on the concept of abuse of discretionary powers use a teleological element: the abuse is an authority's error in the exercise of discretion in a way inconsistent with the intended purpose this sphere of freedom of action was granted for. The purpose should be determined based on a teleological interpretation of the competence norm.

1 German Federal Administrative Court: 9 Mai 1956 (III C 123.54, BVerwGE 3, 279); WOLFF, Hans J., Otto BACHOF and Rolf STOBER. *Verwaltungsrecht I*. München: C. H. Beck, 1994, p. 378. ISBN 3-406-08061-8; HÄFELIN, Ulrich and Georg MÜLLER. *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Zürich: Schulthess, 1998, p. 93-94. ISBN 3-7255-3778-X; RODE, Lars-Henrik. *§ 40 VwVfG und die deutsche Ermessenslehre*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003, pp. 95–98. ISBN 3-631-50308-3.

2 MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C. H. Beck, 2011, p. 142. ISBN 978-3-406-61452-1.

All public administration activities are "teleologically determined". In contrast to an individual who can freely choose the purpose of his or her actions, the public administration must pursue specific objectives set by public tasks. Each competence to act within discretionary power was entrusted by the legislature for the pursue of specific objectives. This thesis is referred to as "purpose axiom". It is the administrative body's obligation to implement the purpose of the act, the body may not pursue an objective other than set by the legislature. If the body is guided by other reasons, or where it points to the alleged fulfilment of the legitimate objective in order to hide the actual intentions, then its decision is unlawful, illegal[3].

The EU administrative law also points out that the political freedom of the EU institutions is very much determined on a teleological basis, even more than it is for national authorities. For these reasons, EU bodies are not vested with overall, all-embracing powers, but specific powers. Secondly, these powers are strictly purpose bound[4].

The purpose-bound character of powers may form an important source of their limitation. On the other hand, there are certain factors that determine a very wide range of discretionary powers of the EU institutions. First of all, objectives to be pursued by the EU institutions can not be too strictly defined as there is a need to find a broad political compromise when negotiating and concluding the treaties. Secondly, sources of the powers are mainly of political nature, and this means that the EU institutions should themselves determine, within defined limits, the directions of the policy to be pursued. Thirdly, a wide margin of discretion is necessary due to the fact that the conditions in which these decisions are being made are enormously complex. The number of factors to be taken into account by the EU institutions often exceeds the complexity of the problems faced by national authorities. Consequently, judicial review is similar to the review of reasonableness (German: *Vertretbarkeit*) of a discretionary decision[5].

The EU courts have pointed out that Community institutions enjoy a margin of discretion in the choice of the means needed to carry out their policies under the treaties. This is particularly true for activities undertaken in the field of the common organization of the markets whose purpose involves constant adjustments to meet changes in the complex economic situation and to take into account an enormous spectrum

---

3 CRAIG, Paul. *Administrative Law*. 7. ed. London: Thomson, 2012, p. 568. ISBN 978-0-414-0229907; BRINKTRINE, Ralf. *Verwaltungsermessen in Deutschland und England*. Heidelberg: C. F. Müller, 1997, p. 379. ISBN 3-8114-8398-6.

4 BEBR, Gerhardt. *Development of Judicial Control of the European Communities*. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1981, p. 117. ISBN 978-90-24-7254-10.

5 Von DANWITZ, Thomas. *Europäisches Verwaltungsrecht*. Heidelberg: Springer, 2008, p. 370. ISBN 978-3-540-79877-4; KLATT, Matthias a Johannes SCHMIDT. *Spielräume im öffentlichen Recht: zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*. Tübingen 2010, pp. 97–99. ISBN 978-3-16-150564-5.

of divergent interests[6]. The judicial review of such an appraisal must therefore be limited to verifying whether the procedural rules have been complied with, whether the facts on which the contested choice is based have been accurately stated, and whether there has been a manifest error in the appraisal of those facts or a misuse of powers[7]. Pursuant to 263(2) TFEU, misuse of powers is one of the conditions for judicial review of the legality of legal acts adopted by EU bodies. As *Gerhardt Bebr* put it, this is the most radical and the most perplexing of all the grounds of illegality of an act[8].

In a more general perspective, activities of the administration must be driven by its pursue of the general interest (French: *intérêt général*). Looking from a more detailed perspective: legal regulations assign particular objectives to specific powers[9]. Legal regulations may define the objectives of administration activities in a negative way: by ruling out their implementation (any act taken by an official to pursue his or her personal interest, *intérêt personel*, is defective), or in a positive way, by assigning specific objectives to specific powers. Any activity aimed at achieving an objective other than that specified in detail by the Act will be defective[10].

Abuse of power in the classical approach involves the failure to comply with the above rules. It is a defect of an administrative act consisting in that the body exercised its competences to pursue an objective different from the one for which those powers were granted. In other words, misuse of power involves infringe the purpose of the powers granted to the body[11].

6 European Court of Justice: 28 October 1982, 52/81, *Faust*, ECLI:EU:C:1982:369, § 27; 5 October 1994, C-133/93, C-300/93 & C-362/93, *Crispoltoni*, ECLI:EU:C:1994:364, § 57; 29 February 1996, C-296/93 & C-307/93, *French Republic and Ireland v Commission*, ECLI:EU:C:1996:65, § 59. Court of First Instance: 20 March 2001, T-52/99, *T.Port*, ECLI:EU:T:2001:97, § 94; 10 February 2004, T-64/01 & T-65/01, *Afrikanische Frucht Compagnie*, ECLI:EU:T:2004:37, § 83-84.

7 European Court of Justice: 27 September 2007, C-351/04, *Ikea Wholesale*, ECLI:EU:C:2007:547, § 40, 41; 16 February 2012, C-191/09 P & C-200/09 P, *Commission v Interpipe Niko Tube and Interpipe NTRP*, ECLI:EU:C:2009:454, § 63; 4 September 2014, C-21/13, *Simon, Evers & Co GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, ECLI:EU:C:2014:2154, § 29.

8 BEBR, op. cit., p. 117.

9 DUBOUIS, Louis. *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*. Paris: LGDJ, 1962, p. 299; WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2008, p. 606. ISBN 978-2-247-07913-1; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 496. ISBN 978-2-275-02075-6.

10 DUPUIS, Georges, Marie-Jose GUÉDON a Patrice CHRÉTIEN. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2009, pp. 494–495. ISBN 978-2-247-08059-5.

11 DUBOUIS, op. cit., pp. 29, 31; VIDAL, R. L'evolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative. *Revue de Droit Public*, 1952, no. 2, p. 275; CHAPUS, René. *Droit administratif général. Tome I*. Paris: Motchrestien, 2001, p. 1048. ISBN 978-2-7076-1266-9; GAUDEMET, op. cit., p. 495; WALINE, op. cit., p. 606. Similarly in the Belgian law: BATSELÉ, Didier, Tony MORTIER and Martine SCARCEZ. *Manuel de droit administratif*. Bruxelles: Bruyllant, 2010, p. 851. ISBN 978-2-8027-2881-8; Dutch law SEERDEN, Rene and Fritz STROINK. Administrative law in the Netherlands. In: SEERDEN, Rene and Fritz STROINK. *Administrative law of the European Union, its member states and the United States: a comparative analysis*. Antwerpen: Intersentia, 2002, pp. 168–169. ISBN 90-5095-251-8); Spanish law (*desviacion de poder*) RETORTILLO BAQUER, Sebastian M. La desviación de poder en el derecho español. *Revista de administración pública*, 1957, no. 22, pp. 129–130; CLAVERO ARÉVALO, Manuel F. La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del tribunal supremo. *Revista de administración pública*, 1959, no. 30, pp. 105–107; Italian law (*sviamento di potere*) CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffré Ed., 2004, p. 265.

This comprises two groups of cases. The first one concerns the intention to achieve an objective out of the public interest, expressed in actions dictated by private motives (*préoccupations d'ordre privé*)[12]. The illegality of activities of the body, which fails to comply with the basic directive of acting in the public interest and is motivated by private motives, is manifest. French scholars of law provide a whole range of case law examples illustrating this type of abuse of powers: the mayor (*mer*) has dismissed the police officer who opened an investigation due to a violation of the provisions on the sale of alcoholic beverages against a shopkeeper who is a relative of mayor; the mayor has used his police competences to limit the operation of the dance hall that competes with his alcohol store; the authority has introduced a traffic ban in front of the private house in order to satisfy its owner; the mayor has issued an order to move the municipal marketplace to another place where merchants from other towns had limited parking options, the order was officially motivated to improve traffic, whereas in essence it was about the protection of local merchants, who bought permanent places in the marketplace; the cases of transfer to another post or dismissal of officials due to political motives; deliberate prolongation and interruption of the city council deliberations to delay the construction of the TGV rail section.[13].

The second group of cases is more subtle. It comprises situations when the objective pursued by the public administration remains in the sphere of public interest, but it is not an objective assigned in the act to this powers. In other words, while issuing the act, the body acted in the public interest, but other than that which was supposed to be pursued pursuant to the law[14]. A specific example is the use of police and administrative powers not to enforce public order, but in the fiscal interest of the state or a municipality.

An illustration can be the classic judgements of the French Council of State (*Conseild'Etat*) of November 26, 1875, in cases *Pariset* and *Laumonnier-Carriol*, in which the Court has used the concept of *détournement de pouvoir* for the first time. The Act of August 2, 1872, made the expropriation of match factories, which became hence the subject of the monopoly of the state. The Act also provided compensation for expropriated entrepreneurs. To reduce the amount of these damages, the finance minister ordered the prefects to close some factories directly on the pretext that their activities are incompatible with the provisions on hazardous, arduous or polluting plants. The Council of State declared the prefects' orders invalid, considering that they had applied their police powers to achieve a goal other than that for which they were entrusted[15].

---

12 CHAPUS, op. cit., p. 1049; DUPUIS, GUÉDON, CHRÉTIEN, op. cit., p. 655; LOMBARD, Martine and Gilles DUMONT. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2007, p. 483. ISBN 978-2-247-07526-3; WALINE, op. cit., p. 606.

13 Cited in: CHAPUS, op. cit., p. 1049, WALINE, op. cit., p. 606.

14 DUBOUIS, op. cit., p. 31; WALINE, op. cit., p. 607; CHAPUS, op. cit., p. 1051; LOMBARD, DUMONT, op. cit., p. 483.

15 Cited in: WALINE, op. cit., p. 607; CHAPUS, op. cit., p. 1052.

Similar ideas lay at the heart of the classic German concept of external and internal limits of discretionary powers. The external limits set the area beyond which the public administration remains closely bound by law. They are composed of norms defining powers, procedure and substantive legal conditions for action. Within this area, there are further limits delineated by objectives for which the freedom of action was granted to body. These boundaries define the permitted or forbidden motives for the action of the public administration. Accordingly, the body's error may consist in crossing the external borders, which is referred to as exceeding discretionary powers (*Ermessensüberschreitung*) or may involve crossing the internal borders, referred to as abuse of discretionary powers (*Ermessensmi*βbrauch)[16].

The evolution of judicial review of administrative discretionary powers was aimed at extending the scope of control by courts. Initially, it was considered that judicial review could only cover the excess of external borders, since discretionary acts (*freies Ermessen*) were not subject to judicial review[17]. With time it has been noticed, however, that statutory norms may not be violated also in the case of exercise of discretionary powers. As a result, the administrative court should review the compliance by the authority with both external and internal limits of the exercise of discretionary powers[18]. These classical considerations are reflected in contemporary regulations defining the administrative court jurisdiction in terms of verification of the legality of administrative activity[19].

The key legal factor which determines the exercise of discretionary powers is the obligation to comply with the objectives of statutory authorisation. This is also related to the requirement to issue discretionary decisions on the basis of a factual point of view and after a comprehensive balancing of the public interest and individual interests[20]. This may be illustrated by the judgment of the German *Bundesverwaltungsgericht* of January 31, 1967, which indicated that in the case of a public assembly it would be an action deprived of substantive grounds, and hence unlawful, if the order to dissolve the assembly was dictated by the desire to prevent a public expression of a certain worldview or political views[21].

---

16 Von LAUN, Rudolf. *Das freie Ermessen*. Lepizig-Wien: Deuticke, 1910, pp. 114–117.

17 Von LAUN, op. cit., pp. 219–220.

18 FLEINER, Fritz. *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1928, pp. 133–134.

19 See: § 114.1 German Code of Administrative Court Procedure (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO): "*Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist". See also: § 40 of German Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) of 25 May 1976: "Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten*".

20 WOLFF, BACHOF, STOBER, op. cit., p. 377; RODE, op. cit., p. 89.

21 BVerwGE 26,135,140.

In general terms, abuse of discretionary powers means an infringement of these requirements. The body abuses his powers when it pursues other objectives than those for which it has been granted discretionary powers, and it does not take into account the intentions of the lawmakers. The term of abuse also includes cases of non-legal (personal or political) motives that are not included in the criteria resulting from the objectives for which the body was granted discretionary power[22]. For example, as indicated by the *Bundesverwaltungsgericht* in the judgment of January 19, 2005, in the selection of persons who will be appointed for military service, the conscription bodies have discretionary powers. The bodies are guided primarily by public interest, expressed in the demand for conscripts, and not the private interest of persons subject to the obligation to serve. The person covered by the appointment may not defend himself with the argument that other persons subject to the obligation have not been appointed. However, a person subject to military service has the right to demand that the authority decide to put him into service in a manner free from arbitrariness, i.e. without following any irrelevant motives or intending to harm him. In this case, not only abuse of powers entrusted to the authority takes place, but also interference in the protected rights of the conscript. No citizen in the rule of law state can put up with the arbitrary decision of the authority deliberately aimed at violating his rights. In such situations, the citizen has the right to demand the repeal of this type of decision or its harmful effects[23].

The classical English administrative law and case law have dealt with the problem of abuse of power in a similar way.

The conceptual category of abuse of discretionary powers in common-law culture terms is much more voluminous than in continental approaches. The key is not whether the body went beyond the boundaries delineated by the statutory authorisation. It is more the question, whether sovereign powers using by the body were not misused or insufficiently grounded. Thus, the court enters the area of review of the merits and substance of the decision and the grounds for it[24].

The traditional basis of judicial review of administrative activities is the doctrine of *ultra vires*, which in brief means that a body is prohibited to act outside jurisdiction, which

---

22 MAURER, op. cit., pp. 149–150; RODE, op. cit., pp. 90–92, 99.

23 BVerwGE 122, 311, 315: "*Der Wehrpflichtige braucht aber nicht jede Auswahlentscheidung der Behörde ohne die Möglichkeit der Gegenwehr hinzunehmen. Namentlich kann er verlangen, dass die Behörde über seine Heranziehung oder Nichtheranziehung zum Wehrdienst frei von Willkür, d.h. ohne die Absicht entscheidet, ihn in sachwidriger Weise zu benachteiligen. In einem derartigen Fall liegt nicht nur ein Missbrauch des der Behörde eingeräumten Ermessens und damit eine Verletzung von objektivem Recht, sondern darüber hinaus auch ein Übergriff in die verfassungsrechtlich geschützte Individualrechtssphäre des Wehrpflichtigen vor, die dieser abzuwehren berechtigt ist. Denn kein Bürger braucht im Rechtsstaat eine ihn gezielt benachteiligende Willkürentscheidung der Behörde zu dulden; vielmehr kann er unter Berufung auf das jeweils berührte Grundrecht die Aufhebung dieser Entscheidung oder ihrer benachteiligenden Wirkungen erreichen*".

24 Por. WOOLF, JOWELL, LE SUEUR, op. cit., p. 544.

is the key feature of the entire administrative law. Exceeding the limits of the powers by the administrative body may be expressed in three classic forms: excess of power, abuse of power and violation of procedural rules[25].

The concept of *ultra vires* is based on the assumption that the legislature grants discretionary powers with a certain objective to be pursued. Using discretionary powers in a way inconsistent with the will of the legislature is an unlawful act[26]. In other words, the authority exceeds its powers when it does not comply with the limits of the discretion margin granted to it, referred to *expressis verbis* or implicitly in the statutory authorisation.

The most characteristic weaknesses as to the purpose are cases in which the body acted for political reasons, which have no connection with the legal fundament of the competence. An example is the case R. *v. Ealing London Borough Council, ex parte Times Newspaper Group* of 1987[27]. According to the *Public Libraries and Museums Act* of 1964, the Ealing district council in London was committed to providing a comprehensive and effective library service to all interested users. In implementing this broad and quite vaguely defined obligation, which gives the body a wide sphere of decision-making flexibility, the body should also take into account the needs of users. When there was a long-standing labor dispute between the *Times* publishing group and trade unions, dominated by the labor party members, the Council decided to remove all magazines of this publishing group from the offer of the library as part of solidarity with the strikers. The *Times* group questioned effectively this "excommunication" before the court.The Court considered that the decision of the Council was motivated by the desire to support the workers' fight against the tyranny of the employer and to punish the latter for his actions by excluding from the offer his magazines. In this way, the Council interfered in the labor dispute, and this political motif has nothing to do with the purpose of the provisions of the Public Libraries Act, which constitute a source of power to act under discretionary powers.

Another example of the use of discretionary powers to achieve a wrong purpose may be the *Magill v. Porter* case[28], in which the conservative leaders of the Westminster City Council used their powers to make decisions in the field of municipal housing economy, to increase the number of apartments for persons under court guardianship to encourage them to vote for the conservative party in future elections. The District Auditor questioned the legality of these activities, and the House of Lords upheld his decision. The Lords indicated that although the Council's competence in the field of using municipal real estate is very wide and although elected politicians are entitled to act in a way

25 WADE, William and Christopher FORSYTH. *Administrative Law*. 9. ed. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 35–36. ISBN 0-19-926995-5.

26 CRAIG, 2012, op. cit., p. 5.

27 High Court (Queens Bench Division): 6 November 1987; (1987) 85 L.G.R. 316.

28 House of Lords: 13 December 2001; [2001] UKHL 67.

that can be supported by the electorate, they can only act to achieve public goals for which they have been entrusted with the imperative powers. Powers conferred on a local authority may not lawfully be exercised to promote the electoral advantage of a political party.

In the case *R. v. Lewisham London Borough Council, ex parte Shell U.K. Ltd.*[29], the London City Council, pursuing its generally defined obligation to improve relations between the communities inhabiting the commune, resulting from the Race Relations Act of 1976, decided not to buy *Shell* products. The boycott was meant to influence the global concern to end its economic activity in South Africa (due to the apartheid issue in the country). The court repealed the act, stressing that maintaining trade relations with South Africa is not illegal, so an attempt to influence the concern by boycotting its products meant striving to achieve an unlawful goal.

Courts derive the non-defined limits of administrative powers from certain basic standards of using discretionary powers. The discretionary powers should be exercised reasonably and in good faith, only the relevant factors in the case should be taken into account, it is unacceptable to compromise in any way entrusted functions, the decision cannot be arbitrary or constitute a caprice of the authorities[30].

One of examples of arbitrary criteria used by the body is the decision in the *Wheeler v. Leicester City Council* case[31], where the municipality refused to provide the rugby club with communal sports facilities for the reason that the club members did not support the political position represented by the majority in the municipal council, which was expressed in taking part in the rugby competition in South Africa during the apartheid period.

Another example is the case of *R. v. Port Talbot Borough Council, ex parte Jones*[32], in which the decision to postpone the request for granting social housing from urban resources by giving priority to an application at the bottom of the list, was considered unlawful, because it was supported by arbitrary criteria. The motivation for changing the order of applications was the intention of the decision maker to increase their chances in the upcoming elections by supporting certain people.

---

29 High Court (Queens Bench Division): 21 October 1987; [1988] 1 All E.R. 938.

30 WADE, FORSYTH, op. cit., p. 350. See also a statement by Lord Denning in Case *Breen v. Amalgamated Engineering Union*: "*The discretion of a statutory body is never unfettered. It is a discretion which is to be exercised according to law. That means at least this: the statutory body must be guided by relevant cosiderations and not by irrelevant. If its decision is influenced by extraneous cosiderations which it ought not to have taken into account, then the decision cannot stand. No matter that the statutory body may have acted in good faith; nevertheless the desion will be sey aside*" (Ibid., p. 358).

31 House of Lords: 25 July 1985, [1985] UKHL 6.

32 High Court (Queens Bench Division): 2 January 1988; ([1988] 2 All E.R. 207 (214).

The concepts developed under national legal systems have influenced to the premises of abuse of power in the EU courts case law in view of Article 263(2) TFEU and earlier treaty regulations indicating the conditions for the annulment of an act of an EU institution[33]. According to the general definition developed in the case-law, abuse of powers occurs when it can be stated on the basis of objective, relevant and consistent factors that the act was adopted by the EU institution with the exclusive purpose, or at any rate the main purpose, of achieving an end other than that stated or evading a procedure specifically prescribed by the Treaty for dealing with the circumstances of the case[34].

2 Abuse of discretionary powers and "administrative morality"

The concept of abuse of right is strongly characterised by axiology. It is connected with the negative assessment of the entity using a right in a manner inconsistent with commonly accepted social values that form the basis for the axiology of the entire legal system. Abuse of right means an action that is negatively assessed not only in the legal perspective but also in the moral perspective.

As I have already mentioned, the classical approach of the concept of abuse of discretionary powers involves subjective evaluation criteria referring to the mental states of an official, i.e. bad faith or personal motives.

---

33 BEBR, op. cit., p. 117; CRAIG, Paul. *EU Administrative Law*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 462. ISBN 978-0-19-929680-4; TOTH, Alexander. *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*. Oxford 2005, pp. 368–369. ISBN 978-01-98256-007; CLEVER, Friedrich. *Ermessensmißbrauch und détournement de pouvoir nach dem Recht des Europäischen Gemeinschaften im Licht der Rechtsprechung ihres Gerichtshofes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967, pp. 15–17.

34 European Court of Justice: 21 December 1954, 1/54, *French Republic v High Authority of the European Coal and Steel Community*, ECLI:EU:C:1954:7; 4 February 1982, 817/79, *Buyl and Others v Commission*, ECLI:EU:C:1982:36, § 28; 13 November 1990, C-331/88, *Fedesa*, ECLI:EU:C:1990:391, § 24; 12 November 1996, C-84/94, *United Kingdom v Council*, ECLI:EU:C:1996:431, § 69; 25 June 1997, C-285/94, *Italy v Commission*, ECLI:EU:C:1997:313, § 52; 5 Mai 1998, C-180/96, *United Kingdom v Commission*, ECLI:EU:C:1998:192, § 52; 14 Mai 1998, C-48/96 P, *Windpark Groothusen v Commission*, ECLI:EU:C:1998:223, § 52; 22 November 2001, C-110/97, *Netherlands v Council*, ECLI:EU:C:2001:620, § 137; 10 Mai 2005, C-400/99, *Italy v Commission*, ECLI:EU:C:2005:275, § 38; 10 March 2005, C-342/03, *Spain v Council*, ECLI:EU:C:2005:151, § 64; 7 September 2006, C-310/04, *Spain v Council*, ECLI:EU:C:2006:521, § 69. Court of First Instance: 6 April 1995, T-143/89, *Ferriere Nord v Commission*, ECLI:EU:T:1995:64, pkt 68; 14. 11. 2002, T-332/00 i T-350/00, *Rica Foods & Free Trade Foods v Commission*, ECLI:EU:T:2002:274, § 200.
TOTH, op. cit., p. 369; CRAIG, Paul and Gráinne de BÚRCA. *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 536. ISBN 0-19-924943-1; LÉGER, Paul. *Commentaire article par article des traités UE et CE*. Bâle-Genève-Münich: Helbig & Lichtenhahn, 2000, p. 700. ISBN 3-7190-1815-6; Van RAEPENBUSCH, Sean. *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*. Bruxelles: Larcier, 2001, p. 509. ISBN 978-2-8044-7818-6; SCHERMERS, Henry. *Judicial Protection in the European Communities*. The Hague: Kluwer Law Int., 2001, p. 191. ISBN 90-411-16311.

In the first half of the twentieth century the concept of *détournement de pouvoir* was at the peak of its "popularity". At that time *Maurice Haurion*[35] and *Henri Welter*[36] claimed that this is a key element of control of administrative morality of administration (*moralité administratif*). This concept assumed that judicial review did not only concern the formal compliance of administrative activities with the law, but also was intended to serve the interest of good administration (*l'intérêt d'une bonne administration*), that is one that respects the rights of individuals and effectively performs public service tasks.

The concept of "administrative morality" changed the significance of the criteria to assess activities of the administration. It is difficult to consider such concepts in pure categories of compliance with the law. "Administrative morality" refers rather to administrative deontology and the reasonableness of activities of the body. If an official uses his powers for private purposes or for other purposes contrary to the public interest, he abuses the functions entrusted to him. Such behaviour deserves not only to be morally deplored but has also legal consequences. Therefore, the negative assessment of the official's action must also be reflected in the judgement of the administrative court, which should repeal an act that violates the requirements of "administrative morality"[37].

Similar elements can be seen in classical English administrative law, where "bad faith" is listed as a traditional basis for repealing the act because of abuse of discretionary powers. In the strict sense, this includes cases of deliberate abuse of discretion, as opposed to a situation where the body misuses discretion, but does it as a result of ignorance or misunderstanding of the intent of the legislature. To be classified as bad faith, the deed concerned must be an intentional dishonest action. This includes intentional damage, fraudulent manipulation, dishonesty, malice and other deliberate infringements[38]. Typical symptoms of bad faith are cases of deliberate favouritism or dismissal of claims of applicants due to personal liking or antipathy. There are also detrimental activities motivated by the desire for revenge.

An example of this may be the judgement in the case *R. v. Derbyshire County Council, ex parte The Times Supplements Limited*[39], issued on the basis of the following facts: after *The Sunday Times* published numerous critical articles about influential members of local educational authorities, the educational administration authority decided to publish job vacancies for teachers not in the educational supplement of *The Times*, but in *Guardian*, despite *The Times* had a much wider distribution range and so far there were no objections to cooperation. Because the body could not determine the basis for its decision,

35 As expressed in his classic coursebook: *Droit administratif*. Paris, 1897.

36 WELTER, Henri. *Le côntrole juridictionnel de la moralité administrative*. Paris: Sirey, 1929, passim.

37 DUBOUIS, op. cit., pp. 192–193.

38 CRAIG, 2012, op. cit., p. 576; BRINKTRINE, op. cit., pp. 399–400; WOOLF, JOWELL, Le SUEUR, op. cit., pp. 266–267; WADE, FORSYTH, op. cit., p. 416.

39 High Court (Queens Bench Division): 18 July 1990, [1991] 3 Admin. L.R. 241.

which would indicate a reference to the field of education or provide other convincing arguments for its decision, the court concluded that the change for another newspaper was caused only by bad faith, a desire for personal revenge, punishing the journal publisher for critical publications.

„Administrative morality" as a criterion of review induces the search for subjective, underlying intentions of an official: bad faith, personal animosities, private motives. The result is difficulties in the practical application of the concept of abuse of power.

Intentions of an official who issues an administrative act form the psychological element, which is difficult to detect. The only exception is when the author expresses his intentions openly, but this is of course rare for administrative acts[40]. In this situation, difficulties with evidence finding are inevitable, especially considering the general principle that the complainant bears the burden of proof as to the unlawfulness of the act[41].

The difficulties with evidence finding become even deeper if we take into account the specific manner of activity of the public administration. It is a mechanism whose individual cogs are virtually unnoticeable to an external observer. The specific character of such organism as the public administration hinders the search for subjective motivations related to the activities of specific officials.

The very criterion of administrative morality was not very transparent also. It forced the reference to criteria not expressed directly in normative acts, and in addition it meant constant balancing at the limits of what was allowed and what was forbidden. Abuse of power rarely concerned cases of manifest, apparent bad will and motivation deserving not only moral but also legal reproach. Most of judgements were issued in borderline and open situations, providing the possibility of different assessment.

As a result, while applicants often raised the allegation of abuse of power, the number of judgements in which administrative courts reached for this instrument have decreased significantly with time. This process induced some authors to express the opinion of decline (*déclin*) or marginalisation of *détournement de pouvoir*[42].

---

40 GROS, Manuel. Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir. *Revue de Droit Public*, 1997, no. 9–10, pp. 1238–1239; LEMASURIER, Jean. La prevue dans le détournement de pouvoir. *Revue de Droit Public*, 1959, no. 1, pp. 59–60.

41 Conseil d'Etat: 26 January 1968, *Societé "Maison Génestal"*, as cited in: LACHAUME, Jean-François and Hélène PAULIAT. *Droit administratif (Les grandes decisions de la jurisprudence)*. Paris, 2007, pp. 744–745. ISBN 978-213-0556503.

42 De FORGES, op. cit., p. 279; FERNANDEZ-MAUBLANC, Lucienne-Victoire. Le prétendu déclin du détournement de pouvoir. In: *Mélanges offerts à Jean-Marie Auby*. Paris: Dalloz, 1992, p. 239. ISBN 978-22-470-1353-1. The Belgian administrative law's literature provides similar reasons for the very rare use of the power abuse concept by the Belgian Council of State (BATSELÉ, MORTIER, SCARCEZ, op. cit., p. 851).

3 Evolution of classic concepts of abuse of discretionary powers in case law and scholarly opinion.

3.1 Difficulties in evidence finding and the objectivity of assessment criteria

The classic approach to the abuse of discretionary powers, which stressed the need to discover the actual intentions and bad faith of the official concerned, significantly weakened the practical effectiveness of this construct as a means of judicial review of public administration. Attempts to solve this problem went in various directions.

On the one hand, there has been a tendency to objectify the criteria for assessing the functioning of the body under the concept of abuse.

One of the flaws of the classic approach to abuse of power was difficulties with evidence finding. The complainant bringing the claim to court had to demonstrate the official's negative intentions. The presumption of abuse of power was definitely ruled out[43]. Due to the aforementioned specificity of administrative activities, which "is revealed" to the individual only in the form of an administrative act, it could be impossible to prove bad faith or negative personal motives of the official.

The case law has evolved towards a gradual loosening of the evidence requirements[44]. Despite the complainant-friendly tendency in the settled case law, abuse of power is difficult to prove. Administrative courts work on material in the form of documents, they are not willing to conduct a meticulous "investigation" on their own to discover actual motives of the officials. Testimonies given by officials at hearings have a weak evidential value because they, as representatives of the party to the dispute, can only be subject to an information hearing and not a hearing as witnesses[45].

Similar tendencies are also seen in the EU case law. The jurisprudence assumes that the EU institutions apply a kind of "presumption of innocence". It is assumed that by undertaking actions they aimed at achieving legitimate goals unless it is proven otherwise. As a result, it is the appellant's role to provide objective evidence that the EU institution has misused its powers. Intentions and motives behind actions taken by EU institutions require proof, which is difficult to provide, in particular for private entities that may not have access to the relevant documents. The ECJ takes into account the allegation of abuse of power only when there are objective, relevant and consistent indications that the act was adopted to pursue an end other than that which should be lawfully pursued[46].

---

43 GROS, op. cit., p. 1239.

44 LEMASURIER, op. cit., pp. 60–65.

45 GROS, op. cit., p. 1239.

46 CRAIG, 2006, op. cit., p. 462; CLEVER, op. cit., p. 13; TOTH, op. cit., p. 370.

To determine that there was an abuse of power in the case one needs first to discover the real intentions of the institution, that is, the objectives it pursued by undertaking the act in question. It is then necessary to demonstrate that this objective differs from that which the institution should or could have legitimately pursue in the circumstances in which it acted. In this respect, the evolution of the EU courts' approach towards objectivity of criterion is noticeable. Originally, it was assumed that the only criterion for the examination is the intention of the administrative body. In the meantime, there has been a reorientation towards the objective properties of the act: an abuse of powers occurs when, from an objective point of view, the action aims at pursuing an unacceptable objective. The acceptable objective should be extracted from the authorizing norm on which the contested act was based, and from the general objectives of the Treaty[47].

3.2 Displacement of abuse of discretion by other grounds for the review of discretionary powers of the administration

The second direction of the evolution of scholarly and jurisprudential views led to the phenomenon of a gradual displacement of the concept of abuse of power by other grounds for judicial review, which allow achieving the same effect in the form of repealing the act, and are based on more transparent criteria.

An example of this process may be matters regarding the so-called nomination for the order (*nominations pour ordre*), i.e. appointment to positions in public administration (usually high-level), which do not entail actual performance of the function, but only benefits related to the position. A classic example is the Council's of State judgment of January 8, 1971, in the case *Association des magistrates et anciens magistrates de la Cour de Comptes*[48]: the Council annulled the nomination act, considering it invalid and irrelevant, as it was demonstrated that the nomination procedure was not related to the existence of a real vacancy, the nominated person never performed the functions entrusted to him, and the only goal was, on the one hand, to obtain the benefits envisaged by the law related to the nomination, on the other, to open the path to another post to which the appointed person aspired. Another example, can be the judgement mentioned in the French media: Judgement of Council of State of 18 January 2013, regarding the appointment to the position of Advocate General (*avocat général*) in the Court of Cassation (*Cour de Cassation*) of a person who at the time of nomination was the director of the office of the Minister of Justice and remained in that position despite the nomination, and therefore could not, and in fact did not perform the new function to which had been appointed[49].

---

47 CRAIG, 2006, op. cit., p. 463; Van RAEPENBUSCH, op. cit., p. 509; VOCKE, Christian. *Die Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren*. Berlin: BWV Verlag, 2006, p. 53 ISBN 978-38-305-1228-8; von DANWITZ, op. cit., p. 369.

48 Recueil Dalloz 1971, p. 26.

49 Available from: http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence/; case no. 354218.

This is an obvious use of powers contrary to their purpose, which indicates the construct of *détournement de pouvoir*. However, administrative courts prefer to use another measure, more reliable and easier for evidentiary reasons, namely to declare the act non-existent (*inexistence juridique*) that is to declare it null and void (*nul et non avenues*, *de nul effet*)[50].

An instrument used by the courts for this purpose are the general principles of law, e.g. the principle of equality. An example is the Council's of State judgment of Mai 29, 1954, in *Barel* case[51]: the complainant was removed from the list of competition candidates to the *École nationale d'administration* because of the communist views he presented. The use of competences in the selection of candidates for school to remove a person whose political views the decision maker does not accept could be successfully classified as an abuse of power. However, the Council did not use this argument but referred to the violation of the principle of equality, claiming that the equality of all French people in access to public offices does not allow the deletion of a candidate from the list only on the basis of his political views.

A similar case, in which the concept of abuse of power was replaced by the violation of the principle of equality is the judgment of the Council of State of 30 June, 1989 in the case *Ville de Paris c. Levy*[52]. In the case, the court questioned the legality of the resolution of the *Conseil de Paris* to the extent introducing the conditions of nationality in the granting of certain benefits in the field of municipal assistance. Since the reason of action was in fact the concern for the protection of demographic balance in Paris, this could justify the charge of abuse of power, because these are not goals and reasons that can be implemented by actions in the area of social welfare. However, the administrative courts expressly preferred to find a violation of the principle of equality in this case by differentiating between Parisians of French and non-French nationalities.

Another example is the displacement of classical concepts of abuse of discretion by the principle of proportionality, having a similar structure, giving similar effects, but considered to be more transparent in application. Separate points will be provided hereinafter on this question.

3.3 Abuse of power in other areas of discretionary power of the administration

The third direction of the evolution of views in the area of judicial review of discretionary powers of public administration resulted from the need to "complete" this review in a slightly different aspect. The risk of the administration evading charges of abuse of power in a completely different direction was observed.

---

50 Por. GROS, op. cit., p. 1245.

51 The review of the judgment is available from: http://www.conseil-etat.fr

52 Available from: http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007754407

Judicial review covers only the legality of an administrative act, its compliance with legal rules that determine the work of the administration. If such a legal rule allows the administrative body to act freely, the body decides based on opportunity (*opportunité*). The administrative court does not review opportunity[53].

As *Georges Vedel* notes, if the administration operates within circumscribed powers, its activities can be assessed in terms of their legality. The public administration can only decide to the extent allowed by law. Its act may, therefore, be compliant or non-compliant with law. On the other hand, if the administration has discretionary powers, its act can only be judged in terms of reasonableness: the act may be opportune or not opportune, right or wrong, but it cannot be illegal until the administration has the freedom to act[54].

Since the legislator grants the body freedom to assess, the court cannot examine it, because there are no criteria for assessing what are the rules determining the way the body acts. Consistently following this argument, it would entail allowing any arbitrariness of the administration, and thus the possibility of abuse the body's discretion in the area of assessing the factual basis of the decision.

Therefore, constructs have been developed to prevent leaving the discretionary sphere of administration activities out of the scope of judicial review. These include the concept of manifest error in assessment (*erreur manifeste d'appréciation*), balance control and the principle of proportionality, which will be discussed further in this paper.

As Judge of the Council of State *Guy Braibant*[55], pointed out, the construct of manifest error in assessment is aimed at limiting abuses that may occur during exercise of discretionary powers. For this reason, it is similar to the construct of *détournement de pouvoir*. The purpose of the prohibition of abuse of power is to subject the public administration to minimum standards of morality and prevent the use of powers to pursue objectives inconsistent with the public interest. Similarly, the criterion of manifest error in assessment is to instruct administrative bodies to adhere to logic and common sense. Even where authorities have the powers to do what they think is right, they are not authorised to do anything (*Même lorqu'elles ont le pouvoir de faire ce qu'elle veulent, elles ne doivent pas* être *autorisées à faire n'importe quoi*).

The notion of manifest error in assessment is specific, it contains a certain charge of subjectivity. Scholars describe it as an obvious error, which does not raise any doubt for a reasonable person (*esprit* éclairé), a serious, grave (*grossiere*), flagrant error. This refers

53 SERRAND, Pierre. Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente. *Revue du droit public,* 2012, no. 4, p. 906.

54 VEDEL, Georges and Pierre DELVOLVÉ. *Droit adminitstratif, T. 1*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 529. ISBN 978-213-04506-58.

55 In the commentary on the Council of State's judgement in case Lambert of 13 November 1970 (Actualite Juridique: Droit Administratif, 1971, p. 35), as cited in: SERRAND, op. cit., p. 907.

to a resolution that exceeds all norms of rationality, an error which does not result from discretion but from arbitrariness (*non pas discrétionnaire mais arbitraire*)[56].

An example may be the judgement of the Council of State of December 16, 1988 in the *Bléton* case[57], which involved appointing a person who did not have any professional experience or knowledge to take up such a position as a general inspector of libraries. The Council stated that the regulations on the basis of which the nomination was made contained only the age requirement, thus leaving the government a very wide margin of discretion, however they did not exempt from the obligation to comply with the basic principle expressed in Article 6 of the Declaration of Human Rights, according to which all the citizens have equal access to all public dignities, positions and functions, depending on their aptitudes and with only the differences that arise from their virtues and talents (*selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*). The assessment of candidate's capacity for a function should take into account the scope of tasks related to this function, indicating the need to have appropriate knowledge and professional experience. The circumstances of the case indicated, that the minister would like to "reward" his colleague, so the facts in the case indicated that there had been abuse of discretionary powers because the minister has misused his powers. Nevertheless, the Council repealed the act because of a manifest error of appreciation, without referring at all to the abuse of powers.

The concept of manifest error developed in the EU courts case law is of similar character. Its source is the historical Article 33.1 of the ECSC Treaty, which is a kind of counterpart of the current Article 263.2 TFEU[58]. The term "clearly misinterpreted the provisions of the Treaty" used in that provision was interpreted in the ECJ case law as a significant misinterpretation or misapplication of the provisions of the Treaty resulting from a manifest error in assessment of the economic situation in the light of the circumstances in which the act under review was issued. The ground of manifest error was to make it possible for the Court to review the Commission's assessment of the situation in which it issued the contested act, to examine whether the act was manifestly unfounded[59].

---

56 CHAPUS, op. cit., p. 1066; GAUDEMET, op. cit., p. 502; GROS, op. cit., p. 1250; SERRAND, op. cit., pp. 907–908.

57 Cited by: GROS, op. cit., p. 1250.

58 According to this provision, the Court shall have jurisdiction over appeals by a member State or by the Council for the annulment of decisions and recommendations of the High Authority on the grounds of lack of legal competence, substantial procedural violations, violation of the Treaty or of any rule of law relating to its application, or abuse of power. However, the Court may not review the conclusions of the High Authority, drawn from economic facts and circumstances, which formed the basis of such decisions or recommendations, except where the High Authority is alleged to have abused its powers or to have clearly misinterpreted the provisions of the Treaty or of a rule of law relating to its application.

59 TOTH, op. cit., p. 368.

The concept of manifest error has been confirmed in the jurisprudence of ECJ under the EEC Treaty (now TFEU). The ECJ assumes that where an EU institution is granted significant discretion to assess economic conditions in which it formulates or applies economic policy measures, the courts, when examining the lawfulness of the exercise of such freedom, cannot substitute their own evaluation of the matter for that of the competent authority. In such cases, they must restrict themselves to examining whether the evaluation of the competent authority contains a patent error or constitutes a misuse of power[60].

The classic English doctrine of irrationality plays a similar role. In a strict, substantive sense, according to Lord *Green's* classic approach, a decision is irrational when it is so absurd "(…) *that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority*" [61]. In the later formulation of this approach by Lord *Diplock*, a decision can be described as irrational, when is "(…) *so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have derived at it*" [62]. In this sense, the irrationality test describes the outermost, final limit of discretionary powers, the authority is not allowed to exceed[63]. The jurisprudence holds the view that the decision is "irrational" when it is "perverse"[64], "manifestly absurdly"[65] or "*So wrong that no reasonable person could sensibly take that view*"[66]. In contemporary approaches, the criterion of rationality of the exercise of discretionary powers includes examining whether the decision falls within the range of reasonable resolutions that may be chosen by the author of the decision[67].

---

60 European Court of Justice: 14 March 1973, 57/72, *Westzucker v Einfuhr- und Vorratsstelle für Zucker*; ECLI:EU:C:1973:30, § 14. Similarly ECJ in Judgement of 25 January 1979 (98/78, *A. Racke v Hauptzollamt Mainz,* ECLI:EU:C:1979:14, § 5): "[…] *since the evaluation of a complex economic situation is involved, the Commission enjoy, in this respect, a wide measure of discretion. In reviewing the legality of the exercise of such discretion, the Court must examine whether it contains a manifest error or constitutes a misuse of power or whether the authority did not clearly exceed the bounds of its discretion*".

61 Court of Appeal: 10 November 1947, *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 KB 223.

62 Lord Diplock in: House of Lords: 22 November 1984, *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 AC 374.

63 CRAIG, 2012, op. cit., p. 562; BRINKTRINE, op. cit., p. 393.

64 Lord Ackner in: House of Lords: 7 February 1991, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind*, [1991] 1 AC 696.

65 Lord Bridge of Harwich in: Court of Appeal: 4 October 1990, *Secretary of State for the Environment, ex parte Hammersmith and Fulham London Borough Council*; 3 All E.R. 589 (614).

66 Lord Denning in: House of Lords: 21 October 1976, *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council,* [1977] AC 1014.

67 WOOLF, JOWELL, Le SUEUR, op. cit., p. 545; CRAIG, 2012, op. cit., p. 563.

4 Abuse of power and proportionality

As mentioned above, the effect of displacement of the classic concept of abuse of powers by the principle of proportionality can be noticed in the administrative courts' case law regarding the judicial review of discretionary powers.

The European legal culture employs a three-element formula of proportionality, which stemmed from the German case law and constitutional doctrine (*Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit*)[68], and these elements are: suitability, necessity and proportionality in a strict sense. Suitability means that measures that actually serve to pursue the objective should be chosen. Necessity means choosing the measure that least interferes with the legally protected sphere of an individual, but allows to achieve fully the intended objective. Proportionality in a strict sense is the balancing of goods and interests, the need to prove that under the circumstances of the case the public interest is more valuable than the private interest.

There are two „converging points" between the principle of proportionality and the concept of abuse of power.

The first concerns the element of suitability. The relationship between the measure and the goal in administrative law is special. Any power granted to the authority, especially one that grants the possibility of interference, has its purpose, it is an instrument for the implementation of specific administrative tasks. The administration may not freely set objectives of its action and to select applicable measures. A measure is usually associated with a specific goal, especially if it is of a strictly imperative nature.

Abuse of powers consists precisely in the use of powers (ergo: the measure) for the purpose not provided for by the legislature. This problem can also be approached in terms of the principle of proportionality: a measure used to achieve an objective not provided for by the legislature does not meet the criterion of suitability. The difference lies in the perspective taken. The concept of abuse of powers does not undermine the fitness of the measure to achieve the objective intended by the authority. It questions the goal itself in the sense that such link between the measure and the objective intended by the authority is not permitted by law. The law binds the powers with a specific objective. If the objectives falls outside the scope of the powers, this undermines the legality of all the measures applied. Therefore, it can be said that the concept of abuse of powers questions the authority's action closer to the „core of the powers" than the principle of proportionality, which focuses more on the relationship between the methods used and the objectives pursued. The concept of abuse of powers challenges not only the measure, but also the objective chosen by the authority, as an objective not legally related to the powers concerned.

---

68 See the fundamental analysis of the problem by STĘPKOWSKI, Aleksander. *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej*. Warszawa: Liber, 2010, pp. 189–209. ISBN 978-83-72061676.

An example is the classic judgement of the French Council of State of May 19, 1933, in the *Benjamin* case[69]. The Council formulated a very important principle, which was later repeatedly invoked: in the sphere of freedom of assembly, freedom is the rule while the police restriction is an exception (*la libertéest la règle, la restriction de police l'exception*). The case concerned a complaint against holding a public conference. The mayor made such a decision due to numerous protests by teachers' trade unions, accusing the organizer of radical criticism of the education system on the occasion of such meetings. The Council repealed the ban on the assembly, arguing that the threat of public disorder invoked by the mayor was not serious enough to justify a ban on the organization of the assembly, guaranteed by law. The Council referred to the principle of proportionality, although with another approach in the case it was possible to apply the construction of the prohibition of abuse of rights. The reason for banning the assembly by the mayor was essentially to take into account the demands of teachers accusing the organizers of denouncing the educational system, not the threat to public order. The mayor used therefore his competence in the field of administrative police for a purpose other than provided for by the legislator, and this is a classic abuse of powers.

In brief: in the case of abuse of powers, the intended objective of the act is itself unlawful (an objective which is different from the one for which the authority was granted the powers) while pursuing a right objective using wrong means is subject to the review of proportionality[70].

The second surface of contact is already less precise, it concerns the „core of proportionality", which is the balancing of values and interests. Especially in more general formulas of abuse of powers (such as in the English concepts), references arise as to axiological shortcomings, failure to take into account all relevant circumstances and the lack of their proper balance. In more precise concepts, these issues do not fall within the concept of abuse of discretion, but rather they are classified as errors resulting from a breach of the margin of appreciation (*marge d'appréciation*). However, if a more general formula is adopted, the criteria of abuse of powers and proportionality overlap.

Above mentioned certain marginalization of the traditional concept of abuse of powers is evident with respect to the classical French construct of *détournement de pouvoir*, and the effect of displacement of the classic concept abuse of power by the principle of proportionality is also noticeable in the judicial review of acts of EU institutions.

As explained above, this results from the difficulty in demonstrating the evidence for abuse of power, resulting in that this charge is rarely admitted by the EU courts. This creates a kind of feedback: the difficulties make the complainants to choose other

69 Available from: http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/19-mai-1933-Benjamin

70 Similarly: CRAIG, de BURCÁ, op. cit., pp. 536–537; EMILIOU, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law*. London: Kluwer Law Int., 1996, p. 191. ISBN 978-9041108661.

charges, in particular violation of proportionality, and this results in a smaller number of cases in which the charge of abuse of power was considered by the court at all. Another reason for diminishing the practical role of the concept of abuse of power is also the fact that this ground of complaint requires an in-depth review of the legality of action of the body, because it deals with a situation of particularly deeply underlying irregularities. For this reason, the analysis of this error usually appears at the end of the judge's reasoning, who rather decides to annul the act based on other grounds. This leads to the gradual displacement of the criterion of abuse of power by other review criteria, including proportionality[71]. As a result, the charge of abuse of power loses its independent character, becoming in fact a rhetorical element used in a complaint or grounds of the judgement, rather than a separate legal construct[72].

Some authors, therefore, claim that in the review of discretionary powers of EU bodies, the EU courts case-law has evolved from abuse of power to the protection of fundamental rights and respectively the principle of proportionality related[73].

A likewise phenomenon is seen in the English model of judicial review of discretionary powers. Despite the initial restraint by the judiciary, the principle of proportionality became, with time, one of cornerstones of the review of discretionary power of public administration. Some authors claim that the increase in the significance of the proportionality criterion may lead to eradication of the classical doctrine of irrationality[74]. However, this does not mean a transition to the merits review, but rather a stress on the "culture of justification" that obliges the author of the decision to consider the relation between measures and objectives. Courts require a more elaborate substantiation of the decision, but the merits of the decision will remain within the responsibility of the original author of the decision (administrative body). The responsibility of the author of the decision will be to indicate the factors taken into account and to explain why one of them were given priority to others. The court's to ensure adequate justification of decisions falls within the limits of their institutional capacity and is the task to which they are best suited[75].

