

Magdalena Pfeiffer

KDE BYDLÍ PRÁVNICKÁ OSOBA? OBVYKLÝ POBYT A BYDLIŠTĚ PRÁVNICKÝCH OSOB Z PERSPEKTIVY EVROPSKÉHO MEZINÁRODNÍHO PRÁVA SOUKROMÉHO

Abstrakt: Pozornost je věnována dvěma v současné době nejvýznamnějším hraničním určovateli evropského mezinárodního práva soukromého – obvyklému pobytu a bydlišti. Pro účely unijních nařízení z oblasti mezinárodního práva soukromého je jak u obvyklého pobytu, tak u bydliště třeba rozlišovat, zda se jejich určování týká fyzických nebo právnických osob. Článek krátce shrnuje pojetí obvyklého pobytu a bydliště fyzických osob a soustředí se na pojmy obvyklého pobytu a bydliště osob právnických. Oba pojmy jsou pro účely mezinárodního práva soukromého ve vztahu k právnickým osobám definovány, jejich definice však vyšší míru právní jistoty účastníků poměrů s mezinárodním prvkem nezajišťují. Obvyklý pobyt je primárně definován jako místo ústřední správy právnické osoby, bydliště jako místo ústřední správy nebo sídlo nebo hlavní provozovna. Definiční pojmy však v rámci příslušných unijních nařízení již dále vymezeny nejsou. Článek poukazuje na skutečnost, že při současné komplikované struktuře nadnárodních skupin společností, může být velmi obtížné v případech koncernů s jistotou předvídat zejména místo ústřední správy, což se odráží ve větší míře nejistoty ohledně rozhodného práva a mezinárodně příslušného soudu.

Klíčová slova: evropské mezinárodní právo soukromé, hraniční určovatel, obvyklý pobyt, bydliště, právnická osoba, obchodní společnosti, koncerny

ROSTOUCÍ VÝZNAM EVROPSKÉHO MEZINÁRODNÍHO PRÁVA SOUKROMÉHO

Doba, kdy se slovní spojení evropské mezinárodní právo soukromé vyslovovalo velmi opatrně a psávalo v uvozovkách, je již historií. V Evropské unii je oblast mezinárodního práva soukromého jednou z nejdynamičtěji se rozvíjejících oblastí unijního práva a evropské mezinárodní právo soukromé zavedeným pojmem. V rámci soudní spolupráce v občanských věcech se i díky specifickým vlastnostem norem mezinárodního práva soukromého, kterými je jejich autonomie ve smyslu určité nezávislosti na státním zřízení a jejich neutralita ve smyslu nezasahování do národních hmotněprávních úprav členských států EU,¹ daří snáze dosahovat kompromisu a je tak přijímána řada nařízení, jejichž předmětem je unifikace jak kolizních pravidel, tak i norem mezinárodního civilního procesního práva. Evropské mezinárodní právo soukromé dnes zahrnuje v zásadě čtyři okruhy právních norem. Jedná se o normy, které obsahují pravidla pro založení mezinárodní příslušnosti soudů a úpravu jejich spolupráce; dále o normy, na jejichž základě je určováno rozhodné právo; o normy, které upravují otázky uznání a výkonu cizích soudních rozhodnutí; a konečně i o normy, které upravují některá zvláštní zjednodušená řízení s přeshraničním prvkem (např. evropské řízení o drobných nárocích

¹ PAUKNEROVÁ, Monika. Evropské právo a některé nové trendy v mezinárodním právu soukromém. *Právník*. 2009, roč. 148, č. 2, s. 121–139.

nebo řízení o evropském platebním rozkazu).² V oblasti evropského mezinárodního práva soukromého bylo dosud přijato přes 15 nařízení a další se připravují. Řešíme-li případ s mezinárodním prvkem, je třeba vždy na prvním místě zkoumat, zda neexistuje unifikovaná unijní úprava, která má před příslušnými ustanoveními vnitrostátní právní úpravy mezinárodního práva soukromého aplikační přednost a jejíž přednostní aplikace může připadat v úvahu i ve vztahu k relevantním mezinárodním smlouvám.³

Díky pozornosti, které se mezinárodní právo soukromé ze strany Evropské unie v posledních letech těší, se i tento obor samozřejmě o to rychleji dále vyvíjí. Jednou z nepřehlédnutelných změn poslední doby, právě v souvislosti s přijímáním unijních právních instrumentů upravujících oblast mezinárodního práva soukromého, je pojetí hraničního určovatele. Hraniční určovatel patří mezi základní, tradiční pojmy kolizní úpravy mezinárodního práva soukromého. Jedná se o určitou skutečnost, která je pro daný okruh soukromoprávních poměrů s mezinárodním prvkem natolik relevantní, že v navázání kolizní normy rozhoduje o výběru práva, jímž se má vymezovaný okruh právních poměrů řídit.⁴ V dnešní době se jako hraniční určovatel označuje rovněž i kritérium, na jehož základě dochází v normách mezinárodního civilního procesního práva k založení pravomoci (mezinárodní příslušnosti) soudů určitého státu. Mezi historicky nejvýznamnější, klasické hraniční určovatele patří státní příslušnost v kontinentálních právních řádech a domicil v *common law*. V rámci mezinárodních unifikačních snah se jako kompromisní řešení rivality těchto dvou hraničních určovatelů zrodil obvyklý pobyt jako nový hraniční určovatel, který se velmi rychle prosadil i v unijním právu. V českých jazykových verzích unijních nařízení z oblasti mezinárodního práva soukromého se vedle obvyklého pobytu objevuje rovněž i termín obvyklé bydliště, oba pojmy jsou jen rozdílným překladem jednoho a téhož pojmu *habitual residence*, a je tedy třeba je vnímat totožně. V tomto článku je důsledně používán pouze pojem obvyklý pobyt, který je dle názoru autorky pojmem přesnějším a vhodnějším, a který je též vylučným pojmem rekodifikované vnitrostátní právní úpravy mezinárodního práva soukromého. Dalším velmi relevantním hraničním určovatelem unijního práva je bydliště, v angličtině *domicile*, které je aplikováno jako jurisdikční kritérium. Tento pojem nelze zaměňovat s tradičním pojetím domicilu v anglosaském právu.⁵

1. PRÁVNICKÉ OSOBY V EVROPSKÉM MEZINÁRODNÍM PRÁVU SOUKROMÉM

V souvislosti s právními osobami je v rámci mezinárodního práva soukromého hlavní pozornost tradičně soustředěna na kolizněprávní otázky jejich osobního statutu, tedy na určení právního řádu, který upravuje jejich právní postavení. Jednotné unijní právní úpravě podléhají pouze nadnárodní formy společností, které se řídí příslušnými

² PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 7 a násl.

³ § 2 zákona č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém (dále jen „ZMPS“).

⁴ KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opravené a doplněné vydání. Brno – Plzeň: Doplněk a Aleš Čeněk, 2009, s. 121.

⁵ PFEIFFER, Magdalena. *Kritérium obvyklého pobytu v mezinárodním právu soukromém*. Praha: Leges, 2013, s. 33 a násl.

nařízeními⁶ a subsidiárně právním řádem státu svého sídla. Kolizní úprava právního postavení právnických osob v rámci unijní úpravy unifikována není. Při určování jejich osobního statutu se vychází ze dvou základních principů: principu inkorporačního a principu sídla. Dle inkorporačního principu je osobním statutem právnické osoby právní řád státu, podle něhož právnická osoba vznikla. Z inkorporačního principu vychází i česká vnitrostátní právní úprava v § 30 ZMPS.⁷ Dle principu sídla je osobním statutem právnické osoby právní řád státu, na jehož území se nachází její faktické sídlo. Tyto principy rozdílně řeší mj. otázku možnosti přeshraničního přemístění sídla při zachování právní kontinuity, kterou je v rámci Evropské unie třeba vnímat v kontextu svobody usazování zakotvené v primárním právu.⁸ Tato problematika, která se i v české odborné literatuře těší značné pozornosti,⁹ bývá považována za jednu ze základních otázek unijního práva obchodních společností. O významu problematiky mobility společností v rámci Evropské unie, zejména s ohledem na související judikaturu Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“),¹⁰ nelze v žádném případě pochybovat, nicméně nelze ani zcela zapomínat na další kolizní otázky v případech, kdy subjekty soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem jsou právnické osoby. S rostoucím významem mezinárodního obchodního styku roste i počet přeshraničních závazkových právních poměrů, jejichž účastníky jsou subjekty z různých států. Jestliže si strany v rámci smluvní autonomie nezvolí rozhodné právo, postupuje se dle defaultních kolizních pravidel zakotvených v relevantní právní normě. Obdobně v rovině mezinárodního civilního procesního práva, dojde-li ke sporu, posuzuje soud, v případě absence prorogační či rozhodčí doložky (jsou-li připuštěny), svou mezinárodní příslušnost na základě defaultních jurisdikčních pravidel. K aplikaci příslušné kolizní či jurisdikční normy je však primárně třeba lokalizovat konkrétního hraničního určovatele dle daných skutkových okolností. Z výše nastíněného vývoje evropského mezinárodního práva soukromého je patrné, že se nejčastěji bude jednat o lokalizaci bydliště nebo obvyklého pobytu. Tento článek se proto zaměřuje na problematiku určení bydliště a obvyklého pobytu pro účely kolizních a jurisdikčních pravidel ve vztahu k právními osobám.

Ve zkoumaných právních instrumentech evropského mezinárodního práva soukromého je v relevantních ustanoveních používána formulace „...obchodní společnosti, sdružení nebo právnické osoby...“ (nařízení Řím I), respektive „...společností a jiných zapsaných nebo nezapsaných právnických osob...“ (nařízení Řím II) bez bližší definice.

⁶ Nařízení Rady (ES) č. 2157/2001 ze dne 8. října 2001 o statutu evropské společnosti (SE); Nařízení Rady (EHS) č. 2137/85 ze dne 25. července 1985 o evropském hospodářském zájmovém sdružení (EHZS); Nařízení Rady (ES) č. 1435/2003 ze dne 22. července 2003 o statutu evropské družstevní společnosti (SCE).

⁷ „Právní osobnost právnické osoby a způsobilost jiné než fyzické osoby se řídí právním řádem státu, podle něhož vznikla...“

⁸ Čl. 54 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“).

⁹ Blíže PAUKNEROVÁ, Monika. *Společnosti v mezinárodním právu soukromém*. Praha: Karolinum, 1998; PAUKNEROVÁ, Monika. Kolizněprávní úprava obchodních společností. *Právní rozhledy*, 2005, č. 7, s. 244–250; PAUKNEROVÁ, Monika. Svoboda usazování obchodních společností a mezinárodní právo soukromé ve světle novějších rozhodnutí Evropského soudního dvora. *Právník*, 2004, č. 12, s. 1161–1183; DĚDIČ, Jan – ČECH, Petr. Nový pohled na kolizní normy a reflexe kolizně relevantní judikatury Evropského soudního dvora v českém právu společností. *Soudní rozhledy*, 2004, č. 10, s. 361 a násl.

¹⁰ Např. C-81/87 (*Daily Mail*), C-212/97 (*Centros*), C-208/00 (*Überseering*), C-167/02 (*Inspire Act*), C-210/06 (*Cartesio*), C-378/10 (*Vale*).

V německém („...von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen...“) i anglickém znění („...of companies and other bodies, corporate or unincorporated,...“) je formulace v obou nařízeních totožná. Tyto pojmy je třeba vykládat s ohledem na účel nařízení extenzivně, tak aby bylo možné každé sdružení osob či majetku, které se smluvně zaváže, lokalizovat za účelem navázání na rozhodný právní řád.¹¹ Může se tak jednat o koncepci širší, než je pojem právnické osoby v českém právním řádu,¹² přesto je v textu tohoto článku zavedena zkratka a v tomto smyslu dále uváděna pouze právnická osoba.

2. OBVYKLÝ POBYT A BYDLIŠTĚ – KLÍČOVÉ POJMY EVROPSKÉHO MEZINÁRODNÍHO PRÁVA SOUKROMÉHO

Jak obvyklý pobyt, tak i bydliště jsou klíčové pojmy evropského mezinárodního práva soukromého. Zatímco význam bydliště se omezuje téměř výhradně na oblast evropského mezinárodního civilního procesního práva, obvyklý pobyt je dominantním hraničním určovatelem jak unifikovaných kolizních norem unijního práva, tak pravidel pro založení mezinárodní příslušnosti soudů.

Bydliště představuje centrální jurisdikční kritérium v unifikovaných pravidlech pro určení soudní příslušnosti ve věcech občanských a obchodních v nařízení Brusel I,¹³ v jeho přepracované verzi, nařízení Brusel I bis,¹⁴ které bylo již přijato a bude použitelné od 10. ledna 2015, v původní Bruselské úmluvě¹⁵ a rovněž v obou Luganských úmluvách.¹⁶ Obecné pravidlo pro určení pravomoci soudů v čl. 2 nařízení Brusel I, které patří s ohledem na svou věcnou působnost k vůbec nejčastěji aplikovaným unijním nařízením z oblasti mezinárodního práva soukromého, zakládá pravomoc soudů dle bydliště žalovaného. V aplikační praxi se proto určování místa bydliště lze jen stěží vyhnout.

Při tvorbě samotných unifikujících předpisů zákonodárci však v poslední době nejčastěji volí hraničního určovatele obvyklého pobytu: objevuje se jak v kolizní úpravě závazkových vztahů, tak v kolizních a jurisdikčních pravidlech z oblasti rodinného a dědického práva. Obvyklý pobyt má významné místo v nařízeních Řím I,¹⁷ Řím II,¹⁸

¹¹ MARTINY, Reithmann. *Internationales Vertragsrecht*. 7. Auflage. Köln: Dr. Otto Schmidt, s. 172.

¹² § 20 občanského zákoníku: (1) Právnická osoba je organizovaný útvar, o kterém zákon stanoví, že má právní osobnost, nebo jehož právní osobnost zákon uzná.

¹³ Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále jen „nařízení Brusel I“).

¹⁴ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (přepracované znění) (dále jen „nařízení Brusel I bis“).

¹⁵ Úmluva o soudní příslušnosti a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních (dále jen „Bruselská úmluva“) (Brusel, 27. 9. 1968, text konsolidované verze dostupný v Úř. věst. L 299, 31. 12. 1972, s. 32–42).

¹⁶ Úmluva o příslušnosti a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech („Luganská úmluva I“) (Lugano, 16. 9. 1988, text dostupný v Úř. věst. L 319, 25. 11. 1988, s. 9–48); Úmluva o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech („Luganská úmluva II“) (Lugano, 30. 10. 2007, text dostupný v Úř. věst. L 147, 10. 6. 2009, s. 1–43).

¹⁷ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (dále jen „nařízení Řím I“).

¹⁸ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (dále jen „nařízení Řím II“).

Brusel II bis,¹⁹ v nařízení o výživném²⁰ či v nedávno přijatém nařízení o dědictví.²¹ Proto ani jeho určování se v aplikační praxi dnes nelze vyhnout.

Přítomnost mezinárodního prvku v soukromoprávních poměrech není ojedinělým jevem. S nezbytností určit místo obvyklého pobytu či bydliště účastníka právního poměru jsme konfrontováni stále častěji, ať již v případech, kdy pro daný poměr hledáme rozhodné právo nebo v případech, kdy zjišťujeme, na soudy kterého státu bude možné se v případě sporu obrátit. Jednoznačné určení místa jak obvyklého pobytu, tak i bydliště je proto významným předpokladem předvídatelnosti výsledků sporů a právní jistoty na straně účastníků právních poměrů, cílů, které si Evropská unie předsevzala a které mají přispět k řádnému fungování vnitřního trhu.

Vymezení obou výše uvedených hraničních určovatелů je koncipováno diferencovaně v závislosti na povaze subjektu, o jehož obvyklý pobyt nebo bydliště se jedná; v závislosti na skutečnosti, zda tímto subjektem je osoba právnická nebo fyzická. Místo obvyklého pobytu ani bydliště nelze v případě právnických osob určovat podle stejných kritérií jako v případě osob fyzických.

Ani obvyklý pobyt, ani bydliště fyzické osoby nejsou, až na níže uvedenou výjimku, v evropském mezinárodním právu soukromém definovány. Pro určení bydliště fyzické osoby odkazuje čl. 59 nařízení Brusel I na pojem bydliště ve vnitrostátní právní úpravě jednotlivých členských států. Soud tak pro posouzení, zda má strana bydliště na území státu fóra, použije v souladu s odst. 1 ustanovení svého práva (*legis fori*). V případě obvyklého pobytu fyzické osoby obdobný odkaz na národní právní řády členských států v unijních právních předpisech zakotven není, ani není pojem sám v normativním textu nikde blíže vymezen. Vzhledem ke skutečnosti, že se jedná o autonomní pojem unijního práva, je třeba jej interpretovat nezávisle na národních právních řádech členských států, v souladu s judikaturou SDEU.²² Jedná se o pojem faktický a při jeho určování je vždy třeba vycházet z konkrétních skutkových okolností případu. Jedinou výjimkou je definice obvyklého pobytu fyzické osoby, která jedná při výkonu podnikatelské činnosti. Za její obvyklý pobyt je v souladu s čl. 19 odst. 1 věta druhá nařízení Řím I a v souladu s čl. 23 odst. 2 nařízení Řím II pro účely určení rozhodného práva závazkových právních vztahů považováno hlavní místo podnikání (angl. *principal place of business*, něm. *die Hauptniederlassung*).

V případě právnických osob je situace odlišná, alespoň na první pohled. Pojmy bydliště i obvyklý pobyt právnické osoby jsou v evropském mezinárodním právu soukromém definovány, bydliště pro účely jurisdikčních pravidel, obvyklý pobyt pro účely pravidel kolizních.

¹⁹ Nařízení Rady (ES) č. 2201/2003 ze dne 27. listopadu 2003 o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti a o zrušení nařízení Rady (ES) č. 1347/2000. (dále jen „nařízení Brusel II bis“).

²⁰ Nařízení Rady (ES) č. 4/2009 ze dne 18. prosince 2008 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností (dále jen „nařízení o výživném“).

²¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 650/2012 ze dne 4. července 2012 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a přijímání a výkonu veřejných listin v dědických věcech a o vytvoření evropského dědického osvědčení (dále jen „nařízení o dědictví“).

²² V souvislosti s mezinárodním právem soukromým se SDEU zabýval pojmem obvyklý pobyt pouze dvakrát a to vždy v souvislosti s jurisdikčními pravidly nařízení Brusel II bis a obvyklým pobytem dítěte. Podrobněji PFEIFFER, Magdalena. Obvyklý pobyt v evropském rodinném právu. *Soudní rozhledy*. 2013, 3, s. 87–89.

3. OBVYKLÝ POBYT PRÁVNICKÉ OSOBY

Obvyklý pobyt právnické osoby je definován v nařízení Řím I, které unifikuje pravidla pro určení rozhodného práva smluvních závazkových vztahů, a i v nařízení Řím II, které obsahuje unifikovaná pravidla pro určení rozhodného práva mimosmluvních závazků. Pro účely těchto nařízení je v čl. 19 nařízení Řím I a v čl. 23 nařízení Řím II, respektive z hlediska časové posloupnosti přijetí obou instrumentů v čl. 23 nařízení Řím II a v čl. 19 nařízení Řím I, definován totožně. Nejedná se však o definici, která by pojem obsahově jasně a jednoznačně vymezila. Pojem obvyklého pobytu právnické osoby je definován prostřednictvím dalšího pojmu, respektive dalších pojmů, přičemž ani jeden z těchto dalších pojmů, ze kterých definice vychází, v uvedených nařízeních není blíže vymezen, ani v nich není zakotven případný odkaz na jejich vymezení ve vnitrostátních právních řádech členských států EU.

Místo obvyklého pobytu právnické osoby definují tato nařízení primárně jako místo ústřední správy (angl. *place of central administration*, něm. *der Ort ihrer Hauptverwaltung*), v určitých případech též jako místo, ve kterém se nachází pobočka, zastoupení nebo jiná provozovna (angl. *place where the branch, agency or any other establishment is located*, něm. *der Ort, an dem sich die Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung befindet*).

Uvedené definiční pojmy rovněž podléhají autonomnímu výkladu, nelze tedy vycházet z jejich případné definice či výkladu v rámci národních právních řádů a judikatury jednotlivých členských států. Prakticky se proto i v případě právnických osob, navzdory výslovné legální definici jejich obvyklého pobytu, dostáváme do obdobné situace jako v případě obvyklého pobytu fyzických osob, který v příslušných nařízeních (až na výše uvedenou výjimku) definován není. Dle recitálu (39) preambule nařízení Řím I je přitom hlavním důvodem vymezení obvyklého pobytu zejména právě v případě právnických osob zajištění právní jistoty účastníků závazkových právních vztahů, kteří by měli být schopni s jistotou předvídat, jakému právnímu řádu bude právní poměr s mezinárodním prvkem podřízen v případě, že si rozhodné právo sami nezvolí. Takto formulovaná definice pojmu obvyklého pobytu právnické osoby vyšší mírou předvídatelnosti rozhodného práva a vyšší mírou právní jistoty účastníků právních poměrů, což jsou dle preambule právě důvody, pro které byla definice do textu nařízení vtělena, nezaručuje.

3.1 Pojem ústřední správa

Základním definičním pojmem obvyklého pobytu právnické osoby je ústřední správa. Smyslem a účelem volby místa ústřední správy bylo navázat na takový právní řád, ke kterému existuje ze strany právnické osoby skutečná vazba a se kterým je právnická osoba obeznámena.²³ Pojem ústřední správy není v relevantních nařízeních blíže vymezen a je třeba jej vykládat na základě interpretačních pravidel unijního práva. SDEU, který je jako jediný nadán pravomocí jeho závazného výkladu, se však pojmem ústřední správy ve smyslu místa obvyklého pobytu právnické osoby dosud nezabýval.

²³ RAUSCHER, Thomas. *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Kommentar, Rom I-VO, Rom II-VO*. München: Sellier, 2011, s. 574.

Pojem ústřední správy nalezneme rovněž v primárním právu, a to sice v čl. 54 SFEU,²⁴ který upravuje svobodu usazování. V tomto kontextu se pojem ústřední správy často objevuje v judikatuře SDEU, která se zabývá otázkami mobility společností, nicméně ani v těchto rozhodnutích nebyl samotný pojem zatím nikdy vymezen.

V unijních kolizních normách je navazování na rozhodný právní řád pomocí kritéria ústřední správy určitým kompromisním řešením, kdy není třeba brát ohled na to, zda členský stát v rámci své národní úpravy mezinárodního práva soukromého vychází při určování osobního statutu právnických osob z teorie sídla nebo z teorie inkorporační.

V odborné literatuře a judikatuře je místo ústřední správy chápáno jako místo, s nímž je jednání právnické osoby skutečně spjato; jako místo, odkud jsou činěna zásadní rozhodnutí vedení právnické osoby; jako místo, kde dochází k projevům vůle právnické osoby; jako místo, na kterém se statutární orgány a vedení společnosti pravidelně scházejí za účelem přijímání klíčových rozhodnutí. Též je toto místo označováno jako tzv. efektivní sídlo právnické osoby.²⁵

Určitým vodítkem může být vymezení sídla hospodářské činnosti v rozhodnutí SDEU z roku 2007 ve věci *Planzer Luxembourg Sàrl*²⁶ v souvislosti s daňovou problematikou. Jedna z předběžných otázek zněla, zda se má pojem sídlo hospodářské činnosti ve smyslu čl. 1 odst. 1 třinácté směrnice²⁷ vykládat tak, že se jím rozumí místo, kde má společnost své sídlo nebo je třeba pro účely tohoto výkladu vycházet z místa, kde se přijímají rozhodnutí týkající se hospodářského řízení, nebo zda se tento pojem vztahuje k místu, kde se přijímají rozhodnutí o obvyklé každodenní provozní činnosti. Ve své odpovědi vymežil SDEU sídlo hospodářské činnosti společnosti jako místo, kde jsou přijímána zásadní rozhodnutí týkající se obecného řízení této společnosti a kde jsou vykonávány funkce její ústřední správy. V odůvodnění soud uvedl, že určení místa sídla hospodářské činnosti implikuje zohlednění souboru činitelů, mezi nimiž se v první řadě nachází sídlo společnosti, místo ústřední správy, místo setkávání řídicích osob společnosti a místo, obvykle totožné, kde se rozhoduje o obecné politice společnosti. Další prvky, jako je bydliště hlavních řídicích osob, místo konání valných hromad, místo uložení správních a účetních dokumentů a místo hlavního chodu finančních činností, zejména bankovních činností, mohou rovněž být zohledněny; jako sídlo hospodářské činnosti nelze však kvalifikovat fiktivní usazení, jakým je usazení, jež charakterizuje společnost typu „poštovní schránky“.²⁸

Sídlo zapsané v příslušném národním veřejnoprávním rejstříku nebo stát, podle jehož práva je právnická osoba založena, jsou při zjišťování obvyklého pobytu právnické osoby

²⁴ Čl. 54 SFEU: „Se společnostmi založenými podle práva některého členského státu, jež mají své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provozovnu uvnitř Unie, se pro účely této kapitoly zachází stejně jako s fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky členských států. Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací.“

²⁵ MAGNUS, Ulrich. Die Rom I-Verordnung. *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*. 2010, 1, s. 35.

²⁶ Rozhodnutí ve věci C-73/06 z 28. června 2007 (*Planzer Luxembourg Sàrl v. Bundeszentralamt für Steuern*).

²⁷ Pro účely Třinácté směrnice Rady ze dne 17. listopadu 1986 o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obratu – Úprava vrácení daně z přidané hodnoty osobám povinným k dani neusazeným na území Společenství (Úřední věstník. L 326, 21. 11. 1986, s. 40–41).

²⁸ Bod 61 a 62 rozhodnutí SDEU ve věci C-73/06, I-5698.

irelevantní. Obvyklý pobyt právnické osoby ale samozřejmě může být i v místě jejího zapsaného sídla. Místo, kde se nachází ústřední správa, může být i místem hlavní provozovny, místem, kde byla právnická osoba založena, místem obvyklého pobytu jejích statutárních orgánů nebo místem, ve kterém jsou soustředěny její hlavní zájmy ve smyslu čl. 3 odst. 1 nařízení o úpadkovém řízení.²⁹ Nelze však k takovému závěru dojít automaticky bez dalšího, vždy je třeba vycházet ze skutkových okolností každého jednotlivého případu. I obvyklý pobyt právnické osoby je při navazování na rozhodný právní řád tedy třeba vždy hodnotit na základě faktických skutečností. Dle německé judikatury nemusí mít právnická osoba v místě své ústřední správy ani pobočku zapsanou v příslušném rejstříku, ani zde nemusí vykonávat veškerou obchodní činnost. Dostačující je skutečnost, že jsou v Německu přijímána zásadní podnikatelská rozhodnutí.³⁰ V případě, že bychom vycházeli z místa obvyklého pobytu statutárních orgánů nebo z místa obvyklého pobytu jediného společníka či akcionáře, bude se jednat o stát, na jehož území dotčená osoba nejen fyzicky pobývá, ale kde již z její strany rovněž došlo k sociální integraci do prostředí, ve kterém žije.

Místo skutečné ústřední správy a tedy i místo obvyklého pobytu právnické osoby je téměř výlučně jen jedno, na rozdíl od bydliště, jak je podrobněji uvedeno níže. Jako klasický příklad dvojího obvyklého pobytu právnických osob byl uváděn případ fúze americké automobilky Chrysler a německého koncernu Daimler/Benz, ale i v tomto případě se posléze německá odborná literatura přiklonila k názoru, že jediným skutečným místem, kde jsou činěna zásadní rozhodnutí, a tedy jediným místem obvyklého pobytu společnosti je pouze německý Stuttgart.³¹

3.2 Pojmy pobočka, zastoupení a jiná provozovna

Za určitých podmínek se místem obvyklého pobytu právnické osoby rozumí pobočka (angl. *branch*, něm. *Zweigniederlassung*), zastoupení (angl. *agency*, něm. *Agentur*) nebo jiná provozovna (angl. *any other establishment*, něm. *sonstige Niederlassung*). V případě smluvních závazků je to tehdy, když je smlouva uzavřena prostřednictvím pobočky, zastoupení nebo provozovny, nebo pokud dle smlouvy pobočka, zastoupení nebo jiná provozovna poskytuje dojednané plnění.³² V případě civilních deliktů je obvyklý pobyt právnické osoby v místě pobočky, zastoupení nebo jiné provozovny, jestliže ke vzniku samotné škody nebo ke skutečnosti, jež ke vzniku škody vedla, dojde v důsledku jednání pobočky, zastoupení nebo jiné provozovny.³³

Ani tyto pojmy nejsou v nařízeních Řím I a Řím II blíže vymezeny. V rámci evropského mezinárodního práva soukromého je definován pouze pojem provozovna, a to v insolvenčním nařízení. Čl. 2 písm. h) tohoto nařízení vymezuje provozovnu jako

²⁹ STAUDINGER, J. von (ed.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, de Gruyter, 2011, s. 341. Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 ze dne 29. května 2000 o úpadkovém řízení (dále jen „insolvenční nařízení“).

³⁰ Rozhodnutí Zemského soudu v Mnichově ze dne 23. 1. 2008, sp. zn. 5 AZR 60/07 (*Neue Juristische Woche*, 2008, 2797).

³¹ BAR, Christian von – MANKOWSKI, Peter. *Internationales Privatrecht: Allgemeine Lehren*. 2. München: C. H. Beck, 2003, sv. I, s. 560, s. 570 a násl.

³² Čl. 19 odst. 2 nařízení Řím I.

³³ Čl. 23 odst. 1, věta druhá nařízení Řím II.

jakékoliv provozní místo, kde je vykonávána nikoliv přechodná hospodářská činnost za pomoci lidských a materiálních zdrojů. Z úvodní části ustanovení, které je společné všem definovaným pojmům čl. 2, vyplývá, že definice je určena výlučně pro účely insolvenčního nařízení v souvislosti s pravomocí soudů zahájit územní insolvenční řízení,³⁴ a je otázkou, zda je možné ji vztáhnout i na pojem provozovny v kolizních pravidlech jiných nařízení z oblasti mezinárodního práva soukromého. Za pobočku, zastoupení nebo jinou provozovnu nelze považovat přechodný či dočasný výkon činnosti, a to ani tehdy, je-li zřízena kontaktní adresa, neboť absentuje prvek dlouhodobosti.³⁵ Provozovnou není např. ani stánek na veletrhu.³⁶

Pojmy pobočka, zastoupení a jiná provozovna jsou rovněž kritérii v jurisdikčních pravidlech bruselsko-luganského režimu. Jedno z pravidel alternativní příslušnosti umožňuje založit pravomoc soudů státu, na jehož území se nachází pobočka, zastoupení či jiná provozovna právnické osoby v případech, kdy se jedná o spory vyplývající z jejich provozování. Jestliže má žalovaná právnická osoba bydliště v některém z členských států EU, může si žalobce v souladu s čl. 5 odst. 5 jak Bruselské úmluvy, Nařízení Brusel I, tak i obou Luganských úmluv vybrat, zda podá návrh na zahájení řízení u soudů členského státu bydliště žalovaného nebo u soudů státu místa příslušné pobočky, zastoupení či jiné provozovny. Ani zde nejsou pojmy dále vymezeny. Nicméně existuje relativně bohatá judikatura SDEU.

V rozhodnutí ve věci *De Bloos v. Bouyer*³⁷ z roku 1976 SDEU jednak potvrdil autonomní povahu těchto pojmů a jednak se vyjádřil k otázce, zda lze za provozovnu ve smyslu čl. 5 odst. 5 Bruselské úmluvy považovat výhradního distributora. Uvedl, že provozovny jsou klasicky pod kontrolou mateřské společnosti a podléhají jejím instrukcím. Výhradní distributor tato kritéria dle SDEU nespňuje. Dalším relevantním rozhodnutím je rozhodnutí z roku 1978 ve věci *Somafer*.³⁸ SDEU uvedl, že pojem pobočka, zastoupení nebo jiná provozovna předpokládá místo podnikání, které se navenek projevuje trvale, jako organizační složka mateřského podniku, má vlastní vedoucí pracovníky a je materiálně vybaveno k tomu, aby mohlo sjednávat obchody se třetími stranami s tím, že tyto třetí strany sice vědí, že případně vznikne právní vazba na mateřský subjekt v zahraničí, avšak nemusejí s ním jednat přímo a obchody mohou uzavírat v místě uvedené provozovny. V roce 1981 se SDEU zabýval vymezením pojmu zastoupení. V rozhodnutí ve věci *Blanckaert & Willems PVBA v. Luise Trost*³⁹ uvedl, že za zastoupení ve smyslu čl. 5 odst. 5 Bruselské úmluvy je třeba považovat pouze takové zastoupení, které je kontrolováno a řízeno mateřským subjektem, což nejsou případy, kdy si zástupce sám organizuje svou práci a pracovní dobu bez pokynů mateřské společnosti, kdy může zároveň zastupovat i jiné subjekty, které vyrábějí nebo uvádějí na trh obdobné nebo stejné výrobky, nebo kdy se aktivně nepodílí na uzavírání transakcí, ale pouze je zprostředkovává. Dosti extenzivní výklad pojmu pobočky, zastoupení či jiné provozovny podal SDEU v rozhodnutí

³⁴ Čl. 3 odst. 4 písm. b) insolvenčního nařízení.

³⁵ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Římská úmluva a Nařízení Řím I, Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1680.

³⁶ MAGNUS, Ulrich. In: J. von Staudinger von (ed.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, de Gruyter, 2011, s. 344.

³⁷ Rozsudek ESD ze dne 6. 10. 1976 ve věci 14/76 (*De Bloos v. Bouyer*).

³⁸ Rozsudek ESD ze dne 22. 11. 1978 ve věci 33/78 (*Établissements Somafer v. Saar-Ferngas AG*).

³⁹ Rozsudek ESD ze dne 18. března 1981 ve věci 139/80 (*Blanckaert & Willems PVBA v. Luise Trost*).

ve věci *SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild SARL* v roce 1986: pobočkou se rozumí i samostatná právnická osoba, jejímž prostřednictvím fakticky provozuje svou obchodní činnost jiná právnická osoba se sídlem v jiném smluvním státě Bruselské úmluvy s totožným nebo obdobným názvem a s totožným vedením.⁴⁰

V relativně nedávném rozsudku ve věci *Ahmed Mahamdía*⁴¹ označil SDEU za provozovnu rovněž velvyslanectví třetího státu nacházející se na území členského státu EU. Jednalo se o pracovníprávní spor. Pracovní smlouva byla uzavřena alžírským velvyslanectvím v Berlíně na jedné straně a alžírským a německým státním příslušníkem s bydlištěm v Německu na straně druhé. SDEU uvedl, že ve smyslu čl. 18 odst. 2 nařízení Brusel I je velvyslanectví třeba ve sporu z pracovní smlouvy považovat za provozovnu, pokud činnost zaměstnance, s nímž smlouvu uzavřelo, souvisí s činnostmi *iure gestionis* vykonávanými velvyslanectvím v přijímajícím státě. Čl. 18 odst. 2 nařízení Brusel I zakotvuje domněnku, kdy se má za to, že zaměstnavatel s bydlištěm ve třetím státě, který uzavřel se zaměstnancem pracovní smlouvu, má bydliště na území toho členského státu, v němž má pobočku, zastoupení nebo jinou provozovnu. Musí se však jednat o spor vyplývající z jejich provozu. SDEU uvedl, že velvyslanectví lze považovat za centrum činnosti, které dlouhodobě vystupuje směrem navenek a přispívá k identifikaci a zastoupení státu, jehož je prodloužením.⁴²

Dle *Valdhanse* je z uvedené judikatury SDEU možné vycházet i v případě výkladu obsahu pojmu obvyklého pobytu právnických osob ve smyslu čl. 19 odst. 2 nařízení Řím I a čl. 23 odst. 1 nařízení Řím II.⁴³ S tímto názorem se ztotožňuji a domnívám se, že je možné vycházet rovněž i z výše uvedené definice provozovny v insolvenčním nařízení. Relevantní není zákonná terminologie, nezáleží na tom, jak je v daném právním řádu pobočka označena. Rozhodující je, zda se jedná o výkon dlouhodobé hospodářské činnosti s lidskou a materiální infrastrukturou. I v českém právním řádu má pobočka vykazovat hospodářskou a funkční samostatnost.⁴⁴

4. BYDLIŠTĚ PRÁVNICKÉ OSOBY

Bydliště je klíčovým kritériem v rámci bruselsko-luganského režimu. Obecné pravidlo pro založení mezinárodní příslušnosti vychází z bydliště žalovaného. Obdobně jako v případě obvyklého pobytu v nařízeních Řím I a Řím II, i v případě bydliště je jak v nařízení Brusel I (resp. nařízení Brusel I bis) tak i v nové Luganské úmluvě definice bydliště právnické osoby zakotvena. A obdobně jako v případě obvyklého pobytu se nejedná o definici, která by pojem sama jasně vymezovala. V souladu s čl. 60 odst. 1 nařízení Brusel I

⁴⁰ Rozsudek ESD ze dne 9. prosince 1987 ve věci 218/86 (*SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild SARL*).

⁴¹ Rozsudek SDEU ze dne 19. července 2012 ve věci C-154/11 (*Ahmed Mahamdía v. Alžírská demokratická a lidová republika*).

⁴² Bod 50 Rozsudku SDEU ze dne 19. července 2012 ve věci C-154/11 (*Ahmed Mahamdía v. Alžírská demokratická a lidová republika*).

⁴³ VALDHANS, Jiří. *Právní úprava mimosmluvních závazků s mezinárodním prvkem*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 237. Obdobný názor v PLENDER, Richard – WILDERSPIN, Michael. *The European Private International Law of Obligations*. London: Thomson Reuters, 2009, s. 81.

⁴⁴ § 503 odst. 1 občanského zákoníku: „Pobočka je taková část závodu, která vykazuje hospodářskou a funkční samostatnost a o které podnikatel rozhodl, že bude pobočkou.“

a nové Luganské úmluvy (resp. s čl. 63 odst. 1 nařízení Brusel I bis) se bydlištěm v případě právnických osob rozumí místo, kde má právnická osoba své sídlo, ústředí nebo hlavní provozovnu (angl. *statutory seat or central administration or principal place of business*, něm. *satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung*).⁴⁵

Jedná se o poměrně širokou definici. Bydliště právnické osoby je definováno na základě tří alternativních kritérií, která mají rovnocenné postavení. Při zjišťování bydliště právnické osoby pro účely založení mezinárodní příslušnosti tak není vyžadována postupná aplikace jednotlivých kritérií dle jejich hierarchického pořadí v příslušném ustanovení. Mezinárodní příslušnost soudů určitého státu je založena při splnění kterékoliv z nabízených alternativ. V případě, že by se každé z definičních kritérií nacházelo na území jiného státu, má právnická osoba bydliště v každém z nich a žaloba pak může být podána v kterémkoliv z relevantních států.⁴⁶ Definice bydliště právnické osoby je formulována tak, aby pokud možno umožnila založit mezinárodní příslušnost, což je dáno i účelem ustanovení. Jedná se o pravidlo z oblasti mezinárodního civilního procesního práva, které může zakládat pravomoc více států, a žalobce si v takovém případě může vybírat (tzv. *forum-shopping*). Vzhledem k různé funkci kolizních norem a pravidel pro určení mezinárodní příslušnosti je v případě kolizních pravidel obdobná alternativní formulace výjimkou.

