2003

I.

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI



MASARYKOVA UNIVERZITA
PRÁVNICKÁ FAKULTA
V BRNĚ

ČASOPIS
PRO PRÁVNÍ VĚDU
A PRAXI

Ročník XI
číslo 1/2003

Redakční rada:

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

Vydává: Masarykova univerzita v Brně • **Adresa redakce:** Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta, Veveří 70, 611 80 Brno; • Tajemník redakce: Mgr. J. Michlová, tel. a fax. 541 559 322, e-mail: michlova@law.muni.cz; • **Tisk:** Ladislav Sýkora, ofsetový tisk, Stará 18/20, Brno • **Rozšiřuje, objednávky přijímá a vyřizuje:** Vzdělávací a ediční středisko Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, Veveří 70, 611 80 Brno

Předplatné na rok 2003 – 380,- Kč • Cena jednoho čísla – 95,- Kč • Vychází 4x ročně

Toto číslo bylo dáno do tisku v dubnu 2003

ISSN 1210 – 9126

Pokyny pro autory:

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

OBSAH

ČLÁNKY

Jan Kysela, Zdeněk Kühn: Kreace ústavních soudů ze srovnávací perspektivy 1

Petr Hajn: Výhodné smluvní podmínky jako varovné signály 17

Naděžda Rozehnalová: Aplikace unifikovaného hmotného práva upravujícího mezinárodní kupní smlouvu 22

Soňa Skulová: Čím je ovládáno správní uvážení, aneb úvaha nejen o pravidlech, ale také o hodnotách, cílech, principech a zásadách 29

Karel Marek: Smlouva mandátní a smlouva komisionářská 37

Zdeňka Králíčková: Nad autonomií vůle a jejími limity ve vztazích osob žijících more uxorio ve světle českého a italského právního řádu 43

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

Ján Drgonec: Právna úprava odpočúvania a použitia ďalších sledovacích technológií mocenskými zložkami v Slovenskej republike 51

Jan Filip: Prezidentské volby v roce 2003 a počítání času v ústavním právu 59

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Michal Hocko: Základní prostředky ochrany mzdových nároků zaměstnanců 63

Jaroslav Knot: Helsinská smlouva – internacionalizace severské spolupráce 67

ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Jana Zezulová: Nad institutem korunního svědka 73

Miloš Večeřa: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi 76

RECENZE

Jan Kysela: Ladislav Cabada, Michal Kubát a kol.: Úvod do studia politické vědy 78

Kateřina Šimáčková: Sborník Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy 82

Jan Filip: V. Pavlíček: O české státnosti. Úvahy a polemiky. 84

Jan Filip: Holländer, P.: Abriß einer Rechtsphilosophie. Strukturelle Überlegungen 86

ČLÁNKY

Kreace ústavních soudů ze srovnávací perspektivy

Jan Kysela, Zdeněk Kühn*

Svět přelomu 20. a 21. století je judicializován; soudci rozhodují i o otázkách dříve jim vzdálených. Hovoří se o globální expanzi soudcovské moci.[1] Evropský soudní dvůr (ESD) v Lucemburku vytvořil Evropská společenství tak jak je známe dnes: považuje se za nesporné, že nebýt expanzivních rozhodnutí tohoto soudu v prvních třech dekádách, EU by dnes vypadala zcela jinak a byla by jen jednou z mnoha organizací tohoto typu.[2] Domácí ústavní (popř. nejvyšší) soudy hrají v Německu, USA, Španělsku, Itálii, ve střední Evropě a v řadě dalších zemí světa zásadní roli a jejich rozhodnutí se nevyhnutelně promítají také v politice. Soudcovská moc tedy bezesporu hraje v celosvětovém srovnání roli, která nemá historicky obdoby.

Citlivost judicializace veřejného života posuzovaná prismatem ústavních soudů tkví ve zvláštnosti jejich rozhodování, na rozdíl od převážné většiny vrcholných institucí obecných soudních soustav. Specifikum rozhodování ústavních soudů spočívá již v právu, jež je jejich úkolem aplikovat. Ústavní právo je totiž právem poněkud se vymykajícím z typických rysů ostatních odvětví práva. Je to dáno nejen jeho těsným poměrem k politice (ústavní právo jako právní odvětví)[3], nýbrž také přímo jeho povahou.

První aspekt spočívá především v předmětu regulace ústavního práva, jímž jsou politický řád společnosti, resp. rámec vlády či „metapravidla" vládnutí, a základní lidská práva. Platí-li vůbec kde výrok *Kallabův*, že *„právo a politika mají stejný předmět a metodu myšlení"*, resp. že obojí je logickým soudem o cizí vůli, ovšem s rozdílem mezi autoritativní a svrchovanou formou vůle právní a pouhou aspirací na svrchovanost vůle politické[4], je to zde. Ústavní právo zakotvuje limity politiky, jednak jako prostoru svébytné kreativní činnosti související s autoritativním, tj. mocí podloženým rozhodováním o alokaci hodnot a veřejných statků, jednak jako této činnosti samotné.[5] Je to právě ústavní právo, jež určuje formy přeměny politické vůle ve vůli právní, tj. formy imanentního působení politiky na právní řád.[6] Z citlivosti předmětu normativní regulace nicméně vyplývá rovněž působení politických ideologií na ni a eminentní a intenzivní zájem politiků o formulaci, interpretaci a aplikaci pravidel ústavního práva, jež jsou vzhledem k tomu začasté chráněna před příliš četnými ataky kvalifikovanou procedurou změn (rigiditou) a působením svébytných orgánů ochrany ústavnosti.

Dnes již nikdo nemůže vážně tvrdit, že interpretace práva spočívá jen v nějaké mechanické činnosti na základě objektivních a nezpochybnitelných právních dogmat. Nikde jinde to však není natolik markantní jako v právu ústavním. To vyjadřuje příhodně např. *B. Baxa: „Chtíti určitou instituci právní (státní) posuzovati jen z hlediska jejího významu právního bez náležitého zřetele na její význam politický, znamenalo by nejen posuzovati ji jednostranně, nýbrž i ztratiti*

* JUDr. Jan Kysela, Ph.D., katedra teorie práva a právních učení Právnické fakulty UK a Kancelář Senátu
JUDr. Zdeněk Kühn, Ph.D., LLM., katedra teorie práva a právních učení Právnické fakulty UK, t.č. student doktorského programu University of Michigan, Ann Arbor, USA.

[1] TATE, C. N., VALLINDER, T. /eds./: The Global Expansion of Judicial Power, New York, London, New York University Press 1995.

[2] Jako jeden z prvních to zaznamenal americký internacionalista českého původu *Eric Stein*, který na počátku 60. let pobýval v Lucemburku a Bruselu a byl očitým svědkem diskusí nad prvními dvěma přelomovými rozhodnutími ESD: *Van Gend en Loos* a *Costa v ENEL* (srov. jeho slavný článek Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, American Journal of International Law, sv. 75, 1981, str. 1 násl., přetištěno také v STEIN, E.: Thoughts From a Bridge: A Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism, Ann Arbor 2000, a v italštině STEIN, E.: Un nuovo diritto per l'Europa: uno sguardo d'oltre oceano, Milano 1991). Srov. dále např. GREEN, A. W.: Political Integration by Jurisprudence, Leyden 1969, BURTLEY, A.-M., MATTLI, W.: Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration, International Organization, sv. 47, 1993, str. 1 násl. a nespočetná další literatura.

[3] PAVLÍČEK, V. a kol.: Ústavní právo a státověda I. díl Obecná státověda, Praha 1998, str. 15.

[4] KNAPP, V.: Problém nacistické právní filosofie, Praha 2002, reprint vydání z roku 1947, str. 20–21.

[5] Právě kreativní charakter podle některých autorů odlišuje politiku od „pouhého administrování" podle předem daných pravidel. V tomto smyslu mohou být „politickými" ty aspekty činnosti orgánů aplikace práva, které přesahují striktní naplňování litery právního předpisu směrem k dotváření práva.

[6] Dílo cit. v pozn. č. 4, str. 21 násl.

z očí právě onen (dynamický) moment vývojový, který z mnohé instituce juristicky veledůležité činí instituci politicky bezvýznamnou neb dokonce i přežitou."[7]

Druhým aspektem specifického charakteru ústavního práva je povaha normativního textu ústav, v němž jsou klasické kondicionální normy v menšině a naopak převažují principy, programové věty, ustanovení o cílech atd. Na rozdíl od subsumpce skutkového dění v hypotéze právní normy, jež je typická v aplikaci jednoduchého práva, zde vystupuje do popředí rekonstrukce účelů jednotlivých ústavních institutů a ustanovení, poměřování principů apod.[8] To jsou ovšem činnosti tvůrčí a ve shora zmíněném smyslu vlastně politické. Nedaří-li se je opřít o přesvědčivé odůvodnění, založené v textu či zásadách ústav, mohou přispívat ke sporu politické reprezentace a ústavních soudů, které jsou osočovány z provozování politiky, avšak bez mandátu voličů. Reakcí na tyto tenze jsou doktríny soudcovského sebeomezení, jmenovitě pro projednávání ryze politických otázek.[9] Sebeomezení soudců však rozhodně nemůže být rezignací na intervence do všech sfér, které z povahy věci expanzivní politika prohlásí za své hájemství. Tím by v podstatě byla vyloučena abstraktní kontrola ústavnosti norem, jež je nejvlastnějším posláním ústavních soudů jako orgánů oddělujících svými verdikty sféru metapolitiky a politiky „všedního dne", přičemž jen ta druhá je vyhrazena působení vlády a prosté většiny ji podporující parlamentní komory.

Účelem tohoto článku nicméně není přemítat nad ústavním soudnictvím jako institucí vyjadřující snad nejvýstižněji styčné plochy práva a politiky[10], resp. nad tím, zda jsou judicializační trendy pozitivní či negativní (jde přece také o jejich míru). Pro tento článek tyto skutečnosti prostě bereme v úvahu jako faktor, který ukazuje na zásadní právní, ale ve specifickém slova smyslu i politickou roli ústavního soudu. Náš záměr je mnohem pragmatičtější.

V průběhu tohoto a na počátku příštího roku totiž vyprší většině českých ústavních soudců jejich desetileté funkční období. Nový prezident republiky a Senát budou z tohoto důvodu participovat na výběru nových ústavních soudců. Bereme jako nesporné tvrzení, že odpovídající způsob výběru ústavních soudců je základním předpokladem dobrého fungování ústavních soudů.[11] S pohledem na některé právní úpravy ve světě a na zkušenosti s nimi bychom chtěli ukázat možné způsoby, kterými jsou soudci jmenováni na ústavní (či obdobné soudy) a vyvodit z toho odpovídající doporučení pro model český. Naše pozornost bude, po úvodním přehledu možných řešení[12] a zařazení české úpravy do této množiny, zaměřena na následující konkrétní problémy. Za prvé, jakou roli hraje ve jmenovacím procesu prezident a zákonodárný sbor v zemi, která je inspirací a vzorem české úpravy, tedy v USA, a jaká je situace v zemi, která je nám kulturně bližší, tedy v Německu. Za druhé, jaké požadavky se v komparativním pohledu kladou na nové ústavní soudce. Dále, jaké jsou zkušenosti s možností opakované instalace soudců, kterým vypršelo příslušné funkční období. Konečně, zvážíme, jakým způsobem lze zajistit kontinuitu rozhodování Ústavního soudu, která je ohrožena tím, že Ústava ČR nepamatovala na problém postupné obměny Ústavního soudu, který byl ustaven téměř kompletně v jednu dobu, tj. v červenci 1993.

---

[7] Baxa, B.: Právní povaha řádů parlamentních (výňatek z větší práce), Praha 1917, str. 12.

[8] K tomu viz např. Holländer, P.: Interpretace ústavního práva: metodologický hlavolam?, in: Novotný, O. (uspoř.): Pocta Vladimíru Mikule k 65. narozeninám, Praha 2002, a týž: Dotváření Ústavy judikaturou Ústavního soudu, in: Kysela, J. (uspoř.): Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy, Praha 2003, t.č. v tisku.

[9] Např. Novak, M.: Ústavní soud mezi právem a politikou, Právník, sv. 140, 2001, str. 421 násl.

[10] V. Šimíček v této souvislosti píše o vztahu Ústavního soudu k politice vyjádřenému několika komponenty: je součástí politického systému; působí v oblasti ústavního práva, jež je právem politickým; rozhoduje otázky s politickými konsekvencemi a zčásti i příčinami; z povahy věci do politického dění zasahuje a zasahovat musí jako strážce ústavních principů a hodnot – viz Šimíček, V.: Ústavní soud a politika, Proglas č. 7/2001, str. 19 násl.

[11] Wagnerová, E.: Ústavní soudnictví, Linde, Praha 1996, str. 33.

[12] K tomuto tématu existuje velmi početná literatura. Kromě dále citovaných pramenů vycházíme zejména ze studie Rady Evropy v rámci edice Science and technique of democracy, No. 20, European Commission for Democracy through Law: *The composition of constitutional courts*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1997 (vyšlo současně též ve francouzské edici jako *La composition des cours constitutionnelles*). Pokud odkazujeme na internetové stránky ústavních soudů, jsou jimi v případě ČR http://www.concourt.cz, SR http://www.concourt.sk, Maďarska http://www.mkab.hu, Polska http://www.trybunal.gov.pl, Slovinska http://www.us-rs.si, a SRN http://www.bverfg.de. Všechny navštíveny 21. 1. 2003. V české literatuře viz např.: Wagnerová, E.: Ústavní soudnictví, Linde, Praha 1996, Suchánek, R.: Ústavní soudnictví ve státech střední a východní Evropy, in: Pavlíček, V. /ed./: Transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy I. část, Univerzita Karlova, Praha 1999, Šimíček, V. /ed./: Ústavní soudnictví ve vybraných postkomunistických zemích, MPÚ MU, Brno 1999, Blahož, J.: Soudní kontrola ústavnosti: srovnávací pohled, CODEX, Praha 2001.

I. ZÁKLADNÍ MODELY USTAVOVÁNÍ ÚSTAVNÍCH SOUDCŮ[13]

I.1 JEDNODUCHÁ JMENOVACÍ PROCEDURA

S ohledem na význam ústavního soudu je tento model spíše výjimečný. Nalezneme jej např. ve Skandinávii, kde ovšem neexistuje zvláštní ústavní soudnictví a tamní nejvyšší soudy provádějí kontrolu ústavnosti jen zcela výjimečně, což je dáno i tím, že mohou zrušit zákon jen tehdy, pokud rozpor mezi zákonem a ústavou je *zřejmý*.[14] Soudci skandinávských nejvyšších soudů jsou zpravidla jmenováni hlavou státu na základě doporučení ministra spravedlnosti, z čehož plyne, že se tento proces zásadně neliší od jmenování dalších soudců.

I.2 FRANCIE: PRAVOMOC JMENOVÁNÍ ROZDĚLENA MEZI TŘI POLITICKÉ ORGÁNY

Ve Francii je model jmenování modifikován tím, že jmenování devíti členů Ústavní rady (ústavní soud svého druhu) je rozděleno mezi prezidenta republiky a předsedy obou komor francouzského parlamentu (jde o personální pravomoc předsedy příslušné parlamentní komory, nikoliv o kompetenci komory jako celku). Systém je nastaven tak, že každé tři roky jmenují všichni tři činitelé po jednom novém ústavním soudci, přičemž celkové funkční období soudce trvá devět let. Diskrece při jmenování není nijak omezena, soudci toliko nemohou být jmenováni opětovně. Systém chrání různorodost soudců rozdělením pravomoci jmenovat soudce mezi tři politické funkce, problémem však může být situace, kdy dva nebo dokonce tři posty jsou reprezentovány zástupci téže politické formace. I v takovémto případě je totiž diskrece zcela neomezená.[15]

Nutno ovšem podotknout, že Ústavní rada má jen právo předstižné kontroly ústavnosti a v tomto smyslu je ve srovnání se středoevropskými ústavními soudy poněkud jiným, koncepčně političtějším orgánem. Limitem její nadměrné politizace nadto je, vedle norem politické kultury, právě postupné obměňování: uvážíme-li např. tříleté funkční období předsedy Senátu a nově pětileté volební období prezidenta republiky, je možné, že každý z nich bude vybírat členy Ústavní rady jen jednou. Politická „jednobarevnost" tří zmíněných vrcholných činitelů by tak musela trvat alespoň šest let, aby ovlivnila dvě třetiny Ústavní rady.[16] A to jen za předpokladu, že by k jejím devíti členům nebyli připočítáni bývalí prezidenti republiky, kteří jsou virilisty, pokud se svého členství nevzdají (jako *V. Giscard d'Estaing*).

I.3 VOLBA SOUDCŮ

V tomto modelu jsou soudci voleni jednokomorovým parlamentem (Ázerbajdžán, nově Chorvatsko, Maďarsko, Lotyšsko, Litva, Portugalsko), první komorou zákonodárného sboru (Chorvatsko do roku 2001, Polsko, Slovinsko), samostatně oběma komorami (Německo[17]) nebo společnou schůzí obou komor (soudci švýcarského federálního Nejvyššího soudu). V řadě států se předepisuje k volbě kvalifikovaná většina hlasů (např. Německo, Maďarsko, Chorvatsko, Portugalsko).

Požadovaného rozptýlení subjektů participujících na ustavení soudců je dosaženo právem navrhovat kandidáty svěřeným orgánu odlišnému od volitelů. Chorvatské první komoře navrhovala kandidáty do svého zrušení v roce 2001 druhá komora parlamentu, v Litvě navrhují parlamentu kandidáty prezident republiky a předsedové parlamentu a nejvyššího soudu, ve Slovinsku navrhuje kandidáty první komoře parlamentu (Státní shromáždění) prezident republiky (jak ukážeme níže, tento systém se prakticky příliš neliší od našeho).

Problematická je podle nás situace, když jsou kandidáti navrhováni členy téhož orgánu, který soudce volí. Příkladem je Polsko (srov. čl. 5 zákona o Ústavním soudu), kde navrhuje kandidáty skupina alespoň 50 poslanců Sejmu (první komory) nebo prezidium Sejmu, přičemž ke zvolení postačí nadpoloviční většina hlasů z alespoň poloviny přítomných poslanců. Po ústavní reformě je to nově i případ Chorvatska (limitem je pouze výběr soudců z řad renomovaných právníků), což ilustruje jednak vedlejší důsledky zrušení druhé komory, jednak celkové posílení jednokomorového parlamentu v chorvatském ústavním systému.

V Portugalsku volí parlament deset ústavních

[13] V některých zemích neexistuje zvláštní ústavní soud, nicméně v nich existuje přezkum ústavnosti difúzního charakteru (přezkum ústavnosti vykonává jakýkoliv soudce). V takovýchto zemích hraje klíčovou roli nejvyšší soud, který je tím soudem, který s konečnou platností vysloví (proti)ústavnost zákona. Příkladem jsou USA, Kanada, skandinávské země, v poněkud zvláštním smyslu Estonsko (zde je to funkcí specializovaného senátu Nejvyššího soudu). Pokud tedy hovoříme o ústavních soudech, rozumíme tím nejen ústavní soudy v technickém slova smyslu, ale též soudy nejvyšší v systému difúzní kontroly ústavnosti.

[14] K problému tohoto modelu v češtině KÜHN, Z.: Aktivismus ústavních soudů ve střední a východní Evropě, in: Pavlíček, V. /ed./: Transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy II. část, Univerzita Karlova, Praha 2000.

[15] European Commission for Democracy through Law: *The composition of constitutional courts*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1997.

[16] V zájmu objektivity je však třeba podotknout, že dlouholeté setrvávání politiků ve funkcích je ve Francii spíše tradicí.

[17] Stranou ponecháváme v jiném kontextu jistě relevantní spor o povahu Spolkové rady jako specifické instituce, jež plní funkce druhé komory, aniž by však byla volena.

soudců dvoutřetinovou většinou hlasů. Tito soudci samostatně kooptují zbývající tři soudce do celkového počtu třinácti soudců ústavního soudu. Podmínkou je, že šest ústavních soudců musí mít za sebou předchozí soudcovskou praxi v obecném soudnictví.

Možné problémy tohoto typu ustavení soudců lze ukázat na maďarském příkladu. Tam jsou soudci voleni dvoutřetinovou většinou poslanců, kandidáty navrhuje zvláštní k tomu určená komise parlamentu, kde má každá politická strana jednoho člena. Kvalifikovaná většina, jejímž cílem bylo zamezit jmenování soudců prostou většinou hlasů vládnoucí koalice, vytvořila v průběhu 90. let situaci, kdy se nedařilo obsadit všechna místa v rámci soudu. Přestože byl počet soudců snížen v důsledku politického kompromisu na jedenáct, po rezignaci jednoho soudce dokonce jen devítičlenný soud získal všechny své členy teprve na sklonku 90. let.[18]

II. SMÍŠENÉ MODELY

II.1 VOLBA A JMENOVÁNÍ SOUČASNĚ

Ve smíšených modelech lze v zájmu různorodosti soudců kombinovat volbu parlamentem se jmenováním hlavou státu (Arménie, Rakousko, Bulharsko, Rumunsko) či jiným orgánem.

Vhodným příkladem je Rakousko, kde tamní prezident jmenuje šest soudců a tři náhradníky na základě výběru spolkové vlády, tři soudce a dva náhradníky na základě volby první komorou (Národní rada) a tři soudce a jednoho náhradníka na základě volby druhou komorou (Spolková rada) rakouského parlamentu. Ve Španělsku je z dvanácti ústavních soudců čtveřice zvolena kvalifikovanou třípětinovou většinou hlasů poslanců, další čtveřice kvalifikovanou třípětinovou většinou senátorů, dva jsou jmenováni vládou a dva voleni španělskou Nejvyšší soudcovskou radou (formálně jsou všichni jmenováni králem). V Bulharsku je třetina z 12 soudců volena parlamentem, třetina jmenována prezidentem republiky a třetina volena na společné schůzi soudců Nejvyššího a Nejvyššího správního soudu. V Rumunsku je třetina z devíti soudců volena Poslaneckou sněmovnou, druhá třetina Senátem, zbývající tři soudci jsou jmenováni prezidentem republiky. V Arménii jmenuje prezident čtyři soudce a dalších pět soudců je voleno parlamentem. V Gruzii je třetina z devítičlenného ústavního soudu volena parlamentem, třetina jmenována prezidentským dekretem a třetina zvolena soudci Nejvyššího soudu.

Mimořádně složité je ustavení soudců ústavního soudu v Itálii. Z patnácti členů soudu volí pět společná schůze obou komor parlamentu, dalších pět jmenuje prezident republiky a posledních pět volí ze svého středu tři nejvyšší soudní orgány (tři soudce kasační soud, po jednom soudci státní rada a účetní dvůr). Ke zvolení soudce společnou schůzí parlamentu se vyžaduje dvoutřetinová většina hlasů; pokud není dosažena ani po dvou neúspěšných pokusech, postačí většina třípětinová. Jmenovací akt prezidenta republiky je podroben kontrasignaci ministerským předsedou, ovšem vláda zde nemá právo podávat prezidentovi závazné návrhy. Účelem kvalifikované parlamentní většiny je zamezit, aby se soudcem stal příliš zpolitizovaný kandidát. V praxi ostatně někdy dochází k tomu, že některá strana na protest proti příliš politicky zabarvenému kandidátovi obstruuje volbu a zamezí jeho zvolení. Naopak prezidentská nominace má vhodně doplňovat ty právní a společenské směry, které parlament opomenul.[19]

II.2 KOOPERACE PREZIDENTA A PARLAMENTU

Variantou na kombinaci volby a jmenování je úprava podle české Ústavy, kde prezidentem republiky navržené soudce potvrzuje ve funkci Senát. Tento model má svůj vzor ve jmenování soudců Nejvyššího soudu USA a v současné době existuje např. v řadě latinskoamerických států. Podobně v Rusku prezident navrhuje kandidáty druhé komoře parlamentu, Radě federace, která formálně vzato kandidáty „jmenuje".[20]

Od tohoto modelu se prakticky jen nepatrně liší systém, kdy hlava státu nejmenuje soudce, ale nominuje své kandidáty komoře parlamentu, která kandidáty *de iure* neschvaluje, ale volí, jak je tomu ve Slovinsku. Slovinský prezident sice formálně nominuje kandidáty k volbě první komoře parlamentu, ale zákon mu nebrání, aby navrhl stejný počet kandidátů, jaký má být poslanci zvolen.[21] Pokud není poslanci z navržených kandidátů nikdo zvolen, popř. není ani v opakované volbě zvolen kompletní počet soudců, musí prezident republiky nominovat nové kandidáty.[22]

Společným znakem obou těchto formálně odlišných variant je samozřejmě to, že schvalovací či „volební" akt komory parlamentu je nezbytnou podmínkou pro

[18] Maďarský Ústavní soud je produktem rozhovorů u kulatého stolu mezi opozicí a socialisty v roce 1989. Pět soudců bylo zvoleno na konci roku 1989 ještě parlamentem, v němž dominovali socialisté, dalších pět soudců parlamentem vzešlým ze svobodných voleb na jaře 1990. Posledních pět soudců mělo být jmenováno po druhých svobodných volbách, ale ještě předtím byl počet soudců omezen na 11. K prvému období maďarského Ústavního soudu srov. HALMAI, G.: The Constitutional Court, in: Király, B., Bozóki, A. /eds./: Lawful Revolution in Hungary, 1989–1994, New York 1995, str. 243 násl.

[19] K tomu práce cit. v pozn. č. 15, str. 51.

[20] Srov. čl. 9 federálního ústavního zákona o Ústavním soudě Ruské federace z 21. 7. 1994, který hovoří o jmenování („naznačenije").

[21] Čl. 13 odst. 2 zákona o ústavním soudu (Uradni list Republiky Slovinsko č. 15/1994). Taková je i slovinská praxe, jak nám sdělil *M. Novak*, poradce tamního soudu.

[22] Čl. 14 odst. 2 a 3 v předchozí poznámce cit. zákona.

ustavení kandidáta ústavním soudcem.[23] Ruský ústavní zákon však zavazuje horní komoru k tomu, aby učinila své rozhodnutí ve velmi krátké době – pouhých 14 dní od doručení žádosti (!), což samozřejmě vylučuje jakoukoliv obsáhlejší diskusi o kandidátech. Naopak ve Slovinsku nominuje prezident kandidáty Státnímu shromáždění nejméně čtyři měsíce před vypršením mandátu odcházejících soudců.[24]

Zajímavou obrácenou variantu na tento model představuje Slovensko, kde tamní Národní rada nominuje dvojnásobný počet soudců než je počet, který má být ustaven, prezidentovi republiky, který z tohoto seznamu jmenuje soudce podle vlastního uvážení.

Úprava zemí této skupiny je jasnou ukázkou principu vyvažování mezi mocí výkonnou (prezident) a zákonodárnou. Ingerence přímo voleného zákonodárného sboru dodává ústavním soudcům potřebnou legitimitu; nesmíme zapomínat, že působí v oblastech tvorby politické vůle a tvorby práva, kde by rozhodování zbavené opory v obecné akceptaci bylo snadno zpochybnitelné. Prvky této akceptace nejsou jen racionalita a právní přesvědčivost, nýbrž také legitimita soudců.

III. JMENOVÁNÍ (VOLBY) ÚSTAVNÍHO SOUDCE V NĚMECKU, USA A ČESKÉ REPUBLICE: POLITIZACE A MEDIALIZACE PROCESU

S ohledem na politickou povahu činnosti ústavního soudu je proces výběru ústavního soudce nikoliv jen otázkou výběru vhodných a profesně zdatných kandidátů, ale též otázkou politickou. Vzhledem k situaci v České republice si srovnání zaslouží především německý a americký systém výběru soudců.

III.1 NĚMECKO: MEZI STRANICKÝM POJETÍM A ZÁJMEM NA PROFESIONALITĚ KANDIDÁTA

Polovinu šestnáctičlenného Spolkového ústavního soudu volí Spolkový sněm *(Bundestag)*, ovšem nikoliv přímo, ale speciální komisí, do níž poměrně jmenují svých 12 zástupců (právní experty) politické strany v první komoře parlamentu zastoupené. Druhá komora (Spolková rada, *Bundesrat*) volí druhou polovinu soudců přímo. Konsensuální charakter tohoto procesu je dán tím, že ke zvolení soudce je třeba kvalifikované většiny (osm hlasů pro z dvanácti členů speciální komise *Bundestagu* a dvě třetiny hlasů v *Bundesratu*).[25]

Německý systém volby soudců oběma komorami parlamentu je systémem, který *a priori* vyzývá spíše k vnitrostranickým dohodám a vedl fakticky k rozdělení postů soudců mezi politické strany. Medializace tohoto procesu, který je do značné míry neveřejný a veřejnosti nepřístupný, je obtížnější, ačkoliv německá veřejnost si v posledních desetiletích svých soudců všímá více, jistě i proto, že soudcové rozhodují nejen věci, které běžného občana vůbec nezajímají, ale i veřejností sledované kauzy jako ústavnost interrupcí nebo třebas to, zda je nošení nápisu *„Vojáci jsou vrazi"* trestným činem či nikoliv.[26] Německý Spolkový ústavní soud se ostatně nerozpakoval přezkoumat ústavnost samotného německého členství v Evropské unii.[27]

Přesto volba nových ústavních soudců rozhodně není ani na začátku 21. století tématem pro titulní stranu denního tisku ani pro širokou veřejnou diskusi, stejně jako nezahajuje hlavní večerní zprávy. Ačkoliv běžný německý právník volbu nových ústavních soudců zaznamená, jistě ani on[28] není s to vyjmenovat více než polovinu členů tohoto soudu.[29] Je to jistě dáno i tím, že rozhodování kontinentální ústavní justice je mnohem méně personální než je tomu v americkém případě, když v Německu – podobně jako u nás – rozhoduje soud, jehož argumentace je více profesorská, pro širší veřejnost (zahrnujíc v to i právníky nespecializující se na ústavní právo) méně pochopitelná. Navíc v Německu, a vlastně kdekoliv na kontinentě, je separátní vótum, hlavní možnost, kterou se může jednotlivý soudce v rámci soudu „zviditelnit", podstatně méně častá než v USA. Naopak v USA se obvykle zvýrazňuje i u většinového (nebo i jednomyslného) rozhodnutí Nejvyššího soudu, který soudce stanovisko sepsal.

Počínaje rokem 1951 a vytvořením Spolkového ústavního soudu byli soudci rovnoměrně vybíráni pod

[23] Srov. však protiústavní ustanovení českého zákona o Ústavním soudu (§ 6 odst. 2), které proměňuje tuto koncepci jen v jakési senátní právo veta. K tomu viz níže III.3.

[24] To vyplývá z článků 11 až 13 cit. slovinského zákona.

[25] Srov. k tomu § 6 a 7 zákona o Spolkovém ústavním soudu.

[26] Srov. kauzu *Tucholsky*, BVerfGE 93, 266 (1995), jeden z nejkontroverznějších případů posledního desetiletí.

[27] V češtině informativně *Suchánek, R.*: Nová role Ústavního soudu v procesu evropské integrace, in: Pavlíček, V. /ed./: Suverenita a evropská integrace, VODNÁŘ, Praha 1999, str. 205 násl. Velmi kriticky FROWEIN, J. A.: Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, sv. 54, č. 1, str. 1–16, podle něhož tím soud překročil svou kompetenci.

[28] Na rozdíl od amerického studenta práv po jednom semestru, který nejen že svých devět nejvyšších soudců zná, ale má mezi nimi své oblíbence stejně jako postavy velmi kritizované. „Jeho" soudci se objevují ve studentských časopisech, ať již jde o seriózní interview nebo o nevážně míněné karikatury. Na některých televizních stanicích se tito soudci objevují a seznamují občany s vývojem práva atd.

[29] To jsme ověřili nereprezentativním průzkumem mezi německými asistenty na právnických fakultách univerzit v Tübingenu a Svobodné univerzity v Berlíně. V této souvislosti děkujeme za zprostředkování těchto informací zejména CH. FREUND, t.č. berlínská právnická fakulta Svobodné univerzity.

vlivem křesťanských a sociálních demokratů. S růstem významu FDP získala jistý vliv i tato strana (a dnes samozřejmě i koaliční Zelení). Zároveň probíhají komplexní jednání o výběru vhodných kandidátů uvnitř politických stran, takže např. křesťanští demokraté musejí uspokojit též požadavky bavorské CSU, různé platformy uvnitř sociální demokracie uplatňují své vlastní názory atd. Výsledkem tohoto složitého politického vyjednávání je konsensus, který v jistém, nutně omezeném, smyslu odráží aktuální stav a rozvrstvení společnosti a rozdělením rolí mezi obě komory parlamentu dostatečně chrání spolkové země. Kvalifikovaná většina uplatňovaná v obou komorách navíc zamezí volbě nějakých jednoznačně politicky zabarvených osobností. Limitem politického uvážení je požadavek obsazení tří míst v každém z osmičlenných senátů Spolkového ústavního soudu soudci spolkových soudů (pět nejvyšších spolkových soudních dvorů). Nově je do výběru kandidátů zapojen také Spolkový ústavní soud sám, který je oprávněn na každé uprázdněné místo soudce navrhnout tři osoby, je-li míst obsazováno více, pak dvě osoby.[30]

Nevýhodou tohoto modelu je ovšem jeho neprůhlednost: jednání speciální komise *Bundestagu* pro selekci soudců stejně jako relevantní jednání druhé komory *(Bundesratu)* jsou neveřejná a poznatky získané o jednotlivých kandidátech se nezveřejňují. I z tohoto důvodu je německý model utajené a neprůhledné vnitrostranické volby v posledních desetiletích kritizován.[31] Jak ovšem ukazujeme níže, německý model produkuje na posty soudců většinou uznávané profesory práva a v tomto smyslu jeho výsledky nejsou negativní.

III.2 SPOJENÉ STÁTY AMERICKÉ: MEDIÁLNÍ BITVA A STŘET EXEKUTIVY S LEGISLATIVOU

Americký systém jmenování soudců, který ČR koncepčně převzala, je systémem založeným na vyvažování dvou mocí (exekutivy a legislativy), přičemž nejlépe působí v situaci, kdy jsou Senát i prezident odlišné politické orientace. To se ovšem po posledních amerických volbách na podzim 2002 změnilo a republikáni v roce 2003 ovládají nejen exekutivu, ale nově též obě komory Kongresu.[32]

Nezměněné ustanovení dvousetleté americké ústavy v tomto ohledu prodělalo bohatý život. Ještě na počátku 19. století byla pozice soudce Nejvyššího soudu USA politicky nepříliš zajímavá. *J. Jay*, jeden z „Federalistů" a Otců – zakladatelů americké ústavnosti, po šesti letech v čele soudu toto „bezvýznamné" místo opustil a dal přednost diplomacii (dnes téměř nikdo v USA neví, že právě *Jay* byl prvním předsedou Nejvyššího soudu). Teprve čtvrtý předseda Nejvyššího soudu, *J. Marshall*, z moci soudní učinil skutečnou „třetí moc" ve státě.

Naopak ve druhé polovině 20. století, po zásadních rozhodnutích 50. až 70. let, se pravidelně rozpoutává bouřlivá kampaň o nové soudce. V nechvalně známých prezidentských volbách v roce 2000 se stala otázka, koho prezidentští kandidáti navrhnou na post soudce Nejvyššího soudu v případě svého volebního úspěchu, jedním z klíčových témat voleb. Současný prezident *G. W. Bush ml.* se prezentoval jako odpůrce interrupcí, ochránce rodinných hodnot, zastánce trestu smrti, oponoval vyrovnávací akci ve prospěch černošské a hispánské menšiny, s tím, že tomu v budoucnu přizpůsobí svůj výběr soudců. Naopak *A. Gore* argumentoval svou liberální koncepcí ústavy a její aplikace.

Americký Senát několikrát odmítl potvrdit soudce Nejvyššího soudu nominovaného prezidentem, přičemž nejslavnějším a nejbouřlivějším aktem bylo odmítnutí silně konzervativního profesora práv a soudce federálního odvolacího soudu *R. Borka* na konci 80. let, vybraného *R. Reaganem* (*Bork* byl znám nejen svými stanovisky, které jsme právě vypočítali u současného amerického prezidenta, ale, veden původní intencí ústavodárce sklonku 18. století,[33] zpochybňoval i antisegregační rozhodnutí z 50. let).[34] V loňském ro-

[30] Součková, J.: Problematika postavení a volby soudců Spolkového ústavního soudu ve Spolkové republice Německo, Časopis pro právní vědu a praxi č. 2/2000, str. 177 násl.

[31] Srov. obecně Geck, W. K.: Wahl und Amtsrecht des Bundesverfassungsgerichts, Nomos, Baden-Baden 1987.

[32] Rozdíl oproti ČR tkví v rozsahu ingerence Senátu. V USA je totiž souhlas Senátu vyžadován ke jmenování všech federálních soudců, zatímco v ČR pouze soudců Ústavního soudu, jmenovaných navíc pouze na dobu 10 let. Jmenování soudců obecných soudů má u nás v rukou výlučně exekutiva (prezident republiky s kontrasignací).

[33] Tzv. originalismus, tj. snaha učinit proces ústavní interpretace objektivnějším a vázaným na určité pevné standardy. Těmito pevnými standardy je z pohledu originalistů původní význam ústavy (případně dodatků ústavy), který je nutno hledat v době vytvoření ústavního dokumentu (dodatků ústavy). Nominace takovýchto soudců republikánskými prezidenty se řídí do značné míry populistickým heslem, podle něhož soudci jsou tu od toho, aby hájili ústavu, nikoliv aby nahrazovali ústavu tím, co si oni sami myslí, že ústava je (že jde o heslo bez reálného obsahu, dokazují ostatně i konzervativní soudci sami, když v kauze *Bush v. Gore*, 531 US 98 /2000/, „hájili" ústavu tak, že v podstatě sami rozhodli, kdo bude příštím prezidentem). Variací na takovéto přístupy je spousta (srov. např. tzv. interpretativism, textualism atd.), stejně jako doktrín liberálních, nicméně k jejich bližšímu rozboru tu není místo. Literatury k těmto otázkám je velké množství, pro úvod je možno doporučit Ackerman, B.: We the People, Foundations, New Haven 1991; Strauss, D. A.: Common Law Constitutional Interpretation, University of Chicago Law Review, sv. 63, str. 877 násl. (1996); Ely, J. H.: Democracy and Distrust, New York 1980. Pro názory liberálního „textualisty" srov. knihu vycházející hvězdy americké konstitucionalistiky, Amar, A. R.: The Bill of Rights: Creation and Reconstruction, New Haven 1998. Pokud se čtenář nedá zmást určitou odlišnou rétorikou, zjistí, že *Amar* se pokouší justifikovat soudcovskou ideologii aplikace práva, která je dosti obdobná ideologii aplikace práva kontinentálních ústavních soudů.

[34] R. Bork neuspěl, přestože se Senát opakovaně pokoušel přesvědčit o tom, že se stal mužem umírněným a uvážlivým. Po svém

ce, tj. v době, kdy ještě demokraté disponovali těsnou senátní většinou, odmítl Senát prezidentské jmenování konzervativního soudce odvolacího federálního soudu. Americký Senát přihlíží též k morálnímu standardu kandidátů. Mediálně vděčnou se stala na počátku 90. let kauza soudce *C. Thomase*, který byl během slyšení před Senátem obviněn svou bývalou sekretářkou ze sexuálního obtěžování, obvinění se však neprokázalo a *Thomas* byl jako soudce potvrzen.

Jako zajímavost možno podotknout, že rovněž v Rusku za krátkou dobu trvání tamního Ústavního soudu Rada federace (druhá komora ruského parlamentu) neschválila nčkolik kandidátů prezidenta *B. Jelcina* pro jejich příliš politický charakter.

Obecně lze americkou praxi hodnotit tak, že jmenovací procedura soudce Nejvyššího soudu je událostí prvého řádu, mediálně ostře sledovaná, plnící první stránky tiskovin jako *New York Times*, *Washington Post* nebo *Los Angeles Times*. Senátu denně přicházejí petice zpochybňující (či podporující) kandidáty, na něž mj. vypracovává posudky i americká obdoba naší advokátní komory. Američtí občané znají své soudce pravděpodobně jako málokdo na světě; i když znalost soudců nepřesahuje deset procent obyvatel, bude pravděpodobně podstatně větší než např. znalost soudců našeho Ústavního soudu mezi širokou veřejností. O životě soudců vychází ještě za jejich života obsáhlé biografie (asi každý soudce 20. století se dočká přinejmenším jednoho takového životopisu[35]).[36] Na druhou stranu lze jistě argumentovat, že americký způsob jmenování soudce je příliš dryáčnický a nadměrně celou proceduru politizuje, avšak v poněkud jiném smyslu než v Německu, kde je volba politizována rovněž – totiž ve smyslu méně stranickopolitickém.

Obecně se zdá, že v americkém systému hraje politická orientace soudce pro následné rozhodování podstatně větší roli než v Německu.[37] Je-li dnes určitý soudce kandidátem republikánského (příp. demokratického) prezidenta, lze *do značné míry* předpovědět jeho budoucí hlasování nejen ve věcech výše naznačovaných, ale též v řadě dalších (vztahy mezi státy americké federace a federací, přístup k sociálním otázkám atd.). Souvisí to však také s tím, že kandidáti na post soudce Nejvyššího soudu přicházejí z nižších federálních soudů, jiných veřejných právnických funkcí nebo z nejvyšších soudů států Unie; jsou tedy dobře známi již ze své dosavadní činnosti.[38] Závislost na prezidentovi nicméně zpravidla není ničím jiným, než závislostí světonázorovou.

Řada příkladů navíc ukazuje, že i soudce jmenovaný velmi konzervativním prezidentem se může stát liberálním a naopak. Je známo, že o *E. Warrenovi*, předsedovi soudu, který v 50. letech zahájil antisegregační judikaturu a expanzivní rozhodování Nejvyššího soudu, prezident *Eisenhower* prohlásil, že toto jmenování byl největší omyl jeho života.[39] Z poslední doby je to typicky příklad *D. Soutera*, který byl jmenován *G. Bushem st.* a který se bezprostředně nato přidal k liberálnějším soudcům. V Německu je význam politické orientace soudců menší, i když jistě hraje roli v otázkách typu interrupce nebo třebas otázkách postavení státu a církve, kde je vidět značný rozdíl mezi hlasováním soudců prosazených CDU/CSU na jedné straně a sociálních demokratů a liberálů na straně druhé. Obecně se spíše zdá, že neexistuje jednoznačná „přímá úměra" mezi dřívější politickou orientací ústavních soudců a politickými stranami, které je podporovaly.[40] Přesto možná rizika nasvědčují provedení určitých opatření, jako je např. částečné obměňování ústavního soudu[41] (viz níže).

---

neúspěchu poněkud zahořkl a napsal knihu, která byla na počátku 90. let přeložena i do češtiny jako „Amerika v pokušení", Praha 1993.

[35] Např. jedna z biografií B. Cardoza čítá více než 730 stran – viz KAUFMAN, A. L.: Cardozo. Cambridge, Massachussets, London, 5. vyd. 2000.

[36] V české literatuře lze pro podrobnosti odkázat na práci J. BLAHOŽE: Soudní kontrola ústavnosti: srovnávací pohled, CODEX, Praha 2001. Příznačné je, že americké sbírky příkladů ústavního práva začínají nikoliv textem ústavy, ale velkou barevnou fotografií všech současných členů Nejvyššího soudu.

[37] V Německu to ovšem není tak jednoduché rozeznat. Zatímco v USA by byl jednotný názor v kauze typu ústavnost Maastrichtské smlouvy nemyslitelný (pomineme-li to, že by řešení takovéhoto případu Nejvyšší soud USA odmítl pro rozpor s *political question doctrine*, doktrínou zakazující soudně řešit politické otázky), v Německu je ukázkou vnitřní jednoty soudu – na druhou stranu se nedozvíme, jaký konkrétní názor měli jednotliví soudci – jistě všichni ne zcela totožný se soudcem zpravodajem P. KIRCHHOFEM.

[38] Je nutno si být vědom toho, že americký federální soudce je významnou persónou s velkými životními zkušenostmi, který prošel řadou veřejných i soukromých funkcí. Ze současné devítky soudců NS USA kromě jednoho byli všichni soudci federálních odvolacích soudů. Většina z nich prošla též státním zastupitelstvím, téměř všichni přednášeli na právnických fakultách (v USA je kombinace funkce federálního odvolacího soudce s postem profesora na renomované univerzitě poměrně častá – ostatně nejslavnější představitel hnutí „law and economics" a jeden z nejrenomovanějších amerických teoretiků současnosti *R. Posner* je soudcem federálního odvolacího soudu a profesorem na právnické fakultě univerzity v Chicagu).

[39] E. WARREN, bývalý guvernér, byl jedním z nemnoha soudců Nejvyššího soudů rekrutovaných z aktivní politiky.

[40] Ostatně pro příklady nemusíme chodit daleko. Někteří soudci českého Ústavního soudu byli před svým jmenováním poslanci či aktivními sympatizanty několika politických stran, přičemž se jistě nedá říci, že by rasantně ovlivňovali rozhodování Ústavního soudu v jejich prospěch.

[41] ŠIMÍČEK, V.: Závěrem, in: Šimíček, V. /ed./: Ústavní soudnictví ve vybraných postkomunistických zemích, MPÚ MU, Brno 1999, str. 117–118.

III.3 ČESKÁ REPUBLIKA – MIMO ZÁŘI REFLEKTORŮ

Podle Ústavy ČR jmenuje prezident republiky 15 soudců Ústavního soudu se souhlasem Senátu na funkční období 10 let (čl. 84 odst. 1 a 2). Role Senátu je zde nepochybně koncipována v plnohodnotném smyslu, tedy souhlas Senátu je podmínkou jmenování soudce a bez souhlasu Senátu nemá akt prezidenta republiky účinky platného jmenování soudce Ústavního soudu. Podotýkáme, že zde se jedná o prezidentovu kompetenci bez kontrasignace předsedou vlády (čl. 62 Ústavy). Zákon o Ústavním soudu nicméně nutnost výslovného souhlasu Senátu degraduje jen na jakési právo veta. Podle zákona není-li souhlas k žádosti prezidenta republiky dán do 60 dnů poté, kdy si jej prezident republiky vyžádal, jen proto, že Senát v uvedené lhůtě o této věci nehlasoval, platí, že ke jmenování soudce Senát souhlas dal.[42] Zákon tak bez výslovného ústavního zmocnění zužuje manévrovací prostor Senátu, což je případ typově shodný s protiústavním omezením jmenovacího oprávnění prezidenta republiky vůči Bankovní radě ČNB návrhem vlády, resp. s eventuální zákonnou úpravou např. jednacího řádu Poslanecké sněmovny, jež by stanovila, že návrh ústavního zákona se má za schválený Senátem, pokud o něm do 60 dnů nehlasoval, jakkoliv Ústava pro přijetí ústavního zákona vyžaduje výslovný souhlas obou komor.[43]

Jmenování prvních soudců v roce 1993 proběhlo bez existence Senátu, kdy jeho roli plnila Poslanecká sněmovna. Kandidáti byli vybíráni na základě širokého sběru vhodných jmen, která byla shromažďována pomocí inzerátů v denním tisku, dobrozdání právnických institucí atd. Způsobilost v úvahu přicházejících kandidátů byla zkoumána zvláštní poradní komisí prezidenta republiky.[44] Dne 1. července 1993 nominoval prezident republiky 14 soudců, z nichž jich Poslanecká sněmovna schválila 12. Ty prezident republiky jmenoval 15. července 1993. Další tři soudci byli jmenováni na podzim 1993 a na jaře 1994 (soudci *I. Janů*, *E. Zarembová* a *P. Varvařovský*).

Senát dosud projednal nominace čtyř soudců *(J. Malenovský, E. Wagnerová, F. Duchoň* a *J. Mucha)* a ve všech případech s nimi vyslovil souhlas. Příslušnou proceduru stručně upravuje § 140 zákona č. 107/1999 Sb. o jednacím řádu Senátu, ve znění pozdějších předpisů. S výše zmíněným problémem šedesátidenní lhůty se vypořádává stanovením časového rámce jednání tak, *„aby Senát mohl ukončit hlasování o vyslovení souhlasu se jmenováním soudce Ústavního soudu nejpozději do 60 dnů poté, kdy si prezident republiky souhlas vyžádal.“*. Jednání Senátu je zahájeno doručením žádosti prezidenta republiky o vyslovení souhlasu Senátu se jmenováním soudce Ústavního soudu. Žádost sestává z vlastního dopisu prezidenta republiky, v němž stručně vysvětluje důvody zvolení právě tohoto kandidáta (častý je argument profesně a odborně vyváženého složení Ústavního soudu), a příloh, jež osvědčují splnění ústavních a zákonných předpokladů pro jmenování (věk, státní občanství, doklad o právnické praxi, lustrační osvědčení, výpis z rejstříku trestů, prohlášení kandidáta o svém souhlasu se jmenováním a o neexistenci důvodů neslučitelnosti atd.). Součástí příloh je i životopis kandidáta, seznam publikací a případně i různá doporučení. Z těchto dokumentů se, podobně jako z návrhů zákonů, stává senátní tisk, který je veřejně přístupný.

Žádost prezidenta republiky je k projednání přikázána dvojici výborů: ústavně-právnímu jako garančnímu, a výboru pro vzdělávání, vědu, kulturu, lidská práva a petice. Oba výbory určí své zpravodaje a žádost prezidenta republiky projednávají na veřejných schůzích. Zpravodaj si o kandidátovi opatřuje různé informace a zpravidla se s ním i osobně sejde. Výboru předloží své doporučení k tomu, zda souhlas vyslovit čili nic. To se však stane až po odůvodnění prezidentovy žádosti pověřeným pracovníkem Kanceláře pre-

[42] § 6 odst. 2 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu. Podotýkáme, že zákon o Ústavním soudu zřejmě nemůže být zrušen Ústavním soudem pro protiústavnost, neboť Ústavní soud je tímto zákonem vázán ve striktním smyslu tohoto slova (viz čl. 88 odst. 2 Ústavy). Co by nastalo v teoretickém případě, že by se Senát vskutku do 60 dnů nevyjádřil? Domníváme se, že by mandát soudce nemohl platně vzniknout. I ve vztahu mezi Ústavou a zákonem o Ústavním soudu pochopitelně platí princip *lex superior derogat inferiori*, a zvláštností zákona o Ústavním soudu je nikoliv to, že nemůže být protiústavní, ale to, že jej jako protiústavní nemůže zrušit Ústavní soud. Důvodem této úpravy je vyloučení možnosti významného přetváření vlastních kompetencí Ústavním soudem v důsledku rušení různých klauzulí specifikujících, a někdy i zužujících, kompetence obsažené v čl. 87 odst. 1 Ústavy. Jak tedy postupovat v případě jmenování soudce, o jehož nominaci Senát v citované lhůtě nehlasoval? Prezident republiky by jej neměl jmenovat, právní i morální povinností dotčeného kandidáta by bylo nepřistoupit na to, že mu mandát soudce vznikl, stejně jako by bylo povinností stávajících soudců nepohlížet na takovéhoto nominovaného kandidáta jako na platně jmenovaného soudce. Uvažovat by bylo možné také o kompetenčním sporu mezi Senátem a prezidentem republiky, typově obdobném sporu o kontrasignaci jmenování guvernéra a viceguvernéra ČNB.

[43] K protiústavnosti § 6 odst. 2 zákona o Ústavním soudu viz KYSELA, J.: Senát Parlamentu České republiky v historickém a mezinárodním kontextu. Příspěvek ke studiu dvoukomorových soustav, Praha 2000, str. 116, FILIP, J.: Ústavní soud jako zákonný soudce a něco navíc, in: Novotný, O. /uspoř./: Pocta Vladimíru Mikule k 65. narozeninám, Praha 2002, str. 114–115, nebo FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V.: Zákon o Ústavním soudu. Komentář. C. H. Beck, Praha 2001, str. 27. Za zmínku stojí, že autoři druhého z komentářů zákona o Ústavním soudu pouze rekapitulují diskusi provázející přijetí této úpravy, aniž by se zabývali její ústavní konformitou. Tuto podobu § 6 odst. 2 prosadila vláda podporovaná prezidentem republiky proti společné zprávě sněmovních výborů, jež uplynutí šedesátidenní lhůty spojovala s fikcí odepření souhlasu – viz MIKULE, V., SLÁDEČEK, V.: Zákon o Ústavním soudu – komentář a judikatura k Ústavě ČR a Listině základních práv a svobod, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 47–48.

[44] SLÁDEČEK, V.: Ústavní soudnictví, C H. Beck, Praha 1999, str. 27.

zidenta republiky (ředitel odboru legislativy a práva) a vystoupení kandidáta. Po těchto třech vystoupeních následuje rozprava, v níž senátoři kladou kandidátovi otázky k jeho minulosti, profesním zkušenostem, názorům na různé problémy morální, politické i právní, hodnocení dosavadní činnosti Ústavního soudu, pohledu na Ústavu, vztahu k přirozenoprávním zásadám apod. Po ukončení rozpravy ve výboru se hlasuje, dosud vždy tajně.

Senát jedná na veřejné schůzi na základě doporučení výborů. Žádost o vyslovení souhlasu se jmenováním tlumočí prezident republiky buď osobně, anebo zvláštním dopisem čteným předsedajícím schůze. Prezident republiky se jednání Senátu v této věci zúčastnil doposud pouze jednou, a to v zatím nejkontroverznější cause nominace *E. Wagnerové*. Přiblížil tehdy svou filozofii výběru kandidátů, když ve svém vystoupení kritizoval mechanickou aplikaci práva, která není kontrolována zdravým lidským rozumem a nedovoluje vzít v úvahu *„smysl, význam a okolnosti"* právní normy.[45] Prezident se tak přidal k velké řadě kritiků zastaralého formalistického právního myšlení v postkomunistické střední Evropě,[46] se kterými se ztotožňují i autoři tohoto článku.

Zajímavé je, že čeští prezidentští kandidáti se zpravidla nevyjadřují ke své představě ideálního ústavního soudce, nýbrž spíše ke způsobu jeho hledání založeného na širší shodě.[47] Liší se nicméně v tom, čí to má být shoda: politických stran, prezidenta republiky a vlády, prezidenta republiky a Senátu na základě projednání s reprezentanty odborné veřejnosti apod.

Jak dosavadní senátní praxi hodnotit? Vcelku výrazné většiny hlasů nejen z přítomných, ale i ze všech senátorů, odevzdané pro kandidáty nepotvrzují obavu z těsně procházejících, politicky vyhraněných nominací, jež se promítá do úvah naznačujících vhodnost většiny kvalifikované.[48] Poukazy na možnost vyslovení souhlasu hlasy pouze 14 senátorů jsou asi stejně případné jako riziko volby prezidenta republiky ve třetím kole volby hlasy jen 48 parlamentářů: praxe totiž ukazuje na značný význam těchto rozhodování, jichž se proto zpravidla účastní drtivá většina oprávněných voličů.[49] Výše zmíněný případ Maďarska nadto ukazuje nebezpečí paralýzy vyplývající právě z kvalifikované většiny.

Jakkoliv jsou všechna relevantní jednání v Senátu veřejná, nezúčastňuje se jich fakticky ani odborná a občanská veřejnost, a překvapivě dokonce ani tisk. Přezkoumávání způsobilosti kandidáta je tak přenecháno pouze senátorům.

Společným znakem všech nominací byla dosti sporá rozprava v plné schůzi Senátu. Zajímavá je zejména absence kritických hlasů, jež je nicméně dosti patrná i v rozpravách výborových. Evidentní tedy je, že senátoři nakonec hlasující proti kandidátovi, nepociťují potřebu sdělit své výhrady, což je nesporně škoda. Prezidentu republiky, a budoucím kandidátům, totiž chybí zpětná vazba. Dokonce i ve zmiňovaném případu *E. Wagnerové* veřejná kritika kandidátky nevycházela od senátorů, ale od ministra spravedlnosti *J. Bureše*. Přesto se dá vyvodit, alespoň z názorů debatérů ve výborech i v plénu Senátu, že kandidátem vhodným je osoba nespojovaná s konkrétní politickou stranou, nejsoucí v minulosti součástí nomenklatury, vyznačující se pestrou životní a profesní zkušeností a znalostí cizích jazyků a cizího práva, a hlásící se k hodnotovému výkladu práva, akcentaci přirozených práv člověka na úkor lpění na liteře normativních textů, jež jsou samými zákonodárci shledávány nepřehlednými a někdy i rozpornými. Zajímavé však je, že hodnotově zaměřený přístup Ústavního soud je obecně podporován jen do chvíle přijetí konkrétního rozhodnutí, jež má i mezi senátory své příznivce a odpůrce.

Poznámka o absenci kritiky vlastně platí s jednou výhradou, a tou je způsob výběru kandidátů. Prezident republiky totiž před vlastní nominací se senátory návrh nekonzultuje. O svém rozhodnutí se radí s řadou jednotlivců, včetně některých senátorů, nikoliv však s oficiální reprezentací. Některým senátorům tedy vadí, že jsou „stavěni před hotovou věc", resp. že

[45] Těsnopisecká zpráva z 15. schůze Senátu ve 3. funkčním období ze dne 14. 3. 2002.

[46] Podobně v Maďarsku srov. VARGA, C.: Transition to Rule of Law/On the Democratic Transformation in Hungary, Budapest: Hungarian Academy of Science, Institute for Legal Studies 1995, str. 142 násl. (autor kritizuje „socialistický normativismus"), v polské teorii PODGORECKI, A.: Totalitarian Law: Concepts and Issues, in: Podgorecki, A., Olgiati, V. /eds./: Totalitarian and Post-Totalitarian Law, Aldershot: Darmouth 1996, str. 31, u nás WAGNEROVÁ, E.: Ústavní soudnictví, Linde, Praha 1996, str. 31 násl. Na počátku 90. let si konzervativního uvažování v právních kruzích střední Evropy povšiml český rodák E. STEIN, který mu přičítá i jistý vliv na rozpad Československa (srov. Česko-Slovensko, konflikt, roztržka, rozpad, Academia, Praha 2000). Pro možné historické příčiny tohoto jevu srov. SÁDURSKI, W.: Marxism and legal positivism, in: Galligan, D. J.: Essays In Legal Theory, Melbourne University Press (1984), kde renomovaný autor, polský emigrant, argumentuje, že fenomén ultrapozitivismu je založen stalinistickou koncepcí práva importovanou do našich končin v 50. letech.
Velmi zajímavé je to, že podobné problémy existují též v Rusku. Pravděpodobně jeden z nejrenomovanějších ruských právníků současnosti, G. DANILENKO, upozorňuje, že ruské právní myšlení zůstalo v jakési skořápce, která uchovává řadu idejí, které se přijímaly jako dané na konci 19. století v Německu, ale které již dávno západní právní věda opustila. Viz DANILENKO, G. M., BURNHAM, W.: Law and Legal System of the Russian Federation, Second Ed., Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University 2000, str. 3.

[47] Viz naposledy projevy prezidentských kandidátů *M. Zemana* a *J. Moserové*, 24. 1. 2003, zpráva ČTK.

[48] FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V.: Zákon o Ústavním soudu. Komentář. C. H. Beck, Praha 2001, str. 28, a dílo cit. v pozn. č. 44, str. 26.

[49] Jednalo se o tyto počty: *J. Malenovský* ze 76 přítomných senátorů 68 kladných hlasů, *E. Wagnerová* ze 72 přítomných senátorů 40 kladných hlasů, *F. Duchoň* z 56 přítomných 41 kladných hlasů a *J. Mucha* 68 kladných hlasů ze 79 přítomných.

nevědí, jakým způsobem byl vlastně ten který kandidát vybrán. První výtka má charakter spíše pocitový, neboť náš ústavní model je založen na výběru jednoho kandidáta prezidentem republiky, a nikoliv třeba v nominaci tří kandidátů, z nichž si Senát jednoho vybere. „Věc nicméně není hotova", dokud Senát nevysloví souhlas a prezident republiky kandidáta nejmenuje. Ani vyslovení souhlasu Senátem samozřejmě prezidenta republiky nenutí celý proces pozitivně dokončit; mohly se např. objevit nové skutečnosti z kandidátovy minulosti.[50]

Druhá výtka je poněkud případnější. Bylo-li by známo, že prezident republiky obeslal vysoké soudní instance, Nejvyšší státní zastupitelství, Českou advokátní komoru, právnické fakulty, příp. jiné profesní organizace právníků s žádostí o sdělení jmen vhodných osob, načež své nominace čerpá zásadně ze seznamu takto sestaveného, byl by lépe zajištěn proti útokům z prosazování „hradních" zájmů nejen on, ale hlavně konkrétní kandidát.[51] Ten se totiž za určitých okolností a bez své viny může stát obětí střetu prezidenta republiky a senátní většiny, který v podstatě se samotnou nominací nijak nesouvisí, je na ní však extendován. Předběžná sondáž v senátorských klubech či v ústavně-právním výboru Senátu by kandidátovi přinejmenším umožnila vytušit, co jej čeká. Na základě řečeného nelze vyloučit, že značná část hlasů odevzdaných proti osobě nominované směřuje ve skutečnosti spíše proti osobě nominující.[52]

Přes tuto posledně zmíněnou okolnost je zřejmé, že dosavadní praxe byla značně podmíněna osobou prezidenta *V. Havla* jako uznávané nadstranické osobnosti. Bude-li však nový prezident republiky straničtější postavou než byl a je *V. Havel*, byl by vhodný i aktivnější postoj Senátu vůči prezidentským nominacím. Minimální rolí Senátu je zamezit, aby mezi kandidáty nepřevažovali kandidáti úzce stranicky a politicky profilovaní, a směřovat vše k tomu, aby byl výběr nových soudců pokud možno reprezentativní, tzn. široce reprezentující jak relevantní směry právního myšlení, tak relevantní názory společenské. Role Senátu je tudíž dynamická, vyvíjející se v čase a v závislosti na typu prezidenta republiky.

IV. POŽADAVKY KLADENÉ NA SOUDCE ÚSTAVNÍCH SOUDŮ

Naše Ústava je poměrně lakonická při specifikaci požadavků kladených na ústavního soudce. Čl. 84 odst. 3 stanoví, že soudcem může být jmenován bezúhonný občan[53], který je volitelný do Senátu, má vysokoškolské právnické vzdělání a byl nejméně deset let činný v právnickém povolání. Je patrné, že požadovaná praxe nemusí bezprostředně předcházet nominaci.

Malé zastavení si zasluhuje podmínka nejméně desetileté činnosti v právnickém povolání, jehož vymezení nemusí být vždy nepochybné. Evidentní je to v případech tradičních právnických povolání jakými jsou soudci, státní zástupci, advokáti a notáři, resp. vysokoškolští učitelé práva. Zdá se však, že *„praxe pod výkonem právnického povolání chápe vše, kde se uplatňuje vysokoškolské právnické vzdělání."*.[54] Konkrétní posouzení praxe kandidáta přísluší oběma orgánům zapojeným do procesu kreace Ústavního soudu: spornými by se mohly zdát např. činnost poslance nebo senátora (členství v ústavně-právních výborech, resp. samotný výkon mandátu?), právní poradenství v neziskovém sektoru či povaha činnosti některých správních úředníků. Neměla by však být hodnocena pouze úspěšnost v dosavadním povolání, ale také specifický poměr k ústavnímu právu, ochraně základních lidských práv a svobod apod. Při výběru kandidátů na funkce soudců Ústavního soudu by měla být brána v potaz také jeho profesní pestrost (viz níže IV.1 a naše závěry). Zatím se zdá, že záměrem prezidenta republiky bylo vytvořit Ústavní soud složený z profesně odlišných třetin: akademiků, soudců a ostatních (zejména advokátů).