---

71 CLEVER, op. cit., p. 118; Van RAEPENBUSCH, op. cit. pp. 509–510.

72 CLEVER, op. cit., pp. 158, 175. These arguments are affirmed by the judgement in the case *Crispoltoni* (ECJ: 5 October 1994, C-133/93, C-300/93 & C-362/93, ECLI:EU:C:1994:364), wherein the Court stated that the appellant's arguments were based on the assumption, that misuse of powers may consist in the manifest unsuitability of a measure to the objective pursued, which means that it is necessary to examine the allegations in terms of the principle of proportionality (§ 35).

73 STĘPKOWSKI, op. cit., pp. 232–239.

74 WADE, FORSYTH, op. cit., pp. 371–372.

75 WOOLF, JOWELL, Le SUEUR. op. cit., p. 598.

5 The legality and suitability as the criteria for the judicial review in the event of abuse of discretionary powers

If abuse of discretionary powers means using it contrary to the purpose for which the legislature granted the authority with this type of powers, the key problem of separation of the criterion of legality and suitability appears. The abuse of discretionary powers approaches both these criteria in a unique way: legality is determined by a teleological interpretation of the power-granting provision. Thus, the following problem arises: how to distinguish suitability which is the legal determinant of the use of discretion by the authority from the suitability beyond the sphere of legality in a given situation.

The significance of the problem becomes particularly evident if we consider that all concepts of abuse of discretion were developed as an instrument of judicial review of public administration. Since the judicial review employs the criterion of lawfulness of the act, errors in the use of discretionary powers must constitute a violation of the legal norm. However, this does not solve the fundamental problems, because the question arises whether, and to what extent, there is a legal obligation to act in accordance with the criterion of suitability (*Rechtspflicht zur Zweckmä*βigkeit). To the extent that such a legal obligation exists, the inconsistency of the action with its objective will inevitably be a violation of the law also.

When analysing the problem of general obligation of the state to act purposefully, Robert Alexy points out that the content of such an obligation is the requirement to use only appropriate, necessary and properly balanced means (*geeignete, erforderliche und richtig abgewogene Mittel*). The point is, to what extent the implementation of this type of obligation is "judicially verifiable" (*gerichtlich kontrollierbar*). There is no doubt that in any democratic constitutional state, the obligation of purposeful action by public authority is something more than a mere political or moral duty[76].

Due to the fact that legality of a measure is determined by the adjustment to the needs of the case, which indicates a link with suitability, the discussion arises among scholars whether the court only reviews legality, or also suitability.

Some authors argue that, the review of necessity in any case is not the review of suitabilty. If the measure is legal only when it is necessary, the authority has no other choice. It must use this measure if it is necessary and cannot use it if this criterion is not met. The judicial review does not cover the question of suitability[77].

However, other scholars of law argue that the evolution of judicial review has led to a shift in the limits of suitability and legality of the act and to the mixing of these

76 ALEXY, Robert. Ermessensfehler. *Juristenzeitung*, 1986, no. 15–16, pp. 705–706.

77 DELVOLVÉ, Pierre. Existe-t-il un contrôle de l'opportunité. In: *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*. Paris: L.G.D.J., 1988, p. 294. ISBN 22-75-008268.

criteria. According to Jean Paul Costa[78] the introduction of the principle of proportionality allowed the Council of State to bypass the difficulty self-imposed by it. This difficulty results from the principle that the court, as the guardian of legality, does not control the suitability of administrative decisions.

If legality is understood as compliance with legal rules (which must be observed by the authority), while suitability is understood as fitness to the circumstances in which the decision was issued, in some cases the court simultaneously reviews both the legality and opportunity of the decision, i.e. its legality and its fitness to facts (*adaptation aux faits*). This is illustrated by examples of judgements in cases of administrative police. A measure is lawful only if it is proportional to the violation of public order, in other words: when it is respective to this violation. This is the definition of suitability. This applies also to the review of the use of discretionary powers by the administration. An example can be, referred to above, the classic judgement of the French Council of State in case *Benjamin*, in which it was considered that the prohibition to hold a public assembly is a disproportionate measure, because in reality there was no actual threat to public order. Looking at the body's motivation, the case involved an abuse of powers, as the mayor used a police measure (prohibition of assemblies) under the influence of trade union protests and, therefore, against the purpose of the conferred powers.

The interchangeability of review criteria, dictated by the need to find a suitable means of protection of an individual against arbitrariness of public administration, even at the expense of "dogmatic purity" and transparency of theoretical classifications, is also visible in the case law of English courts. The confirmation is Lord *Templeman's* argumentation in the case *R. v. Inland Revenue Commission, ex parte Preston*[79]:

> "*In most cases in which the court has granted judicial review on grounds of „unfairness" amounting to abuse of power there has been some proven element of improper motive.* (…) *when they abused their powers by exercising or declining to exercise those powers in order to achieve objectives which were not the objectives for which the powers had been conferred*"

This tendency to enhance control is worth preserving, as long as it allows the administrative court to play a full role as a defender of individuals, ensuring the compliance with standards of good administration[80].

The key issue is to understand the fundamental principle that the role of the court is not to substitute the administration with regard to the merits of decisions.

---

78 COSTA, Jean-Paul. Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État. *Actualite Juridique: Droit Administratif,* 1988, p. 434.

79 1985 A.C. 835 (864).

80 SERRAND, op. cit., pp. 921–923. Similarly in Belgian literature: BATSELE, MORTIER, SCARCEZ, op. cit., p. 717.

An example of this may be the argumentation of Judge *Laws* in the case *Somerset County Council, ex parte Fewings*[81]. Trying to explain the essence of judicial review, Judge *Laws* stated:

> "*It is that, in most cases, the judicial review court is not concerned with the merits of the decision under review. The court does not ask itself the question „Is this decision right or wrong?" Far less does the judge ask himself whether he would himself arrived at the decision in question.* […] *The only question for the judge is whether the decision taken by the body under review was one which it was legally permitted to take in the way it did*".

A likewise example is Lord *Donaldson's* discourse in the case *Secretary of State for the Environment, ex parte Hammersmith and Fulham London Borough Council*[82]:

> "*The role of the judiciary is essentaily that of a referee* (…) *the moves made by the players and the tactics employed by the teams are matters entirely for them. The referee is only involved when it appears that some player has acted in breach of the rules. The referee may then stop the play and take soem remedia action but, tempting though it may be it, it is not for him to express any view on the skill of the players or how he would have acted in their position. Still less, following a breach of the rules, does he take over the position of one of the players. So too with the judiciary* (…)".

The above efforts to justify and explain the essence of judicial review of discretionary power is supported by the concept of "judicial self-restraint" and the accompanying question of "unreviewable discretion". Courts try to be moderate in matters related to the implementation of administrative policy in certain "sensitive" areas (such as immigration law), to avoid being accused of forcing their own "policy"[83]. Therefore, courts are trying to adjust the intensity of review of discretionary powers to the character of a particular situation, so as not to excessively reduce the role of the administration in shaping and achieving objectives assumed.

The area where judicial self-restraint is seen is the issue of appropriate allocation of limited public funds, such as health services financed from public funds. Limited resources may lead to the need to make dramatic choices as part of the exercise of discretionary powers. An example of this may be the case *R. v. Cambridge Health Authority ex. p. B.*[84], in which the authority refused to finance a costly experimental therapy for a child suffering from leukemia, yet with a small chance for the success. The refusal was justified on the one hand by the nature of the therapy, which cannot be considered

---

81 High Court (Queens Bench Division): 10 February 1994, [1995] 1 All ER 513.

82 Court of Appeal: 4 October 1990, 3 All E.R. 589 (614).

83 BRINKTRINE, op. cit., p. 344. See also a statement by Judge Lawton in Case *Laker Airways v. Department of Trade* (Court of Appeal*:* 15. 12. 1976; [1977] Q.B. 643): "(…) *Judges have nothing to do with either policy making or the carrying out of policy. Their function is to decide wheter a minister has acted within the powers given him by statute or common law*".

84 Court of Appeal: 10 March 1995, [1995] 1 WLR 898.

as the best possible solution in the interest of the child, on the other hand by the limited financial resources. The dramatic character of the case is well illustrated by Lord *Bingham's* statement:

> "*I have no doubt that in a perfect world any treatment which a patient, or a patient's family, sought would be provided if doctors were willing to give it, no matter how much it costs, particularly when a life was potentially at stake. It would however, in my view, be shutting one's eyes to the real world if the court were to proceed on the basis that we do live in such a world. It is common knowledge that health authorities of all kinds are constantly pressed to make ends meet. They cannot pay their nurses as much as they would like; they cannot provide all the treatments they would like; they cannot purchase all the extremely expensive medical equipment they would like; they cannot carry out all the research they would like; they cannot build all the hospitals and specialist units they would like. Difficult and agonising judgments have to be made as to how a limited budget is best allocated to the maximum advantage of the maximum number of patients. That is not a judgment which the court can make. In my judgment, it is not something that a health authority such as this authority can be fairly criticised for not advancing before the court*".

Conclusions. The future of the concept

When analysing the case law regarding the review of the exercise of discretionary powers, it is evident that the classic concept of abuse of powers has clearly lost its significance. Although it is still referred to in administrative law handbooks by scholars, it appears less and less frequently in the case law. At the same time, many authors note that, while applicants with persevering "enthusiasm" invoke charges of abuse of power, the courts are less and less concerned about these charges. The reasons for this phenomenon can be seen in the nature of the classically conceived concept of abuse of powers, which requires the assessment of intentional elements of the authority's action. On the one hand, this causes evidence finding difficulties, and on the other, it makes it difficult to formulate objectively verifiable arguments in a legal dispute regarding the legality of the act. As a result of these factors, the construct of abuse of power is superseded by other grounds of complaint that allow for the same effect of repealing the act, but are based on more transparent and objectively perceptible criteria (in particular the principle of proportionality or the concept of manifest error in assessment).

The evolution of the case-law has reduced the practical meaning of the classical concept of abuse of discretionary powers (*detournement de pouvoir*, *Ermessensmissbrauch*), although it did not undermine its theoretical basis. Simply, the courts, as well as the complainants, are less eager to use this concept, considering the instrument to be more difficult to apply and giving far less certain effects in the form of repealing a defective act. It is therefore not a change of dogmatic nature, but rather of practical nature. The theoretical foundations of classic concepts retain their value, although they have lost their practical significance.

Despite the declining practical significance, the concept of abuse of powers remains an *ultima ratio* means to challenge administrative acts that are unacceptable from the point of view of the axiology of the legal system, the "ultimate weapon" of an administrative court judge. The value of this concept is also expressed in emphasizing the importance of the competence norms. Without denying the need for a restrictive interpretation of competence provisions, it must be recognized that each power of an administrative body has its own specific purpose. The use of powers for purposes other than that for which they were originally intended leads to an unacceptable restriction of the rights of the individual. A reference to the search for the purpose of the powers, characteristic of the concept of abuse of powers, does not blur the limits of interference, but on the contrary: allows them to be given a rational sense.

It should be noted that the prohibition of abuse of power under the European soft law is still one of the basic standards for exercising powers by a public administration body and one of the basic criteria for judicial review of public administration (art. 7 of the European Code of Good Administrative Behavior; Recommendation No. R (80)2 of the Committee of Ministers Concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities[85], Recommendation Rec(2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts[86]).

85 Among basic principles applicable to the exercise of discretionary powers by administrative authorities, the recommendation points to the principle of reasonableness: An administrative authority, when exercising a discretionary power: 1. does not pursue a purpose other than that for which the power has been conferred (II.1).

86 According to the point 1.b, reffering to the scope of judicial review: "*The tribunal should be able to review any violation of the law, including lack of competence, procedural impropriety and abuse of power*".

Datace závěti z historické perspektivy*

The Date of a Testament from a Historical Perspective

Pavel Salák jr.**

Abstrakt

Text se zabývá otázkou, zda datum u závěti by mělo být jeho obligatorní, nebo fakultativní náležitostí. Tuto otázku ve vztahu k OZ 2012 zkoumá z pohledu historického, kdy srovnává starší platnou právní úpravu na našem území, zároveň však ale poukazuje na její inspirační zdroje, zejména právo německé, rakouské, polské a uherské. Rovněž se zabývá některými otázkami, jež plynou z toho, jak je požadavek na dataci závěti v právní právě kodifikován, zejména jako podobu může ona datace mít.

Klíčová slova

Závěť; datace; BGB; ALR; KC; ABGB; ObčZ 2012.

Abstract

The text deals with the question whether the date of a testament should be obligatory or facultative requirement. It examines this question in relation to Czech CC 2012, where it compares antecedent legislation in our territory. Simultaneously it points out its inspirational sources, above all German, Austrian, Polish and Hungarian law. Moreover, it deals with questions resulting from the fact how is the requirement of dating of the testament just legally codified, primarily in what kind of form can the date be.

Keywords

Testament; Date; BGB; ALR; KC; ABGB; Czech Civil Code 2012.

Úvod

Právní úprava datace závěti v ustanovení § 1494 odst. 1 OZ 2012 svou povahou vyvolala řadu různých názorů nejen v odborném tisku,[1] ale i jednotlivé komentáře zaujaly k této otázce různá stanoviska. Přestože převládající názor[2] je takový, že datace je v zásadě fakultativním údajem a pouze v několika, resp. dvou konkrétních situacích je vyžadováno uvedení data, má-li být testamentu zachována jeho platnost, vyskytl se zde v jednom

* Tento text je výstupem z Grantu GA17-23288S, „Autonomie vůle zůstavitele – historická a komparativní východiska a jejich uplatnění při aplikaci Nového občanského zákoníku (zákon č. 89/2012 Sb.)".

** Doc. JUDr. Pavel Salák jr., Ph.D., Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: pavel.salak@email.cz / ORCID: 0000-0001-7848-7902

1 Např. HORÁK, O., K. A. Martini a první moderní úprava dědického práva. Ke 220. výročí (západo)haličského občanského zákoníku. *Ad notam,* 2017, č. 6, s. 10–11.

2 Z komentářů nejobsáhlejší argumentace viz MUZIKÁŘ. In: PETROV, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář.* Praha: C. H. Beck, 2017, s. 1473–1475; stručně, nicméně podobně ŠEŠINA-WAWERKA. In: ŠVESTKA, J., J. DVOŘÁK a J. FIALA. *Občanský zákoník: komentář. Svazek IV, Dědické právo (§ 1475 až 1720) včetně výkladu řízení o pozůstalosti.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 75.

z komentářů názor, že datum je obligatorní náležitostí závěti ve všech situacích.[3] Přestože se zdá, že jde o otázku poměrně nepatrnou, její důsledky mohou být dalekosáhlé – nic menšího, než neplatnost poslední vůle zůstavitele. Celá otázka datace závěti byla před nedávnem rozebrána poměrně detailně v článku D. Němcové,[4] s jejímiž závěry se autor plně ztotožňuje. Cílem následujících řádků není tedy polemika s tímto článkem, nýbrž snaha o jeho doplnění o historické souvislosti.

Sama geneze ustanovení § 1494 odst. 1 OZ 2012, nebo přesněji otázka datace závěti v ustanoveních OZ 2012 ukazuje na rozdílné historické úpravy a inspirační zdroje, ať již domácí, nebo zahraniční, které na podobu příslušného ustanovení zákona měly přímo či nepřímo vliv.

Bohužel, sama důvodová zpráva k ustanovení § 1494 nic nenapoví, jelikož v ní není o datu ani zmínky. Zato je možno nalézt zmínku na zcela jiném místě, a to u § 1532 OZ 2012. Důvodem je, že znění ustanovení § 1494 odst. 1 je de facto produkt legislativního procesu. Původně byla totiž o datu řeč v ustanovení týkajícím se písemné formy závěti (§ 1532 OZ 2012, původně § 1502 návrhu),[5] z jehož finální podoby však datace zcela vypadla. Konsolidovaný text důvodové zprávy však na tuto skutečnost nezareagoval a tak je možno se právě zde dočíst: *„Ustanovení § 1532 je společné pro všechny formy závěti. Přejímá se tu stávající dikce § 476 odst. 2 dnešního obč. z., přestože tradiční úprava chápala náležitost datace podpisu (stejně jako uvedení místa podpisu) jen jako nepodstatnou náležitost posledního pořízení."*[6] Tento text odpovídá původnímu znění § 1532, dle kterého pod sankcí neplatnosti bylo požadováno, aby bylo *„nepochybné, který den, měsíc a rok byla závěť pořízena"*.[7] Je třeba říci, že tento „překlep" není jediným místem, kde znění konsolidované verze důvodové

---

3 FIALA a BEEROVÁ. In: FIALA, R., L. DRÁPAL a kol. *Občanský zákoník: komentář IV., Dědické právo (§ 1475–1720)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 94, m. č. 16.

4 NĚMCOVÁ, D. Závěť a její datace. *Časopis pro právní vědu a praxi,* 2017, č. 4, s. 717–737. DOI: 10.5817/CPVP2017-4-8. Dostupné z: https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/6769

5 D. Němcová v souvislosti s tím hovoří o „§ 1522 původního vládního návrhu", viz NĚMCOVÁ, D. Závěť a její datace. *Časopis pro právní vědu a praxi,* 2017, č. 4 , s. 726. DOI: 10.5817/CPVP2017-4-8. Dostupné z: https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/6769; Číslo § 1502 vychází z podoby návrhu odeslaného do Legislativní rady vlády (duben 2011) viz *Další verze občanského zákoníku* [online]. 2012 [cit. 25. 1. 2018]. Dostupné z: http://obcanskyzakonik.justice.cz/index.php/home/zakony-a-stanoviska/texty-zakonu

6 *Důvodová zpráva k OZ 2012 (konsolidovaná verze) ze dne 3. 2. 2012* [online]. 2012 [cit. 12. 1. 2018]. Dostupné z: http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf
Zde též starší verze textů zákonů a důvodových zpráv dostupné z: http://obcanskyzakonik.justice.cz/index.php/home/zakony-a-stanoviska/texty-zakonu

7 § 1502 *Písemná forma závěti*
Byla-li závěť pořízena v písemné formě, musí být nepochybné, který den, měsíc a rok byla pořízena, jinak je neplatná.
Již zmíněný § 1502 návrhu předloženého Legislativní radě vlády v dubnu 2011, původně § 1391 osnovy zákona, viz ELIÁŠ, K. a B. HAVEL. *Osnova občanského zákoníku, osnova zákona o obchodních korporacích*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 124.

zprávy není v souladu se změnami, jež nastaly v legislativním procesu. Není zde tedy možno hovořit o úmyslu zákonodárce, ale jde jen o přehlédnutí.[8]

Jak je ze zmínky důvodové zprávy patrné, inspiračním zdrojem pro problematiku datace byl původně OZ 1964, který datum vyžadoval jako obligatorní náležitost poslední vůle. Naopak na webu, jenž byl právě pro seznámení veřejnosti se zákonem zřízen, se prezentuje, že *„podle úpravy NOZ* (OZ 2012 – pozn. autor) *již není datování závěti podstatnou náležitostí závěti"*.[9] Z toho se zdá, že datum není potřeba v závěti uvést, což by ostatně odpovídalo i hlavnímu inspiračnímu zdroji úpravy dědického práva v OZ 2012 – rakouskému ABGB. Znění § 1494 odst. 1 OZ 2012 však o této skutečnosti nesvědčí: *„Není-li zřejmé, který den, měsíc a rok byla závěť pořízena a pořídil-li zůstavitel více závětí, které si odporují nebo závisí-li jinak právní účinky závěti na určení doby jejího pořízení, je závěť neplatná."*

Z textu tohoto ustanovení je tedy patrné, že zákon nepřiklonil ani k jedné z těchto koncepcí, ale zůstal „na půli cesty" mezi nimi. Odchýlil se od striktního požadavku OZ 1964 na obligatornost data, ale zároveň se nepřiklonil plně k fakultativnosti data dle ABGB. Důvody, proč se tak stalo, se můžeme jen domýšlet, jelikož důvodová zpráva nám na to odpověď nedá, byť si jí lze snadno domyslet. V obou situacích, kde § 1494 OZ 2012 vyžaduje datum pod hrozbou neplatnosti, hrozí nejistota stran skutečné poslední vůle zůstavitele. Základní slabinou závěti totiž je fakt, že jakékoliv nejasnosti, jež jí mohou provázet, již zůstavitel jaksi neobjasní, jelikož je po smrti. I tato skutečnost historicky vedla k tomu, že závěť měla být úkonem solemním, velmi formálním, aby byla zaručena skutečně vážná vůle zůstavitele. Největší riziko neplatnosti přitom vystupuje zejména v případě, kdy jde o závěť holografní, ale i u allografní, v situaci, kdy zůstavitel nevyužije služeb notáře, jež by dodal patřičné právnické know-how.

Význam datace u závěti je dán regulí, jíž dalo do vínku současnému právu právo římské, výrokem pávníka Ulpiána (Dig. 34. 4. 4 Ulpianus 33 ad sab.): *„… ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum."* Dle této regule mohl zůstavitel svou vůli měnit libovolně až do své smrti, přičemž vždy každá pozdější závěť rušila závěť předchozí. I kdyby nebyla pořízena jiná závěť, může mít datum význam v případě, že by bylo třeba zjistit, zda zůstavitel byl způsobilý závěť pořídit.[10]

---

8 Právě tento text důvodové zprávy se někteří pokoušeli využít jako argumentu, proč by datum mělo být obligatorní součástí všech závětí, viz FIALA a BEEROVÁ. In: FIALA, R., L. DRÁPAL a kol. *Občanský zákoník: komentář IV., Dědické právo (§ 1475–1720).* 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 94. Naopak Petrov a kol. tuto argumentaci ve prospěch obligatornosti datace odmítl, viz MUZIKÁŘ In: PETROV, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář.* Praha: C. H. Beck, 2017, s. 1475.

9 *Dědické právo – konkrétní změny, Závěť* [online]. 2012 [cit. 25. 1. 2018]. Dostupné z: http://obcanskyzakonik.justice.cz/index.php/dedicke-pravo/konkretni-zmeny/zavet

10 To je ostatně jeden z hlavních argumentů, proč by mělo být datum u závěti vždy. Viz FIALA a BEEROVÁ. In: FIALA, R., L. DRÁPAL a kol. *Občanský zákoník: komentář IV., Dědické právo (§ 1475–1720).* 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 93.

1 Římské právo a datace

Ačkoliv římské právo položilo základy drtivé většiny institutů moderního dědického práva, o čemž by neměl ani ten největší praktik pochybovat, faktem je, že v otázce datace římské právo moderní době mnoho nedalo. Proč tomu tak bylo, se můžeme jen domnívat. Důvodů bezesporu bude více, na druhou stranu lze obecně říci, že závěť byla také formálním úkonem, nicméně pojetí oné formálnosti bylo dosti odlišné. Ostatně ten druh závěti, se kterým je otázka datace nejvíce řešena, tj. závěť holografní, vznikl až v době poklasické[11] a do své kodifikace holografní závěť nezařadil ani císař Justinián,[12] takže z hlediska římského práva je ve své podstatě dosti marginálním druhem. Ještě více s podivem však z hlediska moderní doby může být, že původně nebyl obligatorní náležitostí ani podpis (resp. pečeť) zůstavitele. Jen skutečnost, že text byl napsán vlastní rukou, obecně postačoval pro to, aby byl brán jako autograf.[13] Konec konců, pro římské právo bylo typické – a to platí i pro závěť – spíše jednání ústní než písemné. V otázce, zda mohla či nemohla vzniknout nejistota o tom, která závěť je novější, může své napovědět i fakt, že závěť v zásadě vyžadovala přítomnost alespoň sedmi svědků.[14] Vezme-li se v potaz tento počet, nároky, které byly kladeny na *testamenti factio* svědků a fakt, že zpravidla šlo o osoby, ke kterým měl zůstavitel důvěru, lze předpokládat, že svědecký okruh u obou (či obecně více) jeho závětí byl zcela, nebo alespoň z části stejný, a tak by bylo možno se data té které jistě na základě svědectví dopátrat. Ostatně případné neposkytnutí svědectví bylo sankcionováno infamií.

Jen pro určité doplnění je možno zmínit domácí kodifikaci městského práva. Římským právem do značné míry inspirovaná Práva městská království českého Pavla Kristiána

---

11 Stalo se tak konstitucí císaře Valentiniána III. r. 446 v Ravenně. DAJCZAK, W., T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRRIER a P. DOSTALÍK. *Právo římské. Základy soukromého práva.* Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2013, s. 91; K holografní závěti v římském právu srovnej podrobněji (včetně citace dané konstituce) KURYŁOWICZ, M. Testamentum holographum. *Krytyka Prawa,* 2015, roč. 7, č. 1, s. 219–227. Dostupné z: http://www.krytykaprawa.pl/api/files/view/59482.pdf

12 Tato závěť byla možná pouze mezi rodiči a dětmi (jako dědici) – tzv. *testamentum parentum (parentis) inter liberos*, srovnej HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém římského práva soukromého*. 4. vyd. Praha: J. Otto, 1910, s. 999–1000.

13 Požadavek podpisu se objevil nejprve v právu trestním jako důkaz proti falšování (SC Libonianum 16 n. l.), jako povinná součást závěti byl požadován až od r. 439 n. l. konstitucí císařů Theodosia II. a Valetiniána III., pro justiniánské právo byl tento požadavek zaveden až novelou 107. DAJCZAK, W., T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRRIER a P. DOSTALÍK. *Právo římské. Základy soukromého práva.* Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2013, s. 88, 92. Pokud byla závěť psána vlastní rukou, nebylo dle konstituce z r. 439 n. l. třeba podpisu zůstavitele, ale toliko podpisu svědků. HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém římského práva soukromého*. 4. vyd. Praha: J. Otto, 1910, s. 999.

14 Tento požadavek měl i testament justiniánský, zvaný *tripertitum* – vyžadoval *unitas actu* (dle práva civilního), sedm pečetí (dle vzoru práva praetorského) a zřízení v přítomnosti oněch svědků, jež podepíší (dle vzoru práva císařského). DAJCZAK, W., T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRRIER a P. DOSTALÍK. *Právo římské. Základy soukromého práva.* Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2013, s. 92.

z Koldína v článku D. LV./ III. stručně konstatují: *„... a pečeti ani dátum při témž kšaftu by se nenacházelo: tehdy, když toliko vlastní ruka jest kšaftujícího, za pořádný přijat býti má.“*[15]

2 Domácí právní úprava od 19. stol. do r. 1950

Jak D. Němcová správně uvádí, ABGB znalo dataci jen jako fakultativní náležitost, kdy text § 578 ABGB dříve – a stejně tak i dnes – uvedení dne, měsíce a roku pouze doporučoval,[16] naopak právo platné na Slovensku mělo dataci za obligatorní.[17] Jak však vyplývá z již zmíněného textu O. Horáka, cesta k datu jako fakultativní náležitosti nebyla v ABGB přímá.[18] Právě haličský zákoník totiž požadoval, aby v závěti datum uvedeno bylo. Byť dnešním pohledem je poněkud zvláštní, že hovořil toliko o dni a roku.[19] Toto ustanovení tím však ukazuje na dvě skutečnosti – předně na velký inspirační zdroj Martiniho, pruský ALR.[20] Skutečnost, že je zmíněn jen den a rok, a nikoliv měsíc, pak odkazuje nejspíše na způsob určování data dle křesťanského kalendáře na základě pevných a pohyblivých svátků,[21] jak bylo poměrně obvyklé ve středověku či raném novověku. Teprve Zeillerovo ABGB upustilo od obligatorního data (byť hovoří o dni, měsíci a roku), což lze považovat za přínos osvícenské doby a liberálního (ve svém původním, nikoliv současném významu) duchu zákona.[22]

Pokud jde o slovenskou, nebo přesněji převzatou uherskou úpravu, tak tato byla kodifikována v zákonném článku XVI/1876. Je otázkou, zda zde byla inspirace postavena na tradičním uherském právu, nebo šlo, jako i v případě jiných zákonů v 2. pol. 19. stol., o cílenou inspiraci právem německým „na truc“ rakouskému.[23]

15 Text viz KRISTIÁN Z KOLDÍNA a J. JIREČEK (ed.). *Práva městská království českého a markrabství moravského: spolu s krátkou jich summou*. 5. vyd. Praha: Nákladem Spolku českých právníků „Všehrd“, 1876.

16 NĚMCOVÁ, D. Závěť a její datace. *Časopis pro právní vědu a praxi,* 2017, č. 4 , s. 718–719. DOI: 10.5817/CPVP2017-4-8. Dostupné z: https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/6769

17 NĚMCOVÁ, D. Závěť a její datace. *Časopis pro právní vědu a praxi,* 2017, č. 4 , s. 719, poz. č. 5 s odkazem na příslušnou pasáž o slovenském právu v komentáři Rouček-Sedláček. DOI: 10.5817/CPVP2017-4-8. Dostupné z: https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/6769

18 HORÁK, O. K. A. Martini a první moderní úprava dědického práva. Ke 220. výročí (západo)haličského občanského zákoníku. *Ad notam,* 2017, č. 6, s. 10.

19 § 373 GBGB: *„Wer schriflich und ohne Zeugen testiert will, der muß das Testament oder Codicill eigenhänfig schrieben, den Tag, das Jahr, den Ort seines gegenwärtiggen Aufenthaltes darunter setzen, sich mit seinem Vor- und Geschlechtsnahmen untezeichnen, und sein Petschast, Siegel oder anderes Zeichen beydrücken.“*

20 Viz § 162 ALR, který používal jen opačné pořadí – nejprve rok a následně den.

21 Např. *„…dáno v úterý po sv. Martinu roku 1789…“.*

22 Tohoto liberálního duchu se výslovně dovolává Zeiller např. když argumentuje, proč je v ABGB možno kombinovat více delačních důvodů. V případě datace o tom nijak nehovoří, spíše konstatuje, že je vhodno jej uvést. V komentáři k § 578 naopak obhajuje důvody pro vlastnoruční závěť (pro připomenutí, předobraz ALR jí neuznával), mimo jiné tím, že zůstavitel chce často obsah závěti nechat v utajení. von ZEILLER, F. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. II. díl. 8. hlava*. Wien: Geistingers Verlagshandlung, 1812**,** s. 384–385, 452–453.

23 Tuto skutečnost Švecová nezmiňuje a v tomto případě tomu tak nejspíš nebylo, nicméně u řady zákonů z 2. pol. 19. stol. tomu tak bylo. K uherskému dědickému právu srovnej více ŠVECOVÁ, A. *Formálno-právna stránka zriadenia úkonov posledného poriadku na Slovensku do roku 1950*. Bratislava: Veda, 2010.

Drahomíra Němcová jistě správně hovořila o právu platném na území našeho státu (resp. Československa), nicméně je vhodné zmínit, jak se k této otázce stavěly meziválečné rekodifikační snahy. Již ve dvacátých letech, když byly zahájeny práce na rekodifikaci občanského práva, tak ekvivalent § 578 ABGB navržený subkomitétem pro dědické právo obsahoval požadavek na obligatorní uvedení data a místa sepsání závěti. Dle důvodové zprávy *„ve shodě s právem uherským proto komise navrhuje obligatornost datování…"*[24] Za povšimnutí stojí, že zmíněný zákonný článek používal termín *„időpont"*, přičemž tento výraz lze přeložit jako datum či určitý časový okamžik.[25] Návrh subkomitétu byl pak v této podobě: „*opatří písemnost vlastnoručně udáním místa, dne, měsíce a roku sepsání…".*[26] Ve skutečnosti spíše než zněním uherského práva byla slova návrhu nejspíš inspirována právě zněním § 578 ABGB, byť překlopeným do obligatorní náležitosti.

Návrh subkomitétu již ale byl superrevizí opuštěn. Proto jak Osnova 1931, tak i Osnova 1937 v důvodové zprávě, která je v obou případech stejná, měly o dataci jen stručnou zmínku, kdy k *„doporučení občanského zákoníka co do datování se připojuje podle návrhu subkomitétu i doporučení co do sešití volných listů posledního pořízení."*[27] Podobně jako v případě data, i v případě požadavku spojení několika listů (či podpisu každého z nich), jež byl v návrhu subkomitétu obligatorním požadavkem, superrevize přehoupla do roviny doporučení. Postoj superrevize je zde patrný snad jen do té míry, že se rozhodl, jako i v řadě jiných situací, vrátit se k osvědčenému právu dosavadnímu – tedy k ABGB. Přestože v souvislosti s tímto paragrafem o tom výslovně řeč není, je patrné z jiných zmínek, že cílem superrevize bylo držet se co nejvíce právě ABGB.[28]

3 Datace v Německu

Poněkud jiná situace, než v Rakousku, byla v Německu. Drahomíra Němcová správně uvádí, že datum je dle BGB součástí závěti, v poznámce pod čarou však doplňuje, že když na listině není datum uvedeno, či je uvedeno nesprávně, samo o sobě toto nevede k neplatnosti závěti.[29] Jak plyne z § 2247 BGB, je uvedení datace tzv. *„Soll-Vorschrift"*.

---

24 SVOBODA, E. (referent). *Dědické právo. Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku.* 2. vyd. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1924, s 21.

25 Je však pravda, že uherské soudy vykládaly termín *„időpont"* tak, že by měl být uveden den, měsíc a rok (resp. v maďarském pojetí rok, měsíc a den), např. 1892. augusztus 5., za tento poznatek děkuji prof. Sárymu.

26 SVOBODA, E. (referent). *Dědické právo. Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku.* 2. vyd. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1924, s. 20.

27 *Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský. Návrh superrevisní komise. Díl I. (Tekst zákona), Díl II. (Důvodová zpráva).* Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1931, s. 163; *Sněmovní tisk 844. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník. (Důvodová zpráva).* Praha: Státní tiskárna, 1937, s. 289.

28 Viz důvodová zpráva v úvodu k hlavě 15. *Sněmovní tisk 844. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník. (Důvodová zpráva).* Praha: Státní tiskárna, 1937, s. 285.

29 NĚMCOVÁ, D. Závěť a její datace. *Časopis pro právní vědu a praxi,* 2017, č. 4 , s. 728, pozn. 49. DOI: 10.5817/CPVP2017-4-8. Dostupné z: https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/6769

Jde o náležitost sice předepsanou, avšak jako doporučený postup, nikoliv jako nutnou povinnost (tzv. *Muss-Vorschrift*). Právě proto nedodržení takovéhoto ustanovení nevede k neplatnosti. Bližší pohled na podobu uvedeného paragrafu ukazuje, že historie datace je v Německu poněkud složitější.

Původní znění § 2247 BGB totiž stanovovalo, že nezletilí a negramotní nemohou pořídit závěť dle ustanovení § 2231 odst. 2 BGB. Právě ustanovení § 2231 BGB, které hovoří o druzích závětí obecně, v původním znění obsahovalo náležitosti vlastnoručního testamentu.[30] Původní znění § 2231 BGB v ustanovení odst. 2 znělo: „*Ein Testament kann in ordentlicher Form errichtet werden… durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung.*" Tedy, že závěť je možno také pořídit skrze projevení vůle, jež bude zůstavitelem pod uložením místa a dne vlastnoručně napsáno a podepsáno.

Vlastnoruční závět tedy musela být nejen napsána a podepsána vlastní rukou, ale musela krom toho obsahovat také místo a datum svého sepsání. Ačkoliv ani zde není výslovně uveden měsíc a dokonce ani rok, tak oním dnem se rozumí datum, kdy byla závěť pořízena.[31] Podmínky tedy byly v zásadě totožné, jako v právu uherském, jak bylo již výše zmíněno – obligatorní datace a lokace pořízení závěti. Důvody tohoto pojetí spočívaly v tom, že v německé právní tradici nebyla vlastnoručně sepsaná závěť považovaná za preferovanou[32] a naopak preferována byla vůle pořízená před notářem, nebo přesněji obecně vůle projevená veřejně.

Je-li řeč o nedůvěře k vlastnoruční formě závěti v německé tradici, stojí za zmínku i jeden detail, jež se může zdát zdánlivě nepatrný. Z citovaného textu § 2231 odst. 2 BGB v původním znění vyplývá, že datum a místo bylo intaktní součástí závěti, a proto muselo i ono datum a místo být uvedeno ve formě vlastnoruční. Přestože nám se tato skutečnost zdá jako prakticky samozřejmá, je třeba vycházet i z dobových reálií, kdy jednotlivé osoby, či instituce (zejména hotely) měly své hlavičkové papíry, pochopitelně s uvedením adresy. Na tuto skutečnost doplatila dlouhá řada zůstavitelů, kteří pro sepsání své závěti využili právě těchto hlavičkových papírů. A jelikož na nich již bylo místo, kde závěť pořizují, předtištěno, nepovažovali ho za potřebné napsat vlastnoručně. To však

30 V současném znění stran těchto náležitostí pouze odkazuje na § 2247 BGB.

31 HERZFELDER, Felix. *J. von Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze. V. Band, Erbrecht.* 2. přeprac. vyd.. München: J. Schweitzer Verlag, 1906, s. 528 a násl. (Dále citováno dle německého usu jako STAUDINGER, 2. vyd. a příslušná pasáž).

32 Ostatně byl-li výše citován § 163 ALR, tak tento paragraf pojednával toliko o kodicilu, závěť musela být vždy v úřední formě. Nebyl ani v původním návrhu BGB. Svou roli zde možná sehrál i fakt, že pandektisté, kteří se na jeho tvorbě podíleli, vycházeli z práva justiniánského. A jak již bylo zmíněno, justiniánská kodifikace holograf neznala. Viz HELLER, Hans-Detlef. *Die Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich: die deutsche bürgerlich-rechtliche Gesetzgebung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. Anspruch und Wirklichkeit*. Münster: MV Wissenschaft, 2015, s. 299, 300.

následně vedlo ke zneplatnění jejich poslední vůle.[33] Ostatně, i závěť A. Hitlera, pořízená zjara 1938, byla neplatná právě z důvodu, že místo bylo předtištěno na papíře a nikoliv napsáno vlastnoručně.[34] V 1. pol. 20. stol. se udává, že kolem 30 % holografních závětí se stávalo v důsledku nedodržení této formy neplatnými.[35]

Byť v mnoha případech bylo problémem právě ono místo, svou roli na těchto počtech hrálo i uvedení data. Jako příklad je možno vzít závěť jistého obchodníka s hudebninami, který ji na úvod datoval „30. 3. 29" a u podpisu pak „31. 3. 25" I z okolnosti, že v závěti byla zmíněna firma, která vznikla až v květnu 1925 a jako provdaná uváděna dcera, jejíž svatba se konala v červnu 1925, bylo jasné, že „25" bylo pouhým upsáním. Názor Vrchního zemského soudu ve Stuttgartu byl však odlišný, závěť byla shledána neplatnou.[36] Problém, který však byl nakonec vyřešen ve prospěch závěti, vznikl i v případě, kdy zůstavitelka, která ve věku šedesáti sedmi let zemřela v r. 1904, svou závěť datovala „Drážďany, 12. 4. 1804".[37] Na tomto případu bylo pikantní to, že zde byly činěny problémy s chybným uvedením století, ačkoliv bylo zjevné, že šlo o přepsání. Na druhou stranu, pokud bylo datum uvedeno pouze dvojčíslím roku a desetiletí, dle komentářů takovéto datování bylo přípustné,[38] a to i přesto, že datum „12. 4. 04" by odpovídalo jak roku 1904, tak i roku 1804.[39]

Změna nastala až po anšlusu Rakouska r. 1938.[40] Změna dědického práva sice byla připravována již dříve, nicméně právě anšlusem se rozdíl mezi rakouským a německým právem stal v praxi problematickým.[41] Není bez zajímavosti, že zatímco stanovisko

---

33 Řada příkladů viz Von HIPPEL, F. *Formalismus und Rechtsdogmatik: dargestelt am Beispiel der „Errichtung" des zeugenlosen Schrifttestaments (eingenhändiges Testament; testament olographe)*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, s. 20, 21, ale i na jiných místech téže publikace.

34 HELLER, H. D. *Die Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich: die deutsche bürgerlich-rechtliche Gesetzgebung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. Anspruch und Wirklichkeit*. Münster: MV Wissenschaft, 2015, s. 301.

35 To uvádí v závěru své studie i J. F. Stagl, viz STAGL, J. F. Das „testamentum militare" in seiner Eigenschaft als „ius singulare". In: *Rev. estud. hist.-juríd* [online]. Valparaíso, 2014, roč. 36, s. 129–157 [cit. 10. 6. 2015]. Dostupné z: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-45520140001000004& lng=es&nrm=iso

36 Von HIPPEL, F. *Formalismus und Rechtsdogmatik: dargestelt am Beispiel der „Errichtung" des zeugenlosen Schrifttestaments (eingenhändiges Testament; testament olographe)*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, s. 46.

37 Ibid., s. 50.

38 STAUDINGER 2. i 9. vyd. (§ 1231 V C4).

39 Von HIPPEL, F. *Formalismus und Rechtsdogmatik: dargestelt am Beispiel der „Errichtung" des zeugenlosen Schrifttestaments (eingenhändiges Testament; testament olographe)*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, s. 50–51.

40 Ostatně *Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen* (RGBl. I 1938, s. 973.) byl prvním zákonem přijatým na novém území Velkoněmecké říše, jež vznikla právě anšlusem. Dostupné z: http://www.ns-quellen.at/gesetz_anzeigen_detail.php?gesetz_id=39510 & action=B_Read [cit. 25. 1. 2018].

41 Na rozdíl od úpravy rodinného práva byly změny v právu dědickém relativně nepatrné a neodrážel se v nich tolik národně-socialistický charakter – i tento deficit byl důvodem několika přepracování. HELLER, Hans-Detlef. *Die Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich: die deutsche bürgerlich-rechtliche Gesetzgebung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. Anspruch und Wirklichkeit*. Münster: MV Wissenschaft, 2015, s. 302 a násl.

ministerstva vnitra, ministerstva kultu, ale i SS-Reichsführera Himmlera bylo ve vztahu k vlastnoruční závěti skeptické, návrh zákona obsahoval u příslušného paragrafu, který obligatorní požadavek data a místa měnil na již zmíněný *„Soll-Vorschrift"*, zmínku o tom, že jde o *„Führerswunsch"*.[42]

4 Domácí vývoj po r. 1948

Změna politických poměrů se v letech 1949-1950 odrazila i v nové kodifikaci občanského práva (OZ 1950), jejíž návaznost na ABGB či na meziválečné rekodifikační snahy byla dosti slabá.[43] Hlavním důvodem, proč se ještě zdá, že OZ 1950 zachovává kontinuitu, byl fakt, že OZ 1964 byl naprostou diskontinuitou, a velkým excesem i vůči občanským zákoníkům většiny ostatních zemí východního bloku.

Z hlediska otázky datace závěti OZ 1950 a po něm i OZ 1964 ve všech svých zněních jasně stanovily, že datum je obligatorní součástí závěti. Ačkoliv i v tomto případě se oficiálně argumentovalo inspirací právem sovětským, zdá se spíše, že zde inspirace vycházela z již zmíněné uherské právní tradice, jež platila na Slovensku. Právní úprava závěti v OZ 1950 počítala s tím, že ze závěti musí být patrný den, měsíc a rok, kdy byla sepsána (§ 541 OZ 1950). Pohled do důvodové zprávy ukazuje, že ačkoliv šlo o jisté zpřísnění, jelikož datum se stalo obligatorní náležitostí závěti, de facto šlo i o určité ulehčení, protože důvodová zpráva k § 541 OZ 1950 výslovně uváděla: *„Od dalších formalit, totiž od udání místa, kdy byla závěť sepsána, bylo upuštěno, neboť k zamezení sporů stačí, bude-li v závěti přesné datum."*[44]

Na toto ustanovení následující OZ 1964 (v původním znění) navázal tím, že v § 476 odst. 2 byl požadavek obligatorního datování slovy: *„K platnosti závěti napsané vlastní rukou je třeba, aby ji zůstavitel podepsal a uvedl v ní den, měsíc a rok, kdy ji podepsal."* Novela č. 509/1991 Sb. tento požadavek datace rozšířila na každou závěť, což byla reakce na možnost zřídit závěť nejen holografní a v podobě notářského zápisu, ale i v podobě alografní.

Ze znění ustanovení je patrné, že již nebylo rozhodující datum sepsání, nýbrž datum podepsání závěti. Šlo o reakci na skutečnost, že pro vytváření závěti nebyl kladen požadavek *unitas actu* a tedy mohla vznikat klidně delší dobu. Ačkoliv nebylo zákonem výslovně řečeno, že podpis má být učiněn na konci závěti, již ze samotného slova podpis to tak vyplývá a tedy bylo správně dovozeno, že podpisem je vytváření závěti ukončeno a proto datum podpisu je pro datování závěti rozhodující.

Mnohem větší význam má však jiná, zdánlivě drobná změna. Datum totiž podle OZ 1964 nemuselo být již jen „patrné", ale muselo být v závěti „uvedeno". Jedna věc je však znění

42 HELLER, H.D., *Die Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich: die deutsche bürgerlich-rechtliche Gesetzgebung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. Anspruch und Wirklichkeit*. Münster: MV Wissenschaft, 2015r, s. 303.

43 Ačkoliv o tom hlavní autor kodifikace akademik Knapp hovoří ve svých pamětech, archivní materiály, o nichž se v době sepisování pamětí domníval, že se nedochovaly, svědčí o něčem jiném. Za tento poznatek děkuji prof. Kuklíkovi.

44 Viz důvodová zpráva k § 541 OZ1950. *Občanský zákoník*. Praha: Orbis. 1950, s. 304.

zákona a druhou pak výklad daného ustanovení a judikatura. Při vědom skutečnosti, že závěť sice byla v OZ 1950 a OZ 1964 upravena, nicméně rozhodně nebyla preferovaným způsobem dědění, tedy i výklad zmiňovaného ustanovení vedl k tomu, aby vůle zůstavitele byla vykládána spíše restriktivně.

Měl-li být v závěti uveden den, měsíc a rok podpisu, trvala právní věda na tom, že musela závěť obsahovat uvedení dne, měsíce a roku. I po změně politických poměrů v r. 1989 akademický komentář k občanskému zákoníku konstatuje, že *„způsob, jak bude datum uvedeno v závěti, není předepsán"* a dále dává „velký" výběr v tom, že datum může být uvedeno buď slovně, nebo jen čísly, případně kombinací čísel a slov. Podobně jako u BGB se uznávala i zkrácená podoba letopočtu – tj. bez uvedení tisíciletí a století. Vždy však musel být uveden den (v měsíci), měsíc a rok. Jakékoliv jiné uvedení data, byť by bylo datum zjistitelné, by vedlo k neplatnosti závěti jako takové. Bylo tak vyloučeno ustanovení data odkazem na výročí svých narozenin, ale stejně tak jako nedostačující bylo shledáváno i datování *„na Štědrý den roku 1999"*.[45]

Zejména v případě odkazu na církevní svátek je výklad podoby data je velmi zajímavý i s ohledem na to, jaký byl výklad obligatorního datování v uherské či německé právní úpravě. Právníci se nepřipuštěním této datace odchýlili od slovenské (resp. uherské tradice), neboť výklad uherského zákonného článku toto datování umožňoval.[46] Naopak uvedený výklad k OZ 1964 se na první pohled zdá být v souladu s výkladem předválečného komentáře k BGB, dle něhož nebylo platné datování např. „o Velikonocích roku 1902". Důvod neplatnosti však nespočíval v tomto případě v tom, že se odkazuje na církevní svátek. Velikonoční svátky v sobě čítají několik dní a i proto, že zákon použil výraz *„Tag"* počítalo se s tím, že datace nesmí být než den, tj. 24 hodin.[47] Pokud naopak bylo napsáno *„Osternmontag 1902"* tedy dáno na Velikonoční pondělí r. 1902, bylo již datum platné.[48] V případě datováním „v den mých 50. narozenin" byla závěť chápána jako platná,[49] byť Hippel zde upozorňuje na problematičnost, neboť jde o údaj, který nezúčastněným osobám není obecně znám.[50] Závěť svou povahou je jednáním neadresným,

---

45 MUZIKÁŘ, L. In: ELIÁŠ, K. (ed.). *Občanský zákoník: velký akademický komentář: úplný text zákona s komentářem, judikaturou a literaturou podle stavu k 1. 4. 2008. 1. svazek, § 1–487*. Praha: Linde, 2008, s. 1238.

46 *„Datum závetu nemusí byť vždy datum kalendárne; stačí uvedenie roku a označenie ‹‹na veľkonoční nedelu››, na ‹‹sv. Michala››"* (Kúria čís. 1492/1908) viz FAJNOR, V. a A. ZÁTURECKÝ. In: ROUČEK, Fr. a J. SEDLÁČEK (eds.). *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl III*. Praha: V. Linhart, 1935, s. 121.

47 Von HIPPEL, F. *Formalismus und Rechtsdogmatik: dargestelt am Beispiel der „Errichtung" des zeugenlosen Schrifttestaments (eingenhändiges Testament; testament olographe)*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, s. 48.