Bruselská úmluva za bydliště právnické osoby v souladu s čl. 53 považovala její sídlo a pro účely jeho určení odkazovala na vnitrostátní právní úpravu smluvních států.⁴⁷ Aplikoval-li soud Bruselskou úmluvu, sídlo právnické osoby určoval v souladu s normami svého vnitrostátního mezinárodního práva soukromého. S přihlédnutím zejména ke kompetenčním konfliktům, které v souvislosti s tímto řešením vznikaly, byla do textu nařízení Brusel I a nové Luganské úmluvy vtělena širší definice bydliště právnických osob bez odkazu na vymezení definičních pojmů v rámci národních právních řádů. Bydliště právnické osoby tedy již nelze, na rozdíl od bydliště fyzické osoby, určit v souladu s pravidly jeho určování ve vnitrostátních právních řádech členských států EU. Stejně jako definiční pojmy obvyklého pobytu právnické osoby, i definiční pojmy bydliště právnické osoby (sídlo, ústředí a hlavní provozovnu) je třeba interpretovat v rámci EU autonomně.

V souladu s čl. 60 odst. 1 písm. a) nařízení Brusel I má právnická osoba bydliště v místě svého sídlo. Jedná se o sídlo zapsané nebo o sídlo skutečné nebo stačí ke splnění této podmínky pro založení pravomoci soudů určitého státu existence alespoň jednoho z nich na území státu fóra? Srovnáme-li anglické, německé a např. i slovenské jazykové znění, jedná se mimo jakoukoliv pochybnost o sídlo zapsané. V české jazykové verzi nařízení Brusel I je angl. *statutory seat*, něm. *satzungsmäßiger Sitz*, slov. *registrované sídlo*, v písm. a) překládáno nepřesně jako sídlo. Ve státě skutečného sídla právnické osoby tak dle názoru autorky nelze založit pravomoc soudů na základě písm. a) příslušného ustanovení nařízení Brusel I. Jedná se však o ryze teoretické konstatování, protože skutečné

⁴⁵ Čl. 60 odst. 1 písm. a) až c) nařízení Brusel I a Luganské úmluvy II.

⁴⁶ JUNKER, Abbo. *Internationales Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, 2012, s. 95.

⁴⁷ „For the purposes of this Convention, the seat of a company or other legal person or association of natural or legal persons shall be treated as its domicile. However, in order to determine that seat, the court shall apply its rules of private international law.“

sídlo právnické osoby bude ve většině případů možné subsumovat pod pojem ústředí v písm. b). Tato terminologická nepřesnost nebyla odstraněna ani v novém nařízení Brusel I bis, které v tomto ustanovení nepřináší žádné změny a kde je v čl. 63 odst. 1 písm. a) zachován v české jazykové verzi překlad sídlo.

Další nepřesnost českého jazykového znění se týká pojmu ústředí, které je dalším kritériem pro založení pravomoci v písm. b) a dalším definičním pojmem bydliště. Tomuto pojmu odpovídá v anglickém jazykovém znění pojem *central administration*, v německém jazykovém znění pojem *Hauptverwaltung*, ve slovenském jazykovém znění *ústredná správa*. Jedná se o pojmy, které se objevují rovněž v definičním vymezení obvyklého pobytu právnické osoby v nařízeních Řím I a Řím II, ve kterých je v českém jazykovém znění vhodněji zvolen překlad ústřední správa. Pojem ústředí v definici bydliště právnické osoby a pojem ústřední správa v definici obvyklého pobytu právnické osoby je v těchto unijních předpisech, jak vyplývá z jiných jazykových verzí, navzdory rozdílné české terminologii, třeba vnímat jako pojmy totožného obsahu. Přesnějším překladem je místo ústřední správy.

5. BYDLIŠTĚ A OBVYKLÝ POBYT V SOUVISLOSTI S PŘESHRAŇIČNÍM DORUČOVÁNÍM MEZI STÁTY EU

Přeshraniční zaslání jak soudních, tak i mimosoudních písemností ve věcech občanských a obchodních z jednoho členského státu EU do druhého za účelem jejich doručení upravuje nařízení o doručování⁴⁸ přijaté v roce 2007. Na postup v souladu s tímto nařízením také výslovně odkazuje § 50j odst. 1 občanského soudního řádu,⁴⁹ který upravuje doručování do ciziny. Z perspektivy pojednávané problematiky jsou v souvislosti s doručováním v nařízení používány pojmy adresa a bydliště (v něm. *Anschrift, Wohnsitz*, ale i *Wohnung*, v angl. *address, residence*). S ohledem na účel nařízení je třeba tyto pojmy vykládat velmi extenzivně. V rámci takového výkladu a v souladu s čl. 19 odst. 1 písm. b) nařízení o doručování, pak lze doručovat i na adresu bydliště či obvyklého pobytu právnické osoby ve smyslu výše vymezených hraničních určovatelů.

Otázkou přeshraničního doručování se zabýval i SDEU ve svém rozsudku ve věci C-325/11⁵⁰ z prosince 2012. Na SDEU se s předběžnou otázkou obrátil polský soud, který projednával žalobu o zaplacení podanou manželi s bydlištěm na území SRN proti manželům s bydlištěm na území Polska. Polský soud informoval žalobce o povinnosti zakotvené v čl. 1135 polského občanského soudního řádu, který ukládá straně s bydlištěm, obvyklým pobytem nebo sídlem v zahraničí, pokud nepověřila procesního zmocněnce s bydlištěm v Polsku, označit na území Polska zmocněnce pro doručování. Není-li zmocněnec pro doručování označen, písemnosti se zakládají do spisu a považují se za doručené. Němečtí manželé žádného zmocněnce pro doručení neoznačili, předvolání

⁴⁸ Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (ES) č. 1393/2007 ze dne 13. listopadu 2007 o doručování soudních a mimosoudních písemností ve věcech občanských a obchodních v členských státech („doručování písemností“) a o zrušení nařízení Rady (ES) č. 1348/2000 (Úřední věstník L 324/79, 10. 12. 2007), (dále jen „nařízení o doručování“).

⁴⁹ Zákon č. 99/1963, občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

⁵⁰ Rozhodnutí SDEU ze dne 19. prosince 2012 ve věci C-325/11 (*Krystyna Alder, Ewald Alder v. Sabina Orłowska, Czesław Orłowski*).

k jednání tak bylo založeno do spisu, jednání proběhlo bez jejich přítomnosti a soud žalobu zamítl. Žalobci podali návrh na obnovu řízení s tím, že byla porušena ustanovení nařízení o doručování, a tím, že jim nebylo doručeno předvolání k jednání, jim byla odňata možnost vést sporné řízení. Polský soud položil SDEU otázku, zda rozsah věcné působnosti nařízení o doručování musí být vykládán tak, že brání takové právní úpravě členského státu jako je výše uvedený čl. 1135 polského občanského soudního řádu. V bodu 24 rozsudku SDEU uvedl, že doručení soudních písemností mezi členskými státy je z působnosti nařízení vyňato pouze ve dvou případech: 1) jestliže není známo ani bydliště ani obvyklý pobyt adresáta (čl. 1 odst. 2 nařízení); 2) pokud adresát označil zplnomocněného zástupce ve státě fóra (recitál (8) preambule nařízení o doručování). V ostatních případech je dle SDEU třeba postupovat v souladu s nařízením a režim fiktivního doručení zakotvený v polském právu se jeví jako neslučitelný s uskutečněním cílů tohoto nařízení. Čl. 19 nařízení o doručování výslovně zakotvuje, že soudce odesílajícího členského státu přeruší řízení, pokud se žalovaná strana nedostavila k soudu, dokud nebude zjištěno, že písemnost byla s dostatečným předstihem doručena dle národní právní úpravy přijímajícího státu nebo doručena do místa jejího bydliště jiným způsobem, který stanoví toto nařízení. Tento případ se sice týká sporu, jehož stranami byly fyzické osoby, nicméně výklad podaný SDEU dopadá stejnou měrou i na případy, kdy je doručováno právníckým osobám.

6. OBVYKLÝ POBYT A BYDLIŠTĚ V PŘÍPADĚ KONCERNŮ

V současné ekonomické realitě může být jednoznačné určení místa obvyklého pobytu či bydliště právnické osoby, resp. zejména místa její ústřední správy poměrně obtížné. Jedná se o případy nadnárodních skupin majetkově propojených společností se složitými vlastnickými strukturami. Jedním takovým případem se loni v létě zabýval londýnský *High Court*.⁵¹ V souvislosti s otázkou pravomoci anglických soudů dle nařízení Brusel I soud posuzoval místo ústřední správy dceřiné společnosti v rámci holdingové struktury. Konkrétně šlo o společnost *Anglo American South African Limited* (dále jen „AASA“) založenou dle jihoafrického práva se sídlem v Johannesburgu, jejíž mateřská společnost, důlní gigant *Anglo American Public Limited Company*, je zaregistrována v Anglii a má sídlo v Londýně. U londýnského soudu byly na základě jurisdikčních pravidel nařízení Brusel I podány dvě žaloby na náhradu škody na zdraví, s tím, že žalovaný, dceřiná společnost AASA, má místo ústřední správy, a tedy i bydliště, v Londýně, kde sídlí mateřská společnost. Žalovaná namítla nedostatek příslušnosti londýnského soudu. Žalobci tvrdili, že AASA je ve skutečnosti spravována z Londýna, kde jsou podnikatelská rozhodnutí přijímána mateřskou společností, jejímž prostřednictvím je AASA řízena. Argumentovali mimo jiné např. i tím, že jednání dozorčí rady dceřiné AASA se nekonala dostatečně často, a proto podnikatelská rozhodnutí musela být přijímána v Londýně.

Londýnský soud se velmi podrobně zabýval konkrétními skutkovými okolnostmi. Ve svém rozhodnutí soudce Andrew Smith nakonec uvedl, že pojem ústřední správy je třeba

⁵¹ Flatela Vava & ors. v. Anglo American South African Limited [2013] EWHC 2131 (QB), Rozhodnutí ze dne 24. 7. 2013, [cit. 19. 11. 2013.]. Dostupné z: <http://www.20essexst.com/case/flatela-vava-ors-v-anglo-american-south-africa-limited>.

chápat ve smyslu místa, kde management společnosti přijímá zásadní podnikatelská rozhodnutí, a nikoliv ve smyslu místa, kde jsou přijímána strategická rozhodnutí ze strany mateřské společnosti. Uvedl, že je třeba vycházet z místa, kde je vykonávána podnikatelská činnost, tedy z místa, kde společnost plní své funkce. Na podporu své argumentace soudce Smith uvedl, že si lze představit případy, kdy podnikatelská rozhodnutí společností jsou ovlivňována např. bankami, na jejichž financování jsou společnosti závislé, a nelze na základě této skutečnosti dovodit, že místem ústřední správy těchto společností by bylo ústředí příslušné banky. *High Court* proto rozhodl v tom smyslu, že v případě majetkově propojených skupin společností nelze za místo ústřední správy považovat místo ústřední správy mateřské společnosti, která dceřinou společnost kontroluje. Skutečnost, že podnikatelská rozhodnutí dceřiné společnosti jsou přijímána na základě strategických rozhodnutí mateřské společnosti, soud za relevantní nepovažoval. Uvedené rozhodnutí z července loňského roku zatím právní moci nenabýlo, žalobci podali odvolání.

Do jaké míry jednotlivé společnosti jednájí samostatně a do jaké míry se již jedná o jeden hospodářský celek, když právě jedním z hlavních cílů koncernů bývá i optimalizace řídicích funkcí, je třeba posuzovat individuálně dle skutkové podstaty v každém jednotlivém případě. Nelze proto vyloučit ani případy, kdy místem ústřední správy dceřiné společnosti bude místo ústřední správy její matky. Ve výše uvedeném řízení právní zástupce žalobců navrhol, aby se soud obrátil na SDEU s předběžnou otázkou ohledně výkladu pojmu ústřední správy ve smyslu čl. 60 nařízení Brusel I. Londýnský soud to však za nutné nepovažoval.

Určitou paralelu lze spatřovat v diskusi kolem jiného hraničního určovatele mezinárodního práva soukromého – místa hlavních zájmů dlužníka, tzv. COMI (*center of main interests*). COMI je jurisdikčním kritériem evropského insolvenčního práva. Insolvenční nařízení sice tento pojem v samotném normativním textu přímo nedefinuje, ale interpretační vodítko najdeme v preambuli nařízení v recitálu (13), dle kterého by místo, kde jsou soustředěny hlavní zájmy dlužníka, mělo odpovídat místo, ze kterého dlužník obvykle spravuje své zájmy a které je zjištělné třetími osobami. V případě společností a jiných právnických osob zakotvuje čl. 3 odst. 1 insolvenčního nařízení vyvrátitelnou domněnku, že za jejich COMI se považuje jejich sídlo.

V samotném insolvenčním nařízení není COMI ve vztahu ke koncernovým společnostem řešeno, ale otázkou určování místa hlavních zájmů dlužníka v případě koncernů se, na rozdíl od místa ústřední správy, SDEU již zabýval. V rozhodnutí ve věci *Eurofood*⁵² rozhodoval o COMI dceřiné společnosti, jejíž sídlo se nachází v jiném členském státě EU než sídlo její mateřské společnosti. Ve svém rozhodnutí SDEU uvedl, že skutečnost, že mateřská společnost může kontrolovat nebo kontroluje rozhodnutí dceřiné společnosti v hospodářské oblasti, nestačí k vyvrácení domněnky, že COMI se nachází na území toho státu, kde má dceřiná společnost sídlo a kde zároveň vykonává svou činnost. SDEU se tak sice přiklonil k oddělení posuzování jednotlivých společností v rámci koncernu, možnost existence COMI dceřiné společnosti v sídle její matky ale nevyločil. Uvedl, že za místo hlavních zájmů dceřiné společnosti by bylo možné považovat sídlo její matky, kterou je řízena, na základě objektivních a třetími osobami zjištělných skutečností

⁵² Rozsudek SDEU z 2. května 2006 ve věci C-341/04 (*Eurofood IFSC Ltd.*).

prokazujících např. že na území členského státu, kde se nachází její sídlo, nevykonává žádnou činnost. Soudy členských států v případě koncernů poměrně často určují jako COMI dceřině společnosti sídlo mateřské společnosti.⁵³ Např. *High Court v Leeds* v případě *Daisytek-ISA Ltd.* rozhodl, že COMI jak mateřské, tak všech dceřiných společností je ve státě fóra na základě skutečnosti, že většina manažerských rozhodnutí byla přijímána mateřskou společností, která skupinu též financovala.⁵⁴ V souvislosti s připravovanou revizí insolvenčního nařízení⁵⁵ se objevily návrhy, aby v nařízení byla zvláštní pozornost věnována právě i koncernové insolvenci, včetně definice skupinového COMI (*group COMI*).⁵⁶ Návrh revidovaného insolvenčního nařízení sice zachovává individuální přístup a nezavádí pojem skupinového COMI, ale upravuje koordinaci různých řízení proti členům stejné skupiny, čímž, dle důvodové zprávy, nebrání stávající praxi, kterou je určování COMI členů vysoce integrované skupiny společností na jednom a totéž místě.

Obdobně jako se diskutuje o možnosti vymezení skupinového místa hlavních zájmů dlužníka (*group COMI*), bylo by možné začít zvažovat i vymezení skupinové ústřední správy (*group central administration*), pojmu, který by nejen lépe odrážel současnou realitu fungování nadnárodních korporátních skupin, ale umožnil účastníkům právního vztahu předvídat v případě absence volby práva rozhodné právo a zajistil vyšší míru právní jistoty účastníků právních poměrů s mezinárodním prvkem.

ZÁVĚREM

Jak pojem obvyklého pobytu právnické osoby, tak pojem bydliště právnické osoby je v evropském mezinárodním právu soukromém definován. Zdálo by se tedy, že jejich určování nebude působit v praxi obtíže, s jakými se setkáváme při určování obvyklého pobytu a bydliště fyzických osob – nepodnikatelů, jejichž legální definice v evropském mezinárodním právu soukromém chybí. Současné vnímání pojmu obvyklého pobytu fyzických osob jako pojmu faktického, kdy je v souladu s judikaturou SDEU⁵⁷ vždy třeba vycházet z konkrétních skutkových okolností každého jednotlivého případu a z individuální míry sociálního začlenění do prostředí na jedné straně a odkaz na definici či interpretaci pojmu bydliště fyzické osoby v jednotlivých národních právních řádech členských států EU na straně druhé, není řešením bezproblémovým. Legální definice těchto

⁵³ Podrobněji MORAVEC, Tomáš. Nařízení o úpadku 1346/2000 – koncernová insolvence. *COFOLA 2011: Sborník příspěvků z mezinárodní konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, [cit. 19. 11. 2013.]. Dostupná z: http://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/files/normo tvorba/Moravec_Tomas_6346.pdf.

⁵⁴ Podrobněji VAVŘINA, Jan – VOLNÁ, Katarína. COMI v judikatuře českých insolvenčních soudů a pohled do zahraničí. *Právní rozhledy*. 2012, 23–24, s. 825 a násl.

⁵⁵ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady, kterým se mění nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 o úpadkovém řízení z 12. 12. 2012, COM(2012) 744 final.

⁵⁶ MOSS, Gabriel, Q. C. *Coordination of Multinational Corporate Group Insolvencies: Solving the COMI Issue (Proposal for Group COMI and its Consequences)*. International Insolvency Institute, [cit. 12. 11. 2013.]. Dostupné z: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/3890.html>.

⁵⁷ Rozsudek ESD ze dne 2. dubna 2009 ve věci C-523/07 („A“), Sbírnka rozhodnutí 2009-I-02805. Rozsudek SDEU ze dne 22. 12. 2010 ve věci C-497/10 PPU (*Barbara Mercredi v. Richard Chaffé*) Sbírnka soudních rozhodnutí 2010-I-14309.

pojmu ve vztahu k právnickým osobám by tak mohla být vítanou zárukou vyšší míry právní jistoty stran přeshraničních právních poměrů a předvídatelnosti kolizních a procesních řešení. Nikoliv však v případě, kdy se jedná o jejich definování prostřednictvím dále již nevymezených pojmů.

Pro účely určení rozhodného práva na základě hraničního určovatele obvyklého pobytu právnické osoby nelze bez dalšího vycházet z údajů zapsaných v příslušném veřejnoprávním rejstříku. Obvyklý pobyt nelze bez dalšího ztotožnit se zapsaným, statutárním sídlem nebo se zapsanou pobočkou, odštěpným závodem či organizační složkou. V praxi budou tyto údaje sice zpravidla výchozí informací, ale je třeba vždy na základě konkrétních skutkových okolností ověřit, zda zapsaný údaj odpovídá i faktické ústřední správě právnické osoby, případně zda smlouva byla prostřednictvím pobočky uzavřena či jejím prostřednictvím bylo poskytováno dohodnuté plnění.

Jiná je situace v případě bydliště právnické osoby, v bruselsko-luganském režimu je za bydliště právnické osoby považováno i její statutární sídlo. Pro založení pravomoci soudů členského státu EU na základě bydliště právnické osoby tak sice teoreticky postačí zjistit sídlo zapsané v příslušném veřejnoprávním registru, aniž je třeba zjišťovat faktické místo ústřední správy dotčeného subjektu. Kromě statutárního sídla právnické osoby je za její bydliště považována ale rovněž ústřední správa nebo hlavní provozovna, a tak by žalobce, ve vlastním zájmu, měl zhodnotit a porovnat výhodnost všech alternativně příslušných jurisdikcí. Výběr pak zcela závisí na jeho procesní aktivitě. Soud se na základě pravidla, které vychází z bydliště žalované právnické osoby, prohlásí za příslušný, bude-li v jeho státě splněno kterékoliv z těchto tří kritérií.

Ačkoliv se v případě obvyklého pobytu a bydliště jedná o dva rozdílné pojmy, v praxi je tento rozdíl poměrně často stírán a oba pojmy jsou ztotožňovány. V rámci českého právního řádu hraje svou roli zřejmě i český překlad pojmu *habitual residence*, v některých unijních předpisech je překládán jako obvyklé bydliště. Významový rozdíl mezi obvyklým bydlištěm a bydlištěm je pak z jazykového hlediska téměř setřen. Z výše uvedeného rozboru sice vyplývá, že v rámci evropského mezinárodního práva soukromého se pojem obvyklého pobytu právnické osoby může v určitých případech obsahově zcela krýt s pojmem jejího bydliště, respektive že pod pojem bydliště právnické osoby, který je širší, je možné subsumovat pojem jejího obvyklého pobytu, ale není možné je *a priori* vnímat jako pojmy totožné. Zjišťujeme-li tedy, kde právnická osoba bydlí, je vždy třeba přihlížet k účelu, pro který tuto informaci zjišťujeme. Pro účely určení rozhodného práva může právnická osoba bydlet v jiném státě než pro účely založení mezinárodní příslušnosti soudů.

JUDr. Mgr. Magdalena Pfeiffer, Ph.D.

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Josef Mrázek

MEZINÁRODNÍ PRÁVO V KYBERNETICKÉM PROSTORU

Abstrakt: Počet různých kybernetických operací v kybernetickém prostoru včetně kybernetických útoků roste. Kybernetické hrozby představují závažná rizika jak pro státní, tak i soukromý sektor a některé z nich mohou ohrozit kybernetickou bezpečnost jednotlivých států a případně i mezinárodní bezpečnost jako celek. Kybernetické útoky tvoří různé činy narušující, omezující nebo ničící počítače a počítačové sítě. V těchto případech lze některé kybernetické útoky zřejmě přirovnat k ozbrojenému útoku ve smyslu čl. 51 Charty OSN. Existuje silná tendence k vojenskému řešení kybernetické bezpečnosti. NATO využít způsobilost a možnosti ke kybernetickému vedení války na novém „bojišti“. USA vytvořily Kybernetické velení jako součást své vojenské strategie. Tato studie se zabývá kybernetickou bezpečností, kybernetických útokem a kybernetickými zločiny a všímá si i nejednotné interpretace kybernetických pojmů. Jedinou mezinárodní úmluvou je v tomto ohledu Evropská úmluva o kybernetickém zločinu. Podle názoru autora každá činnost v kybernetickém prostoru musí být v souladu s mezinárodním právem, i když speciální mezinárodní normy zatím neexistují. Základním tématem práce je, kdy kybernetický (počítačový) útok může představovat použití ozbrojené síly (*casus belli*), které se může rovnat „ozbrojenému útoku“, vyvolávajícímu právo na sebeobranu podle čl. 51 Charty OSN.

Klíčová slova: kybernetické operace, kybernetický útok, kybernetická bezpečnost, kybernetický zločin, kybernetický prostor, kybernetické válčení

ÚVOD

Pojmy „kybernetická hrozba“ (*cyber threat*), „kybernetický útok“ (*cyber attack*), „kybernetická bezpečnost“ (*cyber security*), „kybernetický prostor“ (*cyber space*), „kybernetický zločin“ (*cyber crime*), „kybernetický terorismus“ (*cyber terrorism*) nebo dokonce pojmy jako „kybernetická válka“ (*cyber war*), „kybernetické vedení války“ (*cyber warfare*), „kybernetická agrese“ (*cyber aggression*) a „kybernetická obrana“ (*cyber self-defense*), jakož i jiné pojmy spojené s „*cyber*“ se staly v posledních letech nedílnou součástí mezinárodněpolitického slovníku.¹ Problematika využívání kybernetického prostoru a počítačů přináší s sebou především celou řadu technických a také bezpečnostních problémů. Stranou nemůže zůstat u těchto otázek ani úprava právní a specificky úprava mezinárodněprávní. I když mezinárodněprávní regulace kybernetických problémů je doposud nedostatečná a málo efektivní, v odborné literatuře se již hovoří o „mezinárodním právu kybernetického prostoru“ a obecně i o úloze práva v tomto prostoru.²

¹ AMOROSO, E. *Cyber Attack: Protecting National Infrastructure*. Butterworth – Heinemann, 2010; BAYUK, J. L. – HEALEY, J. – ROHMEYER, P. – SACHS, M. H. – SCHMIDT, J. – WEISS, J. *Cyber Security Policy Guidebook*. John Wiley & Sons, 2012; CARR, J. *Inside Cyber Warfare*. O'Reilly Media, 2009; CLARKE, R. A. *Cyber War*. HarperCollins, 2010; CLARKE, R. – KNAKE, R. A. *Cyber War: The Next Threat to National Security and What to Do About It*. Ecco, 2012; DINNIS, H. – HARRISON. *Cyber Warfare and the Laws of War*. Cambridge University Press, 2012; ENGELBERG, H. – TENZER, G. *The Evolution of Cyber Terrorism: A Precision – Delivery Weapon, An Asymmetric War, Cyber Attacks*. The New Frontier, 2011; HEATHER, H. D. *Cyber Warfare and the Laws of War*. Cambridge University Press, 2012; ROSENBERG, P. *Cyber Warfare: How Conflicts in Cyberspace Are Challenging America and Changing the World*. Praeger, 2013; SHACKELFORD, SCOTT J. *Managing Cyber Attack in International Law, Business and Relations: In Search of Cyber Peace*. Cambridge University Press, 2013; VENTRE, D. *Cyberattaque et Cyberdéfense*. Hermes-Lavoisier, 2011.

Celkem běžně se lze setkat již i s pojmem „kybernetický právník“ (*cyber lawyer*).³ Jde o pojem, který zřejmě vystihuje specializovaného právníka, který ovládá alespoň rámcově i kybernetickou technologii. Mezinárodní encyklopedie kybernetického práva zahrnuje části věnované „kybernetickému právu Evropské unie“ nebo „mezinárodnímu a globálnímu telekomunikačnímu právu“ a obsahuje i „kodex kybernetického práva“ nebo texty kybernetických zákonů vybraných zemí, které se budou postupně rozšiřovat.⁴ I v České republice se již objevují publikace věnované kybernetickému právu.⁵

Na řadě univerzit se dnes vyučuje „kybernetické“ nebo také „internetové“ právo. Na Harvardu např. existuje Berkmanovo středisko pro internet a společnost. V rámci Harvard Law School působí i tzv. kyberneticko-právní klinika (*Cyber law clinic*), která poskytuje vysoce kvalifikované právní služby vládním entitám, neziskovým organizacím i jednotlivcům a napomáhá studentům při přípravě pro jejich „high-tech“ praxi. Služby „kliniky“ jsou využívány v různých oblastech právní praxe, jako jsou legislativa, řešení soudních sporů a advokátní činnost.⁶ Výzkumem „mezinárodního práva kybernetického prostoru“ se zabývá i další prestižní univerzita v Georgetownu⁷ nebo Institut OSN pro odzbrojení (UNIDIR).⁸ Výzkum a studium kybernetického práva se neomezuje pouze na americké nebo evropské vysoké školy, nýbrž se prosazuje i v Asii a na dalších kontinentech.⁹

Kybernetické hrozby pocházejí od států i soukromých subjektů. Problémem zatím často zůstává i identifikace místa (země) odkud kybernetické hrozby a útoky pocházejí. Komplikované je i přesné vymezení samotných kybernetických útoků a jejich odlišení od pouhých kybernetických „incidentů“ nebo kybernetické „exploatace“. Kybernetické operace proti internetu napadají vojenské, bezpečnostní a zpravodajské servery s cílem narušit bezpečnostní, ekonomickou, finanční a komunikační činnost státních i soukromých institucí. Internetem se rozumí internetová síť spojující mnohé počítačové sítě a spočívající na společném adresném systému a komunikačním protokolu nazývaném *Transmission Control Protocol* (ACP/IP). Internet byl vytvořen v roce 1983 a má svůj počátek v programu ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network) Ministerstva obrany USA z roku 1969. Jeho cílem bylo zajistit bezpečnou komunikační síť. Později se výzkumem a vytvořením podobných paralelních sítí v USA zabývala

² DUMORTIER, J. *International Encyclopaedia for Cyber Law*. www.IELaws.com; Webster's New World Hacker Dictionary, Webster's New World, 2006.

³ <http://askacyberlawyer.com/2011/06/07/a-call-for-international-cyber-law/>; What is cyberlawyer, viz <http://www.webopedia.com/TERM/C/cyberlawyer.html>: „term used to describe a lawyer who is an expert on the law as it relates to online communications“.

⁴ DUMORTIER, Jos. (ed.), op. cit. 2. K právním předpisům evropských zemí viz např. VALERI, L. – SOMMERS, G. – ROBINSON, N. – GRAUX, H. – DUMORTIER, J. *Handbook of Legal Procedures of Computer and Network Misuse in EU Countries*, publikovanou v rámci RAND Corporation pro potřeby Evropské komise v roce 2006, RAND Europe URL: <http://www.rand.org/randeurope>.

⁵ POLČÁK, R. – ČERMÁK, J. – LOEBL, Z. – GRIVNA, T. – MATEJKA, J. – PETR, M. *Cyber Law in the Czech Republic*. Kluwer Law International, 2012.

⁶ www.cyberlaw.harvard.edu/teaching/cyberlawclinic.

⁷ International Cyberspace Law Research, www.georgetown.edu/library/research/guides/cyberspace.cfm.

⁸ Cyberwarfare and International Law UNIDIR 2011, www.isn.ethz.ch/digital-library/publications/detail/?/ng=en&id=134218.

⁹ Viz např. www.asvanlaws.org/index.php/UbRDMnOfg, Diploma in Cyberlaw; International Cyber Law Research Center at Naavi's Cyber Law Colleague, www.ilze.org.

The National Science Foundation (NSF) a to právě s využitím technologií ARPANET.¹⁰ Ochrana proti kybernetickým útokům je svěřována vojenským a jiným specializovaným státním institucím. Z mezinárodněprávního hlediska je významnou otázkou, zda některé kybernetické útoky mohou dosáhnout úrovně ozbrojeného útoku ve smyslu čl. 51 Charty OSN, opravňujícího státy k použití ozbrojené síly v sebeobraně. V dokumentech NATO jsou kybernetické útoky označovány za reálnou vojenskou hrozbu, vyvolávající potřebu upevnování kybernetické obrany (*cyber defence*).¹¹

Záměrem autora tohoto článku byla orientace především na mezinárodněprávní problémy kybernetických útoků, zejména z hlediska zákazu použití ozbrojené síly v mezinárodních vztazích. Vzhledem k tomu, že v české právní literatuře zatím neexistuje zpracování problematiky kybernetických operací v dostatečné míře, rozhodl se autor pro širší pojetí své práce a nemohl se proto vyhnout i dílčí popisnosti a interpretaci základních pojmů, které se často i liší. Nelze pominout, že otázky využívání kybernetického prostoru jsou poměrně novým fenoménem, na který právo obecně a mezinárodní právo zvláště teprve hledá odpovědi a řešení. I když řešení právních otázek kybernetických operací se nerodí ve vzduchoprázdnu. Právní rámec pro potírání kybernetických útoků je stále nedokonalý a fragmentární, jak v oblasti práva vnitrostátního, tak i mezinárodního. Sílí proto oprávněné tendence k vypracování nových právních instrumentů pro řešení kybernetické bezpečnosti. Základem by podle některých názorů měla být komplexní univerzální mezinárodní úmluva, zabývající se mezinárodní spoluprací při zabezpečení kybernetické bezpečnosti a z toho vyplývajícími otázkami právní odpovědnosti a donucení. Přitom však neexistuje všeobecné pozitivní nazírání na potřebu takové smluvní úpravy. Kybernetické útoky a incidenty v mezinárodním životě nebývají jednostrannou ani jednorázovou záležitostí a státy s nimi ve své politice a praxi ve skutečnosti počítají. Je třeba také z právního hlediska vyjasnit otázku, zda vůbec, za jakých okolností a jaké kybernetické útoky mohou být legální. Např. v roce 2011 byl proveden kybernetický útok na iránský jaderný program, jehož důsledkem bylo, že jaderné centrifugy se v Íránu dostaly mimo jeho kontrolu. Útok způsobil počítačový vir nebo „červ“ „Stuxnet“, který byl pravděpodobně společně testován USA a Izraelem v Negevské poušti v izraelském komplexu Dimona.¹²

Obtížnost právní regulace činnosti v kybernetickém prostoru může demonstrovat i následující skutečnost. V červnu 2013 vyšlo najevo, že National Security Agency (NSA) v USA v rámci programu PRISM sleduje internetovou komunikaci z celého světa. Zprávu zveřejnil nejprve britský deník *The Guardian* na základě informací, které vynesl Edward Snowden, technik CIA a spolupracovník NSA. NSA může získávat e-maily, fotografie, videa, soubory dat, videokonference, výpisy aktivit, zprávy ze sociálních sítí i soukromé zprávy. V rámci programu má NSA přístup k údajům takových společností, jako jsou AOL,

¹⁰ *The New Encyclopaedia Britannica*, Vol. 6, Micropaedia, Chicago, London, 2002, s. 354–5.

¹¹ NATO Agrees on Common Approach to Cyber Defence, April 2008, <http://www.euroactiv.com/en/infosociety/nato-agrees-common-approach-cyber-defence/article-171377>. Srov.: „Cyber attack continue to pose a real threat to NATO and cyber defence will continue to be a core capability of the Alliance“, www.nato.int/cps/en/natolive/75747.htm. www.nato.int/cps/en/SID-E61FF165-78BBC3C8/natolive/topics_78170.htm.

¹² FILDÉS, J. Stuxnet Worm Targeted High-Value Iranian Assets. *BBC News*, Sept. 23, 2010, <http://www.bbc.co.uk/news/technology-11388018>; též <http://www.economist.com/blogs/babbage/2010/09/stuxnet.worm>.

Apple, Google, Microsoft, Paltak, Skype nebo Youtube.¹³ Podle informací Snowdena USA od roku 2002 nabourávají čínské počítačové systémy. Jde o delikátní záležitost, neboť USA a osobně prezident Obama kritizují kybernetické útoky přicházející z Číny. Americká firma Mandiant obvinila v únoru 2013 čínskou armádu z provádění hackerských útoků na cíle zejména v USA, ale také ve Velké Británii a Kanadě.¹⁴ Čínská vláda takové aktivity popírá. Oficiální místa USA, včetně NSA a amerického prezidenta, poukazují na to, že program PRISM zmařil desítky teroristických útoků. Podobný program vyvinula Velká Británie a nepochybně i další státy.

Ve strategických plánech USA a NATO se počítá i s koncepcí „kybernetického ozbrojeného útoku“. Použití ozbrojené síly v sebeobraně proti kybernetickým útokům je považováno za nedílnou součást „komplexní strategie kybernetické bezpečnosti“ spolu s dalšími komponenty, včetně lepší „síťové bezpečnosti“ a „ofenzivních kybernetických opatření“.¹⁵

Kybernetický útok většinou nemá znaky útoku, působícího „fyzické“ škody. Jasný konsensus týkající se povahy určitého kybernetického útoku, jako útoku „ozbrojeného“, neexistuje. Menšinově se v literatuře vyskytl i názor, že kybernetický útok nemůže představovat „ozbrojený útok“.¹⁶ Podle opačného názoru může i některý kybernetický útok představovat ozbrojený útok v závislosti na jeho fyzických účincích. Tento *effect-based approach* vychází z toho, že i kybernetický útok může mít stejné nebo i horší účinky jako použití konvenčních bomb a nábojů. Mezi příklady takových účinků se obvykle uvádějí zničení vodních děl a přehrad nebo exploze letadel atp. pomocí počítačových sítí.¹⁷

Bylo by jistě účelné a užitečné nejprve precizněji objasnit základní kybernetické pojmy, což je poměrně obtížné. Tyto pojmy a definice se u jednotlivých autorů a institucí často liší. Není snadné dosáhnout obecnějšího konsensu a odstranit existující terminologický a obsahový zmatek. Nebezpečí spočívající ve zneužití nových informačních a komunikačních technologií nepochybně existuje jak v civilní, tak i ve vojenské sféře, což úzce obecně souvisí s otázkami národní i mezinárodní bezpečnosti, nejen tedy s otázkami kybernetické bezpečnosti v úzkém slova smyslu.

1. K POJMŮM KYBERNETICKÉ BEZPEČNOSTI A KYBERNETICKÝCH ÚTOKŮ

Počítače a počítačové sítě, které je spojují, vytvářejí respektive představují kybernetický prostor. Využívání kybernetického prostoru se dotýká prakticky všech oblastí života

¹³ Prism Collection Details, http://technet.idnes.cz/nsa-fbi-sledovani-prism.usa-soukromi-data-/sw_internet.aspx.

¹⁴ <http://zpravy.tiscali.cz/potvrzeno-cina-soustavne-provadi-hackerske-utoky-po-celem-svete>.

¹⁵ WAXMAN, M. C. Self-defensive Force against Cyber Attacks: Legal, Strategic and Political Dimensions. Naval War College, *International Law Studies*. 2013, s. 110.

¹⁶ K různým názorům na tuto otázku viz např. HATHAWAY, O. A. – CROTOFF, R. – LEVITZ, PH. – NIX, H. – NOWLAN, A. – PERDUE, W. – SPIEGEL, J. The Law of Cyber Attack, *California Law Review*. Vol. 100, Issue 4, s. 817, 841–9.

¹⁷ DINSTEIN, Y. Computer Network Attacks and Self-Defense. In: M. S. Smitt – B. T. O'Donnell (eds). U.S. Naval War College *International Law Studies*. Vol. 76, 2002, s. 119.

moderní společnosti. Kybernetická bezpečnost každého států hraje mimořádně významnou roli v současném globalizovaném světě. Kybernetický prostor nebo také „doména“ (*domain*) se podle expertů skládá ze tří vrstev: 1) fyzické, 2) syntaktické, 3) sémantické. Fyzická část zahrnuje hardware, kabely, satelity a jiná vybavení. Syntaktická část se skládá z počítačových operačních systémů a jiného softwaru. Sémantická vrstva pak zahrnuje vzájemné působení lidského činitele a informací získaných z počítačů, jejich vyhodnocení a využití uživatelem.¹⁸

Kybernetické útoky pak mohou směřovat proti všem nebo i jednotlivým vrstvám kybernetického prostoru. Útoky jsou vedeny kybernetickými prostředky (hovoří se také o „kybernetických zbraních“), které ničí, paralyzují, monitorují nebo jinak poškozují počítačový software. Za takové kybernetické zbraně jsou označovány závadné softwary nebo závadné komponenty jako jsou viry, trojské koně a špionážní zařízení nebo počítačové „červy“. Sémantické kybernetické útoky mají ovlivnit percepci a vnímání počítačových dat a jejich cílem je získání citlivých údajů jako jsou přístupové kódy, hesla nebo finanční údaje (*phishing, pharming*). Využívají se přitom podvodné e-maily zasílané uživatelům počítačů, žádající o zaslání údajů ze zdánlivě legitimních důvodů. Jde většinou o trestnou činnost a počítačovou špionáž.

