

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI



Ročník XXVII, číslo 1/2019

MASARYKOVA
UNIVERZITA

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI

ročník XXVII, číslo 1/2019

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, Ph.D.; prof. JUDr. Jozef Čentěš, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.; doc. JUDr. Monika Jurčová, Ph.D.; 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, Ph.D.; Dr. Gábor Sulyok; JUDr. David Uhlíř

Interní členové: prof. JUDr. Josef Fiala, 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.cpvplaw.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 Zdenka Matásová; e-mailová adresa: zdenka.matasova@law.muni.cz

Předplatné na rok 2019 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 březnu 2019.

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/cpvplaw/about/editorialPolicies>

JOURNAL OF JURISPRUDENCE AND LEGAL PRACTICE

Volume XXVII, Number 1/2019

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, Ph.D.; prof. JUDr. Jozef Čentéš, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.; doc. JUDr. Monika Jurčová, Ph.D.; 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, Ph.D.; Dr. Gábor Sulyok; JUDr. David Uhlíř

Internal Members: prof. JUDr. Josef Fiala, 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.cpv@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 2019 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 March 2019.

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/cpv/about/editorialPolicies>

Obsah

EDITORIAL	3
------------------------	---

ČLÁNKY / ARTICLES (recenzováno – reviewed)

Martin Škop, Barbora Vacková

Být legislativcem: Empirická šetření v administrativních fázích legislativy / Being a Legislator: Administrative Phase of Legislation – Empirical Research	5
---	---

Roman Vicherek

Vazba a možnosti elektronické kontroly obviněného / Arrest and Possibilities of Electronic Control of the Accused	29
--	----

Jozef Záhora

Zaist'ovanie digitálnych dôkazov v cezhraničných situáciách / Gathering Digital Evidence in Cross-border Situations	49
--	----

Anna Chamráthová

Pravidla vztahující se na činnost veřejného ochránce práv a kritéria uplatnitelná na užití jeho volné úvahy / Rules of Conduct of the Public Defender of Rights and the Criteria Applicable to Their Discretion	65
---	----

DOKTORANDSKÉ PŘÍSPĚVKY / PHD CONTRIBUTIONS

(recenzováno – reviewed)

Petra Lavická

Vedlejší intervence a opravné prostředky v civilním řízení / The Third-party Intervention and Remedies in Civil Proceedings	85
--	----

František Halml

Nečinnost a nezákonný zásah ve veřejné správě – rozdílné kategorie, či nikoliv? / Inactivity and Unlawful Interference in Public Administration – Different Categories or not?	95
--	----

Pavel Všeticka

Povaha a členění faktických úkonů realizovaných ze strany orgánů veřejné správy / Nature and Systematic of Factual Acts Carried out by Authorities of Public Administration.....	115
--	-----

RECENZE A ANOTACE**Andrea Hřebíčková**

ADRIAN, Melanie. Religious Freedom at Risk. The EU, French Schools, and Why the Veil was Banned.....	145
---	-----

Lucie Straková

LUCENA, Cláudio. Collective Rights and Digital Content: The Legal Framework for Competition, Transparency and Multi-territorial Licensing of the New European Directive on Collective Rights Management	151
---	-----

POKYNY PRO AUTORY	157
--------------------------------	------------

JOURNAL GUIDELINES.....	161
--------------------------------	------------

EDITORIAL

Svět práva a právnických publikací obvykle považujeme za výsostně dospělé území, ve kterém není pro nějaké dětské či dětinské projevy místo. Možná ale stačí jen trochu otevřít oči – a najednou uvidíme, kde všude se ke slovu dostává „dětský vzorec“. Mám několik vlastních příkladů.

Zvláště u článků mladších kolegů, kteří se ještě drží iluzí o akademickém světě, se někdy manifestuje vzorec „co dnes bylo ve školce“. Projeví se až v dojemně naivním zahájení, které čtenáře hodí přímo do merita bez nějakého orientujícího úvodu. Autor (a já na tom nebyl jinak) postupuje trochu jako malé dítě, které ještě v šatně školky emfaticky vypráví rodičům, co se přes den odehrálo. A jelikož je jeho důvěra ve velký svět dospělých totální, předpokládá, že ta velká máma s velkým tátou (čtenáři) mají v podstatě všechny *jeho* informace k dispozici. Začne proto klidně od prostředka: „...a pak ji tím bouchnul a utekl tam dozadu...“ Trvá pak pět minut cíleného dotazování, než zjistíme, kdo bouchnul koho, čím – a kam že pak vlastně utekl. Dospělá verze v odborném článku pak může vypadat třeba takto: „Efekty postprejudičního směnečného a šekového subindosamentu jsou sporné u blankotradice...“

Podobně mě kdysi dojal jeden renomovaný autor, který mi vyprávěl o svém novém článku a komentoval ho slovy „to zas bude řevu...“ Autor – klíčová autorita a opravdu špička daného oboru – měl přitom výraz zlobivého kluka, který právě rozšlapal holkám bábovičky a teď čeká, co na to řeknou učitelky. „Dospělé“ tu představoval nejasný temný blok dogmatických právníků odkojených socialistickým právem, proti kterým se autor vnitřně vymezoval. Překvapilo mě úplně obrácené sebevnímání – zatímco jej okolí považovalo za vůdčí autoritu, vůči které se jiní vymezují nebo ji napodobují, autor sám sebe viděl úplně na okraji – jako rebelujícího outsidera mimo hlavní pískoviště.

Jindy úplně převládne dětská hravost a kreativita, a to pak vznikají pasáže, které člověku často utkví v paměti – pevněji než vlastní příspěvek. Mám příklad z domácí fakulty. Před lety Petr Mrkývka svůj článek „Koruna česká“ v časopisu, který teď čtete, zahájil větou: „Čtenář, který bude mít po přečtení tohoto článku pocit, že se týká historie zemí Koruny české, článek buď nečetl, nebo nepochopil.“ Když jsem teď zpětně dohledal, jak ta úvodní věta v příspěvku o právních aspektech české měny opravdu zněla, zjistil jsem, že verze, kterou si pamatuju, je trochu vtípnější, ponechám si tedy tu svou – v každém případě, není to parádní dětský hravý úvod?

Více prostoru pro dětské projevy (a jejich zachycení) samozřejmě dává fakultní výuka, už proto, že kulisy (tabule, lavice, židličky atd.) se od té školky vlastně moc nemění. Nejvíce mi utkvěl v paměti jeden zážitek ze semináře obchodního práva s relativně banální problematikou – uznáním dluhu. Studenti měli za úkol vytvořit vzorové písemné uznání.

Cílem bylo dovést studenty k tomu, co vše musí být zahrnuto do uznání, že nestačí výše uznávaného dluhu a v souladu s § 2053 občanského zákoníku je potřeba uvést i jeho „důvod“. Jedna ze studentek uvedla ve svém vzoru pouze výši dlužné částky. Snažil jsem se ji navést k tomu důvodu slovy „Chybí vám tam jeden požadavek z § 2053; jaké je tam ještě další slůvko?“ Studentka nezabrala, tak jsem svůj dotaz opakoval důrazněji, možná až příliš důrazně: „No táák, jaké je to kouzelné slůvko?“ A studentka vyhrkla odpověď: „PROSÍM!“

Dětská hravost, pravda, již trochu s příděchem dospěláckého manýrismu, je také asi za nevyhlášenou dlouhodobou soutěží, kterou vedeme mezi přáteli. Je to závod o „nejdivnější název článku“. Mám v něm také závodníka, článek pod názvem „Neřád na řad“ (je o lichvářích zneužívajících spotřebitelské směnky s formou na řad). Zatím ale asi vede Vlastimil Pihera se svým článkem s názvem podivným doslova: „Nejpodivnější zvíře v lese – poznámky ke svěřenskému fondu“. Zdatně mu konkuruje Zdeněk Houdek s příspěvkem publikovaným na stránkách tohoto časopisu: „Hodný, zlý a ošklivý nového korporátního práva“.

Celé to hraní má jeden háček. Vyžaduje shodné „dětské“ naladění u autora i čtenáře (diváka). Bez vlastní dětské radosti nás konfrontace s dětskou stránkou jiných velmi pravděpodobně postaví do té „špatné“ fronty, která nám brání si to setkání užít bez popisů a hodnocení: „*Jedním ze způsobů, jak se dospělé dítě vyhýbá legitimnímu utrpení, je, že si vše ponechává v hlavě. Projevuje se to posedlostí po analýzách, diskuzích, čtení a člověk používá spousty energie ve snaze mít všebo výčet (a rozumět všemu). Existuje příběh o místnosti se dvěma dveřmi. Na prvních je napsáno ‚Nebe‘ a na druhých ‚Přednáška o nebi‘.*“ (Bradshaw, J. *Návrat domů*. Portál, 2018, s. 94). Všechny chorobně závislé dospělé děti stojí frontu před druhými dveřmi.

Tvořivá dětská kreativita a hravost předpokládá dítě, které v nás žije v radosti (a to stejné platí i pro diváka či čtenáře). Nemáme-li ho ve svém vnitřním skladě, bude pro nás autor, který začne svůj článek nešikovně od prostředka, pouhý diletant a zelenáč; dívka, která se ve stresu svým „prosím“ vrátí do doby, kdy ji nutili do „kouzlených slůvek“, (přínejlepším) prostá; a hry o nejdivnější název článku budou trapným pozérstvím, které v odborném tisku prostě nemá, nemá místo.

Je jen na nás, ke kterým dveřím budeme směřovat. To, že jsme dorazili k těm správným, poznáme hned: žádná fronta před nimi není.

Josef Kotásek

ČLÁNKY

Být legislativcem: Empirická šetření v administrativních fázích legislativy*

Being a Legislator: Administrative Phase of Legislation – Empirical Research

Martin Škop**, Barbora Vacková***

Abstrakt

Tento článek se soustředí na porovnání výpovědí legislativních expertů s teoretickými přístupy k tvorbě práva. Cílem je zmapovat jejich pojetí činnosti, kterou provádějí, a která má vést ke vzniku právního předpisu. Cílem článku dále je předložit základní možné přístupy ke studiu procesů spjatých s tvorbou práva, zejména s fází, která probíhá na vládní úrovni, tj. v rámci byrokratického aparátu, kterým vláda, jako typický předkladatel návrhů právních předpisů, disponuje. Článek proto kombinuje empirické postupy (kvalitativní šetření s cílem vytvořit metodologii pro další empirická zjišťování) s doktrinálním přístupem zaměřeným na analýzu dostupných literárních poznatků, tedy s poznatky plynoucími z odborné literatury.

Klíčová slova

Tvorba práva; empirický výzkum; příprava návrhů právních předpisů; kvalitativní výzkum; legislativa; jazykový výklad.

Abstract

This article concentrates on comparing the testimony of legislative experts with theoretical approaches to the statutory drafting. The aim is to map out their concepts of activity they are doing. The aim of the article is to present basic possible approaches to studying law-related processes, in particular the phase that takes place at government level, i.e. within the bureaucratic apparatus that the government, as a typical proposer of legislative proposals, has. Therefore, the article combines empirical procedures (qualitative research to create a methodology for further empirical research) with a doctrinal approach to analysing available literary knowledge.

* Tento článek je výsledkem badatelské činnosti podporované Grantovou agenturou České republiky, reg. č. GA17-14903S – „Metodologie empirického zjišťování využití interpretačních metod v tvorbě práva“. Označení „legislativce“ v tomto textu používáme jako označení pracovní pozice. Chceme ale zdůraznit, že mezi našimi informanty byly samozřejmě také ženy, které tuto pozici zastávají stejně jako muži. Zůstáváme ovšem u toho obecného označení především proto, abychom neužívali zbytečných opisů slova, které v češtině nemá vhodný ženský tvar.

** Doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D., Katedra právní teorie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Legal Theory, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 11158@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-2727-8059

*** Mgr. Barbora Vacková, Ph.D., Katedra mediálních studií a žurnalistiky, Fakulta sociálních studií, Masarykova univerzita, Brno / Department of Media Studies and Journalism, Faculty of Social Studies, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: bvackova@mail.muni.cz

Keywords

Creation of Norms; Empirical Research; Statutory Drafting; Qualitative Research; Legislation; Language Interpretation.

Úvod

V roce 1917 si francouzský profesor občanského práva Henri Capitant povzdechl, že dílo, jakým byl občanský zákoník z roku 1804 (*Code civil des Français*), se již zřejmě nepodaří vytvořit – zejména vinou zákonodárce.¹ Tvrdil, že umění tvořit zákony se propadá do zapomnění a schopnosti tvůrců nikdy nebyly na tak nízké úrovni.² Podobně vytýkal – s ohledem na klesající úroveň jazyka legislativy – Friedrich Carl von Savigny tehdejší zákonodárcům, že jejich předpisy se v síle a razanci vyjadřování nemohou vyrovnat *Constitutio Criminalis Carolina* (Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V).³ Lze se – poněkud nadneseně řečeno – domnívat, že schopnosti tvořit právo byly vždy vystaveny určité skepsi starší generace, která neskrývala, a neskrývá, své rozčarování z aktuální úrovně legislativy a schopnosti zákony psát. Capitant se však ve svém textu, který se věnuje zejména vadám, které novelizace občanského zákoníku přinesly, a jejich legislativními nedostatky, dotýká také otázky, zda je tvorba práva formální racionalizovanou činností, která má povahu rutiny, případně, zda se jedná o umění (*l'art*), resp. tvůrčí činnost. Tvorbu práva⁴ totiž lze skutečně na jedné straně vnímat jako umění,⁵ anebo na té druhé jako striktně formalizovanou činnost, ve které je minimalizován prostor pro kreativní postupy.⁶ Tato polarizace je do určité míry konstruktem, neboť si nelze

1 CAPITANT, Henri. Comment on fait les lois aujourd'hui. *Revue Politique et Parlementaire*, 1917, roč. 91, č. 269, s. 305.

2 Ibid., s. 307.

3 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814, s. 52.

4 Povšimněme si banální skutečnosti, že i v českém ustáleném pojmu „tvorba práva“ se vyskytuje slovo „tvorba“ a nikoli pouze „psaní“ či „vytváření“ nebo „právodárství“ dle vzoru „zákonodárství“.

5 Viz např. SVÁK, Ján a Peter KUKLIŠ. *Teória a prax legislatívy*. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2009, s. 63 a násl.

6 Nezbytnost racionálního diskursu v parlamentním prostředí zmiňuje např. Jan Kysela, čímž mu samozřejmě nelze podsunout odmítání tvůrčího prvku. KYSELA, Jan. Zákonodárský proces v České republice. *Právník*, 2005, roč. 144, č. 6, s. 590. Není však důvod se domnívat, že pokud je racionální diskurs nezbytný v politickém prostředí parlamentních orgánů, pak by neměl – tím spíše – svůj význam i v prostředí administrativy, která vytváří návrhy právních předpisů a předkládá je příslušným pravomocným orgánům ke schválení. Současně však racionalita procesu nevylučuje tvůrčí prvky. Jakýkoli proces v tvorbě práva má racionální jádro, které například poměřuje vztah prostředků a účelů (viz dále), ale nelze vyloučit, že i v takto racionálním prostředí existuje dost prostoru pro kreativní činnost, která – v některých případech – může působit proti instrumentální racionalitě. Na příkladu legislativy tak lze aplikovat střed mezi účelově racionálním jednáním a afektivním jednáním a (viz WEBER, Max. *Metodologie, sociologie a politika*. Praha: OIKOYMENH, 2009, s. 155). Max Weber racionalitu práva podmiňoval kumulativně *logickou koherencí, úplností, deduktivním charakterem práva, jeho metodologickou specifícností, axiologickou neutralitou a formální legitimitou*. COUTU, Michel. *Max Weber's Interpretive sociology of Law*. London: Routledge, 2018, s. 87–89.

představit, že by pracovníci legislativních odborů ministerstev postupovali zcela spontánně, bez ohledu na jakákoli pravidla a stejně tak je obtížné předpokládat, že by byli mechanickými stroji produkujícími, pomocí striktně formalizovaných postupů, výsledky požadované věcným zadáním. Přesto se ukazuje – jak v teoretické literatuře, tak ve výpovědích samotných legislativců – že tato polarizace provází jejich práci a pomáhá jejich činnost pochopit.

Tento článek se soustředí na porovnání výpovědí legislativních expertů (dále také jako legislativci či legislativní pracovníci), tj. zejména úředníků a úřednic pracujících na ministerstvech, jejichž pracovní náplní je vytvářet návrhy právních předpisů, s teoretickými přístupy k tvorbě práva. Cílem je alespoň částečně zmapovat jejich pojetí jimi prováděné činnosti, která má vést ke vzniku právního předpisu. Zejména s tím ohledem, že tvorbu práva lze chápat jako tzv. *anticipovanou interpretaci*,⁷ což zcela jasně vystihuje vzájemnou propojenost tvorby a aplikace (interpretace) práva. Text proto vychází zejména z analýzy zjištění získaných při hloubkových rozhovorech se zaměstnanci ministerstev, kteří působí v legislativních odborech, a jejichž náplní práce je příprava právních předpisů. Na tvorbě práva (na všech úrovních) se nepochybně podílejí i další lidé, nejen legislativní experti a nelze říci, že by jejich role byla marginální. Vzhledem k tomu, že legislativní experti však přichází k psaní návrhů nejčastěji a systematicky, a také u nich lze předpokládat právnické vzdělání, tedy alespoň elementární teoretickou znalost příslušné metodologie, byli do zkoumání zahrnuti výlučně. Nelze také pominout, že byrokratické fáze procesu tvorby práva – ve kterých legislativní experti nejčastěji působí – nepředstavují pouze tvorbu jako takovou, ale zahrnují i přípravu politik, tj. nastolování témat, která mají být řešena právními předpisy, případně zahrnují i vyjadřování k jiným návrhům a jejich připomínkování. Přestože se ne nutně podílí na přímé tvorbě právních předpisů, mají legislativní experti výrazný vliv na tvorbu práva.⁸

Tyto empiricky získané poznatky jsou dány do souvislosti s teoretickou literaturou. Článek proto kombinuje empirické postupy (kvalitativní šetření s cílem vytvořit metodologii pro další empirická zjišťování) s doktrinálním přístupem zaměřeným na analýzu dostupných literárních poznatků, tedy s poznatky plynoucími z odborné literatury. To navzdory

7 WINTR, Jan a Jan KYSELA. In: BOHÁČ, Radim et al. *Legislativní proces (teorie a praxe)*. Praha: Tiskárna Ministerstva vnitra, 2011, s. 45. Podobně o vztahu interpretace a tvorby práva také viz WINTR, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 49.

8 ROBINSON, Chester A. *The Bureaucracy and the Legislative Process. A Case Study of the Health Care Financing Administration*. Lanham: University Press of America, 1991, s. 1.

tomu, že podle některých autorů právní teorie tvorbu práva značně zanedbávala,⁹ včetně podcenění analýzy jejích funkcí a vztahu k rozhodovací praxi.¹⁰ To může být patrné i v tom, že z pohledu technik interpretace a technik tvorby práva chybí odpovídající *interpretační dialog* mezi jednotlivými právními aktéry a soudy na straně jedné a parlamentem na straně druhé. Setkáváme se spíše s direktivními zásahy, což je pochopitelně v souladu s pravomocí jednotlivých institucí. Méně se lze setkat s vysvětlením a skutečně důkladným rozbohem soudní interpretační praxe parlamentem¹¹ a legislativní činnosti soudy (zejména s důrazem na legislativní praxi a tzv. legislativní historii). Nemá patrně, že by legislativní experti systematicky identifikovali interpretační praxi (byť jim není neznámá) a přizpůsobovali jí pravidla tvorby.¹² Rovněž není patrné, že by orgány autoritativně aplikující právo systematicky formovaly interpretační metodologii.¹³ Přitom vzájemná reflexe praxe, tedy interpretační dialog, napomáhá zlepšovat legislativní výstupy a celkové fungování práva. Napomáhá legitimní evoluci práva,¹⁴ ale také precizaci obsahu právních předpisů a zřetelnému ustálení odpovídající interpretační metodologie. Cílem článku není podat vyčerpávající, či reprezentativní pohled na zkušenosti legislativců, ale spíše předložit základní možné přístupy ke studiu procesů spjatých s tvorbou práva,

⁹ WINTGENS, Luc J. Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence. In: WINTGENS, Luc J. (ed.). *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*. Oxford: Hart Publishing, 2002, s. 9. Podobně se vyjadřují i Abbe R. Gluck a Lisa Schultz Bressman, viz GLUCK, Abbe R. a Lisa SCHULTZ BRESSMAN. Statutory Interpretation from the Inside – An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons: Part I. *Stanford Law Review*, 2013, roč. 65, č. 5, s. 907. V českém prostředí však tvorba práva má relevantní teoretickou oporu viz např. KNAPP, Viktor. *Teoretické problémy tvorby československého práva*. Praha: Academia, 1983; KNAPP, Viktor. *Tvorba práva a její současné problémy*. Praha: Linde, 1998; BOHÁČ, Radim et al. *Legislativní proces (teorie a praxe)*. Praha: Tiskárna Ministerstva vnitra, 2011; ŠÍN, Zbyněk. *Tvorba práva: pravidla, metodika, technika*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009; GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI, 2008. Soustředí se však především na parlamentní část, případně na techniku tvorby. Chybí však relevantní propojení mezi empirickými zjištěními a teoretickými závěry, byť těmto publikacím nelze upřít výrazný praktický rozměr.

¹⁰ LANDIS, James McCauley. Statutes and the Sources of Law. *Harvard Journal on Legislation*, 1965, roč. 2, č. 1, s. 23.

¹¹ Byť je to nezbytná součást tvorby práva – tzv. technickoorganizačních principů (aplikační informace). Viz KNAPP, Viktor. *Teoretické problémy tvorby československého práva*. Praha: Academia, 1983, s. 113–114.

¹² Byť ke změně legislativních pravidel dochází (viz např. ŠKOP, Martin. Legislativní zvyklosti. *Právník*, 2018, roč. 157, č. 9, s. 724), není veřejně přístupná žádná diskuse, která tomu předchází, případně relevantní analýza aplikační a interpretační praxe.

¹³ Obvyklé je, že se soudy odvolávají na obvyklé interpretační metody [viz např. náleze ze dne 2. 7. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 2/97 (N 91/8 SbNU 325; 186/1997 Sb.); náleze ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06 (N 55/48 SbNU 629; 116/2008 Sb.), bod 186; náleze ze dne 27. 11. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 1/12 (N 195/67 SbNU 333; 437/2012 Sb.), bod 339]. To se však nejedná jako dostatečné, protože se jedná pouze o obecný odkaz, aniž by soud tyto metody blíže identifikoval a zejména zohlednil případný vývoj s ohledem na (případný) posun v procesu tvorby práva a vzal v úvahu, zda normotvůrce dodržuje stále stejné metody psaní normativního textu. Takovéto obecné závěry pak interpretačnímu dialogu sice napomáhají, neboť lze určit, co Ústavní soud nepovažuje za srozumitelné ani po použití „obvyklých metod“, avšak nestačí to pro určení, co je příkladem dobré praxe.

¹⁴ CHRISTIANSEN, Matthew R. a William N. ESKRIDGE jr. Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967–2011. *Texas Law Review*, 2014, roč. 92, č. 6, s. 1322.

zejména s fází, která probíhá na vládní úrovni, tj. v rámci byrokratického aparátu, kterým vláda, jako typický předkladatel návrhů právních předpisů, disponuje. V článku se rovněž čtenář nedozví, co to skutečně znamená být legislativcem. Pro to nejsou získaná data reprezentativní. Jde spíše o to poukázat, jaké aspekty se jeví pro samotné legislativní experty a expertky významné při popisu jejich činnosti. Zcela nepokrytě sami aktéři směřují spíše k tomu, chápat svou činnost jako řemeslo, které s sebou nese něco navíc, což může být onen výsledek nastíněného střetu formalizovaného a tvůrčího přístupu.

1 Význam analýzy chování normotvůrce

Jaký význam však může mít analýza byrokratických procesů, které spočívají v kompozici návrhu normativního textu? Normativní text je specifickým komunikačním prostředkem, kterým jsou sdělovány žádoucí způsoby lidského chování. To také znamená, že jsou jím sdělovány i způsoby, které nejsou žádoucí, resp. ty, které jsou přímo sankcionovány. Je proto nezbytné, aby mezi tvůrcem a příjemcem (adresátem) došlo k porozumění. Tvůrce adresátovi sděluje, co považuje za žádoucí model chování, jaká pravidla má adresát dodržovat, a jaké chování bude postihováno. Pro zjednodušení tohoto komunikačního procesu a pro větší srozumitelnost slouží celá řada legislativních metod nebo technik, které tvůrci usnadňují vytváření textu a adresátovi jeho interpretaci. Přestože tyto techniky či metody nejsou stanoveny závazně, jejich pragmatickou funkcí je zvýšit úspěšnost komunikace a sdělit adresátovi ty významy, které tvůrce zamýšlí. V tom se jeví jako žádoucí nejen stanovit, jaké přístupy by měly být adekvátní,¹⁵ a které nejvíce následují racionální model tvorby práva, ale také postupy, které jsou v praxi skutečně využívány. Abbe R. Gluck a Lisa Schultz Bressman¹⁶ ve svém kvantitativním šetření znalosti interpretačních technik legislativci zjistily, že ti si nejsou často vědomi toho, že by využívali nějaké specifické doktríny spadající do oblasti právní teorie nebo metodologie. Současně však uvedly, že tito experti potvrdili, že legislativní procesy a postupy jsou na základě těchto doktrín a metod vytvořeny.¹⁷ To podporuje pojetí legislativy jako rutinizované činnosti.¹⁸ Legislativa může probíhat bez hlubokých znalostí právní

¹⁵ K těmto postupům viz např. KNAPP, Viktor. *Teoretické problémy tvorby československého práva*. Praha: Academia, 1983; KNĚŽÍNEK, Jan, Petr MILSŇA a Josef VEDRÁL. *Příprava návrhů právních předpisů: praktická pomůcka pro legislativce*. Praha: Úřad vlády České republiky, 2010; ŠÍN, Zbyněk. *Tvorba práva: pravidla, metodika, technika*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009.

¹⁶ GLUCK, Abbe R. a Lisa SCHULTZ BRESSMAN. Statutory Interpretation from the Inside – An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons: Part I. *Stanford Law Review*, 2013, roč. 65, č. 5, s. 901–1026. GLUCK, Abbe R. a Lisa SCHULTZ BRESSMAN. Statutory Interpretation from the Inside – An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons: Part II. *Stanford Law Review*, 2014, roč. 66, č. 4, s. 725–802.

¹⁷ GLUCK, Abbe R. a Lisa SCHULTZ BRESSMAN. Statutory Interpretation from the Inside – An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons: Part I. *Stanford Law Review*, 2013, roč. 65, č. 5, s. 907.

¹⁸ To neznamená, že se jedná o nějakou podřadnou činnost, ale mimo jiné o činnost, která se učí nápodobou a pomáhá v organizované činnosti.

doktríny, neboť ty poskytují podporu pouze při explanaci či legitimizaci jednotlivých kroků či výstupů.¹⁹ Nemůže však probíhat bez rutiny: bez ustálené koordinované činnosti jednotlivých aktérů v legislativním poli, při které se znalosti a dovednosti předávají nápodobou, aniž by musely projít epistemickou reflexí. Na druhou stranu, jak poznamenává Robert K. Merton, přílišný důraz na rutiny a dodržování (byť efektivních) pravidel, může vést k tomu, že činnost byrokratického aparátu se odtrhne od cílů, které má sledovat.²⁰ V tomto ohledu se tvůrčí prvek v procesu tvorby práva může stát tím, co přílišnou rutinu napomůže modifikovat směrem k určeným cílům.

V současnosti čelíme nárůstu počtu právních norem²¹ a s tím spojené potenciální desystémizaci právního řádu, jejíž jednou z příčin může být i klesající úroveň přípravy legislativního návrhu.²² Transformace obecného společenského diskursu, hodnot a společenských očekávání do podoby právního textu²³ není snadná a v reálných podmínkách se bude obtížně přibližovat teoretickému ideálu. Normy, při jejichž přípravě nebyly dodrženy všechny žádoucí postupy, mohou dokonce více problémů vyvolávat než řešit.²⁴ To se pochopitelně týká i normativního textu, jehož nedostatky mohou právní praxi doslova paralyzovat. Z tohoto pohledu se stává velmi důležitou identifikace procesů, které vedou k vytvoření návrhu právního předpisu. Nejde o to, že by tato zjištění měla preskriptivní povahu. Měla by napomoci identifikovat základní problematická místa v legislativním procesu. Rovněž lze říci, že tvorba práva je nákladnou činností, která také další náklady (minimálně na aplikaci) vyžaduje. Je proto žádoucí, aby její výsledky byly co nejvíce využitelné.²⁵

Krom významu vědeckého (samotné poznání procesu tvorby), komunikačního (sdělování mimoprávního obsahu) a ekonomického (náklady), je analýza postupů spojených s tvorbou práva významná i pro interpretaci práva. Objektivizovaná podoba legislativních prací,

19 Viz např. PECZENIK, Alexander. *A Theory of Legal Doctrine*. *Ratio Juris*, 2001, roč. 14, č. 1, s. 76.

20 MERTON, Robert K. *Social Theory and Social Structure*. Enlarged ed. New York: The Free Press, 1968, s. 253.

21 K situaci v České republice, případně i ke srovnání s ostatními zeměmi střední Evropy, viz CVRČEK, František a František NOVÁK. *Legislativa: teoretická východiska a problémy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017.

22 WINTGENS, Luc J. The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence. In: WINTGENS, Luc J. a Daniel A. OLIVER-LALANA (eds.). *The rationality and justification of legislation: essays in legisprudence*. New York: Springer, 2013, s. 4. To se mimo jiné potvrzuje i ve výpovědích legislativních expertů. Podle jejich zkušeností jsou věcné záměry zpracovány setrvačně nedostatečně.

23 CYRUL, Wojciech. Lawmaking: Between Discourse and Legal Text. In: WINTGENS, Luc a Philippe THION (eds.). *Legislation in context: essays in legisprudence*. Burlington: Ashgate, 2007, s. 50.

24 Nedostatečná příprava může vést například k nesrozumitelnosti textu. Byť se jedná o daňové právo, kde lze předpokládat důraz na přesnost a sdělnost textu, nelze přehlédnout, že v nálezů ze dne 6. 6. 2013, sp. zn. II. ÚS 2429/12 (N 101/69 SbNU 675) Ústavní soud (mimo jiné) pracuje s imperativy dostatečné určitosti. Lze doplnit, že bez dostatečné přípravy a bez dodržení náležitostí tvorby práva nelze provázanost předpisů a vnitřní bezrozpornost u tak složité oblasti jako je daňové právo dosáhnout.

25 BIELSKA-BRODZIAK, Agnieszka. *Śladami prawodawcy faktycznego: materiały legislacyjne jako narzędzie myślenia prawnego*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2017, s. 28.

resp. legislativní historie (či také *travaux préparatoires*)²⁶ se používají jako jedny ze zdrojů tzv. intencionalistického výkladu, který směřuje k identifikaci záměru (subjektivního úmyslu) zákonodárce.²⁷ Jeho použitím se lze například dobrat zamýšlených ekonomických, politických nebo sociálních cílů, které v právním textu nemohou být vyjádřeny.²⁸ Při tom je možné použít vše, co umožní nahlédnout do *duše zákonodárce*,²⁹ což nepochybně mohou být i přípravné práce. Identifikace těchto mimoprávních prvků může napomoci interpretaci práva a zjištění relevantního obsahu normativního textu, případně správně aplikovat právní normu na konkrétní skutečnost.³⁰ Na tom nic nemění ani skutečnost, že ideál racionálního normotvůrce, se kterým pracuje interpretační praxe, se liší od skutečnosti, kdy reálný normotvůrce nezbytně někdy podřídí výsledek kompromisu nebo vyjednávání a „politickým obchodům“ na úkor legislativní kvality.³¹ Tento ideál má nepochybně unifikáční vliv a pomáhá sjednocovat interpretační praxi podřízením racionálním kritériím.

V této souvislosti je tak nutné akceptovat byrokratický model působení státní správy a jeho podíl na formování právních předpisů, který není zcela oproštěn od politických tlaků, ale má nástroje (zejména administrativní a expertní povahy – bez ohledu na to, zda se jedná o experty legislativní, nebo experty na věcný obsah příslušné právní úpravy, či na reálnou oblast, která je regulována), které tyto tlaky mohou zmenšit. Působení byrokracie v procesu tvorby práva má vliv na její výsledky (právní předpisy), zejména předpokládaným působením na expertní úrovni.³² Potenciál eliminovat politické tlaky se však může obrátit a experti mohou působení těchto tlaků prohlubovat.³³ některé partiální zájmy se může podařit eliminovat, naopak jiné – opět díky specializovaným a hlubokým znalostem – prosadit. Experti však vždy budou mít v procesu tvorby práva (doucejme) zásadní roli.³⁴ Od expertů, a opět bez ohledu na sféru jejich působení, je vhodné

26 Viz např. JESTAZ, Philippe. Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre. *Revue générale de droit*, 1996, roč. 27, č. 1, s. 15.

27 SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 218.

28 SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení – kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 242.

29 WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts. Swazek 1*. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1862, s. 49.

30 SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení – kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 242.

31 NOURSE, Victoria F. a Jane S. SCHACTER. The Politics of Legislative Drafting: A Congressional Case Study. *New York University Law Review*, 2002, roč. 77, č. 3, s. 614.

32 NICHOLSON-CROTTY, Jill a Susan M. MILLER. Bureaucratic Effectiveness and Influence in the Legislature. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2011, roč. 22, č. 2, s. 351.

33 SCHULZE-FILEITZ, Helmut. Paths Towards Better Legislation, Detours and Dead-Ends. An Appraisal of Consultation with Independent Experts, Justifications for Legislation, Impact Assessments and Controls of Efficacy. In: MEBERSCHMIDT, Klaus a Daniel A. OLIVER-LALANA (eds.). *Rational Lawmaking under Review*. Heidelberg: Springer, 2016, s. 48.

34 GLUCK, Abbe R. a Lisa SCHULTZ BRESSMAN. Statutory Interpretation from the Inside – An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Cannons: Part I. *Stanford Law Review*, 2013, roč. 65, č. 5, s. 916.

odlišovat tzv. *lobbisty*, tedy osoby se specifickým zájmem na obsahu právního předpisu. Jejich odlišení od expertů není snadné a v mnoha případech se tyto kategorie mohou překrývat. Tzv. lobbisty bychom však měli chápat jako osoby mající parciální zájem na obsahu právní regulace či tento zájem zastupující, zatímco expert primárně operuje se svým poznáním a své zájmy potlačuje. Byť mohou lobbisté působit pozitivně, neboť jsou nejbližší zkušenostem subjektů, na které bude regulace dopadat,³⁵ nelze podcenit ani jejich potenciální tendenční zásahy, které mohou být užitečné jen úzké skupině adresátů.

Vliv byrokracie na tvorbu práva je plně v souladu s obvyklým pojetím byrokratizované moci. Podle Daniela Carpentera se moc, v tomto smyslu jakákoli, projevuje ve třech rovinách: ovládá jednání lidí (*directive power*), definuje a určuje, co je problém a co je nezbytné řešit (*gatekeeping power*) a určuje obsah a formu lidského poznání (*conceptual power*).³⁶ Tyto složky se postupně přesouvají na byrokracii, která disponuje dostatečným aparátem a expertními znalostmi, aby toto určování zvládala. Proto lze konstatovat, že tyto tři roviny působení moci se projevují nejen v právní oblasti obecně, ale také v oblasti tvorby práva. Formování legislativních znalostí, definování problému, který je nezbytné řešit, a direktivní stanovení způsobu, jakým řešení bude probíhat, včetně systematického zvládnutí procesu, jsou prvky, které tvorbu práva provázejí, a které je nezbytné pro popis tvorby práva znát. Jsou to nezbytné součásti analýzy procesů vzniku práva.³⁷ Podle Chester A. Robinsona je proto nezbytné porozumět byrokratickým fázím procesu tvorby práva, protože v demokratické společnosti je nezbytné vědět, jak administrativa pracuje, jakým způsobem přijímá rozhodnutí, jakým podléhá vlivům a jakým způsobem formuluje své výstupy.³⁸ S tím, že byť předpokládáme, že byrokracie je technicky efektivní způsob řešení problémů, který je schopen působit bez ohledu na vnější vlivy,³⁹ ve skutečnosti není vůči těmto vlivům zcela imunní.

2 Dílčí předpoklady zkoumání

Zkoumání využití metod interpretace v procesu tvorby práva, tj. postupů, které legislativní pracovník při své činnosti zvažuje či skutečně používá, nezbytně musí akceptovat doktrinální přístup. Přístup, který se soustředí na akademické, či teoretické, přístupy ke zkoumání (interpretaci) pramenů práva. Obecně v právní vědě převažuje důraz

35 NOURSE, Victoria F. a Jane S. SCHACTER. The Politics of Legislative Drafting: A Congressional Case Study. *New York University Law Review*, 2002, roč. 77, č. 3, s. 611.

36 CARPENTER, Daniel. *Reputation and Power. Organizational Image and Pharmaceutical Regulation of the FDA*. Princeton: Princeton University Press, 2010, s. 15.

37 KYSELA, Jan. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI, 2008, s. 21.

38 ROBINSON, Chester A. *The Bureaucracy and the Legislative Process. A Case Study of the Health Care Financing Administration*. Lanham: University Press of America, 1991, s. 15.

39 MERTON, Robert K. *Social Theory and Social Structure*. Enlarged ed. New York: The Free Press, 1968, s. 250.

na preskriptivní teorie,⁴⁰ které sdělují, jak se má postupovat, tedy v našem případě, jakým způsobem se má správně tvořit normativní text, a to zejména při využití postupů, které se mají používat v interpretaci, aby byla správná. Tento přístup je mnohem bližší zmíněnému doktrinálnímu přístupu. Deskriptivní teorie⁴¹ oproti tomu kladou důraz na to, jak reálné subjekty skutečně tvoří normativní text, jaké si formují symbolické prostředí, ve kterém svou činnost provádí, případně jak normativní text skutečně interpretují. Využívají při tom nejčastěji empirické přístupy zkoumání sociální reality a identifikují postupy, které se při tvorbě práva využívají. Při zkoumání tvorby práva je nezbytné spojit oba přístupy a postupovat jak doktrinálně (preskriptivní přístup), tak empiricky (deskriptivní přístup). Je nezbytné doktrinálně identifikovat právní prostředí, pravidla a jejich význam, které podávají normativní vzorec tvorby práva, a kombinovat jej s přístupy empirickými, tedy identifikací toho, jak legislativní pracovníci skutečně tyto postupy využívají, případně, kde a proč volí postupy jiné. Tato zjištění lze porovnat a dospět k přesnějšímu obrazu byrokratických částí procesu tvorby práva.

Obvyklé pojetí doktríny, či doktrinálního přístupu v právní vědě, směřuje k syntetickému vnímání pravidel, principů, zvyklostí a hodnot, pomocí kterého se vysvětlují či ospravedlňují určité části práva jako součást právního řádu.⁴² Proto se doktrinální přístup stává relevantní pro zkoumání právních pravidel (objektivního práva) a právních pojmů. V tomto případě je relevantní jak pro zjišťování pravidel interpretace či pro zjišťování pravidel, která regulují tvorbu práva. Tento přístup je však často intuitivní a probíhá bez potřeby jej reflektovat či přímo verbalizovat. To jej samo o sobě nijak nediskvalifikuje, problematizuje to však jeho předávání, případně srozumitelnost mimo úzkou skupinu expertů. Je také velmi obtížné takto dosažená zjištění verifikovat a dodržet tak požadavky transparentnosti jakéhokoli vědeckého bádání. Tím se také nijak nesnižuje cíl tohoto přístupu, tedy odhalit pravidla, která vyplývají z autoritativních pramenů práva, a uspořádat je do uceleného a racionálního systému, který je koherentní v rámci určité teorie.⁴³ Je to přístup, který popisuje právo ze sebe samého a hledá v něm správná pravidla, tj. pravidla, která jsou v tomto případě – při zohlednění celku – přítomná.

⁴⁰ ESKRIDGE jr., William N., Philipp P. FRICKEY a Elizabeth GARRETT. *Legislation and Statutory Interpretation*. New York: Foundation Press, 2006, s. 219. Označení preskriptivní není obecně přijímáno vzhledem ke konotacím, které to může mít a které vedou ke ztotožnění právní vědy nebo obecně práva s právní politikou. Např. Hans Kelsen trval na odlišení práva a politiky v tom smyslu, že právo je technickým nástrojem viz KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens and Sons, 1951, s. xiii.

⁴¹ Ibid., s. 220.

⁴² HUTCHINSON, Terry a Nigel DUNCAN. Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research. *Deakin Law Review*, 2012, roč. 17, č. 1, s. 84.

⁴³ MCCONVILLE, Michael a Wing Hong CHUI. *Research methods for law*. 2. vyd. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2017, s. 1.

3 Tvorba práva jako racionální činnost a jako umění

Již výše jsme identifikovali povzdech, kterým Henri Capitant či Friedrich Carl von Savigny počastovali zhoršující se úroveň legislativního procesu, konkrétně umění tvořit (psát) zákony. Samozřejmě zde nejde o proces, který se odehrává v ústavou definovaných legislativních tělesech (v současnosti typicky v parlamentech). Parlamenty spíše slouží k tomu, aby se text stal všeobecně závazným, v tomto smyslu platným normativním textem.⁴⁴ Obvykle v nich však nedochází přímo k psaní návrhu (byť existují četné výjimky).⁴⁵ Jedná se o skutečné psaní, kompozici normativního textu, na kterém se podílí celá řada aktérů: možno říci až komplex aktérů, což – paradoxně – může vést k vzrůstající nejasnosti textu,⁴⁶ neboť každý z aktérů do textu může promítat jiné myšlenky, může části jinak chápat, případně text může spojovat s jinými účely. To se neděje jen na úrovni vzniku návrhů, ale při samotném procesu schvalování. Nelze pominout, že v kolektivním orgánu, kterým parlamenty nepochybně jsou, nemusí mít každý jednotlivý člen shodný záměr jako jiní,⁴⁷ dokonce pravděpodobnost, že bude uniformní, je mizivá.⁴⁸ Navíc, v reálném prostředí se na tvorbě i samotném schvalování podílí celá řada úředníků, kteří mají na věc vlastní názor.

Podobný povzdech jako Capitant publikoval o téměř osmdesát let později i další francouzský právník Guy Braibant, který také konstatoval, že se umění psát zákony zhoršilo.⁴⁹ Tvrdil, že příliš mnoho úředníků, či státních zaměstnanců, píše právní předpisy, které vyjadřují něco jiného, než mají, jejich tvůrci netuší nic o používaných ustálených pojmech či legislativních technikách, případně nemají ponětí o tom, že co pracně vymýšlejí, již existuje. To je pro Braibanta, mimo jiné, i příčina toho, že v právu se již laik nemá šanci vyznat a je přístupné pouze specialistům. Domníváme se, že i dnes, o dalších dvacet pět let později, bychom žehráni na úroveň legislativní práce našli také dost.

⁴⁴ MARCISZ, Paweł. *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał sprawiedliwości Unii Europejskiej*. Warszawa: Lex, 2015, s. 25.

⁴⁵ Někdy se lze setkat s názorem (ne zcela nemístným), že úroveň legislativních návrhů vznikajících přímo na půdě parlamentů, nebo dokonce přímo na schůzi, není příliš vysoká – viz NOURSE, Victoria F. a Jane S. SCHACTER. *The Politics of Legislative Drafting: A Congressional Case Study*. *New York University Law Review*, 2002, roč. 77, č. 3, s. 592. V tomto směru je možné dokonce uvést, že příklad ze Spojených států amerických, kde je expertní aparát Kongresu velmi rozvinutý, může v evropských podmínkách nabýt ještě více negativní podoby – viz KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 295–296.

⁴⁶ BRAIBANT, Guy. Qui fail la loi? *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 1993, č. 64 – Le Parlement, s. 44.

⁴⁷ JELLUM, Linda D. a David HRICIK. *Modern statutory interpretation: problems, theories, and lawyering strategies*. Durham: Carolina Academic Press, 2009, s. 48.

⁴⁸ RADIN, Max. *Statutory Interpretation*. *Harvard Law Review*, 1930, roč. 43, č. 6, s. 863.

⁴⁹ BRAIBANT, Guy. Qui fail la loi? *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 1993, č. 64 – Le Parlement, s. 45.

Tvorbu práva, tedy konkrétně vyjadřování normativů v textu, který má ambici být normativním textem, lze považovat jak za činnost racionální, tak za činnost kreativní. Nejčastěji budou tyto dva aspekty legislativy skutečně spojeny. Racionalita tvůrce spočívá především v jeho záměrech a normativních představách, zatímco činnost, ve které nezbytně pracuje se slovy a vyjadřuje proto právní normy formou obecného (či právního) jazyka, spíše kreativní. Racionální tak je nepochybně vztah mezi účelem regulace a zvolenými legislativními prostředky, nebo také diskurs, a zejména společenskopolitický kontext, ve kterém se normotvůrce pohybuje.⁵⁰ Jaroslav Kallab – při popisu politiky – chápal tvůrčí činnost jako takovou, která nespočívá pouze v používání pravidel, technik nebo metod na daný případ, tedy prostou, případně mechanickou aplikaci, ale jako činnost, která je spojena s individuálním úkonem, v němž se projevuje individualita jednatelce, jakož i individualita případu.⁵¹ Podle Johna Stuarta Milla slouží umění ke hledání cílů, k čemuž mu prostředky poskytuje věda – avšak umění je pak opět schopno z vědeckých poznatků zformovat pravidlo či předpis.⁵²

Toto pojetí je použitelné i na tvorbu práva. Ani tato kreativita však nemá tendenci narušit předpoklad racionální tvorby práva v tom smyslu, že normotvůrci, tj. subjektu disponujícímu v konkrétním ústavním systému legislativní pravomocí, je přisuzována schopnost postupovat racionálně a formovat racionálně své záměry. Tato jeho racionalita se přenáší i na tzv. empirického tvůrce či na byrokratický aparát tvořící návrhy právních předpisů. Tímto řetězem je legitimizován i výsledek – normativní text, neboť předpokladem je, že nedošlo k přetržení řetězu racionality. To odpovídá konceptu Maxe Webera, ve kterém právě systém záměrně vytvořených racionálních pravidel je jak zdrojem legitimacy, tak základem závaznosti.⁵³ Je však variabilní, jak velký důraz je kladen na racionální aspekt legislativní činnosti, případně jak velký význam a jaké meze má kreativní složka této činnosti.

Dominique Rémy považuje tvorbu normativního textu za stejně tvůrčí jako urbanistickou praxi.⁵⁴ I v tomto případě tvůrčí činnost spočívá v kombinaci možných (reálných a racionálních) postupů v individualizovaných případech a vytváření celku, který je sice determinován, ale jeho výsledná podoba není kauzálně závislá pouze na těchto determinantech. Navíc, tvrdí Rémy, je nutné omezit přílišnou tendenci soudů (či jiných autoritativně aplikujících subjektů) promítat do normativního textu své představy a vytvářet

⁵⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*. Wrocław: Wydawnictwo Polskiej akademii nauk 1985, s. 11.

⁵¹ KALLAB, Jaroslav. *Politika vědou a uměním. Základy teoretické politiky*. Praha: Snaha, 1914, s. 15.

⁵² MILL, John Stuart. *Collected Works of John Stuart Mill. Volume VIII. A System of Logic Ratiocinative and Inductive*. Toronto: University of Toronto Press, 1974, s. 944–945.

⁵³ WEBER, Max. *Economy and Society. An outline of Interpretative Sociology*. Berkeley: University of California Press, 1978, s. 954.

⁵⁴ RÉMY, Dominique. *Légistique: L'art de faire les lois*. Paris: Romillat, 1994, s. 15.

své vlastní zákony, či obecnou tendenci právníků vyjednávat o obsahu zákonů.⁵⁵ S tímto pojetím je tak skutečně propojena silná snaha oddělit zákonodárnou moc od moci výkonné a soudní a světit autoritativní tvorbu práva pouze do rukou parlamentů. Byť s vědomím, že výslednou interpretaci lze ovlivnit pouze omezeně. Možné chápání legislativy jako tvůrčí činnosti také může znamenat, že snadněji půjde dosáhnout srozumitelnosti i pro různé zájmové skupiny. Tvůrce (skutečný pisatel) by se tak při tvorbě měl vyhnout svodům mechanické činnosti setrvávající plně v jednom specializovaném odvětví, a měl by hledat řešení přijatelné pro různé aktéry, případně řešení, které nese významy nejen v rovině právní, ale také v rovině pragmatické, či morální.⁵⁶ Nejasná však stále zůstává povaha činnosti, která k těmto závěrům vede – je tvůrčí (kreativní) nebo formální (mechanická)? Vzhledem k výše uvedené literatuře by právě tohle měl být doklad skutečné tvůrčí činnosti – resp. tvůrčí činnost by měla být zárukou toho, že normativní text bude srozumitelný i pro další subjekty, než pouze pro odborníky.

To však neznamená, že bychom vyloučili racionální pojetí tvorby práva. Jeden z přístupů k tvorbě práva ji chápe jako převážně racionální proces, ve smyslu přísně formálním, ve kterém pro kreativitu zbývá jen velmi malé místo. Jerzy Wróblewski předpokládal, že tvorba práva je činností, která by měla být racionální,⁵⁷ například ve smyslu vztahu prostředků a účelů. Tvoření návrhu normativního textu lze pak chápat jako rutinu, tedy opakované a šablonovité chování, které se při změně podmínek také mění (v opačném případě by se jednalo o jednání podle organizačních pravidel)⁵⁸, ve které vedle racionálního prvku převládá prvek dovednostní. Nezapomínejme také, že tvůrce normativního textu je odpovědný za racionalitu legislativy (návrhu zákona) a musí jednat v souladu se sociálním kontextem.⁵⁹ To navíc v tom kontextu, že je racionální, aby výsledek legislativní činnosti byl srozumitelný, neboť interpret předpokládá, že tvorba práva je racionální.⁶⁰

Na výše zmíněného Jerzyho Wróblewského navazuje i Viktor Knapp. I pro něj je tvorba práva plánovaným a cílevědomým procesem, který je těsně spojen s činností státní moci.⁶¹ Je si však vědom i toho, že proces tvorby práva nelze redukovat pouze na činnosti

⁵⁵ RÉMY, Dominique. *Légistique: L'art de faire les lois*. Paris: Romillat, 1994, s. 15.

⁵⁶ CYRUL, Wojciech. Lawmaking: Between Discourse and Legal Text. In: WINTGENS, Luc a Philippe THION (eds.). *Legislation in context: essays in jurisprudence*. Burlington: Ashgate, 2007, s. 51.

⁵⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*. Wrocław: Wydawnictwo Polskiej akademii nauk, 1985, s. 8.

⁵⁸ WINTER, Sydney. Economic “Natural Selection” and the Theory of the Firm. *Yale Economic Essays*, 1964, roč. 4, č. 1, s. 264, pozn. 2.

⁵⁹ WINTGENS, Luc J. The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Jurisprudence. In: WINTGENS, Luc J. a Daniel A. OLIVER-LALANA (eds.). *The rationality and justification of legislation: essays in jurisprudence*. New York: Springer, 2013, s. 8.

⁶⁰ Ibid., s. 9.

⁶¹ KNAPP, Viktor. *Teoretické problémy tvorby československého práva*. Praha: Academia, 1983, s. 111.

probíhající v orgánech moci zákonodárné, ale podílí na něm mnohem více subjektů (částí) veřejné moci. Přestože je z jeho přístupu patrný příklon k racionálně-technicky vnímanému procesu legislativy, podíl tvůrčí činnosti nijak nevylučuje. Pokud zdůrazňuje nezbytnost používání legislativní techniky, připomíná její význam pro pochopení toho, jak bude výsledná právní norma interpretována.⁶² Nijak však nesměruje k formalistickému pojetí tvorby práva jako procesu, který nepřipouští žádný podíl tvůrčí složky. Z Knappova pojetí (byť to nevyjádřil přímo) plyne dojem, který je blízký závěrům shora zmíněného Dominiqua Rémyho⁶³ odkazujícího na dílo rakouského urbanisty Camilla Sitteho *Der Städtebau nach seinen künstlerischen Grundsätzen*.⁶⁴ I přes mnohá technická omezení a nezbytnost funkčnosti zbývá v urbanismu stejně jako v tvorbě práva dost prostoru pro tvůrčí činnost. Alespoň v rozsahu uspokojujícím všechna omezení a požadavky. Z tohoto pohledu má tvorba práva blízko k pojmu *Gesamtkunstwerk*, jak jej rozpracoval Richard Wagner, a který chápal jako spojení více jednotlivých umění dohromady v jednom díle.⁶⁵ I v případě právního předpisu je nepochybné, že se v něm pojí více činností dohromady proto, aby se jednalo o funkční výsledek.

4 Pilotní zjišťování

Výše jsme zjistili, že je velmi obtížné, ne-li přímo nemožné, identifikovat přístup, který by charakterizoval tvorbu práva jako ryze mechanickou činnost, která je ryzí formalistickou činností, bez jakýchkoli relevantních tvůrčích prvků. Mnohem obvyklejší je tvorbu práva charakterizovat jako činnost spojenou jak s racionalitou, tak s kreativitou. Racionalita procesu a jeho podřízení rozumným požadavkům, včetně předpokladu řádného mechanismu přijímání právních předpisů (tedy procesů zajišťujících jejich platnost), nekoliduje s přítomností tvůrčích prvků v samotném psaní či kompozici normativního textu. Můžeme také konstatovat, že podle Jeremy Benthamu se v *nomografii*, tedy formě diskursu, kterou nadřízení sdělují podřízeným určený způsob jejich chování, spojuje věda a umění.⁶⁶ Je to činnost, která nezbytně vyžaduje znalosti metod (postupů psaní) a znalosti objektu regulace, ale také vyžaduje tvůrčí přístup při formování normativního textu. To koneckonců vyplývá i z jedné výpovědi legislativce získané v pilotním šetření: „*Legislativa je sociální kompetence, která se nedá naučit. Je to zkušenost, která je založená na budování sociálních vazeb.*“ V tom je přítomen jeden z základních prvků tvorby práva, tj. jeho společenské pojetí, vyžadující koordinaci více subjektů, jejichž záměry nutně nemusí být identické, a jejichž přístupy a postupy se mohou v jednotlivostech lišit.

62 KNAPP, Viktor. *Teoretické problémy tvorby československého práva*. Praha: Academia, 1983, s. 191.

63 RÉMY, Dominique. *Légistique: L'art de faire les lois*. Paris: Romillat, 1994, s. 15.

64 Viz např. český překlad SITTE, Camillo. *Stavba měst podle uměleckých zásad*. Praha: ABF, 1995.

65 WAGNER, Richard. *Das Kunstwerk der Zukunft*. Leipzig: Otto Wigand, 1850, s. 32.

66 BENTHAM, Jeremy. Nomography. In: BOWRING, John (ed.). *Works of Jeremy Bentham*. Volume III. Edinburgh: William Tait, 1843, s. 233.

Zjišťování symbolického prostředí, ve kterém se pohybují legislativní experti, se nutně musí soustředit na jejich sebeidentifikaci – jeví se jako významné identifikovat, jak legislativní experti chápou sami sebe a svou činnost, včetně toho, jakou metodologii interpretace jsou schopni při své činnosti reflektovat. Zde se opět vracíme k tzv. anticipované interpretaci,⁶⁷ protože uvědomění si toho, jak budou adresáti následně normativní text (právní předpis) interpretovat, legislativní práci výrazně ovlivňuje. K tomu je žádoucí uvědomit si také roli publika (adresátů) a přizpůsobit jeho očekávání nejen jazykovou stránku,⁶⁸ ale celý proces vzniku.⁶⁹

Výše jsme uvedli, že tvorba práva, psaní textu, má svá kodifikovaná pravidla, snad je ale už jasné, že zájem výzkumu není popis a kritické zkoumání těchto pravidel. Je to naopak snaha navrhnout metody zkoumání toho, jak se tato pravidla odráží na praxi psaní, ale jak výsledný text ovlivňují i další externí faktory. Jinými slovy, naším cílem je zkoumání sociální praxe, první vhléd do složitého pole, ve kterém jsou právní texty psány, abychom mohli navrhnout jeho další průzkum. V pilotní studii se tedy ptáme mimo jiné na to, jak legislativci chápou svou práci, co vše pro ně představuje a jaké významy do ní vkládají.

Pro studium významů jednání i věcí nabízí sociálním vědám nástroje především tzv. kvalitativní výzkum. Než se pustíme do podrobnějšího popisu naší studie, dovolíme si pár slov o principu toho výzkumu. Sociálně vědný výzkum je běžně – především v učebnicové literatuře⁷⁰ – rozdělován do dvou základních větví. Výzkumu kvantitativního, který pracuje s hromadnými daty, buď číselnými, nebo takovými, která lze do numerických hodnot převést. Tzv. kvalitativní výzkum s takovými daty nepracuje. Jeho závěry proto nejsou zobecnitelné, nelze je na rozdíl od hromadných statisticky zpracovávaných dat generalizovat na velké populace. Nabízí ale možnost postupného vhledu do menších společenství, hledá vysvětlení sociální reality u aktérů samotných.⁷¹

To je zásadní rozdíl v samotném základu přístupu k sociální realitě. Aplikace dotazníkového šetření a jiných kvantitativních metod, kterými jsme schopni generovat velké datové soubory pro statistickou analýzu, předpokládá, že máme o společnosti, či o její části, která spadá do našeho výzkumného zájmu, už předem nějaké vědomosti, či alespoň předpoklady. Je to metoda, ve které společnost popisujeme vlastními slovy, odbornými

⁶⁷ BOHÁČ, Radim et al. *Legislativní proces (teorie a praxe)*. Praha: Tiskárna Ministerstva vnitra, 2011, s. 45.

⁶⁸ ŠÍN, Zbyněk. *Tvorba práva: pravidla, metodika, technika*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 152; KOŘENSKÝ, Jan. *Tvorba právních předpisů a komunikativní problémy jejich uplatňování. Slovo a slovesnost*, 1995, roč. 56, č. 4, s. 267–275.

⁶⁹ SMEJKALOVÁ, Terezie a Martin ŠKOP. A Concept of a Reader in Legislation Drafting. In: ŠTĚPÁNÍKOVÁ, Markéta et al. (eds.). *Argumentation 2017*. Brno: Masarykova univerzita, 2017, s. 51–69.

⁷⁰ Např. CRESWELL, John W. *Research design: Qualitative, quantitative, and mixed methods approaches*. Los Angeles: Sage, 2014; DENZIN, Norman K. a Michael D. GIARDINA. *Qualitative inquiry through a critical lens*. New York: Routledge, Taylor&Francis Group, 2016.

⁷¹ Srov. např. téma hustého popisu a hledání významu v jednání in GEERTZ, Clifford. *Interpretace kultur: vybrané eseje*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2000, Studie.

termíny, které se snažíme překládat tak, aby jim adresáti dotazníků rozuměli a my měli alespoň nějakou jistotu, že získáváme odpovědi opravdu na to, na co se ptáme. Jsme v tomto výzkumu odborníky, kteří aplikují vlastní poznávací měřítka na svět, kterému rozumí.

V tzv. kvalitativním výzkumu naopak výzkumník hledá odpovědi na své otázky u sociálních aktérů samotných, protože předpokládá, že zatímco on jejich světu nerozumí, oni jsou na něj odborníci. Je to ovšem odbornost, která často není, na rozdíl od odbornosti vědecké a potvrzené kvalifikační zkouškou, uvědomovaná. To ovšem nic nemění na tom, že výzkumníci v takto nastaveném výzkumu předpokládají, že jestli někdo rozumí světu, který je zajímavý, pak jsou to ti, kdo v něm žijí a utvářejí ho. Výzkumníci jsou v těchto světech pouze cizinci, kterým je zkušenost a významy zprostředkovávána.⁷² Jejich rolí pak je, co nejlépe přeložit svá zjištění do jazyka vědy a obohatit tak její poznání. Tento přístup k poznávání světa jsme zvolili my.

Oba dva přístupy nabízejí mnoho výzkumných metod, kterými lze data shromažďovat. Jednou z relevantních při studiu praxe lidského jednání je metoda pozorování. V závěru textu naznačíme i to, jak by bylo možné tuto metodu využít v našem konkrétním případě. S ohledem na téma výzkumu, kterým je především práce s textem a psaní jako takové, jsme zvolili klasickou metodu hloubkových rozhovorů. Jejich výhodou je především to, že jakkoli výzkumníci nastolují jejich témata, zůstává zde při citlivém vedení stále dost prostoru pro to, aby se participanté tázajících doptávali, navrhovali vlastní témata a někdy je přímo vybízeli k diskuzi.⁷³

Rozhovory se skládaly ze dvou částí. První z nich se zaměřovala na samotný proces psaní, druhá pak na možnosti interpretace právního textu⁷⁴. V následujících řádcích budeme vycházet pouze z části, ve které výzkumníci a výzkumnice hovořili s participanty a participantkami výzkumu o jejich práci a jejím průběhu. Rozhovor se skládal z pěti tematických částí, ve kterých jsme se ptali na celý průběh tvorby textu a jeho hlavní momenty, na aktéry, kteří psaní ovlivňují, na adresáty textu, na čistě praktické stránky psaní (např. pracovní podmínky) a na vztah k vlastní práci. Je třeba říci, že tento

⁷² HAMMERSLEY, Martyn a Paul ATKINSON. *Ethnography: principles in practice*. London: Routledge, 2007. DOI 10.4324/9780203944769

⁷³ Srov. KAUFMANN, Jean-Claude. *Chápající rozhovor*. Praha: SLON, 2010.

⁷⁴ Limity vedení interdisciplinárního výzkumu na poli jiné odbornosti nemáme možnost v tomto textu rozebírat. Alespoň poznamenáváme, že právě druhá část rozhovoru se ukázala jako jeden z problematických výzkumných úkolů. Je to právě otázka srozumitelnosti, kterou musí výzkumník řešit v každém poli, ve kterém bádá: rozumím správně svým komunikačním partnerům? Chápu přesně to, co se mi snaží říci? Ve výzkumu právního pole, v situacích, kdy byl u rozhovoru přítomen pouze výzkumník neškolený v právu, se ukázalo, že nejenom že není schopen rozumět všemu, o čem právníci hovoří, ale především participanté mají zásadní problém s překladem do jiného než vlastního jazyka, jakkoli nejde o jazyk cizí, ale prostě obecný. Je to rys, který stojí za další studium už proto, že srozumitelnost je jedním z důležitých kritérií právního textu.

text se zakládá především na analýze vstupních šesti rozhovorů,⁷⁵ jejichž sběr pak dále pokračoval a byl průběžně upravován v návaznosti na průběžné výsledky. Komunikační partneři – zejména vzhledem k tomu, že se nejedná o kvantitativní šetření – byli voleni z legislativních expertů působících na Ministerstvu školství mládeže a tělovýchovy, Ministerstvu vnitra, Ministerstvu dopravy a Ministerstvu spravedlnosti. Záměrně byli vybíráni tak, aby reprezentovali různé pozice (začínající legislativec, zkušený legislativec, vedoucí odboru, legislativec na nejnižší pozici atp.), abychom mohli pokrýt co nejvíce aspektů legislativní práce, samozřejmě bez ambice činit z toho obecné závěry platné pro všechny legislativce.