48 STAUDINGER, 2. vyd. S. 533 (§ 2231 BGB V C.4).

49 Ibid.

50 Von HIPPEL, F. *Formalismus und Rechtsdogmatik: dargestelt am Beispiel der „Errichtung" des zeugenlosen Schrifttestaments (eingenhändiges Testament; testament olographe)*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, s. 48–49. s odkazem na komentář STAUDINGER, 9. vyd. (§ 2231 V C4).

které je dovršeno již svým vyhotovením a nevyžaduje se u něj interakce s jinou osobou, není tedy důvodu, proto, aby musel být tento údaj jiným osobám znám. Ze své povahy objektivně zjistitelný je a jediné problémy, jež by snad mohly nastat, by mohly být způsobeny v případě církevních matrik, že by datum bylo uvedeno závěrně chybné.[51]

Ještě zajímavější je fakt, že i polská úprava, která vychází do značné míry z tradice BGB a v ustanovení čl. 949 odst. 1 KC má rovněž obligatorní požadavek datace,[52] nemá s podobným datováním žádný problém.[53] A neměla jej ani v době, kdy Polsko bylo ještě lidově-demokratickou republikou. Komentář sice vyžaduje datum v obecné podobě dne, měsíce a roku, současně však připouští i opisný způsob datování, právě s odkazem na výročí zůstavitele. Jistě, je možno namítnout, že postup naší právní vědy měl oporu v zákoně, neboť polský KC používá jen termín „datum", zatímco náš zákon používal „den, měsíc, rok". Poněkud kacířsky bychom se ale mohli ptát, jak by asi bylo vykládáno BGB, které používalo pouze termín *„Tag"*, nebo ALR či GBGB, které pro změnu měly datum uvedeno obratem *„Monat und Jahr"* – požadovaly by snad v druhém případě za postačující uvedení měsíce a roku, když tyto zákony výslovně neměly uvedeno slovo „den"? Asi sotva.

Navíc, i kdyby důsledně dle slov zákona bylo uvedeno datum v podobě dne, měsíce a roku ve dvou závětích, jež by byly pořízeny v jeden den, stejně toto nepostačuje, neboť ty je potřeba rozlišit ještě detailnějším časovým údajem (hodina, minuta…). A absence tohoto bližšího rozlišení by dle judikatury zcela správně vedla k neplatnosti závětí obou, byť i nakrásně dostály slovům zákona „den, měsíc a rok".

Ostatně nejen v podobě, ale i formě data je polská právní věda vstřícnější k zůstaviteli. Zatímco polské právo připouští, aby i vlastnoruční závěť byla datována buď vlastnoručně, nebo za použití mechanických prostředků,[54] naše dosavadní judikatura je v tomto ohledu rovněž mnohem přísnější.[55]

---

51 Mohlo se tak stát např. v zimních měsících na venkově, kdy se rodiče s dítětem dostavili ke křtu s větším odstupem, a jiné datum narození uvedli proto, aby faráře nepopudili, že přišli ke křtu moc pozdě. Za tento postřeh děkuji prof. S. Radvanové.

52 Art. 949 § 1 KC: *Spadkodawca może sporządzić testament w ten sposób,* **że** *napisze go w całości pismem ręcznym, podpisze i opatrzy datą.*

53 PIETRZYKOWSKI, K. (red.). *Kodeks cywilny. Tom II. komentarz. Art. 450–1088*. Warszawa, C. H. Beck, 2015, komentář k čl. 949, m. č. 28.

54 Ibid., komentář k čl. 949, m. č. 27.

55 Městský soud v Praze, 24 Co 181/97 [*Ad Notam*, 1997, č. 5, s. 114]: „*I po novelizaci občanského zákoníku, provedené zák. č. 509/1991 Sb., platí, že forma vlastnoručně pořízené závěti je dodržena jen tehdy, bylo-li také datum závěti jako její nedílná obsahová součást ve smyslu* § 476 *odst. 2 ObčZ připojeno vlastní rukou pořizovatele. Z ustanovení § 476a ObčZ nelze dovozovat, že k platnosti vlastnoručně psané závěti postačí, je-li vlastnoruční její text a podpis, zatímco datum může být uvedeno i jiným způsobem.*"
21 Cdo 586/98: „*Holografní závěť je platným právním úkonem jen tehdy, byl-li v ní uvedený den, měsíc a rok, kdy byla podepsána, napsán vlastní rukou zůstavitele.*"

Nový občanský zákoník, jak plyne z důvodové zprávy, původně měl pokračovat v linii nastolené r. 1950, resp. 1964.[56] Nakonec se však na ústavněprávním výboru PS podařilo prosadit myšlenku, jež je na půl cesty mezi postojem ABGB a Osnovy 37 na straně jedné a OZ 1950 a OZ 1964 na straně druhé. Koncepce citovaného ustanovení se svou povahou blíží polskému pojetí. Kodeks cywilny sice požaduje, aby závěť byla datována (art. 949 § 1 KC), nicméně na toto ustanovení navazuje § 2 téhož článku: *„Jednakże brak daty nie pociąga za sobą nieważności testamentu własnoręcznego, jeżeli nie wywołuje wątpliwości co do zdolności spadkodawcy do sporządzenia testamentu, co do treści testamentu lub co do wzajemnego stosunku kilku testamentów."* Ačkoliv je dle art. 949 § 1 KC datum obligatorní náležitostí, jeho absence – dle § 2 téhož článku – nezpůsobí neplatnost závěti, pokud nejsou pochybnosti o tom, zda v době pořízení byl zůstavitel způsobilý, či o obsahu závěti, nebo pokud zde není více závětí.

Autoři NOZ zvolili cestu opačnou – citovaný § 1494 odst. 1 OZ 2012 stanovuje, že datace závěti není obligatorní náležitostí. Pokud by však došlo k tomu, že by bylo více testamentů, které by si svým obsahem odporovaly, popř. pokud by doba vzniku byla rozhodující pro právní účinky závěti, pak absence data vede k neplatnosti takové závěti.

Takovéto znění zákona odpovídá plně duchu zákona jako takového, na druhou stranu může být pro běžné uživatele matoucí. Problém zde nespočívá v tom, že by obecnému pravidlu byla stanovena výjimka – to je v právním řádu zcela běžné. Problém spočívá ve formulaci onoho pravidla a výjimky, navíc ve spojení s tím, že oficiální web k občanskému zákoníku prezentuje bezvýjimečnou fakultativnost data.[57] Srovnání s otázkou formy právního jednání (§ 559an. OZ 2012) zde jasně ukazuje na problematičnost ustanovení § 1494 odst. 1. Zatímco § 559 poměrně jasně formuluje pravidlo a presumuje možné výjimky, u § 1494 tomu tak již není. Jistě, právně vzdělaný jedinec jeho text pochopí, nicméně pro běžné uživatele (je-li řeč o „zákonu pro lidi"), kteří nemají právnického vzdělání, skutečně muže být formulace § 1494 odst. 1 ne zcela jasnou. Tím spíše, že zákonodárce navenek na informačním webu k zákoníku prezentuje, že datum je fakultativní náležitostí vždy.[58] Tak by mohl běžný uživatel zákona nabýt dojmu, že tomu tak skutečně je vždy a za všech okolností. Jistě, v obecné rovině tomu tak je. Nicméně mohou zde nastat situace, kdy datum je vyžadováno a jeho absence může vést k neplatnosti závěti, nebo dokonce více závětí.

---

56 Při vědomí, že datum mělo být *„nepochybné"* – viz výše.

57 Je-li řeč o bezvýjimečnosti, míní se tím fakt, že nikde na webu není patrné, že za určitých okolností by absence data mohla vést k neplatnosti závěti.

58 Jen pro srovnání je možno poukázat na citovaný § 559 OZ 2012, kde se sice na oficiálních webových stránkách k novému občanskému zákoníku mluví o zásadě bezformálnosti, nicméně současně upozorňuje na výjimky z této zásady. Viz *Smluvní právo, koncepční změny* [cit. 30. 8. 2018]. Dostupné: http://obcanskyzakonik.justice.cz/index.php/smluvni-pravo/koncepcni-zmeny

Z tohoto pohledu (tedy pohledu běžného, nikoliv právně erudovaného uživatele) se zdá, že platnost zůstavitelovy vůle může lépe ochránit právní úprava polská. Ta na první pohled nutí k tomu, aby bylo datum v závěti uvedeno vždy, jakoby tedy šlo o údaj obligatorní. Ve skutečnosti však jeho absence nezpůsobuje neplatnost závěti automaticky. Tato neplatnost nastane jen tehdy, pokud jsou pochyby o způsobilosti zůstavitele, o obsahu závěti, či existuje více odporujících si závětí. Pokud tomu tak není, dle art. 949 § 2 KC, je i při absenci data závěť zachována v platnosti. Takováto formulace se jeví běžným uživatelům příznivější, neboť je navenek nutí, aby datum bylo uvedeno, pokud však k tomu nedojde, nestíhá jeho absenci nutně neplatností.

Podobně by mohl nastat problém i s opětovným použitím slov „den, měsíc a rok". Již bylo výše poukázáno na fakt, že tento údaj může být na jednu stranu nedostačující (při více závětích v jeden den), na druhou stranu až zbytečně přísný. Zatímco OZ 1964 hovořil o datu podpisu, kterýmžto se závěť završuje a přitom sám o sobě je otázkou poměrně krátkého okamžiku, OZ 2012 hovoří o „pořízení závěti". Pořízení závěti přitom může být procesem delším a není vyžadována *unitas actu*. Není proto nemožnou situace, kdy by závěť vznikala v průběhu více dnů, ba dokonce i týdnů. Jak se postavit s OZ 2012 k závětím, z nichž jedna by byla datovaná „na Velikonoce 2015" a druhá „na podzim 2017". Závěti obsahují uvedení data a je zcela nepochybné, která z nich je novější a která starší. Datum však není uvedeno v podobě „den, měsíc a rok". Podle dosavadní judikatury by takovéto závěti nutně byly shledány neplatnými. V úvodních ustanoveních OZ 2012 je však v § 2 odst. 2 obsaženo výkladové ustanovení, dle něhož: *„Zákonnému ustanovení nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti a z jasného úmyslu zákonodárce; nikdo se však nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu."*

Smyslem datování závěti není nic jiného, než zachovat právní jistotu v tom, kdy daná vůle vznikla. V tomto smyslu by nemělo být již nadále bigotně trváno na dataci v podobě dne, měsíce a roku, ale bohatě by mělo postačit i uvedení jiného časového úseku.[59] V naznačeném případě by tedy dokonce mělo postačovat i uvedení roku. Dalo by se tedy předpokládat, že i vzdor formulaci „den, měsíc a rok" by měla být stávající judikatura Nejvyššího soudu opuštěna.

Závěrem

Občanský zákoník č. 89/2012 Sb. se oproti svým předchůdcům v oblasti dědického práva jasně vymezil tím, že svou právní úpravu postavil na preferenci autonomie vůle zůstavitele, kdy dědická smlouva a závěť jsou preferovanými delačními důvody před intestátní

59 Takovouto variantu komentáře nezmiňují, nicméně již rozhodně netrvají na podobě „den, měsíc a rok", ale připouští i datování s odkazem na výročí, případně datování dle církevních svátků. ŠEŠINA-WAWERKA. In: ŠVESTKA, J., J., DVOŘÁK a J. FIALA. *Občanský zákoník: komentář. Svazek IV, Dědické právo (§ 1475 až 1720) včetně výkladu řízení o pozůstalosti.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 75.

posloupností. Tomu odpovídá i velká škála jednotlivých institutů, v zásadě vycházející z rakouského ABGB. V otázce datování závěti se však od tohoto svého vzoru odchýlil s ohledem na domácí „tradici" postavenou na OZ 1950 a OZ 1964 s obligatorním požadavkem datování závěti. Autoři zákona se snažili najít kompromis mezi těmito dvěma přístupy. Výsledkem toho je ustanovení § 1494 odst. 1 OZ 2012, které v zásadě předpokládá, že datum není obligatorní náležitostí závěti, s výjimkou situací, kdy datum může být rozhodující pro otázku platnosti obsahu závěti. Tak je tomu v případě, kdy je více závětí, které si odporují, nebo kdy je datum rozhodující pro účinky závěti.

Postup, kdy obecně závěť datovatelná býti nemusí, avšak za určitých situací absence data vede k neplatnosti závěti či závětí, je sice zcela oprávněný, avšak bohužel text daného ustanovení je poněkud nešťastně formulován. Dle autorova názoru tak může být pro běžné uživatele hůře srozumitelný. Pro řadové občany se autorovi jeví lepším přístup polský. Polským zákoníkem je sice stanovena povinnost mít závěť datovánu, avšak neplatnost závěti při absenci data nenastává vždy. Dojde k ní jen v několika uvedených případech.

Podobně se jeví nadbytečným důsledné vypočítávání „dne, měsíce a roku", což by bylo možno nahradit výrazem „datum" či „datování". Stávající znění by totiž mohlo navozovat, že je i nadále možné aplikování stávající judikatury stran výkladu datace (vycházející z úpravy v OZ 1950 a OZ 1964), byť by to odporovalo výkladové zásadě obsažené v § 2 odst. 2 OZ 2012.

DOKTORANDSKÉ PŘÍSPĚVKY

Karikatura v judikatuře Ústavního soudu: ochrana důstojnosti versus svoboda projevu*

Caricature in the Case Law of the Czech Constitutional Court: Protection of Dignity versus Freedom of Expression

Jan Broz**

Abstrakt

Politická karikatura přestavuje vysoce specifickou formu realizace svobody projevu, jejíž adekvátní reflexe si vyžaduje specifické předporozumění adresáta ohledně smyslu a cíle karikatury. V tomto ohledu lze karikaturu považovat za kulturně podmíněný institut. Její použití proto v současnosti stále více naráží na limity dané jednak kulturní diverzifikací společnosti, jednak vzrůstající limitací svobody projevu prostřednictvím zdůraznění významu protichůdných práv, zejména pak práva na lidskou důstojnost. Tento článek analyzuje přítomnost druhého z uvedených limitů v judikatuře Ústavního soudu za pomoci komparace této judikatury s judikaturou německého Spolkového ústavního soudu a Nejvyššího soudu USA. Ačkoliv lze judikaturu obou zahraničních soudů považovat za diametrálně odlišnou, v obou případech je tato výrazem hlubších normativních představ o podstatě lidské důstojnosti veřejně činných osob v rámci politického diskursu. Českou judikaturu lze oproti tomu považovat za nekonzistentní, směřující od jedné extrémní interpretace ke druhé. Takovýto přístup je obecně kritizovatelný s ohledem na porušení principu konzistentnosti a předvídatelnosti v rozhodování soudu. V případě politické karikatury je však tato rozporuplnost umocněna o skutečnost, že soudy svou rozhodovací činností ovlivňují rozsah a podobu politické diskuse, a to zpravidla způsobem, jež je v neprospěch těch, jež se snaží umocnit sílu svého jinak málo výrazného hlasu ve veřejném diskursu prostřednictvím expresivního prvku – karikatury. Tímto omezením přitom dochází ke zpochybnění základního předpokladu demokracie, totiž komunikační racionality občanů.

Klíčová slova

Karikatura; lidská důstojnost; svoboda projevu.

* Tento článek vznikl v rámci řešení grantu Grantové agentury ČR č. 17-08176S „Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?“ Autor děkuje za cenné připomínky k tomuto textu Miluši Kindlové, Janě Ondřejkové, Janu Kyselovi a anonymním recenzentům Časopisu pro právní vědu a praxi.

** Mgr. Jan Broz, Katedra politologie a sociologie, Právnická fakulta, Univerzita Karlova, Praha / Department of Politology and Sociology, Faculty of Law, Charles University, Prague, Czech Republic / E-mail: broz_jan@centrum.cz / ORCID: 0000-0002-7680-5898

Abstract

Political caricature represents a highly specific form of the realisation of freedom of expression, the adequate reflexion of which requires a specific preunderstanding of the addressee concerning the meaning and aim of the caricature. In this regard we can consider caricature as culturally conditioned. Its current usage is therefore increasingly confronted with the limits consisting in the cultural diversity of society as well as with the expanding limitation on freedom of expression due to the emphasis on the importance of other conflicting rights, notably the right to human dignity. This paper analyses the presence of the latter limit in the case law of the Czech Constitutional Court by comparing this case law with decisions of the German Federal Constitutional Court and the US Supreme Court. Despite the fact that the case law of both foreign courts can be considered as substantially different, it in both cases reflects deeper normative ideas on the substance of human dignity of public persons participating in the political discourse. To the contrary, the Czech case law can be considered as inconsistent and leading from one extreme interpretation to another. Such an approach is generally objectionable due to the violation of the principle of consistency and foreseeability of judicial decision-making. In the case of political caricature, the inconsistency is amplified by the fact that judicial decision-making influences the scope and form of political discussion, usually in a way that disadvantages those who try to strengthen their otherwise weaker voice in the public discourse by an expressive feature: caricature. However, this limitation casts doubt on the basic premise of democracy, i. e. communicative rationality of citizens.

Keywords

Caricature; Human Dignity; Freedom of Expression.

Úvod

Judikatura Ústavního soudu vztahující se k problematice (politické) karikatury[1] je nepočetná, avšak o to zajímavější. Její přitažlivost spočívá zejména ve skutečnosti, že dva z dosavadních tří případů vykazují velmi obdobný skutkový základ, rozhodnutí, jakož i odůvodnění, jsou však diametrálně odlišná. Ačkoliv si je česká právní věda této skutečnosti vědoma,[2] doposavad jí dostatečným způsobem nereflektovala. Uskutečnění takovéto reflexe je primárním účelem této práce.

Pro pochopení ústavněprávního rozměru karikatury a jejího charakteru a úlohy ve společnosti však nelze považovat analýzu rozhodovací činnosti Ústavního soudu za postačující. Než přikročím k provedení této analýzy, podám proto shrnutí charakteristických rysů satiry, a tím i karikatury,[3] jež by měly brát soudy při svém rozhodování na zřetel. Následně ve stručnosti představím obecnější komparativní a teoretický kontext ústavněprávního rozměru karikatury, jež bude tématizovat problematiku vztahu svobody

1 Jak v úvodní části uvidíme, každá karikatura má normativním rozměr, a tím pádem i význam pro veřejnou diskusi. Proto dále v textu hovořím toliko o karikaturách, a nikoliv o karikaturách politických.

2 MOLEK, P. *Základní práva: Důstojnost.* Praha: Wolters Kluwer, 2017, s. 351.

3 V této práci vycházím z předpokladu, že karikatura představuje zvláštní výtvarnou formu, jíž se satira projevuje. Platí proto, že vše co je charakteristické pro satiru zároveň, charakterizuje i karikaturu. Zároveň ovem platí, že co platí pro karikaturu, nemusí být charakteristické pro satiru obecně.

projevu a důstojnosti člověka. Za výchozí předpoklad lze přitom považovat tvrzení, že stále robustnější ochrana lidské důstojnosti do značné míry umenšuje význam, jenž je přikládán svobodě projevu.[4] Uvedené kroky, tedy charakterizace karikatury a její ukotvení v širším teoretickém rámci, následně poslouží k vlastní analýze rozhodovací činnosti Ústavního soudu. Konečně v poslední části se pokusím ukázat na nekonzistentnost předpokladu, že lidská důstojnost představuje legitimní omezení užití karikatury v rámci veřejné diskuse, jež je sama založena na ideji lidské důstojnosti.

1 Satira a karikatura

O definici karikatury se pokusil nejeden soud. Podle judikatury Říšského soudu, s níž se ztotožnil i Spolkový ústavní soud SRN (dále jen „Spolkový ústavní soud"), představuje karikatura uměleckou formu, „*jejíž podstata spočívá v použití nadsázky, pitvoření postav a ve zcizovacím efektu*".[5] Podle dalších soudů karikatura využívá „*politováníhodných fyzických znaků či finančních situací*",[6] popřípadě „*ostré ironie a zveličování určitých charakterových a tělesných rysů karikované osoby*".[7] Chceme-li se však na charakter karikatury zaměřit zevrubněji, musíme se obrátit k doktrinální nauce. Jak bývá v obdobných případech přitom dobrým zvykem, nejpodrobněji danou problematiku zpracovala nauka německá.

Podle S. Gärtnera lze na satiru pohlížet buď jako na specifický umělecký, nebo jako na tón, princip či projev, jenž propůjčuje uměleckému dílu specifický charakter.[8] Za satirickou lze tedy označit povídku, ale rovněž píseň, film či divadelní hru. Avšak nejen klasické umělecké formy lze označit za satirická díla. Satira se může zřetelně projevovat rovněž v netradičních uměleckých formách.[9]

Přijmeme-li však tezi, že satira představuje spíše než umělecký druh tón či projev, a karikatura pak její specifickou formu projevu, musíme si položit otázku, co tento tón charakterizuje. Jinými slovy řečeno, musíme si položit otázku, kdy můžeme hovořit o satiře. S odvoláním na závěry literární vědy týž autor hovoří o třech komponentech satiry: (a) agresi; (b) normativním rozměru; a (c) nepřímočarosti.[10]

a) *Agresivní vyznění* satirického díla je jeho nejobvyklejší charakteristikou. Tomu ostatně nasvědčují i shora uvedené definice soudů, jež se primárně vztahují k pitvoření,

---

4 Viz CARMI, G. Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech. *Boston University International Law Journal,* 2008, roč. 26, s. 277–374.

5 RGSt 62, 183 a násl. Cit. dle BVerfGE 75, 369 (*Strauß Karikatur*), s. 377.

6 *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell,* 485 U.S. 46 (1988), s. 54.

7 Usnesení Ústavního soudu ze dne 17. 4. 2014, sp. zn. I. ÚS 2246/12, *Paroubková v. Reflex*.

8 GÄRTNER, S. *Was die Satire darf: eine Gesamtbetrachtung zu den rechtlichen Grenzen einer Kunstform*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, s. 20.

9 Za satirická díla, při naplnění dále uvedených znaků, by tedy po mém soudu bylo možné považovat také kupříkladu různé umělecké performance, graffity, etc.

10 Ibid, s. 22.

zesměšnění, etc. Často až přepjatě agresivní tón má však své opodstatnění. Hlavní prostředek agrese – *přehánění* – totiž sleduje dva podstatné účely. Prvním je snaha zřetelně ukázat, že jednání či vlastnost, jež je předmětem satirikovy kritiky, zjevně porušuje morální pravidla, je založeno na falešných konvenčních pravidlech či je jinak závadné.[11] Adresát satiry, tj. veřejnost, nesmí zůstat na pochybách o zavrženíhodnosti kritizovaného jednání či vlastnosti. Přehánění zároveň umocňuje směšnost situace. Uvědomění si její směšnosti a pousmání se nad karikovanou vlastností či jednáním přitom vyvolává individuální morální reflexi, jakož i pocit společenské vzájemnosti veřejnosti v dané morální otázce.[12]

b) Již bylo naznačeno, že každá satira upozorňuje na porušení určitých norem, tedy že se *dovolává určitých normativních standardů.* Tím se satira odlišuje od prosté komiky, jejímž cílem je toliko docílení smíchu.[13] Oproti tomu je snahou satiry „*znázornit rozpor mezi [normativními] požadavky a skutečností*".[14] Normativní oblastí, jíž se satira dovolává, přitom může být jak morálka, tak také např. právo či dokonce i mrav. Důležitý je ovšem rozpor mezi normativní oblastí a skutečností. Právě díky této charakteristice nemá satirická agrese výlučně negativní, destruktivní charakter.

c) Satirická agrese *nebývá vedena přímočaře,* nýbrž za pomoci zcizovacího efektu, pitvoření či jiného prostředku, jenž je „schopen obsáhnout v sobě svůj protiklad".[15] Za pomoci těchto prostředků získává satira svůj specifický *estetický charakter,*[16] jenž slouží ke zvýraznění podstaty komunikovaného sdělení,[17] přičemž estetika odcizení, jak uvidíme záhy, umožňuje i kritiku nekritizovatelného.

Karikatura, jako určitá forma výtvarného umění, pak představuje zvláštní projev či formu satiry, jež se vyznačuje „uměleckou ekonomií", spočívající v jednoduchosti karikatury, jímž se tato liší od „plnohodnotných" uměleckých děl.[18] Jako pro subkategorii satiry

11 GÄRTNER, S. *Was die Satire darf: eine Gesamtbetrachtung zu den rechtlichen Grenzen einer Kunstform.* Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

12 Zjednodušeně řečeno, pakliže se usmívám karikatuře, jsem si, byť na podvědomé úrovni, vědom oprávněnosti kritiky. Pakliže vím, že se nad totožnou karikaturou usmívají i další lidé, posiluje se mé vědomí o sdílených morálních standardech. Samozřejmě však platí i opak.

13 Srov. GOUNALAKIS, G. Freiräume und Grenzen politischer Karikatur und Satire. *Neue Juristische Wochenschrift,* 1995, roč. 48, č. 13, s. 811.

14 GÄRTNER, op. cit., s. 24 (doplněno JB).

15 Ibid, s. 26.

16 Srov. Ibid.

17 Ibid.

18 Ibid., s. 21.

pro ni nutně platí i právě uvedené charakteristiky. Výtvarná specifičnost, jež je karikatuře vlastním přitom, alespoň podle německého civilisty J. Oechslera, sleduje čtverý účel:[19]

1. *Upozornění na překročení norem.* Již bylo řečeno, že nepostradatelným momentem satirického projevu je implicitní vztažení se k určitému normativnímu systému, jehož je dosaženo vykreslením nesouladu reality s normativními požadavky.[20] Volba karikatury jako formy vyjadřující poněkud přepjatý střet mezi ideálem a skutečností přitom není neopodstatněná. Idealista, vyjadřující své názory umírněnou formou, je v lepším případě přehlížen, v horším vystaven posměvačným atakům ze strany „realističtěji" smýšlejících oponentů.[21] Satirická forma projevu tak autorovi poskytuje jednak ochranu spočívající v upozadění idealistického tónu, jež může být pro širší publikum projevem „slabošství", jednak přitahuje autorem žádanou pozornost publika, čímž fakticky napomáhá realizovat vlastní účel satirického díla.
2. *Uvolnění společenské frustrace.* Především ve společnostech, jež se netěší svobodě projevu, mohou satirická díla díky své nepřímočarosti umožňovat ventilaci společenské nespokojenosti. Podíváme-li se nazpět do historie, právě takovou funkci často plnili postavy dvorních šašků či prostořekých, konvencemi nespoutaných dětí, jež jako jediní mohli beze strachu z trestu prohlásit, že „císař je úplně nahý".[22]
3. *Zkouška posměchem.* A. A. Cooper, první hrabě ze Shaftesbury, prohlásil, že „*posměch je testem pravdivosti*".[23] V ideálním případě tedy platí, že pakliže si jednotlivec či společnost uchová své hodnoty či způsoby jednání jejich kritice navzdory, potvrzuje se tím jejich pravdivost.[24] Slovo „ideální" však je důležité. Skutečnost, že určité hodnoty či jednání přetrvají navzdory své kritice, nemusí implikovat jejich pravdivost, resp. neopodstatněnost kritiky, nýbrž spíše sílu konvence.[25] I přesto však nepovažuji za vhodné tuto funkci karikatury a priori zavrhovat. V době, kdy je sám pojem

19 Následující výklad vychází z kvalifikace uvedené v OECHSLER, J. Die Satire: Rechtliche Grenzen eines Kulturinstituts. *Neue Juristische Wochenschrift,* 2017, roč. 70, č. 11, s. 758–761.

20 Viz ad (b) této části.

21 Srov. OECHSLER, op. cit., s. 759.

22 Uvedeným samozřejmě narážím na pohádku *Císařovy nové šaty,* v níž se pouze dítě nemající strach ze zloby císaře ani potuchy o konvenci souhlasit ve všem s vládnoucím odvážilo říci všem očividnou pravdu. Viz ANDERSEN, H. Ch. *Císařovy nové šaty.* Překl. V. Košťálová. Praha: Mladá fronta, 1948.

23 Cit. OECHSLER, op. cit., s. 760.

24 Ibid.

25 V této souvislosti je zřejmá paralela mezi touto funkcí satiry a ospravedlnění svobody projevu odkazem na snahu o zajištění svobodného „tržiště idejí", jenž je nejvhodnějším předpokladem nalezení pravdy. Kriticky k této koncepci viz např. SCHAUER, F. *Free speech: a philosophical inquiry.* Cambridge: Cambridge University Press, 1982, s. 15–34; BAKER, E. *Human Liberty and Freedom of Speech.* Oxford: Oxford University Press, 1989, kap. 1 a 2.

pravdy přinejmenším diskutabilní, a kdy primární snahou mnohých veřejně činných osob je dostát požadavkům aktuálního veřejného mínění, může setrvání na názorech či jednáních přinejmenším ukazovat na hodnotovou integritu dané osoby.[26]

4. *Potrestání projevem.* Konečně posledním účelem je symbolické potrestání člověka či společnosti za jejich neřesti. Vyhraněný satirický tón přitom napomáhá udeřit pomyslný políček i ve chvíli, kdy je karikovaný necitliví vůči mírnější kritice,[27] popřípadě kdy jiné sankce, typicky právní, nemohou nastoupit. Právě takto cílená karikatura však představuje z hlediska ochrany cti a dobrého jména kritizované osoby nejzávaznější problém.

2 Svoboda v. důstojnost

Namnoze přílišně absolutizovaný rozdíl mezi takřka absolutním pojetím práva na svobodu projevu v USA a relativním pojetím evropským je všeobecně znám.[28] Méně známo však již v českém prostředí je, že se oba systémy rozchází rovněž v tom, zda, a případně jaký význam má být v ústavním právu přisuzován lidské důstojnosti.[29] Abychom si tento rozdíl alespoň ve stručnosti ukázali, představím v této části nejprve dva známé, a co do svého významu paradigmatické rozsudky na poli politické satiry, jeden Nejvyššího soudu a druhý Spolkového ústavního soudu, jež představují výchozí rozhodnutí obou soudů v dané oblasti, abych je následně zasadil do širšího kontextu přemítání o rozdílných přístupech k lidské důstojnosti v USA a v Evropě.

2.1 *Strauß v Falwell*

Při popisu dvou případů odehrávajících se v polovině osmdesátých let minulého století začněme v německé spolkové zemi Bavorsko, jejíž vládě tehdy předsedal Franz Josef Strauß, častý cíl karikaturistů, jehož tendence obrátit každou karikaturu v soudní

---

26 Tak tomu ovšem samozřejmě nebude v případě, kdy kritika poukazuje na rozpor mezi veřejně deklarovanými hodnotami osoby, a jejím faktickým chováním. Trvalé pokrytectví neimplikuje hodnotovou integritu.

27 Srov. OECHSLER, op. cit., s. 761.

28 Lze tvrdit, že obecné tvrzení o absolutizaci svobody projevu v USA nerozlišuje mezi dvěma odlišnými aspekty. Na jedné straně lze tvrdit, že Nejvyšší soud USA opravdu přisuzuje svobodě slova větší (politický/morální) význam, než je tomu v případě soudů jiných jurisdikcí. Na straně druhé však nelze tvrdit, že je jeho přístup absolutní. Tento dojem vyvolává spíše způsob řešení konfliktu prostřednictvím kategorizace, tedy za využití slovníku práv, než prostřednictvím poměřování, tedy za využití slovníku proporcionality. Shodně SCHAUER, F. Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture. In: NOLTE, G. (ed.). *European and US Constitutionalism.* Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 49–69.

29 Je přitom třeba připomenout, že otázka, zda Nejvyšší soud USA ve své rozhodovací činnosti zohledňuje koncept lidské důstojnosti, představuje předmět diskusí. Viz např. JACKSON, V. Constitutional Dialogue and Human Dignity. *Montreal Law Review,* 2004, roč. 65, s. 15–40.

při tento zájem ještě stupňovala.[30] K rozhovoru, v němž Strauß prohlásil, že nemá nic proti procesům s karikaturisty, připojil časopis *konkret* karikaturu R. Hachfelda, jež zobrazovala Strauße jako prase kopulující s jiným prasetem oděným do soudcovského taláru. Ke karikatuře byl připojen nápis „Karikatura smí vše. Smí i Rainer Hachfeld?".[31] V návaznosti na podání obžaloby pro spáchání trestného činu urážky karikaturista o rok později v tomtéž časopise uveřejnil obdobnou karikaturu, již doprovodil textem „*Jaká je tedy ta konečná správná kresba, pane státní zástupce?*" Konečně, o několik měsíců později vydal třetí karikaturu se čtyřmi prasaty, dvěma vykazujícími charakteristické znaky Strauße a dvěma oděnými do soudcovského taláru, přičemž tentokráte doprovodil karikaturu dopisem, v němž redakci časopisu *karikatur* omluvně psal, že musí kreslit znovu a znovu nové karikatury prasat, jelikož ho Strauß nenechává na pokoji. R. Hachfeld byl pravomocně odsouzen za spáchání trestného činu urážky.

Proti rozhodnutí podal odsouzený ústavní stížnost, v níž napadl rozhodnutí vrchního zemského soudu především proto, že soud dostatečně nezohlednil umělecký charakter karikatury, a tedy i skutečnost, že do stěžovatelova ústavně garantovaného práva na uměleckou tvorbu nelze zasáhnout toliko z důvodů stanovených v obyčejném právu, pročež namísto poměřování dvou navzájem si kolidujících ústavních práv přistoupil k pouhé subsumpci karikaturistova jednání pod skutkovou podstatu trestného činu.[32] Konkrétně soud opomenul zohlednit dvě skutečnosti: Za prvé, karikatura představuje specifický výrazový prostředek, jenž si vyžaduje, aby bylo rozlišováno mezi tónem a obsahem sdělení. Způsob, jímž byla kresba provedena, přitom nikterak nevybočoval ze standardů, jež byly v dané době pro karikatury běžné. Za druhé, karikovaný, ministerský předseda Svobodného státu Bavorsko, byl veřejně známou osobou, jejíž standard ochrany cti a dobré pověsti je nižší, než je tomu u jiných fyzických osob. Karikatura přitom v kontextu Straußem poskytnutého rozhovoru upozorňuje na skutečnost, že již dříve byly zakázány některé karikatury, jež kritizovaly ministerského předsedu. Je tudíž možné, že soudy rozhodovaly ve snaze zalíbit se vlivnému politiku. Co do obsahu tedy karikatura sleduje veřejný zájem, pročež ji nelze považovat za nepřiměřenou.

Spolkový ústavní soud v úvodu své argumentace vyslovil souhlas s názorem, že politická karikatura představuje specifický druh umělecké tvorby. Při soudním rozhodování je třeba rozlišovat mezi uměním a jinými formami lidské činnosti, jak však Spolkový

---

30 Viz rozsudeky OLG Hamm ze dne 9. prosince 1981, sp. zn. 7 Ss 1584/81 (*Strauß als Kampfstier*) a VGH München z 4. října 1983, sp. zn. 21 B 83 A 794 (*Rotkäppchenszene*).

31 Časopis *konkret*, 1980, č. 7; cit dle GÄRTNER, op. cit., s. 31.

32 S ohledem na strukturu čl. 5 Základního zákona platí, že svobodu uměleckého projevu, na rozdíl od obecné svobody projevu, nelze omezit z důvodů vypočtených v odstavci druhém téhož článku, tj. prostřednictvím obecných zákonů, ustanoveními směřujícími k ochraně mladistvých a právem na ochranu osobní cti. Právo na svobodu uměleckého projevu lze naopak omezit pouze z důvodu ochrany jiných základních práv, popřípadě ochrany jiných druhých osob. Srov. FACHNER, F. Artikel 5. In: STERN, K. a F. BECKER (Hrsg.). *Grundrechte – Kommentar.* Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010, s. 609–611.

ústavní soud důrazně podotkl, účelem soudního řízení není „*kontrola úrovně umění, tedy rozlišování mezi vyšším či nižším, lepším či horším, a proto více či méně chráněným uměním*“.[33] Jelikož karikatura představovala „*utvořený výsledek svobodné tvůrčí činnosti*“[34] bylo třeba ji považovat za umění, a proto i zvažovat ústavněprávní rozměr situace.

Soud se rovněž ztotožnil s názorem, že v případě posuzování karikatury je třeba rozlišovat mezi její formou a obsahem, přičemž zdůraznil: „*jelikož je karikatuře vlastní zcizovací efekt, musí být měřítka pro hodnocení formy karikatury jiná, zpravidla méně přísná, než jaká jsou měřítka pro hodnocení obsahu*“.[35] Zároveň ovšem konstatoval, že soudy nepochybily, pakliže nepřistoupily k poměřování práva na svobodu umělecké tvorby s právem na ochranu osobní cti. Ztvárnění karikatury, jakož i její obsahové vyznění jasně ukazují, že došlo ke zřejmému zásahu do důstojnosti F. J. Strauße. Co do obsahu bylo dle Spolkového ústavního soudu možné zásah do lidské důstojnosti shledat ve skutečnosti, že karikaturista zobrazil Strauße jako prase nikoliv s cílem vykreslit jeho charakteristické rysy, nýbrž pro navození dojmu, že se ministerský předseda chová způsobem, jenž není obvyklý u lidských bytostí, nýbrž u zvířat.[36] Ne bezvýznamnou přitom byla skutečnost, že animální choutky choval karikovaný k justici. Jak s odkazem na rozhodnutí vrchního zemského soudu Spolkový ústavní soud konstatoval: „*Karikatura navazuje dojem, že Strauß nachází animální potěšení nad svolnou justicí*“.[37]

Ve vztahu k vlastnímu vyobrazení pak soud poukázal na skutečnost, že karikatura vyobrazuje „*sexuální chování, jež i dnes patří u lidí k ochrany hodnému jádru intimního života*“,[38] pročež je třeba zobrazení ministerského předsedy v sexuálních pozicích chápat jako snahu o zbavení Strauße důstojnosti, jíž se mu jako člověku dostává. Nezáleží přitom na tom, zda jde o veřejně činnou osobu, či nikoliv. Důstojnost je inherentní hodnotu každého člověka bez ohledu na jím zastávanou veřejnou funkci.[39] V rozsahu, ve kterém je všeobecné osobnostní právo, a tedy i právo na ochranu osobní cti, projevem lidské důstojnosti, tj. nejvyšší a podle čl. 1 odst. 1 Základního zákona nedotknutelné hodnoty, působí toto právo absolutně, a tedy „*bez možnosti vyvážení jinými hodnotami*“.[40]

Ochrana osobnosti v míře, jíž se dotýká ochrany lidské důstojnosti, je tedy podle judikatury Spolkového ústavního soudu absolutní hodnotou, nad níž nemůže převážit ochrana

---

33 BVerfGE 75, 369 (*Strauß Karikatur*), s. 377.

34 Podle judikatury Spolkového ústavního soudu je umění charakterizováno „*svobodnou tvůrčí činností, jíž dochází prostřednictvím určité formy k bezprostřednímu vyjádření dojmů, zkušeností a zážitku umělce.*“ BVerfGE 20, 130 *(Mephisto*), s. 188–189.

35 BVerfGE 75, 369 (*Strauß Karikatur*), s. 378.

36 Ibid., s. 380.

37 Ibid., s. 379.

38 Ibid., s. 380.

39 Ibid., s. 380–1.

40 Ibid., s. 380.

jiných základních práv, ochranu svobody politického či uměleckého projevu nevyjímaje. Soud proto stížnost odmítl.[41]

V době procesu s R. Hachfeldem běžela v USA reklamní kampaň výrobce alkoholického likéru Campari, v níž slavné osobnosti hovořili o svém „poprvé". Ačkoliv na konci každého rozhovoru vyplynulo, že byl veden o první ochutnávce likéru Campari, jejich obsah byl stylizován tak, aby si adresát reklamy mohl pohrávat s myšlenkou, že tématem je první sexuální zážitek. Časopis *Hustler* upravil v listopadu 1983 svou titulní stranu po vzoru této kampaně, připojil portrét baptistického pastora a zakladatele konzervativní křesťanské politické organizace Moral Majority J. L. Falwella a opatřil ji titulem „Jerry Falwell hovoří o svém poprvé". V textu fiktivního rozhovoru pak stálo, že se Falwell musel před svým prvním pohlavním stykem opít, přičemž samotný akt vykonal na latríně se svou matkou.[42] U spodního kraje stránky bylo umístěno varování, že se jedná o parodii, již nelze brát vážně.

Falwell podal na časopis Hustler, jakož i na jeho vydavatele L. Flinta soukromoprávní žalobu požadující finanční náhradu z důvodu zásahu do práva na soukromí, urážky na cti a pro způsobení emoční újmy. Zatímco v části argumentující zásahem do práva na soukromí prvoinstanční soud žalobu ihned odmítl, o zbylých dvou nárocích rozhodovala porota. Ta konstatovala, že karikatura, jíž „reklama" časopisu Hustler představovala, nebyla s to navodit dojem, že přináší pravdivé údaje o Falwellovi, tj. nemohla ani dostát kritériu výslovné zlovolnosti (*actual malice*), jež podmiňuje úspěšné podání žaloby na ochranu cti veřejnou osobou. Porota však zároveň usoudila, že publikací časopisu byla žalobci úmyslně způsobena emoční újma, pročež odsoudil každého ze žalovaných k náhradě souhrnné částky ve výši 150 tisíc dolarů. Apelační soud rozsudek potvrdil.

Nejvyšší soud se ovšem se shora uvedenými závěry neztotožnil. V jednomyslně přijatém rozhodnutí konstatoval, že ochrana veřejné osoby před emocionální újmou v případech, kdy je projev urážlivý a vedený s cílem způsobit adresátovi emoční újmu, není dostatečným důvodem pro prolomení ochrany, jíž svobodě projevu poskytuje první dodatek Ústavy USA. Osoby, jež se cíleně snaží zapojit do veřejného života, naopak musí počítat s negativní reakcí veřejnosti. I přesto platí, že ne každý projev učiněný na adresu veřejné osoby, je chráněn prvním dodatkem Ústavy USA. Právě k takovéto ochraně je určeno kritérium výslovné zlovolnosti, podle něhož se může veřejná osoba dovolat ochrany práva na ochranu cti pouze tehdy, prokáže-li, že byl projev učiněn s vědomím jeho nepravdivosti či s bezohlednou nedbalostí.[43]

---

41 Uvedené východisko Spolkový ústavní soud bez výhrad potvrdil i v pozdějších případech. Viz zejm. BVerfGE 93, 266 (*Soldaten sind Mörder*), s. 223 a BVerfGE 119, 1 (*Roman Esra*), s. 23 a 34.

42 Podle hodnocení předsedy Nejvyššího soudu USA W. Rehnquista, autora odůvodnění rozhodnutí Nejvyššího osudu USA, text vykreslil Falwella jako „opilce a nemorální osobnost", přičemž navozoval dojem, že je Falwell „pokrytec, který káže pouze, pokud je opilý". *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell,* 485 U.S. 46 (1988), s. 48.

43 Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964), s. 280.

Aplikovat standard výslovné zlovolnosti na politickou karikaturu by však podle Nejvyššího soudu bylo v rozporu se samotnou podstatou tohoto uměleckého žánru, jenž spočívá ve „*využití politováníhodných fyzických vlastností či politicky žinantních situací*".[44] Použití kritérií, jako je urážlivost projevu, by ve vztahu k politické karikatuře vedlo k její faktické negaci, jelikož každá karikatura je vedena s úmyslem šokovat, zasáhnout veřejnost. Rozlišování míry urážlivosti by pak vedlo k subjektivitě, jíž nelze při ochraně práva na svobodu projevu připustit.[45] Soud proto shledal, že se veřejná osoba nemůže po právu domáhat náhrady za způsobení psychické újmy v případech politické karikatury.[46]

Rozdíl mezi přístupy obou soudů se zdá být na první pohled zřejmý:[47] Zatímco Spolkový ústavní soud upřednostnil ochranu lidské důstojnosti Straußе, Nejvyšší soud USA dal přednost svobodě politického projevu, a tím i nepříliš lichotivé karikatuře časopisu Hustler.[48] Podíváme-li se však na obě rozhodnutí podrobněji, zjistíme, že nosnými důvody pro diametrálně odlišná rozhodnutí byla spíše než víra Nejvyššího soudu, že jím hodnocená karikatura přispěla k veřejné diskusi, odlišné pojetí svobody osobnosti, jež bylo oběma soudům vlastní. Rozdíl v tomto pojetí má přitom co do činění s ideou lidské důstojnosti.

2.2 Teoretický kontext důstojnosti

Podle N. Rao se lze v současné době napříč jurisdikcemi setkat se třemi pojetími lidské důstojnosti: (i) důstojností jako *inherentní hodnotou* lidské bytosti; (ii) důstojností jako *substantivním ideálem* hodnotného života; a (iii) důstojností jako *uznáním*.[49] Zatímco první pojetí, charakteristické pro USA, spojuje důstojnost s negativní svobodou, tj. je individualistické a implikuje toliko závazky státu vůči jednotlivcům,[50] zbývající dvě pojetí mají

44 *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell,* 485 U.S. 46 (1988), s. 54.

45 Ibid., s. 55.

46 Podle E. Chemerinskyho lze pozorovat argumentační kontinuitu s analyzovaným rozhodnutí ve známém případě *Snyder v. Phelps* [562 U.S. 443 (2011)], v němž Nejvyšší soud USA konstatoval, že nelze považovat za neoprávněný zásah do soukromí, pakliže je pohřeb vojína padlého v Iráku doprovázen protesty členů Baptistické církve, jež takto protestují proti účasti USA ve válkách, homosexuálům a katolíkům. I v tomto případě se soud dovolal skutečnosti, že projev dotýkající se veřejného tématu musí být upřednostněn před zlomyslným, resp. silně urážejícím zásahem do soukromí a ochrany osobnosti. Viz CHEMERINSKY, E. *Constitutional Law: Principles and Policies.* 5. vyd. New York: Wolters Kluwer, 2015, s. 1525–1526.

47 Je ovšem třeba podotknout, že rozdíl spočívá především v upřednostnění konkrétního práva. Obecné úvahy obou soudů o významu svobody projevu lze naopak v mnohém považovat za konvergentní. Shodně GOUNALAKIS, op. cit., s. 810.

48 Takto např. HERCZEG, J. Dopad virtuální koule aneb meze politické satiry. *Právní rozhledy,* 2011, roč. 19, č. 7, s. 237.

49 Viz RAO, N. Three Concepts of Dignity in Constitutional Law. *Notre Dam Law Review,* 2011, roč. 86, č. 1, s. 187–189.

50 Rao v této úvaze navazuje na známou distinkci Isiaha Berlina mezi „negativní" a „positivní" svobodou (Ibid., s. 186). Pro účely tohoto článku ponechávám stranou ospravedlnitelnost této distinkce.

výrazný sociální rozměr, díky němuž implikují jak závazky státu, tak rovněž závazky ostatních osob a dokonce i jednotlivců ve vztahu k sobě samým.[51]

Právě představená typologie se však jeví býti tváří tvář představeným rozhodnutím nedostačující. Je sice pravdou, že Nejvyšší soud zdůraznil povinnost státu nezasahovat do svobodné politické diskuse, zatímco Spolkový ústavní soud prostřednictvím nepřímého horizontálního účinku dovodil povinnost karikaturisty nezasahovat do osobnostních práv karikovaného. Na druhou stranu však lze tvrdit, že Nejvyšší soud rozhodoval ani ne tak v zájmu ochrany individuální svobody časopisu *Hustler,* jako spíše z důvodu ochrany veřejné debaty, zatímco Spolkový ústavní soud poskytl ochranu právu jednotlivce na zachování osobní cti a důstojnosti.[52] Domnívám se, že příčina spočívá v omezené explikační schopnosti této typologie, jež si všímá právních relací, nikoliv však kulturních odlišností, jež předurčují odlišný přístup různých soudů k lidské důstojnosti: „*Nemá smysl hovořit o vznešených teoriích lidské důstojnosti, pokud nebereme na zřetel každodenní společenské formy důstojnosti*".[53]

Soustřeďme proto svou pozornost k právnímu historikovi J. Q. Whitmanovi, který spatřuje dva důležité momenty, určující rozdíl v přístupu obou společností k lidské důstojnosti: (1) historickou existenci šlechtického práva na evropském kontinentě; a (2) odlišné pojetí svobody.[54]

1. Jedním ze zásadních znaků, jimiž se severoamerická společnost od počátku odlišuje od evropské, je absence šlechty, a tím rovněž právních institutů, jež historicky zaručovaly šlechtě privilegované zacházení vyplývající z jejího společenského statusu. Tyto odlišnosti nespočívaly pouze v privilegovaném zacházení při výkonu trestů, nýbrž i v právu na ochranu pověsti a dobrého jména šlechtice.[55] Zatímco lze přitom proces budování společnosti v USA interpretovat jako budování rovnostářské společnosti prostřednictvím ponížení statusu šlechty na úroveň statusu běžného lidu,

---

51 Pro *substantivní pojetí lidské důstojnosti* je charakteristické, že důstojnost pojí s určitým způsobem života. Jeho realizace tudíž vyžaduje jednak od státu, aby umožnil občanům důstojné podmínky pro jejich život, zároveň však od nich samých vyžaduje, aby žili v souladu s představou o (minimálním) důstojném životě. Naopak *důstojnost jako uznání* předpokládá, že jedinec může prožít svou jedinečnost toliko v přímé interakci se společností, jež spoluutváří jeho identitu. Stát, jakož i jednotliví členové společnosti proto mají povinnost uznat člověka v jeho jedinečnosti, s jeho specifickým charakteristikami, touhami, etc. Viz Ibid.