Velkým problémem a velkou výzvou pro ochranu kybernetické bezpečnosti je zřejmě stávající anonymita a obtížnost odhalení autorů kybernetických útoků. Obrana proti kybernetickým útokům zahrnuje *firewalls* pro filtrování síťové komunikace, šifrování dat, nástroje na obranu a odhalení sítě narušitelů, fyzickou bezpečnost zařízení a vybavení, jakož i monitorování uživatelských sítí. Pokud jde o obranu proti kybernetickým útokům, hovoří se o „vrstvené aktivní a pasivní obraně“. Státy se většinou omezují na defenzivní obranu z obavy, že aktivní obrana porušuje válečné právo. Aktivní kybernetickou obranou se pak rozumí elektronické opatření, které omezuje počítačovou obranu „protivníka“ na pasivní. Právo k aktivní obraně vyplývá pak z povinnosti států zabránit nestátním aktérům využívat jejich území ke spáchání útoků.

Existují různé definice kybernetické bezpečnosti i dalších kybernetických pojmů. Kybernetická bezpečnost je stručně definována např. jako stav ochrany proti kriminálnímu nebo neoprávněnému použití elektronických údajů nebo opatření přijatá k dosažení jejich ochrany.¹⁹ Podle jiné stručné definice se jedná o opatření přijatá na ochranu počítačů a počítačových systémů.²⁰ Kybernetická bezpečnost je definována i jako „soubor technologií, procesů a praxe určený k ochraně sítí, počítačů, programů a dat před útokem, poškozením nebo neoprávněným přístupem“.²¹ Za zmínku stojí i definice vypracovaná Světovou telekomunikační unií. Podle této definice se kybernetickou bezpečností rozumí nástroje, politiky, bezpečnostní koncepce, bezpečnostní záruky, pokyny,

¹⁸ SHELDON, John B. Cyberwarfare: The Invisible Threat. *Encyclopaedia Britannica*, 2011, Book of the Year, s. 182–183; též např. HATHAWAY, O. A., op. cit. 16, s. 860, lehce modifikovaný článek viz <http://scholarship.law.berkeley.edu/california/law/review>, s. 12–13.

¹⁹ Srov. „...the state of being protected against the criminal or unauthorized use of electronic data, or the measures taken to achieve this“; viz např. [Oxforddictionaries.com/definition/cybersecurity](http://oxforddictionaries.com/definition/cybersecurity).

²⁰ Srov. „measures taken to protect a computer or computer system“, Meriam Webster Dictionary, www.meriam-webster.com/dictionary/cybersecurity.

²¹ Srov. „cybersecurity is the body of technologies, processes and practices designed to protect networks, computers programs or unauthorized access“, www.whatistechtarget.com/definitions/cybersecurity.

rizikový management, přístupy, akce, výchova, směrnice, záruky a technologie, které mohou být použity na ochranu kybernetického prostředí a organizace a aktiv uživatele.²² V českém Výkladovém slovníku kybernetické bezpečnosti, vydaném Policejní akademii ČR a českou pobočkou AFCEA, je „kybernetická bezpečnost“ (*cyber security*) zmiňována vedle „počítačové bezpečnosti“ (*computer security*), i když jde v podstatě o synonyma. Zatímco prvním pojmem autoři míní „souhrn právních, organizačních, technických a vzdělávacích prostředků směřujících k zajištění ochrany kybernetického prostoru“, druhý pojem označují za „obor informatiky, který se zabývá zabezpečením informací v počítačích“. Počítačová bezpečnost podle slovníku zahrnuje ochranu proti: 1) neoprávněné manipulaci se zařízením počítačového systému; 2) neoprávněné manipulaci s daty; 3) krádeži (nelegálnímu pořizování kopií dat) nebo poškození; 4) narušování bezpečné komunikace a přenosu dat (kryptografie); 5) poškozování bezpečného uložení dat a 6) poškozování dostupnosti, celistvosti a nepodvrhnutelnosti dat.²³

Kybernetická nebo také počítačová bezpečnost se v úzkém slova smyslu chápe jako technologie a postupy určené k ochraně počítačů, počítačových sítí a údajů před neoprávněným přístupem, zranitelností a útoky spáchané kybernetickými zločinci. Existují i určité technické normy např. ISO 27001 a ISO 27002 jako standardy kybernetické bezpečnosti pro vytváření, implementaci, operační činnost, monitorování, udržování, revizi a zlepšování managementu, bezpečnostního a informačního systému.²⁴ Kybernetická bezpečnost se vztahuje k technologii a prostředkům ochrany počítačů, počítačových sítí a dat před neoprávněným přístupem a internetovou zranitelností. Jedná se o technický problém a může jít i o strategický koncept, neboť některé kybernetické útoky mohou ohrozit národní i mezinárodní bezpečnost.

Kybernetickou bezpečností se zabývá Agentura EU pro bezpečnost sítí a informací (ENISA), která poskytuje své služby a expertízy Komisi EU i jednotlivým členským státům. Cílem je zvýšit úroveň síťové a informační bezpečnosti veřejného i soukromého sektoru a též občanů.²⁵ ENISA má sídlo v Heraklionu na Krétě. Problematice informační bezpečnosti internetu je věnován např. i zvláštní oddíl ve Zprávě zvláštního zpravodaje VS OSN Franka La Rue o podpoře a ochraně práva na svobodu názoru a projevu novinářů.²⁶

S kybernetickou bezpečností úzce souvisí pojem kybernetického útoku. V širším významu je za kybernetický útok označována (nepřesně) jakákoli akce proti počítačové síti, včetně získávání citlivých údajů (kódy, hesla) a počítačové špionáže. V užším významu

²² Srov. „Cyber security is the collection of tools, policies, security concept, security safeguards, guidelines, risk management, approaches, actions, training, best practices, assurance and technologies that can be used to protect the cyber environment and organization and user's assets“, www.itu.int/en/ITU-T/studygroups/com17/Pages/cybersecurity.aspx.

²³ JIRÁSEK, P. – NOVÁK, L. – POZÁR, J. *Výkladový slovník kybernetické bezpečnosti*. Praha: Policejní Akademie ČR v Praze, Česká pobočka AFCEA, 2013, s. 57 a 72.

²⁴ Srov. „ISO 27001 (The Cyber Security Standard), ISO 27001 Toolkit, ISO 27002/Infosec-e-Learning; ISO 27001 is part of the ISO 27002 family of international information security standards“, <http://www.webopedia.com/TERMIC/cybersecurity.aspx>.

²⁵ <http://www.enisa.europa.eu/about-enisa/>; k zaměření činnosti ENISA viz nařízení EU č. 526/2013 Evropské komise a Rady z 21. 5. 2013, které nahradilo původní nařízení č. 466/2004 z 10. 3. 2004.

²⁶ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, Human Rights Council, Doc. UNGA A/HRC/20/17 ze 4. 6. 2012, s. 11.

pak kybernetické útoky běžnou počítačovou trestnou činností a průmyslovou špionáží nezahrnují. Kybernetický útok v užším respektive pravém slova smyslu je obvykle definován jako každá akce podniknutá ke zničení nebo poškození funkcí počítačových systémů a počítačové sítě z politických nebo bezpečnostních důvodů.²⁷ Někdy dochází i ke ztotožňování různých kybernetických „incidentů“ s kybernetickými útoky nebo běžnými kybernetickými zločiny. Odpověď na otázku, zda např. počítačové viry vyřazující z provozu banky, trhy s cennými papíry, letecké a námořní systémy nebo provoz jaderných a jiných elektráren, jsou kybernetickými útoky, není vždy snadná. Nejširším všezahrnujícím pojmem kybernetické činnosti jsou zřejmě „kybernetické operace“.

Podle Národní výzkumné rady USA (The U.S. National Research Council) lze kybernetické útoky chápat jako „záměrné akce směřující ke změně, zničení, oklamání, znehodnocení nebo zničení počítačových systémů nebo informací a programů v těchto systémech nebo sítích obsažených nebo je přenášejících“.²⁸ Široce vymezují kybernetický útok někteří američtí autoři, kteří jím rozumí „jakoukoli akci – *hacking*, bombardování, vystřížení údajů, infikování počítačové sítě atd. – jejímž cílem je poškodit nebo zničit funkce počítačové sítě“.²⁹ Kybernetický útok se definuje většinou podle jeho cíle, nikoli podle použitých prostředků. Použití kybernetické sítě v Nevadě pro řízení bezpilotních letadel k útoku na cíle v Pákistánu nebo jinde není podle některých názorů kybernetickým útokem, zatímco použití výbušnin k poškození podmořských kabelů pro přenášení informací mezi kontinenty takovým kybernetickým útokem je. Autoři se přitom odvolávají na „národní vojenskou strategii USA pro kybernetické operace“ z roku 2006, která ztotožnila kybernetické útoky se strategií v „ofenzivních kybernetických operacích“.³⁰

Pod kybernetické útoky jsou autory citované studie řazeny v širokém slova smyslu rozdílné činnosti. Jsou k nim řazena např. distribuovaná odepření služby (*distributed denial of service* – DDOS). Jde o využití koordinovaných *bootnets*, tj. tisíců „zombie“ počítačů ovládaných zákeřnými počítačovými viry, které přetíží servery systematickými návštěvami určitých webových stránek. Na podobném principu funguje útok DOS představující nedistribuované odmítnutí služby (*denial of service*). Dochází zde rovněž k zahlcení serverů obrovským množstvím požadavků, nejde však o distribuovaný útok a nejsou využívány ztotožněné počítače. Útok DOS je veden z jednoho centra. Dalším útokem je např. šíření nepřesných informací (*planting inaccurate informations*). Jde o sémantický útok, který je více sofistikovaný než DDOS. Počítačový systém po takovém

²⁷ „A cyber-attack consists of any action taken to undermine the function of a computer network for a political or national security purpose“... „A cyber-attacks means can include any action-hacking, bombing, cutting, infecting and so forth – but the objective can only be to undermine or disrupt the function of a computer network“; Hathaway et al. op. cit. 16, s. 826–830.

²⁸ Srov.: „Deliberate actions to alter, disrupt, deceive, degrade or destroy computer systems or network or the information and/or programs resident in or transiting these systems or networks“, the U.S. National Research Council, Technology, Policy Law and Ethics Regarding U.S. Acquisition and use of cyberattack capabilities, 2009, viz HATHAWAY et al., op. cit. 16, s. 826–827.

²⁹ Ibid.

³⁰ „Using a computer network in Nevada to operate a predator drone for a kinetic attack in Pakistan is not a cyber-attack; rather, it is technologically advanced conventional warfare. Using a regular explosive to sever the undersea network cables that carry the information packets between continents, on the other hand, is a cyber-attack. This view is consistent with that offered by the U.S. Department of Defense, which has identified kinetic attack as a strategy in „cyber offensive operations“.“ Ibid., s. 11.

útoke působí zdánlivě normálně. Jiným druhem kybernetických útoků je infiltrace do zabezpečeného počítačového systému (*infiltrating a secure computer network*). Po infiltraci může pachatel uskutečnit různé destruktivní akce nad rámec pasivní kybernetické špionáže, která se většinou za kybernetický útok neoznačuje.³¹ Syntaktické útoky narušují operační počítačové systémy a mají za následek poškození počítačové sítě. Sémantické útoky zachovávají operační počítačový systém, který zdánlivě funguje správně, generuje však nesprávné informace a nesprávné odpovědi.

Na rozdíl od „kybernetických útoků“ pak „kybernetické exploatace“ či „kybernetické vykořisťování“ (*cyber exploitations*) podle těchto autorů nepředstavuje žádné narušení počítačové sítě, nýbrž se omezuje pouze na monitorování, kopírování dat a špionáž pomocí počítačového systému. Příkladem může být krádež bankovních dat, kódů bankovních karet, narušování obchodního tajemství nebo zjišťování vojenských, bezpečnostních a jiných informací z počítačového systému. Kybernetickým útokem tak není pouhé snížení bezpečnosti počítačové sítě v důsledku aktivit, jako jsou špionáž nebo využití cizí počítačové sítě, kopírování jejích dat nebo pasivní pozorování sítě, atp., neboť tato činnost nepůsobí změny, které by ovlivňovaly současnou nebo i budoucí schopnost počítačových sítí správně fungovat. Politická nebo průmyslová kybernetická špionáž nejsou většinou považovány za kybernetické útoky, nýbrž za „pouhé“ kriminální činy.³²

2. KYBERNETICKÉ ZLOČINY

Kybernetickým zločinem se rozumí každý kriminální čin proti počítačům a počítačovým sítím. Kybernetickým zločinem je i každý trestný čin spáchaný pomocí internetu, jako jsou zločiny spáchané z nenávisti, telemarketingové a internetové podvody, zcizení identity nebo krádež dat z kreditní karty. Kybernetické zločiny zahrnují širokou škálu použití počítačových prostředků (*computer based means*) k páčání nelegálních činů. Jednotně přijímaná definice kybernetického zločinu rovněž neexistuje. Nejčastěji se jedná o podvodnou činnost na internetu, internetové pirátství, přechovávání a sdílení dětské pornografie a nelegální pronikání do počítačů. Kybernetické zločiny nemají většinou politické nebo bezpečnostní cíle a nenarušují fungování počítačové sítě.

Jsou to právě politické nebo národně bezpečnostní motivy, které jsou rozhodující pro rozlišení závažných kybernetických útoků od běžných kybernetických zločinů. Agresivní akce podniknutá státním aktérem je pak většinou kybernetickým útokem. Stejně tak i určitý kybernetický zločin spáchaný nestátním aktérem z politických nebo národně bezpečnostních důvodů může být zřejmě rovněž kybernetickým útokem. Kybernetické zločiny, které nejsou spáchány z důvodů politických nebo bezpečnostních jako např. internetové podvody, krádeže identity, pirátství v oblasti průmyslového vlastnictví atp., nesplňují požadavek kybernetického útoku a zůstávají proto pouhými kybernetickými

³¹ Ibid., s. 839.

³² Srov. „More cyber-espionage or cyber-exploitation does not constitute a cyber-attack, because neither of these concepts involves altering computer networks in a way that affects their current or future ability to function.“ The CIA emphasizes that cyber-espionage does not fall under the umbrella of cyber-warfare, likely because the U.S. government – like many other governments – routinely engages in espionage „over communications networks...“, *ibid.*, s. 830.

zločiny.³³ V České republice bylo vyšetřování kybernetických zločinů svěřeno mimo jiné i Oddělení informační kriminality Úřadu služby kriminální policie a vyšetřování na Policejním prezidiu Policie ČR.

Úmluva Rady Evropy o kybernetických zločinech přijatá Radou Evropy dne 23. listopadu 2001 v Budapešti (vstoupila v platnost 1. 7. 2004) zahrnuje široký okruh trestných činů spáchaných pomocí počítače. Jedná se o protiprávní činnost proti důvěrnosti předávaných zpráv, integritě a použitelnosti počítačových systémů, sítí, počítačových dat, jakož i zneužití takových systémů, sítí a dat.³⁴ Úmluva obsahuje základní směry mezinárodní spolupráce při potírání této činnosti. Již v preambuli členské státy jako svou prioritu vytyčily „společnou trestní politiku“, zaměřenou na ochranu společnosti proti kybernetickému zločinu, *inter alia* na základě přijetí odpovídající národní legislativy a rozvoje mezinárodní spolupráce. Cílem úmluvy je odvrátit pachatele od akcí zaměřených proti řádnému fungování počítačových systémů a sítí, jakož i zabránit zneužití těchto systémů sítí a dat na základě kriminalizace uvedeného chování na národní i mezinárodní úrovni. Úmluva má usnadnit odhalování, vyšetřování i stíhání těchto činů. Úmluva v čl. 1 obsahuje definice termínů, jako jsou „počítačový systém“, „počítačová data“, „poskytovatel služeb“ a „komunikační údaje“. Články 2 až 10 se týkají jednotlivých počítačových zločinů. Články 11 až 13 se zabývají otázkami odpovědnosti. Další články jsou věnovány ochraně počítačových dat, otázkám jurisdikce, vzájemné spolupráce států a konzultací. Úmluva má celkem 48 článků. Každá smluvní strana se zavázala přijmout zákony a jiná opatření, která mohou být nezbytná pro vytvoření jurisdikce ke stíhání zločinů podle čl. 2 až 10 Úmluvy: a) na území smluvní strany; b) na lodi plující pod její vlajkou nebo; c) na palubě letadla registrovaného podle zákonů této strany; d) zločinů spáchaných některým z jejich příslušníků, pokud je zločin trestný podle trestního práva země, ve které byl spáchán nebo byl-li spáchán mimo územní jurisdikci všech států. Dojde-li mezi smluvními stranami ke sporu o jurisdikci, Úmluva předpokládá konzultace, které by měly určit nejvhodnější jurisdikci ke stíhání těchto zločinů (čl. 22). Účelem Úmluvy je doplnění existujících mnohostranných nebo bilaterálních smluv nebo ujednání, včetně Evropské úmluvy o vydávání (sdělení č. 549/1992), Evropské úmluvy o vzájemné pomoci v trestních věcech z 20. 4. 1959 a Dodatkového protokolu ze 17. 3. 1979 k téže úmluvě (čl. 39). Úmluvu Rady Evropy o kybernetickém zločinu podepsalo čtyřicet šest států a dvacet šest států, včetně České republiky, ji ratifikovalo. Úmluva je otevřena podpisu i nečlenským státům Rady Evropy. Na jednání participovaly a smlouvu podepsaly USA, Kanada, Japonsko a Jižní Afrika. Spojené státy Úmluvu také ratifikovaly. Byl již přijat i Dodatkový protokol k této Úmluvě, který se týká činů rasistické a xenofobní povahy, spáchaných prostřednictvím počítačových systémů. Protokol byl otevřen

³³ What is cyber crime? A word definition, from Webopedia Computer Dictionary, http://www.webopedia.com/TERM/cyber_crime.html; srov. „A political or national security purpose distinguishes cyber-attack from simple cyber-crime.“ Any aggressive action taken by a state actor in the cyber-domain necessarily implicates national security and is therefore a cyber attack whether or not it rises to the level of cyber-warfare. Cyber-crime committed by a non-state actor for a political or national security purpose is a cyber attack.“; „Most cyber-crimes do not...constitute cyber-attack or cyber-warfare...some cyber-attacks are neither cyber-crimes nor cyber-warfare“, též Hathaway et col., op. cit. 16, s. 830–833.

³⁴ Council of Europe, ETS No 185, Convention on Cyber-crime, Budapest, Nov. 23, 2001, viz <http://conventions.coe.int/Treaty/html/185.htm>.

k podpisu 28. 1. 2003 a vstoupil v platnost 1. 3. 2006.³⁵ Kybernetických zločinů se dále týká i Úmluva Rady Evropy o ochraně dětí před sexuálním zneužíváním, která byla vystavena k podpisu 25. 10. 2007 a vstoupila v platnost 1. 7. 2010.³⁶ Kybernetickými zločiny jsou podle Úmluvy o kybernetických zločinech činy, které jsou trestné podle vnitrostátního nebo mezinárodního práva.

Řada autorů se nyní vyslovuje pro přijetí univerzální mezinárodní úmluvy o posílení kybernetické bezpečnosti a potírání mezinárodních zločinů. Existují však i skeptické hlasy popírající smysl a efektivitu takové budoucí mezinárodní úmluvy. Hlavní námitkou je obtížnost verifikace původce kybernetických útoků. Kromě toho státy nejsou ochotny se předem vzdát možnosti využívat kybernetický prostor ke svému prospěchu nebo se vzdát svých kybernetických operací. Návrh univerzální mezinárodní úmluvy o kybernetickém zločinu a terorismu např. vypracovali již v dubnu 2000 v USA společně pracovníci Stanford University, Hoover Institution, The Consortium for Research on Information security and policy (CRISP) a The Center for International Security and Cooperation (CISAC). Tento soukromý návrh zdůrazňoval, že informační infrastruktura je ve zvýšené míře vystavena útokům kybernetických zločinců, že kybernetický zločin je převážně nadnárodní a bude často zahrnovat jurisdikční nároky více států. Je proto podle autorů nutné uzavřít dohody týkající se jurisdikce a donucovacích opatření, které by bránily jurisdikčním konfliktům. Výsledkem standfordské konference byla publikace, která se podrobně zabývá důvody pro vypracování mezinárodní úmluvy pro zvýšení bezpečnosti před kybernetickým zločinem a terorismem.³⁷ Mezi důvody pro uzavření smlouvy autoři uváděli: kybernetický zločin je nadnárodní a vyžaduje nadnárodní odvetu; kybernetičtí zločinci využívají nedostatků v zákonech a v donucovací praxi států, vystavujíce tak ostatní státy nebezpečí, které jde nad rámec jejich možností jednostranně nebo bilaterálně reagovat; rychlost a technická komplexnost kybernetických aktivit vyžaduje předem připravené a dohodnuté postupy spolupráce při vyšetřování a reagování na hrozby a útoky. Úmluva by měla zajistit, aby všechny strany úmluvy: 1) přijaly zákony, které označí nebezpečné kybernetické aktivity za trestné; 2) tyto zákony vynucovaly nebo vydávaly pachatele k trestnímu stíhání; 3) spolupracovaly při vyšetřování trestné činnosti a vzájemně si poskytovaly důkazy o takové činnosti, participovaly na vypracování a implementaci dohodnutých standardů ke zvýšení kybernetické bezpečnosti. Návrh také předpokládal vytvoření zvláštní mezinárodní agentury jako fóra pro mezinárodní diskusi s ohledem na technologický vývoj a také pro technickou pomoc rozvojovým zemím. Autoři věnovali značnou pozornost i kybernetickým aktivitám v soukromé sféře. Rychlý vývoj v oblasti kybernetických technologií a operací označili přímo za „kybernetickou revoluci“ (*the cyber revolution*).

Pro uzavření univerzální mezinárodní úmluvy se v posledních letech vyslovila řada autorů. Proti uzavření se uvádí rovněž celá řada argumentů. Patří k nim tvrzení, že je obtížné posoudit útoky na jisté hodnoty nebo cíle jako trestné činy nebo válečné zločiny

³⁵ Additional protokol to the Convention on cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, <http://conventions.coe.int>.

³⁶ Council of Europe Convention on the Protection of Children against sexual exploitation and sexual abuse, <http://conventions.coe.int>.

³⁷ The Stanford Draft International Convention to Enhance Security from Cyber Crime and Terrorism; http://fsi.stanford.edu/publications/proposal_for_an_international_convention_on_cyber...

vzhledem k jejich velké rozmanitosti a proměnlivosti. Objevil se i názor, že USA jako nejsilnější a kybernetickými útoky nejzranitelnější země by si měly proto vytvořit „svůj vlastní právní rámec“ pro potírání kybernetických útoků.³⁸

Mezinárodní spolupráci v boji proti kybernetickému zločinu se zabýval např. XII. Kongres OSN o prevenci zločinu a trestní spravedlnosti, který se konal v Brazílii v srpnu 2010. Sekretariát Úřadu OSN pro tento kongres připravil materiál vyzývající „k přijetí globální úmluvy proti kybernetickému zločinu“. Myšlenka získala silnou podporu v oblasti Asijsko-tichomořské ekonomické spolupráce, v EU, v Organizaci Amerických států a např. i v Interpolu. Kritická k návrhu byla např. Mezinárodní telekomunikační unie, vážavý postoj projevil nakonec např. Rusko a Brazílie nebo Čína. Rozdílné názory na standardy spolupráce komplikují uzavření globální konvence o kybernetických zločinech. Zájem o problematiku kybernetických zločinů však neutuchá. V květnu 2013 se např. v San Franciscu konala mezinárodní konference o kybernetických zločinech.³⁹

3. KYBERNETICKÉ ÚTOKY A PRÁVO OZBROJENÝCH KONFLIKTŮ

Kybernetické operace použilo např. NATO v ozbrojené intervenci v Jugoslávii v roce 1999. Stejně tak byly porušeny nebo zničeny kybernetické sítě a telekomunikace v ozbrojené intervenci vedené USA proti Iráku v roce 2003. V dubnu 2007 došlo na protest proti přemístění sovětského pomníku z centra Tallinnu na předměstí k útokům DDOS na webové stránky estonské vlády, které trvaly déle než měsíc. Kratší útoky směřovaly proti bankám a sdělovacím prostředkům. Někteří oficiální estonští představitelé včetně ministra obrany hovořili o ohrožení národní bezpečnosti a „kybernetické válce“. Estonsko obvinilo z útoků Rusko, které však svou angažovanost rozhodně popřelo. Přes spolupráci Estonska s počítačovými experty USA, Izraele a EU se nepodařilo bezpečně zjistit, kde mají tyto útoky svůj původ. Mezi estonskými představiteli se však objevily nesprávné názory, že kybernetické útoky již aktivovaly čl. 5 Severoatlantické smlouvy, zavazující NATO odpovědět na útok proti členovi aliance podle práva na kolektivní sebeobranu v souladu s čl. 51 Charty OSN. NATO na výzvu Estonska reagovalo vytvořením internetového obranného zařízení, které se v angličtině nazývá *Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence* (CCDCOE).⁴⁰

K použití kybernetického útoku v průběhu ozbrojeného konfliktu došlo zřejmě poprvé v roce 2008 v Jižní Osetii. Dne 7. srpna gruzínské jednotky zaútočily na ruské vojáky, kteří byli součástí mírových sil vytvořených na základě smlouvy mezi Gruzii a Ruskem z roku 1991. Více než tucet ruských vojáků bylo přitom zabito a mnoho dalších bylo zraněno. Rusko odpovědělo silným protiútokem a ozbrojený konflikt trval pouze několik dnů. Gruzie obvinila Rusko z útoku DDOS na webové stránky uživatelů v Gruzii, včetně

³⁸ <http://www.stlr.org/2010/03/a-global-convention-on-cybercrime>; viz k tomu např. Waxman M. C. *Cyber Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4)*, *The Yale Yearbook of International Law*. 2011, N. 2, s. 425; též electronic copy available at <http://ssrn.com/abstract=1674565>. „...it will be difficult to achieve international agreement on legal interpretation and to enforce it with respect to cyber-attack“, s. 425; Goldsmith, *Cybersecurity Treaties: Sceptical View*, viz <http://mediahoover.org/sites/default/files/documents/>.

³⁹ <http://stegano.net/WCC2013>, International workshop of cybercrime.

⁴⁰ NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, <http://ccdcoe.org/cycon/532.html> nebo www.ccdcoe.org/278.html.

svých vládních orgánů, sdělovacích prostředků i komerční sféry. Ozbrojené ruské jednotky pronikly v odvetě hlouběji do nitrozemí Gruzie. Metoda útoků DDOS s použitím „malware“ (škodlivý software), infikující velký počet počítačů a vytvářející „bootnets“ byla využita v útocích jak proti Estonsku v dubnu a květnu 2007 tak i proti Gruzii v srpnu 2008.

Kybernetickým útokům se státy brání na národní i mezinárodní úrovni. Z hlediska mezinárodního práva a suverenity států internet nezná a nerozlišuje státní hranice. Běžně se dnes setkáváme s pojmem „kybernetická válka“ nebo „kybernetické vedení války“. Státy dokonce vytvářejí nebo již vytvořily zvláštní organizační složky, zabývající se kybernetickými útoky, které působí v rámci ministerstev obrany, vnitra nebo jako speciální instituce. USA 21. 5. 2010 zřídily při Ministerstvu obrany „Kybernetické velení“ (U.S. Cyber Command – USCYBERCOM), jehož prvním náčelníkem se stal čtyřhvězdičkový generál Keith B. Alexander. Sídlem USCYBERCOM je Fort Meade v Marylandu.⁴¹ I další státy vytvářejí útvary určené k obraně proti eskalující hrozbě kybernetických útoků. Velká Británie vytvořila v září 2009 Středisko kybernetickobezpečnostních operací (Cyber Security Operations Centre) v rámci Vládního komunikačního ústředí (GCFQ). Také Francie založila v červenci 2009 svou Agenturu pro síťovou a informační bezpečnost. V Německu mají Cyber-Abwehrzentrum. V Číně podle některých informací existují dvě oddělení generálního štábu a řada útvarů se zabývá kybernetickou obranou a kybernetickou špionáží. V Rusku jsou otázky kybernetické bezpečnosti svěřeny jak Ministerstvu obrany, tak Federální bezpečnostní službě.⁴²

Existuje podezření, že Hamás nebo Hizballáh atakují webové stránky v Izraeli. Zmiňuje se např. využití kybernetických útoků v izraelsko-libanonském konfliktu v roce 2006. Jsou také popsány útoky asi 3000 čínských hackerů v roce 1998 na webové stránky indonéské vlády jako výraz protestů proti postupu indonéské vlády vůči čínskému obyvatelstvu. V letech 2009–2010 počítačový vir nazývaný Stuxnet nebo také Stutznet napadl počítače v Íránu a jejich prostřednictvím íránský jaderný program. Íránský jaderný program měl „Stuxnet“ opozdit až o několik let. Zasáhl však bohužel i 40 procent počítačů mimo Írán, a sice v Indii, Indonésii a Rusku. Byl zaměřen na manipulaci, respektive zničení určitého průmyslového procesu v oblasti jaderné energie. M. O'Connell spatřuje ve spuštění Stuxnetu Spojenými státy jejich ochotu porušit normy mezinárodního práva v kybernetickém prostoru.⁴³

Kontroverzní termín „kybernetická válka“ použili zřejmě poprvé dva pracovníci RAND Corporation John Arquilla a David Ronfeld v článku *Cyberwar is coming* v časopise *Comparative Strategy* v roce 2003. V literatuře se hovoří nejen o právním statusu „kybernetického válčení“ (*cyber warfare*), nýbrž se používá i termín „kybernetická agrese“ (*cyber aggression*) nebo „kybernetický válečný zločin“.⁴⁴ V budoucnu nelze vyloučit, že k takovým zločinům může dojít (*cyber war crimes*).⁴⁵

⁴¹ *British Encyclopaedia*, op. cit. 15, s. 183.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Srov.: „if the USA has released the Stuxnet virus, then the World already has an example of willingness to violate international law in cyberspace“. O'CONNEL, M. E. *Cyber Security without Cyber War. Journal of Conflicts and Security Law*, No 2, Oxford University Press, s. 199.

⁴⁴ Článek „Cyberwar is Coming!“ napsali vědeckí pracovníci z Rand Corporation pro časopis *Comparative Strategy* v roce 1993, viz *Encyclopaedia Britannica*, 2011, *Book of the Year*, Chicago, London, s. 183.

⁴⁵ GILMORE, S. A. *All Tomorrow's Massacres: Toward a Cybersecurity Framework for Mass Atrocity Crimes*, s. 33.

Kooperativní kyberneticko-obranné středisko NATO v Tallinnu (Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence – NATOCCDCOE) každoročně organizuje mezinárodní konferenci věnovanou kybernetickým útokům. Poslední, pátá konference se uskutečnila v estonském Tallinnu v červnu 2013. Tyto konference se zaměřují na technické a právní implikace využívání automatických metod k odstranění kybernetických konfliktů. Na programu bývají dva okruhy problémů. Jeden je věnován strategickým a druhý technickým otázkám. Oba okruhy ovšem zahrnují i právní aspekty. Předmětem zkoumání jsou rozmanité otázky. Od definování kybernetického konfliktu na zemi, ve vzduchu, kosmickém prostoru, na moři i pod vodou, kybernetických zbraní, terminologie atp., až po taktické, operační a strategické postupy v kybernetickém prostoru při kybernetických útocích. Paleta projednávaných problémů tak např. zahrnuje vymezení kybernetického útoku jako nástroje politiky, dále pak ekonomické, vojenské a ideologické aspekty kybernetických útoků, problematiku kybernetických zločinů, různé aktéry kybernetických útoků (armáda, zpravodajské služby, obchodní činitelé, žoldněři, teroristé, zločinci, hackeři), otázky kybernetických protiútoků, rozšíření kybernetických útoků za rámec kybernetické domény, včetně konvenčního vedení války, ověřování kybernetických útoků, odhalování kybernetických hrozeb atp.⁴⁶

Válečné právo vznikalo v době kdy internet ani počítače neexistovaly. Přesto se v současnosti hovoří i ve smyslu válečného práva či práva ozbrojených konfliktů o „kybernetickém válčení“ nebo o „kybernetickém vedení války“ (*cyberwarfare*), aniž by byl uspokojivě vyřešen samotný obsah tohoto pojmu. Výzkumné středisko Kongresu USA např. vymezilo kybernetické vedení války celkem jednoduše jako „válčení v kybernetickém prostoru“, které „může zahrnovat ochranu informací a počítačových sítí, odrážení informačních útoků, jakož i narušování schopnosti protivníka učinit totéž“.⁴⁷ Pojem „kybernetického válčení“ a „kybernetické agrese“ se staly součástí obsahu různých kybernetických slovníků a odborných publikací, přesto nejsou ani tyto pojmy vymezovány jednotně. Stejně tak není jednotný názor, zda obrana proti „kybernetickým útokům“ má být vedena trestněprávními prostředky nebo prostředky válečného práva. Žádná komplexní mezinárodní smlouva, která by sankcionovala nelegální kybernetické útoky, neexistuje. Podle některých autorů musí proto státy jednat podle právní analogie. Většinou se navrhuje dvě možnosti: buď přirovnat kybernetické útoky podle závažnosti k tradičním ozbrojeným útokům, nebo je považovat za trestnou činnost a jednat podle trestního práva.⁴⁸ Samotné vymezení kybernetického útoku označil jeden z autorů za „hádanku pro právníky“.⁴⁹ Podle většinového vymezení kybernetického vedení války se jedná o politicky, ekonomicky, vojensky i ideologicky motivované jednání rozbíjející internetový systém (*hacking*) jednoho nebo i více států, většinou s cílem ochromit národní hospodářství a obranyschopnost země nebo i špionáže. R. A. Clark knize *Cyber War* definuje kybernetické válčení jako činy jednoho státu k proniknutí do počítačů nebo sítí jiného státu s cílem

⁴⁶ 5th International Conference on Cyber Conflict 2013, 4–7 June Tallin, Estonie, www.Cedre.org.278.html.

⁴⁷ HILDRETH, Steven A. *Cyberwarfare*, Congressional Research Service, 16 (June 19, 2001).

⁴⁸ CARR, J. *Inside Cyber War*, kapitola 4.6. Analyzing Cyber Attacks Under Jus Ad Bellum, s. 176, viz též http://mysafaribooksonline.com/book/networking/security/9781449377229/the_law_of_war, s. 2.

⁴⁹ Srov. „Cyber attacks represent a conundrum for legal scholars...“ nebo „whether cyber attacks can qualify as armed attack and which cyber attacks should be considered armed attacks are left as open questions in international law“, *ibid.* s. 2.

způsobit škodu nebo nefunkčnost jeho počítačových sítí.⁵⁰ John Sheldon uvádí, že kybernetické vedení války je třeba odlišovat od kybernetických teroristických útoků, kybernetické špionáže nebo kybernetických zločinů.⁵¹

Kybernetické vedení války (*Cyber warfare*) je charakterizováno jako „válka vedená v kybernetickém prostoru kybernetickými prostředky a metodami“. Kybernetický prostor je vymezován jako „globálně vzájemně propojená síť digitálních informačních a komunikačních infrastruktur, včetně internetu, telekomunikačních sítí, počítačových sítí a informací v nich obsažených“.⁵² N. Melzer, v souladu s koncepcí „U.S. Department of Defence“, rozlišuje neprávnický pojem „kybernetická operace“ (*cyber operation*) od mezinárodněprávních pojmů jako jsou např. „síla“, „ozbrojený útok“ nebo „útok“. Kybernetické operace pak dělí na „počítačový síťový útok“ (*computer network attack*), „počítačovou síťovou exploataci“ (*computer network exploitation*) a „počítačovou síťovou obranu“ (*computer network defence*). Útok na počítačové sítě (CNA) zahrnuje všechny kybernetické operace směřující k „poškození, popření, degradování nebo zničení informací obsažených v počítačích a počítačových sítích, nebo v počítačích a sítích samotných“, exploatace počítačové sítě (CNE) spočívá v „umožnění operací a zpravodajského získávání a shromažďování dat z cílového počítače nebo automatizovaných informačních systémů protivníka“. Konečně obrana počítačové sítě (CND) zahrnuje „akce na ochranu, monitorování, analyzování, odhalování a reakci na neoprávněnou činnost uvnitř informačních systémů a počítačových sítí“ nebo ve zkratce obranu CNA a CNE pomocí rozvědčné činnosti, kontrarozvědčné činnosti, vynucením práva a vojenskými možnostmi.⁵³ Týž autor se zabývá též otázkou, zda válčící strana může legálně používat telekomunikační infrastrukturu neutrálních států pro účely kybernetických útoků a také odpovědností „neutrálních“ států za nestátní válčící aktéry, provádějící útoky z jeho nebo přes jeho území nebo infrastrukturu. „Kybernetické válčení“ nelze podle jeho názoru směřovat s „kybernetickou kriminalitou“ nebo „kybernetickým terorismem“, na které se mezinárodní humanitární právo nevztahuje.⁵⁴ Jisté je pravda, že na většinu kybernetických operací nebo útoků nelze aplikovat právo ozbrojených útoků, nicméně kybernetický útok stejně jako kybernetický terorismus může představovat mezinárodní zločin a kybernetický terorismus může být zřejmě i ozbrojeným útokem.

Sbor náčelníků štábů USA rozlišuje pět různých metod „kybernetických informačních operací“: 1) elektronické válčení; 2) operace prostřednictvím počítačových sítí, včetně útoků na počítačové sítě; 3) psychologické operace; 4) vojenský podvod a 5) operační bezpečnost. Válčení prostřednictvím počítačových sítí jako součást širšího vedení informační války (*information warfare*) zahrnuje použití operací počítačových sítí (CNO) s úmyslem zabránit protivníkovi v účinném užívání počítačů jako informačních systé-

⁵⁰ CLARK, R. A. – KNAKE, R. A., op. cit. 1, s. 6.

⁵¹ Op. cit. 18, s. 183.

⁵² MELZER, N. *Cyber warfare and International Law*, UNIDIR Resources, 2011, s. 4. Jiné definice s podobným obsahem lze nalézt v „*The White House, Cyberspace Policy Review*“ z 16. 5. 2011 nebo v „*The National Military Strategy for Cyberspace Operations of U.S. Department of Defense*“ (2006) či v „*U.S. Joint Chiefs of Staff, Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*“ (2001).

⁵³ MELZER, N., op. cit. 52, s. 5; viz též *US Department of Defence, The National Military Strategy for Cyberspace Operations*, 2006.