Podívejme se nyní na podmínky požadované pro soudce ústavních soudů v mezinárodním srovnání.

IV.1 PRÁVNÍ PRAXE

Obecně je možno říci, že právní řády neuvádějí nějakou specifickou právní praxi, která by kandidáta preferovala na post soudce, zejména není zásadně podmínkou předchozí výkon funkce soudce obecného

[50] Nepominutelný hlas Senátu, nadto koncepčně převzatý z mateřské země systému brzd a protivah, nám nedovoluje přitakat názoru o jmenovací pravomoci prezidenta republiky, *„téměř vymaněné ze systému 'brzd a vyvažování'"* – viz SOUČKOVÁ, J.: Proces výběru a jmenování soudců Ústavního soudu a jeho politické aspekty, in: Dančák, B., Šimíček, V. /eds./: Základní lidská práv a právní stát v judikatuře ústavních soudů, MPÚ MU, Brno 2000, str. 127.

[51] Srov. také požadavky publikace nabídky v Rakousku a Slovinsku, IV.1 níže.

[52] Jinou otázkou je, že by se přinejmenším některým senátorům zamlouvalo, kdyby prezident republiky navrhoval více kandidátů, z nichž by si Senát vybral. To by však již bylo proměnou Ústavy.

[53] Občanství je univerzální podmínka pro funkci soudce. V Evropě neexistuje jen v malém Lichtenštejnsku, kde pravidelně jsou soudci Státní rady Rakušan a Švýcar, a ze zcela jiných důvodů v Bosně a Hercegovině; tři soudci jmenovaní prezidentem štrasburského Evropského soudu pro lidská práva nesmějí být občany Bosny a Hercegoviny ani žádného z okolních států.

[54] FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V.: Zákon o Ústavním soudu. Komentář. C. H. Beck, Praha 2001, str. 4.

soudu.[55] Stejně tak většina právních úprav neuvádí minimální délku praxe. Z výjimek lze uvést Slovensko, které zná praxi patnáctiletou (podobně Bulharsko, Španělsko a Rusko). Dvanáctiletá praxe je předepsána na Kypru, pokud jde o soudce tamního Nejvyššího soudu, praxe dvacetiletá platí v Maďarsku.

V rakouském modelu (viz II.1 výše) se kladou speciální požadavky na šestici soudců nominovaných spolkovou vládou. Ti musí být jen profesionálními soudci, úředníky nebo profesory práva. Zajímavé je, že počínaje rokem 1995 musí instituce předkládající nominace spolkovému prezidentovi podat inzerát vyzývající případné zájemce o tuto funkci, aby se o daný post ucházeli. Podobně čl. 12 slovinského zákona o ústavním soudu[56] vyžaduje, aby prezident vyhlásil uvolněné místo ústavního soudce ve slovinské sbírce zákonů *(Uradni list)* s výzvou o zasílání návrhů na nové soudce, aniž by to prezidentovi eventuálně bránilo nominovat jiné kandidáty (čl. 13 odst. 1).

Polovina z 12 soudců belgického Arbitrážního soudu (ústavního soudu s limitovanou kompetencí ve věcech belgické federace) musí být význačnými odborníky, tzn. bývalými soudci vyšších soudů, univerzitními profesory, asistenty soudců ústavního soudu, druhá polovina musí být bývalí poslanci, kteří *de iure* být právníky nemusejí, ale zpravidla jimi jsou také. Polská ústava také zdůrazňuje, že soudci se musejí vyznačovat *„vynikajícími znalostmi práva"*.[57]

Nelze patrně očekávat, že by čeští senátoři mohli plnit kvalifikovanou roli kontroly odbornosti soudců. Zkušenosti západních zemí ostatně ukazují, že nikoliv všichni ústavní soudci musejí být kvalifikovaní právníci s dlouholetou specializovanou advokátní nebo soudcovskou praxí. Jak naopak ukážeme níže, ve středoevropském modelu ústavního soudu převažují akademici. Typický ústavní soud tak může být – při splnění podmínky potřebné právnické praxe – tvořen jak právními akademiky, obvykle se specializací v ústavním nebo mezinárodním právu, teorii a filozofii práva, případně i v oborech soukromého nebo zejména veřejného práva, tak právními praktiky, tj. soudci či spíše méně často advokáty, případně, a nikoliv nutně, několika bývalými parlamentními politiky splňujícími podmínky pro jmenování.

Důležité je také zachovat rovnováhu. Přílišné zastoupení bývalých politiků by snížilo profesionalitu soudu, přílišné zastoupení reprezentantů právní praxe (soudů, advokacie) by hrozilo jednak rozšířením relativně častého formalismu aplikace i na ústavní soud, jednak posunováním problémů ústavního soudu z oblasti práva ústavního do oblasti práva jednoduchého (trestního, občanského atd.).[58] Nejméně problematické by asi bylo složení soudu, kde by těžiště leželo na akademicích, ovšem i zde lze protiargumentovat možnou odtržeností soudu od praktického života.

Podle názorů bulharských odborníků důležitou roli při volbě a jmenování členů bulharského soudu hrálo vyrovnané zastoupení různých směrů politického a právního myšlení.[59] V tomto smyslu byl v české literatuře kritizován fakt, že ve složení našeho Ústavního soudu výrazně převládala orientace na pravou část politického spektra. To je sice vysvětlitelné statusem levice počátku 90. let, nemělo by to však být trvalou tendencí, nemá-li to ohrozit autoritu soudu. Zajištění tohoto požadavku bude klást značné nároky na citlivost a předvídavost senátorů, mezi nimiž zřejmě budou díky zvolenému volebnímu systému reprezentanti levice v menšině (podobně třeba ve Francii).

Je jistě vhodné, pokud se nominované osoby vyjádří ke své představě optimální činnosti ústavního soudu včetně vlastní filozofické koncepce práva. Jakkoliv se v tomto smyslu zejména v naší žurnalistické produkci velmi nepřesně hovoří o sváru mezi pozitivním a přirozeným pojetím práva[60], jde spíše o zohlednění toho, aby v rámci ústavního soudu nebylo jak nadměrné množství zastánců soudcovského aktivismu, jenž se v extrémní podobě projevuje přesvědčením o klíčové roli soudce jako sociálního inženýra v jakékoliv oblasti lidské činnosti, který je s to vyřešit jakýkoliv možný lidský problém, tak zastánců neúměrného sebeomezování ústavního soudu ve vztahu k moci zákonodárné a výkonné, což by soud paralyzovalo a proměnilo jej jen v okrasnou instituci.

[55] V několika málo státech, kde je ovšem zjevně odlišná filozofická koncepce činnosti ústavního soudce, se nevyžaduje nejen právní praxe, ale dokonce ani právnické vzdělání. Jde o Arménii, Japonsko nebo Francii, kde byla např. v roce 2001 členkou Ústavní rady jmenována socioložka *D. Schnapperová*, dcera *R. Arona*. Přesto právníci pochopitelně tvoří velkou většinu soudců i v těchto zemích.

[56] Viz pozn. č. 21.

[57] S podobnými úpravami se ostatně často setkáváme u mezinárodních soudů, jejichž soudci mají být osobami způsobilými zastávat ve svých zemích nejvyšší soudcovské funkce nebo být vynikajícími znalci práva.

[58] Upozornit je třeba na názor *J. Blahože*, podle nějž je v ústavních systémech zakládajících kompetenci ústavních soudů přezkoumávat rozhodnutí soudů obecných nutné zajistit personální propojení vysokých soudních instancí a ústavních soudů jako prevenci vzniku třecích ploch. Doporučuje tak postupovat i u nás – viz dílo cit. v pozn. č. 36, str. 446. Shodně FAVOREU, L.: Constitutional Review in Europe, in: Henkin, L., Rosenthal, A. J. /ed./: Constitutionalism and Rights (The Influence of the United States Constitution Abroad), New York 1992. S těmito názory nejsme v rozporu, naší tezí je spíše eliminovat nejvýraznější stranické exponenty stejně jako vyloučit, aby politický element na ústavním soudě převládl.

[59] Podle práce cit. v pozn. č. 15, str. 41.

[60] Ve skutečnosti je tato distinkce v moderním právním myšlení do značné míry překonaná, neboť lidská práva chráněná naší Listinou jsou zcela jistě projevem přirozenoprávního myšlení. Naopak žádný rozumný právník nemůže hlásat metafyzické pojetí práva, nijak nesouvisející s právem vytvářeným legislativní mocí.

IV.2 ZASTOUPENÍ MENŠIN

V mnohonárodnostních státech, typicky ve federacích, se přihlíží také k zastoupení všech hlavních národností. Příkladem jsou Švýcarsko, Kanada[61] a Belgie, kde je tento požadavek zakotven v právních předpisech, nebo Finsko, kde se *de facto* zachovává ve vztahu ke švédské menšině. Podobně v Rusku dva z 19 soudců jsou zástupci tzv. konstitutivních národů Ruské federace; zbývajících 17 soudců tvoří Rusové. Fakticky je zastoupení menšin zajištěno též ve Španělsku, Chorvatsku, Makedonii, Litvě a na Slovensku, kde je jeden ze třinácti soudců současného soudu maďarské národnosti[62]. V USA je v posledních dekádách citlivá otázka rasová, jejíž předzvěstí již před 2. světovou válkou bylo jmenování prvních soudců židovského původu. Zajímavé je, že jen jediný z devíti soudců současného Nejvyššího soudu je černoch.[63]

Domníváme se, že složení českého Ústavního soudu by mělo reflektovat národnostní skladbu obyvatelstva ČR. Přestože jistě platí, že je ČR národnostně homogennější než kdy dříve ve svých dějinách, nežijí zde pouze Češi. V budoucnu lze navíc očekávat zvyšující se podíl občanů jiného než českého původu. ČR se sice viditelně nerozhodla pro některou z ideálních strategií přístupu k menšinám, přinejmenším z pragmatických důvodů (již vícekráte zmiňovaná legitimita a autorita soudu, ale také možná odlišnost optik) by však bylo vhodné výběr kandidátů neomezovat jen na Čechy, což se ostatně nedělo ani dnes. Pokračovat by proto měla tradice alespoň jednoho soudce jiné než české národnosti.[64] Jelikož však problematika menšin nemusí být zpřítomněna pouze principem strukturální reprezentace, tj. zastoupením každé myslitelné menšiny (nejde jen o etnický původ, ale také o pohlaví, náboženství, sexuální orientaci, sociální třídy atd.), zajisté postačí, objeví-li se mezi soudci přinejmenším ti, kteří se problematikou menšin důkladně zabývají.

V západní Evropě a USA se také pravidelně přihlíží k zastoupení žen, jakkoliv vlastně nejsou menšinou, jejichž podíl na vysokých státních funkcích zdaleka nedosahuje jejich podílu v populaci. Asi nejvyváženější je situace ve Slovinsku, kde z devíti soudců jsou čtyři ženy. Nikoliv špatná je i situace v SRN, kde v roce 2003 je mezi šestnácti spolkovými ústavními soudci pět žen (tři v prvním senátu, dvě ve druhém senátu). V Polsku je na patnáctičlenném soudu čtveřice žen. V USA a v Kanadě jsou z devíti soudců jen dvě ženy. Z tohoto pohledu je česká situace v roce 2003 spíše podprůměrná: z patnácti soudců jsou dvě ženy, z nichž jedné končí funkční období v listopadu tohoto roku, ovšem lepší než v řadě jiných zemí (na Slovensku nebo v Maďarsku je žena jediná).

Religiózní úvahy nebudou pravděpodobně hrát v sekularizovaném Česku větší roli. K těmto otázkám se tradičně přihlíží v SRN, kde je dlouhodobá rovnováha mezi protestanty a katolíky, což se zajímavě projevuje v rozdělení Spolkového ústavního soudu na citlivé morální otázky typu interrupce. V SRN ovšem zarazí, že třináct let po sjednocení Německa není v Karlsruhe ani jediný soudce, který by byl původem z NDR.[65]

IV.3 OTÁZKA VĚKU

Požadavek minimálního věku pro výkon funkce ústavního soudce je pochopitelně zcela správný. Řada ústav stanoví také horní hranici věku soudce. Ta počíná od 65 let (tuto spíše zbytečně nízkou hranici zná Malta, Turecko a Ukrajina), přes 67 let (Finsko, Švédsko), 68 let (Německo, Švýcarsko, Kypr), 70 let (např. Rakousko, Belgie, Dánsko, Maďarsko, Irsko, Rusko ad.), popř. 75 let (Kanada). Česká úprava (podobně jako např. Francie, Gruzie, Itálie, Portugalsko, Rumunsko, Španělsko, USA apod.) žádnou horní hranici nezná.

Průměrný věk soudců prvního senátu Spolkového ústavního soudu v SRN je o něco více než 60 let, zatímco průměrný věk soudců druhého senátu je o tři roky nižší. Nejstaršímu německému soudci je 66 let, nejmladšímu 49 let. Ve srovnání s tím je průměrný věk soudce českého Ústavního soudu podstatně vyšší (téměř 62). Nejmladším soudcem je *P. Holländer* (50), nejstarším předseda soudu *Z. Kessler* (76). Pro zajímavost je možno podotknout, že současnému předsedovi Nejvyššího soudu USA *W. Rehnquistovi* je 79 let (ve funkci od roku 1972) a nejstaršímu soudci téhož soudu *J. Stevensovi* bude v tomto roce 83 let (ve funkci od roku 1975).[66]

---

[61] V Kanadě se jako další požadavek přidává to, že tři zástupci frankofonního Quebeku musí absolvovat studium kontinentálního práva a naopak šest zbývajících soudců by mělo pocházet z kultury common law.

[62] Soudce *L. Mészáros* (údaj podle internetové stránky Ústavního soudu).

[63] Soudce *C. Thomas*, jmenovaný *G. Bushem st.*, v černošské komunitě velmi neoblíbený jako nositel republikánských konzervativních názorů, které jsou velké většině Afroameričanů cizí.

[64] Soudce *P. Holländer* je Slovák.

[65] Výjimkou je soudkyně *Ch. Hohmann–Dennhardt* narozená v roce 1950 Lipsku, která ovšem podle životopisu zveřejněného na internetové stránce Spolkového ústavního soudu vystudovala západoněmecké školy a tudíž se dá předpokládat, že její rodina záhy emigrovala.

[66] V USA, kde je rozložení názorů devítičlenného Nejvyššího soudu velmi těsné, může hrát důležitou roli každá rezignace soudce. I z tohoto důvodu soudci vážně uvažují, kdy je vhodné rezignovat s ohledem na to, aby o jejich nástupci mohl rozhodnout ten prezident, k němuž budou mít blíže. V interrupční kauze to řekl poměrně jasně tehdy již letitý soudce *H. Blackmunn*, který podotkl, že na soudu nebude na věky a obává se, že jeho nástupce může zvrátit těsnou prointerrupční většinu soudu. Srov. *Planned Parenthood of Southearn PA. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), separátní stanovisko soudce *Blackmunna*. *Blackmunn* rezignoval o dva roky později a byl nahrazen liberálním soudcem *S. Breyerem* (nekontroverzní kandidát navržený Senátu *B. Clintonem*).

V. DETAILNÍ POHLED NA OBSAZENÍ STŘEDOEVROPSKÝCH ÚSTAVNÍCH SOUDŮ

Předchozí spíše abstraktní náčrt podmínek a předpokladů můžeme doplnit krátkým rozborem aktuálního personálního složení středoevropských ústavních soudů. Na jedné straně srovnáme Spolkový ústavní soud jako příklad ústavního soudu fungujícího pět desítek let v zavedené demokracii, na druhé straně středoevropské postkomunistické země, kde již ve všech, vyjma Česka, proběhlo vystřídání první generace soudců – zakladatelů.[67]

V Německu tvoří velkou většinu soudců současného Spolkového ústavního soudu profesoři práva. Z celkem šestnácti soudců je jich rovných devět; převážně se jedná o profesory ústavního, mezinárodního a správního práva a teorie práva. Šestice soudců, jak je v Německu pravidlem, působila před zvolením do Spolkového ústavního soudu jako soudci jednoho z pětice nejvyšších spolkových soudů (zpravidla Spolkového správního dvora), přičemž jeden z těchto soudců má současně profesorskou hodnost. Jeden ústavní soudce byl před zvolením zemským ministrem a jeden vysokým vládním úředníkem.[68]

Podívejme se nyní na postkomunistickou střední Evropu. Obdobně jako v Německu zde dominují akademici. Profesorů je na polském Ústavním tribunálu deset z patnácti soudců a v Maďarsku dokonce 9 z 11. Pět profesorů (resp. docentů) je ve Slovinsku (devět soudců celkem), stejně tak pět na Slovensku (13 soudců celkem). Český Ústavní soud je tedy v tomto směru dosti pod průměrem (5 profesorů z 15 soudců).[69]

Participace bývalých politiků je relativně malá. V Polsku jsou mezi soudci tamního ústavního soudu celkem čtyři bývalí poslanci nebo senátoři (většina z nich jsou současně profesoři), na Slovensku a v Maďarsku po jednom bývalém poslanci. Ze stávajících soudců českého Ústavního soudu byli tři v minulosti poslanci. Ve Slovinsku je jeden soudce bývalým ministrem *(J. Alojz)*. Několik soudců ve všech jmenovaných zemích jsou bývalí vysocí vládní úředníci. V Maďarsku jsou jako soudci vyloučeni ti kandidáti, kteří kdykoliv během předchozích čtyř let byli členy vlády, zaměstnanci politické strany nebo zastávali post ve veřejné správě.[70]

Zastoupení bývalých soudců obecných soudů není velké. Jak již bylo řečeno, v Německu je pravidlem, že tvoří nejméně šest z šestnácti členů soudu. Tři takoví soudci působí na Slovensku, jeden v Maďarsku. V Polsku jsou čtyři soudci bývalými soudci Nejvyššího správního soudu (většina z nich jsou zároveň profesoři). V Česku jsou tři soudci bývalými soudci Nejvyššího soudu. Dosti neobvyklé je z komparativního hlediska to, že další tři čeští ústavní soudci jsou bývalými soudci nižších obecných soudců a dva z nich dokonce pocházejí z téhož krajského soudu.

Počet reprezentantů dalších právnických profesí je zanedbatelný. V Česku prošli tři soudci advokacií, na slovenském ústavním soudu pracují dva bývalí advokáti a v Polsku jeden. V Polsku je nadto ústavní soudkyní bývalá ombudsmanka *E. Łętowska*.

Důležitou roli hrají také zkušenosti ze zahraničí, které byly zahrnuty do hodnocení pravděpodobně již při výběru první generace soudců našeho Ústavního soudu a rozhodně jsou jimi poměřováni soudci jmenovaní za součinnosti Senátu.[71] V Německu se stává postupně spíše pravidlem než výjimkou, že soudce má za sebou studium nejenom v SRN, ale též v další zemi, obvykle v USA, a je hostujícím profesorem na řadě zahraničních univerzit. Přinejmenším stejně elitní soudci jako v SRN působí i na polském Ústavním tribunálu; ostatně sama polská ústava v článku 194 odst. 1 hovoří o tom, že soudci jsou voleni z osob *„vyznačujících se vynikající znalostí práva"*. Velká část polských ústavních soudců současně patří mezi význačné mezinárodní odborníky, hostující profesory zahraničních univerzit, členy prestižních mezinárodních akademií a institucí. V tomto ohledu se žádný jiný středoevropský soud polskému Ústavnímu tribunálu rovnat nemůže.

Morální integrita soudců hraje pochopitelně nepominutelnou roli. V postkomunistických společnostech hraje význam také ve vztahu k postojům potencionálního soudce v době komunistického režimu. V SRN podobné úvahy vedly dokonce k tomu, že ani jeden soudce nepochází z bývalé NDR. V Polsku jsou v současnosti přinejmenším tři soudci, kteří v 70. a 80. letech participovali na činnosti tehdy opozičního hnutí Solidarita, další soudce vystupoval jako advokát při obhajobách členů polské opozice v trestním řízení. Zdá se, že podobná hlediska byla reflektována též při výběru soudců v České republice (političtí vězni, navrátilci z politické emigrace apod.), což je jistě cennou devízou hodnou následování. Projednávání některých kandidatur v Senátu bylo dokonce více než na odborné zřetele, jež se zřejmě u nominovaných více méně předpokládají, zaměřeno právě na kandidátův život v předlistopadovém režimu.

[67] Vycházíme z údajů publikovaných soudy na jejich oficiálních internetových adresách (viz pozn. č. 12 výše). Protože většina soudců vykonávala pochopitelně vícero činností, za rozhodující považujeme tu, která bezprostředně předcházela jmenování (volbě) ústavním soudcem.

[68] Pozorný čtenář si všiml, že součet uváděných čísel je 17, nikoliv 16. Je to dáno tím, že jeden soudce je profesorem a současně byl bezprostředně před volbou soudcem obecného soudu.

[69] Akademicky orientované ústavní soudy jsou i ve východní Evropě. Příkladem je Rumunsko (práce cit. v pozn. č. 15, str. 57).

[70] Viz práce cit. v pozn. č. 15, str. 51.

[71] Srov. zkušenosti soudce *P. Holländera, V. Klokočky, V. Cepla* ad. Z nových soudců mají bohaté zahraniční zkušenosti všichni, zejména však *E. Wagnerová, J. Malenovský* a *J. Mucha* (oba posledně jmenovaní byli mj. velvyslanci při Radě Evropy).

VI. MOŽNOST OPĚTOVNÉHO JMENOVÁNÍ (ZVOLENÍ) SOUDCEM ÚSTAVNÍHO SOUDU

Dá se obecně říci, že desetiletá lhůta pro jmenování ústavního soudce v ČR je vcelku vyhovující (viz srovnání níže). Naše ústava je však z komparativního hlediska výjimečná s ohledem na možnost opětovného jmenování soudcem ústavního soudu. Takováto možnost existuje jen v několika málo zemích (Chorvatsko, Maďarsko, Ázerbajdžán) a pak v rámci nadnárodních tribunálů, kde je ovšem funkce této možnosti specifická. Tak tomu bude v případě ESD, kde je možnost znovuzvolení soudce pravděpodobně dána zájmem členských států udržet si v jistém smyslu kontrolu nad dalším vývojem EU.[72] Právě implicitní kontrolou rozhodování ústavních soudů se snad dá argumentovat ve prospěch zachování možnosti opakovaného jmenování soudců. Nedomníváme se však, že by měli být ústavní soudci „drženi na uzdě" svírané politickou reprezentací. Zatímco volený zástupce lidu je lidu odpovědný a perspektivou opětovného zvolení také kontrolovaný (vláda na čas), ústavní soudce má být odpovědný především ústavě. Východiskem pro posuzování této otázky je pečlivý výběr kvalitních kandidátů, nikoliv jejich nepřímá kontrola neurčitou vidinou budoucího jmenování na další funkční období. Požadavek kvalifikovaného výběru ostatně platí i pro soudce soudů obecných: mají být jmenováni jako kompetentní kandidáti, nebo jako čerství absolventi po třech letech čekatelské praxe, kteří se kvalifikovanými snad stanou někdy v budoucnu?

Domníváme se, že česká možnost znovu jmenovat soudce Ústavního soudu představuje závažný problém. Důvod je přitom jasný. Je jím problematická nezávislost soudce, který má v úmyslu opětovně se o svou pozici ucházet. Takovýto soudce je přímo či nepřímo nucen zvažovat každé své rozhodnutí s ohledem na svou případnou opětovnou kandidaturu (vztah k prezidentu republiky a senátní většině). Kdyby se většina Senátu politicky výrazněji proměňovala, bylo by riziko vytváření „politických" předpokladů pro opětovné jmenování menší, neboť by soudce nevěděl, jak politicky složená většina bude o jeho opětovné nominaci rozhodovat. U nás však lze předpokládat pravostředový Senát jako dlouhodobější fenomén. Ještě zásadnější problém může představovat postoj ústavního soudce na sklonku jeho funkčního období k návrhům prezidenta republiky nebo skupiny senátorů, bude-li mít soudce v úmyslu se na svůj post vrátit a bude-li současně vědět, že právě dotyčný prezident za několik měsíců předloží Senátu své nominace (resp. právě senátoři – navrhovatelé o několik měsíců později budou potvrzovat možná právě jeho nominaci).

Problému opětovného jmenování (zvolení) lze zamezit jmenováním na dobu neurčitou, omezenou buď věkem (Rakousko, Argentina, Belgie, Irsko, Malta, Kanada, Turecko, Arménie) nebo zdravotní způsobilosti soudce a jeho vůlí podílet se na práci soudu (USA). Tento model existoval původně i v Německu, ale v 70. letech od něj bylo upuštěno. Na dobu neurčitou jmenovaní soudci ovšem pokračovali v Německu ve své funkci, stejně jako v ní pokračují soudci ruského Ústavního soudu jmenovaní v roce 1991 (Ústavní soud byl podle Ústavy z roku 1993 rozšířen na 19 členů, takže noví soudci jmenovaní *Jelcinem* na dvanáct let mají v postsovětském soudu většinu). Základním nedostatkem tohoto modelu je to, že neodráží dostatečně společenské proměny. V takovémto případě je snadno představitelné, že soudci zastávající své funkce desítky let představují myšlení minulosti za zcela změněných podmínek současnosti. Nejnázornějším příkladem jsou USA, kde se ve 30. letech minulého století na Nevyšším soudě zastavil čas a soudcové tohoto soudu nezaznamenali fundamentální změny vyvolané světovou hospodářskou krizí, a dále upírali legislativě a exekutivě možnost aktivnějších zásahů státu do ekonomiky. Politický charakter ústavního práva (viz výše) přitom znemožňuje předpokládat, že ochranou ústavy je v každé situaci a v každé době to samé konání ve prospěch týchž hodnot a postojů. Ústavy jsou živým právem, jež je interpretací a praxí ústavních orgánů, a ústavních soudů především, přizpůsobováno měnícímu se světu, což samozřejmě neznamená jen a pouze momentálně se měnící politické vůli. Snaha čelit působení soudců ve funkci dvacet či třicet let tak v tomto modelu nakonec ústí ve jmenování soudců spíše pokročilého věku.

Instalace ústavního soudce na určitou dobu bez možnosti opětovného jmenování (zvolení) existuje v převážné většině evropských států. Na devět let (bez možnosti opětovného jmenování nebo zvolení) jsou ústavní soudci jmenováni (voleni) ve Francii, Itálii, Litvě, Polsku, Portugalsku,[73] Rumunsku, Slovinsku a na Ukrajině, na deset let v Gruzii, na dvanáct let v Německu a Rusku. Nově (od roku 2001) je opětovné jmenování znemožněno též velkou ústavní novelou na Slovensku (mj. na základě neblahých zkušeností s ustavováním druhého ústavního soudu v roce 1999), již dříve to znemožnila nová polská ústava z roku 1997 (podle předchozí úpravy byli soudci Ústavního tribunálu znovu volitelní). Na Slovensku byli nicméně za

[72] Možnost „kontrolovat své soudce" je ale v rámci ESD dosti obtížná, zejména s ohledem na neexistenci separátního stanoviska. Možnost politické kontroly je omezena i tím, že soud sepisuje jednotné odůvodnění, spíše abstraktněji a nepříliš určitě formulované. V literatuře jsme také nevysledovali, že by tímto způsobem státy nějak zásadně zneužívaly svůj vliv.

[73] V Portugalsku do roku 1997 bylo znovu ustavení do funkce možné, jako nesouladné se soudcovskou nezávislostí bylo ale zakázáno.

účelem zachování „institucionální paměti" ještě před účinností novely ústavy opětovně jmenováni tři soudci z funkčního období let 1993–2000.[74]

Specifická situace je ve Španělsku, kde může být soudce jmenován (zvolen) znovu, ale nikoliv pro bezprostředně následující termín (v praxi to znamená tři roky nemožnosti kandidovat).

VI.1 KE KONTINUITĚ NAŠEHO ÚSTAVNÍHO SOUDU

Kontinuitou ústavního soudu rozumíme postupné obměňování jeho členů, které zajišťuje stabilitu judikatury a její evoluční, nikoliv revoluční vývoj.[75]

Problém kontinuity soudu si lze ukázat na dvou kontrastních příkladech. V Bulharsku ústavodárce zvolil proceduru, kdy z 12 nově ustavených soudců byli po prvních třech letech vylosováni tři, jejichž funkční období skončilo, po dalších třech letech ze zbývajících devíti starých soudců byli vylosováni další tři atd., takže po uplynutí devíti let nenastala náhlá obměna celého soudu.[76] Naopak v Maďarsku se na tento problém nepamatovalo, což mělo ten důsledek, že během několika měsíců v letech 1998 a 1999 došlo k úplné obměně Ústavního soudu a následně k zásadní filozofické změně přístupu k výkladu ústavy a, podle mnohých, také k úpadku prestiže soudu.[77] Ačkoliv se na sklonku roku 1997 objevily návrhy na prodloužení mandátu soudců a tím zamezení diskontinuity, návrhy se v praxi neprosadily.[78]

V ČR byly učiněny dva pokusy o legislativní řešení problému opakovaného jmenování v kombinaci s potřebou zajištění kontinuity Ústavního soudu. S prvním přišla vláda (sněmovní tisk 541, 3. volební období), s druhým Senát (sněmovní tisk 1134, 3. volební období). Vládní návrh stanovil zákaz opakovaného jmenování a věkový limit 70 let, který se však neměl vztahovat na soudce jmenované přede dnem účinnosti novely Ústavy. Senátní návrh rozšířil tato opatření o prodloužení funkčního období na 12 let (stejně jako na Slovensku „kompenzace" zákazu opakovaného jmenování). Pomocí popsaného mechanismu mohlo perspektivně docházet ke spontánní postupné obměně Ústavního soudu. Pro jeho iniciaci bylo navrženo přechodné ustanovení, jímž se všem soudcům jmenovaným před 1. červencem 2003 (první den měsíce očekávaného „personálního zemětřesení") funkční období prodlužuje na 12 let, avšak s tím, že soudcům k tomuto dni starším 70 let zaniká funkce nejpozději 31. prosince 2003. Na začátku roku 2004 by tak na Ústavní soud nastoupilo jen několik nových soudců, další větší změna by přišla až v létě 2005; mezitím by již působila věková hranice. Udržela by se tak „institucionální paměť" soudu.[79]

Na efektivní legislativní řešení je již pravděpodobně pozdě. Jedinou šancí k realizaci této žádoucí změny by bylo využít projednávání novely Ústavy, jejíž zpracování bylo vyvoláno nálezem Ústavního soudu ve věci zákona o soudech a soudcích. Novela Ústavy má především umožnit výkon státní správy soudnictví soudci, jinak však obsahuje řadu sporných námětů. Každopádně by nic nebránilo rozšíření jejího tematického záběru na další náměty v oblasti moci soudní, včetně Ústavního soudu, zejména měla-li by účinnost obou předpokládaných úprav nastat k 1. červenci 2003. Naléhavost tohoto problému se jen zčásti zmírnila přirozenou obměnou Ústavního soudu; i tak totiž v červenci 2003 ve funkci končí devět soudců. Tím obtížnější je otázka, zda v zájmu kontinuity soudu bude vhodné znovu jmenovat některé ze stávajících soudců; samozřejmě, nebyla-li by změněna Ústava. Samotná skutečnost, že v těchto úvahách může být brán zřetel na dosavadní rozhodovací praxi těchto soudců je varující, a je zároveň ukázkou potřeby zamezit tomu *pro futuro* ústavní novelizací. Protože na tuto otázku nelze dost dobře objektivně odpovědět (mají být znovu jmenováni všichni zájemci, nebo jen někteří; jaká by byla kritéria selekce?), nebudeme se o to ani pokoušet. Jde totiž v podstatě o poměřování dvou principů: kontinuity Ústavního soudu a garancí jeho nezávislosti.

Lze kontinuitu zajistit pouze opakovaným jmenováním stávajících soudců? Jako určité řešení tohoto problému se nabízí nominace několika současných asistentů nebo poradců soudců, což není řešení v zahraničí

[74] KLUČKA, J.: Organizácia ústavného súdnictva v Slovenskej republike, in: Bröstl, A., Klučka, A., Mazák, J.: Ústavný súd Slovenskej republiky (Organizácia, proces, doktrína), Košice 2001, str. 25.

[75] Naše právní teorie příliš nediskutuje o tom, že občané mají právo na právní jistotu a předvídatelnost práva nejen ve vztahu k legislativě tvořené parlamentem, ale též k judikatuře ústavního soudu. V této souvislosti odkazujeme na Fina *R. Siltalu*, který nedávno poukázal na to, že soudcovské právo ve skutečnosti jen velmi obtížně splňuje postuláty „vnitřní morálky práva", jak je formuloval *L. Fuller* ({SILTALA, R.: A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Oxford: Hart Publishing 2000).

[76] Viz práce cit. v pozn. č. 15, str. 20.

[77] Jeden z autorů tohoto článku *(Z. Kühn)* pobýval na jaře 2001 v Budapešti na Středoevropské univerzitě, kde se toto tvrzení objevovalo mezi tamními maďarskými právníky velmi často. Podobně BOULANGER, CH.: Europeanisation Through Judicial Activism? The Hungarian Constitutional Court's Legitimacy and Hungary's „Return to Europe", přednáška na St. Anthony's College, Oxford, 24.–25. května 2002 (záznam přednášky k dispozici u autorů tohoto příspěvku).

[78] K tomu velmi kriticky bývalý předseda Ústavního soudu L. SÓLYOM: To the Tenth Anniversary of Constitutional Review, in: Halmai, G. /ed./: A Megtalált Alkotmány? A Magyar Alapjojagi Bíráskodás Elsö Kilenc Éve/The Constitution Found? The First Nine Years of Hungarian Constitutional Review on Fundamental Rights, INDOK, Budapest 2000, str. 21 násl. (kritizuje, že zákonodárce na kontinuitu nepamatoval nebo dokonce pamatovat na počátku 90. let nechtěl).

[79] Podrobněji k tomu KYSELA, J.: K dalším důsledkům přijetí tzv. Euronovely Ústavy ČR, Právní rozhledy č. 11/2002, str. 526-527.

neobvyklé. Současně by to s ohledem na míru zapojení těchto osob do rozhodování ústavního soudu přineslo značnou kontinuitu a zamezilo negativním následkům, o kterých jsme se zmiňovali výše. Úvahy o kontinuitě se nicméně nevyčerpávají přechodem soudců; podstatné bude rovněž zkoumat vztah kandidátů k dosavadní judikatuře, její filozofii atd. V zásadním směřování rozhodovací činnosti Ústavního soudu totiž mohou (a měli by) pokračovat i noví soudci. Lze jen upozornit, že v Maďarsku na konci 90. let v podobně složité situaci nebyl žádný ze soudců starého ústavního soudu znovu zvolen; o Slovensku již byla řeč.

VII. NAŠE ZÁVĚRY

Z předchozího textu je možné vyvodit toto shrnutí:

1. Vzhledem ke kompetencím Ústavního soudu a povaze ústavního práva je jeho činnost politicky citlivou. Z tohoto důvodu lze mít za přijatelný proces výběru soudců, v němž hrají svou roli mimo jiné i politické ideologie a zájmy. Nikoliv však v podobě identifikace s jakýmkoliv stranicko politickým programem, nýbrž v podobě ideového spříznění, jež přispívá k reprezentativnímu charakteru soudu. Vzhledem k soudnímu charakteru Ústavního soudu a s ním spjatými atributy nezávislosti a nestrannosti však legitimní politické vlivy musejí být koncentrovány právě jen a pouze do procesu kreace Ústavního soudu.

2. Komparativní zkušenosti ukazují, že s ohledem na mimořádný význam ústavního soudu je ideální proces jmenování či volby ústavních soudců rozvržen mezi vícero ústavních institucí, které na tomto procesu společně (jako v našem případě) či samostatně participují. V reakci na občasnou neprůhlednost kreace se ozývá celosvětově volání po jejím zprůhlednění.

3. Model obsazování Ústavního soudu ČR je vyhovující a v mezinárodním srovnání nikterak neobvyklý. Jde ovšem o model dynamický, založený na kooperaci prezidenta republiky a Senátu, jejíž povaha se může měnit jak v závislosti na složení měnící se většiny Senátu, tak na typu konkrétního prezidenta republiky. Stranickopoliticky vyhraněný prezident republiky se může ve výběru kandidátů na funkce soudců Ústavního soudu častěji orientovat na podobně vyhraněné osobnosti, čemuž by měl Senát čelit. Nominace aktivních politiků není, za samozřejmého předpokladu splnění ústavních a zákonných podmínek, vyloučena. Jde nicméně o důkladné posouzení způsobilosti jednotlivých kandidátů (viz též znění slibu soudce Ústavního soudu), aby se pokud možno zamezilo obchodům typu „našeho poslance na soudce výměnou za podporu tohoto zákona". Slabší vazba Senátu na politické dění ve Sněmovně je zde nespornou výhodou.

4. Bylo by velmi účelné, kdyby veřejným jednáním Senátu a jeho orgánů o vyslovení souhlasu se jmenováním soudců Ústavního soudu věnovala širší veřejnost patřičnou pozornost bez ohledu na konkrétního kandidáta. Právě veřejná diskuse může napomoci odhalit skutečnosti svědčící proti vyslovení souhlasu. Jelikož prezident republiky je orgánem monokratickým, může být debatní platformou jen Senát. Z tohoto důvodu by však neměla být doba mezi zasláním žádosti prezidenta republiky a vyslovením souhlasu Senátem příliš krátká.

5. Prezidentu republiky, ale i právnické veřejnosti, by bylo ku prospěchu explicitnější formulování představy ideálního kandidáta ze strany senátorů. To by ovšem předpokládalo obšírnější rozpravy vedené v plné schůzi Senátu. Z dosavadních jednání lze ocenit jak důraz kladený na transparentní výběr kandidátů, tak kritéria jejich posuzování: vymezování se vůči přemrštěnému právnímu formalismu, zahraniční zkušenosti, morální integrita atd.

6. Kvůli eliminaci rizika politických vlivů přesahujících proces výběru kandidátů by měl být respektován zákaz opakovaného jmenování, ať už zakotvený v Ústavě, anebo pouze praktikovaný.

Výhodné smluvní podmínky jako varovné signály

Petr Hajn*

Důsledky obchodních smluv by neměly připomínat výsledek zápasu v kopané, kde vítězství jedné strany v poměru 3:0 znamená porážku strany druhé v tomtéž poměru. Teorie her tvrdí, že správná smlouva spočívá na „win-win strategy" – vyhrávají (získají výhody) oba spolupracující soupeři.[1] Pojem kontraktace – alespoň jak tvrdí jazykovědci – není odvozen od slova „kontra" nýbrž od latinského výrazu „cum trahere" (táhnout spolu).

Realistický pohled na obchodní smlouvy vyjadřuje stará anekdota, v níž se synáček obrací na svého otce-podnikatele a ptá se ho: „Tati, co je to dobrá smlouva?" A zkušený otec odpovídá: „Dobrá smlouva je taková, co přináší prospěch oběma stranám, ale na naší straně je to prospěch o trochu větší".

Ať již účastník chystané obchodní operace zná teorii her nebo omšelý vtip (a jeho poselství skryté ve slovech „prospěch *o trochu větší*"), měl by se vždy zamýšlet nad výhodami, které mu smluvní podmínky nabízejí, i nad riziky, jež jsou přirozeným rubem slibovaných zisků. Každá větší nerovnováha v tomto ohledu patří k varovným signálům ve smlouvě, které naznačují, že vidina vysokých zisků by se mohla změnit v značně ztrátovou transakci.

NEOBVYKLE VÝHODNÉ NABÍDKY

Obchodní partnery (ty, které neznáme, stejně jako ty, o nichž se domníváme, že je známe dobře) není radno pokládat za dobrodince, jimž leží na srdci náš rozsáhlý prospěch. Jestliže nám ho – jakoukoliv formou – přislibují, měli bychom být k takovým nabídkám zvýšeně skeptičtí a ostražití. Se seriózním obchodníkem se dá jen zcela výjimečně udělat obchod s vysoce nadprůměrným výnosem. S partnerem slušným a zdatným zároveň se většinou dosáhne obchod, jehož zisková míra osciluje kolem průměru.

Již někdy kolem roku 1991 náš tisk rozsáhle komentoval tehdy v Polsku známou kauzu Lech Grobelny. Tento soukromý finanční podnikatel, vlastník banky a mnoha směnáren, nabízel zázračnou úrokovou sazbu 180 % úroků v době, kdy státní banka platila z vkladů 30 % ročního úroku. Často vystupoval v televizi a publikoval celostránkové inzeráty v novinách. Někteří jeho klienti skutečně získali vysoký slibovaný úrok a působili jako vějička pro další zájemce.

Deset tisíc klientů takto svěřilo – během necelého roku – Lechu Grobelnému částku 32 miliard zlotých. Většina z nich pak neviděla nejen slibované úroky, ale ani základní vklad. Pan Grobelny vložené peníze transferoval – ve vlastních směnárnách – na dolary, se kterými zmizel v zahraničí.

Známost tohoto zahraničního případu nezabránila jeho domácím obdobám. I těm se dostávalo rozsáhlé publicity. Přesto však stále „vstávali noví investoři", kteří se nechali ošálit záměnou slov (vklad do obchodní společnosti pokládali za vklad spořitelní) i přísliby neobvykle výhodných příležitostí.

Autor těchto řádek učinil, za dobu svého působení v Radě pro reklamu, i zajímavou zkušenost psychologického rázu. Jakmile se na veřejnosti objevila reklama, v níž se operovalo s „hovínky" (ve skutečném i přeneseném slova smyslu), vyvolala zpravidla velké množství stížností. Reklamy skutečně nemravné (právě ty, v nichž se slibovaly zřejmě nesplnitelné finanční přínosy) však většinou nechávaly netečnými jak příslušníky širší veřejnosti, tak orgány, které by měly dbát na dodržování zákona o regulaci reklamy. Pokřik poškozených i tisku se ozval až v okamžiku, kdy onen poskytovatel slibů přestal plnit své závazky.

Mimořádná výhodnost určitých nabídek se nemusí týkat jen transakcí na peněžním trhu. Prodej Karlštejna má své předchůdce i následovníky. Těmi „napálenými" nejsou jen prostí lidé nízkého vzdělání, někdy naopak právě oni jsou strůjci spektakulárních podvodů.

Příkladem již klasickým je počínání dvou zlatokopů, kteří v roce 1872 předstírali opilost, chlubili se nálezem diamantů a dokonce ukazovali pytlík s nimi. Pomocí této hrané indiskrece se dostali k investičnímu bankéři Ralstonovi a tvrdili že nalezli investiční pole „větší než Kimberley". Protože jim však pole nepatří, nemohou uvést, kde se nachází. Byli však ochotni – za větší odměnu – ukázat místo tomu, koho tam sami dopraví se zavázanými očima. Důlní inženýr i ověřovací skupina, která byla později vyslána za stejných podmínek, potvrdili, že „naleziště" se třpytí diamantovým prachem a nalezli na něm nebroušené diamanty a místy i rubíny. Oba „nálezci" vyinkasovali vysoké odstupné a pak již o nich nebylo vidu ani slechu. Pozdější šetření ukázalo, že oba iniciátoři tohoto podvodu nakoupili nebroušené drahokamy a roztrousili je na místě nálezu. Od těch dob fiktivní diamantová pole, zlaté do-

* Prof. JUDr. Petr Hajn, DrSc., Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

[1] K teorii her viz NEUMANN, VON J.; MORGENSTERN, O.: Theory of Games and Economic Behavior, Princenton University Press, Princenton 1947.

ly, ropná ložiska jsou stále vějičkami, na něž mají být nalákáni zájemci o zvlášť výnosné obchody.

S neobvykle výhodnými nabídkami se lze setkat i v záležitostech obvyklejších. Zvlášť levný předmět koupě může pocházet z problematických zdrojů a být například zatížen právními vadami. Občas dokonce bývá „zatížen" i některými faktickými okolnostmi, které se ve smluvním vztahu snadno zamlčí, výrazně však ovlivňují výsledný užitek ze smlouvy pro zdánlivě zvýhodněného partnera.

Nájemní byt v atraktivní přírodní lokalitě byl nabízen za nájemné neobvykle nízké. Pronajimatel ovšem pomlčel o tom, že prostředí v domě je „zamořeno" jednou z nájemnic, která dokázala (způsoby právně ztěží postižitelnými) „otrávit" pobyt všem ostatním nájemníkům. Při stáži v Mnichově se náš krajan setkal s přístupem opačným. Jeho nájemní smlouva obsahovala ustanovení, na základě kterého bral na vědomí, že v domě dochází k výuce operního zpěvu a že eventuální obtíže z toho pro něj plynoucí jsou již vyjádřeny v ceně nájmu, která je nižší než místně obvyklé nájemné.

Obecně vyjádřeno: výhoda plynoucí z určité smluvní podmínky je vždy věc relativní a musí být poměřována s ostatními podmínkami smluvního vztahu a detailnějšími okolnostmi obchodní transakce. Zkušený smluvní vyjednavač zná běžný standard smluvních podmínek a věnuje zvlášť nastraženou pozornost nejen podmínkám, jež pokládá za tíživé, ale též a možná zvlášť – ač to zní paradoxně – podmínkám mimořádně výhodným. Pátrá po tom, proč jsou mu poskytovány; nechápe je jako výraz zvláštní přízně osudu nebo smluvního partnera. Bývá jimi spíš nalekán než nalákán.

OKAMŽITÉ VÝLOHY – ODDÁLENÉ VÝHODY

Obecná životní zkušenost učí, že se dobře slibuje to, co ještě není a co má teprve přijít. Přeborníci v poskytování příslibů dovedou poznat lehkovážně naladěné jedince, kteří věří spíš v to dobré, co se má zrodit z nakynutého bříška budoucnosti. A tak i ve smlouvách bývají někdy poskytovány příslovečné vzdušné zámky, jejichž plnění je vázáno na vágní a ztěží právně vynutitelné okolnosti.

Příkladů takových transakcí je velmi mnoho. V jednom případě je nabízen nijak levný kurs modelingu s tím, že „pořadatel kursu bude jeho účastnicím podle svých možností nápomocen při uplatnění nabytých znalostí v této dynamicky se rozvíjející oblasti". Jindy jsou budoucí dealeři získáváni pro svou činnost tím, že se poukazuje na vysoké výdělky dosahované jinými (výdělky ovšem negarantované). Okamžitě ovšem musí zaplatit školení, kde budou na dráhu dealera připravováni, a také jsou povinni si cosi za drahý peníz koupit. Jednou je to rozsáhlá sada předmětů, s nimiž mají sami obchodovat, jindy příručka o tom, jak snadno zbohatnout a stát se úspěšným člověkem.[2]

Většinou se tu jedná o určitou podobu pyramidových her (někdy se mluví o hrách peněžních, o principu letadla či o transakcích typu sněhové koule), při nichž na počáteční vklad účastníka se mají nabalovat vklady účastníků dalších a tak vysoce zhodnotit vklad počáteční. Takové počínání však může přinést větší prospěch pouze těm, kdo „do letadla" nasedli jako první. Ti v dalších pořadích stále obtížněji hledají své následovníky. Kdosi spočítal, že počet kol nemusí překročit ani desítku a nastane situace, za níž pozdější účastník pyramidové hry bude mít ze své účasti ve hře prospěch, pokud se jí zúčastní (a to několikrát) všichni obyvatelé zeměkoule. To sice není předpoklad teoreticky vyloučený, ale velmi málo pravděpodobný. Soudní lidé přece jen v populaci převládají.

Slibované příští výnosy (při poměrně vysokých okamžitých výdajích) jsou neobyčejně nejisté tehdy, když závratné zisky mají plynout z podnikání, s nímž nerozvážný nadšenec nemá žádné zkušenosti a o němž si ani nezjednal dost poznatků.

Názorné jsou případy s chovem činčil, které někteří tuzemští podnikatelé nakoupili bez náležitě ověřené chovné kvality i bez spolehlivé záruky odběru za určité ceny. Garanci ostatně nelze v dlouhodobější perspektivě poskytnout, protože zájem o zboží tohoto druhu podléhá značným výkyvům a stejně kolísají jeho ceny.

Právně problematické jsou takové *předpoklady budoucího vývoje*, které nemůže smluvní partner ovlivnit a jejichž nesplnění není pojato jako rozvazovací podmínka smlouvy.

Příkladem je tu koupě pozemku pro výstavbu rodinného domu, při níž se kupující spokojil s tvrzením prodávajícího, že se ***„dá v nikoliv vzdáleném časovém horizontu s nemalým stupněm pravděpodobnosti uvažovat s jeho vynětím z pozemkového půdního fondu"****. Takový výrok neměl žádnou oporu v příslušné plánovací dokumentaci. Jindy byl kupec rekreační chalupy nacházející se u rušné vozovky ústně ujišťován, že se počítá s výstavbou silničního obchvatu; na základě této nespolehlivé informace se rozhodl pro okamžitou koupi nemovitosti nabízené za poměrně nízkou cenu.*

Poradenská společnost nabízela dalším českým podnikům, že jim obstará partnera v zahraničí pro odbyt jejich výrobků. Polovina provize za takovou zprostředkovatelskou činnost byla splatná ***„v okamžiku, kdy došlo k prvním obchodním kontaktům s možným zahraničním partnerem a k výměně předběžných smluvních návrhů"****. Téměř vždy pak věci skončily právě jen u takových smluvních námluv. Podniky, kterým byla slibována* ***„příležitost k uza-***

[2] Srov. HRSTKOVÁ, J.: Obchody s naivitou, Ekonom 7/2003, s. 19 a násl.

***vření výhodných zahraničních kontraktů"**, platily poměrně rozsáhlou provizi za obchody, které se nikdy neuskutečnily. Vlídně jim pak bylo vysvětleno, že příležitost k uzavření obchodu jim přece poskytnuta byla a vše ostatní již záviselo na jejich schopnostech výrobních a vyjednávacích. Právně lze takový postup (a jeho smluvní vyjádření) obtížně napadat, pokud se neprokáže, že došlo k podvodnému srozumění mezi zprostředkovatelskou společností a zahraničními podniky předstírajícími zájem o uzavření smlouvy.*

Častý postup, jak přesvědčovat o budoucích výhodách určité transakce, spočívá v tom, že se současné i dřívější příznivé výsledky promítají do budoucnosti. Finanční instituce, sledovány a sankcionovány Komisí pro cenné papíry, jsou již nuceny ve svých reklamních nabídkách uvádět, že dosavadní vývoj kurzů není zárukou obdobného vývoje budoucího. (Nezdá se být tak zcela v pořádku, jestliže tato informační součást nabídek bývá občas uváděna drobnějším písmem než její součásti ostatní.) Uvedená myšlenka však platí prakticky pro nejrůznější sféry ekonomického života. Obecně pak si vyžadují ostražitost všechny situace, za nichž je žádáno okamžité plnění za takříkajíc holuby (byť i tučné holuby) na dosti vzdálených střechách.

ZISKY Z MÁLO PŘEHLEDNÝCH OBCHODŮ

Mimořádné přínosy bývají slibovány z peněžních investic do obchodů, jež má uskutečnit někdo jiný než přímý obchodní partner a většinou ve vzdálené či neurčitě vymezené cizině. Jedná se o takové obchody, jež investor nemůže nijak kontrolovat a jen důvěřuje, že uváděné okolnosti skutečně existují a jsou tak výhodné, jak mu je slibováno. Jeho důvěra je získávána zpravidla stále stejným způsobem: počáteční drobné investice jsou mu zhodnoceny nebo je seznámen s těmi, jimž se skutečně a někdy i jen předstíraně vyplatily. Takto vytvořená důvěra je vzápětí zneužita. Názorný doklad takového počínání je z doby před deseti léty, jeho obdoby se však – většinou v méně vyhraněné podobě – vyskytují neustále.

Důvěryhodně působící dáma nabídla účast na rozprodávání majetku z jedné státní instituce. Tento majetek měli zakoupit její známí a mimořádně výhodně ho prodat v zahraničí.

Ke vstupnímu kroku v této transakci (k nákupu v tuzemsku) jim prý chyběly finanční prostředky. Těm, kdo jim je půjčí, slibovala zprostředkovatelka vysoké zhodnocení poskytnutých prostředků. Jedinci i kolektivní podnikatelské subjekty pak vložili do tohoto podniku statisícové a někdy i mnohamilionové sumy. Většinou jim nebyly vráceny ani investované peníze.

Nepříliš vzdálenou obdobou takového počínání bývají investice do podnikatelských subjektů, o nichž toho investor velice málo ví, a to na projekty, o nichž toho zná ještě méně. Nelze pak nevzpomenout na bonmot, podle kterého akcionáři jsou tvorové zpozdilí a drzí. Zpozdilí proto, že svěřují své peníze neznámým lidem, a drzí proto, že chtějí, aby jim takto uplatněné peníze ještě přinášely výnosy.

PODÍLY NA PROTIPRÁVNÍM POČÍNÁNÍ

„Nečitelné" transakce, o nichž jsme právě uvažovali, se tváří jako obchody neobvyklé, které jsou však právně v pořádku. Velké výhody bývají nabízeny za zdánlivě zanedbatelnou protislužbu v operacích na první pohled podezřelých a někdy i zjevně nelegálních podle zákonů té či oné země. Takové okolnosti bývají však přehlušeny vidinou velkých a snadných zisků. Protiprávnost celého podniku může být dokonce přitažlivá pro ty, kdo v počínání na hraně i za hranou zákona vidí cosi na způsob „adrenalinového sportu".

I řada našich spoluobčanů již obdržela dopisy (a v poslední době i e-mailová sdělení), v nichž se jim představuje kdosi z ciziny a tvrdí zhruba následující: Potřebuji dostat částku – dejme tomu – 50 milionů dolarů – z mé země, kde s ní nemohu disponovat. Pokud mi poskytnete číslo svého bankovního konta (někdy i nacionále, hlavičkový bianco papír s razítkem a podpisem), obdržíte procenta (obvykle 5 až 15 %) z uvedené sumy. Docela věrohodně působí i důvody, proč výběr peněz nelze uskutečnit v cizině. Julie Hrstková v článku „Potlačit 'nigerijskou mafii' se nedaří" (Ekonom, č. 4/2003 s. 57 nsl.) uvádí následující příklady použitých legend:

- *Jsem manželka/syn generála bývalého režimu a jde o dědictví.*
- *Jsem bankéř a na jednom účtu leží peníze, jejichž majitel zemřel a nikdo o nich neví.*
- *Jsem bývalý vysoký státní úředník a mám peníze, které zbyly z pomoci mezinárodních institucí.*

Od adresáta dopisu se zároveň žádá určitá částka (někdy postupně zvyšovaná) na krytí nákladů onoho převodu. Tato záloha a ovšem ani „angažovaná suma" a výnos z ní plynoucí se již na tuzemském kontě neobjeví. Někdy z něj odplynou i částky dosud se na něm nalézající.

Nikoliv výjimečně se objevují nabídky na obchod, při němž má přijít zkrátka státní rozpočet. Naději na kladnou odezvu mají zejména u těch, kdo rádi zatnou drápek eráru (zahraničnímu i tuzemskému) a chápou to jako záslužný čin. Neměli by ovšem zapomínat, že ani státní úředníci nebývají úplní hlupáci. Také detektivní žurnalistika se má i v našich poměrech čile k světu a objevuje operace, které jejich účastníci pokládali za dobře utajené. Konečně to, co se zdálo výhodné „zde a nyní", se může v proměnách času obrátit ve svůj opak.

Objednatel stavebního díla zaměstnával „na černo" zahraniční dělníky. Přijal návrh zhotovitele stav-

by, aby si část prací na stavebním díle zajistil sám pomocí těchto zahraničních dělníků a tak ušetřil na ceně. Později se objednatel prací obával reklamovat dodávku, aby snad při této příležitosti nevyšlo najevo jeho protiprávní počínání.

Svůj „háček" mívají i takové reklamní a obchodní návrhy, v nichž se nabízejí nejen služby a věci, ale i výhody plynoucí z toho, co bývá cudně označováno za daňovou optimalizaci. Pokud cestovní kancelář inzeruje manažerský kurz (včetně účasti manželky) v exotickém zahraničí s tím, že „platbu možné odečíst z daní", lze se ptát, zda se tu nejedná „o účet bez hostinského". Daňové orgány zjišťují, proč tak daleká cesta byla nutná k vyposlechnutí několika přednášek, a mnohdy dospívají k názoru, že cílem takového pobytu bylo „osobní potěšení bez přímé vazby na získání a udržení příjmů daňového subjektu". Pro takové stanovisko nalézají oporu i u soudů, které přezkoumávají jejich rozhodnutí.[3]

Daňová optimalizace, dokonce i ta zcela legální, může přinášet výhody velmi problematické z věcného hlediska. Jestliže podnikatel, ve snaze vyhnout se placení daní, veškerý volný zisk reinvestuje, nikde nemá zaručeno, že půjde o investici úspěšnou – skutečně podařených bývá z nich jen část. Nadarmo bývají vynaloženy nejen peníze, ale i energie. Hledač výhod pak může být v profesním světě i v rodině po právu častován výroky, ve kterých se objevují slova „workoholik" a „megaloman".

Suma sumárum i pro snahy získat výhody na úkor státního rozpočtu či jiným protiprávním způsobem platívá ono známé „kdo jinému jámu kopá, sám do ní padá". Jiné poučení z uváděných příkladů spočívá v poznatku: Jestliže nám někdo nabízí výhody za to, že společně „doběhneme" někoho jiného (byť to byl například stát), můžeme téměř s jistotou předpokládat, že by byl ochoten ošidit i nás a že se pravděpodobně již na to chystá.

Konečně obvyklý seznam věcí, které se nemají půjčovat (dýmka, manželka, zubní kartáček), si zaslouží rozšířit i o bankovní konto, razítko a podpisový vzor.

BEZPLATNÁ PLNĚNÍ

Pokud nám kdosi v obchodním světě slibuje dobrovolnou činnost v náš prospěch, měli bychom se tázat, co si sám od toho slibuje. Zdatní podnikatelé projevují svou lidumilnost většinou jen v těch formách, které jim přinášejí uznání veřejnosti (a s tím spojenou publicitu) a jednak již zmiňované daňové výhody.

Stavební podnikatel nabídl majiteli skladových prostorů, že mu opatří výhodného nájemce („Proč byste platil provizi realitce, že ano?"). Skutečně mu sdělil jméno jiného podnikatele, který při prvních rozhovorech projevil o předmět nájmu zájem a ochotu platit nadprůměrně vysoké nájemné. Vymiňoval si pouze, aby na předmětu nájmu byly provedeny rozsáhlejší úpravy, které si vyžadoval způsob jeho podnikání. Majitel skladových objektů okamžitě uzavřel se stavebním podnikatelem a dobrovolným zprostředkovatelem smlouvu o provedení těchto poměrně nákladných úprav.

Ze smlouvy o pronájmu však sešlo; zájemce o nájem se prohlásil za zájemce „předběžného" a odvolal se na svého dalšího společníka, jemuž se prý nezamlouvá vzdálená lokalizace objektu. A tak místo výhodného pronájmu, čekala majitele objektu rozpačitá omluva od dobrovolného zprostředkovatele a jeho naprosto nerozpačitý účet za úpravy, které pak nevyhovovaly dalšímu (teď již opravdovému) zájemci o objekt.

Riziko z příliš důvěřivého počínání majitele mohlo být sníženo, kdyby byly vzájemně podmíněny obě uvažované transakce (tj. vznik smlouvy o dlouhodobém pronájmu a smlouvy o úpravě objektu).

Důvěru druhých si mnohdy získá ten, kdo pro ně cosi činí, aniž své počínání podložil smluvním závazkem; jeho uzavření odsouvá až na dobu pozdější. I taková velkorysost si zaslouží, aby byla posuzována se zvýšenou opatrností. Možná, že jde o projev celkové liknavosti a nespolehlivosti a proto nic zvlášť povzbudivého pro trvalejší obchodní spojení.

Provozovatelka obchodu se dohodla se svým známým na tom, že bude tichým společníkem v jejím podnikání. Jeho vklad měl spočívat jednak v určité finanční částce a jednak v osobních výkonech při úpravě provozních místností. „Budoucí tichý společník" okamžitě započal s pracovní pomocí, i když smlouva o tichém společenství ještě nebyla uzavřena. S postupem času se jeho pracovní přičinění stávalo nepravidelným a nespolehlivým a navíc si je cenil (pro účely vkladu do společnosti) značně vysoko. Provozovatelka obchodu se s ním rozešla obchodně i lidsky, smlouvu o tichém společenství neuzavřela, v zájmu vlastního klidu mu poskytla relativně vysokou odměnu za pracovní výkony nekryté smlouvou. Plnění bez smluvního podkladu pro ni nebylo nijak výhodné a utrpěla i nehrazené újmy na nervové energii a podnikatelském soustředění.

Výkony předcházející smlouvě mohou být i jistým způsobem lsti a mohou postavit smluvního partnera před jev označovaný v diplomacii jako „fait accompli" – dokonaný skutek.

Podnikatel si hodlal u stavebního podniku objednat menší opravu provozních místností. Stavební podnik okamžitě – bez smlouvy a podle jeho tvrzení bez nároku na odměnu – provedl tak důkladné „sondy" (spíš šlo o předběžné bourací práce), že nakonec musela být uskutečněna oprava objektu (ovšemže již smluvně „ošetřená") důkladnější a nákladnější, než s jakou se původně uvažovalo a než která byla ve skutečnosti zapotřebí. Objednatel se asi mohl domáhat náhrady škody či takový nárok využít jako „vyjednávací potenciál" při

[3] Podrobněji viz HAJN, P.: Vzdělávací turistika – daňové a soutěžněprávní hledisko, DHK 15/1994, s. 132–133.

jednání o smluvních podmínkách opravy; taková právní možnost však byla pro objednatele příliš subtilní. Zhotovitel díla před svou rozsáhlou stavební sondou zřejmě provedl i sondu do hlubin objednatelovy duše.

Proto opakujme: podnikatelé většinou neloví „bobříka dobrých skutků", ale sledují své vlastní zájmy. Pokud nám přinášejí něco bezplatného či zdánlivě bezesmluvního, jedná se jen o jiný případ zvlášť výhodné nabídky, která v sobě vždy obsahuje určité varovné poselství.