52 S využitím obdobné argumentace např. D. Grimm tvrdí, že zatímco při rozhodování sporů týkajících se svobody projevu hraje v USA klíčovou úlohu „nadindividuální hledisko hledání pravdy", pro rozhodovací praxi Spolkového ústavního soudu je určující ochrana individuálních práv. GRIMM, D. Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Neue Juristische Wochenschrift,* 1995, roč. 48, č. 27, s. 1704.

53 WHITMAN, J. Q. Human dignity in Europe and the United States: the social foundations. In: NOLTE, G. (ed.). *European and US Constitutionalism.* Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 109.

54 Z Whitmanových prací k tomuto tématu viz zejména WHITMAN, J. Q. Enforcing Civility and Respect: Three Societies. *Yale Law Journal,* 2000, roč. 109, s. 1279–1398; WHITMAN, J. Q. Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty. *Yale Law Journal,* 2004, roč. 113, s. 1151–1221.

55 Viz WHITMAN, 2000, op. cit., s. 1313–32.

společenský vývoj na evropském kontinentu ve dvacátém století je naopak veden snahou o dosažení rovnosti tím, že se privilegií dříve náležejících šlechtě postupně dostává i prostému lidu.[56]

2. Podle N. Rao i J. Q. Whitmana jsou Spojené státy americké budovány na ideji omezené vlády. Svoboda je tedy primárně vnímána jako svoboda *od* zásahů státu a základní práva pak jako obrana *před* zásahem, či dokonce tyranií státu. Oproti tomu pro kontinentální a německou myšlenkovou tradici zvláště podle Whitmana platí, že svoboda je něčím více, totiž schopností rozvíjet a realizovat svou vlastní existenci. „Němci devatenáctého století často přemýšleli o svobodě jako o opositu *determinismu*“,[57] tvrdí Whitman, přičemž dovozuje, že tímto protikladem je schopnost kontrolovat svůj vnější prostor, dobrou pověst nevyjímaje.

Whitmanem akcentované rozdíly lze pokládat za pravdivé a pro soudobou právní teorii do značné míry za důležité. Proces vyrovnávání společenské úrovně „aristokratizací“ společnosti představuje základní kámen vlivné teorie lidské důstojnosti J. Waldrona.[58] Reinterpretace základních práv jakožto práv, která nezajišťují toliko negativní svobodu jednotlivce od státu, nýbrž zaručují jednotlivci možnost realizace jemu přináležející osobní autonomie, rovněž není jak v judikatuře, tak v teorii neobvyklá, naopak podle některých představuje jeden z výchozích předpokladů globálního modelu ústavních práv.[59] Přestože lze mít k oběma teoriím určité výhrady, pravdou je, že Whitmanem předvídaná symbióza obou rozdílů, jíž je *právo na kontrolu svého veřejného obrazu*,[60] má ve vztahu ke zkoumaným rozhodnutím velký vysvětlující potenciál.

Podíváme-li se na odůvodnění obou rozhodnutí podrobněji, můžeme pozorovat ideové linie, pojící odůvodnění s právě nastíněným paradigmatickým rozdílem v pojetí svobody. Při pozorném čtení totiž zjistíme, že Nejvyšší soud neupřednostnil svobodu projevu z přesvědčení, že by v daném případě upřednostněním ochrany osobnosti došlo k újmě na kvalitě veřejné diskuse:

„*Není pochyb o tom, že karikatury odpůrce a jeho matky publikované v časopise Hustler jsou přinejlepším vzdálenými sestřenicemi politických karikatur* […]. *Bylo-li by možné položit principiální standard umožňující oddělení jedněch od druhých, veřejná diskuse by zřejmě utrpěla malou, pakliže vůbec, škodu.*“[61]

Nejvyšší soud tedy rozhodl ve prospěch svobody projevu spíše ze dvou odlišných důvodů: Za prvé, stanovení substantivního kritéria společenské nepřijatelnosti politického

56 Viz WHITMAN, 2000, op. cit., s. 1384–91.

57 WHITMAN, 2004, op. cit., s. 1181 (kurzíva v originále). Whitman přitom odkazuje zejména na teorie G. W. Leibnize, G. W. F. Hegla a W. von Humboldta.

58 Srov. WALDRON, J. Dignity and Rank. *Archives Européennes de Sociologie,* 2007, roč. 48, s. 201–237; WALDRON, J. Dignity, Rank, and Rights. In: YOUNG, S. (ed.). *The Tanner Lectures on Human Values.* Salt Lake City: The Utah University Press, 2011, Vol. 29, s. 207–253.

59 MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2012, kap. 2.

60 Viz WHITMAN, 2004, op. cit., s. 1189–1196.

61 *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell,* 485 U.S. 46 (1988), s. 55.

projevu by do budoucna umožňovalo libovůli ze strany státu vůči jednotlivci.[62] Za druhé, má-li být svoboda primárně vnímána jako možnost volně jednat, je tato nezávislá na vnějších překážkách v té míře, že tyto překážky nepůsobí její omezení. Svoboda naopak představuje prostředek, jímž lze překážky překonat. Je tedy na veřejně činné osobě, aby se svobodně vyrovnala s kritikou:

„*Kandidát, který se chvástá svou neposkvrněnou pověstí a vynikající integritou nemůže věrohodně křičet ‚faul!', pokud se jeho oponent či přičinlivý reportér pokusí ukázat opak.*"[63]

Spolkový ústavní soud založil své rozhodnutí na odlišných důvodech. Prvním byla skutečnost, že karikaturista zpochybnil nezávislost justice na zemské vládě. Přestože snaha o zachování autority soudní moci představuje důvod, jímž lze ospravedlnit zásah do svobody projevu,[64] tento zájem nebyl v daném případě poměřován se zájmem na zachování svobody. Zpochybnění nezávislosti bavorské justice naopak bylo de facto pokládáno za přitěžující okolnost, jež podle soudu umocnila nepřiměřenou agresivitu projevu.

Druhým důvodem pro upřednostnění ochrany osobní cti F. J. Strauße byl zásah do jeho lidské důstojnosti. Tento zásah byl podle soudu způsoben přisouzením zvířecích vlastností karikovanému, jenž byl explicitně vyobrazen při výkonu různých sexuálních praktik. První z těchto důvodů lze považovat za krajně pochybný. Spolkový ústavní soud totiž fakticky dovodil, že přisouzení zvířecích vlastností člověku představuje zbavení jej jeho důstojnosti jako člověka, a tím tedy i zásah do jádra osobnostních práv.[65] Sporná je však otázka, zda je karikatura, pro niž je vyobrazení zvířat vykazujících znaky lidí charakteristické, v důsledku právem na svobodnou uměleckou tvorbu vůbec chráněna. Podle Spolkového ústavního soudu ano, avšak toliko za podmínky, že zobrazení zvířat je využito za účelem vyjádření povahových či fyziognomických rysů karikovaného.[66] Této podmínce však posuzované karikatury nedostály, jelikož přisoudily karikovanému zvířecí vlastnost, a to „*zvířecí zálibu v podrobování si justice*".[67] Uvedenou argumentaci však lze považovat za pochybnou s ohledem na neurčitou distinkci mezi lidskými a zvířecími vlastnostmi v oblasti literatury a umění obecněji. Pakliže kupříkladu veřejně nařknu veřejně činnou osobu z hyenismu, zbavím optikou shora nastíněné argumentační struktury tuto její důstojnosti. Ve skutečnosti však nelze tvrdit, že by chování hyen vykazovalo

62 Srov. POST, R. The Constitutional Concept of Public Discourse. *Harvard Law Review.* 1990, roč. 103, s. 654.

63 *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell,* 485 U.S. 46 (1988), s. 51–52 s odkazem na rozhodnutí *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265 (1971).

64 Srov. čl. 10 odst. 2 in fine Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod; ke vztahu legitimních omezení základních práv dle Úmluvy a Základního zákona SRN viz GRABENWARTERM Ch. a T. MARAUHN. Grundrechtseingriff und –schranken. In: GROTE, R. a T. MARAUHN (Hrsg.). *EMRK/GG Konkordanzkommentar.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 362, Marg. 40.

65 Shodný závěr na základě uvedeného rozhodnutí dovozuje rovněž BRUGGER, W. Verbot oder Schutz von Haßrede? *Archiv des öffentliches Rechts,* 2003, roč. 128, s. 383.

66 BVerfGE 75, 369 (*Strauß Karikatur*), s. 379.

67 Ibid.

znaky, jež jsou kritizovány slovem *hyenismus*. Naopak, chování typické pro určitý živočišný druh bylo využito pro označení lidské vlastnosti.

Chceme-li tedy rekonstruovat důvodnost uvedeného argumentu, považuji za potřebné vydat se méně zjevnou linií. Proč považujeme člověka jednajícího jako hyena za amorálního, zatímco samotnou hyenu nikoliv? Intuitivní odpověď zní, že se člověku dostává vlastností, jež zvířata postrádají. Těmito vlastnostmi jsou schopnost volního jednání a morální sebereflexe, kteréžto mnohé teorie považují za konstitutivní znaky lidské důstojnosti.[68] Zaměříme-li se na problém explicitního zobrazení sexuálních praktik, je třeba se ptát, zda se popřením důstojnosti nemíní zpochybnění schopnosti sebeovládání a tím i popření schopnosti dostát morálním závazkům.

Nedobrovolné vyobrazení člověka při sexuálním aktu bezpochyby představuje v našem kulturním prostředí překročení konvenční morálky v intenzitě, jež může na vyobrazenou osobu negativně působit. Otázkou však je, zda tomu tak je i v případech, kdy absurdita celého kontextu jasně naznačuje nadsázku a nereálný základ situace, jak je v případě karikatur obvyklé.[69] Nelze nakonec tvrdit, že Spolkový ústavní soud spíše chránil veřejný obraz osoby, jež ztotožnil s ideálním, substantivním pojetím lidské důstojnosti?

3 Politická karikatura v judikatuře ÚS

Ústavní soud České republiky doposud řešil tři případy týkající se politické karikatury. První z nich, rozhodnutí ve věci Šlouf v Respekt,[70] není s ohledem na odlišný charakter karikatury předmětem podrobnější analýzy. Přesto je na úvod vhodné upozornit na dva závěry, jež Ústavní soud v jeho odůvodnění učinil. Prvním je konstatování, že kritický hodnotící soud, jímž karikatura je, vždy nevyhnutelně představuje zásah do osobnostních práv, pročež je třeba zkoumat, „zda primárním cílem kritiky není hanobení a zneuctění dané osoby".[71] Druhým pak je upozornění, že pro bezchybné právní posouzení karikatury je nezbytné „*odstranění satirického hávu, do nějž se halí.* […] *Vzhledem k tomu, že karikatura používá výrazových prostředků sobě vlastních, je třeba na způsob, jímž se vyjadřuje, nahlížet shovívavěji, nelze však připustit, aby zcela zjevně přesáhla meze přiměřenosti v poměru ke sledovanému cíli kritiky (tzn. intenzivní exces)*".[72]

---

68 Tento směr uvažování byl určující zejména pro renesanční představitele, jakými byly např. F. Petrarca či G. Picco della Mirandola. Ze současných autorů viz zejm. GRIFFIN, J. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

69 V této souvislosti lze souhlasit s tvrzením Gärtnera, podle něhož se Spolkový ústavní soud dostatečně nevyrovnal s konstitutivními znaky satiry, tj. její agresí a nepřímočarostí. GÄRTNER, op. cit., s. 32.

70 Usnesení Ústavního soudu ze dne 4. dubna 2004 ze dne 4. dubna 2005, sp. zn. IV. ÚS 146/04 (*Šlouf v. Respekt*).

71 Ibid.

72 Ibid.

Uvedené pravidlo považuji s ohledem na charakteristické rysy karikatury za adekvátní. Analýza pozdějších rozhodnutí ovšem ukazuje, že ani pravidlo postulované Ústavním soudem nebývá jím samým následováno.

3.1 Zelený Raoul vs. veřejné osobnosti

Na počátku prvního rozhodnutí byl 329 díl komiksu *Zelený Raoul*, publikovaný v časopisu *Reflex*, jenž zobrazoval tehdejšího ministra K. Březinu, známého především svým velmi bohatým společenským životem, jak postupně souloží se spolustraníky J. Volfovou a M. Kučerou, a následně i se svojí manželkou, spisovatelkou a mediální celebritou B. Nesvadbovou. Některé kresby exlicitně vyobrazovaly nahé postavy, přičemž na jedné byl ministr zobrazen se ztopořeným falusem. Soud první instance vyhověl Březinově žalobě na ochranu osobnosti, odvolací a dovolací soudy rozsudek následně potvrdily.

Ústavní soud se v odůvodnění usnesení o odmítnutí ústavní stížnosti časopisu Reflex ani tak nezabýval argumenty stěžovatele, nýbrž především zdůraznil své zvláštní postavení jako soudního orgánu ochrany ústavnosti, jemuž přísluší toliko kontrola, a zda se obecné soudy kolizí základních práv zabývaly, zda některé jednostranně neupřednostnili. Ústavní soud, dovolávaje se nezávislosti obecných soudu, proto konstatoval, že „*není povolán posuzovat správnost napadených rozhodnutí*“, pročež ústavní stížnost odmítl.[73] Ve vztahu k věcné analýze nám proto nezbývá nic jiného, než vycházet z argumentů obecných soudů, a to i při vědomí, že Ústavní soud konstatoval, že „*nesdílí v jednotlivostech všechna východiska uvedená v odůvodnění napadených rozhodnutí obecných soudů*“.[74] Pro lepší přehlednost jednotlivé argumenty předkládám ve formě tezí:[75]

(B1) Snahou karikatury nebylo nalézt pravdu či popsat příčiny problému, nýbrž ponížit karikovaného.

(B2) Kritika musí být způsobem, formou a okolnostmi přiměřená kritizované skutečnosti. Míra přípustné kritiky však byla v daném případě překročena.

(B3) Komiks byl nepravdivý a tudíž protiprávní.

(B4) Neoprávněný zásah může spočívat rovněž ve zveřejňování pravdivých zpráv z intimního a rodinného života proti vůli osoby.

(B5) Komiks vykazoval znaky pornografického díla, a proto porušil osobnostní práva karikovaného.

Ve druhém případě byl předmětem sporu opět seriál *Zelený*

---

73 Nález ÚS ze dne 25. listopadu 2010, sp. zn. II. ÚS 468/03 (dále citováno jako *Březina v. Reflex*). S uvedenou argumentací se však lze jen stěží ztotožnit. Pakliže Ústavní soud dovodí existenci zásahu do ústavně garantovaného práva, nemůže toliko zkoumat, zda si byly obecné soudy této skutečnosti vědomi, nýbrž musí zkoumat, zda došlo k adekvátnímu poměřování navzájem si kolidujících práv. Srov. STARCK, Ch. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte. *JuristenZeitung,* 1996, roč. 51, č. 21, s. 1039.

74 Usnesení Ústavního soudu ze dne 25. listopadu 2010, sp. zn. II. ÚS 468/03 (*Březina v. Reflex*).

75 Jednotlivé argumenty/teze označuji velkým písmenem shodujícím se s počátečním písmenem karikované osobnosti a číslem.

, tentokráte díl nesoucí podtitul „Paroubkovy erotické fantazie". Obsahem dílu je vyprávění manželky lídra tehdy nejsilnější opoziční strany J. Paroubka Petry o tom, jak probíhá „noc plná vášně".[76] Na počátku vyprávění se Paroubek vrací domů rozradostněn ze svržení vlády. Následuje zobrazení jeho manželky, vyzývající Paroubka, aby „myslel na něco hodně erotického". Paroubek dochází vzrušení teprve při pomyšlení na poslance D. Ratha. Následuje již jen scéna, kdy manželé leží v posteli, přičemž je Paroubek chválen za svůj výkon.

Uvedenou karikaturu napadla žalobou na ochranu osobnosti P. Paroubková, avšak žaloba byla zamítnuta. Proti rozhodnutím obecných soudů žalobkyně brojila ústavní stížností, v níž především tvrdila, že obecné soudy nerespektovaly její právo na ochranu osobnosti, když upřednostnili projev, jenž podle jejího názoru „*vulgárně zesměšňoval počátek jejího těhotenství při pohlavním styku s manželem*".[77] Dále konstatovala, že v posuzovaném případu nemůže být vystavena kritériím, jímž jsou vystaveny veřejně činné osoby, jelikož nemá veřejnou funkci a karikatura zobrazuje ji a jejího manžela při soukromé (intimní) činnosti. Konečně v replice na vyjádření účastníků řízení stěžovatelka upozornila, že je třeba posuzovaný projev považovat za nepřípustný, jelikož je založen na nepravdivém tvrzení, přičemž zároveň platí, že se kritik při svém hodnocení „*musí vyvarovat všeobecných soudů a nesmí urážet a zostuzovat*".[78]

Ústavní soud se však s předestřenou argumentací neztotožnil, ústavní stížnost odmítl, přičemž odůvodnění vystavěl na následujících argumentech:

(P1) Svoboda projevu představuje nutný předpoklad demokratického právního státu. Možnost jejího omezení je proto nutné interpretova restriktivně, a to především ve vztahu k veřejným osobám, mezi něž patří i stěžovatelka a její manžel.[79]

(P2) Na karikaturu nelze vztáhnout požadavek pravdivosti, uměřenosti či korektnosti.

(P3) Určité standardy chování zůstávají „*věcí obecné lidské slušnosti, vkusu, korektnosti a gentlemanství, které si však nelze vynutit za pomoci rozhodnutí orgánu veřejné moci*".[80]

(P4) Karikatura není explicitní: „*Na žádné z karikatur nejsou stěžovatelka ani její manžel zobrazeni nazí, ani údajný pohlavní styk není zobrazen nijak naturalisticky, vše je ponecháno spíše na fantazii čtenáře.*"[81]

---

76 Zelený Raoul, díl 739. Publikováno v časopisu *Reflex*, 2009, č. 20.

77 I. ÚS 2246/12, *Paroubková v. Reflex*.

78 I. ÚS 2246/12, *Paroubková v. Reflex*.

79 Podle soud platí, že „[n]*adnesené a přehánějící názory, polemická, kontroverzní, či šokující tvrzení, zahrnující i názory někoho urážející, jsou-li proneseny v širokém rámci veřejné a politické debaty, jsou názory ústavně chráněnými*". Ibid.

80 Ibid.

81 Ibid.

3.2 Zhodnocení vývoje judikatury

Již na první pohled je očividná vzájemná rozpornost shora uvedených argumentů Ústavního soudu. Na následujících řádcích se proto pokusím jednotlivé argumenty navzájem konfrontovat a pozici Ústavního soudu osvětlit v širším teoretickém kontextu.[82]

a) *Význam politického projevu:* V rozhodnutí ve věci *Paroubková* Ústavní soud mimo jiné zdůraznil význam politického projevu pro demokratickou společnost (P1).[83] Obdobnou úvahu druhé rozhodnutí postrádá. Lze však usuzovat, že soudy nepokládaly předmětnou karikaturu přísně vzato za politický projev, když k její tíži podotkly, že charakteristickým znakem karikatury není užití hrubých urážek, ale snaha „hledat či popisovat příčiny" (B1). Uvedené argumenty podněcují ke dvěma otázkám: (1) Lze karikaturu považovat za politický projev; (2) Má být politický projev upřednostněn před ochranou lidské důstojnosti?

První otázku lze považovat za dílčí ve vztahu obecnější diskusi o rozsahu politického projevu. Právě otázka klasifikace karikatury přitom upozorňuje na rizika restriktivního pojetí politického projevu. Klíčovým aspektem pro správné posouzení karikatury soudem je odlišení jejího „satirického hávu" od vlastního sdělení.[84] Ve věci *Paroubková* takto Ústavní soud dovodil, že účelem karikatury byla „*kritika na v moci si libujícího manžela stěžovatelky*".[85] Avšak v případě *Březina* na snahu o rekonstrukci věcného sdělení resignoval, když konstatoval, že snahou karikatury nebylo „nalézt pravdu či popsat příčiny problému" (P2). Domnívám se však, že i v uvedeném případě lze rekonstruovat věcné sdělení, mající význam pro veřejnou diskusi. Je jím jednak kritika politika budujícího si pověst prostřednictvím svého bohémského života, jakož i kritika společnosti, jež tuto strategii akceptuje. Skutečnost, že karikatura nehledá příčiny kritizovaného jednání, ani nepředstavuje možný způsob jeho nápravy, lze přitom považovat za její charakteristický znak.[86] Na omezeném prostoru, jenž je karikatuře vlastní, nelze poskytnou komplexní analýzu problému či vypracovat návrh jeho řešení. Jejím účelem je za pomoci šoku upozornit na problém, nikoliv jej řešit.[87] Uvedený případ tak ukazuje, že politické sdělení

82 Za nevhodnou lze rovněž považovat skutečnost, že Ústavní soud nepřihlížel k rozhodovací praxi ESLP, jíž lze považovat za rozpornou zejména se závěry nálezu ve věci *Březina v. Reflex*. Cílem této části je však ukázat především na vzájemnou nekonzistentnost analyzovaných nálezů.

83 Ústavní soud zdůraznil úlohu svobody projevu v demokratické společnosti jednak v obecné rovině, jednak ve vztahu k mladým demokratickým společnostem, mezi něž stále počítá i tu českou. Jak konstatoval: „*I když tyto temné doby již naštěstí pominuly, ani v dnešní demokratické společnosti není pro všechny občany úplně samozřejmé prohlásit veřejně něco, co se může dotknout vysoce postavených jednotlivců a skupin a co hrozí osobními nevýhodami. Úkolem veškerých orgánů veřejné moci demokratického právního státu, zejména obecných soudů, je proto jednoznačně ochraňovat takové projevy zejména proti zájmům dočasně mocných*…". Ibid.

84 Takto správně konstatoval i Ústavní soud ve věci Šlauf a Spolkový ústavní soud ve věci *Hahfeld v Strauß*.

85 I. ÚS 2246/12, *Paroubková v. Reflex*.

86 Srov. GÄRTNER, op. cit., s. 25.

87 V případě *Březina* představovala jeden z podpůrných argumentů soudu skutečnost, že se po uveřejnění karikatury zvýšila intenzita článků publikovaných v tisku o životě karikovaného. Na uvedenou skutečnost však lze pohlížet rovněž positivně, kdy karikatura mohla zintensivnit debatu o kvalitách daného politika.

může být v projevu obsaženo i tehdy, pakliže není na první pohled zjevné. V případě karikatur lze přitom soudit, že ty by měli být s ohledem na jejich normativní apel zpravidla posuzovány jako politický projev.

Skutečnost, že lze určitý projev považovat za politický, však nutně neznamená, že má být tento upřednostněn oproti jiným, kolidujícím právům. Tuto potřebu lze dovodit teprve z normativních a empirických argumentů ve prospěch svobody politického projevu. Otázku, zda takové důvody v případě karikatury existují, si však dovolím prozatím ponechat otevřenou. Její zodpovězení bude ústředním tématem poslední části tohoto článku.

b) *Přiměřenost karikatury:* Přesuňme se nyní k argumentům B2, P2 a P3. Již v rozhodnutí ve věci Šlouf Ústavní soud zdůraznil nutnost pohlížet na výrazové prostředky užívané karikaturou „shovívavěji s ohledem na její agresivní tón, jenž tvoří slovy Ústavního soudu „satirický háv" karikatury. Zároveň ovšem připodotkl, že limit představuje tzv. *intensivní exces,* tedy případ zjevné nepřiměřenosti mezi agresí a cílem kritiky.[88] Za důležitý v této souvislosti považuji důraz přikládaný „*zjevné nepřiměřenosti*" karikatury, tedy kritériu, jež na jedné straně chrání karikaturu před kritikou založenou na konvenční morálce, na straně druhé ovšem brání, byť za pomoci subjektivního kritéria, zjevnému zneužití karikatury.

Argument B2 ovšem ukazuje, že bylo v kauze *Březina* aplikováno kritérium přiměřenosti karikatury ke kritizované skutečnosti. Toto pravidlo však popírá agresivní a odcizující charakter karikatury, a tím v podstatě i karikaturu jako takovou. V případě *Paroubková* soud naopak do značné míry negoval význam intensivního excesu, když na námitku stěžovatelky o nevhodném přístupu k těhotné ženě konstatoval, že tato otázka „*zůstává věcí obecné lidské slušnosti, vkusu, korektnost a gentlemanství, které si však nelze vynutit za pomoci rozhodnutí orgánu veřejné moci*".[89] Jedinou hranici svobody projevu podle soudu představují rasistické výpady a výzvy k hrubému násilí.

Pakliže nebudeme právě uvedené tvrzení vztahovat toliko k ochraně těhotné ženy, nýbrž k ochraně veřejných osob obecně,[90] můžeme konstatovat faktickou shodu mezi jím konstituovaným pravidlem a přístupem Nejvyššího soudu ve věci *Falwell.* O udržitelnosti takovéhoto přístupu v evropském prostředí však lze přinejmenším pochybovat.[91] Za nebezpečné lze toto pravidlo považovat navíc z hlediska svobody projevu samé, jelikož jeho striktnost může působit snahy o restriktivní interpretaci pojmu veřejná osoba.

---

88 IV. ÚS 146/04, *Šlouf v. Respekt*. Srov. rovněž část 1(a).

89 I. ÚS 2246/12, *Paroubková v. Reflex*.

90 Opačný výklad nelze po mém soudu považovat za akceptovatelný, jelikož by fakticky znamenal, že by se ochraně osobnosti těhotných žen dostával a priori nižší standard ochrany, než u ostatních lidí.

91 Za ojedinělou lze uvedenou argumentaci považovat i ve světle nálezu, jenž byl vynesen pouhý měsíc po rozhodnutí ve věci *Paroubková*, v němž Ústavní soud připustil, že ačkoliv je nutné jeho možná omezení interpretovat restriktivně, lze politický projev omezit, pakliže zcela postrádá věcný základ, tj. jde o samoúčelnou urážku, jejíž intenzita není adekvátní ke kritizované skutečnosti. Nález Ústavního soudu ze dne 20. 5. 2014, sp. zn. IV. ÚS 1511/13, *Čouka v. Petřek*, odst. 35 a 46.

c) *Pravdivost karikatury:* Správné zhodnocení, zda je posuzovaný projev skutkovým tvrzením nebo hodnotovým soudem je klíčové pro adekvátní posouzení kolize svobody projevu s jiným ústavním právem. Zda však může být karikatura v některých případech považována za skutkové tvrzení je sporné. Přestože první pohled svádí k závěru, že karikatura pro svůj specifický estetický rozměr nemůže být nikdy hodnocena jako skutkový projev, nelze zpochybnit, že i ona využívá skutkových tvrzení.[92] Rozdíl ve statusu ochrany pravdivých a nepravdivých skutkových tvrzení je obecně známý. Zatímco prvá zpravidla ústavní ochrany požívají, druhá nikoliv.[93] Aby však věc nebyla tak jednoduchá, je třeba si uvědomit, že by i nepravdivá skutková tvrzení měla požívat ústavní ochrany, pakliže mluvčí o nepravdivosti tvrzení nevěděl, popřípadě nepravdivá tvrzení nešířil se zlým úmyslem.[94] Za důležité je proto po mém soudu třeba považovat dvě otázky: Byla skutková tvrzení obsažená v karikatuře pravdivá? A pokud nikoliv, jakým způsobem a s jakým cílem byla nepravdivá skutková tvrzení v karikatuře použita? Pouze pokud lze na druhou otázku odpověď, že skutkové tvrzení bylo použito se zlým úmyslem, lze karikaturu považovat za neoprávněnou.[95]

S ohledem na specifický charakter karikatury, konkrétněji pak na její nepřímočarost a agresivní vyznění, však lze tvrdit, že nepravdivé tvrzení zpravidla nelze v jejím případě považovat za skutkové tvrzení, nýbrž za „autorskou licenci", užitou jako základ agresivního, avšak normativního vyústění.[96] Tak tomu ostatně bylo i ve všech námi rozebíraných případech. Tvrzení (B3) lze tudíž považovat za zcela neopodstatněné a tudíž i, na rozdíl od tvrzení (P2), za chybné.[97]

d) *Pornografický charakter karikatury:* Poslední rozdíl obou případů tkví v argumentech (B5) a (P4), jež se vztahují k pornografickému charakteru karikatur. V případě *Paroubková* se lze ztotožnit s tvrzením (P4). V případě tvrzení (B5) je však situace

---

92 Shodně *Gärtner,* s. 42. Opačně však GOUNALAKIS, op. cit., s. 813.

93 Striktně vzato lze s ohledem na gramatický výklad čl. 17 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, jakož i čl. 10 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod tvrdit, že ochrany by měl alespoň v prvním kroku používat i nepravdivý projev. Jeho hodnota však bude při poměřování zpravidla nižší, než kolidujícího ústavního práva. Shodně GROTE, R. a N. WENZEL. Meinungsfreiheit. In: GROTE, R. a T. MARAUHN (Hrsg.). *EMRK/GG Konkordanzkommentar.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 922–924.

94 Shodně BARTOŇ, M. *Svoboda projevu: principy, garance, meze.* Praha: Leges, 2010, s. 86.

95 Otázkou ovšem je, zda lze v takovém případě stále mluvit o „karikatuře", jelikož posuzované dílo bude za takovéto situace zpravidla postrádat jeden z definičních znaků karikatury, tj. dovolání se normativního systému.

96 Karikatury tak, byť s pro ně charakteristickými zvláštnostmi, dobře ilustrují skutečnost, že mezi oběma tradičními kategoriemi – skutkový tvrzeními a hodnotícími soudy – nelze vést ostrou hranici. Srov. BARTOŇ, op. cit., s. 259–262.

97 Podotýkám však, že hodnocení je vztahováno toliko k předestřeným skutkovým okolnostem. Princip (P2) rovněž nelze považovat v obecné rovině za bezvýjimečně pravdivý. V tomto ohledu lze naopak za jistých okolností upřednostnit princip (B4), jenž je však v rámci odůvodnění rozhodnutí ve věci *Březina* rozporný s argumentem (B3).

složitější. Podle Ústavního soudu je pornografickým dílem „*jakákoliv věc, pokud uráží, způsobem, který lze stěží akceptovat, cit pro sexuální slušnost.* […] *Test pornografické povahy díla, který by měl být aplikován obecným soudem, spočívá na posouzení, zda celkový dojem díla způsobuje morální pohoršení osobě s běžným cítěním.*“[98] Tvorbu a šíření takovéhoto díla lze přitom legitimně omezit zákonem.

O vhodnosti uvedeného kritéria, resp. z něj odvozeného testu, však lze pochybovat přinejmenším ze dvou důvodů. Za prvé, podle konstantní judikatury Ústavního soudu se svoboda projevu vztahuje rovněž na informace nebo myšlenky, které „zraňují, šokují, nebo znepokojují“.[99] Díla, jež uráží obecnou sexuální slušnost, jsou však bez dalšího označována za pornografická, čímž jsou fakticky staveny vně ústavněprávní svobody projevu. Za druhé, uvedený přístup fakticky přehlíží skutečnost, že i tato díla v některých případech splňují znaky charakterizující umělecká díla, jímž je zaručena ochrana svobody umělecké tvorby.[100] Pornografickému dílu, jež lze považovat za výsledek umělecké tvorby, by tedy neměla být a priori odepírána ústavněprávní ochrana.

Otázkou ovšem je, jaká váha by měla být přikládána svobodě projevu a svobodě umělecké tvorby, pakliže je jejich vyjádřením dílo, jež obsahuje sexuálně explicitní zobrazení osoby, jež k jeho vytvoření nedala souhlasu. V obecné rovině lze usuzovat, že upřednostnění práva na ochranu osobnosti a soukromí je v takovém případě ospravedlnitelné. Obecně lze tedy s tvrzením (B5) souhlasit. Problémem ovšem je, že se toto tvrzení v posuzovaném případě nevztahuje k realistickému vyobrazení situace z reálného života K. Březiny, tj. například k fotografii či videonahrávce, nýbrž ke karikatuře, jíž je přehánění ve snaze o šok vlastní. Pakliže tedy mohlo a mělo být čtenářům zjevné, že předmětná karikatura K. Březiny, obdobně jako karikatura F. J. Straußе, nezobrazuje výjev z jeho života, nýbrž přehnanou formou upozorňuje na projevy, jež karikovaný sám učinil, nebylo podle mého názoru možné uvedené tvrzením (B5) postulované pravidlo v daném případě uplatnit. Uvedený závěr lze přitom považovat za oprávněný i s ohledem na rozhodovací praxi Evropského soudu pro lidská práva, jež opakovaně konstatoval neoprávněný zásah do práva na svobodu projevu v případech, kdy předmětem sexuálně explicitních karikatur byly veřejně činné osoby, a to ať již poslanec,[101] či státní prokurátor.[102]

---

98 Usnesení Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2004, sp. zn. IV.ÚS.

99 Např. nález ze dne 15. 3. 2005, sp. zn. I. ÚS 367/03, *Vondráčková v. Rejžek*, nebo IV. ÚS 1511/13, *Čouka v. Petřek*.

100 K přesvědčivé kritice uvedeného pojetí Ústavního soudu viz BARTOŇ, op. cit., s. 362–3. Oproti judikatuře Ústavního soudu Spolkový ústavní soud v případě románu *Josefine Mutzenbacher* konstatoval, že pornografické dílo lze považovat za projev umění, pakliže vykazuje rysy charakterizující tento druh děl, aby následně dovodil nutnost poměřování hodnoty svobody umělecké tvorby se zájmem na ochraně mladistvých. BVerfGE 83, 130 (*Mutzenbacher*).

101 Rozsudek ESLP ze dne 25. února 2007, *Vereinigung Bildender Künstler proti Rakousku*, č. stížnosti 68354/01.

102 Rozsudek ESLP ze dne 22. listopadu 2016, *Grebneva a Alisimchik proti Rusku*, č. stížnosti 8918/05.

4 Důstojnost v politické soutěži

Chceme-li přisoudit judikatuře Ústavního soudu k problematice karikatur racionální základ, musíme ji oprostit od chybných, zavádějících či vzájemně rozporných tvrzení, jež mohou její racionalitu zpochybnit. Právě předestřená analýza argumentů užitých v případech *Březina* a *Paroubková* po mém soudu ukazuje, že jedinou opodstatněnou odlišností obou případů je explicitně sexuální zobrazení K. Březiny. Příklad karikatury F. J. Strauße přitom ukazuje, že tuto skutečnost lze interpretovat jako upřednostnění ideje lidské důstojnosti, a tedy rovněž jako upřednostnění společensky sdílené ideje personální autonomie před idejí negativní svobody. Tím zároveň dochází k potlačení jednoho ze základních účelů karikatury, jíž je tzv. „zkouška posměchem".

Je ovšem sporné, zda lze racionálně ospravedlnit předpoklad, že lze zásah do lidské důstojnosti způsobit zveřejněním karikatury zřejmě fiktivního pohlavního styku. Ve dvou krocích se nyní pokusím prokázat, že nikoliv.

Z ideje negativního pojetí svobody lze dovodit, že by mělo být především na karikované osobě, aby svými činy vyvrátila pochybnosti o svých kvalitách.[103] Tento předpoklad se v kontinentální právní kultuře neprojevuje obecně, nýbrž ve vztahu k *veřejným osobám*, u nichž je nižší úroveň ochrany zdůvodňována jednak zájmem na zajištění svobodné debaty o věcech veřejných, jednak právě schopností účinné obrany, jíž se veřejným osobám dostává prostřednictvím snazšího přístupu do médií. Druhému důvodu ovšem bývá vytýkáno, že vychází z nerealistického předpokladu, že je politik schopen prostřednictvím médií utvářet vlastní positivní obraz. Realita je taková, že auditorium spíše vnímá negativní, než positivní sdělení o veřejných osobách.[104] Uvedený přístup však stojí v přímém protikladu k předpokladu, jež je vlastní samotné ideji důstojnosti, totiž ke schopnosti recipienta projevu učinit si vlastní racionální úsudek o obsahu sdělení.[105] Pokud je zcela zjevné, že karikatura pracuje s nadsázkou, nelze předpokládat, že tato vyobrazuje reálný intimní život karikovaného, a tudíž ani nezasahuje do jádra lidské důstojnosti. Pokud je tedy ochrana ve jménu lidské důstojnosti poskytována proti karikatuře, je poskytována s předpokladem, že si široké auditorium není schopno učinit racionální závěr o posuzovaném sdělení. Koncept lidské důstojnosti, dovolávající se za takového stavu ochrany karikované osoby, je tedy buď co do svých předpokladů

---

103 Upozorňuji, že se tento předpoklad vztahuje k vyvrácení *hodnotových soudů* o kvalitách jedince, nikoliv *skutkových tvrzení* o jeho činech.

104 Srov. např. ISENSEE, J. Grundrecht auf Ehre. In: ZIEMSKE, B. (Hrsg.). *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*. München: C. H. Beck, 1997, s. 22; BULL, H. Freiheit und Grenzen des politischen Meinungskampfes. In: BADURA, P. a H. DREIER (Hrsg.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. 2. vyd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, s. 183.

105 Viz zejm. SCANLON, T. A theory of freedom of expression. In: SCANLON, T. *The Difficulty of Tolerance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003, s. 6–25; STRAUSS, D. Persuasion. Autonomy, and Freedom of Expression. *Columbia Law Review,* 1991, roč. 91, s. 334–371.

inkonzistentní, nebo spíše než z předpokladu racionality vychází z určitého substantivního předpokladu morálky a slušnosti.

Pokud ovšem vycházíme z předpokladu, že si veřejnost není schopna uvědomit nadsázku, jež byla v daných karikaturách přítomna, je otázkou, nakolik lze uchovat fikci racionality, jež je potřebná pro legitimizaci demokracie. Převážná většina teorií demokracie vychází z určitého pojetí racionality, přičemž lze předpokládat, že předpokládaná úroveň racionality umožňuje rozlišovat mezi nadsázkou a skutkovým tvrzením, respektive poskytuje vodítka pro kvalifikovanou volbu politických zástupců.

Podle R. Posta je upřednostnění svobody projevu ve věci *Falwell* projevem preference pestré veřejné diskuse nad pravidly slušnosti, jež definují identitu určité společnosti.[106] Vůči tomuto závěru však E. Barendt namítá, že určité standardy slušnosti jsou pro racionální debatu nezbytné.[107] Přestože se oba dotýkají poněkud jiného aspektu, než je důstojnost člověka, jejich spor poukazuje na problém, jemuž se nelze vystříhat: Neměla by být jistá míra důstojnosti člověka chráněna již pouze pro umožnění veřejné diskuse?

Domnívám se, že ano. S ohledem na mnohoznačnost pojmu *důstojnost* je ovšem otázkou, jakou důstojnost máme na mysli. Již jsem zmínil, že důstojnost lze chápat jako schopnost racionálního uvažování, umožňujícího rozlišení mezi žertem, provokací a skutečností. Obecněji můžeme v této souvislosti hovořit o racionální autonomii jednotlivce.[108] Takováto autonomie je předpokladem smysluplné debaty a tuto je třeba právem chránit.[109] Předmětem uvedeného sporu je však pojetí založené na statusu člověka, a nikoliv jeho schopnosti. I přesto ovšem platí, že vyžadovat jistou míru slušnosti či přesněji zdvořilosti je opodstatněné, a to z důvodů reciprocity a rovnosti účastníků diskuse. Má-li být význam svobody zakládán na jejím vnitřním vztahu k demokracii, musíme vycházet z teorie demokracie, jíž není vlastní toliko hlasování, nýbrž možnost kvalifikovaně si prostřednictvím diskuse utvářet názor, jak by se mělo hlasovat, tj. o veřejném dobru.[110] Předpokladem veřejné diskuse je inklusivita a rovné postavení všech účastníků.[111] Explicitní projev pohrdání s hodnotami, jež formují vlastní respekt konkrétního člověka, brání jeho zapojení do diskuse, a tím se i příčí ideji demokracie samé.

---

106 POST, op. cit., s. 684.

107 BARENDT, E. *Freedom of Speech*. 2. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 228.

108 *Racionální* autonomií chápu schopnost jednotlivce činit si kvalifikované racionální úsudky o vnějších faktech. Toto pojetí nelze zaměňovat s výše diskutovanou idejí *personální* autonomie.

109 Lze spatřovat analogii mezi tímto pojetím důstojnosti a pojetím, zakládajícím presumpci rovnosti účastníku v civilním soudním řízení. Srov. WALDRON, J. How Law Protects Dignity. *Cambridge Law Journal,* 2012, roč. 71, č. 1, s. 209–210. DOI: 10.1017/S0008197312000256

110 ROSTBØLL, Ch. Freedom of expression, deliberation, autonomy and respect. *European Journal of Political Theory,* 2011, roč. 10, s. 7.

111 Viz COHEN, J. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: BOHMAN, J. a W. REHQ (eds.). *Deliberativy Democracy*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1997, s. 74.

Lze ovšem úspěšně pochybovat o tom, že karikatury v daných případech tvořili bariéru pro zapojení karikovaných do veřejné diskuse. Je třeba rozlišovat mezi tím, zda určitý projev vytváří bariéru pro zapojení určité skupiny do veřejné diskuse,[112] či zda kritický projev míří proti konkrétní osobě, jež již je do veřejné diskuse aktivně zapojená.[113] Lze proto uzavřít, že v daných případech neexistovaly dostatečné důvody pro upřednostnění důstojnosti nad svobodou projevu.

Závěr

Analýza obsažená v části třetí ukázala, že přes slibný začátek v případě Šlouf lze dosavadní rozhodovací činnost Ústavního soudu na poli karikatury považovat za kontradiktorní, ukvapeně směřující od jednoho extrému k druhému. Otázkou zůstává, co takto vehementní změny motivuje. Důvody mohou být po mém soudu minimálně dva. Za prvé, v odůvodnění ani jednoho z nálezů nelze vystopovat konkrétnější projevy snahy o provedení testu proporcionality. S ohledem na shora předestřené rozdíly pak lze zejména v rámci testu proporcionality *stricto sensu* postrádat jakékoliv poměřování vzájemně si kolidujících normativních nároků, jelikož se oba nálezy do značné míry vyznačují slovníkem absolutizujícím preferovaný normativní nárok. Za druhé, ve vztahu k věcnému řešení se lze obávat, že příčinou může být nízké vědomí některých ústavních soudců ohledně významu Ústavním soudem postulovaných pravidel, jež by v ideálním případě měly poskytovat vodítka obecným soudům při řešení obdobných případů. Oproti konsistentnímu, evolutivnímu přístupu německého Spolkového ústavního soudu tak judikatura Ústavního soudu staví na revoluci, jež nikterak nezohledňuje principy a pravidla jím samým dříve vytyčená, čímž citelně oslabuje předvídatelnost budoucího rozhodování.

Pakliže přijmeme tezi o prioritě důstojnosti před svobodou projevu v evropském právním prostředí, můžeme s ohledem na kontradiktornost rozhodovací praxe nejen konstatovat, že se tato teze v českém právním prostředí ve vztahu k difamačním karikaturám nepotvrzuje, nýbrž dokonce tvrdit, že vývoj české judikatury je opačný.[114] Přestože jsem se v tomto článku pokusil předestřít několik argumentů ve prospěch upřednostnění svobody projevu nad ochranou osobní cti v případě, kdy je do této zasaženo prostřednictvím karikatury, nepovažuji uvedený vývoj, zdánlivě směřující ve prospěch svobody

---

112 K tomu srov. WALDRON, J. *The Harm in the Hate Speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012. Oproti tomu evropská judikatura má tendenci přísněji hodnotit výroky, týkající se konkrétních lidí, než statusu skupiny jak ocelku.

113 Podle T. Vestinga by soudy měli při poměřování kolidujících si práv dokonce zvažovat způsob, jakým se osoba na veřejnosti projevuje (používá sama veřejně vulgárních výrazů?; dopomohla si ke slávě účastí v tzv. reality show?; etc.). Viz VESTING, T. Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeit. *Archiv des öffentlichen Rechts,* 1997, roč. 122, č. 3, s. 363–370.

114 Je však třeba opětovně upozornit, že absolutnost uvedené teze do značné míry relativizuje rovněž dříve zmiňovaná judikatura ESLP, k níž však Ústavní soud nepřihlížel.

projevu, za šťastný. Jak jsem se v práci pokusil naznačit, o jeho udržitelnosti lze úspěšně pochybovat. Nejistotu, jež je tímto působena, lze přitom považovat za o to více nežádoucí, že se dotýká politického projevu, kdy karikatura nemusí být toliko prostředkem novinářů, nýbrž i politiků samých. Soudní spor v důsledku použití karikatury v rámci předvolební kampaně, by přitom zakládal možnost soudců nikoliv bezvýznamným způsobem ovlivnit předvolební boj.[115] I pro zamezení pochybnostem o zneužití této možnosti je třeba, aby byl do budoucna sjednocen přístup Ústavního soudu k této otázce způsobem, jenž nebude vzbuzovat pochybnosti o své racionalitě na straně jedné, a o své obecné uplatnitelnosti na straně druhé.

115 Příležitost k takovémuto ovlivnění se naskytla před volbami do Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR v říjnu roku 2017. Jedním ze zaznamenáníhodných prvků politické kampaně byl volební autobus České pirátské strany, na němž byly vyobrazeny karikatury zástupců konkurenčních politických stran s upozorněním na korupční kauzy, jichž byly tito aktéři. Žádost o vydání předběžného opatření – zákazu zobrazení karikatury na autobusu – jež podala jedna z karikovaných, manželka bývalého předsedy vlády Jana Nečasová, však soud prvního stupně zamítl s odkazem na význam svobody projevu. Samotnou žalobu na ochranu osobnosti pak Nečasová vzala zpět. Nutno ovšem podotknout, že co do agresivity projevu dosahovala předmětná karikatura nepoměrně nižší intenzity, než karikatury předchozí. Obecnější vypovídací hodnotu tohoto případu je tedy nutno považovat za omezenější.

Zásada přiměřenosti a zásada iniciativy při realizaci bezprostředních zásahů uskutečňovaných ze strany Policie České republiky z hlediska teorie a praxe

The Principle of Proportionality in their Mutual Application in the Implementation of the Immediate Interventions Carried out by the Police of the Czech Republic in Terms of Theory and Practice

Pavel Všetička*

Abstrakt

V případě bezprostředních zásahů se jedná o nejcitelnější prostředky veřejně-mocenského donucení, které jsou v demokratickém právním státě realizovány pouze za účelem ochrany těch nejvýznamnějších zákonem chráněných zájmů, jakými jsou život, zdraví, majetek či osobní svoboda jednotlivce. V předkládaném příspěvku se zabývám izolovaně a posléze i ve vzájemných souvislostech zásadou přiměřenosti a zásadou iniciativy při realizaci bezprostředních zásahů uskutečňovaných ze strany Policie České republiky. V prvních dvou kapitolách jsem se zaměřil na řešení některých teoretických otázek spojených s jednotlivými zásadami. Ve třetí kapitole se věnuji analýze vybraných případů z aplikační praxe, na nichž se pokouším demonstrovat úskalí při hledání kompromisu mezi uplatněním zásady přiměřenosti a zásady iniciativy v rámci reálného fungování Policie České republiky.

Klíčová slova

Bezprostřední zásahy; nezákonná nečinnost; Policie České republiky; překročení pravomoci; zásada iniciativy; zásada přiměřenosti.

Abstract

In the case of immediate interventions, these are the most obvious means of public-power coercion, which are implemented in a democratic legal state only to protect the most important law-protected interests such as life, health, property or personal freedom of the individual. In the present work I deal with the mutual relation between the principle of proportionality and the principle of the initiative in the implementation of immediate interventions by the Police of the Czech Republic. In this context, I focused on solving a number of frequently discussed theoretical issues related to the subject. I also deal with the analysis of selected cases from application practice in which I try to prove the pitfalls in finding a compromise between the application of the principle of proportionality and the principle of initiative within the real functioning of the Police of the Czech Republic.

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

Keywords

Immediate Interventions; Unlawful Inaction; the Police of the Czech Republic; the Overrun of Authority; the Principle of Initiative; the Principle of Proportionality.

Úvod

Zajištění vnitřního pořádku a bezpečnosti náleží mezi základní a trvalé úkoly každého fungujícího státu.[1] Zvláště v posledních letech se vzhledem k narůstajícímu počtu nových bezpečnostních rizik (mezi něž se řadí především terorismus, kybernetická kriminalita, organizovaný zločin s mezinárodním rozsahem, atd.) stává otázka zajištění vnitřní bezpečnosti velmi diskutovanou, a to jak na vnitrostátní tak i na evropské a mezinárodní úrovni.[2] Ve stínu řady tragických událostí, k nimž došlo v posledních zhruba dvou desítkách let nejen v Evropě, ale i v jiných částech světa, se vlády jednotlivých zemí snaží nalézt adekvátní reakce na tyto negativní projevy globalizace, které by jim umožnily nová bezpečnostní rizika, když už ne zcela eliminovat, tak alespoň v maximální možné míře minimalizovat.[3]

Do množiny právních prostředků nezbytných k zajištění vnitřního pořádku a bezpečnosti lze nepochybně zahrnout i vybavení příslušných orgánů veřejné moci odpovídajícími pravomocemi v oblasti oprávnění k fyzickému zásahu do práv a svobod osob, které se uskutečňují v podobě realizace tzv. „bezprostředních zásahů".[4] Jedině tak mohou tyto

---

1 Srov. FILIP, J. Nástin problému bezpečnosti státu z pohledu Ústavního práva. In: DANČÁK, B. a V. ŠIMÍČEK (eds.). *Bezpečnost České republiky – právní aspekty situace po 11. září 2001*. 1. vyd. Brno: MU, 2002, s. 11.