5 Analytická část

V následujícím textu se budeme zabývat především tím, jak legislativní experti popisují svou práci. Zdůrazňujeme především ty jevy a momenty, které se dle první analýzy zdají být klíčové pro to, jak právní text ve výsledku vypadá, tedy ty prvky celého procesu, kterými by se měl zabývat hlouběji další výzkum. Budeme se tedy práci legislativců věnovat ze dvou hledisek, které lze snadno vyjádřit dvěma otázkami: *Jaká je povaha psaní právního textu?* a *Jaká je povaha práce legislativce?* Odpovědi na tyto dvě otázky spolu samozřejmě souvisí, současně ale vypovídají o dvou rozdílných věcech. První otázka směřuje k pochopení toho, co to vlastně je psaní – jakou povahu tato činnost má, jak ji participant popisují, co jsou důležité fáze psaní atd. Odpovědi na druhou z těchto otázek pak nabízí vhled do toho, jak chápou legislativci svou práci nikoli jako „psaní“, ale jako pozici a aktivitu, která je součástí většího celku tvorby práva, respektive sociálního pole s různými aktéry. Jinými slovy, naší snahou je pochopit psaní nejen jako specifickou odbornou aktivitu, ale také jako specificky zakoušenou pracovní pozici.

5.1 Psát text

V tomto textu se budeme zabývat výhradně psaním normativního textu. Součástí práce legislativce je samozřejmě i psaní mnoha dalších textů – důvodových zpráv, dopisů, vysvětlení, stanovisek, připomínek atp. Naším cílem je ale popis toho, co, zjednodušeně řečeno, znamená psát *text zákona*. Z hlediska potřeb budoucího výzkumu jsme se snažili definovat klíčové okamžiky celého procesu psaní a s nimi související klíčové aktéry. Zajímala nás také představa „ideálně“ odvedené práce. Ve všech těchto bodech jsme se setkali s, pro nás překvapivě, bohatou škálou odpovědí. Nejprve se zaměříme na povahu psaní jako takového, dále pak na otázku klíčových momentů.

⁷⁵ Vzhledem k tomu, že jednalo pouze o pilotní studii vedoucí ke vzniku metodologie, a vzhledem k tomu, že se jedná o kvalitativní výzkum, jehož cílem není podat data zobecnitelná na populaci, ale pouze ukázat postoje legislativních expertů, a jejich vlastní popis legislativní práce, je možné pracovat i s tak nízkým počtem rozhovorů. Na druhou stranu jsou tato zjištění dále ověřována a prohlubována v dalších rozhovorech, a to včetně rozhovorů s některými členy Legislativní rady vlády.

5.1.1 Co je to psaní a čím se řídí

Není nikterak překvapivé, že i v rozhovorech, jež jsme vedli, se objevuje jistá tenze mezi tím, zda je psaní legislativního textu aktivitou tvůrčí a autorskou, či zda jde o činnost podléhající přesným pravidlům, při které je eliminována možnost osobnostního vkladu autora. Jinými slovy, zda jde o činnost, ve které by autor měl být v zásadě neviditelným tvůrcem, který textem zprostředkovává vůli zadavateli. Sociální realita se obvykle netvaruje do podobných ideální typů – proto jakkoli se oba tyto póly ve výpovědích objevují, neobjevují se nutně jako dva konce jedné škály. Nevidíme na jedné straně volnomyšlenkářské kreativce a na druhé straně pravidla rigidně dodržující „stroje na psaní“. Naopak můžeme identifikovat znaky, které odpovídají více či méně jednomu nebo druhému přístupu, u jednoho či jedné participantky, ovšem s různým důrazem, respektive v různých kontextuálních situacích. Setkáváme se především s tím, že legislativci řeší formální otázky, které ale souvisí s povahou obsahu.

Příkladem takového řešení může být hledání označení a s ním souvisejícího správného zařazení části zákona do jeho textu, jak jej popisuje jedna z participantek: *„Příklad by mohl být § 45aa. Legislativní pravidla o tom mlčí, ale takhle se to nedělá, protože to je prostě zřehovadilost. No dobře, buď tam dáme označovací zřehovadilost, nebo to prostě bude o padesát paragrafů dál, kde to nikdo nenajde. Takže jak? Ta úvaha byla... Když jim (těm, kterých se daná část zákona týká) to hodíme na konec toho předpisu, bude to pro ně nepřehledné. Takže mě zajímal ten, kdo by asi chtěl takovou službu vykonávat a kde by to hledal.“*

Ukazuje se, že i hledání správného odstavcového členění lze chápat jako tvůrčí činnost, která vede k tomu, aby byl text srozumitelný čtenáři. Ostatně právě srozumitelnost je klíčovým požadavkem na kvalitu textu – a její zachování (či nastolení) vyžaduje schopnost představit si toho, kdo je adresátem textu. Kdo s ním bude pracovat a jak. Téma srozumitelnosti a publika je dalším důležitým okruhem narací našich komunikačních partnerů, dříve než se k němu dostaneme, krátce se zmíníme o jiném aspektu, který zmiňuje výše uvedený úryvek.

Legislativní rada vlády respektive Legislativní pravidla vlády jsou základními vodítky pro psaní každého textu zákona.⁷⁶ Věta „*Legislativní pravidla o tom mlčí*“ je pak důležitou poznámkou odkazující k zajímavé zkušenosti, na kterou nějakým způsobem narážejí všichni legislativní experti, se kterými jsme vedli rozhovory. Některá pravidla psaní textů nejsou zapsána a přesto se jimi legislativní pracovníci a pracovnice řídí. Jejich zkušenost, která je podstatnou součástí jejich odbornosti (ano, není to obráceně), jim říká, které formulace a formální úpravy mohou být Legislativní radou vlády akceptovány, a které budou příčinou, že se text vrátí k přepracování.

⁷⁶ Legislativní pravidla vlády jsou dokumentem, který zmiňují všichni komunikační partneři a partnerky. Dalšími zmiňovanými formálními pomocníky jsou pak pravidla českého pravopisu, neboť text musí samozřejmě odpovídat jejich aktuální podobě, a dále právnické informační systémy, zmiňované především jako zdroj dohledávání relevantních informací, ale také jako inspirační zdroj např. ve věci precizní formulace.

Pravidla stanovená formálně (Legislativní pravidla vlády) i neformálně Legislativní radou vlády (její rozhodovací praxe) nebo legislativními zvyklostmi jsou tedy jedním z měřítek „správnosti“ normativního textu. Jiným je výše zmíněná srozumitelnost, která je např. stanovena čl. 2 odst. 2 písm. c) Legislativních pravidel vlády jakožto jeden z požadavků kladených na tvorbu právních předpisů, avšak z rozhovorů není patrné, že by se tím toto téma vyčerpávalo, či že by bylo zcela jasné, co se srozumitelností rozumí. Téma srozumitelnosti, vysvětlení toho, co si vlastně legislativci představí, když říkají, že text musí být srozumitelný, zaslouží ještě hlubší výzkumnickou pozornost, neboť se nejedná o pojem, který by byl popsán vyčerpávajícím způsobem. Na základě doposud provedených rozhovorů víme, že představa srozumitelnosti úzce souvisí s představou o publiku, kterou ti, kdo texty píší, mají. Podstatné je ale uvědomit si, že publikem legislativců není zdaleka pouze adresát zákona, na kterém pracují. To by byla ideálně typická situace, ve které se nenacházejí. Při své práci musí zohledňovat požadavky mnoha jiných aktérů, které se ve větší či menší míře na podobě textu opět podepisují: Samozřejmě je zde důležitá role nadřízeného, který za práci odpovídá. Dále je zde zadavatel a tvůrce věcného záměru zákona, se kterým musí legislativce buď osobně, nebo zprostředkovaně text konzultovat. Dále je to zmíněná Legislativní rada vlády a ostatně také členové obou komor parlamentu, který bude text schvalovat. V tomto výčtu se zdá být adresát, na kterého bude obsah normativního textu dopadat, či který se jím bude řídit a který bude muset textu rozumět, jako jeden z posledních v pořadí. A to především proto, že se k textu opravdu jako jeden z posledních dostává (pokud vůbec).

Ukázalo se dále, že legislativci nejsou nutně za jedno ani v tom, co požadavek obecné srozumitelnosti vlastně znamená. Od představy, že textu by měl rozumět opravdu každý, po představu, že obecná srozumitelnost se nakonec týká především aktérů, kteří se pohybují v právním poli. To je přístup, který skupinu těch, co právnímu textu rozumí, chápe přece jenom poněkud zúženě, schopnost porozumění vidí jako specifickou kompetenci získanou buď studiem práva a příbuzných oborů, nebo po zaškolení, které poskytnou konkrétnímu publiku k tomu určení odborníci. Schopnost rozumět právnímu textu tedy není něco samozřejmého, ale jde o nesamozřejmou vlastnost, kterou je třeba si osvojit.⁷⁷

Posledním bodem, který souvisí se „správností“ textu a považujeme za nutné jej zmínit, je otázka ideálního právního textu. Jak jsme řekli výše, jeho předpokladem je srozumitelnost, jakkoli není zcela jasné, co přesně tato kategorie znamená. Během výzkumu jsme se však setkali se zajímavou polemikou na téma „ideálního textu“.⁷⁸ Nikdo z našich participantů a participantek nezpochybňoval, že mohou existovat špatné předpisy:

⁷⁷ Což jinými slovy znamená, že v některých případech je nutné být společností k tomu „rozumět právu“ přímo legitimizován.

⁷⁸ Ideální právní text není nijak definován a v rozhovorech šlo o to zjistit, zda legislativní experti mají o takovém textu konkrétní představy, či zda jsou schopni říci, jaká kritéria (obsahová nebo formální) má ideální text splňovat. Zda je to například text, který je zcela srozumitelný a nijak přitom nerezignoval na věcnou a právní správnost.

ty, které nejsou jednoznačné, které lze vykládat dvojím způsobem, ve kterých se mohou nalézt mezery, popřípadě takové, které nezapadají do systému práva a tím způsobují problémy. Objevil se ale zajímavý moment, ve kterém se legislativce s relativně dlouhou praxí a zkušeností se psaním různých typů zákonů ohradil vůči možnosti, že existuje lepší než dobrý právní text: „*Pokud píše (legislativce) srozumitelně a bez chyb, tak je jeho práce ve výsledku úplně stejná jako práce jeho kolegů, kteří dokážou psát srozumitelně a bez chyb.*“ Toto poměrně striktní vyjádření lze interpretovat jako přijetí představy, že nejvyšší dokonalostí je schopnost téměř mechanicky dodržet nastolený formální standard.

Vedle těchto kritérií, která zaručují správnost textu, a nástrojů, které jí napomáhají, se pak můžeme ptát na to, co vše je vlastně psaní. Z narací našich komunikačních partnerů a partnerek vyplývá, že nejde pouze o samotnou tvorbu textu, ale že součástí procesu psaní je i neustálé vyjednávání s mnoha aktéry. Jedná se v podstatě o ty, kteří jsou současně označováni jako jisté typy publika. Zmiňujeme je zde ještě jednou proto, že se ukazuje, že toto vyjednávání může mít charakter jistých rutin, jakými jsou např. předpřipravené formáty dopisů, které se rozesílají zainteresovaným stranám. Rozhodně ale platí, že „psaní“ fakticky znamená také vyjednávání, diskutování a zpřesňování obsahu textu s dalšími aktéry.

5.1.2 Klíčové momenty psaní normativního textu

Zdá se samozřejmé, že první odpovědi na hledání klíčových momentů v psaní normativního textu prakticky u všech tázaných byl jednoduchý popis legislativního procesu: zadání, první čtení, druhé čtení, schvalování, pozměňovací návrhy atd. Při hlubším dotazování se však ukazuje, že se jednotliví legislativci liší v tom, jaký význam jednotlivým předepsaným fázím tohoto procesu přikládají. Dokonce se liší i v tom, kdy považují svou práci na zadání za ukončenou. Zatímco někteří ji jako ukončenou vidí ve chvíli, kdy text odchází do schvalovacího procesu, jiní popisují jako faktický závěr až chvíli, kdy je text schválen Parlamentem. Jeden z participantů např. uváděl jako specifický završující rituál poslední kontrolní čtení před tiskem.⁷⁹

Přes tyto rozdíly v percepci je třeba říci, že lze ve výpovědích identifikovat dvě podstatné události přípravy textu, které zásadně ovlivňují jeho výslednou podobu – ať už formální či obsahovou. Z výše řečeného vyplývá, že jedním z nich je předložení textu Legislativní radě vlády, což je moment, ke kterému se ve svých výpovědích nějakým způsobem vztahují všichni participanté výzkumu. Ještě stěžejnější chvílí je pak tvorba věcného záměru, která fakticky předchází práci na textu samotném.

⁷⁹ Je zajímavé, že rozhovor s aktérkou, která byla legislativcem, v současné době je ale ředitelkou jednoho z legislativních odborů ministerstva ukazoval, že ji mnohem méně zajímají podobné formální aktivity – tuto formu kontrolního čtení dokonce označila za zbytečnou – naopak kladla důraz na obsahovou stránku textu. Pravděpodobně právě proto, že texty sama nepíše, neřeší souvislost formální a obsahové stránky tak silně, jako to vidíme u praktikujících legislativců.

Zdá se, že legislativci chápou kvalitu věcného záměru jako klíčový prvek, který ovlivní kvalitu jejich vlastní práce. Podobně, jako se nám dostalo naprosto ambivalentních popisů toho, kdy je práce legislativce ukončena, kdo je jejím adresátem a jaká jsou pravidla psaní legislativy, dostalo se nám i různorodého popisu zkušenosti s věcným zadáním (obvykle věcným záměrem). Od textů, které jsou prakticky paragrafové znění, jež musí legislativec upravit a provést kontrolu jejich správnosti, po texty, které vyjadřují opravdu pouze efemérní záměr, a jejichž jazyk se nemusí jazyku norem ani blížit. Na povaze těchto vstupních textů, respektive na přístupech k nim, lze pak dobře ilustrovat to, co je naším druhým zájmem, tedy pochopení toho, co to znamená být legislativcem.

5.2 Být legislativcem

V zásadě můžeme konstatovat, že mnoho o tom, co znamená být legislativcem, bylo řečeno již v předchozí části věnované otázkám toho, co je to psaní. Pokusíme se tedy to, co bylo naznačeno, krátce shrnout – rozdíl je v tom, že zatímco výše jsme se věnovali tomu, jak legislativci charakterizují činnost, kterou vykonávají, nyní se posouváme k tomu, jak vidí sami sebe. V naracích našich komunikačních partnerů a partnerek se objevilo několik označení, která vyjadřují povahu práce legislativců a vystihují fakt, o kterém jsme se zmínili výše. Psaní zákonů je mnohem spíše vyjednáváním, než samotným tvořením textu. A v průběhu tohoto procesu se tak legislativci dostávají do rozdílných rolí⁸⁰. Tyto jsme odhalili ve výpovědích našich participantů a participantek:⁸¹

V první fázi práce je především *analytikem*. Musí zhodnotit co přesně je cílem návrhu, kdo jsou dotčení aktéři a v jakých oblastech se projeví, a to záměrně, ale také nezáměrně. Legislativec musí rozložit záměr na jednotlivé části, a ty pak převést do praxe práva.

Po té, co návrh takto analyticky rozloží, je další ze zmiňovaných rolí role *blídače*. Musí dojít k posouzení, zda jsou návrhy a požadavky předložené ve věcném záměru oprávněné a dokonce, zda nejsou protiprávní.

Ve chvíli, kdy je jasné, že je vůbec možné začít podobný návrh zpracovávat, stává se legislativec *garantem* kvality textu, především toho, že bude odpovídat svému okolí, tedy že bude odpovídat ostatním zákonům, a současně opět pohlíká, kde všude se zákon projeví a co vše tedy bude nutné upravit.⁸² Výraz garant ale také vyjadřuje záruku, že budou projednány všechny připomínky a návrhy, které se k novému textu během veškerých stupňů připomínkování mohou objevit.

⁸⁰ To, zda projdou všemi uvedenými rolemi, do značné míry souvisí právě s kvalitou či podobou věcného záměru.

⁸¹ Jsou to skutečně pouze označení, která své roli legislativní experti přisuzují. Byť teoreticky můžeme jejich působení označit i jinak, setkali jsme se pouze s těmi níže uvedenými.

⁸² Je zajímavé, že komunikační partneři a partnerky nijak zásadně nesouhlasili s přirovnáním k jazykovým korektorům či editorům. Právě moment neustálého srovnávání s okolím podle nich odlišuje práci legislativce od těchto jazykových profesí.

Konečně posledním označením, kterého se pozici legislativce dostalo, je *dokončovatel*. Na této úrovni se pak jednalo o snahu vyjádřit nejenom to, že jde o práci, která musí obsahově odpovídat svému okolí (součást práce garanta), ale současně o práci, ve které musí být dodrženy všechny formální náležitosti, odstavce musí být na svých místech, nesmí se objevit chyba v číslování paragrafů, nesmí chybět odkazy na správné předpisy atd. Jinak řečeno, právní text musí být přesný.

Pro každou podobnou analýzu je důležité zachytit nejenom to, jak se aktéři vidí a jaké obsahy vkládají do svých činností, ale také to, jak se neoznačují. Je jistě důležité, že žádný z námi dotazovaných se necítil být autorem textů, které sám píše: „*Během let jsem se zcela oprostil od toho, co zcela přirozeně napadá každého autora. Totiž to, že ten text je produktem nějaké mé vnitřní jedinečnosti a osobitosti a že jsem jeho skutečným, plnohodnotným autorem, jako kdybych psal poezii. Já to tak v žádném případě nevnímám, jsem schopen se oprostit od tohoto autorského vztahu k tomu textu. Myslím, že je to tak v pořádku – nepíši ani román, poezii, dokonce ani odborný článek či pojednání. Píši právní předpis. Samozřejmě nikdy nejsem výlučným autorem toho textu.*“ Tím samozřejmě není chápáno popření případných tvůrčích prvků, ale ukazuje to vztah *toho, kdo píše* k výsledku své práce, který chápe neosobně a udržuje si od něj odstup.

Toto vyjádření přesně ukazuje na hlavní rys, který zastřešuje všechny výše zmíněné role legislativce. Zdá se, že legislativci sami sebe vidí především jako nástroj systému, který má zaručit, že jeho jednotlivé součásti budou do sebe dobře zapadat. Jedním z hlavních rysů těchto nástrojů pak je, že za systém nemluví, ale pouze připravují podklady, popřípadě přímo ty aktéry, kteří jsou zmocnění mluvit – své nadřízené, popřípadě jejich nadřízené.

Závěr

Jako relevantní se ukázalo zjišťování toho, jak legislativní experti popisují sami svou práci, včetně toho, jak svou práci interpretují a jak chápou a popisují svou pracovní pozici (analytik, hlídač, garant, dokončovatel, nebo obecně *nástroj*). Tento přístup umožní identifikovat jejich přístup k samotnému procesu psaní (tvorby), zejména v tom ohledu, zda se jedná o tvůrčí činnost, plně formalizovaný postup skládající se z rutinizovaných činností, ve kterém není pro tvůrčí činnost prostor, případně, zda se jedná o tvůrčí činnost, která je však silně regulována pravidly (bez ohledu na to, zda právními nebo jinými sociálními pravidly). Ukázal se také rozdíl mezi teoretickými koncepty, které se zřetelně přiklání k pojetí tvorby práva jako činnosti, která zahrnuje i výrazné tvůrčí prvky a zjištěními z pilotního šetření (z hloubkových rozhovorů). Legislativní experti svou činnost vnímají dominantně jako formální – dokonce jsou ochotni popsat sami sebe jako nástroj. Tento verbalizovaný popis své role však není potvrzen dalšími částmi rozhovorů. V nich se objevují prvky, které takové striktně formální pojetí psaní návrhu právního předpisu narušují. Tato eroze se projevuje například tím, že konec psaní návrhu může znamenat až jeho schválení orgánem s legislativní pravomocí a případně publikací. Takové zaujetí

pro kariéru výsledku se ovšem ve striktně formálním prostředí nedá očekávat. Ten, kdo se tak projevuje, nemůže sám sebe zcela chápat jako nástroj. V rozhovorech jako celku se proto setkáme s pojetím, které popisuje – spíše neintencionálně – psaní jako více subjektivní (tvůrčí) proces. Ovšem bez plně projeveného autorství a vždy podřízeného obsahu a formální stylu normativního textu.

Jako relevantní se v tomto ohledu jeví také využití zkoumání narativů, zejména s tím ohledem, že ve všech možných přístupech k legislativní činnosti, vždy existuje pro narativitu prostor – zejména v tom, jaké významy jsou přisuzovány chování, které má být regulováno, v konstrukci očekávání adresátů, očekávané interpretaci, promýšlení možných verzí regulovaného jednání v závislosti na jiných přístupech k regulaci (včetně promýšlení možných reakcí „obvyklých podezřelých“, tedy promýšlení reakcí adresátů, kteří pravidla porušují), ale také ve zvažování dopadů používání jednotlivých slov a slovních spojení, včetně zvažování, zda nenastal prostor pro větší srozumitelnost porušit některá metodologická doporučení či pravidla pro konstrukci normativního textu.

Při empirickém zkoumání tvorby práva je vždy nutné pamatovat na to, že příprava legislativních návrhů probíhá v mnoha různých podobách a formách.⁸³ Nemá jednoditou podobu, která by byla identická na všech ministerstvech – na některých může proces probíhat v expertních týmech, na jiných je zcela svěřena legislativnímu odboru. Tomu odpovídá i různé postavení legislativců, resp. různé charakteristiky, které své činnosti sami přisuzují. S různou činností a s různým postavením legislativců se liší také přístup k jednotlivým prvkům legislativní techniky. Při šetření je nutné vzít v úvahu, že některé postupy, které slouží ke zvyšování srozumitelnosti (případně samotná srozumitelnost) musí ustoupit kompromisu, časovému tlaku nebo politickým vlivům.⁸⁴ Někdy je také relevantní, že legislativci žádné interpretační postupy neznají a jednají intuitivně či v lepším případě rutinně.⁸⁵ V tomto případě je však nutné zjistit, jak skutečně postupují a tyto popisy náležitě analyzovat a případně je propojit s teoretickými či metodologickými koncepty.

Dále lze říci, že při zkoumání administrativních fází procesu tvorby normativního textu se jednotlivé dílčí fáze, jejich obsah a konkrétní přístup k práci jeví jako velmi ambivalentní. Neexistuje jeden *správný* styl či jeden *správný* postup. Rovněž výsledek, jakož i samotná legislativní práce, jsou často ovlivněny vnějšími faktory, na které legislativní expert nemůže mít vliv. Podstatné pro vytváření návrhu právního předpisu je například věcné zadání nebo věcný záměr. Ten (navzdory Legislativním pravidlům vlády, hlava I)

⁸³ NOURSE, Victoria F. a Jane S. SCHACTER. The Politics of Legislative Drafting: A Congressional Case Study. *New York University Law Review*, 2002, roč. 77, č. 3, s. 583.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.; případně GLUCK, Abbe R. a Lisa SCHULTZ BRESSMAN. Statutory Interpretation from the Inside – An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons: Part I. *Stanford Law Review*, 2013, roč. 65, č. 5, s. 916.

má dle výpovědí legislativních expertů kolísavou kvalitu, a to dokonce do té míry, že někdy vůbec neexistuje (!) či – právě proto, aby Legislativní pravidla vlády nemusela být dodržena – nese jiný název (např. teze). Jasná a striktně dodržovaná pravidla nemá ani samotné psaní. Navzdory tomu, že existují psaná pravidla a také pravidla nepsaná (např. legislativní zvyklosti), která jsou legislativním expertům známa, avšak nejsou schopni je verbalizovat. To pochopitelně souvisí s dlouhodobou zkušeností, se znalostí prostředí, bezesporu se sociálním kapitálem, který si legislativci vytváří.

V této souvislosti je nutné poznamenat, že velmi výrazný podíl zde má Legislativní rada vlády. Ta nejen posuzuje kvalitu a úroveň návrhů předkládaných vládou, ale také sděluje legislativním expertům, které návrhy nejsou přijatelné. Je to tedy orgán, který by měl mít jasná pravidla pro svou činnost a také stanovovat jasná pravidla pro legislativu. To by však předpokládalo skutečně profesionální orgán – nikoli co do kvality, neboť skladba členů je odpovídající – ale co do formy činnosti. Legislativa má být dominantní náplní člen rady a mají za to být honorováni odpovídajícím způsobem. Pokud mají formulovat pravidla, která ovlivňují nejen formulaci, ale následně i interpretaci, nemohou se tomu (přes své schopnosti) věnovat jen částečně. Jako velmi užitečné se také jeví zkoumání samotné činnosti rady – zde by bylo na místě provést pozorování (nikoli zúčastněné pozorování, neboť takový postup by kolidoval s etikou vědeckého zkoumání) a zjistit, jaké jsou standardní reakce členů rady, jak jsou determinovány a jaká sdělení jsou legislativcům adresována. To samozřejmě se snahou určit v takovém jednání pravidelnosti.

To by mělo být součástí dohadování se o (legislativních) konvencích. Tedy o konvencích stanovících, jaké texty nesou jaké ustálené významy (klišé),⁸⁶ tak, aby normativní text se tvořil vždy stejným způsobem, a aby byl takto také interpretován. Jasná a unifikující činnost Legislativní rady vlády by měla působit jako jeden z článků hledání standardních forem komunikace mezi autorem (normotvůrcem) a publikem (adresátem – typicky reprezentovaným soudy). Výsledkem by měly být interpretační/normotvorné standardy a skutečný interpretační dialog.

Při zkoumání procesu tvorby a toho, jako legislativní experti využívají metody interpretace práva, se však ukázalo, že není jasné ani to, kdo je adresátem – respektive je jich mnoho a při jejich identifikaci neexistují jasná pravidla. Jako jisté se snad jeví jen to, že jej nelze ztotožňovat s nějakým anonymním pojmem *lid*, alespoň ve většině případů. Schopnost porozumět je vlastně chápána jako naučená kompetence, kterou rozhodně nemá každý, ale je nezbytné ji získat. Jaký obsah pak má pojem *srozumitelnost*, který je považován za nejpodstatnější kritérium správnosti psaného textu, tedy zůstává otázkou. Text je srozumitelný, když mu adresát rozumí, ale kdo tím adresátem vlastně je?

⁸⁶ KNAPP, Viktor. Právní pojmy a právní terminologie (Právní pojmosloví a názvosloví). *Státní správa: Bulletin Ústavu státní správy v Praze*, 1978, č. 4, s. 21.

Empirická šetření v oblasti administrativních fází procesu tvorby práva, vztahu interpretace a tvorby se dále objevují další oblasti, které by bylo relevantní zkoumat. Vzhledem k silnému vlivu na následné procesy psaní by bylo vhodné zaměřit se na procesy tvorby věcných zadání nebo skutečně věcných záměrů. Jak vznikají, jakou mají podobu a jak ovlivňují práci legislativních expertů? Jak probíhá vyjednávání mezi jednotlivými aktéry v legislativním procesu? Toto zkoumání má i zřetelně praktický význam, neboť může napomoci identifikovat, jaké typy legislativců jsou efektivní, jaké jsou případně konfliktní a jaké nedosahují žádaných výsledků. S tím souvisí i zkoumání postavení legislativců na jednotlivých ministerstvech a jak se to projevuje v jejich práci. Relevantní se jeví více do tohoto výzkumu zapojit i Legislativní radu vlády a zjistit, jak probíhá její jednání a jak komunikuje s jednotlivými legislativními experty. V tomto případě však opět může dojít ke kolizi s etikou vědeckého bádání, neboť přestože se zde směřuje k lidem, jakožto sociálním aktérům, ne vždy se může podařit výsledky plně anonymizovat (to je možné u legislativních expertů, kterých je více, ale obtížnější je to u několika členů rady). Zkoumání této části legislativního procesu tedy jednoznačně nelze považovat za ukončené.

Vazba a možnosti elektronické kontroly obviněného

Arrest and Possibilities of Electronic Control of the Accused

Roman Vicherek*

Abstrakt

V září 2018 byla konečně fakticky spuštěna elektronická kontrola prostřednictvím elektronického monitorovacího systému. Kromě kontroly trestu domácího vězení, ke kterému je elektronická kontrola primárně určena, je možné tuto kontrolu využít i jako omezení, které zprísni opatřením nabírající vazbu podle § 73 odst. 4 TrŘ. Právě možnost, nebo spíše nemožnost využití elektronické kontroly k nahrazení vazby v přípravném řízení se ukázala jako problematická. Na tuto situaci a první postřehy, které vyplynuly při konzultacích mezi soudci, státními zástupci a PMS, poukazuje tento článek.

Klíčová slova

Důvody vazby; elektronický monitoring; elektronická kontrola.

Abstract

In September 2018, electronic control was finally launched via electronic monitoring system. In addition to controlling the house arrest, to which electronic control is primarily it is possible to use this control as a restriction that will tighten the binding substitution measure by § 73/4. It is the possibility or rather the impossibility of using electronic control to replace binding in pre-trial proceedings proved problematic. On this situation and the first observations that came about consultations between judges, prosecutors and PMS points out this article.

Keywords

Reasons for Arrest; Electronic Monitoring; Electronic Control.

Úvod

Počet osob, které jsou v České republice vazebně stíhány, je stabilně poměrně vysoký, stejně jako počet osob ve výkonu trestu odnětí svobody. Výsledkem jsou přeplněné věznice. Jedna z moderních možností, jak snížit tento počet a přitom dosáhnout účelu vazby, je využít možnosti elektronického monitorování obviněného. Obviněný, který bude vědět, že je nonstop sledován a jeho pohyb zaznamenáván, nebude mít sklony k páčání další trestné činnosti, právě naopak.

* JUDr. Roman Vicherek, Ph.D., Krajský soud v Ostravě; Katedra trestního práva, Právnická fakulta, Univerzita Palackého, Olomouc / Regional Court in Ostrava; Department of Criminal Law, Faculty of Law, Palacký University, Olomouc, Czech Republic / E-mail: roman.vicherek@upol.cz

1 Obecné vymezení institutu vazby

Obecně je možné **vazbu definovat** jako institut trestního řízení, s jehož použitím je obviněný na základě rozhodnutí oprávněného orgánu dočasně zbaven osobní svobody, aby mu bylo zabráněno vyhýbat se trestnímu stíhání nebo trestu tím, že by uprchl nebo se skrýval, mařit nebo ztěžovat objasnění věci nepřipustným působením na prameny důkazů nebo pokračovat v trestné činnosti.¹ **Obsahem vazby**, jak vyplývá z rozhodování Ústavního soudu,² je vymezení ústavně akceptovatelných důvodů omezení osobní svobody obviněného, resp. obžalovaného, s cílem znemožnit zmaření nebo ztížení dosažení účelu trestního řízení.

Institut vazby je nejvýznamnějším opatřením k zajištění osob pro účely trestního řízení. Jedná se o opatření, které má být užíváno fakultativně a subsidiárně, a to tehdy, nelze-li osobu zajistit jiným, méně omezujícím způsobem, který by mohl vazbu nahradit. Je nutné dospět k závěru, že vazba není na místě, jestliže by byla přísným procesním zajišťovacím opatřením.³ V tomto směru trestní řád disponuje několika opatřeními nahrazujícími vazbu, které jsou upraveny v § 73 odst. 1 z. č. 141/1961 Sb. trestního řádu (dále jen TrŘ), § 73a TrŘ a § 49 z. č. 218/2003 Sb. o soudnictví ve věcech mládeže (dále jen ZSVM). Jednotlivá opatření jsou vždy spojena se zásahem do osobní svobody obviněného a mají za úkol především zajistit přítomnost obviněného při úkonech trestního řízení, zabránit mu v jednání, jež by mohlo ohrozit či zmařit účel trestního řízení a zabránit obviněnému v pokračování v trestné činnosti.

Soud tedy může rozhodnout o vzetí do vazby pouze tehdy, nelze-li v době rozhodování účelu vazby dosáhnout jiným opatřením, k těmto opatřením nahrazujícím účel vazby patří:

- a) **Záruka zájmového sdružení občanů** nebo **důvěryhodné osoby** schopná příznivě ovlivňovat chování obviněného, jestliže nabídnou převzetí záruky za další chování obviněného a za to, že se obviněný na vyzvání dostaví k soudu, státnímu zástupci nebo policejnímu orgánu a že vždy předem oznámí vzdálení se z místa pobytu, a orgán rozhodující o vazbě považuje záruku vzhledem k osobě obviněného a k povaze projednávaného případu za dostatečnou a přijme ji [§ 73 odst. 1 písm. a) TrŘ].
- b) **Písemný slib obviněného** [§ 73 odst. 1 písm. b) TrŘ], ve kterém obviněný slíbí, že povede řádný život, zejména že se nedopustí trestné činnosti, na vyzvání se dostaví k soudu, státnímu zástupci nebo policejnímu orgánu, vždy předem oznámí vzdálení se z místa pobytu a že splní povinnosti a dodrží omezení, která se mu uloží, a orgán rozhodující o vazbě považuje slib vzhledem k osobě obviněného a k povaze projednávaného případu za dostatečný a přijme jej.

1 RŮŽIČKA, Miroslav a Jana ZEŽULOVÁ. *Zadržení a vazba v českém trestním procesu*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 369.

2 Nález ÚS 46/1993-94-n, ÚS 24/1997-n, ÚS 156/1999-n., ÚS 12/2002-u.

3 ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád. Komentář*. 7. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 733.

- c) **Dohled probačního úředníka** [§ 73 odst. 1 písm. c) TrŘ], pokud s ohledem na osobu obviněného a povahu projednávaného případu lze účelu vazby dosáhnout tímto dohledem nad osobou obviněného.
- d) Uložení **předběžného opatření** podle § 88b a násl. TrŘ.
- e) **Peněžitá záruka** [§ 73a TrŘ], pokud soud přijme složenou peněžitou záruku, jejíž výši určil.
- f) U mladistvého navíc přichází v úvahu náhrada vazby jeho **umístěním v péči důvěryhodné osoby**, a to za předpokladu, že taková osoba je ochotná a schopná se ujmout péče o mladistvého a dohledu nad ním, písemně se zaváže, že bude o mladistvého pečovat a převezme odpovědnost za to, že se mladistvý na předvolání dostaví k příslušnému orgánu, popř. splní i další podmínky, které určí soud.

Jednotlivá opatření nahrazující vazbu lze uložit samostatně nebo i vedle sebe, a to popřípadě i za současného uložení **omezení spočívajícího v zákazu vycestování do zahraničí** [§ 73 odst. 5 TrŘ]. S účinností od 1. 7. 2016 zákonem č. 150/2016 Sb. přibýlo do trestního řádu další omezení, které je možné uložit v souvislosti nahrazením vazby některým z výše uvedeným opatřením, a to **výkonem elektronické kontroly** podle § 73 odst. 4 TrŘ. Tomuto omezení je poté věnována i další část tohoto příspěvku.

2 Aktuální trendy v oblasti vazby

2.1 Vazba v přípravném řízení ⁴

Rok	Zahájená trestní stíhání	Podané návrhy na vzetí do vazby SZ		Vzetí do vazby soudem	
2008	62.664	4488	7,2 %	3951	88,0 %
2009	45.807	4317	9,4 %	3838	88,9 %
2010	40.506	4670	11,5 %	4027	86,2 %
2011	40.342	4623	11,5 %	4065	87,9 %
2012	32.977	4295	13,0 %	3673	85,5 %
2013	30.790	4437	14,4 %	3803	85,7 %
2014	29.701	4195	14,1 %	3600	85,8 %
2015	36.575	3748	10,2 %	3250	86,7 %
2016	35.322	3636	10,3 %	3138	86,3 %
2017	33.031	3368	10,2 %	2961	87,9 %
2018*	16.154	1546	9,6 %	1352	87,4 %

* Za období od 1. 1. do 30. 6. 2018.

⁴ MINISTERSTVO SPRÁVEDLNOSTI. *Výkaz o vazbách V(MS)-007* [online]. [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <http://cslav.justice.cz/InfoData/vykazy-soudu-a-statnich-zastupitelstvi.html>

Rok	Vazby skončeno	Obžalobou	%	Dohodou o vině a trestu	Propuštění SZ	Propuštění soudem	%
2008	4110	3131	76,1	-	521	205	17,7
2009	4055	3166	78,1	-	465	206	16,5
2010	4117	3193	77,6	-	485	203	16,7
2011	4222	3265	77,3	-	519	176	16,5
2012	4029	2962	75,3	6	518	271	19,6
2013	3931	2982	75,9	11	450	304	19,2
2014	3820	2663	69,7	1	566	350	24,0
2015	3491	2544	72,9	8	483	284	22,0
2016	3290	2366	71,9	2	445	281	22,1
2017	3153	2313	73,4	3	415	244	20,9
2018*	1453	1042	71,7	3	176	92	18,4

* Za období od 1. 1. do 30. 6. 2018.

Ze statistik týkajících se vazebního řízení je možné vyčíst více méně setrvalý stav. Ačkoliv celkový počet podaných návrhů na vzetí do vazby soustavně klesá (od roku 2010 o 27 %), pak je tento stav zapříčiněn snižující se mírou trestné činnosti, resp. klesajícím počtem zahájených trestních stíhání. Proto pokud jde o poměr množství podaných návrhů na vzetí do vazby k počtu zahájených trestních stíhání, tak tento se nijak výrazně nemění. V ČR je přibližně v 10 % případů vedeno trestní stíhání vazebně, kdy nepatrně větší počet vazebních řízení byl v roce 2012–2014 (cca 14 %). Soudy vyhoví návrhu státního zástupce na vzetí do vazby přibližně v 87 % případů, což je poměrně vysoké číslo. Nepatrně nižší poměr vyhovění žádostem o vzetí do vazby je pak zaznamenán v době, kdy státní zástupci podávali větší počet návrhu na vzetí do vazby, než je dlouhodobý průměr, tedy v letech 2012–2014, ale i zde se jednalo jen o nepatrný rozdíl (85,6 % žádosti). Vazba v přípravném řízení většinou nekončí a pokračuje i v soudním stadiu trestního řízení, obžaloba je podána v případě vazebního řízení v 75 %. Pokud jde o osoby propuštěné z vazby v přípravném řízení, tak se jedná přibližně o 20 %, z nichž 2/3 pustí státní zástupce a 1/3 poté soud.

2.2 Využití opatření nahrazující vazbu v přípravném řízení v roce 2018⁵

	Skončeno vazeb	§ 73 a 73a TrŘ	%	§ 73 odst. 4 TrŘ
1/2018	201	10		0
2/2018	183	7		0
3/2018	243	12		0
4/2018	270	15		0
5/2018	224	8		0
6/2018	261	15		0
7/2018	199	10		0
8/2018	245	18		1 (JČ OSZ)
9/2018	201	21		2 (JČ OSZ, Praha MSZ)
10/2018	216	9		0
Celkem	2243	125	5,6 %	3

Od roku 2018 je v rámci výkazu vazeb v přípravném řízení sledováno i nahrazení vazby některým z opatření uvedených v § 73 a 73a TrŘ. Byť se jedná prozatím o krátké období, po které jsou tato data sbírána (10 měsíců), můžeme říci, že propuštění z vazby za současného přijetí některého z opatření nahrazující vazbu je spíše mimořádné a v průměru takto končí jen 5,6 % případů. Od 1. 1. 2018 je v přípravném řízení nově sledováno, v kolika případech došlo k nahrazení institutu vazby opatřením podle § 73 a 73a TrŘ ze současného uložení omezení podle § 73 odst. 4 TrŘ, tedy za současného uložení elektronické kontroly. Doposud k tomuto došlo jen ve 3 případech (do 1. 11. 2018), a to 2x na OSZ v Jižních Čechách a 1x u MSZ v Praze.

2.3 Vazba v řízení před soudem⁶

	Skončeno	S dohledem	Na kauci
2008	5045	37	19
2009	5125	42	14
2010	5107	42	17
2011	5074	43	5
2012	4877	46	18
2013	4354	74	16
2014	4176	73	8
2015	3907	79	7
2016	3530	58	9
2017	3402	39	3
2018*	1660	25	2

* Za období od 1. 1. do 30. 6. 2018.

⁵ MINISTERSTVO SPRÁVEDLNOSTI. *Výkaz o vazbách V(MS)-007* [online]. [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <http://cslav.justice.cz/InfoData/vykazy-soudu-a-statnich-zastupitelstvi.html>

⁶ MINISTERSTVO SPRÁVEDLNOSTI. *Výkaz o vazbách V(MS)-111* [online]. [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <http://cslav.justice.cz/InfoData/vykazy-soudu-a-statnich-zastupitelstvi.html>

V soudním stadiu trestního řízení je ve vztahu k opatřením nahrazující vazbu sledován počet propuštění z vazby za současného stanovení dohledu (§ 73 odst. 1 písm. c) TrŘ] a propuštění z vazby na základě přijetí peněžitě záruky (§ 73a TrŘ). V obou případech můžeme shledat poměrně nízké využití. V případě dohledu dochází k propuštění z vazby v desítkách případů ročně (37–79 propuštění za rok), v případě peněžitých záruk se jedná spíše o jednotky (3–19 propuštění za rok). Důvodem je, že jsou-li u obviněného dány důvody vazby a je třeba přistoupit k některému zajišťujícímu opatření, rizika spojená s ponecháním obviněného na svobodě jsou zpravidla tak vysoká, že soudy k rozhodnutím odlišným od vzetí do vazby přistupují jen velmi zdrženlivě.

Častější využívání alternativních opatření za vazbu by mohlo rovněž do určité míry přispět k řešení nepříznivé situace v českém vězeňství, kdy počty obviněných ve vazbě, jakož i jejich podíl na celkové vězeňské populaci, představují dlouhodobě z pohledu vězeňských kapacit a z pohledu financování této oblasti problém.

2.4 Členění obviněných dle délky vykonávané vazby k 31. 12. 2017⁷

Délka vazby	Osob	%
Do 2 měsíců	577	31,9
2 až 4 měsíce	408	22,6
4 až 6 měsíců	257	14,2
6 až 9 měsíců	254	14,0
9 měsíců až 1 rok	137	7,6
1 rok až 2 roky	162	9,0
Nad 2 roky	14	0,7
Celkem	1809	100

V roce 2017 bylo ve vazbě v průměru 1 860 osob, což činí asi 8,5 % ze všech osob ve věznicích. Většinu vazeb se daří vyřešit rychle, do 6 měsíců je to 69 %. Jednou z možností, jak snížit počet osob ve vazbě a zvýšit využití opatření nahrazující institut vazby, je využití elektronické kontroly podle § 73 odst. 4 TrŘ, kterou zákonodárce sice včlenil do trestního řádu již s účinností od 1. 7. 2016, z.č. 150/2016 Sb., nicméně doposud nebyla vůbec využívána s ohledem na skutečnost, že nebylo k dispozici technické řešení pro elektronickou kontrolu.

3 Dlouhá cesta k elektronickému monitoringu v ČR

Otázka elektronického monitoringu se neobjevila až v roce 2016, Ministerstvo spravedlnosti tento problém řeší již někdy od roku 2010 v souvislosti s realizací trestu domácího

⁷ VĚZEŇSKÁ SLUŽBA ČR. *Statistická ročenka Vězeňské služby za rok 2017* [online]. [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <https://www.vscr.cz/wp-content/uploads/2018/10/Statistick%C3%A1-ro%C4%8Denka-2017.pdf>

vězení. Dne **1. 7. 2012 byl zahájen pilotní projekt „Elektronický monitoring odsouzených“**, jehož cílem bylo experimentálně ověřit provoz elektronického monitoringu a využít získané zkušenosti pro přípravu zavedení této metody kontroly odsouzených ke standardnímu využívání. V té době se ještě neuvažovalo o možnosti využít elektronický monitoring i u obviněných v rámci rozhodování o vazbě, ale toliko u trestu domácího vězení. Ve výběrovém řízení bylo vybráno elektronické monitorovací zařízení, které bylo následně experimentálně vyzkoušeno na 43 dobrovolnících z řad odsouzených a na 4 probačních úřednících (rovněž dobrovolnících). Výsledné zkušenosti vedly k závěru, že provozovatelem elektronického monitoringu by měla být Probační a mediační služba ČR (dále jen PMS), jelikož by takové řešení bylo levnější, než pokud by byl provoz systému elektronického monitoringu zajišťován externím dodavatelem. V konečném důsledku bylo na základě úspěšné realizace experimentu doporučeno, aby byl systém elektronického monitoringu odsouzených zaveden pro širší využití v rámci výkonu trestní spravedlnosti, konkrétně bylo doporučeno zakoupit 500 až 2000 zařízení pro elektronické monitorování.⁸

Následně dne **15. 2. 2013 byla zveřejněna zakázka na dodávku a zajištění provozu zařízení sloužícího k elektronickému monitorování odsouzených** k trestu domácího vězení, jejíž odhadovaná hodnota činila 229 500 000 Kč. Nicméně amnestií prezidenta republiky z ledna 2013 došlo k prominutí mj. i uložených trestů domácího vězení (srov. čl. IV odst. 2 rozhodnutí prezidenta republiky publikovaného pod č. 1/2013 Sb.), takže se počet odsouzených k tomuto trestu „vynuloval“ a vypsána veřejná zakázka se stala nerentabilní. Veřejná zakázka byla proto ukončena před její realizací.

K opětovnému odstartování projektu elektronického monitoringu došlo **v říjnu 2014**, kdy byla vytvořena **pracovní skupina EMSON** (Elektronický monitorovací systém „ON“), jejímž primárním cílem byla příprava podkladů k realizaci veřejné zakázky na zavedení elektronického monitorovacího systému pro trestní justici.⁹ V **lednu 2015** byla PMS pověřena realizací nadlimitní veřejné zakázky k projektu elektronického monitorovacího systému pro trestní justici, předběžné oznámení bylo zveřejněné 2. 1. 2015.¹⁰ Spol. KPMG vypracovala studii proveditelnosti zavedení elektronického monitorovacího systému pro trestní justici, tato studie byla publikována v červenci 2015. V **prosinci 2015** došlo ke zrušení zakázky na elektronický monitorovací systém pro malý zájem účastníků.

⁸ PROBAČNÍ A MEDIAČNÍ SLUŽBA ČESKÉ REPUBLIKY. *Závěrečná zpráva a ekonomické zhodnocení pilotního projektu: „Elektronický monitoring odsouzených“* [online] [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: https://www.pmscr.cz/download/zaverecna_zprava_o_experimentu_Elektronicky_monitoring_odsouzenych.pdf

⁹ MINISTERSTVO SPRAVEDLNOSTI. *Ministerstvo spravedlnosti znovu odstartovalo projekt elektronického monitorovacího systému* [online]. Publikováno 31. 10. 2014 [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?o=23&j=33&k=6365&d=339047>

¹⁰ MINISTERSTVO SPRAVEDLNOSTI. *Příprava projektu elektronického monitorovacího systému pro trestní justici vstupila do další fáze*. [online]. Publikováno 5. 1. 2015 [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?o=23&j=33&k=6365&d=340131>

Naposledy byla zakázka vypsána **29. 2. 2016**. Byla zvolena forma tzv. soutěžního dialogu.¹¹ Vítězem soutěžního dialogu byla dne 21. 2. 2017 vyhlášená spol. SuperCom. Pořízení náramku a provoz monitorovacího centra na 6 let bude stát 93 mil. korun.¹² PMS uzavřela se společností SuperCom smlouvu dne 26. 9. 2017. V první fázi projektu získalo ministerstvo od SuperComu 280 náramků, provoz monitorovacího centra a školení zaměstnanců. V dalších šesti letech bude moci využívat až 2000 zařízení podle aktuální potřeby. Náklady na jednoho odsouzeného a jeden den domácího vězení byly vyčísleny na 130 Kč.¹³ Náramky byly testovány na zaměstnancích PMS, kdy bylo nutné „vyladit“ systém. **Ostrý start systému byl spuštěn v polovině září 2018.**¹⁴

Původně tedy nebylo vůbec počítáno s možností, že by elektronický monitoring byl využit i v případě vazby, jako omezení, které může zintenzivnit opatření nahrazující vazbu. Tato myšlenka se objevila postupně, a nakonec došlo k zapracování elektronického monitoringu (formou elektronické kontroly) do trestního řádu s účinností od 1. 7. 2016, z. č. 150/2016 Sb., a to do ustanovení § 73 odst. 4 TrŘ, současně se zavedením kontroly výkonu trestu domácího vězení § 334 b TrŘ a § 360a TrŘ výkon elektronické kontroly plnění povinností uložených v souvislosti s některým opatřením nahrazujícím vazbu.

Cílem této novely bylo zefektivnit kontrolu plnění podmínek a omezení uložených obviněnému v rámci některého opatření nahrazujícího vazbu, a to za pomoci využití elektronické kontroly. Tímto způsobem měla být zajištěna vyšší účinnost a častější ukládání opatření nahrazujících vazbu v případech, kdy není nezbytná nepřetržitá fyzická kontrola obviněného. Častější ukládání směřuje především na obviněné, u kterých vzhledem k jejich osobním poměrům a okolnostem případu není možné za současného stavu účelu vazby dosáhnout alternativním opatřením. Druhotným aspektem častějšího stíhání obviněných na svobodě má být i snížení stavu vězeňské populace a zachování sociálních vazeb (především zachování rodinných vazeb, zaměstnání a možnosti volnočasových aktivit) obviněných.

Z důvodové zprávy k z. č. 150/2016 Sb. vyplývá, že z poznatků získaných z dotazníkového šetření, Institut pro kriminologickou prevenci (dále jen IKSP) tento odhadl, že případný pozitivní dopad zavedení elektronického sledování jako alternativy za vazbu na vězeňskou populaci by mohl představovat (byť v závislosti na konkrétní podobě přijatého

11 MINISTERSTVO SPRÁVEDLNOSTI. *Ministerstvo spravedlnosti a Probační a mediační služba vypisují novou zakázku na tzv. „elektronické náramky“* [online]. Publikováno 5. 4. 2016 [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?o=23&j=33&k=6365&d=347925>

12 ČTK. Náramky pro vězně dodá firma SuperCom za 93 milionů korun. *Česká justice.cz* [online]. Publikováno 22. 2. 2017 [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <http://www.ceska-justice.cz/2017/02/naramky-pro-vezne-doda-firma-supercom-za-93-milionu-korun/>

13 ČTK. Probační služba uzavřela smlouvu na náramky pro vězně, řízení u ÚOHS stále trvá. *Česká justice.cz* [online]. Publikováno 26. 9. 2017 [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <http://www.ceska-justice.cz/2017/09/probacni-sluzba-uzavrela-smlouvu-na-naramky-pro-vezne-rizeni-u-uohs-stale-trva/>

14 ČTK. Ministerstvo v tichosti spustilo náramky pro vězně, zatím kontrolují 30 odsouzených. *Česká justice.cz* [online]. Publikováno 21. 9. 2018 [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <http://www.ceska-justice.cz/2018/09/ministerstvo-tichosti-spustilo-naramky-vezne-zatim-kontroluji-30-odsouzenych/>

řešení) snížení průměrného stavu osob vězněných ve vazební věznici k určitému dni o řádově desítky či několik málo stovek obviněných. Celkový počet obviněných, u kterých by bylo možno nahradit vazbu za použití elektronické kontroly, nicméně Vězeňská služba kvalifikovaně odhadla na cca 10 % vazebně stíhaných osob, tedy cca 200 osob.¹⁵

4 Elektronický monitoring jako institut nahrazující vazbu v zahraničí

Ke sjednocení praxe v jednotlivých evropských zemích při aplikaci elektronických monitorovacích systémů by mělo přispět i poslední doporučení Rady Evropy z 19. 2. 2014 CM/Rec (2014)4E,¹⁶ kde je výslovně zdůrazněno, že uplatňování těchto nových technologií v oblasti trestní politiky musí být přiměřené a dobře legislativně upravené, aby byly minimalizovány případné negativní vedlejší dopady na privátní sféru odsouzeného, resp. kontrolovaného.¹⁷ Systém elektronického monitoringu má v jednotlivých zemích široké využití, využívá se jako náhrada vazby, v případě výkonu trestu (např. domácího vězení), a také v případech podmíněného propuštění, a to jako tzv. front-door („vstupní“) nebo back-door („výstupní“) alternativa.

V některých evropských zemích (např. Anglie, Wales, Švýcarsko, Portugalsko, některé země Spolkové republiky Německo) je při nahrazování vazby v trestním řízení alternativními opatřeními využíván systém elektronického sledování, a to buď jako samostatné opatření nahrazující vazbu, nebo jako kontrolní prvek v případě nahrazení vazby některým jiným opatřením, které daný právní řád jako alternativu k vazbě připouští. Vždy se však jedná o opatření, jehož podstatou nebo součástí je povinnost obviněného zdržovat se v určenou dobu na stanoveném místě, přičemž elektronické sledování zajišťuje kontrolu plnění této povinnosti.

V Anglii a Walesu využívají možnost elektronického monitoringu vazebně stíhaných od roku 1995. Pokud jde o počty monitorovaných osob (údaje jsou k 31. 10. 2011), v případě vazby bylo sledováno 9 419 osob, jako samostatné trestní sankci nahrazující trest odnětí svobody se podrobilo 6 618 odsouzených. Elektronický dohled jako součást jiné trestní sankce mělo uloženo soudem 5 755 pachatelů. Při podmíněném propuštění bylo monitorováno 3 326 osob.¹⁸

¹⁵ Důvodová zpráva k zákonu č. 150/2016 ze dne 25. 5. 2015. *beck-online* [online]. [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=oz5f6mrqge3f6mjvgbpwi6romnqt&groupIndex=0&rowIndex=0>

¹⁶ *Doporučení CM/Rec (2014) 4, Výboru ministrů členských států o elektronickém monitoringu* [online] [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z https://www.pmscr.cz/download/Mezinarodni_spoluprace_DOPORUCENI_RADY_EVROPY_K_EL_MONITORINGU.pdf

¹⁷ SCHEINOST, Miroslav, Helena VÁLKOVÁ a kol. *Sankční politika a její uplatňování*. Praha: IKSP, 2015, s. 72–73.

¹⁸ MINISTERSTVO SPRÁVEDLNOSTI ČR. *Zabrániční zkušenosti s elektronickým monitoringem. Medailónky jednotlivých zemí – Anglie a Wales* [online] [cit. 1. 11. 2018]. Dostupné z: <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=6368&d=338780>

K širšímu rozpětí využití elektronického monitoringu na regionální úrovni se hlásí **Hessensko**. Variantami pro užití „náramků“ zde může být náhrada vazby, aplikace elektronického sledování jako součásti jiné trestní sankce, forma výkonu trestu odnětí svobody, sledování u podmíněného propuštění z výkonu trestu odnětí svobody a monitoring po propuštění z vězení. Ke konci roku 2012 bylo v rámci náhrady vazby sledováno 50 osob, jedna osoba po propuštění z výkonu trestu a u zbylých možností bylo souhrnně deklarováno využití elektronického monitoringu u 40 případů. Provozovateli jsou Probační služba a soukromá společnost, užívána je radiofrekvenční technologie sledování. Průměrná délka období, po které je potrestaná osoba sledována, činí 42 dní.¹⁹

Podle údajů k 31. 12. 2012 bylo v **Portugalsku** monitorováno 495 osob, kterým elektronický monitoring nahrazoval vazbu, 100 odsouzených bylo sledováno pomocí elektronického monitoringu v rámci alternativy k trestu odnětí svobody a 15 jedinců bylo kontrolováno při podmíněném propuštění z výkonu trestu odnětí svobody. Monitoringu v případech domácího násilí podléhalo 105 osob. O konci elektronického monitoringu v důsledku porušení podmínek rozhoduje soud, počet předčasných ukončení se pohybuje od cca 1 % u náhrady výkonu trestu odnětí svobody přes 3 % u náhrady vazby až po 4 % u pachatelů domácího násilí. U kontroly podmíněného propuštění nedochází dle portugalských materiálů k žádným selháním.²⁰

Ve **Francii** podle dostupných údajů k prosinci roku 2011 bylo v systému pomocí radiofrekvenční technologie monitorováno 190 osob, u kterých byla tímto opatřením nahrazena vazba, a téměř 8 tisíc osob, u nichž elektronický monitoring suploval trest odnětí svobody nebo byl prvkem kontroly při podmíněném propuštění z něj. Data o monitorování prostřednictvím systému GPS nebyla k dispozici. O ukončení elektronického sledování v důsledku porušení podmínek rozhoduje soudce, v případě podmíněného propuštění i státní zástupce. Míra předčasných ukončení činí dle francouzských pramenů necelých 7 % u náhrady vazby, cca 5 % u výkonu trestu odnětí svobody a prostého podmíněného propuštění z něj, u podmíněného propuštění s dohledem selhává však víc jak pětina (21 %) pachatelů.²¹

19 MINISTERSTVO SPRÁVEDLNOSTI ČR. *Zabrániční zkušenosti s elektronickým monitoringem. Medailónky jednotlivých zemí – Německo*. [online] [cit. 1. 11. 2018]. Dostupné z: <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=6368&d=338780>

20 MINISTERSTVO SPRÁVEDLNOSTI ČR. *Zabrániční zkušenosti s elektronickým monitoringem. Medailónky jednotlivých zemí – Portugalsko*. [online] [cit. 1. 11. 2018]. Dostupné z: <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=6368&d=338780>

21 MINISTERSTVO SPRÁVEDLNOSTI ČR. *Zabrániční zkušenosti s elektronickým monitoringem. Medailónky jednotlivých zemí – Francie*. [online] [cit. 1. 11. 2018]. Dostupné z: <http://portal.justice.cz/Justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=6368&d=338780>

5 Jak elektronický monitorovací systém funguje v ČR

Na organizaci činností spojených s elektronickou kontrolou prostřednictvím elektronického monitorovacího systému (dále jen EMS) se podílí místně příslušné středisko PMS, krajské oddělení EMS a operační středisko Ministerstva spravedlnosti.

Pro orgány činné v trestním řízení zůstává partnerem pro komunikaci při projednávání případu obviněného či odsouzeného **vedoucí případu** – probační pracovník místně příslušného střediska PMS, který odpovídá za celkové vedení případu, zpracovává stanovisko ke vhodnosti využití EMS, informuje soudce o průběhu výkonu trestu (omezení nahrazení vazby). **Specialista EMS** je probační úředník, který provádí v rámci působnosti oddělení EMS výlučně technické a provozní činnosti spojené se zajištěním EMS v terénu, zajišťuje instalaci koncových zařízení, řeší provozní incidenty, po technické stránce se podílí na posouzení podmínek pro výkon elektronické kontroly. Veškeré své poznatky předává vedoucímu případu, není tedy v přímém kontaktu s orgány činnými v trestním řízení. **Operační středisko MSp** provádí kontrolu monitorovaných osob v nepřetržitém provozu, při vzniku bezpečnostního či provozního incidentu bezodkladně kontaktuje monitorovanou osobu a řeší s ní aktuální situaci, informuje vedoucího případu o porušení podmínek elektronické kontroly monitorovanou osobou, neprodleně kontaktuje Policii ČR v případě bezpečnostního incidentu, tj. zásadního porušení podmínek monitorovanou osobou, u které bylo rozhodnuto o nahrazení vazby.

EMS je dostupný jako **webová aplikace**, která obsahuje všechny informace o monitorovaných a chráněných osobách, které jsou nezbytné pro výkon elektronické kontroly. K tomu využívá technická koncová zařízení. **Základnová stanice** je zařízení, které se umísťuje v obydlí monitorované osoby. Zařízení vysílá rádiový signál, jehož intenzitu lze nastavit podle velikosti obydlí tak, aby signál pokrýval obydlí v celém rozsahu. **Náramek** je zařízení připevňované na dolní končetinu monitorované osoby v oblasti kotníku pomocí pevně připojeného popruhu. Přerušení popruhu je automaticky hlášeno zaměstnanci operačního střediska EMS. Pokud náramek není v dosahu základnové stanice, aktivuje se modul GPS pro lokalizaci místa, ve kterém se náramek nachází. **Komunikátor**, který je poskytnut monitorované osobě, je vlastně mobilní telefon s instalovanými aplikacemi a slouží ke komunikaci zaměstnanců PMS a operačního střediska s obviněnou nebo odsouzenou osobou. Informační systém EMS přijímá, eviduje a vyhodnocuje údaje ze všech zařízení umístěných u monitorovaných osob. Pokud jsou získaná data v rozporu s nastavenými podmínkami výkonu trestu domácího vězení nebo v rozporu s povinnostmi uloženými v souvislosti s opatřeními nahrazujícími vazbu, upozorní ihned pracovníky operačního střediska EMS.

6 Praktické právní problémy s aplikací omezení podle § 73 odst. 4 TrŘ

Elektronická kontrola při náhradě vazby se do českého trestního práva dostala novelou trestního řádu provedenou z. č. 150/2016 Sb. s účinností od 1. 7. 2016. Doposud se toto omezení v praxi fakticky nevyužívalo s ohledem na skutečnost, že možnost elektronické kontroly nebyla dotažená do konce po technické stránce. Vše se změnilo v polovině září 2018, kdy byly první náramky nasazovány osobám ve výkonu trestu domácího vězení. Od 23. 9. 2018 byl poté spuštěn ostrý provoz EMS.

V rámci spuštění EMS došlo v průběhu září a října 2018 ke schůzkám mezi soudy, státními zastupitelstvími a PMS jak na okresních, tak krajských úrovních, které měly připravit hladké fungování systému. Během těchto pracovních schůzek se však objevily i některé právní problémy s možností využití elektronické kontroly podle § 73 odst. 4 TrŘ jako omezení v případě náhrady vazby.

Podle § 73 odst. 4 TrŘ v souvislosti s nahrazením vazby některým opatřením uvedeným v § 73 odstavci 1 TrŘ může orgán rozhodující o vazbě rozhodnout o výkonu elektronické kontroly plnění povinností uložených v souvislosti s tímto opatřením prostřednictvím elektronického kontrolního systému umožňujícího detekci pohybu obviněného, jestliže obviněný slíbí, že při výkonu elektronické kontroly poskytne veškerou potřebnou součinnost. Před tím orgán rozhodující o vazbě obviněného poučí o průběhu elektronické kontroly.

Z výše uvedeného ustanovení tedy vyplývá, že samotná elektronická kontrola není dalším opatřením nahrazujícím vazbu (těmi zůstávají opatření uvedená v § 73 odst. 1 TrŘ a § 73a TrŘ), ale toliko omezením, které umožňuje výše uvedené opatření učinit efektivnější, obdobně jako zákaz vycestování podle § 73 odst. 5 TrŘ.