BĚŽNÉ VÝHODY – BAGATELIZOVANÉ NEVÝHODY

Smlouva obsahuje řadu podmínek, které teprve ve svém souhrnu rozhodují o její prospěšnosti pro tu či onu stranu. Jeden z taktických postupů při uzavírání smluv spočívá v tom, že se výraznějšími činí výhody a zamlčují se zápory, jež ze smlouvy plynou pro druhou stranou. Děje se tak prostřednictvím slovních komentářů při projednávání smlouvy, obratným rozmístěním „výhodných a nevýhodných položek smluvního sortimentu" v textu právního dokumentu i „salámovou taktikou" při projednávání jednotlivých bodů.

Plnění ze smlouvy (šlo o licenci k užívání nehmotného statku na určitém území) odpovídala v návrhu příznivá cena. Zároveň se však poskytovatel tohoto plnění měl zavázat k povinnosti „zdržet se jednání, které by mohlo být v rozporu s právy nabyvatele vyplývajícími z titulu poskytnutí výhradní licence jejímu nabyvateli". Tato neurčitě formulovaná povinnost byla zajištěna mimořádně vysokou smluvní pokutou. Poskytovatel licence nechtěl souhlasit s formulací o jednání, které ***by mohlo*** *být v rozporu s jeho smluvními povinnostmi. (Poukazoval na analogii s některými rozsudky v trestních věcech z doby totality, kdy z pouhého faktu emigrace se usuzovalo na „možnost podvratné činnosti proti republice".) Protože poskytovatel licence trval na této podmínce (a některých dalších jí podobných podmínkách, které byly zajištěny mimořádně vysokou smluvní pokutou), k uzavření smlouvy nedošlo. V některých jiných záležitostech byla vyúčtována smluvní pokuta na základě velmi sporných důvodů a započtena na nepochybně oprávněný nárok druhé strany; pochopitelně následoval vleklý spor. Mimochodem vysoké smluvní pokuty jsou jedním ze způsobů, jak přelévat peníze mezi podnikatelskými subjekty a takto „tunelovat" subjekt, jemuž byla účtována předem přichystaná sankce.*

Zahraniční obchodní společnost uzavírala – jako objednatel – s našimi podniky smlouvy o dílo, v nichž nabízela výhodné cenové podmínky. Nároky na kvalitu plnění byly ve smlouvě stanoveny velmi přísně a ne zcela určitě. Zároveň bylo objednateli poskytnuto právo, aby zadržoval – pro případ reklamací – významnou část kupní ceny. Zahraniční společnost pak ve všech případech reklamovala a stavěla naše podniky – zhotovitele díla do situace, za níž by se musely domáhat doplatku kupní ceny u zahraničního soudu. (Ve smlouvě byla domluvena jeho příslušnost, což byla podmínka v kontextu ostatních podmínek pro zhotovitele nevýhodná a neobvyklá.) Naše podniky nebyly ochotny se pouštět do sporů v zahraničí s ohledem na nákladnost takového postupu a jeho nejistý výsledek. Podmínky celé transakce ve svém souhrnu nebyly zdaleka tak výhodné, jak se původně zdálo zhotoviteli díla.

Výhody a nevýhody plynoucí ze smlouvy se mohou jedné z jejích stran jevit v jiné optice, když ty prvé jsou zřetelně a velkým písmem vyjádřeny v textu smlouvy, ony druhé pak v přiložených podmínkách tištěných petitem. Jindy se tíživé povinnosti nacházejí zakamuflovány v ustanovení jinak vcelku málo významném.

Takto se například nájemce nebytových prostor zavázal k udržování pronajatých prostor v provozuschopném stavu a převzal tak povinnost, která v základní právní úpravě podpůrného charakteru tížila pronajimatele. Učinil tak v rozsáhlejším článku smlouvy, který mu stanovil jinak samozřejmou povinnost k úklidu jím užívaných prostor.

Právě uvedený příklad naznačuje, jak obtížné by pro nájemce bylo, kdyby v daném případě hodlal tvrdit, že mu byla nachystána léčka pronajimatelem. Ten se může hájit (a s velkou nadějí na úspěch), že se nanejvýš jednalo o nepříliš důsledné řazení smluvních povinností, čemuž se ovšem nevyhnou ani nejlépe propracované smluvní návrhy. Ostatně přiměřená dávka lstivosti bývá pokládána za přirozenou součást smluvní hry, která je stejně legitimní jako jsou „finty" ve hře sportovní.

* * *

Předchozí úvahy lze shrnout do dvou antických moudrostí. Starší z nich nabádá, abychom se obávali svých protivníků, byť nám přinášejí dary. Platí to i v případech soupeřivé smluvní spolupráce a o darech v podobě výhodných smluvní podmínek. Ty se mohou projevit jako dary danajské.

Jestliže pak ve starém Římě zjišťovali, že práva náležejí jenom bdělým, pak platí i logický důsledek této zásady: o práva (a s nimi spojené hodnoty) přicházejí ti, kdo nejsou (mimo jiné při studiu smluvních textů) dostatečně ostražití a pozorní. Ono latinské „vigilantibus iura" překládá Radim Polčák, doktorand brněnské právnické fakulty, výrokem legendárního brněnského siláka Franty Koucourka „furt ve střehu". Máme-li uplatnit vznešenější způsob vyjadřování, můžeme prohlásit, že cizí smluvní návrh je jako svatovítská katedrála – až po čase a důkladnějším studiu si člověk všimne jejích detailů.

Aplikace unifikovaného hmotného práva upravujícího mezinárodní kupní smlouvu

Naděžda Rozehnalová*

I. SLOVO NA ÚVOD

Impuls k napsání této stati byl vyvolán usnesením Vrchního soudu v Olomouci (7 Cmo 587/2000–147), které v odůvodnění cituje a na případ aplikuje unifikovanou úpravu kupní smlouvy – Úmluvu OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (vyhl. č. 160/1991 Sb.). Tento fakt není sám o sobě až tak zajímavý. Nabývá však na zajímavosti při zohlednění následujících skutečností:

1. Výše uvedená úmluva nepředstavuje unifikaci vnitrostátní kupní smlouvy. Jde o unifikaci mezinárodní kupní smlouvy. Dopadá jen na kupní smlouvy obsahující mezinárodní prvek. Z výše uvedeného usnesení v žádném případě nevyplývá, že by šlo o vztah s mezinárodním prvkem. Oba účastníci řízení mají místo svého podnikání na území ČR, nikoli na území dvou různých států, které jsou smluvními stranami úmluvy. Nejsou tudíž splněny podmínky pro aplikaci Vídeňské úmluvy. Případ spadá do oblasti působení práva vnitrostátního původu. Nelze zde – což možná bylo předmětem úvah soudu vedoucích k aplikaci úmluvy – využít pouhé přednosti mezinárodní úmluvy před vnitrostátním právem. Mezinárodní úmluva má totiž svůj vlastní předmět úpravy – mezinárodní kupní smlouvu.

2. Smluvní vztah byl zjevně rozhodujícím orgánem kvalifikován jako smlouva o dílo, nikoli kupní. Článek 3 úmluvy reaguje i na situace, kdy je smluvní vztah na rozhraní.

V námi sledovaném případě se však pochybnosti řešené právě článkem 3 neobjevily.

Toto usnesení, v němž byla bezdůvodně a chybně aplikována Vídeňská úmluva, nás vede k napsání této stati.

II. ÚMLUVA OSN O SMLOUVÁCH O MEZINÁRODNÍ KOUPI ZBOŽÍ

Neúspěch unifikačních prací, jejichž předmětem byla kupní smlouva, na úrovni Haagské konference, přenesl práce na úroveň komise OSN UNCITRAL. Výsledkem její činnosti bylo mimo jiné přijetí Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží ve Vídni v roce 1980 (dále jen Vídeňská úmluva).[1] Součástí československého práva se stala 1. dubna 1991 (a následně se stala i součástí českého právního řádu).[2] Vzhledem k počtu smluvních stran (cca 50) jde o nejúspěšnější únifikaci v oblasti hmotného soukromého práva.

I přes nesporný unifikační úspěch, který tato úmluva představuje, je nutné vidět i její nedostatky. Těch je samozřejmě celá řada – od mezerovitosti úpravy, nekoncepčnosti některých ustanovení až po nedostatek, který je vlastní většině mezinárodních úmluv a utlumen byl pouze u některých mezinárodních úmluv v rámci mezinárodního práva soukromého a procesního v rámci států EU, tj. nejednota v její interpretaci. Vídeňská úmluva je samozřejmě aplikována před národními soudy či rozhodčími soudy. Neexistuje žádný orgán, který by podával například unifikovanou interpretaci jejích ustanovení. Riziko rozdílné interpretace a následné rozdílné aplikace unifikovaných ustanovení je tak vysoké. Pokusy o sjednocení jsou založeny více méně na soukromých iniciativách.[3]

* Doc. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., Katedra mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

[1] Ke vzniku a přijetí viz v české literatuře např. A. KANDA: K některým otázkám unifikace práva mezinárodní koupě, Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1972; A. KANDA: Mezinárodní kupní smlouva, Praha, 1988; L. KOPÁČ: Úmluva o mezinárodní koupi zboží, Právník, 1981; A. KANDA: Vídeňská úmluva o mezinárodní koupi zboží – Obecná charakteristika, Právník, 1997; K. RŮŽIČKA: Právní otázky obchodování se zahraničím, Ostrava, 1998.

[2] Pro původní ČSSR vstoupila úmluva v platnost 1. 4. 1991. ČR a SR se jako nástupnické státy staly smluvními stranami 1. 1. 1993. U depozitáře je vedena v případě obou států jen jediná výhrada, a to k aplikaci článku 1.1.b).

[3] Existuje více pokusů o shromáždění rozhodnutí soudů aplikujících Úmluvu, i o zajištění přehledu literatury věnující se těmto otázkám. K nejznámějším lze přiřadit sbírku rozhodnutí sestavenou a aktualizovanou pod vedením M. J. Bonella UNILEX. Elektronických databází, volně přístupných, dnes existuje řada. Mimořádně obsáhlou je sbírka pod vedením H. Kriegera na adrese www.pace.edu. V ČR není znám žádný pokus o zajištění přehledu rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že rozhodčí nálezy RS při AK a HK ČR jsou zveřejňovány jen sporadicky, neexistuje tak reprezentativní přehled interpretačních úvah. Nicméně existuje velmi bohatá česká literatura věnující se otázkám Vídeňské úmluvy.

II.1. PŘEDMĚT ÚPRAVY

Dle znění článku 1.1. je Vídeňská úmluva aplikována:

A. na smlouvy o koupi zboží mezi stranami, které mají místo podnikání v různých smluvních státech (článek 1.1.a).

Příklad. *A je subjektem podnikajícím na území Polska, B je subjektem podnikajícím na území ČR. Bez nutnosti odkazu na Vídeňskou úmluvu, je-li vztah kvalifikovaný jako mezinárodní kupní smlouva, bude soud aplikovat Vídeňskou úmluvu. V takovémto případě má přednost před úpravou kolizní či jinými mezinárodněsoukromoprávními úvahami, které je nutné provést v případě vztahu s mezinárodním prvkem.*

B. na smlouvy o koupi zboží mezi stranami, které mají místo podnikání v různých státech, jestliže podle ustanovení mezinárodního práva soukromého se má použít právního řádu některého smluvního státu (článek 1.1.b). Česká republika (resp. ČSFR) učinila výhradu dle článku 95. Tuto aplikaci tak nelze před českými soudy využít.

Základní vymezení aplikace z pohledu mezinárodního prvku je tak před českými soudy dáno článkem 1.1.a).

Dle něj vztah musí splnit následující znaky, aby na něj bylo možné uplatnit Vídeňskou úmluvu, a to jako přímou normu:

1. jde o kupní smlouvu, a to
2. mezinárodní, přičemž
3. o mezinárodnosti vztahů existuje v určitém okamžiku **známost**.

A. Kupní smlouva. Vídeňská úmluva neobsahuje definici kupní smlouvy. Kvalifikační znaky lze vyvodit z vymezení základních povinností charakterizujících tento typ transakce. Jsou uvedeny v článku 30 (povinnost dodat zboží a převést vlastnické právo) a v článku 53 (povinnost převzít zboží a zaplatit kupní cenu). Do úvahy je současně nutné vzít i článek 2, který vylučuje určité typy obchodů z dosahu Vídeňské úmluvy (zboží kupované pro osobní spotřebu, zboží kupované na dražbách, při výkonu rozhodnutí nebo podle rozhodnutí soudu, koupi cenných papírů a peněz, koupi lodí, člunů, vznášedel či letadel a koupi elektrické energie).

V případech, kdy by součástí dodávky byly i jiné práce nebo věc byla vyráběna z materiálu dodaného kupujícím, jsou znaky odlišující tuto smlouvu od jiných typů smluv, zejména potom o dílo, obsaženy v článku 3. Ten dává hraniční čáru mezi smlouvou kupní a ostatními smlouvami, které by svými znaky rovněž mohly naplnit podstatu smlouvy kupní, následovně:

1. v případě dodávky zboží, které má být vyrobeno nebo vyhotoveno, jde o kupní smlouvu tehdy, kdy strana věc zhotovující dodala podstatnou část věcí nutných pro výrobu či zhotovení.
2. o kupní smlouvu nejde v případě, kdy převažující část závazků strany dodávající zboží spočívá ve vykonání prací nebo poskytnutí služeb.

Gerechtshof Amsterdam, č. 550/92 SKG, Box Doccia Megius v. Wilus International BVV. *Vídeňská úmluva není aplikovatelná jako mezinárodní smlouva tam, kde se jedná o distributorskou smlouvu, nikoli o smlouvu kupní. Soud nicméně konstatoval, že by úmluva byla aplikovatelná na každou ze separátních kupních smluv uzavřených v souvislosti s distributorskou smlouvou.*[4]

Oberlandesgericht Koblenz, 2 U 1230/91, strany neuvedeny. *Distributorská smlouva není smlouvou o koupi. Vídeňská úmluva však kryje každou separátní smlouvu o koupi uzavřenou v rámci distributorské smlouvy. Smlouva o prodeji chipů jako hardwarových počítačových komponentů je smlouvou o prodeji zboží dle Vídeňské úmluvy.*

Hungarian Chamber of Commerce and Industry Court of Arbitration, č. VB/96038, strany neuvedeny. *Smlouva obsahující prvky smlouvy kupní a o obchodním zastoupení je řízena Vídeňskouúmluvou pokud jde o prvky koupě a prodeje. Maďarský Občanský zákoník je aplikovatelný na prvky zastupitelské.*

Obergericht, Kanton Luzern, č. 11 95 123/357, strany neuvedeny. *Vztah označený jako distributorská smlouva byl kvalifikován jako smlouva s prvky zasstoupení a koupě a prodeje. Při aplikaci článku 3.2. soud konstatoval, že smlouvy o poskytnutí služeb jsou vyloučeny z dosahu Vídeňské úmluvy. Nicméně, jednotlivé kupní smlouvy sloužící k realizaci distributorské smlouvy spadají pod Vídeňskou úmluvu.*

B. Mezinárodní prvek je ve Vídeňské úmluvě určen jako „**místo podnikání**" obou stran v různých státech (které jsou smluvní státy Vídeňské úmluvy, pokud jde o pro nás aktuální aplikaci). V žádnémpřípadě nemůže Vídeňská úmluva upravovat vnitrostátní právní vztah. Existence „dvojkolejné" úpravy, tj. zvláštní úpravy pro vnitrostátní kupní smlouvu a zvláštní úpravy pro mezinárodní kupní smlouvu, je typickým znakem unifikací druhé poloviny 20. století.

Otázka více míst podnikání je řešena výslovně (článek 10.a) s tím, že rozhodující je to místo podnikání, které má nejužší vztah ke smlouvě a jejímu plnění s přihlédnutím k okolnostem stranám známým nebo stranami zamýšleným kdykoli před uzavřením smlouvy nebo při jejím uzavření.

Termín „**místo podnikání**" není ve Vídeňské úmluvě definován. Obvykle se jedná o místo, kde je skutečně zboží firmou vyráběno, resp. o sídlo firmy apod. Neexistence právní definice umožňujevolnější úvahy nesené právě ekonomickými kritérii.

Nepodstatné je tak z pohledu mezinárodnosti například, zda zboží skutečně přešlo přes hranici, kde bylo místo uzavření smlouvy apod.

[4] Příklady vybrány z databáze UNILEX a databáze www.pace.edu.

Oberlandesgericht Köln, č. 2 U 23/91. *Německý kupující a prodávající uzavřeli smlouvu o prodeji lístků pro fotbalové mistrovství v roce 1990 v Římě. Lístky měly být předány v Římě. Soud v případě tohoto sporu konstatoval, že úmluva nebyla aplikována jednak proto, že smlouva byla uzavřena před vstupem v platnost Vídeňské úmluvy (čl. 100), jednak proto, že smluvní strany neměly místo podnikání v různých smluvních státech úmluvy.*

Cour de Cassation, číslo neuvedeno, Sté Fauba France FDIS GC Elektronique v. Sté Fújitsumicroelektronik Gmbh. *Smlouva uzavřená mezi německým prodávajícím a francouzským kupujícím prostřednictvím kanceláře prodávajícího ve Francii je kupní smlouvou s mezinárodním prvkem. Tato kancelář neměla právní subjektivitu, nebyla samostatným podnikatelským subjektem.*

C. Známost o mezinárodnosti vztahů. Vídeňská úmluva na vícero místech chrání stranu, která neměla možnost se ne vlastní vinou seznámit s určitými skutečnostmi. Článek 1.2. stanoví, že k faktu různosti míst podnikání se nepřihlíží, jestliže tato skutečnost nevyplývá ze smlouvy, z jednání mezi stranami nebo z informací poskytnutých stranami kdykoli do uzavření smlouvy nebo při jejím uzavření. Pokud strana vycházela například při uzavření smlouvy z toho, že jde o vnitrostátní obchod (jednalo se o smlouvu uzavíranou s obchodním zástupcem jeho jménem s uvedením vnitrostátního místa podnikání či sídla), je chráněna důvěra strany v to, že se jedná o vnitrostátní obchod. Neaplikuje se Vídeňská úmluva. Další odpovědi je ovšem již nutné hledat na úrovni mezinárodního práva soukromého příslušného státu. To by mělo dát odpověď na otázku, kterým právem se smlouva řídí, resp. zda bude ke skutečnosti „překvapující" existence mezinárodního prvku přihlédnuto.

Možnosti dispozic s Vídeňskou úmluvou. Otázka aplikace Vídeňské úmluvy může být ovlivněna jednak využitím výhrad, které mohou smluvní státy učinit, jednak i vůlí stran konkrétní kupnísmlouvy.

Možnosti výhrad státu ovlivňující aplikaci. Mimo již zmíněnou výhradu k článku 1.1.b) je možné, aby stát či státy učinily výhradu ovlivňující aplikaci Vídeňské úmluvy i dle dalších článků. Dle článku 92.1. je možné prohlásit, že stát nebude vázán částí II, nebo částí III. ČR nepřijala takovouto výhradu, nicméně řada států přijala výhradu právě k části II, tj. k části týkající se vzniku smlouvy.

Stát rovněž může přijmout výhradu týkající se aplikace (či neaplikace) Vídeňské úmluvy na některá jeho území. Ani tuto výhradu dle článku 93 ČR neučinila.

Zajímavá – a matoucí alespoň pro vztah ČR a SR – je možnost výhrad dle článku 94. Podstatou této možnosti je v případě, kdy mají smluvní strany nebo smluvní strana a nesmluvní strana podobnou úpravu kupní smlouvy, možné prohlásit, že Vídeňská úmluva mezi nimi nebude aplikována. V čem je toto matoucí? Matoucí je ve vztahu k SR tato možnost tím, že zde sice existuje úprava, která je vysoce podobná, nicméně přesto se bude aplikovat Vídeňská úmluva. Důvodem je skutečnost, že tato situace nenastává automaticky, ale na základě prohlášení států učiněného kvalifikovaným způsobem dle článku 97.[5] Takovéto prohlášení učiněno nebylo a není tudíž u depozitáře vedeno. Toto prohlášení nemůže být nahrazeno rozhodnutím soudu. Pouze strany samy by mohly využít možnosti vyloučení úmluvy dle článku 6.

Výhrady učiněné stranami smlouvy. Vídeňská úmluva bývá charakterizována i jako vítězství autonomie vůle stran nad právem tvořeným státem. Toto konstatování umožňuje formulace článku 6. Dle něj je možné se odchýlit jak od úmluvy jako celku, tak i od jednotlivých ustanovení (s výjimkou článku 12).

Již klasickou otázkou se staly formulace ve smlouvě dotýkající se aplikace úmluvy jako celku. Vzhledem k jednoznačnosti komentářů i rozhodovací praxe lze tudíž uvést následující.[6]

Formulace „Tato smlouva se řídí českým právem" neznamená bez dalšího, že se smlouva řídí Obchodním, resp. Občanským zákoníkem. V případě, že jsou splněny všechny výše uvedené podmínky aplikace, řídí se Vídeňskou úmluvou jako českým právem mezinárodního původu. Ustanovení Úmluvy potom rozhodují samy o své aplikaci či naopak vyloučení.

Jak již bylo uvedeno, lze vyloučit úmluvu jako celek. K jistotě o jejím vyloučení je nutné použít formulaci výslovně úmluvu vylučující. Například *„Tato smlouva se neřídí Vídeňskou úmluvou"*, resp. *„Strany smlouvy vyloučily pro regulaci této smlouvy Vídeňskou úmluvu"* apod. V takovýchto případech lze mít jistotu o tom, že bude aplikováno vnitrostátní právo.

V ostatních případech bude otázka vyloučení záviset na posouzení konkrétního případu. Vůli stran by bylo nutné konfrontovat s článkem 8. Posouzení situace závisí nejenom na tvrzení či jednání jedné ze stran, ale obou. V takovémto případě je možné, že soud dospěje k názoru, že strany již zmíněnou doložkou o volbě např. českého práva měly na mysli určitou část tohoto práva, například právě právo vnitrostátního původu.

Strany mohou vyloučit i aplikaci některých z částí úmluvy či některých ustanovení. Tzn. není nutné

[5] L. Kopáč: Důsledky zániku ČSFR na právní úpravu obchodního styku se Slovenskem, Právní rádce, 1993, hovořil již v roce 1993 o vhodnosti notifikace tohoto prohlášení právě vzhledem k podobnosti úprav obou států.

[6] Vedle komentářů, které se pravidelně věnují rozboru tohoto problému, je možné poukázat i na články: R. Holthausen: Vertraglicher Ausschluss des UN Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge, RIW, 1989, str. 31–42; P. Winship: Changing Contract Practises in the Light of the United Nations Sales Convention: A Guide for Practitioners, The International Lawyer, 1995, str. 525–554; M. J. Bonell: Uniform Law and Party Autonomy, What is Wrong with the Current Approach, International Uniform Law in Practice, Unidroit, Rome, 1988, str. 433–439.

výslovně ve smlouvě doložkou obsáhnout odchylnou úpravu, ale je možné vyloučit ustanovení a zvolit pro tuto část například úpravu z národního právního řádu. Jako vzor lze uvést formulaci *„Vznik smlouvy se neřídí Vídeňskou úmluvou"* nebo *„Následky porušení smlouvy se nebudou řídit Vídeňskou úmluvou"*.

Landgericht Landshut, č. 54 O 644/94, strany neuvedeny, výňatek z odůvodnění týkající se aplikace. *Vídeňská úmluva je aplikovatelná na předložený případ. Časová aplikace vyplývá z článku 100. Úmluva vstoupila v platnost pro SRN 1. 1. 1991 a pro Švýcarsko 1. 3. 1991, tedy před uzavřením předmětné kupní smlouvy. Rovněž požadavky pro prostorové použití jsou naplněny. Strany mají místo podnikání ve Švýcarsku a SRN jako smluvních státech úmluvy (1.1.a). Nebylo uvedeno, že by cizí místo podnikání nebylo známo, takže článek 1.2. nebyl použit. Je naplněn i předmět úpravy. Jedná se o kupní smlouvu, přičemž se její předmět nedotýká článku 2. Úmluva nebyla rovněž vyloučena. Skutečnost, že žalobkyně svůj nárok opírá o předpisy BGB a žalovaný se rovněž odvolával na předpisy BGB, nic na věci nemění. Sice je dle článku 27 EGBGB (německý zákon o mezinárodním právu soukromém) možná konkludentní volba práva, nicméně tento článek nepřichází v tomto případě do úvahy. Vídeňská úmluva představuje jednotné právo, je tedy přímo německým právem. Strany mohou jen užití úmluvy výslovně vyloučit, což nebylo učiněno. Pouhé ujednání, že má být použito německé právo, není dle panujícího názoru dostatečné.*

Bezirksgericht Weinfelden, číslo neuvedeno, strany neuvedeny, datum vydání 23. 11. 1998. *Soud rozhodl, že Vídeňská úmluva nebude aplikována. Soud bez přímého odkazu k článku 6 interpretoval doložku o volbě práva (vedoucí k německému právu, obsaženou v obchodních podmínkách sice nepodepsaných kupujícím, ale také nebyla jím namítnuta jejich neplatnost) v tom smyslu, že zde byl společný záměr stran aplikovat na smlouvu německý občanský zákoník a nikoli úmluvu.*

II.2. OTÁZKY VÝSLOVNĚ VYLOUČENÉ Z ÚPRAVY A JEJICH PRÁVNÍ REŽIM

Některé z otázek, na které by jinak Vídeňská úmluva dopadala, jsou výslovně vyloučeny z dosahu její aplikace. Konkrétně jde o:

a) článek 4 a) zasahující problematiku platnosti zvyklosti, úmluvy či některého jejího ustanovení.

b) článek 4 b) týkající se otázky vlastnického práva.

c) článek 5 týkající se odpovědnosti za výrobek.

Jejich právní režim není výslovně řešen. Dle převažujících názorů, vzhledem k povaze Vídeňské úmluvy jako přímé normy tam, kde otázka není upravena a není následně dán určitý režim řešení, nastupují pravidla mezinárodního práva soukromého. Konkrétně se jedná o normy místa, kde dochází k řešení sporu.[7] V české realitě jsou to především kolizní normy obsažené v ZMPS (příp. v některých případech ve smlouvách o právní pomoci nebo jiných normách).

Federal Court, South Australia District Adelaide, č. 57 FCR 216, strany Roder Zelt-und Hallenkonstruktionen GmbH v. Rosedown Party Pty ltd. and Another. *Obsah „retention of title clause" je v souladu s článkem 4 a 7.2. řízen právem rozhodným dle norem mezinárodního práva soukromého.*

Oberlandesgericht Hamm, č. 11 U 191/94, strany neuvedeny. *Soud aplikoval na předmětnou smlouvu Vídeňskou úmluvu. Konstatoval, že výslovný odkaz na ustanovení německého občanského zákoníku učiněný stranami v průběhu řízení, při současném použití volby práva dle německého MPS, nebyl schopen vyloučit Vídeňskou úmluvu. Soud dále rozhodl, že otázka narovnání byla vyloučena z dosahu úmluvy a řízena rozhodným tuzemským právem – německým právem.*

Handelsgericht St. Gallen, HG 48/1994, strany neuvedeny. *Soud rozhodl, že otázka týkající se chyby ovlivňující platnost smlouvy spadá mimo dosah úmluvy v souladu s článkem 4 a). Dle soudního názoru musela být platnost určena dle práva řídícího smlouvu, kterým bylo dle švýcarského mezinárodního práva soukromého švýcarské právo.*

II.3. PRÁVNÍ REŽIM MEZER VÍDEŇSKÉ ÚMLUVY

Vedle otázek vyloučených z dosahu úpravy předpokládá Vídeňská úmluva i existenci otázek spadajících do rozsahu předmětu úpravy, ale výslovně neupravených. Jako příklad lze uvést výši úroku z prodlení, institut paušalizované náhrady škody, některé otázky týkající se reklamačního režimu vad právních.

Jejich právní režim je odlišný od režimu otázek vyloučených. Na jejich regulaci dopadá článek 7.2. Tento je ovšem nutné vidět v kontextu celého ustanovení článku 7 (k interpretaci úmluvy viz následující kapitolu), který propojuje jen zdánlivě odlišné normy. Konkrétně:

1. v článku 7.1. je regulována interpretace úmluvy jako celku.
2. v článku 7.2. je obsaženo pravidlo o vyplnění mezer.
3. současně v tomtéž článku je vymezen i vztah úmluvy k národnímu právu tam, kde úmluva sice dopadá, ale otázku nereguluje.

Jak uvádí Heilner, obsahuje článek 7 určité společné sdělení. Dle něj úmluva má být interpretována autonomně v tom smyslu, že interpretační pravidla ne-

[7] Např. K. H. NEUMAYER: Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf, RIW, 1994, 99–109; K. Siehr, Der internationale Anwendugnsbereich des UN–Kaufrechts, RabelsZeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1988, 587–616.

budou odvozována od národních principů. Současně úmluva poskytuje pravidlo o vyplnění mezer dle analogie, čemuž je dána přednost před aplikací národních pravidel.[8]

Úmluva předpokládá tam, kde interpretací samotnou jsme nedošli ke stanovení hledaného pravidla, řešení:

a) nejprve dle obecných zásad, na kterých spočívá. Využití obecných zásad má jak své příznivce, kteří argumentují výhodami spočívajícími v tom, že je vhodnější aplikace obecných zásad nežnejistota způsobená odkazy na národní právo, tak i své odpůrce poukazující na problémy týkající se jejich vymezení. Samotná úmluva neobsahuje výčet principů. Jsou odvozovány jak z textu, tak z legislativní historie. K jejich formulaci přispívá jak sama aplikační praxe, tak teorie.

Obecné zásady. Některé z obecných zásad jsou výslovně ve Vídeňské úmluvě uvedeny. Zásada dobré víry (článek 7.1. z pohledu řady autorů problém, viz dále), autonomie vůle stran (článek 6) a s ní související zásada neformálnosti právních úkonů (článek 11 s výhradou článku 12 a článku 29.1. s korekcí v článku 29.2.), zásada, dle které dojde-li ke komunikaci po uzavření smlouvy, je oznámení či jiné sdělení účinné svým odesláním (článek 27), zásada, dle které je strana porušující smlouvu v části týkající se placení povinna platit úroky z prodlení (článek 78).

Vedle těchto principů uvedených a platných obecně, je nutné počítat i s principy, na nichž jsou postaveny jednotlivá „příbuzná" ustanovení. Zde je možné uvést zásadu přiměřenosti, resp. rozumnosti (hodnocení jednání strany z pohledu „přiměřenosti", hodnocení doby jako „přiměřené", posuzování „přiměřenosti" a nepřiměřenosti ve vztahu k nákladům).[9]

b) při jejich neexistenci normami mezinárodního práva soukromého. Forum určí, které to budou. V dosahu českého soudiště půjde o české normy mezinárodního práva soukromého.

V řadě případů existují jak rozdílná akademická stanoviska, tak i rozdílná praxe týkající se toho, zda existují obecné principy, anebo neexistují, a je možné přejít přímo k aplikaci národního práva. Typickým příkladem je výše úroků, začátek doby rozhodné pro výpočet úroků, měna placení kupní ceny tam, kde byla určena dle článku 55. Toto pravidlo je bezesporu jednodušší než odvozování obecných principů. Nicméně vzhledem k mezinárodnímu původu normy, vzhledem k účelu, kterého mělo být dosaženo jejím vytvořením, nemělo by být jednoduše přecházeno k aplikaci národního práva.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Argentina, 24. 4. 2000, Mayer Alejandro v. Onda Hofferle GmbH and Co. *Vídeňská úmluva dopadá na případ dle článku 1.1.b). Sice v době uzavření smlouvy nebyla SRN smluvním státem Vídeňské úmluvy, ale byla jím Argentina. Vzhledem k tomu, že kolizní normy odkazovaly na argentinské právo, byla úmluva aplikována. Úmluva neobsahuje způsob určení kvality zboží. V takovémto případě se použije článek 7.2. Dle něj by měl být použit argentinský Obchodní zákoník. V souladu s ním má být v případech, kdy existuje rozpor v kvalitě, použita znalecká zkouška. Ta použita kupujícím nebyla. Senát nařídil kvalitativní zkoušku. Ta prokázala, že kvalita uhlí umožňuje jeho využití pro kuchyňské účely (dle kupujícího mělo být uhlí prodáváno v německých obchodech). V souladu s článkem 35.2. a) následně konstatoval, že zboží nemělo vady.*

II.4. INTERPRETACE VÍDEŇSKÉ ÚMLUVY

Vídeňská úmluva obsahuje interpretační pravidla týkající se úmluvy v článku 7.1. V souladu s ním má být při interpretaci přihlédnuto k její mezinárodní povaze, potřebě jednotného výkladu a zachování dobré víry v mezinárodním obchodě.

Přihlédnutí k mezinárodní povaze Vídeňské úmluvy. S tímto požadavkem se setkáváme prakticky u všech unifikačních úmluv. Jde o logické vyústění skutečnosti, že přestože se tato norma stává součástí konkrétních národních právních řádů, zůstává nadále součástí mezinárodní legislativy. To je nutné při jejím výkladu vzít do úvahy. Důvodů je celá řada. Například při tvorbě úmluvy museli experti nalézt společný neutrální jazyk pro označení jednotlivých institutů. I když bylo následně použito pro instituty označení či obsah podobný institutům známým z oblasti některého národního práva, nelze jejich význam automaticky interpretovat dle tohoto domácího práva. Interpretace těchto termínů je oproti národním právním řádům autonomní. Rovněž není tak jednoznačnou otázkou, nakolik se vzhledem k povaze Vídeňské úmluvy jako úpravy unifikující normy určené pro regulaci vztahů v oblasti civilního či obchodního práva, využijí pravidla platná pro interpretaci mezinárodních smluv. Názory jednotlivých autorů se zde liší. Za nespornou lze považovat aplikaci článku 33 Úmluvy o smluvním právu (principy platné pro výklad vícejazyčných textů). V ostatních případech jsou buďto principy výkladu smluv v oblasti mezinárodního práva nepřiměřené, anebo se překrývají s principy používanými v oblasti výkladu civilního práva.[10]

Potřeba podporovat jednotu při výkladu. Jak již bylo uvedeno na jiném místě stati, úmluva je aplikována před národními soudy. Neexistuje žádná

[8] J. Hellner: Gap-filling by Analogy, Studies in International Law, Festskift til Lars Hjerener, Stockholm 1990, str. 219–233.

[9] N. Rozehnalová: Právo mezinárodního obchodu, Brno, 2001.

[10] D. Maskow: Zur Auslegung der Einheitskaufrechts der UNO-Kaufrechtskonvention von 1980, Nationalberichte zum XII. International Kongress fur Rechtsvergleichung, Melbourne, 1986. I. Reczei, The Field of Application and the Rules of Interpretation of ULIS and UNCITRAL Convention, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, Budapest, 1982.

oficiální autorita sjednocující výklad. Tentopožadavek je tudíž sice nanejvýš žádoucí a nutný, nicméně pohybuje se spíše v rovině výzev.

Požadavek dobré víry. Požadavek dobré víry vzbuzuje řadu otázek. Je uváděn literaturou jednak jako obecný princip, na kterém je založena úmluva, jednak stanoví výslovně článek 7.1. dobrou víru jako interpretační princip. Zejména prvá pozice, tj. dobrá víra jako obecný princip sloužící jako míra chování strany, je zpochybňována. K jednotnému přístupu samozřejmě nepřispívají ani rozdíly v pozicích v rámci národních právních řádů. Judikatura obecných a rozhodčích soudů využívá dobrou víru v obou pozicích, často vzájemně průchodných.[11]

Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, SCH–4318, strany neuvedeny. *Z odůvodnění rozhodčího nálezu: žalující má nicméně právo na redukci škod. Daná právní pozice (tj. právo, obrana) nemůže být pouze vědomě odepřena, ale může být také objektivně ztracena. Toto vyplývá z obecného principu dobré víry a s ním úzce spojeného principu estoppel (zákaz venire contra factum proprium). Na právní pozici strany musí být nahlíženo jako na ztracenou, kdykoli by jednání strany mohlo být konstruováno ve smyslu, že si nepřeje dále přezkoumat svá práva či obranu, a že druhá strana jedná v souladu s novou situací. Vídeňská úmluva výslovně uvádí v článku 7.1. požadavek přihlédnutí k dobré víře v mezinárodním obchodu. Přesný význam daný principu dobré víry v rámci dosahu úmluvy může být diskutabilní. Nicméně, přinejmenším na princip estoppelu nebo při užití jiných výrazů jako je zákaz venire contra factum priprium, které reprezentují speciální aplikaci principu dobré víry, může být nahlíženo jako na jeden z obecných principů na kterých je úmluva postavena.*

ICC Court of Arbitration – Paris, 8611/HV/JK, W v. R. *Rozhodce mimo jiné konstatoval, že princip dobré víry zmíněný v článku 7.1. je aplikovatelný pouze při interpretaci Vídeňské úmluvy. Nemá na něj být nahlíženo jako na pramen práv a povinností stran týkajících se plnění smlouvy. Tedy zatímco dle německého práva od masového producenta technického zařízení je obecně očekáváno, že budou jím poskytnuty náhradní díly, a to dle principu dobré víry, není tato druhotná povinnost stran odvozována tam, kde se aplikuje Vídeňská úmluva.*

II.5. VZTAH ÚMLUVY A JINÝCH MEZINÁRODNÍCH SMLUV, VČETNĚ VZTAHU K NORMÁM VNITROSTÁTNÍHO PŮVODU

Vzájemný vztah k jiným úmluvám může být jednak upraven v těchto normách, jednak je možné při absenci výslovné úpravy vycházet z obecných řešení vyplývajících z mezinárodního smluvního práva. V případě stejného typu pramene, ale rozdílné metody úpravy, je nutné vzít do úvahy vzájemný vztah jednotlivých metod, jejichž předmět úpravy je rozdílný.

Vztah k jiným mezinárodním úmluvám obsahuje Vídeňská úmluva v článku 90. Dle něj se existence úmluvy nedotýká žádné úmluvy v budoucnu uzavřené či již existující mající stejný předmět úpravy, pokud mají strany své místo podnikání ve smluvních státech. Sama úmluva tak stanoví pořadí své vlastní aplikace. A to jako aplikace nepřednostní. Praktický význam tohoto ustanovení by mohl být dvojí:

a) případ, kdy státy s blízkými ekonomickopolitickými vztahy vytvoří vlastní úpravu mezinárodní kupní smlouvy. Jako příklad mohl v minulosti sloužit případ Všeobecných dodacích podmínek RVHP.

b) vztah ke kolizním unifikacím. Tato situace je vážnější, neboť článek 90 by mohl při aplikaci článku 1.1.a) být interpretován i tak, že kolizní mnohostranná úmluva mající za předmět kolizní problematiku smluv (typicky Římská úmluva o právu rozhodném pro smlouvy z roku 1980) by mohla mít přednost před Vídeňskou úmluvou. Některé komentáře dokonce toto riziko vážně zvažují a jako nejsilnější argument vidí nikoli zábrany ve Vídeňské úmluvě, ale zábrany v oněch jiných kolizních úmluvách (článek 21 Římské úmluvy).[12] Zde plně souhlasíme s názorem např. Kučery, který v případě tohoto typu střetu uvádí přednost sjednocených hmotných norem před sjednocenými kolizními normami.[13]

U těchto typů úprav není předmět úpravy totožný – v prvém případě jsou přímo upravena práva a povinnosti stran, ve druhém případě je přímo upraveno nalezení rozhodného práva řídícího určitou právní otázku. Ani judikatura, ani historie přijetí úmluvy neuvádějí u tohoto článku žádné problémy.

Pokud jde o vztah k národnímu právu, byl již na několika místech zmíněn. Zde jen uvedeme určitou rekapitulaci:

1. Základní vztah je dán normami upravujícími aplikaci práva před soudy či rozhodčími soudy a tím stanovícími řešení konfliktů pramenů práva pocházejících z různých právních systémů. V současnosti je tato otázka upravena v novelizovaném článku 10 Ústavy. Mezinárodní úmluva je při splnění zadaných podmínek součástí českého právního řádu. Stanoví-li něco jiného než zákon, potom se tato mezinárodní smlouva použije přednostně. Tímto konstatováním, kterým zřejmě skončil případ uváděný v úvodu, ne-

[11] M. P. VAN ALSTINE: Dynamic Treaty Interpretation, University of Pennsylvaniea Law Review, 1998, str. 687–793; P. Koneru, The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Good: AN Approach Based on General Principles, Journal of Global Trade 1997, 105–152.

[12] P. SCHLECHTRIEM: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, München, 1990, str. 740–742.

[13] Z. KUČERA: Mezinárodní právo soukromé, Brno, 1994, str. 51.

lze u našeho typy unifikace skončit, neboť sledovaná norma má další vlastní podmínky aplikace.

2. Předmět unifikované úpravy stanoví, pro které normy vnitrostátního práva platí ona aplikační přednost normy obsažené v mezinárodní smlouvě. Spadá-li otázka do rozsahu úpravy unifikovaného práva, pak se přednost uplatní. Pokud ne, zůstává samozřejmě aplikována norma vnitrostátní.
3. Tzv. vnitřní meze úpravy jsou vyplněny buďto regulací předvídanou unifikovanou úpravou (obecné zásady právní, unifikovaná kolizní norma), nebo jsou ponechány bez úpravy (uplatní se národní kolizní norma nebo unifikovaná kolizní norma obsažená v jiném prameni).
4. Článek 94 řeší otázku podobných úprav v některých smluvních státech. Řešení je možné jen na úrovni prohlášení dle tohoto článku. V takovémto případě je aplikována ona podobná či totožná úprava.
5. Článek 93 řeší otázku teritoriálního dopadu úmluvy v případech, kdy má stát různé územní jednotky mající dle ústavy různé právní řády. Stát může učinit prohlášení dle tohoto článku, které například omezí jeho dopad. Pokud tak neučiní, dle odstavce čtvrtého dopadá úmluva na všechny územní jednotky.
6. Časová platnost je vyjádřena v článku 100 zvláště pro fázi uzavírání a pro již uzavřené smlouvy.
7. Dle článku 92 jsou možné výhrady státu pro část II nebo III.
8. Strany samy mohou dle článku 6 (s omezeními danými pro otázky formy smlouvy) vyloučit úmluvu.

III. APLIKAČNÍ TEST

Otázka aplikace Vídeňské úmluvy není jednoduchá. Není možné použít zjednodušujícího konstatování typu „ano, existuje mezinárodní smlouva, ta má přednost před zákonem, budu ji aplikovat". Soudce či rozhodce by si měl vždy provést aplikační test, který by mu v konkrétním případě zodpověděl zda bude či nebude tato norma aplikována.

Navrhujeme následující postup, který se rozpadá v základní rovině do dvou částí. Prvým je zodpovězení toho, zda posuzovaný vztah spadá do rozsahu úmluvy. Druhý se týká případů konfliktů s mezinárodními úmluvami a možných výhrad učiněných v rovině mezinárodního práva veřejného.

Test č. 1

A. Kvalifikace vztahu jako kupní smlouvy regulované Vídeňskou úmluvou a to s využitím znaků uvedených v:

a) článcích 30 a 53

b) článku 2

c) článku 3

ANO – pokračuji v testu, NE – aplikuji jinou úpravu (mezinárodní smlouvu jinou, národní kolizní normy)

B. Posuzovaná smlouva je mezinárodní, tj. obsahuje mezinárodní prvek daný tím, že:

a) strany mají místo podnikání ve smluvních státech
ANO – pokračuji v testu, NE – aplikuji jinou úpravu (mezinárodní smlouvu jinou, národní kolizní normy či nejspíše přímo vnitrostátní hmotné právo).

b) normy mezinárodního práva soukromého odkazují na smluvní stát (neplatí pro české soudy)

C. Neexistuje odchylné ustanovení stran (dle článku 6) disponující se smlouvou jako celkem:
ANO – pokračuji testem č. 2, NE – řeším dále otázku rozhodného práva a dle něj postupuji

Test č. 2

A. Existence jiné úmluvy se stejným předmětem, stejnými stranami, s použitím stejné metody:
NE – pokračuji v aplikaci,
ANO – nutno zvážit aplikaci na základě článku 90 a na základě ustanovení oné jiné úmluvy

B. Existence jiné úmluvy stejného rozsahu, mezi stejnými stranami, s použitím jiné metody – kolizní
NE – pokračuji v aplikaci
ANO – lze předpokládat přednost v aplikaci metody přímé, neboť se nejedná o zcela totožný předmět. Nicméně se mohou objevit pochybnosti. Řešení může být dáno i v oné druhé úmluvě.

C. Existence stejné hmotněprávní úpravy národního původu:
NE – pokračuji v aplikaci
ANO – závisí na existenci výhrady státu dle článku 94. Pokud NENÍ, pokračuji v aplikaci.

D. Existence teritoriálních výhrad a výjimek dle článku 93:
NE – pokračuji v aplikaci
ANO – konfrontuji rozsah učiněný státem

E. Existence výhrad dle článku 92:
NE – pokračuji v aplikaci
ANO – pro zasaženou část neaplikuji úmluvu ale národní právo

F. Plnění požadavků na dobu přístupu dle článku 100:
NE – pokračuji v aplikaci
ANO, úmluva spadá pod ustanovení – končím s aplikací

Všechna NE, či po prozkoumání ANO konstatována aplikace, potom aplikuji Vídeňskou úmluvu. V některé části potvrzené plně ANO – končím s aplikací a pokračuji dle znění výjimky či dle zásad mezinárodního práva soukromého v aplikaci jiné normy.

Čím je ovládáno správní uvážení, aneb úvaha nejen o pravidlech, ale také o hodnotách, cílech, principech a zásadách

2. část

Soňa Skulová*

Předkládám druhou část úvahy o hlediscích, která ovládají správní uvažování orgánů veřejné správy. V prvé části úvahy, zařazené v minulém čísle tohoto časopisu, jsme připomenuli, že veřejná správa ve správním uvážení dostává značnou volnost pro prosazování stanovených účelů (cílů), a tato volnost není prostorem pro libovůli. Poté jsme se zaměřili na skutečnost, že meze a hlediska pro správní úvahu nikdy nejsou stanovena zcela vyčerpávajícím způsobem v konkrétním právním předpise, zakládajícím správní uvážení, a na řešení problému, jakými faktory, resp. hledisky, je potom správní uvážení ovládáno. Jak jsme nastínili, problém je nutno řešit s využitím výkladu systematického, nebo také teleologického, resp. axiologického.

Hlediska zavazující, resp. ovládající správní orgán v jeho diskreční pravomoci nacházíme kromě konkrétního právního předpisu také v širším právním rámci, a to nejen správního, ale zejména ústavního práva, a v dalších dokumentech, zejména příslušných mezinárodních smlouvách, a také v judikatuře.

Je-li tedy zákonodárcem záměrně ponechán pro subjekt vykonávající veřejnou správu určitý prostor pro vlastní úvahu, pro jehož využití nejsou a logicky nemohou být stanovena všechna potřebná konkrétní pravidla (čímž by byl popřen smysl volného uvážení a šlo by o rozhodování zcela vázané), tak při vyloučení možnosti libovůle dospěli jsme logicky k závěru, že prosto volné úvahy musí být zaplňován podle určitých hledisek.

3.2. K POJMŮM PRINCIPY A ZÁSADY

Zatím jsme se zabývali takovými kategoriemi hledisek, jako jsou hodnoty, účely a cíle. Mezi těmito hledisky nejvyšší obecnosti a hodnotového zaměření na jedné úrovni, a konkrétními pravidly na úrovni druhé, základní, nacházíme další kategorii hledisek, jimiž jsou právní principy nebo zásady, které oblast rozhodování podle volné úvahy profilují a ovládají.

Protože jde o rozhodování v podmínkách právního státu, byla hlavním motivem vzniku a uplatňování těchto principů a zásad idea rozhodování spravedlivého, a to tím intenzivněji, oč intenzivněji rozhodování zasahovalo do chráněné sféry jednotlivců. Uvážení tedy nejen že nesmí být libovůlí a překračovat meze a hlediska konkrétně stanovená, ale má být *svým obsahem spravedlivé*. V rozhodování veřejné správy nejde tedy „jen" o zákonnost, ale také o spravedlnost.[1]

Než prozkoumáme samu existenci a uplatnění principů a zásad vztahujících se k rozhodování ve správním

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

[1] K tomu např. BOGUSZAK, J. a kol.: Teorie práva, Praha, 2001, 135. „Právní úprava procesu aplikace práva a formy vydání aktů aplikace práva musí zahrnout předpoklady pro důsledné zjišťování pravdy, napomáhat splnění účelu rozhodování orgánu veřejné moci i zajištění všestranně *spravedlivého rozhodnutí* (zdůr. aut.)."
R. M. Dworkin považuje princip za „standard, který se má dodržovat nikoliv proto, že to pomůže dosáhnout nebo zajistit nějakou ekonomickou, politickou nebo sociální situaci, která se považuje za žádoucí (jak tomu bylo u pojmu policy *(které jsme v první části článku vztáhli do kategorie hodnot a účelů – pozn. aut.)*, ale proto, že je požaduje spravedlnost *(justice)*, slušnost *(fairness)* nebo nějaká jiná dimenze morálky *(morality)*." DWORKIN, R. M.: Když se práva berou vážně, Praha, Oikoymenh, 2001, str. 44.

uvážení, je nutno předmětné termíny přiblížit, odlišit je od konkrétních pravidel, a event. také řešit jejich vzájemný vztah.

Právní principy je možno definovat jako vůdčí zásady, regulativní ideje, které představují východiska práva (právního řádu) nebo určitého právního odvětví.[2]

Problematika právních principů (a zásad) představuje významnou oblast zájmu jurisprudence a právní filozofie, a názory na tyto jevy se liší, a to pokud jde o jejich místo v normovém systému (či mimo něj), i o jejich právní sílu.[3]

3.2.1 K povaze a úloze principů nebo zásad pro oblast správního uvažování

Není naším úkolem, v rámci zkoumaného tématu, zaobírat se uceleně problematikou obecných právních principů a jejich rozdělení.[4] Co nás však musí zajímat, je povaha, a s ní spojená úloha principů nebo zásad pro oblast správního uvažování a na jeho základě vydaných rozhodnutí.

Východiskovým bodem pro přiznání úlohy principů nebo zásad v rozhodování veřejné správy je otázka jejich uznání jako pramenů práva (i když specifické povahy), a významný je také jejich vztah ke konkrétním právním pravidlům, resp. rozlišení těchto dvou kategorií hledisek.

S názorem, že existují obecné právní principy jako prameny práva, že je nutno brát je při rozhodování orgánů veřejné moci v úvahu, a to dokonce i takové principy, které nejsou v zákonech výslovně formulovány, ale prostupují systémem platného práva, se setkáváme v zahraniční literatuře[5], a zvykáme si setkávat se v novější naší literatuře, i když zmínkově lze na pojem zásad narazit i v literatuře starší.[6]

Existují různé klasifikace právních principů. Neexistuje pevně vyprofilovaný, obecně uznávaný katalog obecných právních principů. Můžeme se setkat s různými členěními obecných právních principů, například jsou zmiňovány či rozpracovávány principy soukromého práva[7], nebo se mluví o principech materiálních a principech procesních, avšak ani v tomto ohledu nepanuje obecná shoda nebo jednotnost názorů.

K otázce kategorizace právních principů se vyslovuje J. Boguszak, kdy přibližuje určitý základní přehled principů v obecně teoretické rovině.

Z uvedeného přehledu z rámce tzv. *principů, které jsou pravidly*, lze pro účely využití v oblasti rozhodování podle volné úvahy zmínit jednak *pozitivní princip práva*, tedy explicitně formulovaný v textu pozitivního práva (jak si dále uvedeme, šlo by zejména o zásady výslovně stanovené pro určité druhy činností či oblastí veřejné správy – pozn. aut.), a dále *implicitní principy práva*, traktované jako premisa nebo důsledek zákonných ustanovení či norem, tedy reduktivní nebo deduktivní úsudek vyplývající z norem. Uvedené principy jsou součástí systému práva (představují zejména kategorii principů ovládajících rozhodování podle volné úvahy, jak ji chápeme v tomto pojednání – pozn. aut). Třetí skupinou v kategorii principů, které jsou pravidly, jsou *extrasystémové principy práva*, které nejsou součástí systému práva, jsou s ním však spjaté vzhledem k vymezení systému práva, o který se jedná. Právní systém se může těchto principů dovolávat jako pramenů pravidel rozhodování při aplikaci práva (např. když právní normy pozitivního práva chybějí) nebo jako směrnic interpretace. Nalézají se např. v pravidlech morálky, politiky, přirozeného práva, pokud je přijala právní praxe nebo právní teorie.[8]

Jak zřejmo, principy všech uvedených kategorií mohou být představovány principy, které ovládají rozhodování veřejné správy s volnou úvahou, jak o nich bude pojednáno dále v textu. Totéž lze říci o dále zmíněných skupinách principů, jak je cit. autor popisuje.

Ve vztahu k dříve řešeným hodnotám a účelům

---

[2] Heslo „právní princip", in HENDRYCH, D. a kol.: Právnický slovník, Praha, C. H. Beck, 2001, str. 653.

[3] Srov. úvodní slovo ke Sborníku z kolokvia „Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law" (Boguszak, a J. kol., eds.), Pelhřimov, Vydavatelství 999, 1999, str. 6.

[4] Sukus současných názorů a vývoje myšlení v této oblasti u nás představuje sborník z kolokvia konaného na uvedené téma, cit. v předchozí poznámce.

[5] Např. v belgickém správním právu jsou obecné právní principy autonomním pramenem práva, i když nepsané, a jsou přímo aplikovatelné. Obvykle je jim přičítána právní síla zákona. *Sensu stricto* jsou řazeny níže než zákon, ale výše než nařízení. Obecné právní principy pronikly do belgického právního systému skrze principy uplatňované v právu nizozemském a francouzském. Viz JAUMOTTE, J.: Les principes généraux du droit administratif á travers la jurisprudence administrative, in BLERO, B.(ed.): Le conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans aprés sa création (1946–1996), Brusel, Bruylant, 1999, str. 606–607.

[6] Avšak již J. Pražák na existenci zásad poukazuje, když uvádí, že „v právu ústavním bývá pojednáno o *základních zásadách*, jimiž ovládána jest činnost korporací veřejných, zbývá pro právo správní toliko líčení *podrobných pravidel* (obě zdůr. aut.) této činnosti vzhledem k jednotlivým úkolům životním, jichž dosažení správou má se napomáhati". Správní právo pak označuje za „nauku o pravidlech, jimiž upravena je působnost výkonné moci ve státě." Viz Rakouské právo správní, Praha, I. díl, 1905, str. 1–2. F. Weyr pak v duchu teorie normativní k této definici dodává, že tato hraniční mez je velmi plynulá a neurčitá, a že zmíněné rozhraničení je ryze vnější a nemá s hlubší systematikou práva nic společného, neboť metoda právních norem je všude stejná. Stírá tím rozdíl mezi zásadami, resp. principy a konkrétními pravidly. Viz WEYR, F.: Československé právo správní, část obecná, Brno, ČSAS Právník, 1922, str 22.

[7] Srov. např. již dříve citovanou monografii J. HURDÍKA Zásady soukromého práva, Brno, MU, 1998.

[8] Blíže viz in BOGUSZAK, J. et. al., cit. dílo, str. 268–269, nebo BOGUSZAK, J.: Právní principy, hodnoty, finalita, in Sborník z kolokvia „Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law", Pelhřimov, 1999, str 24–25. Jako zdroj typologie je uveden francouzský Encyklopedický slovník teorie a sociologie práva.

ovládajícím rozhodování se může uplatnit kategorie *principů, které nejsou pravidly.* Jsou to jednak *principy konstrukce práva*, tj. důvody či účely sledované zákonodárcem, které se uplatňují v některých druzích interpretace práva. Mohou to pak být i další principy, nacházející se ve formě *názvů* charakterizujících podstatné znaky nějakého právního institutu či právní úpravy (pro naše účely může být příkladem pojem „dobrá víra", který může sloužit jako součást principu právní jistoty – pozn. aut.). Z hlediska procesu interpretace jsou blízké předchozí kategorii.

Podrobné rozpracování uvedených principů do podmínek rozhodování veřejné správy, tedy v celé struktuře hledisek, která je ovládají, představuje náročný a rozsáhlý úkol, jehož záběr široce překračuje rámec tohoto pojednání. Pro naše účely však uvedený přehled vytváří důležitý rámec pro lepší pochopení podstaty a významu principů vymezujících prostor volné úvahy správních orgánů.

Otázkou právní povahy principů, a rozlišení pravidel a principů v systému práva, se (konkrétně ve vztahu k Listině základních práv a svobod) zabývá J. Filip. Uvádí, že pravidla jsou charakterizována svou jednoznačností pro adresáty, neboť nemohou současně platit dvě vzájemně si odporující pravidla. Pokud se vyskytne kolize pravidel, má právo prostředky k řešení (různá výkladová pravidla a aplikační hierarchii). Avšak principy mohou být ve vzájemném konfliktu, přičemž nemusí jít o nelogičnost systému práva. Dále také uvádí, že principy nepředepisují jednoznačný výsledek a nedosahují určitosti pravidel, ale vedou jednání subjektů žádoucím směrem, slouží jako *vodítko pro aplikační praxi.*[9]

P. Holländer rozšiřuje právní přítomnost kromě oblasti aplikační, kde právní principy vystupují jako interpretační argumenty při posuzování podmínek subsumpce obsažených v hypotéze normy, také na sféru zákonodárství, kde vystupují jako regulativní ideje, dále v situaci přímé aplikaci principů, a také v rovině teoretického abstraktního srovnávání principů, resp. v souvislosti s abstraktní kontrolou norem. Ve všech těchto situacích podle něj mohou vznikat kolize principů.[10]

Z předestřeného rámce uvedených oblastí výskytu právních principů se blíže zaměřujeme zejména na případy jejich využití jako interpretačního pravidla a dále na možnost jejich event. přímé aplikace.

K otázce rozlišení principů a pravidel v rámci své kritiky pozitivismu uvádí R. M. Dworkin, že pravidla se aplikují metodou všechno, nebo nic, tedy zjednodušeně řečeno, pro danou věc pravidlo buď platí, nebo neplatí. Avšak jestliže si odporují dva principy, uplatní se jejich dimenze závažnosti, důležitosti, a musí se přihlížet k relativní závažnosti každého z nich.[11] Mezi principy dochází podle něj k poměřování. Principy vychylují rozhodnutí jedním směrem, avšak přežívají bez úhony, pokud nepřeváží.[12]

Blíže nepovšimnuta dosud zůstala otázka existence a možného uplatnění nepsaných principů nebo zásad.

Podle P. Holländera řadí Dworkin k právním principům i ty principy, jež nemají dostatečnou institucionální podporu, tj. nejsou zakotveny v ústavě, zákonech, právních obyčejích nebo doktríně, avšak protože jsou součástí politické nebo společenské morálky, platí v důsledku svého obsahu.[13]

P. Holländer v tomto ohledu pléduje pro překonání tradiční koncepce pramenů práva v evropsko-kontinentálním systému práva, a to zejména z důvodu dynamiky společenských změn, na které není s to reagovat legislativa ani obrovskou hypertrofií právních předpisů, kdy na základě principu zákazu *denegatio iustitiae*, nezbude než uznat možnost justice dovodit (za určitých omezených podmínek) právní řešení posuzované věci, a to zejména na základě obecných právních principů psaných i nepsaných.[14]

Poukazuje v této souvislosti na jedno z klíčových rozhodnutí Ústavního soudu České republiky č. Pl. ÚS 33/97. V něm bylo m.j. konstatováno, že i „v českém právu takto platí a je běžně aplikována řada obecných právních principů, které nejsou výslovně obsaženy v právních předpisech. Příkladem je právní princip, dle něhož neznalost práva neomlouvá, nebo princip nepřípustnosti retroaktivity, a to nejenom pro odvětví práva trestního. Dalším, a to moderním ústavním nepsaným pravidlem, je řešení kolize základních práv a svobod principem proporcionality."[15]

Uvedená argumentace má své opodstatnění i pro oblast práva správního, tedy pro rozhodování správních orgánů. Shora příkladmo Ústavním soudem uvedené nepsané principy v této oblasti rozhodování veřejné moci rovněž nacházejí své uplatnění.

Pro oblast rozhodování veřejné správy bychom mohli doplnit např. nepsaný, avšak obecně předpoklá-

[9] Filip, J.: „Listina deset let poté – úvodní slovo konference", in Dančák, B., Šimíček, V. (eds.): Deset let Listiny základních práv a svobod v právním řádu České republiky a Slovenské republiky, sborník z konference, Brno, MU, Mezinárodní politologický ústav, 2001, str. 21.
V případě objasňovaných principů však šlo o principy psané, neboť zařazené do Listiny.

[10] Holländer, P.: Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezování právních principů, in Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, str. 16.

[11] R. M. Dworkin, cit. dílo, str. 49.

[12] Ibid, str. 59.

[13] Holländer, P.: tamtéž, str. 10.

[14] Více viz tamtéž, str. 19.

[15] Pl. ÚS 33/97, č. 163, Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu ČR, sv. 9., Praha, C. H. Beck, 1998.

daný princip efektivnosti výkonu veřejné správy jako celku i v jednotlivostech, kdy pro jednotlivé případy je výslovně zakotven pouze výjimečně[16]. Dále např. princip naplňování veřejného zájmu, které je všeobecně při výkonu veřejné správy předpokládáno a požadováno, avšak výslovně stanoveno, jako u předešlého příkladu, pouze pro některé druhy činností.[17]

V uceleném pohledu řeší otázku existence právních principů pro odvětví správního práva V. Vopálka, který dospívá k označení *obecné principy správního práva*. Obecné principy správního práva v jeho pojetí „vyjadřují podstatné rysy (správního práva – dopl. aut.), sociální potřeby v nejširším slova smyslu, tradice správy a etiku příslušného správního systému. Řada z nich je výslovně zakotvena v ústavě a zákonech."

Tedy podle cit. autora nikoliv nutně všechny. Postavení pramenů práva poté přiznává také principům, které nejsou výslovně v ústavě nebo zákonech uvedeny. Přes rozdílnost konkrétního zakotvení nebo nezakotvení principů do právních řádů jednotlivých zemí zdůrazňuje V. Vopálka společný demokratický základ právních řádů a koncepci správního práva jako odvětví práva v právním státě. To je podle něj důvodem poměrně jednotné formulace obecných principů, zejména při absenci psaného práva v určité věci, v jednotlivých právních řádech.[18]

Na jiném místě pak V. Vopálka uvádí, že v důsledku stále důraznějšího přístupu judikatury se principy stávají součástí obsahu veřejných práv. Judikatura tak řeší sporné případy existence těchto práv, zvláště při absenci konkrétního řešení v právní normě.[19]

Vyvstává tak do popředí úloha soudů při formulování a prosazování právních principů jako závazných hledisek, kterými je nutno řídit se při rozhodování veřejné správy, a to zejména tam, kde konkrétní právní úprava není k dispozici, což jsou typicky případy rozhodování se správním uvážením. Soudy musí poskytovat ochranu veřejným subjektivním právům, a při svém rozhodování rovněž musí vycházet z určitých hledisek, která by měla být používána na základě zásady rovnosti, a tedy být obecně platná.