2 „*Mezi důsledky teroristických útoků z 11. září 2001 lze zařadit i posun diskuse o reálném ohrožení demokratického systému organizovaným zločinem a politickým terorismem z prostředí odborných kruhů do prostředí nejširší veřejnosti, diskuse, jejímž obsahem jsou úvahy o prostředcích způsobilých reálně čelit stávajícím výzvám ohrožujícím vnitřní mír a demokratická společenství, úvahy o tom, do jaké míry přitom lze akceptovat i takové postupy, jež by mohly zúžit stávající míru ochrany základních práv*". MUSIL, J., J. ŠVESTKA a P. HOLLÄNDER. Bezpečnostní výzvy a omezení základních práv v postmoderní realitě. In: DANČÁK, B. a V. ŠIMÍČEK (eds.). *Bezpečnost České republiky – právní aspekty situace po 11. září 2001*. 1. vyd. Brno: MU, 2002, s. 94.

3 „*Je obvyklé v této souvislosti poukazovat na fakt, že v moderním globalizovaném světě se bezpečnostní rizika vnější i vnitřní velmi prolínají a musí být vnímána ve vzájemném kontextu. To platí zejména o situaci, kdy řada států řeší vnitřní bezpečnostní problémy, které mají původ v zahraničí či mají určité zahraniční souvislosti, jako je organizovaný zločin a terorismus s mezinárodním zapojením, problémy související s migrací a možnostmi volného pohybu osob (včetně pachatelů a obětí trestné činnosti), věcí (včetně nelegálních komodit nebo finančních prostředků, včetně těch pocházejících z kriminálních zdrojů), a kdy jsou aktuální tzv. asymetrické hrozby, vyznačující se tím, že místo hrozby konvenčního vojenského útoku hrozí v podstatě kriminální činnost zaměřená na citlivá místa infrastruktury, státu či společnosti*". VANGELI, B. Vnitřní bezpečnostní politika České republiky s důrazem na oblast vnitřního pořádku a bezpečnosti. In: HRUBEŠ, M. (ed.). *Analýza policy*. 1. vyd. Brno: MU, 2011, s. 120.

4 „*Bezprostřední zásah je správní úkon k odvrácení nebezpečí, které bezprostředně ohrožuje právem chráněné zájmy. Vykonavatel veřejné správy fyzicky zasahuje do právních poměrů osob, které toto ohrožení vyvolaly, nebo třetích osob a omezuje je v jejich právech*". HENDRYCH, D. et al. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 187.

orgány poskytovat dostatečnou ochranu tzv. „policejním statkům“.[5, 6]

Realizace bezprostředních zásahů (stejně jakož i ostatních forem faktických úkonů, jež sice nemají povahu přímého fyzického donucení, nicméně jejich realizace je zpravidla taktéž spojena se zásahem do práv a svobod osob, vůči nimž jsou uplatněny), představuje v rámci výkonu veřejné správy nepochybně *ultima ratio*, tedy nejzazší možnost, spočívající v aplikaci těch nejintenzivnějších prostředků státního donucení, které jsou orgány veřejné správy oprávněny vůči adresátům svého působení uplatnit v situaci, kdy mírnější prostředky nejsou či by zjevně nebyly k dosažení stanoveného cíle dostačující.

Jelikož bezprostřední zásahy náleží mezi takto citelné prostředky veřejně-mocenského donucení, je tato forma realizace veřejné správy v demokratickém právním státě uplatňována pouze za účelem ochrany těch nejvýznamnějších zákonem chráněných zájmů, jakými jsou život, zdraví, majetek či osobní svoboda jednotlivce. Z tohoto důvodu je třeba rozsah oprávnění k jejich realizaci, která bývají zpravidla legislativně řešena prostřednictvím obecných autorizačních doložek[7] či speciálních zákonných zmocnění,[8] omezit ještě dalšími zákonnými prostředky. Těmi jsou jednak výslovná omezující ustanovení vyjádřená v jednotlivých zvláštních zákonech a dále pak právní zásady a principy, mezi kterými se ve vztahu k dané problematice jako nejvýznamnější jeví zásada přiměřenosti.

---

5 „*Mezi tyto statky jsou tradičně řazeny ochrana státu, veřejná bezpečnost, bezpečnost osob a majetku, klid, mravnost, veřejné zdraví; jejich okruh se však stále rozrůstá, a podat úplný výčet není s ohledem na dynamiku dosti dobře možné a ostatně ani účelné*“. MATES, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 2.

6 Vymezením policejních statků se zabývala již prvorepubliková právní věda. Tehdejší literatura v této souvislosti uvádí několik neurčitých pojmů, jakými je například veřejný zájem, veřejné dobro či veřejná mravnost. S vědomím nutnosti výkladu těchto pojmů Slovník veřejného práva československého uvádí okomentovaný názor tehdejšího Nejvyššího správního soudu. „*Veřejný pokoj a řád znamená jednak souhrn právních norem a norem etických a společenských, jejichž zachování podle dočasně panujících obecných názorů je podmínkou klidného a spořádaného soužití, jednak stav společnosti oněm normám odpovídající“. V definici této zachycen je právě jak onen element normativního rázu, jenž zastoupen jest v obratu zde vykládaném slovem „řád“, tak i element rázu statusového, jenž odpovídá použitému zde slovu „pokoj“, nad to pak tento poslednější výraz zákonný je vyložen ještě i v tom směru, že musí jíti vždy o ochranu klidného a spořádaného soužití. Při pojmech veřejný řád, klid apod. nejde o nic nejuristického, metajuristického, přirozenoprávního; právní řád recipuje pro sebe názory společenské a etické*“. HÁCHA, J., J. HAVELKA, J. HOETZEL a K. LAŠTOVKA. *Slovník veřejného práva československého*. Svazek III. Brno: Polygrafia, 1934, s. 165.

7 Obecné zákonné zmocnění je legislativně technicky tvořeno tak, že se do hypotézy právní normy vsunují výrazy (neurčité právní pojmy) jako např. „veřejný pořádek“, „bezpečnost“, atd. Tyto výrazy vyjadřují ve zkratce stav, který existuje, jestliže jsou v podstatě dodržena pravidla chování lidí, která sice nejsou výslovně a podrobně vyjádřena v právní normě, jsou však právně závazná, neboť je nutné je dodržovat podle obecného přesvědčení lidí v určitém čase a v určitém místě. Srov. LUKEŠ, Z. *Základy bezpečnostního práva*. Praha: ACADEMIA, 1971, s. 78.

8 „*Speciální zákonné zmocnění je konstruováno tak, že v příslušné právní normě, z níž se toto zmocnění odvozuje, je hypotéza formulována relativně určitě (konkrétně), jednoznačně nebo taxativně, a tím je uvážení při její aplikaci ponechán úzký prostor. Čím konkrétnější je hypotéza právní normy, tím užší je prostor pro uvážení při aplikaci právní normy a snazší je koneckonců i přezkoumání, zda na jedné straně byla správně splněna příslušná právní povinnost, a na druhé straně, zda byl správný postup orgánů státní správy v případě nutnosti vymáhání této povinnosti*“. LUKEŠ, Z. *Základy bezpečnostního práva*. Praha: ACADEMIA, 1971, s. 80.

Na druhou stranu nezákonná nečinnost spočívající v neuskutečnění bezprostředního zásahu může mít za následek trvání protiprávního jednání, v jehož důsledku hrozí nebezpečí vzniku závažné újmy či škody. Proto jsou zákonná ustanovení obsahující oprávnění k realizaci bezprostředních zásahů náležejících do pravomoci Policie České republiky (dále jen „policie") doplněna o pozitivní vyjádření obecné zásady iniciativy, která příslušníkům policie zakládá povinnost postupovat v případě ohrožení nebo porušení vnitřního pořádku a bezpečnosti, jehož odstranění spadá do úkolů policie, zákonem předpokládaným způsobem, tj. konat z tzv. „úřední povinnosti".

Otázka optimálního vyvážení zásady přiměřenosti a zásady iniciativy ve vztahu k plnění úkolů policie je ovšem spojena nejen s reakcí na ty nejzávažnější druhy kriminality zmíněné na začátku tohoto úvodu, ale i s postupem policie vůči pachatelům ostatní trestné činnosti či dokonce přestupkového jednání. V těchto případech je otázka adekvátního přístupu ze strany policie vůči adresátům svého působení snad ještě diskutovanější, neboť uplatnění represivních prostředků spojených s omezením práv a svobod osob se v případě méně závažného protiprávního jednání na první pohled často jeví jako neopodstatněné. Nicméně je třeba si uvědomit, že zákonné uplatnění moci (například v podobě zásahů represivních složek) ve všech případech na jedné straně svobodu omezuje, ale na druhé straně ji zároveň zabezpečuje.[9, 10]

V rámci předkládaného příspěvku se pokusím nejen o řešení některých teoretických otázek spojených s danou problematikou, ale hodlám se zabývat též analýzou vybraných případů z aplikační praxe, na nichž se pokouším demonstrovat úskalí při hledání kompromisu mezi uplatněním zásady přiměřenosti a zásady iniciativy v rámci reálného fungování policie. Cílem předkládaného příspěvku je vedle uplatnění teoretického přístupu ke zvolené problematice též přiblížení jejího přesahu do oblasti aplikační praxe.

1 Problematika nezákonné nečinnosti a odpovědnosti za škodu vzniklou v souvislost s neuskutečněním bezprostředního zásahu náležejícího do pravomoci Policie České republiky

Veškeré orgány veřejné správy jsou povinny při výkonu své činnosti postupovat v souladu s právními předpisy.[11] Takové pojetí veřejné správy odpovídá naplnění ústavní zásady

9 Srov. HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 161.

10 „*Na jedné straně představuje bezpečnost, především pak individuální bezpečnost, jedno z chráněných práv. Na druhé straně ovšem představuje bezpečnost, a to především bezpečnost národního kolektivu, důvod pro omezení většiny (*individuálních pozn. aut.*) chráněných práv*". SCHORM, V. A. Několik poznámek k omezení práv a svobod zaručených Evropskou úmluvou o lidských právech z důvodu bezpečnosti. In: DANČÁK, B. a V. ŠIMÍČEK (eds.). *Bezpečnost České republiky – právní aspekty situace po 11. září 2001*. 1. vyd. Brno: MU, 2002, s. 83.

11 Srov. § 2 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád").

legality.[12] Zásada legality neslouží ovšem pouze k omezení aktivní činnosti orgánů veřejné moci v případě, kdy tato činnost přesáhne zákonný rámec jejich pravomoci, ale zakládá též povinnost nebýt pasivní v případě, kdy zákon těmto orgánům přikazuje právem předvídaným způsobem jednat z úřední povinnosti, což v souvislosti s úkony prováděnými v rámci vedení správního řízení odpovídá zásadě oficiality.[13] Ve vztahu k faktickým úkonům realizovaným policií je zásada oficiality označována jako zásada iniciativy. Zásada iniciativy z tohoto hlediska představuje jednu z dílčích složek zásady legality,[14] která stojí ve vzájemné protiváze k zásadě zdrženlivosti, jež představuje jednu z komponent zásady přiměřenosti.

Obecnou výjimku z bezpodmínečné vázanosti zásadou oficiality (iniciativy) tvoří případy, kdy zákon dává úředním osobám možnost rozhodnout o dalším postupu v podobě tzv. „uvážení jednání", které představuje jednu ze dvou forem správního uvážení.[15] V takovém případě se příslušná úřední osoba může (za splnění ostatních podmínek stanovených pro aplikaci správního uvážení)[16] rozhodnout, zda zákonem daný postup provede či nikoliv. Ve vztahu k faktickým úkonům vykonávaným policií jsou specifické zákonné výjimky omezující působnost zásady iniciativy upraveny v § 10 odst. 4 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o policii").

Problematika nezákonné nečinnosti bývá obecně spojována s průtahy v rámci formalizovaného řízení. V oblasti veřejné správy se jedná především o nevydání správního rozhodnutí ve stanovené lhůtě.[17] Nicméně je třeba zdůraznit, že nezákonná nečinnost

---

12 Srov. čl. 2 odst. 3 Ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústavy České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Ústava") a čl. 2 odst. 2 Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů. (dále jen „Listina").

13 Zásada oficiality se ve správním řízení uplatňuje souběžně s alternativní zásadou dispoziční. Působení zásady oficiality ve správním řízení spočívá v tom, že správní orgán v řízení postupuje z moci úřední a jeho běh je nezávislý na vůli účastníků řízení. Srov. SKULOVÁ, S. et al. *Správní právo procesní*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 79.

14 „*O principu legality mluvíme tehdy, kdy je právně stanovena povinnost k jednání. Podle principu legality jsou tedy bezpečnostní orgány a jejich aparát při existenci určitého stavu (trestné činnosti) povinny jednat určitým způsobem*". LUKEŠ, Z. *Základy bezpečnostního práva*. Praha: ACADEMIA, 1971, s. 83–84.

15 V případě uvážení jednání je příslušná úřední osoba oprávněna se na základě zákona rozhodnout o tom, zda zákonem daný postup uplatní či nikoliv. V této souvislosti se zpravidla musí nejprve vypořádat s výkladem neurčitých právních pojmů, a to s cílem vyhodnotit, zda daná situace dopadá na obsah pojmu, při jehož naplnění jí zákon přiznává příslušná oprávnění. Srov. SKULOVÁ, S. *Správní uvážení. Základní charakteristika a souvislosti pojmu*. 1 vyd. Brno: MU, 2004, s. 62.

16 „*Správní uvážení je v prvé řadě vždy limitováno principy vyplývajícími z ústavního pořádku České republiky; z nichž lze vyvodit, že i tam, kde vydání rozhodnutí závisí toliko na uvážení správního orgánu, je tento orgán omezen zákazem libovůle, příkazem rozhodovat v obdobných věcech obdobně a ve stejných věcech stejně (různost rozhodování ve stejných či obdobných věcech může být právě projevem ústavně reprobované libovůle), tj. principem rovnosti, zákazem diskriminace, příkazem zachovávat lidskou důstojnost, jakož i povinností výslovně uvést, jaká kritéria v rámci své úvahy použil, jaké důkazní prostředky si opatřil, jaké důkazy provedl a jak je hodnotil, a k jakým skutkovým a právním závěrům dospěl*". Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 3. 2005, č. j. 6 A 25/2002-42.

17 Srov. např. HENDRYCH, D. et al. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, kapitola XLII.

se může vyskytnout v souvislosti s realizací jakékoliv právní formy činnosti orgánů veřejné správy, tedy i v souvislosti s neuskutečněním bezprostředního zásahu, na jehož realizaci existuje právní nárok vyplývající z obecné právní zásady veřejné správy jako služby občanům,[18] která je dále konkretizována v rámci jednotlivých právních předpisů.[19]

Zásada iniciativy je ve vztahu k činnostem, jejichž realizace náleží do pravomoci policie, pozitivně vyjádřena v § 10 zákona o policii, který příslušníkům policie (dále jen „policistům") a zaměstnancům zařazeným v policii (dále jen „zaměstnancům policie") ve službě (a policistům i mimo službu) ukládá povinnost provést úkon[20, 21] v rámci své pravomoci, popřípadě učinit jiná opatření vedoucí k odstranění ohrožení nebo porušení vnitřního pořádku a bezpečnosti, jehož eliminace spadá do úkolů policie.[22] Zásada iniciativy je nicméně dílčím způsobem upravena i v následujícím ustanovení § 11 písm. b) zákona o policii, které je však jako celek primárně věnováno zásadě přiměřenosti.[23] Zde se uvádí, že rozhodnutím policisty (nebo zaměstnance policie) neprovést úkon nesmí osobám, jejichž bezpečnost je ohrožena, vzniknout bezdůvodná újma.

Důvod, proč zákonodárce upravil povinnost k iniciativě ve dvou různých ustanoveních (s rozdílnými názvy i obsahem), není dle mého názoru zcela zřejmý. Osobně se domnívám, že obsah ustanovení § 11 písm. b) by lépe odpovídal předmětu úpravy předchozího § 10 zákona o policii.[24]

Jeden z typových znaků bezprostředních zásahů spočívá ve skutečnosti, že se v jejich případě jedná o bezprostřední reakci na aktuálně hrozící nebezpečí, a tudíž zde nejsou,

18 Státní moc slouží všem občanům a veřejná správa je službou veřejnosti. Srov. čl. 2 odst. 3 věta první Ústavy a § 4 odst. 1 věta první správního řádu.

19 Policie slouží veřejnosti. Jejím úkolem je chránit bezpečnost osob a majetku a veřejný pořádek, předcházet trestné činnosti, plnit úkoly podle trestního řádu a další úkoly na úseku vnitřního pořádku a bezpečnosti svěřené jí zákony, přímo použitelnými předpisy Evropské unie nebo mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu. Policista je povinen dbát, aby jeho rozhodnutím neprovést úkon nevznikla osobám, jejichž bezpečnost je ohrožena, bezdůvodná újma. Srov. § 2 a § 11 písm. b) zákona o policii.

20 „*Úkon je jednání, přesně vymezené pravomocemi podle právního řádu, podle zákona o policii, ale též např. služebním zákonem u policistů jako subjektů oprávněných provádět tuto činnost. Provedení úkonu nebo jiného opatření je nutné zhodnotit v návaznosti na konkrétní situaci. Policista nebo zaměstnanec policie zhodnotí potřebu subsidiárního či alternativního přijetí např. úkonu, podle toho, co v dané situaci představuje vhodnější řešení (např. i nečinnost policisty či zaměstnance policie z důvodu uklidnění situace při konkrétní situaci), které předejde nebo odstraní negativní výsledek*". ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 69.

21 Zaměstnanci policie jsou povinni postupovat v souladu se zásadou iniciativy pouze v pracovní době.

22 Srov. § 10 odst. 1 zákona o policii.

23 Což vyplývá již ze samotného názvu tohoto ustanovení. Viz nadpis § 11 zákona o policii.

24 Pokud jde o samotný název § 10 zákona o policii („iniciativa"), zde je vhodné zmínit názor autorů komentáře k tomuto zákonu, kteří uvádí, že „*Toto ustanovení je nazváno v určitém rozporu s jeho obsahem, jelikož se nejedná o iniciativu v pravém slova smyslu (iniciativa je impulz směřující k aktivitě [z latinského podnět, popud, impulz směřující k určité aktivitě], ale o povinnost (logickou, vzhledem k poslání policie), což je také v normativním textu uvedeno*". ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 64.

na rozdíl od procesních úkonů, zákonem stanoveny žádné lhůty pro jejich realizaci.[25] To znamená, že v případě nastoupení zákonem předvídaných podmínek, tj. bezprostředního ohrožení zpravidla pozitivně vyjádřených zákonem chráněných zájmů, je třeba v souladu s naplněním zásady iniciativy provést zásah okamžitě, tj. bez zbytečného odkladu. V případě, že zásah není proveden bez zbytečného odkladu, jedná se o porušení zásady iniciativy, které má současně podobu nezákonné nečinnosti, jež může spočívat buď v absolutním neuskutečnění zásahu anebo v neuskutečnění zásahu v přiměřené lhůtě.

Základním prostředkem ochrany před nezákonným působením a tedy i před případnou nezákonnou nečinností je v případě policie stížnost, prostřednictvím jejíhož uplatnění může každý upozornit na nedostatky v činnosti policejního útvaru nebo konkrétního policisty.[26] V případě, že je stížnost po jejím prověření příslušným orgánem[27] vyhodnocena jako důvodná, zavazuje policii k náhradě škody, pokud nějaká v souvislosti s nezákonnou nečinností (či naopak činností) policie vznikla.

Odpovědnost státu za škodu vzniklou v souvislosti s činností jeho orgánů představuje výrazný demokratizační prvek, který se v současné moderní plně rozvinuté podobě objevuje v našem právním řádu poměrně nedávno. Nutno ovšem dodat, že kořeny tohoto institutu, tedy první snahy o regulaci této problematiky na zákonné úrovni, sahají do vzdálenější minulosti[28] a například prvorepubliková právní věda již zcela otevřeně zdůrazňovala potřebu účinné ochrany občanů před nezákonnými projevy veřejné moci, přičemž slovy J. Hoetzela „*Smysl právního řádu moderního státu je především v tom, aby se občanovi dostalo ochrany proti úřadům*“.[29]

Nárok na náhradu škody vzniklé v souvislosti s činností (či nečinností) policie jakožto orgánu státní správy upravuje vedle obecné právní úpravy, kterou je zákon č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci“), též zvláštní právní úprava, kterou představuje zákon o policii.[30] Jak ovšem uvádí D. Hendrych: „*Tato zvláštní zákonná úprava*

25 „*Tyto úkony pro svoji neodkladnost nejsou uskutečňovány jinak obvyklým procesním postupem, respektujícím všechna procesní pravidla správního řízení, zakončeným vydáním správního rozhodnutí. Důvodem takových autoritativních úkonů je typicky neodkladná potřeba ochrany života, zdraví, majetku a veřejného pořádku*“. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 4. 2008, č. j. 4 Aps 5/2007-53.

26 Srov. § 97 odst. 1 zákona o policii.

27 V praxi se bude nejčastěji jednat o Odbor vnitřní kontroly.

28 Existence právních předpisů upravujících problematiku odpovědnosti za škodu způsobenou v souvislosti s výkonem veřejné moci bývá zpravidla mylně spojována až s moderním demokratickým právním státem. Nicméně první právní předpisy regulující tuto problematiku, jakým byl například dvorský dekret č. 758/1806 sb. zák. soud., lze vysledovat již v období tzv. policejního státu. Srov. MATES, P. a J. SEVERA. *Odpovědnost státu za výkon veřejné moci*. 1 vyd. Praha: Leges, 2014, s. 7.

29 HOETZEL, J. *Československé správní právo. Část všeobecná*. Praha: Melantrich, 1934, s. 375.

30 Viz § 95 zákona o policii.

činí v praxi často interpretační potíže, neboť z jejího obsahu není zcela zjevné, zda se jedná o autonomní zákonnou úpravu nezávislou na zákonu o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci, či je tato úprava (zákon o policii) k zákonu o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci v poměru speciality, což je pravděpodobnější".[31] Podobný názor zastávají i autoři komentáře k zákonu o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci.[32] Jinou systematiku do této problematiky vnáší svým názorem P. Mates a J. Severa, když uvádějí, že úpravou podle § 95 zákona o policii se řídí úkony učiněné dle § 2 tohoto zákona (tedy bezprostřední zásahy, jakož i ostatní faktické úkony). Naopak při plnění úkolů policie v postavení orgánu veřejné správy (podle jednotlivých zvláštních zákonů) je namístě postup podle zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci.[33]

Zde je ovšem třeba říci, že zákon o policii ve svém § 95 věnovaném náhradě škody, na rozdíl od § 13 odst. 1 zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci, s náhradou škody vzniklé v souvislosti s nezákonnou nečinností policie výslovně nepočítá.34 Dále je třeba zohlednit též skutečnost, že v případě zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci je z povahy věci předmět právní regulace, zvláště co se týká postupu při uplatnění nároku na náhrady škody, upraven podrobněji. Proto se domnívám, že v případě škody či újmy vzniklé v souvislosti s nezákonnou nečinností policie, spočívající v neuskutečnění bezprostředního zásahu, na jehož realizaci existoval právní nárok, je namístě vycházet z již zmíněného vztahu speciality příslušných ustanovení vyjádřených v § 95 zákona o policii k obecné právní úpravě reprezentované zákonem o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci.

V případě nezákonné nečinnosti ze strany policie (stejně jakož i v případě nezákonného zásahu či rozhodnutí) je dále možné se domáhat soudní ochrany v rámci správního soudnictví. Ochrana před nezákonnou nečinností ve smyslu § 4 odst. 1 písm. b) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „soudní řád správní") je koncipována primárně k ochraně před nezákonnou nečinností v případě nevydání správního rozhodnutí v rámci správního řízení v zákonem stanovené lhůtě.[35] Nicméně judikatura Nejvyššího správního soudu v této souvislosti

---

31 Srov. HENDRYCH, D. et al. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 615–616.

32 „*Podle zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti, ve znění pozdějších předpisů nelze postupovat tam, kde je odpovědnost státu za škodu založena a upravena zvláštním zákonem*". VOJTEK, P. a V. BIČÁK. *Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. Komentář*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 12.

33 Srov. MATES, P. a J. SEVERA. *Odpovědnost státu za výkon veřejné moci*. 1 vyd. Praha: Leges, 2014, s. 37.

34 V § 95 odst. 1 zákona o policii se uvádí, že stát je povinen nahradit škodu způsobenou policií v souvislosti s plněním úkolů policie, což evokuje spíše dojem odpovědnosti z aktivní činnost policie. Využití tohoto ustanovení pro uplatnění nároku na náhradu škody způsobené nečinností policie by tak vyžadovalo značně extenzivní výklad jeho obsahu.

35 Srov. § 79 odst. 1 soudního řádu správního.

zaujímá stanovisko, že nezákonným zásahem[36] ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) soudního řádu správního může být i nezákonná nečinnost, a to v případě, že takový zásah měl být uskutečněn.[37] V případě nezákonné nečinnosti spočívající v neuskutečnění bezprostředního zásahu tedy soud postupuje podle § 82 a násl. soudního řádu správního.[38] Určení toho, že neuskutečněním zásahu byl porušen zákon, má význam především pro případné následné uplatnění nároku na náhradu škody, kdy nezákonnost postupu představuje jednu ze tří podmínek pro vznik odpovědnosti státu.[39]

V neposlední řadě je třeba říci, že případná nečinnost policejního orgánu v případě, že si situace vyžaduje realizaci bezprostředního zásahu, přičemž v důsledku jeho neuskutečnění dojde k vážným následkům na životě, zdraví, majetku či právech dotčených osob může mít pro příslušné policisty i trestněprávní důsledky. S ohledem na jejich veřejně-mocenské postavení v podobě úředních osob by se v tomto případě s největší pravděpodobností jednalo o naplnění skutkové podstaty trestného činu maření úkolu úřední osoby z nedbalosti,[40, 41] nicméně v závislosti na konkrétní situaci přicházejí v úvahu i jiné

36 „*Nezákonným zásahem ve smyslu § 82 soudního řádu správního nemůže být úkon policejního orgánu při výkonu působnosti orgánu činného v trestním řízení. Zásahem podrobeným přezkoumání ve správním soudnictví však může být zásah policejního orgánu při výkonu působnosti ve veřejné správě*". Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2005, č. j. 2 Aps 2/2004-69.

37 „*Podmínky řízení o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem blíže rozvedl senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 16. 11. 2010, č. j. 7 Aps 3/2008-98 z něhož vyplývá, že zásahem může být i nezákonná nečinnost spočívající v neučinění nějakého úkonu jiného než rozhodnutí ve smyslu § 65 odst. 1 soudního řádu správního*". Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2016, č. j. 10 As 236/2015-36.

38 V této souvislosti je třeba poznamenat, že Ústavní soud vykládá pojem „*zásah orgánu veřejné moci do ústavně zaručených základních práv a svobod" tak široce, že za takový zásah považuje i nečinnost orgánu veřejné moci, jíž je porušováno základní právo na projednání věci „bez zbytečných průtahů*". Srov. HENDRYCH, D. et al. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 491. Přesto, že zde má Ústavní soud na mysli průtahy ve správním řízení, je pravděpodobné, že v případě kdy by v souvislosti s nečinností policejního orgánu spočívající v neuskutečnění bezprostředního zásahu došlo k porušení ústavně zaručeného práva nebo svobody, by se Ústavní soud touto stížností zabýval, to ovšem pouze za předpokladu, že v době podání ústavní stížnosti a v době rozhodování Ústavního soudu o ní by nečinnost (či naopak nezákonný zásah) stále vyvolávala v osobní sféře stěžovatele právní následky. Srov. Usnesení Ústavního soudu ze dne 11. 4. 2001, sp. zn. I. ÚS 690/2000.

39 Obecně lze vysledovat tři podmínky vzniku odpovědnosti státu za výkon veřejné moci.
a) rozhodnutí bylo zrušeno jako nezákonné či bylo určeno, že zásah byl nezákonný anebo došlo k nezákonné nečinnosti,
b) existuje škoda či újma,
c) existuje zde příčinná souvislost mezi nezákonným rozhodnutím, zásahem nebo nečinností a vzniklou škodou či újmou. Srov. MATES, P. a J. SEVERA. *Odpovědnost státu za výkon veřejné moci*. 1 vyd. Praha: Leges, 2014, s. 34.

40 Srov. § 330 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník").

41 „*Zmařením důležitého úkolu ve smyslu § 330 odst. 1 trestního zákoníku se rozumí také porušení povinnosti oprávněné úřední osoby projednat správní delikt a rozhodnout o něm v zákonné prekluzivní lhůtě. Proto v případě, že oprávněná úřední osoba způsobí svou nečinností zánik správní odpovědnosti konkrétních osob za takový delikt, lze vůči ní vyvodit trestní odpovědnost za trestný čin maření úkolu úřední osoby z nedbalosti podle § 330 trestního zákoníku*". Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. 1. 2013, sp. zn. 8 Tz 97/2012. Jak již bylo výše řečeno, nečinnost v případě neuskutečnění rozhodnutí lze analogicky vztáhnout také na neuskutečnění zásahu.

právní kvalifikace takového jednání.[42] Tím ovšem není dotčeno oprávnění uplatnění nároku na náhradu škody podle obecného[43] či zvláštního právního předpisu.[44]

Pokud jde o praktické využití jednotlivých výše uvedených právních prostředků ochrany před nezákonnou nečinností, které náš právní řád dává v současnosti adresátům veřejně-mocenského působení k dispozici, zde je třeba říci, že v případě nezákonného neuskutečnění bezprostředního zásahu, vzhledem k výše zmíněné povaze této formy realizace veřejné správy, spočívající jak již bylo řečeno v reakci na bezprostřední, zpravidla časově úzce ohraničené ohrožení či porušení zákonem chráněného zájmu, žádný z těchto prostředků (stejně jako v případě nezákonné realizace bezprostředních zásahů) neposkytuje okamžitou ochranu proti nezákonné nečinnosti ze strany policie.[45, 46] Z tohoto hlediska má proto v praxi největší význam již zmíněné uplatnění nároku na náhradu škody či nemateriální újmy vzniklé v důsledku nesprávného úředního postupu dle § 13 zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci.

Přestože zákon nesprávný úřední postup nijak nedefinuje a tudíž je výklad tohoto pojmu ponechán na doktríně[47] a především pak judikatuře,[48] ze znění § 13 odst. 1 věty druhé a třetí zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci jasně vyplývá, že nesprávným úředním postupem se rozumí též nezákonná nečinnost.[49] Pokud jde o pojem úkon, zde se ve vztahu k činnosti veřejné správy jedná o veškeré projevy veřejné správy, které mají povahu právních činností a které zároveň nejsou rozhodnutím ve správním řízení.[50] Mimo jiné se tedy bude bezesporu jednat o veškeré faktické úkony

42 Např. neposkytnutí pomoci dle § 150 odst. 2 trestního zákoníku.

43 Zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci.

44 Zákona o policii.

45 Srov. SKULOVÁ, S., L. POTĚŠIL a kol. *Prostředky ochrany subjektivních práv ve veřejné správě – jejich systém a efektivnost*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 285.

46 „*Pokud Ústavní soud ústavní stížnosti směřující proti jinému zásahu orgánu veřejné moci vyhoví, „zakáže tomuto orgánu, aby v porušování práva či svobody pokračoval a přikáže mu, aby, pokud je to možné, obnovil stav před porušením“. Z toho především vyplývá, že pojmovým znakem zmíněného „jiného zásahu“ musí být zejména skutečnost, že tento zásah i v době podání ústavní stížnosti a v době rozhodování Ústavního soudu o ní musí být aktuální, tzn., musí v osobní sféře stěžovatele vyvolávat právní následky. Pokud má „jiný zásah“ povahu toliko jednorázového zásahu, který již v době zahájení řízení o ústavní stížnosti skončil, je obnovení statutu quo ante stejně jako zákaz v pokračování v porušování práva (svobody) adresovaný orgánu veřejné moci již pojmově vyloučen. Jak Ústavní soud judikoval již v jiném svém rozhodnutí, zásah orgánu veřejné moci napadený ústavní stížností musí být bezprostřední a přítomný (srov. Usnesení Ústavního soudu ze dne 8. 9. 1999, sp. zn. IV. ÚS 122/99), neboť v opačném případě by se přezkum a následné rozhodování Ústavního soudu stalo čistě akademickým*“. Usnesení Ústavního soudu ze dne 11. 4. 2001, sp. zn. I. ÚS 690/2000.

47 Srov. HENDRYCH, D. et al. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 682.

48 „*…nesprávným úředním postupem je každý postup orgánu veřejné moci, který při jejím výkonu postupuje v rozporu s obecně závaznými právními předpisy či v rozporu se zásadami jejího výkonu*“. Nález Ústavního soudu ze dne 8. 7. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 36/08.

49 Zákon o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci v § 13 odst. 1 uvádí, že v případě porušení povinnosti učinit úkon v zákonem stanovené lhůtě, a nestanoví-li zákon pro provedení úkonu žádnou lhůtu ve lhůtě přiměřené, se jedná o nesprávný úřední postup.

50 Srov. HENDRYCH, D. et al. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 440.

včetně bezprostředních zásahů. Předpokladem pro uplatnění nároku na náhradu škody v souvislosti s nezákonnou nečinností je však skutečnost, že z důvodu nezákonné nečinnosti vznikla škoda či nárok na náhradu nemateriální újmy.

Z právně-teoretického, nicméně i z praktického hlediska se jako poměrně zajímavá jeví otázka odpovědnosti příslušného orgánu za jednání úřední osoby, která v době služby (nebo v pracovní době) provede bezprostřední zásah, který je mimo rámec její pravomoci. Zde mohou nastat v zásadě dvě různé situace. Za prvé může dojít „pouze" k tzv. „excesu", což značí situaci, kdy jednání oprávněné úřední osoby vykazuje právní vadu (může se jednat např. o oprávněný zásah, při kterém však dojde k porušení zásady přiměřenosti), nicméně se z materiálního hlediska stále jedná o výkon veřejné správy. V tomto případě ponese odpovědnost za způsobenou škodu příslušný orgán veřejné správy, který může následně po této úřední osobě požadovat regresní úhradu.[51]

Ve druhém případě může dojít k tzv. „nicotnému zásahu", tedy k jednání, jež uskutečnila osoba, která je obecně k úředním úkonům oprávněna (úřední osoba), nicméně tento konkrétní zásah je uskutečněn zcela mimo rámec její pravomoci, a tudíž nejde o „pouhý" exces, ale o naprostou nicotnost takového jednání.[52] Přestože ze správně-právního hlediska není takové jednání jakkoliv relevantní,[53] vzhledem k tomu, že jej uskutečnila úřední osoba při výkonu své funkce, bude se z trestněprávního hlediska bezesporu jednat o zneužití pravomoci úřední osoby.

Z judikatury lze dovodit, že to, jestli nicotné jednání úřední osoby půjde k tíži příslušného orgánu, u kterého je dotyčná úřední osoba služebně zařazena či jí samotné, závisí na tom, zda se v případě jejího postupu jednalo o výkon veřejné moci či nikoliv. Přičemž pro podřazení jednání úřední osoby (ve službě či v pracovní době) pod „výkon veřejné moci" je rozhodující skutečnost, zda dotyčná úřední osoba jednala výlučně ve svém vlastním soukromém zájmu, a tudíž se jednalo o ryze soukromoprávní akt,[54] či svým

---

51 Srov. § 16 a násl. zákona o odpovědnosti za škodu.

52 Např. příslušná úřední osoba oprávněná k projednání přestupku ve správním řízení podle zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů použije proti osobě, která neuposlechne její výzvy směřující k zajištění řádného průběhu ústního jednání teleskopický obušek, který si na vlastní náklady pořídila.

53 O výkon veřejné moci (ve vztahu k náhradě škody) nejde tam, kde škodu sice způsobila osoba jinak reprezentující stát či územní samosprávný celek, která nicméně svým jednáním zcela vybočila z rámce plnění svých služebních (úředních) povinností, tj. šlo o tzv. nicotnost jejího jednání. VOJTEK, P. a V. BIČÁK. *Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. Komentář*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 18.

54 „*I ve vztahu k policistům, kteří v době trvání služebního poměru páchali trestnou činnost, judikatura dovodila, že tím neplnili služební povinnosti plynoucí jim jako tehdejším příslušníkům Policie České republiky ze zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky; jejich jednání není možné považovat za plnění úkolů státu, jestliže jím sledovali výlučně uspokojení svých vlastních zájmů a potřeb*". Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 15. 6. 2011, sp. zn. 28 Cdo 2699/2010. Srov. též VOJTEK, P. a V. BIČÁK. *Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. Komentář*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 18–19.

jednáním sledovala zájem veřejný, popřípadě jednala v omylu, založeném na přesvědčení, že prostřednictvím svého jednání plní služební (nebo pracovní) povinnosti.[55]

Odpovědnost státu za nesprávný úřední postup spočívající v nezákonné nečinnosti (nebo nezákonné činnosti) policie je odpovědností objektivní, což znamená, že se nepřihlíží k zavinění a policie (potažmo stát) se nemůže této odpovědnosti zprostit.[56, 57, 58] Z tohoto hlediska je podstatná otázka míry zavinění konkrétního policisty (či policistů), neboť v jeho (či jejich) případě se jedná o odpovědnost subjektivní. Otázka subjektivního zavinění je podstatná především v souvislosti s možným uplatněním regresní úhrady vůči policistovi, který svým nesprávným úředním postupem spočívajícím v nesprávném rozhodnutí přivodil odpovědnost bezpečnostního sboru.

Z hlediska zavinění může k nezákonné nečinnosti spočívající v prodlení zásahu dojít jednak z důvodů nezávislých na vůli zasahujícího policisty (např. dopravní kolaps na cestě k místu zásahu) anebo z důvodů majících svůj původ v nesprávném vyhodnocení situace. Otázka rozlišení příčin prodlení je podstatná především z hlediska vyvození odpovědnosti za porušení spočívající v nezákonné nečinnosti a dále případného následného uplatnění nároku na náhradu škody v souvislosti s možným uplatněním regresní úhrady vůči policistovi, který svým nesprávným úředním postupem spočívajícím v nezákonné nečinnosti přivodil odpovědnost bezpečnostního sboru.

Závěrem je třeba říci, že vzhledem k tomu, že v souvislosti s realizací bezprostředních zásahů dochází zpravidla k zásahům do základních práv a svobod osob nemateriální povahy, bude se v případě náhrady škody, uplatňované v souvislosti s nesprávným úředním postupem při realizaci bezprostředních zásahů uskutečněných ze strany policie ve většině případů jednat o nemajetkovou újmu způsobenou nezákonnou nečinností nebo naopak nezákonnou činností. Konkrétní postup při jejím uplatnění upravuje zákon a upřesňuje judikatura.[59]

---

55 „*Nelze-li dovodit, že by zaměstnanec, který se snažil vykázat z jím střeženého objektu nepovolanou osobu a následně jí fyzicky bránil v dalším pohybu v objektu, fyzickým napadením této osoby (byť naplnilo znaky trestného činu) sledoval své osobní nebo jiné zájmy, má jeho jednání místní, časový a věcný vztah k činnosti zaměstnavatele*“. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 13. 12. 2005, sp. zn. 25 Cdo 2777/2004.

56 Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5661/2015.

57 Srov. § 95 odst. 1 věta první zákona o policii.

58 Jediným liberačním důvodem může být skutečnost, že osoba, které v souvislosti s činností policie vznikla škoda, svým jednáním oprávněný a přiměřený zákrok (v důsledku kterého škoda vznikla) vyvolala. Srov. § 95 odst. 1 věta druhá zákona o policii.

59 Např. srov. „*Nemajetkovou újmu způsobenou nesprávným úředním postupem ve smyslu § 13 odst. 1 věty třetí a § 22 odst. 1 věty třetí zákona č. 82/1998 Sb., je třeba tvrdit a není-li úspěšně popřena anebo nepostačuje-li konstatování porušení práva, přizná se za ni zadostiučinění v penězích*“. Stanovisko Nejvyššího soudu ČR ze dne 13. 4. 2011, sp. zn. Cpjn 206/2010.

2 Naplnění zásady přiměřenosti při realizaci bezprostředních zásahů uskutečňovaných ze strany Policie České republiky z hlediska teorie a praxe

Zásada přiměřenosti[60] působí k ochraně práv osob, vůči nimž směřuje úkon, stejně jakož i práv osob nezúčastněných. V případě bezprostředních zásahů její význam spočívá především v ochraně před neopodstatněně vysokou intenzitou jednání, při němž dochází k zásahu do osobní integrity jednotlivce za použití síly.

Obecné vyjádření této zásady ukládá policistům povinnost postupovat tak, aby žádné osobě v důsledku jejich postupu nevznikla bezdůvodná újma,[61] a dále pak postupovat tak, aby případný zásah do práv a svobod osob, vůči nimž směřuje úkon, nebo osob nezúčastněných, nepřekročil míru nezbytnou k dosažení účelu sledovaného úkonem.[62] V rámci této definice lze vysledovat dvě stěžejní podmínky, jejichž současné naplnění je z hlediska zákonu odpovídajícímu postupu považováno za nezbytné. Konkrétně se jedná o podmínku „nezpůsobit osobám bezdůvodnou újmu" (a to ať již v souvislosti s aktivitou, tedy konáním, či naopak nekonáním) a zároveň v případě aktivního konání „nepřekročit míru nezbytnou k dosažení účelu sledovaného úkonem".

Podmínka nepřípustnosti vzniku bezdůvodné újmy osobám v souvislosti s postupem policie ovšem přesahuje samotný rozsah zásady přiměřenosti, a to z toho důvodu, že ke vzniku bezdůvodné újmy na straně civilních osob může v souvislosti s postupem policie dojít i z jiných příčin, nemajících přímou spojitost s otázkou přiměřenosti postupu policie. Bezdůvodná újma může v souvislosti s činností policie vzniknout osobám v důsledku jednak zcela nezákonného postupu policistů (mající často zároveň povahu úmyslného trestného činu, např. vydírání nebo přijetí úplatku). Jedná se o situaci, kdy postup policistů vykazuje tak zásadní právní vady, v důsledku nichž se úkon stává nicotným, a tudíž otázka přiměřenosti v takovém případě již není relevantní.[63] Mimo to může ze strany policie vzniknout osobám bezdůvodná újma též v souvislosti s nedbalostním jednáním policistů, nemající povahu úkonu (např. dopravní nehoda).

---

60 „*S cílem vyloučit nepřiměřenosti nebo jiné právně nekonformní jednání jsou zásahy do práv a svobod osob propojeny s odpovídající právní úpravou limitující tyto zásahy. Zákon o policii tak naplňuje jeden z esenciálních znaků demokratického právního státu, kterým je princip přiměřenosti. Tento princip vychází z předpokladu, že opatření omezující základní práva a svobody nesmějí svými negativními důsledky přesáhnout klady, které představuje veřejný zájem na těchto opatřeních*". ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 74.

61 „*Za bezdůvodnou újmu nelze považovat takovou újmu, jejíž vznik v důsledku úkonu buď nebyl rozumně předvídatelný, nebo byl nevyhnutelným důsledkem (řádného) provedení úkonu, tak aby byly splněny jeho cíle (smysl), a současně není tato újma zjevně nepřiměřená vzhledem k cíli sledovanému úkonem*". Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 5. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5661/2015.

62 Srov. § 11 písm. a) a c) zákona o policii.

63 Skutečnost že „nepřiměřenost" a „neoprávněnost" představují dvě zcela odlišné právní vady zásahu, jež zároveň vykazují různou intenzitu nezákonnosti lze dovodit například z rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5661/2015, kde se uvádí, že „*Dovolatelka se ztotožňuje se závěrem odvolacího soudu, že zákrok policie byl oprávněný, avšak nikoliv se závěrem, že se jednalo rovněž o zákrok přiměřený*".

Zákon o policii v § 11 věnovanému přiměřenosti postupu pod písm. b) stanovuje podmínku zákazu vzniku újmy osobě, jejíž bezpečnost je ohrožena v důsledku rozhodnutí policisty neprovést úkon. Tato příčina vzniku újmy ovšem odpovídá povaze již zmíněné nezákonné nečinnosti, jež z právně-teoretického hlediska nepředstavuje porušení zásady přiměřenosti, ale spíše zásady iniciativy a proto by bylo vhodnější její zařazení do předešlého § 10 věnovaného problematice iniciativy.

Právní povinnost „nepřekročit míru nezbytnou k dosažení účelu sledovaného úkonem" představuje druhou složku zásady přiměřenosti, tak jak je tato zásada vyjádřena v § 11 písm. c) zákona o policii. V tomto případě se jedná o vyjádření zásady přiměřenosti v její ryzí podobě. Jak uvádí B. Vangeli „*v § 11 písm. c) zákon stanoví povinnost, kterou lze označit také jako zásadu přiměřenosti v užším slova smyslu, která tvoří jádro principu přiměřenosti, protože reguluje vztah mezi mírou zásahu do práv a svobod osob a účelem sledovaným zákrokem (úkonem)*".[64] Dle tohoto ustanovení výběr prostředků, jakož i intenzita jejich použití musí z hlediska naplnění zásady přiměřenosti odpovídat intenzitě nebezpečí, které je prostřednictvím realizace úkonu eliminováno,[65, 66] a to s prioritou nekonfliktního řešení situace, jež je vyjádřením zásady subsidiarity represivního přístupu ze strany veřejné moci.[67] Jak v souvislosti s vymezením zásady „úměrnosti" (přiměřenosti) policejního zásahu uvádí J. Hoetzel: „*Není-li jiného předpisu, má se volit takové omezení, které občana nejméně zatěžuje, ale ještě stačí k dosažení žádoucího cíle*".[68]

Dle Z. Lukeše je pro naplnění obecných podmínek zásady přiměřenosti nezbytné kladné zodpovězení tří následujících otázek.

a) zda v danou chvíli reálně existuje nebezpečí, které ohrožuje nebo porušuje některý zákonem chráněný zájem, tzn. určení časové přiměřenosti úkonu (jež spočívá v odpovědi na otázku, zda nebezpečí vzniklé z protiprávního jednání bezprostředně hrozí nebo trvá),
b) zda ochrana tohoto zákonem chráněného zájmu náleží do působnosti policie, tedy otázka kompetence konkrétní úřední osoby k realizaci daného postupu v konkrétním případě,
c) zda předpokládané následky vzniklé při realizaci zamýšleného opatření budou přiměřené vzhledem k intenzitě nebezpečí spočívajícího v ohrožení nebo porušení zákonem chráněného zájmu.

---

64 VANGELI, B. *Zákon o Policii České republiky. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 65.

65 Srov. ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 74.

66 „*Při rozhodování o použití donucovacích prostředků nelze odhlédnout od toho jak vážný právní zájem je ve hře a jak intenzivně je ohrožen*". Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2015, č. j. 6 As 255/2014-42.

67 „*Zákrok policie musí být veden způsobem přiměřeným konkrétní situaci tak, aby bylo donucení policisty užito jen způsobem a v míře bezpečně dostačující k dosažení účelu zákroku, co možná nejvíce mírnícím konfliktní potenciál situace*". Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 2. 2017, č. j. 2 As 216/2016-92.

68 HÁCHA, J., J. HAVELKA, J. HOETZEL a K. LAŠTOVKA. *Slovník veřejného práva československého. Svazek III*. Brno: Polygrafia, 1934, s. 168.

Poslední požadavek na zachování proporcionality úkonu ve vztahu k hrozícímu či trvajícímu nebezpečí uvedený pod písm. c) v sobě zahrnuje dva rozdílné aspekty zásady přiměřenosti.

a) přiměřenost volby prostředků, (tedy zodpovězení otázky, zda na základě konkrétních okolností bude např. při zásahu použito mírnějších či důraznějších donucovacích prostředků anebo zbraně, případně který konkrétní donucovací prostředek z dané skupiny bude při zásahu použit),
b) přiměřenost užití zvoleného prostředku (tedy intenzita či způsob použití zvoleného prostředku).[69]

Pokud jde o otázku stanovení míry přiměřenosti u specifické skupiny úkonů, jejichž typovým znakem je skutečnost, že jsou při jejich realizaci použity donucovací prostředky nebo zbraň (bezprostřední zásahy), zde se názory přijaté v rámci nauky různí. Přestože část autorů zastává názor, že v souvislosti se zásahem, při němž je ze strany policie použito donucovacích prostředků, nesmí osobám, vůči nimž zásah směřuje vzniknout větší škoda, než jaká vznikla či hrozila v důsledku nebezpečí, které bylo prostřednictvím realizace zásahu odvráceno,[70] lze se setkat i s názorem,[71] podpořeným závěry judikatury, že obdobně jako v případě obecného institutu nutné obrany zákon v případě použití donucovacích prostředků nenařizuje přísnou proporcionalitu, ale umožňuje prostřednictvím jejich použití způsobit osobě i nepřiměřenou újmu, přičemž hranici staví o něco výše až na úroveň zřejmé, tedy zjevné, očividné nepřiměřenosti.[72]

V případě realizace bezprostředních zásahů jsou tedy policisté vázáni nejen obecnou zásadou přiměřenosti vyjádřenou v § 11 zákona o policii, ale též specifickou formou zásady proporcionality, která se vztahuje výlučně k použití donucovacích prostředků, a která je pozitivně vyjádřena v § 53 odst. 3 písm. a) a b) a odst. 5 zákona o policii. Zde se uvádí, že policista je oprávněn použít donucovací prostředek, který

a) umožní dosažení účelu sledovaného zákrokem a
b) je nezbytný k překonání odporu nebo útoku osoby, proti níž zakročuje.