⁵⁴ *Ibid.*; s. 3–4.

mů a sítí, a to při současném využití vlastních počítačů, informačních systémů a sítí. Tyto operace pak zahrnují útok pomocí počítačové sítě (CNE) a obranu počítačových sítí.⁵⁵ R. A. Clark jako bezpečnostní expert americké vlády definoval kybernetické válčení široce jako „politicky motivované útoky (*hacking*) k provedení sabotáže a špionáže“. Podle jeho názoru se jedná o formu informačního vedení války, které se někdy považuje za „analogické válčení konvenčními zbraněmi“. Zároveň však připouštěl, že tato analogie je kontroverzní jak z důvodu její nepřesnosti tak i politických motivací. Kybernetickou válku charakterizoval jako „akce jednoho státu k proniknutí do počítačů nebo sítí za účelem způsobení škody nebo jejich nefunkčnosti“.⁵⁶ Bývalý ředitel CIA a poradce Rady národní bezpečnosti USA M. Hayden definoval kybernetickou válku jako „záměrný pokus zneschopnit nebo zničit počítačové sítě jiných zemí“.⁵⁷

V mezinárodním pojmu se setkáváme s pojmy „ozbrojený útok“ (zejména v rámci *ius ad bellum*) a „útok“ (*ius in bello*), které mají různý význam i právní důsledky. Ve *Slovníku vojenských pojmů* vydaném Ministerstvem obrany USA je definován „počítačový síťový útok“ (CNA) jako „akce podniknuté pomocí počítačových sítí k narušení, popření, degradování nebo zničení informací obsažených v počítačích a počítačových sítích nebo počítačích a sítích samotných“.⁵⁸ M. N. Schmitt hovoří o „kybernetickém ozbrojeném útoku“ podle *ius ad bellum* a „kybernetickém útoku“ podle *ius in bello*.⁵⁹ Právo ozbrojených konfliktů lze aplikovat jen na malou část kybernetických útoků. Je však výjimečně obtížné dovést, které počítačové útoky mají skutečně povahu ozbrojeného útoku, připouštějící možnost ozbrojené intervence na základě zmocnění RB. Zdá se být zřejmé, že základní zásady válečného práva jako jsou vojenská nutnost, proporcionalita a humanita, lze jen obtížně aplikovat i na kybernetické útoky. Testem, zda kybernetický útok přeroste do ozbrojeného útoku, je způsobená fyzická destrukce, nazývaná občas „kinetickým efektem“, který je srovnatelný s účinky útoku konvenčními zbraněmi. Existují návrhy na revizi práva ozbrojených konfliktů s cílem dosáhnout konsensu o tom, kdy kybernetický útok je ozbrojeným útokem nebo jiným použitím síly.⁶⁰ Podle některých názorů lze určité kybernetické útoky již podřadit pod extenzivní interpretaci článku 2 odst. 4.⁶¹

NATO v *Common Approach to Cyber Defence* v dubnu 2008 uvedlo, že kybernetický útok vyvolává povinnosti členských států podle čl. 4 Severoatlantické smlouvy.⁶² Článek

⁵⁵ Viz *U.S. Department of Defense. Department of Defense Strategy for Operating in Cyberspace* 2, July 2011.

⁵⁶ Srov. „...actions by a nation-state to penetrate another nation's computers or networks for the purposes of causing damage or disruption“, Clark, A. R. – Knake, R. K., op. cit. 1, s. 6.

⁵⁷ Srov. „...deliberate attempt to disable or destroy another country's computer networks, <http://www.npr.org/templates/story.php?story/d=130023318>.

⁵⁸ U.S. Department of Defense. *Dictionary of Military and Associated Terms*. www.dtc.mil/doctrineded_dictionary.

⁵⁹ SCHMITT, M. N. „Attack“ as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context. In: C. Czosseck – R. Ottis – K. Ziolkowski (eds). *4th International Conference on Cyber Conflict*. 2012 NATO CCS Publications Talin, 2012, s. 286–289.

⁶⁰ ...there is a growing need for states to reach a consensus as to when a cyber – attack constitutes an armed attack or use of force, viz např. HATHAWAY, O. A. et al., op. cit. 16, s. 840.

⁶¹ Srov. též: „Any computer network attack that internationally causes any destructive effect within the sovereign territory of another state in a unlawful use of force within the meaning of Article 2(4) that may produce the effect on an armed attack prompting the right of self-defense“, viz SHARP, W. G. *Cyberspace and the Use of Force*, 1999, s. 140.

⁶² Viz *NATO Agrees on Common Approach to Cyber Defence* 2008, op. cit. 11, <http://www.euractiv.com/en/info-society/nato-agrees-common-approachcyber-defence/article-171377>.

se aktivuje v případě, že je ohrožena územní celistvost, politická nezávislost nebo bezpečnost některé ze smluvní strany organizace. Podle strategie NATO mají členské státy v případě kybernetického útoku „konzultovat“ kybernetickou obranu podle čl. 4 smlouvy. Kybernetický útok však podle této strategie ještě neaktivuje čl. 5 Severoatlantické smlouvy o vzájemné pomoci. NATO v listopadu 2011 začalo připravovat *Cyber Warfare International Law Manual*, který zahrnuje otázky týkající se použití ozbrojené síly, mezinárodního humanitárního práva a související problémy suverenity, odpovědnosti států a neutrality.⁶³ Rovněž *White House Cyberspace Strategy* předpokládá, že kybernetické útoky mohou dosáhnout úrovně ozbrojeného útoku a tím vyvolat právo na sebeobranu podle čl. 51 Charty. USA v této strategii jasně deklarovaly, že na nepřátelské akce v kybernetickém prostoru, budou reagovat, jako na všechny jiné hrozby. Zmínily v této souvislosti právo na sebeobranu a plnění vojenských závazků.⁶⁴ Je zřejmé, že čl. 2 odst. 4 Charty zakazuje i použití síly a hrozby silou, které ještě nedosahují intenzity ozbrojeného útoku a nevyvolávají tak právo na sebeobranu podle čl. 51 Charty OSN.

Určení, zda lze kybernetický útok považovat i za ozbrojený útok závisí podle M. Schmitta na šesti faktorech, jimiž jsou: 1) závažnost, typ a rozsah škody; 2) bezprostřednost s jakou se újma projeví po útoku; 3) přímost, důsledky, které se projeví na vzniku újmy; 4) agresivita, s níž útok pronikne na území státu oběti; 5) stupeň měřitelnosti, jíž může být újma kvalifikována a kvantifikována; 6) presumptivní legitimita, která předpokládá, že kybernetický útok tvořící ozbrojený útok je spíše výjimkou než pravidlem.⁶⁵ Vyskytly se i názory (*the instrument-based approach*), podle nichž je ozbrojeným útokem každý kybernetický útok, který je veden proti důležitému počítačovému systému a ohrožuje tím národní infrastrukturu. V tomto pojetí pak kybernetický útok poskytuje napadenému právo na sebeobranu s použitím ozbrojené síly.⁶⁶

Představitelé ministerstva obrany USA a Kybernetického velení jako zvláštního oddílu Strategického velení, které je posledním z devíti bojových útvarů Spojeného systému velení USA,⁶⁷ zdůrazňují připravenost armády odpovědět na nepřátelské činy v kybernetickém prostoru stejně jako na nepřátelské činy na zemi, ve vzduchu a na moři.⁶⁸ NATO má otázky kybernetické bezpečnosti zařazené ve svém programu činnosti od konference

⁶³ <http://infosecisland.com/blogview/1871-NATO-Drafting-Cyber-Warfare-International...> 29. 5. 2013.

⁶⁴ International Strategy for Cyberspace, Prosperity, Security and Openness in a Networked World, White House, May 2011, s. 10, 14, viz <http://www.white-house.gov/sites/default/files/rssviewer/international/strategy/for/cyberspace.pdf>, Srov.: „When warranted the United States will respond to hostile acts in cyberspace as we would to any other threat to our country. All states possess an inherent right to self-defense and we recognize that certain hostile acts conducted through cyberspace could compel actions under the commitments we have with our military treaty partners“.... „We will exhaust all options before military force whenever we can; will carefully weight the costs and risks of action against the costs of inaction; and will act in a way that reflects our values and strengthens our legitimacy, seeking broad international support whenever possible“.

⁶⁵ SCHMITT, M. N., op. cit. 31, s. 914–5.

⁶⁶ SHARP, W. G., op. cit. 61, s. 140.

⁶⁷ *US Department of Defence Cyber Command Fact Sheet*, 21. May 2010, http://www.stratcom.mil/facts-sheets/Cyber_Command/.

⁶⁸ Just as our military is prepared to respond to hostile action land, air and sea, we must be prepared to respond to hostile act in cyberspace. Accordingly, the United States reserves the right, under the laws of armed conflict, to respond to serious cyber – attack, with a proportional and justified military response, at the time and place of its choosing. LYNN, W. Former Deputy Secretary of Defence, 2011, <<http://www.pentagonchannel.mil/ones-torypopup.aspx?pid=FtPuXny5i7D8p1hCORgnXrveie.DVeMWM>>; viz též Lynn, W. J. Defending a New Domain: The Pentagon's Cyberstrategy, Foreign Affairs, Sept./Oct. 2010, s. 97–101.

v Praze v roce 2002. Vyvinulo a dále vyvíjí technologie a zařízení kybernetické obrany s cílem zabránit, odhalit a napravit důsledky kybernetických útoků, jakož i koordinovat národní kybernetické obranné systémy.⁶⁹ V roce 2008 v Estonsku vytvořené Středisko kybernetické obrany (CCDCOE) se zabývá výzkumem a přípravou na „kybernetické válčení“.⁷⁰ V rámci organizační struktury NATO působí i další útvary zabývající se kybernetickou obranou. Jsou to orgán pro řízení kybernetické obrany (Cyber Defence Management Authority – CDMA) nebo útvar nazývaný „Způsobilost reagovat na počítačové incidenty“ (The NATO Computer Incident Response Capability – NCIRC). První útvar má odpovědnost za koordinaci kybernetické obrany aliance a druhý řeší a informuje o kybernetických incidentech uživatele.⁷¹ Strategie NATO vychází z předpokladu, že jednotlivé členské země nejsou schopny samostatně reagovat na všechny kybernetické hrozby. Strategie NATO z června 2011 počítá i s intenzivní spoluprací se soukromým sektorem.⁷² Kybernetické vedení války je v Kongresu USA charakterizováno jako „válčení v kybernetickém prostoru“.⁷³ Společnou kybernetickou bezpečnostní strategií prosazuje např. na regionální úrovni Organizace amerických států.⁷⁴ Problematikou kybernetických útoků a kybernetického vedení války se zabývá např. i Mezinárodní výbor Červeného kříže v Ženevě (ICRC). Experti i zde si kladou otázky o aplikovatelnosti mezinárodního humanitárního práva na kybernetický útok a jeho vztahu k definici ozbrojeného útoku.⁷⁵ Mezinárodní výbor Červeného kříže (ICRC) zastává jasné stanovisko, že válečné právo klade svá omezení i na kybernetické útoky a oceňuje Manuál NATO z Tallinnu, který potvrzuje, že mezinárodní humanitární právo (válečné právo) se vztahuje i na kybernetické válčení. Státy by měly být extrémně obezřetné při uchýlení se ke kybernetickým útokům, které by měly směřovat proti vojenským objektům a nikoli proti civilistům a civilní infrastruktuře.⁷⁶ V blízké budoucnosti se předpokládá existence kybernetických zbraní (*cyber weapons*). Objevil se již i názor, který v kybernetickém válčení spatřuje u nejzávažnějších kybernetických útoků dokonce analogii s jadernou válkou a s účinky jaderných zbraní. Uzavření smlouvy, která by zakázala kybernetické zbraně je podle tohoto názoru nesmírně obtížné, neboť počítačové kódy představující „informační válku“ (*information warfare*) jsou často nerozlišitelné od nevinné žádosti o informaci.⁷⁷ Problematikou kybernetického válčení a mezinárodním právem se zabývají i pracovníci

⁶⁹ Strategic Concept for the Defense and Security of Members of the North Atlantic Treaty Organisation, 19 Nov. 2010, <http://www.nato.int/lisbon2010/strategicconcept/-2010-eng.pdf>, para 19.

⁷⁰ http://www.spacewar.comreport/NATOlaunches_cyber_defence_centre_in_Estonia_999.html.

⁷¹ Viz <http://www.ndc.nato.int/research/series.php?code=1>, s. 8>.

⁷² Op. cit. 65.

⁷³ Srov. „Warfare waged in cyberspace“, zahrnující „defending information and computer networks, deferring information attacks, as well as denying an adversary’s ability to do the same. It can include offensive informations mounted against an adversary, or even dominating information on the battlefield“; Hildreth, S. A., op. cit. 44.

⁷⁴ Organization of American States, A Comprehensive Inter-American Cybersecurity Strategy: A Multidimensional and Multidisciplinary Approach to Creating a Culture of Cybersecurity, viz http://www.oas.org/www/vga/english/docs/approved/documents/adoption_strategy_combathreats_cybersecurity.htm.

⁷⁵ www.irc.org/eng/war-and-law/conduct-hostilities/information-warfare/index.

⁷⁶ ICRC, GISEL, L. *Legal adviser, The law of war imposes limits on cyber attacks too*; <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/interview/2013/06-27-cyber-warfare-ihl.htm>.

⁷⁷ SCHACKELFORD, S. J. From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law. *Berkeler Journal of International Law*, 2009, Vol. 27, issue 1, s. 216–217.

UNIDIR. N. Melzer, který je bývalým právním poradcem ICRC a jedním z expertů, kteří připravovali tallinnský manuál o mezinárodním právu aplikovatelný na kybernetický konflikt, rozlišuje kybernetické operace, které se mohou rovnat a) mezinárodně protiprávní hrozbě nebo použití „síly“, b) „ozbrojenému útoku“ ospravedlňujícím uchýlení se k nezbytnému a proporcionálnímu použití síly v sebeobraně, nebo c) „hrozbě mezinárodnímu míru a bezpečnosti“ nebo „porušení míru“ opravňujícím k intervenci RB.⁷⁸ Proti názoru, že kybernetický útok může vyvolat tradiční právo sebeobranu, se vyslovila např. Čína a navrhla vypracování nových mezinárodních norem k lepšímu pochopení kybernetických hrozeb, včetně zneužití internetu k destabilizaci režimu. Rusko se vyslovovalo pro novou mezinárodní dohodu, která by v mezinárodním právu vyplnila „meze-ry“ týkající se kybernetických zbraní.⁷⁹ Problematika kybernetických útoků je v odborné literatuře zkoumána nejen z hlediska právního, nýbrž současně i z hlediska politického a strategického.

V politickém slovníku se někdy hovoří i o již existující kybernetické válce.⁸⁰ Jsou dokonce autoři a političtí činitelé, kteří zdůrazňují potřebu rozvíjet kybernetickou strategii podobným způsobem, jako USA uplatňovaly strategii studené války a hovoří proto o „kybernetické studené válce“.⁸¹ Podle jiných autorů je naopak chybou pojmát kybernetický prostor jako bojiště, neboť skutečnými světovými problémy jsou kybernetické zločiny a špionáž.⁸² Kybernetické válčení, kybernetickou válku nelze směšovat např. s kybernetickou špionáží nebo terorismem, i když některé teroristické činy mohou být zároveň kybernetickými útoky. Ve své mezinárodní strategii v kybernetickém prostoru USA počítají s použitím ozbrojené síly jako reakcí na nepřátelské činy v kybernetickém prostoru namířené proti USA a spojencům na základě „přirozeného práva na sebeobranu“.⁸³ Někteří autoři uvádějí, že pro regulaci kybernetických útoků lze využít normy mezinárodního válečného práva a počítají s použitím ozbrojené síly.⁸⁴ Podle jiných názorů nehraje při regulaci kybernetických konfliktů mezinárodní právo podstatnější

⁷⁸ MELZER, N., op. cit. 52.

⁷⁹ Viz tomu WAXMAN, op. cit., s. 115.

⁸⁰ Srov. „The United States is fighting a cyber-war today, and we are losing...“, McConnel Mike, former director of NSA, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/02/25/AR20100225024>; Mc Connel „To Win the Cyber-War, Look to the Cold War“, Washington Post, February 28, 2010, s. 31.

⁸¹ SINGER, P. – SCHACHTMAN, N. *The Wrong War: The Insistence on Applying Cold War Metaphors to Cyber-security is Misplaced and Counterproductive*. Brookings Institution 2011, http://www.brookings.edu/articles/2011/0815_cyber_security_singerschachtman.aspx, 20 June 2012.

⁸² Srov. „As already indicated...the emphasis on cyber space as battle space is in tension with the international law governing the use of force“ and „the real Word problems are crime and espionage“. O'CONNEL, M. E., op. cit. 43, s. 198, 200.

⁸³ Srov. „When warranted the United States will respond to hostile act in cyberspace... All states poses an inherent right to self-defense... We reserve the right of use all necessary means-diplomatic, informational, military and economic – as appropriate and consistant with applicable international law, in order to defend our Nation, our allies, our partners and our interests.“ *International Strategy for Cyberspace: Prosperity, Security and Openness in a Networked World*, May 2011, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rssviewer/internationalstrategy_for_cyberspace.pdf.

⁸⁴ SCHMITT, M. N., op. cit. 57, s. 885; DINSTEIN, Y., srov.: „The novelty of the weapon-any weapon-always baffles statesmen and lawyers, many of whom are perplexed by technological innovation... After a period of gestation, it usually dawns on...that there is no insuperable difficulty in applying the general principles and rules of international law to the novel weapon....“ In: *Computer Network Attacks and Self-Defence. International Law Studies*. 2002, s. 99, 114–115.

roli. Dochází také k extenzivní interpretaci mezinárodního práva ospravedlňující širší použití síly, než povoluje Charta.⁸⁵

Náčelník US Cyber Command, generál poručík Keith Alexander v roce 2010 dokonce prohlásil, že „neexistuje mezinárodní konsensus o přesné definici použití síly v nebo mimo kybernetický prostor“. Jednotlivé státy mohou, podle jeho názoru, spatřovat „rozdílňý práh toho, co představuje použití síly“. Prezident USA může proto podle jeho názoru rozhodnout, že kybernetická událost dosahuje práhu použití síly / ozbrojeného útoku, který je takového rozsahu, trvání nebo intenzity, že opravňuje USA k výkonu práva sebeobranu a/nebo zahájení nepřátelství jako přiměřené odvetu (response).⁸⁶ Oficiální pozice USA je vyjádřena ve strategii pro kybernetický prostor, která uvádí, že „v souladu s Chartou OSN státy mají přirozené právo na sebeobranu, které může být iniciováno jistými útočnými činy v kybernetickém prostoru“.⁸⁷ USA tuto svou pozici v interpretaci čl. 51 Charty prezentovaly i ve zvláštní Skupině expertů OSN, kterou zmínil ve své zprávě z 15. 7. 2011 generální tajemník OSN. Stanovisko USA uvádělo, že může být v konkrétní situaci obtížné dosáhnout definitivní právní závěr, zda škodlivá činnost v kybernetickém prostoru představuje ozbrojený útok implikující právo na sebeobranu, nicméně se v něm konstatovalo, že USA „nepovažují za nutné vytvářet nový právní rámec pro kybernetický prostor“, neboť je dostačující reflektovat tyto nové výzvy v již existujícím rámci Charty OSN. Podle stanoviska USA „za určitých okolností může ničivá činnost v kybernetickém prostoru představovat ozbrojený útok“.⁸⁸ V roce 2011 USA spolu s Austrálií oznámily rozšíření smlouvy o vzájemné obraně přímo i na kybernetický prostor.⁸⁹

K postoji vlády USA na právní regulaci činnosti v kybernetickém prostoru se autoritativně vyjádřil právní poradce Státního departmentu USA Harold Hongju Koh. V podstatě oficiální právní stanovisko vlády USA prezentoval 18. září 2012 na Inter Agency Legal Conference.⁹⁰ Koh si v první části přednášky položil celkem deset otázek, na které následně odpověděl. První část přednášky nazval „Mezinárodní právo v kybernetickém prostoru. Co víme“. Druhá část byla nazvána „Mezinárodní právo v kybernetickém prostoru: výzvy a nejistoty“. Třetí část přednášky zmiňovala „Úlohu mezinárodního práva v rozumném silovém přístupu (*smart power approach*) ke kybernetickému prostoru“ a obsahovala závěrečnou otázku, zda je mezinárodní humanitární právo jediným mezinárodním právem, které se na kybernetický prostor aplikuje. Právní názor H. Koha se

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ LIEUTENANT, General Keith Alexander, Nominee for Commander, United States Cyber Command..., <http://www.armed-service.senate.gov/statement/2010/04%20April/Alexander%2004-15-10.pdf>.

⁸⁷ Srov. „...consistent with the United Nations Charter, states have an inherent right to self-defense that may be triggered by certain aggressive acts in cyberspace“. *The White House, International Strategy for Cyberspace: Prosperity, security and Openness in a Networked World 2011*, s. 10.

⁸⁸ Srov. „...such ambiguities and room for disagreement do not in our view suggest the need for a new legal framework specific to cyberspace“ nebo „under some circumstances, a disruptive activity could constitute an armed attack“. *Report of the U.N. Secretary-General, Replies to the Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*. Doc. A/66/152, July 15, 2011, s. 18.

⁸⁹ US-Australia Ministerial Consultations, Joint Statement on Cyberspace, Sept. 15, 2011, <http://www.state.gov/z/pa/prs/ps/2011/09/172490>.

⁹⁰ KOH, H. Lays Out US Government Position on Cyberspace and International Law; KOH, H. H. International Law in Cyberspace, viz opiniojuris.org/2012/09/19/herold-koh-on-international-law-in-cyberspace; viz též State Department Legal Adviser Addresses International Law in Cyberspace, 107, *American Journal of International Law*. 2013, No. 1, s. 243–248.

nepochybně promítl i ve stanoviscích akademické obce, zejména v USA. Hlavní závěry první části jeho referátu lze shrnout takto: 1) Mezinárodní právo se vztahuje i na kybernetický prostor; 2) Kybernetický prostor není „bezprávní“ (*law free*) zónou, kde každý může vykonávat nepřátelskou činnost bez pravidel nebo omezení; 3) Kybernetické aktivity mohou, za jistých okolností představovat použití síly ve smyslu čl. 2 (4) Charty OSN a mezinárodního obyčejového práva; 4) Právo státu na sebeobranu, uznané v čl. 51 Charty OSN, může být vyvoláno aktivitami počítačové sítě, které se rovnají ozbrojenému útoku nebo jeho bezprostředně hrozící hrozbě; 5) V kontextu kybernetického konfliktu se právo ozbrojeného konfliktu aplikuje na úpravu použití kybernetických nástrojů v probíhajících nepřátelstvích, stejně jako na použití jiných nástrojů. Principy nutnosti a proporcionality omezují použití síly v sebeobraně a budou upravovat i to, co může tvořit podle okolností legální reakci; 6) Zásada rozlišování obsažená v *ius in bello* se vztahuje i na útoky počítačové sítě podniknuté v kontextu ozbrojeného útoku (podle Koha jde o kybernetické aktivity rovnající se „ozbrojenému útoku“ a „legitimní vojenské cíle“); 7) Zásada proporcionality v *ius in bello* se aplikuje i na útoky počítačové sítě (*computer network attacks*), které jsou podniknuty v souvislosti s ozbrojeným útokem; 8) Státy by měly z právního hlediska přezkoumat své zbraně, včetně těch, které mají kybernetickou způsobilost, zda jsou přirozeně nediskriminační, tj. zda jejich použití je v souladu se zásadou rozlišení a proporcionality; 9) Státy provádějící činnosti v kybernetickém prostoru musejí brát v úvahu suverenitu jiných států, i mimo souvislosti s ozbrojeným útokem; 10) Státy jsou právně odpovědné za jednání jimi zmocněných osob (*through proxy actors*), které jednájí podle instrukcí státu nebo pod jeho kontrolou.

K nedořešeným problémům podle druhé části referátu Koha patří otázka „jak může režim použití síly brát v úvahu všechny možné druhy účinků, vyvolané státy pouhým kliknutím počítače?“. Jeho odpověď připomněla, že USA potvrdily „aplikovatelnost“ pravidel *ius ad bellum* i na použití síly v kybernetickém prostoru (*use of force in cyberspace*). Koh zmínil případy, kdy fyzické účinky nepřátelských kybernetických akcí jsou srovnatelné s účinky kinetických zbraní. Uvedl např., že bomba může zničit přehradu a vytopit civilní obyvatelstvo stejně jako použití závadného počítačového kódu ze vzdáleného počítače. Kromě toho zmínil i jiné typy kybernetických aktivit, které podle něho vyvolávají otázku, co se přesně míní pojmem „síla v kybernetickém prostoru“. Obtížnost dosáhnout konsenzu o tom, „kdy a za jakých okolností nepřátelský kybernetický čin“ představuje „ozbrojený útok“, podle Koha ještě automaticky neznamená potřebu „zcela nového právního rámce specificky pro kybernetický prostor“. Podpořil tak spíše skeptický postoj USA k uzavření univerzální mezinárodní úmluvy. Druhá jeho otázka se týkala „dvojitého užívání infrastruktury“ (*dual of use infrastructure*) v kybernetickém prostoru. Zde Koh zdůraznil, že válečné právo požaduje, aby civilní infrastruktura nebyla využívána pro „imunizování“ (*to immunize*) vojenských cílů před útokem, včetně kybernetické sféry či domény. Třetí nedotčenou otázkou je podle Koha „přičitatelnost“ (*attribution*) činností v kybernetickém prostoru, což je i podle Koha více otázka technická a politická než právní. Jeho vyjádření ani nepředpokládá, že všechny odpovědi na vznikající otázky kybernetického prostoru jako nového a dynamicky se rozvíjejícího prostředí budou právní („*We cannot expect that all answers...we face will be legal ones*“). V třetí části referátu autor zdůraznil, že mezinárodní humanitární právo není jediné mezinárodní právo (*It is not only international law*), které se v kybernetickém prostoru aplikuje. Zmínil zde

normy z oblasti lidských práv, obecně otázky kybernetické bezpečnosti, kybernetických obchodů, kybernetických zločinů, „pirátství“ v oblasti průmyslového vlastnictví atp. Závěrem referátu Koh zdůraznil, že respektování norem mezinárodního práva umožňuje americké vládě jednat v kybernetickém prostoru „více a více legitimně“ způsobem, který plněji podporuje „národní zájmy USA“.⁹¹

Ne všechny kybernetické útoky představují kybernetické válčení ve smyslu práva ozbrojených konfliktů. Pouze kybernetické útoky s účinky, které jsou srovnatelné s účinky konvenčního „ozbrojeného útoku“, nebo které nastaly v souvislosti s ozbrojeným útokem, dosahují úrovně „kybernetického válčení“.⁹² Válka obvykle probíhá ve čtyřech oblastech – na zemi, na moři, ve vzduchu, v kosmickém prostoru a v poslední době se hovoří ještě o páté doméně – kybernetickém prostoru.⁹³ Podle ojedinělých názorů pouze ty kybernetické útoky, které zahrnují použití vojenských zbraní, mohou dosáhnout úrovně ozbrojeného útoku.⁹⁴ Není pochyb, že vzrůstá důraz na militarizaci otázek kybernetické bezpečnosti spolu s rozšiřující se interpretací práva použít ozbrojenou sílu podle čl. 2 odst. 4 Charty nebo práva na sebeobranu podle čl. 51 Charty, jakož i extenzivním výkladem norem mezinárodního obyčejového práva.

Mezi vojenskými a bezpečnostními experty a činiteli dochází občas ke skeptickému pohledu na úlohu mezinárodního práva při regulaci využívání kybernetického prostoru. Právník Steward Baker, který byl podtajemníkem na Ministerstvu vnitřní bezpečnosti USA pro otázky politiky a technologií za vlády prezidenta Bushe, odmítal uznat úlohu mezinárodního práva obecně a jeho význam při ochraně kybernetické bezpečnosti zvláště. V diskuzi sponzorované Americkou společností pro mezinárodní právo v roce 2012 např. uvedl: „Právníci napříč americkou vládou vznesli tak mnoho „show-stopping“ právních otázek o kybernetické válce, že ponechali naše vojáky neschopnými bojovat nebo dokonce plánovat válku v kybernetickém prostoru“.⁹⁵ Podobně se Baker vyjádřil i v roce 2011 v časopise *Foreign Policy*.⁹⁶ Pro jiné autory je naopak problémem vtěsnat problémy kybernetického útoku do norem mezinárodního práva o zákazu použití síly. Navrhují proto v případě kybernetických útoků aplikovat především zásady a normy mezinárodního práva, týkající se nevměšování, protiopatření (*countermeasures*) a ekonomických sankcí. Podle Mary E. O'Connel i v případě, že by některé kybernetické incidenty

⁹¹ Srov. „Because compliance with international law in cyberspace is part and parcel of our broader smart power approach to international law as part of U.S. foreign policy.“, *ibid.* s. 5.

⁹² Srov. „But not all cyber-attacks are cyber-warfare. Only cyber-attacks with effects equivalent to those of a conventional „armed attack“ or occurring within the context of armed conflicts, rise to the level of cyber-warfare....“, viz HATHAWAY, O., *op. cit.* 16, s. 846.

⁹³ War in the Fifth Domain, *The Economist* July 1, 2010, viz <http://www.economist.com/node/16478792>. Viz též Joint Chiefs of Staff, *The National Military Strategy of the United States of America*, 2004, <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdffiles/nms2004.pdf>.

⁹⁴ Srov. „This approach treats a cyber-attack as an armed attack only if it uses military weapons“ nebo „a cyber-attack alone will almost never constitute an armed attack for purposes of Article 51, because it lacks the physical characteristics traditionally associated with military coercion“ – in other words because it generally does not use traditional military weapons, viz k tomu HATHAWAY, O. A., *op. cit.* 16, s. 844.

⁹⁵ BAKER, S. A. – DUNLAP, C. J. *What is the Role of Lawyers in Cyberwarfare?* viz <http://www.abajournal.com/magazine/article/what/is/the/role/of/lawyers/in/cyberwarfare>.

⁹⁶ BAKER, S. Denial of Service, Against Cyberwar with Arcane Rules and Regulations. *Foreign Policy*, 30 September 2011, k tomu viz O'Connel, M. E., *op. cit.* 43, s. 189, srov. <http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/0930/denial/of/service?codecomments=yes>.

i odpovídaly svou povahou definici ozbrojeného útoku, reakce na takový útok s použitím síly by byla jen výjimečně legální a rozumná.⁹⁷ O'Connel dále uvádí, že reakce na kybernetický útok by měla klást důraz na právní normy a závazky v nevojenské sféře. Hovoří dokonce o tom, že v USA a v jiných státech, kde se uvažuje o reakcích na kybernetické problémy v konvenčních vojenských termínech, jsou proponenti tohoto myšlení sami chyceni do pasti „ideologie militarismu“.⁹⁸

Americký Kongres se od roku 2011 zabývá novou legislativou v otázkách kybernetické bezpečnosti. Diskutovalo se i o tom, kdo má mít hlavní odpovědnost, zda Ministerstvo pro vnitřní záležitosti (DHS) nebo Pentagon a Národní bezpečnostní agentura (NSA). Nakonec zřejmě zvítězila s podporou kyberneticko-bezpečnostního průmyslového komplexu tendence k „militarizaci“ kybernetické bezpečnosti a převahu získalo Ministerstvo obrany USA. Není vyloučeno, že svět stojí na prahu nové dimenze válečných konfliktů s použitím „kybernetických zbraní“, které mohou postupně i částečně nahradit „klasické“ zbraňové systémy. Do budoucna je nutno počítat s tím, že kybernetické útoky mohou rozrušit nebo i zcela zničit veškerou infrastrukturu jednotlivých států, bez použití doposud známých zbraní. V žádném případě však nelze zapomínat, že internet je mezinárodním statkem, který si zaslouží mezinárodněprávní ochranu.⁹⁹

4. POZNÁMKA K OTÁZKÁM ODPOVĚDNOSTI

S kybernetickými útoky úzce souvisí i otázka mezinárodněprávní odpovědnosti států za tyto činy. V klasickém mezinárodním právu stát neodpovídal za činy svých občanů jako soukromých osob. V soudobém mezinárodním právu jsou otázky přímé odpovědnosti států řešeny zejména v Návrhu článků o odpovědnosti států, který v podstatné míře reflektuje mezinárodní obyčejové právo. Stát, který se stal obětí takového útoku, má právo uchýlit se k „aktivní obraně“ (*active defences*) a použít i elektronická protipopatření (*countermeasures*) s cílem vyřadit útočící počítačový systém z provozu a tím kybernetický útok zastavit. Kybernetická sebeobrana by měla směřovat pouze proti státu, který přímo kybernetický útok vyvolal, nebo jehož zástupci (agenti) takový útok způsobili. Vzhledem k anonymitě počítačové technologie i možnému zneužití počítačových systémů (*zombies*) v třetích zemích není snadné původce útoků určit. V soudobém mezinárodním právu může být odpovědnost státu též založena na „přičitatelnosti“ (*imputed responsibility*) činů nestátních aktérů, spáchaných na území konkrétního státu. Tento druh odpovědnosti je přímo revoluční a v mezinárodním právu nový. Impuls byl dán teroristickými útoky z 11. září 2001. V rezoluci RB OSN č. 1368 z 12. 9. 2001 bylo uvedeno, že šlo o „hrozbu proti míru a bezpečnosti“, která „legitimizovala“ vojenskou akci

⁹⁷ Srov. „Even if some cyber incidents could fit a solid definition of what constitutes an armed attack, responding to such an attack will rarely be lawful or prudent in the response is a use of force.“ O'CONNEL, M. E., op. cit., s. 43, s. 191.

⁹⁸ Srov. „In the USA and other States where the thinking is in the conventional military terms respecting responses to cyber problems, the advocates of such thinking appear to be trapped by an ideology of militarism.“ Ibid., s. 190–1.

⁹⁹ Viz KETTEMAN, M. C. Das Internet als internationales Schutzgut: Entwicklungsperspektiven des Internet-völkerrechts anlässlich des Arabischen Frühling. *Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2012, Nr. 2, s. 469–482.

USA v Afghánistánu proti Tálibánu a al-Kajdě jako akt sebeobranu. MSD ještě v kauze Nikaragua v USA odmítl uznat odpovědnost USA za činy „kontras“, i když USA v Nikaragui organizovaly, trénovaly, financovaly a zbraněmi vybavily rebely bojující proti vládě v Nikaragui. MSD vycházel z názoru, že stát (USA) nemůže být odpovědný za činy nestátních aktérů, pokud nemá účinnou kontrolu vojenských nebo paravojenských operací rebelů, během nichž došlo k tvrzeným porušením práva.¹⁰⁰ K určitému posunu došlo v rozhodnutí Mezinárodního trestního tribunálu pro bývalou Jugoslávii v r. 1999, který v kauze Tadic vyslovil názor, že stát může být odpovědný za akce ozbrojených skupin, jestliže tento stát koordinoval nebo pomáhal při plánování činnosti těchto skupin.¹⁰¹ ICTY tedy již nevyžadoval, aby stát měl efektivní kontrolu nad nestátními aktéry a spokojil se s všeobecnou (*overall*) kontrolou pro přičitatelnost spáchaných činů. Návrh článků o odpovědnosti státu za protiprávní chování řeší otázky přičitatelnosti chování státu v kapitole II. Na náš problém se vztahuje zřejmě čl. 9: „Chování osob nebo skupiny osob bude považováno za čin státu podle mezinárodního práva, pokud osoba nebo skupina osob ve skutečnosti provádějí prvky vládní moci v nepřítomnosti nebo v důsledku opomenutí oficiálních orgánů a za takových okolností, které vyzývají k výkonu těchto prvků moci.“¹⁰² Lze tedy vyvodit, že stát má povinnost zabránit kybernetickým útokům pocházejícím z jeho území a nese právní odpovědnost za posouzení takové odpovědnosti. Nepochybně u „přičitatelnosti“ odpovědnosti konkrétnímu státu může dojít i k omylu nebo i zneužití. V rámci objektivní rozhodování je proto pro „odpovědný stát“ nutné uskutečnit smysluplné a podrobné vyšetřování kybernetického útoku; stíhat ty, kteří se na těchto útocích podíleli; spolupracovat se státem – obětí kybernetického útoku na vyšetřování a stíhání odpovědných osob.¹⁰³ Odpovědnost státu může vzniknout v důsledku jeho chování nebo opomenutí. Některé kybernetické útoky mohou přerůst „práh“, který z útoku kybernetického činí „ozbrojený kybernetický útok“ ohrožující nebo porušující mezinárodní mír a bezpečnost. Jiné kybernetické útoky mohou představovat běžnou počítačovou kriminalitu.¹⁰⁴ Právo ozbrojených konfliktů (*ius in bello*) předpokládá zřejmě, i pro kybernetické útoky, respektování principů vojenské nutnosti a proporcionality, rozlišování komatantů a nekomatantů, ochranu civilistů a civilních objektů. Zakázáno je používání zbraní, které působí zbytečné utrpení nebo i smrt. Stát reagující na kybernetický útok legálním a legitimním výkonem práva sebeobranu může reagovat i použitím kinetických zbraní, které ovšem nemusí být vždy efektivní. Podle převažujícího názoru v literatuře určité kybernetické útoky lze považovat za „ozbrojený útok“.¹⁰⁵

¹⁰⁰ ICJ Reports 1986, Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, bod 292, s. 136, srov. „Decides that the United States of America, by training, arming, equipping, financing and supplying the contra forces or otherwise encouraging, supporting and aiding military and paramilitary activities in and against Nicaragua, has acted, against the Republic of Nicaragua, in breach of its obligation under customary international law not to intervene in the affairs of another State“

¹⁰¹ Prosecutor v Tadic, Case No. IT-94-1-A, ICTY, July 15, 1999, s. 49.

¹⁰² MRÁZEK, J. *Dokumenty ke studiu mezinárodního práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 118, ILC, Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, 2001, <http://www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DARS.pdf>.

¹⁰³ Viz např. GRAHAM, D. E. Cyber Threats and the Law of War. *Journal of National Security Law and Policy*. 2010, s. 100.

¹⁰⁴ K běžné kriminalitě viz např. BUCKLAND, J. (ed.). *Combating Computer Crime, Prevention*. Detec-McGraw-Hill, 1992.

Problémy odpovědnosti související s činností v kybernetickém prostoru jsou mnohem širší a zaslouží si samostatnou studii, na kterou zde není dostatečný prostor. Nejedná se ovšem pouze o otázky mezinárodněprávní.