S ohledem na míru a rozsah zásahů do osobní a soukromé sféry obviněného, jakož i s ohledem na potřebu jeho aktivní součinnosti při výkonu elektronické kontroly se však vyžaduje, aby orgán rozhodující o vazbě před rozhodnutím o elektronické kontrole obviněného relativně podrobně poučil o průběhu elektronické kontroly (tj. o povaze a intenzitě zásahu do jeho základních práv a svobod, jež výkon kontroly představuje), a aby o výkonu elektronické kontroly rozhodl, pouze pokud obviněný slíbí, že při výkonu elektronické kontroly poskytne veškerou potřebnou součinnost. Důvodem tohoto požadavku je skutečnost, že v případě negativního postoje obviněného k výkonu elektronické kontroly nelze rozumně předpokládat, že obviněný dostojí všem podmínkám této kontroly.²² V případech, kdy slib a vyjádření obviněného nebudou dostačovat k posouzení vhodnosti elektronické kontroly, má orgán rozhodující o vazbě možnost si za účelem kvalifikovaného rozhodnutí vyžádat zprávu probačního úředníka obsahující zjištění o možnostech výkonu elektronické kontroly uložených povinnostech a k nahrazení vazby přistoupit až po jejím posouzení.

²² Současně náramek se dá jednoduše pomocí ostrého nástroje odstranit.

Obdobně možnost uložit elektronický monitoring vedle dalších institutů nahrazujících vazbu pojímá i metodický materiál PMS, označený jako „**informace pro soudce a státní zástupce k součinnosti s Probační a mediační službou v rámci zajištění elektronického monitoringu**“.²³

Právě předchozí šetření a vyžadování zprávy, preferované PMS (možná oprávněně), poněkud komplikuje ukládání omezení podle § 73 odst. 4 TrŘ již v řízení o vzetí do vazby (§ 68 TrŘ), případně i využití tohoto omezení při žádosti obviněného o propuštění z vazby (§ 71a TrŘ). Důvodem komplikace je skutečnost, že prověření možnosti elektronické kontroly při nahrazení vazby vyžaduje, aby **PMS měla jednak možnost prověřit realnost výkonu elektronické kontroly** v bydlíšti obviněného, jednak **nelze docílit v současné době instalaci technických koncových zařízení (především náramku) ihned**, nejlépe v jednacím síni soudu po právní moci rozhodnutí.

6.1 Nutnost předběžného šetření PMS

Jak vyplývá z manuálu PMS, je nutné před samotnou instalací náramku provést **předběžné šetření, které realizuje PMS**. Cílem předběžného šetření je ověřit, zda jsou v daném případě splněny potřebné podmínky a předpoklady pro využití elektronického monitoringu, a to:

- základní technické podmínky nezbytné pro fungování EMS v obydlí (např. pokrytí signálem GPS/GSM, stabilní zdroj elektriny, charakter obydlí, možnosti jeho bezproblémového zaměření technologií EMS apod.),
- přítomnost rizikových a jiných skutečností v aktuální životní situaci pachatele, které mohou mít podstatný vliv na zajištění elektronického monitoringu (např. zdravotní omezení, druh zaměstnání, stabilita bydlení, rodinná a sociální situace, problémové užívání alkoholu či OPL apod.).

Předběžné šetření zahrnuje především osobní konzultace s obviněným, návštěvu v místě předpokládaného výkonu elektronické kontroly, poučení obviněného o podmínkách výkonu elektronické kontroly a zajištění jeho stanoviska k možnosti využití elektronického monitoringu, ale také konzultace s osobami, kterým případné využití EMS zasáhne do běžných zvyklostí (např. rodinní příslušníci, spolubydlíci). Předběžné šetření je z hlediska PMS důležité, aby bylo možné předejít nevhodnému uložení elektronické kontroly v případech, které svou povahou vylučují efektivní a účelné využití EMS, v některých případech předejít následné nemožnosti fakticky zajistit elektronickou kontrolu.

Nelze nic namítat proti předběžnému šetření PMS, je to krok správným směrem především u výkonu trestu domácího vězení (§ 60 TrZ), nebo při přeměně trestu odnětí svobody v trest domácího vězení (§ 57a TrZ), nicméně není příliš vhodné při rozhodování

²³ Jedná se materiál, který není volně šířen a je podkladem pro spolupráci mezi soudy, státním zastupitelstvím a PMS.

o vazbě. Tím důvodem je doba, kterou PMS potřebuje k tomu, aby předběžné šetření provedla, a **ta je v trvání 3 týdnů**. Tato doba nám vylučuje možnost doplnit elektronickou kontrolou opatření nahrazující vazbu jednak při vzetí do vazby (§ 68 TrŘ), ale i v případě žádosti o propuštění z vazby (§ 71a TrŘ). V případě vzetí do vazby má soud na rozhodnutí 24 hodin (§ 77 odst. 2 TrŘ). V případě podané žádosti o propuštění z vazby sice konkrétní lhůty k rozhodnutí stanoveny nejsou, ale § 71a TrŘ uvádí, že má být rozhodnuto bez zbytečného odkladu. Novela 459/2011 Sb. s účinností od 1. 1. 2012 sice vypustila pětidenní pořádkovou lhůtu stanovenou pro rozhodnutí soudu o žádosti obviněného o propuštění na svobodu, nadále se však vychází z povinnosti rozhodnout „bez zbytečného odkladu“ (§ 71a třetí věta TrŘ).²⁴ Soud je pak povinen o takové žádosti rozhodnout bez zbytečného odkladu, což znamená, že musí rozhodnutí učinit bez průtahů.²⁵ Takovou lhůtou pak nejsou tři týdny.

Komplikované bude i využití této možnosti při prodlužování vazby v přípravném řízení podle § 72 odst. 1 TrŘ a to proto, že státní zástupce, pokud sám dříve nedospěje k závěru, že je možné vazbu nahradit některým opatřením s omezením elektronické kontroly, pak je povinen soudu předložit návrh na prodloužení vazby nejpozději 15 dní před uplynutím lhůty tří měsíců (§ 72 odst. 2 TrŘ). Z praxe je známo, že státní zástupci nepodávají návrhy na prodloužení vazby až poslední den lhůty, nicméně stává se velmi výjimečně, aby návrh přišel 3 týdny před koncem lhůty podle § 72 odst. 1 TrŘ.

Pokud bychom přistoupili na výše uvedenou argumentaci PMS, bylo by možné v rámci vazebního řízení nahradit vazbu některým z opatření podle § 73 odst. 1 TrŘ, které zpřísníme elektronickou kontrolou toliko v soudním stadiu řízení, kde má soudce větší časový prostor, pro provedení předběžného šetření ze strany PMS. Bylo by možné využít tohoto omezení při rozhodování podle § 72 odst. 3 TrŘ (po podání obžaloby), kde má soudce na rozhodnutí 30 dní, nebo v případě, pokud v soudním stadiu bude prodlužovat vazbu podle § 72 odst. 1 TrŘ co 3 měsíce. V přípravném řízení přichází v úvahu využití elektronického monitoringu pouze tehdy, pokud rozhodne sám státní zástupce o propuštění z vazby na svobodu.

Komplikací však je, že trestní řád takto využití omezení podle § 73 odst. 4 TrŘ neomezuje, resp. tyto technické záležitosti příliš neřeší a tím vzniká řada otázek. Trestní řád nevylučuje elektronický monitoring v situacích, kdy nejsme technicky připraveni tuto možnost využít. Jaká bude reakce především Ústavního soudu? Můžeme vyloučit z možnosti nahrazení vazby opatřením zpřísněným elektronickou kontrolou výše uvedené osoby, pokud nám zákon dosah tohoto institutu nijak neomezuje?

Jistou roli může hrát to, že elektronická kontrola sama o sobě není opatření, kterým je možné vazbu nahradit, alespoň to tak nevyplývá ze zákonného znění, ale pouze

²⁴ ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní řád. Komentář*. 7. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 819.

²⁵ Ibid., s. 822.

umožňuje opatření nahrazující vazbu zintenzivnit. Nicméně je zřejmé, že bude daleko pravděpodobnější, že soud z vazby pustí nebo do ní nevezme obviněného, který jednak složí písemný slib podle § 73 odst. 1 písm. b) TrŘ a jednak mu bude uložena elektronická kontrola, než obviněnému, který sice složí písemný slib, ale elektronická kontrola mu uložena nebude.

Navíc v ustanovení § 73 odst. 6 TrŘ již trestní řád o elektronickém monitoringu hovoří jako o omezení a současně stanoví pravidla, za jakých okolností může obviněný žádat zrušení takového omezení. Tato pravidla mají velmi blízko k pravidlům, na základě kterých se rozhoduje o propuštění z vazby.²⁶ Je tedy možné uzavřít, že opatření podle § 73 odst. 1 TrŘ doplněné omezením podle § 73 odst. 4 TrŘ dává obviněnému daleko větší možnost na propuštění z vazby (či propuštění se zadržení) než v případě bez tohoto omezení.

Nelze ani neupozornit, že záměr zákonodárce byl jiný. V důvodové zprávě k z. č. 150/2016 Sb. se lze dočíst, že původně bylo zvažováno více variant jak s omezením podle § 73 odst. 4 TrŘ naložit. Mimo jiné, bylo pracováno také s variantou, že soud bude mít povinnost ve všech případech předtím, než uloží omezení podle § 73 odst. 4 TrŘ, si vyžádat stanovisko PMS. Tato varianta však byla odmítnutá, s poukazem na skutečnost, že stanovení povinnosti soudu vyžádat si ve všech případech před rozhodnutím o elektronické kontrole zprávu PMS se nejeví jako vhodné.²⁷ Především bylo zdůrazněno, „... že soud rozhoduje o vzetí do vazby v přísných zákonných lhůtách, nebude přicházet v úvahu, aby měl zprávu PMS k dispozici již při tomto rozhodování. Pokud by přicházelo v úvahu stíhání obviněného na svobodě pouze za současného uložení elektronické kontroly, bez níž by mohl být obrožen účel vazby, byl by soud nucen obviněného nejprve vzít do vazby a o případném nahrazení vazby některým alternativním (elektronicky kontrolovaným) opatřením rozhodnout až dodatečně, zpravidla při přezkoumávání trvání důvodů vazby, kdy by měl již zprávu PMS k dispozici. Možnost takto omezeného postupu soudu by však představovala pro obviněné, u nichž by objektivně byly splněny podmínky pro výkon elektronické kontroly uložených povinností na svobodě, výrazný zásah do jejich ústavně zaručených práv a svobod.“²⁸ Zákonodárce tedy počítá s tím, že nahrazení vazby některým z opatření podle § 73 odst. 1, § 73a TrŘ a uložení omezení elektronickou kontrolou bude možné již při vzetí do vazby. Nemůžeme tedy takovou možnost zamítnout jen na základě konstatování, že PMS nebude mít časový prostor k provedení předběžného šetření. Je zjevné, že v krátkých

²⁶ Obviněný má právo kdykoliv žádat o zrušení omezení podle § 73 odst. 4 TrŘ. O takové žádosti musí orgán rozhodující o vazbě rozhodnout bez zbytečného odkladu. Byla-li žádost zamítnuta, může ji obviněný, neuvede-li nové důvody, opakovat až po uplynutí tří měsíců ode dne nabytí právní moci rozhodnutí.

²⁷ Důvodová zpráva k zákonu č. 150/2016 ze dne 25. 5. 2015. *beck-online* [online]. [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=oz5f6mrqge3f6mjvgbpwi6romnqtc&groupIndex=0&rowIndex=0>

²⁸ Důvodová zpráva k zákonu č. 150/2016 ze dne 25. 5. 2015. *beck-online* [online]. [cit. 10. 11. 2018]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=oz5f6mrqge3f6mjvgbpwi6romnqtc&groupIndex=0&rowIndex=0>

lhůtách toto předběžné šetření nebude schopen provést nikdo, a tak se dostáváme k otázce, zda tuto možnost vyloučit úplně, a nebo ji provést „nějak v zákonné lhůtě“. Jedinou možností, jak získat informace zjišťované při předběžném šetření v krátké lhůtě podle § 77 odst. 2 TrŘ je, aby tyto informace důležité pro efektivní elektronickou kontrolu zjistil soudce v rámci vazebního zasedání. Nebude však možné tyto skutečnosti ověřit místním šetřením.

Soudce tedy bude mít dvě možnostmi řešení:

1. Důvěřovat informacím, kterými toho času disponuje (většinou získaných jen z výsledku obviněného, případně spisu) a rozhodnout o nahrazení vazby dohledem s využitím elektronické kontroly, nebo rozhodnout o nahrazení vazby jiným opatřením.
2. Rozhodnout o vzetí do vazby a v dalším řízení o nahrazení vazby pověřit PMS zjištěním podmínek pro využití elektronické kontroly.

PMS argumentuje, že je na místě postup podle bodu 2), kdy má za to, že tento postup koresponduje s vyjádřením Oddělení trestněprávní legislativy Ministerstva spravedlnosti, které uvedlo, že „...*jsou-li dány vazební důvody a soud má pochybnost o vhodnosti uložení náhradního opatření za současného uložení elektronického monitoringu, může být při splnění zákonných podmínek rozhodnuto o vzetí obviněného do vazby a vyžádána od PMS zpráva k možnosti využití EMS a na základě předložené zprávy PMS následně může být rozhodnuto o nahrazení vazby za současného využití EMS.*“²⁹

Pokud bychom uvažovali o variantě 1), pak bude muset soud ze spisového materiálu, a především výsledku obviněného u vazebního zasedání důkladně posoudit, zda u obviněného nejsou přítomny zásadní překážky bránící výkonu elektronické kontroly (aniž by byl soud schopen tyto informace ověřit) a současně bude muset obviněného poučit o podmínkách, povinnostech a omezeních spojených s elektronickou kontrolou a vyžádat slib obviněného, že se bude ve stanoveném čase zdržovat ve svém obydlí a bude při výkonu omezení nahrazení vazby poskytovat veškerou potřebnou součinnost. Zásadními překážkami bránícími výkonu elektronického monitoringu jsou:

- nestabilní bydlení (pachatel často mění místo pobytu, zdržuje se na ubytovnách, je zcela bezprizorní, je ohrožen ztrátou bydliště např. z důvodů neplnění závazků nebo zadluženosti apod.),
- absence stabilního přívodu elektrické energie v obydlí obviněného,
- absence pokrytí signálem GPS/GSM (v současné době službu poskytuje mobilní operátor O2) v oblasti, v níž se obydlí nachází,
- absence vhodného místa v obydlí pro umístění základnové stanice nebo hrozba, že bude stanice v obydlí vystavena neoprávněné manipulaci,

²⁹ PROBAČNÍ A MEDIAČNÍ SLUŽBA. *Informace pro soudce a státní zástupce k součinnosti s probační a mediační službou v rámci zajištění elektronického monitoringu*. 2018, s. 11.

- přítomnost prokazatelného zdravotního omezení obviněného, které vylučuje nebo výrazně omezuje možnost nošení elektronického náramku (např. má kardiostimulátor, kožní onemocnění, bércové vředy, často podstupuje vyšetření prostřednictvím CT nebo magnetické rezonance),
- nedostatečná schopnost obviněného obsluhovat monitorovací zařízení a tato zařízení udržovat v chodu pravidelným nabíjením.³⁰

PMS oprávněně namítá, že pokud nedojde k předběžnému šetření, nelze zaručit bezproblémový výkon elektronické kontroly. Mohou nastat i situace, kdy elektronickou formu kontroly nebude možno zajistit vůbec (například ze zdravotních důvodů obviněného, z důvodů technického charakteru apod.) a případ bude vyžadovat další rozhodnutí orgánu činného v trestním řízení.

Je tedy možné uzavřít, že neexistuje dobré řešení, jen dvě nedostatečná. Buď soudy budou rozhodovat samy o možnostech uložení omezení podle § 73 odst. 4 TrŘ, bez možnosti faktického ověření překážek bránících výkonu elektronické kontroly, nebo tuto možnost nevyužijí, případně takový návrh obhajoby budou zamítnat s odkazem na nemožnost provést předběžné šetření ze strany PMS (vedoucí k vyloučení překážek bránící elektronickému monitoringu) v případě vzetí do vazby podle § 68 odst. 1 TrŘ, v případě žádosti o propuštění z vazby podle § 71a TrŘ, případně i v případě prodloužení vazby v přípravném řízení podle § 72 odst. 1 TrŘ (v návaznosti na § 72 odst. 2 TrŘ). Pro takové zamítnutí však nemají soudy zákonný podklad, jelikož trestní řád uložení omezení podle § 73 odst. 4 TrŘ v těchto případech nevylučuje. Obávám se, že především Ústavní soud s tímto postupem souhlasit nebude.

6.2 Nemožnost instalovat náramek v době rozhodnutí

Ještě bych rád poukázal na jeden problém související s omezením podle § 73 odst. 4 TrŘ ve vztahu k vazbě. PMS neumí zahájit elektronickou kontrolu v době, kdy pachatel bude ze zadržení (nebo z vazby) propuštěn. Představa PMS je taková, že soudy obviněného propustí, uloží mu povinnost dostavit se v konkrétní lhůtě na PMS (2–5 dní). Propuštěný obviněný si dojde na místně příslušné středisko PMS, zde si na něj vezmou telefonický kontakt, vyrozumí specialistu EMS, a ten bude v rámci dní (dle svého pracovního vytížení) kontaktovat propuštěného obviněného. Domluví si s ním schůzku v jeho bydlišti a teprve poté nainstaluje základovou stanici a propuštěnému obviněnému nasadí náramek, čímž konečně fakticky bude zahájena elektronická kontrola. Specialista EMS totiž za současného stavu věci provádí instalaci a deinstalaci koncových zařízení jen v pracovní dny od 08:00 do 16:30. Po pracovní době nebo o víkendech nezajišťuje instalaci a aktivaci nových případů. Obávám se, že tento přístup také nepřispěje k většímu využití tohoto institutu jako náhrady vazby. Myslím si, že pro řadu soudců bude

³⁰ PROBAČNÍ A MEDIAČNÍ SLUŽBA. *Informace pro soudce a státní zástupce k součinnosti s probační a mediační službou v rámci zajištění elektronického monitoringu*. 2018, s. 15.

nepředstavitelné, že obviněný, u něhož shledávají například útekový důvod vazby, bude nekontrolován v řádu několika dnů od svého propuštění z vazby.

Závěr

Elektronický monitoring má velký potenciál nejen u trestu domácího vězení či přeměně trestu odnětí svobody na trest domácího vězení, ale i v případě náhrady vazby. Pokud bude zajištěná lokalizace obviněného (bude známo, kde se v dané chvíli nachází), pak je zbytečné spoustu obviněných ve vazbě držet nebo do vazby brát. Není příliš reálné, že se obviněný pokusí skrývat, když má na noze náramek s GPS, stejně tak se nejeví reálné, že by případně pokračoval v trestné činnosti, když záznam s lokalizací jeho pohybu je uchovávan po dobu 1 roku³¹ a na základě žádosti přístupný orgánům činným v trestním řízení.

Problém je však v nastavení systému. Má původní představa byla, že poté co mi jako soudci přivedou zadrženou osobu a zjistím, že je u ní dán vazební důvod, který lze nahradit, tak nahradím vazbu opatřením podle § 73 odst. 1, případně § 73a TrŘ a současně uložím omezení podle § 73 odst. 4 TrŘ, které bude realizováno „ihned“. Ještě než obviněný opustí budovu soudu, bude mít na noze náramek, který bude signalizovat polohu obviněného, a pokud se obviněný pokusí náramek sundat, „ihned“ zakročí PČR. Takový systém by měl smysl, takový systém by řešil otázku přeplněnosti věznic a omezil by množství trestních stíhání, která jsou vedena vazebně.

Systém, tak jak je nastaven nyní, však nepovede k výše uvedenému cíli. Je zřejmé, že snahou ministerstva spravedlnosti je spustit systém, který byl původně plánován pro trest domácího vězení. Možná proto, že se objevila obava, že nebude dostatek osob, kterým by byl trest domácího vězení uložen, došlo k rozšíření využití elektronického monitoringu i na otázku vazby, aniž by proběhla podrobná diskuze. Stejný systém, který může fungovat u trestu domácího vězení, nebude fungovat u vazby.

Vítám možnost elektronického monitoringu obviněných či odsouzených, především u trestu domácího vězení, převodu z nepodmíněného trestu odnětí svobody do domácího vězení a snad časem se prosadí možnost elektronického monitoringu i při podmíněném propuštění (nyní je to možné jen v případě předčasného podmíněného propuštění podle § 88 odst. 2 TrŘ), ale u vazby tento systém tak jak je nastaven příliš fungovat nebude. Aby tento systém fungoval lépe, bylo by třeba především, aby specialista EMS byl k dispozici 24 hodin denně 7 dní v týdnu, aby byl schopen propuštěnému obviněnému náramek nasadit v krátkém časovém úseku od rozhodnutí soudu. Instalovat základovou stanici je možné i později. Pokud je obviněný propuštěn z vazby, je prioritní, aby byl pod kontrolou, aby ho bylo možné lokalizovat. K tomu stačí, aby byl obviněnému dán náramek, už ten sám o sobě dokáže osobu lokalizovat. Navíc oproti trestu

³¹ Záznam s pohybem obviněného je uchovávan po dobu 1 roku operačním střediskem.

domáciho vězení nemusí být ani nutností, aby obviněný měl stálé bydliště. Musí mít jen přístup k elektrické energii, aby mohl náramek dobíjet, což by bylo možné vyřešit v rámci dohledu v budovách PMS. Pokud budeme vyžadovat předběžné šetření, mohla by PČR již v rámci zadržení prověřit překážky bránící elektronickému monitoringu (jde především o ověření místa výkonu omezení, přítomnost signálu GPS a přívod elektrické energie). Pokud opravdu chceme elektronickou kontrolou vazbu nahrazovat, nevyhneme se do budoucna konkrétně zaměřené diskuzi, která umožní elektronickou kontrolu využívat častěji, aniž by došlo k ohrožení účelu vazby.

Zaist'ovanie digitálnych dôkazov v cezhraničných situáciách*

Gathering Digital Evidence in Cross-border Situations

Jozef Záhora**

Abstrakt

Skutočnosť, že internet je médium, ktoré nepozná hranice spôsobuje, že elektronické služby môžu byť poskytované z ktoréhokoľvek miesta na zemi bez toho, aby sa vyžadovala fyzická prítomnosť poskytovateľa v štáte, kde sa elektronické služby ponúkajú. Internet však môže byť tiež zneužitý ako prostriedok na páchanie alebo ulahčenie páchania trestného činu, vrátane závažnej kriminality ako napr. teroristických útokov. V tomto prípade kyberpriestor je často jediným miestom, kde vyšetrovatelia môžu získať a zaistiť stopy, na základe ktorých sa preukáže, kto trestný čin spáchal a získané dôkazy môžu byť použité pri súdnom konaní. Preto je potrebné vytvorenie účinných mechanizmov na získanie digitálnych dôkazov aj v cezhraničných situáciách. Súčasná situácia sa javí ako neuspokojivá a často prináša zastavenie trestného stíhania z dôvodu dôkaznej núdze. S cieľom ulahčiť a zrychlíť získanie elektronických dôkazov justičnými orgánmi, ktoré sú potrebné na vyšetrovanie trestného činu a následnú obžalobu, Komisia predstavila nové pravidlá, ktoré zabezpečia vytvorenie Európskeho príkazu na predloženie dôkazov, Európskeho príkazu na uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach a zavádza povinnosť poskytovateľov elektronických služieb určiť právneho zástupcu v Európskej únii.

Klíčová slova

E-dôkaz; elektronický dôkaz; elektronické služby; príkaz na predloženie dôkazov; príkazu na uchovanie elektronických dôkazov.

Abstract

The borderless of the Internet, causes that electronic services can be provided from anywhere in the world and it is not necessarily required a presence of this person in a State where the services are offered. However, the Internet can also be misused as tools to commit or facilitate crimes, including serious crimes such as terrorist attacks. When that happens, the cyberspace is often the only place where investigators can find leads to determine who committed a crime and obtain evidence that can be used in court. They can be often the only evidence law which can be collected by enforcement authorities. Therefore, effective mechanisms to obtain digital evidence are of the essence also in cross-border situations. However, present-day solutions too often prove unsatisfactory, bringing investigations to a halt because lack of evidence. To make it easier and faster for law enforcement and judicial authorities to obtain the electronic evidence they need to investigate and eventually prosecute criminals and terrorists, the Commission proposed new rules which will create a European Production Order, create a European Preservation Order and oblige electronic service providers to designate a legal representative in the Union.

* Táto práca bola podporovaná Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-15-0272/ This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under the contract no. APVV-15-0272.

** Prof. JUDr. Jozef Záhora, PhD., Fakulta práva, Paneurópska vysoká škola, Bratislava, Slovensko / Faculty of Law, Paneuropean University, Bratislava, Slovak Republic / E-mail: jozef.zahora@paneurouni.com

Keywords

E-evidence; Electronic Evidence; Electronic Services; Production Order; Preservation Order.

Úvod

Koniec minulého a začiatok tohto storočia je charakteristický masovým rozvojom využívania počítačov. Počítače sa dnes používajú skoro vo všetkých oblastiach ľudského života, či už v oblastiach komunikácie, výroby, vzdelávania, zdravotníctva a v neposlednom rade aj v oblasti zábavy. Postupom času počítače stále viac nahrádzajú a podporujú rôzne ľudské činnosti. Spolu so zavádzaním počítačov sa vyskytuje aj „nový“ fenomén, a to páchanie trestnej činnosti, ktorá súvisí s počítačmi. Tento fenomén býva označovaný ako „počítačová kriminalita“, „kriminalita informačných technológií“, v anglickom jazyku sa môžeme stretnúť s označením „Computer crime“, „Cybercrime“, „Computer-related crime“, „Information Technology crime“, a „High-tech crime“.¹

Počítačová kriminalita ako jedna z oblastí súčasnej kriminálnej činnosti, ktorej rozmach je zaznamenaný najmä v ostatných desaťročiach v súvislosti s nástupom digitálneho veku, je súborom protiprávných konaní, ktorých hlavným znakom je využívanie informačných technológií, najmä počítačov, na páchanie trestnej činnosti. Jej rozmach je priamoúmerný postupujúcej informatizácii a „internetizácii“ spoločnosti.² Keďže odhaľovanie, dokumentovanie počítačovej kriminality a zaistovanie digitálnych stôp, vzhľadom na nadnárodný rozmer je zložité, počítačová trestná činnosť dokáže pri malom riziku prinášať vysoké zisky.³

Podľa prieskumu spoločnosti Norton,⁴ v on-line prostredí sa odohráva čoraz viac našich každodenných aktivít a obchodných transakcií. To isté platí aj pre páchanie trestnej činnosti – každým dňom sa stáva obeťou počítačovej kriminality viac ako milión ľudí na celom svete. V uvedenom prieskume, ktorý bol vykonaný na vzorke 21 549 dospelých respondentov z 20 najväčších ekonomík⁵ sa zistilo, že v uvedených krajinách bolo počítačovou kriminalitou postihnutých 978 miliónov ľudí. V dôsledku toho, obeť počítačovej kriminality, celosvetovo utrpeli ujmu 172 miliárd USD – v priemere 142 USD

1 Bližšie ZÁHORA, J. Počítačová kriminalita v európskom kontexte. In: *Justičná revue: časopis pre právnu prax*, 2005, roč. 57, č. 2, s. 207 a nasl.

2 Porovnaj ZÁHORA, J. Aktuálne trendy v postihu počítačovej kriminality v Slovenskej republike. In: *Justičná revue: časopis pre právnu teóriu a prax*, 2016, roč. 68, č. 3, s. 324.

3 Porovnaj Návrh Smernice Európskeho parlamentu a Rady o útokoch na informačné systémy, ktorou sa zrušuje rámcové rozhodnutie Rady 2005/222/SVĽ {SEK(2010) 1122 final} {SEK(2010) 1123 final}.

4 2017 Norton Cyber Security Insights Report. *Norton By Symantec* [online]. Dostupné z: http://now.symantec.com/content/dam/norton/global/pdfs/norton_cybersecurity_insights/NCSIR-global-results-US.pdf

5 Severná Amerika: USA a Kanada; Európa a Stredný východ: Francúzsko, Nemecko, Taliansko, Holandsko, Španielsko, Švédsko, Spojené arabské emiráty, Veľká Británia; Ázia a Pacifik: Austrália, Čína, Hongkong, India, Indonézia, Japonsko, Nový Zéland, Singapur; Latinská Amerika: Brazília a Japonsko.

na obeť – a každá obeť sa musela takmer 24 hodín (tri pracovné dni), venovať odstraňovaním následkov spáchaného trestného činu.

Ako už bolo uvedené, počítačová kriminalita je nadnárodný fenomén a preto sa riešeniu tejto problematiky venujú viaceré medzinárodné resp. nadnárodné organizácie. Z medzinárodných nástrojov možno spomenúť predovšetkým Dohovor o počítačovej kriminalite⁶, ktorý možno považovať za najkomplexnejší nástroj na boj proti počítačovej kriminalite, obsahujúci jednak hmotnoprávne ustanovenia ale aj procesné ustanovenia a ustanovenia o medzinárodnej spolupráci.⁷

Hoci tento Dohovor možno považovať za výrazný pokrok v boji proti počítačovej kriminalite, ešte stále existuje množstvo prekážok, ktoré na európskej úrovni bránia účinnému vyšetrovaniu počítačovej kriminality a stíhaniu páchatel'ov. Patria medzi ne predovšetkým: hranice jurisdikcie, nedostatočná schopnosť výmeny spravodajských informácií, technické problémy pri pátraní po pôvode páchatel'ov počítačovej kriminality, odlišná úroveň odborných kapacít v oblasti vyšetrovania a forenznej vedy, nedostatok školeného personálu a nekonzistentná spolupráca s ostatnými zúčastnenými stranami zodpovednými za kybernetickú bezpečnosť.⁸

Na získanie digitálnych dôkazov je nevyhnutná justičná spolupráca a vzájomná právna pomoc, no tento proces je v súčasnosti príliš pomalý a zdĺhavý. Takmer dve tretiny zločinov páchaných v súčasnosti, pri ktorých sa elektronické dôkazy nachádzajú v inej krajine, nie je možné riadne vyšetriť alebo trestne stíhať, najmä vzhľadom na čas potrebný na zhromaždenie týchto dôkazov alebo kvôli roztrieštenosti právneho rámca.⁹

1 Digitálny dôkaz

Pri odhaľovaní a vyšetrovaní počítačovej kriminality digitálne dôkazy predstavujú kľúčový nástroj na preukázanie spáchania trestného činu a zistenie páchatel'a.¹⁰ Vzhľadom na to, že spomínaný Dohovor o počítačovej kriminalite neuvádza definíciu elektronického dôkazu, pre potreby tohto článku sa pokúsime na základe dostupných zdrojov vymedziť pojem elektronický dôkaz.

⁶ Dohovor o počítačovej kriminalite. Oznámenie MZV SR č. 137/2008 Z. z.

⁷ Bližšie ZÁHORA, J. Počítačová kriminalita v európskom kontexte. In: *Justičná revue: časopis pre právnu prax*, 2005, roč. 57, č. 2, s. 207 a nasl.; IVOR, J., L. KLÍMEK a J. ZÁHORA. *Trestné právo Európskej únie a jeho vplyv na právny poriadok Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2013, s. 316 a nasl.

⁸ Oznámenie Komisie Rade a Európskemu parlamentu. Riešenie otázok trestnej činnosti v digitálnom veku: zriadenie európskeho centra boja proti počítačovej kriminalite. V Bruseli 28. 3. 2012, COM(2012) 140 final, s. 3.

⁹ Pozri Európska komisia – Tlačová správa. Bezpečnostná únia: Komisia uľahčuje prístup k elektronickým dôkazom, Brusel 17. apríl 2018.

¹⁰ ABELOVSKÝ, T. Zaisťovanie elektronického dôkazu vo svetle rekodifikácie. In: *Revue pro právo a technologie*, 2015, č. 11, s. 30.

Americkí autori¹¹ digitálny dôkaz resp. elektronický dôkaz definujú ako údaje obsahujúce akékoľvek dôkazné informácie, uložené alebo prenášané v digitálnej forme, ktoré môže strana súdneho konania použiť na súde. Uvedení autori zdôrazňujú rozdiel medzi elektronicky uloženými informáciami (*Electronically Stored Information – ESI*) a elektronicky prezentovanými dôkazmi, čím rozumejú proces používania počítača a projektora resp. video monitora na zobrazenie obrázkov alebo videa na súde alebo hlavnom pojednávaní.

Podľa definície Európskej Komisie, elektronickými dôkazmi sa rozumejú rôzne druhy údajov v elektronickej forme, jednak samotné „**obsahové údaje**“ napr. IP adresy, e-mail, fotografie, videá alebo používateľské mená, alebo „**prevádzkové údaje**“¹² ktoré sú dôležité pre trestné konanie. Tieto typy údajov sú často nenahraditeľné pri vyšetrovaní počítačových trestných činov s cieľom identifikovať osobu alebo získať informácie o jej aktivitách.¹³

Na základe uvedeného, za digitálny dôkaz budeme považovať všetky druhy údajov prenášaných do počítačového systému, z neho, alebo v jeho rámci, alebo uchovávaných v elektronickej forme na príslušnom médiu ako počítačové údaje. Počítačovými údajmi budeme rozumieť záznam skutočností, informácií alebo pojmov vo forme, ktorá je vhodná na spracovanie v počítačovom systéme, vrátane programu schopného spôsobiť, že počítačový systém vykoná určitú činnosť.¹⁴ Tieto počítačové údaje môžu mať jednak charakter obsahových alebo prevádzkových údajov.

2 Dohovor o počítačovej kriminalite

Ako už bolo uvedené, najkomplexnejším nástrojom pre kontrolu počítačovej kriminality je Dohovor o počítačovej kriminalite. Prijatiu uvedeného Dohovoru predchádzali dve odporúčania. Jedno z roku 1989, týkajúce sa predovšetkým hmotnoprávných otázok¹⁵ a druhé z roku 1995, týkajúce sa procesných otázok.¹⁶ Krátko na to, v novembri 1996 bola zriadená expertná skupina, ktorej úlohou bolo zaoberať sa počítačovou kriminalitou

¹¹ ALLEN, J. a A. HALLENE. Digital Evidence. In: *American Journal of Family Law*, 2018, roč. 32, č. 1, Spring, s. 21.

¹² Údaje týkajúce sa komunikácie prostredníctvom počítačového systému vytvorené počítačovým systémom, ktorý tvoril súčasť komunikačného reťazca, s uvedením pôvodu, cieľa, trasy, času, dátumu, objemu a trvania komunikácie alebo typu služby [čl. 1 písm. d) Dohovoru o počítačovej kriminalite].

¹³ European Commission – Fact Sheet. Frequently Asked Questions: New EU rules to obtain electronic evidence Brussels, 17 April 2018.

¹⁴ Porovnaj čl. 1 písm. b) Dohovoru o počítačovej kriminalite.

¹⁵ Recommendation č. R. (89) 9 of the Committee of Ministers to member states concerning on computer-related crime (*Adopted by the Committee of Ministers on 13 September 1989, at the 428th meeting of the Ministers' Deputies*).

¹⁶ Recommendation No. R (95) 13 of the Committee of Ministers to member states concerning problems of criminal procedural law connected with information technology (*Adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995 at the 543rd meeting of the Ministers' Deputies*).

a navrhnúť riešenie. Od apríla 1997 do decembra 2000 mala skupina viacero zasadnutí a pracovných stretnutí, výsledkom čoho bol návrh Dohovoru o počítačovej kriminalite.¹⁷ Dohovor bol schválený 23. novembra 2001 členskými štátmi a otvorený na podpis. Okrem Ruskej federácie, dohovor podpísalo všetkých ostatných 46 štátov Rady Európy, z toho dva štáty (Írsko a Švédsko) ho zatiaľ neratifikovali. Hoci ide o dohovor Rady Európy, už pri jeho príprave sa uvažovalo, že by sa mal aplikovať medzinárodne aj mimo Európu, a preto v zmysle čl. 37 cit. Dohovoru môže Výbor ministrov Rady Európy po konzultácii a získaní jednomyseľného súhlasu zmluvných štátov dohovoru prizvať ktorýkoľvek nečlenský štát Rady, ktorý sa nezúčastnil na jeho vypracovaní, aby pristúpil k dohovoru. Rozhodnutie sa prijme väčšinou ustanovenou v článku 20 písm. d) Štatútu Rady Európy a jednomyseľným hlasovaním zástupcov zmluvných štátov oprávnených zasadať vo Výbore ministrov. Doposiaľ dohovor ratifikovalo 19 nečlenských štátov Rady Európy.¹⁸

Slovenská republika dohovor o počítačovej kriminalite podpísala 4. februára 2005 a ratifikovala 8. januára 2008 s účinnosťou od 1. 5. 2008.¹⁹ Česká republika dohovor o počítačovej kriminalite podpísala 9. februára 2005 a ratifikovala 22. augusta 2013, s účinnosťou od 1. decembra 2013.²⁰

Uvedený dohovor pozostáva okrem vymedzenia pojmov, hmotnoprávných ustanovení aj z ustanovení procesného práva a ustanovení o medzinárodnej spolupráci.

2.1 Špecifické vyšetrovanie

Jedným z najväčších problémov pri odhaľovaní a vyšetrovaní počítačovej kriminality je nestálosť digitálnych dôkazov. Takýto dôkaz môže byť ľahko zničený a nemusí byť zachovaný tak aby sa mohol obnoviť. Ďalším problémom pri zaist'ovaní digitálnych dôkazov a zabezpečovaní ich integrity je skutočnosť, že sa často vyžaduje spolupráca s expertami, nakoľko je to činnosť, ktorá vyžaduje špecifické odborné znalosti. Je preto potrebné zabezpečiť, aby sa vyšetrovacie oprávnenia mohli uplatňovať aj v digitálnom prostredí. Je to obzvlášť významné, pretože, digitálne dôkazy sa nemusia zaist'ovať výlučne pri počítačových trestných činoch ale aj pri ďalších trestných činoch.²¹

Z uvedených dôvodov, cit. dohovor v čl. 14 stanovuje signatárom povinnosť prijať potrebné legislatívne a iné opatrenia na vymedzenie právomocí a postupov ustanovených v tomto oddiele na účely špecifického vyšetrovania alebo konania v trestných veciach,

17 Bližšie *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime*, s. 4.

18 Zoznam štátov, ktoré podpísali a ratifikovali uvedený dohovor, je dostupný z: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=Lc4x7z67

19 Dohovor o počítačovej kriminalite, oznámenie MZV SR č. 137/2008 Z. z.

20 Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 104/2013 Sb. m. s. o sjednání Úmluvy o počítačové kriminalitě.

21 Bližšie CLOUGH, J. The Council of Europe Convention on Cybercrime: Defining 'Crime' in a Digital World. In: *Criminal Law Forum*, 2012, roč. 23, č. 4, s. 363. DOI 10.1007/s10609-012-9183-3

okrem iných oblastí aj „zhromažďovanie dôkazov o trestnom čine v **elektronickej forme**“. Dohovor o počítačovej kriminalite zaviedol nasledovné špecifické vyšetrovacie oprávnenia:

- urýchlené uchovanie uložených počítačových údajov,
- urýchlené uchovanie a čiastočné sprístupnenie prevádzkových údajov,
- príkaz na predloženie počítačových údajov,
- prehliadka a zaistenie uložených počítačových údajov,
- zhromažďovanie prevádzkových údajov v reálnom čase,
- zachytenie obsahových údajov.

Predmetné ustanovenia rozlišujú medzi uchovaním (angl. *preservation*) a zaistením (angl. *seizure*) elektronických dôkazov. Uchovanie je chápané ako dočasný inštitút, ktorý sa má použiť v prípade, že hrozí riziko straty alebo zničenia dôkazu. Je časovo obmedzené na to, aby príslušné orgány mohli vykonať príslušné kroky na ich získanie. Zaistenie by malo nasledovať až po uchovaní.²²

Urýchlené **uchovanie** uložených počítačových údajov (čl. 16 Dohovoru o počítačovej kriminalite) a urýchlené uchovanie a čiastočné sprístupnenie prevádzkových údajov²³ (čl. 17 Dohovoru o počítačovej kriminalite) sa môže použiť vo vzťahu k uloženým údajom, ktoré už boli zhromaždené a uchovávajú ich držitelia údajov, ako sú poskytovatelia služieb. Nevzťahujú sa na zber údajov v reálnom čase a uchovávanie budúcich prevádzkových údajov alebo prístupu k obsahu v reálnom čase komunikácie.²⁴ Takýto postup je možný najmä vtedy, ak existujú dôvody domnievať sa, že hrozí osobitné riziko straty alebo pozmenenia týchto počítačových údajov. Držiteľ takýchto elektronických dôkazov je povinný ich uchovať a udržať v celistvosti na potrebný čas, najviac však 90 dní, aby príslušné orgány mohli urobiť kroky na ich sprístupnenie.

Príkaz na **predloženie** počítačových údajov – *Production order* (čl. 18 Dohovoru o počítačovej kriminalite) umožňuje príslušným orgánom nariadiť:

- a) každej osobe v rámci ich jurisdikcie predloženie určených počítačových údajov, ktoré sú v držbe alebo pod kontrolou tejto osoby, uložených v počítačovom systéme alebo na pamäťovom nosiči počítačových údajov, a

22 Pozri ZÁHORA, J. Európsky príkaz na zabezpečenie dôkazov v trestných veciach. In: *Harmonizácia procesných úprav v trestnom konaní v členských štátoch Európskej únie*. Zborník materiálov z medzinárodného vedeckého seminára konaného v rámci projektu VEGA č. 1/0011/08 v Trnave dňa 10. 6. 2009. Trnava: Typi Universitatis Trnaviensis, 2009, s. 74.

23 Prevádzkové údaje znamenajú počítačové údaje týkajúce sa komunikácie prostredníctvom počítačového systému vytvorené počítačovým systémom, ktorý tvoril súčasť komunikačného reťazca, s uvedením pôvodu, cieľa, trasy, času, dátumu, objemu a trvania komunikácie alebo typu služby, ktorá bola jej podkladom [čl. 1 písm. d) Dohovoru o počítačovej kriminalite].

24 Bližšie Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, s. 24.

- b) poskytovateľovi služieb, ktorý ponúka svoje služby na území tejto strany, predloženie informácií o predplatiteľovi týkajúcich sa takých služieb, ktoré sú v držbe alebo pod kontrolou poskytovateľa.

Príkaz na predloženie predstavuje flexibilný nástroj, ktorý môžu príslušné orgány aplikovať vo viacerých prípadoch, namiesto viac rušivých alebo viac zat'ážujúcich vyšetrovacích opatrení. Podobne ako pri urýchlennom uložení počítačových údajov, aj príkaz na predloženie sa vzťahuje iba na uložené alebo existujúce údaje a nevzťahuje sa na budúce údaje, ktoré ešte neexistujú, ako napr. prevádzkové údaje alebo údaje o obsahu súvisiace s budúcou komunikáciou.

2.2 Medzinárodná spolupráca

V štvrtej kapitole Dohovoru o počítačovej kriminalite sú obsiahnuté ustanovenie o medzinárodnej spolupráci na účely vyšetrovania alebo konania o trestných činoch súvisiacich s počítačovými systémami a údajmi alebo na zhromažďovanie dôkazov o trestnom čine v elektronickej forme. Okrem všeobecných foriem medzinárodnej justičnej spolupráce v trestných veciach ako napr. extradícia či právna pomoc, Dohovor obsahuje aj osobitné ustanovenia týkajúcich sa zaist'ovania a poskytovania elektronických dôkazov v cezhraničných situáciách. Takýmito opatreniami sú predovšetkým:

- urýchléné uchovanie uložených počítačových údajov,
- urýchléné sprístupnenie uchovaných prevádzkových údajov,
- vzájomná pomoc týkajúca sa prístupu k uloženým počítačovým údajom,
- cezhraničný prístup k uloženým počítačovým údajom so súhlasom alebo v prípadoch, keď sú verejne prístupné,
- vzájomná pomoc pri zhromažďovaní prevádzkových údajov v reálnom čase,
- vzájomná pomoc týkajúca sa zachytenia obsahových údajov.

V zmysle čl. 29 Dohovoru o počítačovej kriminalite, každá strana môže požiadať inú stranu, aby nariadila alebo inak zabezpečila urýchléné uchovanie údajov uložených prostredníctvom počítačového systému umiestneného na území tej inej strany a vo vzťahu ku ktorému má dožadujúca strana záujem zaslať žiadosť o právnu pomoc týkajúcu sa prehliadky alebo podobného prístupu, zaistenia alebo podobného zabezpečenia alebo sprístupnenia údajov. Náležitosti žiadosti sú uvedené v ods. 2 cit. ustanovenia. Po doručení žiadosti inej strany prijme dožiadaná strana všetky vhodné opatrenia na urýchléné uchovanie určených údajov v súlade s jej vnútroštátnym právnym poriadkom. Na účely vybavenia žiadosti ako podmienka na zabezpečenie takého uchovania údajov sa nevyžaduje obojstranná trestnosť. Každé uchovanie vykonané na základe takejto žiadosti trvá najmenej počas 60 dní, aby dožadujúca strana mohla predložiť žiadosť o prehliadku alebo podobný prístup, zaistenie alebo podobné zabezpečenie, alebo sprístupnenie údajov. Ak dožiadaná strana počas vybavovania žiadosti o uchovanie prevádzkových údajov

týkajúcich sa určenej komunikácie zaslanej podľa článku 29 dohovoru zistí, že do prenosu tej komunikácie bol zapojený poskytovateľ služieb v inom štáte, dožiadaná strana urýchlene sprístupní dožadujúcej strane dostatočné množstvo prevádzkových údajov na určenie totožnosti tohto poskytovateľa služieb a trasy, po ktorej sa uskutočnila komunikácia.

Každá strana má v zmysle čl. 35 cit. dohovoru určiť kontaktné miesto dostupné 24 hodín denne 7 dní v týždni (**Sieť 24/7 – 24/7 Network**) na zabezpečenie poskytovania okamžitej pomoci na účel vyšetrovania alebo konania v prípade trestných činov súvisiacich s počítačovými systémami a údajmi, alebo na účel zhromažďovania dôkazov o trestnom čine v elektronickej forme. Taká pomoc zahŕňa uľahčenie, alebo ak to jej vnútroštátny právny poriadok a prax umožňujú, priame vykonanie týchto opatrení: poskytovanie technického poradenstva, uchovávanie údajov podľa článkov 29 a 30 a zhromažďovanie dôkazov, poskytnutie právnych informácií a lokalizovanie podozrivých osôb.

3 Európsky príkaz na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach

S rozvojom Európskej únie a rozširovaním voľného pohybu osôb, sú aktivity kriminálnych skupín často páchané na nadnárodnej úrovni. V týchto prípadoch pri odhaľovaní a vyšetrovaní takýchto trestných činov je nevyhnutná spolupráca medzi príslušnými orgánmi jednotlivých štátov.²⁵ Právny základ pre justičnú spoluprácu v trestných veciach možno nájsť v čl. 82 Zmluvy o fungovaní Európskej únie²⁶ (ďalej len ZFEÚ) ktorá umožňuje aproximáciu zákonov a iných právnych predpisov členských štátov vo viacerých oblastiach. Zmiený čl. 82 ZFEÚ upravuje dva právne základy pre vydávanie legislatívnych aktov v oblasti trestného práva procesného. Prvý právny základ je upravený v druhom pododseku čl. 82 ods. 1, ktorý vytvára imperatív pre Európsky parlament a Radu v súlade s riadnym legislatívnym postupom prijať **opatrenia** zamerané na vytvorenie pravidiel a postupov na zabezpečovanie **uznávania všetkých foriem rozsudkov a iných justičných rozhodnutí** v celej Únii. Druhý právny základ je upravený v čl. 82 ods. 2 ZFEÚ, ktorý fakultatívne umožňuje Európskemu parlamentu a Rade v súlade s riadnym legislatívnym postupom prostredníctvom smerníc ustanoviť **minimálne pravidlá** s cieľom uľahčiť v potrebnom rozsahu **vzájomné uznávanie rozsudkov a iných súdnych rozhodnutí**, ako aj policajnú a justičnú spoluprácu v trestných veciach, ktoré majú cezhraničný rozmer.²⁷ Tieto minimálne pravidlá zohľadňujú rozdiely

²⁵ Bližšie RIJKEN, C. Re-balancing Security and Justice: Protection of Fundamental Rights in Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters. In: *Common Market Law Review*, 2010, roč. 47, č. 5, s. 1457.

²⁶ Zmluva o fungovaní Európskej únie (Konsolidované znenie), Ú. v. EÚ C 202, 7. 6. 2016, s. 47–388.

²⁷ Porovnaj ZMIJ, M. Vývoj a súčasný stav *acquis* trestného práva v právnom poriadku Európskej únie. In: LANTAJOVÁ, D. et al. *Aktuálne otázky medzinárodného trestného práva v kontexte európskych a vnútroštátnych noriem*. Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2012, s. 292.

medzi právnymi tradíciami a systémami členských štátov. Minimálne pravidlá sa týkajú aj vzájomnej **prípustnosti dôkazov** medzi členskými štátmi EÚ.

V rámci spolupráce pri vyšetrowaní trestných činov s cezhraničným prvkom medzi jednotlivými štátmi, justičné orgány narážali na problémy vyplývajúce z rozdielnej právnej úpravy trestného konania v týchto štátoch.²⁸ Krátko po podpise Lisabonskej zmluvy²⁹ Komisia oznámila³⁰ že rozdiely medzi justičnými systémami jednotlivých členských štátov nemôžu v rámci boja proti cezhraničnej trestnej činnosti brániť činnosti justície. Európska únia by mala vytvoriť komplexný systém získavania dôkazov v cezhraničných veciach. Tento systém musí zahŕňať zavedenie skutočného európskeho príkazu na získanie dôkazov, ktorý nahradí všetky existujúce právne nástroje. V citovanom oznámení Komisia vyjadrila potrebu preskúmať okrem iného aj európsky právny rámec týkajúci sa **dôkazu v elektronickej podobe**. Uvedená požiadavka bola potvrdená aj v Zelenej knihe,³¹ kde sa konštatuje, že sa predpokladá vytvorenie komplexného systému získavania dôkazov v cezhraničných veciach. Do tohto nástroja by mohli byť zahrnuté aj pravidlá týkajúce sa **elektronických dôkazov**. Za účelom boja proti počítačovej kriminalite Komisia v januári 2013 vytvorila **Európske centrum boja proti počítačovej kriminalite** ako súčasť Europolu.³²

Elektronické dôkazy sú dôležité pri vyšetrowaní celého spektra trestnej činnosti. Čoraz častejšie je potrebné, aby justičné orgány podali žiadosť v inej jurisdikcii, aby získali tieto údaje o elektronických dôkazoch od poskytovateľov služieb. Ľahšie a rýchlejšie získavanie týchto dôkazov, a to aj cez hranice je pre vyšetrowanie a stíhanie trestných činov vrátane terorizmu alebo počítačovej kriminality účinným spôsobom veľmi dôležité.³³

Európska únia už disponuje viacerými nástrojmi na získavanie dôkazov v trestných veciach v rámci justičnej spolupráce napr. Príkaz na zaistenie majetku alebo dôkazov v Európskej únii³⁴ alebo Európsky vyšetrovací príkaz³⁵. Európsky vyšetrovací príkaz síce

28 Bližšie ZÁHORA, J. Spoločné vyšetrowanie trestných činov v Európskej únii. In: *Karlovarská právní revue*, 2010, roč. 6, č. 4, s. 111.

29 Lisabonská zmluva, ktorou sa mení a dopĺňa Zmluva o Európskej únii a Zmluva o založení Európskeho spoločenstva, podpísaná v Lisabone 13. decembra 2007, Ú. v. EÚ C 306, 17. 12. 2007, s. 1–229.

30 Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu a Rade. Priestor slobody, bezpečnosti a spravodlivosti pre občanov. Brusel, 10. 6. 2009, KOM(2009) 262 v konečnom znení.

31 Zelená kniha o získavaní dôkazov v trestných veciach medzi členskými štátmi a o zabezpečení ich prípustnosti. Brusel, 11. 11. 2009, KOM(2009)624 v konečnom znení.

32 Bližšie KLIMEK, L. Európske centrum boja proti počítačovej kriminalite. In: *Justičná revue*, 2015, roč. 67, č. 8–9, s. 1032–1043.

33 Porovnaj Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Európskej Rade a Rade. Šestnásta správa o pokroku dosiahnutom pri budovaní účinnej a skutočnej bezpečnostnej únie, Brusel 10. 10. 2018 COM(2018) 690 final.

34 Rámcové rozhodnutie Rady 2003/577/SVV z 22 júla 2003 o vykonaní príkazu na zaistenie majetku alebo dôkazov v Európskej únii, Ú. v. EÚ L 196, 2. 8. 2003, s. 45–55.

35 Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/41/EÚ z 3. apríla 2014 o európskom vyšetrovacom príkaze v trestných veciach, Ú. v. EÚ L 130, 1. 5. 2014, s. 1–36.

zahrňa aj prístup k elektronickým dôkazom, v smernici o Európskom vyšetrovacom príkaze sa však nenachádzajú žiadne osobitné opatrenia týkajúce sa tohto druhu dôkazov. Ministri spravodlivosti EÚ 9. júna 2016 rokovali o zlepšení trestnej justície v kybernetickom priestore. Prijali dva súbory záverov³⁶, v ktorých sa stanovujú praktické opatrenia na zlepšenie spolupráce, ako aj harmonogram ďalších krokov. V záveroch o zlepšení trestnej justície v kybernetickom priestore³⁷ sa stanovujú konkrétne opatrenia pre nadväzujúci budúci postup a kroky v troch hlavných oblastiach práce:

- zefektívnenie postupov vzájomnej právnej pomoci a prípadne vzájomného uznávania v súvislosti s kybernetickým priestorom, a to prostredníctvom šandardizovaných elektronických tlačív a nástrojov,
- zlepšenie spolupráce s poskytovateľmi služieb vytvorením spoločného rámca (napr. používaním zjednotených tlačív a nástrojov) medzi nimi na účely vyžadovania konkrétnych kategórií údajov a
- začatie procesu úvah o možných kolíznych kritériách právomoci presadzovania práva v kybernetickom priestore.

Rada vyzvala Komisiu, aby výsledky týkajúce sa týchto troch pracovných oblastí predložila do júna 2017. Na základe uvedených návrhov Komisia 17. apríla 2018 predstavila nové pravidlá, ktoré policajným a justičným orgánom umožnia získať jednoduchší a rýchlejší prístup k elektronickým dôkazom, ktoré potrebujú pri vyšetrovaní, stíhaní a usvedčovaní páchateľov trestných činov. Uvedené pravidlá sú obsiahnuté v dvoch dokumentoch:

1. Návrh Nariadenia Európskeho Parlamentu a Rady o **európskom príkaze na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach**, 17. 4. 2018, COM/2018/225 final – 2018/0108 (COD) (ďalej len „návrh nariadenia“),
2. Návrh Smernice Európskeho Parlamentu a Rady, ktorou sa stanovujú harmonizované **pravidlá určovania právnych zástupcov na účely zhromažďovania dôkazov v trestnom konaní**, 17. 4. 2018, COM(2018) 226 final, 2018/0107/COD (ďalej len „návrh smernice“).

Cieľom navrhovaných nástrojov nie je nahradiť Európsky vyšetrovací príkaz na účely získania elektronických dôkazov, ale predstavujú doplnujúce nástroje pre príslušné justičné orgány. Vytvorenie nového nástroja zameraného na elektronické dôkazy predstavuje lepšiu alternatívu než zmena smernice o Európskom vyšetrovacom príkaze, pretože so získavaním elektronických dôkazov sú spojené osobitné výzvy, ktoré nemajú vplyv na ostatné vyšetrovacie opatrenia zahrnuté do rozsahu pôsobnosti smernice o Európskom vyšetrovacom príkaze.

³⁶ Závery Rady o zlepšení trestnej justície v kybernetickom priestore a Závery Rady o Európskej justičnej sieti na boj proti počítačovej kriminalite.

³⁷ Council conclusions on improving criminal justice in cyberspace. Council of the European Union, Council Conclusions, Luxembourg, 9. 6. 2016.

Pri príležitosti predstavenia návrhu k uvedeným návrhom, niektorí členovia Komisie poskytli vyhlásenie. Prvý podpredseda Komisie **Frans Timmermans** v tejto súvislosti uviedol: „Elektronické dôkazy sú v trestnom konaní čoraz dôležitejšie. Nemôžeme dovoliť, aby zločinci a teroristi využívali moderné a elektronické komunikačné technológie na utajenie svojej trestnej činnosti a unikanie spravodlivosti. V Európe nesmú existovať žiadne skryšie pre zločincov a teroristov, online ani offline. Dnešnými návrhmi sa zavádzajú bezprecedentné nástroje umožňujúce príslušným orgánom nielen získavať elektronické dôkazy rýchlo, efektívne a cez hranice, ale aj poskytovať silné záruky v oblasti ochrany práv a slobôd všetkých dotknutých osôb.“ **Věra Jourová**, komisačka EÚ pre spravodlivosť, spotrebiteľov a rodovú rovnosť, dodala: „Kým orgány presadzovania práva ešte stále používajú zastarané metódy, zločinci pri svojej činnosti využívajú rýchle a ultramoderné technológie. Orgánom presadzovania práva preto musíme na boj so zločinom poskytnúť metódy hodné 21. storočia, lebo zločinci na páchanie trestných činov metódy 21. storočia už používajú.“³⁸

Obsahom uvedených návrhov je predovšetkým:

- a) Európsky príkaz na predloženie [elektronických] dôkazov – *European Production Order*,
- b) Európsky príkaz na uchovanie [elektronických] dôkazov – *European Preservation Order*,
- c) sankcie za porušovanie resp. neplnenie stanovených povinností adresámi uvedených príkazov,
- d) záruky a prostriedky nápravy,
- e) povinnosť určiť právneho zástupcu v Európskej únii pre poskytovateľov služieb.

Ad a) Európsky príkaz na predloženie dôkazov (čl. 2 ods. 1, čl. 4 ods. 1, 2 návrhu nariadenia) je rozhodnutie vydávajúceho orgánu členského štátu, ktorým sa poskytovateľovi služieb, ktorý ponúka služby v Únii a je usadený alebo zastúpený v inom členskom štáte, nariaďuje predložiť elektronické dôkazy. Európsky príkaz na predloženie dôkazov musí byť nevyhnutný a primeraný na účely trestného konania a môže sa vydať iba vtedy, keď je vo vydávajúcom štáte dostupné podobné opatrenie týkajúce sa toho istého trestného činu v porovnateľnej vnútroštátnej situácii. Návrh nariadenia obsahuje dva druhy príkazov na predloženie dôkazov:

1. Európsky príkaz na predloženie dôkazov týkajúci sa **údajov o predplatiteľoch a údajov o prístupe** (čl. 4 ods. 1 návrhu nariadenia) – sa môže vydať v prípade **všetkých trestných činov**,
2. Európsky príkaz na predloženie dôkazov týkajúci sa **údajov o transakciách a obsahových údajov** (čl. 4 ods. 2 návrhu nariadenia) – sa môže vydať len k trestným činom, za ktoré možno vo vydávajúcom štáte uložiť trest odňatia slobody s hornou hranicou minimálne 3 roky, alebo k trestným činom, ak boli úplne alebo čiastočne spáchané prostredníctvom informačného systému.

³⁸ Pozri Európska komisia – Tlačová správa. Bezpečnostná únia: Komisia uľahčuje prístup k elektronickým dôkazom, Brusel, 17. 4. 2018.

Ad b) Európsky príkaz na uchovanie dôkazov [čl. 2 ods. 2, čl. 4 ods. 3 návrhu nariadenia] je záväzné rozhodnutie vydávajúceho orgánu členského štátu, ktorým sa poskytovateľovi služieb, ktorý ponúka služby v Únii a je usadený alebo zastúpený v inom členskom štáte, nariaďuje uchovať elektronické dôkazy vzhľadom na následnú žiadosť o predloženie dôkazov. Môže byť vydaný v prípade, že je nevyhnutné a primerané zabrániť odstráneniu, vymazaniu alebo zmene údajov vzhľadom na následnú žiadosť o predloženie týchto údajov prostredníctvom vzájomnej právnej pomoci, európskeho vyšetrovacieho príkazu alebo európskeho príkazu na predloženie dôkazov. Európsky príkaz na uchovanie dôkazov sa môže vydať v prípade všetkých trestných činov.

Európsky príkaz na predloženie dôkazov a európsky príkaz na uchovanie dôkazov sa môžu vydávať len v súvislosti s trestnými konaniami, a to tak počas štádia pred súdnym konaním, ako aj počas neho. Príkazy sa môžu vydávať aj v konaniach týkajúcich sa trestných činov, za ktoré môže byť vo vydávajúcom štáte pričítaná zodpovednosť právnickej osobe alebo za ktoré môže byť právnická osoba vo vydávajúcom štáte potrestaná. Európsky príkaz na predloženie dôkazov a európsky príkaz na uchovanie dôkazov sa adresujú priamo právnomu zástupcovi, ktorého určí poskytovateľ služieb na účely zhromaždenia dôkazov v trestnom konaní. Európsky príkaz na predloženie alebo uchovanie dôkazov sa zašle adresátovi podľa článku 7 návrhu nariadenia prostredníctvom osvedčenia o európskom príkaze na predloženie dôkazov alebo osvedčenia o európskom príkaze na uchovanie dôkazov. V prípade potreby sa preloží do úradného jazyka Európskej únie, ktorý adresát akceptuje.

Po prijatí príkazu **na predloženie dôkazov** adresát zabezpečí zaslanie požadovaných údajov priamo vydávajúcemu orgánu alebo orgánom presadzovania práva, ktoré sú uvedené v príkaze, najneskôr do **10 dní** po prijatí príkazu, pokiaľ vydávajúci orgán neuvedie dôvody pre skoršie zverejnenie. V núdzových prípadoch adresát zašle požadované údaje bezodkladne, najneskôr **do 6 hodín** od prijatia príkazu.

Po prijatí príkazu **na uchovanie dôkazov** adresát bezodkladne uchová požadované údaje. Uchovávanie sa skončí **po 60 dňoch**, ak vydávajúci orgán nepotvrdí, že bol začatý postup následnej žiadosti o predloženie údajov.

Ad c) Návrh nariadenia v čl. 13 a nasl. zavádza **sankcie** za porušenie resp. neplnenie povinností uvedených v návrhu nariadenia zo strany adresátov príkazov. Členské štáty majú zabezpečiť, aby boli dostupné účinné, primerané a odrádzajúce finančné pokuty v situáciách, keď poskytovatelia služieb nesplnia svoje povinnosti podľa článkov 9, 10 alebo 11 návrhu nariadenia. Týmto nebudú dotknuté vnútroštátne právne predpisy týkajúce sa ukladania trestných sankcií v takýchto situáciách. V prípade, že adresát nesplní svoje povinnosti vyplývajúce z uznaného príkazu, ktorého vykonateľnosť bola potvrdená vykonávajúcim orgánom, uvedený orgán uloží peňažnú sankciu v súlade so svojím vnútroštátnym právom. Voči rozhodnutiu o uložení pokuty je k dispozícii účinný súdny prostriedok nápravy.