Současně je však povinen dbát na to, aby při použití donucovacího prostředku nezpůsobil osobě újmu zřejmě nepřiměřenou povaze a nebezpečnosti jejího protiprávního jednání.

---

69 Srov. LUKEŠ, Z. *Základy bezpečnostního práva*. 1 vyd. Praha: ACADEMIA, 1971, s. 86–87.

70 „*Zásah nesmí znamenat větší škodu, než představuje nebezpečí. Při stanovení výše možné újmy stanoví požadavek její přiměřenosti k povaze a nebezpečnosti protiprávního jednání*". ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 74 a 208.

71 Viz VANGELI, B. *Zákon o Policii České republiky. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 483 s.

72 „*Tento přístup vychází jednak z vědomí objektivní složitosti těchto situací, která způsobuje praktickou nesplnitelnost požadavku přísné proporcionality, a jednak z potřeby efektivního zákroku (obrany), kdy empirická zkušenost dokládá, že aby byl zákrok (obrana) účinný, je z povahy věci nezbytné, aby byl o něco razantnější, než je útok či jiné nebezpečné jednání, proti němuž je zakročováno*". Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5661/2015.

Přesto, že jsou příslušníci bezpečnostních sborů na rozdíl od civilních osob povinni čelit nebezpečí, které má povahu útoku na jejich osobu,[73] tak jak právní nauka, tak i právně-teoretické analýzy přijaté v rámci Ministerstva vnitra a policie připouštějí možnost jednání policistů (stejně jakož i ostatních příslušníků bezpečnostních sborů) v nutné obraně.[74, 75] Dle mého názoru však není možné směšovat jednání policistů učiněné v nutné obraně s realizací bezprostředního zásahu, a to ze dvou důvodů. Za prvé podmínky proporcionality jsou v případě nutné obrany nastaveny odlišně, než jak je tomu v případě realizace bezprostředních zásahů. Za druhé zde vyvstává otázka, zda v případě jednání učiněného policistou v rámci nutné obrany se ještě stále jedná o výkon veřejné moci, či již v tomto případě jde o soukromoprávní akt svépomoci. Zodpovězení této otázky má význam především pro stanovení právní povahy předmětného jednání realizovaného policistou (občanská svépomoc nebo výkon veřejné moci) a jeho následné podřazení pod odpovídající právní institut (nutná obrana nebo použití donucovacích prostředků či zbraně), skrze který bude posuzována jeho přiměřenost.

Pokud jde o naplnění podmínky přiměřenosti v případě uplatnění nutné obrany, zde zákon připouští možnost způsobení škody (útočníkovi) od nulové až po úroveň „zcela zjevné nepřiměřenosti" v poměru k povaze a způsobu útoku.[76] V souvislosti s použitím donucovacích prostředků však zákon připouští možnost vzniku pouze „zřejmě (zjevně) nepřiměřené újmy", což představuje o stupeň nižší intenzitu možného použití síly, jakož i následků z něj vzešlých. Z toho je patrné, že zde existuje zjevná zákonná disproporce mezi požadavkem na stupeň přiměřenosti v případě jednání civilních osob učiněném v nutné obraně a v případě použití donucovacích prostředků ze strany policie.

Zatímco v současnosti zákon naplněním podmínek pro uplatnění nutné obrany výslovně použití žádného donucovacího prostředku nepodmiňuje,[77] v případě oprávnění k použití

---

73 Srov. KUCHTA, J. *Nutná obrana*. 1 vyd. Brno: MU, 1999, s. 71.

74 „*Ani u těchto speciálních kategorií osob však patrně není vyloučeno užití nutné obrany v situacích, kdy nejsou zcela splněny podmínky oprávněného použití zbraně. Jestliže je veden útok proti jejich životu či zdraví, není na místě jejich oprávnění oproti jiným osobám zužovat. Ve svém jednání by měly být takové osoby omezeny pouze obecnými podmínkami nutné obrany, i když by v konkrétním případě měly u sebe zbraň*". KUCHTA, J. *Nutná obrana*. 1 vyd. Brno: MU, 1999, s. 72.

75 Např. dle § 52 písm. c) zákona o policii je policista při zákroku oprávněn použít obušek a jiný úderný prostředek, k jehož používání byl vycvičen. Jiné úderné prostředky než které připouští zákon, případně interní akty policie, k jejichž použití nebyl policista vycvičen (např. boxer) lze použít pouze v nutné obraně či krajní nouzi. Stejně tak předměty se zcela jiným mechanismem účinku jako jsou např. sekery, kladiva, meče atd., které by z hlediska jejich vlastností bylo možno zařadit spíše mezi zbraně dle § 56 odst. 5 zákona o policii, by bylo možno použít pouze v krajních situacích v režimu použití zbraně dle § 56 odst. 1 písm. a) zákona o policii za podmínek nutné obrany nebo krajní nouze. Srov. Stanovisko odboru bezpečnostní politiky Ministerstva vnitra, analyticko-legislativního odboru Policejního prezídia a Ředitelství služby pořádkové policie Policejního prezídia k některým otázkám týkajícím se aplikace právní úpravy donucovacích prostředků ze dne 10. 10. 2010.

76 Srov. § 29 odst. 2 trestního zákoníku.

77 Srov. § 38 odst. 1 písm. a) zákona ČNR č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, dle něhož mohl policista použít donucovací prostředek údery a kopy pouze v sebeobraně.

zbraně jako jeden z důvodů nutnou obranu uvádí.[78] Možnost použití zbraně v nutné obraně podle zákona o policii je však omezena ustanovením § 56 odst. 4 zákona o policii, kde se mimo jiné uvádí, že v případě použití zbraně je policista povinen co nejvíce šetřit život osoby, proti níž zákrok směřuje. Podobně jako v případě donucovacích prostředků se opět jedná o restriktivní ustanovení, které nad míru stanovenou obecným ustanovením o nutné obraně (§ 29 odst. 2 trestního zákoníku) zužuje právo policistů na obranu vlastního života.[79]

Na rozdíl od dřívější právní úpravy zákon v současnosti již nerozděluje prostředky státního donucení svěřené policii na mírnější (donucovací prostředky) a oprávnění k použití zbraně,[80] ani na běžné a speciální.[81] I přesto, že zákon bližší specifikaci ani dělení donucovacích prostředků neuvádí,[82] vzhledem k povaze jednotlivých donucovacích prostředků a jejich předpokládanému účinku na lidské tělo by bylo možno donucovací prostředky bezpochyby rozdělit na „mírnější" a „důraznější".[83] Zdrojem pro takové rozdělení donucovacích prostředků je především obsah omezujícího ustanovení § 58 odst. 1 zákona o policii. Z obsahu tohoto ustanovení lze dovodit, že za mírnější donucovací prostředky lze považovat hmaty, chvaty, pouta a prostředek k zamezení prostorové orientace. Stejné rozdělení donucovacích prostředků na mírnější a důraznější lze dovodit i z judikatury.[84]

Logickou součást zásady přiměřenosti představuje zásada subsidiarity. V souvislosti s použitím donucovacích prostředků se jedná o vztah mezi mírnějšími a důraznějšími donucovacími prostředky.[85] Nicméně zákon, interní normativní instrukce ani judikatura neupravují obecnou zásadu subsidiarity ve vztahu k použití donucovacích prostředků,

78 Srov. § 56 odst. 1 písm. a) zákona o policii.

79 Právo na obranu vlastního života lze považovat za jedno z nejzákladnějších mezinárodně a ústavně zaručených práv vůbec. Viz čl. 2 odst. 2 písm. a) Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Protokolů na tuto Úmluvu navazujících, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Úmluva") a čl. 6 odst. 1 věta první a odst. 4 Listiny.

80 Srov. § 32 až 36 zákona č. 40/1974 Sb., o Sboru národní bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů.

81 Srov. § 39a odst. 2 zákona ČNR č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

82 „*Zákon o policii donucovací prostředek nedefinuje pojmově, ale pomocí enumerace prostředků, které zahrnuje do množiny donucovacích prostředků. Pořadí donucovacích prostředků podle § 52 zákona o policii nezakládá jejich hierarchii. Jde o pouhý výčet možných prostředků využitelných při zákroku k ochraně chráněných zájmů*". ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 199 a 208.

83 Mimo to lze donucovací prostředky rozdělit též z hlediska objektu jejich použití, a to na:
a) donucovací prostředky, určené pro použití vůči jednotlivým osobám (např. hmaty, chvaty, údery a kopy),
b) donucovací prostředky, které jsou účinně použitelné především proti skupinám osob (např. vodní stříkač) a
c) donucovací prostředky, které jsou účinně použitelné proti vozidlu (např. zastavovací pás).

84 „*Policisté užili k zajištění osob hmatů, chvatů a pout, tedy donucovacích prostředků mírnější povahy, což lze vzhledem k dané situaci hodnotit jako postup plně odpovídající požadavku přiměřenosti*". Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 2. 2017, č. j. 2 As 216/2016-92.

85 Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5661/2015.

tedy povinnost zasahujícího policisty vyčerpat při zásahu nejprve veškeré mírnější donucovací prostředky.[86, 87] Zákon v souvislosti s volbou míry intenzity zásahu do práv a svobod osob v případě použití donucovacích prostředků stanoví pouze výše zmíněné obecné kritérium nastavující mantinely pro naplnění zásady proporcionality[88] vyjádřené v § 53 odst. 3 písm. a) a b) a odst. 5 zákona o policii. Z právně-teoretického hlediska může mít protiprávní jednání na základě určení míry jeho nebezpečnosti a intenzity tři základní formy, kterými je útok, aktivní odpor[89] a pasivní odpor.[90] Vodítkem pro výběr vhodného donucovacího prostředku (tedy mírnějšího či důraznějšího), může být podřazení protiprávního jednání pod jednu ze tří výše zmíněných forem protiprávního jednání.

3 Vybrané případy z praxe

Oprávnění k použití donucovacích prostředků je s ohledem na proměnlivost a nepředvídatelnost situací, ve kterých se policisté při plnění svých úkolů mohou ocitnout, formulováno prostřednictvím obecného zákonného zmocnění.[91, 92] Negativním projevem tohoto legislativně technického řešení je však častý výskyt neurčitých právních pojmů v těchto typech ustanovení.[93] Z tohoto důvodu jsou policisté na místě zásahu nuceni vždy nejprve vyhodnotit situaci a prostřednictvím aplikace správního uvážení spojeného

86 Jedinou výjimku tvoří elektrický donucovací prostředek, který je policista oprávněn použít pouze v případě, kdy by použití jiného (mírnějšího) donucovacího prostředku zjevně nebylo dostatečné k dosažení účelu sledovaného zákrokem. Srov. § 53 odst. 4 zákona o policii. V tomto případě se však jedná o zvláštní vyjádření zásady subsidiarity, vztahující se pouze k tomuto jedinému donucovacímu prostředku.

87 Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5661/2015.

88 Mimo výše zmiňované zvláštní omezení vyjádřeného v § 58 odst. 1 zákona o policii.

89 „*Aktivním odporem lze rozumět násilné bránění realizaci služebního zákroku*". ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 201.

90 Srov. Ibid., s. 201.

91 Dle § 53 odst. 1 zákona o policii „*Je policista oprávněn použít donucovací prostředek k ochraně bezpečnosti své osoby, jiné osoby nebo majetku anebo k ochraně veřejného pořádku*".

92 Obecné zákonné zmocnění je legislativně technicky tvořeno tak, že se do hypotézy právní normy vsunují výrazy (neurčité právní pojmy) jako např. „veřejný pořádek", „bezpečnost", atd. Tyto výrazy vyjadřují ve zkratce stav, který existuje, jestliže jsou v podstatě dodržena pravidla chování lidí, která sice nejsou výslovně a podrobně vyjádřena v právní normě, jsou však právně závazná, neboť je nutné je dodržovat podle obecného přesvědčení lidí v určitém čase a v určitém místě. Srov. LUKEŠ, Z. *Základy bezpečnostního práva*. Praha: ACADEMIA, 1971, s. 78.

93 „*Tendencí zákonodárce je upravit činnost veřejných sborů co možná nejpřesněji, což je konformní s požadavkem právní jistoty jakožto atributu právního státu. Trvale se však při tom setkává s tím, že ze samotné podstaty postavení a poslání veřejných sborů plyne mnohostrannost jejich úkolů a nepředvídatelnost situací, do nichž se mohou jejich příslušníci dostat a které budou muset řešit. Zákonodárce to někde řeší zmíněnými obecnými autorizačními doložkami, avšak i tam, kde jsou formulována zmocnění více méně konkrétní, děje se tak často za použití neurčitých právních pojmů, k nimž patří právě výrazy bezpečnost, pořádek a veřejný pořádek*". MATES, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 11.

s výkladem neurčitých právních pojmů rozhodnout o tom, zda se jedná o stav, při jehož nastoupení jsou podle zákona oprávněni a zároveň povinni provést úkon či zákrok.[94]

Využívání výše zmíněné legislativní techniky v případě pozitivního vyjádření oprávnění policie má nevyhnutelně za následek konsekvence do oblasti kontroly zákonnosti. Neboť na rozdíl od přezkumu správních rozhodnutí vzešlých z formalizovaného procesu uskutečňovaného v podobě správního řízení, klade následný přezkum zákonnosti postupu policie na kontrolní orgány daleko větší nároky. Odpověď na otázku zda se v daném případě jednalo o nezákonný zásah či zda naopak neuskutečněním zásahu došlo k nezákonné nečinnosti, nemusí být v řadě případů zcela jednoznačná.

Pro bezprostřední zásahy je typické, že se zpravidla odehrávají ve složitých emočně velice vypjatých situacích, které mohou být zároveň i značně nepřehledné.[95] Míra přesnosti s jakou jsou zasahující policisté v rámci správního uvážení schopni vyhodnotit situaci na místě zákroku tak často odpovídá dostupným, mnohdy pouze dílčím informacím či nejednoznačně se jevícím skutečnostem. Rozhodnutí provést zákrok tak může být podloženo třeba jen důvodnou obavou,[96] že je bezprostředně ohrožen významný zákonem chráněný zájem.[97] Nicméně i v tomto případě je vždy třeba důsledně dbát na naplnění vzájemné proporcionality mezi zásadou iniciativy a zásadou zdrženlivosti. Z judikatury lze dovodit tři rozhodující kritéria určující míru zavinění konkrétních policistů v případě porušení zásady zdrženlivosti, jež mělo za následek nezákonnost zásahu, či o zákonnosti zásahu zavdávalo pochybnost.

a) První kritérium představuje zodpovězení otázky, zda dotyční policisté jednali v „dobré či zlé víře", tedy zda měli za to, že svým jednáním plní úkoly policie a naplňují zásadu iniciativy (přičemž však z objektivního hlediska jednali v pozitivním právním omylu),[98] či zda si byli od počátku vědomi nezákonnosti svého jednání.

94 Správní uvážení se vyskytuje ve dvou formách, kterými jsou „uvážení jednání" a „uvážení volby". V případě uvážení jednání příslušná úřední osoba rozhoduje o tom, zda v dané situaci uplatní zákonem předvídaný postup. Uvážení jednání je zpravidla spojeno s výkladem neurčitých právních pojmů. V případě uvážení volby správní orgán rozhoduje o uplatnění jednoho z více možných právních nástrojů určených pro řešení předmětného případu. Srov. SKULOVÁ, S. *Správní uvážení. Základní charakteristika a souvislosti pojmu*. 1 vyd. Brno: MU, 2004, s. 28.

95 Policisté jsou mnohdy ve zlomku vteřiny žalobci, soudci i vykonavateli rozhodnutí. Srov. MATES, P. *Správní uvážení*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 96.

96 V tomto případě se jedná o neurčitý právní pojem, který je třeba ve vztahu ke konkrétní situaci správně vyložit.

97 Například v případě kdy dojde k namíření reálně vypadající makety či skutečné, ale nenabité střelné zbraně držené v rukou pachatele loupežného přepadení na zasahujícího policistu, je policista dle § 56 odst. 1 písm. a) zákona o policii oprávněn proti této osobě použít zbraň, a to bez toho, že by měl povinnost nejprve zjišťovat skutečný stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, tedy v tomto případě to, zda se jedná o skutečnou střelnou zbraň či zda je tato zbraň nabitá.

98 Jako příklad lze uvést předvedení osoby policií na žádost obvodní lékařky na specializované pracoviště k psychiatrickému vyšetření z důvodu podezření na duševní poruchu, která se však u dotyčné osoby později v rámci provedeného vyšetření neprokázala. *„Z výše uvedeného je zřejmé, že asistence Policie ČR byla bezprostředním donucovacím postupem, který byl patrně veden dobrými úmysly a důvěrou ve správnost požadavku lékařky, rozhodně však neměl oporu v žádném z uvedených zákonů a ve svých důsledcích omezil, byť na kratší dobu, osobní svobodu stěžovatelky zaručenou čl. 8 odst. 1 a 6 Listiny základních práv a svobod*". Nález Ústavního soudu ze dne 18. 5. 2001, sp. zn. IV. ÚS 639/2000.

b) Dalším neméně významným kritériem je závažnost následku, který v souvislosti s nezákonným zásahem vznikl.[99]

c) Za třetí je třeba vzít v potaz subjektivní vnímání dané situace z pohledu zasahujících policistů, vytvořené na základě v tu chvíli dostupných informací a jejich logického vyhodnocení, jež může mít v krajním případě za následek jednání v pozitivním skutkovém omylu.

Nejvyšší správní soud v této souvislosti vyslovil názor, že provedení zásahu na základě chybného vyhodnocení situace, za podmínky, že policisty zvolené řešení odpovídalo dostupným informacím a že zasahující policisté jednali v „dobré víře" nemusí nutně automaticky zakládat jeho nezákonnost.[100] Neboť pokud bychom připustili, že i špatný taktický postup zasahujících policistů automaticky zakládá nezákonnost daného zákroku, nepochybně bychom tím výrazně oslabili pozici veřejné moci v situacích, kdy prostřednictvím realizace bezprostředních zásahů dochází k odvracení závažného nebezpečí při ochraně významných zákonem chráněných celospolečenských zájmů.[101]

Při bližším pohledu na judikaturu, jejímž předmětem je posuzování přiměřenosti zásahů uskutečněných ze strany policie, lze vysledovat jisté rozdíly v přístupu na jedné straně Nejvyššího správního soudu a na druhé straně Ústavního soudu. Jako příklad lze uvést odlišný pohled na otázku určení nositele důkazního břemene v případě podezření na špatné zacházení, ke kterému mohlo dojít v době zásahu nebo následně v době omezení osobní svobody ze strany policie.

V obecné rovině lze konstatovat, že ve věcech výkladu zásady proporcionality v souvislosti s užitím síly ze strany policie se judikatura Ústavního soudu názorově blíží stanoviskům zastávaným Evropským soudem pro lidská práva (dále jen „ESLP"), jež dlouhodobě zaujímá značně odmítavý postoj k toleranci jakékoliv disproporcionality v jednání, učiněném ze strany orgánů veřejné moci, jež má povahu zásahu do práv a svobod osob omezených na svobodě.

---

99 „*Ať již byla důvodem pro jeho rozhodnutí k zákroku vůči poškozenému služební horlivost, nebo otázka osobní prestiže, je mimo jakoukoliv pochybnost, že šlo spíše o impulzivní rozhodnutí, než o řádné zhodnocení dané situace a posouzení oprávnění použít donucovacího prostředku ve formě varovného výstřelu ze služební zbraně. Jen pro úplnost Nejvyšší soud dodává, že soudy nižších stupňů se spolehlivě a přesvědčivě vypořádaly jak s otázkou zavinění obviněného na způsobeném následku (účinku), když u něho dovodily vědomou nedbalost podle § 5 písm. a) trestního zákona., tak s otázkou příčinné souvislosti mezi takovou formou zavinění a těžším následkem, a odvolací soud příléhavě reagoval i na odvolací námitku obviněného vztahující se k problematice tzv. negativního skutkového omylu. Jestliže nakonec uzavřely, že obviněný svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty trestného činu ublížení na zdraví podle § 224 odst. 1, 2 trestního zákona, nelze jim ničeho vytknout*". Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 2. 6. 2010, sp. zn. 8 Tdo 353/2010.

100 „*Ani chybně vyhodnocená situace nemusí vést vždy k označení policejního postupu za nezákonný, jestliže zvolené řešení odpovídalo (nutně neúplným) informacím známým zasahujícímu policistovi v době zásahu, a tomu, jak se situace musela jevit rozumně uvažujícímu a náležitě vycvičenému policistovi jednajícímu v dobré víře.*". Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2015, č. j. 6As 255/2014-42.

101 „*Policie si musí zachovat vysokou míru akceschopnosti při ochraně práv osob a veřejného pořádku. Nelze proto klást na policejní rozhodování v terénu nadměrné a nerealistické požadavky, neboť to by mohlo mít do budoucna rdousící dopad na policejní iniciativu. Určitou míru disproporce zásahu lze akceptovat a přičíst ji na vrub omezené době pro rozhodování ve vypjaté situaci*". Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2015, č. j. 6As 255/2014-42.

Princip obráceného důkazního břemene, který má svůj původ v judikatuře ESLP přijaly a ve své rozhodovací praxi též uplatňují i české národní soudy. Princip obráceného důkazního břemene spočívá v tom, že v případě kdy osoba omezená na svobodě ze strany orgánů veřejné moci tvrdí, že se stala obětí špatného zacházení, musí stát přesvědčivě prokázat, že k jednání, jež má povahu špatného zacházení, po dobu omezení osobní svobody nedošlo. Při posuzování zavinění se vychází z předpokladu, že pokud se dotyčná osoba před omezením osobní svobody těšila dobrému zdraví a po propuštění na svobodu trpí zraněním, vyvstává zde vyvratitelná domněnka, že ke zranění došlo v době omezení osobní svobody. Princip obráceného důkazního břemene se uplatňuje i na dobu okamžiku zadržení, zajištění či zatčení.[102]

V praxi ovšem zpravidla vyvstává problém s prokázáním „dobrého zdraví", tedy absenci zranění v době před zásahem. Neboť osoba, proti níž byl zásah uskutečněn, může mít na těle zranění, vzniklá před tím než přišla do kontaktu s policisty, přičemž příčinou těchto zranění může být například právě její protiprávní jednání, jež bylo důvodem k zásahu policie.[103] Rozlišit v rámci následného dokazování ta zranění, která mají svůj původ v předchozím jednání osoby od zranění vzniklých v souvislosti se zásahem policie je do jisté míry možno na základě posouzení charakteru těchto zranění a předpokládaného mechanismu jejich vzniku lékařem, nicméně ne vždy je posuzující lékař schopen v tomto směru učinit jednoznačný závěr. Nejvyšší správní soud, aniž by v obecné rovině zpochybňoval princip obráceného důkazního břemene, se v rámci své judikatury vyjádřil v tom smyslu, že jestliže se nepodaří věrohodně prokázat přímá spojitost mezi zraněním osob a zásahem orgánu veřejné moci, k přechodu důkazního břemene na stát nedochází.[104]

Naopak Ústavní soud v tomto směru zaujímá stanovisko, že jestliže lékařská zpráva jednoznačně nevylučuje možnost vzniku zranění udávaného stěžovatelem jako důsledek špatného zacházení, jedná se ze strany stěžovatele o hájitelné tvrzení, jež zakládá podmínku pro uplatnění principu obráceného důkazního břemene. K tomu ovšem Ústavní soud jedním dechem dodává, že není v jeho kompetenci přezkoumávat hodnocení, tedy mimo jiné i přikládání váhy jednotlivým důkazům (např. závěrům přijatým v rámci lékařských zpráv stěžovatelů) jinými soudy.[105]

Osobně se v souladu s názorem Nejvyššího správního soudu domnívám, že uplatnění principu obráceného důkazního břemene má své limity a tento princip není možno bez ohledu na další okolnosti případu automaticky uplatnit ve všech případech, kdy osoba propuštěná na svobodu z moci policie trpí zraněním a zároveň tvrdí, že se stala obětí

102 Srov. Nález Ústavního soudu ze dne 17. 10. 2017, sp. zn. II. ÚS 1398/17.

103 Např. pořezané a pohmožděné ruce v případě poškozování cizí věci či podlitiny a pohmožděniny v obličeji vzniklé při rvačce atd.

104 Srov. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 3. 2017, č. j. 6 As 256/2016-79.

105 Srov. Nález Ústavního soudu ze dne 17. 10. 2017, sp. zn. II. ÚS 1398/17.

špatného zacházení ze strany policie. Nicméně na druhou stranu je třeba říci, že v případě, kdy lékařská zpráva nestanoví příčinu zranění jednoznačně, je vhodné z důvodu přesvědčivosti argumentace pro neuplatnění principu obráceného důkazního břemene, pokud je to možné, podpořit závěry přijaté v lékařské zprávě dalšími důkazy (např. výpověďmi nezávislých svědků).

Obecně lze uzavřít s tím, že z důvodu časté absence svědků při zásahu a nejednoznačnosti závěrů vyslovených posuzujícím lékařem je vhodné veškeré činnosti, jež mají podobu bezprostředních zásahů dokumentovat pomocí technického zařízení zaznamenávající obraz i zvuk. Tím se policie vyhne situacím, kdy z důvodu nedostatku jiných důkazů bude princip obráceného důkazního břemene aplikován orgány vykonávajícími soudní kontrolu i v případech, ve kterých nemá opodstatnění.

ESLP jde v tomto směru ještě dál, když si v podstatě vytvořil svůj vlastní systém přikládání váhy jednotlivým důkazům předkládaným stranami. V rámci své judikatury ESLP uvádí, že při hodnocení důkazů v případě podezření na špatné zacházení akceptuje důkazní standart, „mimo rozumnou pochybnost". Takový důkaz může vyplývat z koexistence dostatečně silných, jasných a souhlasných důsledků nebo z nevyvratitelných faktických domněnek.[106] Nicméně z judikatury ESLP je patrné, že v případě podezření na špatné zacházení ze strany orgánů veřejné moci přihlíží k důkazům předkládaným stěžovateli zcela jinou optikou než k důkazům předkládaným odpůrci těchto tvrzení.[107] Obrana proti případnému nepravdivému obvinění ze špatného zacházení je tak v řízení před ESLP nejen kvůli uplatnění principu obráceného důkazního břemene, ale též vzhledem k rozdílnému přístupu k hodnotě důkazů předkládaných jednotlivými stranami, jakož i preferenci subjektivního hlediska stěžovatele oproti hledisku většiny zúčastněných osob[108] věcí značně složitou.[109]

---

106 Srov. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 1. 6. 2010, *Gäfgen proti Německu*, sp. zn. 22978/05.

107 Například v kauze Bouyid proti Belgii ESLP odmítl námitky vlády, že lékařská potvrzení předložená stěžovatelem neprokázala, že by zmíněné zranění bylo následkem jednání policistů, ani že toto zranění bylo způsobeno policisty. Mimo to nepřipustil ani možnost (opět tvrzenou vládou), že by si stěžovatel způsobil své zranění sám, aby mohl ze msty za své dočasné omezení svobody vznést obvinění proti policii. Srov. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. 9. 2015, *Bouyid proti Belgii,* sp. zn. 23380/09. Na druhé straně v případě *Eremiášová a Pechová proti České republice* ESLP nebyl přesvědčen o důvěryhodnosti tvrzení (podloženého lékařskou zprávou), že poranění eskortujícího policisty pocházelo z útoku dlaní učiněného osobou omezenou policií na svobodě. Srov. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 16. 2. 2012, *Eremiášová a Pechová proti České republice,* sp. zn. 23944/04.

108 „*Je nutné zdůraznit, že může stačit, pokud je oběť ponížena ze svého vlastního pohledu, i když tomu tak není z pohledu jiných*". Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. 9. 2015, *Bouyid proti Belgii,* sp. zn. 23380/09.

109 „*…Můžeme sice uvažovat nad otázkou, zda si štrasburští soudci trochu nepřibrousili hrany některých dílů této skládačky, jež do sebe původně, v domácím prostředí, bez větších obtíží nezapadaly…*" FOUKALOVÁ, K. autorka překladu Rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ze dne 16. 2. 2012, *Eremiášová a Pechová proti České republice,* sp. zn. 23944/04.

Právní vady, které se mohou v průběhu realizace bezprostředních zásahů vyskytnout, lze pro lepší zpřehlednění, s ohledem na příčinu nezákonnosti, rozdělit do čtyř skupin. Obecně lze konstatovat, že nezákonnost zásahu může spočívat:

a) v absolutní věcné nepříslušnosti osoby, která zásah provádí,
b) v nezákonnosti prostředků zvolených k realizaci zásahu,
c) v neexistenci relevantního právního důvodu k uskutečnění zásahu,
d) v nepřiměřené intenzitě zásahu, ve vztahu k povaze a nebezpečí protiprávního jednání, které bylo zásahem eliminováno.

Na základě výše uvedeného vymezení možných právních vad, jež se mohou v průběhu aplikační činnosti orgánů veřejné moci oprávněných k realizaci bezprostředních zásahů vyskytnout, je možno, a to s ohledem na stupeň závažnosti a povahu těchto vad vedoucích k nezákonnosti postupu, bezprostřední zásahy (podobně jako individuální správní akty) rozdělit na napadnutelné a nicotné.[110, 111]

V tomto ohledu je třeba rozlišit mezi dvěma různými skupinami případů, které se stávají předmětem soudní kontroly, přičemž ze strany stěžovatelů u Ústavního soudu a ESLP, stejně jako ze strany těchto soudů, jsou zpravidla vnímány takřka bez rozdílu.[112]

V prvním případě se jedná o zásahy policie, pro jejichž uskutečnění v danou chvíli existoval právní důvod, nicméně při jejich realizaci došlo ze strany zasahujících policistů k excesu, který má za následek to, že zásah trpí právní vadou, která ovšem nedosahuje takové intenzity, aby sama o sobě zakládala nicotnost předmětného zásahu. Pokud jde o povahu výše zmíněných méně závažných právních vad, vyskytujících se v souvislosti s použitím donucovacích prostředků ze strany policie, jedná se v praxi nejčastěji právě o porušení zásady přiměřenosti, které může mít podobu:

a) zvolení ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu nepřiměřeně důrazného (avšak zákonem upraveného) donucovacího prostředku,[113]

110 „*Tato u nás málo prozkoumaná problematika má svou obdobu v teorii správního rozhodnutí (rozlišení mezi rozhodnutími sice vadnými, pro něž však platí presumpce právnosti, dokud nejsou zrušena, a rozhodnutími nicotnými, na něž se pro závažnost jejich vad hledí, jako kdyby vůbec nebyla učiněna)*". HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 487.

111 Srov. VŠETIČKA, P. Uplatnění nutné obrany v souvislosti s realizací bezprostředních zásahů. *Časopis pro právní vědu a praxi* [online]. 2018, roč. 26, č. 1, s. 135–148. [cit. 12. 06. 2018]. ISSN 1805-2789. DOI: 10.5817/CPVP2018-1-9. Dostupné z: https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/8416

112 Srov. např. případ *Gäfgen proti Německu*, jehož podstatou bylo zcela nezákonné použití fyzické síly ze strany policie proti osobě nacházející se v její moci a případ Tali proti Estonsku, kde dle rozsudku ESLP došlo při použití donucovacích prostředků k porušení zásady přiměřenosti, nicméně zde na rozdíl od předchozího případu byly použity zákonem předvídané prostředky státního donucení, a to na základě relevantního právního důvodu.

113 Může se jednat například o použití slzotvorného donucovacího prostředku v prostorách policejních cel. Neboť ESLP v této souvislosti zaujal stanovisko, že s ohledem na potenciální zdravotní rizika by podle názoru CPT (Evropského výboru pro zabránění mučení a nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání) neměl být pepřový sprej používán v uzavřených prostorách. Soud dále konstatoval, že v prostorách policejních cel se jedná o nepřiměřený donucovací prostředek a jeho použití v těchto místech vyhodnotil jako nelidské a ponižující zacházení. Srov. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. 2. 2014, *Tali proti Estonsku,* sp. zn. 66393/10.

b) zvolení ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu adekvátního donucovacího prostředku, ovšem použitého s intenzitou zřejmě nepřiměřenou povaze a nebezpečnosti protiprávního jednání, které bylo zásahem eliminováno.[114]

Oproti tomu je třeba odlišit zcela nezákonné použití síly či hrozby jejího použití ze strany příslušníků policie, pro něž neexistuje žádné zákonné zmocnění. V tomto případě se jedná o použití donucovacích prostředků, častěji však jiných forem fyzického či psychického násilí či hrozby jeho použití neupravených v zákoně, zcela bez právního důvodu.[115] Zde je ovšem třeba říci, že takový postup policie je postižen tak zásadními právními vadami, které je zbavují povahy projevů veřejné správy a činí jej zcela nicotným. To má mimo jiné za následek tu skutečnost, že otázka přiměřenosti již není v tomto případě jakkoliv relevantním faktorem, neboť je vedle ostatních právních vad bezvýznamná. Zpravidla se jedná o případy, kdy je prostřednictvím nezákonného postupu policie, který naplňuje skutkovou podstatu úmyslného trestného činu přímo ohrožen život či zdraví osoby.[116] Z judikatury ESLP vyplývá, že nezákonné použití síly či hrozby jejího použití ze strany policie bývá nejčastěji uplatněno buď za účelem msty za nevhodné chování osoby, která je v moci policie[117] nebo v rámci trestního ve snaze získání informací či doznání podezřelé osoby.[118, 119]

---

114 Např. příliš silné nasazení (utažení) pout, jež byla osobě omezené policií na svobodě přiložena ze zákonného důvodu. Viz „*Nasazení pout obvykle není z hlediska čl. 3 Úmluvy problematické, pokud bylo toto opatření použito v souvislosti se zákonným zatčením nebo zadržením. V žádném případě však pouta nemohou být nasazena příliš silně. Příliš silné nasazení (utažení) pout může představovat ponižující zacházení*". Nález Ústavního soudu ze dne 24. 5. 2016, sp. zn. I. ÚS 1042/15.

115 „*Zákon ani jiná právní norma (např. pokyn policejního prezidenta) policistům neumožňují, aby k plnění kteréhokoliv ze služebních úkonů (v daném případě zjištění totožnosti), používali bití, kopy, údery, polévání horkou vodou, hrozby užití zbraně. Užili-li obvinění takových prostředků, pak jednali zcela mimo oprávnění, kterými je zákon vybavil pro plnění jejich úkolů. Takový postup není zákonným a nestává se ospravedlnitelným, ani pokud se osoba podezřelá ze spáchání trestného činu brání zjištění své totožnosti lží. Policisté jsou oprávněni k plnění svých úkolů použít toliko zákonem dovolených prostředků, mezi které bití, ohrožování služební zbraní, polévání horkou vodou (v případě obviněného D. P.) či jiné použití fyzického násilí s výjimkou stanovenou zákonem (kupř. § 38 zákona č. 238/1991 Sb. o použití donucovacích prostředků policistou) jednoznačně nepatří.*" Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 6. 2009 sp. zn. 8 Tdo 677/2009.

116 „*Poškozený H. S. L. v důsledku společného jednání obžalovaných pprap. Bc. J. S. a K. S. utrpěl těžké zranění, a to zlomeniny 9. a 10. žebra vlevo a protržení sleziny s následným krvácením do dutiny břišní; vzhledem k tomu, že mu nebyla včas poskytnuta kvalifikovaná lékařská pomoc, pak dne 5. 1. 2009 v 02.45 hod. na následky zranění zemřel, když v opačném případě, pokud by obžalovaní, jako členové hlídky Policie ČR, včas přivolali lékařskou pomoc nebo událost ohlásili svému nadřízenému a poškozenému byla včas přivolána lékařská pomoc bylo by možno jej s vysokou pravděpodobností uchovat při životě*". Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. 3. 2012, sp. zn. 6 Tdo 213/2012.

117 „*Soud dále považuje za zvláště důležité zdůraznit, že ve vztahu k osobě zbavené svobody nebo obecněji osobě konfrontované s příslušníky donucovacích orgánů, jakékoliv použití fyzické síly, které nebylo nezbytně nutné s ohledem na její vlastní chování, snižuje lidskou důstojnost a je v zásadě porušením práva zakotveného v čl. 3 Úmluvy. Použití fyzické síly jako reakce na postoj vnímaný jako neuctivý nebo urážlivý neodpovídá požadavku nezbytnosti*". Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. 9. 2015, *Bouyid proti Belgii,* sp. zn. 23380/09.

118 Zde je možno zmínit například případ Magnuse Gäfgena, který se stal obětí nezákonného policejního násilí (jednalo se např. o hrozbu velkou bolestí, či sexuálním zneužitím ze strany spoluvězňů organizovaného policií) uplatněného za účelem odhalení místa, kde se nachází tělo jeho oběti. Viz Usnesení třetí komory druhého senátu Spolkového ústavního soudu ze dne 14. prosince 2004 2 BvR 1249/04 marg. (1-14). Dostupné z: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/12/rk20041214_2bvr124904.html;jsessionid=D9A9AAA7F2E31B6742CFCF2E0E7E286C.2_cid370

V případě, kdy v souvislosti s použitím donucovacích prostředků dojde k prokazatelnému porušení zásady přiměřenosti, nelze jistě pochybovat o tom, že zásah není právně bezvadný. Nicméně označení postupu policie pouze z důvodu porušení zásady přiměřenosti spočívající ve volbě vzhledem k okolnostem případu nepřiměřeně důrazného donucovacího prostředku či v nepřiměřeně intenzivním použití adekvátního donucovacího prostředku za mučení nebo jiné nelidské či ponižující zacházení dle mého názoru značně převyšuje míru jeho nezákonnosti.[120]

Ústavní soud ve shodě s judikaturou ESLP uplatňuje při hodnocení přiměřenosti zásahů realizovaných ze strany příslušníků bezpečnostních sborů zásadu nezbytnosti.[121] Účelem této zásady je zakotvení striktní proporcionality v případě použití síly ze strany orgánů veřejné moci, a to nejen vůči osobám, jejichž svoboda je omezena, ale obecně všem osobám, jež jsou konfrontovány s příslušníky donucovacích orgánů.[122]

Zásada nezbytnosti, skrze kterou Ústavní soud a ESLP posuzuje přiměřenost postupu policie v případě použití donucovacích prostředků, však zcela neodpovídá zásadě přiměřenosti vyjádřené v § 53 odst. 5 zákona o policii, kde se uvádí, že policista při použití donucovacího prostředku dbá na to, aby nezpůsobil osobě újmu zřejmě nepřiměřenou povaze a nebezpečnosti jejího protiprávního jednání, z čehož vyplývá, že policistům umožňuje způsobení i nepřiměřené újmy ve vztahu k povaze a nebezpečnosti protiprávního jednání.[123] Zásada nezbytnosti či striktní proporcionality v podobě prezentované

---

119 ESLP v této souvislosti konstatoval, že motivace k nezákonnému použití síly ze strany policie (např. snaha o záchranu lidského života) jakož i povaha trestného činu ze kterého je dotyčná osoba podezřelá, je irelevantní, neboť z čl. 3 Úmluvy neexistují žádné výjimky a žádná odchylka od něho není povolena ani v případě veřejného ohrožení státní existence (boj s terorismem a organizovaným zločinem). Viz Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 1. 6. 2010, *Gäfgen proti Německu,* sp. zn. 22978/05.

120 Viz případ *Tali proti Estonsku*, kde byly ze strany příslušných úředních osob (vězeňské služby) použity zákonem upravené donucovací prostředky (mimo jiné slzotvorný donucovací prostředek), a to na základě relevantního právního důvodu (protiprávního jednání osoby, proti níž zásah směřoval). Nicméně ESLP vyhodnotil takový postup vězeňské služby jako nelidské a ponižující zacházení a to pouze z důvodu použití (dle názoru ESLP) nepřiměřeně důrazného donucovacího prostředku (pepřového spreje) v prostoru vězeňské cely. Srov. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. 2. 2014, *Tali proti Estonsku,* sp. zn. 66393/10.

121 „*Jakékoliv donucovací prostředky je nutno používat pouze v míře nezbytně nutné pro dosažení legitimního účelu sledovaného zákrokem*". Nález Ústavního soudu ze dne 27. 10. 2015, sp. zn. I. ÚS 860/15.

122 Viz např. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. 9. 2015, *Bouyid proti Belgii*, sp. zn. 23380/09 či Nález Ústavního soudu ze dne 17. 10. 2017, sp. zn. II. ÚS 1398/17.

123 „*Zákon policistovi ukládá dbát, aby nezpůsobil osobě újmu zřejmě nepřiměřenou povaze a nebezpečnosti jejího protiprávního jednání. Zákon tedy obdobně jako u obecného institutu nutné obrany nenařizuje přísnou proporcionalitu. Umožňuje způsobit osobě donucovacím prostředkem újmu nepřiměřenou, hranici staví o něco výše až na úroveň zřejmé, tedy zjevné, očividné nepřiměřenosti. Tento přístup vychází jednak z vědomí objektivní složitosti těchto situací, která způsobuje praktickou nenaplnitelnost požadavku přísné proporcionality, a jednak z povahy efektivního zákroku (obrany), kdy empirická zkušenost dokládá, že aby byl zákrok (obrana) účinný, je z povahy věci nezbytné, aby byl o něco razantnější, než je útok či jiné nebezpečné jednání, proti němuž je zakročováno*". Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5661/2015.

Ústavním soudem a ESLP není v zákoně o policii ani v žádném jiném právním předpise pozitivně vyjádřena, nicméně vzhledem k významu judikatury Ústavního soudu a ESLP je možno hovořit o praktickém zúžení rozsahu zásady přiměřenosti vyjádřené v § 53 odst. 5 zákona o policii.

Zúžení rozsahu zásady přiměřenosti vyjádřené v § 53 odst. 5 zákona o policii není ovšem jediným omezením pozitivní právní úpravy v souvislosti se zohledněním judikatury ESLP v rámci aplikační praxe. Mimo to je možno zmínit například omezení možnosti využití ustanovení § 25 zákona o policii, které opravňuje policistu k připoutání osoby, která se dopouští protiprávního jednání k vhodnému předmětu. Přestože současná právní úprava (na rozdíl od předchozí)[124] tento postup nevylučuje ani v prostorách policejních cel, na základě závěrů přijatých v rámci judikatury ESLP[125] se v praxi toto oprávnění v prostorách policejních cel v současné době již nerealizuje. Podobně je tomu v případě použití slzotvorného donucovacího prostředku v prostorách policejních cel.[126]

Zásada iniciativy tak jak je upravena v § 10 odst. 2 zákona o policii obsahuje pouze pozitivní vyjádření příkazu a podmínek, při jejichž naplnění je policista i v době mimo službu povinen provést úkon (zákrok) nebo přijmout jiné opatření.[127, 128] Obsah tohoto ustanovení lze tedy vykládat dvojím různým způsobem. A to za prvé tak, že v případě nastoupení okolností taxativně uvedených v zákoně je policista povinen provést úkon či učinit jiné opatření, přičemž v ostatních případech zákonem výslovně neupravených je rozhodnutí o provedení či neprovedení úkonu či jiného opatření ponecháno na jeho vlastním uvážení. Za druhé je možno záměr zákonodárce obsažený v tomto ustanovení chápat i tak, že policista musí uplatnit svoji pravomoc pouze v situacích zákonem výslovně předvídaných. Jedná se tedy o typickou mezeru v zákoně, a tudíž samotný jazykový výklad tohoto ustanovení jednoznačnou odpověď na tuto otázku neposkytuje.[129] Za účelem řešení mezer v právu (což je možno

124 Srov. § 16 odst. 2 zákona ČNR č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

125 Viz Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. 7. 2013, *Kummer proti České republice,* sp. zn. 32133/11.

126 Viz Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. 2. 2014, *Tali proti Estonsku*, sp. zn. 66393/10.

127 Policista je povinen i v době mimo službu provést úkon nebo přijmout jiné opatření, je-li bezprostředně ohrožen život, zdraví nebo svoboda osob anebo majetek nebo došlo-li k útoku na tyto hodnoty. Srov. § 10 odst. 2 zákona o policii.

128 Povinnosti provést úkon nebo přijmout jiné opatření je policista zproštěn za podmínek uvedených v § 10 odst. 4 zákona o policii.

129 Problematiku posouzení oprávněnosti zásahu či naopak případné nezákonné nečinnosti lze demonstrovat na případu policisty D. K., který v době mimo službu v areálu nejmenovaného supermarketu rozpoznal muže, o kterém ze své policejní praxe věděl, že je hledanou osobou, a to z důvodu nenastoupení výkonu trestu odnětí svobody. Přestože byl v danou chvíli dotyčný policista v civilu a mimo službu, prokázal se muži služebním průkazem policie a pokusil se jej zadržet a vyčkat s ním na místě do příjezdu přivolané hlídky policie. Podezřelý muž však policistu fyzicky napadl a způsobil mu lehčí zranění. Napadený policista se posléze domáhal určení toho, že v daném případě postupoval v souladu se zásadou iniciativy a tudíž v okamžiku napadení požíval právní ochrany pramenící z jeho postavení jakožto úřední osoby.

vztáhnout i na mezery v zákoně) Z. Kühn rozlišuje tři formy legislativního vyjádření zákazu a dovolení, kterými je:

a) Silný zákaz – představuje tu vlastnost normy N, podle níž chování *p* je za okolností *q* silně, tedy výslovně zakázáno,

b) Silné dovolení – se rozumí ta vlastnost normy N, podle níž chování *p* je za okolností *q* silně, tedy výslovně dovoleno a c) Slabé dovolení – zakládá tu vlastnost normy N, podle níž pro chování *p* za okolností *q* nevyplývá ani zákaz ani dovolení. A tudíž z kritéria kvalifikační úplnosti typu „vše je dovoleno, co není zakázáno" následně vyplývá dovolení chování *p* za okolností *q*.[130]

Na základě podřazení obsahu ustanovení § 10 odst. 2 zákona o policii pod toto schéma lze vyslovit závěr, že se v tomto případě jedná o vyjádření slabého dovolení a tudíž je policista v souladu s tímto ustanovením i v době mimo službu (za splnění ostatních zákonných podmínek) oprávněn uplatnit svoji pravomoc, jestliže došlo k ohrožení nebo porušení vnitřního pořádku a bezpečnosti, jehož odstranění spadá do úkolů policie, a to i nad rámec forem protiprávního jednání v tomto ustanovení výslovně upravených.

Závěr

Vyjasnění vzájemného vztahu zásady přiměřenosti, potažmo zásady zdrženlivosti a zásady iniciativy na teoretické úrovni představuje zásadní předpoklad pro efektivní fungování policie v rámci aplikační praxe. Neboť právě tato dvojice zásad stanovuje mantinely při realizaci zákonem svěřených oprávnění. Mimo klasického střetu dvou právních zásad, se tyto dvě zásady nejen vzájemně vylučují, ale v jistém smyslu též doplňují. Každá z těchto zásad má za cíl zabránit použití krajních prostředků při řešení situace, a to v opačném protipólu míry aktivity.[131] Na jedné straně spektra intenzity zásahu stojí nezákonná nečinnost a na druhé překročení zákonem svěřené pravomoci.

Nejvyšší soud však k takovému postupu policisty zaujal jednoznačně negativní stanovisko, a to v tom smyslu, že „…*postupem, který zvolil, nevykonával svoji pravomoc, svoji pravomoc překročil a tím pádem vůbec nemohl požívat ochrany úřední osoby*". Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 10. 7. 2013, sp. zn. 7 Tdo 653/2013. Nicméně autoři komentáře k zákonu o policii mají na daný případ zcela odlišný názor. „…*Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že příslušník policie, který byl v době provádění úkonu mimo službu, nebyl povinen úkon provést. Tedy neprovedení daného úkonu by nezakládalo odpovědnost za nezákonnou nečinnost. Pokud se však i přesto rozhodl vzhledem k okolnostem úkon provést, byl k tomu oprávněn, neboť se pohyboval v mezích úkolů (působnosti) policie dle § 2 zákona o policii*". ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 68.