5. STRUČNÝ ZÁVĚR

Kybernetický prostor nemůže být předmětem přivlastnění žádného státu. Autor se domnívá, že přínosem by byla univerzální úmluva, která by řešila otázky využívání kybernetického prostoru a kybernetické bezpečnosti. Bohužel jsme svědky, že používané termíny nejsou jednotné a je jim často přiřazován i rozdílný obsah. Pojmy „kybernetický útok“, „kybernetická operace“, „kybernetický incident“ nebo „kybernetický zločin“ jsou často používány promiscue bez přílišného ohledu na to, co vlastně znamenají. Sjednocení základních pojmů by přispělo nepochybně k posílení mezinárodní spolupráce v této oblasti. Autor chtěl původně zkoumat především pojetí určitých „kybernetických útoků“ ve smyslu použití síly (útoku) podle čl. 2 odst. 4 Charty a „ozbrojeného útoku“ ve smyslu čl. 51 Charty OSN. Vzhledem k tomu, že doposud nebyla v naší literatuře věnována náležitá pozornost „kybernetickým operacím“ a „kybernetickému prostoru“ z pohledu mezinárodního práva, bylo snad vhodné se pro lepší orientaci alespoň zmínit i o těchto souvisejících otázkách. Nebylo možné se proto vyhnout i určité popisnosti některých problémů. Pokud jde o pojetí určitých kybernetických útoků ve smyslu práva ozbrojených útoků, může být jen jejich malá část regulována právem ozbrojených konfliktů, a to na základě analogie a aplikace obecných principů práva ozbrojených konfliktů. Technologický vývoj kybernetiky předstihl úpravu v mezinárodním právu a některé státy si zatím takovou obecnou úpravu z různých důvodů ani nepřejí. Nejširším používaným všezahrnujícím pojmem jsou zřejmě „kybernetické operace“, následovány „kybernetickými útoky“ a „kybernetickými incidenty“. Měly by být rozlišovány např. „kybernetické útoky“ a „kybernetické zločiny“. Mnohdy se uvedené pojmy také překrývají. V oblasti práva ozbrojených konfliktů bude někdy obtížné odlišit „kybernetické vedení ozbrojeného konfliktu“ a „kybernetický ozbrojený konflikt“ (válku), neboť v současnosti si nelze žádný ozbrojený konflikt bez využití kybernetických prostředků ani představit. V podstatě každý ozbrojený konflikt (válka) je dnes svým způsobem elektronický.

Nejširším používaným pojmem je zřejmě pojem kybernetického zločinu, který se vztahuje především na nestátní aktéry. Je otázka, zda se počítačového zločinu může dopustit i státní orgán, který překročil své úřední povinnosti a nejednal již jako státní orgán. Stejně tak lze klást otázku, zda akce státního orgánu s politickým nebo bezpečnostním podtextem budou vždy „kybernetickým útokem“. Nebo zda všechny kybernetické zločiny spáchané nestátním aktérem z politických nebo bezpečnostních důvodů budou rovněž „kybernetickým útokem“.¹⁰⁶ Podle našeho názoru nikoli, neboť nemůže záležet

¹⁰⁵ It is possible to conclude that certain cyber attacks can be deemed armed attacks“. GRAHAM, D. E., op. cit. 103, s. 101.

¹⁰⁶ Toto stanovisko zastává např. O. A. HATHAWAY, op. cit. 16, s. 864. Srov.: „A political or national security purpose distinguishes cyber-attack from simple cyber-crime. Any aggressive action taken by a state actor in the cyber-domain necessarily implicates national security and is therefore a cyber-attack (where the action satisfies all the other elements of the definition), whether or not it rises to the level of cyber-warfare. Cyber-crime committed by a non-state actor for a political or national security purpose is a cyber-attack.“

jen na politickém nebo jiném účelu. Jak bylo v článku ukázáno, existují široká i úzká vymezení „kybernetického útoku“ a rozlišení státních a nestátních aktérů, hraje důležitou roli v otázkách právní odpovědnosti za spáchané činy. U nestátních aktérů je pak důležitá otázka „přičitatelnosti“ jejich činů a odpovědnosti za ně odpovědnému státu.

Kybernetickými zločiny lze rozumět spáchání nezákonných činů prostřednictvím počítačů, počítačových sítí a hardwaru a předpokládá se, že pachatelé běžných kybernetických zločinů jsou fyzické osoby nikoli státy. I státní orgán se však může dopustit zločinu podle mezinárodního práva a nést trestní odpovědnost.

Velká většina kybernetických zločinů nebude „kybernetickým útokem“ v úzkém slova smyslu, jak jsme ho v článku popsali. Stejně tak některé „kybernetické útoky“ nebudou představovat „zločiny“ a nepůjde ani o „kybernetické vedení války“. Kybernetické vedení války bude zahrnovat i „kybernetické útoky“. Kybernetické vedení války může ovšem vést ke „kybernetickým zločinům“ a to i zločinům mezinárodním, respektive podle mezinárodního práva.

Autor se také domnívá, a rostoucí konsensus to potvrzuje, že určité kybernetické útoky mohou představovat „ozbrojený útok“ nebo alespoň prosté použití ozbrojené síly.

Kybernetickou bezpečností se začala zabývat i naše Sněmovna a výsledkem by měl být příslušný zákon, který by měl stanovit pravidla spolupráce mezi soukromým sektorem a veřejnou správou při předcházení útokům na informační technologie. Předpokládá se, že bude přijata i směrnice k zajištění bezpečnosti sítí a informací v EU. V ČR má hlavní gesci při zpracování zákona a také odpovědnost za vyhlášení (rozhoduje ředitel) stavu kybernetického nebezpečí v případě ohrožení bezpečnosti informací velkého rozsahu v informačních systémech nebo sítích elektronických komunikací Národní bezpečnostní úřad (NBÚ). Ředitel NBÚ může v určitých případech požádat vládu o vyhlášení „nouzového stavu“. V roce 2011 vláda zřídila Národní centrum kybernetické bezpečnosti v rámci NBÚ. Součástí centra by mělo být do roku 2015 vládní koordinační místo pro okamžitou reakci na „počítačové incidenty“ (CERT).

Stať vznikla s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

JUDr. Josef Mrázek, DrSc.

Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i.

Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni

David Kopal

ÚSTAVNÍ SOUD ČR A KONTRAPUNKTNÍ PRINCIPY: JAKÉ JE NALADĚNÍ ÚSTAVNÍHO OCHRÁNCE VŮČI EVROPSKÉMU PRÁVU?

Abstrakt: Tento příspěvek se zaměřuje na vztah evropského a českého práva s ohledem na teorie ústavního pluralismu na základě judikatury Ústavního soudu České republiky. Jeho cílem je zjistit, do jaké míry je postup Ústavního soudu v souladu s teorií ústavního pluralismu Miguela Póiares Madura, respektive zjištění, zda je podle Ústavního soudu jeden právní řád nadřazen jinému, nebo ne. První část práce pojednává o možných přístupech ke vztahu vnitrostátního a evropského práva obecně. Poté následuje podrobnější popis Madurovy teorie. Ten se zaměřuje především na její východiska a rozbor základních pojmů, které tvoří podstatu této teorie. V dalších částech dochází k analýze vybraných rozhodnutí Ústavního soudu České republiky týkajících se evropského práva na podkladě uvedené teorie, zejména na základě jejich tří principů: pluralismu, koherence a univerzality. Příspěvek se zaměřuje na otázky, které tvoří základ vztahu mezi evropským a českým právním řádem. Mezi tyto patří například otázky suverenity a přenosu pravomocí. Důležitou oblastí je také vztah Ústavního soudu ČR k Soudnímu dvoru Evropské unie a k jeho evropským protějškům.

Klíčová slova: vztah evropského a českého práva, ústavní pluralismus, ústavní právo, Ústavní soud České republiky, přednost práva EU

ÚVOD

Od počátku evropské integrace zde bylo mnoho teorií, které se snažily popsat vztah mezi evropským právem a právními řády členských států. V poslední době mezi nimi vyčnívají tzv. teorie ústavního pluralismu, jejichž počátek je možno datovat do období vnesení rozsudku ve věci *Maastrichtské smlouvy*¹ (dále jen *Maastricht*) německým Spolkovým ústavním soudem (BVerfG) a následných reakcí na něj.² Od té doby se objevily teorie, které se sice od sebe mnohdy podstatně liší, ale bývají označovány shodně jako pluralistické.³ Tento rozmach teorií a literatury, která se jimi zabývá, nasvědčuje tomu, že ústavní pluralismus je v současné evropské ústavní debatě stále velmi aktuální téma. V České republice však tomuto tématu není zdaleka věnována taková pozornost a tomu také odpovídá malé množství literatury, která se mu věnuje.⁴ Tento příspěvek se tedy pokusí přispět do zatím nepříliš rozvinuté tuzemské diskuze.⁵

¹ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 12. října 1993, BVerfGE 89, 155 Maastricht-Urteil.

² MACCORMICK, Neil. The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now. *European Law Journal*. 1995, Vol. 1, no. 3, s. 259–266.

³ AVBELJ, Matej – KOMÁREK, Jan. Introduction. In: Matej Avbelj – Jan Komárek (ed.). *Constitutional Pluralism in the EU and Beyond*. Oxford: Hart Publishing, 2012, s. 4; AVBELJ, Matej. Questioning EU Constitutionalism. *German Law Journal*. 2008, Vol. 9, No. 1, s. 1–26.

⁴ Např. ONDŘEJKOVÁ, Jana. *Princip přednosti evropského práva v teorii a soudní praxi*. Praha: Leges, 2012, 192 s.; TICHÝ, Luboš – DUMBROVSKÝ, Tomáš. Ústavní soud ČR mezi dvěma právními řády: od interpozice k nové evropské doktríně. *Právní rozhledy*. 2013, č. 6, s. 191.

⁵ J. Komárek ve svém článku obdobně aplikoval principy Madurova ústavního pluralismu na rozhodnutí o Evropském zatýkacím rozkazu několika evropských ústavních soudů včetně ÚS ČR. KOMÁREK, Jan. *European*

Ústředním tématem článku je analýza klíčových rozhodnutí Ústavního soudu ČR (ÚS) ve vztahu k právu EU na podkladě právě jedné takové teorie. Jedná se o teorii respektovaného odborníka na právo EU a bývalého Generálního advokáta u Soudního dvora Evropské unie (SDEU) Miguela Poiares Madura.⁶

Cílem článku je zjistit, do jaké míry je přístup Ústavního soudu k evropskému právu slučitelný s výše zmíněnou teorií.

Zde je nutno pro upřesnění dodat, že mezi odbornou veřejností nepanuje shoda o pojmu ústavního pluralismu.⁷ Tento pojem je proto používán v této práci pouze jako zjednodušující koncept. Při bližším zkoumání totiž teorie probíraného autora vykazují i monistické znaky.⁸ Další důležitou poznámkou je fakt, že teorie ústavního pluralismu bývají také někdy kritizovány jako nepřesvědčivé.⁹

1. JAK NALADIT KONTRAPUNKT?

Od vzniku EU a zejména od formulování základních doktrín práva EU Soudním dvorem se začínaly formovat různé přístupy, které by definovaly vztah mezi právem EU a právem členských států. Nejprve se zaměříme na dva tradiční přístupy.¹⁰ Lze říci, že první z nich je založen na vnímání práva optikou SDEU a druhý se na vztah mezi právními řády dívá pohledem národních ústav.

Prvním tradičním přístupem je pohled SDEU, který předpokládá, že v hierarchickém vztahu mezi právními řády členských států a právním řádem EU má evropské právo vyšší postavení,¹¹ tedy má přednost i před ústavním právem států.¹² Vnitrostátní právo všech členských států tak musí být v souladu s právem EU. Jakékoli národní odchylky od tohoto standardu jsou považovány za anomálie a nemohou být tedy považovány za projevy toho, že legitimita práva EU je závislá na národním právu.¹³

Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of „Contrapunctual principles“. *Common Market Law Review*. 2007, Vol. 44, s. 9–40.

⁶ Maduro rozvíjel svoji teorii postupně v několika článcích: MADURO, Miguel P. Europe and the Constitution: What if This is as Good as it Gets? In: Joseph H. H. Weiler – Marlene Wind (ed.). *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 74–102; MADURO, Miguel P. Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. In: Neil Walker (ed.). *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart Publishing, 2003, s. 501–537; MADURO, Miguel P. Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism. *European Journal of Legal Studies*. 2007, Vol. 1, No. 2; MADURO, Miguel P. Three Claims of Constitutional Pluralism. In: Matej Avbelj – Jan Komárek (ed.). *Constitutional Pluralism in the EU and Beyond*. Oxford: Hart Publishing, 2012, s. 67–84.

⁷ Přehled těch nejvýznamnějších koncepcí např. v AVBELJ, Matej. Questioning EU Constitutionalism. *German Law Journal*. 2008, Vol. 9, No. 1, s. 11–22.

⁸ *Ibid.*, s. 24.

⁹ Např. BAQUERO-CRUZ, Julio. The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement. *European Law Journal*. 2008, Vol. 14, No. 4, s. 389–422; SOMEK, Alexander. Monism: A Tale of the Undead. In: Matej Avbelj – Jan Komárek (ed.). *Constitutional Pluralism in the EU and Beyond*. Oxford: Hart Publishing, 2012, s. 343–379.

¹⁰ Více k těmto přístupům např. i v KUMM, Mattias. The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty. *European Law Journal*. 2005, Vol. 11, No. 3, s. 262–307.

¹¹ Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. června 1964, 6/64 Flaminio Costa vs. ENEL [1964] ECR 585, 593.

¹² Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. prosince 1970, 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECR 1125.

¹³ MADURO, M. P. Contrapunctual Law..., s. 503.

Jak přímý účinek, tak i přednost práva EU jsou vybudovány na přímém vztahu práva EU s příslušníky členských států.¹⁴ Rozhodnutí *Van Gend en Loos* je tedy deklarací nezávislosti práva EU. Smlouva je zde považována za něco víc než jen dohodu mezi státy. Je to dohoda mezi příslušníky členských států. Legitimitu práva EU nedovozuje tedy SDEU ze vztahu práva EU se státy, nýbrž z přímého vztahu mezi právem EU a příslušníky členských států. Z této legitimacy vyplývá i normativní pravomoc EU, která je zcela nezávislá na členských státech. Pravomoci EU mají tedy svůj původ v autonomní povaze právního řádu EU, který je vybaven suverénními právy.¹⁵

Takovéto nárokování si suverenity není ale slučitelné s tradičním vnímáním státu a jeho suverenity, která může být sice limitována v rozsahu, ale nemůže být zpochybňováno její nejvyšší postavení ve státě. Podle Madura je však realita taková, že právní řád EU si pro sebe nárokoval nezávislou politickou a právní moc a tento nárok byl uznán do té míry, že už nemůže být považován za pouhou delegaci pravomocí členskými státy. EU tak konkuruje státům do té míry, že se již nedá kategorizovat do pojmů např. sdílené suverenity, neboť si obě suverenity navzájem konkurují.¹⁶

Druhým přístupem je pohled národních ústav, podle kterého má nejvyšší postavení v daném právním řádu ústava toho kterého státu. Princip přednosti práva EU před právem vnitrostátním je určován samotnou ústavou, popř. je jí pouze uznán, ale v takovém případě musí být stejně splněny podmínky kladené ústavou. A o tom, zda jsou tyto podmínky splněny, rozhoduje ústavní soud. Podle tohoto přístupu to jsou právě ústavní soudy, které jsou posledními instancemi, které rozhodují kompetenční konflikty mezi právním řádem EU a právními řády členských států.¹⁷

Ústavy tedy na jednu stranu umožňují přednost práva EU, ale na druhou stranu tento účinek podmiňují a nechávají si pro sebe poslední slovo v případě střetu. Důležitými mechanismy členských států, kterými usměrňují „přehnané“ nároky práva EU, jsou ratifikace smluv a přezkoumávání ústavní konformity práva EU.¹⁸

Maduro chápe právní řád EU a národní právní řády jako nezávislé, ale zároveň jako části evropského právního systému.¹⁹ SDEU, jak bylo výše zmíněno, od počátku prosazoval direktivní koncepci práva EU ve vztahu k právním řádům členských států, což také vedlo ke zmíněné hierarchizaci a upřednostňování práva EU.

Nicméně proces vytváření evropského právního systému ve skutečnosti nemohl být úspěšný bez spolupráce SDEU s různými národními aktéry, zejména soudy a jednotlivci. Díky této spolupráci se právo EU nejen rozvíjelo, ale také zajišťovalo svoji legitimitu. Přímý účinek a možnost podat předběžnou otázku byly důležitými nástroji, kterými SDEU umožňoval účast zmíněných aktérů na tvorbě evropského právního systému. Výsledkem položení předběžné otázky byla totiž v konečném důsledku aplikace rozhodnutí SDEU se stejnou závazností, jakou měla rozhodnutí národních soudů v daném státě.

¹⁴ Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. února 1963, 26/62 NV *Algemene Transporten Expeditie Orde-neming Van Gend en Loos vs. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963].

¹⁵ MADURO, M. P. *Contrapunctual Law...*, s. 504.

¹⁶ *Ibid.*, s. 504–505.

¹⁷ *Ibid.*, s. 505.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ MADURO, M. P. *Three Claims of Constitutional...*, s. 70.

Tyto procesy napomáhaly spolupráci a komunikaci SDEU s národními soudy a umožnily vzniku autonomie a autority práva EU.

Legitimita práva EU tak musí být nalézána zezdola nahoru. Je zde tedy vzájemný vztah mezi národními soudy, které mají odpovědnost za aplikaci a implementaci práva EU, a právem EU, které je závislé na národních aktérech, tedy soudech a jednotlivcích. Vztah mezi národními soudy a jednotlivci na straně jedné a mezi SDEU na straně druhé je tedy spíše dialog než nějaký diktát.²⁰

Proces evropské integrace zpochybňuje hierarchické chápání ústavního práva jako definitivního zdroje legitimacy právního řádu. Národní i evropské právo předpokládá, ze svého vnitřního pohledu, nadřazenost svých vlastních norem. Z pohledu každého jednotlivého právního řádu je odpověď na otázku nadřazenosti práva odlišná. V této situaci tedy nemůžeme říci, které právo má přednost, neboť jakákoli odpověď by reflektovala jen subjektivní pohled toho kterého právního řádu. Je proto nutné podívat se na rozebíranou situaci zvnějšku. Z tohoto pohledu je nutná koncepce, která není již závislá na hierarchické konstrukci vztahu obou právních řádů.²¹ Takovou koncepcí jsou právě kontrapunktní principy, které reflektují (heterarchický) pluralismus mezi EU a členskými státy.

Heterarchický přístup byl však nejednou u teorií ústavního pluralismu obecně kritizován, neboť podle některých kritiků právní řád bez určitého stupně hierarchie zkolabuje. Konkrétně Julio Baquero Cruz kritizuje Madura za to, že jeho kontrapunktní principy nemůžou ve skutečnosti bez hierarchie fungovat.²² Faktem však je, že Maduro a jiní teoretici se z velké části snaží najít způsob, jak vytvořit řád pro realitu, která taková koherentní pravidla hierarchie nemá. Maduro tak pouze akceptuje realitu fungování vztahů právních řádů EU a členských států a snaží se právě předejít tomu, aby při absenci jasné hierarchie nezkolabovaly. Z předešlých odstavců víme, že když se SDEU rozhodl jít cestou hierarchizace, tak výsledkem nebyla hierarchizace, ale právě neuchopitelná situace, jakou vidíme v současné EU dnes. Zmíněná kritika pokračuje tím, že „pluralisté“ nepředstavují ve skutečnosti jiný pohled na vztah právních řádů, ale že svým přístupem přímo upřednostňují pozici národních ústav.²³ Tato kritika ale opět vychází z nepochopení situace. Zde se jedná o „klasický“ názor, který nereflakuje vývoj v EU a ve světě. Nelze tvrdit, že neexistuje žádná třetí cesta vedle přístupu SDEU a přístupu národních ústav. V dnešní postmoderní době se role národních států zmenšuje a na druhé straně roste vliv různých mezinárodních entit typu EU nebo WTO. Státy nicméně stále zůstávají důležitými hráči, ačkoliv se jejich schopnost ovlivňovat dění díky globalizaci snižuje. Konstitucionalistika musí reflektovat tento vývoj. Nelze jej jednoduše ignorovat a tvrdohlavě argumentovat koncepty minulého století.

Zmíněné kontrapunktní principy právě umožňují fungování různých právních řádů bez nutné hierarchizace a ukazují tak třetí cestu, jak je možno chápat vztah národních právních řádů a právního řádu EU. Tyto principy zavazují všechny evropské i národní

²⁰ MADURO, M. P. *Contrapunctual Law...*, s. 512, 513.

²¹ MADURO, M. P. *Europe and the Constitution...*, s. 95.

²² BAQUERO CRUZ, Julio. *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*. *European Law Journal*. 2008, Vol. 14, No. 4, s. 414.

²³ *Ibid.*

aktéry a na jejich základě musí být evropský právní systém konstruován. Zároveň tvoří také základ společného diskurzu, který respektuje jednotlivé evropské a národní mocenské nároky a současně zaručuje celistvost evropského právního systému. Právě vzájemné přizpůsobení se mocenským nárokům ostatních zamezuje vzniku konfliktů mezi těmito nároky. Tyto principy, které musí být akceptovány všemi aktéry na evropské i národní úrovni, umožní, aby aplikace evropského práva evropskými i národními soudy byla kompatibilní přesto, že soudy používají rozdílnou argumentaci.²⁴

Prvním kontrapunktním principem je *pluralismus*. Podle něj musí každý právní řád respektovat identitu ostatních právních řádů. *Pluralismus* vyžaduje, aby každý právní řád uznal a přizpůsobil se pluralitě stejně legitimních mocenských nároků, což má výrazný vliv na to, jak se národní právo přizpůsobí a inkorporuje právo EU. Na druhou stranu se po právu EU vyžaduje respekt k požadavkům národních ústav, např. k ratifikaci evropských smluv nebo možnosti vystoupit z EU. Jinými slovy *pluralismus* znamená, že žádný právní řád není nadřazen jinému právnímu řádu. *Pluralismus* také vyžaduje existenci takového diskurzu, který umožní co nejširší účast různých aktérů, zejména tedy jednotlivců a soudů.²⁵

Druhým principem je *konzistence a vertikální a horizontální koherence* (dále jen *koherence*). Důsledkem růstu sporů, na něž se aplikuje právo EU, roste množství interpretací a aplikací práva EU, které musí národní soudy provádět. Vzrůstající role národních soudů znamená, že *koherence* evropského právního systému a jeho uniformní aplikace musí být prosazována nejen vertikálně SDEU, ale také horizontálně mezi národními soudy navzájem. To nutně vyžaduje po národních soudech, aby přizpůsobily svojí interpretaci práva EU interpretaci jiných národních soudů a SDEU.²⁶

Třetím principem je *univerzalita*, podle které mají národní soudy používat ve svých rozhodnutích univerzální pojmy, tj. tato rozhodnutí musí být odůvodněna takovým způsobem, aby argumenty v nich použité mohly být převzaty i dalšími evropskými soudy a mohly být jimi tak použity v podobných situacích.²⁷

Velkým důrazem na principy *koherence* a *univerzality* a ne tak radikálním důrazem na samotný princip *pluralismu* se Madurův pluralismus odlišuje od jeho radikálnějších variant.²⁸ To není na škodu, neboť takový přístup více odpovídá realitě právě tím, že se nesnaží o příliš radikální pluralismus, který by jinak vedl k tomu, že by již nebylo možné udržet všechny právní řády členských států při sobě v rámci právního systému EU. Výsledkem, v této kapitole zmíněných kritik, je pak paradoxní situace, kdy, jak bylo výše zmíněno, je na jednu stranu Madurův ústavní pluralismus kritizován za to, že je moc pluralistický, a na druhé straně je zase kritizován, že je pluralistický příliš málo. Podobný mírný přístup k ústavnímu pluralismu zastává například i Mattias Kumm.²⁹

²⁴ MADURO, M. P. *Contrapunctual Law...*, s. 524–525.

²⁵ *Ibid.*, s. 526, 527.

²⁶ *Ibid.*, s. 527–529.

²⁷ *Ibid.*, s. 529, 530.

²⁸ Např. WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*. 2002, Vol. 65, No. 3, s. 317–359.

²⁹ KUMM, M. *The Jurisprudence of Constitutional Conflict...*, s. 262–307.

2. JE ÚSTAVNÍ SOUD SPRÁVNĚ NALADĚN?

Před přikročením k samotné analýze judikatury ÚS³⁰ je potřeba zdůraznit, že zmíněné principy nelze chápat odděleně. Ačkoli je tedy práce pro přehlednost rozdělena do kapitol právě podle principů, jednotlivé kapitoly se navzájem prolínají, a proto je nutné celou práci vnímat jako celek. Z tohoto důvodu nebudeme na konci každé kapitoly, resp. podkapitoly uvádět, zda byl určitý princip naplněn, či ne. Toto konstatování bude obsaženo až v závěrečné kapitole.

2.1 Pluralismus

2.1.1 Přenos pravomocí

S principem přednosti souvisí otázka přenosu pravomocí, ke které se ÚS vyjádřil v *Cukerných kvótách*,³¹ neboť právě přenos pravomocí ovlivňuje to, zda se přednost práva EU uplatní. Přistoupením ČR do EU došlo k omezení pravomocí ČR na základě čl. 10a Ústavy a tyto pravomoci byly propůjčeny orgánům EU, které je budou nadále vykonávat. Toto propůjčení je však podmíněné, neboť nositelem suverenity podle čl. 1 odst. 1 Ústavy je stále ČR. ÚS tuto podmíněnost chápe ve formální a materiální rovině. Z formálního hlediska propůjčení trvá, dokud EU vykonává delegované pravomoci v souladu s uchováním základů státní suverenity ČR (čl. 1 odst. 1 Ústavy). Z materiálního hlediska výkon delegovaných pravomocí nesmí být v rozporu s nezměnitelnými podstatnými náležitostmi demokratického právního státu (čl. 9 odst. 2 Ústavy). Pokud by však vývoj v EU ohrožoval formální nebo materiální rovinu podmíněnosti přenosu pravomocí, pak by se těchto pravomocí opět ujaly české orgány.³²

ÚS také odmítl pravomoc k přezkoumávání platnosti norem práva EU s tvrzením, že tato pravomoc patří výlučně SDEU.³³ Tím ÚS tedy akceptuje, že právo EU a vnitrostátní právo „jsou na sobě relativně nezávislé a nijak vzájemně nezasahují do otázek platnosti norem druhého“.³⁴ Toto konstatování ÚS je důležité pro fungování pluralitních vztahů mezi EU a členskými státy, neboť východiskem *pluralismu* je právě autonomie každého právního řádu. Jen nejvýše postavený soud daného právního řádu může řešit otázky platnosti práva svého právního řádu. V případě EU je to SDEU a na úrovni členských států, to jsou zpravidla ústavní soudy.

Nicméně do tohoto chápání zasahují mechanismy vytvořené soudy členských států, jejichž účelem je ochrana před porušováním kompetencí, popř. před porušováním ústavních základů ze strany EU. Samotná aplikace těchto mechanismů však přichází v úvahu jen ve výjimečných případech. K takovému chápání dochází i sám ÚS, když sice akceptuje aplikační přednost práva EU, ale distancuje se od monistického přístupu SDEU,

³⁰ Z důvodu omezeného místa jsme vybrali rozhodnutí, která nepochybně tvoří základ evropské judikatury ÚS ČR. Těmito rozhodnutími jsou Cukerné kvóty III, Evropský zatýkací rozkaz, Lisabonský nález I, Lisabonský nález II, Slovenské důchody XVII.

³¹ Nález Ústavního soudu ze dne 8. března 2006, sp. zn. Pl. ÚS 50/04 Cukerné kvóty III (dále jen nález Cukerné kvóty).

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ KOMÁREK, Jan. Vztah práva Evropské unie a právního řádu ČR očima tří rozhodnutí Ústavního soudu. *Soudní rozhledy*. 2008, č. 10, kap. II.

podle něhož má právo EU přednost i před právem ústavním. Tím se ÚS zařadil po bok svých evropských protějšků, na něž také odkazuje, a kteří v mnoha případech doktrínu absolutní přednosti nepřijali a ponechali si v tomto směru určitou volnost především při interpretaci principů demokratického právního státu a základních práv a svobod.

Navíc lze zmínit, že i kdyby přijal koncepci absolutní přednosti, tak by to z hlediska *pluralismu* nebyl problém, jak by se na první pohled mohlo zdát. Tato skutečnost by totiž mohla implikovat to, že by takovým tvrzením došlo automaticky k nadřazení práva EU vlastní ústavě. Podle Madura však takový přístup nemůže znamenat zpochybnění nejvyššího postavení ústavy v členském státě, neboť dokud bude přednost práva EU závislá na podmínkách a procesech obsažených v ústavě, pak může ústava svůj přístup k právu EU kdykoli změnit.³⁵

Z formulace přenosu pravomocí je možno vysledovat inspiraci judikaturou BVerfG a zejména jeho *Solange*³⁶ doktrínou. ÚS zde tedy vytvořil svůj *Solange* přístup,³⁷ když nepřímou uvedl, že dokud vývoj v EU nebude ohrožovat formální a materiální roviny Ústavy ČR, pak nebude ÚS přezkoumávat ústavnost individuálních norem práva EU.³⁸

Podle ÚS bezprostřední použitelnost a přednostní aplikace práva EU vyplývá z dogmatiky práva EU formulované judikaturou SDEU. Přenesením některých pravomocí na EU tedy došlo k zániku volnosti ČR určovat vnitrostátní účinky práva EU v přenesených oblastech. Přednost práva EU a další jeho účinky plynou v těchto oblastech přímo z práva EU. To znamená, že právo EU na jednu stranu působí v českém právním řádu prostřednictvím čl. 10a Ústavy, ale na druhou stranu jeho účinky plynou přímo z autonomie práva EU nezávisle na vnitrostátním právu. Čl. 10a tedy tvoří základ přenosu pravomocí na EU a současně skrz něj působí právo EU v právním řádu ČR. Tento přístup pak podle ÚS nekonzervuje účinky práva EU ve vnitrostátním právu.³⁹

S principem *pluralismu* souvisí vzájemný respekt k identitám jednotlivých právních řádů.⁴⁰ K identitě práva EU bezpochyby patří autonomní povaha tohoto právního řádu včetně účinků, které sám vykazuje. A právě takovou identitu ÚS respektuje, neboť právu EU skutečně vymezuje výšeč⁴¹ kompetencí, kde se může tato jeho specifická povaha a identita projevit.

2.1.2 Suverenita a limity jejího přenosu

Vzhledem k tomu, že ÚS interpretuje čl. 10a Ústavy, na základě něhož došlo k přenosu pravomocí na EU, v souvislosti s čl. 1 odst. 1 a čl. 9 odst. 2 Ústavy, tedy hranicemi tohoto přenosu, je potřeba vyjasnit pojem „svrchovaný stát“, o němž hovoří právě čl. 1 odst. 1.

³⁵ MADURO, M. P. *Contrapunctual Law...*, s. 508.

³⁶ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 29. května 1974, BVerfGE 37, 271 *Solange I* a rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 22. října 1986, BVerfGE 73, 339 *Solange II*.

³⁷ Shodně HAMULÁK, Ondřej. *Právo Evropské unie v judikatuře Ústavního soudu České republiky*. Praha: Leges, 2010, s. 96; MARŠÁLKOVÁ, Zuzana. Jak daleko sahá omezení pravomocí orgánů ČR po vstupu do EU ve světle nálezů Ústavního soudu ve věci cukerných kvót. *Právní rozhledy*. 2006, roč. 14, č. 15, kap. I.

³⁸ BRÍZA, Petr. Jaké jsou dopady „Lisabonského nálezů“ (nejen) pro ústavní roviny vztahu českého a unijního práva. *Soudní rozhledy*. 2009, roč. 15, č. 6, kap. III.

³⁹ Nález Cukerné kvóty.

⁴⁰ MADURO, M. P. *Contrapunctual Law...*, s. 526.

⁴¹ KŮHN, Zdeněk – KYSELA, Jan. *Na základě čeho bude působit komunitární právo v českém právním řádu*. *Právní rozhledy*. 2004, roč. 12, č. 1, kap. I.

ÚS chápe suverenitu v moderním pojetí jako legitimní vládu disponující pravomocí, která má možnost volby a nemusí následovat diktát cizí mocnosti.⁴² Současný globalizovaný mezinárodní prostor vnímá jako systém, kde suverénní státy ztrácejí výsadní postavení. V tomto systému, aby bylo možné se prosadit, je potřeba se integrovat, a tak zvýšit svůj vliv v globalizovaném světě. ÚS také naznačuje, že je tento systém do určité míry odtržený od státu a postrádá tak demokratickou legitimitu a právě tu ÚS stále vidí v suverénních státech.⁴³

Je to právě evropská integrace, která může posílit suverenitu členských států vůči vnějším faktorům a zároveň dodat EU legitimitu.⁴⁴ Tímto posílením soud myslí nejen suverenitu samotných států, ale i posílení postavení samotné EU, neboť jen do určité míry nezávislá EU posiluje suverénní členské státy. ÚS toto potvrzuje, když dodává, že přenesení kompetencí státu, ke kterému dá sám souhlas, „bude nadále vykonáváno za jeho účasti předem dohodnutým, kontrolovaným způsobem, není pojmovým oslabením svrchovanosti, ale může naopak ve svých důsledcích znamenat její posílení ve společném postupu integrovaného celku“.⁴⁵ Integrační proces neznamena ztrátu národní suverenity, nýbrž se děje evolučně jako reakce na probíhající globalizaci. ÚS vidí evropskou integraci jako možnost posílení suverenity. Podle ÚS tak EU vytváří entitu *sui generis*, která je založena na konceptu slité suverenity.⁴⁶

ÚS tedy vyzdvihuje možnosti, které přináší pojem suverenity, jenž není považován již za nedělitelný a není již hluboce zakořeněný v národních státech. ÚS si dobře uvědomuje, že takové chápání by v současnosti, kdy je veřejná moc vykonávána nejenom státy, ale i nadstátními útvary, bylo značně problematické.

Je potřeba též poznamenat, že suverenita je pojem, který lze chápat různou optikou, např. jako politický nebo právní pojem.⁴⁷ Ačkoli tedy sice víme, že ÚS akceptuje pojem slité suverenity, nejsme si stále jisti, co přesně si pod ním ÚS představuje.

Ale i přes tuto nejasnost lze shledat, že výklad suverenity přijatý ÚS je v souladu s principem *pluralismu*. Ačkoliv podle Madura *pluralismus* vyžaduje jít v chápání suverenity dále, tedy až za pojem slité suverenity, ke konceptu konkurujících si suverenit, není pravděpodobné, že by tento přístup byl akceptován i národními soudy.⁴⁸ Pro tento princip je podstatné, že ÚS nevnímá suverenitu rigidně, ale že ji umožňuje sdílet i s nestátními subjekty typu EU, jejíž význam a mezinárodní vliv sám oceňuje.

ÚS však stanovuje limity tomu, jaké části suverenity ještě mohou být přeneseny na EU, což je logické, neboť čl. 10a Ústavy umožňuje delegovat na EU jen „některé pravomoci orgánů ČR“. Limit přenosu pravomocí představuje právě čl. 1 odst. 1 Ústavy. Pokud by tento limit byl porušen, pak by nebylo možné hovořit již o ČR jako o svrchovaném státu.⁴⁹ Podle ÚS „tyto limity by měly být ponechány primárně na specifikaci zákonodárci,

⁴² Nález Ústavního soudu ze dne 26. listopadu 2008, sp. zn. Pl. ÚS 19/08 Lisabonská smlouva I (dále jen nález Lisabonská smlouva I), bod 107.

⁴³ *Ibid.*, bod 105.

⁴⁴ *Ibid.*, bod 102.

⁴⁵ *Ibid.*, bod 108.

⁴⁶ *Ibid.*, bod 104.

⁴⁷ WALKER, Neil. Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union. *European Law Journal*. 1998, Vol. 4, No. 4, s. 356–360.

⁴⁸ MADURO, M. P. *Contrapunctual Law...*, s. 505.

⁴⁹ Nález Lisabonská smlouva I, bod 109.

protože jde a priori o otázku politickou, která poskytuje zákonodárci velké pole uvážení; zásah Ústavního soudu by tu měl připadat v úvahu jako *ultima ratio*, tedy v situaci, kdy byla míra uvážení jednoznačně překročena a byl dotčen čl. 1 odst. 1 Ústavy, neboť došlo k přenosu pravomocí nad rámec čl. 10a Ústavy.⁵⁰ Tímto přístupem tak ÚS na jednu stranu akceptuje suverenitu jako otázku politickou, ale na druhé straně stanovuje této volnosti limity.

V souvislosti s tím dochází ÚS, na základě rozhodnutí *Solange II* a *Maastricht*, také k tomu, že bude působit jako *ultima ratio*,⁵¹ a může tedy přezkoumávat, „zda některý akt orgánů Unie nevybočil z pravomocí, které Česká republika podle čl. 10a Ústavy na Evropskou unii přenesla“.⁵² Takovou situaci však ÚS považuje za zcela výjimečnou a za příklad takové události, kromě překročení rozsahu svěřených kompetencí, považuje opuštění hodnotové identity ze strany EU.⁵³

ÚS totiž považuje za dostatečný institucionální rámec, prostřednictvím něhož EU, zejména SDEU, zajišťuje kontrolu výkonu přenesených pravomocí. Dále však dodává, že v případě nefunkčnosti tohoto systému se může jeho názor v budoucnu změnit.⁵⁴

V tomto deklarovaném přístupu, kdy bude ÚS působit *ultima ratio*, jsou jasně vidět principy rozhodnutí BVerfG ve věci *Maastricht*. V něm BVerfG sdělil, že bude vykonávat dohled nad tím, zda EU neporušuje pravomoci, které na ni Spolková republika Německo přenesla. Tato doktrína společně s doktrínou *Solange* a jím podobné doktríny formulované jinými evropskými soudy hrají v Madurově koncepci *pluralismu* důležitou roli, která je však odlišná od toho, jak byla tato rozhodnutí vnímána v době jejich vynesení. Ve své době bylo na tyto doktríny nahlíženo optikou, podle níž vyjadřují jakousi hrozbu nebo nedůvěru vůči právu EU, a tak ohrožují i jeho uniformní aplikaci. Nicméně za celou dobu existence těchto mechanismů ani BVerfG a ani jiné evropské soudy, které podobné mechanismy zavedly,⁵⁵ neprohlásily žádný akt EU *ultra vires*. Z toho vyplývá, že hrozby, které stály u základů formulace zmíněných doktrín, se ukázaly jako značně omezené.

Tyto doktríny mohou být tedy interpretovány nejen jako hrozba ohrožující uniformitu práva EU, ale také jako způsob zachování jeho uniformity, přičemž si národní soudy zachovávají určitou kontrolu nad právem EU. Na jednu stranu ústavní soudy prostřednictvím těchto mechanismů vykonávají kontrolu nad ústavními základy evropského právního systému a díky tomu dochází k vyloučení kontroly aktu EU v každém individuálním případě. Na druhou stranu soudy těmito přístupy také ochraňují své ústavní základy včetně národní ústavní identity.⁵⁶ V konečném důsledku tak tyto doktríny slouží jako mechanismus, který zabraňuje střetu mezi právními řády, a tím naplňují myšlenku *pluralismu*, neboť dokud budou tyto mechanismy v rovnováze, národní soudy nebudou

⁵⁰ Ibid., bod 109.