V oblasti formulování obecných principů pro veřejnou správu, obecných principů správního práva, naplňuje se úloha soudů vyšších, zejména soudu ústavního, a dále Evropského soudu pro lidská práva a Evropského soudního dvora, které rozhodují podle ústavních dokumentů, zejména základních práv a svobod, a mezinárodních smluv o lidských právech, zejména Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, a zejména z nich obecné zásady vyvozují a o ně je opírají. Tuto úlohu soudů jsme již zmínili v první části článku, včetně očekávané úlohy Nejvyššího správního soudu v tomto směru.[20]

Soudy poté, zejména soudy v rámci správního soudnictví, pak z těchto existujících principů veřejné správy vycházejí při své přezkumné činnosti vůči rozhodnutím správních orgánů, a konkretizují (aplikují) tyto principy a zásady pro podmínky jednotlivých případů.

Propojuje se tak logicky rovina hledisek, kterými jsme se zabývali minule, a to hodnot, cílů a účelů právních úprav a také veřejné správy, které tvoří m.j. obsah uvedených ústavních a mezinárodních dokumentů (vedle dalších právních předpisů), a rovina principů a zásad, které již jako určitá základní pravidla přímo působí, někdy také zprostředkovaně přes soudní přezkumné rozhodnutí, na rozhodování veřejné správy.

Z povahy a úlohy obecných principů logicky vyplývá, a je nutno zdůraznit, že obecné principy nemohou převážit nad zákony. Pokud zákonodárce vyjádří svoji vůli formou zákona či ústavního zákona pro určitý vztah odchylně od obecného principu, má pak pro regulovaný vztah tento předpis přednost před principem.[21] V případě, že výslovný záměr zákonodárce stanoví něco jiného než říká princip, nebude princip použit.[22]

A naopak principy se uplatní tehdy, když se konkrétní ustanovení zákona k rozhodované věci nebo jejímu aspektu nevyslovuje. Zákon mlčí, nebo výslovně věc svěřuje do volné úvahy správního orgánu bez toho, že by stanovil konkrétní hlediska pro rozhodnutí, a proto nastupuje závazné hledisko z vyšší úrovně, kterým je princip.

K této strukturaci vztahů zákonných úprav a principů Ústavní soud ve shora citovaném nálezu konstatoval, že pramenem práva obecně, jakož i práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti, avšak s připomenu-

[16] Již v první části článku jsme zmínili zákon o finanční kontrole, nebo můžeme jako příklad uvést příklad zásady procesní ekonomie ve správním řízení.

[17] Např. možnost vyvlastnění pouze ve *veřejném zájmu*, v obecné úpravě jako zásada či princip v čl. 11 odst. 4 Listiny, konkretizované v některých zákonech, z nichž za obecnou vyvlastňovací normu je považován zákon č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, v platném znění, v němž je neurčitý pojem „veřejný zájem" vymezen konkrétnějšími důvodz (viz § 108 odst. 2).

[18] VOPÁLKA, V. in HENDRYCH, D. a kol.: Správní právo, Obecná část, 4. změněné a doplněné vydání, Praha, C. H. Beck, 2001, str. 37–38.

[19] Ibid, str. 64.

[20] Viz pozn. č. 11 v první části článku.

[21] Srov. VOPÁLKA, V., in HENDRYCH, D. a kol., cit. dílo, str. 38. Ustáleně tak např. judikuje belgická Státní rada i Kasační soud (JAUMOTTE, J., cit. dílo, str. 607).

[22] SUETENS, L. P.: Algemenerechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch Administratief Recht, in Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek Recht (Časopis pro správní vědy a veřejné právo), 1970, str. 393.

tím, že „samostatným pramenem práva jsou v daném systému práva *pouze praeter legem* (zdůr. aut.), tedy, pokud psané právo nestanoví jinak".[23]

Uvedený závěr Ústavního soudu má tedy značný význam právě pro sféru správního uvažování, kdy výslovně stanovená kritéria, jsou-li dána, nejsou (snad) nikdy komplexní, tj. neposkytují úplný návod, jak prostor daný k uvažování zaplnit. Z tohoto důvodu právě prostor pro správní uvážení, vyznačující se (sice záměrnou, ale přece jen) absencí konkrétní právní úpravy, především v rovině hledisek pro volbu rozhodnutí, je tím správným místem, kde se principy mohou a přímo musí uplatnit, a to ve všech potřebných aspektech rozhodování s volnou úvahou, kde, jak praví Ústavní soud, „psané právo nestanoví jinak", a, doplňuji, kde se k potřebné stránce rozhodované věci vůbec nevyslovuje.

Obdobné řešení uplatnění principů nacházíme např. v belgickém právu, kde obecné právní principy slouží soudcům jako prostředek dostatečné právní ochrany v případech, kdy zákonná úprava není dostačující.[24] Ze všech právních principů jde samozřejmě o ty, které zajišťují tzv. dobrou správu.

Podstatu a úlohu principů nebo zásad pro oblast správního uvážení lze charakterizovat tak, že se přímo uplatňují a jsou (pro aplikující správní orgán závazně) přímo aplikovatelné tam a v tom aspektu rozhodování, kde nenacházíme konkrétní pravidlo (hledisko). Obecně se pak v této oblasti uplatňují jako interpretační pravidla, která napomáhají k přijetí správné a zákonné varianty rozhodnutí správního orgánu.

Vzhledem k obvyklé konkrétní „nepřítomnosti" obecných principů správního práva v „běžných" zákonech a prováděcích předpisech, může s jejich přímou aplikací nastat problém jednak v rovině identifikace všech principů či zásad, které se na danou věc vztahují nebo mohou vztahovat, a poté v rovině jejich použití, neboť není vyloučen konflikt – kolize principů nebo zásad, která není jednoznačně řešitelná apriorním vyloučením některého z nich z rámce hledisek pro rozhodování, ale musí se řešit jejich poměřováním, zvažováním.

Složitost této otázky však neznamená, že ji není nutno řešit, a věci svěřené veřejné správě rozhodovat, jak jsme již dříve uvedli, se zohledněním všech potřebných hledisek pro rozhodování, která se na daný případ vztahují.

Je úlohou zákonodárce, aby posoudil, kterým subjektům, zda správním nebo soudním, takovou odpovědnost svěří, tedy zda a jaký rozsah jurisdikčních procesů ve věcech veřejné správy svěří přímo správním orgánům, a na jakém stupni, a které orgánům soudního typu.

Méně vyostřená situace, i když nikoliv s menšími důsledky v případě nesprávného použití principů, nastává, pokud principy a zásady slouží jako interpretační pravidla pro výklad norem výslovně upravujících případy správního uvážení.

3.2.2 Vztah pojmů principy a zásady

Pro naše účely považuji za vhodné pokusit se přiblížit obsah pojmů „princip" a „zásada", jak budou dále používány. Význam obou pojmů sice není totožný, avšak je obtížné stanovit přesnou hranici mezi nimi, a zejména dosáhnout ustáleného používání obou pojmů podle event. rozlišení.

Ke vztahu principů a zásad J. Pinz uvádí, že „principy se od zásad liší svou originalitou, primárností či initualitou, a naopak zásady se odlišují od principů svou derivátností, sekundárností a generitou (druhovostí)".[25] K citované definici bych doplnila, že v oblasti principů či zásad veřejné správy je právě projevem vývojovosti či neusazenosti, že rozlišení obou pojmů není zdaleka ustálené, a bývají používány u některých autorů nebo autorit s rozlišením, u jiných promiskue.

V tomto ohledu považuji za užitečnou takovou charakteristiku a řešení dané otázky, podle níž význam slova *princip* je spojen s výrazy základní a zásadní poučka, původní zásada jako východisko dalších předpokladů nebo zásad, nejvyšší pravidlo jednání, resp. všeobecná poučka, o jejíž správnosti panuje všeobecné přesvědčení, ačkoliv tuto správnost nelze úplně prokázat, a vyvrátit ji lze pouze jiným principem.[26] V jiných pramenech se např. hovoří o principu jako o základním bodu nebo obecném pravidle.[27]

Často se konstatuje vysoký stupeň obecnosti jako znaku typickém pro právní principy.[28]

Jde o základní, nosnou myšlenku nebo zásadu, která ovládá a od které jsou odvozeny dílčí zásady nebo pravidla. Princip stanovený pro výkon veřejné moci, a v tom i veřejné správy, má zpravidla svůj hodnotový obsah nebo základ, vztažený k charakteristikám

[23] Pl. ÚS 33/97 (č. 30/1998 Sb.).

[24] Mast, A., Dujardin, J., Van Damme, M., Lanotte, J. V.: Overzicht van het Belgisch Administratief Recht, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999, str. 45–46.

[25] Pinz, J.: Právní principy, zásady a legis ratio, in sborník Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, str. 111.

[26] Stručně zde parafrázuji popis termínu „princip" podaný J. Pinzem ve shora cit. sborníku, str. 110–111. J. Pinz zde také upozorňuje, což pro nás není bez opodstatnění, že sice v některých oborech je princip považován apriori za platný, avšak to, co je v některých vědních oborech principem, může být v jiných oborech problémem. Tvrzení se zřejmě nemusí týkat jen odlišnosti situace v jednotlivých vědních oborech, ale i uvnitř nich, a také dalších míst, včetně aplikační praxe.

[27] Heslo „principle", in Dictionary of Government and Politics, second edition, London, Peter Collin Publishing Ltd., 1997, str. 218–219.

[28] Boguszak, J. et al., cit. dílo, str. 270.

demokratického právního státu respektujícího základní lidská práva a svobody.[29]

U principů jde spíše o jejich větší abstraktnost, obecnější (nebo všeobecný) dosah, schopnost promítat se do konkrétnějších zásad, konkrétních pravidel, a přes ně do jednotlivých rozhodnutí.

Zásadu, jak shora nastíněno, pak považuji za jev konkrétnější, který má sloužit naplnění principů, avšak obecnější než konkrétní pravidlo chování. Zásada se zpravidla vztahuje k určité větší druhové skupině případů, nebo k určité oblasti právních úprav, resp. ke konkrétnímu právnímu předpisu (zásady zákona). Zásady jsou obecně provázanější s konkrétními pravidly a konkrétní interpretační a aplikační činností. Bývají spojeny s určitou vymezenou oblastí právní úpravy nebo činnosti veřejné správy.

Jako doklad obtížné rozlišitelnosti pojmů zásada a princip může posloužit obecný princip zákonnosti výkonu veřejné správy[30] jako součásti veřejné moci (zakotvená v Ústavě i v Listině[31]), ve srovnání se zásadou zákonnosti vedených správních řízení (jedno ze „základních pravidel" správního řízení[32]), k čemuž lze v rovině pravidel doplnit povinnost, aby každé rozhodnutí bylo vydáno v souladu se zákonem (konkrétní úprava požadavků na správní rozhodnutí)[33].

Pro úplnost, a vzhledem k výkonné povaze veřejné správy a jejímu blízkému vztahu k reálné praxi, je nutno doplnit, že se můžeme setkat se zásadami jiné povahy než právní. Mohou se promítat do rozhodování se správním uvážením, a to i skrytě, rozmanitým způsobem a s různou intenzitou a (neprávní) závazností.

Jako příklad lze uvést některé zásady z oblasti ekonomiky, managementu, obecného racionálního chování, zásady zkušenostní, zásady etické, obyčeje, určitá specifická pravidla regionální nebo lokální (způsob řešení určitých záležitostí). Souvisí s tzv. faktory, zásadami a limity, které ovlivňují rozhodování veřejné správy, a jimž se v souhrnu věnuje správní věda.[34]

Právní normy mohou některé tyto zásady vzít v úvahu nebo vstřebat do svého obsahu, a pak již pro některé okruhy záležitostí nabývají právní závaznosti, neboli nabývají slovy V. Knappa[35] funkce normativní (a také funkce interpretační), jako je tomu například s pravidly směřujícími k dodržování dobrých mravů, spořádaného soužití, hospodárnému postupu, respektování místních zvláštností, apod., s nimiž se v různých právních předpisech setkáváme.

Tyto zásady se však ani v takovém případě samy o sobě pramenem práva nestávají, těmi jsou pouze právní normy, v nichž jsou obsaženy, nebo jež na ně odkazují. Mohou se však stát shora cit. tzv. extrasystémovými principy práva.[36]

Avšak uvedené neprávní principy či zásady, které jsou v rozhodování projevovány a nacházejí svůj vnější výraz v rozhodovací činnosti subjektu vykonávajícího veřejnou správu, či jsou z něj patrné, nesmějí být v rozporu s pravidly právními, a ovlivňovat úvahu správního orgánu v rámci procesu interpretace a aplikace směrem odlišným. Vázanost správy právem je, jak bylo zdůrazněno, jedním z obecných právních principů.

Zmiňuji se o těchto „jiných zásadách", neboť právě volný prostor pro vlastní úvahu správního orgánu může do sebe uvedené neprávní zásady vstřebat a do rozhodnutí je promítnout. Takové ovlivnění správního orgánu, pokud se negativně promítne do nezákonnosti rozhodnutí, může vytvořit situaci „zneužití správního uvážení", ve smyslu zákona o soudním řádu správním[37] např. proto, že zvážení bude sledovat jiný účel (jako projev některého ze zmíněných principů), než právní norma či předpis předpokládá (např. úspornost jako projev ekonomické stránky efektivnosti tam, kde zákon stanoví povinnost zajistit bezpečnost života a zdraví).

Závěrem tohoto spíše terminologického okénka je namístě shrnout, že sledované pojmy princip a zásada v oblasti výkonu veřejné správy mají mnoho společného a nelze je přesně obsahově oddělit. Lze však vysledovat jejich rozdíl zejména po stránce přímější provázanosti s hlavními hodnotami, účely a cíli především základních právních předpisů a mezinárodních smluv u principů, jakož i jejich obecnějšího a širšího uplatnění, než je tomu u zásad, které bývají spojovány spíše s aplikací konkrétních právních předpisů upravujících dílčí druhy činnosti nebo některé oblasti výkonu veřejné správy.

[29] „Právní principy jsou pravidla, která jsou staletou vymožeností právní kultury a jsou právu imanentní v právním státě, ať jsou nebo nejsou výslovně vyjádřena v platných právních normách." – tamtéž.

[30] Bývá označován jako zásada, což má zřejmě svůj původ v dřívějších obdobích, kdy se jednak pojem právní princip nepoužíval, jeho dosah nebyl ústavně univerzálně stanoven pro celou sféru výkonu veřejné moci, a byl chápán spíše omezeně pro některé druhy rozhodovacích činností, pro které byla povinnost dodržovat právní předpisy výslovně stanovena, a tedy skutečně fungoval jako zásada.

[31] Srov. čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny.

[32] Srov. § 3 odst. 1 správního řádu.

[33] Srov. § 46 cit. předpisu.

[34] Více viz např. in Skulová, S.: Rozhodování ve veřejné správě, 2. přepracované vydání, Brno, MU, 1996, str. 95–116.

[35] Knapp, V.: Teorie práva, Praha, C. H. Beck, 1995, str. 139.

[36] Boguszak, J., et al., cit. dílo, str. 268.

[37] Viz § 78 odst. 1 cit. zákona.

3.2.3 K principům dobré správy ve vztahu ke správnímu uvážení

Ve vztahu k problematice správního uvážení se stane předmětem našeho bližšího zájmu skupina nebo oblast principů, které jsou považovány za základní principy pro výkon dobré správy. V literatuře a také v judikatuře jsou označovány jako *princip(y) dobré správy.*

Podle R. Pomahače znalci práva jsou nejčastěji skeptičtí v představě o existenci univerzálních principů ovládajících správní právo jako celek, i když jím označené „principiální metodě" výkladu v oboru správního práva, které je v jeho dikci „neuvěřitelně komplikovaná změť pravidel regulujících kdeco", přiznává cit. autor životnost.[38]

Ze tří jím uvedených základních oblastí správního práva bývá častěji věnována pozornost jen principům práva kontroly správy, která mají nepochybně svůj rozměr i ve vyjádření základních občanských a politických práv.[39]

Principy tzv. dobré správy vskutku směřují především k ochraně subjektivních práv adresátů veřejné správy, zvláště těch práv a svobod, která náleží do katalogu základních práv a svobod. Tak je to jednoznačně s těmi principy z uvedené oblasti, které budeme chápat jako principy právní v celém spektru jejich kategorií, jak jsme je přiblížili v oddíle 3.2.1.

Z následujícího přiblížení pojmu dobré správy vycházejícího zejména ze zákona o Veřejném ochránci práv však zjistíme, že principy dobré správy mohou mít záběr širší, neboť mohou souviset s požadavkem či hodnotou efektivní správy věcí veřejných, a proto některé z nich nesměřují přímo k ochraně subjektivních práv, i když ve svém důsledku mohou napomáhat pro to vytvářet podmínky.

Neexistuje doposud ucelený komplexní katalog principů dobré správy, a ani nebyly uceleně stanoveny nebo proklamovány. Pokud jde o naše podmínky, traktovány jsou především v teoretické rovině, a jednotlivé principy spadající do dané kategorie se obejvují v judikatuře, zejména Ústavního soudu.

Můžeme se setkat s určitými katalogy požadavků na správnou činnost či správné rozhodování veřejné správy, která rovněž mají úzkou souvislost s kategorií principů dobré správy, i když všechny v nich uváděné položky do profilující se kategorie řazeny nebývají, neboť míří do širších rovin požadavků po efektivní a výkonné správě, nebo správním rozhodování veřejné správy.[40]

O některých jednotlivých principech nebo zásadách však již panuje obecnější shoda. Některé z principů nebo zásad bývají zmiňovány samostatně, některé jsou spolu provázány, nebo mohou mít vztah celku a části. Výběrově, ve vztahu ke správnímu uvážení, se jimi budeme zabývat v závěrečné části článku.

Principy dobré správy tvoří část širší kategorie obecných právních principů. Např. podle belgických pramenů slouží soudům ke kontrole, zda veřejná správa jednala v rámci mezí zákonnosti. Jsou rovněž využívány přímo správními orgány jako měřítko správnosti v rámci rozhodovacích procesů.[41]

S pojmem *principů dobré správy* se z našich právních předpisů setkáváme zatím v jediném případě. Použití principů dobré správy jako kritéria pro posuzování činnosti veřejné správy je svěřeno veřejnému ochránci práv, a to v rámci jeho působení k „ochraně osob před jednáním úřadů a dalších institucí". Dalšími kritérii jsou soulad s právem a principy demokratického právního státu. Uvedená činnost ombudsmana má přispívat k ochraně základních práv a svobod.[42]

Jsme tedy svědky toho, jak zákonodárce stanoví jako kritéria pro činnost veřejné správy hlediska z oblasti hodnot a principů. Nemůže tedy být pochyb o jejich existenci a závaznosti, i když nejsou vždy výslovně a přímo stanovena, nebo dokonce v nějakém právním předpise katalogizována.

Ani zákon o veřejném ochránci práv uvedené pojmy, včetně „principů dobré správy", nedefinuje. Jak v komentáři k cit. ustanovení zákona o ochránci veřejných práv situaci uvádí V. Sládeček, pojem je inspirovaný postupy ve Velké Británii, a lze jej obtížně pozitivně stručně a jasně vymezit. Dále uvádí, že „obvykle se při ohraničování dobré správy nicméně setkáváme především s obšírnými definicemi nebo rozsáhlými výčty principů".[43]

Určitý nástin uvedených principů nás také ještě čeká, ovšem nikoliv celkový, ale pouze přehled sestavený k použití pro oblast správního uvážení.

Pro naše podmínky bych současnou situaci v oblasti principů dobré správy charakterizovala jako vyznačující se určitou „neusazeností" (nebo také neprosazeností?) uvedených principů. Jejich chápání a respektování má své specifické souvislosti. Vedle důvodů působících obecně, jako je relativní „mládí" těch-

[38] Pomahač, R.: Právní principy dobré správy – imaginace či realita?, in Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, str. 187.

[39] Tamtéž, str. 189. V příspěvku autor rozlišuje tři velké právní oblasti, které vytváří správní právo, a to právo správy (jako vnějšího nástroje správní činnosti), dále právo kontroly správy (jako nástroj ochrany spravovaných subjektů) a právo ve správě (jako vnitřní nástroj správní činnosti).

[40] Srov. např. Machajová, J.: Záruky ústavnosti rozhodovania vo verejnej správe, in „Zdokonalovanie verejnej správy", sborník z mezinárodního semináře, Bratislava, Univerzita Komenského, 2000, str. 54, nebo Skulová, S.: Rozhodování ve veřejné správě, 2. přepracované vydání, Brno, MU,1996, str. 95–116.

[41] Mast, A., Dujardin, J., Van Damme, M., Lanotte, J. V.: cit. dílo, str. 45–46.

[42] Srov. § 1 odst. 1 zákona č. 349/1999 Sb., o Veřejném ochránci práv.

[43] Sládeček, V.: Zákon o Veřejném ochránci práv, komentář, Praha, C. H. Beck, 2000, str. 21.

to principů a skutečnost, že dosud probíhá proces jejich formulování, resp. precizování, u nás je dalším důvodem teprve postupné jejich prosazování do vědomí odborné praxe, a u některých principů pozvolný proces zařazování některých principů do právních úprav, jak doložím vzápětí.

Dalším důvodem uvedené situace je z mého pohledu také již dříve zmíněný akcent, který je příslušnou částí praxe kladen především (nebo pouze) na výslovná konkrétní právní pravidla. S tím je pak logicky spojena nedůvěra k něčemu tak obecnému a bezprostředně nepůsobícímu nebo snad nezavazujícímu, jako je obecný právní princip, resp. princip dobré správy.

Jak jsme však již uvedli, jde ve skutečnosti pouze o optický klam (nebo klapky na očích), neboť příslušné principy či zásady již zde jsou a je nutno je respektovat. Nejsou pouze snadno čitelné z konkrétních právních úprav nebo dokonce z aplikovaných jednotlivých ustanovení. Problém není na straně principů, ale na straně toho, kdo je nevidí nebo nehledá. Hledání má usnadňovat zákonodárce, zvláště když mu musí být známo, že „hledači" v oblasti veřejné správy nejsou začasté právníky.

Věc se samozřejmě stává jednodušší, když je princip přímo konkretizován v příslušné právní úpravě, a stává se vlastně konkrétním pravidlem. Ostatně je úkolem pro zákonodárce, aby tak učinil vždy, když je to možné a vhodné, a redukoval prostor nejistoty. Nemůže však zcela redukovat prostor volnosti pro vlastní úvahu veřejné správy.

Potom kompromisem, ovšem žádaným a nutným, mezi vázaností a volností se stává zařazení principů nebo zásad přímo do právního normy vztahující se k širšímu okruhu záležitostí, než je rozsah jedné konkrétní normy. Krátce řečeno, jsou zařazeny tam, kde mají jako obecné principy nebo zásady fungovat. Tím je míněno, jak již bylo naznačeno, že mají pro příslušný širší okruh věcí ovlivňovat postupy a rozhodování subjektů vykonávajících veřejnou správu a sloužit jako interpretační pravidla.

Příkladem takového řešení je zařazení tzv. „základních pravideł řízení" do správního řádu[44], jako základního a obecného předpisu upravujícího jednu ze základních forem činnosti, a to vydávání konkrétních (individuálních) aktů.

Pro aplikující orgán jde již o složitější situaci vyžadující uplatnění systematického výkladu, což vyžaduje nalezení správného principu nebo zásady pro právě řešenou věc (což předpokládá povědomost o jejich existenci), a poté jeho správné uplatnění v rámci rozhodování se správním uvážení.

Principy a zásady tak prolínají prostorem správního uvážení a ovlivňují závazným způsobem jeho použití a jeho obsah. Mohou se tedy uplatňovat v obou jeho základních funkčních variantách, a to v „uvážení jednání" (tedy zda jednat či nikoliv) i v „uvážení volby" (tedy jaký obsah bude mít konkrétní rozhodnutí, neboli která z variant dalšího postupu bude využita)

Vraťme se však k tvrzené prozatímní neusazenosti principů a zásad v našich podmínkách. Doložit jej lze některými současně probíhajícími procesy, a to v rovině legislativní a v rovině judikatury. V prvé ze zmíněných oblastí bych zmínila jako snad nejvýznamnější příklad připravovaný kvalitativní posun v oblasti úpravy tzv. základních zásad správního řízení, který by měl znamenat zařazení tzv. zásad dobré správy, do naší základní procesní normy.[45]

Podle mého názoru průlomové pro naši aplikační praxi bude především zavedení principu legitimního očekávání, neboli v dikci návrhu zákona povinnosti „posuzovat skutkově stejné věci stejně, a rozdílné s přihlédnutím ke jejich odlišnosti". Dosavadní, shora již zmíněná, tzv. „základní pravidla řízení", obsažená ve správním řádu doznají v tomto směru, tedy směřování k důslednějšímu naplnění zásady rovnosti před zákonem a zajištění vyšší právní jistoty adresátů veřejné správy a tím vyšší úrovni ochrany jejich práv, podstatného obsahového obohacení a zejména zásadního posunu směrem ke standardům moderního právního státu.

Za rovněž průlomový posun v navrhované úpravě správního řízení bych označila předpokládanou širší působnost, než je založena dosavadní úpravou. Jde jednak o působnost věcnou, zahrnující již nejen tzv. klasické správní řízení ale i další právní formy činnosti (s výjimkou tzv. bezprostředních zákroků). Výslovně pak je založena *závaznost cit. základních pravidel na veškeré postupy správních úřadů při výkonu veřejné správy*[46], a to i pro případy, kdy zvláštní úprava vyloučí použití správního řádu jako celku, aniž by obsahovala vlastní úpravu zásad řízení. Budou tedy principy dobré správy v pojetí správního řádu osnovou pro veškerá rozhodování s volným uvážením.

Další posun v působnosti má spočívat v zařazení orgánů územních samosprávných celků, pokud jde o rozhodování o právech a povinnostech osob v samostatné působnosti, do kategorie „správních úřadů", a tím na jejich uvedené rozhodování a uvažování

[44] Viz §§ 3 a 4 správního řádu.

[45] Jde konkrétně, vedle nezbytné a nepochybné zásady legality, o zásadu předvídatelnosti, rovnosti všech osob a zákazu diskriminace, ochrany dobré víry, účelnosti a souladu s veřejným zájmem, a zásadu zákazu zneužití správního uvážení, a dále některé zásady související, především procesní povahy, jako je zásada procesní ekonomie (účelnost, rychlost, jednoduchost, levnost vedení řízení), a také subsidiarity ingerence veřejné správy do právních poměrů dotčených osob v rámci řízení. Viz Důvodová zpráva k vládnímu návrhu správního řádu, Sněmovní tisk č. 201, www.psp.cz.

[46] Nepůjde tedy již o pouhé *přiměřené použití* (zdůr. aut.) ustanovení o základních pravidlech řízení při vydávání osvědčení, posudků, vyjádření, doporučení a jiných podobných *opatření* (zdůr. aut.), jak to upravoval shora cit. § 3 odst. 4 správního řádu.

vztáhnout stejné kvalitativní požadavky, jako je tomu u státní správy.

Již jsme zmínili význam judikatury na profilaci a prosazení obecných právních principů, což se plně potvrzuje u tzv. principů dobré správy. Jde o proces v evropském kontextu vyvíjející se již delší dobu. Pro naše právní prostředí sehrává zásadní úlohu Ústavní soud, který, mnohdy inspirován judikaturou Evropského soudu pro lidská práva nebo některých cizích soudů, na příslušné zásady odkazuje a na bázi jednotlivých řešených případů je pro naše podmínky formuluje a dotváří, jak bude v následujícím oddíle na několika případech ilustrováno. Nepominutelná je judikatura Evropského soudu pro lidská práva, který na tomto poli vykonal zásadní práci, a dále v ní pokračuje.

Pokud se zabýváme vytvářením a prosazováním principů dobré správy, nelze však opomenout činnost Rady Evropy. Na její bázi byly přijaty některé základní dokumenty, které ve svém souhrnu představují jistý katalog, nebo naplnění obsahu principů dobré správy.

Uvedeným dokumentům, jakož i přiblížení jednotlivých principů dobré správy, které se vztahují ke správnímu uvážení, tedy k vyplňování prostoru pro volnou úvahu správních orgánů, se podrobněji budeme věnovat v závěrečné části tohoto pojednání, v níž také bude provedeno shrnutí celé rozsáhlejší úvahy.

Smlouva mandátní a smlouva komisionářská

Karel Marek*

Nadepsaných smluvních typů se podle našich zjištění poměrně dosti často v praxi používá. Smlouva mandátní je přitom upravena ustanoveními § 566 až § 576 obchodního zákoníku; ustanovení smlouvy komisionářské na ni přímo navazují v § 577 až § 590 obchodního zákoníku.

Tato ustanovení mají – s výjimkou kogentních základních ustanovení, tj. s výjimkou § 566 a § 577 (viz § 263) – dispozitivní charakter. Podle § 263 odst. 2 obchod. zák. přitom platí, že se strany nemohou odchýlit i od ustanovení, která předepisují povinnou písemnou formu právního úkonu.

U dispozitivních ustanovení samozřejmě platí, že otázky upravené zákonem si smluvní strany mohou oproti textu zákona dohodnout odchylně nebo je vyloučit. Zákonnými ustanoveními se dané vztahy budou řídit tehdy, pokud odchylné smluvní ujednání existovat nebude.

Pro smlouvy mandátní a komisionářské není úpravou obchodníhozákoníku předepsaná písemná forma; pokud by se ovšem na uzavíranou smlouvu vztahovala i zvláštní právní úprava – např. zákon o cenných papírech – která by pro danou smlouvu písemnou formu stanovila, je třeba respektovat i speciální právní předpis.

Ani smlouva mandátní, ani smlouva komisionářská nepatří mezi „absolutní obchody" (viz ustanovení § 261 odst. 3 obchodního zákoníku). Upravují tedy vztahy subjektů – podnikatelů, jestliže při jejich vzniku je zřejmé s přihlédnutím ke všem okolnostem, že se týkají jejich podnikatelské činnosti (rovněž upravují vztahy podle § 261 odst. 2 obchodního zákoníku).

U smluvního typu smlouvy mandátní i smlouvy komisionářské bude velmi časté, že si smluvní strany písemně sjednají použití těchto smluvních typů obchodního zákoníku, přestože nebudou naplněny podmínky stanovené v ustanovení § 261 odst. 1 a odst. 2 obchodního zákoníku. Příslušné ujednání bude provedeno v souladu s § 262 obchodního zákoníku.

V případě, že by se u mandátní a komisionářské smlouvy jednalo o „úplatné smlouvy týkající se cenných papírů" (podle § 261 odst. 3 písm. c) obchodního zákoníku), byly by tyto smlouvy tzv. absolutními obchody. Tyto vztahy by se tedy bez ohledu na povahu účastníků řídily třetí částí obchodního zákoníku.

SMLOUVA MANDÁTNÍ

Úvodem charakterizujme podstatu smlouvy mandátní – která patřila již mezi instituty římsko-právní – jako smlouvu o vynaložení úsilí, nikoli „smlouvu o výsledku"; z této podstaty musíme stále vycházet.

„Dnešní obchodní zákoníky kontinentálního práva tento typ obchodní smlouvy neupravují a vystačí s jedinou úpravou příkazní smlouvy v občanských záko-

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

nících i pro obchodní vztahy, resp. vztahy při podnikatelské činnosti"[1]; mandátní smlouvu neznal mj. ani náš dřívější zákoník mezinárodního obchodu.

Mandátní smlouvou se zavazuje mandatář, že pro mandanta na jeho účet zařídí za úplatu určitou obchodní záležitost uskutečněním právních úkonů jménem mandanta nebo uskutečněním jiné činnosti, a mandant se zavazuje zaplatit mu za to úplatu. Je-li zařízení záležitosti předmětem podnikatelské činnosti mandatáře, má se za to, že úplata byla smluvena. (V případech, kdy se nebude jednat o mandátní smlouvu, může zpravidla jít – při naplnění zákonných podmínek – o smlouvu příkazní podle občanského zákoníku). To je základní ustanovení tohoto smluvního typu, přestože tak není v obchodním zákoníku označeno (toto označení lze de lege ferenda lehce doplnit).

Při mandátní smlouvě jde o jednání za jiného na smluvním základě. Takové jednání lze ovšem realizovat i na základě jiných smluv podle občanského zákoníku nebo podle obchodního zákoníku, příp. zvláštních předpisů. Může se jednat o smlouvy podle zákona o cenných papírech, smlouvu příkazní, smlouvy „o obstarání" podle občanského zákoníku, smlouvu zprostředkovatelskou, smlouvu o obchodním zastoupení[2], o smlouvu komisionářskou a mj. i o kontrakt inominátní (např. o inženýrské činnosti).

Podstatnými částmi (ve smyslu ustanovení § 269 odst. 1 obchodního zákoníku) mandátních smluv jsou – kromě přesného označení smluvních stran a přesného určení zařizované záležitosti – závazek mandatáře, že pro mandanta zařídí za úplatu určitou obchodní záležitost (uskutečněním právních úkonů jménem mandanta nebo uskutečněním jiné činnosti), a závazek mandanta zaplatit mu za to úplatu (její výše nemusí být sjednána).

Při zařízení obchodní záležitosti prováděním právních úkonů se může jednat např. o vystupování před soudy, uzavírání smluv, zastupování při obchodním jednání apod. Jinou činností může např. být i mj. sledování trhu a na něm používaných nezapsaných označení a mj. i řízení stavby.

Vzhledem k tomu, že smlouva o dílo, tak jak je dnes v obchodním zákoníku koncipována, nezahrnuje provedení všech činností (ale jen činností, které splňují podmínky v úpravě smlouvy o dílo stanovené), využívá se smlouva mandátní velmi široce a dosti universálně (někdy by bylo vhodnější sjednat kontrakt inominátní).

V obchodním zákoníku je mandátní smlouva smlouvou s obecným vymezením ve vztahu ke smlouvám s vymezením zvláštním, kde jde také o „zařízení záležitosti". Z takových „speciálních smluv" můžeme jmenovat například smlouvu o zprostředkování a o obchodním zastoupení. Obchodní zákoník pak na použití smlouvy mandátní, resp. na přiměřené použití, v některých případech odkazuje. Přiměřeně se například ustanovení o mandátní smlouvě mohou použít i pro vztah člena orgánu společnosti ke společnosti, za niž člen orgánu jedná (§ 66 odst. 2 obchodního zákoníku), a dále se používá například u bankovní záruky na vztah mezi bankou a dlužníkem (§ 322 odst. 2 obchodního zákoníku).

Mandatář je povinen postupovat při zařizování záležitosti s odbornou péčí. Mandatář je přitom povinen oznámit mandantovi všechny okolnosti, které zjistil při zařizování záležitosti a jež mohou mít vliv na změnu pokynů mandanta.

Činnost, k níž se mandatář zavázal, je povinen uskutečňovat podle pokynů mandanta a v souladu s jeho zájmy, které mandatář zná nebo musí znát. Od pokynů mandanta se může mandatář odchýlit, jen je-li to naléhavě nezbytné v zájmu mandanta a mandatář nemůže včas obdržet jeho souhlas. Ani v těchto případech se však mandatář nesmí od pokynů odchýlit, jestliže je to zakázáno smlouvou nebo mandantem.

„Zákon výslovně neřeší, zda do rámce mandatářových povinností patří i upozornění mandanta na to, že udílené pokyny nejsou správné nebo vhodné. Tuto povinnost však lze dovodit z mandatářovy profesní odpovědnosti, při níž musí postupovat s odbornou péčí a jednat v zájmu mandanta."[3]

Mandatář je tedy povinen postupovat zásadně podle pokynů mandanta. Současně však vystupuje jako osoba, která je v zařizované záležitosti odborně vyspělá. Pokud by mandatář nezjistil, ale při tom měl zjistit při patřičné odbornosti, že pokyny mandanta jsou v rozporu s vhodným zařízením záležitosti, popř. to zjistil a mandanta neinformoval, může vůči mandatáři přicházet v úvahu postup podle ustanovení o odpovědnosti za škodu.

Mandatář je povinen zařídit záležitost osobně, jen jestliže to stanoví smlouva. (Mandátní smlouva – stejně jako komisionářská – nemá tedy ze zákona výlučně osobní charakter.) Poruší-li tuto povinnost, pokud je sjednána, odpovídá za škodu tím způsobenou mandantovi. Obecně tedy mandatář zařizovat záležitosti osobně nemusí. Pokud však bude mandant klást důraz na osobní znalosti a schopnosti mandatáře, může dojít k ujednání osobního zařízení ve smlouvě. Porušení této povinnosti obecně (i když může být za stanovených předpokladů uplatněna odpovědnost za škodu) nebude znamenat neplatnost takového zařizování.

Mandant je povinen předat včas mandatáři věci a informace, jež jsou nutné k zařízení záležitosti, po-

[1] Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.: Obchodní zákoník, komentář, C. H. Beck, Praha, 5. vydání 1998, s. 891; 6. vydání 2001, s. 1405; 7. vydání 2002, s. 1111.

[2] Ke smlouvě zprostředkovatelské a smlouvě o obchodním zastoupení blíže viz např. Marek, K.: Smlouva o zprostředkování a obchodním zastoupení, DaF – časopis pro teoretické a praktické otázky daňového práva a podnikání č. 12/1999, s. 11–13 a pokrač. 13/1999, s. 1–6.

[3] Viz literaturu v pozn. 1, 5. vydání 1998, s. 895; 6. vydání 2001, s. 1408; 7. vydání 2002, s. 1114.

kud z jejich povahy nevyplývá, že je má obstarat mandatář. Nemluví se o úplnosti a přesnosti informací, to však vyplývá z povahy věci.

Zákon přitom výslovně neupravuje povinnost mandatáře a příp. podrobnosti k vrácení věcí po skončení smluvního vztahu, popř. v jeho průběhu. Podrobnosti k těmto otázkám je tedy vhodné smluvně upravit.

Vyžaduje-li zařízení záležitosti uskutečnění právních úkonů jménem mandanta, je mandant povinen vystavit včas mandatáři písemně potřebnou plnou moc. Není-li plná moc obsažena ve smlouvě, nenahrazuje ji převzetí smluvního závazku mandatářem jednat jménem mandanta, a to ani v případě, že osoba, s kterou mandatář jedná, o tomto závazku ví.

Při vyřizování záležitosti často přejímá mandatář pro mandanta věci. Tyto je povinen předat mandantovi bez zbytečného odkladu.

Vzhledem k tomu, že činnost mandatáře může být značně různorodá, stanovení lhůty „bez zbytečného odkladu" je pro lhůtu stanovenou zákonem vhodné. V konkrétních smlouvách lze ovšem tuto záležitost také vhodně smluvně upravit.

Mandatář odpovídá za škodu na věcech převzatých od mandanta k zařízení záležitosti a na věcech převzatých při jejím zařizování od třetích osob, ledaže tuto škodu nemohl odvrátit ani při vynaložení odborné péče. Jedná se o speciální úpravu odpovědnosti za škodu.

Převzaté věci je mandatář povinen dát včas pojistit, jen když to stanoví smlouva nebo když jej mandant o to požádá, a to na účet mandanta. Pojištění věcí nevyplývá tedy přímo jako povinnost ze zákona, může být však dohodnuto ve smlouvě, eventuálně ke vzniku povinnosti mandatáře stačí i jednostranný právní úkon mandanta.

Odpovědnost mandatáře za škodu na věcech převzatých od mandanta k zařízení záležitosti a na věcech převzatých při jejím zařizování od třetích osob je odpovědností založenou na objektivním principu. Vychází se zřejmě z toho, že mandatář by měl být odborníkem profesně zdatným. Liberace mandatáře při posuzování této odpovědnosti za škodu je možná podle zákona jen tehdy, jestliže mandatář unese důkazní břemeno a prokáže, že škodu nemohl odvrátit ani při vynaložení odborné péče.

Není-li výše úplaty ve smlouvě stanovena, je mandant povinen zaplatit mandatáři úplatu, která je obvyklá v době uzavření smlouvy za činnost obdobnou činnosti, kterou mandatář uskutečnil při zařízení záležitosti. Nevyplývá-li ze smlouvy něco jiného, vznikne mandatáři nárok na úplatu, když řádně vykonává činnost, ke které byl povinen, a to bez ohledu na to, zda přinesla očekávaný výsledek či nikoliv. Lze-li očekávat, že v souvislosti s vyřizováním záležitosti vzniknou mandatáři značné náklady (např. bude hradit značné soudní či správní poplatky), může mandatář požadovat po uzavření smlouvy přiměřenou zálohu.

K textu zákona o nároku na úplatu připomeňme, že úplata bude zpravidla sjednána. Pokud by tomu tak nebylo, přicházela by do úvahy obvyklá úplata v době uzavření smlouvy. Zde je ovšem případné nebezpečí pohybu cenových hladin, bude-li doba mezi uzavřením smlouvy a zařízením záležitosti delší.

Pro vznik smlouvy však není nutné výši úplaty sjednat, stačí, že ve smlouvě bude sjednáno, že mandant se zavazuje k úplatě, a to bez uvedení její výše. Rozsah úplaty bude pak začasté záviset na počtu učiněných úkonů. Je tedy možné sjednat jen buď závazek k úplatě, příp. i její výši, event. sjednat způsob výpočtu úplaty.

Není-li sjednáno něco jiného, připomínáme, že zásadně – při řádném plnění jeho povinností – vzniká mandatáři nárok na úplatu bez ohledu na výsledek.

Úplatu lze sjednat nikoliv jen absolutní částkou, ale typicky procentním podílem z přínosu pro mandanta, a dále lze sjednat, že pokud nebude zařízení záležitosti úspěšné, budou mandatáři hrazeny jen nutné nebo účelně vynaložené náklady. Obecně však není, jak jsme již zdůraznili výše, mandátní smlouva smlouvou o výsledku, a vzniká proto nárok na úplatu, i když k dosažení výsledku nedošlo. Zákon stanoví, že mandant je povinen uhradit mandatáři náklady, které mandatář nutně nebo účelně vynaložil při plnění svého závazku, ledaže z jejich povahy vyplývá, že jsou již zahrnuty v úplatě (§ 572 obchodního zákoníku). Mandatáři tedy zásadně vzniká nárok na úhradu úplaty a na úhradu nákladů. Je ovšem třeba posuzovat, zda všechny náklady byly nutně (např. soudní a správní poplatky) nebo účelně (např. cestovní náklady) vynaloženy. Konstrukce zákonného textu je zde odlišná od ustanovení komisionářské smlouvy řešící tuto situaci (viz § 588 obchodního zákoníku); u komisionářské smlouvy se má podle zákona v případě pochybnosti za to, že v úplatě je obsažena i úhrada nákladů. Ze zákona se přitom dá dovodit, že nárok na úhradu nutně nebo účelně vynaložených nákladů existuje, i když mandatář nesplnil svoje povinnosti. I zde je pochopitelně možná vhodná smluvní úprava.

Mandatář neodpovídá za porušení závazku osoby, s níž uzavřel smlouvu při zařizování záležitosti, ledaže se ve smlouvě zaručil za splnění závazků převzatých jinými osobami v souvislosti se zařizováním záležitosti (§ 573 obchodního zákoníku). Zde opět můžeme porovnat úpravu tohoto ustanovení se smlouvou komisionářskou. Zatímco u mandátní smlouvy mandatář podle zákona neodpovídá, u komisionáře je tomu jinak. Použije-li komisionář ke splnění závazku jiné osoby, odpovídá, jako by záležitost obstaral sám (§ 580 odst. 2 obchodního zákoníku). Skutečnost, že mandatář neodpovídá za porušení závazku osoby, s níž uzavřel smlouvu je v souladu s tím, že účinky právních úkonů mandatáře postihují přímo mandanta.

Závazky z mandátní smlouvy zanikají obecnými způsoby (žádoucí je zejména včasné a řádné splnění), obchodní zákoník zná však i způsoby zvláštní.

Kromě zvláštních způsobů stanovených v obchod-

ním zákoníku existují i zvláštní úpravy stanovené jinými právními předpisy; důsledky jejich realizace v daných případech nastanou i pro vztahy sjednané mandátní smlouvou. Zejména se bude jednat o situace, kdy se stane mandant úpadcem při prohlášení konkursu; tímto zanikají totiž mj. i úpadcovy příkazy a plné moci, jestliže se týkají majetku patřícího do konkursní podstaty.

Podle obchodního zákoníku může mandant i mandatář mandátní smlouvu kdykoli vypovědět. Žádná z výpovědí přitom nemusí být pochopitelně jakkoli odůvodněná. Byla-li smlouva uzavřena v písemné formě a bylo-li podle kogentního ustanovení § 272 obchodního zákoníku dohodnuto, že může být měněna jen písemně, pak by musela mít výpověď písemnou formu obligatorně. Písemnou formu výpovědi však lze doporučit i v jiných případech.

Mandant může smlouvu vypovědět kdykoliv částečně nebo v celém rozsahu. Nestanoví-li výpověď pozdější účinnost, nabývá účinnosti dnem, kdy se o ní mandatář dověděl nebo mohl dovědět. Od účinnosti výpovědi je mandatář povinen nepokračovat v činnosti, na kterou se výpověď vztahuje. Je však povinen mandanta upozornit na opatření potřebná k tomu, aby se zabránilo vzniku škody bezprostředně hrozící mandantovi nedokončením činnosti související se zařizováním záležitosti. Za činnost řádně uskutečněnou do účinnosti výpovědi má mandatář nárok na úhradu nákladů vynaložených podle § 572 a na přiměřenou část úplaty (za činnosti uskutečněné do účinnosti výpovědi).

Na rozdíl od mandanta, který může smlouvu vypovědět kdykoliv, může mandatář smlouvu vypovědět s účinností ke konci kalendářního měsíce následujícího po měsíci, v němž byla výpověď doručena mandantovi, nevyplývá-li z výpovědi doba pozdější. Zákon stanovil příznivější podmínky pro mandanta a přísnější pro mandatáře. Vychází se z předpokladu, že okamžité ukončení činnosti mandatáře by mohlo mít pro mandanta nepříznivé důsledky. Pokud byla v daném případu vystavena plná moc, je třeba postupovat též v souladu s občanskoprávní úpravou § 33b občanského zákoníku, která se v daném případu použije na základě ustanovení § 1 odst. 2 obchodního zákoníku. Podle § 33b odst. 1 plná moc mj. zanikne je-li odvolána zmocnitelem, je-li vypovězena zmocněncem.[4]

Ke dni účinnosti výpovědi zaniká závazek mandatáře uskutečňovat činnost, ke které se zavázal. Jestliže by však přerušením této činnosti vznikla mandantovi škoda, je mandatář povinen jej upozornit, jaká opatření je třeba učinit k jejímu odvrácení. Jestliže tato opatření mandant nemůže učinit ani pomocí jiných osob a požádá mandatáře, aby je učinil sám, je mandatář k tomu povinen (§ 575 odst. 2 obchodního zákoníku).

Závazek mandatáře zaniká také jeho smrtí, je-li fyzickou osobou, nebo jeho zánikem, je-li právnickou osobou.

Ohledně činnosti uskutečněné ode dne výpovědi mandatáře do její účinnosti a uskutečněné podle § 575 odst. 2 obchodního zákoníku má mandatář nárok na úhradu nákladů podle § 572 obchodního zákoníku a na část úplaty přiměřené výsledku dosaženému při zařizování záležitosti.

Je třeba si všimnout, že zatímco při výpovědi mandanta má za činnosti řádně uskutečněné do účinnosti výpovědi mandatář nárok na „přiměřenou část úplaty", má mandatář při vlastní výpovědi nárok na část úplaty „přiměřenou výsledku". Vzhledem k dispozitivnosti ustanovení bude mít ovšem i zde přednost případné ujednání ve smlouvě, které bude obvyklé.

Ustanovení o smlouvě mandátní (kromě ustanovení základního), tj. § 567 až 575 obchodního zákoníku, se použijí přiměřeně v případech, kdy je povinnost podle jiných ustanovení tohoto zákona zařídit určitou záležitost na účet jiného, ledaže z těchto jiných ustanovení vyplývá něco jiného.

Ustanovení o mandátní smlouvě se použijí podle ustanovení § 589 obchodního zákoníku i pro smlouvu komisionářskou.

Co do druhu je mandátní smlouva charakterizována jako druh smlouvy příkazní. Od příkazní smlouvy upravené občanským zákoníkem se však liší. Rozdíl je v nárocích na plnění povinností. Zatímco příkazník je povinen jednat podle svých znalostí a schopností, mandatář musí jednat s odbornou péčí.

Další rozdíl je ve způsobu zastoupení. Příkazník může jednat jménem příkazce nebo i jménem svým, zatímco mandatář jedná jménem mandanta.

Příkazní smlouva může být uzavřena jako úplatná i bezúplatná. Mandátní smlouva je vždy smlouvou úplatnou. Příkazníkovi budou přitom nahrazeny potřebné a užitečné náklady vynaložené při provádění příkazu. Mandant – není-li dohodnuto jinak nebo nevyplývá-li z povahy, že jsou zahrnuty v úplatě – hradí mandatáři náklady, které mandatář nutně nebo účelně vynaložil při plnění svého závazku.

Příkazní smlouva může být uzavřena k obstarání věci obchodní i neobchodní. Mandátní smlouva slouží jen k zařízení obchodní záležitosti.[5]

SMLOUVA KOMISIONÁŘSKÁ

Komisionářská smlouva je klasickým smluvním typem obchodní smlouvy, který je upraven ve všech

[4] K zániku plné moci viz např. JEHLIČKA, O., ŠVESTKA, J., ŠKÁROVÁ, M.: Občanský zákoník, komentář, C. H. Beck Praha, 5. vydání, 1999, s. 149–151; 6. vydání 2001, s. 220–222; 7. vydání 2002, s. 168–170.

[5] K tomu též KOLMAN, P.: Mandátní smlouva versus smlouva příkazní, Právo a podnikání 7–8/2002, s. 21–22 PELIKÁNOVÁ, I. a kol.: Obchodní právo, 2. díl, 2. přepracované vydání, CODEX Bohemia, Praha 1998, 299–305.

právních řádech kontinentální Evropy. Byla obsažena také ve zrušeném zákoníku mezinárodního obchodu, na který zcela zřetelně navazuje.[6]

Smlouva komisionářská musí obsahovat podstatné části, které jsou uvedeny v základním ustanovení tohoto smluvního typu. Podle základního ustanovení se smlouvou komisionářskou zavazuje komisionář, že zařídí vlastním jménem pro komitenta na jeho účet určitou obchodní záležitost, a komitent se zavazuje zaplatit mu úplatu. Rozdíl mezi komisionářskou a mandátní smlouvou spočívá zejména v tom, že komisionář jedná vlastním jménem. (I když to není uvedeno výslovně, má komisionář – obdobně jako mandatář – jednat vždy v zájmu komitenta). Svými podstatnými částmi se ovšem neodlišuje komisionářská smlouva jen od mandátní smlouvy, ale odlišuje se i od jiných smluv, se kterými může mít některé shodné znaky. Připomenout je vhodné zejména odlišnost komisionářské smlouvy od smlouvy zprostředkovatelské, smlouvy o obchodním zastoupení i od tzv. smlouvy dealerské.[7]

Podstatnými částmi komisionářských smluv jsou – kromě přesného označení smluvních stran a přesného určení zařizované záležitosti – závazek komisionáře zařídit vlastním jménem pro komitenta a na jeho účet obchodní záležitost a dále závazek komitenta k úplatě.

Komisionář je povinen při zařizování záležitosti jednat s potřebnou odbornou péčí podle pokynů komitenta. Od pokynů komitenta se může komisionář odchýlit, jen když je to v zájmu komitenta a nemůže-li si vyžádat jeho včasný souhlas. Při porušení této povinnosti nemusí komitent uznat jednání za uskutečněné na svůj účet, jestliže účinnost jednání pro sebe odmítl bez zbytečného odkladu poté, co se o obsahu jednání dověděl. Lze jen doporučit, aby pokyny a podmínky zařizování určité obchodní záležitosti byly pokud možno co nejpřesněji vymezeny ve smlouvě. Situace, kdy se komisionář bude potřebovat od vymezení ve smlouvě odchýlit v zákonem vymezeném rozsahu, nelze však zcela vyloučit.

Komisionář je povinen chránit jemu známé zájmy komitenta související se zařizováním záležitosti a oznámit mu všechny okolnosti, jež mohou mít vliv na změnu komitentových příkazů. Kromě ochrany zájmů komitenta je komisionáři uložena oznamovací povinnost. Protože je komisionář povinen chránit jemu známé zájmy a nikoli zájmy, které mají být známy, lze doporučit komitentům, aby své zvláštní zájmy komisionáři sdělili, a to nejlépe ve smlouvě.

Pojištění je komisionář povinen obstarat, jen když to stanoví smlouva nebo když dostal k tomu příkaz od komitenta, a to na účet komitenta.

Zprávy o zařizování záležitosti je komisionář povinen podávat způsobem stanoveným ve smlouvě, jinak na výzvu komitenta.

Pokud to není ve smlouvě vyloučeno, je komisionář povinen použít ke splnění smlouvy jiné osoby, jestliže nemůže svůj závazek splnit sám. (Ani komisionářská smlouva – stejně jako smlouva mandátní – nemá ze zákona výlučně osobní charakter.) Komisionář je tedy povinen plnit závazek sám, a teprve pokud jej sám nemůže splnit, je povinen použít jiné osoby. Zákonná formulace přitom nestanoví jen možnost komisionáře použít jiné osoby, ale určuje to přímo jako povinnost. Při použití jiné osoby ke splnění závazku (§ 580 obchodního zákoníku) odpovídá komisionář, jako by záležitost obstaral sám (srovnej jiné řešení § 573 obchodního zákoníku pro mandátní smlouvy).

Z jednání komisionáře nevznikají komitentu ve vztahu k třetím osobám ani práva ani povinnosti. Komisionář sice jedná na účet komitenta, ale jedná vlastním jménem. Komitent však může přímo na třetí osobě požadovat vydání věci nebo splnění závazku, které pro něho opatřil komisionář, jestliže tak nemůže učinit komisionář pro okolnosti, které se týkají jeho osoby. Toto oprávnění komitenta je vlastně vyjádřením skutečnosti, že se jedná pro komitenta a na účet komitenta. Toto zvláštní právo komitenta se však uplatní jen tehdy, jestliže tak nemůže učinit komisionář z uvedeného důvodu.

Podle dalšího ustanovení obchodního zákoníku může komitent požadovat na komisionáři splnění závazku třetí osoby, aniž tato splnila svůj závazek vůči komisionáři, jen pokud komisionář takový závazek písemně převzal nebo jestliže porušil příkazy komitenta týkající se osoby, s níž měla být smlouva na účet komitenta uzavřena. V takovém případě platí přiměřeně ustanovení o ručení. Závazek ručení, pokud je sjednán, se označuje jako „delkredere".

K movitým věcem svěřeným komisionáři k prodeji má komitent vlastnické právo, dokud je nenabude třetí osoba. Vlastnické právo k movitým věcem získaným pro komitenta nabývá komitent již jejich předáním komisionáři. V souladu s charakterem smlouvy tedy komisionář k těmto věcem vlastnického práva vůbec nenabývá. Za škody na těchto věcech odpovídá komisionář podle ustanovení obchodního zákoníku o smlouvě o skladování.[8]

Po zařízení záležitosti je komisionář povinen o výsledku podat komitentovi zprávu a provést vyúčtování. Ve zprávě komisionář označí osobu, se kterou smlouvu uzavřel. Jestliže tak neučiní, je komitent oprávněn vymáhat vůči komisionáři nárok na plnění závazku z této smlouvy (§ 584 obchodního zákoníku).

[6] Viz literaturu v pozn. 1, 5. vydání 1998, s. 904; 6. vydání 2001, s. 1418; 7. vydání 2002, s. 1121.

[7] Knapp, V., Kanda, A. a kol.: Aktuální vzorové smlouvy pro obchodní styk, Verlag Dashöfer, Praha, 1993 (příručka, která je formou vkládaných listů stále aktualizovaná).

[8] Ke smlouvě o skladování viz mj. Eliáš, K.: Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, Cenné papíry, 2. – doplněné a rozšířené vydání, C. H. Beck, Praha, 1999, s. 305–310.

Komisionář je dále povinen bez zbytečného odkladu převést na komitenta práva získaná při zařizování záležitosti a vydat mu vše, co přitom získal, a komitent je povinen je převzít (§ 585 obchodního zákoníku).

Jestliže osoba, se kterou komisionář uzavřel smlouvu při zařizování záležitosti, poruší své závazky, je komisionář povinen na účet komitenta splnění těchto závazků vymáhat, nebo jestliže s tím komitent souhlasí, postoupit mu pohledávky odpovídající těmto závazkům (§ 586 obchodního zákoníku). Při neplnění třetí osoby je tedy vymáhání splnění závazků povinností komisionáře. Může však požádat komitenta, aby pohledávky převzal, a ten tak může učinit. Může se totiž např. stát, že třetí osoba, která neplní komisionáři své závazky včas a řádně, má jiné vztahy s komitentem a přímé vymáhání komitentem se může jevit pružnější. Postoupení pohledávek je přitom obecně upraveno v ustanovení § 524–530 občanského zákoníku.

Nebyla-li výše úplaty sjednána, přísluší komisionáři úplata přiměřená uskutečněné činnosti a dosaženému výsledku s přihlédnutím k úplatě obvykle poskytované za obdobnou činnost v době uzavření smlouvy.

Na rozdíl od mandátní smlouvy – „smlouvy o vynaložení úsilí", je komisionářská smlouva „smlouvou o výsledku". Komisionáři vzniká podle zákona nárok na úplatu, jakmile splní povinnosti stanovené v § 584 až 586 obchodního zákoníku. Sjednání úplaty bude obvyklé, není však povinným obsahem smlouvy. Vzhledem k dispozitivnosti úpravy nebude neobvyklé i dohodnutí záloh a postupné úplaty. Pokud výše úplaty sjednána není, je opět (jako u jiných smluv) jisté nebezpečí pohybu cenových hladin v době mezi uzavřením smlouvy a právem na úplatu ze zákona.

Zároveň s úplatou je komitent povinen uhradit komisionáři náklady, které komisionář nutně nebo užitečně vynaložil při plnění svého závazku. V pochybnostech se má podle § 588 obchodního zákoníku za to, že v úplatě je obsažena i náhrada nákladů (srovnej jiné řešení § 572 obchodního zákoníku u mandátní smlouvy).

Pro komisionářskou smlouvu platí obdobně ustanovení § 574 a § 575 obchodního zákoníku. Obdobně jako u mandátní smlouvy je tedy u komisionářské smlouvy upravena výpověď komisionáře a komitenta. Je-li předmětem závazku komisionáře trvalá činnost, použije se na vztah mezi komitentem a komisionářem přiměřeně též ustanovení upravující smlouvu o obchodním zastoupení. Na rozdíl od obdobné úpravy výpovědi jako u smlouvy mandátní je použití smlouvy o obchodním zastoupení u trvalé činnosti jen přiměřené. Můžeme opět označit za vhodné, aby i v těchto případech byla podrobnější ujednání v dané smlouvě.

Při závěrečných úvahách o možnosti změny právní úpravy se nabízí několik námětů. Pokud by byly oba smluvní typy (mandátní i komisionářský) zachovány, bylo by možno obdobnou úpravu v nich tzv. stanovit před závorku a vytvořit jim společnou část. Tím by došlo ke zkrácení právního textu i k jeho lepší přehlednosti.

De lege ferenda by však mohlo dojít k redukci obdobných smluvních typů v občanském zákoníku a obchodním zákoníku.[9]

Protože se mandátní smlouvy využívá velmi široce k zařízení nejrůznějších činností, je možno současně zvážit, zda eventuálně pro některé tyto činnosti neotevřít dnešní právní rámec smlouvy o dílo, příp. či nekoncipovat smluvní typ k provedení činností (prací) obecně.

V praxi pak pro případy, které odpovídají základnímu ustanovení smlouvy o kontrolní činnosti, je po našem soudu vhodnější uzavírat tuto smlouvu než danou činnost řešit uzavřením smlouvy mandátní.

[9] Viz též PELIKÁNOVÁ, I. a kol.: Obchodní právo, II. díl, CODEX Praha 1993, s. 203 a násl.; 2. přepracované vydání 1998, s. 299.

Nad autonomií vůle a jejími limity ve vztazích osob žijících more uxorio ve světle českého a italského právního řádu

Zdeňka Králíčková*

1. ÚVODNÍ POZNÁMKY

Rodina je považována za tradiční přirozené prostředí pro utváření a reprodukci sociálních vztahů, za zprostředkující článek mezi společenskými a individuálními zájmy. Všeobecně je zastáván názor, že rodina představuje nezastupitelnou, i když proměnlivou instituci, která plní ve společnosti významné funkce. Rodina je produktem společnosti, adaptuje se na společenské změny, ale současně spoluvytváří, stimuluje, komplikuje, či brzdí jejich rozvoj. Lze souhlasit s názorem, že všechny zásadní problémy rodiny se promítají do celospolečenských souvislostí a zároveň celospolečenské problémy se přímo či nepřímo dotýkají rodiny.[1] Rodinu je možné definovat různě. Sociologové považují za rodinu nejčastěji skupinu jedinců spojených pokrevními svazky, manželstvím nebo adopcí, která vytváří ekonomickou jednotku a její dospělí členové zodpovídají za výchovu dětí.[2] Ve všech známých společnostech existuje nějaká forma rodiny, ale charakter rodinných vztahů je velmi variabilní. Spektrum modelů se otvírá od tradičních forem rodiny rozšířené ke tradiční rodině nukleární *(Grundmuster)*, kdy muž je živitelem a žena v domácnosti, k rodině dvou příjmové, dvou kariérové, plánovaně bezdětné[3] až po alternativy k rodině založené manželstvím,[4] tedy k dlouhodobému soužití osob odlišného nebo stejného pohlaví, ke komunám *(kibucy)*, kohabitacím apod.[5]

Na stránkách odborné i popularizující literatury se často objevují skeptické názory hovořící o *„krizi"* rodiny. Tyto názory však spojují rodinu s manželstvím. Nicméně, je třeba říci, že moderní, pluralistická a tolerantní společnost by měla jako výraz respektu k *individuu*, k alternativám a k odlišnému životnímu stylu brát v úvahu i jiné formy soužití a neklást bariéry pokusům o jejich etablování, eventuelně o jejich *institucionalizaci*.[6] Byl-li moralizující *paternalitní* stát nahrazen státem právním, který si váží člověka, jeho svobody a jejích projevů směřujících k dosažení cíle bytí svého ducha,[7] k uspokojení vlastních zájmů, potřeb a představ a tak vlastně k uspokojení zájmu celospolečenského, je nutné i na poli rodinného práva hledat cesty jak skloubit svobodu lidského jedince s tzv. vyšším zájmem společnosti na vytvoření (a udržení) takové rodiny, která bude citovým, morálním, a ekonomickým zázemím pro všechny své členy. Tuto rodinu pak bude možné chápat jako soužití dvou nebo více osob, které sdílejí zdroje, odpovědnost za rozhodování, hodnoty a cíle, a mají k sobě dlouhodobé závazky, aniž bychom připodobňovali funkci těchto svazků funkcím tradiční rodiny založené na manželství.[8]

V literatuře se lze setkat i s populární tezí, že stát by neměl usilovat o definici „rodiny" a „manželství" a tím způsobit restrikci vztahů, ale jako „manželství" a „rodina" akceptovat jakýkoli vztah, který si příslušné strany přejí označovat jako „manželství" nebo „rodina".[9] Podstatou tohoto pojetí je myšlenka, že princip rovnosti a soukromí vyžadují, aby stát pohlížel na veškeré vztahy shodně a nepřisuzoval žádné zvláštní preference manželství, ani ve vztahu k nemanželskému soužití.[10] Lze mít za to, že tyto liberální názory neberou v úvahu manželství jako *status*, se kterým prá-

* JUDr. Zdeňka Králíčková, Ph.D., Katedra občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

[1] K tomu srov. HRUŠÁKOVÁ, M. A KOL.: Rodinné právo. Brno, Masarykova Univerzita a Doplněk, 1993, str. 3.