130 Viz KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. 1 vyd. Praha: Karolinum, 2002, s. 216–217.

131 V tomto duchu se vyjádřil i Nejvyšší soud ČR, když ve své judikatuře odkazuje na závěry přijaté v rámci nauky. Viz „*Činnost policejního sboru je obecně ovládána dvojicí zásad, jimiž jsou zásada přiměřenosti a zdrženlivosti a zásada iniciativy. Tyto dvě zásady typicky působí každá v opačném směru a regulují činnost policejního sboru tak, aby na jedné straně nedocházelo k nečinnosti, a tím absenci ochrany práv osob, ale aby současně také nedocházelo k takovému aktivnímu plnění úkolů policie, které by zasahovalo nad míru nezbytnou do práv či svobod osob. Obě zásady je nutno aplikovat vždy současně (srov. VANGELI, Benedikt. Zákon o Policii České republiky. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 64. ISBN 978-80-7400-543-5.)*". Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. 10. 2016, sp. zn. 30 Cdo 5661/2015.

Co se týká hlavních východisek přijatých v rámci předkládaného příspěvku, je možno vyslovit tři zásadní závěry a několik poznámek. Ve vztahu k ochraně před nezákonnou nečinností policie z provedené analýzy jednotlivých možností vyplývá, že žádný z právních prostředků uplatnitelných obecně v oblasti veřejné správy při ochraně proti nečinnosti v souvislosti s neuskutečněním jiných právních forem realizace veřejné správy neposkytuje okamžitou ochranu proti nezákonné nečinnosti ze strany policie, jež spočívá v neuskutečnění bezprostředního zásahu, na jehož realizaci existuje právní nárok. Těžiště ochrany tak spočívá v uplatnění nároku na náhradu případně vzniklé škody či nemateriální újmy.

Poměrně podrobně jsem se zabýval otázkou právní povahy zásahu uskutečněného policistou v době mimo službu a to nad rámec eliminace forem protiprávního jednání výslovně uvedených v § 10 odst. 2 zákona o policii. V této souvislosti jsem dospěl k závěru, že výše zmíněné ustanovení neobsahuje negativní vymezení zásady iniciativy, v důsledku čehož se v zákoně objevuje mezera, a proto je třeba při výkladu tohoto ustanovení použít systematický nikoliv pouze jazykový výklad. V souladu s naukou zaujímám názor, že i v době mimo službu je policista (za splnění ostatních zákonných podmínek) oprávněn uplatnit svoji pravomoc, jestliže došlo k ohrožení nebo porušení vnitřního pořádku a bezpečnosti, jehož odstranění spadá do úkolů policie, a to i nad rámec forem protiprávního jednání v tomto ustanovení výslovně upravených. V opačném případě by takové jednání policisty mělo povahu nezákonného zásahu, což dle mého názoru nebylo záměrem zákonodárce v případě formulace zásady iniciativy.

V případě bezprostředního ohrožení vlastního života či zdraví nelze policistům upřít právo na nutnou obranu, a to za splnění stejných zákonných podmínek jako je tomu v případě civilních osob. Vzhledem k jejich veřejně-právnímu postavení se však i v tomto případě dle mého názoru stále jedná o výkon veřejné správy. Nicméně otázka přiměřenosti jejich jednání, učiněném v rámci nutné obrany, by měla být hodnocena nikoli podle omezujících ustanovení zákona o policii, ale podle stejných kritérií jako je tomu v případě civilních osob, jinak by byla jejich pozice v oblasti naplnění ústavně zaručeného práva na ochranu vlastního života oproti civilním osobám značně znevýhodněna.

V rámci námětů *de lege ferenda* lze poukázat na vhodnost pozitivního vyjádření výše uvedených závěrů v zákoně. Například ve vztahu k použití donucovacích prostředků by mohl rozšířený text § 53 odst. 5 zákona o policii znít tak, že policista při použití donucovacích prostředků dbá na to, aby nezpůsobil osobě újmu zřejmě nepřiměřenou povaze a nebezpečnosti jejího protiprávního jednání, to neplatí, jedná-li policista v nutné obraně. Podobně v § 56 odst. 4 zákona o policii by mohlo dojít ke změně v tom smyslu, že povinnost co nejvíce šetřit život osoby, proti níž zákrok směřuje, by se nevztahovala na možnost použití zbraně v nutné obraně, přičemž v tomto případě by se proporcionalita mezi intenzitou útoku a možného následku řídila obecnými podmínkami stanovenými pro naplnění mezí nutné obrany vyjádřenými v § 29 odst. 2 trestního zákoníku.

Současná doporučení ze strany ESLP adresovaná prostřednictvím příslušné judikatury zasahujícím policistům za účelem nastavení standardu v oblasti přiměřenosti použití donucovacích prostředků příliš nekorespondují s požadavky na řešení reálných problémů vyskytujících se v rámci aplikační praxe.[132] Z obsahu judikatury ESLP jejímž předmětem je otázka posouzení přiměřenosti v souvislosti s použitím donucovacích prostředků ze strany policie, lze jednoznačně vysledovat trend směřující k přísné proporcionalitě, vyjádřené prostřednictvím zásady nezbytnosti. Čas ukáže, zda v návaznosti na nepříznivý vývoj v oblasti bezpečnosti nahradí ESLP tuto zásadu zásadou nepřípustnosti extrémní disproporcionality, jež odpovídá zásadě přiměřenosti, tak jak je tato zásada vyjádřena v § 53 odst. 5 zákona o policii.[133]

Závěrem je třeba připomenout, že v případě bezprostředních zásahů vzhledem k absenci formalizovaného procesu, není zvláště odděleno řízení o vydání správního rozhodnutí od jeho výkonu, takže vydání rozhodnutí a jeho výkon neoddělitelně splývají v jediný úkon.[134] Přitom celý tento úkon provádí často jediná úřední osoba, proti jejímuž postupu není možno uplatnit žádný opravný prostředek, který by disponoval suspenzívním účinkem. Tato skutečnost do jisté míry relativizuje uplatnění veškerých obecných právních zásad.

---

132 Např. namísto připoutání osoby k vhodnému předmětu doporučuje ESLP při zákroku proti agresivním osobám umístěným v policejních celách, uplatnit méně invazivní postup spočívající v uplatnění zákonných výzev a použití hmatů a chvatů. „*Personál policejních cel by měl být vyškolen pro používání jiných, méně nebezpečných metod pro zvládnutí zadržených osob, které představují riziko pro sebe samé nebo pro jiné osoby, jako například metody ústních pokynů a ruční kontroly*". Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. 7. 2013, *Kummer proti České republice,* sp. zn. 32133/11. Na tomto místě je však třeba položit si otázku, zda připoutání osoby k vhodnému předmětu lze jednoznačně hodnotit jako citelnější zásah do fyzické (případně též psychické) integrity osoby, oproti realizaci znehybňujících úchopů ze strany několika policistů. Především zde vyvstává otázka, jak dlouho či zda vůbec dokáže policista (či několik policistů současně) udržet pouze vlastními silami aktivně se bránící agresivní osobu, která se snaží o sebepoškození pod kontrolou, nehledě na skutečnost, že po tom, co policisté sevření hmatů uvolní, agresivní osoba ve svém jednání zpravidla pokračuje, a to mnohdy s ještě větší intenzitou. Lze si tedy právem položit otázku, zda se v tomto případě opravdu jedná (ať již z hlediska zasahujících policistů či dotyčné osoby) o bezpečnější a „šetrnější" metodu, než jak je tomu v případě připoutání osoby k vhodnému předmětu.

133 „*Evropské ústavní soudnictví, jakož i Evropský soud pro lidská práva a Evropský soudní dvůr stojí dnes před přijetím rozhodnutí, v nichž se budou muset vypořádat s kolizí veřejného dobra – zajištění vnitřní bezpečnosti před terorizmem a základního práva na ochranu soukromí v situaci, kdy začínáme mluvit o kategorii tzv. asymetrických konfliktů, například v otázkách přístupu tajných služeb k odposlechu telefonních hovorů, k osobním údajům o cestujících v letecké dopravě, k monitorování internetové osobní komunikace, či formou e-mailů, skype apod. v otázkách vytváření databází osobních údajů. Budou konfrontováni s výzvou, zdali testovat uvedenou kolizi příkazem k optimalizaci, a tím detailně vymezit obsah a formu uplatnění veřejného dobra, anebo se omezit na vyloučení extrémní disproporcionality, tedy na vyloučení takového obsahu a formy veřejného dobra, jež ve vztahu k základnímu právu má likvidační dopady. Znamená to, že test vyloučením extrémní disproporcionality by se pak omezil na test vhodností (čili zkoumání vazby legislativního prostředku a jím sledovaného účelu), test potřebnosti a test poměřování by pak ve srovnání s postupem optimalizací byl omezen. Hlubší analýza testu vyloučením extrémní disproporcionality ale ukazuje dva problémy: Tím prvním je uvědomění si úzké vazby mezi testem potřebnosti (čili posuzování subsidiarity alternativních legislativních prostředků) a testem poměřování, jehož obsahem je Dworkinovo limitní chápání kategorie principů (na rozdíl od kolize kterých konflikt norem má za důsledek uplatnění pravidla vyloučení třetího). Problémem druhým je pak samotné vymezení dober a břemen a jejich klasifikace – jinými slovy axiologický problém otevřené textury práva*". HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 238–239.

134 Srov. KINDL, M. et al. *Základy správního práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 168.

RECENZE A ANOTACE

„Stará“ a „nová“ dělba moci: nový pohled na starý koncept

MÖLLERS, Christoph. The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers. Oxford: Oxford University Press, 2013, 263 s.

CAROLAN, Eoin. The New Separation of Powers. A Theory for Modern State. Oxford: Oxford University Press, 2009, 286 s.

VIBERT, Frank. The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, 199 s.

Adam Blisa*

Úvod

Koncept dělby moci se zdá být všudypřítomný, a to nejen v kruzích (ústavně)právních, ale také v kruzích laických. S jeho projevy či důsledky se setkáváme každý den v běžném životě, ať už při čtení novinových zpráv o vládních a ústavních krizích, v níž se střetávají představitelé moci výkonné, a příležitostně také zákonodárné s případnou dohrou za účasti moci soudní, při styku s úřady, anebo při snaze domoci se svých práv u moci soudní. Ve všech těchto situacích vidíme v praxi projev jednoho ze základních a klíčových[1] teoretických státovědných či ústavněprávních konceptů. Kdokoliv s průměrným vzděláním přitom pravděpodobně nebude mít problém na otázku, co je obsahem dělby moci, odpovědět alespoň to, že se jedná o rozdělení státní moci na moc zákonodárnou, výkonnou a soudní. Někdo by možná také zvládl dodat, že „dělba“ neznamená pouze to, že každá z mocí dělá něco jiného, ale také to, že se žádná z těchto tří složek státní moci nemá (příliš) vměšovat do záležitostí zbylých dvou. V tomto bodě se však zřejmě úvahy běžného občana zastaví.

Princip dělby moci je totiž nepochybně jakousi stálicí, který v základních konturách dokáže popsat kdekdo. I z tohoto důvodu jej však možná příliš často bereme za daný,

* Mgr. Adam Blisa, odborný pracovník, Ústav pro otázky soudnictví, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Researcher, Judicial Studies Institute, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: Adam.Blisa@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-5117-6693

1 KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou*. Praha: Leges, 2014, s. 281.

v podstatě státovědný „fyzikální zákon", kterému není nutné věnovat příliš mnoho další pozornosti a úvah. Je sice možné namítnout, že některým problémům, které mají dopad na dělbu moci, pozornost věnována ve skutečnosti je – jako příklad si můžeme vzít mnohými skloňovanou „juristokracii" či judicializaci.[2] I v těchto případech však bývá často středem pozornosti pouze jedna z mocí, a koncept dělby moci je pak zároveň brán spíše jako úhelný kámen či statické pravidlo (*benchmark*), které je – či není – určitým způsobem a do určité míry narušováno. Dělba moci samotná, jako komplexní koncept, je však předmětem zevrubné analýzy poměrně zřídka. To nicméně neznamená, že akademický zájem o koncept dělby moci je nulový. V posledních letech totiž vyšlo hned několik knih či článků věnovaných dělbě moci. Tato díla přitom často spojuje v podstatě tentýž cíl: (re)konceptualizovat princip dělby moci, a to buď pro lepší pochopení jeho fungování,[3] anebo za účelem vypořádání se s proměnlivou podobou veřejné moci ve dvacátém a jednadvacátém století. Třem z těchto děl, knihám Eoina Carolana, Franka Viberta a Christopha Möllerse, je pak věnována tato recenzní esej.[4]

„Stará" dělba moci

Výchozí pozicí všech tří recenzovaných knih je nespokojenost se současnou teorií dělby moci, a to ze dvou důvodů. **Prvním důvodem** je, že dělba moci v podobě tripartice vlastně nikdy nebyla v čisté formě realizována. Zatímco podle Viberta lze tedy „starou" dělbu moci v moderním státě aplikovat jen s opatrností,[5] Carolan[6] s Möllersem[7] rovnou poukazují na to, že ideální tripartice vlastně nikdy neexistovala, snad s výjimkou několika států USA, které však od tohoto pojetí záhy ustoupily. Möllers se přitom dívá k samotným kořenům dělby moci, na historický vývoj Francie, Anglie, Spojených států amerických a Německa, a uzavírá, že v každé z těchto zemí dělba moci vypadala trochu jinak a má odlišné kořeny. Ve Francii je dělba moci podle Möllerse formována především nedůvěrou vůči soudům, které jako orgány *Ancien Régime* stály během Velké francouzské revoluce v cestě zrovnoprávnění občanů, a jejich případnému zasahování do moci

2 Viz např. SMEKAL, Hubert a Ivo POSPÍŠIL. *Soudcokracie, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, 2013; nebo KOSAŘ, David. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2017.

3 WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, s. 49 a násl. MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 8.

4 CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*. Oxford: Oxford University Press, 2007; MÖLLERS, op. cit.; VIBERT, Frank. *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*. Cambridge: Cambridge University Press, CUP 2007.

5 VIBERT, op. cit., s. 86–94.

6 CAROLAN, op. cit., s. 22–27.

7 MÖLLERS, op. cit., s. 8.

výkonné a zákonodárné.[8] Obdobně je tomu v Anglii, kde hraje klíčovou roli John Locke a suverénní parlament, jenž je institucionálně propojen s vládou, a jehož zákony nemohou být soudy zrušeny,[9] oproti tomu v tradici Spojených států je zabudována nedůvěra primárně vůči legislativě, a do určité míry také vůči zbylým složkám moci. V důsledku toho byl zakotven systém brzd a rovnovah a soudy se postupem času vyvinuly v silné instituce přezkoumávající jak akty exekutivy, tak legislativy.[10] Konečně v německé tradici byla nedůvěra směřována vůči zákonodárci a demokratickému procesu, v důsledku čehož mají zásadní postavení soudy v čele se Spolkovým ústavním soudem, jejichž úlohou je strážit základní práva, existující jako objektivní, nadpozitivní a na státu nezávislé normy.[11]

Carolan pak spatřuje problematičnost tradičních přístupů k dělbě moci v tom, že jak formalistický, tak funkcionalistický přístup k dělbě moci fungují na *ex post* a *ad hoc* bázi.[12] První přístup totiž presumuje správnost konceptu dělby moci a považuje jej za vzor, jehož zachování dosahuje tím, že jednotlivé projevy moci, zpravidla prostřednictvím soudů, klasifikuje a „přiřazuje" k jednotlivým složkám. Funkcionalistický přístup se místo toho zaměřuje spíše na zachování rovnováhy mezi jednotlivými institucemi tak, aby žádná nedržela příliš mnoho moci – opět však na *ad hoc* bázi. Skutečně fungující institucionální teorie by však podle Carolana měla definovat a formovat strukturu státu a jeho moci *ex ante*, nikoliv *ex post*; měla by tak obsahovat dostatečně specifická kritéria pro řešení případných konfliktů, v čemž však tripartice v důsledku své abstraktnosti selhává.[13]

Druhým důvodem pro kritiku konceptu dělby moci je, že už s jeho pomocí vlastně nejsme schopni uchopit moderní stát. Podle Carolana tradiční pojetí dělby moci ignoruje, že v parlamentním systému moc exekutivní a legislativní v podstatě splývají;[14] také podle Möllerse jsou tyto dvě složky moci funkcionálně spojeny, ačkoliv jejich vnitřní organizace se zásadním způsobem odlišuje. Möllers přidává i další příklady vymykající se tradiční teorii – možnost amerického Kongresu vetovat rozhodnutí o udělení státního občanství jednotlivci, příkaz Spolkového ústavního soudu zákonodárci, aby přijal přísnější zákon o interrupci, normotvorbu Evropské komise, či rozhodnutí Orgánu pro řešení sporů WTO, který určuje, zda může parlament suverénního státu přijmout

8 MÖLLERS, op. cit., s. 17–21; Conseil d'État, francouzský „nejvyšší správní soud", je kvazisoudním tělesem, které je zároveň poradním orgánem vlády; Conseil Constitutionnel, v níž jsou členy představitelé moci výkonné, získala pravomoc přezkoumávat zákony (QPC) teprve nedávno.

9 MÖLLERS, op. cit., s. 22–26.

10 MÖLLERS, op. cit., s. 26–32.

11 MÖLLERS, op. cit., s. 32–37.

12 CAROLAN, op. cit., s. 22–27.

13 CAROLAN, op. cit., s. 22–27.

14 CAROLAN, op. cit., s. 39–45.

opatření omezující trh.[15]Absence deskriptivní schopnosti „staré“ dělby moci se pak shodně podle všech tří autorů odráží také v tom, že pod pojmem exekutiva se nachází nejen volené (a tudíž politické) orgány, ale také nevolená (a nezřídka na politických orgánech nezávislá – *agencies*) administrativa, jejíž činností je spíše expertní nežli politické rozhodování.[16]

Vibert, jehož kniha se zaměřuje právě na tyto „nevolené“ orgány, je dělí do pěti kategorií, přičemž jedna instituce může plnit více rolí – poskytovatele služeb (*service providers*),[17] posuzovatele rizik (*risk assessors*),[18] dozorce (*boundary watchers*),[19] pátrače (*inquisitors*)[20] a rozhodčí a whistleblowery (*umpires and whistleblowers*).[21] Zajímavé je, že rostoucí počet těchto nevolených institucí považuje za do určité míry negativní jev pouze Möllers, a to proto, že tyto orgány jsou vyčleněny z hierarchie exekutivy, a nepodléhají tak obměně a kontrole v rámci volebních cyklů. Naopak Carolan i Vibert vzestup administrativy vnímají veskrze pozitivně a ve zbývajících částech svých knih se pokoušejí o rekonstrukci konceptu dělby moci tak, aby byl schopen reagovat na moderní podobu státu a administrativu vnímat jako legitimní a samostatnou složku moci. Möllers oproti tomu spatřuje klíčové problémy „staré“ dělby moci také v jiných aspektech, jeho pokus o rekonstrukci dělby moci se proto na rozdíl od Viberta a Carolana nesoustředí (pouze) na nevolenou administrativu.

„Nová“ dělba moci

Výše bylo naznačeno, že autoři recenzovaných děl se nespokojili pouze s kritikou „staré“ dělby moci a nabízejí její rekonceptualizaci, „novou“ dělbu moci. V Carolanově pojetí nové dělby moci je tak středem pozornosti jednotlivec, jehož ochrana musí být vyvážena s potřebou efektivního a nesvévolného výkonu moci (*non-arbitrariness*).[22] Orgány či instituce pak Carolan dělí, nikoliv na základě funkcionálního kritéria (viz výše), ale na základě toho, k jakému subjektu se obrací (*constituency-oriented*),[23] na soudy (*courts*), vládu v širším slova smyslu (*government*), která zahrnuje všechna volená tělesa (vláda, parlament),

15 MÖLLERS, op. cit., s. 1.

16 Českému čtenáři jistě vytanou na mysli „vlády odborníků“, oproštěné od nánosů každodenního politikaření.

17 Například BBC či centrální banky.

18 Tělesa zabývající se životním prostředím, autorskými právy (licence, patenty), bezpečností potravin.

19 Tělesa hlídající hranici mezi soukromým sektorem a veřejným zájmem, např. tělesa regulující leteckou bezpečnost, trhy, burzy, ochranu spotřebitele.

20 Auditoři, inspektoři.

21 Tělesa kvazisoudního typu, ombudsmani.

22 CAROLAN, op. cit., s. 76–105, 126–127.

23 CAROLAN, op. cit., s. 127–128.

a nevolenou administrativu (*administration*).[24] Zatímco soudy zajišťují ochranu práv jednotlivce a vláda efektivně realizuje kolektivní zájmy, úkolem administrativy vybavené správním uvážením je být někde mezi a s ohledem na individuální práva uvádět v život politická rozhodnutí učiněná na centrální úrovni. Soudy a vláda pak zpětně kontrolují dodržení pravidel a napravují případné excesy. Nahlíženo tímto způsobem je správní uvážení podle Carolana nikoliv problematickým projevem moderního státu, ale stává se naopak jeho klíčovým nástrojem umožňujícím pružně reagovat na celou škálu problémů.

Vibert ve svém pojetí nové dělby moci vnímá státní orgány v podstatě dichotomicky, buďto jako volené, nebo nevolené. Podstatný rozdíl mezi nimi spočívá v roli, kterou tato tělesa hrají při formování politik (*policy*), které sestává ze dvou prvků: empirických dat a hodnotových soudů.[25] Devizou nevolených těles je přitom právě jejich schopnost sběru empirických dat, v čemž se Vibert shoduje s Carolanem, zatímco rolí volených těles je činit hodnotové soudy.[26] Právě v rozdělení formování politik na tyto dva proudy spatřuje Vibert onu „novou dělbu moci"[27], která je tudíž do určité míry rovněž dichotomická. Tradiční volené instituce ponechávají sběr dat na nevolených institucích, které mohou pozitivně ovlivnit sdělování informací veřejnosti a vyrovnat tak informační asymetrii mezi veřejností a volenými orgány, v důsledku čehož se může zásadním způsobem změnit také chování občanů (*informed citizens*).[28] Politici už totiž nejsou nadále těmi, kteří o problému ví nejvíce, a v důsledku toho nejsou ani těmi, na které by občané většinu rozhodování chtěli automaticky delegovat. V důsledku toho se však musí změnit také role jednotlivých institucí, neboť nevolená tělesa jsou mnohem efektivnější v řešení problémů, zatímco ta volená v poskytování prostoru pro diskusi o hodnotách a principech.[29]

Möllers pak ve své knize poukázal na to, že klasické pojetí dělby moci vlastně nefunguje a některé projevy moderního státu, jako je například výše zmíněné veto Kongresu, do něj nezapadají. Pátrá proto, zda jsou z pohledu dělby moci vůbec přijatelné, případně na základě jakých kritérií si vlastně můžeme odpovědět.[30] Möllersovou odpovědí je přitom nikoliv nové pojetí dělby moci, ale spíše nový náhled na ni. Nahlíží na ni totiž pohledem principu *sebeurčení*, jehož ochranou jak v individuální (jednotlivec), tak kolektivní či demokratické (občané) dimenzi získává demokratický stát legitimitu.[31] Dělba moci mezi nimi je založena na tom, zda ta která složka vytváří právo na základě legitimity

24 CAROLAN, op. cit., s. 128–134.

25 VIBERT, op. cit., s. 34.

26 VIBERT, op. cit., s. 14.

27 VIBERT, op. cit., s. 38–41.

28 VIBERT, op. cit., s. 86–94.

29 VIBERT, op. cit., s. 101–112.

30 MÖLLERS, op. cit., s. 1.

31 MÖLLERS, op. cit., s. 8 a 51–80.

demokratické či individuální, a zda jsou temporální účinky práva retrospektivní či prospektivní.[32] Demokratické sebeurčení je tudíž realizováno na kolektivní škále, neboť rozhodnutí kolektivu dopadají opět na celý kolektiv, a jeho temporální orientace je prospektivní, tj. působí do budoucna. Formou práva, prostřednictvím kterého dochází k realizaci demokratického sebeurčení, jsou pochopitelně zákony vydávané legislativou (případně rozhodnutí v referendech).[33] Podstatou individuálního sebeurčení je naopak ochrana sféry jednotlivce, vyžaduje tedy rozhodnutí mající dopad pouze na něj, a z jeho ochranné funkce zároveň plyne, že účinky této ochrany jsou retrospektivní. Tato forma práva, tedy individuální akt aplikace práva, nachází svůj odraz primárně v rozhodnutích moci soudní.[34] Moc výkonná „pendluje" na škále mezi legislativou a soudní mocí, mezi demokratickou legitimitou a legitimitou individuální. Je tedy v podstatě „zbytkovou" mocí, která, na rozdíl od prospektivně orientované legislativy a retrospektivně orientované moci soudní, zajišťuje realizaci práva *v přítomnosti*. Do této škály tudíž můžeme zařadit jak odvozenou normotvorbu, tak individuální správní akty.[35] Möllers nicméně vyzdvihuje také důležitost neformálních procesů, které nelze charakterizovat jako právo, ale pokud směřují k vytváření práva (komunikace mezi voliči, vládou a legislativou), jedná o nezbytnou složku fungování státu, která musí být chráněna před juridifikací. Pokud nikoliv, jedná spíše o netransparentní výkon moci, která v důsledku toho ztrácí legitimitu; přezkum soudů je v tomto případě, pokud dojde k zásahu do individuální sféry jednotlivce, naopak žádoucí.[36]

Zbylé části recenzovaných děl jsou věnovány uvádění nového pojetí dělby moci v praxi. Carolan snaží především vypořádat s rolí, kterou ve svém modelu dělby moci „přisoudil" administrativě, za jejíž klíčovou vlastnost považuje expertízu (skládající se ze specializovaných vědomostí a ze získané praxe), autonomii a flexibilitu. Vzhledem k tomu, že administrativní orgány disponují nejlepšími možnostmi pro sběr informací z první ruky, mohou si vytvářet vlastní procedurální pravidla a postupy a dosáhnout tak značné efektivity.[37] K tomu však administrativa potřebuje dostatečně široké správní uvážení, které však v novém pojetí dělby moci má používat nejen při represi, ale také k pobídkám a obecně proaktivnímu působení na ostatní subjekty.[38] Kontrolu činnosti administrativy by zajišťoval vhodně nastavený systém brzd a rovnovah, zejména soudní přezkum čin-

32 MÖLLERS, op. cit., s. 79.

33 MÖLLERS, op. cit., s. 71–76, 84–89.

34 MÖLLERS, op. cit., s. 67–71, 89–96.

35 MÖLLERS, op. cit., s. 96–101.

36 MÖLLERS, op. cit., s. 81–82.

37 CAROLAN, op. cit., s. 138–149. Tomu odpovídají nároky na členy administrativy, a zároveň požadavek pro jejich částečnou nezávislost na vládě, dosažitelnou prostřednictvím zavedení funkčních období a nezávislé procedury výběru a jmenování, viz s. 164–175.

38 CAROLAN, op. cit., s. 175–176.

nosti administrativy, avšak při současném zachování zdrženlivosti vůči expertnímu úsudku.[39] Takovéto nastavení přitom podle Carolanovy analýzy judikatury irských a britských soudů neodporuje skutečnému fungování jednotlivých složek moci (anebo alespoň soudů a administrativy).[40] Pro Viberta je pak zásadní otázkou legitimita a odpovědnost (*accountability*) nevolené složky moci. Legitimita v případě nevolené složky moci, stejně jako u moci soudní, není odvozena od voleb, a musí tak být založena na důvěře veřejnosti.[41] Té může dosáhnout tak, že bude dodržovat nejen obecné principy, ale vytvoří si také své vlastní standardy a procedurální pravidla,[42] například tím, že se bude při sběru dat držet rigidní vědecké metodiky a metodologie (publikace sesbíraných dat, postupu při analýze, reprodukovatelnost studií).[43] Odpovědnost nevolených orgánů lze zajistit nejen svěřením pravomoci upravit jejich zákonný rámec, jmenování a odvolávání do funkcí a sestavovat rozpočet voleným orgánům, ale také tím, že budou náležitě odůvodňovat svá rozhodnutí, která pak budou podrobena soudní kontrole, především po procedurální stránce. Zneužívání těchto kontrolních mechanismů se mohou nevolené orgány naopak bránit systematickým budováním důvěry veřejnosti.[44]

Möllers se zamýšlí, jakým způsobem jeho rekonstruovaná teorie dělby moci reaguje na problematická místa současných systémů. Do jeho modelu dělby moci přitom nezapadá parlamentní kontrola exekutivy, protože její konkrétní a retrospektivní povaha připomíná spíše moc soudní a vyšetřovací komise a výbory postrádají plnou legitimitu zákonodárné moci, kterou má pouze jako plenární orgán. Přípustná je proto jen tehdy, směřuje-li ke zlepšení existující legislativy a fungování vlády, a v důsledku toho připravuje půdu pro budoucí demokratické rozhodování jak parlamentu samotného, tak veřejnosti. Není-li zmíněné účelem parlamentní kontroly a stane-li se tak kontrola fakticky spoluvládnutím, pak skutečně dochází k narušení dělby moci.[45] Problematický je rovněž vzestup nezávislých administrativních orgánů (*agencies*), a to proto, že tyto orgány jsou vyčleněny z hierarchie exekutivy a nepodléhají obměně a kontrole v rámci volebních cyklů. Na obhajobu těchto orgánů často zaznívá potřeba začlenit expertní hlasy do rozhodování exekutivy, tento narativ však podle Möllerse zejména v posledních letech ztrácí na váze; ve výjimečných případech jsou obhajitelné argumentem, že volební období jsou příliš krátká pro regulaci určitých odvětví či řešení některých problémů – ideálním

39 CAROLAN, op. cit., s. 187–197.

40 CAROLAN, op. cit., s. 205–252.

41 VIBERT, op. cit., s. 115–116.

42 VIBERT, op. cit., s. 121.

43 VIBERT, op. cit., s. 121–128.

44 VIBERT, op. cit., s. 165–173.

45 Jako extrémní příklad překročení hranic dělby moci Möllers uvádí již zmíněné neudělení státního občanství Kongresem USA či v plebiscitu ve Švýcarsku. MÖLLERS, op. cit., s. 118–121.

příkladem jsou centrální banky.[46] Problematický je také soudní přezkum ústavnosti zákonů. Möllersova kritika přezkumu ústavnosti zákonů je přímočará: politicky nezávislý soud rozhoduje na bázi individuálního případu o validitě zákona, který je výsledkem demokratického sebeurčení:[47] obhajitelný bude pouze tehdy, je-li jeho účelem ochrana demokratické legitimity legislativy.[48] Nelze však podle něj přistoupit na argument ochranou základních práv, neboť v takovém případě je svoboda v pojetí jednotlivce, jemuž se podaří dostat případ před soud, vztažena na všechny;[49] obzvláště nežádoucím důsledkem pro dělbu moci je přitom vytváření pozitivních závazků státu.[50]

Jak naložit s novou dělbou moci?

Každá z recenzovaných knih nabízí nový pohled na starý koncept, který je jinak příliš často používán pouze jako slogan a nenutí nás k hlubším úvahám o jeho fungování.[51] Všechny přitom obsahují řadu podnětných myšlenek. S mnoha z nich by bylo také možné rozsáhle polemizovat. Zásadní výtkou, která platí pro všechny tři knihy, je nicméně určitý nedostatek imaginace. Ačkoliv nám totiž recenzovaní autoři nabízejí novou dělbu moci, nelze si nevšimnout, že je až příliš podobná té staré. Nelze samozřejmě říci, že by nám autoři nenabízeli nic nového. Vibert s Carolanem, ačkoliv se pod jejich „novou dělbou moci" skrývá vlastně primárně snaha smířit existenci nevolených orgánů s tradiční dělbou moci, určité ambice mají. Vibert v rámci této snahy totiž přisuzuje složkám staré moci do určité míry nové role: volená tělesa mají nadále působit jako kolbiště hodnot, zatímco nevolená tělesa mají dodávat fakta.[52] Tím nám poskytuje jiný pohled na dělbu moci, prostřednictvím kterého lze lépe pochopit strukturu veřejné moci v moderním státě a v důsledku toho tuto moc lépe (de)regulovat.

Carolan pak jako řešení vzestupu těchto orgánů nabízí normativní teorii dělby moci, která by působila *ex ante*, a nebyla vytvářena teprve *ex post* prostřednictvím judikatury

46 MÖLLERS, op. cit., s. 121–125.

47 MÖLLERS, op. cit., s. 127–128.

48 MÖLLERS, op. cit., s. 128–131.

49 Möllersem popsaný střet je konceptuální povahy (individuální vs. kolektivní). Jako protiargument lze namítnout, že soudy ve skutečnosti v prvé řadě nepřejímají bezezbytku argumentaci navrhovatele a ve svých úvahách nepochybně zohledňují také dopady rozhodnutí společnost či budoucí stěžovatele. Nadto, zákonodárce bezpochyby disponuje plnou demokratickou legitimitou, avšak zákony jím přijaté jsou často výsledkem snah nepočetných zájmových skupin a zřídka z nich benefitují bezezbytku všichni jednotlivci.

50 MÖLLERS, op. cit., s. 134–139. Jedná se už o zřejmé porušení dělby moci, neboť soudy si tím atrahují zákonodárnou iniciativu.

51 Ve vztahu k soudcovské nezávislosti viz IANCU, Bogdan. Perils of Sloganised Constitutional Concepts, Notably that of ‚Judicial Independence'. *European Constitutional Law Review,* 2017, roč. 13, s. 582–599.

52 Jen na okraj lze poukázat na to, že s ohledem na způsob nakládání s informacemi ve veřejném prostoru v posledních letech budou mít nevolená tělesa při plnění role, kterou jim Vibert přisuzuje, poměrně mnoho (těžké) práce i při vší dobré vůli. Lze ovšem také oponovat, že existuje silná poptávka po snížení „politikaření" a zefektivnění výkonu moci, čemuž by nevolená tělesa mohla vhodně posloužit.

soudů. Lze se však ptát, zda je taková (nemalá) snaha vlastně účelná. Lze totiž v zásadě souhlasit s tím, že „pravidla hry" by měla být pro ústavní systémy zásadně nastavena předem. Zároveň je však nutné brát na zřetel, že ústavní pravidla jsou zpravidla vágní, a proto k jejich vyjasňování (a zároveň vývoji) přirozeně dochází teprve časem a reaktivním způsobem. Carolan tuto vágnost kritizuje, ta však nemusí být nutně považována za nevýhodu ústavních pravidel, neboť právě jejich obecnost jim umožňuje přetrvat bez nutnosti formální změny po velmi dlouhou dobu – jejich „dolaďování" probíhá automaticky v samotné praxi. Vibertova i Carolanova díla si lze nicméně cenit již pro to, že na vzestup administrativy upozorňují jako na poměrně výrazný jev, který v širším veřejném prostoru zatím není příliš reflektován. Nelze se však konečně nepozastavit také nad skutečností, že Vibertovy i Carolanovy úvahy jsou vedeny tím, že vzestup nevolených těles považují nekriticky a bez širšího odůvodnění za jednoznačně pozitivní skutečnost, proti čemuž lze mnohé namítat, a to z různých hodnotových pozic.[53] Möllers nám pak na rozdíl od Viberta a Carolana předkládá vlastně pouze sémantickou změnu v nahlížení na existující rozdělení moci (*nejedná se o výkon moci, ale o tvorbu práva*), dělbu moci však nechává beze změny. Pomáhá nám tak na jednu stranu v lépe kategorizovat a legitimizovat moc, z normativního pohledu má však jeho pojetí za důsledek nikoliv změnu uspořádání moci, ale nanejvýš teoretické odmítnutí některých atypických, byť mnohdy neškodných, projevů moci.

Je pochopitelné, že autoři namísto vytváření utopických vizí raději pragmaticky pracují v mezích možného s tím, co existuje. Přesto je škoda, že žádný z autorů nenabízí alespoň o trochu radikálnější vizi nového uspořádání státu. Široká škála variací dělby moci v různých zemích, jak ji demonstroval Möllers, totiž napovídá, že státy mohou fungovat i v poměrně netypických podobách. Nic přitom nebrání popuštění uzdy představivosti, pokud budeme zároveň dělbu moci vnímat jako princip, resp. více principů pod „jednou střechou": (i) princip oddělení jednotlivých mocí (výkonná, zákonodárná, soudní a další) od sebe navzájem, (ii) princip rozdělení moci (*dispersal of power*) mezi tyto složky za účelem zabránění její přílišné koncentrace, a (iii) princip brzd a rovnovah, který dává jednotlivým mocím možnost a povinnost na ostatní moci dohlížet.[54] Pokud budou všechny tři principy dodrženy, nejeví se nutně jako problematické, pokud mocí bude víc než tři (vyčlenění administrativy), případně některé moci *de facto* splynou (splývání vlády a zákonodárné moci v parlamentních systémech). Jsou to totiž právě imperativy distribuce moci a fungujícího systému brzd a rovnovah, které garantují, že stát zůstane demokratickým a právním i v případě evoluce nových forem moci. V tomto ohledu je tak možná úplně zbytečné snažit se uchopit dělbu moci normativním způsobem, „shora", a vhodnější

53 Vibertovu a Carolanovu premisu by nepochybně kritizovali například zastánci minimálního státu nebo zásadně demokratického rozhodování.

54 WALDRON, op. cit, s. 49. Waldron navíc zmiňuje ještě princip bikameralismu a princip federalismu. Všimněme si také, že zatímco první princip má podle Carolanovy taxonomie formalistickou povahu, zbylé dva mají povahu funkcionalistickou.

by byla spíše analýza konkrétního fungování jednotlivých států, resp. budování ústavních režimů „na místě", a to nikoliv podle jednoho normativního měřítka.[55] Pokud se totiž budeme neustále snažit vtěsnat nově vznikající fenomény do předem nadefinovaných kategorií, může se buďto stát, že nám tyto kategorie stačit nebudou, anebo dokonce, že nás skutečná podstata těchto fenoménů úplně mine.

Klíčovým sdělením recenzovaných děl tak patrně je, že koncept dělby moci bychom neměli vnímat jako exaktní teorii, tedy vysvětlení, proč určitý fenomén (realizovaná dělba moci) vzniká a probíhá. Jen těžko lze dělbu moci zároveň chápat jako přísně normativní koncept, jak příkladně demonstruje Carolan, odchýlení od něhož by znamenalo kolaps demokratického právního státu jako takového. Tripartitní dělbu moci bychom proto měli brát spíše jako model moci, který po určitou dobu a do určité míry fungoval (a funguje), ale zároveň se také vyvíjel a v současnosti již není schopen zcela popsat podobu moderního státu. Skutečnost, že vznikla nová moc – administrativa – zatímco moci výkonná a zákonodárná do určité míry splynuly, zároveň není nutné považovat za problém či dokonce tragédii. Ke změně totiž dochází toliko ve formálním pojetí dělby moci a podstatné je brát ohled na hlavní účel dělby moci, kterým je zamezení koncentrace moci a jejímu zneužití. S trochou nadsázky by se tak dalo říci, že zatímco u moci soudní bude vždy nutné zachovat její nezávislost a oddělení od ostatních složek moci, ostatní složky mohou mít podobu všelijakou a naše představivost se nemusí nechávat nutně svazovat zažitou ideální představou o tripartici.

55 HUQ, Aziz. A Distinctively American Doctrine. In: *The New Rambler* [online]. Dostupné z: http://newramblerreview.com/book-reviews/law/a-distinctively-american-doctrine

KRČMÁŘ, Jan. Paměti. Díl I. (do roku 1918). Eds. Luboš VELEK, Alice VELKOVÁ a Martin KLEČACKÝ

Praha – Pelhřimov: Filozofická fakulta Univerzity Karlovy – Masarykův ústav a Archiv AV ČR, 2017, 580 s. ISBN 978-80-741-5146-0.

Ondřej Horák*

Předního českého právníka Jana Krčmáře (1877–1950) není nutné odborné veřejnosti blíže představovat. V rámci meziválečné civilistiky byl nespornou autoritou[1] a jako jeden z mála „buržoazních právníků" byl brán na milost i po roce 1948.[2] K jeho nejznámějším počinům se řadí sepsání systému občanského práva (nedávno vydaného v reprintu[3]) a vůdčí role při přípravě meziválečných osnov občanského zákoníku, které se staly hlavním inspiračním zdrojem při rekodifikaci českého soukromého práva. Méně známou zůstává Krčmářova expertní činnost (zvl. na versailleských mírových jednáních) či vztah k výtvarnému umění a sběratelství.

Dlouho očekávaný první díl Krčmářových pamětí, nazvaný *Rodina a mládí*, vychází symbolicky ke 140. výročí jeho narození. K vydání byl připraven Lubošem Velkem (Masarykův ústav a Archiv AV ČR) ve spolupráci s Alicí Velkovou (Historický ústav AV ČR) a Martinem Klečackým (také MÚA AV ČR). Stalo se tak deset let po vydání (čtenářsky atraktivnějšího) druhého a třetího dílu péčí Jana Kuklíka a Jany Čechurové.[4] Delší odstup však „přinesl ovoce", jejich ediční práce je příkladná.

Krčmář rozdělil své vzpomínání do dvou (rozsahem obdobných) částí, přičemž první díl zahrnuje období do roku 1918 a je zaměřený na tři oblasti – rodinu, fakultu a výtvarné

* JUDr. et Mgr. Ondřej Horák, Ph.D., Katedra teorie práva a právních dějin, Právnická fakulta, Univerzita Palackého, Olomouc / Department of Theory of Law and Legal History, Faculty of Law, Palacký University, Olomouc, Czech Republic / E-mail: ondrej.horak@upol.cz / ORCID: 0000-0003-3549-6539

1 Příznačná je v tomto smyslu jak dobová (zvl. TOMSA, Bohuš. *Nauka o právních vědách. Základy právní methodologie*. Praha: Spolek čsl. právníků „Všehrd", 1946, s. 113–114 a 130), tak i pozdější literatura (zvl. *Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu. Díl I.* Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 218–221 a 241).

2 Srov. zvl. KNAPP, Viktor. Cesta Emila Svobody a Jana Krčmáře k pravdě. *Právník*, 1951, roč. 90, s. 350–362.

3 KRČMÁŘ, Jan. *Právo občanské. I–V*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014 (podle: Díl I. Výklady úvodní a část všeobecná. 4. dopl. vyd. 1946; Díl II. Práva věcná. 3. dopl. vyd. 1946; Díl V. Právo dědické. 3. dopl. vyd. 1937; předmluva J. Kuklík). Práce navazuje na litografické a později tištěné přednášky; sám autor si nejvíce cenil prvních dvou dílů; 3. a 4. vyd. doplnil nejnovějším zákonodárstvím a judikaturou B. Andres.

4 KRČMÁŘ, Jan. *Paměti. Díl II. Skoro státníkem. Díl III*. Eds. Jana ČECHUROVÁ a Jan KUKLÍK. Praha; Pelhřimov: Filozofická fakulta Univerzity Karlovy, 2007.

umění. Podrobný rozbor obsahu tohoto dílu přinesla již recenze Zdeny Žáčkové v Právníku (8/2018), zaměřím se proto (na vybraných otázkách) spíše na přístup autora a editorů.

Rád bych předně podtrhl tvrzení editorů, že se čtenářům do rukou dostává „*informačně bohatý, jazykově a stylisticky kultivovaný a čtenářsky po všech stránkách atraktivní pramen*" (s. 9). Z badatelského hlediska představuje pandán k pamětem Františka Weyra (1879–1951).[5] Až jejich srovnáním se zvýrazní typický rys tohoto typu literatury – i při objektivním přístupu autor píše „tak jak to viděl". Srovnání současně také ukazuje odlišný temperament obou autorů.

Editoři odvedli skvělou práci, o čemž svědčí jak zevrubná a zasvěcená životopisná studie L. Velka (s. 11–58), tak 1708 poznámek k textu pamětí (vysvětlivek, překladů či korekcí). K tomuto úkolu byli do jisté míry předurčeni neméně zdařilým zpřístupněním deníků Jaromíra Čelakovského.[6] Žádný obdobný projekt se sice nevyhne chybám či přepsání, v recenzovaném textu jich však pozorný čtenář objeví jen minimum (např. ve věcném rejstříku u Vendelína Grünwalda či Jaromíra Sedláčka, v pozn. 681 komodatář – vypůjčitel).

Rád bych v rámci této recenze upozornil na tři důležité momenty z Krčmářova života, u nichž se může interpretace historiků různit – na význam převratu, vztah k brněnským normativistům a podíl na rekodifikaci občanského práva po roce 1948.

U převratu (1918) a podílu na přípravě občanského zákoníku (1950) narážíme na problém hodnocení kontinuity a diskontinuity u významných dějinných zlomů. Z profesního i osobního hlediska se může zdát, že rok 1918 pro Krčmáře nepředstavoval výraznější mezník. Nepochybně v jeho životě převažovaly kontinuitní prvky, válečné éra se ho dotkla okrajově, nebyl také aktérem říjnového převratu. Z odborné perspektivy (vědeckého vývoje i řešených témat) však šlo o dva zcela rozdílné světy, jak glosoval v Krčmářově jubilejním sborníku jeho kolega Emil Svoboda (1878–1948). Dříve široce založené a historicky uchopené bádání o základech teorie mezinárodního práva soukromého (nedokončené a snad i nedokončitelné), nyní budování právních základů mladého státu – legislativní a expertní práce (pro řadu ministerstev), zejména k pozemkové reformě jako nejvýznamnějšímu reformnímu kroku první republiky. Vzhledem k legislativním aktivitám (později zejména na rekodifikaci soukromého práva), jakož i opakovaným ministerským působením, se už Krčmář soustavnější vědecké práci nevěnoval a žádnou odbornou monografii nevydal.

Jiným výrazným politickým zlomem, který Krčmář ještě zažil, byl převrat v roce 1948. Viktor Knapp ve svých článcích a dále v pamětech vzpomínal na Krčmářův podíl

---

5 WEYR, František. *Paměti. [Díl] 1., Za Rakouska (1879–1918). [Díl] 2., Za republiky (1918–1938). [Díl] 3., Za okupace a po ní (1939–1951)*. Brno: Atlantis, 1999, 2001 a 2004.

6 ČELAKOVSKÝ, Jaromír. *Moje zápisky. 1871–1914*. Eds. Luboš VELEK a Alice VELKOVÁ. Praha: Archiv hl. m. Prahy; Výzkumné centrum pro dějiny vědy; Scriptorium, 2004.

při přípravě občanského zákoníku po roce 1948 a uváděl, že právě Krčmářova účast se odrazila v poměrně slušné legislativně technické úrovni, zvláště ve srovnání s občanským zákoníkem z roku 1964.[7] Toto tvrzení pak bývá ve většině prací o vývoji soukromého práva bez dalšího opakováno. V této souvislosti přitom vyvstává řada otázek: jak se navazovalo na meziválečnou éru, proč se Krčmář do poúnorových kodifikačních prací zapojil, jak jeho činnost hodnotit a jaký byl jeho skutečný podíl? Kritičtěji, na základě dochovaných pramenů, se přitom této problematice věnoval až Jan Kuklík.[8]

Na jednu stranu bývá Krčmářova účast uváděna jako doklad kvality zákoníku, na stranu druhou bývá hodnocena jako jeho osobní selhání. Formálně se na výsledky meziválečné rekodifikace, kde měl Krčmář vůdčí roli, nenavazovalo, koncepce už byla zcela odlišná, využil se jen vybraný „stavební materiál". Pro Krčmáře to musela být nesmírně frustrující záležitost a je spíše sympatické, že v pokročilém věku a nemoci nerezignoval. Krčmářova role při přípravě OZ 1950 sice bývá přeceňována, byla však větší než bude kdy možné na základě pramenů doložit, pokud ho budeme vnímat jako zosobnění tradice a zohledníme jeho pedagogickou i vědeckou autoritu. Současně také platí, že OZ 1950, pokud uvážíme dobové ideologické limity, představuje poměrně zdařilé legislativní dílo, propojující českou i slovenskou právní tradici a reagující na podněty meziválečné právní vědy i změněné společenské podmínky.

S ohledem na časopis, v němž je recenze uveřejněna, se ještě stručně zastavím u Krčmářova poměru k brněnské normativní škole – jak k normativní teorii, tak jednotlivým normativistům, zejména F. Weyrovi a J. Sedláčkovi. To je oblast, která si zaslouží dovysvětlení ve vztahu k recenzovaným pamětem i dosavadní literatuře (Velek, s. 50 a 51).

Napětí mezi Brnem a Prahou patřilo k charakteristickým momentům meziválečné právní vědy: méně časté (věcné i osobnější) polemiky střídalo častější přezírání. Na rozdíl od některých jiných profesorů však Krčmář s Weyrem původně udržovali korektní vztahy (mj. si také posílali své práce), ty se zhoršily až na konci 30. let, zejména v souvislosti s vydáním Čermákovy práce „O podstatě práva", jehož iniciátora viděl Weyr právě v Krčmářovi.[9]

---

7 Srov. KNAPP, Viktor. *Proměny času. Vzpomínky nestora české právní vědy*. Praha: Prospektrum, 1998, s. 23 a 121–122.

8 KUKLÍK, Jan. *Profesor Jan Krčmář. Pozapomenutá osobnost pražské civilistiky*. Praha: Univerzita Karlova v Praze; Pražské sdružení Jednoty českých právníků, 2008, s. 107–110.