⁵¹ Z jiného pohledu se touto doktrínou zabývá podkapitola 2.3.1.

⁵² Ibid., bod 120.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid., bod 139.

⁵⁵ Podobný mechanismus zavedl např. italský Ústavní soud, dánský Nejvyšší soud nebo polský Ústavní tribunál, více např. v BAQUERO-CRUZ, Julio. The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement. *European Law Journal*. 2008, Vol. 14, No. 4, s. 398.

⁵⁶ MADURO, M. P. Contrapunctual Law..., s. 509, 510.

zasahovat do otázek práva EU, tedy do otázek, ohledně kterých má podle pluralistické koncepce poslední slovo SDEU.

Otázkou však zůstává, zda to, co bylo řečeno o těchto mechanismech, může být vztaženo i na ÚS ČR, který tyto mechanismy převzal. Kladně by bylo možno na tuto otázku odpovědět do doby, než ÚS vynese rozhodnutí ve *Slovenských důchodech*.⁵⁷

2.1.3 Přezkum implementačních předpisů

V *Cukerných kvótách* se ÚS vyjadřuje k případům, kdy je právo EU implementováno do českého právního řádu prostřednictvím českého předpisu. V takovém případě jsou orgány ČR vázány principy práva EU. Nicméně dále však uvádí, že v případě takové implementace musí být tato úprava konformní s českým ústavním pořádkem, a ne pouze s čl. 1 odst. 1 a čl. 9 odst. 2 Ústavy.⁵⁸ ÚS tedy v případech implementace práva EU, kdy má členský stát větší možnost podobu práva EU ve svém právním řádu ovlivnit, dává najevo možnost přezkumu takového aktu. Z toho lze vyvodit závěr, že se ÚS nebrání přezkoumávání souladu všech implementačních předpisů s ústavním pořádkem.⁵⁹

Takový výklad by však mohl vyvolat značné problémy například v souvislosti s interpretací práva EU při potenciálním přezkumu implementačních předpisů. V situaci, kdy stát nemá prostor pro uvážení, totiž implementační akt *de facto* kopíruje akt práva EU, a kdyby za takových okolností mohl ÚS provádět kontrolu s ohledem na celý ústavní pořádek, pak by zasáhl do interpretačního monopolu, který SDEU na právo EU má.

Tyto důsledky by byly zvlášť viditelné s ohledem na možnost dvojí ochrany základních práv pro totožné případy, neboť by jednu ochranu poskytoval SDEU na základě práva EU a druhou ÚS na základě Ústavy.⁶⁰ Ačkoli sice podle ÚS není standard ochrany základních práv a svobod na evropské úrovni nižší než ten plynoucí z českého ústavního pořádku,⁶¹ stále existují podstatné rozdíly týkající se konkrétních otázek interpretace základních práv mezi EU a členskými státy. Otázka možnosti přezkumu implementačních předpisů je důležitá i z toho pohledu, že se právo EU v ČR prosazuje v mnoha případech právě skrz národní implementaci.⁶²

V takovém případě by došlo ke zpochybnění principu *pluralismu*, neboť by ÚS přezkoumával i české normy, které jsou totožné s těmi evropskými, čímž by nepřímou přezkoumával i akty práva EU. Zároveň by se s ohledem na princip *koherence* nedalo mluvit o vytvoření dialogu, ale spíše prostoru pro vznik konfliktů. Kdyby takový přístup přijal každý evropský ústavní soud, pak by to mohlo znamenat hrozbu pro uniformitu práva EU.

K této otázce se ÚS vrací v *Evropském zatýkacím rozkazu*⁶³ (dále jen *EZR*), kde navazuje na svá předchozí tvrzení, co se týče přednosti práva EU a jeho mezí. V tomto

⁵⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 31. ledna 2012, sp. zn. Pl. ÚS 5/12 Slovenské důchody XVII (dále jen nález Slovenské důchody), více o tomto rozhodnutí v podkapitole 2.2.3.

⁵⁸ Nález Cukerné kvóty.

⁵⁹ HAMULÁK, O. *Právo Evropské unie v judikatuře...*, s. 113.

⁶⁰ KÜHN, Zdeněk. K přezkumu ústavnosti českých aktů implementujících evropské právo nejen ve vztahu k tzv. eurozatykači. *Trestněprávní revue*. 2005, roč. 4, č. 3, kap. III.

⁶¹ Nález Cukerné kvóty.

⁶² HAMULÁK, O. *Právo Evropské unie v judikatuře...*, s. 115.

⁶³ Nález Ústavního soudu ze dne 3. května 2006, sp. zn. Pl. ÚS 66/04 Evropský zatýkací rozkaz (dále jen nález Evropský zatýkací rozkaz).

rozhodnutí nicméně zúžil výklad uvedený v *Cukerných kvótách* tvrzením, že plnému přezkumu ústavnosti nepodléhají ty české implementační předpisy, při jejichž implementaci neměla ČR žádný prostor pro vlastní uvážení. V takovém případě by ÚS tedy neposuzoval jejich soulad s celým ústavním pořádkem, ale jen s čl. 1 odst. 1 a čl. 9 odst. 2 Ústavy.⁶⁴

Kdyby ÚS neprovedl zmíněné omezení přezkumu, pak by na jednu stranu sice tvrdil, že respektuje přednost práva EU v případě, pokud je v souladu se základy české ústavnosti, na druhou stranu by tento účinek značně omezil, pokud by všechny implementační normy přezkoumával z pohledu celého ústavního pořádku. Touto změnou přístupu ÚS zažehnal, co se týče přezkumu implementačních předpisů, hrozbu možného střetu s SDEU a tím také vyjádřil respekt k principu *pluralismu*. ÚS tak v této otázce našel rovnováhu mezi evropským i národním prvkem.

2.2 Koherence

2.2.1 Koherence judikatury Ústavního soudu

Nesourodost judikatury ÚS ve vztahu k právu EU byla vědeckou veřejností kritizována již mnohokrát.⁶⁵ V této podkapitole se proto na koherenci judikatury ÚS podíváme pouze do té míry, do jaké to vyžaduje předmět této práce.

Nejprve však odkazujeme na podkapitulu 2.1.1, kde se zabýváme přenosem pravomocí na EU. V této kapitole bylo řečeno, že ÚS zformuloval svojí vlastní verzi doktríny *Solange*, tj. dokud vývoj v EU nebude ohrožovat formální a materiální roviny Ústavy ČR, pak nebude ÚS přezkoumávat ústavnost individuálních norem práva EU.

Tato zvláštní *Solange* doktrína je zpochybněna samotným ÚS. Ten totiž v *Cukerných kvótách*, tedy ve stejném rozhodnutí, ve kterém zmíněnou doktrínu zformuloval, uvedl, že výkon delegovaných pravomocí orgány EU nebyl v rozporu s čl. 9 odst. 2 a 3 Ústavy, a to „obecně ani v projednávaném konkrétním případě“.⁶⁶ Zde tedy ÚS přezkoumal i konkrétní akt EU, aniž by však došlo k situaci, kterou jako podmínku pro takový přezkum stanovil.

V *EZR* dále uvedl, že k situaci porušení materiální a formální roviny Ústavy může dojít jen výjimečně a že je to vysoce nepravděpodobné. Nicméně i zde fakticky takový přezkum připustil, a to v případě, že rozpor s podstatnými náležitostmi demokratického státu navrhovatelé pouze tvrdili.⁶⁷ Z toho plyne, že je ÚS ochoten posuzovat ústavnost individuálního aktu EU i v případě, že bude pro rozpor s podstatnými náležitostmi demokratického právního státu pouze napadán.

Z této judikatury tedy vyplývá, že pro možnost přezkumu ÚS stačí, aby zmíněná ustanovení Ústavy byla porušena pouze konkrétním aktem práva EU⁶⁸ nebo aby takové porušení bylo pouze namítané, a není tedy třeba, aby celý vývoj EU ohrožoval čl. 1 odst. 1 nebo čl. 9 odst. 2 Ústavy.

⁶⁴ Ibid., body 52–54.

⁶⁵ Např. BRÍZA, P. Jaké jsou dopady „Lisabonského nálezu“....

⁶⁶ Nález Cukerné kvóty.

⁶⁷ Nález Evropský zatýkácí rozkaz, bod 53.

⁶⁸ BRÍZA, P. Jaké jsou dopady „Lisabonského nálezu“..., kap. III.

ÚS tak vlastně zpochybňuje svoje vlastní tvrzení a přezkoumává akty EU, jak jsme mohli vidět v *Cukerných kvótách*, aniž by byly pro to splněny podmínky, které si sám stanovil. Aplikuje tedy svoje *Solange* v případě, kdy by neměl. Tuto judikaturní nesourodost ještě ÚS umocňuje v *Lisabonském nálezu*, když problematičtěji⁶⁹ argumentuje pro celý ústavní pořádek jako referenční kritérium přezkumu Lisabonské smlouvy z důvodu,⁷⁰ že v *Cukerných kvótách* se jednalo o sekundární právo, zatímco v *Lisabonském nálezu* se jedná o právo primární. ÚS tento rozdíl odůvodňuje tím, že v případě sekundárního práva vychází z presumpce slučitelnosti tohoto práva s ústavním pořádkem. Ovšem je otázka, z čeho tento argument dovozuje, neboť v *Cukerných kvótách* takové tvrzení použito není.⁷¹

Takováto nesouladná argumentace tedy opět budí pochyby. Tomu také nepomáhá tvrzení, že ÚS, ačkoliv radí svoji judikaturu jako významné východisko přezkumu Lisabonské smlouvy, nepovažuje tuto judikaturu za dogma, a vyjadřuje tak pochyby nad vázaností sebe sama svojí judikaturou.⁷² Tím dává najevo, že se může od své předchozí judikatury odvrátit, což by v nepříliš rozvinuté rozhodovací praxi týkající se práva EU mohl být problém. Takový přístup silně podřívá předcházející judikaturu ÚS a tím i právní jistotu, neboť není vůbec jasné, jak se vůči aktům EU zachová v budoucích rozhodnutích. Tato nesourodost dosáhla svého vrcholu ve *Slovenských důchodech*.⁷³

Taková nesourodost představuje problém i z pohledu principu *pluralismu* a souvisí se závěrem podkapitoly 2.1.2, kde se o podobných doktrínách mluvilo. Zde totiž můžeme vidět, že ÚS svoji verzi doktríny *Solange* sám nedodržuje a důsledkem je pak to, že přezkoumává akty EU způsobem, jakým to učinil v *Cukerných kvótách*, a zasahuje tak do monopolní pravomoci SDEU, aniž by byly splněny podmínky, které si pro takový zásah sám stanovil.

Otázkou zůstává, do jaké míry je schopen ÚS dostát principu *koherence* na evropské úrovni ve vztahu k jiným národním soudům a SDEU, když jí nedokáže dostát ve své vlastní judikatuře. Ještě závažnější ale je, že se tato nesourodost týká mechanismu, který může svojí nesprávnou aplikací zasahovat do otázek cizího právního řádu, tedy právního řádu EU, tím, že bude přezkoumávat jeho akty.

2.2.2 Eurokonformní výklad

Z pohledu principu *koherence* je nutné učinit zmínku o principu eurokonformního výkladu, jehož smyslem je interpretace vnitrostátního práva konzistentně s právem EU.⁷⁴

⁶⁹ Ponechme stranou otázku, proč by mělo mít sekundární právo, přijímané často netransparentně pouhou většinou v evropských orgánech a bez kontroly ÚS, mírnější přezkum než primární právo, ratifikované ústavní většinou Parlamentu, více v BŘÍZA, Petr. The Constitutional Court on the Lisbon Treaty Decision of 26 November 2008. *European Constitutional Law Review*. 2009, Vol. 5, No. 1, s. 147–148.

⁷⁰ Důvodů, proč se tak rozhodl, zmiňuje více Nález Lisabonská smlouva I, bod 89.

⁷¹ Nález Cukerné kvóty vychází z toho, že přenosem pravomocí podle čl. 10a se tyto dostaly mimo přímý dohled ÚS a ten jejich výkon může kontrolovat pouze v rozsahu čl. 1 odst. 1 a čl. 9 odst. 2.

⁷² Nález Lisabonská smlouva I, bod 111.

⁷³ O tomto rozhodnutí více v podkapitole 2.2.3.

⁷⁴ Ústavní soud se k tomuto principu vyjádřil ve více svých rozhodnutích, např. v nálezu Ústavního soudu ze dne 6. listopadu 2007, sp. zn. II. ÚS 3/06 Ochrana principu důvěry v závazkových vztazích. V této práci však není na detailní rozbor místo a takový rozbor ani není z hlediska předmětu práce potřebný.

V *Cukerných kvótách* přiznává ÚS vliv práva EU „na tvorbu, aplikaci a interpretaci vnitrostátního práva, a to v oblasti právní úpravy, jejíž vznik, působení a účel je bezprostředně navázán na komunitární právo“.⁷⁵ ÚS tedy v této oblasti interpretuje vnitrostátní právo s ohledem na principy práva EU.

Ještě více zdůraznil ÚS tento princip v *EZR*, kde se na základě rozhodnutí SDEU ve věci *Pupino*⁷⁶ explicitně vyjádřil k tomu, co považuje za právní základ tohoto principu. Podle ÚS je tento princip dovozen z čl. 1 odst. 2 Ústavy ve spojení s principem spolupráce zakotveným v čl. 10 Smlouvy o ES. Podle principu eurokonformního výkladu tak má být vnitrostátní právo včetně Ústavy a Listiny základních práv a svobod (dále jen Listina) interpretováno souladně s právem EU. Pokud tedy existuje několik interpretací práva, pak je potřeba zvolit tu, která vede k dosažení závazků vyplývajících z členství v EU.⁷⁷

ÚS však stanoví tomuto principu limity v situaci, kdy by nemohlo být určité ustanovení vyloženo domácí metodologií výkladu ústavního práva souladně s právem EU. Čl. 1 odst. 2 Ústavy nemůže tedy měnit význam jakéhokoliv ústavního ustanovení. V takovém případě by muselo dojít ke změně Ústavy, která je omezena čl. 9 odst. 2 Ústavy.⁷⁸

Z hlediska principu *koherence* má probíraný princip značný význam, neboť umožňuje národnímu soudu dostát *koherenci* tím, že usnadňuje možnosti dialogu národního soudu s SDEU. Právě díky principu eurokonformního výkladu je pro národní soud snazší přizpůsobit interpretaci národního práva interpretaci SDEU, která by jinak nebyla s právem EU v souladu. Tento princip je tak důležitým instrumentem, který pomáhá zabraňovat střetu mezi vnitrostátním právem a právem EU. Pozitivem také je, že ho ÚS chápe značně široce, neboť se vztahuje i na Ústavu a Listinu.

Navíc je přístup ÚS k principu eurokonformního výkladu, včetně omezení, která mu stanovil, v souladu s přístupem SDEU. Ten totiž s ohledem na princip národní procesní autonomie požaduje uplatnění tohoto principu pouze v mezích, které vyplývají pro diskreci soudů z národního práva.⁷⁹

2.2.3 Předběžná otázka

Koncept předběžné otázky je z hlediska principu *koherence* velice důležitý, neboť mimo jiné právě díky němu mohlo vzniknout právo EU jako autonomní právní řád, jehož základem byla spolupráce evropských soudů, která dala vzniknout principům práva EU.⁸⁰

ÚS se v *Cukerných kvótách* vyjádřil k otázce, zda sebe považuje za soud s povinností podat předběžnou otázku k SDEU.⁸¹ ÚS nechal tuto otázku nezodpovězenou s odkazem na rozhodnutí SDEU ve věci *CILFIT*⁸² a konstatoval, že zde existuje dostatečná judikatura SDEU k řešené problematice a není tudíž potřeba otázku podávat, což také sám dokázal.

⁷⁵ Nález Cukerné kvóty.

⁷⁶ Rozsudek Soudního dvora ze dne 16. června 2005, C-105/03 *Pupino* [2005] ECR I-5285.

⁷⁷ Nález Evropský zatýkací rozkaz, body 61, 81.

⁷⁸ *Ibid.*, bod 82.

⁷⁹ HAMULÁK, O. *Právo Evropské unie v judikatuře...*, s. 125.

⁸⁰ MADURO, M. P. *Contrapunctual Law...*, s. 513.

⁸¹ Nález Cukerné kvóty.

⁸² Rozsudek Soudního dvora ze dne 6. října 1982, 283/81 Srl *CILFIT* and *Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* [1982] ECR 03415.

ÚS se k této otázce vyjádřil opět v *EZR*, kde přiznal, že se jedná o situaci, v níž by bylo vhodné podat předběžnou otázku. Nicméně se i zde rozhodl otázku nepodávat, neboť otázka v této věci byla již podána jiným soudem členského státu. ÚS se rozhodl, že nebude čekat na její zodpovězení a vydá se cestou eurokonformní interpretace vnitrostátního práva.⁸³

Stejně jako v předchozích rozhodnutích se zachoval ÚS i ve *Slovenských důchodech*.⁸⁴ Zde však měl ale předběžnou otázku nepochybně podat, neboť by se tak pravděpodobně vyhnul svému problematickému rozhodnutí. V tomto případě mohl ÚS využít skutečný potenciál předběžné otázky.

Otázkou slovenských důchodů se již několikrát zabýval jak Nejvyšší správní soud (NSS),⁸⁵ tak ÚS.⁸⁶ Tyto soudy ale měly rozdílný názor na danou problematiku. Zatímco ÚS svým nálezením⁸⁷ zavedl právo na vyrovnávací příspěvek,⁸⁸ NSS takový výklad odmítl akceptovat a tvrdil, že vyrovnávací příspěvek je v rozporu s právem EU. NSS se proto obrátil předběžnou otázkou na SDEU.⁸⁹ Mezitím však ÚS⁹⁰ zrušil rozhodnutí NSS o přerušení řízení z důvodu podání předběžné otázky, což už mohlo implikovat budoucí problémy.⁹¹

NSS položil SDEU dvě otázky,⁹² na které SDEU odpověděl v rozsudku *Landtová*.⁹³ SDEU zde uznal možnost vyrovnávacího příspěvku pouze tehdy, pokud nebude diskriminační. SDEU tedy rozhodl ve prospěch interpretace NSS a navíc upozornil na možnost, že ČR může přijmout řešení, které je v souladu jak s právem EU, tak s Ústavou.⁹⁴

V této situaci se před ÚS dostal případ *Slovenských důchodů*. Zde mohl ÚS předvést princip *koherence* v akci. Mohl ukázat, že se cítí jako pluralista, který podporuje dialog mezi soudy s cílem dosáhnout řešení, které by bylo akceptovatelné všemi zúčastněnými soudy. K tomu bylo však potřeba podat předběžnou otázku, kde by mohl uvést své

⁸³ Nález Evropský zatykáací rozkaz, bod 60.

⁸⁴ Více o problematice tohoto rozhodnutí např. v KOMÁREK, Jan. Playing with matches: The Czech Constitutional Court declares a judgment of the Court of Justice of the EU ultra vires. *European Constitutional Law Review*. 2012, Vol. 8, No. 2, s. 323–337; ZBÍRAL, Robert. A Legal revolution or negligible episode? Court of Justice decision proclaimed ultra vires. *Common Law Market Review*. 2012, Vol. 49, s. 1475–1492.

⁸⁵ Např. sp. zn. 3 Ads 2/2003, sp. zn. 3 Ads 130/2008.

⁸⁶ Např. sp. zn. II. ÚS 405/02, sp. zn. III. ÚS 252/04, sp. zn. Pl. ÚS 4/06.

⁸⁷ Sp. zn. II. ÚS 405/02.

⁸⁸ Účelem vyrovnávacího příspěvku bylo dorovnat výplatu slovenského důchodu českým občanům na úroveň, jakou by měli za předpokladu, že by byly všechny jejich odpracované roky započteny v systému českého důchodového zabezpečení.

⁸⁹ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 23. září 2009, sp. zn. 3 Ads 130/2008.

⁹⁰ Sp. zn. III. ÚS 1012/10.

⁹¹ KOMÁREK, J. Playing with matches: The Czech Constitutional Court..., s. 325–326.

⁹² Nejprve se NSS dotazoval na soulad výplaty vyrovnávacího příspěvku s právem EU. SDEU odpověděl, že vyrovnávací příspěvek není s právem EU v rozporu. Druhou otázkou bylo, zda je podmínka českého státního občanství a bydliště na území ČR v souladu s právem EU, tedy zda se nejedná o diskriminaci. Tuto podmínku ve své judikatuře formuloval právě ÚS. SDEU odpověděl, že podmínka je skutečně diskriminační, pokud je vyplácena jen občanům ČR s bydlištěm v ČR.

⁹³ Rozsudek SD EU ze dne 22. 6. 2011, C-399/09, *Marie Landtová proti České správě sociálního zabezpečení*.

⁹⁴ *Ibid.*, bod 53. „Právo Unie nebrání, s výhradou dodržení obecných zásad práva Unie, opatřením, která znovunastolují rovné zacházení omezením výhod osob, které byly dříve zvýhodněny. Nicméně před přijetím takových opatření žádná norma práva Unie nevyžaduje, aby kategorie osob, které již mají nárok na takový vyrovnávací příspěvek v rámci sociálního zabezpečení, o jaký jde v původním řízení, byla o tento příspěvek připravena.“

nesouhlasné argumenty a konfrontovat tak s nimi SDEU. ÚS si ale vybral jinou možnost, a to prosadit svoji interpretaci Ústavy a nebrat na jiné soudy a jiné právo ohled.

ÚS se však vymezil vůči rozhodnutí SDEU značně problematickou argumentací.⁹⁵ Na jejím konci došel k závěru, že v tomto případě absentuje potřebný evropský rozměr, neboť na dobu zaměstnání po dobu existence jednotného státu nelze pohlížet jako na vztah se zahraničním prvkem.⁹⁶

ÚS se tedy účelovou argumentací vyhnul tomu, aby musel právo EU aplikovat a interpretovat problematiku jen z hlediska práva českého. Tuto argumentaci zakončil tvrzením, že neodlišení této národní problematiky od evropské „znamená nerespektovat evropské dějiny, znamená srovnávat nesrovnatelné“.⁹⁷ Na tento případ tedy nelze aplikovat právo EU, neboť „vycházejí z principu explicitně vysloveného Ústavním soudem [v *Lisabonském nálezu*], nelze než v souvislosti s dopady rozsudku [*Landtová*] na obdobné případy konstatovat, že v jeho případě došlo k excesu unijního orgánu, k situaci, v níž akt orgánu Evropské unie vybočil z pravomocí, které Česká republika podle čl. 10a Ústavy na Evropskou unii přenesla, k překročení rozsahu svěřených kompetencí, k postupu *ultra vires*“.⁹⁸

Důsledkem takového rozhodnutí je i to, že tím, že ÚS nepoužil právo EU, zkrátil na právech ty občany EU, s kterými bylo zacházeno jinak, než s českými občany. ÚS v tomto případě zřejmě opomněl fakt, že se po přistoupení ČR k EU stal také evropským soudem, a má tak poskytovat ochranu i ostatním občanům EU. K preferování své vlastní judikatury by měl samozřejmě za určitých okolností právo, ale určitě to není možné učinit na podkladě použité argumentace. Zde je potřeba upozornit, že v této situaci je důležitější, než samotné prohlášení *ultra vires*, odůvodnění samotného rozhodnutí, jehož kvalita i délka je s předchozí judikaturou ÚS ohledně práva EU nesrovnatelná. Nemůžeme se proto zbavit pocitu, že kdyby ÚS chtěl, tak by se mohl touto argumentací postavit jakémukoliv aktu EU.

Kdyby se tímto způsobem začaly chovat i další evropské soudy, pak by nemohl fungovat nejen žádný *pluralismus* mezi nimi, ale ani žádná právní jistota v otázkách práva EU při aplikaci národními soudy, neboť by různé soudy členských států vykládaly právo EU rozdílně. Národní soudy jsou ty nejdůležitější články v aplikaci práva EU, a jak již bylo vyloženo v první kapitole, fungování EU je založeno také na kooperaci jak mezi národními soudy navzájem, tak mezi nimi a SDEU. ÚS zde nedostal ani jednomu z těchto dialogů.

Ve vztahu k SDEU totiž odmítl jakýkoliv dialog a ve vztahu k jiným národním soudům představil nebezpečný precedent, který je navíc v rozporu s principem *univerzality*.⁹⁹ ÚS se nijak nepokusil přizpůsobit svoji interpretaci SDEU tak, jak se o to SDEU pokusil v případě *Landtová*, kdy nabídl ÚS, jak bylo zmíněno výše, kompromisní řešení. Navíc v daném případě ÚS ani nevyužil národní právo k ochraně konkrétní osoby, neboť její důchod byl po jeho aplikaci nižší, než by byl po aplikaci příslušného nařízení.¹⁰⁰

⁹⁵ KOMÁREK, J. Playing with matches: The Czech Constitutional Court..., s. 328–332.

⁹⁶ Nález Slovenské důchody.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ O tom více v podkapitole 2.3.1.

¹⁰⁰ KNOB, Miroslav. Další pokračování ságy slovenských důchodů před Ústavním soudem. *Soudní rozhledy*. 2012, č. 4, kap. III.

ÚS se v tomto případě zpronevěřil principu *koherence*, když odmítl jakýkoliv dialog s SDEU. Přitom takovou možnost měl. Jak již bylo zmíněno, mohl podat předběžnou otázku před rozhodnutím ve věci, a vznést tak argumenty, které považoval za relevantní. Místo toho však během řízení ve věci *Landtová* zaslal SDEU své vyjádření, ve kterém argumentoval ve prospěch své dosavadní judikatury. Toto jeho jednání však nebylo v souladu s řízením před SDEU, a jeho vyjádření nebylo proto přijato.¹⁰¹

Zdá se, že se ÚS v tomto rozhodnutí izoloval od jakéhokoliv dialogu ve vztahu k SDEU. Tím však vzniká mezera v chápání evropského právního systému jako souboru právních řádů států a právního řádu EU.¹⁰² Bez potřebného dialogu a respektování ostatních aktérů, tedy naplnění principu *koherence*, nemůže pluralitní evropský právní systém fungovat.

Důvodem nepodání otázky mohla být mimo jiné i frustrace ÚS z faktu, že národní soudy využívají právo EU k tomu, aby jej mohly obcházet.¹⁰³ Nicméně rolí evropského práva a SDEU je zajistit dodržování určitých standardů napříč EU. V tomto případě SDEU vyložil právo EU tak, aby ochránil před diskriminací občany EU, kteří byli znevýhodněni právě na základě judikatury ÚS.

2.3 Univerzalita

2.3.1 Ústavní soud a rozhodnutí jiných soudů

Zde je důležité upozornit, že ačkoliv je tato podkapitola řazena pod princip *univerzality*, tak má nezanedbatelný vztah i k principu *koherence*. Při čtení následujících řádků je tedy nutné mít to na paměti.

Ve zde rozebírané judikatuře ÚS často odkazuje na rozhodnutí jak SDEU, tak svých evropských protějšků. Tyto odkazy však mohou mít různý účel. Můžeme říci, že na některé rozhodnutí odkáže jen proto, aby tak podpořil autoritu svého tvrzení, kdežto jiná rozhodnutí rozebírá a jejich argumentaci aktivně využívá, nebo se vůči nim naopak vymezuje.

Mezi první případ lze zařadit například argumentaci v *Cukerných kvótách*, kde ÚS konstatuje, že neuznává absolutní přednost práva EU a odkazuje na několik významných rozhodnutí svých protějšků z jiných členských států.¹⁰⁴ Cituje zde např. rozhodnutí italského Ústavního soudu *Frontini*,¹⁰⁵ rozhodnutí BVerfG *Solange II* a *Maastricht*, rozhodnutí irského Nejvyššího soudu *Grogan*.¹⁰⁶ Dalším příkladem je odkaz na rozhodnutí¹⁰⁷ Ústavního soudu Lotyšské republiky.¹⁰⁸ Tyto odkazy jsou jistě pozitivní z pohledu principu *univerzality*, neboť tak ÚS vlastně dochází k závěrům, které lze považovat

¹⁰¹ KOMÁREK, J. Playing with matches: The Czech Constitutional Court..., s. 332.

¹⁰² MADURO, M. P. Contrapunctual Law..., s. 529.

¹⁰³ KOMÁREK, J. Playing with matches: The Czech Constitutional Court..., s. 333.

¹⁰⁴ Nález Cukerné kvóty.

¹⁰⁵ Rozhodnutí italského Ústavního soudu ze dne 18. prosince 1973, 183/73 *Frontini v. Ministero delle Finanze*.

¹⁰⁶ Rozhodnutí irského Nejvyššího soudu ze dne 19. 12. 1989 *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan*.

¹⁰⁷ Rozhodnutí lotyšského Ústavního soudu ze dne 7. dubna 2009, č. 2008-35-01.

¹⁰⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 3. listopadu 2009, sp. zn. Pl. ÚS 29/09 Lisabonská smlouva II. (dále jen nález Lisabonská smlouva II), bod 169.

za univerzální, protože mohou být převedeny do právních řádů různých evropských států. Nejsou však zásadní, neboť princip *univerzality* se plně projevuje až v druhé kategorii případů.

Tento druhý typ případů se týká odkazů na rozhodnutí, která ÚS hlouběji rozebírá, nebo přebírá jejich argumenty. Činí tak jak ve vztahu k SDEU, tak i ve vztahu k soudům jiných členských států.

Ve vztahu k SDEU tak činí například v případě *Cukerných kvót*, v němž rozsáhle rozebírá principy práva EU a v souvislosti s tím přímo odkazuje a analyzuje jednotlivá rozhodnutí SDEU.¹⁰⁹ Velmi zřetelně je tento přístup viditelný v *EZR*, v němž ÚS odkázal na rozhodnutí ve věci *Pupino*, ve kterém SDEU dovedl nepřímý účinek rámcových rozhodnutí. ÚS na základě něj dovedl z čl. 1 odst. 2 Ústavy ve spojení s principem spolupráce zakotveným v čl. 10 Smlouvy o ES princip eurokonformního výkladu,¹¹⁰ podle něhož má být domácí právo včetně Ústavy a Listina interpretována souladně s právem EU.¹¹¹

Dalším příkladem je posuzování ústavnosti doložky flexibility¹¹² v *Lisabonském nálezu*, která dovoluje Radě EU přijmout určitá opatření, i když k ní EU nemá výslovnou pravomoc. ÚS se zde mimo jiné opřel i o posudek SDEU 2/94¹¹³ a na jeho základě došel k tomu, že toto ustanovení nemůže sloužit jako základ pro rozšiřování pravomocí EU mimo základ stanovený ve smlouvách, tedy, že zmíněná doložka je v souladu s ústavním pořádkem.¹¹⁴ Judikaturu SDEU cituje ÚS i na dalších místech.¹¹⁵

Co se týče využívání judikatury soudů jiných členských států, uvedl ÚS v *Lisabonském nálezu*, že mezi významná východiska přezkumu Lisabonské smlouvy řadí kromě své vlastní judikatury i rozhodnutí jiných ústavních soudů, která považuje za inspirativní.¹¹⁶ ÚS výslovně zmiňuje dvě rozhodnutí BVerfG ve věcech *Solange II* a *Maastricht*, která také stručně charakterizuje přímo v nálezu.¹¹⁷ Na jejich základě dochází k tomu, že bude působit jako *ultima ratio*, a může tedy přezkoumávat, „zda některý akt orgánů Unie nevybočil z pravomocí, které Česká republika podle čl. 10a Ústavy na Evropskou unii přenesla“.¹¹⁸

Toto své působení *ultima ratio* je tedy převzetím doktríny BVerfG z rozhodnutí *Maastricht*.¹¹⁹ Nabízí se ovšem otázka, zda jej také využívá způsobem jako jeho německý protějšek. Jediný případ, v kterém jsme se mohli o aplikaci doktríny ÚS přesvědčit, byly

¹⁰⁹ Nález Cukerné kvóty.

¹¹⁰ Ačkoli byl tento princip již formulován v nálezu Cukerné kvóty, tak v Evropském zatýkacím rozkazu ÚS určil ustanovení, ze kterého tento princip vyplývá. Více v podkapitole 2.2.2.

¹¹¹ *Ibid.*, body 61, 81.

¹¹² Čl. 352 odst. 1 Smlouvy o Evropské unii „Ukáže-li se, že k dosažení některého z cílů stanovených Smlouvami je nezbytná určitá činnost Unie v rámci politik vymezených Smlouvami, které však k této činnosti neposkytují nezbytné pravomoci, přijme Rada na návrh Komise jednomyslně po obdržení souhlasu Evropského parlamentu vhodná ustanovení. Pokud jsou dotyčná ustanovení přijímána Radou zvláštním legislativním postupem, rozhoduje rovněž jednomyslně, na návrh Komise a po obdržení souhlasu Evropského parlamentu.“

¹¹³ Posudek Soudního dvora ze dne 28. března 1996, 2/94 Přistoupení Společenství k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod [1996] ECR I – 01759.

¹¹⁴ Nález Lisabonská smlouva I, bod 151.

¹¹⁵ Např. *ibid.*, bod 191, Nález Lisabonská smlouva II, bod 158.

¹¹⁶ *Ibid.*, bod 111, 116.

¹¹⁷ *Ibid.*, body 117, 118.

¹¹⁸ *Ibid.*, bod 120.

¹¹⁹ Tato doktrína je rozebrána z jiného úhlu v podkapitole 2.1.2.

Slovenské důchody. Toto rozhodnutí bylo již rozebráno v předchozí podkapitole. Nyní se ale zaměříme výlučně na aplikaci zmíněné doktríny.

Nejprve předestřeme, jak by se nejspíše zachoval BVerfG na podkladě svého rozhodnutí ve věci *Honeywell*¹²⁰ v případě, kdyby uvažoval o možnosti prohlásit akt EU za *ultra vires*. Na úvod je třeba zdůraznit, že BVerfG považuje německý Základní zákon za otevřený vůči právu EU, a proto musí na tento fakt při konfrontaci s tímto právem brát zřetel. Sám si také uvědomuje, že kdyby každý členský stát pokaždé přezkoumával platnost aktů EU, vedlo by to k ohrožení přednosti práva EU v celé Evropě. Z tohoto důvodu si tedy sám stanovil povinnost, že před možným prohlášením aktu EU *ultra vires* podá předběžnou otázku, a tím tak naváže dialog s SDEU a představí mu své argumenty. Další podmínkou je, že samotné prohlášení aktu EU *ultra vires* může učinit jen v případě, pokud je porušení kompetencí ze strany EU dostatečně závažné.¹²¹ Navíc lze na základě jeho předchozí judikatury předpokládat, že rozhodnutí, ve kterém by prohlásil akt EU *ultra vires*, by bylo argumentačně na vysoké úrovni.

Nyní se podíváme, jak by se v totožné situaci měl na základě své ustálené rozhodovací praxe teoreticky zachovat ÚS ČR. On sám také považuje Ústavu vůči právu EU za otevřenou.¹²² Na rozdíl od svého německého protějšku však nikdy neuznal svoji povinnost podat předběžnou otázku, a to ani v tak závažném případě, jako je možnost konstataování překročení pravomocí ze strany EU. ÚS dále považuje možnost, že by došlo k překročení kompetencí ze strany EU, za zcela výjimečnou.¹²³ Předchozí rozhodnutí také indikují, že by se v případě prohlášení aktu EU *ultra vires* pokusil své rozhodnutí kvalitně obhájit.

Z řečeného lze konstatovat, že východiska obou soudů jsou velice podobná a vyplývá z nich, že možnost zásahu *ultima ratio* je značně nepravděpodobná. Realita ve *Slovenských důchodech* byla ovšem naprosto jiná. ÚS zopakoval tvrzení SDEU v *Landtové*. Poté zopakoval svoji judikaturu a nepřesvědčivě dovodil, že situace mezi dvěma státy EU postrádá evropský prvek. Nakonec prohlásil, že EU překročila své kompetence. Navíc byla argumentace obhajující samotné prohlášení aktu EU *ultra vires* krátká a nepřesvědčivá.

Je tedy do určité míry překvapující, proč ÚS, vzhledem k tomu, jak často odkazuje a čerpá z judikatury BVerfG, z ní nepřevzal i povinnost podat předběžnou otázku ve zmíněném případě. Ačkoliv ÚS přebral od BVerfG doktrínu týkající se možného zásahu do práva EU, nečiní tak v případě postupů, které by se takovým situacím snažily předcházet a učinily takový zásah méně pravděpodobný. Navíc sám ÚS s odkazem na rozhodnutí *Maastricht* konstatuje, že možnost neaplikovatelnosti aktu EU BVerfG má povahu spíše jen potenciální výstrahy, takže nemusí být nikdy použita.¹²⁴

Ačkoliv tedy z rozebírané judikatury ÚS plyne, že za svůj vzor považuje BVerfG,¹²⁵ chová se diametrálně odlišně od svého vzoru. Lze uzavřít, že inspirace německým

¹²⁰ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 6. července 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*.

¹²¹ PAYANDEH, Mehrdad. Constitutional Review of EU Law after *Honeywell*: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice. *Common Market Law Review*. 2011, Vol. 48, No. 1, s. 21–22.

¹²² Nález Evropský zatýkací rozkaz, bod 79.

¹²³ Nález Lisabonská smlouva II, bod 150.

¹²⁴ Nález Lisabonská smlouva I, bod 139.

protějškem v tomto případě je spíše formální než materiální, neboť převzal jen formu doktríny, ale nepřevzal způsob její aplikace a zejména její samotnou myšlenku, kterou je zasáhnout jen ve skutečně nezbytných případech a neohrožovat tak uniformitu práva EU.

Ačkoliv lze namítat, že z pohledu svého vlastního právního řádu měl ÚS právo prohlásit, že EU překročila své kompetence, nelze toto akceptovat z pohledu pluralistického. V systému, který je mimo jiné tvořen soudy mnoha evropských zemí, není možné porušit pravidla tohoto systému bez jasného a plně obhájeného důvodu.