[2] Viz dílo GIDDENS, A.: Sociologie. Argo, 1999, str. 552.

[3] Srov. MOŽNÝ, I.: Sociologie rodiny. Praha, SLON, 1999, str. 167 a násl., včetně statistických údajů.

[4] V literatuře se hovoří o variacích na *Grundmuster* rodinného života. Viz RESCIGNO, P.: Interessi e conflitti nella famiglia: l'instituto della „mediazione familiare". Giur. It., 1995, V, str. 76.

[5] Viz stať „Alternativy k manželství a rodině" in: GIDDENS, A.: Sociologie. op. cit., str. 178–180.

[6] K této problematice viz HADERKA, J.: Několik poznámek k nedávnému pokusu o právní institucionalizaci homosexuálního soužití. Správní právo, 1998, č. 6.

[7] Srov. TELEC, I.: Právní principy a některé jiné věci. Právník, 2002, č. 6, str. 624. Viz také studii KNAPP, V.: Člověk, občan, právo. Právník, 1992, č. 1, str. 1 a násl.

[8] Citováno dle díla WARDLE, L. D.: Vztahy rodiny a státu. Sborník z konference ISFL. In Právní praxe, 1999, č. 2–3, str. 103, pozn. č. 4 pod čarou.

[9] Tak HAFEN, BRUCE C.: The Constitutional Status of Marriage, Kinship and Sexual Privacy – Balancing the Individual and Social Interests. Mich. L. Rev., 1983, str. 463–4, cit. dle díla WARDLE, L. D.: Vztahy rodiny a státu. op. cit., str. 103, pozn. č. 4 pod čarou.

[10] Viz WARDLE, L. D.: Vztahy rodiny a státu. op. cit., str. 103 a pozn. č. 5 pod čarou.

vo spojuje jak ve sféře soukromé, tak veřejné mnoho právních následků. Je třeba se ptát, zda tento právem vytvořený a chráněný *status* je nutnost nebo přežitek. Pokud není rozdílu mezi dětmi zrozenými v manželství a mimo tento svazek, pak nelze tyto liberální názory paušálně zavrhovat, nýbrž je nutné se spíše zamyslet nad jejich pozadím a nad skutečností, že počet osob odmítajících manželský *status* stále vzrůstá.[11] Zvyšuje se také počet dětí narozených mimo manželství,[12] což nesouvisí jen s nárůstem počtu osob žijících *more uxorio*, ale i s fenoménem zvaným *single style* (bez stálého partnera), který je někdy volbou, jindy osudem svobodných matek. Na druhou stranu je ale třeba říci, že manželství nepředstavuje jen *status*, ale především práva a povinnosti s ním spojená. Jestliže tedy určité osoby odmítají povinnosti, neměly by být vyslyšeny jejich hlasy volající po právech, neboť tak by se založila nerovnost mezi páry respektujícími manželské povinnosti a těmi ostatními. Dále je nutné mít na paměti skutečnost, že osoby různého pohlaví mají právo volby: *status* spojený s právy a povinnostmi nebo volný svazek, avšak osobám stejného pohlaví zásadně tato volba není právem umožněna.

Co se rozumí termínem osoby žijící *more uxorio*? Tradičně jsou takto označovány osoby, které spolu žijí bez uzavření manželství a jsou odlišného pohlaví,[13] pokud jejich svazek vykazuje známku jisté *stability*. Faktické soužití muže a ženy bez uzavření manželství pak bývá obecně i v odborné literatuře nazýváno nesezdaným soužitím, soužitím druha a družky, partnerským soužitím, faktickým manželstvím, manželstvím na zkoušku, konkubinátem. V literatuře[14] se lze setkat s klasifikací nesezdaného soužití na soužití nucené *(forzoso)*, kdy je jeden z partnerů např. právně vázán v manželském svazku a nové manželství tak uzavřít nemůže, soužití dočasné *(provvisorio)*, tzv. na zkoušku, kdy se očekává a předpokládá uzavření manželství, a soužití spekulativní, vykalkulované *(calcolato)*, kdy jeden z partnerů nebo i oba dva o manželství neuvažují.[15] Je však třeba říci, že ačkoli rodinněprávní, demografická, sociologická (a také feministická) literatura těmto svazkům věnuje velkou pozornost,[16] právní řády pouze několika málo zemí zohledňují tyto nové, alternativní formy rodinného soužití a těmto svazkům, pokud vykazují určitou *stabilitu*, přiznávají určitá práva (ale i povinnosti) a někdy také umožňují jejich *institucionalizaci* v podobě registrování[17] a s tím spojený *status* s poměrně rozsáhlým katalogem práv a povin-

[11] S termínem faktické soužití je možné se setkat ve Statistické ročence České republiky z roku 1993, kde byly zveřejněny údaje týkající se společně bydlících osob, které manželství neuzavřely, avšak žily ve svazku obdobném manželství. Tabulka uvedená na str. 424 statistické ročenky nesoucí název „faktická manželství" prezentuje údaj, že k 3. 3. 1991 žilo ve faktickém manželství v tehdejší ČSFR celkem 105.798 lidí, z toho v ČR 84.934 lidí.
Nárůst faktických svazků je však jevem celosvětovým: tradičním ve skandinávských zemích, novým např. ve Spojených státech amerických, svázaných katolickou morálkou, kde za posledních 30 let počet osob žijících *more uxorio* rapidně vzrostl. V roce 1970 se jednalo přibližně o 523 000 párů, v roce 1995 pak asi o 3 668 000 párů. K tomu srov. Statistical Abstract of the United States z roku 1996, in GORDON, C. K.: The necessity and enforcement of cohabitation agreements: when strings will attach and how to prevent them – a state survey. Brandeis L. J., 1998, č. 2, str. 245.

[12] Z tabulky umístěné níže vyplývá, že počet dětí narozených mimo manželství neustále v České republice stoupá, ačkoli natalita celkově klesá. Viz Statistická ročenka 2000, Praha, Český statistický úřad, 2000, str. 114.

Narození	1990	1995	1996	1997	1998	1999
V manželství	119 841	81 384	75 396	74 736	73 545	71 242
Mimo manželství	11 253	15 013	15 367	16 194	17 284	18 532

[13] K tomu srov. DEL GIUDICE, F. (a cura di): Nuovo dizionario giuridico. VI. vyd., Napoli, Edizione Simone, 2001, výklad k termínu „Famiglia di fatto", str. 598–599.

[14] K tomu viz RESCIGNO, P.: Interessi e conflitti nella famiglia: l'instituto della „mediazione familiare". Giur. it., 1995, IV, str. 77.

[15] V české společnosti je nesezdané soužití generací mladých lidí zpravidla považováno za tzv. předstupeň manželství. V populaci starších lidí, většinou ovdovělých či rozvedených, je nesezdané soužití řešením, které zohledňuje plně potřeby těchto osob, realitu vdovských důchodů a bytů ve výlučném nájmu apod. Lze mít za to, že neexistence právní úpravy předmanželských smluv v tradičním slova smyslu a smluv upravujících i otázky pro případ další případné *krize* nového vztahu „brání" těmto osobám jejich svazek *instituzionalizovat*. Je ovšem nutné říci, že i v české populaci se vyskytuje poměrně vysoký počet takových osob žijících *more uxorio*, které jsou vázány v manželství, ačkoli rozvod podle právního řádu České republiky není zásadně problém. Těmto osobám „brání" v rozvodu a uzavření nového manželství většinou značný majetek ve společném jmění manželů, společný majetek sloužící podnikání apod.

[16] Z novějších prací srov. dílo HAMPLOVÁ, D.: Marriage and Cohabitation: Qualitative Differences in Partnership Arrangements. Sociologický časopis, 2002, vol. 38, č. 6, str. 771–788.

[17] Registraci jak heterosexuálních, tak homosexuálních svazků umožňují právní řády Nizozemí (1998), Španělska (1998), Belgie (1998) a Francie (1999).
Pokud jde o holandskou právní úpravu, srov. BARALDI, M. B.: Società pluraliste e modelli familiari: Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Olanda. Familia, 2001, č. 2, str. 419 a násl.
Nové španělské právní úpravě regulující *„Contrato de Unión Civil"* je věnována studie CASALS MARTIN M.: Grundzüge der vormögensrechtlichen Situation von Ehegatten und nichtehelichen Lebensgemeinschaften im spanischen und katalanischen Recht, in HENRICH, D., SCHWAB, D. (Hrsg).: Eheliche Gemeinschaft, Partnershaft und Vermögen in europäischen Vergleich. Bielefeld, Gieseking Verlag, 1999, str. 283 a násl.
K nové francouzské právní úpravě, zařazené do části věnované manželství v *Code Civil* jako *„Du Pacte Civil de Solidarité et du Concubinage (PACS)"*, Art. 515–8, v podrobnostech STEINER, E.: The spirit of the French registered partnership law – promotin

ností. Nabízí se otázka, zda je na místě právní úprava těchto „manželství nižšího stupně". V literatuře se lze setkat s názorem, že by osoby různého pohlaví byly diskriminovány proti osobám stejného pohlaví.[18] Nesmí se však zapomínat na fakt, že tyto osoby stejného pohlaví manželství uzavřít nemohou, neboť tradičně je manželství v právních úpravách charakterizováno právě odlišností pohlaví. Tím, že společnost a právo odmítá „manželství osob téhož pohlaví", tím, že tyto osoby nemají právo volby, je odůvodněna *institucionalizace* těchto svazků v podobě registrovaného partnerství.[19] Je třeba dodat, že francouzský zákonodárce při úpravě nových forem soužití v občanském zákoníku vzal v úvahu *autonomii a pluralismus* a zvolil tzv. *gender-neutral definition* osob žijících *de facto* a tím se vyhnul vymezení toho, zda za osoby žijící *more uxorio* je třeba považovat osoby různého nebo stejného pohlaví. Zaměřením se na lidská práva a rovnost tak vyloučil jakoukoli diskriminaci.[20]

Ani právní řád České republiky, ani právní řád Italské republiky, neupravují tzv. „manželství nižšího stupně" mezi osobami různého pohlaví ani registrované partnerství osob stejného pohlaví. V právních řádech tedy není zakotven *status* těchto osob a není ani vytvořen ucelený katalog práv a povinností. Je a v blízké budoucnosti tedy bude především na osobách žijících v těchto neformálních svazcích, aby si vzájemná práva a povinnosti upravili smluvně. Právní řády obou zemí respektují *autonomii vůle* člověka a poskytují prostor jeho smluvním projevům v podobě *inominátních* smluv.

Nicméně, v České republice je otázka právního postavení osob téhož pohlaví, jejich práv a povinností, živě diskutována, zejména v souvislosti s reformou českého rodinného práva a s *rekodifikací* občanského zákoníku. Problematika „registrovaného partnerství osob téhož pohlaví" by měla být zařazena do části druhé nového civilního kodexu, společně s úpravou rodiny a manželství,[21] s odůvodněním, že tato „charta soukromého práva" by měla upravovat všechny *statusové* otázky. S tím nelze než souhlasit. Pokud jde o osoby různého pohlaví, laická i odborná veřejnost i zákonodárce jsou, zdá se za jedno v tom, že tyto osoby mají právo volby uzavřít manželství, a proto není třeba jim nabízet volbu registrace.

V Itálii je díly síle tradic a vlivu katolické církve specifická situace. Lze říci, že první kroky na cestě ke zrovnoprávnění osob různého pohlaví žijících v nesezdaném soužití s manžely byly učiněny v souvislosti s *dekriminalizací* konkubinátu.[22] Otázka postavení osob stejného pohlaví, jejich práv a povinností, je diskutována, avšak nic nenasvědčuje tomu, že by v blízké době došlo k *institucionalizaci* této formy soužití, ačkoli levice italského politického spektra po tomto kroku hlasitě volá.[23]

2. VYBRANÉ ASPEKTY PRÁVNÍ REFLEXE VZTAHU MORE UXORIO

Nesezdanému soužití, právům a povinnostem druha a družky, ochraně jejich svazku, je věnována pozornost především v normách mezinárodního práva veřejného. Jedná se zejména o Evropskou úmluvu o ochraně lidských práv a základních svobod, ve znění protokolů číslo 3, 5, 8 a 11, hlavně o článek 8, ve kterém je zakotveno právo na respektování soukromého a rodinného života.[24] Je nutné říci, že štrasburská judikatura v této věci dovodila, že právo na respektování soukromého a rodinného života je nutné garantovat i rodině nezaložené manželstvím. Tedy i svazek muže a ženy, kteří neuzavřeli manželství, je třeba považovat za základ rodiny a obdobně jako rodinu jej chránit.[25] Také je nutné zmínit aktivity Rady Evropy,[26] zejména přijetí Doporučení výboru ministrů Rady Evropy členským státům o platnosti smluv mezi osobami žijícími spolu jako nesezdané dvojice a jejich závětních dispozic.[27] Lze dodat, že kroky na mezinárodním poli značně ovlivnily

autonomy and pluralism or weaking marriage? Child Fam. L. Q. 2000, č. 1, str. 1 a násl. a FERRAND, F.: Das französische Gesetz über den pacte civil de solidarité. FamRZ, 2000, str. 417 a násl.

[18] K tomu STEINER, E.: The spirit of the French registered partnership law – promotin autonomy and pluralism or weaking marriage? Child Fam. L. Q., 2000, č. 1, str. 1 a násl.

[19] Registraci homosexuálních svazků upravují zákony Dánska (1989), Norska (1993), Švédska (1994) a Islandu (1996).

[20] Viz STEINER, E.: The spirit of the French registered partnership law – promotin autonomy and pluralism or weaking marriage? op. cit., str. 3.

[21] K tomu viz ELIÁŠ, K.: Koncepce nového občanského zákoníku. Právní rádce, 2001, č. 8, str. 14, bod nazvaný „Rodinné právo".

[22] Je třeba říci, že italský trestní zákoník považoval konkubinát za trestný čin ve specifickém případě, tedy tehdy, když si manžel vydržoval konkubínu v rodinném bytě nebo i jinde. Ustanovení Art. 560 bylo zrušeno rozhodnutím Ústavního soudu Italské republiky č. 147 ze dne 3. 12. 1969.

[23] Tak RESCIGNO, P.: Interessi e conflitti nella famiglia: l'instituto della „mediazione familiare". op. cit., str. 76.

[24] Tato úmluva byla přijata dne 4. listopadu 1950 v Římě. V Itálii pak vstoupila v platnost dne 3. září 1953, v České republice až v roce 1992 (srov. vyhlášku č. 209/1992 Sb.).

[25] K porušení čl. 8 Evropské úmluvy lidských práv, garantujícího ochranu rodinnému životu, viz případ Keegan, J.– Irsko ze dne 26. 5. 1994. K tomu srov. HADERKA, J.: Případ Keegan versus Irsko. Právní rozhledy, 1995, č. 8, str. 311–313.

[26] K tomu srov. HADERKA, J.: Dopad norem Rady Evropy na moderní rodinné právo. Právní praxe, 1994, č. 9.

[27] Jedná se o Doporučení Výboru Ministrů Rady Evropy (88)3 o platnosti smluv mezi osobami žijícími spolu jako nesezdané dvojice a jejich závětních dispozic.

a ovlivňují jak vnitrostátní právo České republiky, tak pozvolna i legislativu Italské republiky.

Ústava České republiky jako zákon nejvyšší právní síly garantuje ochranu rodiny jako takové (čl. 32), aniž se zmiňuje o manželství. Lze se tedy domnívat, že ochrana je zaručena i rodině založené fakticky.

Zákon o rodině jako základní pramen práva rodinného se o nesezdaném soužití výslovně nezmiňuje. Neupravuje *status* druha a družky, katalog jejich vzájemných práv a povinností. Nelze však říci, že zákon o rodině s tímto faktickým svazkem nepočítá. Jakmile se totiž v nesezdaném soužití narodí dítě, s ohledem na vůdčí zásadu rodinného práva – blaho a nejlepší zájem dítěte – reguluje zákon o rodině vztah mezi jeho otcem a jeho matkou prostřednictvím vztahu ke společnému dítěti. Je tedy možné konstatovat, že ačkoli zákon o rodině preferuje rodinu založenou manželstvím, nečiní rozdíly mezi dětmi narozenými v manželství a dětmi narozenými ve svazku nesezdaného soužití a právní vztah rodičovství váže nikoli na existenci manželství, ale na fakt narození dítěte (srov. § 50a, §§ 51 a násl. ZOR).[28] Rodiče dítěte tedy mají k dítěti zásadně stejná práva, ať jsou manželé či nikoli. Zde je pouze velmi významné, zda spolu s dítětem žijí ve společné domácnosti či ne (srov. § 31 ZOR upravující rodičovskou zodpovědnost, právo dítě vychovávat, zastupovat, spravovat jeho jmění, právo na styk v případě odloučení od dítěte apod.). Také děti mají vůči svým rodičům rovná práva a povinnosti, ať již se narodily v manželství nebo ve faktickém svazku, a to v osobní i majetkové sféře, včetně dědických práv. V zákoně o rodině jsou dále upravena speciálně některá práva neprovdané matky vůči otci jejího dítěte, neboť by nebylo spravedlivé, aby náklady svého těhotenství, porodu a také výživy nesla sama (srov. § 95 ZOR).

Základní pramen občanského práva a práva soukromého, občanský zákoník *expressis verbis* o nesezdaném soužití nehovoří a pojmy druh a družka nezná. Pro nesezdané soužití však mohou být velmi významné termíny domácnost (§ 115 OZ), osoby blízké (§ 116 OZ) a tzv. osoby spolužijící (§ 474 odst. 1 OZ, § 475 odst. 1 OZ, § 706 odst. 1 OZ). Domácnost tak podle legální definice obsažené v občanském zákoníku představují nejméně dvě fyzické osoby, které spolu trvale žijí a společně uhrazují své potřeby. Za osoby blízké jsou považovány příbuzní v řadě přímé, sourozenci a manžel. Jiné osoby se považují za osoby blízké tehdy, jsou-li v poměru rodinném nebo obdobném a jestliže by újmu, kterou utrpěla jedna z nich, druhá důvodně pociťovala jako újmu vlastní. Termín tzv. osoba spolužijící je možné považovat za obecně užívanou legislativní „zkratku" zejména v dědickém a závazkovém právu. Spolužijící osobou je v dědickém právu osoba, která žila se zůstavitelem nejméně po dobu jednoho roku před jeho smrtí ve společné domácnosti a z tohoto důvodu pečovala o společnou domácnost nebo byla odkázána výživou na zůstavitele (§ 474 odst. 1 OZ, § 475 odst. 1 OZ).[29] Ze sféry závazkového práva stojí za zmínku tzv. legální přechod obecného nájmu bytu. Na tzv. spolužijící osobu totiž může přejít nájem bytu tehdy, jestliže tato osoba prokáže, že pečovala o společnou domácnost zemřelého nájemce nebo na něho byla odkázána výživou, a to pouze tehdy, trvalo-li společné soužití alespoň tři roky před smrtí[30] nájemce a nemá-li tzv. spolužijící osoba vlastní byt (§ 706 odst. 1 OZ).

Ačkoli tedy právní řád České republiky výslovně a komplexně neupravuje problematiku nesezdaného soužití a soužití osob téhož pohlaví, nelze říci, že by na vývoj ve společnosti nereagoval vůbec. Důsledky reakce zákonodárce na faktický nárůst počtu osob žijících v nesezdaném soužití jsou zvláště patrné při studiu pramenů práva sociálního zabezpečení, kde je terminologie druh a družka používána.[31] Také v oblasti trestního práva není faktické nesezdané soužití opomíjeno.[32]

---

[28] K odstranění diskriminace mezi dětmi narozenými v manželství a mimo manželství byla přijata členskými státy Rady Evropy v roce 1975 Evropská úmluva o právním postavení dětí narozených mimo manželství. Česká republika při podpisu této úmluvy v roce 2000 oznámila, že česká právní úprava je v plném souladu s uvedenou úmluvou (vyhlášena pod č. 47/2001 Sb. m. s). Za účelem prohloubení ochrany práv dětí přistoupila Česká republika v nedávné době dále k Evropské úmluvě o výkonu práv dětí (vyhlášena pod č. 54/2001 Sb. m.s.) a k Evropské úmluvě o uznávání a výkonu rozhodnutí o výchově dětí a obnovení výchovy dětí (vyhlášena pod č. 66/2000 Sb. m.s.).

[29] Druh nebo družka mohou být pokládány za tzv. spolužijící osoby a mohou po sobě navzájem dědit ve druhé nebo třetí dědické skupině. Nedědí-li tedy zůstavitelovi potomci, dědí ve druhé dědické skupině manžel (nejméně jednu polovinu), zůstavitelovi rodiče a tzv. osoba spolužijící (stejný díl). Pokud by zůstavitel neměl manželku a rodiče nebo by nedědili, mohla by družka dědit po zůstaviteli ve třetí dědické skupině, avšak společně se sourozenci svého druha (stejným dílem). Postavení tzv. spolužijící osoby v rámci zákonných dědických skupin není příliš výhodné, neboť před nimi mají přednost potomci, je nutné se zpravidla dělit s manželkou, rodiči, sourozenci, a v neposlední řadě je také třeba, aby ke dni úmrtí existovala společná domácnost a byly prokázány další skutečnosti.

[30] Podobný efekt má i trvalé opuštění společné domácnosti.

[31] Ve sféře práva sociálního zabezpečení se jedná např. o zákon o státní sociální podpoře (zákon č.117/1995 Sb. ve znění změn a doplňků), dále zejména o zákon o životním minimu (z.č. 463/1991 Sb.), zákon o zaměstnanosti (zákon č. 1/1991 Sb.), zákon o sociálním zabezpečení (zákon č. 100/1988 Sb.) atd. V podrobnostech srov. GREGOROVÁ, Z., KRÁLÍČKOVÁ, Z.: Nesezdané soužití v právním řádu České republiky. Právní rozhledy, 1998, č. 5, str. 212 a násl.

[32] Stojí za zmínku, že v trestním právu jsou garantována práva obviněného na obhajobu mimo jiné také zakotvením práv tzv. osob se samostatnými obhajovacími právy. Mezi tyto osoby řadí trestní řád (z.č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním /trestní řád/) výslovně také druha. Dále se s termínem druh v trestním řádu setkáme zejména v souvislosti s právní úpravou dokazování v trestním řízení. Druh má výslovně garantováno právo odepřít výpověď jako svědek za splnění určitých zákonných předpokladů (§ 100 trestního řádu). V neposlední řadě je nutné také zmínit trestní stíhání pro trestný čin znásilnění. Podle příslušných ustanovení

Pokud jde o italský právní řád, především je nutné říci, že Ústava Italské republiky považuje za rodinu pouze svazek založený manželstvím a pouze tomuto poskytuje ochranu (srov. čl. 29 odst. 1). Je však třeba dodat, že ačkoli Ústava Italské republiky s nesezdaným soužitím výslovně nepočítá, tento vztah nezakazuje a nekriminalizuje jako vztah v rozporu s dobrými mravy, jako *„concubinato"*, tak jak tomu bylo dříve.[33] V doktríně bylo dokonce uvedeno, že dikci italské ústavy nelze interpretovat jako nezájem a zanedbání *(desinteresse e negligenza)* fenoménu nesezdaného soužití, neboť soužití realizované jako *ménage di fatto* představuje v podstatě to stejné co soužití založené manželstvím, pokud jde o věrnost, vzájemnou pomoc, solidaritu, výchovu a výživu společných dětí apod.[34] Obecně jsou práva a povinnosti vyplývající ze vztahů mezi osobami žijícími *more uxorio* italskou jurisprudencí považovány za naturální závazky *(obbligazioni naturali)*, které nejsou soudně vynutitelné.[35] Jelikož vztah druha a družky nabývá i v italské společnosti na četnosti, byl několikrát posuzován také Ústavním soudem Italské republiky.[36]

Jde-li o právní úpravu postavení osob žijících *more uxorio de lege ferenda*, v literatuře byly vysloveny mnohé protichůdné, extrémní názory. Na jedné straně bylo konstatováno, že je třeba ponechat tuto problematiku vně právního řádu, neboť osoby spolužijící odmítají být podřízeny jeho pravidlům. Na druhém pólu stály liberální názory, jejichž podstatou byla myšlenka, že je třeba normy chránící rodinu založenou manželstvím *analogicky* aplikovat i na nesezdané soužití. Poměrně vyvážené názory volaly po řešení, aby stát reguloval alespoň některé aspekty faktické rodiny *(famiglia di fatto, unione libera)*, především za účelem ochrany základních práv a potřeb člověka.[37] Pokud jde o postoj italského zákonodárce k problematice alternativních forem soužití, byl v literatuře charakterizován jako reflexe, očekávání až zmatenost kroky zákonodárců jiných zemí, ve kterých dochází dokonce k zakotvení práv osob téhož pohlaví.[38]

Co se týká postavení osob žijících *more uxorio* jako rodičů a jejich dětí, je třeba zdůraznit, že ke zrovnoprávnění dětí narozených mimo manželství s dětmi narozenými ve svazku manželském jak v rovině rodičovské zodpovědnosti *(potestà dei genitori)*, tak v oblasti výživného a dědických práv po obou z rodičů (a naopak), došlo až v polovině sedmdesátých let XX. století v souvislosti s reformou italského rodinného práva.[39]

Lze říci, že tento krok velmi ovlivnil nárůst nesezdaných svazků. Ovšem co se týká vzájemného vztahu rodičů dětí, je specifikem italského rodinného práva, že italská právní úprava nezná ani obdobu institutu českého práva – dílčích práv neprovdané matky (srov. § 95 ZOR).

3. INOMINÁTNÍ SMLOUVA JAKO ZÁKLAD VZTAHU OSOB ŽIJÍCÍCH MORE UXORIO

Jelikož právní řád ani České republiky, ani Italské republiky neupravuje *expressis verbis* vztahy mezi osobami žijícími *more uxorio* (a zatím ani registrované partnerství osob téhož pohlaví) prostřednictvím uceleného katalogu práv a povinností, je nutné v této oblasti, více než mezi jinými osobami, spoléhat právě na smlouvy, a to především smlouvy *inominátní*. Cílem těchto smluv by mělo být především založení vzájemné osobní a majetkové pomoci a solidarity. V americké literatuře je paradoxně jako cíl *„cohabitation contracts"* označována ochrana individuálního majetku druha a družky a naznačení rozdělení společného majetku pro případ *krize* a rozpadu této formy spolužití.[40]

Obecně lze říci, že smluvně by v našem prostředí mělo být možné i v nesezdaném soužití navodit stav

trestního řádu může být trestní stíhání pachatele – manžela nebo druha – pro znásilnění zahájeno nebo v již zahájeném trestním stíhání pokračováno pouze tehdy, vysloví-li poškozená svůj souhlas.

[33] K tomu srov. starší studii FURGIUELE, G.: Libertà e Famiglia. Milano, Giuffrè editore, 1979, str. 277 a násl. a literaturu tam citovanou.

[34] Viz RESCIGNO, P.: Interessi e conflitti nella famiglia: l'instituto della „mediazione familiare". op. cit., str. 73.

[35] Srov. *Bargelli, E.*: L'autonomia privata nella famiglia legitima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio. Riv. dir. civ., 2001, č. 2–3, str. 305.

[36] Ústavní soud Italské republiky se zabýval zejména problematikou bydlení. Neústavnost byla spatřována v ustanovení Art. 6 zákona č. 392 z roku 1978. Soud uznal právo na přechod práva na bydlení z titulu nájemní smlouvy *(contratto di locazione)* v případě úmrtní nájemce, osoby žijící *more uxorio*, na jeho druha (viz rozhodnutí označené č. 404/88). V jiné věci soud rozhod, že spolužijící osoba může patřit mezi zákonné dědice.

[37] K vývoji a analýze názorů srov. PATTI, S.: Diritto privato. Introduzione. La Famiglia. Le Successioni. Milano, Giuffrè editore, 1999, str. 66–68.

[38] Idem.

[39] Srov. zákon č. 151 ze dne 19. května 1975.

[40] Při ujednávání obsahu těchto *„interpersonal contracts, intimate contracts, living together contracts"* jde především o budoucnost, proto je dbáno na jejich platnost a vynutitelnost. V této souvislosti byl vysloven názor, že nezbytnost uzavření těchto smluv je v těch státech USA, kde soudy uznávají tyto smlouvy a poskytují jim ochranu *(provide equitable remedies)* odpovídající době trvání svazku. K tomu GORDON, C. K.: The necessity and enforcement of cohabitation agreements: when strings will attach and how to prevent them – a state survey. op. cit., str. 256.

obdobný situaci vznikající v manželství, kde jsou ekonomické zájmy tzv. slabšího partnera chráněny prostřednictvím institutů majetkového společenství a výživného mezi manžely, eventuelně mezi rozvedenými manžely. Smlouvy uzavírané mezi osobami žijícími *more uxorio* by mohly pojednávat o dílčích aspektech nesezdaného soužití, např. o poskytování pravidelných měsíčních plateb určených na výživu jedné z těchto osob, ale mohly by být také koncipovány jako *komplexní* řešení vztahu osob žijících společně bez uzavření manželství. Na druhém místě uvedená varianta se tak může blížit svým pojetím tradičním předmanželským smlouvám. Takto pojaté smlouvy by mohly upravovat především práva a povinnosti muže a ženy pro dobu trvání soužití, ale i pro období jeho *krize* a rozchodu, a to za pomoci rozvazovacích podmínek apod., mohly by obsahovat i „sankce" za porušení smluvně stanovených povinností apod.

Smluvní volnost je v českém právním řádu zakotvena jednak obecně, jednak speciálně. Jak již bylo řečeno, především je nutné vzít v úvahu ústavní zásadu „vše je dovoleno, co není výslovně zakázáno" a dále je třeba poukázat na občanský zákoník, kde je *expressis verbis* upravena možnost uzavírání *inominátních* smluv (srov. § 2 odst. 3 OZ, § 51 OZ a § 491 odst. 1 OZ). Jelikož zákon o rodině neobsahuje obecná ustanovení (tedy ani úpravu rodiněprávních úkonů a smluv v rodinném právu), je nutné v této věci *subsidiárně* použít občanského zákoníku[41] (srov. ustanovení § 104 ZOR, podle kterého „ustanovení občanského zákoníku se použijí tehdy, nestanoví-li tento zákon [zákon o rodině] něco jiného"). Lze tedy uzavřít, že osoby žijící *more uxorio* mohou uzavírat *inominátní* smlouvy upravující jejich poměry, neboť zákon o rodině, ani občanský zákoník ani žádný jiný právní předpis *expressis verbis* tyto smlouvy „nezakazuje" a ani z povahy žádného zákona nevyplývá, že se od něj v této věci nelze „odchýlit." Pokud jde o posouzení „obcházení" zákona, je nutné poukázat na již zmiňovanou Ústavu České republiky chránící rodinu bez vazby na manželství. Co se pak týká „odporovavání" obsahu nebo účelu občanského zákoníku, je třeba říci, že *inominátní* smlouvu upravující vyváženě práva a povinnosti druha a družky žijících v nesezdaném soužití a současně nezasahující do práv třetích osob je nutné považovat za smlouvu, která je v souladu s cílem občanského zákoníku, kterým je přispívání k naplňování občanských (a lidských) práv a svobod (srov. § 1 odst. 1 OZ). Máme-li posoudit soulad *inominátní* smlouvy uzavřené mezi druhem a družkou s dobrými mravy vůbec, je především nutné říci, že obsah dobrých mravů spočívá v obecně platných normách morálky, u kterých je dán obecný zájem na jejich respektování. Posouzení souladu určitého jednání s dobrými mravy přináleží soudci, případ od případu, a to s ohledem na daný čas a místo.[42] Je-li nesezdané soužití v současné době všeobecně společensky přijatelnou formou soužití, nelze než uzavřít, že ani smlouva samotná toto soužití upravující nemůže být v rozporu s dobrými mravy (srov. § 3 odst. 1 OZ). Jde-li pak o posouzení obsahu *inominátní* smlouvy regulující nesezdané soužití, lze konstatovat, že v důsledku jevu, který je označován jako *feminizace* chudoby, lze mít za to, že by v našem prostředí měly být považovány za „smlouvy v souladu s dobrými mravy" takové smlouvy, jejichž obsahem bude ochrana tzv. ekonomicky slabšího partnera, za který je obvykle považována žena pečující dlouhodobě o nezletilé děti, žena, která v důsledku nemožnosti plné ekonomické aktivity nemůže rozmnožovat svůj oddělený majetek a dostává se tak do svízelné situace. Tato koncepce je odůvodněna tím, že i v rodině založené fakticky platí základní principy rodinného práva, mezi které patří vzájemná pomoc, *solidarita* a odpovědnost. I svazek muže a ženy vzniklý založením společné domácnosti a narozením dítěte by měl být chráněn jako rodinný život a právo by nemělo klást překážky k uzavírání smluv přispívajících k udržení těchto svazků, smluv stanovících práva tzv. ekonomicky slabšího partnera a eventuelní důsledky rozchodu. Tyto smlouvy by neměly být považovány za „smlouvy v rozporu se zákonem, zákon porušující nebo obcházející", tedy za smlouvy neplatné a plnění poskytnutá na základě těchto smluv za bezdůvodné obohacení. Neměly by být také považovány za „smlouvy zakládající tzv. naturální právo".

Pokud jde o *limity* smlouvy uzavírané mezi osobami žijícími v nesezdaném soužití, je nutné se nejprve vypořádat s problematikou tzv. disponovatelných a nedisponovatelných práv. Lze mít za to, že toto dělení nebude v případě smluv uzavíraných osobami *more uxorio* tak významné jako v případě smluv uzavíraných manžely nebo snoubenci. Jde totiž o to, že pokud zákon neupravuje žádná práva a povinnosti mezi osobami žijícími ve faktickém svazku, nelze tato práva ani porušit, nelze s nimi disponovat nebo nedisponovat.[43] Na druhou stranu, práva upravená v zákoně o rodině jako tzv. práva nedisponovatelná (a v občanském zákoníku jako tzv. práva disponovatelná, ovšem jen manžely) nemohou osoby žijící v nesezdaném soužití použít ani analogicky, ani na ně nemohou odkázat ve smlouvě, neboť taková ujednání by se příčila účelu zákona o rodině, institutům regulujícím *expressis verbis* práva a povinností vyplývající z manželství chápaného jako svazek dvou osob uzavřený za ingerence státu

[41] K problematice subsidiární použitelnosti občanského zákoníku srov. dílo HRUŠÁKOVÁ, M. a kol.: Zákon o rodině. Komentář. 2. vydání., Praha, C. H. Beck, 2001, str. 407 a násl.

[42] K tomu srov. FIALA, J. a kol.: Lexikon. Občanské právo. 2. vydání. Praha, Sagit, 2001, str. 51.

[43] Rovnost muže a ženy ovšem osoby žijící *more uxorio* smluvně porušit nemohou, neboť se jedná o ústavní princip demokratické společnosti.

a zrušitelný pouze jeho rozhodnutím. Dále je nutné říci, i *inominátní* smlouva musí splňovat obecné náležitostí právních úkonů a další požadavky stanovené pro smlouvu (srov. § 34 a násl., § 43 a násl. OZ). Jinými slovy řečeno, smlouva například nemůže být koncipována v obecné rovině. Není tedy možné stanovit kupříkladu povinnost uspokojovat potřeby rodiny podle možností, schopností a majetkových poměrů toho kterého druha nebo družky (srov. § 19 odst. 1 ZOR), neboť takové ujednání by nebylo dostatečně určité, a tudíž by bylo neplatné (srov. § 37 odst. 1 OZ).

Lze mít tedy za to, že smluvně je možné založit práva a povinnosti vyjadřující vzájemnou osobní a majetkovou pomoc a solidaritu tak, že se tato práva a povinnosti ve smlouvě *expressis verbis* vymezí. Pokud jde o osobní pomoc, základ bude nutné hledat především v morálních normách a jejich výslovném vyjádření ve smlouvě. Co se týká ekonomické pomoci a solidarity, této lze dosáhnout především stanovením povinnosti přispívat na bydlení a na udržování společné domácnosti, např. v konkrétních měsíčních splátkách, dále pak určením povinnosti k výživě osoby ekonomicky nesamostatné a osobně pečující o společnou domácnost nebo o společné nezletilé dítě, také v konkrétních měsíčních splátkách.[44] Lze mít za to, že tato ujednání o poskytování plateb na náklady společného bydlení a domácnosti a na výživu se nepříčí účelu zákona o rodině ani občanského zákoníku, tyto zákony neobchází a rozhodně nejsou *contra legem*.[45]

Všeobecně je zastáván názor, že *inominátní* smlouvy upravující nesezdané soužití nemohou založit majetkové společenství obdobné společnému jmění manželů nebo toto společenství zvolit (§ 143 a násl. OZ), neboť společné jmění manželů vzniká pouze mezi manžely. Tradiční výklady se přiklání ke stanovisku, že *analogii legis* ve smyslu ustanovení § 853 OZ na majetkové vztahy mezi těmito osobami také nelze použít.[46] S těmito názory lze souhlasit, neboť jakékoli majetkové společenství nepředstavuje jen spoluvlastnictví, ale jde o institut daleko komplexnější, zakládající solidární závazky manželů apod. Jelikož u nesezdaného soužití nelze zpravidla určit přesně jeho vznik a zánik, byla by připuštěním smluvního vytvoření majetkového společenství narušena ochrana zájmů a dobré víry třetích osob v individuální majetek té které osoby žijící ve svazku *more uxorio*. Lze mít za to, že nedostatek *institucionalizace* tak brání i analogickému uplatnění ustanovení regulujících majetkové aspekty manželství, eventuelně jejich volbě. Důsledkem této koncepce je pak skutečnost, že i když spolu druh a družka žijí ve faktickém, dlouhotrvajícím svazku manželství velmi podobném, nabývají majetek každý zpravidla do svého odděleného, výlučného, individuálního vlastnictví (§ 123 a násl. OZ). S předmětem svého individuálního vlastnictví mohou také samostatně disponovat. Druh a družka se však mohou, podobně jako jakékoli jiné osoby, také stát podílovými spoluvlastníky určité věci (§§ 137 až 142 OZ). Podílové spoluvlastnictví však nelze chápat jako majetkové společenství, komplex (systém) společenských vztahů. Podílové spoluvlastnictví se vždy upíná ke konkrétní věci, případně k vymezenému souboru věcí. Podíl pak vyjadřuje míru, jakou se spoluvlastníci podílí na právech a povinnostech vyplývajících ze spoluvlastnictví ke společné věci. Není-li vymezen právním předpisem nebo dohodnuto jinak, má se za to, že podíly obou jsou stejné (§ 137 OZ).

Ve smlouvě upravující nesezdané soužití se jeví účelným stanovení vzájemného zastoupení druha a družky (srov. smlouva o zastoupení, § 31 a násl. OZ) a určení pravidel pro rozhodování ve věcech týkajících se společného soužití, rodiny.

Inominátní smlouvy regulující soužití *more uxorio* by měly dále obsahovat klauzule týkající se rodinného bydlení. Zákon totiž s faktickým soužitím nespojuje vznik společných práv a povinností, tak jak to činí u manželů. Druh a družka smluvně mohou založit několik pojmenovaných právních důvodů bydlení, ale *inominátní* důvod. Jedná se zejména o společný nájem bytu (§§ 700 až 702 OZ), o podnájem bytu nebo jeho části (§ 719 OZ), o podílové spoluvlastnictví bytu nebo nemovitosti sloužící k bydlení. Druh a družka spolu mohou bydlet také na základě práva odpovída-

[44] Zákon o rodině totiž upravuje vyživovací povinnost pouze mezi taxativně vymezenými subjekty, mezi které druha a družku nepočítá. Samozřejmě, pokud spolu druh a družka žijí ve spotřebním společenství a společně tak uspokojují své potřeby nebo si dobrovolně poskytují výživné, aniž jim to zákon ukládá, nejedná se o bezdůvodné obohacení ve smyslu stanovení § 451 an. OZ, neboť základem i faktického plnění je dohoda – smlouva, a to i smlouva uzavřená konkludentně. Avšak, kdyby např. jeden z nich opustil společnou domácnost a druhý nebyl schopen samostatně se živit, neboť by např. pečoval o společné nezletilé dítě útlého věku, ani tehdy by mu nevzniklo právo na výživné „druha" podle zákona o rodině.
Faktické, dobrovolné poskytování výživného např. druhem družce, i když bez opory v zákoně o rodině, však může být významné, jde-li o náhradu škody (§ 448 odst. 1 OZ). Při usmrcení druha totiž musí povinný (škůdce) hradit peněžitým důchodem náklady na výživu pozůstalým, kterým zemřelý výživu poskytoval (fakticky družce) nebo byl povinen poskytovat (ze zákona svým dětem). S faktickým poskytováním výživného mezi osobami žijícími v nesezdaném soužití počítá i zákon o státní sociální podpoře v rámci institutu tzv. společně posuzovaných osob.

[45] V této souvislosti je však vhodné upozornit na tzv. typickou smlouvu o důchodu upravenou v občanském zákoníku (§§ 842 a 843 OZ). Písemnou smlouvou o důchodu se zakládá někomu na doživotně nebo na jinak stanovenou dobu neurčitého trvání právo na vyplácení určitého důchodu. Lze dovodit, že i druh a družka mohou mezi sebou založit písemnou smlouvou právo na vyplácení určitého důchodu, a to buď na doživotně nebo na jinak stanovenou dobu neurčitého trvání, např. na dobu, co budou „spolu" apod. Důchodem je nutné v této souvislosti rozumět jakékoli opětující se peněžité plnění (rentu), jehož výše by měla být ve smlouvě buď vyčíslena, nebo stanoven alespoň způsob výpočtu. Důvod nemusí být ve smlouvě uveden. Poskytování důchodu také nemusí být vázáno na nějakou protihodnotu.

[46] V italské literatuře je dospíváno k obdobným závěrům. Srov. FURGIUELE, G.: Libertà e Famiglia. op. cit., str. 285.

jícího věcnému břemenu (§ 151n OZ) nebo na základě nepojmenované smlouvy (§ 51 OZ). I když žádná smlouva uzavřena nebude, je třeba mít na paměti, že právo bydlení lze založit i fakticky. Každý totiž zásadně může přijmout do své domácnosti další osobu, což má význam nejen pro období „životnosti" svazku *more uxorio*, ale i pro případ jeho *krize* nebo zániku úmrtím nebo trvalým opuštěním společné domácnosti.[47]

Jelikož právní řád České republiky nezná institut společné závěti, není možné do smlouvy upravující nesezdané soužití pojmout ujednání *mortis causa*. Ovšem kterýkoli z páru *more uxorio* má možnost naložit se svým majetkem (nebo jeho částí) pro případ své smrti podle své vůle závětí a vyloučit tak přechod majetku na osoby náležející do okruhu zákonných dědiců. Druh tedy může pořídit závěť ve prospěch své družky tak, že jí odkáže veškerý svůj majetek a vyloučí tak z dědění např. své děti, manželku, rodiče, sourozence. Samozřejmě, potomci druha by se mohli dovolat relativní neplatnost závěti, nedošlo-li by současně k jejich vydědění (§ 479 OZ).[48]

Pokud jde o Itálii, výše bylo uvedeno, že i italský právní řád připouští uzavírání *inominátních* smluv (srov. Art. 1322 CC nazvaný *Autonomia contrattuale)*. Ovšem nesmí se zapomínat na fakt, že „smlouva" podle italského občanského zákoníku se může týkat jen majetkových otázek.[49] Pokud jde o její kauzu, je nutné připomenout, že nesmí být v rozporu s *kogentní* normou, veřejným pořádkem *(l'ordine pubblico)* a dobrými mravy *(buon costume).*[50] Tím je dán poměrně *limitovaný* prostor pro smlouvu upravující soužití *more uxorio.*

Jak již bylo řečeno, italská jurisprudence dovozuje, že práva a povinnosti mezi osobami žijícími *more uxorio* jsou svou povahou právy a povinnostmi naturálními. Nelze také pominout, že v Itálii je rodina založená manželstvím stále velmi vysokou hodnotou chráněnou *expressis verbis* zákonem nejvyšší právní síly. Jakákoli ujednání připodobňující faktický svazek rodině manželské v oblasti osobních a osobně majetkových práv by byla sankciována neplatností.[51] Ovšem i konstrukce smluv majetkového charakteru není bez problémů.[52] Ojediněle se však v italské doktríně vyskytují názory, že osoby žijící *more uxorio* mohou uzavírat smlouvy za účelem úpravy jejich vztahu, zejména s ohledem na zánik spolužití.[53]

4. ZÁVĚR

Jak již bylo řečeno výše, existuje celá řada názorů na problematiku soužití osob téhož pohlaví a soužití osob různého pohlaví bez uzavření manželství *(more uxorio)* a také široké spektrum přístupů zákonodárců různých zemí k této věci.

Jde-li o úvahy *de lege ferenda* je nasnadě, že by dané otázky měly být řešeny ve vzájemných souvislostech. Především je však třeba při rekodifikaci občanského zákoníku jako základního pramene soukromého práva vycházet z *autonomie vůle* člověka, a to i v části věnované rodinnému právu. Má-li být nový kodex soukromého práva hoden svého názvu, je nutné do něj začlenit i rodinné právo jako právo upravující nejsoukromější záležitosti člověka. Subjektům rodinněprávních vztahů by tak mělo být především umožněno, aby si své intimní poměry upravily podle svých potřeb, možností a přání všude tam, kde nebude dán veřejný zájem na úpravě pomocí legálních institutů a norem typu *ius congens.* Člověk by měl vždy vědět, co jej čeká nejen tehdy, bude-li jeho rodinněprávní vztah fungovat, ale i tehdy, dostaví-li se jeho patologická fáze a *krize.* Smlouva neboli „rodinná dohoda" by tak měla i v této sféře plnit své funkce, včetně funkce „preventivní".

[47] Již byly zmíněny pojmy tzv. osoby blízké (§ 116 OZ) a společná domácnost (§ 115 OZ). K jejich významu v souvislosti s tzv. odvozenými právními důvody bydlení a bytovými náhradami srov. FIALA, J., KORECKÁ, V.: Vlastnictví a nájem bytu. Praha, Alba, 1995, str. 205 a násl.

[48] Nezletilým potomkům se totiž musí dostat alespoň tolik, kolik činí jejich dědický podíl ze zákona, a zletilým potomkům alespoň tolik, kolik činí jedna polovina jejich dědického podílu ze zákona, neboť jsou tzv. neopominutelní dědicové. Manželka a ostatní příbuzní však mezi neopominutelné dědice nepatří.

[49] Srov. Art. 1321 CC vymezující podstatu smlouvy jako dohodu dvou nebo více osob za účelem vzniku, změny nebo zániku vztahu majetkoprávního.

[50] Srov. Art. 1343 CC nazvaný Nezákonná kauza *(Causa illecita)*. Zákon považuje kauzu za nezákonnou, jestliže je v rozporu s imperativní normou, veřejným pořádkem a dobrými mravy.

[51] V literatuře bylo v této souvislosti uvedeno, že smlouva nesmí obsahovat slova jako „věrnost, spolužití, morální pomoc". K tomu srov. MORELLI, M. R.: Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia. Fam. e dir., 1994, str. 111.

[52] Z rozsáhlejších prací věnovaných problematice soužití *more uxorio* viz DE LUCA, G.: La Famiglia non coniugale. Padova, Cedam, 1996, a BERNARDINI, M.: La convivenza fuori del matrimonio. Padova, Cedam, 1992.

[53] K tomu srov. FONZONE, E.: Compendio di Diritto di famiglia. III. vyd., Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2000, str. 14.

AKTUALITY PRO PRÁVNÍ PRAXI

Právna úprava odpočúvania a použitia ďalších sledovacích technológií mocenskými zložkami v Slovenskej republike

Ján Drgonec*

Použitie informačno-technických prostriedkov je nevyhnutnou súčasťou práce mocenských zložiek (tajných služieb a polície) každého štátu. V Slovenskej republike ide predovšetkým o Policajný zbor, Slovenskú informačnú službu a Vojenské spravodajstvo, ale aj o Železničnú políciu, Zbor väzenskej a justičnej stráže a orgány colnej správy. Z hľadiska rezortnej príslušnosti ministerstvu vnútra, ministerstvu spravodlivosti, ministerstvu obrany, ministerstvu financií a ministerstvu dopravy, pôšt a telekomunikácií podliehajú zložky so zákonom priznaným právom použiť informačno-technické prostriedky. Použitie informačno-technických prostriedkov však nie je rovnocenné. Niektoré orgány štátu môžu používať vlastné informačno-technické prostriedky, iné majú iba možnosť žiadať o súčinnosť pri použití informačno-technických prostriedkov. Podľa § 36 ods. 6 zákona o Železničnej polícii: „Informačno-technické prostriedky a ich použitie podľa § 33 pre potreby Železničnej polície zabezpečuje Policajný zbor na požiadanie generálneho riaditeľa." Podobne podľa zákona o orgánoch štátnej správy v colníctve: „Informačno-technické prostriedky uvedené v odseku 1 na účely uvedené v odseku 2 poskytuje colnej správe príslušný útvar Policajného zboru." (§ 24 ods. 3)

I. PRAMENE PRÁVA

Platná právna úprava použitia informačno-technických prostriedkov v Slovenskej republike pozostáva zo:

- zákona č. 46/1993 Z.z. o Slovenskej informačnej službe v znení neskorších predpisov,
- zákona č. 171/1993 Z.z. o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov,
- zákona č. 198/1994 Z.z. o Vojenskom spravodajstve,
- zákona č. 57/1998 Z.z. o Železničnej polícii v znení neskorších predpisov,
- zákona č. 4/2001 Z.z. o Zbore väzenskej a justičnej stráže v znení zákona č. 422/2002 Z.z.,
- zákona č. 240/2001 Z.z. o orgánoch štátnej správy v colníctve v znení zákona č. 422/2002 Z.z.,
- zákona č. 141/1961 Zb. o Trestnom konaní súdnom v znení neskorších predpisov.

Použitie informačno-technických prostriedkov sa týka celej škály technologických prostriedkov tak, ako tento pojem vymedzuje rad zákonov v demonštratívnom výpočte. Napríklad podľa § 12 zák. č. 46/1993 Z.z. o Slovenskej informačnej službe v znení neskorších predpisov: „Informačno-technickými prostriedkami sa na účely tohto zákona rozumejú najmä elektrotechnické, rádiotechnické, fototechnické, optické, mechanické a iné technické prostriedky a zariadenia alebo ich súbory používané utajovaným spôsobom pri

a) vyhľadávaní, otváraní a skúmaní dopravovaných zásielok a ich vyhodnocovaní využívaním kriminalistických metód,
b) odpočúvaní a zaznamenávaní telekomunikačnej prevádzky,
c) vyhotovovaní obrazových, zvukových alebo iných záznamov v prípade, že sú používané spôsobom, ktorým sa zasahuje do práv občanov."

Použitie informačno-technických prostriedkov sa môže diať so súhlasom osoby, ktorej ústavné práva sa týmto spôsobom obmedzujú, alebo bez súhlasu dotknutej osoby.

Podľa § 37 ods. 7 zákona o Policajnom zbore: „Policajný zbor môže použiť informačno-technické prostriedky aj bez predchádzajúceho písomného súhlasu sudcu podľa odsekov 2 a 3, ak na to dá písomný súhlas osoba, do ktorej práv a slobôd sa zasahuje. O skončení použitia informačno-technických prostriedkov sa vyrozumie osoba, ktorá naň dala súhlas. Ak osoba daný súhlas dodatočne odvolá, Policajný zbor

* JUDr. Ján Drgonec, DrSc., advokát

je povinný používanie informačno-technických prostriedkov ihneď skončiť."

Formulačné zhodné je aj ustanovenie § 35 ods. 7 zákona o Železničnej polícii.

Hoci zdanlivo samozrejmé je použitie informačno-technických prostriedkov za účelom rozšírenia potenciálnych dôkazov, právna úprava indikuje, že nie vždy slúžia informačno-technické prostriedky na dosiahnutie tohto účelu.

Podľa § 38 ods. 5 zákona o Policajnom zbore: „Informácie získané informačno-technickými prostriedkami možno výnimočne použiť ako dôkaz v trestnom konaní pri trestných činoch uvedených v § 36, ak takýto dôkaz nemožno získať iným spôsobom. V takom prípade je potrebné k záznamu pripojiť zápisnicu, na ktorej budú uvedené údaje o dôvode, mieste, čase, spôsobe a obsahu vykonaného záznamu."

Podľa § 36 ods. 5 zákona o Železničnej polícii: „Informácie získané informačno-technickými prostriedkami možno výnimočne použiť ako dôkaz, a to v prípade, ak takáto informácia je jediným dôkazom svedčiacim o tom, že trestný čin uvedený v § 34 spáchala konkrétna osoba, a takýto dôkaz nemožno získať iným spôsobom. V takomto prípade treba k záznamu pripojiť zápisnicu, v ktorej budú uvedené údaje o dôvode, mieste, čase, spôsobe a obsahu vykonaného záznamu."

Podľa § 25 ods. 5 zákona o Zbore väzenskej a justičnej stráže: „Informácie získané informačno-technickými prostriedkami možno výnimočne použiť ako dôkaz, najmä ak informácia získaná informačno-technickými prostriedkami je jediným dôkazom a tento dôkaz nemožno získať iným spôsobom; v takom prípade treba k záznamu pripojiť zápisnicu, v ktorej sa uvedú údaje o dôvode, mieste, čase, spôsobe a obsahu vykonaného záznamu."

Podľa § 24 ods. 12 zákona o colnej správe: „Informácie získané informačno-technickými prostriedkami možno výnimočne použiť ako dôkaz, ak takáto informácia je jediným dôkazom svedčiacim o tom, že trestný čin uvedený v odsekoch 2 a 4 spáchala konkrétna osoba, a takýto dôkaz nemožno získať iným spôsobom. V takom prípade je potrebné k záznamu pripojiť zápisnicu, v ktorej sa uvedú údaje o dôvode, mieste, čase, spôsobe a obsahu vykonaného záznamu."

Zákon o Slovenskej informačnej službe, aj zákon o Vojenskom spravodajstve podobnú výslovnú úpravu neobsahuje. Z toho možno usudzovať, že účel použitia informačno-technických prostriedkov v prípade týchto orgánov štátu je iný.

Na základe platnej právnej úpravy sa ponúka čiastkový záver – informačno-technické prostriedky možno používať:

1. v jednotlivých fázach trestného konania podľa ustanovení Trestného poriadku. Informácie získané v súlade so zákonom možno použiť ako dôkaz pred súdom;
2. mimo trestného konania podľa osobitných zákonov. Informácie získané pomocou informačno-technických prostriedkov nie vždy možno použiť ako dôkaz pred súdom; získané informácie slúžia iba operatívnym cieľom orgánov štátu, ktorým osobitné zákony dovoľujú využiť informačno-technické prostriedky.

I.1 POUŽITIE INFORMAČNO-TECHNICKÝCH PROSTRIEDKOV ORGÁNMI ČINNÝMI V TRESTNOM KONANÍ

Orgány činné v trestnom konaní nemôžu kedykoľvek kohokoľvek odpočúvať. Zákon č. 366/2000 Z.z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 141/1961 Zb. o trestnom konaní súdnom (Trestný poriadok) v znení neskorších predpisov pozmenil úpravu § 88, v ktorom sa určujú podmienky odpočúvania a záznamu telekomunikačnej prevádzky. Podľa tejto úpravy účinnej od 7. novembra 2000:

(1) „V trestnom konaní pre obzvlášť závažný trestný čin, korupciu, trestný čin podľa § 158 Trestného zákona alebo pre iný úmyselný trestný čin, o ktorom na konanie zaväzuje vyhlásená medzinárodná zmluva môže sudca alebo predseda senátu a v prípravnom konaní na návrh prokurátora sudca nariadiť odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky, ak možno odôvodnene predpokladať, že ňou budú oznámené skutočnosti významné pre trestné konanie. Odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky medzi obhajcom a obvineným sú neprípustné.

(2) Príkaz na odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky sa musí vydať písomne a odôvodniť, a to osobitne na každú účastnícku stanicu. Súčasne v ňom musí byť určená osoba, ktorej sa odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky týka, a doba, po ktorú sa bude odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky vykonávať. Doba odpočúvania a záznamu nesmie trvať dlhšie ako šesť mesiacov. Túto dobu môže predseda senátu a v prípravnom konaní na návrh prokurátora sudca predĺžiť vždy na dobu ďalších šiestich mesiacov. S príkazom sa nakladá ako s písomnosťou obsahujúcou predmet štátneho tajomstva. Odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky robia príslušné orgány Policajného zboru.

(3) V trestnom konaní pre iný trestný čin, ako je uvedený v odseku 1, môže orgán činný v trestnom konaní nariadiť odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky alebo ho urobiť aj sám len so súhlasom účastníka odpočúvanej alebo zaznamenávanej telekomunikačnej stanice.

(4) Ak sa má záznam telekomunikačnej prevádzky použiť ako dôkaz, treba k nemu pripojiť písomný záznam, ktorý vyhotoví orgán Policajného zboru vykonávajúci odpočúvanie s uvedením údajov o mieste, čase a zákonnosti vykonania odpočúvania. Do spisu sa zakladá doslovný prepis záznamu telekomu-

nikačnej prevádzky, ktorý sa neutajuje, podpísaný orgánom, ktorý ho vyhotovil. Záznam telekomunikačnej prevádzky sa môže použiť ako dôkaz až po ukončení odpočúvania telekomunikačnej prevádzky. Ostatné záznamy treba označiť, spoľahlivo uschovať a v zápisnici založenej do spisu uviesť, kde sú uložené. V inej trestnej veci, ako je tá, v ktorej odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky urobili, možno záznam ako dôkaz použiť len vtedy, ak sa súčasne aj v tejto veci vedie trestné konanie pre trestný čin uvedený v odseku 1 alebo ak s tým súhlasí účastník odpočúvanej stanice.

(5) Ak sa pri odpočúvaní a zázname nezistili skutočnosti významné pre trestné konanie, orgán činný v trestnom konaní alebo príslušný orgán Policajného zboru musí získané záznamy zničiť podľa predpisov o skartácii, ktorými je orgán činný v trestnom konaní viazaný."

Citovaná právna úprava sa vzťahuje na odpočúvanie v konaní, ktoré je predmetom úpravy zákona č. 141/1961 Zb. o trestnom konaní súdnom (Trestný poriadok) v znení neskorších predpisov. Táto úprava sa sprísnila roku 2000 v prospech ochrany práv dotknutej osoby – pred prijatím zákona č. 366/2000 Z.z. o použití informačno-technických prostriedkov mohol rozhodnúť aj prokurátor. Po prijatí tohto zákona právo rozhodnúť náleží už iba sudcom. Na druhej strane, tou istou novelou sa výrazne rozšíril okruh skutkových podstát, kvôli ktorým zákon dovoľuje voči osobe použiť odpočúvacie technológie.

Okrem orgánov činných v trestnom konaní však aj iné štátne orgány môžu použiť informačno-technické prostriedky podľa ďalších zákonov.

I.2 POUŽITIE INFORMAČNO-TECHNICKÝCH PROSTRIEDKOV PODĽA ZÁKONA O SLOVENSKEJ INFORMAČNEJ SLUŽBE

Zákon č. 46/1993 Z.z. o Slovenskej informačnej službe v znení neskorších predpisov v § 1 ods. 2 ustanovuje: „Informačná služba je štátnym orgánom Slovenskej republiky, ktorý plní úlohy vo veciach ochrany ústavného zriadenia, vnútorného poriadku a bezpečnosti štátu v rozsahu vymedzenom týmto zákonom. Vo svojej činnosti sa spravuje ústavou, ústavnými zákonmi, zákonmi a ostatnými všeobecne záväznými právnymi predpismi."

Podľa § 10 ods. 1 zák. č. 46/1993 Z.z. v znení neskorších predpisov: „Pri plnení úloh ustanovených týmto zákonom je informačná služba oprávnená používať osobitné prostriedky, ktorými sú

a) informačno-operatívne prostriedky,
b) informačno-technické prostriedky."

Podobne ako v trestnom konaní, ani pri uplatnení informačno-technických prostriedkov podľa zákona o SIS odpočúvanie a záznam telekomunikačnej prevádzky sa môže uskutočniť jedine v súlade so zákonom, ak sa splnia zákonom určené podmienky a dodrží zákonom ustanovený postup.

Podľa § 13 ods. 1: „Informačnotechnické prostriedky je informačná služba oprávnená použiť iba v prípadoch, keď získanie informácií podľa § 2 tohto zákona je iným spôsobom neúčinné alebo podstatne sťažené."

Podľa § 14 ods. 1: „Informačná služba je povinná v priebehu použitia informačnotechnických prostriedkov sústavne skúmať, či trvajú dôvody ich použitia. Ak tieto dôvody pominuli, je povinná použitie informačnotechnických prostriedkov skončiť."

Podľa § 14 ods. 2: „O skončení použitia informačnotechnických prostriedkov podľa odseku 1 je informačná služba povinná informovať sudcu, ktorý dal súhlas na ich použitie."

Podľa § 14 ods. 3: „Informácie získané informačnotechnickými prostriedkami sa môžu využiť výlučne na dosiahnutie účelu uvedeného v § 2 tohto zákona."

Podľa § 14 ods. 4: „Zavedením a použitím informačnotechnických prostriedkov sa práva a slobody občanov môžu obmedziť len v nevyhnutne potrebnej miere."

I.3 POUŽITIE INFORMAČNO-TECHNICKÝCH PROSTRIEDKOV PODĽA ZÁKONA O VOJENSKOM SPRAVODAJSTVE A PODĽA ĎALŠÍCH ZÁKONOV

Podľa § 1 ods. 1 zákona č. 198/1994 Z.z. o Vojenskom spravodajstve: „Vojenské spravodajstvo je špeciálna služba, ktorá plní úlohy spravodajského zabezpečenia obrany Slovenskej republiky v pôsobnosti Ministerstva obrany Slovenskej republiky (ďalej len 'ministerstvo') v rozsahu ustanovenom týmto zákonom."