9 ČERMÁK, Vladislav. *O podstatě práva. Zároveň rozbor normativní teorie*. Praha: Sborník věd právních a státních, 1940. K odpovědi na Čermákovu ostrou kritiku byl za celou brněnskou normativní školu vybrán Vladimír Kubeš: srov. O tak zvané podstatě práva. Zároveň rozbor Čermákova „rozboru normativní teorie". *Časopis pro právní a státní vědu*, 1941, roč. 24, s. 14–48. Stručněji ovšem reagovali i jiní – Jaroslav Kallab, Zdeněk Neubauer či Adolf Procházka. František Weyr nakonec také věnoval Čermákově práci pozornost, a to ve svém polemickém článku napsaném ještě za okupace, který považoval za svůj „nejlepší a nejzdařilejší literární projev". Srov. WEYR, František. Pražská právnická fakulta a normativní theorie. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1946, roč. 27, s. 78–105. K okolnostem vzniku článku srov. WEYR, František. *Paměti 3*. S. 40.

Krčmář byl názory normativistů částečně ovlivněn a ke kritické reflexi vedl i své nadané žáky. Podle Weyra se Krčmář k normativní teorii přikláněl, aniž by to přímo vyslovil, Kubeš ho dokonce nazýval jejím stoupencem, což však bylo přehnané.[10] Je však zajímavé, že se znalost normativní teorie stala i v pražském prostředí předmětem rivality, jak mj. ukazují Svobodovy paměti.[11]

Ještě problematičtější vztah měli Krčmář se Sedláčkem, podrobná pozornost jejich střetu je zachycena v 2. dílu Krčmářových Pamětí a Sedláček z něj vychází silně negativně. Celá věc však byla komplikovanější a měla dlouhodobý vývoj, jak jsem se pokusil již dříve představit.[12] Také Sedláčkův podíl na rekodifikaci občanského zákoníku je v Pamětech bagatelizován, přitom v její závěrečné fázi došlo ještě k významným posunům odpovídajícím názorům normativistů (kodifikace interpretačních zásad; široká koncepce vlastnictví, včetně věcí nehmotných aj.).[13] Naopak velmi kladný vztah měl ke Krčmářovi Sedláčkův nejbližší žák V. Kubeš.[14] Bez ohledu na to, zda si Krčmář již získal či ještě získá sympatie čtenářů, jeho paměti budou zajímavým a inspirativním čtením, nastavujícím zrcadlo autorovi, jeho době i té naší.

---

10 Srov. WEYR, František. *Teorie práva*. Brno; Praha: Orbis, 1936, s. 373; a KUBEŠ, Vladimír. *Dějiny myšlení… I*, s. 218–221; KUBEŠ, Vladimír. Profesor JUDr. Jan Krčmář jako stoupenec čisté nauky právní. In: *JUDr. Jan Krčmář. Soubor článků o jeho osobnosti a díle, vydaný u příležitosti 60. narozenin*. Praha: V. Linhart, 1937, s. 65–70; a KUBEŠ, Vladimír. Sedmdesátiny Jana Krčmáře. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1948, roč. 29, s. 31–34.

11 „*Krčmář není členem Weyrovy školy /normativní teorie/. Má svou teorii právní, hodně spletitou. Snad ji ovládá jeho druhá odnož Dr. Čermák. Něco má z Weyra, něco z Engliše, něco z Kallaba, něco z Tardyho, snad něco přejímá bezděčně od Čermáka … Ale myslím, že jsem vlastně o „ryzí nauce právní" jak se do dneska vytvořila, napsal víc než Krčmář.*" SVOBODA, Emil. *Bylo-nebylo*, 1939, s. 611–612 (Strojopis pamětí ve Svobodově fondu v Archivu AV ČR, kart. č. 1, inv. č. 17).

12 HORÁK, Ondřej. „Musím Vám říci, že připadám si jako nejmladší dcera Learova." Jan Krčmář, Jaromír Sedláček a jedno skrývané napětí meziválečné civilistiky. In: *Polemiky a spory v právní vědě*. Olomouc: Univerzita Palackého, 2010, s. 41–48.

13 Svoboda naopak glosoval, že Krčmář „*trpěl přímo trémou, aby při superrevisních poradách nezavadil o brněnskou teorii nějak neopatrně a proto neuvěřitelně podléhal Roučkovi a v posledním stadiu Sedláčkovi*". SVOBODA: *Bylo-nebylo*, s. 612.

14 KUBEŠ, Vladimír. „*… a chtěl bych to všechno znovu*". Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 31–35; a KUBEŠ, Vladimír. *Dějiny myšlení… I*, s. 241–261.

ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Spotrebiteľský kódex – áno alebo nie?

Marek Maslák*

V dňoch 31. mája a 1. júna 2018 sa v priestoroch Právnickej fakulty Masarykovej univerzity v Brne uskutočnila medzinárodná vedecká konferencia „Zásady európskeho súkromného práva v aplikačnej praxi" na tému „Spotrebiteľský kódex: áno či nie?" Hlavným cieľom konferencie bolo odpovedať na otázku, či je problematiku ochrany spotrebiteľa, resp. jej časť vhodné zaradiť do základného predpisu súkromného práva (občianskeho zákonníka) alebo je skôr namieste vytvorenie osobitného kódexu (spotrebiteľského kódexu).

Usporiadateľmi tejto konferencie boli Ústav štátu a práva Akadémie vied ČR, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave,[1] Právnická fakulta Masarykovej univerzity v Brne, ako aj Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci. Program konferencie bol bohatý, jej účastníkmi boli predstavitelia tak právnej teórie, ako aj právnej praxe, a to z rôznych štátov, čo prinieslo viaceré pohľady či skúsenosti vo vzťahu k základnej otázke konferencie.

Možno povedať, že ochrana spotrebiteľa ako slabšej strany je jedným z *mainstreamov* práva EÚ *de lege lata*. Oblasť ochrany spotrebiteľa na úrovni EÚ je charakteristická roztrieštenosťou právnej úpravy,[2] ako aj dynamikou[3] a kazuistickosťou tejto úpravy. Ako na konferencii uviedol prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., DSc. z Univerzity Karlovej v Prahe, na jednej strane je právo EÚ charakteristické vysokou mierou dynamiky a na druhej strane je právny štát charakteristický predvídateľnosťou a istotou, čo v určitej miere stojí

* JUDr. Marek Maslák, PhD., Katedra občianskeho a obchodného práva, Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave, Trnava / Department of Civil and Commercial Law, Faculty of Law, Trnava University in Trnava, Trnava, Slovak Republic / E-mail: marek.maslak@truni.sk

1 V rámci grantu APVV–14–0061 s názvom „*Rozširovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva*".

2 O tejto roztrieštenosti svedčí aj rozoberaná úprava v článku JURČOVÁ, Monika, Marianna NOVOTNÁ, Zuzana ADAMOVÁ a Róbert DOBROVODSKÝ. Kúpne zmluvy uzatvárané on-line a kúpa digitálneho obsahu – úvahy o novej regulácii. *Právny obzor*, 2017, roč. 100, č. 2, s. 143–161.

3 Známy je výrok Micklitza, ktorý uvádza, že BGB je ako „*ťažký tanker, ktorý je spôsobilý meniť smer len v obmedzenom rozsahu a potrebuje čas na každú zmenu smeru*", a to na rozdiel od noriem na ochranu spotrebiteľa, ktoré sa zdajú byť skôr ako „*plachetnice, ktoré môžu ľahko a rýchlo meniť smer, ale zároveň sú vystavené vetru a počasiu – rozumej politickým prúdom – v oveľa vyššej miere.*" MICKLITZ, Hans-Wolfgang (preklad JURČOVÁ, Monika). Potrebujú spotrebitelia a obchodníci novú architektúru spotrebiteľského práva?: podnet na zamyslenie. *Právny obzor*, 2015, roč. 98, č. 3, s. 285.

proti sebe. Pokiaľ ide o kazuistickosť, prof. Kysela sa vyjadril, že miera regulácie smerníc je čoraz detailnejšia, z čoho vyplýva, že ich implementácia (vzhľadom na nimi dosahovaný cieľ) čoraz viac ustupuje do úzadia. Na uvedené nadviazal prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš z Ústavu štátu a práva Akadémie vied ČR, ktorý uviedol, že čím je právo rigidnejšie a kazuistickejšie, tým viac je ohrozené jeho dodržiavanie.

Prof. Dr. Dr. h. c. Fryderyk Zoll z *Universität Osnabrück* na konferencii polemizoval o zmysle spotrebiteľského kódexu, pretože neverí v pretrvávanie konceptu spotrebiteľa (veď ešte ani nevieme, kto je vlastne spotrebiteľom). Inšpiratívne boli a sú jeho úvahy, resp. otázky, keď sa pýtal, o čo ide v prípade spotrebiteľského kódexu – naozaj ide o kódex alebo ide len o kompiláciu? Ako vážne berieme občiansky zákonník, ak obchodnoprávne, ako aj spotrebiteľské záležitosti budú mimo neho? Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke z *Universität Osnabrück* poukázal na náročnosť kodifikácie spotrebiteľského práva, a to jednak pre to, že právo EÚ sa nezaoberá otázkou systematiky súkromnoprávnej úpravy, ako aj z dôvodu nového digitálneho veku prinášajúceho so sebou nové výzvy. Práve nad tým, či je v súčasnej dobe prevratných zmien spojených s nástupom priemyselnej revolúcie 4.0 a rapídnym rozmachom digitálnej éry vhodný čas na kodifikáciu, sa v rámci diskusie zamýšľala doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD. z Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave. Na druhej strane, prof. Twigg-Flesner z *University of Warwick* uviedol, že čas na kodifikáciu nikdy nie je a nebude ideálny, v každom období sa dejú zmeny.

Čo sa týka skúsenosti krajín so spotrebiteľským kódexom, MMag. Verena Cap z rakúskeho ministerstva spravodlivosti ozrejmila, že v Rakúsku je problematika ochrany spotrebiteľa obsiahnutá tak v ABGB, ako aj osobitnom zákone týkajúcom sa ochrany spotrebiteľov, ktorý je všeobecnejšieho charakteru (spotrebiteľskom kódexe), a napokon niektoré otázky sú uvedené v špeciálnych osobitných právnych predpisoch. Do osobitných právnych predpisov boli zakomponované tie oblasti, ktoré boli v smerniciach upravené príliš detailne, prípadne boli upravené na princípe maximálnej harmonizácie, a tak umožňovali menšiu mieru flexibility pre národného zákonodarcu. MMag. Verena Cap uviedla, že výhody spotrebiteľského kódexu spočívajú v zabraňovaní fragmentácie práva, normy sú transparentnejšie a ich aplikácia je jednoduchšia pre adresátov. Prof. Christian Twigg-Flesner z *University of Warwick* uviedol, že ani *Consumer Rights Act* v Spojenom kráľovstve z roku 2015 nedokázal poňať všetky otázky spadajúce pod spotrebiteľské právo a niektoré otázky ochrany spotrebiteľa sú upravené v osobitných predpisoch. Kodifikácia nie je myšlienka vlastná právu Spojeného kráľovstva, skôr konsolidácia môže zlepšiť spotrebiteľské právo, aby bolo transparentnejšie a prístupnejšie. Dr. Juliette Sénéchal z *Université de Lille 2* poukázala na to, že vo Francúzsku je pomerne pozitívna skúsenosť so spotrebiteľským kódexom, no zároveň poukázala na jeho zmenu z roku 2016, ktorá sa týkala najmä štruktúry predpisu s cieľom, aby bola úprava zrozumiteľnejšia a jednoduchšia pre jej adresátov.

Pokiaľ ide o české právne prostredie, prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš a doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D., dekanka Právnickej fakulty Masarykovej univerzity v Brne, na konferencii jednoznačne vystupovali proti prijatiu prípadného spotrebiteľského kódexu v ČR. Prof. Eliáš vyjadril rozčarovanie nad tým, že po pár rokoch od prijatia nového českého občianskeho zákoníku, do ktorého bola čiastočne začlenená aj problematika ochrany spotrebiteľa, sa v ČR hovorí o potrebe kodifikácie spotrebiteľského práva do osobitného kódexu. Doc. Selucká upozornila na to, že adresáti noriem sa ešte ani nestihli prispôsobiť novému základnému predpisu súkromného práva. Zároveň na základe historických skúseností s výkladovým problémami, ktoré vyvstávali z dôvodu existencie Občianskeho zákonníka a Obchodného zákonníka, nepovažuje za vhodné upraviť normy spotrebiteľského práva v spotrebiteľskom kódexe. Hoci spotrebiteľský kódex vyvoláva dojem, že bude komplexne upravovať ochranu spotrebiteľa, v skutočnosti to tak nikdy nebude. Doc. Selucká tiež upozornila na problém vymožiteľnosti práv spotrebiteľov a na dôležitosť zakotvenia kolektívnych žalôb a inštitútu spotrebiteľského arbitra do právneho poriadku. Na druhej strane JUDr. Věra Knoblochová, Ph.D. z Ministerstva průmyslu a obchodu ČR obhajovala myšlienku spotrebiteľského kódexu v ČR,[4] hoci poukázala na to, že nie všetky otázky týkajúce sa ochrany spotrebiteľa majú byť v pripravovanom spotrebiteľskom kódexe (niektoré oblasti budú v osobitných predpisoch, ako napríklad úprava hromadných žalôb). Cieľom tohto pripravovaného kódexu má byť zvýšenie doterajšej ochrany spotrebiteľa, a zároveň vytvorenie prehľadnej a zrozumiteľnej úpravy pre spotrebiteľov.

Čo sa týka otázky spotrebiteľského kódexu v SR, Mgr. Veronika Virághová z Ministerstva hospodárstva SR ozrejmila dôvody vypracovania Návrhu Legislatívneho zámeru Spotrebiteľského zákonníka zo strany Ministerstva hospodárstva SR.[5] Mgr. Virághová poukázala jednak na to, že nová rekodifikačná komisia v rámci prác na novom občianskom zákonníku pôvodne uvítala prijatie spotrebiteľského kódexu,[6] a jednak na to, že zámer vytvoriť spotrebiteľský kódex je súčasťou Stratégie spotrebiteľskej politiky na roky 2014 až 2020.[7] V súčasnosti je stav taký, že sa očakáva, ako budú pokračovať

4 Návrh vecného zámeru nového zákona o ochrane spotrebiteľa bol schválený uznesením vlády ČR č. 653 zo dňa 18. septembra 2017. Paragrafové znenie má byť predložené vláde ČR do 30. júna 2019. Znenie tohto návrhu vecného zámeru je dostupné z: https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNAL6C4B2S

5 *Návrh Legislatívneho zámeru Spotrebiteľského zákonníka*. Dostupné z: https://www.najpravo.sk/clanky/pripravuje-sa-novy-kodex-spotrebitelsky-zakonnik.html

6 Hoci autor tejto správy poukazuje na to, že v zápisnici zo zasadnutia predsedníctva Komisie pre rekodifikáciu súkromného práva (za spoluúčasti vtedajšej ministerky spravodlivosti a predstaviteľov koaličných politických strán) zo dňa 20. apríla 2017 nájdeme (s. 10), že novopripravovaný občiansky zákonník „*bude integrovať všetky súkromnoprávne prvky ochrany spotrebiteľa*". Dostupné z: https://www.justice.gov.sk/Stranky/Nase-sluzby/Nase-projekty/Obciansky-zakonnik/Obciansky-zakonnik.aspx

7 Návrh Stratégie spotrebiteľskej politiky Slovenskej republiky na roky 2014 – 2020 schválený uznesením vlády SR č. 502/2014. Dostupné z: http://www.rokovania.sk/File.aspx/ViewDocumentHtml/Mater-Dokum-168345?prefixFile=m_ alebo https://www.mhsr.sk/uploads/files/j7uFbSlI.pdf

práce na novom občianskom zákonníku. Mgr. Virághová uviedla, že v pripravovanom spotrebiteľskom kódexe by nemala byť úprava *timesharingu*, zájazdov, reklamy ani oblasť sektorových predpisov (dodávka vody, elektriny a pod.).

Možno teda uviesť, že najrozšírenejšia cesta, ktorú krajiny EÚ zvolili, je práve úprava spotrebiteľského práva v určitom všeobecnejšom zákone (spotrebiteľskom kódexe), no zároveň sa väčšina účastníkov konferencie zhodla, že spotrebiteľské právo je tak širokou a dynamickou oblasťou, že len veľmi ťažko možno očakávať, že jeden predpis ju upraví komplexne. Vo vzťahu k ČR zazneli na konferencii výrazné pochybnosti o vhodnosti prijatia spotrebiteľského kódexu z dôvodu krátkej účinnosti nového občianského zákoníku. Pokiaľ ide o SR, cesta prijatia spotrebiteľského kódexu je zatiaľ veľmi zahmlená. Účastníci konferencie sa však zhodli, že viac ako o to, či je problematika ochrany spotrebiteľa v občianskom zákonníku alebo v osobitnom kódexe, ide o to, aby táto problematika bola kvalitne spracovaná.

Quantum Law Workshop

Terezie Smejkalová*

Dalo by se říci, že 20. století – a především pak jeho druhá polovina – je pro právní teorii typické tím, že se do jejích úvah dostávají metody a koncepty z jiných vědních disciplín. Zatímco sociologické teorie práva již považujeme za prakticky tradiční, z práva a ekonomie (*law and economics*) nebo práva a literatury (*law and literature*) se z okrajových oblastí stávají prakticky nezbytné součásti právní teorie, některé „law and…" směry jsou zatím v zárodku a není jisté zda a do jaké míry se jim podaří být pro zkoumání práva skutečným přínosem. Jedním z těchto směrů je nepochybně právo a přírodní vědy, konkrétně pak fyzika.

V červnu roku 2018 se pod záštitou St Mary's University (Twickenham, Londýn) a Institute of Advanced Studies[1] konal Quantum Law Workshop,[2] setkání, které si kladlo za cíl otevřít aktivní diskusi o propojování konceptů kvantové fyziky a právní teorie a které bylo otevřené nejen právním teoretikům, ale i odborníkům na kvantovou fyziku. Workshop byl postaven kolem vybraných příspěvků některých účastníků, které byly diskutovány a analyzovány širším publikem.

I když se jedná o v rámci právní teorie okrajovou záležitost, propojování práva (případně studia společnosti obecně) s principy kvantové fyziky, není nic úplně nového. Pomineme-li Schrödingerovu kočku jako metaforu neurčitosti, která je natolik zaužívaná v současném popkulturním diskursu, že ji lze považovat za určitý druh kulturního artefaktu, z existujících vědeckých monografií je možné zmínit např. *Quantum Society* od autorů Danah Zohar a Iana Marshalla[3] nebo *Life on the Edge. The Coming of Age of Quantum Biology* (Johnjoe McFadden a Jim Al-Khalili).[4]

Příspěvky účastníků tohoto workshopu diskutovaly celou řadu konceptů kvantové fyziky, jako jsou kvantová superpozice nebo princip neurčitosti.

* JUDr. Bc. Terezie Smejkalová, Ph.D., Katedra právní teorie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Legal Theory, Faculty of Law Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: terezie.smejkalova@law.muni.cz

1 The Institute of Advanced Studies. *University of Birmingham* [online]. © University of Birmingham, 2018 [cit. 4. 7. 2018]. Dostupné z https://www.birmingham.ac.uk/research/activity/ias/index.aspx

2 *Quantum Law Workshop: An interdisciplinary exploration of quantum theory, law and ethics* [online]. [cit. 4. 7. 2018] Dostupné z https://quantumlaw2018.wordpress.com

3 ZOHAR, Danah a Ian MARSHALL. *Quantum Society*. HarperCollins, 1995.

4 McFADDEN, Johnjoe a Jim AL-KHALILI. *Life on the Edge. The Coming of Age of Quantum Biology*. New York: Crown Publishers, 2014.

Workshop byl zahájen dvěma příspěvky využívající princip kvantové superpozice.[5] Úvodní příspěvek autorky tohoto textu „Probable Law" si kladl otázku, do jaké míry je možné stav práva před rozhodnutím Ústavního soudu o tom, zda je nebo není v souladu s Ústavou považovat za stav superpozice a do jaké míry se jedná pouze o metaforu jako určitou rétorickou figuru a do jaké míry je to analyticky využitelný koncept. Thomas Giddens (St Mary's University) se na základě analýzy Subjektu v lacanianském rámci zabýval tím, zda můžeme v kontextu práva, kde se z pohledu právní regulace často stírá subjekt a objekt, hovořit o určité superpozici subjektu, jako speciálního mezistavu.

Tjaša Zapušek (University of Copenhagen), která se zabývá otázkami subjektivity a odpovědnosti AI, analyzovala koncept předvídatelnosti událostí jako určitého neviditelného pojiva stávající právní regulace čl. 7 Evropské úmluvy o lidských právech.

Matematik Ted Sichelman (University of San Diego Law School) vycházel z Hohfeldova pojetí právních vztahů[6] a ukazoval, jak je možné určité běžné situace právní regulace (jakému právu odpovídá jaká povinnost apod.) zapsat maticovým zápisem a co z toho potom vyplývá v kontextu jejich dosazení například do Schrödingerovy rovnice.

Bruce Levinson (Center for Regulatory Effectiveness, Washington, USA) hovořil o schopnosti kvantové teorie řešit některé typy paradoxů a ukazoval, jakým způsobem je možné tuto její schopnost využít i v právu.

Charlie Blake a Lucy Finchett-Maddock (University of Brighton) ve svém příspěvku propojovali médium odborného textu a fikce a zabývali se teorií kvantových polí a práva.

Celý workshop uzavřeli Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos (University of Westminster) a Luke Mason (St Mary's University), kteří navázali na diskusi kvantové fyziky jako metafory a analytického konceptu.

Tento workshop a rozmanitost příspěvků, které v jeho rámci zazněly, ukázaly, že i tento směr obsahuje nejrůznější paralely a pro právo využitelné koncepty, které jsou schopny poskytnout nové úhly pohledu na právo. Plánuje se, že příspěvky, které zazněly v rámci tohoto workshopu a některé další, které z časových důvodů zaznít nemohly, budou publikovány v rámci tematického čísla vybraného odborného periodika, zřejmě v roce 2019.

5 Pro bližší vysvětlení tohoto konceptu viz například i pro nefyziky velmi srozumitelné vysvětlení ALBERT, David Z. *Quantum Mechanics and Experience*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1992.

6 Wesley Hohfeld's Legal Relations.

NEKROLOG

Za profesorom Petrom Blahom

Vojtech Vladár*

Dňa 29. mája 2018 zastihla česko-slovenskú akademickú komunitu obzvlášť smutná správa. V ten deň umrel vo veku 79 rokov jeden z najlepších európskych právnych romanistov, excelentný vedec i pedagóg Dr. h. c. mult. prof. JUDr. Peter Blaho, CSc. Práve on patril k tým najdôležitejším osobnostiam, vďaka ktorým sa podarilo zachovať rímskoprávne dedičstvo v našej krajine v ťažkých časoch socialistického režimu, a dbalo sa naň aj po Novembri 1989.

Profesor Peter Blaho sa narodil 1. januára 1939 v Nitre a základné i stredoškolské vzdelanie nadobudol v Topoľčanoch. Po úspešnej maturite na tamojšom gymnáziu nasledoval profesijnú dráhu otca a vybral si štúdium práv na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave. Absurdnosť doby si vybrala svoju daň a pre nevyhovujúci triedny profil musel Peter Blaho štúdium v roku 1960 nútene zanechať. Odvahu bojovať a odhodlanie preukázal, keď sa mu dva roky nato podarilo dosiahnuť zrušenie rozhodnutia o vylúčení a pokračovať v štúdiu. Právnické štúdiá napokon úspešne dokončil v roku 1965 a vďaka vynikajúcemu prospechu mu bol udelený pre romanistu tak dôležitý titul „JUDr.“.

Začiatky profesijnej kariéry Petra Blahu sa spájajú najskôr s prácou podnikového právnika a potom súdneho čakateľa na bratislavskom krajskom súde. Tí, ktorí pána profesora lepšie poznali, dobre vedeli, že jeho najväčším snom bola dráha právneho romanistu, a teda pôsobenie v akademickom historickoprávnom prostredí, ktoré nebolo až tak zaťažené dobovou ideológiou a umožňovalo rozvíjať myšlienky slobodného ducha starovekých rímskych právnikov a ich stredovekých nasledovníkov. Tento cieľ dosiahol v roku 1967, keď získal pozíciu asistenta na svojej *alma mater*, konkrétne na Katedre dejín štátu a práva. Osud mu prial i v tom, že mohol úzko spolupracovať so svojim vzácnym učiteľom Dr. h. c. prof. JUDr. Karolom Rebrom, DrSc., vďaka ktorému pretrvala v Bratislave výučba rímskeho práva aj počas týchto náročných čias. Práve on presadil i zriadenie osobitnej Katedry rímskeho práva, ktorá však pretrvala len dva roky. Záštita Karola Rebra zároveň Petrovi Blahovi umožnila venovať sa v relatívnom pokoji tomu, čo mal skutočne rád – právnej romanistike.

* Doc. JUDr. Mgr. Vojtech Vladár, PhD., Katedra rímskeho a cirkevného práva, Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave / Department of Roman and Church Law, Faculty of Law, Trnava University in Trnava, Slovak Republic / E-mail: vojtech.vladar@truni.sk

Od toho času sa Peter Blaho neúnavne pokúšal preniknúť do myšlienkového bohatstva rímskych právnikov a osvojiť si ho nielen v pedagogickej, ale tiež vedeckej činnosti. O úspešnosti jeho snáh vypovedá nielen postupne pribúdajúci počet vedeckých výstupov, ale tiež nadviazanie úzkych vzťahov s najvýznamnejšími československými právnymi romanistami, z ktorých možno osobitne spomenúť Prof. Dr. Václava Budila, Prof. Dr. Miroslava Boháčka a Prof. Dr. Jiřího Cvetlera. Napriek dobe, v ktorej Peter Blaho žil, obdivoval predovšetkým západný akademický svet a jeho metódy, považujúc ich vo vedeckej práci za tie najdôležitejšie. Aj z toho dôvodu pôsobili jeho vedecké články na prvý pohľad akosi ináč oproti prácam viacerých jeho kolegov a každému mohlo byť jasné, že v ňom rastie osobnosť európskeho formátu, neobmedzujúca sa na nútené opakovanie dobre naučených socialistických fráz. Petrovi Blahovi sa zároveň v našom prostredí podarilo rozvinúť rímskoprávne štúdiá i v Košiciach, kde bola v roku 1973 zriadená Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika a výučbu tohto predmetu na nej zabezpečil práve on. Pokiaľ ide o vedeckú činnosť, z raného obdobia možno osobitne spomenúť jeho diela „Niektoré teórie o držbe a ich kritika“, „Latinské právne definície, citáty a aforizmy“ (v spolupráci s Karolom Rebrom) a „Súčasný stav a ciele právnej romanistiky v Československu“.

Titul kandidáta vied (CSc.) Peter Blaho získal v roku 1978 obhájením kandidátskej dizertačnej práce s názvom „Sociálna a triedna funkcia ochrany držby v antickom Ríme“. Už v nej preukázal nielen schopnosť samostatne vedecky pracovať na vysokej úrovni, ale taktiež svoju záľubu v téme držby, ktorá ho sprevádzala po celý život. Vynikajúci vedecký rast prispel k tomu, že už v roku 1980 obhájil habilitačnú prácu „Rímskoprávna náuka o držbe a jej vyústenie v súčasnosti“. Poznajúc pravidlá socialistického režimu si však zároveň veľmi dobre uvedomoval, že získaním titulu docent (doc.) dosiahol jeho kariérny rast vrchol. Keďže nebol členom komunistickej strany, profesorom sa jednoducho stať nemohol. Z toho dôvodu sa ešte viac zameral na kvalitnú vedeckú prácu a nadväzovanie kontaktov s európskou romanistickou elitou, absolvujúc študijné pobyty vo významných univerzitných mestách ako Štrasburg, Rím, Pécs, Halle a Krakov. Peter Blaho sa totiž aj napriek viacerým prekážkam vždy usiloval udržať krok s vývojom svojho odboru za západnými hranicami. I preto sa, na rozdiel od mnohých svojich kolegov, nikdy neobával aktívne vystupovať ani na zahraničných konferenciách, kde dokazoval, že aj na Slovensku môže vyrásť vynikajúci právny romanista. O ďalší rozvoj a zvýšenie popularity svojho odboru v právnickej komunite sa v rámci československých hraníc zase zasluhoval publikovaním pravidelných bibliografických romanistických štúdií. Okrem uvedených dvoch kvalifikačných prác možno z tohto obdobia jeho vedeckej činnosti osobitne vyzdvihnúť diela „Nadobudnutie držby prostredníctvom otrokov v rímskom práve“, „*Lucrum cessans* im römischen und gegenwärtigen tschechoslowakischen Recht“, „Praktické cvičenia z rímskeho práva“ (v spolupráci s Karolom Rebrom) a „Súdna a mimosúdna ochrana držby v rímskom práve“.

Nové možnosti pre vedeckú prácu a osobnostný i profesijný rozvoj znamenal pre Petra Blahu pád socialistického režimu. Osobitne mu k tomu pomohlo i vymenovanie do funkcie profesora (prof.), k čomu došlo na základe iniciatívy vtedajšieho prezidenta Václava Havla. Bol to práve Peter Blaho, kto bol najskôr poverený vykonávaním funkcie prodekana a v roku 1991, ako symbol novej slobodnej doby, zvolený na bratislavskej právnickej fakulte za dekana. O úspešnosti jeho pôsobenia v tejto funkcii a rešpekte akademickej obce vypovedá najmä skutočnosť, že v nej nakoniec zotrval až do roku 1998. Počas tohto obdobia sa mu po západnom vzore podarilo zaviesť do výučby viacero tradičných i moderných foriem, z ktorých sú viaceré dodnes ctené a uplatňované. Z jeho ďalších aktivít možno spomenúť najmä v roku 1991 založenú tradíciu konania významnej medzinárodnej konferencie Lubyho právnických dní a v roku 1992 zriadenie Vydavateľského oddelenia Právnickej fakulty Univerzity Komenského. V snahe o prehĺbenie spolupráce medzi slovenskými a českými právnymi romanistami zase v roku 1994 inicioval konanie pravidelných romanistických konferencií, ktoré sa na platforme striedania slovenských a českých právnických fakúlt realizuje od roku 1998 až dodnes. S cieľom posunúť česko-slovenskú romanistiku ešte ďalej a zamedziť jej izolovaniu zriadil v roku 1995, v spolupráci s kolegami z Českej republiky, časopis *Orbis iuris Romani* – Journal of Ancient Law Studies, ktorý je s prestávkami vydávaný do dnešných dní. O ďalší rozvoj medzinárodnej spolupráce na akademickej úrovni sa Peter Blaho zaslúžil prácou v Európskej akadémii pre vedy a umenie (Salzburg) a koordináciou medzinárodného vedeckého projektu Európskej únie Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften, na ktorom spolupracoval s Inštitútom Maxa Plancka pre európske právne dejiny (Frankfurt nad Mohanom). Výborné vzťahy s ďalšími vedeckými pracoviskami upevňoval aj v tomto období pobytmi na univerzitách v Grazi, Viedni, Regensburgu a Amsterdame.

Keď bola v roku 1998 Katedra rímskeho práva na jeho *alma mater* zrušená, rozhodol sa Peter Blaho pre odvážny krok. Spolu s ďalšími excelentnými profesormi opustil svoje domovské pracovisko s cieľom obnoviť spolu s historickou Právnickou fakultou Trnavskej univerzity v Trnave aj rímskoprávne štúdiá na nej. Smelo a s istotou môžeme povedať, že nebyť jeho osobnostného vkladu, k jej založeniu by určite nedošlo. I z toho dôvodu to bol práve on, kto bol najskôr poverený funkciou štatutárneho orgánu Právnickej fakulty a napokon sa v roku 1999 stal jej vôbec prvým dekanom. Keď sa ešte v tom istom roku volil rektor Trnavskej univerzity, akademická obec preukázala svoje uznanie voči nemu tým, že voľba vyznela jasne v jeho prospech. V tejto funkcii nakoniec vytrval až do roku 2007 a možno povedať, že súčasná univerzita nesie stále pečať jeho osobnosti. V roku 2001 založil Peter Blaho aj v Trnave univerzitné vydavateľstvo s názvom *Typi Universitatis Tyrnaviensis*, ktoré funguje ako spoločné pracovisko s Vydavateľstvom Slovenskej akadémie vied VEDA dodnes. Jeho zásluhou bol zároveň v tom istom roku zriadený Ústav dejín Trnavskej univerzity a v roku 2004 ako univerzitné pracovisko

Trnavskej univerzity Slovenský historický ústav v Ríme. Snahy Petra Blahu o živé prepojenie rímskeho práva so slovenskou právnou praxou možno ilustrovať jeho dlhoročným členstvom v komisii pre rekodifikáciu slovenského Občianskeho zákonníka. Aj napriek vyťaženosti v akademických funkciách nezvoľnil ani vo vedeckej tvorbe, z ktorej možno osobitne vyzdvihnúť najmä vzácne preklady justiniánskych Inštitúcií a Digest (v spolupráci s PhDr. Jarmilou Vaňkovou, neskôr s Mgr. Nicol Sipekiovou, PhD.). K jeho ďalším dôležitým dielam z tohto obdobia patria „O vzťahu občianskeho zákonníka k právu rímskemu", „Praktické štúdie z rímskeho práva" (v spolupráci s Prof. Dipl. Dom. Dr. Dr. h. c. Herbertom Hausmaningerom), „*Aequitas* ako *correctio iuris* v rímskom súkromnom práve", „Rímske právo" (v spolupráci s Karolom Rebrom), „Základy rímskeho práva" (v spolupráci s doc. JUDr. Michalou Židlickou, Dr. a JUDr. Ivanom Haramiom, PhD.) a „Držba v dejinách práva".

Po ukončení funkcie rektora sa Peter Blaho nechal na svojom domovskom pracovisku presvedčiť k pôsobeniu vo funkcii prodekana pre vedeckovýskumnú a edičnú činnosť. V nej zostal do roku 2014, keď sa rozhodol venovať už len výučbe a vedeckej tvorbe. Dva roky nato zanechal i pedagogickú činnosť, pokračujúc však naďalej v písaní vedeckých článkov a prekladaní najdôležitejších prameňov rímskeho práva. Aj v tomto období tak Peter Blaho patril k najlepším vedcom fakulty. I keď úraz z roku 2016 a rozvíjajúca sa choroba spomalili jeho aktivity, neprestával pracovať na nových vedeckých štúdiách, v čom vytrval prakticky až do konca života. Ešte v marci tohto roku mi tak odovzdal svoj posledný vedecký článok, ktorý bude súčasťou pripravovanej monografie o držobných koncepciách v rímskom a kánonickom práve. Možno teda naozaj povedať, že svojej obľúbenej téme zostal verný po celý život.

Význam osobnosti Petra Blahu nielen v akademickom, ale tiež širokom spoločenskom prostredí možno ilustrovať prostredníctvom viacerých ocenení. K tým najvýznamnejším patria rád rytiera commandatora sv. Gregora Veľkého, ktorý mu udelil v roku 2001 pápež Ján Pavol II., a v roku 2004 prezidentom Rudolfom Schusterom priznaný Pribinov kríž I. triedy, ako vyznamenanie za významné zásluhy o hospodársky, sociálny a kultúrny rozvoj Slovenska. Jeho dôležitosť a význam v slovenskej societe sa preukázali aj v pozíciách člena Komisie vlády Slovenskej republiky pre posúdenie kladov a nedostatkov v riadení miestnej samosprávy a štátnej správy a vedúceho pracovnej skupiny odborníkov pre prípravu Základnej zmluvy medzi Svätou Stolicou a Slovenskou republikou, ktorá bola napokon úspešne uzavretá v roku 2001. V roku 2004 bol zase zvolený za sudcu Disciplinárneho súdu Najvyššieho súdu Slovenskej republiky. Česť udelenia titulu *Doctor honoris causa scientiarum iuridicarum* mu potom v roku 2008 preukázali varšavská Univerzita kardinála Stefana Wyszyńského a v roku 2016 i domovská Trnavská univerzita v Trnave. O mimoriadnej obľúbenosti a uznaní Petra Blahu medzi najbližšími spolupracovníkmi vypovedajú najmä dve knižné pocty vydané k jeho sedemdesiatym (*Ius Romanum – schola sapientiae*) a sedemdesiatym piatym (*Constans et perpetua voluntas*) narodeninám.

Pripravovaná pocta k narodeninám osemdesiatym bude vydaná ako pamätník na uctenie si jeho celoživotného diela.

Peter Blaho bol odjakživa vysoko cenený ako bravúrny pedagóg, o čom vypovedajú viaceré študentské ankety, ktoré napriek svojej povestnej prísnosti pravidelne vyhrával. Opodstatnene totiž zastával názor, že bez znalosti rímskeho práva nemôže byť dobrého právnika, osobitne civilistu. Chýrnymi boli jeho prednášky, ktoré v prestávkach vypĺňal skvelými vtipmi zo súdnych sienÍ, respektíve právnického prostredia ako takého. Aj keď niektorí študenti majú v pamäti práve obavy z náročnosti skúšky z predmetu Rímske právo, väčšina z nich si Petra Blahu určite zapamätá ako toho, kto im ukázal správny smer k dosiahnutiu statusu kvalitného právnika. A práve jeho snaha o dobré dielo by mala byť tou, ktorá povedie kroky jeho nástupcov v akademickom prostredí rozvíjajúcich rímskoprávny odbor, ale taktiež jeho študentov – právnikov pôsobiacich v praxi.

Aj najbližší spolupracovníci si na Petra Blahu spomínajú len v tom najlepšom, vnímajúc ho ako noblesného, galantného, zásadového a vystupovaním i životnými postojmi stále mladého človeka, ktorý sa nikdy nedal odradiť negatívami a pozeral stále s optimizmom vpred. I z môjho pohľadu musím napísať, že sme ho považovali za človeka, ktorý nás drží na Katedre rímskeho a cirkevného práva pohromade a že nás berie doslova ako členov vlastnej rodiny. Vždy bol totiž pre nás prísnym, no zároveň láskavým, trpezlivým a chápajúcim učiteľom. Jeho múdrosť, rozhľad, elegancia – to všetko z neho robilo človeka v mnohých ohľadoch ideálneho. Aj preto sme ho obdivovali, vzhliadali k nemu, učili sme sa od neho, nedali na neho nikdy dopustiť a najviac nás mrzelo, keď sme ho sklamali. Peter Blaho zostane navždy našim vzorom. Ako mi raz povedal, najviac bol hrdý a ctil si svoju katolícku vieru, potom svoju rodinu a napokon rímske právo, ktorého rozvíjaniu v akademickom prostredí zasvätil celý svoj život. *Requiesce in pace*, *professore*, *magister noster!*

POKYNY PRO AUTORY

Pravidla rubrik

Články

Recenzováno

Doporučený rozsah 15–30 normostran.

V rubrice se uveřejňují původní, dosud nepublikované,[1] odborné texty v oboru práva. Stati jsou adresovány primárně vědecké komunitě. Text musí dané téma uchopit komplexně. Nejsou vhodné příspěvky s názvy typu „vybrané problémy …“ či „několik poznámek k …“ s výjimkou případů, kdy se příspěvek týká zcela nového a zatím nezpracovaného právního jevu, kde komplexní přístup v takto raném stadiu zatím není možný. Vhodnější je zvolit užší téma a uceleně ho zpracovat. Texty musí reflektovat probíhající odbornou diskusi k danému tématu i relevantní judikaturu. Pokud je to s ohledem na téma rukopisu vhodné, měl by jeho autor uvést srovnání alespoň s vybranými zeměmi EU. Rukopis musí obsahovat nové myšlenky, na které budou moci navazovat další autoři.

Je vhodné předem konzultovat s editorem, zda je zamýšlené téma a metoda zpracování příspěvku vhodná z hlediska zaměření časopisu.

Doktorandské a studentské příspěvky

Recenzováno

Doporučený rozsah 15–30 normostran.

V rubrice se uveřejňují statě vycházející z disertačních, diplomových a dalších prací autorů. Spolu s rukopisem musí autor doložit doporučující stanovisko svého školitele nebo profesora či docenta v příslušném oboru. Pro obsah textů platí shodné zásady jako pro rubriku Články.

Aktuality pro právní praxi

Recenzováno

Doporučený rozsah 10–20 normostran.

Rubrika je určena pro dosud nepublikované přehledové články, které jsou věnovány aktuálním a diskutovaným otázkám legislativy a judikatury. Článek však musí představovat

1 Na újmu není předchozí publikace rukopisu v rámci fakultní edice Working papers. http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/

přínos i pro vědeckou komunitu. Nelze publikovat texty, které budou obsahovat pouhé anotace judikátů či shrnutí nově přijaté právní úpravy bez podrobnějšího komentáře a autorem zaujatého stanoviska.

Recenze a anotace

Nerecenzováno

Doporučený rozsah 3–5 normostran.

Každá recenze musí obsahovat úplnou bibliografickou citaci recenzované publikace, jméno recenzenta a informace o něm (profesní působení, kontaktní e-mail). Smyslem recenzí a anotací je nejen informovat čtenáře časopisu o nově vydaných vědeckých publikacích v oboru práva, ale především přinést vlastní recenzentovo kritické zhodnocení, argumentaci a polemiku s autorem. Recenzované publikace nemají být starší tří let (posuzováno od okamžiku publikace recenze). Nebudou publikovány recenze na publikace učebnicového charakteru, sborníky či příručky pro právní praxi.

Je vhodné předem konzultovat s editorem výběr publikace, kterou zamýšlíte recenzovat.

Zprávy z vědeckého života

Nerecenzováno

Doporučený rozsah 3–5 normostran.

Záměrem zprávy z vědeckého života je zpravidla informovat čtenáře časopisu o uskutečněné odborné akci v oboru práva. Zprávy je třeba zasílat co nejdříve po uskutečnění akce. Je vhodné předem konzultovat s editorem, ve kterém čísle přichází publikace zprávy v úvahu, a kdy budou uzavírány podklady pro toto číslo.

Obecná pravidla

- Rukopis musí být psán v češtině, slovenštině nebo angličtině.
- Každý rukopis musí obsahovat jméno autora, údaje o jeho profesním působení, e-mailový kontakt na autora.
- Rukopisy zasílané do recenzovaných rubrik musí vždy obsahovat anotaci a klíčová slova v angličtině. V případě, že je samotný rukopis psán česky či slovensky, musí obsahovat též klíčová slova a anotaci v jazyku rukopisu.

Citační standard

ISO-690

Příklad citace knihy:

FILIP, Jan a Jan SVATOŇ. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 400 s. ISBN 978-807-3576-851.

Příklad citace příspěvku ve sborníku:

OVESNÝ, Pavel a Jan NOVÁK. Finanční správa – součást realizace finančního práva. In: *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 227–234. ISBN 978-80-210-4733-4.

Příklad citace odborného článku v tištěném časopise:

FILIP, Jan a Vojtěch ŠIMÍČEK. K některým otázkám členství v politických stranách po novelizaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita. Právnická fakulta, 1995, roč. 3, č. 1, s. 109–119.

Příklad citace elektronického článku:

GODERIS, Benedikt a Mila VERSTEEG. The Transnational Origins of Constituions: Evidence From a New Global Data Set On Constitional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, č. 010 [cit. 3. 5. 2014]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216582

Příklad citace soudního rozhodnutí:

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 10. 2010, sp. zn. 33 Cdo 4272/2009.

Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 6. října 2009. Komise Evropských společenství proti Belgickému království. Věc C-6/09. In: *Sbírka rozhodnutí*. 2009, s. I-00165.

Odkazy na prameny

Na veškeré prameny je třeba odkazovat **průběžně** v poznámkách pod čarou. Seznam pramenů na konci rukopisu se **neuvádí**. Odkazy v poznámkách pod čarou musí být úplné, aby bylo možno zdroj podle takového odkazu identifikovat. Pokud autor do rukopisu zahrne seznam pramenů na konci rukopisu, bude takový seznam redakcí vymazán.

Původnost rukopisu

Rukopisy nabízené k publikaci musí být původní, dosud neuveřejněné. Na překážku není předchozí publikace pracovní verze rukopisu ve fakultní edici working papers.[2]

Recenzní řízení

Časopis pro právní vědu a praxi je recenzovaný vědecký časopis. Zaslané rukopisy jsou anonymně posuzovány minimálně dvěma nezávislými recenzenty a konečné rozhodnutí o publikaci je v kompetenci redakční rady. Orientační doba recenzí jsou tři měsíce. Bližší informace podá na požádání redakce.

2 Http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/

JOURNAL GUIDELINES

Types of Submissions and Journal Policies

Articles

Peer-reviewed

Recommended length is from 15 to 30 pages.

Any article submitted to this section must be an original work, not yet published[1] academic text in the field of law and legal practice. Legal texts – articles, are primarily addressed to the scientific and academic community. Articles must grasp the researched topic completely. We do not recommend article with titles such as „selected issues…" or „a few remarks about…"; except in cases where the topic relates to an entirely new and not yet published legal area; therefore, a comprehensive approach at such an early stage is not possible. Thus, it is preferable to choose a narrower topic and research it comprehensively. All texts must reflect ongoing discussion on the topic and relevant case law. If it is possible with regards to the content of the article, the topic must be compared with at least some selected EU Member States. The article must contain new ideas, which can be further followed and further developed by other authors.

It is advisable to consult in advance the topic and methods of the article with the editor; whether it is a suitable topic with regards to the focus of the journal.

Doctoral and Students Articles

Peer-reviewed

Recommended length is from 15 to 30 pages.

In this section, texts based on dissertations, diploma theses and other original student works are published. Along with the text, the author must submit a recommendation from his/her supervisor (associate professor/docent or professor) in the relevant field. For articles in this section, same rules as for Articles (see above) apply.

News from Legal Practice

Peer-reviewed

Recommended length is from 10 to 20 pages.

---

1 Previous publication in the Working papers series is not a problem. For more information on the Working papers series, see http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/

In this section, only unpublished and original contributions on current issues of legislation and case law will be published. Texts, however, must contain new information for legal and scientific community. Articles containing only annotations of case law or summaries on newly adopted legislation without any further comments and author's original opinions will not be published.

Reviews and Annotations

Not reviewed

Recommended length is from 3 to 5 pages.

Each review shall contain full biographic citation of the reviewed publication, reviewer's name and his/her affiliation (profession, contact e-mail). The purpose of the reviews and annotations is not only to inform readers of the journal about recently published legal scientific monographs, but also to present reviewer´s own critical evaluation of the reviewed text, his argumentation or controversy with the author´s views and conclusions. Reviewed books must not be older than three years (the relevant date is the publication date). Reviews of textbooks, manuals, conference proceedings or manuals for legal practice will not be published.

It is advisable to consult in the advance with the editor the publication you intend to review.

News and Reports from Scientific Life

Not reviewed

Recommended length is from 3 to 5 pages.

The intention of the news and reports from the scientific life is to inform readers of the journal about current events in the field of law. The news and reports should be sent as soon as possible after the relevant event has occurred. It is advisable to consult in advance with the editor, in which issues the news and report could be published and when the due date for the relevant issue is.

Author Guidelines

- Each text must be submitted in Czech, Slovak or English.
- Each text must contain name of the author, his/her affiliation (profession) and e-mail contact.

- Texts sent to the reviewed section must always include abstract and keywords in English. In case that the manuscript is written in Czech or Slovak langiuage, it must also contain abstract and keywords in the language of the text.

Citation standard

ISO-690

Structure of citations – examples:

Books

FILIP, Jan and Jan SVATOŇ. *Státověda*. 5. ed. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 400 p. ISBN 978-807-3576-851.

Contribution in conference proceedings

OVESNÝ, Pavel and Jan NOVÁK. Finanční správa – součást realizace finančního práva. In: *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, pp. 227–234. ISBN 978-80-210-4733-4.

Article in printed journal

FILIP, Jan and Vojtěch ŠIMÍČEK. K některým otázkám členství v politických stranách po novelizaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita. Právnická fakulta, 1995, Vol. 3, no. 1, pp. 109–119.

Electronic article

GODERIS, Benedikt and Mila VERSTEEG. The Transnational Origins of Constituions: Evidence From a New Global Data Set On Constitional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, no. 010 [cit. 3. 5. 2014]. Avaliable at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216582

Case law

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20. 10. 2010, sp. zn. 33 Cdo 4272/2009.

Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 6. října 2009. Komise Evropských společenství proti Belgickému království. Věc C-6/09. In: *Sbírka rozhodnutí*. 2009, p. I-00165.

Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 6 October 2009. Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium. Case C-6/09. In: *OJ – C*. 2009, p. I-00165.

All sources must be referenced continuously in footnotes. Do not enclose list of sources at the end of the text, otherwise it will be deleted. Footnote references must be complete in order to be able to identify the relevant source.

Originality of the text

Any texts submitted to the Journal must be original works. Previous publication of draft of the manuscript in the Working papers edition at the Faculty of Law is acceptable.[2]

Review Process

Journal of Jurisprudence and Legal Practice is a peer-reviewed scientific journal. Submitted texts are reviewed anonymously by two independent reviewers. The final decision about publication is in the competence of the Editorial Board. Estimated length of the review process is three months. Further information may be requested from the editors.

2 Http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/