Je třeba ale zmínit i případy, v nichž ÚS nesouhlasí se závěry svých evropských protějšků. V *Lisabonském nálezu* například uvedl, že přístup polského Ústavního tribunálu, považuje za příliš vyhraněný, neboť vylučuje pravomoc SDEU posuzovat meze přenesení pravomocí.¹²⁶ Podobně odmítá i v *Lisabonském nálezu II* požadavek navrhovatelů, aby ÚS stanovil věcné meze přenosu pravomocí. Tak totiž učinil ve svém *Lisabonském rozhodnutí*¹²⁷ BVerfG. ÚS zopakoval, že tyto meze jsou politickou otázkou a jsou ponechány na specifikaci zákonodárci. On sám tato rozhodnutí může přezkoumat až poté, co byla učiněna.¹²⁸

Případy, ve kterých ÚS nesouhlasí se svými evropskými protějšky, nepředstavují ohrožení pro princip *univerzality*, neboť je tento nesouhlas vyjadřován v případech, které jsou odůvodněné. Ty představuje prvně zmíněný případ anebo se týkají ústavních základů státu, tak jako druhý zmíněný případ.¹²⁹

Opačné případy, již zmíněné výše, ve kterých ÚS čerpá od jiných soudů, lze pozitivně kvitovat, například v případě rozhodnutí *Pupino*, neboť na základě něj dovodil ÚS princip eurokonformního výkladu univerzálně tím, že tento princip plyne přímo z čl. 10 Smlouvy o ES. Navíc byl tento princip akceptován i jinými evropskými soudy.

Na druhou stranu způsob, jakým se ÚS vyjádřil k rozhodnutí ve věci *Landtová* ohrožuje princip *univerzality*, neboť se ÚS nepokusil přijmout interpretaci, která by byla univerzální; v tomto případě tedy určitý kompromis. SDEU přitom takové kompromisní řešení sám navrhl.

Podobné platí i v případě doktríny, kterou ÚS převzal z rozhodnutí *Maastricht*. Právě toto byl totiž případ, kdy měl ÚS postupovat zvláště obezřetně, neboť se jednalo o doktrínu, která, pokud bude aktivisticky aplikována, může ohrozit uniformitu práva EU. ÚS měl ale tu výhodu, že se mohl přesvědčit, jak tato doktrína funguje v praxi, nahlédnutím do judikatury BVerfG. To však neučinil a místo toho ji v rozporu s principem *univerzality* vyložil po svém tím, že ji nepoužil univerzálním způsobem, kterým ji vykládá nejen BVerfG, ale i jiné evropské soudy. ÚS tak v konečném důsledku tuto doktrínu popřel, protože v daném případě nemusel zasáhnout jako *ultima ratio*, neboť zde stále byla možnost podat předběžnou otázku a vyřešit tak možný konflikt jiným způsobem.

¹²⁵ Odkazy na něj jsou obsaženy ve všech zde rozebíraných rozhodnutích, vyjma Evropského zatykácího rozkazu, např. Nález Lisabonská smlouva I – bod 109, 139, 216, Nález Lisabonská smlouva II – bod 150.

¹²⁶ Nález Lisabonská smlouva I, bod 139.

¹²⁷ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 30. června 2009, 2 BvE 2/08 Lissabon-Urteil, bod 252.

¹²⁸ Nález Lisabonská smlouva II, body 110, 111.

¹²⁹ Dalším příkladem může být postup ÚS v Evropském zatykáčím rozkazu, kde provedl na základě rozhodnutí polského Ústavního tribunálu komparaci ustanovení polské Ústavy s čl. 14 odst. 4 Listiny a došel k závěru, že české ustanovení není v zákazu extradice tak striktní, jako polské. Nález Evropský zatykáčím rozkaz, bod 65.

3. NALADĚNO NEBO NENALADĚNO?

V rámci vývoje EU se v evropském prostoru ustálily dva základní přístupy ke vztahu právního řádu EU a právních řádů členských států. Zatímco podle SDEU má evropské právo přednost před veškerým národním právem, podle ústavních soudů členských států má stále nejvyšší postavení ústava. ČR, jako stát, který přistoupil k EU v roce 2004, se přidal ke svým západním protějškům, když také nepřijal bezpodmínečnou přednost práva EU nad právem vnitrostátním. Vedle ČR tak učinily i další státy přistoupivší v témže roce.¹³⁰

V úvodu tento článek položil otázku, do jaké míry jsou analyzovaná rozhodnutí ÚS v souladu s teorií ústavního pluralismu, jejímž východiskem je absence hierarchie mezi právem EU a právem členských států a jejímiž charakterizujícími znaky jsou tři kontrapunktní principy: *pluralismus*, *koherence* a *univerzalita*. Jak již bylo však řečeno, tyto principy jsou navzájem provázané.

Problémem analyzované judikatury ÚS je její nesourodost, která se týká důležitých otázek, které jsou podstatné pro určení skutečného vztahu vnitrostátního práva a práva EU. Tato nesourodost vede k situacím, kdy v jednom rozhodnutí vyjádří ÚS argumenty z pohledu pluralistické teorie pozitivní, v jiném však naopak dojde k závěru, který jde svým způsobem proti takové teorii.

ÚS akceptuje podmíněnou přednost práva EU. Tato podmíněnost stojí na dvou hlavních pilířích. Prvním je ÚS formulovaná vlastní koncepce doktríny *Solange* spočívající v ochraně materiálního ohniska Ústavy. Druhým pilířem je pak působení ÚS jako *ultima ratio* při kontrole přenesených pravomocí EU. Tyto mechanismy jsou plně slučitelné s teorií Madurova pluralismu. Jejich konkrétní aplikace ÚS však nikoliv. V případě doktríny *Solange* nesourodost vyplývá dokonce již ze stejného rozhodnutí, ve kterém byla formulována.

Výsledkem je, že tato nesourodost široce kontrastuje s jinými argumenty, které by bylo možno označit jako pluralistické. Takovými argumenty jsou např. přístup k přezkumu implementačních předpisů, eurokonformní výklad, částečně i chápání suverenity.

Pokud by bylo možné mluvit o judikatuře ÚS jako, alespoň do určité míry, respektující principy ústavního pluralismu, pak by to bylo do doby vyhlášení nálezu *Slovenských duchodů*. V tomto rozhodnutí ÚS popřel svůj, do té doby relativně vstřícný, přístup k Soudnímu dvoru a právu EU obecně. V tomto případě totiž nerespektoval ani jeden ze tří principů ústavního pluralismu. Princip *koherence* porušil tím, že nepodáním předběžné otázky nenavázal tolik potřebný dialog s SDEU a o žádný smířlivý dialog se nepokusil ani v odůvodnění. Tím, že zasáhl jako *ultima ratio* způsobem, který byl v rozporu s přístupem, jakým tento mechanismus aplikují jiné evropské soudy, zejména BVerfG, a tento svůj postup nedostatečně odůvodnil, porušil princip *univerzality*. Princip *pluralismu* porušil ÚS souhrnem těchto postupů, jejichž následkem bylo porušení doktríny, jejímž smyslem bylo právě udržovat evropský právní systém, resp. vztahy s SDEU a jinými evropskými soudy, v rovnováze. ÚS navíc nepoužil žádný jiný mechanismus, aby takovému narušení předešel a harmonii zachoval, tedy např. předběžnou otázku.

¹³⁰ Vice např. v SADURSKI, Wojciech. „Solange, chapter 3“: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union. *European Law Journal*. 2007, Vol. 14, No. 1, s. 1–35.

Na základě výše řečeného lze tedy vnímat toto rozhodnutí jako exces, neboť je naprosto v rozporu s předchozí judikaturou ÚS, která byla vybudována na spíše tolerantním přístupu k právu EU. Tomuto závěru nasvědčuje i to, že v tomto rozhodnutí nehrály roli nejspíše jen argumenty právní.¹³¹ Jak již bylo v práci několikrát zmíněno, v rozhodnutích ÚS je vidět značný vliv metodologie BVerfG. Problémem této metodologie je však to, že upřednostňuje formulaci obecných principů před konkrétními pravidly, které by byly schopny vyřešit všechny budoucí spory mezi právními řády. Tyto obecné principy jsou vyjádřeny velice abstraktně a nejednoznačně, např. v rozhodnutích *Solange II* či *Maastricht*.¹³² Z. Kühn v návaznosti na to v roce 2007 vyjádřil myšlenku, že teprve až čas ukáže, jak budou tyto složité principy následovány a pochopeny novými členskými státy, které přistoupily k EU v roce 2004.¹³³

Na toto tvrzení můžeme navázat a uzavřít, že v případě ÚS ČR byly sice tyto doktríny formálně implementovány do jeho judikatury, nicméně materiálně zůstaly nepochopeny. Přes všechna svá rozhodnutí, ve kterých BVerfG zpochybňoval základní principy práva EU, totiž tento soud nikdy skutečně nezpůsobil podstatnou újmu aplikaci práva EU v Německu.¹³⁴

Tento článek vznikl v rámci řešení projektu Studentské grantové soutěže Univerzity Palackého v Olomouci: Princip tolerance v rámci fungování Evropské unie – od teoretického konceptu k praxi (č. IGA_PF_2014_003). Autor by chtěl poděkovat za cenné rady JUDr. Ondřeji Hamulakovi, Ph.D.

David Kopal

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

¹³¹ KOMÁREK, J. Playing with matches: The Czech Constitutional Court..., s. 333–334.

¹³² KÜHN, Zdeněk. The European Arrest Warrant, Third Pillar Law and National Constitutional Resistance/Acceptance: The EAW Saga as Narrated by the Constitutional Judiciary in Poland, Germany, and the Czech Republic. *Croatian Yearbook of European Law & Policy*. 2007, Vol. 3, s. 131.

¹³³ *Ibid.*, s. 133.

¹³⁴ *Ibid.*

Daniel Šmihula

EFEKTÍVNOSŤ SPOLOČENSKÝCH ORGANIZÁCIÍ, PRÁVNÝCH SYSTÉMOV A ICH KOLAPS

Abstrakt: Článok sa venuje otázke posudzovania účinnosti právnych a iných spoločenských systémov z pohľadu matematicko-štatistických zákonitostí. (Nie z pohľadu zaužívanej „ekonomickkej analýzy práva“, pre ktorú táto závisí od obsahu práva.) Autor sa domnieva, že v prípade rastu počtu prvkov v systéme (urátane právnych noriem v právnom systéme) náklady na systém rastú rýchlejšie než príjem zo systému. V jednom momente preto celkový zisk zo systéme začne klesať, lebo nové pridané prvky už spôsobujú pokles celkového zisku. Ak takýto vývoj pokračuje, dosiahne sa stav, keď náklady prevýšia príjmy a systém môže skolabovať. Takémuto vývoju je možné zabrániť len zvyšovaním kvality jednotlivých prvkov a znižovaním nákladov na ich činnosť. Právny systém nie je vylúčený z pôsobenia týchto zákonitostí. Znamená to, že zvýšená legislatívna činnosť a produkcia nových a nových právnych noriem – v prípade ak nedôjde ku kvalitatívnej revolúcii – začne znižovať funkčnosť a efektívnosť právneho systému, ktorý môže dokonca skolabovať.

Kľúčové slová: efektívnosť právneho systému, matematicko-štatistické zákonitosti fungovania systému, kolaps spoločenských systémov, inovácia a reformy práva

ÚVOD

Úvahy o merateľnosti užitočnosti a efektívnosti¹ spoločenskej organizácie, štátu, práva, a podobne sú plne legitímne a nie úplne nové. V zahraničí z novších prác sú najznámejšie napr. teórie Jamesa M. Buchanana², Jareda Diamonda³ alebo Josepha A. Taintera⁴ a v českých a slovenských pomeroch takéto myšlienky rozvíjal napr. Tomáš Richter⁵ i Klára A. Samková.⁶ Pri troche úsilia ich vieme vysledovať v nejakej podobe takmer počas celých dejín myslenia o spoločnosti.⁷

Nie je dôvod sa pokusu o takúto analýzu vyhýbať v oblasti teórie práva a štátovedy. A skutočne, ani právnej teórii nie sú takéto prístupy neznáme.⁸ Označujú sa obyčajne

¹ Efektívnosť v najširšom slova zmysle, nie vždy jednoznačne vyčísliteľnej v peniazoch – napr. ako pomer slasti, ktorú človek získava z nejakej aktivity voči miere námahy, ktorú musí vynaložiť na jej získanie. (K tomu pozri aj: ŠMIHULA, Daniel. *Evolúcia práva*. Bratislava: Epos, 2013, s. 32–33.) Ak aj v oblasti riadenia spoločnosti obyčajne hovoríme o lepších a hroších alternatívach, znamená to, že minimálne intuitívne ich nejako kvantifikujeme.

² BUCHANAN, James M. *Hranice slobody*. Bratislava: Archa, 1996.

³ DIAMOND, Jared. *Collapse*. London: Penguin Group, 2011.

⁴ TAINTER, Joseph. *Kolapsy složitých společností*. Praha: Nakladatelství Dokořán, 2009.

⁵ RICHTER, Použití (mikro)ekonomické metodologie při tvorbě a interpretaci soukromého práva. Praha: Institut ekonomických studií, Fakulta sociálních věd, Univerzita Karlova, 2008.

⁶ Pozri: VESELÁ SAMKOVÁ, Klára A. *Ochrana lidských práv (se zřetelem na jejich původ), disertační práce*. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2008.

⁷ Pozri: POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994, s. 13–115, Jednou z takých teórií bol napr. utilitarizmus Jeremyho Benthamu.

⁸ Pozri napr. ENGEL, Gerhard. Normen und Nutzen. Normenentstehung und Normbefolgung aus ökonomischer Perspektive. In: Ernst-Joachim Lampe (ed.). *Zur Entwicklung von Rechtsbewusstsein*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, s. 71–110, COOTER, Robert – ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1997, MERCURO, Nicholas – MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006 alebo POSNER, R. *The Economics of Justice* a POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: ASPEN, 2003.

ako „ekonomická analýza práva“.⁹ V danom kontexte to (v oblasti práva) znamená predovšetkým skúmanie „...racionálnej voľby v reálnom svete – v našom svete – v ktorom sú zdroje vzhľadom na ľudské potreby obmedzené“.¹⁰ Pričom takáto analýza vychádza z predpokladu, že človek sa snaží o „...racionálnu maximalizáciu svojich snáh a svojho uspokojenia – teda toho, čo budeme nazývať osobnou výhodou“¹¹ („rational choice theory“).

Na druhej strane sme povinní si byť vedomí aj iracionálnych, ekonomicky nevýhodných spôsobov ľudského správania – avšak spôsobov človeku a jeho psychológii vlastných.¹² „Je proste príliš veľa hodnoverných experimentálnych dôkazov, že jednotlivci často konajú spôsobom nezlučiteľným s predpokladmi teórie racionálnej voľby.“¹³

Oba prístupy je vhodné navzájom dopĺňať, pretože ľudská bytosť má obe zložky: racionálnu aj iracionálnu. (O istú syntézu medzi nimi sa pokúša tzv. behaviorálna teória práva.)

Nepriamo opodstatnenosť merania „prospechu z práva“ nutne vyplýva aj z rôznych utilitárnach teórií podstaty práva („Právo tu je, lebo je na niečo užitočné.“), veď dualizmus pojmov „užitočnosť“ – „neužitočnosť“ vyžaduje nejakú kvantifikáciu a jej meranie.

Tieto ekonomické (a tiež behaviorálne) analýzy práva obec právnikov prijíma nezriedka pomerne rozpačito.¹⁴ Často sú vnímané ako antietické a protirečiacie podstate práva, ktoré sa má usilovať o spravodlivosť bez ohľadu na všetko ostatné.¹⁵ Právo sa má podľa

⁹ Pozri napr.: KAPLOW, Louis – SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. In: *Economics and Business Discussion Paper Series (Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics)*. Paper 251 [online], 1999 [2013-11-22]. Dostupné z: <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/251>.

¹⁰ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: ASPEN, 2003, s. 3.

¹¹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, s. 3 Na rozdiel od Richarda Posnera nie som však osobne presvedčený, že človek koná vždy racionálne. V ľudskej povahe je vždy aj čosi iracionálne, temné a nezriedka autodeštruktívne.

¹² Pozri: KOROBKIN, Russle B. – ULEN, Thomas S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, *California Law Review*, 2000, roč. 88, č. 4, s. 1053–1145.

¹³ KOROBKIN, R. B. – ULEN, T. S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, s. 1055.

¹⁴ „Mnohí právnici sa naďalej domnievajú, že ekonomická teória – to je skúmanie inflácie, nezamestnanosti, cyklov ekonomickej aktivity a iných záhadných makroekonomických fenoménov vzdialených od každodennej reality právneho systému.“ (POSNER, R. *Economic Analysis of Law*).

¹⁵ Ku kritike takéhoto idealizmu pozri: MATTEI, Ugo A. – ANTONIOLLI, Luisa – ROSSATO, Andrea. *Comparative Law and Economics*. In: *Encyklopédia of Law and Economy* [online], 1999 [2013-04-27]. Dostupné z: <<http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>>, s. 513 a ULEN, Thomas S. *Rational Choice Theory in Law and Economics*. In: *Encyklopédia of Law and Economy* [online], 1999 [2013-04-27]. Dostupné z: <<http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf>>, s. 797.

Pritom nie je jasné, prečo by jednotlivci i spoločnosť nemohli považovať spravodlivosť za komoditu podobnú všetkým ostatným a teda aj oceniteľnú a porovnateľnú. Nie sú ľudia ochotní za nespravodlivosť prijať finančnú kompenzáciu? Nezmeria sa s istou nespravodlivosťou, keď vidia, že zápas za spravodlivosť by im mohol spôsobiť nejakú ujmu? Pričom je zrejme, že vo svojej mysli museli spraviť nejaké porovnanie medzi hodnotami – hoci zdánlivo neporovnateľnými – napr. časom a finančnému prostriedkami venovanými prípadného súdneho procesu a psychologickému pocitu krivdu. Výsledok uplatňovania práva tak môže byť porovnávaný s nákladmi potrebnými na jeho dosiahnutie (čas, práca, energia, peniaze, citová angažovanosť, iné materiálne a nemateriálne statky). Spravodlivosť je tak abstraktnou kategóriou len v teórii. V praxi je v zásade oceniteľná mierou toho, čo na jej dosiahnutie sú ľudia ochotní obetovať.

To isté platí aj pre také kategórie ako „poriadok“ alebo „dodržiavanie a vynútiteľnosť práva“. Pri absencii verejného poriadku predsa vznikajú aj zjavne materiálne škody (nepokoje, rabovanie, zranenia), ktoré sú finančne vyčísliteľné a organizácia, ktorá im dokáže zabrániť (napr. štát a jeho zložky) tak plne legitimizuje v očiach

takýchto názorov snažiť o „spravodlivosť“, ktorá je mimo hodnotenia prostredníctvom ekonomických kategórií. Je vcelku pravdepodobné, že negatívny postoj časti právnych teoretikov k analýze práva z pohľadu nákladov a výnosov je vyjadrením ich vlastných predstáv o výnimočnosti a vznešenosti fenoménu práva ako takého. Určite to platí predovšetkým pre tých, ktorí považujú právo za prejav akejsi vyššej spravodlivosti. K tomu musíme prirátat aj neracionálny odpor časti právnickej obce k matematickým vedám.¹⁶

Napriek takýmto postojom, v skutočnosti sme oprávnení hovoriť o legitímnosti analýzy práva z pohľadu nákladov a prínosov v najširšom slova zmysle vyplývajúcich z existencie konkrétnej podoby práva.¹⁷ Možnosť kvantitatívne merať a porovnávať náklady na „právo“ a výnosy z jeho existencie a aplikácie bola teoreticky i prakticky potvrdená.¹⁸

Meranie ekonomickej efektivity práva a iných systémov vychádza, samozrejme, z predstavy o tom, že voči každému systému existujú alternatívy (je čo porovnávať – statický prístup) a právo sa v priebehu času mení a vyvíja (dynamický prístup – porovnávajú sa jednotlivé štádia vývoja).¹⁹

Aj právo a tiež proces jeho aplikácie teda môžeme posudzovať z pozície materiálnych hodnôt a teda uplatniť naň ekonomický pohľad.²⁰ Metódy používané pri štúdiu ekonomického života tak môžu byť uplatnené v širšom kontexte, hoci nie vždy sme schopní uvedené materiálne hodnoty (výnosy a náklady) vyčíslit finančne. Takýto prístup však predpokladá, že:

- a) človek je bytosť v zásade racionálna a má prirodzený sklon maximalizovať zisk.²¹
- b) právny systém nie je daný nejakou vyššou mocou a je meniteľný (napr. môže sa meniť obsah noriem a aj ich počet).

spoločnosti náklady, ktoré sú na ňu vynakladané. Pri vysokej miere právnej neistoty (napr. keď nebudú mať mechanizmus na vynútenie záväzkov alebo pri absencii noriem bude správanie partnerov nepredvídateľné) ľudia opatrne vstupujú do zmluvných vzťahov, viazne tak podnikanie a ekonomický život, pri každej transakcii zúčastnení do nákladov zarátavajú aj kompenzáciu zvýšenej miery rizika a pod. Istotne preto ocenia existenciu systému súdov a polície, ktoré ich tohto zvýšeného rizika zbavia.

¹⁶ „...strach z neznámych a predovšetkým obava z matematiky, jež byla ostatně u podstatné části příslušníků profese (mně nevymámaje) důležitým faktorem při volbě studijního oboru.“ (RICHTER, *Použití (mikro)ekonomické metodologie při tvorbě a interpretaci soukromého práva*, s. 1–4).

¹⁷ Používajú sa aj pojmy „verejné dobro“, „verejné náklady“ a pod.

¹⁸ K tomu pozri bližšie: MCADAMS, Richard H. *Experimental Law and Economics*. In: *Journal of Law and Economics* [online], 1999 [2013-04-27]. Dostupné z: <<http://encyclo.findlaw.com/0570book.pdf>>. Predstavy o kvantifikovaní výsledkov a nákladov v oblasti aplikácie práva sa uplatňujú aj v rôznych „teóriách hier“ a analýzach správania pri aplikácii práva z psychologického a behaviorálneho pohľadu. Pozri napr. DUŠEK, Libor – TSUCHIMITO, Fusako, Responses to more severe punishment in the courtroom: Evidence from Truth-in-Sentencing laws, *CERGE-EI working paper*, 2009, č. 403, s. 1–29.

¹⁹ MATTEI, U. A. – ANTONIOLLI, L. – ROSSATO, A. *Comparative Law and Economics*, s. 507.

²⁰ „...ekonomická veda je dôležitým nástrojom analýzy širokého okruhu právnych otázok, no súčasne väčšina právnikov a študentov práva – dokonca celkom talentovaných – sa stretáva s ťažkosťami pri pokusoch prepojiť ekonomické princípy s konkrétnymi právnymi problémami.“ (POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, s. 3). Pozri aj: COOTER, Robert – ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1997, s. 3–9.

²¹ POSNER, R. *The Economics of Justice*, s. 3 a 49. a RICHTER, T. *Použití (mikro)ekonomické metodologie při tvorbě a interpretaci soukromého práva*, s. 2–10. Na druhej strane si trúfam povedať, že racionalita ľudského správania je veľmi špecifickou otázkou. Uvedený pojem „zisk“ či „výnos“ môže mať aj podobu dobrého pocitu, prestíže, rastu súdržnosti danej spoločnosti a pod., teda kategórií, ktoré sa iným jednotlivcom môžu zdať absurdné. Treba si byť vedomý aj toho, že ľudské správanie je navyše v konkrétnych prípadoch nezriedka náhodné, bez dostatočného poznania skutočností a bez postrehnuteľnej logiky či výhodnosti. Uvedená

Otázku „ekonomiky“ (náklady a prínosy) samotného právneho systému a právnych noriem²² načrtli v šesťdesiatych rokoch Ronald Coase²³ a Guido Calabresi.²⁴ Správne brali do úvahy aj širšie náklady a prínosy než len ekonomické a aj počítali s tým, že právna norma vyžaduje isté náklady. Taktiež dospeli k sformovaniu predstavy o efektívnosti právnej normy a právneho systému ako pomeru výnosov a nákladov. Táto teória sa nazýva ako „ekonomická teória práva“.²⁵

No aj ich analýzy a analýzy ich nástupcov sa týkali predovšetkým zavedenia konkrétnych noriem alebo sociálnych a ekonomických dôsledkov jednotlivých konkrétnych rozhodnutí v procese aplikácie práva. Pričom za hlavné faktor vplyvajúci na efektívnosť považovali obsah (kvalitu) normy alebo súboru noriem.

Takto nastavené hranice neprekročili ani ich nasledovníci²⁶ a ani Richard Posner vo svojom monumentálnom diele *Ekonomická analýza práva alebo Ekonómia spravodlivosti*.²⁷

Táto štúdia sa však pokúša sprostredkovať menej bežný pohľad. Pretože ak väčšinou – ako bolo vyššie uvedené – boli úvahy o efektívnosti právnych systémov založené na porovnaní ich obsahu (kvalitatívny prístup)²⁸ – teda aký vplyv na náklady a výnosy z existencie a udržiavanie právneho systému má obsah jeho noriem – tak v nej bude základom takýchto úvah kvantitatívna matematicko-štatistická analýza univerzálnych zákonitostí systémov ako takých (bez ohľadu na druh) s aplikáciou všeobecných zistení aj na právny systém. A to nezávisle na samotnom obsahu jeho právnych noriem.

Na úvod je tiež azda vhodné spomenúť, že vychádza skôr z pozitivistckej predstavy o práve ako konkrétnom, ohraničenom a definovanom súbore platných a používaných právnych noriem. Taktiež plne berie do úvahy aj častú iracionálnosť ľudského správania a to, že jednotlivci a spoločnosť sa nie vždy rozhodnú správať podľa „teórie racionálnej

zákonitosť smerovania k „ekonomicky“ racionálnemu správaniu je pozorovateľná skôr vo väčších štatistických súboroch v rámci dlhšieho času. (Neracionálne správanie je s istým časovým odstupom vyhodnocované ako neefektívne a tak korigované, resp. jednotlivci so sklonom k „ekonomicky“ neracionálnemu správaniu, ktorí mrhajú zdrojmi a energiou sa vlastne sami vyradujú z ďalšej reprodukcie a nezriedka i života.) Behaviorálna ekonómia opisuje aj iné prejavy neracionálneho správania nepochopiteľného z ekonomického pohľadu, pričom jeho korene sú psychologické. Kategórie „zisku“ a „prospechu“ vieme ako-tak exaktne definovať azda len v materiálnej oblasti. K tomu pozri aj: KOROBIKIN, R. B. a ULEN, T. S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, s. 1061.

²² POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, s. 23–24.

²³ Základný článok: COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. 1960, roč. 1960, č. 3 (1), s. 1–44. K tomu pozri aj: MEDEMA, Steven G. – ZERBE, Richard O. Jr. The Coase Theorem, [online], 1999 [2013-10-27]. Dostupné z: <<http://www.ppge.ufrgs.br/GIACOMO/arquivos/dirp162/medema-zerbejr-2000.pdf>>.

²⁴ CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, 1961, roč. 1961, č. 70 (4), s. 499, K tomu pozri aj: POSNER, R. *The Economics of Justice*, s. 4.

²⁵ Do súčasnosti sa významne rozvinula a analyzuje napr. správanie subjektov v oblasti zodpovednosti za škodu, vlastníckeho a zmluvného práva i samotný proces aplikácie práva vrátane jeho vynucovania. V praxi sa snaží odpovedať na dve základné otázky: „...aký majú právne normy vplyv na správanie relevantných subjektov? A sú tieto dôsledky právnych noriem sociálne želané?“ Pozri: KAPLOW, L. – SHAVELL, S. *Economic Analysis of Law*, s. 1–3.

²⁶ Napr. Mattei, Antonioli a Rossato, pozri: MATTEI, U. A. – ANTONIOLLI, L. – ROSSATO, A. *Comparative Law and Economics*, s. 507.

²⁷ POSNER, R. *Economic Analysis of Law* a POSNER, R. *The Economics of Justice*.

²⁸ Napr. ako rozdielne podoby vlastníckeho práva v rozdielnych spoločnostiach vplyvajú na spoločensko-ekonomickú život, jeho efektívnosť a rozvoj.

voľby“ a podľa toho, čo je pre nich z materiálneho pohľadu výhodné. Ich správanie je určované aj inými faktormi: tradíciou, ideológiou, altruizmom, nedostatočným poznaním, predstavami o hodnotách, morálkou, strachom a inými emóciami, nesprávnym zhodnotením situácie, nemožnosťou spraviť nejaké rozhodnutie, pretože by muselo zohľadniť nadmerný a neobsiaditeľný počet faktorov atď.²⁹

Ale aj takéto vedomý či nevedomý odklon od ekonomickej racionality, sa samozrejme prejaví aj na efektívnosti systému, ktorá je objektívnou kategóriou. A ktorej dôsledky sa v praktickom živote prejavujú aj v situácii, keď jej význam je popieraný.

Pohľad na právny systém, ktorý bude uvedený v tomto článku, nemožno stotožňovať s teóriami o vzťahu práva a ekonomiky, ktoré sú populárne predovšetkým v anglosaských krajinách a za ktorých zakladateľa je považovaný predovšetkým Henry Manne.³⁰ (Ide o „efektívne teórie univerzálneho práva“.) Tie sa zaoberajú najmä pôsobením konkrétnych právnych noriem na fungovanie ekonomiky (jej rast, resp. úpadok).³¹ Tento vplyv práva na ekonomiku je už tiež všeobecne akceptovaný,³² ale nemá priamy vzťah k predmetu tejto štúdie.

1. MERATEĽNOSŤ EFEKTÍVNOSTI FUNGOVANIA

Efektívnosť je obvyčajne vnímaná ako vyjadrenie nejakej miery užitočnosti výsledku vzhľadom na vstupné náklady (input-y). V konštantných podmienkach je maximálna efektívnosť dosiahnutá pri maximálnej možnej miere získanej „užitočnosti“ (output-u).³³

Idea merateľnosti efektívnosti práva pomocou ekonomických parametrov nie je ani právnej teórii cudzia.

No v minulosti sa zamerala predovšetkým na merania efektívnosti jednotlivých reformných krokov (hlavne zavedenie nových noriem). Venovala sa teda skôr jednotlivým normám než systému a pomer výnosov a nákladov odvodzovala od obsahu normy, alebo schopnosti spoločnosti ju akceptovať.³⁴ Aj v prípade úvah o efektívnosti systémov, sledovaným parametrom bol ich obsah a „kvalita“ – nie ukazovatele kvantitatívne (napríklad veľkosť či zložitosť), tak ako sú predmetom tejto štúdie.³⁵

²⁹ K tomu pozri: KOROBKIN, R. B. – ULEN, T. S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*.

³⁰ Pozri: POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, s. 26 a 273–404.

³¹ K tomu pozri aj: SOTO, Hernando de. *Mystérium kapitálu*. Praha: Rybka Publishers, 2007 a MÉNARD, Claude – MARAIS, Bertrand du. Can We Rank Legal Systems According to Their Economic Efficiency? *Journal of Law & Policy*, roč. 26, č. 55, [2013-04-25]. Dostupné z: <http://law.wustl.edu/Journal/26/MenardduMarais.pdf>.

³² Pozri napr.: GORDON, Richard L. Law and Macroeconomics. In: *Encyklopédia of Law and Economy* [online], 1999 [2013-04-27]. Dostupné z: <http://encyclo.findlaw.com/0620book.pdf>, V zásade ho uznáva aj väčšina ekonómov a dokonca ich analýza dejín ekonomického života do veľkej miery vychádza z predpokladu, že politický, inštitucionálny a právny rámec determinujú vývoj ekonomiky (pozri napr.: MADDISON, Angus. *Contours of the World Economy, 1-2030 AD*. Oxford: University Press, 2007 a RICHTER, Použití (mikro)ekonomické metodologie při tvorbě a interpretaci soukromého práva, s. 18).

³³ POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, s. 11–18.

³⁴ Napr.: ENGEL, G. *Normen und Nutzen. Normenentstehung und Normbefolgung aus ökonomischer Perspektive*, s. 95–99. Engel tvrdil, že právna norma sa presadí vtedy, ak je „výhodná“ – to znamená, že náklady na jej aplikáciu a vynucovanie sú nižšie než jej prínos. Toto odvodzuje najmä od obsahu právnej normy. Je zaujímavé, že nepostúpil k úvahám o efektívnosti celého právneho systému.

³⁵ Pozri napríklad: MATTEI, U. A. – ANTONIOLLI, L. – ROSSATO, A. *Comparative Law and Economics*.

Pre naše potreby môžeme efektívnosť fungovania spoločenských systémov vrátať na ich súčasti (napr. normatívnych systémov a medzi nimi tiež práva) vyčíslieť podľa pomeru prínosov a vložených nákladov na ich udržiavanie, resp. vynucovanie.³⁶ A to podľa vzorca:

$$\text{miera efektívnosti} = \frac{\text{prínos z existencie systému}}{\text{náklady na systém}}$$

Pokiaľ je toto číslo vyššie ako 1, daný systém je pre spoločnosť prínosom. Ak menšie než 1, stráca sa ekonomický zmysel udržiavania takého systému resp. jeho súčastí.

Miera efektívnosti závisí od:

- a) konkrétnych obsahových kvalít systému (čo bolo podrobne analyzované už viacerými autormi),
- b) ale v značnej miere aj od zákonitostí fungovania systémov (zložených z viacerých prvkov) ako takých, a ktorých dôsledky pre právny systém neboli doteraz dostatočne preskúmané.

Efektívnosť systémov (napr. aj právnych) nie je nejaká abstraktná kategória. Má dôsledky na konkurencieschopnosť spoločností, ktoré ich aplikujú a využívajú a v konečnom dôsledku aj na ich šance na prežitie.³⁷

2. PASCA KOMPLEXITY (ZLOŽITOSTI)

Joseph A. Tainter³⁸ vo svojej knihe Kolaps zložitých spoločností sa priamo snaží odpovedať na otázku, prečo niektoré veľké ríše sa v jeden moment doslova „zložili“ a rozsypali.

Tainter tvrdí, že to je práve dôsledkom toho, že náklady na ich správu, obranu a udržiavanie presiahli v jednom momente ich príjmy. Kolaps bol tak vlastne dosiahnutím efektívnejšej hladiny fungovania na nižšej úrovni zložitosti a veľkosti.³⁹

Uvádza dobrý príklad teritoriálneho rastu ríše: Vychádza z predpokladu, že správa každej jednej provincie je asi rovnako nákladná, no príjmy z provincií rovnaké nie sú. Ako sa štát šíri, logicky obsadzuje najprv najbohatšie územia, takže zisk z expanzie je veľký a expanzia sa legitimizuje ako efektívny spôsob existencie. Postupne sú pripájané čoraz chudobnejšie provincie a ekonomická efektívnosť fungovania celku klesá. (Nazýva sa to fenomén poklesu medzných výnosov.)⁴⁰

V jednom momente dokonca začnú byť zo zotrvačnosti pripájané také provincie, ktorých správa a obrana je drahšia než príjmy z nich. Expanzia však obyčajne pokračuje,

³⁶ Tento jednoduchý vzorec možno odvodiť aj z Posnerovho slovného opisu. Pozri: POSNER, R. *The Economics of Justice*, s. 6 a 88–93.

³⁷ Pozri: ŠMIHULA, D. *Evolúcia práva*, ENGEL, G. *Normen und Nutzen. Normenentstehung and Normbefolgung aus ökonomischer Perspektive* a ENGEL, G. *Normen und Nutzen. Normenentstehung and Normbefolgung aus ökonomischer Perspektive*, s. 102–106. K významu konkurencie aj: POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, s. 7.

³⁸ Britský historik – jeho uvedená kniha od roku 1988 mala len v Británii sedemnást vydaní.

³⁹ TAINTER, J. *Kolapsy složitých společností*, s. 57–58.

⁴⁰ TAINTER, J. *Kolapsy složitých společností*, s. 253–282.

pretože začala byť vnímaná ako hodnota sama o sebe, ako osvedčená tradícia, či jedno-
ducho vznikla skupina ľudí, ktorá sa stala na nej závislou (vojaci, úradníci) a žije z nej.
Celkové fungovanie ríše môže byť ešte ziskové a expanzia a správa chudobných provin-
cií je tak subvencovaná z bohatších častí impéria.

Pripájaním ďalších chudobných provincií zrazu nastane stav, keď nie len ekonomická
efektivita z ovládania každej novej pripojenej provincie bude menšia než 1,00, ale eko-
nomická efektivita impéria ako celku vzhľadom na množstvo „stratových“ provincií
poklesne pod túto hodnotu. Náklady na impérium prevýšia príjmy z existencie impéria
plynúce. V tom momente z ekonomického pohľadu stratí zmysel a hrozba dezintegrácie
sa stáva akútnou.

Príklad s pripájanými provinciami bol veľmi názorným. Vývoj nemusí mať vždy
takúto priamočiaru podobu. Miesto teritoriálneho rastu môže dochádzať k zvyšovaniu
zložitosti organizácie spoločnosti, rastu inštitucionálnej komplexnosti, zväčšovaniu
byrokratického aparátu a pod.

Takýto rast zložitosti je nezriedka paradoxne práve prejavom úsilia dosiahnuť vyššie
zisky, prekonať krízu a stagnáciu a zjednodušené povedané dosiahnuť vyššie príjmy,
vyššiu spoločenskú užitočnosť. Skutočné náklady sú totiž obyčajne zastreté a nie je ich
vidieť (neskôr vysvetlíme prečo). Naopak, takýto rast zložitosti alebo veľkosti (čohokoľ-
vek – štátnej byrokracie, územia, rozsahu zásahov a regulácií verejne moci, právneho
systému) sa zdá byť legitimizovaný skúsenosťou z minulosti, pretože v minulosti (avšak
pri nižšej hladine zložitosti) sa osvedčil. Nie je to však pravda v novej situácii.

Dobre si to ukážeme na nasledujúcom príklade:

Predstavme si, že existuje nejaký štát so svojou sieťou štátnych úradov a inštitúcií.
Dajme tomu ich počet je n . Každý úrad vykonáva priemerné kvantum užitočnej práce
vo veľkosti Q .

Spolu teda vykonajú $n \times Q$ práce.

V jednom momente sa vedenie štátu rozhodne, že v niektorej odvetvovej oblasti do-
vtedy zanedbávanej (napr. v školstve) sa nakopili problémy a že najlepšie, ako ich riešiť,
je založiť nový úrad (napr. na kontrolu kvality vyučovacieho procesu).

Tak sa stane a vznikne nový úrad s poradovým číslom $n+1$. V štáte je teraz $n+1$ úradov,
ktoré vykonávajú objem užitočnej práce vo veľkosti $(n+1) \times Q$.

Potom sa príde na to, že tu je ďalšia oblasť, ktorá zostáva nepokrytá a kde je potrebné
zriadiť ďalšiu v zásade užitočnú inštitúciu – napr. vládny inštitút na sledovanie uplatni-
teľnosti absolventov škôl a následné navrhovanie zmien zastúpenia jednotlivých študij-
ných odborov.

V štáte je teraz $n+2$ úradov. Vykonajú $(n+2) \times Q$ užitočnej práce.

Zamyslime sa teraz nad tým, ako to je s nákladmi na celý systém a jeho efektívnosťou.

Objem užitočnej práce celého systému (ako bolo uvedené) je $n \times Q$. (Premenná n je
aktuálny počet úradov.)