Podľa § 11 ods. 1: „Pri plnení úloh ustanovených týmto zákonom je Vojenské spravodajstvo oprávnené používať osobitné prostriedky, ktorými sú

a) informačno-operatívne prostriedky,
b) informačno-technické prostriedky."

Podľa § 12 písm. b): „Informačno-technickými prostriedkami sa na účely tohto zákona rozumejú najmä elektronické, rádiotechnické... a iné technické prostriedky a zariadenia alebo ich systémy používané utajovaným spôsobom pri odpočúvaní a zaznamenávaní telekomunikačnej prevádzky."

Postup, ktorý Vojenské spravodajstvo musí dodržať pri rozhodovaní o odpočúvaní a zaznamenávaní telekomunikačnej prevádzky, upravuje § 13 zákona č. 198/1994 Z.z. v právnom režime, ktorý sa zhoduje s úpravou § 13 zákona o SIS. Povinnosti, ktoré má SIS podľa § 14 zákona č. 46/1993 Z.z. v znení neskorších predpisov sa zhodujú s povinnosťami Vojenského spravodajstva podľa § 14 zákona č. 198/1994 Z.z.

V zásade zhodnú úpravu ustanovil aj rad ďalších zákonov – zákon č. 57/1998 Z.z. o Železničnej polícii, zákon č. 4/2001 Z.z. o Zbore väzenskej a justičnej stráže a zákon č. 240/2001 Z.z. o orgánoch štátnej správy v colníctve.

Použitie informačno-technických prostriedkov bez vedomia osôb, ktoré sa ich prostredníctvom monitorujú, je zároveň zásahom do základných práv a slobôd týchto osôb. Preto sa musí vykonávať tak, aby sa nadmerne neobmedzili práva, ktoré priznáva Ústava Slovenskej republiky a medzinárodné dohovory o ľudských právach a základných slobodách, ktorých účastníkom je Slovenská republika. Vo vzťahu k použitiu informačno-technických prostriedkov ide o právo na zákonného sudcu priznané čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd a čl. 48 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, ako aj o právo na súkromie, ktoré sa chráni podľa čl. 8 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd a podľa čl. 16 ods. 1, čl. 19 ods. 2 a ods. 3, čl. 21 ods. 3 a čl. 22 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky. Základné právo na zákonného sudcu a základné právo na súkromie sa podľa právnej úpravy platnej v Slovenskej republike zaručuje v zásadne rozdielnej kvalite.

II. PRÁVO NEBYŤ ODŇATÝ ZÁKONNÉMU SUDCOVI

Zákony upravujúce právne postavenie orgánov štátu pri použití informačno-technických prostriedkov určujú podmienku, podľa ktorej mocenské zložky štátu môžu proti osobe použiť informačno-technické prostriedky s písomným súhlasom sudcu.

Zákon č. 46/1993 Z.z. o Slovenskej informačnej službe v znení neskorších predpisov túto podmienku upravuje nasledovne:

„Informačnotechnické prostriedky možno použiť iba na základe predchádzajúceho písomného súhlasu sudcu len na nevyhnutný čas, najdlhšie však po dobu šiestich mesiacov. Lehota začína plynúť dňom udelenia súhlasu." (§ 13 ods. 2)

„Sudca, ktorý dal súhlas na použitie informačnotechnických prostriedkov, môže na základe novej žiadosti dobu použitia predžiť, zakaždým však najviac o ďalších šesť mesiacov." (§ 13 ods. 3)

„Žiadosť o udelenie súhlasu na použitie informačnotechnických prostriedkov sa predkladá písomne sudcovi a obsahuje údaje o osobe, ktorej sa použitie informačnotechnického prostriedku týka, o druhu informačnotechnického prostriedku, mieste, dobe trvania a dôvodoch jeho použitia; ak ide o odpočúvanie a zaznamenávanie telekomunikačnej prevádzky, aj číslo účastníckej stanice." (§ 13 ods. 4)

„Sudca, ktorý dal súhlas na použitie informačnotechnických prostriedkov, je povinný sústavne skúmať trvanie dôvodov ich použitia. Ak dôvody pominuli, je povinný bezodkladne rozhodnúť o ukončení ich používania." (§ 13 ods. 5)

Zhodné ustanovenie obsahuje aj zák. č. 171/1993 Z.z. a zák. č. 198/1994 Z.z. (§ 13 ods. 2). Predchádzajúci písomný súhlas sudcu sa na použitie informačno-technických prostriedkov vyžaduje aj podľa § 35 ods. 2 zák. č. 57/1998 Z.z, podľa § 24 ods. 2 zák. č. 4/2001 Z.z. a podľa § 24 ods. 6 zák. č. 240/2001 Z.z.

Podľa článku 48 odsek 1 Ústavy Slovenskej republiky: „Nikoho nemožno odňať jeho zákonnému sudcovi. Príslušnosť súdu ustanoví zákon."

Trestný poriadok je zákonom, ktorý ustanovuje vecnú a miestnu príslušnosť súdov v trestnom konaní vrátane použitia informačno-technických prostriedkov v prípravnom konaní (§ 16 až 18; § 26).

V právnej úprave zavedenej podľa osobitných zákonov v 90. rokoch 20. storočia existoval nedostatok, ktorý spočíval v absencii ustanovenia o príslušnosti súdu, na ktorom mal pôsobiť zákonný sudca. Tento nedostatok sa odstránil schválením čl. III bod 7 zákona č. 185/2002 Z.z. o Súdnej rade Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Touto úpravou sa doplnil zákon č. 335/1991 Zb. o súdoch a sudcoch v znení neskorších predpisov. Podľa § 13 ods. 2 tejto úpravy: „Krajský súd rozhoduje o súhlase na použitie informačno-technických prostriedkov podľa osobitných zákonov, ak tento zákon neustanovuje inak." Podľa § 13 ods. 3: „Na rozhodovanie o súhlase na použitie informačno-technických prostriedkov je príslušný krajský súd, v ktorého obvode má sídlo žiadateľ o vydanie súhlasu na ich použitie; krajský súd, v ktorého obvode sa nachádza objekt Zboru väzenskej a justičnej stráže, ak sa majú použiť informačno-technické prostriedky v tomto objekte."

III. PRÁVO NA SÚKROMIE

Právna úprava založená zákonom č. 46/1993 Z.z., zákonom č. 171/1993 Z.z., zákonom č. 198/1994 Z.z., zákonom č. 57/1998 Z.z., zákonom č. 4/2001 Z.z. a zákonom č. 240/2001 Z.z. dostatočne neprihliadla na zmenu v ponímaní základných práv a slobôd, ktorá sa v ústavnom práve udiala priznaním ochrany právu na súkromie podľa čl. 16 ods. 1, čl. 19 ods. 2 a ods. 3, čl. 21 ods. 3 a čl. 22 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, ani v dostatočnej miere nevzala do úvahy obsah a účel záväzku, ktorý vyplýva pre Slovenskú republiky z čl. 8 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd.

Orgány štátu so zákonom priznaným právom použiť informačno-technické prostriedky proti osobe sa môžu ocitnúť v situácii vyžadujúcej okamžité nasadenie informačno-technických prostriedkov. Zákon o Policajnom zbore, zákon o Železničnej polícii, zákon o Zbore väzenskej a justičnej stráže, aj zákon o or-

gánoch štátnej správy v colníctve v takom prípade umožňuje použiť informačno-technické prostriedky aj bez predchádzajúceho písomného súhlasu sudcu.

Podľa § 37 ods. 4 zák. č. 171/1993 Z.z.: „Vo výnimočných prípadoch, ak vec neznesie odklad a písomný súhlas sudcu nemožno vopred získať, je možné použiť informačno-technické prostriedky aj bez tohto súhlasu. Policajný zbor je však povinný neodkladne písomný súhlas sudcu dodatočne vyžiadať. Ak policajný zbor nedostane dodatočný písomný súhlas do 24 hodín od začiatku využívania informačno-technických prostriedkov, alebo ak sudca odmietne dať takýto súhlas, Železničná polícia je povinná používanie informačno-technických prostriedkov skončiť. Takto získané informácie nesmie Železničná polícia použiť a musí ich zničiť v prítomnosti sudcu, ktorý by inak bol príslušný vydať takýto dodatočný súhlas."

Identicky formulované oprávnenie sa priznáva aj Železničnej polícii podľa § 35 ods. 4 zák. č. 57/1998 Z.z., Zboru väzenskej a justičnej stráže podľa § 24 ods. 4 zák. č. 4/2001 Z.z. a orgánom colnej správy podľa § 24 ods. 7 zák. č. 240/2001 Z.z.

Citovaná právna úprava nepriznáva význam právu na súkromie. Kým pri predchádzajúcom udeľovaní súhlasu na použitie informačno-technického prostriedku existuje pravdepodobnosť, že sudca súhlas neudelí a v dôsledku toho vôbec nedôjde k odpočúvaniu, pri uplatnení postupu podľa citovaných ustanovení zákonov sa odpočúvanie začne a až následne ho sudca môže skončiť z dôvodu nezákonnosti. Po zákonom ustanovenú dobu 24 hodín teda orgán štátu môže použitím informačno-technického prostriedku zasahovať do súkromia, hoci dodatočne súd také správanie odmietne pre neexistenciu verejného záujmu prevažujúceho nad záujmom na ochrane súkromia. Okrem toho, ani jedna z citovaných právnych noriem nevylučuje obchádzanie zákona opakovaným využitím informačno-technického prostriedku na menej ako 24 hodín, čím možno nastoliť stav využívania informačno-technických prostriedkov bez súhlasu sudcu. Ani jedna z týchto úprav neukladá povinnosť oznámiť sudcovi využitie informačno-technického prostriedku, ak pred uplynutím zákonom ustanovenej lehoty štátny orgán z vlastného rozhodnutia upustí od ďalšieho použitia informačno-technického prostriedku. Ani jedna z týchto úprav tiež neurčuje zákaz opakovaného použitia informačno-technického prostriedku. Ak teda štátny orgán podliehajúci režimu zákona č. 171/1993 Z.z., zákona č. 57/1998 Z.z., zákona č. 4/2001 Z.z. alebo zákona č. 240/2001 Z.z. využije informačno-technický prostriedok na niekoľko hodín, potom od ďalšieho využitia informačno-technického prostriedku upustí a svoje správanie zopakuje na druhý deň, či dokonca po celé roky, v súlade s platnou právnou úpravou bude môcť obmedzovať právo na súkromie osoby bez toho, aby jeho správanie podliehalo schváleniu sudcom, ak bude vedieť odôvodniť, prečo „vec neznesie odklad". Neuveriteľnosť tejto možnosti sa znásobuje porovnaním s inými zásahmi do práva na súkromie, napríklad s domovou prehliadkou, ktorú bez príkazu súdu nemožno vykonať.

K nedostatkom zaužívaného stavu v Slovenskej republike treba pripočítať aj neexistenciu výslovnej právnej úpravy o opravnom prostriedku proti rozhodnutiu sudcu. Na jednej strane možno tvrdiť, že ak je vo verejnom záujme obmedziť právo na súkromie zo zákonom určených dôvodov použitím informačno-technických prostriedkov a nezávislý sudca má možnosť súhlas nielen udeliť, ale ho aj odoprieť, potom by sa verejný záujem na obmedzení súkromia mal zabezpečiť opravným prostriedkom, ktorý by štátny orgán žiadajúci o udelenie súhlasu na použitie informačno-technického prostriedku mohol uplatniť, ak by vecne a miestne príslušný sudca odmietol udeliť súhlas. Proti tomu možno tvrdiť, že z povahy veci vyplýva, že keď právo na opravný prostriedok nemá dotknutá osoba, potom neprichádza do úvahy ani opravný prostriedok na strane žiadateľa o použitie informačno-technického prostriedku.

Nekvalitná úprava postavenia štátnych orgánov pri použití informačno-technických prostriedkov sa neprekonáva ochranou práv priznaných osobám, proti ktorým sa má použiť informačno-technický prostriedok. Významným nedostatkom v ochrane základných práv osôb je neexistencia zákonom určenej povinnosti pre štátny orgány používajúce informačno-technické prostriedky zničiť zvukové, obrazové a ďalšie záznamy získané prostredníctvom informačno-technických prostriedkov, ak sa nesplní účel ich použitia. Taká povinnosť sa určuje iba ako výnimka podľa § 35 ods. 4 zák. č. 57/1998 Z.z., podľa § 24 ods. 4 zák. č. 4/2001 Z.z. a podľa § 24 ods. 7 zák. č. 240/2001 Z.z. pre prípad použitia informačno-technického prostriedku bez predchádzajúceho písomného súhlasu sudcu.

Ďalší nedostatok je v právnej úprave kontroly. Keď zákon priznáva orgánu verejnej moci možnosť zasiahnuť do základného práva osoby bez jej vedomia, v súlade so zaručenou ochranou práva na súkromie by zákon mal ustanoviť kontrolný mechanizmus určujúci štátny orgán s právomocou dohliadať na primeranosť obmedzenia práva na súkromie iným orgánom verejnej moci.

Právna úprava platná v Slovenskej republike vytvára mechanizmus na ochranu práv osoby, ktorej právo na súkromie sa obmedzuje využitím informačno-technických prostriedkov, takmer pred všetkými orgánmi štátu, ktoré majú právomoc použiť informačno-technické prostriedky bez vedomia osoby. Sudca, ktorý udelil súhlas na použitie informačno-technických prostriedkov, je povinný sústavne skúmať trvanie dôvodov na ich použitie; ak dôvody pominuli, je povinný neodkladne rozhodnúť o skončení ich používania (§ 13 ods. 5 zák. č. 46/1993 Z.z.; § 37 ods. 4 zák. č. 171/1993 Z.z.; § 13 ods. 5 zák. č. 198/1994 Z.z.; § 35 ods. 6 zák. č. 57/1998 Z.z.; § 24 ods. 6 zák. č. 4/2001 Z.z.). Za pozornosť však stojí, že

takáto povinnosť sa sudcovi neukladá podľa zák. č. 240/2001 Z.z. v prípade použitia informačno-technických prostriedkov orgánmi colnej správy.

III.1 PARLAMENTOM SCHVÁLENÝ, PREZIDENTOM VRÁTENÝ A PARLAMENTOM ZNOVU NEPOTVRDENÝ ZÁKON

Leto 2001 na Slovensku poznamenal výrazný záujem masmédií o právnu úpravu odpočúvania a ďalších utajených zásahov mocenských zložiek štátu do životov jeho občanov.[1] Nedostatky v ochrane práva na súkromie pri použití informačno-technických prostriedkov mocenskými zložkami štátu sa roku 2001 pokúsila odstrániť skupina poslancov NR SR (J. Langoš, L. Gyurovszky, F. Mikloško). Poslanci predložili návrh zákona o ochrane súkromia a o príslušnosti súdov pri použití informačno-technických prostriedkov, ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony (tlač č. 1145). Vláda Slovenskej republiky k tomuto návrhu zaujala nesúhlasné stanovisko uznesením č. 890 z 26. septembra 2001. Národná rada SR schválila poslanecký návrh zákona 11. apríla 2002. Prezident SR rozhodnutím č. KP 401/2002 z 29. apríla 2002 vrátil zákon, ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony vo vzťahu k používaniu informačno-technických prostriedkov (zákon o ochrane súkromia) Národnej rade SR na opätovné prerokovanie. NR SR na opätovnom prerokovaní zákon neschválila. Vláda SR predložila NR SR 24. apríla 2002 návrh zákona o používaní informačno-technických prostriedkov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (tlač 1510). Národná rada SR vládny návrh odmietla.

Prezident SR podľa čl. 102 ods. 1 písm. o) Ústavy Slovenskej republiky môže vrátiť Národnej rade SR zákon s pripomienkami do 15 dní od doručenia schváleného zákona. Na ústavnú úpravu nadväzuje § 90 ods. 1 zák. č. 350/1996 Z.z. o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky, podľa ktorého: „Ak prezident republiky vráti zákon s pripomienkami národnej rade na opätovné prerokovanie, prerokuje sa v druhom a treťom čítaní s tým, že predmetom prerokovania sú iba pripomienky prezidenta republiky. Pripomienky musia obsahovať presné znenie navrhovanej úpravy, ak prezident republiky nenavrhne neprijatie celého zákona."

Prezident SR ako pripomienky predkladá materiál, ktorý obsahuje návrh na zmenu schváleného zákona podľa predstáv hlavy štátu. To sa udialo aj v okolnostiach prípadu Rozhodnutím prezidenta Slovenskej republiky o vrátení zákona z 11. apríla 2002, ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony vo vzťahu k používaniu informačno-technických prostriedkov (zákon o ochrane súkromia) (č. KP 401/2002) z 29. apríla 2002. Tento materiál pozostáva z troch častí. V prvej, stručnej, okrem identifikácie vráteného zákona sa uvádza: „Navrhujem, aby Národná rada Slovenskej republiky pri opätovnom prerokúvaní zákon schválila so zmenami, ktoré sú uvedené v časti III." V druhej časti je uvedených 11 pripomienok. V časti III sú prezidentom SR formulované zmeny, ktoré uvádza veto: „V nadväznosti na dôvody uvedené v časti II navrhujem, aby Národná rada Slovenskej republiky schválila tieto zmeny".

Zákon, ktorý Národná rada SR schválila, obsahoval § 14a ods. 1, podľa ktorého: „Národná rada Slovenskej republiky jedenkrát ročne v pléne prerokuje správu svojho výboru povereného kontrolovaním použitia informačno-technických prostriedkov, o stave ich použitia. Súčasťou správy musí byť každý zistený prípad nezákonného použitia informačno-technického prostriedku vrátane informácie o zodpovednosti osoby podľa § 14 ods. 8. Správou sa nesmie odhaliť totožnosť osôb, proti ktorým sa použili informačno-technické prostriedky, ani inak porušiť ich právo na súkromie. Správu môžu uverejniť hromadné informačné prostriedky; ustanovenia osobitného predpisu o ochrane utajovaných skutočností týmto nie sú dotknuté."

V časti II Rozhodnutia z 29. apríla 2002, bod 8, prezident SR uviedol pripomienku: „Podľa čl. I bodu 4 § 14a ods. 1 poslednej vety hromadné informačné prostriedky môžu uverejniť správu o stave použitia informačno-technických prostriedkov, ktorú jedenkrát ročne prerokuje Národná rada Slovenskej republiky; pritom nie sú dotknuté ustanovenia zákona č. 241/2001 Z.z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov. V tejto súvislosti nie je jasné, ako hromadné informačné prostriedky uverejnia správu o stave použitia informačno-technických prostriedkov, ak bude obsahovať utajované skutočnosti."

V časti II Rozhodnutia sa uvádza: „Podľa čl. I bodu 1 § 13 ods. 4 písm. c) žiadosť musí obsahovať informácie o každej predchádzajúcej žiadosti Slovenskej informačnej služby vo vzťahu k osobe, voči ktorej sa má informačno-technický prostriedok použiť vrátane údajov aj o sudcovi, ktorý o predchádzajúcej žiadosti rozhodol. Zákon neustanovuje aké údaje o sudcovi má žiadosť obsahovať. Zrejme pôjde o niektoré osobné údaje o sudcovi, čo v prípade organizovaného zločinu aj napriek príslušnému stupňu utajenia žiadostí bude predstavovať vážne nebezpečenstvo pre sudcu, ktorý udelil súhlas na použitie informačno-technického prostriedku." (bod 4, s. 3)

Prezident SR v časti III túto pripomienku neformuloval tak, aby jeho návh nadobudol charakter návrhu na zmenu schváleného zákona.

[1] Policajti u nás zrejme odpočúvajú protiústavne! Nový Čas, 2001, č. 148, s. 7; Odpočúvanie a ústava. Nový Čas, 2001, č. 148, s. 7.

V časti II Rozhodnutia prezident SR uviedol: „Podľa čl. I bodu 3 § 14 nového odseku 5 prvej vety, ak sa pri použití informačno-technického prostriedku vyhotovil zvukový, obrazový alebo zvukovoobrazový záznam (ďalej len 'záznam') nesmie sa vyhotoviť kópia záznamu a podľa druhej vety možno postúpiť len originál záznamu, ak môže byť dôkazom v konaní vedenom pred príslušným štátnym orgánom. Tieto ustanovenia nezohľadňujú existenciu médií, ktoré sú pevnou súčasťou technických zariadení na odpočúvanie a zaznamenávanie, prípadne zabudovanie technických zariadení priamo v objekte, kde sa toto zariadenie nachádza."

Ako pripomienku v časti III prezident SR navrhol: V čl. I bode 3 v § 14 ods. 5 sa za prvú vetu vkladá táto veta: „Výnimočne možno vyhotoviť kópiu záznamu, ak použitie originálu záznamu by bolo spojené s technicky neprekonateľnou prekážkou najmä, ak sa záznam vyhotovil na technickom zariadení, ktoré je zabudované v objekte, kde sa záznam vyhotovil."

„Použitie informačno-technického prostriedku alebo narábanie s vyhotoveným záznamom, ktoré nebolo vykonané v súlade s týmto zákonom podľa čl. I bodu 3 § 14 nového odseku 8 zakladá zodpovednosť osoby, ktorá takéto konanie nariadila, schválila alebo sa takého konania sama dopustila. Podľa čl. I bodu 3 § 14 nového odseku 6 vyhotovený záznam alebo iný výsledok nezákonného použitia informačno-technického prostriedku sa musí zničiť, a to do 24 hodín od zistenia jeho nezákonného použitia. Rovnako v čl. I bode 3 § 14 novom odseku 7 sa ustanovuje povinnosť zničiť záznam do 24 hodín od zistenia jednej zo skutočností uvedených v písmenách a) až c); pred zničením sa nesmie vyhotoviť kópia záznamu ani záznam prepísať do písomnej alebo akejkoľvek inej podoby.

Preto vzniká otázka, na základe čoho sa preukáže zodpovednosť osoby podľa čl. I bodu 3 § 14 nového odseku 8, ak sa zničí dôkaz o použití informačno-technického prostriedku alebo o narábaní s vyhotoveným záznamom, ktoré neboli vykonané v súlade s týmto zákonom, teda záznam alebo iný výsledok nezákonného použitia informačno-technického prostriedku podľa čl. I bodu 3 § 14 nového odseku 6 alebo 7."

V časti III Rozhodnutia sa táto pripomienka rozvinula do návrhu: V čl. I bode 3 § 14 ods. 6 sa na konci pripája táto veta: „O zničení záznamu sa vyhotoví zápisnica, v ktorej sa uvedie dôvod zničenia a osoba, ktorá nariadila alebo schválila použitie informačno-technického prostriedku, ktoré nebolo v súlade so zákonom, alebo sa takého konania sama dopustila."

IV. ZÁVER

Podmienky použitia informačno-technických prostriedkov nie sú iba predmetom úpravy vnútroštátnych právnych poriadkov. Vzťahujú sa na ne aj ustanovenia medzinárodných dohovorov o ľudských právach, ktorými sa priznáva ochrana osobám, proti ktorým smeruje použitie informačno-technických prostriedkov.

Európsky súd pre ľudské práva o použití informačno-technických prostriedkov dohľadu spôsobom znamenajúcim obmedzenie práva na súkromie uviedol, že v súlade s Dohovorom je len taký systém dohľadu, v ktorom existujú primerané a účinné záruky proti zneužitiu. Kritériá ich hodnotenia majú iba relatívny charakter závisiaci od okolností prípadu:

- podstata, rozsah a trvanie prostriedkov tajného dohľadu,
- právny základ pre vydanie povolenia na ich uplatnenie,
- typ štátneho orgánu s právomocou dovoliť použitie a kontrolovať využívanie takých prostriedkov,
- forma opravných prostriedkov poskytnutých na preskúmanie rozhodnutia, ktorým sa dovoľuje tajný dohľad.[2]

Európsky súd pre ľudské práva pri uplatnení týchto kritérií výslovne uviedol, že odpočúvanie a iné formy sledovania telefonických rozhovorov predstavujú závažný zásah do súkromného života a korešpondencie a preto sa musia zakladať na právnej úprave, ktorá je zvlášť presná.[3] Podľa Európskeho súdu: „V kontexte tajných sledovacích opatrení alebo monitorovania komunikácie orgánmi verejnej moci musí vnútroštátne právo poskytovať jednotlivcovi určitú ochranu pred svojvoľnými zásahmi do jeho práv priznaných článkom 8, a to s prihliadnutím na nedostatok verejnej kontroly a na riziko zneužitia moci. Preto vnútroštátne právo musí byť dostatočne jednoznačné vo svojich ustanoveniach, aby osobám poskytlo primeraný návod ohľadne okolností a podmienok, za ktorých sa úrady môžu uchýliť k tajným opatreniam."[4]

Z dôvodu nedostatkov právnej úpravy Európsky súd rozhodol o porušení čl. 8 Švajčiarskom, a to preto, lebo právna úprava, ktorá bola predmetom jeho konania, umožnila úradníkovi výkonnej moci, aby bez dohľadu nezávislého sudcu robil tajné opatrenia.[5] Nekvalita právnej úpravy sa stala príčinou rozhodnutia

[2] Case of Klass and Others. Publications of the European Court of Human Rights. Series A: Judgements and Decisions. Köln – Berlin – Bonn – München, Carl Heymanns Verlag KG, 1979, č. 28, § 41.

[3] Case of Kopp v. Switzerland (13/1997/797/1000) § 72.

[4] Case of Kopp v. Switzerland, § 64.

[5] Case of Kopp v. Switzerland, § 74.

o porušení Dohovoru Francúzskom, lebo právna úprava tohto štátu „primerane jasne neurčila rozsah a spôsob uplatňovania takýchto oprávnení príslušnými orgánmi."[6] Rovnaké rozhodnutie urobila aj Európska komisia pre ľudské práva pri preskúmaní súladu španielskej úpravy s článkom 8 Dohovoru, keď 11. apríla 1997 vo veci Cosme Valenzuela Contreras proti Španielsku (sťažnosť č. 27671/95) za hodnotiace kritérium označila otázku, či príslušné právne ustanovenia poskytujú dostatočnú záruku proti svojvoľným zásahom verejnej moci a na jej základe zistila, že španielske právo nevymedzilo s náležitou jasnosťou a presnosťou rozsah a spôsob výkonu odpočúvania. Nedefinovalo napr. kategórie osôb, ktoré možno podrobiť odpočúvaniu, ani kategórie prípadov, v ktorých možno povoliť odpočúvanie, a neurčovalo ani časový limit trvania odpočúvania, povinnosť zničiť zvukové záznamy v prípade zastavenia konania alebo zbavenia obvinenia a pod.

Právnu úpravu platnú v SR možno podozrievať z nesúladu s čl. 8 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd – nie je mimoriadne presná, neustanovuje jasné a podrobné pravidlá pre rozhodnutie o použití informačno-technických prostriedkov. Celkom naopak, obsahuje iba všeobecné normy, ktoré umožňujú, aby informačno-technické prostriedky používal rad štátnych orgánov – Policajný zbor SR, Slovenská informačná služba, Vojenské spravodajstvo, Železničná polícia, Zbor väzenskej a justičnej stráže a orgány colnej správy bez toho, aby sa zachovala spravodlivá rovnováha medzi verejnými záujmami (verejná bezpečnosť, národná bezpečnosť, predchádzanie zločinnosti) a záujmami jednotlivca, ktoré sa uznávajú za relevantné, a preto sa im priznáva ochrana prostredníctvom článku 8 Dohovoru. Zákaz použitia nezákonne získaných informácií sa ustanovuje iba pre výnimočné prípady podľa § 35 ods. 4 zák. č. 57/1998 Z.z., podľa § 24 ods. 4 zák. č. 4/2001 Z.z. a podľa § 24 ods. 7 zák. č. 240/2001 Z.z. Iba v týchto výnimočných prípadoch sa tiež platnou právnou úpravou vytvára právny základ pre zničenie záznamov získaných nezákonným použitím informačno-technických prostriedkov. Podmienky a čas uchovávania záznamov získaných prostredníctvom informačno-technických prostriedkov na základe predchádzajúceho písomného súhlasu sudcu platná právna úprava nijako neustanovuje. Trvanie archivácie sa obmedzuje iba technickými vlastnosťami použitých nosičov získaných záznamov, a to je v právnom štáte zarážajúco slabá ochrana práv a slobôd priznaných v ústave.

Európsky súd pre ľudské práva zaregistroval 30. júla 2001 sťažnosť namietajúcu porušenie čl. 8 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd Slovenskou republikou v dôsledku nedostatkov platnej právnej úpravy použitia informačno-technických prostriedkov pred odpočúvaním.[7] Sťažovateľ okrem porušenia svojho práva na súkromie Finančnou políciou namietol aj porušenie svojich práv Národnou radou Slovenskej republiky nečinnosťou tohto orgánu, lebo parlament neprijal zákon zabezpečujúci primeranú ochranu práv sťažovateľa podľa čl. 8 v spojení s odsekom 1 článku 6 Dohovoru. Neúnosnosť stavu platnej právnej úpravy opätovne pripomenula politická aféra v januári 2003, ktorá sa zrodila ako dôsledok zistenia, že bližšie nezistený pracovník Policajného zboru alebo SIS bez rozhodnutia súdu odpočúval telefonické rozhovory lídra strany vládnej koalície Pavla Ruska (ANO), a že z odpočúvaných telefonických rozhovorov sa vyhotovili zvukové záznamy.[8]

[6] Kruslin case. Publications of the European Court of Human Rights. Series A: Judgements and Decisions. Koln – Berlin – Bonn – München, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, č. 176–A; Huvig case. Publications of the European Court of Human Rights. Series A: Judgements and Decisions. Koln – Berlin – Bonn – München, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, č. 176–B.

[7] KVASNICA proti Slovensku (sťažnosť č. 72094/01).

[8] Slovenská Watergate: Predstavitelia ANO v pozornosti kriminálky. Národná obroda, 18. 1. 2003, s. 1, 2, 4; Rusko vypovedal o odpočúvaní. Hospodárske noviny, 23. 1. 2003, s. 2; Ak ma odpočúval rezort vnútra, Palko musí odísť! Nový Čas, 23. 1. 2003, s. 2; Ktosi tu odpočúva. Otázka znie: Kto? SME, 24. 1. 2003, s. 1, 2; Odpočúvanie Ruska: tajné služby sa začínajú hádať. Národná obroda, 24. 1. 2003, s. 2; Mitro: Na odpočúvaní lídra ANO sa SIS nepodieľala. Hospodárske noviny, 24. 1. 2003, s. 1;.

Prezidentské volby v roce 2003 a počítání času v ústavním právu

Jan Filip*

ÚVODEM

Počítání času představuje v právu relativně složitou záležitost i tam, kde je právně výslovně upraveno. Což teprve tam, kde vždy upraveno není jako v ústavních předpisech. Ne náhodou se také říká, že po palmární knize je kalendář nejdůležitější pomůckou advokáta, pro ostatní právníky (ty bez palmární knihy) možná tedy tou nejdůležitější. Mít kalendář ale ještě nestačí. Je třeba vědět, po kterém sáhnout (je jich celá řada)[1] a jak se s ním zachází. Proto nepřekvapuje, že většina právních kodexů obsahuje výslovná pravidla, jak čas, doby, časová rozpětí, období, data, lhůty počítat. To však neplatí pro ústavní právo,[2] takže to se musí zpravidla spolehnout na použití pravidel z jiných právních odvětví (např. občanského práva) nebo na obecné nepsané právní principy (jak to u nás určil Ústavní soud[3]). Obojí postup sice může vyvolat spory, zpravidla jsou však judikaturou vyřešeny. Aby se tak ale mohlo stát, musí k tomu judikatura a ústavní praxe vůbec dostat příležitost. Z tohoto hlediska proto nelze v rubrice aktualit za první čtvrtletí roku 2003 přejít mlčením prezidentské volby, které takovou příležitost poskytly. Nelze to přejít již proto, že na základě soukromého průzkumu, který jsem si soukromě dělal mezi našimi předními právními odborníky, jednota názorů na druhý problém (konec funkčního období prezidenta republiky) nepanovala, byť názor, že skončilo řádně, výrazně převažoval.[4]

Troje prezidentské volby v roce 2003 se proto do dějin našeho ústavního práva zapíší nejen tím, že byly vlastně prvními skutečnými volbami, ve kterých se utkali kandidáti, kteří měli přibližně stejné šance na vítězství. V rámci diskusí nad průběhem všech tří voleb by nemělo být zapomenuto na dvě sporné otázky, které byly spjaty s dalšími diskusemi kolem toho, jak se mají vlastně počítat v ústavním právu časy a lhůty. Zdůrazňuji předem, že tento příspěvek je jen aktualitou v rámci takto nazvané rubriky, nečiní si nárok na to být studií s návrhem na řešení. Současně bych se ale nechtěl omezit na pouhá tvrzení, jak jsme toho byli v tomto případě svědky.

DISKUSE K ČL. 56 ÚSTAVY ČR. ŘÁDNÉ A MIMOŘÁDNÉ PREZIDENTSKÉ VOLBY NEJSOU TOTÉŽ

Pokud jde o první volbu (Bureš – Klaus – Pithart – Kříženecký), problémy ohledně počítání času nevznikly. Ustanovení čl. 56 věta první stanoví, že volba se koná v posledních třiceti dnech funkčního[5] období úřadujícího prezidenta. Kancelář prezidenta republiky vycházela z toho, že posledním dnem funkčního období je 2. únor a zvolené datum první volby – 15. leden – proto ještě nemohlo vyvolat žádné diskuse. Ty se objevily až po neúspěšné druhé volbě 24. ledna (Klaus – Moserová – Zeman), kdy již bylo jasné, že zvolení prezidenta, bez ohledu na početní převahu vládní koalice, nebude vůbec jednoduchou záležitostí. Ústavní inženýři našich politických stran začali jednak vyrábět návrhy na přímou volbu prezidenta, jednak začali spekulovat, do kdy by se měla konat další (třetí) volba. Ve snaze prosadit ještě další pokus o parlamentní volbu se

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

[1] Např. astronomický, babylonský, mayský, dva římské, gregoriánský, a juliánský, židovský, muslimský, hinduistický, staroegyptský, čínský, aztécký, peruánský, indiánský atd.

[2] Obecně k počítání času v ústavním právu odkazuji na FILIP, J.: Ústavní právo. 1. díl, 3. vyd., Brno 1999, s. 44–48 a na nález Ústavního soudu č. 30/1998 Sb., který se týká počítání lhůt podle čl. 50 Ústavy ČR (lhůta na doručení). Pouze poznamenávám, že existují i snahy rozšířit dosah tohoto nálezu i na čl. 46 odst. 1 Ústavy ČR, ačkoli jde podle mého názoru svou povahou o jinou lhůtu (jde o lhůtu hmotněprávní – na rozhodnutí) a jiný výpočet.

[3] Nález č. 30/1998 Sb. Jeho problematické stránky (chybějící vysvětlení, proč stát představovaný nejvyššími státními orgány, neexistuje nepřetržitě v čase) nejsou předmětem této poznámky.

[4] Jen pro zajímavost uvádím, že kromě 1. února se jako další možnost objevil i názor, že se tak mělo stát první nejbližší pracovní den, tj. 3. února v pondělí (jeho autor ovšem chtěl pouze demonstrovat chybný postup Ústavního soudu v nálezu č. 30/1998 Sb.), popř. odpovědi, které zde nelze otisknout. Nemusí to ale mrzet. Např. ohledně funkčního období prezidenta Výmarské republiky proběhla též dlouhá diskuse, ve které bylo dokonce vyjádřeno názorů pět. Srov. KLEIN, F.: Wann beginnt die Amtszeit des Reichspresidenten? Zeitschrift für öffentliches Recht, roč. 1933, sv. XIII, s. 121–130.

[5] Pro úplnost uvádím, že na rozdíl od volebního období Poslanecké sněmovny stanoví v případě prezidenta republiky Ústava ČR funkční období, tedy časové rozpětí, ve které zvolený prezident republiky vykonává svoji funkci.

objevil názor, že volba musí proběhnout do třicet dnů od uvolnění úřadu prezidenta. Setkali jsme se tak s tvrzením, že volba musí proběhnout do 4. března.[6] Bylo to dovozováno z čl. 56 věty druhé Ústavy ČR, která takové ustanovení obsahuje. Tento výklad ovšem vůbec neodpovídá textu Ústavy ČR a smyslu tohoto ustanovení, které sice ne výslovně, nicméně mlčky rozlišuje řádné a mimořádné prezidentské volby.

Ustanovení čl. 56 Ústavy ČR upravuje dva spouštěcí mechanismy pro dvě různé situace při volbách prezidenta. První z nich umožňuje provedení řádných prezidentských voleb, druhý zase provedení mimořádných prezidentských voleb. V prvém případě prezident republiky řádně dosluhuje (nikoli dosloužil) své funkční období. Vzniká tak především otázka, ve kterém okamžiku můžeme tvrdit, že taková situace existuje, kdy tedy prezident řádně dosluhuje. Příprava řádných voleb prezidenta republiky pochopitelně začíná dalcko dříve než 30 dnů před uplynutím funkčního období. Nicméně podle mého názoru rozhodujícím dnem třicátý den před uplynutím funkčního období. Ten určuje, který postup bude nastartován a zda se uplatní první řešení (řádné volby). Tak se stane tehdy, jestliže je tento den úřadující prezident ve funkci. V takovém případě se tedy volba koná na základě čl. 56 věty prvé Ústavy ČR.

Teprve v případě, že prezident republiky do uvedeného termínu nedoslouží (zemře, abdikuje, je odsouzen pro velezradu, je zbaven způsobilosti k právním úkonům, ztratí státní občanství, ujme se neslučitelné funkce), lhostejno, kdy se tak před tímto termínem stane, použije se řešení podle věty druhé. Jedna hypotéza tudíž vylučuje druhou, takže žádnou přímou povinnost volit prezidenta republiky do 30 dnů po uvolnění úřadu uplynutím funkčního období dovodit nelze. Ústava ČR po uvolněním úřadu v tomto případě chápe něco jiného – uvolnění během funkčního období, ať již z důvodu rozhodnutí prezidenta nebo jiného orgánu.

Zde dále upozorňuji na tu okolnost, že Ústava ČR výslovně počítá s pojmem „úřadujícího" prezidenta. To značí, že může být i neúřadující prezident. Konkrétně se může jednat o situaci podle čl. 66 Ústavy ČR, kdy je nový prezident zvolen, ale ještě nesložil (nemohl složit) slib (tzv. prezident–elekt) nebo nemůže svůj úřad vykonávat. Pro náš případ to ale značí, že „uvolnění úřadu" prezidenta republiky nastane v situaci, kdy z něj byl někdo uvolněn. To však v případě věty prvé nepřichází do úvahy, neboť prezident „úřaduje" a úřad uvolnit nemá v úmyslu. To konečně správně dokládá i § 80 odst. 2 jednacího řádu Poslanecké sněmovny. Proto jen nezbývá než konstatovat, že výklad čl. 56 Ústavy ČR byl sice mylný, nicméně posloužil dobré věci a odstranil diskuse, zda se má konat třetí volba. Ta také úspěšně proběhla a prezident byl zvolen 28. února. Jako by ale diskuse kolem prvního problému nestačily, objevil se hned problém druhý. Souběžně s tím se totiž začalo diskutovat o tom, zda si prezident Havel své funkční období neprodloužil o jeden den a zda neměl skončit již 1. února 2003, když slib složil (a úřadu se ujal) dne 2. února 1998.

KDY KONČÍ FUNKČNÍ OBDOBÍ PREZIDENTA REPUBLIKY

Zde je třeba na úvod poznamenat, že v únoru 2003 mohla poprvé nastat situace (ale opět nenastala), se kterou jsme se od roku 1918 v dějinách našeho státu ještě nesetkali. Řízením osudu totiž nikdy nedošlo k tomu, aby si prezidentský úřad předávaly dvě různé osoby. Čím to bylo způsobeno. V roce 1918 byl zvolen prezident republiky poprvé. Nikdo před ním proto v úřadě být nemohl (a panující císař by mu mohl místo předání úřadu nejvýš vložit oprátku na krk). V letech 1920, 1927 a 1934 si úřad předával T. G. Masaryk sám sobě, takže nemohl vzniknout spor, problém výkladu ovšem ano.[7] T. G. Masaryk 14. 12. 1935 abdikoval, takže za čtyři dny zvolený E. Beneš neměl od koho funkci přejímat. Sám rovněž abdikoval, proto ani E. Hácha neměl kontinuálního předchůdce. Po roce 1945 byl opět volen dvakrát E. Beneš sám a tento zase 7. 6. 1948 abdikoval, takže ani K. Gottwald se do uvedené situace nedostal. Posléze zemřel a týž osud potkal v úřadě A. Zápotockého. A. Novotný opět předával úřad v roce 1964 sám sobě a 22. 3. 1968 abdikoval. L. Svoboda proto opět nastupoval na uprázdněný úřad, který si sám v roce 1973 předával (volba i slib se konaly 8 dnů před skončením funkčního období) a úřadu byl zbaven na základě ústavního zákona. G. Husák si v letech 1980 a 1985 zase úřad předával sám sobě.[8] Pak se rovněž rozhodl pro abdikaci. Taktéž V. Havel si úřad v roce 1990 a 1998 předával sám sobě, v roce 1993 žádný prezident nově vzniklé samostatné ČR v úřadě být pochopitelně nemohl. Teprve v roce 2003 mohl být sporný problém konce období a nástupu no-

[6] Tedy ještě ani v tomto období nebylo zpochybněno, že funkční období končí 2. února 2003.

[7] Protože T. G. M. svůj slib skládat v den svého zvolení – např. byl zvolen 27. 5. 1920, týž den složil slib a totéž se opakovalo 27. 5. 1927, své celé období nedosloužil. Protože však znovu nastupoval on sám, problém byl jen v tom, který prezident, přesněji – prezident kterého funkčního období po složení slibu 27. 5. 1927 do 24.00 úřadoval. V tom smyslu je třeba chápat poznámku E. Soboty v kolektivní práci Československý prezident. Státoprávní instituce a její život. Praha 1934, s. 11. Tento názor přebírá i Lindeho Komentář k Ústavě ČR. 2. vyd., Praha 1998, s. 210. Pomíjí ovšem odlišnost Ústavní listiny z roku 1920, která stanovila, že dřívější prezident zůstává ve funkci, dokud nebude zvolen (zřejmě nesloží slib) prezident nový. V našich podmínkách by taková situace mohla nastat jedině v případě, že by šlo o tutéž osobu, která by si tím mohla zkrátit funkční období, což se také v několika případech stalo.

[8] Pouze on si funkční období 1980–1985 nezkrátil ani o den – 22. 5. 1980 – 22. 5. 1985, volba a slib na nové období byly 23. 5. 1985.

vého prezidenta republiky vyřešen cestou vzniku nové ústavní zvyklosti. Protože však nebyla volba v době úřadování V. Havla úspěšná, k osudovému „setkání" dvou prezidentů nedošlo.

Nebyla nám proto dána příležitost, abychom museli řešit tuto situaci, kdy se jeden stávající prezident ještě snaží úřadovat a nově zvolený prezident se již snaží složit slib. Pokud by se prezident-elekt V. Klaus řídil názory některých právních expertů, které několikrát prezentovala TV NOVA, mohla snadno taková situace nastat. V. Havel totiž úřadoval do půlnoci 2. února 2003, ačkoli měla podle kritických názorů některých právníků jeho funkce zaniknout již o den dříve. Protože jsme se však mohli ve sdělovacích prostředcích setkat spíše s tvrzeními, než s argumentací (nemluvě o rozpačitých reakcích státních funkcionářů, kteří by měli zjednat pořádek), podívejme se na věc trochu blíže.

Chci předem upozornit, že o počítání času se vedou spory v každém státě, kde není stanoveno pevné volební či přesněji funkční období jako např. v USA.[9] Není to však důvod pro to, aby takové problémy vznikaly i v ČR, kde se nakonec podařilo v ústavě najít celkem schůdná řešení pro Poslaneckou sněmovnu. To by mělo být východiskem i pro výklad ukončení funkčního období prezidenta. Oba komentáře k Ústavě ČR zde sice shodně tvrdí, že volební období Poslanecké sněmovny končí dnem, který se datem shoduje se dnem, kdy začalo, nicméně každý z nich to chápe jinak. Z Beckova komentáře nepřímo plyne, že v případě dvoudenních voleb, je to až druhý den voleb.[10] Naopak Lindeho komentář zastává stanovisko, které s největší pravděpodobností odporuje čl. 19 odst. 3 a čl. 106 odst. 1 Ústavy ČR, když tvrdí, že to je již první den voleb.[11] Aby zde pochybnosti nebyly, zpracovatelé Ústavy ČR konec funkčního období stanovili dokonce přímo. V čl. 106 odst. 1 pro volby konané ve dnech 5.–6. června 1992 určili (ani jinak nemohli, ale pro výklad to má význam) jako konec pochopitelně 6. června 1996. Poslanci tak *„nabývají"* mandát podle čl. 19 odst. 3 Ústavy ČR zvolením, své funkce se mohou *„ujmout"* nejdříve den po uplynutí volebního období předchozí sněmovny (v roce 1996 to mohlo být nejdřív 7. června). Na rozdíl od SRN, kde podpůrně používají pro počítání volebního období občanský zákoník s obdobnými ustanoveními,[12] jaká má náš občanský zákoník v § 122 odst. 2, tak z Ústavy ČR nepřímo plyne jednoznačné ústavní pravidlo pro počítání volebního období.

Nevidím důvod, proč by se prezidentovo funkční období mělo počítat jinak. Zastánci jiného řešení však tento ústavní stav přecházejí mlčením. Tvrzení, že rok má 365 dnů sice může být pravdivé, ale netýká se vůbec našeho případu funkčního období prezidenta. Obdobně by jistě bylo proti „zdravému rozumu" počítat rozpočtový rok od 1. ledna do 1. ledna nebo od 1. dubna do 1. dubna, a ne do 31. prosince nebo 31. března. Rozpočtový rok má ale zcela jiné poslání. Naopak pět let funkčního období prezidenta republiky je určeno na pět po sobě jdoucích kalendářních roků *(tempus continuum)* bez ohledu na to, kolik mohou mít dnů.[13] A ty se u nás od 19. století (mimo obecný občanský zákoník), a nyní již ve všech právních předpisech, počítají tak, že je třeba znát počátek volebního či funkčního období (které není z právního hlediska totéž co lhůta) a podle počtu let určit jeho konec, který se musí shodovat s datem, kdy začalo běžet. Toto je obecné pravidlo, které platí nejen u nás, ale i v jiných státech pro počítání funkčního období prezidenta či legislativního nebo volebního období parlamentu, legislativy atd. Náš obecný občanský zákoník z roku 1811 měl z tohoto hlediska v původním znění počítání jiné, které u nás stále jako právní pověra přežívá. Stanovil totiž, že podle zákona *(supputatio legalis)* se 24 hodiny počítají jako den, 30 dnů jako měsíc a 365 dnů jako rok.[14] Toto počítání však odstranila 3. novela obecného občanského zákoníku (§ 98) v roce 1916 a místo staroegypského a římského kalendáře zavedla moderní počítání, které se nyní uplatňuje prakticky všude. Vrátit se k němu, jak to nepřímo navrhli kritici postupu Kanceláře prezidenta republiky, by bylo problematické. Uvažme např. situaci v roce 1998, kdy se večer před uplynutím lhůty podle čl. 44 odst. 3 Ústavy ČR Poslanecká sněmovna měla alespoň formálně usnést o návrhu zákona, se kterým Tošovského vláda spojila otázku důvěry. Ty tři měsíce se počítaly podle § 122 odst. 2

[9] 20. ledna ve 12.00 v přestupném roce nebo pro Kongres 3. ledna každé dva roky rovněž ve 12.00. Tím je zcela jasně odlišeno funkční či legislativní období předchozího a nového orgánu. Ne vždy tomu ale takto bývá.

[10] Srov. HENDRYCH/SVOBODA a kol.: Ústava České republiky. Komentář. Praha 1997, s. 23–24.

[11] PAVLÍČEK, V., HŘEBEJK, J.: Ústava a ústavní řád České republiky. 1. díl, 2. vyd., Praha 1998, s. 120. První den sice jako rozhodný den uvádí § 97 odst. 2 zákona o volbách do Parlamentu (nyní § 1 odst. 6), avšak jen pro počítání lhůt ve volebním zákoně. Pro počítání volebního období nelze toto ustanovení uplatnit.

[12] Příklady z jiných států neuvádím, ač svědčí zde zastávanému stanovisku. V zahraničí se však začátek volebního nebo funkčního období počítá od jiných termínů, což by tuto aktualitu zatížilo.

[13] Pokud by byl V. Klaus zvolen např. v přestupném roce 2000 28. února, jeho volební období by skončilo 28. února 2005 a mělo by 1827 dnů. V době přechodu na gregoriánský kalendář v roce 1582 by zase bylo o 10 dnů kratší. Obdobnou hádanku nám konečně připravuje v posledních třech letech náš zákonodárce, který si po sporech mezi komorami oblíbil formulaci, podle které zákon nabývá účinnosti prvního dne x-tého měsíce po vyhlášení, aniž by se občas obtěžoval sdělit, zda se jedná o měsíc jako jednotku počítání času v právu nebo o kalendářní měsíc. Pak se názory na to, kdy vlastně nabyl účinnosti ústavní zákon č. 448/2001 Sb. skutečně rozcházejí.

[14] V takovém případě by funkční období V. Havla bylo 1825 dnů, a skutečně nikoli 1826 dnů.

občanského zákoníku nebo § 902 obecného občanského zákoníku ve znění od roku 1916, nikoli do roku 1916.[15] Znovu jen podotýkám, že volební období není lhůtou, i když se jeho konec obvykle takto počítá. Jde o časové rozpětí určené počátkem a koncem.

V. Pavlíček se v Lindeho komentáři ještě zmiňuje o možnosti setkání dvou prezidentů ve funkci. Uvádí, že složit slib lze teprve poté, co skončilo předchozí volební (rozuměj funkční) období. Jinak by došlo k jejich střetu a přednost by bylo třeba dát předpisu určujícímu trvání funkce před předpisem zakládajícím změnu.[16] I když naše ústavní úprava na rozdíl od Ústavní listiny z roku 1920 takovou možnost zřejmě nepředvídala a z judikatury Ústavního soudu by to ani nebylo možné, není bez významu se zabývat pro příště i otázkou, zda může týž prezident, který si sám předává funkci složit slib dříve, minimálně v poslední den svého funkčního období (alespoň jednou tak postupovali T. G. Masaryk, A. Novotný a G. Husák). Důsledkem by bylo, že si vlastně zkrátí dobu, po kterou může funkci vykonávat. To by asi ústavně podle mého názoru možné bylo, když může konečně i na svou funkci abdikovat *(arg. a maiori ad minus)*. Není přece důvodu, aby byl stát od půlnoci posledního dne funkčního období bez prezidenta např. do dopoledne dalšího dne, kdy složí svůj slib nový prezident, který je totožný s prezidentem úřadujícím. V tomto směru bylo řešení po vzoru Ústavní listiny z roku 1920 praktičtější, neboť zde podle jejího § 58 odst. 5 dřívější prezident zůstával ve své funkci, pokud nebyl zvolen prezident nový.[17] Přesnější by ale bylo, aby tento okamžik byl dán složením slibu nového prezidenta. Těžko je ale taková situace myslitelná mezi různými osobami, neboť tím by nastupující prezident zkrátil funkci končícímu prezidentovi, což je jistě ústavně nepřípustné.

Jen pro doplnění ještě poznamenávám, že obdobná pravidla pro počítání času a lhůt stanovila i Rada Evropy cestou Evropské úmluvy o počítání lhůt.[18] K té jsme ovšem dosud nepřistoupili. Její řešení se ovšem na všechny situace ústavního práva (zejména u voleb) uplatnit nedají. Totéž konečně platí i pro § 122 občanského zákoníku a proto volební předpisy upravují počítání lhůt v některých případech odchylně (srov. § 97a zákona o volbách do Parlamentu). Proto může být podle mého názoru ještě zajímavější úprava v rámci práva Evropských společenství, neboť dva roky před Radou Evropy ještě podrobnější pravidla počítání času a lhůt přijímají v roce 1971 EHS a Euroatom.[19] Tato úprava byla vydána formou nařízení. Po našem přistoupení k Evropské unii v příštím roce proto můžeme začít diskutovat o tom, zda tento pramen práva Evropských společenství (s přednostním použitím i před naším právem), naše problémy s počítáním času podle ústavních předpisů přece jen nepomůže konečně vyřešit.

S prezidentem Havlem jsme se tak nerozloučili sice jako někteří Slováci s prezidentem Kováčem, kterému před jeho úřadovnu umístili tabuli s ukazatelem odčítajícím dny, hodiny a minuty jeho končícího funkčního období. Pochybnosti byly (raději) vysloveny, až už byl mimo funkci. Přesto si myslím, že i tento „pražský" způsob rozloučení by neměl být zapomenut. Poukázal totiž na slabá místa našeho práva a možné problémy, které nás v budoucnosti mohou ještě čekat. Na možné předávání funkce prezidenta republiky a jeho právní aspekty proto myslemе dopředu. Z tohoto hlediska si vlastně kritikové V. Havla a jeho kanceláře zaslouží svým způsobem ocenění. Je však štěstím, že v naší ústavě se vyskytují časová rozpětí, lhůty a data spíše sporadicky. V takové Ústavě Indie jich napočítáme stovky od hodin po 50 let. To bychom ze sporů a diskusí nevyšli.

[15] Podle parlamentní dokumentace byl návrh vzat vládou zpět přesně za tři měsíce počítáno obvyklým způsobem. V daném případě by to náhodou nevadilo, neboť únor měl sice jen 28, avšak leden a březen 31, takže se dorovnalo na průměr 30 dnů na měsíc. Pokud bychom ovšem přejali názor, že lhůta, která začala 15. ledna měla podle „zdravého rozumu" skončit 14. dubna, tak měla být Poslanecká sněmovna rozpuštěna a mohli jsme být ušetřeni úst. zákona č. 69/1998 Sb., kterým bylo zkráceno její volební období.

[16] Cit. dílo (pozn. č. 11), s. 210. Tento názor ovšem přejímá z práce SOBOTA, E. a kol.: Československý president republiky. Praha 1934, s. 11, která komentuje ústavně odlišnou situaci podle Ústavní listiny z roku 1920.

[17] Ústavní listina zde evidentně vycházela z předpokladu, že slib bude vykonán ještě týž den, což se také v praxi pravidelně uskutečňovalo.

[18] European Convention on the Calculation of Time-Limits z roku 1973. V Rakousku má přednost před tradičními pravidly § 902n. obecného občanského zákoníku, jak jsme je znali. Viz rakouský text č. 254/1983 BGBl. K tomu Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. RUMMEL, P. (Hrsg.). 1. sv., 3. vyd. Wien 2000, s. 1550–1552.

[19] Rugulation (EEC, Euroatom) No 1182/71 of the Council of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits. Official Journal L 124, 08/06/1971.

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Základní prostředky ochrany mzdových nároků zaměstnanců

Michal Hocko*

Jestliže je něco typické pro pracovněprávní vztahy jako takové, tak je to vedle relativní stálosti či dispoziční pravomoci zaměstnavatele, úplatná povaha tohoto vztahu. Samo pracovní právo považuje za svůj předmět pouze a jen tzv. závislou práci, jež je činností vykonávanou za účelem dosažení výdělku. Dnešní společnost je konstruovaná způsobem, kdy každý jednotlivec se více či méně musí podílet na tvorbě hodnot potřebných, potažmo určených nejen jemu, ale i ostatním jednotlivcům. Většina práce schopného obyvatelstva nabízí vlastní pracovní sílu pro tvorbu těchto statků na trhu práce a jako protihodnotu získává peněžní prostředky k obživě a rozvoji sebe a celé své rodiny.

Existence pracovního poměru sama o sobě však ještě nezakládá právo zaměstnance na mzdu. Právo na mzdu vzniká až okamžikem, kdy je práce vykonána. Mzda je v tomto pojetí (což je pojetí našeho právního řádu) chápána jako odpovídající odměna za vykonanou práci. Hlavní důraz je tedy kladen nikoliv na existenci smluvního závazku, ale na existenci vykonané práce. Danou koncepci je možné v českém právní řádu nalézt již v Listině základních práv a svobod, kde je v článku 28 upraveno právo zaměstnance na spravedlivou odměnu „za práci" a nikoliv pouze právo na spravedlivou odměnu jako takovou. Obdobně vyzní i § 111 zákoníku práce (zákon č. 65/1965 Sb.), podle kterého zaměstnanci náleží za vykonanou práci mzda, či § 4 odst. 1 zákona o mzdě (zákon č. 1/1992 Sb.), nebo § 3 odst. 1 zákona o platu (zákon č. 143/1992 Sb.), který má obdobnou dikci.

PRINCIP OCHRANY MZDY

Teorie pracovního práva rozpracovala řadu principů ochrany mzdy ze zcela zřejmého důvodu. Mzda je často jediným příjmem, který zaměstnanec a jeho rodina může použít na úhradu svých potřeb, takže případné zásahy zaměstnavatelů do mzdových oblastí, ať již ve formě nevyplácení mezd vůbec či jen jejich nepatrných částí, nebo neustálé odkládání výplaty na dobu „až na tom bude firma lépe", mají velmi negativní dopad na sociální oblast zaměstnanců. Je proto žádoucí zakotvení ochrany mzdy jakožto institutu vzhledem k jeho specifickému postavení. Sám o sobě tento princip posiluje motivaci zaměstnance k práci a odstraňuje nejistotu (a také následnou nechuť pracovat), která by bez pracovněprávní ochrany zanikla. Projev této ochrany je možné sledovat ve dvou rovinách. Jednak je to ochrana minimální výše mzdy, kterou má zaměstnanec obdržet, a zároveň je to také ochrana mzdy zaměstnancem již dosažené.

Základním dokumentem upravujícím ochranu mzdy je Úmluva Mezinárodní organizace práce č. 95 o ochraně mzdy (publikovaná pod číslem 441/1991 Sb.). Daná úmluva se vyjadřuje ke značnému okruhu otázek. V první řadě stanoví povinnost vyplácet mzdu pouze v zákonné měně a výplaty vlastními směnkami, šeky nebo dalšími prostředky jsou zakázány. Naopak je umožněno vyplácet část mzdy v naturální formě. Je taktéž zakázáno zaměstnavatelům omezovat jakýmkoliv způsobem pracovníky ve volném nakládání se mzdou[1]. Případné srážky ze mzdy jsou povoleny pouze za podmínek stanovených vnitrostátními právními předpisy. Je zde stanovena povinnost vyplácet mzdu pravidelně a je taktéž, je-li třeba, stanovena povinnost učinit účinná opatření, aby pracovníci mohli být vhodným a snadno srozumitelným způsobem informováni o mzdových podmínkách, za jakých budou pracovat, a to ještě dříve než nastoupí do zaměstnání, a také o složkách jejich mzdy za příslušné výplatní období. Lze konstatovat, že tato – ale nejen tato – ustanovení jsou samozřejmě v našem právním řádu již nějakou dobu zakotveny. Vedle této úmluvy se ochranou mzdy zabývají i další mezinárodní dokumenty. Příkladmo uveďme Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech, přijatý v rámci OSN v roce 1966 (ratifikovaný a vyhlášený pod číslem 120/1976 Sb.) či Evropskou sociální chartu z roku 1961 (Česká republika tuto chartu ratifikovala a vyhlásila pod číslem 14/2000 Sbírky mezinárodních smluv).

* Michal Hocko, student Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

[1] Například tam, kde jsou v souvislosti s provozem podniku v závodě zřízeny obchody pro prodej zboží pracovníkům nebo provozovny, které jim poskytují služby, nesmí být činěn na pracovníky žádný nátlak, aby v takových obchodech nakupovali nebo využívali služeb, které podnik poskytuje. Kde není možné chodit do jiných obchodů nebo využívat jiných služeb, musí příslušný orgán učinit vhodná opatření, aby se zboží prodávalo a služby poskytovaly za správné a přiměřené ceny.

Co se týče ochrany minimální výše mzdy, jakožto projevu ochrany mzdy, lze tento princip pozorovat již při sjednávání mzdových podmínek. Jedná se o to, že zákon uvádí povinnost sjednat mzdu nejméně ve výši stanovené obecně platným právním předpisem, čímž zaručuje zaměstnanci alespoň minimální příjem. V naší právní úpravě je minimální výše mzdy chráněna zejména stanovením[2]:

- Zákonné výše minimální mzdy
- Minimálních mzdových tarifů
- Minimálního rozsahu a minimální výší příplatků
- Minimální výší odměny za pracovní pohotovost

Ochrana splatné mzdy spočívá v ochraně mzdy, která byla již zaměstnancem dosažena, před zásahy a možným krácením ze strany třetích osob. Projevuje se hlavně v ochraně mzdy před neoprávněnými srážkami, kdy je možné provést srážky ze mzdy pouze ze zákonem stanovených důvodů[3]. Další projev je možné sledovat při výplatě mzdy. Mzda je splatná po vykonání práce, a to nejpozději v kalendářním měsíci následujícím po měsíci, ve kterém vznikl zaměstnanci nárok na mzdu nebo na některou její složku. V pracovní nebo kolektivní smlouvě je možné sjednat kratší než měsíční období splatnosti. Vzhledem k tomu, že daný měsíční prostor je příliš nekonkrétní, je zaměstnavateli uložena povinnost v tomto období určit pravidelný termín výplaty mzdy, není-li tento termín sjednán v kolektivní smlouvě. Zároveň má také povinnost tento termín projednat s příslušným odborovým orgánem.

PROSTŘEDKY OBRANY JEDNOTLIVÝCH ZAMĚSTNANCŮ

V situaci, kdy zaměstnavatel nevyplatí v termínu výplaty splatnou mzdu, tj. včas a řádně neuspokojí nárok druhého účastníka pracovněprávního vztahu, ocitá se ve smyslu ustanovení § 256 zákoníku práce v prodlení se všemi z toho vyplývajícími důsledky. Je sice umožněno poskytnout částečné plnění a zároveň i uložena povinnost přijmout toto neúplné plnění mzdového nároku ze strany zaměstnance, avšak je nutné podotknout, že i přesto se v rozsahu zbývající části neposkytnutého plnění zaměstnavatel dostává do prodlení. Zákoník práce také pamatuje na možnost plnění ve splátkách, avšak pouze v situaci, kdy je plněno ze strany zaměstnance, takže se argumentem opaku dovozuje, že je nemožné splácet mzdové nároky zaměstnance zaměstnavatelem formou pravidelných splátek. V. ustanovení § 256 odst. 2 zákoníku práce je zaměstnanci umožněno požadovat vedle mzdového nároku také úroky z prodlení ve výši stanovené pro občanskoprávní vztahy. Výše těchto úroků z prodlení je stanovena nařízením vlády č. 142/1994 Sb. na úroveň dvojnásobku diskontní sazby, stanovené Českou národní bankou a platné k prvnímu dni prodlení s uspokojením mzdového nároku. Rozhodnutí, zda budou úroky z prodlení požadovány však závisí na úvaze oprávněného zaměstnance. Uplatní-li svůj nárok u soudu, aniž by navrhnul, aby mu byly přisouzeny vedle nevyplacených mzdových nároků též úroky z prodlení, nemůže mu soud tyto úroky přiznat. Je to způsobeno tím, že zákoník práce zakotvuje možnost a nikoliv povinnost žádat plnění úroků z prodlení. Soud však zaměstnanci nárok na úroky nepřizná, jestliže uplyne promlčecí lhůta a protistrana vznese námitku promlčení (to platí obdobně i v situaci, kdy uplyne promlčecí lhůta pro přiznání mzdového nároku jako takového a protistrana vznese námitku promlčení). Dle ustanovení § 263 odst. 1 zákoníku práce činí promlčecí lhůta pro přiznání peněžitých nároků tři roky ode dne, kdy mohlo být toto právo uplatněno poprvé.