Ad d) V čl. 15 a nasl. návrhu nariadenia sa zavádza možnosť aby osoby dotknuté európskym príkazom na predloženie dôkazov mali k dispozícii **účinné prostriedky nápravy**. Tieto prostriedky nápravy sú jednak na strane adresáta príkazu ale na strane obvinených a podozrivých osôb. Ak sa **adresát príkazu** domnieva, že vykonanie európskeho príkazu na predloženie dôkazov by bolo v rozpore s uplatniteľným právom tretej krajiny, ktorým sa zakazuje zverejnenie dotknutých údajov z dôvodov, že je buď potrebné chrániť základné práva dotknutých jednotlivcov, alebo základné záujmy tretej krajiny týkajúce sa národnej bezpečnosti alebo obrany, informuje vydávajúci orgán o svojich dôvodoch na nevykonanie európskeho príkazu na predloženie dôkazov v súlade s postupom uvádzaným v článku 9 ods. 5 návrhu nariadenia.

Obvinené a podozrivé osoby, ktorých údaje sa získali prostredníctvom európskeho príkazu na predloženie dôkazov, majú právo na účinné prostriedky nápravy voči európskemu príkazu na predloženie dôkazov počas trestného konania, v súvislosti s ktorým bol príkaz vydaný, bez toho, aby boli dotknuté prostriedky nápravy podľa smernice (EÚ) 2016/680³⁹ a nariadenia (EÚ) 2016/679⁴⁰. Ak osoba, ktorej údaje sa získali, **nie je podozrivou alebo obvinenou osobou** v trestnom konaní, v súvislosti s ktorým bol príkaz vydaný, táto osoba má právo na účinné prostriedky nápravy voči európskemu príkazu na predloženie dôkazov vo vydávajúcom štáte bez toho, aby boli dotknuté prostriedky nápravy v zmysle citovaných smerníc. Takéto právo na účinný prostriedok nápravy sa uplatní pred súdom vo vydávajúcom štáte v súlade s jeho vnútroštátnym právom a zahŕňa možnosť napadnúť **zákonnosť opatrenia** vrátane jeho **nevyhnutnosti a primeranosti**.

Ad e) V záujme zabezpečenia, aby sa na všetkých poskytovateľov služieb, ktorí ponúkajú služby v Európskej únii, vzťahovali rovnaké povinnosti, a to aj vtedy, ak sa ich ústredie nachádza v tretej krajine, sú títo poskytovatelia povinní **určiť právneho zástupcu** v Únii na prijímanie, dodržiavanie a vykonávanie rozhodnutí a príkazov vydaných príslušnými orgánmi členských štátov na účely zhromažďovania elektronických dôkazov v trestnom konaní. Členské štáty, v ktorých je usadený poskytovateľ služieb, ktorý ponúka služby v Európskej únii, by mali zabezpečiť, aby poskytovateľ služieb určil aspoň jedného právneho zástupcu v Európskej únii na prijímanie, dodržiavanie a vykonávanie rozhodnutí a príkazov vydaných príslušnými orgánmi v členských štátoch na účely zhromažďovania elektronických dôkazov v trestnom konaní. Právnym zástupcom

³⁹ Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/680 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov príslušnými orgánmi na účely predchádzania trestným činom, ich vyšetrovania, odhaľovania alebo stíhania alebo na účely výkonu trestných sankcií a o voľnom pohybe takýchto údajov a o zrušení rámcového rozhodnutia Rady 2008/977/SVV, Ú. v. EÚ L 119, 4. 5. 2016, s. 89–131.

⁴⁰ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov) (Text s významom pre EHP), Ú. v. EÚ L 119, 4. 5. 2016, s. 1–88.

je právnická alebo fyzická osoba, ktorú písomne určil poskytovateľ služieb na uvedené účely. Právny zástupca musí mať pobyt alebo byť usadený v jednom z členských štátov, v ktorom je usadený alebo ponúka služby poskytovateľ služieb. Členské štáty zabezpečia, aby sa rozhodnutia a príkazy vydané ich príslušnými orgánmi na účely zhromažďovania dôkazov v trestnom konaní zasielali právnomu zástupcovi určenému na tento účel poskytovateľom služieb. Uvedený zástupca bude poverený prijímaním, dodržiavaním a vykonávaním daných rozhodnutí a príkazov, a to v mene dotknutého poskytovateľa služieb (čl. 3 návrhu smernice).

Záver

Zaujímavosťou je, že na Európsky príkaz na predloženie dôkazov a Európsky príkaz na uchovanie dôkazov Komisia zvolila formu právneho aktu – nariadenie. Ako už bolo uvedené, právnym základom na vydávanie legislatívnych aktov v tejto oblasti je článok 82 ods. 1 ZFEÚ. Tento právny základ sa uplatňuje na mechanizmy, ktoré sú predmetom tohto nariadenia. V citovanom článku sa stanovuje, že „*Európsky parlament a Rada môžu v súlade s riadnym legislatívnym postupom prostredníctvom smerníc ustanoviť minimálne pravidlá s cieľom uľahčiť v potrebnom rozsahu vzájomné uznávanie rozsudkov a iných justičných rozhodnutí*“⁴. V návrhu nariadenia Komisia zdôrazňuje, že v článku 82 ods. 1 ZFEÚ sa zákonodarcom v Únii poskytuje možnosť prijímať nariadenia a smernice. Podľa názoru Komisie, keďže návrh nariadenia sa týka cezhraničných postupov, pri ktorých sa vyžadujú jednotné pravidlá, **nie je potrebné členským štátom nechávať voľný priestor na transponovanie týchto pravidiel**. Nariadenie je **priamo uplatniteľné**, zabezpečuje **jednoznačnosť** a **väčšiu právnu istotu** a **zamedzuje rôznym** výkladom v členských štátoch a iným problémom pri transpozícii, ktoré sa vyskytli pri rámcových rozhodnutiach o vzájomnom uznávaní rozsudkov a justičných rozhodnutí. Okrem toho sa nariadením umožňuje uloženie **tej istej povinnosti jednotným spôsobom** v rámci celej Európskej únie. Z týchto dôvodov sa za najvhodnejšiu formu pre tento akt o vzájomnom uznávaní Komisia považuje formu nariadenia.

Na druhej strane, pre povinnosť zriadiť právnych zástupcov na účely zhromažďovania dôkazov v trestnom konaní, ako právny nástroj bola zvolená **smernica**. Ako právny základ sa tu Komisia odvoláva na čl. 53 a 62 ZFEÚ, v ktorých sa stanovuje prijatie opatrení na koordináciu ustanovení zákonov, iných právnych predpisov alebo správnych opatrení v členských štátoch o zavedení služieb a ich poskytovaní. Komisia môže podľa citovaných článkov navrhnúť smernice a nezáväzné nástroje, ako sú napríklad odporúčania. Vzhľadom na potrebu poskytnúť právnu istotu a odstrániť prekážky v slobode poskytovať služby, čo sa nedá dosiahnuť prijatím nezáväzného nástroja, bola **zvolená forma smernice**.

V predstavených návrhoch možno vidieť veľký potenciál na zefektívnenie uchovávania a zaistovania digitálnych dôkazov v jednotlivých štátoch Európskej únie.

Veľkým prínosom je tiež stanovenie lehôt na vykonanie príkazu na – do 10 dní a v núdzových prípadoch do 6 hodín. V porovnaní so 120 dňami pri existujúcom európskom vyšetrovacom príkaze alebo 10 mesiacmi pri postupe vzájomnej právnej pomoci to možno považovať za podstatné zrýchlenie. Perspektívnou myšlienkou je aj skutočnosť, že aj globálne podniky poskytujúce elektronické služby v Európskej únii budú musieť pre tento účel zriadiť „právnych zástupcov na účely zhromažďovania dôkazov v trestnom konaní“. Vzhľadom na bezhraničnú povahu internetu môžu byť takéto služby v zásade poskytované odkiaľkoľvek vo svete a nemusia si nevyhnutne vyžadovať fyzickú infraštruktúru, prítomnosť podniku ani zamestnancov v členských štátoch EÚ, v ktorých sa služby ponúkajú, alebo na vnútornom trhu ako celku preto možno predpokladať, že uvedený príkaz, sa budú snažiť niektoré spoločnosti snažiť obchádzať.

Uvedené návrhy, boli v nedávnej dobe podrobené viacerým kritickým analýzám a hodnoteniam⁴¹. V porovnaní s existujúcimi nástrojmi justičnej spolupráce pre získanie dôkazov, navrhované nástroje prinášajú zásadný posun v oblasti získavania dôkazov. Zavedením mechanizmu priamej spolupráce medzi príslušnými orgánmi členských štátov a poskytovateľmi elektronických služieb v EÚ sa môže zabezpečiť rýchly a efektívny prístup justičných údajov k elektronickým dôkazom. Pre čitateľa možno zostane nezodpovedaná otázka implementácie Európskeho príkazu na predloženie a uchovanie elektronických dôkazov v trestných veciach. Táto skutočnosť je spôsobená tým, že zatiaľ ide len o návrh legislatívneho nástroja, ktorý ešte nebol definitívne schválený, a stále sa navrhujú ďalšie zmeny a doplnky, takže nie je zatiaľ známe v akej podobe bude schválený. Ako už bolo uvedené, Komisia ako legislatívny nástroj zvolila formu nariadenia – t. j. právneho nástroja, ktorý sa neimplementuje (netransponuje) do vnútroštátneho právneho poriadku, je priamo uplatniteľné, čím sa má zamedziť rôznym výkladom v členských štátoch a možným problémom pri transpozícii.

⁴¹ Napr. BÖSE, M. *An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence* [online]. [cit. 26. 3. 2019]. Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>; TOSZA, S. The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-Evidence. Overview and Critical Remarks. In: *Eu crim*, 2018, č. 4, s. 212–219.

Pravidla vztahující se na činnost veřejného ochránce práv a kritéria uplatnitelná na užití jeho volné úvahy

Rules of Conduct of the Public Defender of Rights and the Criteria Applicable to Their Discretion

Anna Chamráthová*

Abstrakt

Článek se zabývá tím, zda lze na činnost veřejného ochránce práv, instituce z povahy věci a ze zásady nesvázané procesními předpisy, vztáhnout i jiná pravidla a kritéria než ta zákonná. Zaměřuje se především na to, jak tato kritéria mohou limitovat užití volné úvahy ochránce. V první části článku proto popisuje, ve kterých případech činnosti ochránce a do jaké míry se jedná o užití jeho volného uvážení. Hlavní část textu je poté zaměřena na podrobnou analýzu, jaká pravidla a kritéria by se na činnost ochránce a užívání jeho volné úvahy potenciálně mohla vztahovat. Následně se článek zabývá tím, na které případy užití volné úvahy ochránce by bylo vhodné nalezená kritéria aplikovat. V závěru jsou představeny možnosti, jakým způsobem lze externě přezkoumat to, zda ochránce pravidla regulující jeho činnost dodržuje.

Klíčová slova

Veřejný ochránce práv; volné uvážení; pravidla činnosti; principy.

Abstract

The paper deals with the issue of whether the conduct of the Public Defender of Rights, an institution largely without a prescribed set of rules of conduct, is regulated by other rules and criteria other than the Acts. It focuses on the issue of how the rules can affect the Defender's discretion. The first part of the paper thus describes which types of the Defender's activities can be seen as discretionary. The main part of the paper then focuses on analysis which rules can be applied to the Defender's conduct and their discretion. Then the paper deals with the issue which types of Defender's activities should be governed by the presented rules. The final part focuses on the possibilities of the review of the Defender's compliance with the rules.

Keywords

Public Defender of Rights; Discretion; Rules of Conduct; Principles.

* Mgr. Anna Chamráthová, Katedra správní vědy a správního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Administrative Studies and Administrative Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: anna.chamrathova@mail.muni.cz

Úvod¹

Veřejný ochránce práv² je specifickým státním orgánem, jednímž z charakteristických a základních znaků jeho činnosti je neformálnost a osvobození od procesních pravidel spolu s velkou mírou volnosti při výkonu této činnosti. Ze samotné povahy tohoto orgánu vyplývá, že má širokou volnost při výběru prostředků, kterými bude provádět svou činnost, popř. zda v některých případech vůbec tyto prostředky uplatní. V tomto ohledu lze vysledovat určitou podobnost s orgány veřejné správy, resp. s uplatňováním jejich diskrece či správního uvážení.³ Stejně jako v jejich případě je totiž ochránci mnohdy dáno ke zvážení, jakým způsobem bude jednat či zda vůbec bude jednat.

Na činnost těchto orgánů obecně a na uplatňování jejich diskrečních oprávnění se však vztahují poměrně podrobná pravidla stanovená jak zákonem, tak nejrůznějšími právními zásadami. Právě zmiňovaným osvobozením od procesních pravidel a rozsáhlou možností ochránce využít své vlastní úvahy se ale tato instituce od klasických státních orgánů liší. V podstatě jediný komplexní soubor pravidel, která předepisují, jak by měla činnost ochránce vypadat, se nachází v zákoně o veřejném ochránci práv.⁴ Tento zákon nicméně z logiky věci upravuje postupy ochránce poměrně stručně. Co se limitů využití volné úvahy ochránce týče, nad rámec obecných požadavků na výkon funkce ochránce nestanoví předmětný zákon téměř žádné.

Otázkou je, zda lze na činnost ochránce a využívání jeho volné úvahy vztáhnout i jiná pravidla či kritéria, například ta, které se uplatní při užití správního uvážení. Je totiž zřejmé, že v mnoha případech se činnost ochránce činnosti veřejné správy z velké části blíží; její podstatou je totiž kontrola veřejné správy a snaha o její zlepšení a zefektivnění⁵ a po dalších rozšíření působnosti ochránce i kontrola působení některých soukromých

¹ Za poskytnutí Etického kodexu Kanceláře veřejného ochránce práv a názoru z Kanceláře na pojeďňovanou problematiku tímto děkuji Mgr. Davidu Slováčkovi, vedoucímu sekretariátu ochránce a jeho zástupce.

² Dále také jen „ochránce“. Pro současnou představitelku instituce se sice užívá označení „veřejná ochráňkyně práv“ či jen „ochráňkyně“, v článku se však přidržuji pojmu „ochránce“ ve smyslu označení této instituce.

³ Odborná literatura běžně používá tyto pojmy jako synonyma. Srov. MATES, Pavel. *Správní uvážení*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 80 a násl. ISBN 978-80-7380-424-4; SKULOVÁ, Soňa. *Správní uvážení: základní charakteristika a souvislosti pojmu*. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 8. ISBN 80-210-3237-5; a PRŮCHA, Petr. *Správní právo: obecná část*. 8., dopl. a aktualiz. vyd. (V nakl. Doplněk 3.). Brno: Doplněk, 2012, s. 113. ISBN 978-80-7239-281-0.

⁴ Zákon č. 349/1999 Sb., o Veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejném ochránci práv“; v případě citace předpisu novelizujícího tento zákon je citován jako zákon č. 349/1999 Sb., o Veřejném ochránci práv, jelikož uvádím plné oficiální názvy novel).

⁵ Srov. § 1 odst. 1 zákona o veřejném ochránci práv, dle něž ochránce „působí k ochraně osob před jednáním úřadů a dalších institucí uvedených v tomto zákoně, pokud je v rozporu s právem, neodpovídá principům demokratického právního státu a dobré správy, jakož i před jejich nečinností, a tím přispívá k ochraně základních práv a svobod.“

subjektů ve vybraných oblastech.⁶ V demokratickém právním státě dále neexistuje absolutní volnost úvahy při činnosti jakéhokoli orgánu.⁷ Domnívám se tedy, že jistá pravidla a kritéria vztahující se na činnost ochránce a využívání jeho volné úvahy nad rámec zákona o veřejném ochránci práv by měla být vysledovatelná, popř. dovoditelná. Ačkoliv je evidentní, že užití volného uvážení ochráncem většinou vyplývá ze samotného charakteru této instituce a jeho omezením by se vytratil právě tento její podstatný rys, nepovažuji to v některých případech za zcela vyloučené. Lze také říci, že určitá pravidla pro činnost ochránce, resp. pro uplatnění jeho uvážení, by měla existovat, a to pro upevnění jeho pozice jako morální autority.

Cílem tohoto článku je analýza, zda pro činnost ochránce existují nějaká kritéria, jimiž se musí řídit, a o jaká kritéria se případně jedná. Jelikož pro tento účel je podstatné, zda se jedná o druh činnosti, při němž má ochránce možnost volného uvážení či nikoli, popisuje první část článku, ve kterých případech se volná úvaha ochránce uplatňuje. Následně se článek zabývá možnými pravidly, která lze obecně na činnost ochránce vztáhnout a jaká kritéria pro užití jeho volné úvahy lze nalézt. Závěrečné část se zamýšlí, zda lze na konkrétní případy užití volné úvahy ochráncem nalezená kritéria aplikovat, aniž by se tím vytratil jeden ze základních charakteristických rysů této instituce, a zda je možné provádět vnější kontrolu toho, jak ochránce pravidla vztahující se na jeho činnost dodržuje. Článek také ve vybraných případech provádí srovnání s Evropským veřejným ochráncem práv, britskými Komisaři pro místní samosprávu a Parlamentním komisařem pro administrativu, což jsou stejně jako ochránce ombudsmanské instituce fungující obdobným způsobem jako on.⁸

6 Lze zmínit např. úkol ochránce navštěvovat zařízení, v nichž se nachází či mohou nacházet osoby omezené na svobodě (svěřeno mu novelou zákona o veřejném ochránci práv – zákonem č. 381/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 349/1999 Sb., o Veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, ve znění pozdějších předpisů; dále také jen „zařízení“), jeho antidiskriminační agendu (svěřeno mu novelou zákona o veřejném ochránci práv – zákonem č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), ve znění pozdějších předpisů) či jeho úkol sledovat naplňování mezinárodní smlouvy upravující práva osob se zdravotním postižením (svěřeno mu novelou zákona o veřejném ochránci práv – zákonem č. 198/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 349/1999 Sb., o Veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů).

7 Absolutní volnost by totiž znamenala libovůli, jejíž zákaz např. V. Šimíček považuje za náležitost právního státu. ŠIMÍČEK, Vojtěch. Čl. 1 odst. 1 Ústavy. In: BAHYLOVÁ, Lenka a kol. *Ústava České republiky: komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 28. ISBN 978-80-7201-814-7.

8 Srov. čl. 228 Smlouvy o fungování Evropské unie a rozhodnutí Evropského parlamentu 94/262/ESUO, ES, Euratom ze dne 9. 3. 1994 o pravidlech a obecných podmínkách pro výkon funkce veřejného ochránce práv; KOFLE, Brigitte. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. In: KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele (ed.). *European ombudsman-institutions: a comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*. Wien: Springer, 2008, s. 433–441. ISBN 978-3-211-72880-2.

1 Možnosti užití volné úvahy ochránce

Pro stanovení pravidel, jimž by se ochránce měl při své činnosti řídit, a kritérií, na jejichž základě by měl uplatňovat svou volnou úvahu, je nutné odlišovat, zda se jedná o druh činnosti, při níž ochránce má volné uvážení k dispozici. Ač se jedná o instituci zásadně nepodléhající pevným procesním pravidlům, pro některé činnosti a situace mu zákon o veřejném ochránci práv předepisuje postup, od nějž se nemůže odchýlit. Jedná se např. o jeho nakládání s podněty spadajícími do jeho působnosti a splňujícími požadované náležitosti či určité fáze jeho šetření. V naprosté většině případů však ochránci konkrétní postup, jak se má zhostit výkonu svých působností, provádět šetření a činit doporučení šetřeným subjektům, stanoven není. Jak již totiž bylo uvedeno, rozsáhlé možnosti využití volné úvahy při činnosti ochránce vyplývají ze samé podstaty této instituce. To se projevuje nejen v tom, že ochránce dle svého uvážení volí způsoby svého postupu a navrhuje prostředky k nápravě závadné situace, ale v mnoha jiných aspektech jeho činnosti. Nejvyšší soud na podzim roku 2016 uvedl: „*Veřejný ochránce práv však rozhoduje o tom, zda je třeba v zájmu těchto osob [osob, jejichž zájmy chrání – pozn. aut.] využít kompetence, které mu svěřuje zákon, či zda k tomu důvod není. V závěru z šetření veřejného ochránce práv se pak vůle subjektů, které jsou předmětem tohoto šetření, nemůže promítnout.*“⁹

V některých případech je využití volné úvahy ochráncem v právní úpravě výslovně uvedeno, v některých naznačeno a v některých je lze vyvodit z povahy věci. Tato kapitola se zabývá těmi nejtypičtějsími a nejpodstatnějšími z nich. Především, ochránce sám rozhoduje, zda považuje za vhodné či nutné užít některá specifická oprávnění svěřená mu převážně zvláštními zákony. Konkrétně se může jednat např. o návrh na přijetí, změnu či zrušení právního či vnitřního předpisu,¹⁰ podání návrhu k Ústavnímu soudu na zrušení právního předpisu jiného než zákona či účast v řízení o zrušení jakéhokoli právního předpisu,¹¹ podání žaloby ve veřejném zájmu proti správnímu rozhodnutí¹² a podání návrhu na zahájení kárného řízení proti předsedům a místopředsedům soudů.¹³

Některé další případy volné úvahy ochránce stanoví přímo zákon o veřejném ochránci práv. Při působnosti v oblasti kontroly veřejné správy ochránce jedná na základě podnětu fyzické nebo právnické osoby (slovy zákona „*stěžovatele*“) nebo z vlastní iniciativy. Pokud má podnět zákonem stanovené náležitosti, ochránce se jím musí zabývat a situaci šetřit. Když ovšem podnět některé náležitosti nemá, zákon o veřejném ochránci práv stanoví, že ochránce může podnět odložit. Ochránci je tedy v tomto případě výslovně dána

⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 9. 2016, sp. zn. 30 Cdo 4118/2015.

¹⁰ § 22 zákona o veřejném ochránci práv.

¹¹ § 64 odst. 2 písm. f) a § 69 odst. 3 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů.

¹² § 66 odst. 3 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.

¹³ Zákon č. 7/2002 Sb., o řízení ve věcech soudců, státních zástupců a soudních exekutorů, ve znění pozdějších předpisů.

možnost zvážit, zda se věci bude zabývat nebo ne. Odložení podnětu pouze musí být stěžovateli písemně zdůvodněno. Výslovné zakotvení volného uvážení, zda se ochránce bude podnětem zabývat, je pro tuto instituci, resp. její obdobu ve světě typické.¹⁴ I zahajování šetření z vlastní iniciativy je plně v diskreci ochránce.¹⁵

Co se samotného průběhu šetření prováděného ochráncem týče, ochránce bez zásadního omezení vybírá, jaké prostředky šetření¹⁶ zvolí a jakým způsobem bude probíhat komunikace se šetřeným. Zákon o veřejném ochránci práv dále uvádí demonstrativní výčet opatření k nápravě závadné situace, která může ochránce šetřenému navrhnout uplatnit, ochránci však nic nebrání doporučit i opatření v zákoně o veřejném ochránci práv neuvedené.

Ochránci je tedy dáno ke zvážení, jaký prostředek nápravy navrhne, je však limitován v úvaze, zda vůbec opatření k nápravě navrhne. Pokud totiž shledá v činnosti šetřeného pochybení a šetřený se na jeho výzvu k tomuto buď nevyjádří nebo neprovede z pohledu ochránce dostatečná opatření k nápravě, ochránce vydá závěrečné stanovisko, které návrh opatření k nápravě obsahuje obligatorně. Ač to zákon o veřejném ochránci práv výslovně neuvádí, z charakteru instituce ochránce vyplývá i jeho oprávnění doporučovat přijetí opatření k nápravě v průběhu celého šetření, nejen v rámci závěrečného stanoviska. V těchto případech by záleželo plně na jeho úvaze nejen to, jaký druh opatření doporučí, ale i to, zda vůbec takové doporučení učiní.

Ochránce také může v rámci řešení obecnějších problémů činit různá doporučení, vydávat stanoviska a metodické pomůcky, pořádat konference a semináře či jednat s představiteli orgánů státních či územních samosprávných celků. V těchto případech opět záleží na něm, zda některý z těchto prostředků užije a jaký problém k řešení si zvolí.

Jak již bylo uvedeno, ochránce kromě kontroly veřejné správy vykonává i působnosti jiné.¹⁷ V případě provádění návštěv zařízení a tzv. sledování vyhoštění¹⁸ může, co se užití

¹⁴ Srov. např. FRAHM, Michael. *Australasia and Pacific Ombudsman Institutions* [online]. Berlin, Heidelberg: Springer, 2012, s. 59–60 [cit. 8. 12. 2018]. ISBN 978-3-642-33896-0. Dostupné z: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-33896-0_4#citeas; nebo GREGORY, Roy a Peter HUTCHESSON. *The Parliamentary Ombudsman: a Study in the Control of Administrative Action*. London: Allen&Unwin for the Royal Institute of Public Administration, 1975, s. 215–246. ISBN 0-043-28009-9.

¹⁵ I tento způsob užití volné úvahy ochránce je ve světě běžný, srov. např. KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele. *The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe – Legal Comparative Analysis*. In: KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele (ed.). *European ombudsman-institutions: a comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*. Wien: Springer, 2008, s. 21. ISBN 978-3-211-72880-2.

¹⁶ Zákon sice obsahuje výčet toho, co smí ochránce požadovat a provádět, tento seznam je však natolik široký, že ochránce může být jen těžko při své činnosti v tomto směru zásadně omezen.

¹⁷ Provádět analýzu těchto působností a odlišností jejich výkonu od základní působnosti ochránce přesahuje cíle tohoto článku, který se tak soustředí především na základní působnost ochránce a z ostatních působností především na aspekty tzv. zveřejňování.

¹⁸ Konkrétně se jedná o sledování zajištění cizinců a výkonu správního vyhoštění, předání nebo průvozu zajištěných cizinců a trestu vyhoštění cizinců, kteří byli vzati do vyhošťovací vazby nebo kteří vykonávají trest odnětí svobody (§ 1 odst. 6 zákona o veřejném ochránci práv).

jeho volné úvahy týče, především výslovně doporučovat opatření k nápravě. Záleží přitom na jeho úvaze, zda tato doporučení učiní. Může si také volit, která zařízení v rámci své kontrolní činnosti vůči nim navštíví, zákon mu v tomto směru pouze ukládá povinnost, že tato jeho činnost musí být systematická. Konkrétní způsoby výkonu uvedených oprávnění jsou ponechány na volbě ochránce. V případě antidiskriminační agendy ochránce a jeho činnosti při sledování naplňování mezinárodní smlouvy upravující práva osob se zdravotním postižením či naplňování práva volného pohybu občanů Evropské unie mu jsou stanoveny rámcové úkoly (opět např. vydávání doporučení), které by měl vykonávat, a konkrétní prostředky k jejich plnění jsou ponechány na jeho volbě.

Zákon o veřejném ochránci práv obsahuje ještě jeden významný případ užití volné úvahy ochránce, a to je tzv. zveřejňování. V dále zmíněných situacích se ochránce může rozhodnout, že bude případ medializovat, včetně uvedení jména a příjmení osob, které jsou oprávněné jednat jménem šetřeného. K tomuto kroku může přistoupit tehdy, když šetřený ani po doručení závěrečného stanoviska (viz výše) ochránci nesdělí, jaká opatření k nápravě provedl, nebo jsou provedená opatření dle názoru ochránce nedostatečná a dále tehdy, když šetřený nesplní povinnost součinnosti vůči ochránci nebo když úřad, kterému doporučil přijetí, změnu či zrušení právního či vnitřního předpisu, k tomuto nesdělí své stanovisko. V případě nesplnění povinnosti součinnosti lze popsáním způsobem věc medializovat i tehdy, když se jedná o provádění návštěv zařízení, v nichž se nachází nebo mohou nacházet osoby omezené na svobodu, sledování vyhoštění, činnosti při sledování naplňování mezinárodní smlouvy upravující práva osob se zdravotním postižením a naplňování práva volného pohybu občanů Evropské unie.

Vhodným způsobem ochránce dále zveřejňuje i zprávy z návštěv zařízení, zprávy ze sledování vyhoštění včetně obdržení vyjádření a vybrané zprávy o ukončených šetřeních v jednotlivých věcech a soustavně seznamuje veřejnost s poznatky vyplývajícími z jeho činnosti (§ 23 odst. 2 zákona o veřejném ochránci práv). Za účelem informování o své činnosti mu je povinnost zveřejňovat zprávy a doporučení uložena i v rámci jeho působnosti v oblasti diskriminace (§ 21 b písm. c)), sledování naplňování mezinárodní smlouvy upravující práva osob se zdravotním postižením (§ 21c odst. 1 písm. c)) a naplňování práva volného pohybu občanů Evropské unie (§ 21d odst. 1 písm. c)). V těchto případech mu však není umožněno uvádět jména a příjmení osob oprávněných jednat jménem šetřeného.

Záleží tedy na ochránci, jakým způsobem zveřejnění zpráv nebo svých poznatků provede a zda v některých případech vůbec provede samotné zveřejnění. Zde považuji za potřebné poznamenat, že u prvního uvedeného okruhu situací, kdy může ochránce věc zveřejnit, je toto zveřejnění jednoznačně konstruováno jako sankce¹⁹ příslušnému subjektu za nesplnění povinnosti vůči ochránci, přičemž v některých případech se může

¹⁹ Tomu nasvědčuje i znění důvodové zprávy k zákonu č. 381/2005 Sb., změna zákona o Veřejném ochránci práv.

jednat i o soukromé subjekty. Do určité míry také tento případ zveřejnění ochráncem plní obdobné funkce jako zveřejnění rozhodnutí o přestupku.²⁰ Co se zveřejňování dále týče, široká možnost uvážení u zveřejňování s výhradně informačním účelem (tj. nikoli jako sankce) je obecně pro ombudsmanské instituce typická.²¹

Závěrem je nutné upozornit na specifickou výjimku, kdy dochází k informování o činnosti ochránce nikoli v popsaném režimu zveřejňování dle zákona o veřejném ochránci práv, ale dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. V těchto případech je Kancelář veřejného ochránce práv subjektem povinným k poskytování informací²² podle tohoto zákona a vystupuje tak jako klasický správní orgán, na jehož činnost se vztahuje správní řád.²³ Stejně jako v případě jiných správních orgánů je možné se proti rozhodnutím o odmítnutí poskytnout informace bránit i ve správním soudnictví.²⁴ Tato situace se tedy z problematiky tohoto článku zcela vymyká, jelikož na ochránce, resp. Kancelář, se v tomto případě vztahují stejná pravidla činnosti jako na „klasické“ správní orgány. Případná možnost jeho volné úvahy je zde správním uvážením v pravém slova smyslu a vztahují se na ni bez dalšího stejná pravidla a limity jako na užití správního uvážení jiných správních orgánů.

2 Pravidla a kritéria obecně vztážitelná na činnost ochránce

Tato kapitola se zabývá otázkou, která pravidla a kritéria se byt' potenciálně mohou na činnost ochránce vztahovat, za účelem následné analýzy, jakým způsobem je možné je na jeho činnost a především na využití jeho volné úvahy uplatnit. Jak již totiž bylo uvedeno, v demokratickém právním státě by absolutní volnost uvážení neměla existovat²⁵ a lze se domnívat, že určité limity a procesní pravidla by na činnost ochránce uplatňovány být měly.

Přístup opačný pak může vést k poměrně absurdním závěrům, kdy se např. Nejvyšší správní soud vyjádřil, že ochránci z vůbec žádného právního předpisu neplyne povinnost vést spisy: „*I když z povahy činnosti [ochránce – pozn. aut.] vyplývá, že podané podněty jsou nějakým způsobem evidovány a v případě potřeby o nich jsou vedeny i spisy, není to povinnost vyplývající z nějakého právního předpisu. Ani zákon č. 349/1999 Sb. ani žádný jiný zákon neupravuje blíže*

²⁰ Srov. důvodovou zprávu k zákonu č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a důvodovou zprávu k zákonu č. 381/2005 Sb., změna zákona o Veřejném ochránci práv.

²¹ KUCSKO-STADLMAYER, op. cit., s. 49.

²² Vedoucí Kanceláře poté rozhoduje o odvoláních proti rozhodnutím Kanceláře a stížnostech na postup při vyřizování žádosti o informace.

²³ § 1 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“).

²⁴ Průlomovým judikátem v této věci, který se zároveň zabýval obecnou otázkou, zda je možné ochránce považovat za správní orgán v režimu správního řádu, je rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 19. 2. 2008, č. j. 2 As 58/2007-52; blíže o něm bude pojednáno dále.

²⁵ Viz ŠIMÍČEK, Vojtěch. Čl. 1 odst. 1 Ústavy. In: BAHÝŤOVÁ, Lenka a kol. *Ústava České republiky: komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 28. ISBN 978-80-7201-814-7.

způsob a procesní otázky činnosti žalovaného a neukládá mu ani povinnost vést spisy.“²⁶ I když lze tento vývod považovat za ne zcela logický ze samotné povahy věci, opak lze dovodit i ze zákona o veřejném ochránci práv. Jeho § 7 odst. 4 totiž upravuje okolnosti, kdy mají státní orgány možnost nahlížet do spisů ochránce. Kdyby tedy ochránce žádné spisy nevedl, nebylo by nutné upravovat nahlížení do nich.

Co se okruhů případných pravidel a kritérií týče, lze uvažovat především o těch stanovených v samotném zákoně o veřejném ochránci práv, těch, které si stanovil sám ochránce, nejrůznějších právních principech a zásadách a kritériích mimoprávních.

2.1 Pravidla stanovená zákonem o veřejném ochránci práv

Cílem tohoto článku sice je analyzovat pravidla vztahující se na činnost ochránce *nad rámec* zákona o veřejném ochránci práv, jelikož u těchto je nesporné, že se na ni vztahují, přesto považuji za vhodné je alespoň stručně představit a zdůraznit, která se vztahují přímo na využití jeho volné úvahy. Jak již bylo uvedeno, tento zákon jako jediný komplexně upravuje činnost ochránce, nepovažuji tedy za nutné se zabývat jinými zákony, které upravují některé specifické aspekty využívání jeho zvláštních oprávnění.²⁷

Poměrně paradoxní ovšem je, že úprava postupů ochránce obsažená v zákoně o veřejném ochránci práv, tj. jediného komplexního souboru pravidel v tomto směru, o němž nelze pochybovat, že se na činnost ochránce vztahuje, je poměrně kusá a mnohdy nejednoznačná nejen co do obecných kritérií, ale i co do konkrétnějších pravidel. V tomto ohledu by zřejmě byla vhodná určitá korekce.

Například § 11 zákona o veřejném ochránci práv stanovuje určité náležitosti, které musí mít podnět ochránci adresovaný, a následně § 12 odst. 2 písm. a) tohoto zákona uvádí, že pokud chybějící náležitosti nebyly doplněny ve stanovené lhůtě, může ochránce podnět odložit. Neexistuje nicméně úprava postupu ochránce v „mezidobí“ od doručení podnětu s chybějícími náležitostmi do jeho odložení z důvodu jejich nedoplnění. Je sice bez větších problémů dovoditelné, že ochránce má vyzvat stěžovatele, aby náležitosti doplnil, a stanovil mu k tomu lhůtu, přesto se však lze tázat, proč tato povinnost není výslovně upravena. Zde lze poukázat na úpravu ve slovenském zákone o verejnom ochrancovi prav²⁸, který se v mnoha ohledech do velké míry podobá českému zákonu o veřejném ochránci práv. Slovenský zákon obsahuje explicitně předepsaný postup ochránce v případě, kdy vyzývá stěžovatele k doplnění chybějících náležitostí podnětu (§ 13 odst. 3).

Za poněkud zvláštní lze považovat i konstrukci zveřejnění případu jako sankce za nesplnění povinnosti součinnosti vůči ochránci u sledování vyhoštění a návštěv zařízení. § 21a odst. 1 zákona o veřejném ochránci práv totiž požaduje pouze přiměřené užití

²⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 19. 2. 2008, č. j. 2 As 58/2007-52.

²⁷ Viz pozn. č. 10–13.

²⁸ Zákon č. 564/2001 Z.z., o verejnom ochrancovi prav, v znení neskorších predpisov.

ustanovení § 15 a 16 zakotvujících povinnost součinnosti vůči ochránci, odst. 5 však umožňuje ochránci zveřejnění při nesplnění povinnosti součinnosti upravené v § 15 a 16 beze zbytku, a přiměřenost užití ustanovení o povinnosti součinnosti se tak v případě tohoto druhu zveřejňování vytrácí. Zákodárce původně zamýšlel, aby došlo ke vztažení užití § 15 až 16 *obdobně* a odst. 5 poté navázal stanovením sankce za nesplnění povinností z § 15 až 16 plynoucích, v legislativním procesu však došlo ke změně z „*obdobně*“ na „*přiměřeně*“, aniž by byla provedena změna v navazujícím odst. 5. Za problematické lze považovat, že tato úprava byla bez dalšího automaticky přejímána i při úpravě působností ochránce v oblasti sledování naplňování mezinárodní smlouvy upravující práva osob se zdravotním postižením či naplňování práva volného pohybu občanů Evropské unie (viz § 21c a § 21d).

Co se obecnějších pravidel a kritérií týče, zákon o veřejném ochránci práv vymezuje působnost ochránce a uvádí, že ochránce vykonává svou funkci nezávisle a nestranně, je ale za její výkon odpovědný Poslanecké sněmovně. Ochránce také skládá slib, ve kterém kromě nezávislosti a nestrannosti výkonu své funkce slibuje, že bude funkci vykonávat v souladu s Ústavou a ostatními zákony a že bude chránit neporušitelnost práv. Dále je uvedeno, že ochránce není oprávněn zasahovat do činnosti a rozhodování úřadů a zařízení jinak, než jak stanoví zákon o veřejném ochránci práv. § 1 odst. 1 ještě požaduje, aby činnost ochránce přispívala k ochraně základních práv a svobod. Toto ustanovení obsahuje také kritéria, dle kterých má ochránce posuzovat jednání úřadů a jiných institucí. Kromě zákonnosti se jedná o soulad s principy demokratického právního státu a dobré správy a zákaz nečinnosti. Domnívám se, jak bude rozvedeno dále, že ochránce vystupující z pozice morální autority a sloužící jako pozitivní příklad, je těmito kritérii vázán rovněž, jelikož by veřejnou správu a jiné kontrolované subjekty jen těžko mohl motivovat ke zkvalitnění jejich jednání, kdyby je sám nedodržoval.

Samotný postup ochránce při šetření prováděných v rámci jeho základní působnosti vůči veřejné správě (včetně provádění systematických návštěv a sledování vyhoštění, které představují pouhou modifikaci tohoto postupu) je poněkud paradoxně poměrně rigidní, pevně předepisující sled kroků, které ochránce má dodržet a nepřítisň reflektující možnost neformálního kontaktu a řešení se šetřeným. A. Šabatová ve své knize *Ombudsman a lidská práva* označuje postup ochránce za až příliš podrobně upravený, ze struktury jejího textu však nelze seznat, zda se tento názor vztahuje jen k provádění systematických návštěv a sledování vyhoštění, či i k postupu v ochráncově základní působnosti.²⁹ V případě antidiskriminační agendy, sledování naplňování upravujících práva osob se zdravotním postižením a naplňování práva volného pohybu občanů Evropské unie ochránci není stanoven žádný postup, pouze, jak již bylo zmíněno, jen rámcové úkoly, které má plnit.

²⁹ ŠABATOVÁ, Anna. *Ombudsman a lidská práva*. Brno: Doplněk, 2008, s. 128. ISBN 978-80-7239-229-2.

2.2 Pravidla stanovená samotným ochráncem

Ochránci nic nebrání, aby si sám stanovil pravidla a kritéria, kterými se při své činnosti chce řídit, dokonce to lze považovat za velmi vhodné. Jelikož totiž úloha ochránce spočívá v tom, že se snaží co nejvíce zkvalitnit a zefektivnit působení veřejné správy³⁰ silou své morální autority, je žádoucí, aby ukázal, že on sám na sebe klade obdobné standardy, jaké požaduje po těch, jejichž činnost kontroluje. Lze také dodat, že i stručnost právní úpravy v tomto směru k tomuto kroku vybízí. Inspirací v tomto ohledu je například postup Evropského veřejného ochránce práv, který přijal a zveřejnil nejen poměrně podrobné prováděcí rozhodnutí³¹ k rozhodnutí Evropského parlamentu v základu regulujícího jeho činnost³², ale také etický kodex, kterým se při své činnosti hodlá řídit³³, a další úpravy některých postupů a otázek při jeho činnosti vznikajících³⁴.

Ochránce sám v tomto směru zveřejnil pouze stručnou Strategii rozvoje Kanceláře veřejného ochránce práv na roky 2016–2021³⁵, ve které zdůrazňuje, že si přeje vykonávat práci kvalitně a efektivně, s důrazem na profesionalitu, otevřenost a důstojnost.³⁶ Jiný soubor pravidel, podle kterých při výkonu své působnosti postupuje, zveřejněn nebyl,³⁷ byť takováto pravidla existují. Ochránce například přijal Etický kodex Kanceláře veřejného ochránce práv, který upravuje obecné etické zásady, kterými se mají řídit zaměstnanci Kanceláře, a etické zásady vztahující se na činnost právníků právního odboru Kanceláře.³⁸ Nelze vyloučit ani existenci jiných obdobných interních pravidel, která však nejsou veřejně přístupná.

30 Popř. dalších subjektů spadajících do jeho působnosti.

31 Rozhodnutí Evropské veřejné ochránkyně práv, kterým se přijímají prováděcí pravidla 2016/C 321/01 ze dne 20. 7. 2016.

32 Rozhodnutí Evropského parlamentu 94/262/ESUO, ES, Euratom ze dne 9. 3. 1994 o pravidlech a obecných podmínkách pro výkon funkce veřejného ochránce práv.

33 O'REILLY, Emily. Code of Conduct for the European Ombudsman. *European Ombudsman* [online]. [cit. 31. 12. 2018]. Dostupné z: <https://www.ombudsman.europa.eu/cs/emily-oreilly/ethics-and-conduct/code-of-conduct/en>

34 Viz Další dokumenty. *Evropský veřejný ochránce práv* [online]. Evropská unie, © 1995–2019 [cit. 31. 1. 2019]. Dostupné z: <https://www.ombudsman.europa.eu/cs/legal-basis/other-documents>. Konkrétně lze jmenovat např. rozhodnutí evropského veřejného ochránce práv týkající se žádosti o přezkum a rozhodnutí, kterým se vydávají pokyny pro postup v případě nepatřičné komunikace a stížností, které představují zneužití procesu.

35 Strategie rozvoje Kanceláře veřejného ochránce práv 2016–2021. *Kancelář veřejného ochránce práv* [online]. 5 s. [cit. 31. 12. 2018]. Dostupné z: https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/Kancelar/strategie_KVOP_2016-2021.pdf

36 Ibid, s. 5.

37 Statut a Organizační řád zveřejněné na webových stránkách ochránce upravují pouze záležitosti organizačního charakteru. Viz Statut Kanceláře veřejného ochránce práv. *Kancelář veřejného ochránce práv* [online]. [cit. 21. 12. 2018]. Dostupné z: <https://www.ochrance.cz/kancelar-vop/statut/>; a Organizační řád. *Kancelář veřejného ochránce práv* [online]. [cit. 31. 12. 2018]. Dostupné z: <https://www.ochrance.cz/kancelar-vop/statut/organizacni-rad/>

38 Etický kodex Kanceláře veřejného ochránce práv. *Kancelář veřejného ochránce práv*, s. 2.

Vzhledem k uvedenému v prvním odstavci této podkapitoly však lze uvažovat o tom, zda by nebylo vhodné, aby ochránce pravidla, která si stanovil, zveřejnil. Prvoplánově totiž není dostupná ani informace o existenci citovaného etického kodexu, může se tedy jevit, že ochránce žádná interní pravidla v tomto směru nestanovil. Dokonce ani jednoznačně neuvádí, zda se cítí být vázán principy dobré správy, jejichž souboru je v českém prostředí autorem.³⁹

2.3 Zásady a principy⁴⁰

Lze dále uvažovat, zda na činnost ochránce a tedy i na užití jeho volné úvahy nevztáhnout některé skupiny obecných právních principů a zásad, zejména principy ústavní, principy dobré správy či jejich zákonný odraz – základní zásady činnosti správních orgánů nebo principy správního trestání.

2.3.1 Ústavní principy

Ústavní principy jsou kategorií přesně ohraničitelnou jen s obtížemi. Mnoho z nich je nadto obsaženo i v jiných katalogích principů nebo jsou v nich blíže charakterizovány. To může působit problémy vzhledem k tomu, že se jedná o zřejmě jedinou kategorii právních principů, u nichž je jasné, že se vztahují na absolutně veškeré orgány ve státě existující a zavazující je při jejich činnosti. Nepochybně se tedy vztahují i na činnost ochránce a na užití jeho volné úvahy. S výjimkou zákonné úpravy se jedná o zřejmě jedinou skupinu kritérií, u nichž je nesporné, že je jimi ochránce při využívání své volné úvahy limitován. Vzhledem k výše uvedenému nicméně může být obtížnější určit, které principy se na činnost ochránce budou vztahovat z toho titulu, že jsou principy ústavními. Podle mého názoru však lze dovozovat, že každý princip, u kterého se doktrína či judikatura Ústavního soudu shodují na jeho ústavnosti, má potenciál se na činnost ochránce vztahovat.

Co se konkrétních takových principů týče, lze zmínit například princip proporcionality, legitimního očekávání adresátů jednání orgánu, jejich rovnosti a právní jistoty. Významným ústavním principem je i zákonnost, což se ale v případě užití volné úvahy ochránce příliš neuplatní, jelikož z logiky věci není v tomto směru mnoho zákonných pravidel, jak ostatně vyplývá z podkapitoly 2.1 *Pravidla stanovená zákonem o veřejném ochránci práv*. Dále lze uvést principy demokratického právního státu, které jsou ostatně jedním z kritérií, jímž by ochránce měl poměřovat činnost veřejné správy. Tím spíše by je tedy měl při své činnosti dodržovat i on sám.

³⁹ ČERNÍN, K. Principy dobré správy definované veřejným ochráncem práv. In: HRABCOVÁ, Dana (ed.). *Principy dobré správy*. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 11–17. ISBN 80-210-4001-7.

⁴⁰ Ačkoli doktrína občas mezi pojmy zásada a princip rozlišuje, domnívám se, že pro účely tohoto článku to není nezbytné; používám tedy tyto pojmy *promiscue*.

2.3.2 *Principy dobré správy*

Principy dobré správy lze vymezit jako kritéria, která by se veřejná správa v moderním demokratickém právním státě měla snažit co nejvíce naplňovat, aby se maximálně přiblížila svému poslání být především službou veřejnosti, ač k tomu v mnohých případech není z hlediska práva zavázána. Ochránce sice není orgánem veřejné správy, lze však spekulovat o tom, zda se na něj tyto principy také nevztahují. Jak například bylo v úvodu tohoto článku zmíněno, kontrolní činnost ochránce má z hlediska materiálního povahu správní činnosti. Lze také zdůraznit, že ochránce je v českém prostředí autorem těchto principů a zákon o veřejném ochránci práv mu ve svém § 1 odst. 1 výslovně ukládá, aby dohlížel na jejich dodržování a prosazování. Bylo by tedy poněkud nelogické, kdyby se jimi on sám ve své praxi neřídil za účelem upevnění své pozice morální autority a poskytování pozitivního příkladu pro veřejnou správu.

Jejich závaznost pro činnost ochránce však zřejmě bez dalšího prohlásit nelze, ač je zřejmé, že on sám ve své praxi dodržovat bude, byť toto explicitně neuvádí (viz předchozí kapitola).

Zmínit lze, že na Evropského veřejného ochránce práv se principy dobré správy vztahují, v jeho případě je však tato skutečnost založena čl. 41 Listiny základních práv Evropské unie, dle něž mají orgány Unie povinnost k tzv. řádné správě.⁴¹

2.3.3 *Základní zásady činnosti správních orgánů*⁴²

Vztažení základních zásad činnosti správních orgánů na užití volné úvahy ochránce se na první pohled může jevit jako nesmyslné, jelikož dle obecně přijímaného názoru ochránce není správním orgánem. V žádném případě zde nechci tvrdit, že by ochránce byl správním orgánem v doktrinálním slova smyslu, vzhledem k legální definici správního orgánu ve správním řádu⁴³, však lze uvažovat o tom, že do jeho působnosti spadá právě v těch případech, kdy se jeho činnost silně blíží výkonu veřejné správy. Ochránce má totiž při výkonu své kontrolní činnosti určité vrchnostenské postavení – má oprávnění vstupovat do kontrolovaných prostor a provádět v nich šetření, přičemž kontrolované subjekty (může se přitom jednat o soukromé subjekty) mají povinnost mu k tomuto poskytnout součinnost. Při nesplnění této povinnosti o tomto může ochránce informovat veřejnost; sankční povaha tohoto zveřejnění již byla zmíněna.

⁴¹ Řádná správa v pojetí Listiny základních práv Evropské unie zahrnuje povinnost řešit záležitosti nestranně, spravedlivě a v přiměřené lhůtě, odůvodňovat rozhodnutí správních orgánů aj.

⁴² Tento oddíl a závěry v něm obsažené vychází a jsou z části přebrány z příspěvku publikovaného ve sborníku z konference *Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2017*. Viz CHAMRÁTHOVÁ, Anna. Vztahuje se na činnost veřejného ochránce práv správní řád? *Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2017* [online]. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2017, s. 580–584 [cit. 31. 12. 2018]. ISBN 978-80-7160-445-7. Dostupné z: [http://conference.flaw.uniba.sk/zborniky/files/M%C3%AD%C4%BEniky%20pr%C3%A1va%20\(Milestones%20of%20Law\)/2017/Zbornik_Milniky_2017.pdf](http://conference.flaw.uniba.sk/zborniky/files/M%C3%AD%C4%BEniky%20pr%C3%A1va%20(Milestones%20of%20Law)/2017/Zbornik_Milniky_2017.pdf)

⁴³ § 1 odst. 1 správního řádu.

Ustanovení § 1 odst. 1 správního řádu správní orgány vymezuje jako všechny orgány moci výkonné, orgány územních samosprávních celků a jiné orgány a právnické a fyzické osoby, které vykonávají působnost v oblasti veřejné správy. Výkon působnosti v oblasti veřejné správy nicméně je, jak naznačuje komentářová literatura, vykládán různorodě a nejednoznačně. Jednotlivé komentáře jej vymezují různě a neshodují se například ani na tom, zda do působnosti správního řádu spadá normotvorba veřejné správy.⁴⁴ Někteří odborníci jej ztotožňují s výkonem veřejné moci v oblasti veřejné správy či s výkonem veřejné správy⁴⁵, je ovšem diskutabilní, zda pojem „výkon veřejné správy“ lze považovat za identický s pojmem „výkon působnosti v oblasti veřejné správy“. Dle některých odborníků se dále jedná pouze o vrchnostenskou veřejnou správu v kontrastu k veřejné správě vykonávané soukromoprávními prostředky⁴⁶, dle jiných předmětný pojem zahrnuje i pečovatelskou veřejnou správu⁴⁷ nebo různé informační úkony typu doporučení a výzev⁴⁸.

Vzhledem naznačenému postavení ochránce vůči kontrolovaným subjektům je tedy otázkou, zda by pro účely správního řádu ochránce nemohl být považován za správní orgán. Většina zmíněné literatury vztahující působnost správního řádu jen na jednání správních orgánů skrze vrchnostenské nástroje totiž uvažuje pouze o protikladu těchto nástrojů k nástrojům soukromoprávním jako je uzavírání kupních smluv či prodej majetku, přičemž je očividné, že nástroje ochránce při výkonu jeho působnosti můžeme řadit mezi soukromoprávní jen těžko. Lze také podotknout, že čistě gramaticky vzato, působnost ochránce vykonává a v oblasti veřejné správy se tento výkon odehrává. Komentářová literatura dále sice obsahuje výslovné tvrzení, že na činnost ochránce se správní řád nevztahuje⁴⁹, obsahuje však i zmínku o ochránci jako příkladu jiného orgánu ve smyslu § 1 odst. 1 správního řádu⁵⁰.

⁴⁴ Srov. PRŮCHA, Petr. *Správní řád: s poznámkami a judikaturou*. 2. aktualiz. a dopl. vyd. Praha: Leges, 2015, s. 21. ISBN 978-80-7502-051-2; a SKULOVÁ, Soňa. Působnost správního řádu, zásady činnosti a nečinnosti [Část I. Správní řád. Hlava II.]. In: *Správní řád*. 1. vyd. Praha: ASPI, 2006, s. 25 a 35. ISBN 80-7357-226-5.

⁴⁵ Viz HRABÁK, Jan a Tomáš NAHODIL. *Správní řád: s výkladovými poznámkami a vybranou judikaturou*. 4. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 21. ISBN 978-80-7357-959-3; JEMELKA, Luboš a kol. *Správní řád*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 2–4. ISBN 978-80-7400-607-4; ČERNÝ, Pavel. Působnost a systematika správního řádu. In: ČERNÝ, Pavel a kol. *Průvodce novým správním řádem: s podrobným výkladem a vzhledy podání*. Praha: Linde, 2006, s. 27. ISBN 80-7201-600-8; ONDRUŠ, Radek. *Správní řád: nový zákon s důvodovou zprávou a poznámkami*. Praha: Linde, 2005, s. 30. ISBN 80-7201-523-0; a VEDRAL, Josef. *Správní řád: komentář*. 2. aktualiz. a rozš. vyd. Praha: Ivana Hexnerová – Bova Polygon, 2012, s. 15–16. ISBN 978-80-7273-166-4.

⁴⁶ Viz JEMELKA, op. cit., s. 14; ČERNÝ, op. cit., s. 27; VEDRAL, op. cit., s. 16 a důvodová zpráva k zákonu č. 500/2004 Sb., správní řád.

⁴⁷ POTĚŠIL, Lukáš. § 1 [Předmět úpravy a rozsah působnosti]. In: POTĚŠIL, Lukáš a kol. *Správní řád*. 1. vyd. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2016, s. 10. ISBN 978-80-7400-598-5.

⁴⁸ HRABÁK, op. cit., s. 21.

⁴⁹ ONDRUŠ, op. cit., s. 29.

⁵⁰ ČERNÝ, op. cit., s. 25.

Co se týče faktického dopadu pravidel obsažených ve správním řádu na činnost ochránce, jednalo by se pouze právě o základní zásady činnosti správních orgánů. Jakékoli jiné instituty obsažené ve správním řádu jsou, domnívám se, svou povahou natolik odlišné od výstupů ochránce, že uvažovat o vztažení jejich právní úpravy i na ochrannový výstup je nemožné i v rovině čistě teoretické. Základní zásady činnosti správních orgánů jsou nadto zákonou obdobou principů dobré správy, jimiž by se ochránce jako jeden z jejich autorů a propagátorů koneckonců měl cítit vázán. Pro praktické uplatnění by ovšem bylo nutné posoudit, zda se ta která činnost ochránce do takové míry blíží činnosti veřejné správy, aby předmětné vztažení bylo možné. Jednalo by se zřejmě především o výkon jeho kontrolní činnosti a uplatnění k tomuto určených pravomocí, zvláště ve vztahu k soukromým subjektům.

Závěrem poznamenávám, že sám ochránce se názorem, že by se na něj měl v byt' jen takto omezené míře vztahovat správní řád, zásadně nesouhlasí.⁵¹ Je třeba připustit, že toto jistě nebylo při tvorbě správního řádu cílem či úmyslem zákonodárce, způsob vymezení působnosti tohoto předpisu však dle mého názoru pro v tomto článku naznačenou interpretaci prostor dává. Jedná se nicméně především o problém znění příslušných ustanovení správního řádu a jejich výkladu, nikoli o závěr, že by se na činnost ochránce správní řád vztahovat měl.

2.3.4 Principy správního trestání

Jak již bylo zmíněno, v mnoha případech může mít tzv. zveřejňování prováděné ochránce formu sankce. Nabízí se tak i otázka, zda by se na tyto situace neměly vztahovat i principy správního trestání, zvláště v případech, kdy dopadají na soukromé subjekty. V případě ochránce sice lze o správním trestání jen těžko hovořit, vzhledem k charakteru jeho činnosti se však jeho sankční mechanismus nejvíce blíží tomuto institutu. Jak již bylo zmíněno, do určité míry plní obdobné funkce jako zveřejnění rozhodnutí o přestupku.⁵² Ohledně sankčního zveřejnění ochránce totiž zákonodárce uvádí: „*Pro posílení účinku pobružky informováním veřejnosti lze sdělit jména pracovníků úřadu či zařízení...*“⁵³ a u zveřejnění rozhodnutí přestupku zase: „*Vzhledem k tomu, že dobrá pověst je pro právnickou osobu značnou hodnotou, lze předpokládat, že brožba tímto správním trestem může mít určitý odstrašující účinek.*“⁵⁴ Domnívám se však, že činnost ochránce je i v tomto případě velmi specifická a ač zveřejnění plní některé z funkcí trestu, má funkci především informativní a funkce retributivní je potlačena. Požadavek uplatnění principů správního trestání na tuto oblast by tak příliš zasáhl do charakteru instituce ochránce. Nevylučuji nicméně, že při případných dalších změnách jak v právní úpravě působnosti a činnosti ochránce,

⁵¹ Viz pozn. č. 1.

⁵² Viz pozn. č. 20.

⁵³ Důvodová zpráva k zákonu č. 381/2005 Sb., změna zákona o Veřejném ochránci práv.

⁵⁴ Důvodová zpráva k zákonu č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich.

tak v jeho vlastní praxi může být odpověď na rozebíranou otázku odlišná. Lze také podotknout, že ochránci nic nebrání se rozhodnout tyto principy při sankčním zveřejňování dobrovolně dodržovat.

2.4 Kritéria etická a morální

Jak již bylo několikrát uvedeno, autorita ochránce primárně nevyplyvá z práva, ale z jeho postavení jako morální autority. Je proto dle mého názoru na místě uvažovat o tom, zda by se tedy na jeho činnost neměla vztahovat i kritéria zcela mimoprávní, především etická a morální. V činnostech jiných orgánů jsou tato kritéria obvykle pokryta jinými z předchozích jmenovaných skupin právních principů, například principy dobré správy. Jelikož je ovšem diskutabilní, do jaké míry a zda vlastně se tyto skupiny principů vztahují i na činnost ochránce, měla by se kritéria etická a morální na jeho činnost vztahovat především.

3 Možné uplatnění nalezených pravidel a kritérií na užití volné úvahy ochránce

Zbývá ještě otázka, do jaké míry by ochránce měl kritéria popsaná v předchozí kapitole při své činnosti a zejména při užití své volné úvahy zohledňovat. Vzhledem k vysoké specifčnosti mnoha oblastí a způsobů jeho činnosti by nebylo rozumné požadovat, aby je uplatňoval ve všech případech a za všech okolností. Je totiž nutné zohlednit, kdy užití volné úvahy ochránce vyplývá z povahy této instituce a kdy se blíží uplatňování správního uvážení.

Nejvolnější režim by mělo mít uplatňování specifických oprávnění ochránce, jako je návrh na přijetí, změnu či zrušení právního či vnitřního předpisu, podání návrhu k Ústavnímu soudu apod., a také vydávání různých metodik a doporučení. V zásadě volnou ruku by ochránce měl mít i při výběru problematických témat, ke kterým se rozhodně veřejně vyjadřovat a snažit se o zlepšení stavu v těchto oblastech, za předpokladu, že spadají do jeho působnosti. V těchto věcech by měl mít dle mého názoru téměř absolutní volnost užití své volné úvahy a i ústavní principy bych na ni v těchto případech aplikovala velmi zdrženlivě. Dále lze do této kategorie činností a způsobů užití volné úvahy ochránce zařadit jeho úvahu o tom, zda odložit či nikoli podnět, který neobsahuje veškeré zákonem požadované náležitosti. Ochránci totiž zajisté nelze upírat právo, aby si sám volil, kterými z podnětů bez požadovaných náležitostí se i tak bude zabývat, protože situaci v nich popsanou shledává nápravy hodnou. V těchto případech by měl být dostačující zákonný požadavek na písemné odůvodnění odložení podnětu.

Druhou kategorií činností ochránce potom budou tvořit případy užití volné úvahy při volbě způsobu šetření, komunikace se šetřeným a navrhování opatření k nápravě. Jelikož zde, jak již bylo naznačeno, ochránce vystupuje spíše v pozici autoritativní a ve vztahu

k šetřeným soukromým subjektům dokonce, dá se říci, do určité míry „vrchnostenské“⁵⁵, mělo by v těchto situacích být uplatňováno více kritérií na jeho činnost než v předchozí kategorii. Ústavní principy by zde měly být uplatňovány důsledněji a zřejmě lze uvažovat i o uplatnění principů dobré správy a základních zásad činnosti správních orgánů, jelikož ve vztahu k soukromým osobám se může činnost ochránce do jisté míry podobat výkonu veřejné moci.

Do kategorie třetí spadá zveřejňování zpráv ochránce v těch případech, kdy nabývá charakteru sankce. Zde by dle mého názoru ochránce měl při úvaze, zda případ medializuje či nikoli, důsledně uplatňovat nejen principy ústavní, dobré správy a základní zásady činnosti správních orgánů, ale je otázkou, zda by neměl užít i principů správního trestání.

Lze uzavřít, že by mělo být v nejvlastnějším zájmu ochránce dodržování uvedených kritérií, vzhledem k tomu, že jeho závěry a výstupy jsou z hlediska práva nevynutitelné a jsou prosazovány svou přesvědčivostí. Právě nemožnost vynucení závěru ochránce by tak v tomto kontextu mohla sloužit jako stimul k vysoké kvalitě jeho činnosti.

4 Přezkum dodržování pravidel vztahujících se na činnost ochránce

Pro užití správního uvážení či diskrece správním orgánem platí, že je ve většině případů přezkoumatelné správním orgánem vyššího stupně nebo soudem. Je tedy běžné, že správnost tohoto užití posuzuje několik různých orgánů. Lze dokonce říci, že tento přezkum je jedním z mechanismů, které zabraňují libovůli správního orgánu. Ohledně volné úvahy ochránce se ovšem na první pohled jeví, že přezkum jejího užití je zcela vyloučen. Jsem nicméně toho názoru, že jisté možnosti v tomto směru existují.