Výše zmíněná možnost uplatnění mzdových nároků vůči zaměstnavateli u soudu vyplývá z § 207 zákoníku práce, podle kterého spory mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem o nároky z pracovního poměru projednávají a rozhodují soudy[4]. Místně příslušným je okresní soud, v jehož obvodu má podnikatel sídlo, popř. v případě fyzické osoby, která je podnikatelem, místo podnikání. Soudy mnohdy využívají možnost využít institutu předběžného opatření, díky němuž je možné zatímně upravit poměry účastníků soudního řízení. Na obtížné postavení zaměstnance pamatuje zákonodárce výslovně ustanovením § 76 odst. 1, písm. c) občanského soudního řádu, kdy je možno zaměstnavateli soudem uložit, aby poskytl alespoň část pracovní odměny, jde-li o trvání pracovního poměru a navrhovatel ze závažných důvodů nepracuje. Ustanovení § 76 je demonstrativní povahy, takže jsou myslitelné i jiné podmínky pro použití tohoto předběžného institutu. Předběžné opatření podle § 76 odst. 1, písm. c) lze nařídit jen na návrh zaměstnance, popř. bývalého zaměstnance, kdy je možné touto cestou uložit nejen zaplacení dlužné mzdy, odměny za pracovní pohotovost, ale i náhradu mzdy za dovolenou, za svátek či překážky v práci. Předpokladem pro nařízení tohoto předběžného opatření je skutečnost, že současný či bývalý zaměstnanec ze závažných důvodů nepracuje, tj. nemá žádný jiný výdělek (např. z podnikání) a ani jiný příjem výdělek nahrazující. Jak již však bylo konstatováno výše, nejedná se o taxativní výčet, ale je umožněno na základě uvážení soudu užít institutu předběžného opatření i v jiných případech než je uvedeno ve výčtu § 76 občanského soudního řádu.

Jisté zohlednění tíživé situace zaměstnance záko-

[2] GALVAS, M. a kolektiv: Pracovní právo České republiky, str. 208.

[3] § 121 odst. 1 písm. a) až h) zákoníku práce.

[4] Obdobné ustanovení obsahuje i § 235 v souvislosti s dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr.

nodárcem vyplývá také z ustanovení § 162 občanského soudního řádu upravující institut předběžné vykonatelnosti rozsudku. Vedle rozsudků, ve kterých je soudem uložena povinnost k plnění výživného jsou přímo ze zákona předběžně vykonatelné rozsudky odsuzující k plnění pracovní odměny[5] za poslední tři měsíce před vyhlášením rozsudku. Ze zákona (tj. není zde potřeba v tomto směru podat návrh soudu) jsou tedy předběžně vykonatelné rozsudky odsuzující k plnění pracovní odměny, jejíž splatnost nastala v posledních třech měsících před vyhlášením rozsudku. V případech, kdy splatnost pracovní odměny nastala mimo toto tříměsíční období, což je vzhledem k délce soudního řízení velice pravděpodobné, lze soudu podat návrh na předběžnou vykonatelnost rozsudku odsuzující k plnění pracovní odměny, která se stala splatnou již dříve. V tomto případě soud zkoumá, zda-li s ohledem na okolnosti konkrétního případu, zaměstnanci (navrhovateli) hrozí nebezpečí těžko nahraditelné nebo značné újmy. Důkazní břemeno prokázání této skutečnosti však nese zaměstnanec.

Soud má sice stanovenu povinnost postupovat tak, aby ochrana práv zaměstnanců byla rychlá a účinná a aby skutečnosti, které jsou mezi účastníky sporné byly spolehlivě zjištěny, avšak mnohdy je uplatnění mzdových nároků před soudem zdlouhavé a nejisté, takže řada zaměstnanců je vidinou čekání řadu měsíců (mnohdy však spíše let) znechucena a nakonec své zákonné právo ani nevyužívá.

OKAMŽITÉ ZRUŠENÍ PRACOVNÍHO POMĚRU

Jedna z krajních cest, jak řešit neplnění základní povinnosti zaměstnavatele – tj. platit mzdu za vykonanou práci, je možnost dána zaměstnanci ustanovením § 54 odst. 1 písm. b) zákoníku práce. Zákoník práce opravňuje zaměstnance okamžitě zrušit pracovní poměr ve dvou případech, kdy je jeho situace taková, že na něm nelze spravedlivě žádat, aby dále pracoval pro svého zaměstnavatele. Vedle důvodu k okamžitému ukončení pracovního poměru mající příčinu v nepříznivém zdravotním stavu zaměstnance (za splnění dalších podmínek viz. § 54 odst. 1 písm. a) zákoníku práce) je jako druhý důvod pro okamžité zrušení pracovního poměru stanovena skutečnost, že zaměstnavatel zaměstnanci nevyplatil mzdu, nebo náhradu mzdy do patnácti dnů po uplynutí lhůty splatnosti. Zaměstnanec může tohoto výpovědního důvodu využít jen ve lhůtě jednoho měsíce ode dne, kdy se o důvodu okamžitého zrušení pracovního poměru dověděl (subjektivní lhůta), nejpozději však do jednoho roku ode dne, kdy tento důvod vznikl (objektivní lhůta). V případě nevyužití této zvláštní hmotněprávní podmínky ve výše uvedených lhůtách, právo okamžitého zrušení pracovního poměru zaniká, neboť se jedná o lhůty prekluzívní (§ 261 odst. 4 zákoníku práce). Vedle okamžitého ukončení pracovního poměru doručením písemného projevu vůle zaměstnavateli má zaměstnanec dle § 54 odst. 3 zákoníku práce nárok na náhradu mzdy ve výši průměrného měsíčního výdělku za dobu odpovídající obecné výpovědní lhůtě (tj. dva měsíce). Je samozřejmě pravdou, že se okamžitým zrušením pracovního poměru finanční situace teď již bývalého zaměstnance nezlepší a jen se případně zvýší jeho peněžité nároky vůči původnímu zaměstnavateli, zůstává mu však varianta okamžitého nástupu k novému zaměstnavateli, jehož platební morálka může být přece jenom lepší (pomineme-li mnohdy nereálné představy o možnostech pracovního uplatnění v některých regionech postižených velmi vysokou nezaměstnaností či hrdost řady zaměstnanců, kteří raději budou pracovat s hypotetickou nadějí na mzdu, než aby se zaregistrovali do evidence uchazečů o zaměstnání na příslušném úřadu práce), nebo také s větší šancí na úspěch žádat v případě uplatnění mzdových nároků u soudu prostřednictvím institutu předběžného opatření okamžitou úhradu alespoň části pracovní odměny.

OCHRANA MZDOVÝCH NÁROKŮ PŘI PLATEBNÍ NESCHOPNOSTI ZAMĚSTNAVATELE

V současné době je zvykem, ne-li módou zaměstnavatelských subjektů neplnit jednu ze základních povinností ústavně garantovanou Listinou základních práv a svobod, zákoníkem práce a dalšími zákony – poskytovat zaměstnanci za práci mzdu či plat.[6]

Můžeme se přít o příčinách této situace přesto faktem zůstává, že tento postup zaměstnavatelů přivádí většinu zaměstnanců do velmi svízelných sociálních situací. Nedostatečná právní úprava byla proto důvodem, proč byl přijat zákon č. 118/2000 Sb., ze dne 6. dubna 2000 o ochraně zaměstnanců při platební neschopnosti zaměstnavatele a o změně některých zákonů (dále jen zákon o insolventnosti). Filozofií pro přijetí tohoto zákona bylo a je poskytnout dotčeným zaměstnancům právní nástroj, který by jim umožnil uspokojit alespoň částečně jejich mzdové nároky rychlejší cestou než doposud.[7]

[5] Výklad pojmu „odměna" je postaven tak, že se pod tímto pojmem rozumí nejen mzda či plat, odměna za pracovní pohotovost nebo odměna z dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, ale taktéž například náhrada mzdy či platu za dovolenou, za svátek a při překážkách v práci.

[6] L. Jouza ve své monografii Zákon o insolventnosti aneb Kdo vyplatí zaměstnancům mzdy? uvádí, že podle zjištění odborových orgánů by se mělo jednat celkově o sto tisíc zaměstnanců a podle údajů státní správy šedesát až osmdesát ticích zaměstnanců. Je však otázkou, na kolik je vůbec možné určit tento odhad tak, aby se alespoň částečně přiblížil ke skutečnému stavu.

[7] Do té doby byli zaměstnanci odkázáni na právní úpravu v rozsahu zákona č. 328/1991 Sb., o konkursu a vyrovnání.

Neméně důležitým důvodem pro přijetí tohoto zákona, vzhledem k našemu očekávanému vstupu do evropských struktur, byl požadavek harmonizace vnitrostátního práva s právem Evropského společenství. Směrnice rady 80/987/EEC ze dne 20. 10. 1980 o ochraně práv pracovníků při insolventnosti zaměstnavatele, totiž ukládá členským státům povinnost zřídit tzv. garanční fond.[8] Z hlediska pracovníků nemá tato směrnice přímý účinek, neboť ke své implementaci předpokládá akt státu, tj. zřízení fondu. Na druhou stranu však nesplnění této povinnosti má za následek možnost požadovat na státu náhradu ušlé mzdy[9] z titulu náhrady škody.[10]

Zákon č. 118/2000 Sb. je možné použít pouze v okamžiku, kdy se daný zaměstnavatel nachází v platební neschopnosti (§ 1). Zákon o insolventnosti sám definuje pojem platební neschopnosti (§ 3 písm. c)) za pomocí dvou podmínek. Jedná se o situaci, kdy zaměstnavatel[11] neuspokojil splatné mzdové nároky zaměstnanců[12] (1. podmínka) a zároveň byl na něho podán návrh[13] na prohlášení konkurzu dle zákona č. 328/1991 Sb. o konkursu a vyrovnání (2. podmínka). Platební neschopnost pak nastává dnem následujícím po dni, kdy byl návrh u příslušného soudu podán. V případě, že tyto dvě podmínky nejsou splněny zároveň a zaměstnavatel se ocitne v prodlení, pak je zaměstnanec oprávněn jako každý dlužník obrátit se na soud v místě sídla zaměstnavatele (popř. místa podnikání) a obvyklou dlužnickou žalobou se domáhat svého nároku. Tento postup se však vzhledem k zaneprázdněnosti soudu jeví jako zdlouhavý a mnohdy značně nejistý.

Před účinností zákona o insolventnosti byli zaměstnanci zaměstnavatele na kterého byl prohlášen konkurz odkázáni pouze na konkurzní řízení, ve kterém dle § 32 zákona o konkurzu a vyrovnání měli jejich pohledávky z titulu pracovních nároků přednostní pořadí ihned za nezaplacenými pohledávkami za podstatou. Ve výsledku však zákon o konkurzu a vyrovnání nebyl dostatečně účinný, vzhledem ke skutečnosti, že nedocházelo k uspokojení mzdových pohledávek v žádoucím rozsahu.

Podle zákona o insolventnosti je zaměstnanci umožněno písemně žádat o uspokojení svých mzdových nároků[14] kterýkoliv úřad práce, nejpozději však do 3 měsíců od zveřejnění informace o podání návrhu na prohlášení konkurzu na základě sdělení soudu, a to na úřední desce úřadu práce. Mzdové nároky, které může zaměstnanec uplatnit jsou však limitovány rozsahem odpovídající mzdovým nárokům splatným za 3 měsíce v intervalu 6 měsíců předcházející měsíci, ve kterém byl podán návrh na prohlášení konkurzu. Celková výše uplatňovaných nároků je však zároveň ohraničena. Částka mzdových nároků je limitována rozhodnou částkou, která je dána výší průměrné mzdy v národním hospodářství za uplynulý rok. Výše mzdových nároků za 1 měsíc nesmí překročit jeden a půl násobek této rozhodné částky[15].

Příslušný úřad práce[16] si vyžádá od zaměstnavatele (správce) písemný seznam dlužných mzdových náro-

[8] Ve směrnici nazvaný „garančním zařízením".

[9] Viz rozsudek Evropského soudního dvora ve spojených věcech 6/90 Andrea Francových a 9/90 Danila Bonifaci v. Italská republika ze dne 19. 11. 1991.

[10] Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R.: Evropské právo, 1. vydání, Praha, C. H. Beck, 1999, s. 670: Garanční zařízení přebírají povinnosti z nevypořádaných pracovněprávních nároků v důsledku platební neschopnosti zaměstnavatele. Členské státy však mohou platby zaměstnavatelů ve prospěch zákonných sociálních pojišťovacích systémů vyloučit z působnosti této směrnice. To znamená, že se v těchto případech zbavují i této jediné povinnosti zřídit záruční fond.

[11] Zákon vymezuje i svou negativní působnost, kdy § 2 zákona obsahuje výčet zaměstnavatelských subjektů na které se nevztahuje. Jedná se o právnické osoby zřízené zákonem za předpokladu, že stát převzal jejich dluhy(nebo se za ně zaručil) a územně samosprávné celky. Zákon se také nevztahuje na právnické osoby se sídlem v zahraničí nebo fyzické osoby s bydlištěm v zahraničí, jsou-li zároveň jejich zaměstnanci vysláni k výkonu práce do České republiky.

[12] Zaměstnancem se pro účely zákona rozumí ta fyzická osoba, s níž má zaměstnavatel sjednán pracovní poměr nebo dohodu o pracovní činnosti a jejíž poměr nebo dohoda trvá ke dni podání návrhu na prohlášení konkurzu na zaměstnavatele, nebo se jedná o fyzickou osobu, jejíž pracovní poměr nebo dohoda o pracovní činnosti skončily v době 6 měsíců před podáním návrhu na prohlášení konkurzu.

[13] Do platební neschopnosti se zaměstnavatel dostává dle tohoto zákona již podáním návrhu a nikoliv až prohlášením konkurzu. Tímto je umožněno mnohem rychleji řešit tíživé situace, do kterých se zaměstnanci kterým zaměstnavatel delší dobu nevyplácí mzdy, mohli dostat.

[14] Mzdovými nároky se dle § 3b rozumějí mzda (plat), její náhrady a odstupné, které zaměstnavateli náležejí z pracovního poměru, nebo odměna, která zaměstnanci náleží podle dohody o pracovní činnosti, jejichž výplatu neprovedl zaměstnavatel, který je v platební neschopnosti.

[15] Tuto rozhodnou částku stanoví Ministerstvo práce a sociálních věcí vyhláškou vždy s účinností od 1. května kalendářního roku na dobu dvanácti kalendářních měsíců a to ve výši již zmiňované průměrné mzdy v národním hospodářství za předchozí kalendářní rok. Tuto částku zatím ministerstvo stanovilo vyhláškou č. 166/2000 Sb. ve výši 12 658 Kč do 30. dubna 2001, pro období do 30. dubna 2002 vyhláškou 161/2001 Sb. ve výši 13 491 Kč a nejnověji vyhláškou č. 187/2002 Sb. pro období od 1. května 2002 do 30. dubna 2003 ve výši 14 621 Kč.

[16] Zaměstnanec sice může požádat o uspokojení svých mzdových nároků kterýkoliv úřad práce, avšak k rozhodování o mzdových nárocích dle zákona o insolventnosti je místně příslušný úřad práce, v jehož obvodu má sídlo zaměstnavatel, který je právnickou osobou, místo podnikání zaměstnavatel, který je fyzickou osobou, nebo bydliště zaměstnavatel, který je fyzickou osobou a který nemá místo podnikání. Pokud zaměstnanec žádá o uspokojení mzdových nároků úřad práce, který není místně příslušný, pak tento úřad práce neprodleně postoupí žádost místně příslušnému úřadu práce.

ků všech zaměstnanců za rozhodné období. Souhlasí-li výše mzdových nároků a doby, za kterou zaměstnanec uplatňuje mzdové nároky s písemným vyžádáním mzdových nároků poskytnutých zaměstnavatelem, pak úřad práce daný mzdový nárok uhradí. Nesouhlasí-li výše zaměstnancem uplatňovaných mzdových nároků za 1 měsíc s vykázáním předloženým úřadu práce zaměstnavatelem, úřad práce rozhodne o přiznání mzdového nároku zaměstnance za tento měsíc v prokázané výši. Nelze-li vůbec výši mzdového nároku prokázat, přizná úřad práce mzdový nárok ve výši odpovídající minimální mzdě. Není jistě nemyslitelná situace, kdy souhlasí výše mzdy, avšak je sporná doba za kterou jsou uplatňovány mzdové nároky. Za této situace se poskytuje uspokojení pouze za nespornou dobu. Zákon o insolvenci myslí i na situaci, kdy zaměstnavatel (správce) nesplnil povinnost uloženou mu zákonem a neposkytne písemný seznam dlužných mzdových nároků všech svých zaměstnanců za rozhodné období. Jestliže zaměstnanec v tomto případě předložil doklady, které jejich výši, jakož i dobu, za kterou uplatňuje nárok, prokazatelně osvědčují, úřad práce rozhodne o přiznání mzdových nároků za dobu a výši, kterou uplatnil zaměstnanec. Jestliže se zaměstnanci nepodařilo prokázat výši uplatňovaných nároků, úřad práce přizná zaměstnanci měsíční mzdový nárok ve výši částky rovnající se minimální mzdě platné ke dni podání návrhu na prohlášení konkursu.

Jestliže úřad práce neuspokojí mzdové nároky ve výši uplatňované zaměstnancem, nebo odmítne přiznat nárok vůbec, pak je zaměstnanec odkázán ve zbylém rozsahu, spolu s dalšími peněžitými pohledávkami, které má vůči zaměstnavateli, na konkursní řízení. Je nutné také podotknout, že na úřad práce přecházejí do výše vyplacených peněžních prostředků mzdové nároky zaměstnance, které měl vůči zaměstnavateli.

Daných prostředků je na výběr několik a za zvážení jistě stojí i řada dalších myslitelných postupů jako např. taktické upozorňování úřadu práce na porušování pracovněprávních a mzdových předpisů za účelem ukládání sankcí dle zákona č. 9/1991 Sb. (ať již s reálným nebo pouze hypotetickým úspěchem). To však mnohdy závisí na řadě okolností – ať již se jedná o ekonomickou situaci zaměstnance, který dokáže přenést menší či větší výkyvy v odměňování, problematičnost získání jiného zaměstnání, nebo také solidarita a pomoc zaměstnavateli, který byl až donedávna prosperující a perspektivní, avšak nyní se zmítá v druhotné platební neschopnosti. Netřeba jistě zdůrazňovat, že vše má své meze a zaměstnanci by si měli uvědomit, že také mají svá práva, za které se musí v případě potřeby umět rázně postavit. Jen tímto způsobem mohou dát zaměstnavatelům na vědomí, že se s nimi musí počítat jako s partnery sobě rovnými.

Helsinská smlouva – internacionalizace severské spolupráce

Jaroslav Knot*

DŮVODY VZNIKU

Jestliže se v průběhu první dekády existence Severské rady objevovaly pochybnosti o její mezinárodněprávní povaze (neexistence mezinárodní smlouvy, jakožto obvyklého instrumentu k založení mezinárodní organizace), pak rok 1962 tyto nejasnosti do jisté míry rozptýlil. Bylo by ovšem mylné domnívat se, že přijetím Helsinské smlouvy chtěly skandinávské země vyjít vstříc znalcům mezinárodního práva a s definitivní platností vyjasnit právní základ existence Severské rady.

Naopak členské státy Rady byly hrdé na to, že spolupráce mezi nimi funguje na víceméně neformální úrovni. V průběhu druhé poloviny 50-tých let však došlo k událostem, které si přijetí „inovovaného" právního rámce doslova vynutily.

Za klíčové se v tomto ohledu považuje rozhodnutí Spojeného království z června roku 1961 požádat o členství v Evropském hospodářském společenství (EHS). Britské rozhodnutí mělo významné důsledky i pro severské země, neboť pro většinu z nich byla ostrovní monarchie hlavním obchodním partnerem. Protože by jednotlivé severské země nemohly podle očekávání zaujmout vůči EHS společný postoj, představovala nová situace vážnou hrozbu pro hlavní pilíře skandinávské spolupráce.

Ve snaze vyhnout se tomuto riziku, předložili členové Severské rady návrh, aby jejich národní vlády uzavřely mezinárodní dohodu, jež by zdůrazňovala hlavní cíle severské kooperace a nastínila trendy budoucí spolupráce. Navrhovatelé této předlohy spatřovali její smysl v tom, že by mohla posílit pozici severských států v průběhu jejich vyjednávání s EHS.

* JUDr. Jaroslav Knot, student Právnické fakulty Stockholmské Univerzity a stipendista Svenska Institutet

Protože vlády hodlaly setrvat na pokračování těsné spolupráce jak s Evropským hospodářským společenstvím, tak i se zeměmi mimo něj, předpokládalo se, že představitelé EHS budou chtít vědět do nejmenších detailů, co přesně severská kooperace obnáší a zahrnuje. To ovšem nebylo pro zástupce Severu jednoduché vysvětlit.

Jak již bylo shora řečeno, kooperace na Severu se vždy vyznačovala značně neformálním stylem, kdy jednotlivé země schválily identickou legislativu nebo každá z nich podnikla kroky, na nichž se předtím společně dohodly. Výsledky této spolupráce byly jen v malé míře vyjádřeny v podobě smluv a konvencí. Daná situace však mohla být vis-á-vis EHS velmi dobře vyřešena závaznou mezinárodní smlouvou.

Základním bodem pro přípravu návrhu takové smlouvy bylo společné stanovisko dohodnuté v Radě. Na zasedání jejího Prezídia a premiérů členských států v Hängö (Finsko) 11.–12. listopadu 1961[1] bylo odsouhlaseno, že se vlády k danému návrhu vyjádří popřípadě jej doplní a jeho finální znění předloží na zasedání Rady v Helsinkách v březnu 1962.

Pozoruhodný pokus posílit severskou jednotu však měl ještě jedno vážnější pozadí. Během zasedání v Hängö byla potvrzena existence „šachové partie", která se mezi tehdejšími velmocemi tj. USA a SSSR o skandinávský region v oné době rozehrála a nebezpečně se dotýkala i pilířů spolupráce mezi severskými zeměmi.

Vůči stoupající spolupráci Dánska a Norska se SRN v rámci NATO začal projevovat silnou nelibost Sovětský svaz, který se v důsledku toho opětovně pokusil vyvíjet tlaky na Finskou republiku, za což si vysloužil ostrou kritiku nejen Dánska a Norska, ale i Švédska[2].

Ony dvě zmíněné okolnosti ještě posílily přesvědčení o nutnosti existence mezinárodní smlouvy mezi skandinávskými státy, která by demonstrovala jejich jednotu i v rámci mezinárodního společenství.

PŘIJETÍ SMLOUVY

V březnu roku 1962 byl v Helsinkách předložen vládní návrh mezinárodní smlouvy, která upravovala otázky severské spolupráce. Návrh vycházel v široké míře z původní předlohy navržené Radou, nicméně do značné míry ubral na ambicióznosti cílů vzájemné kooperace, s nimiž se v „travoux preaparatories" počítalo. U řady článků, jež předpokládaly aktivní jednání vlády, došlo k jejich „zamlžení" starým lingvistickým trikem, kdy švédské pomocné sloveso „skall" bylo nahrazeno „bör"[3]. Takové rozmělnění významu jednotlivých ustanovení však bylo ze stran vlád motivováno obavami, že pevnější závazky mohou vytvořit komplikace během jednání jednotlivých skandinávských zemí s Evropským hospodářským společenstvím. Ačkoliv členové Rady byli s provedenými změnami nespokojeni, akceptovali je jako nevyhnutelné.

V jiném ohledu ovšem vlády přáním parlamentních zástupců ustoupily. Návrh Rady obsahoval článek stanovující, že vlády by se měly s Radou poradit o důležitých záležitostech týkajících se buď jedné nebo více zemí. Nebylo-li by možné čekat na zasedání Rady, měla tato konzultace probíhat alespoň s jedním z jejích orgánů. Vlády sice nejprve tuto pasáž z návrhu odstranily, nicméně Rada jí přikládala takovou váhu, že ji opětovně předložila na zasedání premiérů v roce 1961. Prezídium Rady zde prezentovalo pozměněnou variantu v tom smyslu, že „Severské radě by měla být dána možnost vyjádřit svůj názor k otázkám týkajících se spolupráce, pokud to ovšem nedostatek času neučiní nemožným"[4]. Na toto nové znění již vlády přistoupily, takže bylo zahrnuto ve finálním návrhu, který se Radě v roce 1962 předkládal.

Jubilejní desáté zasedání Severské rady v Helsinkách se nešlo nejen ve znamení oslav, ale především diskusí o charakteru Rady do budoucna. Za nejdůležitější bod slavnostního zasedání bylo bezesporu považováno schválení Helsinské smlouvy. Tato byla dne 23. března schválena Radou a hodinu poté pak podepsána vládními pověřenci všech pěti členských států Severské rady ve finském parlamentu. Podpisem tak byl vztyčen nový mezník rámující severskou spolupráci mezinárodněprávními mantinely.

Samotné schválení smlouvy Severskou radou ovšem z Helsinské smlouvy mezinárodní pakt neučinilo. Protože pro jednotlivé skandinávské země šlo o akt prvořadého významu, bylo třeba jej ratifikovat hlavami států. Souhlas k ratifikaci dávalo vždy příslušné zákonodárné shromáždění. Nejprve se hlasování uskutečnilo v dánském folketingu, který se vyslovil pro souhlas s ratifikací dne 15. 5. 1962, přičemž všech 111 poslanců hlasovalo pro. O týden později udělil souhlas k ratifikaci i riksdag, když Jeho Veličenstvu Gustavu VI. Adolfovi doporučil smlouvu rovněž ratifikovat. 11. dubna zaznělo konečné ano také v islandském altingu. 8. června schválil ratifikaci v poměru 121:44 hlasům finský riksdag a jako poslední ze skandinávských

[1] Claes Wiklund: „Nordiska toppmöten i notkrisens skugga – Helsingfors och Hangö" in Norden i sicksack, Santérus Förlag 2000, Stockholm.

[2] Frantz Wendt: „Helsingforsaftalen af 1962", str. 27, in Nordisk Råd 1952–1978, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1979.

[3] „Skall" – švédské modální sloveso s významem povinnosti něco udělat (podobně jako anglické „shall", německé „sollen", dánské či norské „skal"), „Bör" – švédské modální sloveso vyjadřující podmíněnou povinnost (české „měl by", anglické „should", německé „sollte", dánské „skulle" nebo norské „skole").

[4] Původní švédské znění návrhu:
„Rådet bör, utöver vad som särskilt överenskommits, beredas tillfälle att yttra sig om nordiska samarbetsfrågor av större betydelse när detta icke är ogörligt av tidsskäl. http://www.norden.org/web/3-2-arb_ord/sk/3-2-2-hfors.asp?lang=1".

ských zákonodárných sborů odsouhlasil ratifikaci i norský storting (19. června). Prvního července 1962 tak mohla vstoupila Helsinská smlouva v platnost[5].

PŮVODNÍ ZNĚNÍ HELSINSKÉ SMLOUVY[6]

Přibližme si nyní ve stručnosti, jak původní znění Helsinské smlouvy vypadalo. Dohoda samotná nesla název „Smlouva o severské spolupráci" (Allmän nordisk samarbetsöverenskommelse), ovšem podle místa jejího podpisu je běžně označována jako Helsinská smlouva.

Z hlediska své struktury obsahovalo její původní znění 42 článků, k nimž, jak je tomu v těchto případech obvyklé, byla připojena slavnostní preambule. Těchto 42 článků bylo rozděleno do 9 kapitol. Jednalo se o:

I. Obecná ustanovení
II. Právní spolupráce
III. Kulturní spolupráce
IV. Ekonomická spolupráce
V. Sociální spolupráce
VI. Spolupráce v oblasti dopravy
VII. Spolupráce v oblasti zahraniční služby
VIII. Formy severské spolupráce
IX. Závěrečná ustanovení.

První z těchto článků stanovil, že vlády mají usilovat o zachování a posilování dalšího rozvoje kooperace v kulturní, sociální a ekonomické oblasti, jakož i v otázkách dopravy a komunikace. Většina článků se věnuje specifikaci daných oblastí a vyznačuje, jak a kde má být kooperace realizována (viz níže).

Vedle těchto článků se ve smlouvě objevují i ustanovení, která se zabývají i jinými formami severské spolupráce. Jako příklad můžeme uvést ustanovení o tom, že smluvní strany se mají vzájemně radit v otázkách společného zájmu, které se projednávají v evropských či jiných mezinárodních organizacích a konferencích. Dalšími články tohoto typu jsou statě, podle nichž činitelé, kteří pracují v zahraniční službě určitého státu mají poskytnout pomoc příslušníkům ostatních smluvních států, za předpokladu, že jejich země nemá na daném teritoriu diplomatické, konzulární či jiné zastoupení, či spolupráce při rozšiřování znalostí o severských státech v zahraničí.

V původním znění smlouvy se také vyskytovaly články o formě spolupráce, která může být učiněna bez toho, aniž by to vyžadovalo stanoviska Rady. Bylo stanoveno, že dohody vyplývající ze spolupráce dvou a více států nemohou být pozměněny žádnou ze smluvních stran bez toho, že by tuto změnu neschválily zbývající strany. Notifikace ovšem nemusela být požadována u záležitostí, jež bylo nutné urgentně vyřídit nebo jejichž ustanovení bylo méně závažného charakteru.

Dané články byly spatřovány jako naléhavé, neboť většina skandinávského práva a opatření byla a jsou výsledkem identických národních legislativ a zřídkakdy bývají obsazeny v závažných mezinárodních smlouvách. Mimoto byly dané články zahrnuty do Helsinské smlouvy proto, že umožňovaly přímou korespondenci mezi úřady na obou stranách hranic mezi skandinávskými státy.

HELSINSKÁ SMLOUVA DNES

Co lze z právního pohledu říci o smlouvě na prahu 21. století? Od svého podpisu v roce 1962 byla osmkrát revidována, přičemž za nejdůležitější jsou považovány tzv. druhá a sedmá revize. První z obou byla výsledkem ambiciózního plánu na vytvoření severského ekonomického prostoru (Nordek)[7], který měl všechny skandinávské země sjednotit v hospodářskou unii, což by se samozřejmě odrazilo i v politické sféře. Pokud se týká Severské rady, tu by případná existence Nordeku odstavila na „druhou kolej".

K realizaci Nordeku ovšem nedošlo. Nikoliv snad proto, že by se na něm skandinávské státy nedokázaly dohodnout, nýbrž proto, že se Sovětskému svazu zdála finská účast na tomto projektu jako nepřátelský akt vůči němu, a z tohoto důvodu dal jasně najevo, že v případě finské účasti mohou Helsinki očekávat opatření retorzního charakteru. Po nedávné demonstraci sovětské moci v Československu svou účast na Nordeku raději Finsko v létě roku 1970, odřeklo.

Bylo ovšem zřejmé, že v určitých oblastech již postoupila jednání natolik dopředu, že by byla škoda této okolnosti nevyužít. Důsledkem krachu Nordeku tak bylo rozšíření článku o ekonomické spolupráci ale nejen to. Do Helsinské smlouvy přibyla samostatná kapitola o Severské radě, jejíž ustanovení činnost této organizace rámcově upravují. Hlavním důvodem samostatné úpravy Severské rady ve smlouvě však byla existence Severské ministerské rady, která si v rámci Helsinské smlouvy vyžadovala zvláštní úpravu.

Tzv. sedmá revize byla vyvolána v důsledku tzv. „severního rozšíření" Evropské unie o Finsko a Švédsko v roce 1995 (spolu s nimi přistoupilo ve stejném roce také Rakousko). Vedle Dánska, které již členem Unie bylo od roku 1973, tak EU obdržela ze Skandinávie další dva členy. Matematicky vzato většina členů

[5] Frantz Wendt: „Helsingforsaftalen af 1962", str. 33, viz výše.

[6] Helsinská smlouva (Helsingforsavtalet), 1. znění, http://www.norden.org, překlad ze švédského jazyka – autor.

[7] Ueland, Grete Kværner: „Debatten omkring NORDØK. En analyse av nordiske elitegruppers holdninger til nordisk integrasjon", Cooperation and Conflict 1975.

Severské rady teď byla zároveň i členskými státy EU, což se muselo evidentně promítnout i do ustanovení Helsinské smlouvy.

Po poslední revizi z 2. února 1996 má smlouva 70 článků, jež jsou členěny do 14 kapitol, nebudeme-li počítat jednotlivé preambule, jež byly součástí každé revize[8]. K výše uvedeným kapitolám, které má Helsinská smlouva od počátku své existence, přibyly v průběhu následujících dekád další. Na základě třetí tzv. „zelené" revize byla přidána kapitola o spolupráci v oblasti životního prostředí. Naopak kapitola o spolupráci v oblasti zahraniční služby ztratila své samostatné postavení a stala se součástí kapitoly „Ostatní spolupráce".

Pokud bychom chtěli výše rozebranou strukturu nynější Helsinské smlouvy ještě jednou zrekapitulovat, můžeme tak učinit na základě následujícího přehledu.

Preambule

I. Úvodní ustanovení (čl. 1)
II. Právní spolupráce (čl. 2–7)
III. Kulturní spolupráce (čl. 8–13)
IV. Sociální spolupráce (čl. 14–17)
V. Ekonomická spolupráce (čl. 18–25)
VI. Spolupráce v oblasti dopravy (čl. 26–29)
VII. Spolupráce v oblasti ochrany životního prostředí (čl. 30–32)
VIII. Ostatní spolupráce (čl. 33–37)
IX. Zvláštní dohody (čl. 38)
X. Formy severské spolupráce (čl. 39 –43)
XI. Severská rada (čl. 44–59)
XII. Severská ministerská rada (čl. 60–67)
XIII. Změna dohody (čl. 68)
XIV. Závěrečná ustanovení (čl. 69–70)

PREAMBULE A ÚVODNÍ USTANOVENÍ

Slavnostní dikce preambule vyhlašuje vůli jednotlivých států co nejvíce rozvíjet sounáležitost mezi severskými národy a usilovat o spolupráci ve všech oblastech, kde pro to existují předpoklady.

Jde-li o úvodní ustanovení, jedná se o jednu z těch mála kapitol, které zůstaly v průběhu doby nezměněný (plný text viz výše). Ve své podstatě jinými slovy rozvádí to, co bylo předtím zmíněno v preambuli a znovu provádí výčet oblastí, na které se má zájem severských zemí v budoucnu nejvíce soustředit.

Jeho druhý odstavec vyzývá členské státy, aby postupovaly jednotně v otázkách společného zájmu, jež se realizují na půdě mezinárodních a evropských organizací.

PRÁVNÍ SPOLUPRÁCE

Z hlediska našeho pohledu pravděpodobně nejvýznamnější kapitola. Jak již bylo na několika místech výše zmíněno, tvořila právní spolupráce jeden ze základních pilířů těsných vztahů mezi skandinávskými státy. O důležitosti této kapitoly bezesporu vypovídá i její zařazení ve schématu smlouvy hned na druhé místo za úvodní ustanovení.

Od počátku 50-tých let se vedla celá řada multilaterálních rozhovorů o co největší usnadnění volného pohybu osob po Severu. Ve druhé polovině padesátých let dochází i za přispění Severské rady k novelizacím zákonů upravujících státní občanství. Ty v mnoha ohledech nahlíží na příslušníky ostatních skandinávských států jako na své vlastní občany. Výsledky z těchto jednání do sebe korporovala i Helsinská smlouva a to ve svém druhém článku, který přiznává občanům smluvních států stejné postavení jako občanům domácím za předpokladu, že pro to neexistuje překážka. Taxativní výčet těchto překážek je obsažen ve druhém odstavci druhého článku. Jedná se o požadavek občanství stanovený ústavou, daný na základě mezinárodních závazků resp. je z jiných důvodů považován za významný.

Vedle státoobčanských otázek vybízí druhá kapitola také k vyvinutí maximálního úsilí o sjednocení předpisu v oblasti soukromého práva, trestního práva, jakož i práva procesního. Zvláště významná je dikce čl. 5, který stanoví, že je-li spáchán trestný čin v jednom severském státě, může se jeho vyšetřování a soudní řízení konat v co největším možném rozsahu i v jiném severském státě.

Významným se jeví rovněž ustanovení týkající se procesního práva, jehož harmonizace umožňuje vcelku bezproblémově orientovat se v soudním či správním řízení v ostatních skandinávských státech.

KULTURNÍ SPOLUPRÁCE

V kapitole věnované kulturní spolupráci se klade důraz na co největší informovanost o jazyce, kultuře i společenských poměrech nejen mezi zeměmi Severu navzájem, nýbrž i jejich rozšiřování do celého světa. Poměrně značná pozornost je věnována vysokoškolskému studiu a přípravě na budoucí povolání. Vykonáli například islandský student zkoušku na některé ze švédských univerzit, tato je mu v domovském státě bez dalšího uznána.

[8] Helsinská smlouva (Helsingforsavtalet), aktuální znění, http://www.norden.org, překlad ze švédského jazyka – autor.

Pamatováno je i na ekonomickou podporu studentů v zahraničí. Zde je stanoveno, že příspěvky mají být vypláceny bez ohledu na to, ve kterém státě se studia konají. Aby se předešlo rozdílné úrovni vzdělání při přípravě na budoucí povolání, mají smluvní strany harmonizovat jeho kritéria a pravidla tak, aby bylo ve všech státech dosaženo co největší shody. V určitých oblastech ovšem mohou předpisy vnitrostátního práva stanovit požadavek na dodatečné vzdělání, které může být vyžadováno s ohledem na národní poměry.

Závěrečný třináctý článek této kapitoly hovoří o podpoře kulturního rozvoje v oblasti literatury, umění, hudby, divadla a filmu. „Prováděcím předpisem" k tomuto článku se stala v roce 1971 Dohoda o severské kulturní spolupráci[9], coby nejvýznamnější právní počin v této oblasti.

SOCIÁLNÍ SPOLUPRÁCE

Úprava sociální spolupráce byla od počátku fungování severské kooperace považována za velmi významnou. Jestliže chtěli přívrženci jednotného Severu získat podporu pro své záměry, museli na svou stranu získat jak mocné odborové svazy, tak představitele sociálnědemokratických stran a hnutí.

Hned úvodní článek této kapitoly (čl. 14) je věnován otázce společného severského pracovního trhu. Ustanovení „zprostředkování práce a informace o různých povoláních jsou koordinovány"[10] vešlo do praxe tak, že úřady práce měly již v 60-tých letech společný informační systém o momentální situaci na trhu práce v ostatních členských zemích.

Odstavec druhý tohoto článku pak vyzývá ke sjednocení národních úprav týkajících se ochrany pracovního trhu, aby nedocházelo k případné diskriminaci. V rámci vyspělých systémů sociálního zabezpečení, kterými jsou severské státy proslulé, mělo být zajištěno v co největším možném rozsahu užívání výhod těchto systémů i pro občany ostatních smluvních států. V realitě se to projevovalo a projevuje tak, že kupříkladu dánský občan má v Norsku zdarma zdravotnickou péči za předpokladu, že si ve svém domovském státě platil zdravotní pojištění.

Státy se podle této kapitoly zavazují co největším možným způsobem usilovat o to, aby se lékařské, technické a bezpečnostní kontroly prováděly tak, aby mohly být uznány i v ostatních severských státech.

EKONOMICKÁ SPOLUPRÁCE

Z hlediska počtu článků (8) patří kapitola „Ekonomická spolupráce" v rámci Helsinské smlouvy k těm nejrozsáhlejším. Bylo již zmíněno výše, že hlavním důvodem této skutečnosti byla transformace dohod, které se nepodařilo realizovat v rámci plánu NORDEK do Helsinské smlouvy. Ve srovnání s původní koncepcí, jež byla obsazena v Nordeku, však znění dikce článků věnované ekonomické spolupráci přece jen o něco volněji. Každopádně i z nich lze vyčíst snahu po co nejtěsnějších ekonomických vztazích.

Skandinávské země navzájem spolu mají konzultovat otázky ekonomické politiky, přičemž velká pozornost má být podle smlouvy věnována těm jejím nástrojům umožňujícím vyrovnání konjunktury. Významným se jeví také ustanovení o výrobní a investiční spolupráci mezi jednotlivými státy, a to jak v rámci Skandinávie tak mimo ni.

Klíčové podstavení však má článek 20, který je věnován svobodě pohybu kapitálu. Jeho současné znění existovalo již od roku 1962 a bylo odrazem úzké hospodářské propojenosti severských ekonomik. Svoboda pohybu kapitálu se v praxi ovšem realizovala již od padesátých let, takže z historického hlediska fungovala o něco dříve, než se tak stalo v rámci Evropského hospodářského společenství.

O značných vztazích mezi ekonomikami svědčí i ustanovení o společném postupu v platebních a měnových otázkách. Institucionálním vyjádřením tohoto článku se v roce 1976 stala Severská investiční banka (Nordiska investeringsbanken).

Důležitým odvětvím, kterému se rovněž v této kapitole věnuje pozornost, je celnictví. Cla a administrativní překážky se mají mezi smluvními stranami v co největší míře odstranit za předpokladu, že se zde nevyskytuje určitá skutečnost, která ospravedlňuje jejich existenci.

SPOLUPRÁCE V OBLASTI DOPRAVY

Šestá kapitola je nazvána „Spolupráce v oblasti dopravy". Základem kooperace na tomto poli je zejména usnadnění spojení a výměny zboží mezi státy. Příkladem velmi dobrých vztahů v dopravní sféře bylo založení letecké dopravní společnosti SAS (Scandinavian Airlines System), jež vznikla spojením 3 národ-

[9] Dohoda o severské kulturní spolupráci (Avtal om kulturellt samarbete), vstup v platnost 1. 1. 1972, http//www.norden.org/kultur/sk/index.asp?lang=1, překlad ze švédského jazyka – autor.

[10] Původní švédské znění čl. 14:
„De fördragsslutande parterna skola eftersträva att bevara och ytterligare utveckla den gemensamma nordiska arbetsmarknaden efter de riktlinjer som uppdragits genom tidigare överenskommelser. Arbetsförmedling och yrkesvägledning skola samordnas. Utbytet av praktikanter skall vara fritt.
Likformighet beträffande nationella regler rörande arbetarskydd och liknande frågor bör eftersträvas."
http://www.norden.org/web/3-2-arb_ord/sk/3-2-2-hfors.asp?lang=1.

ních leteckých operátorů DDC (Dánsko), DNL (Norsko) a ABA (Švédsko).

Hlavní roli ovšem mezi články o dopravě hraje ustanovení článku 28, které vytváří jednotné pasové území na teritoriu skandinávských států. Vytvoření jednotného pasového prostoru vedlo v praxi k významné stimulaci nejen pro ekonomický sektor, ale rovněž pro pracovní trh. Úpravu jednotného pasového území Severu velmi pozorně sledovala i EHS respektive Evropská Unie, která se jí nechala inspirovat při tvorbě vlastního Schengenského systému.

SPOLUPRÁCE V OBLASTI ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Články 30 až 32 tvoří tzv. „zelenou kapitolu" Helsinské smlouvy.

Spolupráce v oblasti ochrany životního prostředí do ní byla zakomponována po tzv. třetí revizi v roce 1974. Její existence nebyla příliš překvapující, neboť angažovanost skandinávských zemí v otázkách ochrany životního prostředí na regionální i globální úrovni je obecně známa.

Hlavními body kooperace na tomto poli je sjednocení předpisů, norem a směrnic týkajících se ochrany životního prostředí (čl. 31) a spolupráce při vytyčování rekreačních oblastí, jakož i v otázce hájení zvěře a ochrany rostlin (čl. 32). Budiž připomenuto, že k dnešnímu dni je legislativa skandinávských států v otázce ochrany životního prostředí v 98 % shodná.

OSTATNÍ SPOLUPRÁCE

Za sběrnou kapitolu se dá považovat část nazvaná „Ostatní spolupráce". V prvním znění Helsinské smlouvy byla tato kapitola nazvána „Spolupráce v zahraniční službě", nicméně posléze byl s ohledem na širší záběr v mezinárodní oblasti její název změněn.

Ve vztahu Švédska, Finska a Dánska k ES se jeví důležitým článek 33. Ten považuje účast smluvních stran na evropské a jiné mezinárodní spolupráci za vhodnou příležitost ve prospěch občanů severských zemí a podniků. Na druhé straně by ovšem bylo mylné se domnívat, že zmíněné tři státy zastupují automaticky v ES celou Skandinávii. Vstup do této organizace je plně v kompetenci příslušného státu. Dále se tato kapitola zabývá také spoluprací s rozvojovými zeměmi. Ustanovení o pomoci příslušníkům smluvního státu na teritoriu, kde jejich vlastní stát nemá diplomatické zastoupení, již bylo zmíněno výše.

ZVLÁŠTNÍ DOHODY

Protože ustanovení o Severské radě, Severské ministerské radě, formách severské spolupráce včetně závěrečných ustanovení již byly v minulosti rozebrány (viz Severská rada – „neznámá" evropská organizace? in Časopis pro právní vedu a praxi II/2002) bude poslední kapitolou, o níž se v rámci rozboru Helsinské smlouvy zmíníme, „Zvláštní dohody". Tato kapitola obsahuje jeden, nicméně z právního hlediska velmi důležitý článek, který stanoví, že bližší ustanovení o spolupráci ve výše zmíněných oblastech se mohou sdělit ve zvláštních dohodách[11]. Těmito dohodami jsou například Dohoda o severské kulturní spolupráci, Dohoda o spolupráci v železniční dopravě, Dohoda o letecké spolupráci, Dohoda o snižování hluku a vibrací apod. Článek 38 je tak považován za vstupní bránu k detailnější realizaci obecných ustanovení smlouvy.

Na základě výše řečeného můžeme konstatovat, že Helsinská smlouva podchycuje všechny důležité aspekty spolupráce mezi skandinávskými státy. Vytyčení jejího právního a tudíž do jisté míry závazného rámce však bylo s ohledem na velkou neformálnost této spolupráce provedeno prostřednictvím této smlouvy velmi vnímavě a citlivě. Helsinská smlouva tedy nejen internacionalizuje základy severské spolupráce, ale pokud je to možné, ponechává této spolupráci co největší možnou neformálnost, na které si vždy severské země velmi zakládaly.

[11] Původní švédské znění čl. 38
„Närmare bestämmelser om samarbetet inom nu angivna områden kunna meddelas i särskilda överenskommelser."
http://www.norden.org/web/3-2-arb_ord/sk/3-2-2-hfors.asp?lang=1.

ZPRÁVY Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Nad institutem korunního svědka

Zpráva o odborném semináři konaném dne 6. února 2003 na Právnické fakultě Západočeské univerzity v Plzni

Jana Zezulová*

Katedra trestního práva Právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni uspořádala dne 6. února 2003 u příležitosti desátého výročí založení Právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni odborný pracovní seminář na téma **Institut korunního svědka.**

Odborný seminář si vzhledem ke složitosti dané problematiky nekladl za cíl vyřešení klíčových otázek, ale zaměřil se na objasnění podstaty a smyslu institutu korunního svědka.

Program odborného semináře zahájila a celý jeho průběh moderovala **doc. JUDr. Helena Válková, Csc.,** vedoucí katedry trestního práva Právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni, která v úvodu semináře vzpomenula desáté výročí založení Právnické fakulty a dále účastníky semináře podrobně seznámila s dopoledním a odpoledním programem pracovního semináře, jehož obsahem se stal návrh zákona o korunním svědkovi (návrh vypracovalo ministerstvo vnitra).

V průběhu dopoledního bloku zazněly čtyři příspěvky, které podle svého obsahu presentovaly různé pohledy možné reakce justice na institut korunního svědka.

Kpt. JUDr. Jiří Trojáček (Policie ČR) ve svém příspěvku pojednal o problematice korunního svědka z pohledu policie. Označil dané téma za důležité a přínosné, podal výklad o tom, k čemu má navržená právní úprava sloužit a konstatoval, že je nezbytně nutné rozšířit již dané instituty o další, jímž je právě institut korunního svědka. Referující ve svém vystoupení zmínil zákon č. 137/2001 Sb., o zvláštní ochraně svědka a dalších osob v souvislosti s trestním řízením, jakož i ustanovení trestního řádu, dále maďarskou, polskou a německou právní úpravu institutu korunního svědka, Palermskou úmluvu OSN z prosince 2000 a resoluci Rady Evropy z roku 1996. Referující vyslovil podporu přijetí předloženého návrhu zákona o korunním svědkovi.

JUDr. František Púry, soudce Nejvyššího soudu ČR, ve svém příspěvku podal několik poznámek k institutu korunního svědka a presentoval určité myšlenky a problémy s institutem spjaté. Uvedl, že organizovaná kriminalita používá specifické způsoby páchání trestné činnosti a korunního svědka označil za jeden ze stěžejních institutů v boji proti organizované kriminalitě. Ve svém vystoupení se zabýval vymezením pojmu korunní svědek (pachatel určitého trestného činu, jemuž je dán příslib beztrestnosti, či mírnějšího potrestání, pokud výpovědí přispěje k odhalování organizované kriminality). Poukázal i na dvojí rozměr institutu korunního svědka, a to z pohledu hmotněprávního a procesněprávního. V souvislosti s navrženým institutem zmínil dvě základní zásady trestního řízení – zásadu legality a oficiality. Referující se zabýval i situací, v níž bude korunní svědek vypovídat jako utajený svědek a v návaznosti na to poukázal na čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, jakož i na související judikaturu Evropského soudu pro lidská práva. V neposlední řadě otevřel i problém zneužití institutu korunního svědka, a to zejména v situacích, kdy dojde mezi pachateli trestné činnosti k vyřizování účtů, poukázal i na případ účelové výpovědi korunního svědka s cílem zamlčet svůj větší podíl na trestné činnosti či na otázku msty ze strany korunního svědka. JUDr. Púry celkově hodnotí návrh zákona o korunním svědkovi pozitivně, podle jeho názoru jde o chvályhodnou snahu při dokazování specifických forem organizované zločinnosti. Konstatoval, že návrh by měl být předmětem dalších diskusí a vyslovil se pro úpravu institutu korunního svědka až v rámci celkové rekodifikaci trestního práva.

V rámci diskuse bylo reagováno z řad účastníků semináře na možnou kombinaci korunního svědka a anonymního svědka a na to, zda se má tato kombinace připustit, a poukázáno bylo na nebezpečí nevěrohodnosti navrženého institutu ve smyslu, že „jeden anonymní svědek nestačí k usvědčení pachatele, navíc pokud jde ještě o svědka korunního". Zmíněna byla též i zahraniční praxe, kde ochrana korunnímu svědkovi je poskytována ex post, tedy až po složení jeho výpovědi.

* JUDr. Jana Zezulová, Ph.D., státní zástupkyně Nejvyšší státní zastupitelství v Brně

Třetím referujícím byl **JUDr. Miroslav Růžička,** státní zástupce Nejvyššího státního zastupitelství v Brně, který se ve svém příspěvku věnoval zejména otázce oceňování úplného doznání pachatele trestného činu z pohledu hmotného a procesního trestního práva (polehčující okolnost, ustanovení § 40 odst. 2 a 3 trestního zákona, dále instituty podmíněného upuštění od potrestání s dohledem a odklony). JUDr. Růžička ve svém vystoupení poukázal i na problematiku ustanovení § 172 odst. 2 písm. c) tr. ř. a na praxi státních zástupců, která nasvědčuje tomu, že ne vždy byl pochopen smysl tohoto ustanovení. Referující konstatoval, že platná právní úprava nedovoluje učinit závěr v tom smyslu, že institut korunního svědka není potřebný. V druhé části svého vystoupení se referující zamýšlel nad otázkou zavedení institutu korunního svědka do právního řádu a uvedl, že rozhodující impuls byl již učiněn zákonem č. 137/2001 Sb., o zvláštní ochraně svědka a dalších osob v souvislosti s trestním řízení. Bylo poukázáno též na to, že daný institut představuje velký zásah do základních zásad trestního řízení, jakož i na určitou nerovnost mezi pachateli zvlášť závažných úmyslných trestných činů a pachateli méně závažných trestných činů. Závěrem svého vystoupení JUDr. Růžička konstatoval, že na návrhu bude možno pracovat v dalším legislativním procesu.

Posledním referujícím dopoledního bloku byl **Dr. Paul Springer,** pre-accession advisor/judge, soudce z Německa, který působí jako poradce v rámci předvstupních jednání ČR do EU a rovněž se podílí na procesu modernizace české justice. V úvodu svého vystoupení dr. Springer zmínil zákon o korunním svědkovi, který v Německu platil od roku 1989 do roku 1999. Zákon s omezenou účinností na dobu deseti let byl přijat v souvislosti s potíráním teroristických činů. Omezená účinnost zákona souvisela s řešením, resp. s kulminací teroristických činů v Německu a jistou opatrností zákonodárce. Zákon v pěti paragrafech upravoval institut upuštění od potrestání a zmírnění trestu, taxativní výčet trestných činů, u nichž se předpokládalo využití tohoto institutu, právo zprostředkovatele nevypovídat a prekluzivní lhůty. V současné době nový návrh zákona spolkového ministerstva ztroskotal na odporu strany Zelených, který návrh označilo za „špinavý deal zločinců s právním státem". Dále referující vysvětlil současnou úpravu a poukázal na řešení této otázky – tzv. gentlemanský agreement (dohoda soudce, státního zástupce a obhájce, charakterizovaná dr. Springerem takto: „když se obžalovaný chová slušně k justici, tak se justice chová slušně k obžalovanému"). Z výsledků průzkumu, který se uskutečnil v roce 2000 vyplynulo, že u 25 případů teroristických činů a 25 případů organizované kriminality byl aplikován zákon o korunním svědkovi, u dealerství drog byl institut korunního svědka uplatněn v 6 100 případech. V další části se referující věnoval hodnocení českého návrhu zákona o korunním svědkovi. Uvedl, že plně souhlasí s jeho zaměřením, ale je osobně přesvědčen, že návrh nebude aplikovatelný pro svoji obsáhlost a nepřehlednost. Dále poukázal na to, že v návrhu absentují sankce pro případ, kdy pachatel nebude spolupracovat, resp. v případě, že nedodrží úmluvu (např. obnova řízení). Poukázal též na nebezpečí přerušení řízení, kdy Evropský soud pro lidská práva judikuje, že při příliš dlouhém řízení zaniká nárok státu na potrestání pachatele, dále se vyslovil pro nutnou úpravu dalších předpisů, (např. otázku, co bude s korunním svědkem po procesu). Dr. Springer poté představil svůj návrh zákona o korunním svědkovi (obdoba návrhu Dolního Saska).

„Soud může snížit trest nebo od trestu upustit, pokud pachatel nebo účastník trestného činu podle §§ ... trestního zákona nebo trestného činu s tímto činem souvisejícího sám nebo prostřednictvím třetí osoby dobrovolně oznámí orgánu činnému v trestním řízení své vědomosti o skutečnostech, které mohou:

- zabránit spáchání takového trestného činu,
- pomoci objasnit takový trestný čin, pokud se na něm spolupodílel, nad rámec jeho vlastního podílu na činu nebo
- vést k dopadení pachatele nebo účastníka takového trestného činu, může příslušný soud se souhlasem státního zástupce upustit od stíhání, pokud je to v poměru k vlastnímu činu ospravedlněno významem pachatelova nebo účastníkova sdělení obzvláště s ohledem na zabránění budoucím trestným činům.

Soud musí být o správnosti výpovědi přesvědčen.

Pro případ, že se výpověď ukáže býti nepravdivou nebo pokud se nepodaří jiný trestný čin odsoudit z důvodů, které závisí na osobě pachatele nebo účastníka a za které odpovídá, je nutná úprava zákona, že soud pokračuje v řízení proti korunnímu svědkovi, bez nutnosti dalšího dokazování skutkové podstaty."

Po vystoupení referujících z dopoledního bloku se mezi přítomnými účastníky pracovního semináře rozpoutala diskuse, týkající se např. zda by korunním svědkem měl být pachatel stejně závažné trestné činnosti, obrácená disproporce (např. kdy 27násobný vrah usvědčuje jiného z údajné korupce), úloha a pozice veřejnosti ve vztahu k institutu korunního svědka, otázka omezené účinnosti zákona o korunním svědkovi, terminologie návrhu zákona, situace v Německu, kde se zákon o omamných prostředcích ukazuje v boji proti organizovanému zločinu jako mnohem efektivnější než právní úprava o korunním svědkovi.

Odpolední blok pracovního semináře zahájil svým vystoupením **doc. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc.,** vedoucí katedry trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně. Ve svém příspěvku se zabýval ústavním a mezinárodním pohledem na institut korunního svědka. Uvedl, že z pohledu Ústavy ČR a Listiny základních práv a svobod je třeba se zabývat otázkou, zda navrhovaná právní úprava

je ústavně konformní. V této souvislosti zmínil požadavek určitosti a předvídatelnosti právní úpravy. Poukázal na ustanovení § 306b odst. 1 písm. a) návrhu, který svou formulací „zcela výjimečným způsobem přispěl k objasnění...", připouští široký výklad, což skýtá nebezpečí jeho zneužití. Dále navrhl v rámci ustanovení § 306b odst. 4 písm. b) návrhu uvést i spolupachatelství. Referující konstatoval, že návrh právní úpravy je ústavně konformní. Doc. Kratochvíl poukázal i na to, že ze znění důvodové zprávy k návrhu je patrno, že dochází k prolomení jak principů trestněprávních, tak i ústavněprávních, a to zásady kontradiktornosti řízení a zásady ústnosti. Korunní svědek může narušit kontradiktornost řízení i princip rovnosti zbraní, neboť z povahy věci asi bude důkazem obžaloby. Ostatní zásady uvedené v § 2 trestního řádu nejsou podle jeho názoru institutem korunního svědka ohroženy. Judikatura Evropského soudu pro lidská práva se dané problematiky dotýká přes dokazování a práva na spravedlivý proces, zásady veřejnosti a ústnosti. Pokud se jedná o provedení korunního svědka pod utajením, je v tomto ohledu třeba respektovat požadavky judikatury Evropského soudu pro lidská práva. Závěrem svého vystoupení se doc. Kratochvíl zabýval otázkou, předmětný návrh legislativně řešit dílčí novelou, pro niž hovoří doba přijetí ČR do EU či čekat až na rekodofikaci trestního práva, a to s ohledem na zásadní průlom institutu korunního svědka do trestního práva procesního. Referující se vyslovil pro novelizační řešení.

Doc. JUDr. Pavel Šámal, Ph.D., předseda senátu Nejvyššího soudu, člen katedry trestního práva Právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni, v úvodu svého vystoupení uvedl, že považuje institut korunního svědka za velmi kontroverzní a závěry za ne tak zcela jednoznačné. Poukázal na situaci v USA, kde je tento institut využíván jen u zločinného spolčení a terorismu, předložený návrh je však rozsáhlejší, užití je předpokládáno i u majetkové trestné činnosti. Konstatoval, že trestní řád nedovoluje, aby jedna osoba měla současně postavení obviněného a svědka (za podmínky, že nedojde k vyloučení věci), což má význam z pohledu možnosti trestního stíhání za podání křivé výpovědi. Vysvětlil účelovou a transakční imunitu (USA), a poukázal na viditelný příklon k imunitě účelové (jejíž podstatou je imunita pro konkrétní trestný čin, o kterém pachatel vypovídá). Návrh zákona však přiznává pachateli imunitu u všech trestných činů, které spáchal a které nebyly odsouzeny. Ve svém vystoupení dále zmínil problematiku důsledků pravomocného přerušení trestního stíhání, dočasného odložení trestního stíhání a prohlášení o skutku. Doc. Šámal se jednoznačně vyslovil pro spojení práce na návrhu zákona s rekodifikačními pracemi.

JUDr. Pravoslav Polák, soudce Krajského soudu v Plzni, ve svém referátu označil institut korunního svědka za využitelný a potřebný z pohledu soudní praxe a pro jeho zavedení svědčí pragmatické důvody. Ve svém vystoupení se zmínil o ustanovení § 55 odst. 2 tr. ř., o zákonu o ochraně svědka, dále o ustanovení § 33 písm. k) a § 40 odst. 3 tr. z. Mezi nejčastější důkazní prostředky užívané při dokazování organizovaného zločinu zařadil institut použití agenta (§ 158e tr. ř.). Dále poukázal na to, že na základě současné právní úpravy spolupracující obviněný nedosáhne příznivějšího postavení (např. zvlášť nebezpečný recidivista). Další jeho připomínky se týkaly konkrétních ustanovení návrhu zákona.

JUDr. Věra Brázdová, státní zástupkyně Krajského státního zastupitelství v Plzni, uvedla, že se zabývá objasňováním a odhalováním drogové trestné činnosti, zejména pak skupin působících v jiných státech. V rámci této své praxe poukázala na to, že nejslabším článkem skupiny jsou kurýři, kteří vesměs nevyužívají práva nevypovídat. Vypovídají však jen o okolnostech kurýrní cesty, ale již nevypovídají o dalších osobách, a to i přes poučení, že doznání a spolupráce je polehčující okolností. Dále poukázala na zájem vypovídat i u osob stojících výše ve skupině, avšak otázkou je, co těmto osobám můžeme za jejich výpověď nabídnout (jen polehčující okolnost). Z návrhu právní úpravy korunního svědka poukázala na povahu prohlášení obviněného o závazku ve smyslu § 306b odst. 1 písm. a) návrhu a poukázala na obdobu u § 310 tr. ř. Nastolila i otázku, zda bude mít korunní svědek právo odepřít výpověď.

V rámci následné poměrně bouřivé diskusi k některým nastíněným otázkám v rámci odpoledního bloku příspěvků zazněla i otázka, zda předložený návrh vylepšovat větu po větě nebo se dát cestou vypracování návrhu nového. Znovu byla otevřena otázka postavení obviněného a svědka a nemožnost postihu pachatele, který spáchal trestný čin a o tomto trestném činu vypovídá. Ze strany účastníků semináře bylo zdůrazněno, že korunní svědek je svědkem koruny, tzn. že jako obviněnému mu bylo přiznáno postavení svědka (ale jen za podmínky, že vypovídá), v případě, že odmítne vypovídat, přestává být korunním svědkem. I přes rozdílnost názorů na předloženou právní úpravu účastníci semináře označili institut korunního svědka za zásadně akceptovatelný prostředek v případě stavu důkazní nouze u nejzávažnější trestné činnosti.