Orgán vyššího stupně v případě ochránce samozřejmě neexistuje, je však nutné mít na paměti, že ochránce je ustanovován Poslaneckou sněmovnou, které za výkon své působnosti odpovídá a pravidelně jí o něm také podává zprávu, kterou má Sněmovna projednat. Je tedy zřejmé, že Sněmovna jistým způsobem činnost ochránce kontroluje, přičemž do rozsahu této kontroly může spadat i to, jestli jeho činnost splňuje určitá kritéria. Otázkou ovšem zůstává, jestli tato kontrola může dosáhnout nějakých faktických výsledků. Česká právní úprava neumožňuje odvolání ochránce z důvodu nespokojenosti s výkonem jeho funkce, což je ostatně jeden z institutů, který má zajistit jeho nezávislost a nestrannost. V úvahu ovšem připadá to, že jej Sněmovna opětovně nezvolí do funkce, a to ať pro bezprostředně následující funkční období nebo kdykoli v budoucnosti.

Jelikož ochránce prosazuje své názory z pozice morální autority, mohou na něj také výtky Sněmovny ohledně kvality výkonu jeho funkce zapůsobit natolik, že svou činnost sám od sebe

⁵⁵ Zde lze odkázat na výrok Nejvyššího soudu citovaný na počátku druhé kapitoly – „rozhoduje o tom, zda je třeba v zájmu těchto osob [osob, jejichž zájmy chrání – pozn. aut.] využít kompetence, které mu svěřuje zákon, či zda k tomu důvod není. V závěru z šetření veřejného ochránce práv se pak vůle subjektů, které jsou předmětem tohoto šetření, nemůže promítnout“.

změní kvůli obavě ze snížení svého morálního kreditu. Obdobně na něj zřejmě bude působit kontrola ze strany veřejnosti a jeho vlastní sebereflexe, kterou proto lze považovat za nejdůležitější mechanismus přezkumu toho, jak ochránce dodržuje pravidla vztahující se na jeho činnost, protože je v jeho nejvlastnějším zájmu, aby byl veřejností vnímán pozitivně.

Co se soudního přezkumu týče, činnost ochránce mu zásadně nepodléhá.⁵⁶ Objevuje se nicméně judikatura k otázce odpovědnosti státu za škodu způsobenou nesprávným úředním postupem ochránce.⁵⁷ Nedávný citovaný rozsudek Nejvyššího soudu⁵⁸ jednoznačně prohlásil, že ochránce se může dopustit nesprávného úředního postupu a stát následně odpovídat za škodu či újmu ochráncem způsobenou. Tento rozsudek tak podle mého názoru implikuje, že soud (a předtím, v rámci předběžného projednávání nároku, Ministerstvo financí) je oprávněn v rámci řízení o náhradu škody či újmy způsobené ochráncem přezkoumávat správnost jeho postupu i způsob užití jeho volné úvahy.

Toto lze srovnat s judikaturou Soudního dvora Evropské unie, kdy tento ve věci *Lamberts*⁵⁹ uvedl, že ačkoliv Evropský veřejný ochránce práv má při uplatňování svých pravomocí širokou míru uvážení a zároveň nemá stanoveny konkrétní výsledky, kterých by musel dosáhnout, není soudní přezkum jeho jednání (v rámci řízení ohledně jeho odpovědnosti za škodu) úplně vyloučen. Ve věci *Staelen*⁶⁰ pak explicitně prohlásil, že Evropský veřejný ochránce práv se může dopustit porušení zásady řádné péče nebo nevyřídit věc v přiměřené lhůtě, tj. že i na něj dopadají povinnosti stanovené v čl. 41 Listiny základních práv Evropské unie. Z tohoto vyplývá nejen to, že Soudní dvůr považuje za povinnosti ochránce dodržovat zásadu řádné péče a vyřizovat věci v přiměřené lhůtě, ale také, že je oprávněn přezkoumávat dodržování těchto povinností a tím také i úvahu ochránce, jaký konkrétní prostředek řešení případu použije a kdy. Toto lze považovat za limitaci užití volné úvahy Evropského veřejného ochránce práv.⁶¹

⁵⁶ Jednoznačnou výjimku tvoří rozhodování ochránce (resp. Kanceláře veřejného ochránce práv) o poskytování informací dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů; viz závěr kapitoly 1 *Možnosti užití volné úvahy ochránce*.

⁵⁷ Dle 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 (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů.

⁵⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 9. 2016, sp. zn. 30 Cdo 4118/2015. Závěry z tohoto rozsudku poté byly potvrzeny v rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 9. 5. 2018, sp. zn. 30 Cdo 5848/2016.

⁵⁹ Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 10. 4. 2002, *Frank Lamberts vs. Evropský veřejný ochránce práv a Evropský parlament*, věc T-209/00.

⁶⁰ Rozsudek Tribunálu ze dne 29. 4. 2015, *Claire Staelen vs. Evropský veřejný ochránce práv*, věc T-217/11 ve spojení s rozsudkem Soudního dvora ze dne 4. 4. 2017, *Evropský veřejný ochránce práv vs. Claire Staelen*, věc C-337/15 P.

⁶¹ VOGIATZIS, Nikos. The EU's liability owing to the conduct of the European Ombudsman revisited: European Ombudsman v. Staelen. *Common Market Law Review* [online]. 2018, roč. 55, č. 4, s. 1267 [cit. 31. 12. 2018]. ISSN 0165-0750. Dostupné z: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=COLA2018098>

S vědomím zásadních odlišností mezi kontinentálním a anglosaským právním systémem lze také v této souvislosti poznamenat, že před cca třiceti lety byl ve Velké Británii připuštěn soudní přezkum činnosti ombudsmanské instituce v případě, že bude jednat *ultra vires*, a později byla její zpráva prohlášena za nicotnou, jelikož její závěry byly zcela vadné.⁶² Následně byl před přibližně 20 lety soudem anulován závěr Parlamentního komisaře o tom, že došlo ke špatné správě, s tím, že závěr Komisaře byl nedostatečně odůvodněn.⁶³ V současné době není ve Velké Británii zpochybňováno, že je možné přezkoumat činnost ombudsmanské instituce soudně, soudy však přihlíží k tomu, že má širokou míru volného uvážení.⁶⁴ Soudní kontrola její činnosti se tak z hlediska stěžovatelů (resp. žalobců) napadajících tuto činnost v praxi neukazuje jako příliš efektivní.⁶⁵

Závěr

Činnost veřejného ochránce práv je rozmanitá a je jedním z charakteristických rysů této instituce, že je při ní ochránce nadán velkou mírou volné úvahy, jaké prostředky použije k plnění svých úkolů a zda vůbec nějaké prostředky použije. Nicméně je otázkou, zda je při své činnosti a využívání této volné úvahy ochránce nějak limitován. V některých případech může jeho činnost nabývat více či méně charakteru veřejné správy a užití jeho volné úvahy se tak může začít podobat uplatňování správního uvážení. Toto je nejvýraznější v situacích, kdy ochránce provádí svou kontrolní činnost, zejména vůči soukromým subjektům, a zveřejňování svých zpráv v těch případech, kdy nabývají charakteru sankce. Zákon o veřejném ochránci práv a ani jiné zákony ochránci z logiky věci příliš mnoho pravidel nestanovují. Přesto však lze českou právní úpravu v tomto směru považovat za ne zcela ideální, jelikož pravidla jí stanovená nejsou vždy jednoznačná a úplná. Ani ochránce sám většinou veřejně neuvádí, jaká pravidla si pro svou vlastní činnost stanovuje. Je tak poměrně obtížné odhadnout, čím se vlastně ochránce při své činnosti řídí a čím se cítí být vázán.

Když odhlédneme od kritérií etických a morálních, která by se na činnost ochránce jako orgánu stavícího na své morální autoritě jistě vztahovat měla, zbývá otázka vztažení právních zásad a principů na jeho činnost. Nelze pochybovat o tom, že na jeho činnost se vztahují principy ústavní. V úvahu připadají i principy dobré správy a základní zásady činnosti správních orgánů, a to v těch případech, kdy činnost ochránce částečně nabývá charakteru výkonu veřejné moci. Sporným by mohlo být, zda lze na ochráncovu úvahu,

⁶² Oba tyto případy se týkaly Komisařů pro místní samosprávu.

⁶³ BARNETT, Hilaire. *Constitutional & administrative law*. 6. vyd. Oxon: Routledge-Cavendish, 2006, s. 816. ISBN 1-84568-033-2.

⁶⁴ KIRKHAM, Richard. Judicial review, litigation effects and the ombudsman. *Journal of Social Welfare and Family Law* [online]. 2018, č. 1, s. 110–125 [cit. 10. 4. 2018]. Dostupné z: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09649069.2017.1415244>

⁶⁵ Ibid.

zda medializovat určité případy, aplikovat i principy správního trestání; za současného stavu však lze říci, že zřejmě nikoli.

Oproti užití správního uvážení, které je široce přezkoumatelné množstvím orgánů, je přezkum užití volné úvahy ochránce silně omezen. Základem v tomto směru je jeho vlastní sebereflexe a kontrola ze strany veřejnosti, která slouží i jako vodítko pro další sebereflexi ochránce, protože je v jeho nejvlastnějším zájmu, aby byl veřejností vnímán pozitivně a přesvědčivě. Jistou roli může v tomto směru hrát i přezkum jeho činnosti Poslaneckou sněmovnou, které za výkon své působnosti odpovídá. V poslední době se také ukazuje, že velmi omezený přezkum činnosti ochránce a užití jeho volné úvahy může být vykonáván i soudně v případě uplatnění nároku proti státu ohledně postupu ochránce dle zákona o odpovědnosti státu za škodu.

DOKTORANDSKÉ PŘÍSPĚVKY

Vedlejší intervence a opravné prostředky v civilním řízení

The Third-party Intervention and Remedies in Civil Proceedings

Petra Lavická*

Abstrakt

Česká právní úprava umožňuje vedlejšímu intervenientovi podat odvolání za podmínek stanovených v § 203 občanského soudního řádu, stejně tak může podle § 231 občanského soudního řádu podat žalobu na obnovu řízení nebo žalobu pro zmatečnost. Obledně přípustnosti dovolání bylo judikováno Nejvyšším soudem, že vedlejší intervenient není osobou oprávněnou k podání dovolání ve věci samé (R 3/04). Článek se proto zabývá analýzou, zda tento závěr obстоjí, a to také ve srovnání se zahraniční právní úpravou. V příspěvku bude rovněž pojednáno o rozdělení výjimečné intervence na pravidelnou a výjimečnou.

Klíčová slova

Vedlejší intervence; odvolání; dovolání; pravidelná a výjimečná vedlejší intervence.

Abstract

The Czech legislation allows a third party intervening in support of a party to the dispute to lodge an appeal under the conditions laid down in the Section 203 of the Code of Civil Procedure, as well as bring an action for annulment and for retrial of the case according to the Section 231 of the Code of Civil Procedure. Regarding the admissibility of the extraordinary appeal, the Supreme Court of the Czech Republic has ruled that the person intervening in support of a party is not entitled to lodge it (R 3/04). This paper focuses on the analysis whether this conclusion is defensible, especially in comparison with the foreign legislation. The paper will also handle with the differences between so called regular third-party intervention and the third-party intervention as a joinder of parties.

Keywords

Third-party Intervention in Support of a Party to the Dispute; Third-party Intervention in Support of a Party to the Dispute as a Joinder of Parties; Appeal; Extraordinary Appeal.

Úvod

Tento příspěvek se zabývá otázkou opravných prostředků, které může vedlejší intervenient v souvislosti se svým postavením ve sporu využít v řízení před soudem podle platného zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu (dále také „o. s. ř.“). Dle zákona jsou

* Mgr. et Mgr. Petra Lavická, asistentka soudce, Nejvyšší soud, Brno / Legal Assistant, The Supreme Court of the Czech Republic, Brno, Czech Republic / E-mail: petra1.lavicka@nsoud.cz

jimi odvolání a žaloba na obnovu řízení a žaloba pro zmatečnost. V tomto článku bude pojednáno jen o odvolání a o dovolání jako mimořádném opravném prostředku, o kterém občanský soudní řád ve vztahu k vedlejšímu intervenientovi ovšem mlčí. V této souvislosti bude aktuální česká právní úprava odvolání a dovolání ve vztahu k vedlejšímu intervenientovi srovnána s úpravou polského, rakouského a slovenského civilního řádu soudního. Text se zaměří také na to, zda přes výslovné neuvedení v zákoně by měl mít vedlejší intervenient možnost podat dovolání proti rozhodnutí ve věci samé. Je třeba také zmínit, že první kapitola bude věnována základní charakteristice vedlejší intervence a jejímu rozdělení na pravidelnou a výjimečnou. Takto definovanou vedlejší intervenci sice v platném znění o. s. ř. nenalezneme, věcný záměr civilního řádu soudního ovšem s uvedeným rozdělením počítá¹.

1 Charakteristika vedlejší intervence s rozdělením na pravidelnou a výjimečnou

Pod pojmem „pravidelná vedlejší intervence“ je třeba představit si tento institut tak, jak je o něm pojednáno v o. s. ř., pro charakteristiku druhého typu vedlejší intervence – výjimečné – je třeba vycházet ze starší české komentářové literatury² a zahraniční procesní úpravy; v tomto článku bude charakteristika výjimečné vedlejší intervence představena podle toho, jak ji vykládá rakouská právní doktrína a rakouský civilní řád soudní (Gesetz 113/1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Zivilprozessordnung, dále také „ZPO“)³, který na našem území platil do roku 1950⁴.

Obecně je právní úprava (pravidelné) vedlejší intervence obsažena v ustanovení § 93 o. s. ř., dle jehož prvního odstavce „se jako vedlejší účastník může vedle žalobce nebo žalovaného zúčastnit řízení ten, kdo má právní zájem na jeho výsledku“, přičemž jde jen o řízení sporné. Smyslem této intervence je umožnit subjektům, o jejichž právech a povinnostech se v řízení sice nerozhoduje, ale které mají na výsledku řízení právní zájem, aby mohly svou aktivní účastí na tento výsledek působit.

Vedlejší intervenient se v řízení připojuje k té straně sporu, na jejímž vítězství má tedy – podle svého prohlášení – právní zájem. Jde o vlastní zájem intervenienta (tzn. že výsledek řízení se zprostředkovaně dotkne jeho právního postavení) a musí jít o zájem právní (nikoliv snad jen obecný zájem přátelský, snahu pomoci, rovněž nepostačuje budoucí zájem), přitom ale vedlejší intervence neslouží pouze k ochraně zájmů vedlejšího

1 Viz Část 1. Hlava II. Strany a jejich zástupci. Díl 4. Vedlejší intervence. crs.justice.cz [online].

2 HORA, Václav. *Československé civilní právo procesní. II. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 29–31. ISBN 978-80-7357-540-3.

3 Nicméně i další srovnávané civilní soudní řády institut výjimečné intervence obsahují. Jde o zákon č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok (§ 84) a polský Civilní soudní řád ze dne 17. 11. 1964 (Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego) viz § 81.

4 Pak byl nahrazen zákonem č. 142/1950 Sb., o řízení ve věcech občanskoprávních (občanský soudní řád).

intervenienta, ale zároveň k ochraně zájmů procesní strany, na jejíž podporu intervenient do řízení vstoupil⁵. Typicky jde o situaci, kdy žalovaný má v případě své prohry postih (regres) vůči třetí osobě; třetí osoba, které regres hrozí, má právní zájem na vítězství žalovaného⁶. Podle § 93 odst. 2 o. s. ř. přípustnost vedlejší intervence, a tedy existenci právního zájmu, zkoumá soud pouze na návrh některé ze stran.

Vedlejší intervenient může vstoupit do řízení v kterémkoli stádiu; zároveň přistupuje do stavu řízení, který tu je v době jeho vstupu, což zahrnuje také stadium řízení o opravných prostředcích, včetně těch mimořádných⁷.

Vedlejší intervenient nenabývá postavení strany sporu, nicméně svými procesními úkony pomáhá té straně (v ZPO vystupuje pod pojmem *der Streithelfer*), k níž se připojil. Zároveň je vyloučeno, aby (pravidelnému) vedlejšímu intervenientovi bylo rozhodnutím ve věci samé přisouzeno právo nebo byla uložena povinnost, jež tvoří předmět sporu ve věci samé. Dostanou-li se procesní úkony (tedy i podání opravných prostředků) vedlejšího intervenienta do rozporu s úkony jím podporované strany, soud dá přednost úkonům strany, neboť ta jediná nese procesní odpovědnost za svůj úspěch v řízení; k odporujícím úkonům vedlejšího intervenienta soud pro jejich nepřípustnost nepřihlíží (podle rakouské literatury je to z toho důvodu, že strana řízení je „pánem sporu“).

Tolik ve zkratce k pravidelné vedlejší intervenci. Ohledně výjimečné vedlejší intervence pak platí následující⁸. Jde o institut, který dnešní o. s. ř. nezná, nicméně nebylo tomu tak vždy. Ještě občanský soudní řád z roku 1950 (zákon č. 142/1950 Sb.) nepřimo k výjimečné vedlejší intervenci odkazoval v § 418, a to ustanovením, které přiznávalo vedlejšímu účastníku postavení nerozlučného společníka (§ 414 odst. 1 zákona č. 142/1950 Sb.). Tato charakteristika je blízká koncepci, kterou nacházíme v rakouském civilním řádu, jenž pro tento druh vedlejší intervence užívá pojem *die streitgenössische Nebenintervention*, tedy vedlejší intervence vedoucí k účastenství ve sporu. Základním předpokladem této výjimečné vedlejší intervence je skutečnost, že se účinek soudního rozhodnutí vztahuje i na vedlejšího intervenienta.

⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 8. 12. 2004, sp. zn. I. ÚS 553/03.

⁶ Typicky půjde o spory o pojistné plnění z dopravních nehod, kdy se pojišťovna přidá na straně škůdce do sporu jako vedlejší intervenient, ale může to být také Česká advokátní komora na straně žalované České republiky – Ministerstva spravedlnosti viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 11. 2015, sp. zn. 30 Cdo 1711/2015, v řízení o náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem či nezákonným rozhodnutím podle zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu 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 (notářský řád).

⁷ Poprvé může vstoupit do řízení tehdy, až je straně doručena žaloba; nic nebrání jeho vstupu také v průběhu odvolacího řízení (§ 211 o. s. ř.), přičemž jeho vstup není vyloučen ani v řízení o mimořádných opravných prostředcích (243 b o. s. ř.) – k tomu rozdílně V. Hora: „vedlejší intervenient není oprávněn spor zahájit, proto nemůže podávat žalobu na obnovu a pro zmatečnost.“. HORA, Václav. *Československé civilní právo procesní. II. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 29. ISBN 978-80-7357-540-3.

⁸ Příklady výjimečné vedlejší intervence lze najít v LAVICKÁ, Petra. Výjimečná vedlejší intervence. In: *Sborník Dny práva 2017. Část VIII. Reforma civilního procesu*. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 46–57. ISBN 978-80-210-8989-1. Dostupné z: <https://www.law.muni.cz/dokumenty/45065>

Ustanovení k výjimečné vedlejší intervenci nalezneme v ZPO v § 20, ve kterém je vedlejšímu intervenientovi přiznáno postavení nerozlučného společníka (§ 14 ZPO). Ve vztahu k jednoduché vedlejší intervenci má výjimečný vedlejší intervenient silnější procesní postavení ve sporu. Některé předpoklady vedlejší intervence tak, jak jsou popsány výše (zejména co se týká právního zájmu na výsledku řízení), platí také u této vedlejší intervence. Výjimečný vedlejší intervenient rovněž přijímá spor ve stavu a období, v jakém do něj vstoupil (§ 19 ZPO), ale procesní úkony jím činěné nejsou závislé na vůli strany – odporují-li úkony vedlejšího intervenienta úkonům strany, pak platí ty procesní úkony, které jsou pro řízení příznivější, úkony vedlejšího účastníka tedy neustupují úkonům strany⁹.

Tyto závěry jsou zároveň platné pro postavení intervenienta, který tvoří se stranou sporu nerozlučné společenství podle § 84 zákona č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok¹⁰ a vedlejšího samostatného (kvalifikovaného) intervenienta (*intervenient uboczny samoistny, kwalifikowany*) podle § 81 polského Civilního soudního řádu ze dne 17. 11. 1964, jenž má postavení nerozlučného společníka¹¹.

Na základě výše uvedeného je vhodné pro účely tohoto příspěvku shrnout, že vedlejší intervenient může přistoupit za zákonem stanovených podmínek do řízení vedeného u soudu prvního stupně, druhého stupně i v rámci řízení o mimořádných opravných prostředcích. Ohledně procesních úkonů učiněných vedleším intervenientem je rozlišení na pravidelného/výjimečného klíčové, neboť v prvním případě jeho procesní úkony nemohou jít proti vůli strany, která je „pánem sporu“, zatímco v druhém případě může vedlejší intervenient vznášet procesní návrhy, s nimiž strana řízení nemusí souhlasit (viz výše). Toto silnější procesní postavení je dáno tím, že na výjimečného vedlejšího intervenienta se vztahují účinky rozhodnutí.

2 Opravné prostředky v řízení o věci samé

2.1 Odvolání

Základním řádným opravným prostředkem, který může v řízení před soudy vedlejší intervenient¹² podat, je odvolání ve věci samé podle ustanovení § 203 o. s. ř., a to tehdy,

⁹ Zda bude vedlejší intervenient v postavení jednoduchém nebo výjimečném, je řešeno zvlášť v jednotlivých případech, každopádně se to neuvádí v usnesení soudu v rozhodnutí o přistoupení (pokud je rozhodováno o přistoupení na návrh), rovněž vedlejší intervenient může zastávat pouze jedno nebo druhé postavení. SCHNEIDER, Birgit. § 20. In: FASHING, Hans a Andreas KONECNY. *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*. Wien: Manz Verlag, 2015, s. 472. ISBN 978-3-214-15761-6.

¹⁰ TOMAŠEVIČ, Marek. § 84. In: ŠTEVČEK, Marek, Svetlana FICOVÁ, Jana BARICOVÁ, Soňa MESIARKINOVÁ, Jana BAJÁNKOVÁ, Marek TOMAŠOVIČ a kol. *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 279–281. ISBN 978-80-7400-629-6.

¹¹ TELENGA, Przemyslaw. § 81. In: JAKUBECKI, Andrzej a kol. *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1-729*. 7. vyd. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017, s. 140–141. ISBN 978-83-8107-222-9.

¹² V této části textu (kapitola 2) použitý pojem vedlejší intervenient se vždy váže k pravidelné vedlejší intervenci. Bude-li článek hovořit o výjimečné vedlejší intervenci, resp. o výjimečném vedleším intervenientovi, vždy to bude takto uvedeno.

jestliže do řízení vstoupil nejpozději do patnácti dnů od doručení rozhodnutí straně, kterou v řízení podporuje. Nemůže ovšem podat odvolání, pokud se jej vzdala nebo by s podáním odvolání vedlejším intervenientem nesouhlasila podporovaná strana¹³. Jde o promítnutí charakteristiky pravidelné vedlejší intervence podle výše uvedeného.

2.2 Mimořádné opravné prostředky¹⁴

Vedlejší intervenient může také podat ve věci samé žalobu na obnovu řízení a žalobu pro zmatečnost. Podle § 231 o. s. ř. je tomu tak tehdy, jestliže vedlejší intervenient vstoupil do původního řízení, a pokud s podáním žaloby jím podporovaná strana řízení nevyjádřila nesouhlas¹⁵. I v tomto případě se tak odráží úprava postavení pravidelného vedlejšího intervenienta jako pomocníka strany. Nicméně jak již bylo uvedeno, pro účely tohoto textu bude dále pojednáno pouze o dovolání, a to přestože (nebo právě protože) v platném o. s. ř. neexistuje žádné ustanovení týkající se možnosti podat dovolání vedlejším intervenientem.

Při zkoumání oprávnění vedlejšího intervenienta podat dovolání ve věci samé je třeba rozlišit období do konce roku 2000 a období od 1. 1. 2001 po přijetí zákona č. 30/2000 Sb., který poměrně významně novelizoval občanský soudní řád.

Občanský soudní řád před novelou učiněnou zákonem č. 30/2000 Sb. neobsahoval žádné konkrétní ustanovení o oprávnění vedlejšího intervenienta podat dovolání, resp. ani odvolání¹⁶. Tyto procesní úkony mu ovšem nebyly upírány, neboť se došlo výkladem

¹³ Prakticky to znamená, že když podá odvolání pouze vedlejší intervenient, soud zjišťuje stanovisko žalobce či žalovaného.

¹⁴ Podle právní doktríny nepatří žaloba na obnovu řízení a pro zmatečnost mezi mimořádné opravné prostředky, ale o jiné prostředky nápravy vadných rozhodnutí [viz ŠÍNOVÁ, Renáta. Náprava vadných rozhodnutí. In: SVOBODA, Karel, Renáta ŠÍNOVÁ, Klára HAMULÁKOVÁ a kol. *Civilní proces. Obecná část a sporné řízení*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 362. ISBN 978-80-7400-279-3; OTT, Emil. *Soustavný úvod ve studiu nového řízení soudního. Díl III*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. V (viz mimořádné právní pomůcky); srov. také věcný záměr civilního řádu soudního – Část třetí. Opravné prostředky]. V české odborné literatuře [např. MACKOVÁ, Alena. Část šestá. Opravná řízení. In: WINTEROVÁ, Alena, Alena MACKOVÁ a kol. *Civilní právo procesní. První část – Řízení nalézací*. Praha: Linde, 2014, s. 545–554. ISBN 978-80-7201-940-3; LEBEDA, Martin. Žaloba na obnovu řízení a pro zmatečnost. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský soudní řád (§ 1 až 250 I). Řízení sporné. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 965. ISBN 978-80-7478-986-1; JAVŮRKOVÁ, Naděžda. Žaloba na obnovu řízení a pro zmatečnost. In: DAVID, Ludvík, František IŠTVÁNEK, Naděžda JAVŮRKOVÁ, Martina KASÍKOVÁ, Petr LAVICKÝ a kol. *Občanský soudní řád. Komentář. II díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 1176. ISBN 978-80-7357-460-4] jsou ovšem tyto žaloby běžně uváděny jako mimořádné opravné prostředky, proto jsou do této kategorie zařazeny i v tomto článku.

¹⁵ Ačkoliv dovětek o nemožnosti podat obě žaloby vedlejším intervenientem, pokud se jich strana řízení vzdala, v § 231 o. s. ř. není, platí i v tomto případě stejný závěr. Lze na to analogicky odkázat podle § 203 o. s. ř. i podle postavení vedlejšího intervenienta, jehož procesní úkony nemohou jít proti vůli strany řízení.

¹⁶ DRÁPAL, Ljubomír. § 201. In: BUREŠ, Jaroslav, Ljubomír DRÁPAL a Michal MAZANEC. *Občanský soudní řád. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 190. ISBN 80-7179-040-0.

zákona k závěru, že možnost podat odvolání/dovolání ve věci samé může vedlejší intervenient na základě § 93 odst. 3. věta první o. s. ř. neboť vedlejší intervenient má stejná (procesní) práva a povinnosti jako strana řízení. Komentářová literatura potom uváděla, že vedlejší intervenient je oprávněn provádět všechny procesní úkony s výjimkou úkonů, které znamenají dispozici s řízením¹⁷ nebo s předmětem řízení, a úkonů, které učinila strana řízení. Příkladem se uvádělo, že vedlejší intervenient může též v rozsahu legitimace strany řízení podat odvolání nebo dovolání, a to buď vedle ní či sám¹⁸. Po novelizaci o. s. ř. účinné od 1. 1. 2001 komentářová literatura již právo podat dovolání vedlejšímu intervenientovi nepřiznala s odůvodněním, že zákon o této skutečnosti mlčí (tzv. *silentio legis*), resp. pokud zákon uvádí konkrétně právo vedlejšího intervenienta podat žalobu na obnovu řízení a žalobu pro zmatečnost jako mimořádné opravné prostředky (a odvolání), přičemž o dovolání nic neříká, pak toto mlčení zákonodárce je nutné vykládat v tom smyslu, že vedlejšímu intervenientovi oprávnění podat dovolání proti rozhodnutí ve věci samé nesvědčí¹⁹. Platí to v případech, kdy by podal dovolání vedlejší intervenient sám i se stranou řízení; zatímco o dovolání žalobce či žalovaného proběhne řízení, dovolání vedlejšího intervenienta bude odmítnuto.

Tuto interpretaci občanského soudního řádu ohledně nepřipustnosti podání dovolání vedlejším intervenientem jako osoby, která k tomu není oprávněna, přijali soudci Nejvyššího soudu²⁰ z komentářové literatury, aniž se touto otázkou ve své judikatuře více zabývali. V průběhu doby ovšem Nejvyšší soud ve svých rozhodnutích připustil dovolání vedlejšího intervenienta do výroku o nákladech řízení v rozhodnutí o věci samé, a to na základě argumentace, že v tomto případě podává dovolání vedlejší intervenient sám za sebe, nikoliv ve prospěch jím podporované strany řízení, a proto lze na něj s odkazem na § 93 odst. 1 o. s. ř. hledět jako na osobu legitimovanou k podání dovolání²¹. Po poslední novelizaci občanského soudního řádu provedené zákonem č. 296/2017 Sb. je ovšem dovolání do výroku o nákladech řízení nepřipustné podle § 238 písm. h) o. s. ř.

¹⁷ Takovým úkonem může být i návrh na přistoupení dalšího účastníka do řízení podle § 92, § 107 i § 107a o. s. ř. viz usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 7. 2009, sp. zn. 28 Cdo 3412/2008: „*Pouze žalobce určuje okruh účastníků řízení a jen on má možnost rozhodnout a svým návrhem kvalifikovaně určit, kdo bude účastníkem řízení. Vedlejšímu účastníku na straně žalující uvedené právo nepřislouží.*“

¹⁸ DRÁPAL, Ljubomír. § 201. In: BUREŠ, Jaroslav, Ljubomír DRÁPAL a Michal MAZANEC. *Občanský soudní řád. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 190. ISBN 80-7179-040-0.

¹⁹ K tomu viz DRÁPAL, Ljubomír. § 240. In: BUREŠ, Jaroslav, Ljubomír DRÁPAL a Michal MAZANEC. *Občanský soudní řád. Komentář*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001, s. 995. ISBN 80-7179-338-8.

²⁰ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 5. 2003, sp. zn. 25 Cdo 162/2003.

²¹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 4. 2014, sp. zn. 25 Cdo 644/2014. Dále ke zdůvodnění: „*Nakonec odlišná je situace oproti té, kterou řešil dovolací soud ve zmíněném rozhodnutí (ze dne 27. 5. 2003, sp. zn. 25 Cdo 162/2003) ještě v tom, že od 1. 1. 2013 je přípustné dovolání i proti rozhodnutí o nákladech řízení, zatímco občanský soudní řád účinný od 1. 1. 2001 takovou možnost nepřipouštěl, a proto případné dovolání vedlejšího účastníka stran jeho nákladů řízení nepřibývalo v úvahu.*“

Ještě dále k výkladu občanského soudního řádu zastávaného komentářovou literaturou i samotnými soudci Nejvyššího soudu ohledně oprávnění podat dovolání vedlejším intervenientem proti rozhodnutí ve věci samé. To, že o. s. ř. po novelizaci zákonem č. 30/2000 Sb. výslovně neupravil možnost podat dovolání vedlejším intervenientem, zatímco u žaloby na obnovu řízení a pro zmatečnost uvedl konkrétně podmínky, za kterých jejich podání je možné, lze nazvat tzv. mezerou v zákoně. Otázkou je, zda tato mezera byla vytvořena zákonodárcem vědomě, nebo k ní došlo jaksi mimoděk, když při stanovení nových předpokladů přípustnosti dovolání nebyly řádně promyšleny veškeré možné varianty²². Když uvážíme první možnost, pak musíme zohlednit, co bylo smyslem novely o. s. ř. provedené zákonem č. 30/2000 Sb. Cílem bylo posílení Nejvyššího soudu jako sjednotitele judikatury, dovolání mělo být základním prostředkem ke sjednocování rozhodovací činnosti obecných soudů²³, k čemuž měla sloužit nově vymezená přípustnost dovolání. Dalo by se v této souvislosti uvést, že s tímto záměrem by nemuselo konvenovat oprávnění vedlejšího intervenienta podat dovolání, ať sám za sebe, či spolu se stranou řízení. Pokud tomu je tak doopravdy, pak lze uvést, že argument *e silentio legis* je na místě.

Nicméně je nutné vzít v úvahu fakt, že tento výklad zákona byl učiněn krátce po účinnosti novely, kdy to snad mohla být reakce na zkušenosti s předchozí úpravou dovolání. V průběhu času a v důsledku dalších novel o. s. ř. se přípustnost dovolání různě měnila a nelze říci, že byl vždy naplněn význam dovolání jako prostředku sjednocování rozhodovací činnosti soudů. To mohlo vést k oslabení argumentu o mlčení zákona a Nejvyšší soud se mohl ve své judikatuře zabývat otázkou, zda lze dotvořit nové procesní pravidlo na základě analogie s ostatními mimořádnými prostředky dané v o. s. ř. vedlejšímu intervenientovi, resp. mohl opět navázat na závěry vyplývající z komentářové literatury k § 93 o. s. ř. v účinnosti do konce roku 2000. Za připomínku potom stojí, že § 93 o. s. ř. se po novelizaci zákonem 30/2000 Sb. nezměnil, ostatně základní ustanovení zůstávají platná dodnes²⁴.

Jak již bylo řečeno, tím, že nebylo upraveno pravidlo pro podání dovolání ve věci samé pro vedlejšího intervenienta, vznikla mezera v zákoně. Vyplňování mezer se děje prostřednictvím jeho dotváření v rámci rozhodovací činnosti soudců. Dotváření veřejného práva, k němuž se civilní soudní proces řadí, je tématem, kterým se zabývali mnozí autoři²⁵, a ačkoliv současný občanský soudní řád v minulosti o možnosti dotvářet

22 Jde o jednu z možných členění mezer v právu, více k tomu např. MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 224–234. ISBN 978-80-7400-382-0.

23 BUREŠ, Jaroslav, Ljubomír DRÁPAL a Michal MAZANEC. *Občanský soudní řád. Komentář*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001, s. XII. ISBN 80-7179-338-8.

24 Formulační změna nastala po přijetí zákona č. 293/2013 Sb., o zvláštním řízení soudním.

25 Např. PULKRÁBEK, Zdeněk. K problému otevřenosti (psaného) práva a možnostem jeho dotváření. *Právník*, 2000, roč. 89, č. 11, s. 1035; MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 239–240. ISBN 978-80-7400-382-0; COUFALÍK, Petr. Soudcovské dotváření procesního práva. In: VEČEŘA, Miloš, Jan HURDÍK, Martin HAPLA a kol. *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, s. 254–290. ISBN 978-80-210-8074-4.

procesní normy nehovořil, a nečiní tak ani v současnosti, soudní praxe takto postupovala, a to např. u poučení o zákonné koncentraci řízení, či v případě rozhodování o ustanovení zástupce pro dovolací řízení (ale i pro řízení před soudy nižších stupňů²⁶) samotným Nejvyšším soudem²⁷. Je všeobecně přijímaným názorem, že vyplňování mezer v zákoně se děje především argumentem *per analogiam legis*. V našem případě občanský soudní řád má pravidla pro podání žaloby pro zmatečnost a žaloby na obnovu řízení vedlejším intervenientem, které jsou řazeny mezi mimořádné opravné prostředky. Na základě analogie a za podpory § 93 odst. 3 o. s. ř. lze pak dojít k opačnému závěru, než je prezentován Nejvyšším soudem, tedy že tak jak je oprávněn vedlejší intervenient podat tyto žaloby, pak je oprávněn podat i dovolání jako další mimořádný opravný prostředek. Dělat rozdíl mezi podáním dovolání a uvedených žalob vedlejším intervenientem není třeba ani z toho důvodu, že všechny tři typy prostředků nápravy vadných rozhodnutí nemají suspenzivní účinek a jsou podávány proti pravomocným rozhodnutím odvolacích soudů²⁸.

3 Komparativní hlediska

Při zkoumání zahraniční právní úpravy týkající se vedlejší intervence a opravných prostředků se zaměříme s ohledem na téma článku pouze na otázku, zda vedlejší intervenient může podat proti rozhodnutí ve věci samé odvolání a dovolání.

Podle rakouského ZPO může vedlejší intervenient podat řádné opravné prostředky proti rozhodnutí ve věci samé; tedy jak odvolání, tak dovolání²⁹. Proto není důvod činit rozdíl mezi podáním odvolání i dovolání, když oba právní úkony spadají do kategorie procesních úkonů, které má vedlejší intervenient ze zákona k dispozici. Namísto specifikace opravného prostředku (na řádný a mimořádný) ovšem vystupuje do popředí otázka postavení vedlejšího intervenienta, tedy zda jde o intervenienta pravidelného či výjimečného (podle terminologie zákona vedlejšího intervenienta v postavení vedoucí k účastenství ve sporu, *der streitgenössische Nebenintervenient*). Jak již totiž bylo uvedeno výše, vedlejší intervenient má možnost činit procesní úkony příslušející straně sporu, ovšem jen výjimečný vedlejší intervenient může tyto úkony činit také proti vůli strany. Tedy i podat opravné prostředky.

²⁶ Např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 4. 2016, sp. zn. 30 Cdo 4218/2015, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 4. 2015, sp. zn. 26 Cdo 4830/2014, 26 Cdo 4831/2014, 26 Cdo 4832/2014.

²⁷ Jednotlivé příklady viz COUFALÍK, Petr. Soudcovské dotváření procesního práva. In: VEČEŘA, Miloš, Jan HURDÍK, Martin HAPLA a kol. *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, s. 273–290. ISBN 978-80-210-8074-4; nebo usnesení Nejvyššího soudu ze dne 18. 5. 2016, sp. zn. 30 Cdo 4320/2015, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 8. 6. 2011, sp. zn. 28 Cdo 3097/2010.

²⁸ Také DVOŘÁK, Bohumil. § 93. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský soudní řád (§ 1 až 250 I). Řízení sporné. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 392. ISBN 978-80-7478-986-1. Obě žaloby lze podle zákonné úpravy podat také proti pravomocným rozsudkům soudů prvního stupně, resp. u žaloby pro obnovu řízení proti (elektronickému) platebnímu rozkazu a směnečnému a šekovému rozkazu; dovolání směřuje jen proti pravomocným rozhodnutím odvolacího soudu (§ 236 o. s. ř.).

²⁹ FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*. 2. vyd. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1990, s. 928. ISBN 3-214-04697-7.

Ve slovenském řádu pro sporné řízení patří odvolání mezi řádné opravné prostředky, dovolání je pak charakterizováno jako mimořádný opravný prostředek³⁰. Stejně jako rakouský ZPO slovenský procesní kodex rozlišuje mezi pravidelným a výjimečným vedlejším intervenientem (podle terminologie zákona mezi intervenientem, který tvoří nebo netvoří se stranou nerozlučné společnosti³¹), a rovněž intervenient v postavení nerozlučného společníka je oprávněn činit procesní úkony bez souhlasu strany, resp. intervenient a jím podporovaná strana řízení vykonávají procesní úkony bez nutnosti vzájemného souhlasu³². Podat dovolání ovšem může pouze výjimečný vedlejší intervenient s odkazem na skutečnost, že rozsudek vydaný ve věci samé je pro tohoto intervenienta závazný³³.

V polském civilním kodexu může vystupovat vedlejší intervenient v postavení nesamostatného (obvyklého) intervenienta (*intervenient uboczny niesamodzielny, zwykły*), pokud jeho právní zájem na věci je nepřímý, nebo jako osoba, která má na řízení zájem přímý (*intervenient uboczny samodzielny, kwalifikowany*); ten pak má v řízení postavení nerozlučného společníka³⁴. Vedlejší intervenient může činit všechny procesní úkony, které má k dispozici strana řízení, ovšem pouze v postavení druhého typu může podobně jako v rakouském ZPO či slovenském civilním řádu činit procesní úkony proti vůli strany³⁵ (tedy podat i opravné prostředky³⁶). Vedlejší intervenient je potom oprávněn podat odvolání (*apellacja*) proti rozhodnutí ve věci samé coby řádný opravný prostředek, nebo kasační stížnost (*skarga kasacyjna*), která je co do typu mimořádného opravného prostředku podobná dovolání podle § 236 a násl. o. s. ř. (srov. § 398 a násl. polského civilního řádu). Možnost podat kasační stížnost je poté otevřena vedlejšímu intervenientovi v postavení samostatném i nesamostatném v případě, že vstoupil do řízení před koncem řízení před soudem druhého stupně.

30 FICOVÁ, Svetlana. § 355. In: ŠTEVČEK, Marek, Svetlana FICOVÁ, Jana BARICOVÁ, Soňa MESIARKINOVÁ, Jana BAJÁNKOVÁ, Marek TOMAŠOVIČ a kol. *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 1183–1184. ISBN 978-80-7400-629-6.

31 TOMAŠOVIČ, Marek. § 84. In: ŠTEVČEK, Marek, Svetlana FICOVÁ, Jana BARICOVÁ, Soňa MESIARKINOVÁ, Jana BAJÁNKOVÁ, Marek TOMAŠOVIČ a kol. *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 279. ISBN 978-80-7400-629-6.

32 Ibid., s. 280.

33 BAJÁNKOVÁ, Jana a Katarína GEŠKOVÁ. § 425. In: ŠTEVČEK, Marek, Svetlana FICOVÁ, Jana BARICOVÁ, Soňa MESIARKINOVÁ, Jana BAJÁNKOVÁ, Marek TOMAŠOVIČ a kol. *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 1394. ISBN 978-80-7400-629-6.

34 STUDZIŃSKA, Joanna a Paweł CIOCH. *Postępowanie cywilne*. 5. vyd. Warszawa: C. H. Beck, 2017, s. 133. ISBN 978-83-255-9915-7.

35 TELENGA, Przemysław. § 81. In: JAKUBECKI, Andrzej a kol. *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1-729*. 7. vyd. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017, s. 140–141. ISBN 978-83-8107-222-9.

36 GÓRA-BŁASZCYKOWSKA, Agnieszka. § 398. In: GÓRA-BŁASZCYKOWSKA, Agnieszka a kol. *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do Art. 1-729*. 2. vyd. Warszawa: C. H. Beck, 2016, s. 1052–1053. ISBN 978-83-255-7375-1.

Závěr

Jak vyplývá z výše uvedeného, oprávnění vedlejšího intervenienta podat odvolání jako řádného opravného prostředku proti rozhodnutí ve věci samé je uvedeno ve všech srovnávaných civilních soudních řádech (s výše uvedenými výjimkami). Nejinak je tomu také ve věcném záměru civilního řádu soudního. Dá se tedy shrnout, že toto právo vedlejšího intervenienta je samozřejmou součástí řízení před civilním soudem.

Ve vztahu k dovolání je ovšem situace jiná. Nejprísnější úpravu má český občanský soudní řád, ve kterém chybí ustanovení o oprávnění vedlejšího intervenienta podat dovolání ve věci samé, na což reagovala rozhodovací praxe tím, že toto oprávnění nedovodila ani analogicky, ať již ve vztahu k žalobě pro zmatečnost nebo pro obnovu řízení nebo k § 93 o. s. ř., resp. nenavázala ani na argumenty uvedené v komentářové literatuře k o. s. ř. platnému do konce roku 2000.

V polském a slovenském řádu je dovolání (kasační stížnost) mimořádným opravným prostředkem, který může využít také vedlejší intervenient (s uvedenými výjimkami), i když podle slovenské úpravy jen intervenient, který tvoří se stranou sporu nerozlučné společenství. V rakouském ZPO je dovolání řádným opravným prostředkem a jeho použití vedlejším intervenientem není v důsledku rozdělení na pravidelnou/výjimečnou vedlejší intervenci omezeno.

Ve všech zkoumaných zahraničních řádech se ovšem rozlišuje mezi dvěma typy vedlejší intervence. Český občanský řád je proto výjimečný i v tom, že obsahuje ustanovení týkající se pouze pravidelné vedlejší intervence a výjimečnou vedlejší intervenci neupravuje vůbec. Že přitom nejde o bezvýznamnou skutečnost, svědčí nejen to, že ještě v občanském soudním řádu účinném na našem území do 31. 3. 1963 bylo možné ustanovení o výjimečné intervenci nalézt, ale také to, že v podstatě stejně starý polský kodex jako český o. s. ř. tento institut obsahuje od svého vzniku a má k němu vytvořenou bohatou judikaturu. O důležitosti rozlišování postavení vedlejšího intervenienta svědčí i to, že tuto otázku upravuje relativně nový slovenský civilní řád pro sporné řízení z roku 2015, a stejně tak je obsahem věcného záměru civilního řádu soudního.

Z uvedeného shrnutí vyplývá, že úprava dovolání ve vztahu k vedlejšímu intervenientovi v českém o. s. ř. není dostatečná a uvedený stav se nepodařilo napravit ani výkladem. Tento aspekt jde ruku v ruce s neúplnou úpravou institutu vedlejší intervence. Proto bez ohledu na diskusi o tom, zda má být dovolání řádným nebo mimořádným opravným prostředkem, je třeba se do budoucna zabývat otázkou, zda umožnit vedlejšímu intervenientovi podat proti rozhodnutí ve věci samé dovolání. Inspirací mohou být v tomto článku zkoumané právní řády, které se této problematice nevyhýbají, i když ji pojmají každý trochu jinak. Výsledné řešení bude záviset na stanovisku odborné veřejnosti k tomuto tématu a může vyplynout i z debaty nad připravovaným novým civilním řádem soudním.

Nečinnost a nezákonný zásah ve veřejné správě – rozdílné kategorie, či nikoliv?

Inactivity and Unlawful Interference in Public Administration – Different Categories or not?

František Halml*

Abstrakt

Podstatu veřejné správy představuje správa jako aktivní konání správních orgánů. Opakem činnosti veřejné správy je nečinnost, která je nežádoucím jevem ve veřejné správě. Další kategorií nežádoucího jednání veřejné správy představují nezákonné zásahy. Ochranu subjektivních práv veřejné povahy ve zkoumané oblasti poskytuje žaloba proti nečinnosti a zásahová žaloba. Nečinnost a nezákonný zásah ve veřejné správě vykazují mnoho společných znaků, což potvrdila zejména judikatura Nejvyššího správního soudu. Objevují se názory o vhodnosti sloučení uvedených žalobních typů s tím, že by nadále byla jakákoliv nečinnost pokládána za nezákonný zásah. Cílem článku je zhodnocení odůvodněnosti samostatné existence uvedených žalobních typů kvůli jejich velmi podobným rysům.

Klíčová slova

Nečinnost; nezákonný zásah; žaloba proti nečinnosti; žaloba na ochranu před nezákonným zásahem.

Abstract

Substance of public administration represents administration as active actions of administrative bodies. The opposite of public administration activity is an inactivity, which is undesirable phenomenon in public administration. Another category of undesirable activity represents unlawful interference. Protection of public subjective rights in the area of interest is provided by action against inactivity and action against unlawful interference. Inactivity and unlawful interference in public administration have many common features, which was confirmed especially by judgements of Supreme Administrative Court. In theory keep appearing opinions about suitability of connection of stated action's type with idea that any kind of inactivity in public administration would be regarded as unlawful interference. The main objective set out in this article is to evaluate legitimacy of separate existence of the stated action types, mainly because their features are very similar.

Keywords

Inactivity; Unlawful Interference; Action Against Inactivity; Action Against Unlawful Interference.

Úvod

Nečinnost a nezákonný zásah ve veřejné správě představují nežádoucí formy realizace veřejné správy. Veřejná správa umožňuje domáhat se nápravy nečinnosti správního orgánu vždy, zatímco náprava nezákonného zásahu je možná v rámci veřejné správy

* Mgr. František Halml, doktorand, Katedra správní vědy a správního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Administrative Science and Administrative Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: halml.f@seznam.cz

spíše výjimečně. Správní soudnictví se k soudnímu přezkumu nečinnosti a nezákonných zásahů ve veřejné správě staví poněkud odlišně. Přitom nečinnost a nezákonný zásah ve veřejné správě si jsou v mnohých rysech podobny.

Tento článek si klade za cíl srovnat nečinnost a nezákonný zásah ve veřejné správě, nečinnostní a zásahovou žalobu zejména z hlediska jejich přípustnosti. Poslední kapitola článku je věnována srovnání uvedených žalobních typů z důvodu posouzení opodstatněnosti jejich samostatné existence, kdy v některých případech ochrany proti nečinnosti je namísto nečinnostní žaloby použitelná pouze zásahová žaloba. Zda je taková praxe správná, a jaká jsou možná řešení do budoucnosti, bude v článku uvedeno.

1 Vymezení nečinnosti a nezákonného zásahu ve veřejné správě

Veřejná správa představuje správu záležitostí ve veřejném zájmu. Aby byla schopna naplnit své poslání, musí být realizována podle určitých, předem stanovených pravidel. Uvedená pravidla jsou mimo jiné obsažena v základních zásadách činnosti správních orgánů. Pro téma tohoto příspěvku představují nejdůležitější zásady tzv. zásada rychlosti vyjádřená v ustanovení § 6 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „SpŘ“) a tzv. zásada zákonnosti (legality), jež je vyjádřena v ustanovení § 2 odst. 1 SpŘ. Nečinnost a nezákonné zásahy ve veřejné správě se dotýkají i dalších základních zásad, jež pro účely tohoto článku ponechávám stranou pozornosti.

Nečinností lze rozumět opak činnosti jako aktivního jednání veřejné správy spočívající ve správě záležitostí ve veřejném zájmu, tedy s cílem realizovat veřejnou správu některou z forem činnosti veřejné správy. Činnost vyjadřuje cílevědomé konání orgánů veřejné správy. Nečinnost naopak představuje pasivitu takového jednání v případech, kdy správní orgán nejedná, ačkoliv mu povinnost jednat zákon ukládá;¹ jedná se o tzv. nezákonnou nečinnost coby negativní jev ve veřejné správě s důsledkem nesprávného výkonu veřejné správy a v rozporu s podstatou samotné veřejné správy.² Výjimku z povinnosti jednat představuje např. správní uvážení, zda konat, či nikoliv³, v případech, kdy jednat nemusí. Definici nečinnosti pozitivní právo neobsahuje. Je to dáno díky tomu, že nečinnost ve veřejné správě představuje pojem zahrnující široké spektrum případů nekonání, který je třeba vykládat ad hoc, tedy vzhledem ke konkrétnímu případu. Nelze tak předem stanovit, kdy se o nečinnost jedná, jelikož nečinnost může nabývat různých podob (obdobně jako nezákonný zásah).

Proti nečinnosti upravuje správní řád tzv. prostředky proti nečinnosti. Umožňuje v případě nevydání meritorního rozhodnutí v zákonné lhůtě zásah nadřízeného správního orgánu

1 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 12. 2004, č. j. 2 Ans 4/2004-116, vyhlášený pod č. 506/2005 Sb. NSS.

2 SEDLÁČEK, S. *Soudní kontrola veřejné správy*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 55.

3 POTĚŠIL, L. a kol. *Správní řád: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 379.

z moci úřední (v rámci tzv. instanční kontroly⁴, dozorové funkce⁵), a to i v případě, kdy lhůta pro vydání rozhodnutí dosud neuplynula, ale z okolností je zjevné, že věcně a místně příslušný správní orgán nedodrží lhůtu stanovenou pro vydání rozhodnutí o žádosti nebo povinnost zahájit řízení z moci úřední anebo v řízení řádně pokračovat, popř. na základě žádosti účastníka řízení. Ustanovení § 80 SpŘ se užije na jakékoliv postupy a úkony správních orgánů, na něž se vztahuje správní řád.⁶ Je to dáno díky odkazu v ustanovení § 6 odst. 1 SpŘ. O nečinnost se jedná i v případě, že správní orgán nezačne ve lhůtě 30 dní ode dne, kdy se dozvěděl o skutečnostech odůvodňujících řízení z moci úřední. Účastník již zahájeného správního řízení může podat k nadřízenému správnímu orgánu žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti. Opatření proti nečinnosti představují příkazy nečinnému správnímu orgánu konat (učinit potřebná opatření ke zjednání nápravy nebo vydat rozhodnutí), atrakci, delegaci a přiměřené prodloužení zákonné lhůty pro vydání rozhodnutí (tzv. prolongace), lze-li důvodně předpokládat, že správní orgán v prodloužené lhůtě vydá rozhodnutí ve věci, a zároveň je takový postup pro účastníky výhodnější. Nejúčinnějším prostředkem bývá právě poslední možnost, tedy prolongace. Je to dáno skutečností, že správní orgán v daném řízení často již koná, avšak není schopen dostát zákonné lhůtě nebo lhůtě přiměřené, pokud jde o samotné vydání meritorního rozhodnutí. Prolongace je ovšem možná pouze za výše uvedených předpokladů. Pro účastníka řízení tak zpravidla bývá přijatelnější prodloužení lhůty např. o několik dnů, než přesunutí povinnosti rozhodnout na jiný správní orgán, což bývá zpravidla proces vedoucí k vydání rozhodnutí v delším časovém horizontu a zároveň dochází k „oddálení“ účastníka řízení a příslušného správního orgánu. Při volbě opatření proti nečinnosti se nadřízený správní orgán musí řídit zejména zásadou procesní ekonomie, tedy dostát apelu na minimalizaci nákladů a hospodárnost postupů s cílem efektivního výkonu veřejné správy. Přiměřené prodloužení lhůty pro vydání rozhodnutí neslouží k nápravě skutečnosti, kdy jedním z častých důvodů nečinnosti správního orgánu bývá nedostatečné personální obsazení úřadu⁷ a z toho plynoucí přetíženosti takového správního orgánu. Žádná příčina totiž nemůže ospravedlnit nezákonnou nečinnost.⁸ Posouzení vhodnosti opatření proti nečinnosti je tudíž ze strany nadřízeného správního orgánu zapotřebí posuzovat ad hoc podle jeho uvážení. Nelze předem stanovit postup nadřízeného správního orgánu ve volbě opatření proti nečinnosti.

4 HORZINKOVÁ, E. a Z. FIALA. *Správní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: Leges, 2015, s. 138.

5 KLIKOVÁ, A. a kol. *Správní řád*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 72; Stejně i SKULOVÁ, S. a kol. *Prostředky ochrany subjektivních práv ve veřejné správě – jejich systém a efektivnost*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 22.

6 VEDRAL, J. *Správní řád: komentář*. 2. aktualizované a rozšířené vyd. Praha: Ivana Hexnerová – Bova Polygon, 2012, s. 691.

POTĚŠIL, L. a kol. *Soudní řád správní: komentář*. 1. vyd. Praha: Leges, 2014, s. 752.

7 HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 718.

8 Nález Ústavního soudu ze dne 12. 1. 1999, sp. zn. I. ÚS 209/98. Stejně tak i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2018, č. j. 9 As 36/2018-37, kterým konstatoval, že přetíženost a omezené personální kapacity stěžovatele (úřadu) nemohou být účastníkům řízení na újmu.

V rámci nečinnosti je možné rozlišovat 2 okruhy případů nečinnosti.⁹ Jedním okruhem jsou případy, kdy správní řízení již bylo zahájeno a k průtahům dochází v jeho průběhu, popř. situace, kdy správní orgán dosud správní řízení nezahájil, ač tak učinit měl.¹⁰ Druhý okruh představují situace, kdy k nečinnosti došlo v již skončeném řízení.¹¹ Opatření proti nečinnosti lze uplatnit pouze proti nezahájení správního řízení, popř. nevydání správního rozhodnutí, nikoliv proti nečinnosti v již skončeném řízení.

Zásah ve veřejné správě v pozitivním slova smyslu (zákonný) představuje jednu z forem činnosti veřejné správy. Zásah společně s faktickými pokyny, exekučními úkony a zajišťovacími úkony představují kategorii tzv. faktických pokynů s bezprostředními právními důsledky. Často je ale kategorie faktických úkonů a (nezákonného) zásahu zaměňována, spíše je namísto pojmu faktické úkony používán pojem (nezákonný) zásah, což bezesporu souvisí s právní úpravou obsaženou v zákoně č. 150/2002 Sb. soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „SŘS“). Zásahy ovšem mohou být realizovány v rozporu se zásadou zákonnosti veřejné správy; jedná se o kategorii tzv. nezákonných zásahů ve veřejné správě. Zásah (obecně však jakýkoliv faktický úkon) teorie správního práva vymezuje jako úkon správního orgánu, který není činěn formou rozhodnutí (formalizovaným způsobem), směřuje vůči adresátům, pro které je závazný a ty jsou povinny na jeho základě něco konat, nějaké činnosti se zdržet nebo nějaké jednání strpět. Nezákonný zásah je možné stanovit jako úkon správního orgánu s výše uvedenými znaky, který byl proveden v rozporu se zásadou zákonnosti. Definici zásahu stejně jako nečinnosti platná právní úprava neobsahuje.¹² Důvod je vcelku prostý – výčet zásahů není taxativní, kdy není v silách zákonodárce pamatovat na všechny možné případy zásahu, a navíc jsou zásahy často obsaženy ve zvláštních předpisech a vyznačují se některými specifiky. S pojmem nezákonný zásah se lze setkat pouze v soudním řádu správním. Správní řád nezákonný zásah neupravuje, neposkytuje proti němu ani žádný obecný prostředek nápravy.¹³ Soudní řád správní v ustanovení § 82 o zásahu uvádí, že „*každý, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením (dále jen „zásah“) správního orgánu...*“, čímž předvídá, že zásah má dvojí smysl – užší a širší. Nezákonný zásah *largo sensu* představuje legislativní zkratku pro 3 druhy „zásahů“, kterými jsou nezákonný zásah *stricto sensu*, nezákonný pokyn a nezákonné donucení. Jelikož legální definice

⁹ POTĚŠIL, L. a kol., 2015, op. cit., s. 380.

¹⁰ KLIKOVÁ, A. a kol., 2016, op. cit., s. 71.

¹¹ POTĚŠIL, L. a kol., 2014, op. cit., s. 754.

¹² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 12. 2004, č. j. 3 As 52/2003-278.

¹³ PRŮCHA, P. Podstata a funkce správního soudnictví ve vztahu k ochraně veřejných subjektivních práv. In: SKULOVÁ, S. a kol. *Prostředky ochrany subjektivních práv ve veřejné správě*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 140. Jako specifické prostředky proti nezákonným zásahům ve veřejné správě lze jmenovat námitky proti exekučním úkonům dle § 117 SpŘ, podnět k zahájení přezkumného řízení dle § 94 odst. 1 SpŘ, neformálním prostředkem je stížnost podle § 175 SpŘ. Další opravné prostředky jsou obsaženy např. v zákoně č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů ve vztahu k úkonům Policie ČR.

(nezákonného) zásahu neexistuje (a, jak již bylo uvedeno, ani díky rozmanitým případům zásahů existovat vlastně nemůže), musela se výkladu chopit judikatura. Nezákonný zásah počáteční judikatura Nejvyššího správního soudu vymezovala jako „... *jednorázový a protiprávní útok orgánů veřejné moci vůči základním ústavně zaručeným právům, který v době svého působení představuje trvalé obložení stavu po právu existujícího*.“¹⁴ Nezákonný zásah se postupem doby stal širším pojmem, kdy nezákonný zásah může být jednorázový, a to buď s trvajícími, nebo již ukončenými následky, dále i trvající nebo opakující se. Navíc zásahem není pouhý zásah do základních ústavně garantovaných práv, ale nezákonným zásahem může být i zásah do práv zaručených zákonem. Nezákonný zásah může spočívat i v pasivitě (nečinnosti) správního orgánu, nikoli pouze v aktivním konání. O této problematice bude v příspěvku pojednáno.

2 Nečinnost a nezákonný zásah ve správním soudnictví

Správní soudnictví je založeno na tzv. zásadě subsidiarity,¹⁵ tzn., že ve správním soudnictví se lze domáhat ochrany práv jen na návrh a po vyčerpání řádných opravných prostředků, připouští-li je zvláštní zákon. V případě nezákonného zásahu, jak již bylo uvedeno, obecný opravný prostředek veřejná správa neposkytuje (pominu-li opravné prostředky v rámci zvláštních zákonů). Žalobce se zpravidla může ihned domáhat ochrany svých veřejných subjektivních práv žalobou proti nezákonnému zásahu, pokynu nebo donucení správního orgánu (zásahovou žalobou). Pokud se jedná o žalobu proti nečinnosti správního orgánu (nečinnostní žalobu), před jejím podáním musí být účastníkem řízení nejčastěji vyčerpána žádost k nadřízenému správnímu orgánu o uplatnění opatření proti nečinnosti dle ustanovení § 80 odst. 3 SpŘ.¹⁶ Vyčerpání prostředku nápravy ve veřejné správě před podáním žaloby představuje podmínku přípustnosti uvedených žalobních typů.

Žaloba proti nečinnosti umožňuje účastníkovi správního řízení domoci se ochrany veřejných subjektivních práv proti nečinnosti správního orgánu. První odstavce ustanovení § 79 SŘS upravuje již zmíněnou subsidiaritu nečinnostní žaloby, kdy ochrany proti nečinnosti se lze domáhat po bezvýsledném vyčerpání prostředků nápravy (pokud takové prostředky nápravy a ochrany na úrovni veřejné správy a správních orgánů existují)¹⁷

¹⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 12. 2004, č. j. 3 As 52/2003-278.

¹⁵ Ustanovení § 5 SŘS.

¹⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 2. 2004, č. j. 1 Ans 1/2003-50. Do doby nabytí účinnosti současného správního řádu (tedy v době od 1. 1. 2003 do 31. 12. 2005) bylo možné se na správní soud obrátit ihned, jelikož dřívější správní řád opatření proti nečinnosti neobsahoval. K tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 11. 2003, č. j. 5 As 21/2003-40.

¹⁷ POTĚŠIL, L. a kol., 2014, op. cit., s. 754. K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 11. 2003, č. j. 5 As 21/2003-40, publikovaný pod č. 491/2003 Sb. NSS, který stanovil, že pokud procesní předpis takový prostředek neobsahuje, nelze požadovat, aby žalobce vyhledával alternativní prostředky, jimiž by tuto podmínku splnil.

a je jimi možné dosáhnout nápravy nečinnosti¹⁸), které stanoví procesní předpis platný pro řízení u správního orgánu k ochraně proti nečinnosti. Obecným prostředkem proti nečinnosti v rámci veřejné správy je žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti dle ustanovení § 80 odst. 3 SpŘ,¹⁹ s tím, že zvláštní zákony mohou upravovat jiné prostředky nápravy. Podmínka bezvysledného vyčerpání prostředků nápravy odpadá v případech, kdy procesní předpis platný pro řízení u správního orgánu žádný prostředek proti nečinnosti nestanoví²⁰ a žalobu proti nečinnosti lze podat ihned.

Žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti se uplatňuje, jak již bylo v předchozí kapitole uvedeno, u nadřízeného správního orgánu, a to po uplynutí lhůt pro vydání rozhodnutí. Tuto běžnou praxi v souladu se zákonem narušil rozsudek Městského soudu v Praze,²¹ kdy rozhodl, že za řádné vyčerpání prostředku proti nečinnosti správního orgánu považuje „...i podání žádosti účastníka řízení o uplatnění opatření proti nečinnosti učiněné již před uplynutím lhůty pro vydání rozhodnutí ve smyslu § 80 odst. 3 věta druhá SpŘ, pokud je již ke dni podání této žádosti z konkrétních okolností případu zjevné, že správní orgán je a bude nečinný“. Osobně se tímto rozhodnutím neztotožňuji a považuji ho za překročení rozhodovací pravomoci, jelikož soud má povinnost aplikovat právo de lege lata (platné právo), nikoliv právo de lege ferenda. Samotný správní řád takové řešení nepřipouští. Ačkoliv je před samotným uplynutím lhůty pro vydání rozhodnutí ve smyslu § 80 odst. 3 SpŘ zřejmé, že správní orgán je a bude nečinný, nelze přehlížet zákonnou úpravu. Uvedený úkon může učinit pouze nadřízený správní orgán, nikoliv účastník řízení; ten musí vyčkat uplynutí lhůt pro vydání rozhodnutí. Městský soud se částečně odklonil od názoru vysloveného Nejvyšším správním soudem, a to z hlediska podmínky vyčerpání opatření proti nečinnosti. Ačkoliv se rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Ans 8/2009 zabývá podmínkami přípustnosti nečinnostní žaloby a nikoliv včasností žádosti o uplatnění prostředku proti nečinnosti, má uvedený rozsudek Městského soudu v Praze přesah i do roviny přípustnosti nečinnostní žaloby. Správnost postupu správních orgánů při vyřizování nečinnosti v rámci veřejné správy je základem pro úspěšné obhájení takového postupu v rámci soudního přezkumu nečinnosti.

Pokud je instančně nadřízený správní orgán, jenž má vykonávat instanční kontrolu dle ustanovení § 80 SpŘ, nečinný, a je mu nadřízen další správní orgán, lze se ochrany proti nečinnosti domáhat právě u něj.²² Teprve tak je žaloba proti nečinnosti přípustná.

18 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2007, č. j. 2 Ans 4/2007-53, publikovaný pod č. 1348/2007 Sb. NSS.

19 JEMELKA, L. a kol. *Správní řád. Komentář*. 5. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 453.

KLÍKOVÁ, A. a kol., 2016, op. cit., s. 71.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 12. 2012, č. j. 9 Ans 16/2012-84.

Usnesení Krajského soudu v Plzni ze dne 20. 10. 2006, č. j. 57 Ca 61/2006-54.

20 JEMELKA, L. a kol., 2013, op. cit., s. 668.

21 Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 19. 12. 2016, č. j. 9 A 132/2016-69.

22 VEDRAL, J., 2012, op. cit., s. 692. P. Kolman zastává opačný názor. K tomu srov. FRUMAROVÁ, K. *Ochrana před nečinností veřejné správy*. Praha: Leges, 2012, s. 80.

Žalobce musí vyčerpat žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti rovněž v případech, kdy se domáhá ochrany proti nečinnosti ústředního orgánu státní správy (ústředního správního úřadu).²³ S tímto názorem však J. Vedral²⁴ nesouhlasí a zastává názor, že není nutné vyčerpat žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti dle ustanovení § 80 SpŘ ve vztahu k ústřednímu správnímu úřadu. Uvedený názor J. Vedrala nezastávám. Osobně se přikláním k názoru vyslovenému v disentech soudců P. Průchy a J. Vlašína, podle kterého by se mělo rozlišovat dvojediné postavení ústředních orgánů státní správy, kdy v jediné roli vystupuje současně jako správní orgán rozhodující v prvním stupni a současně v postavení nadřízeného správního orgánu. Povinnost vyčerpat žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti by se dle disentů měla uplatnit pouze v případě rozhodování ústředního orgánu státní správy v prvním stupni. Rozhodnutí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu považuji za ne zcela domyšlené do důsledku. Jelikož ústřední orgán státní správy již žádný instančně nadřízený správní orgán nemá, pokládám si otázku, jak by měl nečinný ústřední správní úřad postupovat v situaci, kdy zaujímá postavení nadřízeného správního orgánu? Požadavek v podobě vyčerpání prostředku k ochraně proti nečinnosti před podáním nečinnostní žaloby se tak uplatnit nemůže z důvodu právní i faktické neexistence správního orgánu, jak ostatně vyplývá z disentů. Důsledkem uvedeného rozhodnutí je tedy požadavek postupovat dle ustanovení § 80 odst. 3 SpŘ i v případech, kdy žádný nadřízený správní orgán neexistuje. Závěrem k rozhodnutí uvádím, že si rozšířený senát neuvědomil dosah svého rozhodnutí a omezil se pouze na konkrétní případ. V budoucnosti lze očekávat, že vyslovený názor rozšířeného senátu bude překonán.

Pravidlo o přípustnosti žaloby proti nečinnosti vyžaduje již zahájené správní řízení; nelze se domáhat nápravy nečinnosti správního orgánu ve správním soudnictví před zahájením správního řízení.²⁵ Bezvýsledné vyčerpání prostředků nápravy ve veřejné správě coby podmínka přípustnosti žaloby proti nečinnosti může mít 2 podoby,²⁶ a to:

- a) nadřízený správní orgán žádosti o uplatnění opatření proti nečinnosti podané účastníkem řízení dle ustanovení § 80 odst. 6 nevyhoví²⁷ (žádost usnesením zamítne) popř.

²³ Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 5. 2014, č. j. 8 Ans 2/2012-278, publikované pod číslem 3071/2014 Sb. NSS.

²⁴ VEDRAL, J., 2012, op. cit., s. 693 a 702.

²⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 11. 2007, č. j. 6 Ans 2/2007-128, publikovaný pod č. 1486/2008 Sb. NSS.

²⁶ Usnesení Krajského soudu v Plzni ze dne 20. 10. 2006, č. j. 57 Ca 61/2006-54 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 9. 2009, č. j. 1 Ans 2/2009-79.

²⁷ Usnesení Krajského soudu v Praze ze dne 26. 11. 2010, č. j. 44 A 61/2010-25. Jako důvod podání nečinnostní žaloby Krajský soud v Praze shledal i vydání rozhodnutí, které je nezpůsobilé zajistit ochranu účastníka řízení proti nečinnosti správního orgánu (např. neúměrně dlouhá lhůta ke zjednání nápravy v porovnání s oprávněnými zájmy účastníka řízení a složitostí potřebných opatření k nápravě nečinnosti). K nepřiměřené délce lhůty pro vydání rozhodnutí v důsledku jejího opakovaného prodávání srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 2. 2013, č. j. 1 Ans 19/2012-43, vyhlášený pod č. 2867/2013 Sb. NSS.

b) o žádosti ve lhůtě 30 dní nerozhodl²⁸.

Bezvýsledným vyčerpáním prostředku nápravy nečinnosti je i případ, kdy správní orgán zůstane nečinný i po rozhodnutí o prostředku proti nečinnosti nadřízeným správním orgánem.²⁹ Naopak bezvýsledným vyčerpáním prostředků nápravy nečinnosti není nevyhovění návrhu žalobce, kdy nadřízený správní orgán současně vybere jiný (vhodnější) prostředek nápravy.³⁰ Nadřízený správní orgán není návrhem účastníka správního řízení vázán,³¹ jelikož žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti má formu spíše podnětu než žádosti o zahájení řízení. Přitom platí, že „*přijme-li nadřízený správní orgán opatření proti nečinnosti, je tím presumován fakt, že správní orgán byl nečinný.*“³²

V záležitosti včasnosti podání nečinnostní žaloby judikatura zaznamenala určitý posun. Původně bylo judikováno, že žalobu může účastník řízení podat i v době, kdy dosud nebylo učiněno opatření proti nečinnosti, resp. neuplynula lhůta určená ke zjednání nápravy s tím, že (krajský, resp. Městský soud v Praze) má vyčkat, jakým způsobem se žádostí o uplatnění opatření proti nečinnosti nadřízený správní orgán naloží.³³ Nejvyšší správní soud³⁴ se však od výše uvedeného názoru odklonil a konstatoval, že žalobce musí bezvýsledně vyčerpat prostředky ochrany proti nečinnosti poskytované samotnou veřejnou správou již v době před podáním nečinnostní žaloby. Účastník řízení (žalobce) pro splnění podmínky bezvýsledného vyčerpání prostředků ochrany proti nečinnosti musí nejen podat žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti dle ustanovení § 80 odst. 3 SpŘ, ale také „...*musí vždy vyčkat výsledku učiněných opatření proti nečinnosti, včetně stanovených lhůt pro jejich provedení, a tato opatření nápravný účinek nepřinesou.*“³⁵ Pokud by účastník řízení nemusel vyčkat výsledku učiněných opatření proti nečinnosti, nečinnostní žaloba by byla přípustná bez splnění výše uvedené podmínky, čímž by se takové ustanovení stalo nadbytečným. Veřejná správa v případě ochrany proti nečinnosti by se dostala do totožného postavení, jako tomu je u nezákonného zásahu, kdy takový stav nepovažují za zcela správný (o tom dále v textu příspěvku). Předčasné podání žaloby proti nečinnosti tak představuje další případ bezvýsledného vyčerpání prostředků k ochraně proti nečinnosti, jehož následkem bude odmítnutí žaloby.

28 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 11. 2012, č. j. 2 Ans 13/2012-14 a mnohé další.

29 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 9. 2018, č. j. 6 As 219/2018-23.

30 Usnesení Krajského soudu v Ostravě ze dne 27. 1. 2010, č. j. 22 Ca 315/2009-23.

31 JEMELKA, L. a kol., 2016, op. cit., s. 454.

32 POTĚŠIL, L. a kol., 2015, op. cit., s. 383. K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 12. 2012, č. j. 2 Ans 14/2012-41, publikovaný pod č. 2785/2013 Sb. NSS.

33 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 2. 2010, č. j. 2 Ans 5/2009-59.

34 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2009, č. j. 9 Ans 8/2009-149. Rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 3. 2010, č. j. 5 Ans 2/2010-127 bylo stanoveno, že nečinnostní žalobou se nelze domáhat vydání usnesení podle odst. 6 § 80 SpŘ. Takové usnesení navíc nenaplnuje znaky rozhodnutí dle ustanovení § 65 SŘS a nepodléhá soudnímu přezkumu v rámci správního soudnictví.

35 SEDLÁČEK, S., 2011, op. cit., s. 57–58.

Při věcném projednání žaloby soud rozhoduje na základě skutkového stavu zjištěného ke dni svého rozhodnutí (stejně jako v případě tzv. konstitutivního rozsudku o nezákonném zásahu). Je-li návrh žalobce důvodný, soud uloží rozsudkem nečinnému správnímu orgánu povinnost vydat (meritorní)³⁶ rozhodnutí nebo osvědčení a stanoví k tomu přiměřenou lhůtu. Posouzení toho, zda je správní orgán nečinný, je otázkou důvodnosti žaloby a k hodnocení dochází až v samotném projednávání žaloby, nikoliv otázkou existence podmínek řízení.³⁷ Volba prostředků nápravy nečinnosti přísluší správnímu soudu, nikoliv žalobci.³⁸ Jedná se o postup totožný s postupem správního orgánu v rámci veřejné správy. Správní soud pouze uloží povinnost v dané věci rozhodnout (vydat osvědčení), nemůže stanovit obsah rozhodnutí (rozhodnout namísto správního orgánu).³⁹ Úkolem nečinnostní žaloby je pouze odstranit nečinnost, nikoliv vydat rozhodnutí (osvědčení) namísto příslušného správního orgánu, kdy tímto postupem by správní soudy nepřipustně zasahovaly do kompetencí správních orgánů. Povinnost vydat rozhodnutí může soud uložit pouze věcně a místně příslušnému správnímu orgánu za podmínky, že takový správní orgán je rozhodnutí skutečně povinen vydat⁴⁰ a současně byl určen v žalobním tvrzení,⁴¹ jelikož soud je vázán petitem žaloby (neplatí pro případy řízení zahájené z moci úřední na základě podaného podnětu, kdy řízení nelze zahájit jinak než z úřední povinnosti⁴² a v případě nečinnosti se lze domáhat pouze vyřízení podnětu v zákonem stanovené lhůtě). Řízení o nečinnostní žalobě nelze zastavit z důvodu uspokojení žalobce (navrhovatele) po podání žaloby.

Soud je v průběhu řízení o nečinnostní žalobě povinen zjistit, zda mezitím nebylo vydáno správní rozhodnutí, tedy zda nečinnost v době jeho rozhodování trvá,⁴³ což představuje otázku důvodnosti žaloby, nikoliv podmínku přípustnosti nečinnostní žaloby. Pokud by soud i po vydání správního rozhodnutí rozhodl o nečinnosti a uložil povinnost rozhodnutí (osvědčení) vydat, Nejvyšší správní soud rozsudek zruší a věc vrátí (krajskému soudu za účelem zamítnutí žaloby.⁴⁴

³⁶ Žalobce se žalobou nemůže domáhat vydání procesního rozhodnutí. K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 12. 2004, č. j. 2 Ans 4/2004-116, publikovaný pod č. 506/2005 Sb. NSS.

³⁷ Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 9. 2010, č. j. 7 Ans 5/2008-164, publikované pod č. 2181/2011 Sb. NSS.

³⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 12. 2012, č. j. 9 Ans 16/2012-84.

³⁹ JEMELKA, L. a kol., 2013, op. cit., s. 690.

⁴⁰ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 4. 2003, č. j. 5 A 170/2002-15, publikovaný pod č. 197/2004 Sb. NSS.

⁴¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 11. 2004, č. j. 3 Ans 2/2004-60.

⁴² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2007, č. j. 4 Ans 6/2006-162.

⁴³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 6. 2006, č. j. 8 Ans 3/2005-107, publikovaný pod č. 931/2006 Sb. NSS.

⁴⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 3. 2010, č. j. 8 Ans 1/2009-72, publikovaný pod č. 2258/2011 Sb. NSS.

Nečinnostní žalobou se, jak již bylo řečeno, nelze domáhat nápravy nečinnosti správního orgánu v případech, kdy správní orgán již vydal rozhodnutí (osvědčení); rovněž nelze požadovat určení, že správní orgán byl nečinný. „*Nečinnost v takových případech může nabýt charakteru zásahu podle § 82 a násl. SŘS a tzv. zásahovou žalobou se lze domáhat toliko určení nezákonnosti již ukončeného zásahu...*“⁴⁵ Charakter nečinnosti coby nezákonných zásahů může nabýt např. při neudělení slova při jednání městského zastupitelstva,⁴⁶ ne zahájení přezkumného řízení,⁴⁷ nezajištění řádného doručení již vydaného správního rozhodnutí,⁴⁸ nezřízení datové schránky na žádost osoby, které se datová schránka ze zákona nezřizuje⁴⁹ a v některých dalších případech. Zásahová žaloba ovšem nemá uplatnění pouze při ukončené nečinnosti nebo potřebě deklarace nečinnosti, nýbrž její úloha je mnohem výraznější. O tom dále v textu příspěvku.

Zásahová žaloba zaujímá v rámci základních žalobních typů (žaloba proti rozhodnutí, žaloba proti nečinnosti a zásahová žaloba) upravených soudním řádem správním postavení subsidiárního prostředku ochrany veřejných subjektivních práv ve správním soudnictví. Institut zásahové žaloby „...nemůže být vykládán jako jakási náhražka žaloby proti rozhodnutí správního orgánu... Přitom platí, že žaloba proti rozhodnutí správního orgánu má před žalobou proti nezákonnému zásahu přednost... Přímou žalovat nezákonný zásah je proto možno jen tehdy, pakliže ochrana jinými právními prostředky není možná. Vztah obou zmíněných žalobních typů tak lze označit za primát žaloby proti rozhodnutí, kdy sekundární možnost podání úspěšné žaloby proti nezákonnému zásahu nastupuje teprve tehdy, pokud žaloba proti rozhodnutí nepřipadá v úvahu...“⁵⁰ Pokud jde o vztah zásahové a nečinnostní žaloby, opět má přednost nečinnostní žaloba před zásahovou. Zásahová žaloba tak stojí na samém okraji z pohledu žalobních typů upravených soudním řádem správním. Její důležitost nelze pomíjet, jelikož má nezastupitelné uplatnění ve správním soudnictví.

Zásahovou žalobou se žalobce může domáhat ochrany proti úkonům správních orgánů podřaditelných pod část IV. SpŘ s výjimkou osvědčení, proti faktickým úkonům s přímými právními důsledky (proti zásahům) a rovněž proti dalším formám činnosti veřejné správy.

Novelou soudního řádu správního s účinností od 1. 1. 2012 byla zavedena procesní obrana žalobce proti již ukončenému zásahu. Vedle konstitutivního rozhodnutí o nezákonném zásahu přibýlo deklaratorní rozhodnutí soudu o nezákonnosti zásahu. „*Nabízí se otázka, zda by již odeznělá nečinnost nemohla splňovat pojmové znaky již odeznělého zásahu.*

⁴⁵ POTĚŠIL, L. a kol., 2014, op. cit., s. 754.

⁴⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 9. 2007, č. j. 3 Aps 7/2006-103.

⁴⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 1. 2016, č. j. 1 As 232/2015-44.

⁴⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 6. 2015, č. j. 2 As 190/2014-52.

⁴⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 10. 2013, č. j. 6 Ans 1/2013-66.

⁵⁰ JEMELKA, L. a kol., 2013, op. cit., s. 659. K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 8. 2005, č. j. 2 Aps 3/2004-42, publikovaný pod č. 720/2005 Sb. NSS.

*Ke kladné odpovědi totiž může vést závěr judikatury v tom směru, že jiná nečinnost, než je uvedena v § 79 SŘS, může být nezákonným zásahem podle § 82 SŘS...*⁵¹ Z pohledu postavení zásahové žaloby v rámci žalobních typů se její úloha jeví jako komplementární ve vztahu k nečinnostní žalobě. Zásahová žaloba tak poskytuje ochranu v případech, kdy se nelze proti nečinnosti bránit nečinnostní žalobou. Takové případy představuje skutečnost, kdy správní orgán již vydal rozhodnutí (osvědčení), popř. správní orgán nevydal jiný správní akt/neučinil úkon, který není ani rozhodnutím, ani osvědčením, popř. je potřeba deklarovat nečinnost jako usnadnění postupu vedoucímu k náhradě škody způsobené nečinností jako nesprávným úředním postupem dle 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 (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OdpŠk“), kdy deklarování nečinnosti coby nezákonného zásahu žaloba proti nečinnosti neumožňuje. Nejdůležitější roli zásahové žaloby ve vztahu k nečinnosti zaujímá v případech domáhání se nápravy nečinnosti v případě neučinění úkonů jiných než nevydání meritorního rozhodnutí nebo osvědčení. Zásahová žaloba slouží jako náprava zákonné mezery.

Zásahová žaloba je nepřipustná, lze-li se ochrany nebo nápravy domáhat jinými právními prostředky; jedná se o již výše uvedenou subsidiaritu správního soudnictví (zásahové žaloby). Před podáním zásahové žaloby musí žalobce bezvýsledně vyčerpat prostředky nápravy poskytované veřejnou správou (výjimku pro deklaratorní výrok o nezákonném zásahu nyní ponechávám stranou pozornosti). Veřejná správa obecný prostředek nápravy neupravuje; výjimku představují některé prostředky nápravy obsažené ve zvláštních zákonech. V rámci samotné veřejné správy by jako prostředek nápravy mohla sloužit stížnost dle § 175 SpŘ. Její vyčerpání ale není podmínkou přípustnosti zásahové žaloby.⁵² Je tomu tak zejména proto, že stížnost dle § 175 SpŘ představuje nenárokový prostředek ochrany subjektivních práv potenciálního žalobce. „*Podmínkou pro podání návrhu (žaloby) k soudu není předchozí uplatnění podnětu k provedení přezkumného řízení. Přezkumné řízení může být zahájeno jak před zahájením řízení soudního, tak naopak.*“⁵³ Prostředkem nápravy není ani ústavní stížnost, protože její podání podmiňuje marné vyčerpání prostředků ochrany ve veřejné správě a zároveň ve správním soudnictví, kterými jsou právě zásahová žaloba (a kasační stížnost). Z předchozího textu vyplývá, že zásahová žaloba tak (až na výjimky stanovené zvláštními zákony) poskytuje primární ochranu proti nezákonným zásahům.⁵⁴

51 POTĚŠIL, L. a kol., 2014, op. cit., s. 776. K tomu srov. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2005, č. j. 6 Ans 1/2004-70.

52 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2010, č. j. 4 Aps 2/2010-44, publikovaný pod č. 2339/2011 Sb. NSS.

53 POTĚŠIL, L. a kol., 2015, s. 485.

54 PRŮCHA, P. Podstata a funkce správního soudnictví ve vztahu k ochraně veřejných subjektivních práv. In: SKULOVÁ, S. a kol. *Prostředky ochrany subjektivních práv ve veřejné správě*, 2014, op. cit.

Nejvyšší správní soud⁵⁵ se zabýval otázkou týkající se podmínek přípustnosti zásahové žaloby. Stanovil 6 podmínek, které musí být splněny kumulativně, aby se soud mohl zásahovou žalobou meritorně zabývat.

- a) Zásahem správního orgánu došlo ke zkrácení práv subjektu (žalobce).
- b) Zkrácení práv musí postihnout samotného žalobce.
- c) Zásah správního orgánu musí být nezákonný.
- d) Ze strany správního orgánu se jednalo o zásah ve smyslu legislativní zkratky obsažené v § 82 SŘS, tedy o nezákonný zásah, pokyn nebo donucení.
- e) Zásah správního orgánu byl zaměřen přímo proti žalobci nebo v důsledku zásahu správního orgánu bylo proti žalobci přímo zasaženo.
- f) Důsledky nezákonného zásahu správního orgánu musí trvat nebo musí hrozit jeho opakování. Tato podmínka byla s účinností od 1. 1. 2012 zrušena.

Skutkovým a právním stavem v případě konstitutivního výroku o nezákonném zásahu je stav, jaký existoval ke dni rozhodnutí (stejně jako v případě rozhodování o nečinnosti žalobě). Pokud se žalobce domáhá pouze deklaratorního výroku o nezákonném zásahu (o tom, že již skončená nečinnost byla nezákonná), správní soud vychází ze skutkového a právního stavu, který existoval v době zásahu; soud rozsudkem určí, že již ukončená nečinnost byla nezákonná. Trvá-li nezákonný zásah (nečinnost) v době rozhodování nebo trvají-li jeho důsledky anebo hrozí-li jeho opakování, soud zakáže správnímu orgánu, aby pokračoval v porušování žalobcových subjektivních práv, a přikáže, je-li to možné, aby obnovil stav před zásahem (nečinností).

3 Nečinnost a nezákonný zásah: rozdílné kategorie či nikoliv?

Nejprve se zaměřím na právní úpravu nečinnosti obsaženou ve správním řádu. Nečinnost dle správního řádu představuje jakékoliv nekonání v případech, kdy zákon povinnost činit nějaký úkon ukládá. Nezákonný zásah ve veřejné správě bývá vymezován jako úkon správního orgánu, který není správním rozhodnutím, směřuje vůči adresátům, pro které je závazný a ty jsou povinny na jeho základě něco konat, nějaké činnosti se zdržet nebo nějaké jednání strpět. Společně pro nečinnost i nezákonný zásah platí, že platná právní úprava neobsahuje jejich legální definice. V rámci ochrany proti nečinnosti správní řád obsahuje 4 prostředky ochrany proti nečinnosti. Opatřeními proti nečinnosti dle ustanovení § 80 SpŘ se lze domáhat ochrany proti nečinnosti v podobě nevydání meritorního rozhodnutí včetně nečinnosti u jakýchkoliv postupů a úkonů správních orgánů upravených správním řádem, nebo úkonů, na které se správní řád vztahuje. Je to dáno díky odkazu v ustanovení § 6 odst. 1 SpŘ.

⁵⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 3. 2005, č. j. 2 Aps 1/2005-65, publikovaný pod č. 603/2005 Sb. NSS.

Obecný prostředek ochrany proti nezákonným zásahům není ve správním řádu upraven. Nápravu nezákonných zásahů poskytují pouze prostředky upravené ve zvláštních zákonech. Podle mého názoru absence obecného prostředku nápravy nezákonných zásahů ve správním řádu představuje deficit, kterým veřejná správa přesunuje svoji pravomoc rozhodnout o takovém prostředku nápravy do správního soudnictví. Přitom, jak již bylo zmíněno, správní soudnictví je založeno na zásadě subsidiarity. Subsidiarita správního soudnictví přitom „...dává prostor k tomu, aby případná nezákonnost mohla být nejprve odstraněna vlastními mechanismy veřejné správy a až v případě jejich selhání ve správním soudnictví“.⁵⁶ Zároveň platí, že „...úkolem správního soudnictví není suplovat řízení před správním orgánem ...“⁵⁷, tedy nápravu závadného stavu by prvotně měla napravit veřejná správa a až v případě, že by dle názoru žalobce nebyla veřejným subjektivním právům poskytnuta řádná (dostatečná) ochrana, tak teprve potom se nápravy domáhat ve správním soudnictví. Jeví se jako zcela předčasné domáhat se nápravy nezákonných zásahů ve veřejné správě (až na výjimky dané opravnými prostředky ve zvláštních zákonech) ihned ve správním soudnictví bez zapojení samotné veřejné správy. Zastávám názor, že současná právní úprava obsažená ve správním řádu je částečně v rozporu s uvedenou zásadou subsidiarity. Považoval bych za zcela správné vytvoření univerzálního prostředku nápravy ve veřejné správě proti nezákonným zásahům, jež by měl subsidiární povahu ve vztahu ke zvláštním zákonům.

Žaloba proti nečinnosti připouští ochranu u dvou případů nečinnosti, a to u nevydání meritorního rozhodnutí (mající povahu rozhodnutí dle ustanovení § 65 SŘS) a v případě nevydání osvědčení. Zásahovou žalobou se lze bránit proti úkonům systematicky zařazeným do části IV. SpŘ (z nichž osvědčení má zvláštní postavení), proti faktickým úkonům s přímými právními důsledky a proti některým dalším formám činnosti veřejné správy. Pokud jde o vztah nečinnostní a zásahové žaloby, zásahová žaloba má subsidiární povahu vůči nečinnostní žalobě.⁵⁸ Zásahová a nečinnostní žaloba jsou dva odlišné druhy žalob (žalobní typy), které nelze zaměňovat.⁵⁹

Ochrana proti nečinnosti ve veřejné správě a ve správním soudnictví spolu plně nekorespondují (stejně je tomu i v případě nezákonného zásahu). V rámci veřejné správy se lze domáhat opatřeními proti nečinnosti nápravy nečinnosti u jakékoliv formy realizace veřejné správy, zatímco ve správním soudnictví se lze domáhat ochrany pouze proti nevydání rozhodnutí ve věci samé nebo osvědčení. Ochranu proti nezákonnému zásahu poskytuje veřejná správa spíše sporadicky (k tomu srov. předchozí text), zatímco správní

⁵⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 11. 2013, č. j. 9 Aps 4/2013-25, publikovaný pod č. 2956/2014 Sb. NSS.

⁵⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2017, č. j. 9 As 34/2016-53.

⁵⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 7. 2017, č. j. 3 As 166/2016-36.

⁵⁹ JEMELKA, L. a kol., 2013, op. cit., s. 683. K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 7. 2009, č. j. 7 Aps 2/2009-197.

soudnictví poskytuje ochranu proti nezákonným zásahům, které nejsou rozhodnutím, a zároveň se ochrany nelze domáhat žalobou proti nečinnosti (a žalobou proti rozhodnutí správního orgánu). Nezákonným zásahem ve správním soudnictví může být i nečinnost, zatímco ve veřejné správě by ochranu plně poskytovalo některé z opatření proti nečinnosti. Skutečnost, že nezákonná nečinnost správního orgánu spočívající v jiném nekonání než nevydání rozhodnutí ve věci samé nebo osvědčení, může nabýt charakteru nezákonného zásahu (nezákonným zásahem nemusí být pouze aktivní konání správních orgánů, ale i pasivita) poprvé uvedl Ústavní soud,⁶⁰ později i rozšířený senát Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 7 Aps 3/2008-98. Od této chvíle nabyl nezákonný zásah v rámci správního soudnictví „nové kvality“, kdy „ochudil“ nečinnostní žalobu o část případů jejího potenciálního soudního přezkumu v rámci tohoto žalobního typu za podmínky, kdy by širší záběr nečinnostní žaloby sledovala šíři záběru opatření proti nečinnosti ve veřejné správě. Uvedené tvrzení chce vnímat s nadsázkou, jelikož zásahová žaloba připravila nečinnostní žalobu o část předmětu jejího přezkumu z důvodu omezení rozsahu přezkumu nečinnosti na meritorní rozhodnutí a osvědčení.

Případy nečinnosti, které jsou napadnutelné nečinnostní žalobou, jsou oproti veřejné správě podstatně omezeny. Nečinnostní žaloba poskytuje užší rámec ochrany proti nečinnosti než samotná veřejná správa v rámci opatření proti nečinnosti. Podle mého názoru jsou podmínky přípustnosti nečinnostní žaloby v soudním řádu správním stanoveny v nepřiměřeně úzkém rozsahu. Již ze samotného jazykového výkladu pojmu nečinnost vyplývá, že *de lege ferenda* by žaloba proti nečinnosti měla poskytovat ochranu proti „jakékoliv“ nečinnosti ve veřejné správě. Domnívám se, že by takový počin jednoznačně zpřehlednil žalobní typy, zejména pokud jde o odlišení nečinnostní a zásahové žaloby. Opačný směr, který nelze rozporovat a ke kterému se přikláním, představuje možnost považovat jakoukoliv formu nečinnosti za nezákonný zásah, jelikož nečinnost znaky nezákonného zásahu, jež byly uvedeny v textu výše, nepochybně naplňuje. Nečinnost je svým způsobem druhem zásahu, vyznačující se pasivním jednáním orgánů veřejné správy. Pojem nečinnosti je užším než pojem zásah. Do roku 2010 se nezákonné zásahy vyznačovaly znakem aktivního konání ze strany správních orgánů a nečinnost jako pasivita (nekonání) ze strany správních orgánů. Uvedené smysluplné dělení by existovalo i nadále, dokud se nevyskytl problém, jaký žalobní typ by měl poskytovat ochranu veřejných subjektivních práv žalobce v případech, kdy žaloba proti nečinnosti nebyla přípustná. Vzhledem k subsidiaritě zásahové žaloby tak ochrana práv žalobce připadla právě tomuto žalobnímu typu.

Shrnujíc posledně uvedené, uvádím, že vyslovené názory „dělí“ odbornou veřejnost na 2 názorové linie, a to kvůli názoru, jak by bylo možné problematiku nekonceptčnosti ochrany proti nečinnosti ve veřejné správě a ochrany poskytované nečinnostní žalobou řešit (ad a) a ad c) níže). Podle mého názoru existují 3 možnosti řešení, a to: a) ponechat

⁶⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 5. 11. 1996, sp. zn. I. ÚS 5/96, publikovaný pod č. 116/1996 Sb. ÚS.

právní úpravu v současném znění a pokračovat v dosavadním dualismu soudní ochrany nečinnosti, b) novelizovat soudní řád správní tak, aby ustanovení § 79 odst. 1 SŘS bylo ve znění např. Ten, kdo bezvýsledně vyčerpal prostředky, které procesní předpis platný pro řízení u správního orgánu stanoví k jeho ochraně proti nečinnosti správního orgánu, může se žalobou domáhat, aby soud uložil správnímu orgánu povinnost vydat rozhodnutí ve věci samé nebo učinit jiný úkon, k němuž je ze zákona povinen. Další možností znění uvedeného ustanovení soudního řádu správního je inspirace slovenskou právní úpravou správního soudnictví (konkrétně ustanovení § 242 odst. 1 zákona č. 162/2015 Z. z., správny súdny poriadok), který zní: „*Žalobca sa môže žalobou domáhať odstránenia nečinnosti orgánu verejnej správy v začatom administratívnom konaní*.“ Kombinací ustanovení českého a slovenského procesního předpisu upravujícího správní soudnictví by mohl vzniknout odstavec 1 ve znění: Ten, kdo bezvýsledně vyčerpal prostředky, které procesní předpis platný pro řízení u správního orgánu stanoví k jeho ochraně proti nečinnosti správního orgánu, může se žalobou domáhat odstranění nečinnosti správního orgánu v zahájeném správním řízení nebo v případě neprovedení úkonu, k němuž je správní orgán ze zákona povinen. Nyní jsem chtěl pouze demonstrovat možnosti znění § 79 odst. 1 SŘS, jež by si zasloužilo ještě více péče tak, aby bylo pamatováno na veškeré případy nečinnosti ve veřejné správě. Možnost ad c) představuje spojení žalobních typů nečinnosti a zásahové žaloby s tím, že by se nadále jakákoliv nečinnost považovala za nezákonný zásah (podrobnosti byly uvedeny výše). Výhodami a úskalími spojení těchto žalobních typů se budu zabývat závěrem kapitoly.

Pokud z podání není patrné, zda se žalobce domáhá ochrany proti nečinnosti nebo ochrany proti nezákonnému zásahu, musí jej správní soud vyzvat, aby specifikoval žalobní typ.⁶¹ Pokud žalobce v soudem určené lhůtě podání neopraví a takový nedostatek brání pokračování v řízení, soud žalobu usnesením odmítne. Ve správním soudnictví se podle stávající judikatury nepřipouští alternativní či eventuální petit v případech, kdy ona alternativa (eventualita) by měla spočívat v odlišných žalobních typech.⁶² „*To je odůvodněno zejména faktem, že jednotlivým žalobním typům odpovídají v soudním řádu správním relativně samostatné procesní úpravy, které se liší co do stanovení počátku běhu lhůt k uplatnění žaloby, jejich náležitostí, úpravy aktivní i pasivní procesní legitimace, úpravy toho, k jakému datu soud zjišťuje skutkový a právní stav atd. Bylo by proto mimořádně obtížné vést řízení o jedné a téže žalobě tak, aby bylo možno na jeho konci rozhodnout v souladu s požadavky kterékoliv z procesních úprav připadajících hypoteticky v úvahu. Žalobci, který si není jist, jaký typ žaloby by měl využít k ochraně svých práv... a chce z procesní opatrnosti vyčerpát více možností, tak nezbyvá než podat několik samostatných žalob proti témuž konání či opomenutí ze strany státní správy, byť tak může fakticky učinit v jediném podání. Za každou takto podanou žalobu také musí zaplatit samostatně soudní poplatek... Jinou situaci*

⁶¹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 5. 2018, č. j. 8 As 279/2017-78 a mnohé další.

⁶² Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 5. 2017, č. j. 9 As 329/2016-42.

*je případ neurčitě či nejednoznačně žaloby, kdy může žalobce na výzvu soudu petit upřesnit jedním či druhým směrem.*⁶³

Problematika nejednoznačnosti správního žalobního typu se rovněž vyskytuje u rozhodování, zda využít žalobu proti rozhodnutí správního orgánu nebo naopak žalobu zásahovou. Rozhraničení 3 základních žalobních typů není zcela jednoznačné a činí potíže nejen u laické veřejnosti, jak je i ze samotné judikatury patrné, ale i v řadách právníků. Nemusím podotýkat, že takový stav je zcela nežádoucí. Otázka do budoucnosti však zní, zda je možné nejednoznačnosti žalobních typů předejít. Objevují se různá možná řešení. Začnu od toho nejkontroverznějšího, kdy zazněla myšlenka, zda 3 základní žalobní typy nespojit v jednu „univerzální“ žalobu. Uvedený názor je zcela menšinový a rovněž já jej nepovažuji za správný. Zákonodárce při vytváření soudního řádu správního dbal na to, aby správní soudnictví poskytovalo ochranu subjektivních práv zasažených rozhodnutím, nečinností nebo zásahem jednotlivými žalobními typy. Cílem bylo předejít stavu, který panoval do přijetí procesního předpisu upravujícího správní soudnictví, kdy ochrana byla poskytována pouze proti správním rozhodnutím. Zákonodárce tak sledoval přehlednost žalobních typů s cílem vzbudit přesvědčení, že proti každému úkonu ze strany správních orgánů je přípustná ochrana ve správním soudnictví. Ačkoliv by se vznikem „univerzální žaloby“ nedošlo k navrácení do situace panující do konce roku 2002, (nejen) pro laickou veřejnost by se správní soudnictví stalo nepřehledným. Navíc by taková žaloba činila interpretační obtíže; buď by byla přípustná proti jakémukoliv úkonu správního orgánu za jakýchkoliv okolností, nebo by bylo nutné stanovovat podmínky přípustnosti žaloby, které ale nelze stanovit všeobecné pro celé správní soudnictví. Správní soudnictví by se tak dostalo do situace, kdy i uvedená žaloba by musela být dále specifikována pro dílčí typizované případy soudního přezkumu, čímž by se nápadně přiblížila současné právní úpravě v soudním řádu správním. Z těchto důvodů takový názor považuji za nerealizovatelný. Další názor spočívá v tom, zda nespojit žalobu proti rozhodnutí a zásahovou žalobu. Ani s tímto názorem se neztotožňuji. Důvodem mého nesouhlasu je skutečnost, že pro právní praxi by bylo zjevně přínosnějším jednoznačné vymezení pojmu rozhodnutí a zásah, k čemuž ani po více než 15 letech po nabytí účinnosti soudního řádu správního a zřízení Nejvyššího správního soudu nedošlo a výklad uvedených pojmů se dosud dostatečně neustálil. Další podrobnosti vzhledem k tématu příspěvku ponechám stranou. Poslední variantu, a to pro nynější příspěvek stěžejní, představuje možnost spojení nečinnostní a zásahové žaloby. Tomuto tématu se věnuji ve zbytku této kapitoly.

Již výše bylo uvedeno, že nečinnostní žaloba je přípustná pouze proti nevydání meritorního rozhodnutí a osvědčení, nikoliv proti nevydání rozhodnutí procesního. L. Potěšil⁶⁴ k tomu uvádí, že „žaloba (proti nečinnosti, pozn. autora) nemá povahu univerzálního

63 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 5. 2017, č. j. 9 As 329/2016-42.

64 POTĚŠIL, L. a kol., 2014, op. cit., s. 754.

prostředku ochrany proti nečinnosti správního orgánu...“. S takovým tvrzením nelze nic jiného než bezvýhradně souhlasit. Osvědčení zaujímá specifické postavení, kdy se jedná o jiný (pojmenovaný) úkon podle části IV. SpŘ. Ochranu v případě jeho nevydání poskytuje nečinnostní žaloba. Proti nezákonnému vyjádření a sdělení jako zbylým pojmenovaným úkonům dle části IV. SpŘ ochranu naopak poskytuje zásahová žaloba. Stejný závěr platí i pro tzv. nepojmenované úkony podle části IV. SpŘ. Pokud by ochranu proti jejich neprovedení neposkytovala ani zásahová žaloba jako subsidiární žalobní typ (tedy v případech, kdy ochranu subjektivních práv nemůže poskytnout žaloba proti rozhodnutí ani žaloba proti nečinnosti), jednalo by se o nepřipustný zásah do ústavně garantovaného práva na soudní ochranu před jednáním orgánu veřejné správy dle článku 36 usnesení předsednictva České národní rady o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listina základních práv a svobod“). Není rozhodné, který žalobní typ ochranu veřejných subjektivních práv poskytuje, důležité je, že taková ochrana poskytována je. Osobně považuji za naprosto zbytečně složité dělení jiných úkonů podle žalobního typu (což bezprostředně souvisí se shora uvedenými návrhy de lege ferenda).

Jsem plně přesvědčen, že za současného znění soudního řádu správního by k ochraně proti nečinnosti ve veřejné správě plně postačovala zásahová žaloba. Již jsem zmínil, že nečinnost lze považovat za užší pojem než zásah. Nezákonná nečinnost naplňuje znaky nezákonného zásahu, neboť oběma úkony je zasahováno přímo do veřejných subjektivních práv potenciálního žalobce. Zásah může dle judikatury spočívat i v pasivitě jednání správního orgánu, tedy v nekonání (nečinnosti). Bylo by nanejvýš vhodné sloučení nečinnostní a zásahové žaloby v jeden žalobní typ – zásahovou žalobu zahrnující i ochranu proti nečinnosti, a považovat jakoukoli formu nečinnosti za nezákonný zásah správního orgánu. Stejný názor zastává i K. Frumarová⁶⁵, kdy v příspěvku pokládá řečnickou otázku, zda nepojímat jakoukoli formu nečinnosti správního orgánu jako nezákonný zásah. S jejím názorem se plně ztotožňuji.

„Nová“ právní úprava zásahové žaloby by doznala pouze dílčích změn. V rámci žalobní legitimace by ustanovení bylo doplněno tak, že by znělo: Každý, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem, donucením nebo nečinností (dále jen „zásah“) správního orgánu... Změna by ale nebyla bezpodmínečně nutná; judikatorně by se dovodilo, že zásahem je i jakákoliv forma nečinnosti. Změny by doznalo i označení dílu 3 hlavy druhé části třetí SŘS, který by nesl název řízení o ochraně před nezákonným zásahem, pokynem, donucením nebo nečinností správního orgánu. Podmínky přípustnosti by se nijak neměnily, stále by platila povinnost vyčerpat „opravné“ prostředky poskytované veřejnou správou, jako je tomu v ustanovení § 85 SŘS.

⁶⁵ FRUMAROVÁ, K. Žaloba na ochranu před nezákonným zásahem správního orgánu (vybrané aspekty). In: SLÁDEČEK, V. a P. MELOTÍKOVÁ. *Aktuální otázky správního soudnictví (zejména v souvislosti s novelou soudního řádu správního provedenou zákonem č. 303/2011 Sb.)*. Praha: Leges, 2012, s. 38.

Pasivní žalobní legitimace by zůstala beze změny. Změny by ale doznala lhůta pro podání žaloby. Ustanovení § 84 odst. 1 SŘS by zůstalo beze změn, za něj by se vložil odstavec 2 (a ostatní odstavce by se přečíslovaly), který by vycházel z ustanovení § 80 odst. 1 SŘS, a zněl by: Jestliže se žalobce domáhá ochrany proti nevydání rozhodnutí ve věci samé, žalobu lze podat nejpozději do jednoho roku ode dne, kdy ve věci, v níž se žalobce domáhá ochrany, marně proběhla lhůta stanovená zvláštním zákonem pro vydání rozhodnutí, a není-li taková lhůta stanovena, ode dne, kdy byl žalobcem vůči správnímu orgánu nebo správním orgánem proti žalobci učiněn poslední úkon. Tím bych zachoval dosavadní štěpení lhůt v případě nečinnosti u nevydání rozhodnutí a u nečinnosti v rámci ostatních úkonů. Nově by se ochrany proti nevydání osvědčení bylo možné domáhat ve stejné lhůtě jako proti jiným úkonům dle části IV. SpŘ. Pokud jde o petit zásahové žaloby, do odstavce 2 ustanovení § 87 SŘS by za 1. Větu byla vložena 2. věta ve znění: Je-li návrh důvodný, soud uloží rozsudkem správnímu orgánu povinnost vydat rozhodnutí a stanoví k tomu přiměřenou lhůtu, ne však delší, než kterou určuje zvláštní zákon. Téměř identické znění ustanovení § 81 odst. 2 SŘS by se přeneslo do úpravy zásahové žaloby. Z výše uvedeného je nanejvýš patrné, že změny by byly pouze dílčí, což dokazuje blízkost právní úpravy nečinnosti a zásahové žaloby.

Výhodu spojení žaloby proti nečinnosti a zásahové žaloby lze spatřovat v odstranění nejednoznačnosti použití správního žalobního typu. Již jsem zmínil, jaké důsledky současná rozkolísaná právní úprava přináší. Žalobce si často neví rady, který žalobní typ uplatnit a tak raději volí cestu dvou žalob a dvou soudních poplatků, což lze vnímat jako „překážku přístupu k soudu“, kdy aby byl žalobce úspěšný tak raději zaplatí 2 poplatky, než aby jeho subjektivní právo nebylo chráněno důsledkem nesprávného žalobního typu. Další výhodou představuje částečné zrychlení soudního procesu, neboť při podání žaloby s eventuálním (alternativním) petitem musí soud vyzvat žalobce k upřesnění petitu, tedy aby zvolil, zda se domáhá ochrany proti nečinnosti nebo ochrany proti nezákonnému zásahu. Současné znění správního řádu vyžaduje dobrou orientaci v textu zákona, tedy pro laickou veřejnost, které je předpis rovněž určen, se stává nesrozumitelným. Zaměřím-li se na úskalí spojení žalobních typů, teoretickou nevýhodou je snížení počtu žalobních typů. Praktickým problémem může být skutečnost, že ochrana proti nečinnosti ve správním soudnictví nebude mít výslovné zastoupení žalobním typem. Výhody spojení žalobních typů dle mého názoru předčívají případná úskalí, proto zastávám názor o opodstatněnosti spojení.

Závěr

Předmětem tohoto článku je ochrana proti nečinnosti a nezákonným zásahům ve veřejné správě. Samotná veřejná správa zná z hlediska správního řádu ochranu proti nečinnosti, nikoliv proti nezákonnému zásahu. Judikatorně bylo potvrzeno, že stížnost dle § 175 SpŘ ani přezkumné řízení není dostatečným prostředkem ochrany veřejných subjektivních

práv proti nezákonným zásahům ve veřejné správě. Často bývá prvotním prostředkem ochrany takových práv tzv. zásahová žaloba díky absenci prostředků nápravy nezákonného zásahu v rámci veřejné správy. Tuto absenci považuji, jak jsem již uvedl, za částečně kolidující s ustanovením § 5 SŘS a dle mého názoru by veřejná správa měla mít možnost případný nezákonný zásah odstranit svými mechanismy a až v případě jejich „selhání“ se nápravy domáhat ve správním soudnictví. V případě nečinnostní žaloby je situace opačná, tedy žalobce musí vyčerpat žádost o uplatnění opatření proti nečinnosti před samotným podáním žaloby.

Zásahová a nečinnostní žaloba mají mnoho společných znaků. V případě soudního přezkumu nečinnosti se setkáváme s tzv. dvojkolejností, kdy ochranu práv žalobce poskytuje nečinnostní žaloba a zásahová žaloba jako komplementární žalobní typ. V praxi se mimo jiných řešení dvoukolejnosti ochrany subjektivních práv proti nečinnosti vyskytují názory podporující myšlenku sjednocení obou žalobních typů. Takový názor rovněž zastávám. Jakákoliv nečinnost by měla být považována za nezákonný zásah, čímž by se odstranily praktické problémy s rozlišováním uvedených žalobních typů. V příspěvku jsem se zaměřil na podstatné rysy žaloby proti nečinnosti a zásahové žaloby s možností jejich spojení. Rovněž jsem provedl zhodnocení přínosu a na druhé straně úskalí takového spojení a uvedl jsem, jak by mohl „nový typ“ žaloby vypadat. Výhody spojení obou žalobních typů převažují nad úskalími. Z provedené komparace je zcela patrné, že změny v důsledku spojení žalobních typů by byly pouze dílčí bez zásadnějšího vlivu na soudní přezkum nečinnosti ve veřejné správě. Žalobcům by nepochybně bylo posíleno legitimní očekávání, že v případě podání „nové“ zásahové žaloby bude taková žaloba za splnění podmínky přípustnosti věcně projednána. Dosud panuje nejistota, který žalobní typ užít. Nejistota nepanuje pouze mezi laickou veřejností, ale nade vše pochybnost i v právní praxi, což celý problém podtrhuje.

Ochranu proti nečinnosti nadále poskytují 2 žalobní typy, tedy zásahová a nečinnostní žaloba. Zda-li bude uvedená dvojkolejnost přetrvávat i nadále, ukáže čas. V dohledné době se změna soudního řádu správního zahrnující sloučení žalobních typů neplánuje. I když se judikatura s vcelku složitou právní úpravou vypořádala, nanejvýš vhodné by bylo promítnutí racionálnějšího řešení do právní úpravy v soudním řádu správním.

Povaha a členění faktických úkonů realizovaných ze strany orgánů veřejné správy

Nature and Systematic of Factual Acts Carried out by Authorities of Public Administration

Pavel Všeticka*

Abstrakt

V případě faktických úkonů se jedná o značně rozsáhlou materii reprezentovanou množstvím rozličných činností, vykonávaných různými orgány veřejné správy, jež jsou upraveny v řadě právních předpisů náležejících do různých právních odvětví, o jejíž systemizaci usiluje nauka již celá desetiletí. Obecně lze konstatovat, že řada otázek spojených s touto formou činnosti orgánů veřejné správy teprve čeká na podrobné vědecké zpracování. V rámci předkládaného příspěvku jsem se zaměřil na problematiku členění faktických úkonů. Příspěvek navazuje na dosud přijaté závěry nauky, které se však snažím dále rozšířit, a to na základě různých konvergenčních prvků.

Klíčová slova

Bezprostřední zásahy; faktické pokyny; faktické úkony; faktické zásahy; veřejná správa; zajišťovací úkony.

Abstract

In the case of factual acts, this is a vastly extensive matrix represented by a number of different activities carried out by various public authorities, which are regulated by a series of legal acts belonging to different legal branches, whose systemization has been pursued for decades. Generally speaking, a number of issues related to this form of public administration activity are still waiting for detailed scientific work. In the framework of the present paper I focused on the issue of the division of factual acts. The contribution follows on to the conclusions of the doctrine, which I have already adopted, but which I try to extend further on the basis of various convergence elements.

Keywords

Immediate Interventions; Factual Instructions; Factual Acts; Factual Interventions; Public Administration; Hedging Operations.

Úvod

V rámci odborné literatury se lze běžně setkat s obecně přijímaným dvoustupňovým členěním faktických úkonů, prováděným v prvním stupni na základě způsobu, popřípadě

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

účelu jejich realizace a v druhém stupni dle předmětu jejich působení či prostředků sloužících k jejich uskutečnění.¹

Dle mého názoru však skrze toto dvoustupňové členění není možno ve všech souvislostech zcela komplexně postihnout tak rozsáhlou materii, jakou faktické úkony představují. Osobně se domnívám, že faktické úkony je možno členit detailnějším způsobem, a to na základě dalších konvergenčních prvků.

Východiskem pro tvorbu předkládaného příspěvku je ověření hypotézy, jejímž obsahem je tvrzení, že systematika faktických úkonů uplatňovaná v současnosti v rámci vědy správního práva není, s ohledem na všechny atributy této formy realizace veřejné správy, vyčerpávající, a tudíž zde existuje prostor pro podrobnější členění předmětné materie. Cílem příspěvku je, v návaznosti na potvrzení stanovené hypotézy, nalezení dalších dělících kritérií, na základě jejichž aplikace bude možno faktické úkony členit detailnějším způsobem, než s jakým se lze setkat v rámci současné nauky.

1 Povaha, znaky a vlastnosti faktických úkonů

Faktické úkony se řadí mezi právní formy realizace veřejné správy. Sousloví „faktické úkony“ představuje právně teoretický pojem, jenž v sobě zahrnuje různé neformální činnosti právní povahy vykonávané na základě zákona ze strany orgánů veřejné správy.^{2,3} V rámci jednotlivých zákonů jsou tyto činnosti označovány různě, prostřednictvím rozličných zobecňujících termínů, zpravidla však jako úkony,⁴ zákroky,⁵

1 Viz např. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 185–189; či MASARÍK, J. a V. KRICNER *Správní právo. Obecná část*. 7. vyd. Praha: Armex publishing, 2015, s. 79–80.

2 V dílech jednotlivých autorů se lze setkat s různým označením této formy realizace veřejné správy. Tak např. P. Průcha označuje tuto formu činnosti orgánů veřejné správy jako „Faktické úkony s přímými právními důsledky“. Viz PRŮCHA, P. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 319. J. Staša v této souvislosti hovoří o „Faktických zásazích“. Viz HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 185; a E. Horzinková a Z. Fiala užívají pojmu „Faktické jednání“. Viz HORZINKOVÁ, E. a Z. FIALA. *Správní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: Leges, 2015, s. 110.

3 Též v rámci rakouské literatury bývají tyto činnosti orgánů veřejné správy označovány různě. Nejčastěji však jako „bezprostřední správní donucení“ či jako „faktické úřední jednání“ nebo „projevy okamžitého policejního donucení“ anebo „neformální správní akty“. Srov. KOJA, F. *Einführung in das öffentliche Recht*. 1. vyd. Wien: Orac, 1998, s. 104.

4 Dle § 10 odst. 1 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o policii“) se „úkonem“ rozumí veškerá činnost vykonávaná v rámci pravomoci policie, prostřednictvím které policisté a zaměstnanci policie zamezují ohrožení nebo porušení vnitřního pořádku a bezpečnosti, jehož odstranění spadá do úkolů policie.

5 Dle § 10 odst. 5 zákona o policii představuje „zákrok“ takový druh úkonu, při němž dochází k přímému vynucování splnění právní povinnosti nebo k přímé ochraně práv za použití síly nebo hrozby jejího použití.

oprávnění⁶ či opatření^{7,8} anebo přímo prostřednictvím termínů vyjadřujících jejich faktickou povahu.⁹ Jak v této souvislosti uvádí J. Staša „v pozitivním právu se pro různé správní úkony neformální povahy používají různá označení, která však nemusí nic vypovídat o jejich teoretické povaze“.¹⁰ J. Staša tímto naráží na absenci užívání právně-teoretických pojmů (jako například faktické pokyny, zajišťovací úkony atd.) v rámci pozitivní právní úpravy.

Vzhledem k některým svým specifickým vlastnostem má tato forma realizace veřejné správy mezi ostatními právními formami činnosti orgánů veřejné správy poměrně „zvláštní“ postavení. Jak uvádí P. Průcha, v případě faktických úkonů „se jedná o mimořádnou formu realizace veřejné správy, která v mimořádných situacích nastupuje namísto jiných právních forem realizace, zpravidla individuálních správních aktů, nebo slouží k přímému vynucení existující dobrovolné nesplněné povinnosti.“¹¹ Z toho vyplývá, že faktické úkony zdaleka nepředstavují typickou podobu realizace veřejné správy a naplňování stanovených cílů prostřednictvím neformálních zásahů do právních poměrů svých adresátů není veřejné správě vlastní.

Na povahu faktických úkonů existují v teorii správního práva různé názory. Přičemž z hlediska nauky bývají tyto projevy veřejné správy považovány buď za specifické (reálné či neformální) správní akty¹² či správní činnost *sui generis*.¹³

6 „Oprávněním se obecně rozumí soubor opatření, jejichž účel, jakož i důvody a podmínky použití jsou jednoznačně vymezeny zákonem“. HORZINKOVÁ, E. et al. *Správní právo – zvláštní část*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 105. Např. zákon ČNR č. 555/1992 Sb., o Vězeňské a justiční stráží České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o vězeňské a justiční stráží“) užívá pojmu „oprávnění příslušníka“, který zastřešuje dále konkretizovaná jednotlivá oprávnění příslušníků vězeňské služby a justiční stráže.

7 Dle § 5 zákona č. 146/2002 Sb., o Státní zemědělské a potravinářské inspekci a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o Státní zemědělské a potravinářské inspekci“) vydává inspektor Státní zemědělské a potravinářské inspekce vůči kontrolované osobě „opatření“.

8 V případě termínu „opatření“ se může ovšem jednat též o institut správního práva podobný faktickým úkonům, který ovšem pojmově nemusí v některých případech ani správní činností být. Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 189. Např. dle § 7 odst. 1 zákona ČNR č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „starý zákon o policii“), byl policista povinen učinit „jiná opatření“ nezbytná k provedení služebního zákroku nebo služebního úkonu, zejména vyrozumět nejbližší policejní útvar, byl-li páchán trestný čin nebo přestupek anebo bylo-li důvodné podezření z jejich páchaní.

9 Např. „vydání a odebrání zbraně a prohlídka osoby“. Viz § 35 zákona o policii.

10 STAŠA, J. *Úvod do českého správního práva*. 4. vyd. Praha: Policejní akademie České republiky, 2003, s. 88.

11 PRŮCHA, P. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 319.

12 Zatímco v rámci české literatury jsou faktické úkony považovány zpravidla za samostatnou a svébytnou formu realizace veřejné správy, rakouská správně-právní nauka považuje faktické úkony za specifický druh správních aktů, označovaných jako „bezprostřední příkazy“ a „donucovací akty (činnosti)“. Rakouská nauka v této souvislosti uvádí, že specifickou vlastností bezprostředních příkazů a donucovacích aktů je jejich neformálnost, přičemž v ostatních parametrech vykazují tyto formy realizace veřejné správy všeobecné znaky (individuálních) správních aktů. Jinak řečeno, rakouská správní nauka hovoří v souvislosti s faktickými úkony o tzv. neformálních správních aktech. Srov. KOJA, F. *Einführung in das öffentliche Recht*. 1. vyd. Wien: Orac, 1998, s. 104.

13 HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 188.

Jak již bylo zmíněno, vzhledem ke skutečnosti, že prostřednictvím realizace faktických úkonů oprávněné úřední osoby jednostranně zasahují do právních poměrů konkrétních, individualizovaných a jmenovitě určených adresátů veřejné správy, přičemž tyto úkony zároveň slouží k „jednorázovému“ řešení pacifických situací spojených s aplikací práva,¹⁴ bývá z hlediska správně-právní teorie zdůrazňována jejich podobnost s individuálními správními akty, namísto kterých bývají faktické úkony zpravidla vykonávány.¹⁵

V rámci nauky se lze setkat též s názorem, že některé neformální projevy veřejné správy se svojí povahou blíží spíše opatření obecné povahy.¹⁶ V případě bezprostředních omezení (spočívajících například v dočasném vyřazení veřejně obslužného zařízení z provozu) či faktických pokynů (například zákaz vstupu na určené místo) tyto rysy opravdu vysledovat lze, neboť v rámci řešení konkrétní věci dopadá působení těchto úkonů na neurčitý okruh adresátů.

Mimo to P. Průcha řadí právní prostředky mající povahu přímého donucení ke splnění právní povinnosti, tedy faktické úkony (konkrétně bezprostřední zásahy a úkony učiněné v rámci výkonu správní exekuce) mezi právní záruky, respektive záruky zákonnosti ve veřejné správě.¹⁷ Význam bezprostředních zásahů, zajišťovacích úkonů a exekučních úkonů jakožto záruk zákonnosti ve veřejné správě, spočívá především v jejich „schopnosti“ vynutit splnění dobrovolně nesplněné právní povinnosti. A to ať již právní povinnost vynucené bez předchozího rozhodnutí příslušného orgánu majícího povahu sankce za její porušení (například zabránění v narušování veřejného pořádku), tak právní povinnosti uložené rozhodnutím příslušného orgánu veřejné správy (správní exekuce na nepeřežitá plnění). Bezprostřední zásahy, zajišťovací úkony a exekuční úkony tedy představují právní nástroje, prostřednictvím kterých státní aparát zajišťuje vymahatelnost svých rozhodnutí práva, jakož i primární ochranu zákonem chráněných zájmů (předcházející jejich sekundární ochraně mající podobu správních či soudních trestů), bez jejichž existence by byla veřejná moc „bezzubá“.

Faktické úkony lze obecně charakterizovat jako zvláštní skupinu právních forem činností vykonávaných ze strany orgánů veřejné správy, jejíž podstata spočívá v oprávnění

14 Srov. PRŮCHA, P. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 278.

15 Faktické úkony se svojí povahou blíží individuálním správním aktům. Liší se však tím, že jim nepředchází správní řízení, respektive, že okamžik „vydání“ aktu a jeho výkon spadá v jeden okamžik. Srov. SLÁDEČEK, V. *Obecné správní právo*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 189.

16 POMAHÁČ, R. et. al. *Veřejná správa za rozcestím (právní reflexe)*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 46.

17 Viz PRŮCHA, P. *Správní právo. Obecná část*. 8. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 324–325.

na základě obecného¹⁸ či speciálního¹⁹ zákonného zmocnění zasáhnout, zpravidla bezprostředně, neformálně, avšak aspoň v obecných rysech zákonem předvídaným způsobem,²⁰ s různým stupněm intenzity, do právních poměrů (nejčastěji ústavně zaručených práv a svobod) fyzických nebo právnických osob, jestliže je to při výkonu správního či dopravně-bezpečnostního dozoru nezbytné k uvedení konkrétních případů do souladu s normami správního práva,²¹ anebo jestliže je to nezbytné při výkonu policejně-bezpečnostních činností k ochraně významných zákonem chráněných zájmů, souhrnně označovaných jako tzv. „policejní statky“,^{22,23} či k vynucení rozhodnutí některého z orgánů veřejné moci.

18 Obecné zákonné zmocnění je legislativně technicky tvořeno tak, že se do hypotézy právní normy vsunují výrazy (neurčitě 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.

19 „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 snaží se konečností 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.

20 Vzhledem k tomu, že zákonodárce není schopen předem předvídat veškeré situace, jejichž řešení bude v budoucnu vyžadovat neformální postup ze strany orgánů veřejné správy, jsou oprávnění k realizaci právních forem činností, jež mají z právně-teoretického hlediska podobu faktických úkonů, legislativně vyjádřeny v podobě obecných autorizačních doložek, či jinak řečeno generálních zmocňovacích klauzulí. Srov. MATEŠ, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 11 a 15. Nicméně přestože faktické úkony bývají z hlediska správně-právní teorie označovány za neformální projevy veřejné správy, musí i zde být dodrženy určité zákonné postupy. Srov. KINDL, M. et al. *Základy správního práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 166. To znamená, že zákonodárce za účelem zamezení projevů libovůle ze strany aplikujících orgánů alespoň rámcově upravuje prostředky, které mohou být při realizaci těchto neformálních činností užity (např. obušek nebo jiný úderný prostředek), stejně jakož i v obecné podobě předvídá formu jejich provedení (např. hmaty a chvaty). Konkretizace často značně obecně vyjádřených prostředků a forem provedení faktických úkonů je ponechána na podzákonných právních předpisech jež mají nejčastěji podobu interních normativních instrukcí.

21 Srov. HEJDA, J. a K. PŘIBYL. *Správní právo*. České Budějovice: Vysoká škola evropských a regionálních studií, 2011, s. 89.

22 „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“. MATEŠ, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 2.

23 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 soubor právních norem a norem etických a společenských, jejichž zachování podle dočasně panujících obecných názorů je podmínkou klidného a pořádaného 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 poslední výraz zákonný je vyložen ještě i v tom směru, že musí jít vždy o ochranu klidného a pořádaného soužití. Při pojmech veřejný řád, klid apod. nejde o nic nejuristického, metajuristického, přírozenoprávního; 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.