Po ukončení diskuse **doc. JUDr. Helena Válková, CSc.** podala účastníkům pracovního semináře obsah akademického stanoviska k dané problematice. Zmíněna byla zejména otázka proporcionality, otázka subjektu, který by měl rozhodovat o užití institutu korunního svědka, návaznost či absence ustanovení či užití výrazů v návrhu zákona umožňující různý výklad a aplikaci. Pečlivě zvážena by měla být i otázka dalšího postupu – dílčí novelizace či rekodifikace trestního práva. Předkladatelům návrhu zákona o korunním svědkovi bylo doporučeno na předloženém návrhu pracovat ve spolupráci s legislativním odborem Ministerstva spravedlnosti a předlohu návrhu s ním konzultovat.

Závěrem je třeba konstatovat, že v průběhu pra-

covního semináře a po skončení připraveného programu proběhla řada obecných i dílčích diskusí a bylo zodpovězeno velké množství otázek týkajících se institutu korunního svědka.

Diskusní příspěvky všech referujících a dalších účastníků semináře budou publikovány ve sborníku, jehož vydání se předpokládá v druhé polovině tohoto roku.

Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi

Vědecké kolokvium českých kateder právní teorie

Miloš Večeřa*

I.

Ve dnech 19.–20. června 2002 se v příjemném prostředí osady Milovy na Českomoravské vysočině v hotelu Devět skal uskutečnilo společné zasedání kateder, zajišťujících výuku teorie práva a některých dalších souvisejících předmětů v rámci studijních programů magisterského, bakalářského a doktorského studia na všech čtyřech právnických fakultách univerzit v České republice, které ve spolupráci připravily a organizačně zajistily pražská a brněnská katedra právní teorie. Setkání navázalo na předchozí společnou akci kateder právní teorie, která proběhla ve dnech 23.–24. června 2000 ve výukovém středisku Cikháj brněnské Masarykovy univerzity na Českomoravské vysočině. Náplň tohoto druhého srazu byla ale zaměřena především odborně a spočívala ve vědeckém kolokviu na téma „Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi".

Setkání se zúčastnili pedagogové všech čtyř kateder právní teorie českých právnických fakult. Za pražskou katedru právní teorie a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy byli přítomni prof. JUDr. Aleš Gerloch, JUDr. Jana El Dunia, JUDr. Pavel Maršálek, JUDr. Zdeněk Kühn, JUDr. Jan Kysela a čtyři studenti doktorského studijního programu: JUDr. Beran a magistři Doležal, Tryzna a Winter. Brněnské katedra právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity byla zastoupena doc. JUDr. PhDr. Milošem Večeřou, JUDr. Jaromírem Harvánkem a JUDr. Drahomírou Houbovou, plzeňská katedra teorie práva Právnické fakulty Západočeské univerzity Doc. JUDr. Vladimírem Zoubkem, JUDr. Františkem Novákem, JUDr. Františkem Cvrčkem, Mgr. Michalem Šejvlem, JUDr. Tomášem Sobkem a Mgr. Petrem Kiššem. Za olomouckou katedru teorie práva a dějin Právnické fakulty Univerzity Palackého se setkání zúčastnili Mgr. Petr Osina a Mgr. Kamila Bubelová.

II.

Program vědeckého kolokvia spočíval ve vědecké rozpravě vycházející z tezí, které před setkáním kateder obdrželi všichni přítomní účastníci, a nad nimiž měli možnost se obsáhleji zamyslet a připravit podle oblasti svého odborného zájmu referát nebo dílčí koreferát či poznámku. Teze vědeckého kolokvia vycházely z konstatování, že recentní východiska teorie interpretace práva jsou založena na kritice právně dogmatického přístupu a rozvolnění interpretace, což se projevuje jak v dimenzi objektu interpretace, tak v dimenzi interpretačních direktiv, jejich závaznosti a funkcích.

Diskuse na kolokviu byla tezemi strukturována do těchto šesti základních panelů:

1) Funkce interpretace.

Nejspíše lze rozlišit tři interpretační funkce:

a) *funkce mocensko organizační* (interpretace jako prostředek sjednocení procesů aplikace práva – promítá se do závaznosti interpretačních závěrů jednotlivých subjektů interpretace);

b) *funkce heuristická* (souvisí s vymezením objektu a cílů interpretace má nejspíše diferencovaný význam z hlediska legislativního procesu, z hlediska procesů aplikace a z hlediska doktrinálního);

c) *funkce argumentační* (interpretační direktivy jsou klíčovou složkou právní argumentace).

* Doc. JUDr. et. PhDr. Miloš Večeřa, CSc., Katedra právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

2) Objekt (resp. objekty) interpretace.

Podstatnou otázkou se zdá být zejména vztah psaného práva jako *primárního objektu* k *sekundárním objektům*, kterými mohou být právem chráněné a zprostředkované hodnoty, právní principy, soudní judikatura, doktrína, tradice, právní úprava v jiných právních řádech atd. Namístě by bylo posoudit inverzní vztah objektů interpretace z hlediska aplikace práva a tvorby práva. Při tvorbě práva se psané právo vytváří za pomoci interpretace skutečností, tvořících při jeho aplikaci objekty sekundární.

3) Subjekty interpretace.

Diskutovat je třeba dva okruhy problémů:

a) Postavení jakéhokoli subjektu interpretace z hlediska *heuristického kontextu*, v němž se nachází (otázka tzv. předporozumění), který může event. být chápán i jako kontext sociální a psychologický.

b) Rozlišení formální závaznosti a faktické významnosti interpretačních výstupů, při formální závaznosti pak dále rozlišení závaznosti kompetenční a závaznosti procedurální.

V podmínkách českého právního řádu má zvláštní důležitost problematika *závaznosti* interpretačních závěrů (právních názorů) Ústavního soudu a vyšších soudů (zvl. Nejvyššího soudu a vbrzku i Nejvyššího správního soudu) pro oblast aplikace práva. Bylo by vhodné posoudit, zda stejnou povahu a funkci mají interpretační závěry Ústavního soudu pro oblast legislativy. Již v současnosti je podstatnou i otázka *významnosti* interpretačních závěrů Evropského soudu pro lidská práva ve Štrasburku a po vstupu do Evropské unie též Evropského soudního dvora a Soudu první instance v Lucemburku. Diskuse by se měla v této souvislosti věnovat též *závaznosti* interpretačních závěrů při aplikaci práva ve vztahu k danému případu a externímu *významu* interpretačních závěrů, obsažených v odůvodnění aktů aplikace práva, pro případy obdobné. Svůj význam si podržuje i problematika rozsahu *interní závaznosti* a *externích dopadů* interpretačních závěrů (právních názorů) zprostředkovaných vnitřními předpisy v rámci služebního výkladu. Analýzu si zřejmě zasluhuje i otázka *významu* doktrinálního výkladu, přes nespornou formální *nezávaznost*.

4) Standardní metodologické direktivy interpretace.

Jde zejména o relaci tzv. standardních metod interpretace, které je nutno při interpretaci použít vždy, k nadstandardním metodám, které se váží k tzv. hard cases (obtížně řešitelným případům). Otázkou je jednak distinkce soft cases (easy cases) a hard cases, tedy jednoduchých a složitých případů, jednak distinkce těchto dvou skupin metodologických direktiv. Dále je namístě analyzovat strukturní elementy, postupy a argumenty *lingvistických, logických a systematických* metodologických direktiv.

5) Nadstandardní metodologické direktivy interpretace a rozsah jejich použití.

V návaznosti na diskusi sub 4) by měly být analyzovány strukturní elementy, postupy a argumenty *historických, teleologických (resp. teleologicko-axiologických) a komparativních* metodologických direktiv. Největší pozornost se v současném právním myšlení soustřeďuje na možnosti a limity využití strukturních elementů, postupů a argumentů teleologicko-axiologické povahy. Jsou jimi nesporně hodnoty a právní principy, mohou jimi nejspíše být i další standardy, zejména obecné účely. Ne zcela zřejmá je distinkce těchto standardů, pokud hodnoty chápeme jako finální účely práva, zprostředkované v psaném (i nepsaném právu) soustavou právních principů jako abstraktních regulativních idejí. Diskusi zasluhuje též *rozsah možných posunů* mezi „ratio legis" z pohledu zákonodárce a z pohledu orgánu aplikujícího právo při dotváření (konkretizující formulaci, event. i reformulaci?) psaného práva. Bude třeba se též zaměřit na diskusi o způsobech použití a rozsahu *metody vyvažování* a *metody specifikace*.

6) Argumentační standardy v recentním právním myšlení.

Argumentační standardy v recentním právu lze rozdělit podle objektů a funkcí interpretace. Je třeba znovu připomenout inverzi primárního a sekundárního objektu interpretace z hlediska tvorby práva a z hlediska jeho aplikace (*u tvorby práva* primárně argumentujeme hodnotami, principy, účely apod., standardní interpretační metody slouží k jejich normativnímu vyjádření v písemné podobě též z hlediska předvídané interpretace normativního textu při aplikaci a realizaci při *aplikaci práva* je tomu samozřejmě naopak).

Důležitý je *rozsah argumentačního pole*, v němž se lze z hlediska procesu tvorby a aplikace práva pohybovat. Při tvorbě práva dnes nelze opomíjet významnou limitaci normativním kontextem mezinárodního a ústavního práva. Při aplikaci je tento normativní kontext doplněn a zpřesněn prameny psaného práva na zákonné a podzákonné úrovni, popř. i vnitřními předpisy event. i v daném případě formálně závaznými právními názory, obsaženými v aktech aplikace práva orgánů veřejné moci vyšší instance, dále konstantní judikaturou, obecně sdílenými názory v právní teorii (communis opinio doctorum). Při aplikaci práva si podržuje význam distinkce argumentace z hlediska *questiones facti a questiones iuris*.

III.

Ve vědecké rozpravě, která probíhala v průběhu odpoledne prvního dne jednání a dopoledne druhého dne jednání, a kterou řídil doc. Večeřa, vystoupil nejprve prof. Gerloch s referátem, ve kterém podrobně charakterizoval a rozvedl jednotlivé základní teze vztahující se k problematice interpretace a argumentace v dnešní právní teorii a právní praxi. Obsáhlejší referáty přednesli JUDr. Kühn (ke srovnávací metodě) a JUDr. Maršálek (přínosy historické metody), s dílčími referáty a poznámkami pak průběžně vystoupili prof. Gerloch, doc. Večeřa, JUDr. Beran a Mgr. Doležal. Do vědecké rozpravy se k jednotlivým tématům vyslovili všichni přítomní pedagogové a z diskusí vyplynuly současné tendence procesu interpretace a argumentace, naznačené již ve shora uvedených východiskových tezích.

Na závěr kolokvia proběhla výměna názorů k aktuálnímu stavu výuky teorie práva a souvisejících teoreticko právních disciplín na jednotlivých katedrách a k personálním a organizačním změnám ve struktuře jednotlivých kateder. Následovaly informace o vědecké činnosti, grantových, výzkumných, organizačních a dalších aktivitách jednotlivých kateder právní teorie a jejích členů, zejména se zřetelem na možnosti navázání těsnější mezifakultní spolupráce.

Na závěr setkání kateder právní teorie zhodnotil průběh vědeckého kolokvia a dalšího programu doc. Večeřa. Celkové hodnocení setkání kateder vyznělo velmi příznivě, a to jak z hlediska aktuálnosti tématu kolokvia, tak i průběhu vědecké rozpravy a vzájemné výměny názorů a stanovisek i dalších informací. Obecně byla oceňována skutečnost, že setkání kateder napomáhá udržování vzájemné informovanosti a navazování a udržování kontaktů mezi jednotlivými pedagogy a katedrami. Z vystoupení na kolokviu a dalších příspěvků účastníků, které byly inspirovány vědeckou rozpravou, bude vydán samostatný sborník zaměřený k otázkám právní interpretace a argumentace.

RECENZE

Ladislav Cabada, Michal Kubát a kol.: Úvod do studia politické vědy

Eurolex Bohemia, Praha, 2002, 445 str.

Jan Kysela*

Na sklonku loňského roku se na trhu objevil další titul z produkce pražského nakladatelství Eurolex Bohemia, nazvaný „Úvod do studia politické vědy". Jde o kolektivní práci – učebnici týmu sedmi autorů v čele s editory *L. Cabadou* a *M. Kubátem*, jež se stala základem nové politologické edice jmenovaného nakladatelství.

Kolektivní práce jsou spjaty s výhodami i riziky. Umožňují svěřit jednotlivá témata specialistům, čímž se předchází možné povrchnosti. Na druhou stranu bývá obtížné přesvědčit specialistu, že „jeho" téma je pouze jedním z mnoha a měl by se proto ubránit přílišným detailům a přizpůsobit adekvátnímu poměru svého podílu na textu jako celku. Nikdy navíc nelze zcela odstranit různost stylů, promítající se nejen v jazyce, ale také třeba v rozsahu poznámkového aparátu, množství a původu použité literatury apod. Naznačená negativa nijak zvlášť nevadí u sborníků, u učebnic by však mohla působit rušivě. Mám nicméně za to, že v recenzované práci se vyskytují v únosné míře. Přesto však můžeme některé části knihy číst téměř jako esej (politické ideologie), zatímco v jiných (politické strany a volební systémy) tryskají fakta z každého řádku. Ne vždy je to přitom dáno povahou zkoumaného předmětu.

Práce je rozčleněna na předmluvu a šestnáct kapitol, pravidelně obsahujících shrnutí výkladu a seznam literatury (citované a k dalšímu studiu).

Předmluva editorů neslouží jen k osvětlení účelu práce, ale obsahuje i zajímavá zamyšlení nad moderní demokracií, charakterizovanou možností maximální politické participace a současně realitou participa-

* JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Kancelář Senátu a Právnická fakulta UK

ce omezené, nebo nad typy politologů profilujících se u nás v 90. letech (entuziasté – samouci, emigranti, odborníci z jiných oborů, čerství absolventi nově etablovaných akademických pracovišť).

Ostatně českou politologii, její institucionální i personální dimenzí, se v první kapitole, nazvané „Politická věda jako samostatná společenskovědní disciplína", zabývá i *L. Cabada*. Základem empirické politické vědy je *Comtův* pozitivismus; politickou filosofii autor považuje za předobraz normativně-ontologické složky politické vědy. Odkazuje na spory o samostatnost politické vědy (předmět a metody), jakož i na její dosti dlouhodobé vnímání v českých zemích jako specifické metody studia ústavního práva.

P. Rosůlek se ve druhé kapitole pokouší o splnění nelehkého úkolu, totiž vymezit „Politiku jako předmět zájmu politické vědy". Politika je typická mnohými tenzemi (přítel – nepřítel, vládnoucí – ovládaní atd.), je spojena jak s konfliktní autoritativní alokací hodnot, tak s úsilím o sociální harmonii. Pravidelnou součástí jejích různých definic je prvek moci. Ilustrací její mnohoznačnosti je trojice anglických pojmů, vždy znamenajících „něco z politiky": *polity*, *policy* a *politics*.

Autorkou dalších dvou kapitol je *B. Říchová*. V první z nich, „Metodologie politické vědy", se vrací do minulosti, k vývoji chápání politické vědy jako vědy samostatné. Dále vypočítává tři základní metodologické přístupy: historický (studium jevu či vztahu v historické perspektivě), legalistický (ústavní uspořádání a právní úprava mocenských vztahů) a institucionální (studium politických institucí). Jako doplňkové metody politologie uznává experiment, v návaznosti na *policy analysis*, i simulaci uplatňovanou např. v teorii her.

Další z kapitol sepsaných *B. Říchovou* pojednává o „Komparativní politologii". Informace o politických systémech a zákonitostech jejich vývoje slouží jako substituce experimentu; za účelem generalizace je však nelze čerpat pouze z jediného systému. Po vzoru *Blondelově* autorka odlišuje komparaci od prostého srovnání; z hlediska vztahu k časové ose odděluje komparaci diachronní a synchronní. V politologii se setkáme s aplikací komparativní metody na případové studie, analýzu totožných procesů a institucí, klasifikaci omezeného souboru zemí i při globálních a regionálních statistických analýzách. Mimořádný význam zaznamenává komparativní metoda od 60. let 20. století, počínaje etablováním „nové komparativní politické vědy" až k renesanci institucionálních přístupů, tentokráte v hávu nového institucionalismu.

Kapitolu věnovanou „Politické filosofii" napsal *M. Skovajsa*. Uvádí nás do diskuse o „vědeckosti" politické filosofie, jejíž účel spatřuje v úsilí o poznání správného politického zřízení (*Sollen* versus *Sein*). Rozlišuje politickou filosofii klasickou (antika a středověk), moderní (16. až 19. století) a současnou, kterou sleduje v linii kontinentální (obsahové problémy) a analytické (analýza pojmů vlastní zejména anglosaské oblasti). S vědou zkoumající zkušenostně přístupné stránky skutečnosti se setkává vlastně jen normativní politická filosofie, jež se zaměřuje na vyjasnění a zdůvodnění normativního rámce života společnosti. V podmínkách hodnotového pluralismu a konfliktnosti hodnot se politická filosofie soustřeďuje na výběr nejracionálnější varianty jednání. Hodnoty autor považuje jednak za cíle, jednak za kritéria posuzování cílů; liší se mj. v míře abstrakce nebo vzájemné neslučitelnosti. Jedním z řešení konfliktu hodnot je politický liberalismus, jenž ty nejspornější vyděluje z politiky, tj. ze sféry veřejného rozhodování.

Vzhledem k nutně omezenému rozsahu je velmi ambiciosní kapitola šestá, jež nese název „Politické ideologie"; jejím autorem je *P. Rosůlek*. Sleduje pojem ideologie až k jeho vzniku na sklonku 18. století, klasifikuje jeho neutrální a kritické pojetí, včetně ideologie jako „falešného vědomí". Dále se zabývá jednotlivými vybranými politickými ideologiemi: liberalismem (člověk jako zdroj morálních hodnot, odvozenost původně omezeného státu, umírněnost), konzervatismem (skepse k radikálním změnám, tradice, hierarchie), socialismem (utopickým, marxistickým, sociálně demokratickým atd.), environmentalismem, feminismem, nacionalismem a islámským fundamentalismem.

Sedmá kapitola, sepsaná *B. Říchovou*, pojednává o „Politickém systému". Systémový přístup byl jedním z důsledků snahy o odpoutání se od tzv. legálních aspektů politiky; pokouší se postihnout vzájemnou závislost částí systému, vztahy mezi politickými aktéry a současně i vymezení se vůči okolí systému. Pracuje s pojmy vstupů (vztah společnosti a politiky: socializace, artikulace zájmů), výstupů (rozhodnutí) a zpětné vazby. Je spojen zejména se jmény *Parsonsovým* a *Eastonovým*, ale v navazujících studiích, rozpracovávajících nové modifikace a dílčí aspekty konceptu, i se jmény dalších badatelů (především *G. Almond* – strukturně-funkcionální přístup).

Následuje soubor čtyř kapitol *M. Kubáta*. První z nich je nadepsána „Politické režimy – formy vlády". Autor nejdříve vymezuje politický režim jako normativní subsystém politického systému, jenž má legitimizační funkci. Spojuje jej pouze s demokratickými politickými systémy. Dále zkoumá základní atributy parlamentarismu, prezidencialismu a semiprezidencialismu. Za zvláštní formu, variantu vlády shromáždění s absentující dělbou moci, považuje režim švýcarský. Svůj výklad uzavírá konstatováním o neexistenci ideálního politického režimu.

Další kapitola je věnována „Politickým aktérům", tj. zájmovým skupinám a politickým stranám, jež od sebe nelze vždy zcela ostře odlišit. Zájmové skupiny (politické zájmové skupiny s materiálními zájmy a nátlakové skupiny s ideologickými zájmy) vykonávají vliv na držitele moci, někdy bývají zárodkem politických stran. *M. Kubát* klasifikuje jejich funkce, strategie ovlivňování rozhodovatelů i vzájemný vztah se státem (modely pluralistický, korporativní a *policy networks*).

Politické strany usilují o dobytí a výkon moci. Autor je odlišuje od politických hnutí, zkoumá jejich historii, institucionalizaci, typologie, funkce a cíle.

Na toto téma plynule navazuje desátá kapitola „Stranické systémy". Za ty je označen souhrn politických stran a jejich vzájemné vztahy. Konkrétní podoba stranických systémů je ovlivňována řadou proměnných, mj. velikostí a počtem stran, jejich geografickým působením, institucionálním soukolím atd. Autor se následně při výkladu *Sartoriho*, *Duvergera*, *Blondela* a jiných zabývá nejen jednotlivými typy stranických systémů (soutěživé a nesoutěživé; monopartismus, bipartismus, multipartismus; ideologické vzdálenosti mezi stranami), ale i typy politických stran (velké/malé, pivotální atd.).

Poslední kapitola *Kubátova* komplexu je věnována „Volbám a volebním systémům". Soutěživé volby jsou základním předpokladem demokracie; pojí se k nim však i další epiteta: svobodné, poctivé atd. Mezi jejich cíle patří ustavení politické reprezentace, politická stabilita či zajištění shody mezi mocí a preferencemi většiny obyvatel. Volební systém je souborem pravidel řídících volby jako proces. Za základní formy volebních systémů autor považuje systém většinový, poměrný a smíšený, o jejichž variantách obšírně pojednává. Velmi důkladně rozebírá také matematické metody přepočtu hlasů na mandáty (volební dělitelé a volební kvóty), zkoumá důsledky velikosti volebních obvodů či uzavíracích klauzulí. V samostatném oddílu upozorňuje na disproporční efekty všech volebních systémů a na nemožnost ideální kumulace efektů reprezentativnosti a akceschopnosti. Závěr rozsáhlé kapitoly patří volebnímu chování, typům hlasování, volební účasti a důvodům jejích výkyvů, volební geografii (vztah prostoru a voleb) a volební kampani, resp. jejím typům.

Autorem dvanácté kapitoly „Politická sociologie" je *K. Müller*. Zkoumá tuto disciplínu v širším kontextu sociálních věd, vidí ji vyrůstat ze sociologie politiky. Předmětem zájmu politické sociologie jsou širší společenské souvislosti či sociální souvztažnosti politiky: předpoklady demokracie, politická kultura, konflikt a konsensus, elity, byrokracie atd. Podrobněji se zastavuje u *Arona*, *Cosera* a *Lipseta* a tematické zaměření oboru názorně předestírá na konkrétním příkladu občanské společnosti, jíž považuje za záruku svobody a demokracie a nutný doplněk politických stran.

Ve třinácté kapitole *M. Skovajsa* rozebírá „Teorie demokracie". Rozlišuje deskriptivní a preskriptivní složky teorií demokracie, jež odděluje od jejích typů (např. přímá/zastupitelská, participační/elitní atd.). Výklad je orientován převážně chronologicky, tzn. začíná Athénami, *Platónem* a *Aristotelem*, a pokračuje přes *Rousseaua*, *Tocquevilla* a *J. S. Milla* až k *Schumpeterovi* jako představiteli kritických badatelů upozorňujících na rozdíly mezi ideálem vlády lidu a jeho reálným naplňováním. 19. století je v tomto nástinu stoletím prosazení vlády lidu, současně však názorně ilustruje rovněž rizika vlády průměru, absence mechanismu výběru nejschopnějších či dokonce tyranie většiny.

Čtrnáctou kapitolu napsal *L. Cabada*; pojednává o „Politické antropologii", tedy disciplíně přesahující zavedený záběr politické vědy pouze na moderní společnosti euroatlantické civilizace zaměřením na společnosti tradiční. Politická antropologie je specializovaným oborem antropologie, prostorem střetávání politologických, sociologických a antropologických pohledů na fungování lidské společnosti. Autor ilustruje její zkoumání pomocí pojmů moc a autorita, totalitarismus, politická náboženství, modernizace aj.

Předposlední kapitola, tentokráte z pera *M. Romancova*, se týká „Politické geografie", jež zkoumá vztahy mezi prostorem (v intervalu lokalita až svět, resp. vesmír) a politickou sférou. Politická geografie sestává ze čtyř hlavních škol: globalistické, neorealistické, systémové a kulturalistické. Tato věda zkoumá nejen regiony jako přirozené entity, ale také státy, alespoň pokud jde o jejich územní atribut. V této souvislosti se zabývá i hranicemi, velikostí států a jejich tvarem, teritoriální distribucí moci či vztahem centra a periferie.

M. Romancov je autorem také šestnácté kapitoly, nazvané „Geopolitika". Tento obor, koncentrovaný na výzkum teritoriálního uspořádání světa v globální perspektivě, byl po delší dobu poněkud poznamenán spojováním s expanzionistickými plány III. říše. Autor vyjmenovává a stručně charakterizuje nejvlivnější autory a jejich teorie: zakladatelskou osobnost *F. Ratzela* (opěvovaného svého času *L. Gumplowiczem* jako naději pro nové pojetí státního práva), bipolární teorii Heartlandu *H. J.Mackindera*, panregiony *K. Haushofera*, *Spykmanovu* teorii Heartlandu – Rimlandu nebo multipolární teorii *S. B. Cohena*. Závěrem upozorňuje na perspektivy astropolitiky, tj. pronikání politiky do vesmíru.

Dá se předpokládat, mj. vzhledem k působení autorů na řadě fakult a vysokých škol vůbec, že tato učebnice bude využívána stovkami studentů nejen politologie, ale i souvisejících oborů, právní vědu nevyjímaje. Rozhodně jim to nebude ke škodě, neboť jde o kvalitní širokospektrální práci. Od jiných učebnic podobného zaměření (např. „Politologie" sepsaná na brněnské právnické fakultě) se liší větším rozsahem a podrobností zahrnuté látky, nad učebnicemi orientovanými pouze na určitou dílčí tematiku či politologický přístup (např. dvě nedávné velmi zajímavé publikace *B. Říchové*) vyniká šíří záběru. Přesto, či snad právě proto, bych rád přičinil několik kritických poznámek, jež by mohly být zohledněny v dalším vydání, které považuji za jisté.

Začnu upozorněním na několik drobných pochybení, snadno odstranitelných v rámci korektur. Patří mezi ně pár překlepů, z nichž upozorňuji např. na dvojí iniciálu křestního jména prof. *Pavlíčka*, *V.* a *F.* (str. 29), přičemž jen *V.* je správně, jméno *H. Marcuse* (nikoliv *H. Marcus* – str. 106), „odporníky" (str. 226),

kterézto slovo upomíná na časy *M. Zemana* blahé paměti v čele Sněmovny, jenž v oslovení „vážení poslanci" zdaleka ne vždy vyslovoval zřetelné „l", logicky rozporné věty na str. 283 a 430, a zřejmě i na nesoulad mezi textem na str. 291 a 292 a tabulkou č. 15, kde jsou tři volební kvóty zachyceny v chybných vzorcích.

V podstatě do téže kategorie korektorsky odstranitelných „přehmatů" spadá tvrzení, že na Právnické fakultě MU se nevyskytují studijní programy politologického zaměření (jedna z tamních kateder se jmenuje „ústavního práva a politologie"), zařazení primárně právního historika *K. Schelleho* mezi členy právě zmíněné katedry ústavního práva, laskavé uvedení pražské právnické fakulty mezi institucemi zabývajícími se politologií, a to s výčtem tří autorů přiřazených ke katedře ústavního práva, zatímco dva z nich patří ke katedře teorie práva, avšak s opomenutím tamního garanta výuky politologie *P. Pitharta*.

Závažnější, avšak tím více subjektivní, jsou dílčí připomínky k rozsahu a obsahu jednotlivých kapitol.

Není mi známa délka a přesná struktura studijního programu politologie na Západočeské univerzitě, pro nějž je učebnice určena, ani jeho provázání s navazujícími speciálními kursy. Domnívám se nicméně, že takto objemný, universálně koncipovaný úvod do studia politické vědy, velmi vhodně zahrnující např. i tematiku politické geografie a geopolitiky, se měl dotknout rovněž teorie mezinárodních vztahů. Logickým pendantem kapitol o teoriích demokracie a o politických režimech by mělo být pojednání o totalitarismu (o němž se mluví pouze v kapitole o politické antropologii) a autoritářských režimech. Nemyslím, že by připsání několika desítek stran učinilo učebnici čtenářsky „nestravitelnou".

Podobně mi chybí výklad soudobých teorií demokracie, jakkoliv je autorem kapitoly odůvodňován v češtině přístupnou rozsáhlou literaturou. Soudě ze seznamu literatury, platí ostatně totéž i o teoriích starších. Nezdá se mi nicméně vhodné nezmínit se např. o *Dahlově* polyarchii, *Habermasově* koncepci diskursivní demokracie, republikánskými koncepty podbarvené kritice neliberální či dokonce totalitní demokracie nebo i v našem prostředí velmi aktuálních sporech o modely a pojetí demokracie (konsensuální, majoritní atd.). Na podstatu demokracie, existuje-li vůbec něco takového, vrhají často nové světlo. Možná to nepatří k „teoriím" demokracie (na str. 341–342 se v této souvislosti píše o „typech" demokracie), ale snad by stálo za úvahu, opět zejména z důvodů aktuálnosti, shrnout možná odůvodnění různých forem přímé a zastupitelské demokracie.

V kapitole věnované politické filosofii by bylo dobré nástin pestrosti proudů současné politické filosofie (utilitarismus /?/, liberalismus, komunitarismus, marxismus /?/ atd.) doplnit poznámkou, zda je autor považuje za identické s tím, co se běžně označuje jako „politické ideologie".

Myslím, že ve výkladu o pojmu ideologie by bylo bývalo dobré přihlédnout k tuzemským pracím *P. Pitharta* („Obrana politiky") a *P. Šaradína* („Historické proměny pojmu ideologie"). Zřetelnějším by se stalo negativní pojetí ideologií, např. *G. Sartorim* („Teória demokracie") z důvodů srozumitelnosti optované jako jedině správné. Stručnou připomínku by snad zasloužil také totální a partikulární pojem ideologie *K. Manheima* („Ideologie a utopie").

Pokud jde o jednotlivé politické ideologie, nejsem si úplně jist, zda označení „liberál" je v USA ekvivalentem pro převlečeného komunistu (str. 136). Zpravidla se uvádí, že současný americký liberalismus je analogií kontinentálního sociáldemokratismu (viz též orientace Demokratické strany). Rovněž tak nevím, můžeme-li souhlasit s tvrzením, že *J. Locke* byl zakladatelem „moderního" liberalismu, je-li tento v různých klasifikacích spojován až se sklonkem 19. století, zejména měl-li by *E. Burke* být představitelem „ranného" liberalismu (str. 137).

Sociální liberalismus byl v letech 1880–1930 ve Velké Británii po mém soudu spíše „věrným spojencem" liberálů (vliv *Gladstona* a jeho následovníků) než labouristů, kteří začínají hrát viditelnou politickou roli až začátkem 20. století (strana vznikla ve dvou krocích v letech 1900 a 1906), aby krátce po 1. světové válce od liberálů převzali štafetu alternativní strany konzervativců.

Nemožnost považovat libertarianismus za „moderní, tržně orientovaný konzervatismus" (str. 147) vyplývá ze slov samotného autora kapitoly, jenž mezi oběma spatřuje shodu v ekonomii, avšak rozdíly v individuálních hodnotách. Zatímco ekonomické postoje konzervatismu i liberalismu jsou proměnlivé v čase i místě, diference ve zdroji hodnot (člověk versus pospolitost) je zásadní a trvalá a brání tudíž zařazení obou směrů vedle sebe.

Se zřetelem na cílovou skupinu čtenářů, tj. studenty, by možná stálo za zdůraznění, že sociální stát není originálním konceptem sociálně demokratickým, neboť prvním praktikem jeho zárodečné formy byl *O. von Bismarck*.

Vzhledem k neuzavřenosti debaty o vztazích fašismu a nacionálního socialismu je možná příliš apodiktické prohlásit *Mussoliniho* a *Hitlerovu* linii za dva pilíře fašismu (při hledání zobecnění forem fašismu došel třeba *E. Nolte* k tripartici, když k italské a německé verzi „fašismu" přiřazuje i *Maurrasovu* „Francouzskou akci"). Otázkou také je, zda se za fašismus považuje každá autoritativní forma vlády; autorovo zahrnutí režimů *Pilsudského*, *Horthyho*, *Franca*, řeckých černých plukovníků i latinskoamerických diktatur pod etiketu fašismu nasvědčuje jeho poměrně širokému chápání. Z hledisek systematických snad stojí za zvážení vydělení výkladu o fašismu z oddílu o nacionalismu.

V kapitole o politických režimech stojí za zvýšenou pozornost charakterizace švýcarského režimu. Jen na okraj uvádím, že švýcarská právnická literatura běžně zkoumá i v tomto systému reálnou existenci dělby

moci, zejména vertikální, ale i horizontální (neodvolatelnost vlády, jádro exekutivní i soudní moci mimo dosah moci zákonodárné atd.), stojící v opozici proti dokonalému mocenskému monismu vlády shromáždění. Ten je navíc silně modifikován přímou demokracií. To je možná důvod častějšího používání termínu direktoriální režim.

Kapitola o volebních systémech je plná užitečných a přehledných dat. Napadá mě jen, zda neexistuje analogie mezi základními formami volebních systémů a prvočísly. Pokud bychom takové analogii přitakali, bude základním typem volebního systému ten, jenž není dále dělitelný. Je-li však smíšený volební systém kombinací prvků systému poměrného a většinového, není dále dělitelný na tyto komponenty? A je-li dělitelný, patří mezi základní typy?

Jsem si vědom toho, že např. *R. Dahl*, ale v této učebnici také *M. Skovajsa* (str. 353), neodlišuje demokratickou a republikánskou tradici. Řada autorů to však naopak činí, díky čemuž snáze klasifikují např. *Rousseauovo* učení jako učení radikálně demokratické, nikoliv však republikánské (např. Federalisté a Kant, ideály smíšené vlády a vlády práva). Nechci rozhodně připravit *M. Skovajsu* o jeho přesvědčení, myslím však, že by bylo z didaktických důvodů vhodné na toto alternativní pojetí upozornit.

Z nevelkého počtu a hlavně z marginálního charakteru recenzentových výtek je patrné jeho již jednou vyslovené přesvědčení o kvalitě práce. Nezbývá nyní než doufat, že se dostane do rukou také studentům práv, pro něž je politologie – spolu se sociologií – související vědou nejbližší a v mnohém ohledu i nejužitečnější.

Sborník Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy

uspořádal Jan Kysela, Eurolex Bohemia, vydáno pro Senát Parlamentu ČR, Praha 2003, 423 stran, ISBN 80-86432-45-9

Kateřina Šimáčková*

Sborník Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy obsahuje několik typů textů. Prvním a základním typem textů jsou odborné referáty, přednesené na stejnojmenné konferenci, která se dne 13. 11. 2002 uskutečnila v Praze v prostorách Senátu Parlamentu ČR a byla pořádána Stálou komisí Senátu pro Ústavu ČR a parlamentní procedury. Některé texty byly publikovány doslova stejně jako byly předneseny na konferenci (např. příspěvek V. Pavlíčka nebo J. Kalvody), jiné byly přepracovány a rozšířeny (např. příspěvek J. Filipa). Druhý typ sborníkových příspěvků tvoří ty, jež zazněly z úst politiků na podvečerním slavnostním setkání po konferenci (projevy P. Pitharta, M. Holečka a V. Špidly – ten však na konferenci přednesl předseda parlamentu), do této části je přiřazen i výňatek z dopisu prezidenta V. Havla. Další kategorií textů jsou diskusní vystoupení dopracovaná do podoby samostatných příspěvků (např. příspěvek I. Brožové nebo Z. Jičínského). Ve sborníku jsou obsaženy i příspěvky, které byly sepsány při příležitosti jeho vydání, avšak na konferenci 13. 11. 2002 vůbec nezazněly.

Struktura sborníku odlišuje témata teorie a historie ústavy (část první) a problematiku jednotlivých hlav Ústavy (část druhá). Obecná část sborníku, nazvaná Historické a teoretické aspekty Ústavy ČR je uvozena rozsáhlejším pojednáním J. Filipa, které shrnulo závažné okruhy otázek: okolnosti vzniku Ústavy, koncepce a konstrukce Ústavy a její nedostatky, realizace Ústavy, dynamika Ústavy z hlediska jejích změn, vývoj metod výkladu Ústavy, politické strany a Ústava a věda ústavního práva. Z pohledu přijímání Ústavy upozornil J. Filip na řešení sporných otázek, a to osud Listiny základních práv a svobod, spor o 3/5 většinu, zápas o zemské uspořádání, spor o přímou demokracii a Senát i vliv cizích ústav a Ústavní listiny z roku 1920. J. Filip se zabýval i pojetím „živé ústavy" a judikaturou Ústavního soudu s tím, že nálezy Ústavního soudu dosud spíše poskytují Ústavě ochranu, než aby ji rozvíjely nebo přeměňovaly, a s tím, že problémem je nalezení hranice, na které končí možnosti interpretace Ústavy při zachování jejího textu a za kterou již začíná prostor pro ústavodárce, měnícího Ústavu jako právní předpis. V části zabývající se přednostmi a nedostatky Ústavy ČR upozornil J. Filip na nezařazení úpravy základních práv a svobod, snižující autoritu ústavy i na

* JUDr. Kateřina Šimáčková, advokátka, Katedra ústavního práva a politologie Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

ústavní praxi, jíž došlo k posunu v původní koncepci vztahů sněmoven v oblasti ústavodárné a zákonodárné ve prospěch posílení Senátu. Ústava ČR reaguje na základní výzvy konce 20. století – změnu pojetí suverenity, bezprostřední vynutitelnost ústavních pravidel v oblasti lidských práv, prostředky právní regulace jako jsou právní pravidla a principy, pronikání mezinárodního práva do vnitrostátních právních poměrů, limity dosud neomezené moci, střet koncepce pluralismu a neokorporativismu, reflexe vývoje technologií, idea trvale udržitelného rozvoje.

Obecná část sborníku pak pokračuje příspěvky aktérů přípravy Ústavy a dobových sporů. Dle příspěvku J. Kalvody K okolnostem přípravy Ústavy v textu Ústavy chybí podrobnější úprava u těch institutů, které byly v době přijímání Ústavy sporné. Při realizaci Ústavy někdy podle něj politici jednali s tím, že pravidla je možno obcházet, chybný je však při realizaci Ústavy jak pragmatismus, tak i právní formalismus. Povinná opatrnost by se měla objevit při každé snaze o vylepšení Ústavy, lepší je ji jen obalovat ústavními zvyklostmi. Jako i řada dalších přednášejících si myslí, že hlavní chyba v životě Ústavy ČR bylo zkrácení volebního období v roce 1998. M. Výborný se zabývá okolnostmi vzniku Ústavy ČR z parlamentní perspektivy a uvádí politické složení i motivy příslušných komisí činných při přípravě Ústavy ČR. Klíčovými problémy při vzniku Ústavy bylo hlasovací kvórum pro přijetí ústavního zákona, zařazení Listiny do textu Ústavy, problematika referenda a územněsprávního členění. Hlasovací kvórum pro změnu ústavy bylo přijato kompromisně, problém Listiny byl vyřešen samostatným způsobem, řešení referenda a územněsprávní problematiky bylo odsunuto.

V. Cepl se v příspěvku Co je nejdůležitější zabýval ideou konstitucionalismu, která je korekturou vlády většiny, napětím mezi vládou většiny a vládou práva, potřebou rigidity a stability Ústavy. Z. Jičínský popisuje některé historické okolnosti vzniku české Ústavy. V. Pavlíček zařadil do sborníku několik úvah o teoretické koncepci Ústavy ČR Příspěvek K. Klímy se zabýval Ústavou ČR z pohledu komparatistického, M. Klíma zařadil stať Systémový přístup a promýšlení ústavních změn.

Dotvářením Ústavy judikaturou Ústavního soudu se zabýval P. Holländer, Ústava dle jeho pojetí obsahuje principy, určuje cíle, ne však cestu. Všechny ústavní soudy dotvářejí právo jednoduché i ústavní. Holländer upozornil na situaci, kdy český Ústavní soud musel reagovat na pravé mezery ústavního práva (otázka počítání času v ústavním právu), na vnitřní rozpornost ústavy (výklad aplikovatelnosti mezinárodních smluv po Euronovele Ústavy) Zdůraznil, že v jemné hře ústavních institucí je nutná vysoká kultura diskuse a kultura sebeomezení. K dotváření Ústavy dochází i v důsledku kolize základních práv, resp. veřejných dober. Vedle vyplňování mezer a určování extenze pojmů dotváří judikatura Ústavu i metodou proporcionality. Volba způsobů dotváření Ústavy je pak dle Holländera dána v rozhodující míře kontextem, tj. politickou a právní tradicí a způsoby politického a právního myšlení.

Dále byly do historickoteoretické části Sborníku zařazeny příspěvky J. Baráka K některým otázkám novelizace Ústavy ČR a L. Cibulky Ústava SR v druhom desaťročí svojej existencie.

Zvláštní části sborníku: Tematika jednotlivých hlav Ústavy ČR zahajuje Základními ustanoveními. Zde jsou příspěvky J. Malenovského, Z. Kühna a J. Zemánka reflektující tzv. Euronovelu Ústavy, stať J. Blahože Základní lidská práva a ústavní soudnictví po deseti letech od vzniku Ústavy ČR, V. Güttlera K otázce lidských práv tzv. druhé generace – jejich ústavní povaha a formální dostatečnost jejich zakotvení v Listině základních práv a svobod a V. Šimíčka Politické strany v ústavním pořádku ČR.

J. Malenovský se zabývá výkladem aplikace a interpretace Ústavy z hlediska Euronovely. Zejména zdůraznil, že není možno vykládat pravomoci Ústavního soudu úzkým výkladem čl. 87, neboť novela čl. 1 odst. 2 Ústavy ČR přinesla nový výklad celé Ústavy tím, že zavázala všechny orgány ČR v prvním článku Ústavy zajistit, aby Česká republika dodržovala závazky, které pro ni vyplývají z mezinárodního práva. Z pohledu tohoto výkladu je pak dle J. Malenovského špatná argumentace dovozující, že by snad neměl Ústavní soud zakročit v případě rozporu zákona s mezinárodním závazkem České republiky, a to zejména v oblasti ochrany lidských práv. Ve své stati J. Malenovský polemizuje s interpretací Euronovely J. Kysely a Z.Kühna. Jejich výklad ustanovení čl. 1 odst. 2 Ústavy, jenž snižuje schopnost Ústavního soudu naplnit cíl spočívající ve vyloučení porušování mezinárodně právních závazků Českou republikou, oproti stavu, který existoval před Euronovelou, je „přepsáním" Ústavy po ústavodárci.

V. Šimíček, zabývaje se problematikou politických stran v ústavním pořádku ČR, upozorňuje, že předpokladem ústavního zakotvení politických stran je celospolečenský konsensus o roli politických stran – právní zakotvení politických stran by mělo být zajištění svobodné soutěže politických stran i omezení nežádoucího vlivu politických stran na stát a posílení veřejné kontroly jejich činnosti. V ústavním systému ČR jsou politické strany vnímány jako státem privilegované korporace soukromého práva, nezbytné v reprezentativní formě vlády, jejichž základní funkcí je vytvářet svorník mezi státem a společností tím, že aktivizují a zapojují občany do správy veřejných záležitostí.

Mocí zákonodárnou se zabývají příspěvky J. Syllové Ústavní charakteristika Parlamentu ČR a její naplňování, J. Kysely Senát – očekávání a skutečnost aneb šestiletá bilance a V. Sládečka Parlament ČR a Ústavní soud: zkušenosti uplynulých let. J. Syllová si všímá inovačních tendencí v úpravě parlamentu oproti Ústavní listině z roku 1920, a to posílení stabi-

lity vládní moci na úkor pravomocí moci zákonodárné a na úkor pravomocí prezidenta, z nerozpustitelnosti Poslanecké sněmovny vyplývá zvýšení sebevědomí Poslanecké sněmovny, vedoucí ke kontinuálnímu posilování jejích kompetencí (poslanci se věnují místo kontroly výkonné moci amatérské exekutivě, viz např. mediální funkce komisí Poslanecké sněmovny). Dále se zabývá postavením Senátu – posilováním vlivu při přípravě zákonů, a to zejména zákonů ústavních. Parlamentarismus v České republice je rámcově upraven, v dalších deseti letech by mělo docházet ke stabilizaci politického systému, k čemuž by měla přispět také stabilní ústava (ústava by měla být vzduch, který bychom se měli naučit dýchat).

V části sborníku Moc výkonná najdeme stať M. Kubáta Přímá volba prezidenta v ČR? – spíše kritickou k přímé volbě prezidenta jako nesystémovému a účelovému řešení aktuálních politických problémů, stať V. A. Schorma o charakteristice prezidentova práva veta v Ústavě ČR s návrhy de constitutione ferenda, stať J. Fenyka o ústavním postavení českého státního zastupitelství, O. Motejla o možnosti začlenění institutu veřejného ochránce práv do Ústavy České republiky a stať T. Ježka upozorňující na potřebu nezávislosti správních orgánů, odpovědných za finanční stabilitu státu.

Do kapitoly Sborníku Moc soudní je zařazen zajímavý příspěvek L. Pítrové o Nejvyšším správním soudu, který se zabývá vývojem správního soudnictví i nedávnou diskusí o jeho koncepci, v části Nejvyšší kontrolní úřad a Česká národní banka je příspěvek V. Filipa a M. Tomáška, který zdůraznil, že ustanovení článku 98 Ústavy o České národní bance lze řadit k moderním normám evropské konstitucionalistiky a upozornil na budoucí potřebu delegovat měnové politické pravomoci ČNB na Evropskou centrální banku.

Územní samosprávou se zabývají statě P. Zářeckého K vývoji územní veřejné správy před přijetím Ústavy ČR a V. Mikuleho K ústavním základům územní samosprávy. V. Mikule upozorňuje na tendenci, kdy si v tzv. velké politice chtějí politické strany vyhradit podíl na moci jen samy pro sebe, kdežto v tisících malých obcí jsou ochotny k drobné práci připustit i osoby, které s nimi nejsou spjaty. Srovnává podobnost říšského rámcového zákona s Evropskou chartou místní samosprávy, stanovící, že místní samospráva označuje právo a schopnost místních společenství v mezích daných zákonem na svou odpovědnost a v zájmu místního obyvatelstva upravovat a spravovat podstatnou část věcí veřejných. V. Mikule závěrem klade otázku, zda nehrozí faktické pohlcení samosprávy státní správou a pléduje pro označení obcí, která nejsou městy, starým českým výrazem vesnice.

Většina příspěvků ve sborníku je obecněji laděná – někteří z autorů obecněji laděných příspěvků dokáží dospět k významným zobecněním a k odkrytí závažných a důležitých trendů (zejména J. Filip o vývoji Ústavy jako takové nebo P. Holländer o judikatuře Ústavního soudu), někdy jde spíše o plané teoretizování či povšechné shrnutí známých skutečností a premis. Přínosné jsou však i konkrétnější příspěvky např. o Euronovele Ústavy (J. Malenovský), politických stranách (V. Šimíček), územní samosprávě (V. Mikule).

V. Pavlíček: O české státnosti. Úvahy a polemiky.

1. díl. Český stát a Němci, 413 s.; 2. díl. O právech, svobodách a demokracii, 285 s. Univerzita Karlova v Praze. Nakladatelství Karolinum. Praha 2002.

Jan Filip*

Na konci loňského roku vyšel v nakladatelství Karolinum již druhý díl sebraných studií a článků V. Pavlíčka, vedoucího katedry ústavního práva pražské právnické fakulty. Téměř 700 stran textu je dokumentací bohaté literární, publicistické a polemické činnosti autora, který tímto způsobem čtenáři zpřístupňuje své články a rozhovory, které byly v různých časopisech (zejména Právník, Právní praxe) a novinách (Právo, Lidové noviny, Mladá fronta dnes) otištěny v průběhu posledních 12 let. Nalezneme zde ale i tři články z období Pražského jara. Pokud autor psal své práce ve spolupráci s jinými, je ponechána pouze autorova pasáž. Vydání Pavlíčkových prací považuji za významné z celé řady důvodů. Kromě aspektů pedagogických (mohou dobře sloužit jako prameny pro studium nejen na právnických fakultách), jsou zde i aspekty odborné, historické a svým způsobem i ekonomické, neboť na jednom místě soustřeďují úva-

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

hy z různých období k trvalým problémům naší nejnovější státoprávní historie. V. Pavlíček je konečně dobře znám svým polemickým zápalem a své názory proto pravidelně vyjadřuje k těm nejaktuálnějším otázkám. Často jimi dává podnět k dalším polemikám. Protože tyto diskuse se rovněž odehrávají na stránkách denního tisku, postupem času se ztrácejí a je obtížné si o nich udržet přehled. Přitom o nich neplatí rčení, že není nic staršího než včerejší noviny. Nyní tak čtenáři tyto práce dostávají v jednom celku. Tím nakladatelství Karolinum postupuje v linii celé řady zahraničních nakladatelství, které takovéto soubory prací významných autorů vydávají stále častěji. U nás se tato forma publikací začíná postupně rovněž prosazovat, jak o tom svědčí vydání prací P. Holländera (viz anotaci v tomto čísle) a V. Ševčíka (Právo a ústavnost v České republice. Eurolex 2002).

Předem podotýkám, že jde spíše o anotaci sborníku, nikoli o jeho recenzi. Ta není s ohledem na vymezené místo možná jednak pro rozsah otázek, který sborník Pavlíčkových prací obsahuje, jednak pro jejich polemický charakter, který by vyžadoval širší vyložení vlastních pozic. Proto lze v obecné rovině konstatovat, že sborník dělí látku do šesti částí, které jsou Pavlíčkovými oblíbenými tématy. Prvá část je věnována otázkám vývoje české státnosti a jejím perspektivám. Zde jsou obsaženy Pavlíčkovy obsáhlejší studie ke kontinuitě a diskontinuitě vývoje našeho státu a práva z hlediska historického a státoprávního včetně jeho odrazu v soudní judikatuře. Zde jsou sebrány autorovy práce k počátkům naší státnosti přes masarykovskou první republiku, k problémům obnovy právního pořádku po roce 1945 až po další předěl v roce 1992. S určitým časovým odstupem je to četba velmi inspirující již proto, že připomíná nejen celou řadu právnických konstrukcí, ale i problémů, které bylo tehdy třeba řešit. Vysoce odborné práce jsou tak konfrontovány s polemikou kolem zákona o Památníku nesvobody 1939–1989 a v tomto kontextu je četba polemických statí velmi poučná. Druhá část sborníku je věnována jednotlivým problémům našeho ústavního vývoje (vznik státu, dekretální normotvorba, příprava ústav 1920, 1948, 1992, jeho institucím (akční výbory Národní fronty, referendum, amnestie) a osobnostem (A. Meissner). Asi nejvíce diskusí opět vyvolává část věnovaná česko-německým vztahům, ve které jsou soustředěny většinou novinové polemiky na téma dekretů a česko-německé deklarace. Oproti požadavkům zapomenutí a smíření Pavlíček příznačně požaduje, abychom neztráceli historickou paměť a dodává k tomu vlastní argumenty a podklady.

Druhý díl sborníku je rovněž rozdělen do tří částí, ve kterých jsou postupně soustředěny odborné studie a články na téma základních práv a svobod, sporů o demokracii a českou státnost a konečně jsou zde na závěr otištěny tři práce k problematice roku 1948, které pocházejí z let 1967–1968. Zejména prvé dvě části druhého dílu zaujmou tím, že se v nich odrážejí jednotlivé problémy, ke kterým naše společnost diskutovala především po vzniku samostatné ČR. Najdeme zde práce z doby boje o Listinu a její povahu, diskusní příspěvky a rozhovory na téma nového volebního zákona a jeho neústavních ustanovení, i dnes aktuální příspěvky k právní povaze války v Jugoslávii a „spícímu" zákonu na ochranu míru, zákazu válečné propagandy, k tzv. válce soudů, k lustračnímu zákonu, k jednotlivým nálezům Ústavního soudu atd. Současně je zde řešena řada typicky konstitucionalistických otázek jako jsou např. bezprostřední platnost ústavy, hierarchie právních předpisů, povaha nálezů Ústavního soudu, tvorba práva, povaha základních práv, nezávislost rozhodovacích orgánů, vázanost státní moci zákony, způsob zániku federace a referendum, vztah Ústavy ČR a Listiny základních práv a svobod, imunita pro činy neúřední, výklad preambule Listiny, pojem diskriminace, právních principů atd. Tyto práce jsou organicky propojeny s Pavlíčkovou komentářovou a učebnicovou tvorbou. Prolíná jimi základní přesvědčení autora o potřebě ochrany demokratických institucí a o odpovědnosti nositelů veřejných funkcí, volání po spolehlivém právněstátním základě, který by nebyl ohrožován svévolným výkladem práva. Nejsou proto jen dobovými dokumenty, nýbrž svou aktuálností oživují i výklad jednotlivých otázek ústavního práva zejména v posledních letech. Chybí snad jen Pavlíčkova známá produkce v oblasti vztahu státu a církví. Upozornit třeba na obě předmluvy, které čtenáři napomáhají v orientaci v jednotlivých částech sborníku a ukazují na souvislosti se současnou politickou a ústavní situací. Zde jsou zevšeobecněny Pavlíčkovy výklady k jednotlivým oblastem našeho ústavního vývoje a současně jsou zasazeny do historických souvislostí i do aktuálního dění, které buď komentují nebo mu i občas předcházejí (např. články z roku 1996 o svobodě projevu a otevřené společnosti, předjímající střety kolem České televize o několik let později).

Jako celek sborník potvrzuje známý fakt autorovy konzistentnosti uvažování a potvrzuje jeho vyhraněný zájem o naši ústavní historii a perspektivy vývoje naší státnosti. Pavlíček není typem akademika, který by trávil svůj čas na neplodných konferencích a vědeckou turistikou.

Je známo, že jej nenajdeme tam, kde se někam jede, nýbrž vždy tam, kde se něco děje. S jeho názory a metodami argumentace nemusíme souhlasit, ale vždy k nim musíme přihlížet. Dvoudílný sborník nám k tomu dává dobrou příležitost a jeho vydání je třeba vysoce hodnotit.

Holländer, P.: Abriß einer Rechtsphilosophie. Strukturelle Überlegungen

Schriften zur Rechtstheorie. Heft 211. Duncker &Humblot. Berlin 2003, 119 s.

Jan Filip*

Počátkem roku 2003 zaznamenala – mohu-li to tak říci s ohledem na národnost autora – česká právní věda významnou událost, kterou je třeba alespoň formou anotace zaznamenat. Nebývá totiž příliš častým jevem, aby v renomovaném německém vydavatelství, jakým bezesporu Duncker & Humblot jsou, vyšel překlad práce zahraničního autora, *nota bene* autora z bývalého východního bloku. Právnímu filosofovi Pavlovi Holländerovi (v současnosti soudce Ústavního soudu) se to podařilo formou publikace, která shrnuje jeho právně filosofické studie z poloviny 90. let. Je to přitom již jeho druhá práce, která byla v Německu vydána. První (Rechtsnorm, Logik und Wahrheitswerte. Versuch einer kritischen Lösung des Jörgensenschen Dilemmas) vyšla rovněž v prestižním vydavatelství Nomos v Baden – Badenu v roce 1993.

Předmětem práce jsou zejména taková věčná témata (autor hovoří o „nekončícím příběhu") jako pojem právní normy, spor pozitivismu a iusnaturalismu a problém spravedlnosti nebo naopak aktuální témata jako pojem právních pravidel a právních principů. Nepovažuji na tomto místě za potřebné blíže komentovat způsob, jakým autor traktuje uvedené problémy a k jakým dochází výsledkům. Anotovaná práce je totiž z velké části překladem již v roce 2000 Všehrdem vydaného díla „Nástin filosofie práva. Úvahy strukturální". Některé její pasáže přitom byly již dříve publikovány v Právníku nebo ve sbornících z konferencí, kterých se autor jako referent účastnil. Pouze poznamenávám, že na poměrně malé ploše seznamuje i německého čtenáře s přístupy naší právní vědy ke klasickým i novým paradigmatům právní teorie a filosofie. Stačí jen uvést pouhý výčet otázek, jako jsou kognitivismus a non-kognitivismus, problém platnosti právních norem, regulativnost, obecnost, preskriptivní a deskriptivní normativní věta, modality normativnosti, regulativ a imperativ, pravidlo, norma a princip, nepsané principy a prameny práva, odlišnosti přirozenoprávního a pozitivistického pojetí práva, pojetí spravedlnosti a přístupy k ní atd. Již to svědčí o širokém záběru práce a náročnosti jejího zpracování. Významné je v této souvislosti i to, že se německý čtenář (a německy čtoucí čtenář) může seznámit s naší právní filosofií, jejími přístupy k uvedeným problémům. Co je však podle mého názoru rovněž významné, je to, že autor alespoň v některých pasážích neargumentuje pouze příklady z judikatury zahraničních soudů (zejména Spolkového ústavního soudu), ale sahá rovněž po judikatuře naší. Současně tak zahraničního čtenáře seznamuje s významnějšími nálezy Ústavního soudu (k prezidentským dekretům, k počítání času v ústavě, respektování nálezů Ústavního soudu obecnými soudy, anonymním svědkům, restitucím, protiprávnosti komunistického režimu, otázce rovnosti) a jejich filosofickým a právně hodnotovým základem. I v tom spatřuji velký význam této práce. Ne všechny příklady však autor do překladu zahrnul (např. usnesení z roku 1998 o chráněné oblasti Pražského hradu a svatovítské katedrále).

Odlišnosti oproti české verzi jsou dány jednak časovým odstupem (spor s Nejvyšším soudem se odehrál před pěti lety), jednak spíše logikou překladu a potřebou zachovat ráz německého filosofického vyjadřování (pro úvahy tohoto druhu zvláště vhodného) a přizpůsobit mu původní český text. Dokonce se mi zdá, že v některých pasážích je německý překlad textově přesnější a výstižnější než jeho český originál. Popravdě řečeno jsou často české „originály" problematickým překladem německých termínů do češtiny, takže zpět v německém prostředí znějí daleko přirozeněji – srov. např. „příkazy k optimalizaci" oproti „Optimierungsgebote", „spor" (i v češtině mělo být správně „rozpor") oproti „Widerspruch". Samozřejmě, že o řadě míst překladu lze diskutovat – např. zda je přesnější překlad pro výraz „vykonatelný" jako „ausführbar" (autor) nebo „vollstreckbar", čemuž bych dal asi přednost (obdobně „Gut" pro „dobro" nebo „statek"), zda je správné uvádění určitého členu tam, kde má být podle českého originálu člen neurčitý atd. Možná je to dáno i německou důkladností při pořizování textu, což v případě našich nakladatelství není obvyklé, a je to řešeno poznámkou, že za jazykovou úpravu práce odpovídá autor. Rovněž tak srovnání redakční úpravy práce české a německé verze je velmi poučné (tomu ovšem odpovídá i prodejní cena), i když i zde se mi zdá sporné, že se nepoužívají nová vydání citovaných prací. Např. kapesní komentář k Základnímu zákonu SRN (Jarass, Pieroth) je použit

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

i v roce 2003 podle 2. vydání z roku 1992, ačkoli již vyšlo vydání šesté. Ještě spornější je to u argumentace starou švýcarskou ústavou z 1874 (tzv. nepsaná základní práva), když nová ústava z roku 1999 (mezi oběma vydáními práce přijatá) v tomto směru přináší řadu změn.

Názorové posuny oproti české verzi jsem prakticky nezaznamenal, pokud za ně nebudeme považovat takové formulační posuny jako to, že v českém vydání autor výslovně prohlašuje, že sdílí Klokočkův názor na pojetí suverenity (ve sporu s Pavlíčkem, Šamalíkem a dalšími), zatímco v německé verzi píše, že pro Klokočkův názor „spricht vieles", což asi není totéž. Problémem zde ovšem je, že německý čtenář o pozadí tohoto sporu příliš mnoho vědět nebude a měl být proto prezentován i názor druhé strany sporu (tentokrát nikoli rozporu).

Možná alespoň nyní tento úspěch přece jen přiměje dosud váhající, aby se s Holländerovou prací seznámili. Je v ní přitom celá řada pasáží, které si zaslouží nejen důkladné studium, nýbrž i důkladnou odbornou kritiku. Uvidíme, jaký ohlas bude mít práce u německé odborné veřejnosti. Lze si přát, aby byl co největší.

LEGAL STUDIES
AND PRACTICE
JOURNAL

Volume XI
Number 1/2003

Editorial board:

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

Published by: Masaryk University in Brno • The Masaryk University in Brno – the Faculty of Law, Veveří 70, 611 80 Brno • **Printed by:** Ladislav Sýkora, offset printing, Stará 18/20, Brno • **Distributed by; orders accepted and executed by:** The Educational and Editorial Centre of the Faculty of Law the Masaryk University in Brno, Veveří 70, 611 80 Brno • tel. and fax. 541 559 322

2003's subscription – CZK 380 • Price per one number/copy – CZK 95 • Issued 4 times a year

This number was put into printing in April 2003

ISSN 1210 – 9126

The manuscripts should be sent to the editors in one copy and on a floppy disc. The manuscript must not exceed 20 (standard) pages. The title of the article should not exceed 100 characters; if it does the editors may change it. Under the title of your article state author's name, surname, his/her title, workplace, and birth number. All articles will be opposed anonymously. Authors will not be given their articles back unless they ask for them. All correspondence should be sent to the editors of Legal Studies and Practice Journal.

CONTENTS

ARTICLES

Jan Kysela, Zdeněk Kühn: The creation of constitutional courts from the comparative perspective 1
Petr Hajn: Advantageous contract conditions as warning signals 17
Naděžda Rozehnalová: Application of unified material law regulating international purchase contracts 22
Soňa Skulová: What controls administrative decision or a consideration not only about rules but also values, aims, and principles 29
Karel Marek: Mandate and commission contract 37
Zdeňka Králíčková: Above the autonomy of will and its limits in relations of persons living more uxorio in the perspectives of the Czech and Italian legal orders 43

CURRENT TOPICS FOR LEGAL PRACTICE

Ján Drgonec: The legal regulation concerning monitoring and using other watching technologies by power bodies in the Slovak Republic 51
Jan Filip: The presidential election in 2003 and time counting in the constitutional law 59

STUDENTS' CONTRIBUTIONS

Michal Hocko: The basic means of protecting employees' wage and salary claims 63
Jaroslav Knot: The Treaty of Helsinki – the internationalization of northern countries' cooperation 67

NEWS FROM THE WORLD OF LEGAL STUDIES

Jana Zezulová: On the institute of principal witness 73
Miloš Večeřa: The problems of interpretation and argumentation in the current legal theory and practice 76

REVIEWS

Jan Kysela: L. Cabada, M. Kubát a kol.: Introduction into political science studies 78
Kateřina Šimáčková: The 10^{th} anniversary of the Constitution 82
Jan Filip: V. Pavlíček: On Czech statehood. Thoughts and polemics 84
Jan Filip: Holländer, P.: Abriß einer Rechtsphilosophie. Strukturelle Überlegungen 86