Přestože k realizaci faktických úkonů mohou být na základě zákona oprávněny různé orgány veřejné správy,²⁴ je tato forma činnosti úzce spojena s plněním úkolů některých „zvláštních“ orgánů veřejné správy,²⁵ souhrnně označovaných jako bezpečnostní (či veřejné)²⁶ sbory. To se týká především skupiny faktických úkonů označovaných jako tzv. „bezprostřední zásahy“.²⁷

Správně-právní nauka v souvislosti s vymezením obecných znaků faktických úkonů zdůrazňuje především jejich bezprostřední povahu.²⁸ Bezprostřednost je možno v případě faktických úkonů vnímat ve dvou různých rovinách, jednak jako

- a) požadavek na včasnost reakce ze strany příslušného orgánu, za účelem snahy o zamezení maximálnímu množství škodlivých následků, jež mohou v důsledku okolností, které úkon vyvolaly, nastat, nebo jako
- b) časové ohraničení možnosti zahájit úkon.

V prvním případě se jedná o rychlost reakce na vzniklé nebezpečí, protiprávní jednání či stav. Nicméně míra „bezprostřednosti“, s jakou jsou faktické úkony realizovány, se v rámci jednotlivých skupin faktických úkonů,²⁹ tak i s ohledem na okolnosti konkrétního případu značně liší. Bezprostřednost ve smyslu požadavku na bezpodmínečně minimální časové rozpětí mezi okamžikem vzniku nebezpečí, protiprávního jednání či stavu a jeho eliminaci, případně rozhodnutím o realizaci úkonu a jeho uskutečněním

²⁴ Např. dle § 8 zákona ČNR č. 64/1986 Sb., o České obchodní inspekci, ve znění pozdějších předpisů může inspektor na základě zjištěného porušení právní povinnosti, která může mít za následek ohrožení života nebo zdraví spotřebitelů zakázat výkon další činnosti nebo nařídít uzavření provozovny až na dobu dvou prodejních nebo provozních dnů následujících po dni zjištění nedostatků. Dále je třeba zmínit též veřejné strážce, jejichž členové jsou k této formě činnosti oprávněni na základě jednotlivých zvláštních zákonů, jež upravují jejich postavení a činnost. Srov. např. § 39 odst. 2 písm. a) a c) zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů nebo § 14 odst. 1 písm. a) b) c) e) a g) zákona č. 449/2001 Sb., o myslivosti, ve znění pozdějších předpisů.

²⁵ Někteří autoři (z hlediska státovédného přístupu) označují tyto orgány veřejné moci jako tzv. „zvláštní složky“. Srov. FILIP, J. a J. SVATON. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 57.

²⁶ Termín „veřejné sbory“ užívá pro označení těchto orgánů veřejné správy ve svém stejnojmenném díle autorský kolektiv Mates, Škoda a Vavera. Srov. MATEŠ, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, 384 s.

²⁷ „K definičním znakům veřejných sborů patří, že s jejich činností je spojována možnost použití donucení ve smyslu násilného fyzického přinucení k plnění povinnosti nebo zabránění a odvrácení od porušování zákazů“. Ibid., s. 4.

²⁸ V případě faktických úkonů (zásahů) se jedná o bezprostřední reakci vykonavatele veřejné správy na aktuálně nastalé skutkové okolnosti. Srov. Ibid., s. 185.

²⁹ Např. v případě faktických pokynů není zpravidla mezi rozhodnutím o udělení pokynu a jeho realizací výraznější časová prodleva. Naproti tomu v případě zajišťovacích úkonů či bezprostředních zásahů může (v případě že není bezprostředně ohrožen život nebo zdraví osob) následně po rozhodnutí o jejich uskutečnění, samotné realizaci předcházet (i několika hodinová) příprava spočívající v plánování zásahu či přivolání posil na místo atd. (například vstup policistů do objektu kde se ukrývá nebezpečný pachatel nebo „vyklizení“ neoprávněně obývaného objektu tzv. squatu).

bez ohledu na další okolnosti případu nelze pokládat za obligatorní pojmový znak faktických úkonů.³⁰

Ve druhém případě se jedná o časovou přiměřenost úkonu. To znamená, že v případě realizace faktických úkonů musí nebezpečí, protiprávní jednání či stav bezprostředně hrozit nebo trvat.³¹

Dalším charakteristickým znakem faktických úkonů je jejich neformální povaha, což znamená, že „jejich realizace není výsledkem nějakého formálního procesu a povinnost či oprávnění je provést vzniká za určitých skutkových okolností přímo ze zákona“.³² Příslušné úřední osoby tudíž nejsou v procesu rozhodování o uskutečnění či neuskutečnění úkonu, jakož i při jeho případné realizaci vázány zákonnými požadavky kladenými na řízení, jehož výsledkem jsou individuální správní akty (potřeba dokazování skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti před vydáním rozhodnutí či možnost uplatnění řádných opravných prostředků proti prvoinstančnímu rozhodnutí atd.).³³

Postupy při provádění jednotlivých faktických úkonů nejsou upraveny obecným procesním předpisem určeným pro oblast výkonu veřejné správy, tj. zákonem č. 500/2004 Sb., správním řádem, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“),³⁴ který jinak upravuje postupy při realizaci takřka všech ostatních právních forem činností uskutečňovaných ze strany správních orgánů v oblasti výkonu veřejné správy (mimo vydávání normativních správních aktů). Podobně je tomu i na hmotně-právní úrovni, kde faktické úkony z důvodu nepřehledného množství jejich forem není možno kodifikovat v rámci jediného právního předpisu, přičemž vzhledem k jejich účelové rozmanitosti dané odlišnou povahou jednotlivých oblastí veřejné správy, by takový záměr nebyl ani žádoucí.

Neformálnost faktických úkonů lze dle názoru J. Staši chápat v dvojím smyslu, a to tak, že:

- a) nejsou výsledkem formalizovaného řízení,
- b) rozhodnutí o jejich provedení a jejich realizace splývá v jediný úkon.^{35, 36, 37}

³⁰ Například zásah speciálního policejního útvaru (zásahové jednotky či útvaru rychlého nasazení) jehož cílem je zadržení nebezpečných pachatelů může být za účelem překvapení plánován delší dobu i přesto, že policie ví, kde se hledané osoby nachází. Nicméně i v průběhu plánovaného a předem připravovaného zásahu mohou nastat nepředvídatelné okolnosti, na které je třeba pružně (bezprostředně) reagovat.

³¹ Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 185.

³² Ibid., s. 187.

³³ Procesní interakce není pojmovým předpokladem nástupu účinku faktických úkonů. Srov. Ibid., s. 185.

³⁴ Výjma správní exekuce na nepeněžitá plnění prováděné formou přímého donucení ke splnění právní povinnosti. Srov. § 120 až 128 správního řádu. Ale to ovšem pouze za předpokladu, že lze správní exekuci na nepeněžitá plnění mezi faktické úkony řadit. K tomuto tématu viz dále.

³⁵ Srov. STAŠA, J. *Úvod do českého správního práva*. 4. vyd. Praha: Policejní akademie České republiky, 2003, s. 88.

³⁶ Srov. KINDL, M. et al. *Základy správního práva*. 2. upravené vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 168.

³⁷ Srov. POMAHÁČ, R. et al. *Veřejná správa a rozestím (právní reflexe)*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 47.

Z hlediska terminologie užívané v souvislosti s individuálními správními akty, jsou rozhodnutí o realizaci bezprostředních zásahů okamžitě pravomocná a vykonatelná.³⁸ V případě realizace faktických úkonů je příslušná úřední osoba orgánem oprávněným k vydání rozhodnutí a současně vykonavatelem tohoto rozhodnutí.

K tomu je ovšem nutno připočítat ještě hmotně-právní neformálnost faktických úkonů, která se odráží v jejich podobě. Podobu faktických úkonů upravují jednotlivé zákony zpravidla jen velmi obecně, přičemž v jednotlivých případech uplatnění toho samého oprávnění se může jeho podoba značně lišit.³⁹ E. Horzinková a Z. Fiala považují za projev neformálnosti též skutečnost, že faktické úkony bývají zpravidla realizovány mimo sídla správních úřadů.⁴⁰

Přesto, že faktické úkony jsou z hlediska právní teorie označovány za neformální projevy veřejné správy, je třeba plně souhlasit s názorem M. Kindla, „že i zde musí být dodrženy určité zákonné postupy.“⁴¹ To znamená, že orgány veřejné správy nemohou při realizaci faktických úkonů postupovat zcela libovolně, ale jsou vázány obsahem zákonného zmocnění i když to je, jak již bylo řečeno, zpravidla formulováno značně obecně.⁴²

Nicméně v souvislosti s činností příslušníků bezpečnostních sborů mohou nastat situace, kdy příslušné úřední osoby budou nuceny při ochraně svého života a zdraví, či života a zdraví jiných osob použít takové prostředky, které zákon v souvislosti s realizací správně-právních činností nepřipouští, ale které jsou přípustné v rámci jiných právních institutů, např. nutné obrany. Jinak řečeno, dochází zde k vzájemnému propojení dvou legálních prostředků určených pro ochranu zákonem chráněných zájmů, z nichž jeden je určen orgánům veřejné správy za účelem zajištění veřejného pořádku a bezpečnosti osob a majetku, a druhý komukoliv, což tedy za jistých okolností nevylučuje ani jeho uplatnění ze strany úředních osob při výkonu jejich pravomoci.⁴³ Nicméně v této souvislosti vyvstává otázka, zda i v případě uplatnění nutné obrany ze strany úřední osoby se stále jedná o výkon veřejné správy.

³⁸ Faktické úkony jsou zásadně účinné ihned. Srov. POMAHAČ, R. et. al. *Veřejná správa za rozcestím (právní reflexe)*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 47.

³⁹ Viz např. oprávnění policisty k realizaci donucovacího prostředku hmaty, chvaty, údery a kopy dle § 52 písm. a) zákona o policii. Z logiky věci zákon a ani podzákoné právní předpisy nemohou konkrétní podobu tohoto oprávnění stanovit.

⁴⁰ Srov. HORZINKOVÁ, E. a Z. FIALA. *Správní právo hmotné. Obecná část*. 2. vyd. Praha: Leges, 2015, s. 110.

⁴¹ KINDL, M. et al. *Základy správního práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 166.

⁴² „I bezprocedurální správní úkon je třeba v zákonem stanovených případech uskutečňovat předepsaným postupem (nižšího stupně formalizace, než jakého dosahuje správní řízení) nebo s volnějšími požadavky na vnější formu výsledku, než je tomu u správních aktů“. POMAHAČ, R. et. al. *Veřejná správa za rozcestím (právní reflexe)*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 46.

⁴³ „Ani u těchto speciálních kategorií osob však patrně není vyloučeno užítí 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.

Dle mého názoru v případě, kdy jsou podle jiného právního předpisu splněny podmínky pro uplatnění nutné obrany či pomoci v nutné obraně,⁴⁴ v důsledku čehož jsou ze strany příslušné úřední osoby použity takové prostředky, které zákon upravující jejich oprávnění nedefinuje, se jedná o projev veřejné správy, a to z toho důvodu, že právní povaha činnosti je v tomto případě vázaná na právní postavení úřední osoby, jakožto vykonavatele veřejné správy, nikoliv na z její strany vykonávanou formu činnosti.^{45, 46}

Obecně platí, že osoba, vůči které úkon směřuje, je povinna jej respektovat a podřídit se vůli úřední osoby, která úkon provádí,^{47, 48} přičemž zákon v souvislosti s realizací faktických úkonů z logiky věci nepřipouští možnost uplatnění opravných prostředků, jež by disponovaly odkladným účinkem. Následně po jejich dokončení je možné se proti faktickým úkonům „bránit“ prostřednictvím stížnosti adresované příslušnému orgánu veřejné správy,⁴⁹ žaloby ve správním soudnictví,⁵⁰ dále v případě, že prostřednictvím realizace faktického úkonu došlo k porušení základního ústavně zaručeného práva nebo svobody, je možné se proti tomuto úkonu (zásahu) bránit též podáním ústavní stížnosti,⁵¹ a nakonec, v případě, že v souvislosti s realizací faktického úkonu došlo ke spáchání trestného činu, stát poskytne oběti tohoto trestného činu ochranu v trestně-právní rovině. Využitím výše zmíněných právních prostředků sloužících k ochraně před nezákonnou činností (či nečinností) orgánů veřejné správy neformální

44 Viz § 29 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“).

45 Provedení faktického úkonu je vázáno na úřední osobu, se kterou je realizace této formy činnosti úzce spjata. Srov. HORZINKOVÁ, E. a Z. FIALA. *Správní právo hmotné. Obecná část*. Praha: Leges, 2010, s. 100.

46 Více k problematice uplatnění nutné obrany ze strany úředních osob v souvislosti s realizací bezprostředních zásahů viz VŠEČIČKA, 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. 10. 2018]. ISSN 1805-2789. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/8416>

47 Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 185.

48 „Občané jsou povinni podrobit se výkonu pravomoci veřejného činitele bez ohledu na vlastní soukromý názor. Jsou-li přesvědčeni, že tímto jednáním bylo porušeno jejich právo či jim byla způsobena škoda, mohou se proti takovému postupu veřejného činitele bránit jiným zákonným způsobem. Ústava, Listina ani žádná jiná právní norma nepřipouští, aby občané nejprve hodnotili zákonnost postupu veřejných činitelů a teprve na základě toho jejich pokynu uposlechli nebo neuposlechli“. Usnesení Ústavního soudu ze dne 6. 1. 1998, sp. zn. I. ÚS 263/97.

49 Například dle § 97 odst. 1 zákona o policii může každý upozornit na nedostatky v činnosti policejního útvaru nebo konkrétního policisty. V případě, že zvláštní zákon ustanovení o možnosti podat stížnost neobsahuje, je možno využít obecného ustanovení o stížnosti dle § 175 správního řádu.

50 Viz § 82 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, na základě něhož se může každý, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením správního orgánu, který není rozhodnutím, a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo, může se žalobou u soudu domáhat ochrany proti němu nebo určení toho, že zásah byl nezákonný.

51 Viz § 72 odst. 1 písm. a) zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů.

povahy, není nijak dotčeno právo na náhradu škody podle obecného⁵² či zvláštního právního předpisu.^{53, 54}

V průběhu realizace faktických úkonů je možno se proti nezákonnému postupu bránit pouze prostřednictvím nutné obrany. Nicméně jak v této souvislosti uvádí J. Staša, „*tyto otázky nebyly dosud podrobněji teoreticky rozpracovány*“.⁵⁵ Možnost uplatnění nutné obrany proti zcela zjevně nezákonnému zásahu uskutečňovanému ze strany orgánu veřejné správy přichází v úvahu pouze v případě, kdy v souvislosti s jeho realizací dochází k bezprostřednímu ohrožení významných zákonem chráněných zájmů (zejména života či zdraví). Tedy nikoliv například proti faktickým pokynům.

Na základě vymezení příčin možných vad, jež se mohou v souvislosti s činností orgánů veřejné správy oprávněných k realizaci faktických úkonů vyskytnout, je možno, a to s ohledem na stupeň závažnosti a povahu těchto vad vedoucích k nezákonnosti postupu, faktické úkony (podobně jako individuální správní akty) rozdělit na napadnutelné a nicotné.⁵⁶ Jestliže lze vzhledem k okolnostem a míře jeho nezákonnosti označit postup úřední osoby „pouze“ za napadnutelný, mají osoby, vůči kterým takový úkon směřuje povinnost se mu podrobit a teprve až následně po jeho dokončení mohou uplatnit ty prostředky právní ochrany, které jim zákon pro tyto případy dává k dispozici.⁵⁷

Dle současného převažujícího názoru lze použití nutné obrany proti faktickým úkonům připustit pouze v případě, kdy jsou tyto úkony postiženy takovými vadami, které je zbavují povahy projevů veřejné správy, čímž je činí nicotnými. Konkrétně se jedná o absolutní věcnou nepřislušnost (nedostatek pravomoci) zasahující osoby, dále jsou to případy, kdy k realizaci úkonu chybí zákonné zmocnění anebo prostřednictvím realizace úkonu dochází ke spáchání trestného činu.^{58, 59}

⁵² Viz § 13 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.

⁵³ Viz § 95 odst. 1 zákona o policii.

⁵⁴ Více k problematice prostředků právní ochrany proti nezákonnému postupu či nezákonné nečinnosti ze strany orgánů veřejné moci v souvislosti s realizací faktických úkonů viz VŠETIČKA, P. Zásada přiměřenosti a zásada iniciativy při realizaci bezprostředních zásahů uskutečňovaných ze strany Policie České republiky z hlediska teorie a praxe. *Časopis pro právní vědu a praxi* [online]. 2018, roč. 26, č. 3, s. 517–545 [cit. 12. 10. 2018]. ISSN 1805-2789. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/9547>

⁵⁵ HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 188.

⁵⁶ Srov. „*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)*“. Ibid., s. 487.

⁵⁷ „*Mluvit v souvislosti s bezprostředními zásahy o opravných prostředcích je nepřesné a iluzorní, neboť směřují proti stavu, který již existuje a jen výjimečně jej lze zrušit nebo změnit, notabene bez zbytku odstranit a odčinit jeho nepříznivé následky*“. NOVÝ, D. Právní záruky a prostředky ochrany před policejními zásahy. *Právní rádce*, 2005, č. 10, s. 41.

⁵⁸ Srov. SOLNAŘ, V., J. FENYK a D. CÍSAŘOVÁ. *Základy trestní odpovědnosti*. 1. vyd. Praha: Orac, 2003, s. 150; dále srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 487.

⁵⁹ Více k problematice uplatnění nutné obrany proti nezákonnému zásahu ze strany orgánů veřejné moci viz 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. 10. 2018]. ISSN 1805-2789. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/8416>

Přesto, že se v případě faktických úkonů jedná o neformální projevy veřejné správy, je jejich realizace ovládána některými právními zásadami. Přičemž by bylo možno říci, že právě z důvodu značné obecnosti jednotlivých zákonných zmocnění je uplatnění obecných právních zásad v případě faktických úkonů o to naléhavější. Požadavky kladené na bezvadnost faktických úkonů (naplnění podmínky zákonnosti, přiměřenosti, subsidiarity atd.)⁶⁰ jsou definovány právě prostřednictvím právních zásad, kterými je tato forma realizace veřejné správy ovládána. To se týká především bezprostředních zásahů, prostřednictvím jejichž realizace dochází k omezení základních práv a svobod a to zpravidla za použití fyzické síly.

Názor na to, zda se na faktické úkony vztahují základní zásady činnosti správních orgánů, se různí. Zatímco například S. Skulová uvádí, že „*správní řád se zpravidla nevztahuje na nejrušnější tzv. faktické úkony (vyjma základních zásad činnosti správních orgánů)*“.^{61, 62} V důvodové zprávě ke správnímu řádu se uvádí, že „*základní zásady činnosti správních orgánů se uplatní na veškeré postupy správních orgánů při výkonu veřejné správy, a to i v případě, že zvláštní úprava vyloučí použití správního řádu jako celku. Z povahy věci ovšem vyplývá, že správní řád se nepoužije na tzv. bezprostřední zásahy*“.⁶³ Osobně se jednoznačně přikláním k prvnímu názoru, a to především s ohledem na § 177 odst. 1 správního řádu, z jehož obsahu vyplývá, že působnost základních zásad činnosti správních orgánů přesahuje působnost samotného správního řádu.⁶⁴

Mimo to lze ovšem působnost základních zásad činnosti správních orgánů ve vztahu k faktickým úkonům dovodit i jinou cestou. A to tak, že právní závaznost základních zásad činnosti správních orgánů vychází přímo z ústavních principů, jimž je podřízena veškerá činnost všech orgánů veřejné moci.⁶⁵ V tomto smyslu se jedná o zásadu

⁶⁰ Viz např. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 187.

⁶¹ SKULOVÁ, S. a kol. *Správní právo procesní*. 3. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 26.

⁶² „*Faktické zásahy se vymykají bližší procesní úpravě. I pro ně však platí základní zásady činnosti vykonavatelů veřejné správy (naše pozitivní právo je vyjadřuje jen zčásti, a to v části první správního řádu)*“.⁶³ POMAHÁČ, R. et. al. *Veřejná správa za rozcestím (právní reflexe)*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 47.

⁶³ Důvodová zpráva k zákonu č. 500/2004 Sb., správní řád, ze dne 6. 2. 2003. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 14. 11. 2018].

⁶⁴ „*Rozsah působnosti základních zásad činnosti správních orgánů totiž dopadá na širší okruh vztahů, než pro které je založena působnost správního řádu. Stalo se tak výslovně na základě § 177 odst. 1 správního řádu. Základní zásady činnosti, resp. zejména ty ze základních zásad, jež upravují vztah správních orgánů ke adresátům působení veřejné správy, je proto nutno vztáhnout například také na normotvornou činnost správních orgánů (včetně vydávání obecně závazných vyhlášek a nařízení obcí a krajů), a také na tzv. faktické úkony správních orgánů*“.⁶⁵ SKULOVÁ, S. a kol. *Správní právo procesní*. 3. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 37–38.

⁶⁵ Závaznost základních zásad činnosti správních orgánů se dovozuje z toho, že se jedná o obecné právní zásady vyplývající například i z ústavního pořádku a mezinárodních smluv, kterými je Česká republika vázána a které mají přednost před zákonem. Srov. JEMELKA, L., K. PONDĚLÍČKOVÁ a O. BOHADLO. *Správní řád. Komentář*. 5 vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 22.

zákonosti,⁶⁶ zásadu proporcionality (přiměřenosti),⁶⁷ zásadu legitimního očekávání (rovnosti zacházení a zákazu diskriminace).⁶⁸ Mimo zásad, přímo kopírujících ústavní principy, se na faktické úkony vztahují ještě některé další zásady, které jsou z výše zmíněných zásad odvozeny nebo pozitivně vyjádřeny v textech jednotlivých právních předpisů, upravujících oprávnění příslušných orgánů. Jedná se o zásadu zákazu zneužití správního uvážení (zásada legality vs. zásada opportunity),^{69, 70} a zásadu veřejné správy jako služby (zásada iniciativy).^{71, 72}

Nakonec je třeba zmínit právní zásady, které mají svůj základ v právním řádu,⁷³ nicméně jejich existence vyplývá ze samotného poslání, rozsahu pravomocí a působnosti,

66 Viz čl. 2 odst. 3 Ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústavy České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Ústava“) a čl. 2 odst. 2 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“), kde se uvádí, že státní (veřejnou) moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem a to pouze způsobem, který zákon stanoví.

67 Viz čl. 4 odst. 4 Listiny, kde se uvádí, že při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu a tato omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena. Přiměřenost při realizaci bezprostředního zásahu se týká prostředků zvolených k uskutečnění zásahu a způsobu jejich užití. Mimo to je třeba zohlednit též časovou přiměřenost zásahu, to znamená, že zásah může být uskutečněn pouze v době, kdy nebezpečí bezprostředně hrozí anebo případné protiprávní jednání trvá. Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 187. Zásada přiměřenosti je ve vztahu k jednotlivým formám bezprostředních zásahů zpravidla konkretizována v příslušném zákoně. Viz např. § 11 zákona o policii.

68 Cílem této zásady je zabránit libovůli při rozhodovací činnosti orgánů veřejné správy. Avšak na rozdíl od zásady legitimního očekávání, která zohledňuje skutkovou stránku případu, zásada rovnosti zacházení a zákazu diskriminace se vztahuje k objektům, vůči nimž je rozhodovací pravomoc uplatňována, tedy adresátům veřejnoprávního působení. Srov. čl. 3 odst. 1 Listiny, kde se uvádí, že „základní práva a svobody zaručují všem bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického či jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnosti nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení“.

69 Institut správního uvážení je tradičně spojován především s rozhodovací činností správních orgánů, jejímž výsledkem je vydávání individuálních správních aktů. Nicméně v případě realizace bezprostředních zásahů musí příslušný orgán veřejné správy (typicky příslušník bezpečnostního sboru) taktéž na základě správního uvážení rozhodnout o tom, zda daný zákrok provést či nikoliv, a dále rozhodnout o použití jednoho z několika možných prostředků, které mu zákon pro řešení nastalé situace dává k dispozici. „Výsledkem vzájemného vyvažování zásady iniciativy a zásady přiměřenosti může být s ohledem na okolnosti nejen rozhodnutí policisty zasáhnout určitým způsobem, ale též nezasahovat vůbec, případně odložit zásah na pozdější dobu.“ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2015, č. j. 6As 255/2014-42.

70 Srov. LUKEŠ, Z. *Základy bezpečnostního práva*. 1 vyd. Praha: ACADEMIA, 1971, s. 83–85.

71 V souvislosti s realizací faktických úkonů se jedná o povinnost provést úkon v případě, kdy dojde k nezákonnému zásahu do zákonem chráněných práv a svobod osob, jimž na základě zákona poskytují tyto orgány ochranu. Orgány veřejné správy odpovídají za škodu, která vznikne osobám v důsledku rozhodnutí těchto orgánů zákrok či úkon neprovést. Viz např. § 11 písm. b) zákona o policii.

72 Některé z těchto zásad (např. zásada přiměřenosti či zásada iniciativy) jsou pozitivně vyjádřeny přímo v rámci jednotlivých zvláštních zákonů upravujících oprávnění orgánů veřejné správy, jež mají povahu faktických úkonů. S ohledem na povahu faktických úkonů se nejčastěji jedná o zásadu přiměřenosti. Viz např. § 11 zákona o policii.

73 Viz čl. 3 Ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

jakož i povahy úkolů těch orgánů, které jsou za účelem zajištění veřejného pořádku a bezpečnosti osob a majetku oprávněny zasahovat prostřednictvím použití fyzického donucení do právních poměrů adresátů veřejné správy (bezpečnostní sbory). V tomto případě se jedná především o zásadu subsidiarity.

V souvislosti s působností správního řádu ve vztahu k faktickým úkonům je třeba zmínit též ustanovení o stížnosti, a to v případě kdy zvláštní zákon podobné ustanovení neobsahuje.⁷⁴

Základní problém z hlediska vědeckého přístupu k této formě činnosti orgánů veřejné správy spočívajícího ve snaze o její zpřehlednění prostřednictvím kategorizace jejich jednotlivých složek představuje skutečnost, že v případě faktických úkonů se jedná o značné množství rozličných činností, vykonávaných různými orgány veřejné správy,⁷⁵ jež jsou upraveny (roztroušeny) v řadě jednotlivých zvláštních zákonů náležejících do různých právních odvětví.⁷⁶ Jak v této souvislosti uvádí P. Mates a M. Starý „jde o nesmírně bohatou škálu úkonů, o jejichž systemizaci usiluje nauka již celá desetiletí, aniž se prozatím podařilo nalézt pevná dělicí kritéria pro jejich rozhraničení. Mimo jiné i proto, že počet, resp. druhy těchto úkonů, se neustále rozšiřují. Jak patrně, podat zcela vyčerpávající přehled těchto forem činnosti veřejné správy je prakticky nemožné, mimo jiné vzhledem k tomu, že se můžeme setkat s nejrůznějšími braničnými, vzájemně se překrývajícími případy. Záleží též na kritériích, podle nichž se členění provádí, a na dalších okolnostech.“⁷⁷ A právě otázka nastavení jasných dělicích kritérií, jakož i zavedení jednotné terminologie ve vztahu k této formě realizace veřejné správy je dle mého názoru pro její zpřehlednění a rozčlenění zcela zásadní.

Pokud jde o členění neformálních projevů veřejné správy, zde je třeba poznamenat, že okruh neformálních činností právní povahy, spočívajících v bezprostřední reakci na zákonem předvídanou situaci, či sloužících k zajištění průběhu formalizovaného (zpravidla soudního řízení) při nichž dochází k omezení práv a svobod osob, k jejichž realizaci jsou příslušné orgány veřejné správy, v některých případech výkon veřejné správy

74 Například stížnost na postup strážníka obecní policie, který má povahu faktického úkonu, je možno podat dle obecné úpravy vyjádřené v § 175 správního řádu.

75 K realizaci faktických úkonů jsou na základě různých zákonů oprávněny jak orgány státní správy, tak i některé orgány samosprávy (typicky obecní policie). „Institut „veřejné moci“ je vnímán jako institut, zahrnující přímou „moc státní“ a dále „žbývající veřejnou moc“. Státní mocí disponuje sám stát a zabezpečuje ji prostřednictvím svého zvláštního aparátu. Tzn. žbývající veřejná moc je v příslušném rozsahu svěřena subjektům nestátního charakteru ke správě veřejných záležitostí, je od státní moci v jistém smyslu odvozena a nemůže s ní být v rozporu“. Nález Ústavního soudu ze dne 1. 12. 1998, sp. zn. I. ÚS 41/98.

76 Faktické úkony realizují orgány veřejné správy nejčastěji na základě zmocnění obsažených v právních předpisech náležejících do oblasti správního či trestního práva. Ojedinele jsou oprávněni k realizaci faktických úkonů upraveni i v rámci právních předpisů náležejících do jiných právních odvětví, např. občanského práva. Srov. např. § 52 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský soudní řád“).

77 MATES, P. a M. STARÝ. *Základy správního práva. Obecná část*. 1. vyd. Praha: EUPRESS – Vysoká škola finanční a správní, 2009, s. 107.

přesahuje, minimálně v tom smyslu, co je za výkon veřejné správy tradičně v rámci vědy správního práva považováno.

Mimo rámec výkonu veřejné správy se nachází zejména některé zajišťovací instituty, jež jsou využívány v rámci trestního řízení soudního, jež mají povahu opatření nezbytného pro zajištění řádného průběhu tohoto řízení, k jejichž realizaci jsou však oprávněny orgány veřejné správy (nejčastěji policie). Jedná se například o zadržení osoby podezřelé ze spáchání trestného činu⁷⁸ či vstup do obydlí, jiných prostor a na pozemek⁷⁹ anebo odnětí věci⁸⁰ či osobní prohlídku.^{81, 82}

Dle mého názoru tak z materiálního hlediska lze mezi faktické úkony zařadit i neformální činnosti právní povahy vykonávané ze strany orgánů veřejné správy (zpravidla policie) v rámci trestního řízení soudního,⁸³ či sloužící k zajištění řádného průběhu jiného řízení (například civilního soudního řízení⁸⁴ nebo řízení vyšetřovací komise Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky)⁸⁵, jež mají povahu bezprostředního opatření, proti kterému zákon nepřipouští v průběhu jeho realizace žádné opravné prostředky, a to i přesto, že příslušná řízení probíhají v oblasti působnosti orgánů moci soudní či zákonodárné, tedy mimo výkon veřejné správy.

2 Systematika faktických úkonů z hlediska správně-právní teorie

Jak již bylo řečeno, neformální činnosti orgánů veřejné správy představují značně rozsáhlou a nesourodou materii. Za účelem většího přehlednosti je možno veškeré neformální projevy veřejné správy rozdělit do tří základních skupin (viz schéma č. 1). S tímto způsobem členění se lze běžně setkat v rámci odborné literatury.⁸⁶

První skupinu tvoří tzv. exekuční úkony neboli úkony realizované orgány veřejné správy při výkonu jejich rozhodnutí. Správní exekuce představuje donucení ke splnění dobrovolně nesplněné právní povinnosti, uložené dříve, a to na základě rozhodnutí vydaného

78 Viz § 75 a 76 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní řád“).

79 Viz § 83c trestního řádu.

80 Viz § 79 trestního řádu.

81 Viz § 82 odst. 3 a 4 trestního řádu.

82 Tyto úkony mají svůj zrcadlový odraz i v oblasti správního práva, konkrétně v zákoně o policii.

83 Například již zmíněné zadržení osoby podezřelé ze spáchání trestného činu nebo omezení osobní svobody, na základě trestním soudem vydaného příkazu k zatčení dle § 75, 76 a § 69 trestního řádu.

84 Viz např. předvedení osoby, která se bez omluvy nedostavila na předvolání dle § 52 občanského soudního řádu.

85 Viz čl. 27 jednacího řádu vyšetřovací komise Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky, publikovaný jako příloha č. 1 k zákonu č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o jednacím řádu Poslanecké sněmovny“), dle kterého lze svědka, který se bez řádné omluvy nedostaví na předvolání předvést prostřednictvím policejního orgánu.

86 Viz např. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 185–190.

ve správním řízení příslušným orgánem veřejné správy.⁸⁷ Způsoby provádění exekucí upravují obecné právní předpisy procesní povahy.⁸⁸ Nicméně mezi neformální projevy veřejné správy, jež mají pro její adresáty přímé právní důsledky, lze zařadit pouze ty exekuční úkony, které mají povahu bezprostředního fyzického donucení ke splnění dobrovolně nesplněné právní povinnosti neboli tzv. exekuci přímým vynucením.⁸⁹

Nicméně v rámci nauky nepanuje shoda na tom, zda je možno ty exekuční úkony, které mají podobu fyzického donucení ke splnění dobrovolně nesplněné právní povinnosti, řadit mezi faktické úkony nebo zda exekuční úkony představují samostatnou skupinu správně-právních činností. Vzhledem k tomu, že bezprostřední zásahy mají na rozdíl od exekučních úkonů podobu reakce na neočekávané, náhle vzniklé nebezpečí nebo protiprávní jednání či stav, plně se ztotožňují s názorem, který prezentuje exekuční úkony realizované prostřednictvím přímého vynucení dobrovolně nesplněné právní povinnosti jako samostatnou skupinu neformálních projevů veřejné správy.⁹⁰

Druhou skupinu představují tzv. faktické úkony, jež spočívají v oprávnění některých orgánů veřejné správy (nejčastěji veřejných sborů či orgánů pověřených na základě zákona výkonem správního dozoru) zasáhnout⁹¹ bezprostředně různým způsobem

⁸⁷ Srov. SKULOVÁ, S. a kol. *Správní právo procesní*. 3. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 85–88.

⁸⁸ V oblasti výkonu veřejné správy jsou těmito předpisy správní řád a zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „daňový řád“).

⁸⁹ Konkrétně se jedná o správní exekuci na nepeněžitá plnění realizovanou prostřednictvím vyklizení nemovitosti, odebrání movité věci, osobní prohlídky či prohlídky bytu nebo jiných prostor nebo předvedení povinné osoby dle § 120 až 128 správního řádu. Naproti tomu exekuce provedená prostřednictvím ukládání donucovacích pokut či náhradního výkonu postrádá výše zmíněné znaky neformálnosti a bezprostřednosti, ale zejména přímého fyzického donucení. To stejné je možno říci i o správní exekuci na peněžitá plnění, při níž se uplatní postup upravený daňovým řádem.

⁹⁰ V rámci literatury se lze setkat s názorem, že exekuční úkony náleží do skupiny faktických úkonů, označované jako tzv. bezprostřední zásahy. Je ovšem otázkou, zda lze exekuční úkony mezi bezprostřední zásahy (jejichž hlavním znakem je, jak již bylo řečeno, reakce na náhle vzniklé nebezpečí nebo protiprávní jednání či stav) vůbec řadit. „V rámci nauky není jednotna v tom, zda povahu bezprostředního zásahu má i přímé vynucení povinnosti v rámci správního řízení. Zatímco V. Sládeček a P. Průcha mají za to, že v širším slova smyslu náleží exekuční úkony mezi bezprostřední zásahy, Z. Lukeš dovozuje, že jde o dva různé právní instituty a rozdíl mezi nimi spatřuje především v tom, že exekuci předchází formalizované správní řízení, které je naopak vyloučeno u bezprostředního zákroku. Rovněž J. Staša chápe exekuční úkony jako specifickou kategorii správních úkonů, která nespadá mezi bezprostřední zásahy. Za pravdu je třeba dát spíše druhé skupině autorů. Hlavní důvod netkví ani tak v tom, zda se tu jedná o výsledek formalizovaného řízení či nikoliv, byť jde o nepřehlédnutelný rozdíl, ale především ve smyslu toho kterého institutu: bezprostřední zásah má totiž chránit před aktuálním nebezpečím, které v případě exekučního úkonu nelze identifikovat“. MATES, P., J. ŠKODA a F. VAVERA. *Veřejné sbory*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 14–15. Taktéž německá literatura řadí exekuční úkony realizované v podobě výkonu správního rozhodnutí do zvláštní kategorie správně-právních činností nazývaných jako tzv. správní donucení. Viz WITTERN, A. *Grundriss des Verwaltungsrechts*. 18 vyd. Köln: W. Kohlhammer, 1994, s. 166–173.

⁹¹ „Definici zásahu zákon neobsahuje, zásah vymezuje velmi obecně a široce. Samotný pojem ‚zásah‘ ve smyslu § 82 s. ř. s. (soudní řád správní) pak není definován žádným ustanovením s. ř. s. ani jiného právního předpisu. Přesná definice totiž není ani možná, protože pod pojem zásah spadá velké množství faktických činností správních orgánů, ke kterým jsou různými zákony oprávněny“. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 4. 2008, č. j. 4 Aps 5/2007-53.

do právních poměrů adresátů veřejné správy, jestliže je to při výkonu správního dozoru nezbytné k uvedení zjištěného stavu do souladu s právními normami nebo k ochraně bezpečnosti osob a majetku, případně ochraně veřejného pořádku anebo bezpečnosti a plynulosti silničního provozu (faktické pokyny) nebo k ochraně některých významných zákonem chráněných zájmů, zpravidla (ovšem ne vždy) za použití síly (bezprostřední zásahy) anebo k zajištění řádného průběhu formalizovaného řízení (zajišťovací úkony).⁹²

J. Staša dále rozděluje faktické úkony na ty, jež mají povahu fyzického donucení (v tomto případě se bude zpravidla jednat o bezprostřední zásahy)⁹³ a na ty, jež povahu fyzického donucení nemají (nejčastěji faktické pokyny).^{94, 95} Nicméně zde je třeba zdůraznit, že terminologie užívaná v souvislosti s označením neformálních projevů veřejné správy, s níž se lze v odborné literatuře běžně setkat, stejně jako míra diferenciací předmětné materie, se v případě jednotlivých autorů značně liší. Tyto terminologické a diferenciační rozdíly tak následně způsobují interpretační potíže a to zejména při bližším členění neformálních činností orgánů veřejné správy (nejčastěji souhrnně označované jako faktické úkony či faktické zásahy),⁹⁶ stejně jakož i při přisuzování charakteristických vlastností jejich jednotlivým formám. Např. V. Sládeček hovoří v souvislosti s neformální činností orgánů veřejné správy pouze o „bezprostředních zásazích“, přičemž jiné skupiny faktických úkonů nevymezuje a pod zmiňovaný pojem řadí i neformální správně-právní úkony nižší intenzity (např. prokázání totožnosti, příkaz nevstupovat a nezdržovat se na určitých místech atd.).⁹⁷ Přičemž ze strany jiných autorů bývá pojmem „bezprostřední zásahy“ zpravidla označována podskupina faktických úkonů, charakteristická zejména svojí intenzitou zásahu do práv a svobod osob.⁹⁸ Tento stav podporuje mnou zastávaný názor, že podrobné členění neformálních projevů veřejné správy má význam právě z hlediska extrakce jejich specifických vlastností a znaků.

⁹² Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 4. 2008, č. j. 4 Aps 5/2007-53. „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. Jde tedy o úkony neformální, pro které mohou a nemusí být stanovena pravidla, např. faktické pokyny (typicky v dopravě), bezprostřední zásahy (při obrožení, při demonstraci, příkazy ke zjednání nápravy), zajišťovací úkony atd., tedy obecné úkony, které nejsou činěny formou rozhodnutí, ale přesto jsou závazné pro osoby vůči nimž směřují, a ty jsou povinny na jejich základě něco konat nějaké činnosti se zdržet nebo nějaké jednání strpět, a to na základě jak písemného, tak i faktického (ústního či jinak vyjádřeného) pokynu či příkazu.“

⁹³ Typickým příkladem je použití donucovacích prostředků ze strany policisty dle § 51 a násl. zákona o policii.

⁹⁴ Zde se může jednat například o zákaz vstupu na policistou určené místo dle § 43 odst. 1 písm. a) zákona o policii.

⁹⁵ Srov. STAŠA, J. *Úvod do českého správního práva*. 4. vyd. Praha: Policejní akademie České republiky, 2003, s. 85.

⁹⁶ „Faktické zásahy – v literatuře též bez přívlastku nebo jako soubor podskupin (faktické pokyny, bezprostřední zásahy či zákroky a ostatní donucovací úkony)“. POMAHÁČ, R. et al. *Veřejná správa za rozcestím (právní reflexe)*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 36.

⁹⁷ Viz SLÁDEČEK, V. *Obecné správní právo*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 189–190.

⁹⁸ Viz např. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 189–190.

Třetí skupinu neformálních projevů veřejné správy tvoří tzv. příbuzné úkony,⁹⁹ označované též jako úkony neregulativní povahy.¹⁰⁰ Na základě aplikace správně-právních norem dochází v některých případech k realizaci činností, jež mají povahu zásahu do právních poměrů fyzických či právnických osob, přičemž tyto činnosti nebývají z pohledu nauky zpravidla řazeny mezi faktické úkony. Jedná se o instituty podobné faktickým úkonům, které ovšem pojmově nemusí vždy představovat správně-právní činnosti (např. nedobrovolné poskytování zdravotnických služeb či uplatnění omezovacích prostředků s tím spojených).^{101, 102} Tyto úkony se vyznačují ještě větší mírou neformálnosti, než jak je tomu v případě faktických úkonů. Tomu odpovídá skutečnost, že v případě, kdy se jedná o oprávnění k zásahu do ústavně zaručených práv a svobod osob za použití síly, nejsou tyto činnosti zákonem tak detailně upraveny, jako je tomu v případě ryze správně-právních činností obdobného charakteru (například použití donucovacích prostředků ze strany příslušníků bezpečnostních sborů). To je dáno především povahou těchto úkonů, neboť se v jejich případě, jak již bylo řečeno, nejedná o typické správní úkony.¹⁰³

Dále je v této souvislosti možno zmínit oprávnění řidiče veřejné linkové dopravy nebo jiné osoby pověřené dopravcem (tzv. revizora) udělovat cestujícím pokyny a příkazy k zajištění jejich bezpečnosti, bezpečnosti a plynulosti dopravy a bezpečnosti ostatních cestujících, dále vyloučit za zákonem stanovených podmínek cestujícího z dopravy a požadovat po cestujícím, který se neprokázal platným jízdním dokladem, předložení osobního dokladu (dokladu totožnosti).^{104, 105} V těchto případech fyzické osoby, jež však

⁹⁹ Viz HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 189.

¹⁰⁰ Viz STAŠA, J. *Úvod do českého správního práva*. 4. vyd. Praha: Policejní akademie České republiky, 2003, s. 88.

¹⁰¹ Viz § 38 odst. 1 písm. b) a c) a § 39 zákona č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování“).

¹⁰² Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 189–190.

¹⁰³ Viz například již zmíněné omezovací prostředky uplatňované v rámci nedobrovolného poskytování zdravotnických služeb dle § 39 zákona o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování, které se svojí povahou podobají donucovacím prostředkům realizovaným ze strany příslušníků bezpečnostních sborů, nicméně forma jejich zákonné úpravy je oproti donucovacím prostředkům méně podrobná a stejně tak například požadavky na přezkum oprávněnosti použití těchto prostředků v případě, že v souvislosti s jejich realizací došlo ke zranění osoby (pacienta) jsou upraveny rozdílně. Použití omezovacích prostředků se pouze zaznamenává do zdravotnické dokumentace pacienta a do centrální evidence použití omezovacích prostředků. Naproti tomu po použití donucovacích prostředků je zasahující příslušník bezpečnostního sboru povinen učinit neodkladné úkony nebo jiná opatření, aby mohla být řádně objasněna oprávněnost jeho použití, dále je povinen takový zákrok bezodkladně hlásit svému nadřízenému, který na základě jím sepsaného úředního záznamu, v němž je povinen uvést důvod, průběh a výsledek zásahu vyhodnotí jeho oprávněnost. V případě, že v souvislosti s použitím donucovacích prostředků došlo ke zranění osoby, je vedoucí příslušného útvaru povinen o této skutečnosti vyrozumět bez zbytečného odkladu státního zástupce. Srov. např. § 57 zákona o policii.

¹⁰⁴ Viz § 18a odst. 1 zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁵ Dle § 9 dnes již zrušeného zákona č. 51/1964 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů byli pracovníci drážního podniku ve stejnokroji nebo se služebním odznakem oprávnění v obvodu dráhy zjišťovat totožnost osob, které narušovaly nebo ohrožovaly drážní provoz, majetek, bezpečnost života nebo zdraví osob nebo se neoprávněně zdržovaly v obvodu dráhy a bylo-li to nezbytné též takovou osobu zadržet a odevzdat ji bez zbytečných průtahů orgánům Veřejné bezpečnosti nebo v obvodu celostátních drah železničním ozbrojeným orgánům.

na rozdíl například od veřejných strážů nemají postavení správního orgánu, za použití norem správního práva vynucují oprávněné nároky svých zaměstnavatelů, vyplývající ze soukromoprávních smluvních vztahů.

Schéma č. 1: Členění neformálních projevů veřejné správy z hlediska správně-právní teorie

EXEKUČNÍ ÚKONY	FAKTICKÉ ÚKONY	PŘÍBUZNÉ ÚKONY
----------------	----------------	----------------

Zdroj: Vypracováno autorem na základě závěrů představených v rámci odborné literatury.¹⁰⁶

Současná věda správního práva rozděluje faktické úkony (dle jejich účelu a způsobu realizace) do tří základních skupin. Například J. Staša faktické úkony (jím označované jako faktické zásahy) člení „v závislosti na charakteru a kontextu správního působení na:

- a) faktické zásahy, které značí prostý příkaz nebo zákaz určitého chování – **faktické pokyny**,*
- b) faktické zásahy spočívající v efektivním donucování, popřípadě v jeho přímé brozbě, jejichž smyslem je odvrátit aktuálně brozící nebezpečí – **bezprostřední zásahy**,*
- c) faktické zásahy zajišťující průběh nebo účel nějakého formálního procesu (správní řízení, zajišťování při výkonu správního dozoru) – **zajišťovací úkony**“.¹⁰⁷*

S totožným či obdobným dělením faktických úkonů se lze setkat v rámci převážné většiny odborných publikací věnovaných obecné části správního práva. Pro názornost je možno toto členění faktických úkonů na jednotlivé skupiny graficky znázornit následujícím způsobem (viz schéma č. 2).

Schéma č. 2: Členění faktických úkonů dle účelu a způsobu realizace

FAKTICKÉ ÚKONY	Faktické pokyny
	Bezprostřední zásahy
	Zajišťovací úkony

Zdroj: Vypracováno autorem na základě závěrů představených v rámci odborné literatury.¹⁰⁸

S podrobnějším členěním jednotlivých skupin faktických úkonů se lze v rámci odborné literatury setkat spíše sporadicky, nicméně někteří autoři se ve svých dílech touto problematikou zabývají.¹⁰⁹ Z literatury (v kombinaci s analýzou příslušné právní úpravy) lze dovodit následující podrobnější způsob členění faktických úkonů koncipovaný s ohledem na způsob jejich realizace či předmět jejich působení (viz schéma č. 3). Zde je třeba poznamenat, že podobným způsobem, tedy způsobem, který lze graficky znázornit

¹⁰⁶ Viz HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 185–190.

¹⁰⁷ STAŠA, J. *Úvod do českého správního práva*. 4. vyd. Praha: Policejní akademie České republiky, 2003, s. 85.

¹⁰⁸ Viz Ibid., s. 85.

¹⁰⁹ Viz např. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 185–190; MASÁŘÍK, J. a V. KRICNER. *Správní právo. Obecná část*. 7. vyd. Praha: Armex publishing, 2015, s. 79–80; PIKOLA, P., J. BORSKÁ a R. KORCOVÁ. *Správní právo prakticky*. 1. vyd. Praha: Česká zemědělská univerzita v Praze, Provozně-ekonomická fakulta, 2014, s. 66–67.

prostřednictvím dvouúrovňového schématu, člení faktické úkony například i rakouská správně-právní nauka.¹¹⁰

Schéma č. 3: Členění jednotlivých skupin faktických úkonů z hlediska způsobu realizace a předmětu působení

FAKTICKÉ POKYNY	Vykonávané ústně
	Vykonávané písemně
	Vykonávané prostřednictvím gest
	Vykonávané prostřednictvím technického zařízení
BEZPROSTŘEDNÍ ZÁSAHY	Donucovací prostředky
	Použití zbraně
	Ostatní bezprostřední zásahy
ZAJIŠŤOVACÍ ÚKONY	Vykonávané vůči osobám
	Vykonávané ve vztahu k věcem

Zdroj: Vypracováno autorem na základě závěrů představených v rámci odborné literatury.¹¹¹

2.1 Faktické pokyny

Jako faktické pokyny jsou označovány neformální správně-právní úkony, realizované příslušnými úředními osobami na základě konkrétního zákonného zmocnění, zpravidla „v terénu“ mimo prostory vykonavatelů veřejné správy, jež spočívají ve vyslovení:

- a) zákazu nebo
- b) příkazu určitého jednání, jež je pro adresáty veřejné správy právně závazný a osoby, vůči nimž byl tento úkon učiněn, jsou povinny se mu podřídít.

¹¹⁰ Rakouská nauka člení faktické úkony v první úrovni na:

1) příkazy a 2) donucení.

Ve druhé úrovni rozděluje příkazy na:

a) bezprostřední pokyny,

b) zprostředkované akty a c) trestně-správní pokyny.

Donucovací úkony ve druhé úrovni dělí na:

a) fyzické donucení,

b) právní zásahy s implicitním pořádkovým charakterem a

c) jiné právní zásahy.

Srov. KOJA, F. a W. ANTONIOLLI. *Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*. 2. vyd. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1986, s. 489.

¹¹¹ Viz HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 185–190.

Faktické úkony mohou být realizovány prostřednictvím:

- a) ústních pokynů¹¹²,
- b) gest¹¹³,
- c) technického zařízení.^{114, 115}

Přesto, že se jedná o neformální projevy veřejné správy, jež zpravidla nejsou v podrobnostech legislativně přesněji upraveny,¹¹⁶ v některých případech zákon jejich formu¹¹⁷ či obsah¹¹⁸ více či méně konkrétně výslovně předepisuje.¹¹⁹ Oproti ostatním formám faktických úkonů nepředstavují faktické pokyny zpravidla nijak závažné zásahy do právních poměrů adresátů veřejné správy. Nicméně na druhou stranu je třeba zdůraznit, že konkrétní míra intenzity je v rámci jednotlivých faktických pokynů značně odlišná.¹²⁰

Z hlediska jejich účelu je možno faktické pokyny rozdělit do dvou skupin:

- a) První skupinu tvoří pokyny, které stojí samostatně a jejichž cílem je pouze naplnění příslušného zákazu či příkazu bez vazby na jiný úkon příslušného orgánu.¹²¹
- b) Druhou skupinu představují příkazy a zákazy, jež jsou součástí jiného zpravidla také neformálního projevu veřejné správy (například bezprostředního zásahu, zajišťovacího úkonu či jsou prvním úkonem v zahájeném správním řízení). V tomto

¹¹² Např. příkaz policisty směřující k zákazu vstupu na určené místo či k setrvání na tomto místě dle § 43 odst. 1 zákona o policii.

¹¹³ Např. pokyny policisty udílené při řízení provozu na pozemních komunikacích dle § 75 odst. 1 a 4 zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o provozu na pozemních komunikacích“).

¹¹⁴ Např. zastavení vozidla oprávněnou úřední osobou z jedoucího služebního vozidla prostřednictvím rozsvícení nápisu „STOP“ ze směru jízdy zastavovaného vozidla, a to zepředu i zezadu dle § 79 odst. 2 zákona o provozu na pozemních komunikacích.

¹¹⁵ Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 186.

¹¹⁶ Viz např. výzva inspektora Státního úřadu inspekce práce směřující vůči kontrolované osobě, aby se tato v určité lhůtě dostavila na pracoviště úřadu nebo inspektorátu učiněná dle § 9 odst. 1 zákona č. 251/2005 Sb., o inspekci práce, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹⁷ Např. již zmíněné pokyny policisty udílené při řízení provozu na pozemních komunikacích dle § 75 odst. 1 a 4 zákona o provozu na pozemních komunikacích.

¹¹⁸ Např. výzva s výstrahou učiněná ze strany policisty vůči osobě, proti které zakročuje, že v případě, kdy osoba neupustí od svého protiprávního jednání, bude vůči ní použito donucovacích prostředků nebo zbraně. Viz § 53 odst. 2 a § 56 odst. 3 zákona o policii. Jako obligatorní součást této výzvy zákon předepisuje užití slov „Jménem zákona!“ Viz § 10 odst. 5 tohoto zákona.

¹¹⁹ Srov. POMAHÁČ, R. et. al. *Veřejná správa za rozcestím (právní reflexe)*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2013, s. 46.

¹²⁰ Prostřednictvím faktických pokynů je legislativně řešena celá řada různých situací. Z toho vyplývá i rozdílná intenzita zásahu do práv a svobod osob v jednotlivých případech. V tomto smyslu je možno zmínit na jedné straně například výše zmíněné pokyny policisty k zastavení vozidla dle § 79 odst. 2 zákona o provozu na pozemních komunikacích a na straně druhé vykazání ze společného obydlí dle § 44 až 47 zákona o policii.

¹²¹ Např. pokyny policisty udílené při řízení provozu na pozemních komunikacích uskutečňované dle § 75 odst. 1 a 4 zákona o provozu na pozemních komunikacích.

případě se zpravidla jedná o poučení o právech a povinnostech osoby, proti níž zásah směřuje nebo o poučení o právech a povinnostech osoby omezené ze strany orgánů veřejné moci na svobodě.¹²²

Na základě analýzy pozitivní právní úpravy, jakož i s ohledem na diferenciaci administrativně-právního působení v jednotlivých oblastech veřejné správy je možno faktické pokyny rozdělit na:

- a) Faktické pokyny vydávané v návaznosti na výkon správního dozoru,¹²³
- b) faktické pokyny realizované v souvislosti s výkonem policejně-bezpečnostních činností, při zajišťování veřejného pořádku a ochraně bezpečnosti osob a majetku¹²⁴ a
- c) faktické pokyny uskutečňované v rámci dohledu nad bezpečností a plynulostí silničního provozu.¹²⁵

2.2 Bezprostřední zásahy

Bezprostřední zásahy tvoří skupinu správně-právních úkonů, jejichž společným znakem je, že jsou realizovány v případě, kdy není možno uplatnit mírnější postup a jsou ze strany příslušných úředních osob uskutečňovány v podobě bezprostřední reakce na aktuálně hrozící nebezpečí nebo trvající protiprávní jednání či stav, přičemž jejich realizace je vždy spojena s fyzickým zásahem do základních práv a svobod, který je v danou chvíli nezbytný k ochraně významných zákonem chráněných zájmů.¹²⁶

Bezprostřední zásahy slouží k zachování, případně obnově bezporuchového chodu společnosti v souladu s právem. Jedná se o primární ochranu zájmů státu, jakož i práv a oprávněných zájmů jednotlivých osob prostřednictvím aplikace práva tj. bezprostřední

¹²² Např. dle § 13 zákona o policii je policista povinen před provedením úkonu poučit osobu dotčenou úkonem o právních důvodech provedení úkonu, a jde-li o úkon spojený se zásahem do práv nebo svobod osoby, také o jejích právech a povinnostech. Toto poučení má zpravidla (co se týká stanovení povinností osoby, vůči níž úkon směřuje) povahu jednostranného autoritativního stanovení příkazů a zákazů. Dále je v této souvislosti možno zmínit výzvu policisty aby osoba upustila od svého protiprávního jednání, s výstrahou, že jinak bude vůči ní použito donucovacích prostředků nebo zbraně. Viz § 53 odst. 2 a § 56 odst. 3 zákona o policii.

¹²³ Např. oprávnění požadovat v souvislosti s kontrolou poskytnutí údajů, dokumentů a věcí vztahujících se k předmětu kontroly nebo k činnosti kontrolované osoby a vyžadovat od kontrolované osoby a povinné osoby další součinnost potřebnou k výkonu kontroly. Viz § 8 písm. c) a f) zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „kontrolní řád“).

¹²⁴ Např. již zmíněná výzva s výstrahou učiněná ze strany policisty vůči osobě, proti které zakročuje, že v případě, kdy osoba neupustí od svého protiprávního jednání, bude vůči ní použito donucovacích prostředků nebo zbraně. Viz § 53 odst. 2 a § 56 odst. 3 zákona o policii.

¹²⁵ Jedná se například o již zmíněné pokyny policisty udílené při řízení provozu na pozemních komunikacích uskutečňované dle § 75 odst. 1 a 4 zákona o provozu na pozemních komunikacích.

¹²⁶ Právní teorie definuje bezprostřední zásahy zpravidla jako úkony „prováděné na základě speciálního zákonného zmocnění za stavu, kdy je právem chráněný zájem bezprostředně ohrožen“. ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 167.

ochranu, která se v řadě směrů zcela zásadně liší od ochrany sekundární, jež je výsledkem formalizovaného řízení (správního či soudního).¹²⁷

Realizace bezprostředních zásahů představuje v rámci výkonu veřejné správy *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.

Bezprostřední zásahy je možno z hlediska povahy jejich působení rozdělit na:

- a) bezprostřední opatření,
- b) bezprostřední donucení,
- c) bezprostřední omezení.

Tento způsob členění bezprostředních zásahů je možno graficky znázornit následujícím způsobem (viz schéma č. 4).

2.2.1 Bezprostřední opatření

Bezprostřední opatření mohou být namířena jak vůči osobám, tak (zpravidla častěji) vůči věcem. Jejich funkce spočívá v působení na:

- a) osoby,¹²⁸
- b) movité¹²⁹ nebo
- c) nemovité věci.¹³⁰

s cílem zajištění žádoucího právního stavu či zabránění protiprávnímu jednání či stavu.

Bezprostřední opatření v případě, že jeho objektem je fyzická osoba, má zpravidla podobu zásahu do osobní integrity, případně soukromí, zásahem dotčené osoby. Nicméně realizace bezprostředního opatření není, na rozdíl od bezprostředního donucení, zpravidla spojena s fyzickým donucením a s tím souvisejícím rizikem zranění či usmrcení osoby, proti níž zásah směřuje.¹³¹

¹²⁷ Prostřednictvím aplikace trestně-právních, případně správně-právních norem trestní povahy je poskytována sekundární ochrana zákonem chráněným zájmům (například životu, zdraví, majetku a svobodě osob). Trest za porušení těchto norem představuje výsledek aplikace práva, uskutečněné prostřednictvím realizace formalizovaného procesu příslušného orgánu (např. soudu). Nicméně trest uložený pachateli chrání tato práva a svobody až následně (sekundárně), tedy v momentě, kdy již nebezpečí bezprostředně nehozí (např. jedním z účelů nepodmíněného trestu odnětí svobody je zabránit pachateli v páchání další trestné činnosti a chránit tak ostatní členy společnosti). Naproti tomu bezprostřední zásahy (jež nejsou trestem, ale opatřením) poskytují těmto právům ochranu bezprostředně. Například použití donucovacích prostředků proti osobě, která fyzicky napadá jinou osobu, za účelem ochrany napadené osoby, představuje primární právní ochranu.

¹²⁸ Viz např. oprávnění policisty provést prohlídku osoby před jejím umístěním do policejní cely dle § 29 zákona o policii.

¹²⁹ Viz např. oprávnění policisty zničit věc dle § 37 odst. 2 zákona o policii.

¹³⁰ Viz např. oprávnění policisty ke vstupu do obydlí, jiného prostoru nebo na pozemek dle § 40 zákona o policii.

¹³¹ Např. prohlídka osoby a odebrání věcí před umístěním do policejní cely dle § 29 zákona o policii.

2.2.2 Bezprostřední donucení

Bezprostřední donucení spočívá ve fyzickém zásahu do práv a svobod osob za účelem ochrany významných zákonem chráněných zájmů v případě, kdy mírnější právní prostředky nejsou či by zjevně nebyly dostatečně účinné.¹³² Oprávněním k realizaci bezprostředního donucení disponují pouze příslušníci ozbrojených bezpečnostních sborů a obecní policie. Bezprostřední donucení zahrnuje:

- a) použití donucovacích prostředků nebo
- b) použití zbraně.

V případě bezprostředního donucení má zcela zásadní význam uplatnění zásady přiměřenosti. Jak v rámci nauky, tak i z hlediska judikatury se lze setkat s dvěma odlišnými názory na otázku přiměřenosti v případě realizace prostředků bezprostředního donucení. Většina autorů zastává názor, že v souvislosti se zásahem, při němž dochází ze strany orgánů veřejné správy k vynucení splnění právní povinnosti za použití fyzické síly, nesmí osobám, vůči nimž zásah směřuje vzniknout větší škoda, než jaká vznikla či hrozila v důsledku nebezpečí, které bylo prostřednictvím realizace zásahu odvráceno.¹³³ Nicméně se lze setkat i s názorem, že obdobně jako v případě obecného institutu nutné obrany, tak i v případě uplatnění prostředků státně-mocenského donucení zákon nenařizuje přísnou proporcionalitu, ale umožňuje způsobit osobě i nepřiměřenou újmu, přičemž hranici staví o něco výše, a to na úroveň zřejmé, tedy zjevné, očividné nepřiměřenosti.¹³⁴

Judikatura Ústavního soudu, ve shodě s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“), uplatňuje při hodnocení přiměřenosti zásahů, při nichž bylo ze strany orgánů veřejné správy užito fyzické síly, standard striktní nezbytnosti.^{135, 136} Účelem aplikace standardu striktní nezbytnosti je zakotvení přísné proporcionality v případě použití síly ze strany orgánů veřejné správy.¹³⁷

Standard striktní nezbytnosti, skrze který Ústavní soud a ESLP posuzují přiměřenost postupů orgánů veřejné správy při realizaci zásahů spojených s bezprostředním donucením, však zcela neodpovídá pozitivnímu vyjádření zásady přiměřenosti upravené v rámci jednotlivých právních předpisů ve vztahu k použití donucovacích prostředků. Tyto předpisy

¹³² Viz např. oprávnění k použití donucovacích prostředků a zbraně dle § 51 až 59 zákona o policii.

¹³³ Viz např. ŠKODA, J., F. VAVERA a R. ŠMERDA. *Zákon o policii s komentářem*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 208.

¹³⁴ Viz VANGELI, B. *Zákon o Policii České republiky. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 483 s.

¹³⁵ „Standard striktní nezbytnosti, který je vyšší než samotná nezbytnost, dokládá, že stupeň použití síly nesmí být v žádném případě vyšší, než jaký postačuje k dosažení sledovaného účelu“. Nález Ústavního soudu ze dne 17. 10. 2017, sp. zn. II. ÚS 1398/17.

¹³⁶ „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.

¹³⁷ Viz např. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. 9. 2015, *Bouyid proti Belgii*, sp. zn. 23380/09.

zásadu přiměřenosti, v souvislosti s použitím donucovacích prostředků, definují jako povinnost oprávněné úřední osoby, nepůsobit osobě, proti níž zákrok směřuje, újmu zřejmě nepřiměřenou povaze a nebezpečnosti jejího protiprávního jednání,¹³⁸ z čehož vyplývá, že zákon umožňuje oprávněným úředním osobám způsobit osobě, proti níž zakročují, i nepřiměřenou újmu ve vztahu k povaze a nebezpečnosti jejího protiprávního jednání, které prostřednictvím zásahu eliminují.¹³⁹ Zvlášť markantní je rozdíl mezi pozitivním vyjádřením úrovně přiměřenosti a standardem striktní nezbytnosti v případě oprávnění použít zbraň ze strany orgánu veřejné správy v nutné obraně,¹⁴⁰ neboť zde se přiměřenost řídí obecnými podmínkami nutné obrany vyjádřenými v § 29 trestního zákoníku, redukovanými pouze požadavkem co nejvíce šetřit život osoby, proti níž zákrok směřuje.^{141, 142}

Co se týká pozitivního vyjádření standardu striktní nezbytnosti, tomu v podstatě odpovídají obecná ustanovení o přiměřenosti postupu příslušníků jednotlivých bezpečnostních sborů.¹⁴³ Nicméně jak již bylo řečeno, tato obecná ustanovení o přiměřenosti jsou ve vztahu k oprávnění použít donucovací prostředky významným způsobem korigována. V případě uplatnění standardu striktní nezbytnosti v souvislosti s použitím donucovacích prostředků tak lze hovořit o zúžení rozsahu pozitivní právní úpravy prostřednictvím judikatury.

Současné právní úpravy (na rozdíl od některých úprav předchozích) již donucovací prostředky nikterak nerozlišují.¹⁴⁴ Přesto, že jednotlivé zákony blíží specifikaci ani dělení donucovacích prostředků neuvádějí,¹⁴⁵ tak vzhledem k povaze jednotlivých donucovacích

¹³⁸ Srov. § 53 odst. 5 zákona o policii, § 17 odst. 3 zákona o vězeňské a justiční stráž, § 44 odst. 5 zákona č. 17/2012 Sb., o Celní správě České republiky, ve znění pozdějších předpisů, § 18 odst. 5 zákona ČNR č. 553/1991 Sb., o obecní policii, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obecní policii“).

¹³⁹ „Zákon policistovi ukládá dbát, aby nepůsobil 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, bráníci staví o něco výše až na úroveň zřejmě, tedy zjevné, očitelné nepřiměřenosti. Tento přístup vychází jednak z vědomí objektivní složitosti těchto situací, která způsobuje praktickou nenaplnitelnost požadavku přísné proporcionality, a jednak z povahy efektivního zákroku (obran), 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.

¹⁴⁰ Viz např. § 56 odst. 1 písm. a) zákona o policii či § 20 odst. 1 písm. a) zákona o obecní policii.

¹⁴¹ Srov. např. § 56 odst. 4 zákona o policii.

¹⁴² Na rozdíl od jiných právních předpisů upravujících oprávnění použít zbraň, zákon o obecní policii stanoví mimo podmínky, co nejvíce šetřit život osoby, proti níž zákrok směřuje, též požadavek co nejvíce šetřit zdraví této osoby.

¹⁴³ Viz např. § 11 písm. c) zákona o policii či § 6 odst. 2 zákona o vězeňské a justiční stráž.

¹⁴⁴ Srov. § 39a odst. 2 starého zákona o policii, který rozlišoval donucovací prostředky na běžné a speciální.

¹⁴⁵ „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.

prostředků a jejich předpokládanému účinku na lidské tělo by bylo možno donucovací prostředky rozdělit na:

- a) mírnější a
- b) důraznější.

Vodítko pro takové rozdělení donucovacích prostředků tvoří obsahy omezujících ustanovení zakotvené v rámci jednotlivých právních předpisů, jež upravují jejich použití.¹⁴⁶ Z obsahu těchto ustanovení lze dovodit, že za mírnější donucovací prostředky lze považovat hmaty, chvaty, poutací prostředky a prostředek k zamezení prostorové orientace.^{147, 148}

Nicméně při řazení konkrétních donucovacích prostředků do skupiny mírnějších či důraznějších donucovacích prostředků je třeba, mimo pozitivní zákonné úpravy, vycházející z jejich předpokládaného působení na lidské tělo, zohlednit též způsob a místo jejich použití. To se týká především poutacích prostředků.^{149, 150, 151}

Obecným kritériem¹⁵² pro rozhodnutí, zda policista při zákroku použije mírnějšího či důraznějšího donucovacího prostředku bude skutečnost, zda osoba, proti níž krok směřuje, klade aktivní¹⁵³ či pasivní odpor.¹⁵⁴

¹⁴⁶ Viz např. § 58 odst. 1 zákona o policii či § 22 zákona o obecní policii.

¹⁴⁷ Srov. VŠETIČKA, P. Uplatnění správního uvážení a problematika výkladu neurčitých právních pojmů v případě bezprostředních zásahů realizovaných Policií České republiky. *Časopis pro právní vědu a praxi* [online]. 2017, roč. 25, č. 3, s. 493–508 [cit. 12. 10. 2018]. ISSN 493-508. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/cpv/article/view/7932>

¹⁴⁸ Totožné rozdělení donucovacích prostředků na mírnější a důraznější lze dovodit rovněž z aktuální judikatury. „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.

¹⁴⁹ „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.

¹⁵⁰ „Soud má za to, že použití omezovacích prostředků na osobě již umístěné v policejní cele, tedy v bezpečném prostředí, může být odůvodněné pouze za zcela výjimečných okolností“. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. 7. 2013, *Kummer proti České republice*, sp. zn. 32133/11.

¹⁵¹ Další omezení pozitivní právní úpravy vyplývají z judikatury. Zde je možno zmínit například použití slzotvorného donucovacího prostředku v prostorách policejních cel. ESLP v této souvislosti zaujal stanovisko, že s ohledem na potenciální zdravotní rizika by neměl být slzotvorný donucovací prostředek (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.

¹⁵² Mimo výše zmiňované zvláštní omezení vyjádřené v § 58 odst. 1 zákona o policii.

¹⁵³ „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.

¹⁵⁴ Srov. Ibid., s. 201.

Dále lze donucovací prostředky rozdělit na základě objektu jejich působení, a to na:

- a) donucovací prostředky, určené primárně pro použití proti jednotlivým osobám,¹⁵⁵
- b) donucovací prostředky, určené primárně pro použití proti skupině osob,¹⁵⁶
- c) donucovací prostředky určené pro použití proti jednotlivým osobám nebo proti skupině osob,¹⁵⁷
- d) donucovací prostředky, určené pro použití proti vozidlu.¹⁵⁸

Co se týká oprávnění k použití zbraně, zde je třeba říci, že ne ve všech případech je použití zbraně zaměřeno proti osobám. Zákon počítá s použitím zbraně proti:

- a) osobě,
- b) vozidlu,
- c) zvířeti.^{159, 160}

V případě, kdy je objektem použití zbraně osoba, je možno tyto situace rozdělit do dvou skupin, a to z hlediska skutečnosti, zda dotčená osoba vyvíjí

- a) aktivní či
- b) pasivní odpor.

V prvním případě je úřední osoba oprávněna použít zbraň proti osobě, která svým jednáním aktivně ohrožuje její život nebo zdraví anebo život nebo zdraví jiných osob.¹⁶¹

V druhém případě je úřední osoba oprávněna použít zbraň proti osobě, která v danou chvíli nevyvíjí buď žádnou aktivitu, nebo vyvíjí pouze takový druh aktivity, prostřednictvím které život či zdraví zasahující úřední osoby ani dalších osob ani jiné významné zákonem chráněné zájmy bezprostředně neohrožuje. Jinak řečeno, jedná se o případy, kdy osoba klade pouze tzv. pasivní odpor a to tím způsobem, že se na výzvu zasahující úřední osoby nevzdá či se zdráhá opustit svůj úkryt anebo se pokouší o útěk.^{162, 163}

2.2.3 *Bezprostřední omezení*

Bezprostřední omezení mohou být realizována buď ve vztahu k:

- a) osobám nebo
- b) věcem.

¹⁵⁵ Např. pouta dle § 52 písm. p) zákona o policii.

¹⁵⁶ Např. vodní stříkač dle § 52 písm. k) zákona o policii.

¹⁵⁷ Např. obušek a jiný úderný prostředek dle § 52 písm. c) zákona o policii.

¹⁵⁸ Např. zastavovací pás dle § 52 písm. f) zákona o policii.

¹⁵⁹ Viz např. § 56 odst. 1 zákona o policii.

¹⁶⁰ V případě použití střelné zbraně proti věci ničí (např. usmrcení divokého zvířete) se dle názoru J. Staši nejedná o bezprostřední zásah, ale úkon obdobný. Srov. STAŠA, J. *Úvod do českého správního práva*. 4. vyd. Praha: Policejní akademie České republiky, 2003, s. 86.

¹⁶¹ Srov. např. § 56 odst. 1 písm. a), d), e) a g) zákona o policii.

¹⁶² Srov. např. § 56 odst. 1 písm. b) a c) zákona o policii.

¹⁶³ V tomto případě je ovšem nezbytnou podmínkou použití zbraně skutečnost, že tato osoba byla zasahující úřední osobou (či jiným oprávněným orgánem) označena za tzv. nebezpečného pachatele.

Bezprostřední omezení realizovaná ve vztahu k osobám jsou neoddělitelně spjata s faktickými pokyny, a to v tom smyslu, že tvoří jejich obsah. Jinak řečeno, faktické pokyny představují formu a bezprostřední omezení obsah úkonu. V tomto případě jejich působení spočívá v omezení práv a svobod osob, které je autoritativně sděleno v podobě faktického pokynu (příkazu a zákazu).

Ve vztahu k věcem mají bezprostřední omezení podobu zásahu do činnosti obslužných zařízení, spočívajícího v jeho dočasném vyřazení z provozu.¹⁶⁴ V tomto případě je typickým znakem bezprostředního omezení zpravidla skutečnost, že jsou omezena práva osob, které nejsou původci hrozícího nebezpečí, neboť se jedná často o protiprávní stavy, které nebyly vyvolány konkrétním původcem ani nebyly vědomě spuštěny. Účelem bezprostředního omezení tedy, na rozdíl od bezprostředního donucení, není eliminace původce nebezpečí či protiprávního jednání, ale zpravidla se jedná o odvracení hrozícího nebezpečí a podle okolností též případné odstranění nebo zmírnění jeho následků, přičemž účinky zásahu dopadají na osoby, které se na navození nežádoucího stavu nepodílely.

Schéma č. 4: Členění bezprostředních zásahů z hlediska povahy jejich působení

BEZPROSTŘEDNÍ ZÁSAHY	BEZPROSTŘEDNÍ OPATŘENÍ	Odebrání, odstranění a zničení věci
		Vstup do obydlí, jiného prostoru nebo na pozemek
		Prohlídka osoby, prohlídka dopravního prostředku
	BEZPROSTŘEDNÍ DONUCENÍ	Použití donucovacích prostředků
		Použití zbraně
	BEZPROSTŘEDNÍ OMEZENÍ	Příkaz k určitému jednání, zákaz určitého jednání
		Zásah do činnosti obslužného zařízení

Zdroj: autor.

¹⁶⁴ Např. dle § 29 zákona č. 320/2015 Sb., o Hasičském záchranném sboru České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů je příslušník hasičského záchranného sboru oprávněn za účelem provedení zásahu vypnout nebo odstavit v nezbytném rozsahu přívod elektřiny, plynu, tepla, vody nebo jiné zařízení.

2.3 Zajišťovací úkony

Smyslem zajišťovacích úkonů je zabezpečit řádný průběh formálního procesu nebo podpora úkonů realizovaných v rámci výkonu správního dozoru.¹⁶⁵

Zajišťovací úkony představují univerzální právní prostředek, upravený v řadě právních předpisů (náležících do různých právních odvětví) vyskytujících se napříč právním řádem. Přesto, že je tento právní institut využíván v mnoha oblastech výkonu veřejné moci, k jeho realizaci jsou oprávněny orgány (vykonavatelé) veřejné správy, zpravidla příslušníci ozbrojených bezpečnostních sborů (nejčastěji příslušníci policie). Z tohoto důvodu je namístě řadit zajišťovací úkony mezi správně-právní činnosti, respektive formy realizace veřejné správy, a to i přesto, že jejich prostřednictvím je zajišťován řádný průběh nejen správního, ale též například trestního či civilního soudního řízení.

Z tohoto hlediska je možno zajišťovací úkony rozdělit na ty, jež realizuje příslušný orgán veřejné správy na základě vlastního rozhodnutí, v souvislosti s plněním svých úkolů, a na ty, jež příslušný orgán veřejné správy realizuje na žádost jiného orgánu veřejné moci. V této souvislosti je možno hovořit o zajišťovacích úkonech realizovaných ze strany orgánů veřejné správy buď jako o:

- a) autonomních¹⁶⁶ nebo
- b) vyžádaných.¹⁶⁷

Zajišťovací úkony mohou být ze strany orgánů veřejné správy realizovány buď ve vztahu k:

- a) osobám, nebo
- b) věcem.

Zajišťovací úkony se mohou v rámci činnosti orgánů veřejné správy vyskytnout buď samostatně, anebo v návaznosti či společně s bezprostředními zásahy, které jim často předchází, či jsou uskutečněny v jejich průběhu.¹⁶⁸ Nicméně realizace zajišťovacích úkonů nemusí být vždy nutně spojena s fyzickým donucením. Naproti tomu faktické pokyny, uskutečněné nejčastěji v podobě poučení o právech a povinnostech osoby omezené na svobodě, jakož i informace o právních důvodech zajištění, spojené s výzvou

¹⁶⁵ Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 189.

¹⁶⁶ Např. předvedení osoby za účelem podání vysvětlení dle § 61 odst. 5 zákona o policii.

¹⁶⁷ Např. předvedení osoby dle § 52 občanského soudního řádu nebo předvedení osoby dle čl. 27 jednacího řádu vyšetřovací komise Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky, publikovaného jako příloha č. 1 k zákonu o jednacím řádu Poslanecké sněmovny.

¹⁶⁸ Např. použití donucovacích prostředků v podobě hmatů a chvatů dle § 52 písm. a) zákona o policii proti osobě, která se dopustila protiprávního jednání a její následné zajištění z důvodu obavy, že bude v protiprávním jednání pokračovat dle § 26 odst. 1 písm. f) zákona o policii.

k dobrovolnému podrobení se úkonu (např. vydání zbraně či následování úřední osoby do sídla úřadu), jsou obligatorní součástí zajišťovacích úkonů.¹⁶⁹

Zajišťovací úkony učiněné ve vztahu k věcem nepředstavují tak intenzivní zásah do právních poměrů adresátů veřejné správy jako bezprostřední zásahy (zejména bezprostřední donucení). Na druhou stranu zajišťovací úkony uskutečněné vůči osobám, jsou, vzhledem k omezení jejich svobody, co do intenzity s důsledky bezprostředních zásahů srovnatelné.¹⁷⁰

S ohledem na povahu pozitivního zákonného vyjádření rozděluje J. Staša zajišťovací úkony na:

- a) specifické¹⁷¹ a
- b) nespecifické.¹⁷²

V této souvislosti by bylo možno zajišťovací úkony rozlišovat též na:

- a) pojmenované¹⁷³ a
- b) nepojmenované.¹⁷⁴

Doba možného trvání jednotlivých zajišťovacích úkonů (spojených s omezením osobní svobody) upravených v rámci českého právního řádu se liší. V některých případech zákonodárce stanoví maximální dobu jejich trvání, která nemůže být překročena, zatímco v jiných případech je doba zajištění vázána na dobu trvání úkonu, za účelem jehož uskutečnění bylo zajištění realizováno.

¹⁶⁹ Mezi zajišťovacími úkony a faktickými pokyny existuje obecně velice úzký vzájemný vztah. Například předvedení osoby (zajišťovacímu úkonu) předchází zpravidla její předvolání (faktický pokyn). Realizace zajišťovacího úkonu (např. předvedení) má tedy často podobu následku neuposlechnutí faktického pokynu (např. nedostavení se k příslušnému orgánu na předvolání).

¹⁷⁰ „Základním východiskem úvah Ústavního soudu je skutečnost, že omezení osobní svobody v podobě zadržení, zatčení, uvalení vazby či jiné formy detence nebo uvěznění staví osobu do pozice určité bezbrannosti“. Nález Ústavního soudu ze dne 17. 10. 2017, sp. zn. II. ÚS 1398/17.

¹⁷¹ Specifické zajišťovací úkony musí být vymezeny taxativně. Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 189.

¹⁷² Nespecifické zajišťovací úkony slouží k opatrování podkladů v rámci řízení před správním orgánem nebo při výkonu správního dozoru. Například povinnost osoby, která má u sebe listinu nebo věc potřebnou k provedení důkazu, tuto listinu nebo věc na vyžádání správního orgánu předložit nebo strpět její ohledání na místě dle § 53 a 54 správního řádu nebo oprávnění kontrolního orgánu provádět v rámci kontrolní činnosti kontrolní nákupy a odebírat vzorky dle § 8 písm. b) kontrolního řádu. Srov. Ibid., s. 189.

¹⁷³ Například „zajištění osoby“ dle § 26 zákona o policii.

¹⁷⁴ Například „práva kontrolujícího“ (kontrolního orgánu) uvedená v § 8 kontrolního řádu.

Z hlediska zákonného stanovení doby jejich trvání je možno rozlišovat zajišťovací úkony na:

- a) dobu určitou,¹⁷⁵
- b) dobu neurčitou.^{176, 177}

Závěr

Závěrem lze jednoznačně konstatovat potvrzení v úvodu stanovené hypotézy, tedy že faktické úkony je možno členit podrobnějším způsobem než s jakým se lze v rámci nauky setkat. Ten samý závěr lze ovšem vyvodit i ohledně ostatních neformálních projevů veřejné správy, zvláště pak pokud jde o tzv. příbuzné úkony, v jejichž případě se jedná o dosud z velké části neprobádanou problematiku, jejíž podrobnější zpracování by ovšem přesahovalo záměr předkládaného příspěvku.

Mimo zpracování stěžejního tématu, tedy problematiky systemizace faktických úkonů, jsem pokládal za vhodné provést analýzu právní povahy, jakož i obecných znaků a vlastností, jež jsou společné pro všechny (či alespoň drtivou většinu) neformálních projevů veřejné správy, majících povahu správně-právních činností realizovaných ze strany orgánů veřejné správy.

V souvislosti se samotným členěním faktických úkonů je možno vyslovit závěr, že řada konvergenčních prvků, významných pro rozdělení předmětné matérie do jednotlivých skupin, zůstávala doposud ze strany vědy správního práva bez povšimnutí. To se týká především skupiny faktických úkonů označovaných jako tzv. bezprostřední zásahy. V tomto ohledu věřím, že má práce alespoň dílčím způsobem přispěla k rozvoji vědeckého poznání na tomto poli. Naopak, pokud jde o skupinu faktických úkonů označovanou z právně-teoretického hlediska jako tzv. faktické pokyny, zde se lze v rámci relevantní literatury setkat s poměrně propracovanou systematikou, tudíž jsem z části navazoval na obecně přijímané závěry nauky, a to ve snaze je dále rozšířit.

Závěrem je možno poznamenat, že naplnění cíle předkládaného příspěvku má význam především pro další rozvoj vědeckého poznání v této oblasti, neboť smyslem podrobné systemizace faktických úkonů je především celkové zpřehlednění této značně rozsáhlé a v mnoha ohledech nesourodé matérie, přičemž přijaté závěry by nepochybně bylo možno využít též pro pedagogické účely.

¹⁷⁵ V tomto případě se bude jednat zpravidla o tzv. pojmenované zajišťovací instituty. Zákon v těchto případech závazně stanoví maximální možnou dobu trvání omezení osobní svobody. Viz např. § 26 zákona o policii.

¹⁷⁶ Typicky se bude jednat o předvedení, jež je v rámci platné právní úpravy koncipováno jako zajišťovací institut, jehož účelem je zajištění řádného průběhu (správního, soudního či jiného) řízení. Doba trvání předvedení je tedy závislá na době trvání procesních úkonů, za účelem jejichž uskutečnění bylo předvedení realizováno (například výslech svědka). Nicméně v praxi se zpravidla nebude jednat o dobu delší než (maximálně) několik hodin.

¹⁷⁷ Obecné podmínky omezení osobní svobody ze strany orgánů veřejné správy, uskutečněné bez rozhodnutí soudu, upravuje čl. 8 Listiny.

RECENZE A ANOTACE

ADRIAN, Melanie. *Religious Freedom at Risk. The EU, French Schools, and Why the Veil was Banned*

Switzerland: Springer International Publishing, 2016. ISBN 978-3-319-21445-0.

Andrea Hřebíčková*

Je svoboda vyznání v Evropě skutečně ohrožena? Z názvu recenzované knihy se může zdát, že tomu tak skutečně je. V posledních letech, spolu s rozrůstající se celosvětovou migrací a s mísením různých kultur, dochází k častějším kolizím mezi právě svobodou náboženského vyznání a ochranou legitimních cílů či jiných svobod. Připomenout lze případy bezpečnostních kontrol na letištích či na konzulátech, zákazy burkin na veřejných plážích ve Francii a Itálii, nebo zákazy nošení šátků ve veřejných školách v rámci velké části Evropy, Českou republiku nevyjímaje. Vzhledem ke skutečnosti, že se po Francii další státy, jako třeba Dánsko, připojili k přijetí zákona, který zakazuje zahalování na veřejnosti je recenzovaná publikace a celá problematika svobody vyznání stále více aktuálním tématem. Především z těchto důvodů byla kniha vybrána jako materiál vhodný k recenzi a snad odpoví na otázku položenou v první větě této stati.

Pro začátek pár slov o autorce knihy. Melanie Adrian momentálně působí jako spolupracující profesorka na Právnické fakultě Carletonské univerzity v Kanadě. Ve svém výzkumu se zaměřuje především na práva menšin z různých prostředí. Problematiku pak zkoumá nejen z právního hlediska, ale i z hlediska náboženství nebo antropologie. Její dosavadní práce analyzují zejména práva muslimské komunity ve Francii, ústavní princip *laïcité* a zahalování muslimských žen. V současné době připravuje vydání nové knihy, která bude opět zaměřena na francouzské prostředí, jak již napovídá samotný název publikace („*Risking Religious Freedom: France, the Veil and the Right to Act on Faith*“).¹ Nabízí se otázka, zda bude i nová kniha doktorky Adrian poskytovat primárně jednostranný pohled na problematiku, jako tomu je z větší části u recenzované publikace, či nikoli.

* Mgr. Andrea Hřebíčková, doktorandka, Katedra ústavního práva, Právnická fakulta, Univerzita Palackého, Olomouc / Ph.D. student, Department of Constitutional Law, Faculty of Law, Palacký University, Olomouc, Czech Republic / E-mail: A.Hrebickova@seznam.cz / ORCID 0000-0003-3652-6349

¹ *Profil doktorky Melanie Adrian* [online]. [cit. 7. 2. 2019]. Dostupné z: <https://carleton.ca/law/people/adrian-melanie/>

Recenzovaná kniha kromě předmluvy obsahuje celkem šest kapitol. Řazení jednotlivých částí publikace za sebou se může zprvu zdát poněkud chaotické a neuspořádané, ovšem na druhou stranu je nutno přiznat, že se kniha daleko lépe a snadněji čte. Pro vysvětlení, kniha začíná obecným úvodem, který je koncipován spíše jako vypravování. Autorka seznamuje čtenáře se sebou samou a osvětluje, proč píše danou publikaci a jaké je její zapojení v projektu. Následuje kapitola, která přibližuje adresátům místo a okolí výzkumu po sociologické stránce. Třetí kapitola se zabývá čistě právním pohledem na mezinárodní právně vynutitelné i nevynutitelné dokumenty a na rozsudky Evropského soudu pro lidská práva (ESLP). Následuje další část pojednávající již o principu laické a uzákonění zákazu nošení a vystavování jakýchkoli náboženských symbolů ve školách a zákazu zahalování obličeje na veřejnosti. Poslední dvě kapitoly se svým stylem vrací k vypravování a zprostředkovávají čtenáři pohled na problematiku očima muslimských žen a dalších respondentů, se kterými byly v rámci výzkumu vedeny rozhovory.

Vzhledem ke skutečnosti, že je recenze určená primárně pro právníky, je vhodné zaměřit se především na části knihy, které jsou právu věnovány. Dovolte mi proto obrátit pozornost na ne zcela zdařilou část týkající se rozsudků Evropského soudu pro lidská práva. Autorka knihy ve třetí kapitole rozebírá tři rozhodnutí, která se dotýkají svobody náboženského vyznání. Podívejme se na dva z nich, a to konkrétně na rozsudky *Leyla Sabih proti Turecku*² a *S.A.S. proti Francii*³. Oba případy jsou skvěle popsány, ovšem popisem další rozbor i končí.

Adrian u obou případů konstatuje, že soud omezil základní lidskou svobodu na náboženské vyznání, ale již se nezabývá dalšími aspekty dané problematiky. U případu *Leyla Sabih proti Turecku* v závěru své analýzy pouze uvádí, že ESLP naprosto zklamal, když přistoupil k doktríně margin of appreciation na úkor svobody vyznání.⁴ V případě rozsudku *S.A.S. proti Francii* sice správně uvádí, že soud posoudil celý případ jinak, ovšem opět se vrací k pouhému konstatování, že rozhodnutí není adekvátní, jelikož byl využit zcela pro právo vágní pojem „požadavek společného žití“. Dle autorky byla opět svoboda vyznání potlačena na úkor jiné protihodnoty, která je ovšem neurčitá.⁵

Důvody, proč uvádím právě tato dvě tvrzení, jsou následující. V případě rozhodnutí z Turecka autorka knihy, dle mého názoru, zcela opomněla reflektovat do své úvahy společenskou situaci v dané zemi v době rozhodování o zahalování či nezahalování na veřejných vysokých školách. Turecko se v onu inkriminovanou dobu ucházelo nově o členství

2 Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. listopadu 2005, *Leyla Sabih proti Turecku*, číslo stížnosti: 44774/98.

3 Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (velký senát) ze dne 1. července 2014, *S.A.S. proti Francii*, číslo stížnosti: 43835/11.

4 ADRIAN, Melanie. *Religious Freedom at Risk. The EU, French Schools, and Why the Veil was Banned*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016, s. 64–66. ISBN 978-3-319-21445-0.

5 Ibid., s. 67–76.

v Evropské Unii. Ostatně v průběhu celého dvacátého století se snaží Turecko oprostít od tradic Osmanské říše. Ústava z roku 1937 ihned v úvodních ustanoveních vymezuje, že je Turecko sekulárním státem. Navíc v článku 24 je jasně stanoveno, že „*nikdo nesmí zneužít náboženského vyznání k osobním či politickým zájmům nebo vlivu.*“⁶ I přes veškerou snahu, je ale stále Turecko ovlivněno islámem, jako nejrozšířenějším náboženstvím v zemi. Z důvodu, že se země snaží o přiblížení k modelu „západního“ či „evropského“ státu, je podle některých názorů muslimský šátek vnímán dokonce jako útok na základní státní hodnoty či dokonce Ústavu.⁷ Pokud se na problematiku podíváme tímto makro pohledem, kdy se posuzuje stát a jeho oddělenost od náboženství, je naprosto jasné, že ESLP rozhodl s ohledem na tehdejší situaci v zemi a přenechal státu širokou míru volné úvahy.

Obecně je překvapivé, že se autorka knihy snaží polemizovat nad užíváním (možná dokonce nad nadužíváním) doktríny margin of appreciation ze strany soudu. Pokud se na míru volného uvážení, jak tomu bylo v obou výše zmíněných případech, podíváme z čistě teoretické roviny, je zřejmé, že je tento institut užíván především z důvodu, že situaci v dané zemi zná sama země a její soudy nejlépe.⁸ Tímto samozřejmě nechci říci, že by bylo za každé okolnosti nejlepší, aby bylo rozhodování přenecháváno pouze národním orgánům, ale je třeba určitým způsobem reflektovat dění v dané společnosti a ne jen bez rozmyšlení aplikovat právní normy.

Nyní k druhému případu *S.A.S. proti Francii*. Základní otázkou je, zda se dá pojem „společného soužití“ považovat skutečně za tak vágní, že nemůže být v právu ničemu nápomocen? Pokud přidáme slovo „dobré“, lze pojem „dobré společné žití“ již více konkretizovat. Dle některých jiných autorů jde především o vzájemné porozumění, pochopení a souznění.⁹ V tomto ohledu se pojem docela vyjasňuje. K zamyšlení se ale nabízí otázka, zda požadavek „společného žití“ bude do budoucna znamenat jisté utlačování menšin ve prospěch většiny, k jejímuž „společnému žití“ se ostatní skupiny budou muset přizpůsobit.

Autorka v této části knihy dále nijak neupozornila na dvojí právní úpravu zahalování obličejů na veřejnosti ve Francii. Dle mého názoru, by jen pouhé upozornění na zčásti

⁶ *Ústava Turecké republiky* [online]. [cit. 10. 2. 2019]. Dostupné z: https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf

⁷ NIEUWENHUIS, Aernout. European Court of Human Rights: State and Religion, Schools and Scarves. An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of Leyla Sahin v. Turkey, Decision of 29 June 2004, Application Number 44774/98. *European Constitutional Law Review*, Cambridge, 2005, roč. 1, č. 3, s. 509. DOI 10.1017/S1574019605004955

⁸ VILA, Maria Iglesias. Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2017, roč. 15, č. 2, s. 406.

⁹ BEAMAN, Lori G. Living Together v. Living Well Together: A Normative Examination of the SAS Case. Lisabon. *Religious Diversity and Social Inclusion*, 2016, roč. 4, č. 2, s. 9.

duplicitní právní úpravu postačovalo k podpoře jejího tvrzení, že je náboženská svoboda jednotlivce omezována ve prospěch laického státu. Ve Francii totiž již od roku 2009 platí ustanovení trestního zákoníku, které rovněž zakazuje zahalování obličeje při veřejných manifestacích.¹⁰ Z toho jasně vyplývá, že tato právní úprava byla přijata z důvodu obtížné identifikace účastníků shromáždění v případě, že by došlo k nějakému konfliktu. Kdežto naproti tomu zákon z roku 2010 zakazující zahalování obličeje na veřejnosti¹¹ bez jakékoli další specifikace míří na jednotlivé osoby. Zde lze pouze polemizovat nad tím, jaký byl skutečný záměr zákonodárce vedoucí k přijetí tohoto kontroverzního zákona.

Jako poslední poznámku k tomuto rozsudku si dovoluji nesouhlasit s autorkou knihy v tvrzení, že ESLP při rozhodování naprosto selhal v ochraně svobody vyznání. Soud velmi trefně uvádí, že nošení šátku stěžovatelkou není součástí její identity. Dokonce sama stěžovatelka připouští, že nepožaduje nošení šátku nepřetržitě. Z tohoto tvrzení jasně vyplývá, že šátek jako náboženský symbol není pro stěžovatelku neodmyslitelným doplňkem, jehož nošení by bylo striktním požadavkem jejího vyznání. ESLP v několika odůvodněních svých dalších rozhodnutí uvádí, že jsou náboženství, ke kterým neodmyslitelně patří nošení určité části oděvu a jsou proto tyto prvky i součástí samotné identity stěžovatelů.¹² Vzhledem k tvrzením uvedeným v rozsudku, lze mít za to, že zásah do svobody náboženského vyznání stěžovatelky byl přiměřený k daným okolnostem i z toho důvodu, že se nezasahovalo do stěžovatelčiny identity jako takové.

Co lze ale na druhou stranu ocenit u recenzované publikace je prokládání čistě teoretických a striktně vědeckých kapitol s kapitolami, které čtenáře tzv. „vtáhnou do děje“. Kniha zcela netradičně, vzhledem ke skutečnosti, že se jedná o odbornou publikaci, obsahuje i pasáže dokonce až beletristického rázu. Pro příklad si dovoluji uvést samý začátek, kde autorka nejprve popisuje, proč se vydala na výzkum do Francie, seznamuje čtenáře s předměstím Paříže neboli jejím budoucím působištěm a dodává, že bude nejen shánět respondenty a informace pro svůj výzkum, ale že bude působit i jako pedagožka na místní střední škole. Po této deskriptivní části následuje první krátký příběh. Doktorka Adrian se vydává prozkoumat okolí jejího nového domova a narazí na partičku typických chlapců z ghetta ve věku mezi 13–16 lety. Vzhledem k tomu, že je v daném

¹⁰ Článek R645-14 Trestního zákoníku vytvořený dekretem n° 2009-724 ze dne 19. června 2009. *Legifrance* [online]. [cit. 8. 2. 2019]. Dostupné z: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=45CA3E-A1BE41354DFB30D7BD4AFED7C6.tplgfr38s_2?idSectionTA=LEGISCTA000020775360&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180503

¹¹ Zákon n° 2010-1192 z 11. října 2010 zakazující zahalování obličeje ve veřejném prostoru. *Legifrance* [online]. [cit. 08. 2. 2019]. Dostupné na <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id>

¹² Příkladem tohoto náboženství je vyznání Sikh, které po věřících vyžaduje, aby permanentně nosili pokrývku hlavy (u mužů se jedná o turban u žen o šátek) a další symboly spjaté s jejich vyznáním. Srov. např. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. listopadu 2008, *Mann Singh proti Francii*, číslo stížnosti: 24479/07. Dále v SINGH, Bhupinder. The Five Symbols of Sikhism. *Sikh Formation*, 2014, roč. 10, č. 1, s. 105–106.

místě zcela nová a dalo by se říci i neokoukaná, chlapci ji obklíčí kolem dokola a začínou se jí ptát, co tam dělá a co chce. Na tyto dotazy jim autorka knihy odpověděla, že přijela na rok jako učitelka angličtiny na místní střední školu. Vyčtená informace zcela změnila situaci a chlapci se jí rázem představili a sdělili jí, že i oni jsou žáky této školy a že určitě bude vyučovat i je. Následně se jí ujali a celé odpoledne jí dělali průvodce. Takovýchto příběhů je v knize vícero. Právě tyto krátké historky dodávají publikaci na autentičnosti, jisté dramatickosti a kniha se stává živější.

Jako další část bych ráda vyzdvihla i antropologické aspekty knihy. Je zřejmé, že autorka má v oblasti antropologie vzdělání a pro výzkum tento obor značně využívá. Rozhovory, které vede s místními učiteli a dalšími obyvateli, poskytují tak náhled na problematiku zahalování i z druhé strany. Čtenářovi je umožněno vcítit se do kůže muslimských žen, se kterými se autorka setkává poměrně často a jež jí zodpovídají nejrůznější otázky. V knize se objevuje i polemika nad zakořeněnými předsudky či názory ve společnosti. Příkladem může být jeden z důvodů, proč byl ve Francii přijat tolik diskutovaný výše zmíněný zákaz zahalování obličeje na veřejnosti. Ve zprávě předložené francouzským Národním shromážděním k předmětnému zákonu se několikrát objevuje, že se snaží přijetím zákona docílit rovnosti žen a mužů. Zahalování obličeje však rovnost všech znemožňuje, jelikož jsou muslimské ženy vystaveny nátlaku, především ze strany věřících mužů či jejich okolí, a šátky, které zahalují jejich obličeje, nosit musí. Dle Národního shromáždění má tento zákon zabránit donucování žen k zahalování a má tedy stírat nerovnost mezi muži a ženami.¹³ K tomuto postoji se naopak nepřiklonil Evropský soud pro lidská práva ve svém rozsudku *S.A.S. proti Francii*, kde odůvodnil své rozhodnutí, že legitimním cílem zcela jistě není rovnost mezi muži a ženami, protože některé ženy samy požadují mít možnost zahalování obličeje na veřejnosti.¹⁴ Rovněž i dotazované ženy v recenzované publikaci se kloní k názoru soudu, kdy shodně tvrdí, že neznají ženu, která by byla svým okolím nebo manželem nucena nosit muslimský šátek. Jedna žena z dotazovaných přitom nosí šátek neustále, prý tak lépe pocítuje svoje spojení s bohem, kdežto jiná z respondentek nenosí šátek vůbec, jelikož se na to necítí být připravena a nechce ještě přijmout takový závazek.

Závěrem bych knihu i přes její nedostatky doporučila. Hlavním důvodem je její originalita a prolínání jak právního hlediska, tak antropologického pohledu na věc. Vzhledem ke skutečnosti, že je kniha velmi čtivá a proložená i malými příběhy všedních dnů, nebude snad nikomu připadat, že by se nudil a ztrácel čas. Publikace nenásilně poukazuje na skutečný stav problematiky očima některých muslimských žen žijících ve Francii, kde

¹³ GARRAUD, Jean Paul. Rapport sur le projet de loi (n°2520), interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. *Assemblée Nationale* [online]. 2010 [cit. 8. 2. 2019]. Dostupné z: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2648.asp>

¹⁴ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (velký senát) ze dne 1. července 2014, *S.A.S. proti Francii*, číslo stížnosti: 43835/11, bod 119.

se cítí na jednu stranu jako doma, ale zároveň na druhou stranu jako osoby, které nebudou nikdy do dané společnosti zapadat, protože jsou vzhledem ke svému náboženství trochu odlišné.

Zbývá již jen odpovědět na otázku z úvodu recenze, a tou bylo, zda je skutečně náboženská svoboda v ohrožení? Jelikož v nedávném rozsudku *E.S. proti Rakousku* ESLP ochránil na úkor svobody projevu (kterou mimochodem chrání ve většině svých rozhodnutí) právě svobodu vyznání, když uvedl, že kritika náboženství nesmí jít za určitý limit, lze právě s ohledem na tento překvapivý rozsudek říci, že ještě není vše ztraceno, jak se mohlo či může v některých případech zdát. Svoboda náboženského vyznání má ve společnosti stále své místo a je i ze strany ESLP chráněna.

Zamyšlením na úplný závěr může být otázka, zda bude aktuální kniha doktorky Melanie Adrian stejně poutavá na úkor právního výzkumu či analýzy, nebo zda bude právě právní řešerše prohloubena a čtenář bude mít možnost „ponořit se“ hlouběji do legislativní problematiky? Nechme se překvapit a uvidíme, co připravovaná publikace přinese nového.

LUCENA, Cláudio. Collective Rights and Digital Content: The Legal Framework for Competition, Transparency and Multi-territorial Licensing of the New European Directive on Collective Rights Management

Springer International Publishing, 2015. ISBN 978-3-319-15910-2.

Lucie Straková*

Úvod – Směrnice o kolektivní správě

Evropský parlament a Rada Evropské unie přijaly 26. února 2014 Směrnici 2014/26/EU o kolektivní správě autorského práva a práv s ním souvisejících a udělování licencí pro více území k právům k užití hudebních děl online na vnitřním trhu (dále jako „*směrnice o kolektivní správě*“ nebo též „*Směrnice*“). Jedná se o první ucelený text vydaný Evropskou unií k úpravě oblasti kolektivní správy. Ačkoliv prvotní živá debata o tématu byla poměrně záhy nahrazena rozpravami o problematice osobních údajů a následně o směrnici o autorském právu na jednotném digitálním trhu, jedná se o téma stále vysoce aktuální a v literatuře poměrně opomíjené.

Cílem směrnice je sjednotit praxi v rámci předmětné úpravy a zejména stanovit určitý minimální standard pro vykonávání činnosti kolektivních správců, poskytování služeb autorům a informovat o průběhu a způsobu výkonu kolektivní správy zejména autory, respektive nositele majetkových práv předmětů ochrany, nebo spolupracující kolektivní správce.

1 Proměny kolektivní správy v moderní době

Kolektivní správa je dlouhodobě oblastí, která čelí mnohé kritice, zejména z důvodu nedostatečné transparentnosti vykonávaných činností, nespravedlivého rozdělování vybraných autorských poplatků nebo z důvodu monopolního postavení a nedostatku konkurence na poli kolektivní správy.

Moderní technologie na poli autorského práva mohou působit dvěma směry. *Jednak* jako výzva, určitá překážka pro dosavadní fungování systému, která (alespoň potenciálně)

* Mgr. Bc. Lucie Straková, doktorandka, Katedra občanského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Civil Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: luciestrakova@mail.muni.cz

nutí ke změnám, přizpůsobení a adaptaci aktuální poptávce. Frapantní je tento požadavek zejména vzhledem ke generaci *born digital*.¹ Ti, kteří se narodili do světa, ve kterém není autorské dílo svázáno s hmotným substrátem, kde všechny potřebné nástroje ke každodennímu životu lze nalézt na internetu, ať už se jedná o uživatele nebo autory, těžce chápou, že inherentní součástí prostředí komercializace autorských děl je systém kolektivní správy, jenž s minoritními obměnami funguje v podobě, v jaké vznikl v 18. století.

Ačkoliv se moderní technologie představily ponejprve jako něco, čemu se musí kolektivní správa přizpůsobit, a co komplikuje její dosavadní fungování, *druhým* směrem, kterým momentálně mohou působit, je právě realizace a zefektivnění kolektivní správy v jejím originálním smyslu.

Oblast kolektivní správy je v rámci odborné literatury, jak bylo zmíněno již výše, pokryta pouze spoře.² V tomto ohledu je práce Cláudia Luceny³ vítanou bílou vránou, o to více, že se zabývá zřídka adresovanými oblastmi kolektivní správy, jako jsou soutěžní aspekty, transparentnost a taktéž poměrně novou oblastí multiteritoriálního licencování. Publikace většinu příkladů ilustruje na hudebních dílech, což je vzhledem k tomu, že hudba je pravděpodobně nejvíce dotčenou oblastí moderními technologiemi a novými způsoby tvorby, sdílení a spolupráce, pochopitelné. K tomu se pojí i aspekt pojednání o licencích udělovaných pro více území k právům užití k hudebním dílům online.

Práci lze rozdělit na dvě logicky provázané části. První část se zabývá zejména historickými aspekty kolektivní správy, analyzuje motivace, které provázely její vývoj, a zkoumá nové modely, které se vytvářejí v prostředí moderních technologií a které zasahují

1 Více viz PALFREY, John G. a Urs GASSER. *Born digital: understanding the first generation of digital natives*. New York: Basic Books, 2008. ISBN 978-0-465-00515-4.

2 Dlouhodobě nejkomplexnější studií, zabývající se kolektivní správou zejména v evropském a americkém prostředí, je monografie editovaná Danielem Gervaisem. GERVAIS, Daniel J. (ed.). *Collective management of copyright and related rights*. Third edition. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2016. ISBN 978-904-1154-415. V českém prostředí je poslední monografií, vydanou na toto téma, práce Tomáše Matějčného: MATĚJČNÝ, Tomáš. *Kolektivní správa autorských práv*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2014, Pro praxi, 126 s. ISBN 978-80-7380-528-9. Z dalších prací lze zmínit HARTMANOVÁ, Dagmar. *Kolektivní správa autorských práv a práv souvisejících s právem autorským: historicko-teoretická studie: výklad platné právní úpravy včetně porovnání s právní úpravou vybraných evropských zemí, soutěžné právní aspekty kolektivní správy*. Praha: Linde, 2000. ISBN 978-807-2012-183, která je však již částečně neaktuální z důvodu novelizace zákona č. 121/2000 Sb., zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon) (dále jen „autorský zákon“), případně pak komentářovou literaturu nebo vysokoškolské učebnice.

3 Cláudio Lucena je profesorem a bývalým děkanem právnické fakulty Paraíba State University v Brazílii, v současné době působí ve výzkumném centru, které se zabývá budoucností práva (Center for the Future of Law) na Universidade Católica Portuguesa v Lisabonu. Působí v mnoha mezinárodních organizacích zabývajících se internetem, moderními technologiemi a budoucností práva, mj. je akreditovaným pozorovatelem Internet Governance Forum v Ženevě, členem Octopus Cybercrime Community of Experts of the Council of Europe, portugalské a brazilské kapitoly Internet Society a členem International Law Association.

do oblasti kolektivní správy. Místy až částečně psychologický rozbor aktérů na zkoumaném poli⁴ přispívá k vykreslení situace, ve které se autoři, uživatelé a kolektivní správci dnes nachází. Autor práce vhodně poznamenává, že pro učinění vhodných změn v současném systému je třeba vnímat posun, který se udál ve vnímání aktérů a v možnostech, které digitální technologie přinášejí.

Kolektivní správa se nutně musí přizpůsobit výzvám, které dnešní technologie přinášejí. Lze podotknout, že tato žádost by neměla být vnímána jako rozmar autorů či uživatelů, kteří s takovými technologiemi pracují, taková změna se ukazuje být zcela esenciální pro další fungování kolektivních správců jako zprostředkovatelů a subjektů pečujících o autorská díla a rozvoj kultury obecně.⁵ Druhá část se pak zabývá přímo novou právní úpravou v rámci Evropské unie, přičemž nejprve uvádí čtenáře do kontextu problémů či situací, které jsou předmětem Směrnice a následně tyto subsumuje pod text Směrnice a uvádí, jak Směrnice předestřené oblasti upravuje, a to spolu s doplňujícími informacemi o možném dalším vývoji a návrhy *de lege ferenda*.

2 Soutěžní aspekty, transparentnost, multiteritoriální licence

Autor se zaměřuje na několik zásadních otázek, se kterými se kolektivní správa potýká, které v práci postupně rozebírá. V souladu s analytickou a srovnávací povahou práce se ke každé z nich několikrát vrací ve světle přidaných argumentů. Tato recenze se bude soustředit na vybrané problémy, které jsou v odborné literatuře zabývající se kolektivní správou zastoupeny méně často. Jedná se o soutěžní aspekty kolektivní správy, otázky transparentnosti a čím dál více aktuální otázky multiteritoriálních licencí. Tyto tři oblasti jsou také nosnými tématy celé publikace, jedná se o problémy, které byly – ač existující po celou dobu – v minulých desetiletích takřka výlučně ponechány bez zásahů.⁶

První z nich jsou soutěžní aspekty kolektivní správy. Častým předmětem systému kolektivní správy je jeho faktická monopolní povaha.⁷ Tato otázka byla na úrovni Evropské unie předmětem debat již několikrát, dávno před účinností směrnice o kolektivní správě. Směrnice potvrzuje, že cílem je zajištění konkurence mezi kolektivními správci,

⁴ Zejm. kapitola 2.1 Digital technologies allow new forms of social interaction a kapitola 2.2 Enhanced interaction opens new collaboration possibilities.

⁵ Srov. BODÓ, Balázs, Daniel GERVAIS a João Pedro QUINTAIS. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing? *International Journal of Law and Information Technology* [online]. 2018, roč. 26, č. 4, s. 311–336 [cit. 4. 2. 2019]. ISSN 0967-0769. DOI 10.1093/ijlit/eay014. Dostupné z: <https://academic.oup.com/ijlit/article/26/4/311/5106727>

⁶ LUCENA, Cláudio. *Collective Rights and Digital Content: The Legal Framework for Competition, Transparency and Multiterritorial Licensing of the New European Directive on Collective Rights Management*. Springer International Publishing, 2015, s. 17. ISBN 978-3-319-15910-2.

⁷ V českém právním řádu je monopol kolektivních správců zakotven *ex lege*, kdy oprávnění k výkonu kolektivní správy není možno udělit k témuž předmětu ochrany, k němuž již má oprávnění jiný kolektivní správce (srov. v § 96a odst. 3 písm. d) autorského zákona).

což povede k zajištění lepších služeb pro nositele práv.⁸ Lucena např. upozorňuje, že Směrnice přímo vyvolává určité otázky z oblasti soutěže. V čl. 32 Směrnice stanovuje, že vysílatelé rozhlasového a televizního vysílání jsou vyloučeni z možného poskytnutí multiteritoriální licence kolektivním správcem, který na základě dobrovolného sloučení práv uděluje takové licence.⁹ Důvodem by pak mělo být, že takové povolení je již součástí licence udělené kolektivními správci vysílacím společností. Toto ustanovení neušlo ani pozornosti kolektivních správců. Britský kolektivní správce PRS for Music označil toto ustanovení za narušující hospodářskou soutěž.¹⁰ Ustanovení v nezměněné podobě nicméně součástí Směrnice zůstalo.

Dalším velkým tématem jsou otázky transparentnosti. Tento aspekt je odjakživa nejsilnějším bodem mezi kritiky kolektivní správy. Důvodem je zejména absence transparentnosti finančních a administrativních procesů v organizacích kolektivní správy, stejně jako veřejná nedostupnost jakýchkoliv informací o fungování těchto organizací. Kolektivní správci jsou často cílem útoků kvůli neprůhlednosti procesů, absenci mechanismů pro spravedlivý výpočet odměn nebo kvůli neoprávněnému nakládání se spravovanými prostředky. Tato tvrzení autor dokládá mj. také příslušnými rozhodnutími Soudního dvora Evropské unie, případně stanovisky Komise.¹¹ V roce 2008 italská organizace kolektivní správy ztratila kvůli špatné investici prostředků zastupovaných autorů 35 milionů EUR.¹²

Směrnice oproti dřívějším připravovaným dokumentům obsahuje soubor ustanovení, která by měla pomoci zajistit větší transparentnost činnosti kolektivních správců. S tímto tvrzením však nelze bez dalšího souhlasit. Ačkoliv Směrnice stanovuje určitý rámec hráčům v této oblasti, samotná právní úprava není pro kýžené změny postačující. Je třeba, aby se o takový vývoj zasazovali zúčastnění, tedy zejména kolektivní správci, případně orgány, vykonávající dozor nad danou oblastí.¹³ Ačkoliv autor studie rozebírá jednotlivá ustanovení Směrnice, která se transparentností organizací kolektivní správy zabývají, chybí v této části jednak hlubší formulace názorů autora, a pokud již se vyskytnou, tak jejich podložení odbornou literaturou, která by jeho tvrzením dala ještě větší váhu. Zejména v kontextu s jinými kapitoly působí tato skutečnost rušivě. Autor kapitolu

⁸ Kolektivní správa musí být v souladu s podmínkami nastavenými čl. 101 a 102 Smlouvy o fungování Evropské unie.

⁹ Čl. 32 Směrnice.

¹⁰ PRS FOR MUSIC. *Position Paper: Proposal for a Directive on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market ("CRM Directive")* [online]. March 2013 [cit. 19. 2. 2019]. Dostupné z: <https://www.prsformusic.com/-/media/files/prs-for-music/corporate/crm-directive-prs-for-music-mar-2013-english.pdf>

¹¹ Zejm. kapitola 4.3.2 Transparency and accountability.

¹² LUCENA, op. cit., s. 25.

¹³ V České republice se jedná zejm. o Ministerstvo kultury, které je dozorovým orgánem pro kolektivní správu práv.

uzavírá poněkud zjednodušujícími prohlášeními, že problémy s transparentností se v rámci kolektivní správy budovaly již více než staletí, Směrnice by tak měla naplnit úlohu prakticky prvního instrumentu, který tento trend zvrátí.

Třetí adresovanou oblastí je problematika teritoriality, zejména ve vztahu k multiteritoriálním licencím. Jak zmiňuje i Ian Hargreaves již ve své studii z roku 2011,¹⁴ je šokující, že ani jednadvacet let po založení jednotného digitálního trhu Evropské unie není možné poskytovat autorskoprávní obsah skrze jeden kanál celou Evropou.

Lucena zdůrazňuje, že se kolektivní správci napříč Evropou již dříve pokusili vytvořit fungující systém, který by licencování pro více území umožňoval. Komise však znemožnila fungování tohoto uskupení z důvodu nedovoleného jednání ve vzájemné shodě. Těchto dvacet čtyři kolektivních správců¹⁵ tedy nemohlo nabízet spravovaný obsah i přeshraničním subjektům a bylo omezeno na národní teritorium. Problematickou v tomto případě byla i doložka, který upravovala smluvní vztahy mezi danými kolektivními správci tak, že práva mohla být udělena pouze pro území stran dané dohody.¹⁶

Cílem Směrnice je odstranit bariéry, které prozatím licencování pro více území provázely, aby mohl být kreativní obsah na internetu dostupný rychleji, levněji a přístupněji pro všechny zúčastněné aktéry. Jedná se o náročný úkol, neboť do této oblasti zasahují další problematiky, jako např. výše zmíněná hospodářská soutěž mezi kolektivními správci a nutnost všechny relevantní zájmy pečlivě vybalancovat. Autor studie vhodně podotýká, že otázky teritoriality jsou palčivým problémem i nyní, existence multiteritoriálních licencí pak se svým online a ubikvitním charakterem předmětů ochrany přinese ještě další aspekty, které budou pravděpodobně katalyzátorem pro další diskuzi ohledně jurisdikcí, přeshraničních autorských odměn a soudních sporů zahrnujících tyto nové instituty. Směrnice v tomto případě nepochybně není univerzálním nástrojem, který by veškerými odpověďmi na vznikající otázky disponoval, bude proto nutné počkat na další, zejména praktický, vývoj v této oblasti.

Závěr

Celkově lze ocenit práci autora zejména vzhledem ke zpracování oblastí, které jsou mnohdy odbornou literaturou ve vztahu ke kolektivní správě opomíjené. Práce je pojata jako srovnání stavu kolektivní správy ve vymezených aspektech před účinností o kolektivní správě a stavem, který sleduje směrnice o kolektivní správě, jenž je obecně v souladu i s představami autorů a uživatelů. Čtenář po přečtení práce zalituje, že není

¹⁴ HARGREAVES, Ian. *Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth*. UK Intellectual Property Office [online]. 2011, May 2011, s. 35 [cit. 11. 2. 2019]. Dostupné z: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf

¹⁵ LUCENA, op. cit, s. 28.

¹⁶ Ibid.

rozsáhlejší a nezabývá se i dalšími aspekty, které nová směrnice adresuje – např. licencování pro nekomerční účely,¹⁷ aktivity kolektivních správců v rámci sociálních, kulturních a vzdělávacích účelů¹⁸ nebo role nezávislého správce práv.¹⁹ Autor studie navíc limitaci rozsahem sám v závěru zmiňuje.

Práce je relativně úzce zaměřená, nelze tedy říci, že ji doporučuji ke studiu všem z řad právnické veřejnosti (jak bývá často zvykem). Obecně však lze práci doporučit k pozornosti těm, kteří se pohybují v oblasti autorského práva nebo se chtějí dozvědět více o prostředí, v němž dnes autorská díla vznikají a co ovlivňuje jejich další životní cyklus. Cenná bude zejména pro ty, kteří se chtějí blíže seznámit s okolnostmi a vlivy, které provázely vytváření a vznik směrnice o kolektivní správě nebo mají zájem o poměrně zřídka (sic!) rozebírané aspekty ve spojení s kolektivní správou, jako jsou právě aspekty soutěžní a problematika teritoriality. Jako zdroj inspirace může dílo sloužit i v úvahách nad úpravou právního rámce Ministerstvu kultury, které vykonává dohled nad ochranou hospodářské soutěže, neboť tuzemská odborná literatura v této specifické oblasti prakticky neexistuje. Zajímavou by pak do budoucna byla navazující analýza zkoumající, jak se situace proměnila nyní, kdy je Směrnice již delší dobu účinná.

¹⁷ Rec. 19 Směrnice.

¹⁸ Např. čl. 16 odst. 6 Směrnice.

¹⁹ Čl. 3 b) Směrnice.

POKYNY PRO AUTORY

Pravidla rubrik

Články

Recenzováno

Doporučený rozsah 15–30 normostran.

V rubrice se uveřejňují původní, dosud nepublikované,¹ odborné texty v oboru práva. Stati jsou adresovány primárně vědecké komunitě. Text musí dané téma uchopit komplexně. Nejsou vhodné příspěvky s názvy typu „vybrané problémy ...“ či „několik poznámek k ...“ s výjimkou případů, kdy se příspěvek týká zcela nového a zatím nezpracovaného právního jevu, kde komplexní přístup v takto raném stadiu zatím není možný. Vhodnější je zvolit užší téma a uceleně ho zpracovat. Texty musí reflektovat probíhající odbornou diskusi k danému tématu i relevantní judikaturu. Pokud je to s ohledem na téma rukopisu vhodné, měl by jeho autor uvést srovnání alespoň s vybranými zeměmi EU. Rukopis musí obsahovat nové myšlenky, na které budou moci navazovat další autoři. Je vhodné předem konzultovat s editorem, zda je zamýšlené téma a metoda zpracování příspěvku vhodná z hlediska zaměření časopisu.

Doktorandské a studentské příspěvky

Recenzováno

Doporučený rozsah 15–30 normostran.

V rubrice se uveřejňují statě vycházející z disertačních, diplomových a dalších prací autorů. Spolu s rukopisem musí autor doložit doporučující stanovisko svého školitele nebo profesora či docenta v příslušném oboru. Pro obsah textů platí shodné zásady jako pro rubriku Články.

Aktuality pro právní praxi

Recenzováno

Doporučený rozsah 10–20 normostran.

Rubrika je určena pro dosud nepublikované přehledové články, které jsou věnovány aktuálním a diskutovaným otázkám legislativy a judikatury. Článek však musí představovat

¹ Na újmu není předchozí publikace rukopisu v rámci fakultní edice Working papers.
<http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/>

přínos i pro vědeckou komunitu. Nelze publikovat texty, které budou obsahovat pouhé anotace judikátů či shrnutí nově přijaté právní úpravy bez podrobnějšího komentáře a autorem zaujatého stanoviska.

Recenze a anotace

Nerecenzováno

Doporučený rozsah 3–5 normostran.

Každá recenze musí obsahovat úplnou bibliografickou citaci recenzované publikace, jméno recenzenta a informace o něm (profesní působení, kontaktní e-mail). Smyslem recenzí a anotací je nejen informovat čtenáře časopisu o nově vydaných vědeckých publikacích v oboru práva, ale především přinést vlastní recenzentovo kritické zhodnocení, argumentaci a polemiku s autorem. Recenzované publikace nemají být starší tří let (posuzováno od okamžiku publikace recenze). Nebudou publikovány recenze na publikace učebnicového charakteru, sborníky či příručky pro právní praxi.

Je vhodné předem konzultovat s editorem výběr publikace, kterou zamýšlíte recenzovat.

Zprávy z vědeckého života

Nerecenzováno

Doporučený rozsah 3–5 normostran.

Záměrem zprávy z vědeckého života je zpravidla informovat čtenáře časopisu o uskutečněné odborné akci v oboru práva. Zprávy je třeba zasílat co nejdříve po uskutečnění akce. Je vhodné předem konzultovat s editorem, ve kterém čísle přichází publikace zprávy v úvahu, a kdy budou uzavírány podklady pro toto číslo.

Obecná pravidla

- Rukopis musí být psán v češtině, slovenštině nebo angličtině.
- Každý rukopis musí obsahovat jméno autora, údaje o jeho profesním působení, e-mailový kontakt na autora.
- Rukopisy zasílané do recenzovaných rubrik musí vždy obsahovat anotaci a klíčová slova v angličtině. V případě, že je samotný rukopis psán česky či slovensky, musí obsahovat též klíčová slova a anotaci v jazyku rukopisu.

Citační standard

ISO-690

Příklad citace knihy:

FILIP, Jan a Jan SVATONĚ. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, 400 s. ISBN 978-807-3576-851.

Příklad citace příspěvku ve sborníku:

OVESNÝ, Pavel a Jan NOVÁK. Finanční správa – součást realizace finančního práva. In: *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 227–234. ISBN 978-80-210-4733-4.

Příklad citace odborného článku v tištěném časopise:

FILIP, Jan a Vojtěch ŠIMÍČEK. K některým otázkám členství v politických stranách po novelizaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 1995, roč. 3, č. 1, s. 109–119.

Příklad citace elektronického článku:

GODERIS, Benedikt a Míla VERSTEEG. The Transnational Origins of Constitutions: Evidence From a New Global Data Set On Constitutional Rights. *CentER Discussion Paper* [online]. 2013, č. 010 [cit. 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. Zasláné rukopisy jsou anonymně posuzovány minimálně dvěma nezávislými recenzenty a konečné rozhodnutí o publikaci je v kompetenci redakční rady. Orientační doba recenzí jsou tři měsíce. Bližší informace podá na požádání redakce.

² [Http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/](http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/)

JOURNAL GUIDELINES

Types of Submissions and Journal Policies

Articles

Peer-reviewed

Recommended length is from 15 to 30 pages.

Any article submitted to this section must be an original work, not yet published¹ academic text in the field of law and legal practice. Legal texts – articles, are primarily addressed to the scientific and academic community. Articles must grasp the researched topic completely. We do not recommend article with titles such as „selected issues...“ or „a few remarks about...“; except in cases where the topic relates to an entirely new and not yet published legal area; therefore, a comprehensive approach at such an early stage is not possible. Thus, it is preferable to choose a narrower topic and research it comprehensively. All texts must reflect ongoing discussion on the topic and relevant case law. If it is possible with regards to the content of the article, the topic must be compared with at least some selected EU Member States. The article must contain new ideas, which can be further followed and further developed by other authors.

It is advisable to consult in advance the topic and methods of the article with the editor; whether it is a suitable topic with regards to the focus of the journal.

Doctoral and Students Articles

Peer-reviewed

Recommended length is from 15 to 30 pages.

In this section, texts based on dissertations, diploma theses and other original student works are published. Along with the text, the author must submit a recommendation from his/her supervisor (associate professor/docent or professor) in the relevant field. For articles in this section, same rules as for Articles (see above) apply.

News from Legal Practice

Peer-reviewed

Recommended length is from 10 to 20 pages.

¹ Previous publication in the Working papers series is not a problem. For more information on the Working papers series, see <http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/>

In this section, only unpublished and original contributions on current issues of legislation and case law will be published. Texts, however, must contain new information for legal and scientific community. Articles containing only annotations of case law or summaries on newly adopted legislation without any further comments and author's original opinions will not be published.

Reviews and Annotations

Not reviewed

Recommended length is from 3 to 5 pages.

Each review shall contain full biographic citation of the reviewed publication, reviewer's name and his/her affiliation (profession, contact e-mail). The purpose of the reviews and annotations is not only to inform readers of the journal about recently published legal scientific monographs, but also to present reviewer's own critical evaluation of the reviewed text, his argumentation or controversy with the author's views and conclusions. Reviewed books must not be older than three years (the relevant date is the publication date). Reviews of textbooks, manuals, conference proceedings or manuals for legal practice will not be published.

It is advisable to consult in the advance with the editor the publication you intend to review.

News and Reports from Scientific Life

Not reviewed

Recommended length is from 3 to 5 pages.

The intention of the news and reports from the scientific life is to inform readers of the journal about current events in the field of law. The news and reports should be sent as soon as possible after the relevant event has occurred. It is advisable to consult in advance with the editor, in which issues the news and report could be published and when the due date for the relevant issue is.

Author Guidelines

- Each text must be submitted in Czech, Slovak or English.
- Each text must contain name of the author, his/her affiliation (profession) and e-mail contact.

- Texts sent to the reviewed section must always include abstract and keywords in English. In case that the manuscript is written in Czech or Slovak language, it must also contain abstract and keywords in the language of the text.

Citation standard

ISO-690

Structure of citations – examples:

Books

FILIP, Jan and Jan SVATONĚ. *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 Constitutions: Evidence From a New Global Data Set On Constitutional Rights. *Center Discussion Paper* [online]. 2013, no. 010 [cit. 3. 5. 2014]. Available 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/](http://workingpapers.law.muni.cz/content/cs/)