Náklady celého systému však sú predstavované dvoma zložkami:

- sumou nákladov na udržiavanie jednotlivých úradov.
- nákladmi na zabezpečenie ich koordinácie a fungovania systému ako celku.

Náklady na udržiavanie počtu n jednotlivých úradov, pričom náklady na jeden úrad
majú výšku B sa dajú vyjadriť jednoducho: $n \times B$.

A následne rastom počtu úradov rastie lineárne ako $(n+1) \times B$ a $(n+2) \times B$ atď. Predpokladajme pri tom, že prínos z každého individuálneho úradu je väčší než náklady naň.

No **náklady na celý systém a jeho fungovanie** sa nedajú odvodiť len z nákladov na udržanie jednotlivých jeho prvkov. Tieto prvky totiž musia spolu kooperovať alebo jednoducho ich činnosť musí byť nejako zosúladená (napr. vznikom inštitúcií zameraných vyslovene na koordináciu ostatných). Musí dochádzať k spracovávaniu informácií o fungovaní systému a pod.⁴¹ Vznikajú tak náklady na koordináciu celého systému, ktoré zväčšovaním systému, rastom jeho zložitosti a pridávaním nových prvkov taktiež rastú.⁴²

Môžeme sa dôvodne domnievať, že náklady na túto kooperáciu a udržiavanie vzťahov medzi nimi závisia nie od jednoduchého počtu prvkov ale od počtu väzieb medzi nimi. Ak označíme náklady vyplývajúce z každej takejto väzby pomocou konštanty k , tak náklady na systém ako fungujúci celok sa dajú vyjadriť funkciou $k \times n \times (n - 1) / 2$.

Pri $n + 1$ jednotiek (prvkov) to je $k \times (n + 1) \times n / 2$.

Pri $n + 2$ inštitúciách (prvkoch, jednotkách systému) to je $k \times (n + 2) \times (n + 1) / 2$. atď.

V zásade platí, že počet väzieb medzi inštitúciami rastie rýchlejšie ako počet samotných inštitúcií.

Pri náraste počtu inštitúcií pri začiatočnom počte n o 1 počet väzieb narastie o n . Pri náraste počtu inštitúcií o 2, je tento nárast už o $2n + 1$, pri náraste o 3 o $3n + 3$ atď.

Nerastie teda o konštantnú hodnotu. Pokiaľ počet inštitúcií rastie aritmetickým radom, počet väzieb medzi nimi radom geometrickým a teda výrazne rýchlejšie.

Môžeme sa, pravda, pýtať, či napr. nerastie v systéme aj jeho synergický efekt, ktorý by kompenzoval rast zložitosti systému. Zrejme áno – no na základe empirickej skúsenosti sa môžeme domnievať, že tento synergický efekt je menší než nárast nákladov vyplývajúcich z rastu zložitosti systému: Nový úrad napríklad uľahčí prácu dvom – trom ďalším úradom, no sťažuje prácu všetkým – napríklad v pripomienkovom konaní, pretože budú musieť zapracovávať aj jeho stanoviská.

Z uvedeného sme oprávnení odvodiť konštatovanie, že **pridávaním ďalších jednotiek do systému náklady na systém rastú rýchlejšie, než prínos zo systému**. Zjednodušene: čím viacej prvkov systém obsahuje, tým väčší podiel práce a nákladov pohlcuje samotné riadenie („obhospodarovanie“, koordinovanie) tohto systému.⁴³

Azda analogický prístup k posudzovaniu systémov možno nájsť v **ekonomickej teórii sieťových externalít** – podľa nej v istých situáciách kúpou nejakého výrobku zvyšujeme hodnotu aj iných výrobkov patriacich dokonca aj iným vlastníkom, ktoré sú s mojím výrobkom zosieťované. Napr. kúpou telefónu pre všetkých ostatných vlastníkov telefónu zvyšujem úžitkovú hodnotu ich vlastného prístroja, pretože môžu teraz volať jednému

⁴¹ TAINTER, J. *Kolapsy složitých spoločností*, s. 156–157.

⁴² BECKER, Gary S. – MURPHY, Kevin M. The Division of Labor, Coordination Costs and Knowledge, *The Quarterly Journal of Economics*, 1992, roč. 107, č. 4, s. 1138, 1153 a ROSEN, Sherwin. Authority, Control and the Distribution of Earnings. *The Bell Journal of Economics*, 1982, roč. 13, č. 2, s. 311–313.

⁴³ Empirické údaje k takémuto tvrdeniu poskytujú v dostatočnom rozsahu J. Tainter. Pozri: TAINTER, J. *Kolapsy složitých spoločností*, s. 137–160. Sklon byrokratickej organizácie k samovolnému rastu a súčasne klesaniu výkonnosti nie sú neznáme ani v učebnicovej literatúre. (MERCURO, N. – MEDEMA, S. G. *Economics and the Law*, s. 186–190). Vysvetľuje sa záujmom byrokratov na zväčšovaní vlastnej moci, snahou ovládnuť väčší podiel prostriedkov ale i nemožnosťou dostatočne merať efektívnosť a skutočnú užitočnosť administratívnej práce.

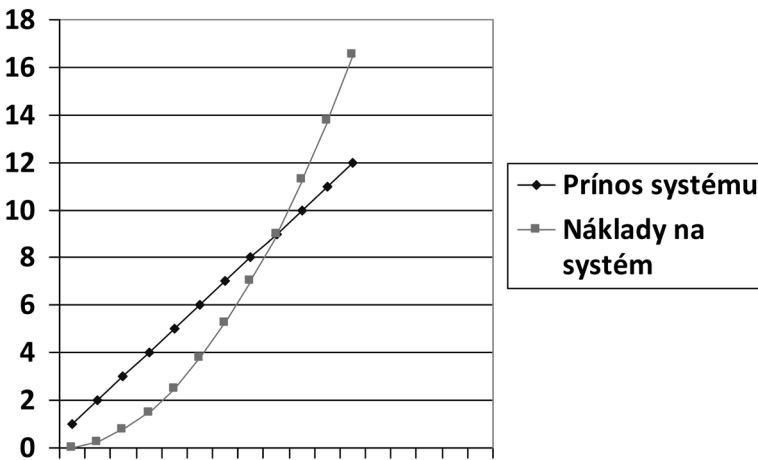
človeku viacej než mohli doteraz (pozitívna externalita). Podobne napr. kúpou dokonalejšieho počítača zvyšujem šance predajcov najmodernejšieho softwaru na jeho predaj a tak aj jeho cenu. A naopak, kúpou auta vo veľkom meste zvyšujeme pravdepodobnosť a veľkosť dopravných zápch, zväčšujeme problémy s parkovaním a tak znižujeme úžitkovú hodnotu všetkých ostatných automobilov pre ich doterajších vlastníkov! (negatívna externalita)⁴⁴ V našom prípade sa sieťová či systémová externalita uplatňuje negatívne: pridaním jedného prvku do systému navyše sa znižuje efektívnosť a výkonnosť všetkých ostatných (teda aj ich „hodnota“) a to bez toho, že by sa s akýmkoľvek z nich manipulovalo.

Rozdiel rýchlosti rastu prínosov a rastov môžeme znázorniť aj pomocou dvoch kriviek.

Prvou nech je **krivka rastu prínosov systému** podľa vzorca $(Q-B) \times n$, teda rastu množstva užitočnej práce podľa rastu množstva prvkov v systéme po odrátaní nákladov na udržiavanie každého prvku v systéme.

Duhou nech je **krivka nákladov na systém ako taký (na udržiavanie vzťahov medzi prvkami systému)** podľa vzorca $k \times n \times (n - 1) / 2$, pričom sme pre zjednodušenie už odrátali aj pozitívne vplyvy synergického efektu (Krivka sa „sploštila“ a jej nárast je menej strmý. No jej základný tvar a tendencia geometrického narastania sa nezmenili.

Ako výsledok máme nasledovný graf:



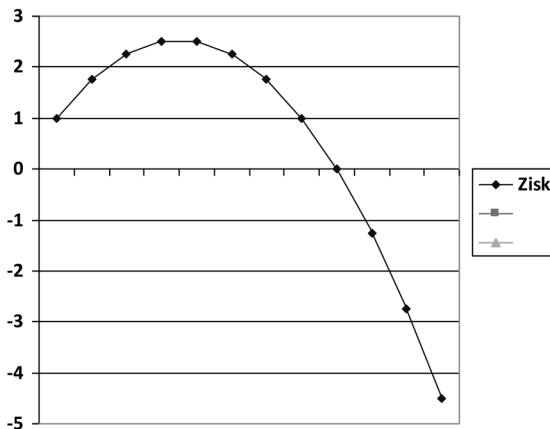
(Číselné údaje na osi y nie sú podstatné, slúžia len na orientáciu a porovnanie.)

3. BOD ZLOMU A BOD NULOVÉHO MEDZNÉHO VÝNOSU

Uvedený graf nám okrem iného ukazuje, že v jednom momente náklady presiahnu výnosy. Skutočná efektívnosť systému je potom nižšia než 1,00 a systém sa stáva ekonomicky neudržateľným a vlastne zbytočným. Dostal sa do fázy, keď hrozí kolaps.

⁴⁴ Pozri: PAGE, William H. – LOPATKA, John E. Network Externalities. In: *Encyklopedia of Law and Economy* [online], 1999 [2013-04-27]. Dostupné z: <http://encyclo.findlaw.com/0760book.pdf>.

Dobre to vidno aj na grafe vývoja celkového zisku zo systému:



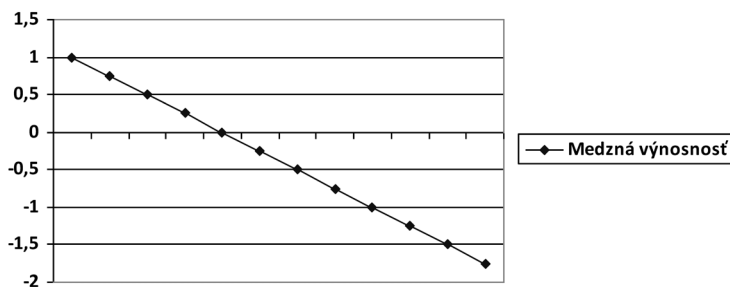
Tento graf je vyjadrením vzorca: $(Q-B) x n - k x n x (n-1) / 2$, kde k predstavuje koeficient nákladov na každú väzbu medzi všetkými možnými dvojicami prvkom.

Znie to zložito, ale graf vlastne ukazuje rozdiel (definovaný ako zisk) medzi prínosom zo systéme a nákladmi na jeho udržiavanie.

Spočiatku zväčšujúci sa systém prináša rast celkového zisku a potom jeho pokles, no stále zisk (efektívnosť je väčšia ako 1,00).

V jednom momente však krivka zisku dosiahne nulovú hodnotu (efektívnosť vtedy = 1,00). Tento moment môžeme nazvať „**bodom zlomu**“. Je to súčasne moment, keď sa pretnú krivka nákladov a krivka výnosov z predchádzajúceho grafu. Pokračujúcim rastom počtu prvkov systém neprodukuje zisk ale stratu (efektívnosť poklesne pod 1,00) a jeho existencia musí byť udržiavaná pomocou externých zdrojov. Alebo musí skolabovať.

Zaujímavou je aj **krivka poklesu hodnoty medznej výnosnosti**, ktorá je vlastne deriváciou krivky ziskovosti. Táto krivka stále klesá:



Pridávanie každého nového prvku znamená pokles hodnoty medzného výnosu. Rast ziskovosti sa tak začne spomaľovať až v jednom okamihu – nazvime ho „**bod nulovej medznej hodnoty**“ (nulového medzného výnosu) – sa zastaví a ďalej už pridávanie nových prvkov do systému v skutočnosti znižuje jeho celkovú ziskovosť. Bod nulového medzného výnosu je identický s „vrcholom“ krivky znázorňujúcej zisky na grafe vyššie.

Medzná hodnota ďalších prvkov už má zápornú hodnotu a zisky zo systému začnú klesať.

Spoločnosti však v takejto situácii zvyčajne nereagujú správne. Ak si aj spoločnosť uvedomí zníženie zisku a efektívnosti systému, snažia sa ich poklesu zabrániť spôsobom, ktorý fungoval doposiaľ – a to zväčšovaním systému a pridávaním nových prvkov – napr. v snahe niečo „doladiť“, „komplexne pokryť“ atď.

Spoločnosť môže pokračovanie takehoto systému podporovať napr. na základe toho, že si vôbec neuvedomí jeho neefektívnosť. Veď náklady sociálne, ekonomické, pracovné atď. sú obyčajne rozptýlene a skryté, resp. konkrétna spoločnosť je v takomto období (ako dlhodobá sa úspešne rozvíjajúci a rastúci štát) nezriedka vo veľmocenskom dominantnom postavení a tak nie je vystavená dostatočným konkurenčným tlakom.⁴⁵ Do úvahy treba vziať aj spoločenskú zotrvačnosť, tradície či nedostatok fantázie si predstaviť alternatívne modely existencie.

Každé ľudské správanie má svoje dôsledky opísateľné aj z ekonomického pohľadu. Avšak človek ani spoločnosť si ich nemusia byť v danom momente vedomí (pretože poznanie je obmedzené) a keby aj boli, z rôznych príčin sa rozhodnú toto poznanie ignorovať alebo uprednostniť iné ciele než ekonomickú efektívnosť.⁴⁶

Najvýznamnejšou príčinou však historicky zrejme kombinácia neschopnosti si uvedomiť potrebu zmeny politiky, pretože systém prestal byť efektívny, so sociálnym konzervativizmom.

V prvej fáze rozvoja systému totiž jeho rast zvyšoval ziskovosť systému. Pridávanie každého nového prvku zvyšovalo celkový výnos. Skúsenosť s týmto obdobím utvrdila predstavu, že zvýšenie zisku zo systému sa môže dosiahnuť pridávaním ďalších prvkov. (Veď vcelku racionálne sa očakáva, že správanie, ktoré sa osvedčilo v minulosti, sa osvedčí aj v budúcnosti.⁴⁷) Nebodaj vznikne v spoločnosti profesionálna či sociálna skupina s takýmto systémom spojená a na jeho existencii závislá (úradníci, právnici, kňazi, politici, akademici a pod.).

Obyčajne si nikto pri raste systému neuvedomí, že zväčšovaním systému klesá hodnota medzného výnosu⁴⁸ každého nového prvku, každej novej pridanej jednotky (spomeňme si na príklad s pripájaním čoraz chudobnejších provincií k impériu). Každá nová pridaná jednotka sama o sebe prispieva k celkovému rastu výnosu systému čoraz menšou mierou a od istého momentu dokonca tento výnos znižuje.

To pokračuje nezriedka až do momentu, keď sa dosiahne bod zlomu, po ktorom už prirodzene môže nasledovať kolaps.

Čo má ale spoločnosť robiť, keď nejaký jej systém bod zlomu alebo bod nulového medzného výnosu dosiahne? Je kolaps alebo prechod do stratovej nebodaj parazitickej formy nevyhnutný? Musí sa potom systém vrátiť na menej komplexnú, menej zložitú

⁴⁵ To sa stalo mnohým impériám. V prípade napr. obchodných spoločností je analógiou takehoto stavu monopolné postavenie na trhu. Firma môže „prežiť“ napriek všetkému, pretože bude využívať iné faktory než vlastnú efektívnosť. Napr. vlastný vplyv, absenciu konkurencie apod. Pozri: LUCAS, Robert E. Jr. On the Size Distribution of Business Firms, *The Bell Journal of Economics*. 1978, roč. 9, č. 2, s. 523.

⁴⁶ KOROBKIN, R. B. – ULEN, T. S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, s. 1113–1132.

⁴⁷ KOROBKIN, R. B. – ULEN, T. S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, s. 1062–64 a 1114.

⁴⁸ V ekonomickej teórii sa tento jav označuje ako zákon klesajúcich výnosov: Pozri: SAMUELSON, Paul A. – NORDHAUS, William D. *Ekonomía I*. Bratislava: BRADLO, 1992, s. 49–50, a COOTER, R. – ULEN, T. *Law and Economics*, s. 21 , pozri tiež: TAINTER, J. *Kolapsy složitých spoločností* , s. 151–153.

úroveň fungovania? (Ktorá je však ekonomicky a energeticky efektívnejšia – aj takto pozitívne môžeme interpretovať kolaps).

Historická skúsenosť ale naznačuje, že spoločnosti si s nejakou bodom nulovej medznej hodnoty a bodom zlomu aspoň v niektorých prípadoch poradili – inak by nemohol existovať pokrok a vývoj by musel zastagnovať. To sa však nestalo a boli aspoň niektoré spoločnosti, niektoré systémy, ktoré sa rozvíjali ďalej.

Vysvetlenie toho, ako to je možné, bude uvedené o niekoľko strán ďalej. Medzitým sa zmyslíme nad tým, či je možné uvedené princípy efektivity fungovania systémov – ktoré boli vysvetlené na veľmi názornom príklade systému inštitúcií, resp. byrokratického aparátu – aplikovať aj na právny systém ako systém zložený z abstraktných noriem.

4. APLIKÁCIA NA PRÁVNÝ SYSTÉM

Nie je dôvod, prečo by to nebolo možné a prečo by sme nemohli merať aj efektívnosť právneho systému.

A to tiež na základe kritéria pomeru prínosu pre spoločnosť a nákladov na jeho udržanie.

To, že právny systém predstavuje pre spoločnosť nejaký prospech je až na výnimky všeobecne uznávané. Možno tiež pripustiť, že tento prínos je dokonca materiálny a je možné ho nejakým spôsobom kvantifikovať. Trocha problém bude azda predstavovať odpoveď na otázku, o akých nákladoch hovoríme v prípade nehmotných abstraktných právnych noriem, ktoré sú napísané niekde v zákone. Tu si však treba uvedomiť, že právo je plnohodnotným právom, len keď je platné a viac alebo menej účinne realizované a aplikované v praxi, nebudaj vynucované. Odráža sa tak v nejakej forme v reálnom živote.

Náklady na právny systém sú z tohto pohľadu najmä nákladmi na jeho tvorbu, realizáciu, aplikáciu a tiež aplikáciu jeho jednotlivých noriem v praxi.⁴⁹ Znamená to právo poznať (a teda sa ho s vynaložením istej námahy učiť), platiť poprípade profesionálnych právnikov, mať systém tvorby práva (zákonodarcovia, ich právni poradcovia), systém kontroly, systém riešenia sporov, mechanizmus ochrany a vynucovania dodržiavania práva a pod.

Je logické, že čím v systéme existuje viac noriem (jeho základných prvkov), tým je drahší.

Vyplyva to už aj z toho, že normy musia byť vo vzájomnom súlade. Pri tvorbe každej normy sa musí sledovať jej vzťah k všetkým ostatným normám. Rovnako aj pri použití konkrétnej normy, je nutné brať ohľad aj na normy ostatné – ak nie všetky, tak aspoň na niektoré – ktoré dokonca môžu byť v predmetnej norme priamo vymenované. Čím je celkový počet noriem väčší, zvyšuje sa štatisticky aj počet noriem, na ktoré treba brať pri aplikácii každej konkrétnej normy ohľad. Stráca sa schopnosť jednotlivca sa v systéme vyznať, je nutná čoraz väčšia a väčšia špecializácia právnikov, rastie riziko, že niektoré

⁴⁹ K tomu pozri aj: ALLEN, Douglas W. Transaction Costs. In: *Encyklopédia of Law and Economy* [online], 1999 [2013-04-27]. Dostupné z: <<http://encyclo.findlaw.com/0740book.pdf>>, najmä s. 895–902. Tým, že na udržiavanie práva existujú isté náklady, toto potvrdzuje svoje postavenie ekonomicky merateľnej a vycísliteľnej komodity. Práva získava na hodnote práve preto, že nie je „zadarmo“. Každý si potom svoje právo a jeho využívanie cení a stráži.

normy nebudú dodržané dôsledne alebo pri ich použití nastane rozpor s niektorými ďalšími normami, čím sa jednotlivец vystavuje riziku sankcií atď.

V prvotnej snahe spraviť poriadok a zefektívniť systém sa stupňuje normotvorné úsilie vydávaním nových a nových noriem, ktoré majú vzniknutú situáciu riešiť, čím sa zložitnosť, ťažkopádnosť a ekonomická náročnosť právneho systému len zvyšuje a vzniká tak začarovaný kruh. Problémy s právnym systémom, ktoré vyplývajú z jeho veľkosti, sa riešia vydávaním nových noriem (veď v minulosti takýto postup fungoval) a problémy sa tak len prehlbujú.

Sme oprávnení sa domnievať, že pri zväčšovaní počtu noriem, náklady na udržiavanie právneho systému rastú rýchlejšie, než výnosy z neho. Táto skutočnosť nemusí byť v praxi vôbec postrehnutá, pretože skutočné sociálne náklady ale aj prínosy z existencie práva sú rozptýlené a veľmi ťažko exaktne merateľné.⁵⁰ Často krát prvým príznakom negatívneho vývoja registrovaným spoločnosťou je až – kolaps, ktorý je chápaný nezriedka ako blesk z jasného neba, ktorý si nevie nikto vysvetliť....

Vývoj právneho systému tak prechádza nasledovnými fázami:

Na začiatku (obyčajne v dávnej minulosti) sa prijal malý počet noriem, ktoré riešia najzávažnejšie spoločenské situácie (chránia život a majetky) a umožňujú vôbec organizovaný spoločenský život. Ich prínos je preto nesmierny a medzný výnos každej novej normy je stále vysoký. Tento však postupne klesá, tak ako normy upravujú čoraz menej dôležité záležitosti a menej významné podrobnosti (veď to je metóda, ktorá sa predtým osvedčila!).

Náklady na systém s čoraz väčším počtom noriem však stále rastú. V jednom momente sa dosiahne bod nulového medzného výnosu a od toho momentu pridávanie novej normy len znižuje celkový zisk z existencie systému. Ak bude počet noriem ešte rásť, nevyhnutne nastane situácia, keď výnosy systému vzhľadom na nafúknuté náklady už neprinesú žiaden zisk. Dosiahne sa bod zlomu.

Právny systém začne pôsobiť ako retardačný fenomén, ktorý odčerpáva zo spoločnosti zdroje bez primeraného efektu, alebo skolabuje, čo môže mať rôznu podobu. Rozpad štátu nie je nevyhnutnou súčasťou tohto procesu. Skôr v prvých štádiách má kolaps právneho systému podobu odklonu od práva a ignorovania jeho noriem a príklonu k iným mimoprávnym spôsobom riešenia životných situácií a sporov: snahy riešiť veci priamo – svojpomocne, bez sprostredkovateľstva súdov a právnikov, použitie iných normatívnych systémov (morálka, náboženské normy, normatívne kódexy rôznych alternatívnych spoločenských zoskupení ako organizovaný zločin, organizácia sebaobran, náboženských súdov a pod.) a obracanie sa na rôzne neformálne autority alebo „autority“.

Strata dôvery v právny systém a jeho kolaps spôsobený neúmernými nákladmi, ktoré vyžaduje, však môže v konečnom dôsledku ohroziť aj existenciu samotného štátu.

Analogický mechanizmus rastu počtu noriem, pričom rastú náklady na systém až do momentu, keď už prestáva byť funkčným, možno vypozerovať aj v iných než právnych systémoch – napríklad v súboroch noriem dvorskej etikety, náboženských predpisoch⁵¹ a pod.

⁵⁰ K tomu pozri aj: ALLEN, D. W. *Transaction Costs*, s. 907–913.

⁵¹ Napr. komplex detailných náboženských predpisov sa stáva takým zložitým a objemným, že v jednom momente ho ľudia odvrhnú ako celok, čo je analógia kolapsu (napr. porovnaj na vzťahu kresťanstva a judaizmu – zrod kresťanstva môžeme vnímať aj ako odvrhnutie dovtedajších nadmerne zväzujúcich predpisov).

5. JE MOŽNÉ PREKONAŤ HRANICE URČENÉ BODOM NULOVÉHO MEDZNÉHO VÝNOSU A BODOM ZLOMU?

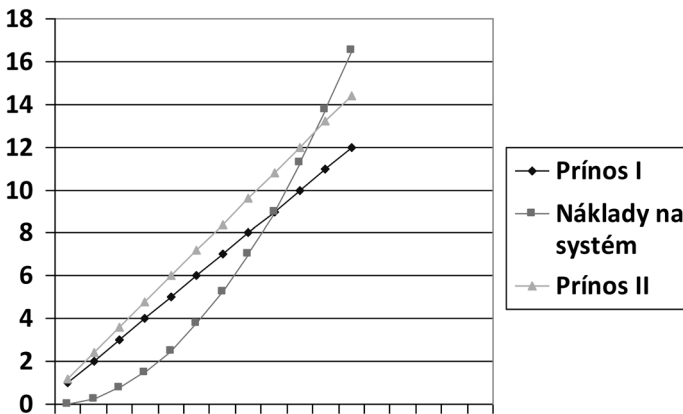
Načrtnutý obraz pôsobí veľmi pochmúrne a vyvoláva dojem, že spoločnosť a jej systémy (vrátane právneho) môžu dosiahnuť len nejakú v zásade vopred danú úroveň a po jej prekročení nastáva kolaps a treba začať od začiatku.

A najlepšia rada, čo v takom prípade môže byť, je držať celý systém na istej primerane komplikovanej úrovni, pri ktorej je efektivita systému a zisk z neho ako-tak prijateľný a dlhodobo udržateľný. Perspektívou do budúcnosti by tak bola stagnácia a to aj za ňu by sme mali byť vďační.

Nie je to však tak a poznáme aj riešenia takejto situácie. Násť východisko zo slepej uličky je totiž možné vďaka zmenám výnosov a nákladov na jednotlivé prvky systému i na systém ako celok. Takúto zmenu môžeme opísať ako „revolúciu v kvalite“, „revolúciu v efektívnosti“ a nezriedka má skutočne charakter aj technologickej revolúcie.⁵²

Ak sa vrátíme k pôvodnému príkladu rastu počtu úradov a štátnych inštitúcií, tak lepším vyškolením úradníkov a ich lepším technickým vybavením možno napr. docieľiť **priaznivejší pomer medzi výnosmi a nákladmi na každú jednotlivú inštitúciu (Q–B).**

Situáciu možno graficky znázorniť takto:



Vidíme, že v prípade novej krivky označenej ako „Prínos II“ sa bod zlomu tak posunul napravo – čo znamená, že moment kolapsu sa tak oddialil a systém môže fungovať aj s väčším počtom prvkom.

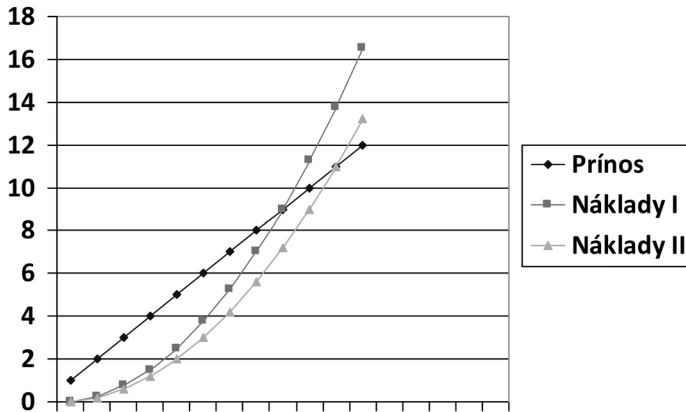
Podobne môžeme **znižovať náklady aj na vzájomnú inerciu medzi prvkami systému** a tak aj náklady na fungovanie systému ako celku.

Dobrym príkladom bolo napríklad v v deväťdesiatych rokoch zavedenie výpočtovej techniky a internetu do oblasti práva. Rôzne elektronické zbierky právnych predpisov umožnili nie len v okamihu vyhľadať akýkoľvek právny predpis ale súčasne ponúknuť aj jeho aktuálne znenie so zapracovanými novelami – teda niečo, čo volakedy musel právnik priebežne sám sledovať alebo prácne vyhľadávať a to dokonca bez záruky úpl-

⁵² Pozri aj: ŠMIHULA, Daniel. Long waves of the technological innovations. *Studia politica Slovaca*. 2011, roč. 2011, č. 2, s. 50–69.

nosti a správnosti. Pomôcky, ktoré mal k dispozícii (napr. občasné republikovanie starších predpisov, publikované zoznamy novelizácií ku každému predpisu a pod.), boli z dnešného pohľadu nedokonalé. Dnes vieme ušetriť azda až 95–99 % pôvodnej práce.

Grafické znázornenie takejto zmeny (krivka „Náklady II“) je nasledovné:



„Sploštením“ krivky nákladov na systém sa opäť podarilo oddialiť „hodinu pravdy“ – bod zlomu ako aj bod nulového medzného výnosu sa posunul napravo.

Systém tak môže byť komplikovanejší, s väčším počtom prvkov. (Pri konštantnom počte prvkov by produkoval vyšší zisk a poskytoval by väčšiu efektívnosť fungovania.)

Nový dosiahnutý priaznivý stav však tiež nie je žiadnym finálnym štádiom a je len medzistupňom na ceste dynamického vývoja. Komplexita systému bude znova rásť a v jednom momente bude potrebná nová technologická revolúcia, nový skok, alebo opäť hrozí kolaps a tak zánik systému. Zdá sa totiž, že ľudská spoločnosť a jej fenomény ako právo, spoločenská organizácia nevedia zastaviť rast komplexity. Tá je daná potrebou nových a nových výkonov. Novým zdrojom rastu komplexity sú aj samotné inovácie, ktoré pôvodne zvýšili efektívnosť. Novovzniknutá „rezerva priestoru“ na rast komplexity odstraňuje na istý čas psychologické zábrany voči pridávaniu nových prvkov a rast zložitosti sa ešte na isté obdobie zrýchli. Nedávnym príkladom je aj spomenuté zavádzanie počítačov a internetu, ktoré na jednej strane prácu s právnymi normami uľahčilo, no na druhej zrýchli aj mechanizmus ich novelizácií a tvorby nových noriem.

Prípadný návrat k jednoduchšiemu stavu je obvyčajne nie úmyselný a cieľavedomý ale skôr dôsledok kolapsu. (Spoločnosť sa obvyčajne snaží prekonať krízu postupom vpred, nie nazad.) Ľudská mentalita nie je ani naklonená napríklad dobrovoľnému sebaobmedzeniu a zastaveniu rastu napr. v optimálnom bode maximálnych výnosov – V minulosti sa totiž expandujúce spoločenstvá bez dobrovoľných obmedzení šírili aj na úrok tých „rozumných“, ktorí vlastnú expanziu zastavili, a tak takáto mentalita v prirodzenej konkurenčnej selekcii prevládla.

Rast komplexity, rast celkového výkonu i rast efektívnosti – ktorý je dlhodobou výsledkom nejakej inovácie či reformy („kvalitatívnej revolúcie“) – zvykneme označiť ako pokrok.

Vieme teda, ako sa vyhnúť pasci narastania zložitosti a hrozbe kolapsu sociálnych a normatívnych systémov. (Neznamená to však, že rastu komplexity napr. právnych

systémov sa môžeme prizerať ľahostajne s vierou, že nejaká technologická revolúcia raz všetko vyrieši. Veď jej príchod nie je automatický a kolaps môže prísť skôr než ona.)

V prospech toho, aby sa prejavila snaha zvýšiť efektívnosť právneho (a iného) systému i v prípade rastu počtu jeho prvkov, pôsobí aj mechanizmus konkurencie a porovnávania sa s inými spoločenstvami. (V krajnej podobe sa môže prejavovať ako mechanizmus kolektívnej evolučnej selekcie.) Porovnávanie sa s inými spoločnosťami je totiž jedným z hlavných zdrojov snahy o pokrok a reformy.

Vývoj spoločnosti vrátane ich právnych systémov v dlhodobom časovom horizonte a v dostatočne veľkom regionálnom priestore, kde sa nachádza viacero konkurujúcich si spoločností, môžeme interpretovať aj ako snahu na jednej strane o dosiahnutie najvyššieho objemu výkonov (prínosov) a na druhej o najnižšiu mieru nákladov. V dramatickom napätí medzi týmito dvoma tendenciami sa dosahuje stav čo možno najvyššej efektívnosti.⁵³ Ak sa to nedeje cestou kvalitatívnych zmien, tak (v konečnom dôsledku) cestou kolapsu, ktorý je dôsledkom snahy o nárast výkonov kvantitatívnou cestou – prostým zväčšovaním systému. Jednoduchý nárast veľkosti systému bez kvalitatívnych zmien však má svoje obmedzenie, ktoré je daná matematicko-štatistickými zákonitosťami fungovania systémov. Sám o sebe je slepou uličkou.

Samozrejme, uvedená snaha o zvyšovanie efektivity sa uplatní v praxi len v spoločnostiach organizovaných, v rámci ktorých existuje autorita, ktorá dokáže cielene meniť spôsob, akým spoločnosť žije a spravuje svoje záležitosti. Tam, kde absentuje autorita zabezpečujúca poriadok a organizovaný charakter spoločnosti, nastáva rýchly špirálovitý sklz k takým spôsobom existencie, ktoré sú síce čoraz menej náročné na vstupné náklady, no súčasne klesá aj miera organizovanosti a schopnosti vôbec produkovať nejaké hodnoty. Výsledkom je paradoxne tiež akýsi stav s efektívnosťou väčšou než 1,00 – avšak táto efektívnosť bude daná malými nákladmi a malými prínosmi. Systém je efektívny ale pri nízkych objemoch celkovej produkcie, ako by to opísal ekonóm.... (Sklon k anarchii a entropii ako „energeticky najmenej náročnému stavu“ je každému sociálnemu systému, okrem tých najjednoduchších a najmenej produktívnych, zrejme prirodzený. Poriadok a vyšší stupeň organizovanosti sa musia udržiavať aktívnou ustavičnou cieleňou činnosťou – ktorá je samozrejme náročná na energiu a materiálne zdroje.)

ZÁVERY A PRAKTICKÉ DÔSLEDKY

Hlavné myšlienky predloženého pohľadu na rast zložitosti sociálnych a normatívnych systémov, ktorý vyplýva z univerzálnej analýzy matematicko-štatistickej, možno sformulovať do niekoľkých téz:

- 1) Každý sociálny systém i systém noriem (vrátane práva) vyžaduje nejaké náklady na vlastné udržanie a fungovanie. Bez týchto cielene vynakladaných inputov (čas, energia, materiálne statky, intelektuálne vklady), sa systém začína samovoľne rozpadáť a zanikať.
- 2) Tieto náklady sú legitimizované tým, že z existenciu systému sú nejaké pozitívne výnosy, o ktorých sa spoločnosť prinajmenšom domnieva, že náklady prevyšujú.

⁵³ Aj pri vývoji právnych systémov sa tak prejavuje špecifický trend k „maximalizácii ziskov“. Pozri: ULEN, T. *Rational Choice Theory in Law and Economics*, s. 792.

- 3) So zvyšovaním úrovne zložitosti sociálnych a normatívnych systémov a počtu ich prvkov rastú od istého štádia náklady na systém rýchlejšie než výnosy z neho. Vyplyva to z matematicko-štatistických vlastností fungovania systému ako takého bez ohľadu na kvalitu jednotlivých prvkov systému a úrovne ich prepojenia
- 4) Samotné vlastnosti prvkov (napr. obsah právnych noriem) a tiež vlastnosti prepojenia medzi nimi (z matematického hľadiska ich môžeme považovať za akési nákladové koeficienty) majú istý vplyv na rýchlosť tohto rastu – napr. môžu ho spomaliť – no základný trend nemôžu zmeniť.
- 5) Z dlhodobého časového hľadiska tak pri stálom raste zložitosti systému a počtu jeho prvkov klesá miera jeho efektívnosti, ktorá je dôsledkom klesajúcich medzných výnosov.
- 6) V istom momente (po dosiahnutí bodu nulového medzného výnosu) aj celkový zisk zo systému začne klesať a nakoniec (v bode zlomu) sa výnosy a náklady vyrovnajú – zisk je nulový.
- 7) Po dosiahnutí tohto bodu zlomu pri ďalšom pokračovaní rastu zložitosti systému a počtu jeho prvkov sa systém stáva stratovým, možno dokonca zbytočným, a hrozí jeho kolaps.
- 8) Kolaps možno oddialiť alebo sa vyhnúť i pri pokračujúcom raste zložitosti systému a počtu jeho prvkov vylepšením kvalitatívnych parametrov systému a jeho prvkov. Tieto vylepšenia znížia náklady alebo zvýšia výnosy. Vonkajším prejavom takéhoto zlepšenia je nárast merateľnej efektívnosti. Vylepšovanie kvalitatívnych parametrov môže mať podobu reformy, technologickej modernizácie, zdokonaľovania ľudského potenciálu a pod.
- 9) Rast nákladov na spoločenské a normatívne systémy a pokles medzných výnosov si spoločnosť veľmi dlho nemusí uvedomovať, pretože sú obyčajne zo svojej podstaty rozptýlené a skryté medzi veľkým množstvom všetkých ostatných nákladov potrebných na fungovanie spoločnosti.
- 10) Zdá sa, že kvalitatívne zlepšenia sa skôr presadia v situácii, keď vedľa seba existuje viacero konkurujúcich si spoločností, pretože vlastnú situáciu možno porovnať s inou spoločnosťou a vlastná nízka efektívnosť fungovania je skôr postrehnutá a reflektovaná.

Článok vlastne ponúka vysvetlenie, že prečo napriek veľkému úsiliu zdokonaľiť právny systém vydávaním nových a nových právnych predpisov, ktoré ho majú vylepšiť, v skutočnosti spokojnosť s efektívnosťou právneho systému nezriedka klesá. Možnou príčinou je práva nárast jeho zložitosti, veľkosti a komplexnosti, ktorý nebol sprevádzaný „revolúciou v kvalitatívnych parametroch“ (napr. kvalite sudcov, úradníkov, politikov, advokátov, v technickom vybavení, kvalite obsahu právnych predpisov a pod.).

Uvedený pohľad opisuje len jednu z mechanizmov pôsobiacich na stratu efektívnosti právneho systému a príčiny jeho kolapsu avšak mechanizmus, ktorý bol doteraz pomerne málo postrehnutý a spracovaný.

JUDr. MUDr. Daniel Šmihula PhD. Dr.iur.

RECENZE

Sánchez Cordero J. A. (ed.). The 1970 UNESCO Convention. New Challenges. La convención de la UNESCO de 1970. Sus nuevos desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas. Serie Doctrina jurídica No. 675, 2013, 417 s.

Recenzovaná kolektivní monografie, kterou editoval a zároveň se na ní podílel autorsky významný mexický komparatista Jorge A. Sánchez Cordero, se zaměřila na Úmluvu o opatřeních k zákazu a zamezení nedovolenému dovozu, vývozu a převodu vlastnictví kulturních statků (Paříž, 4. 11. 1970). Tato úmluva, kterou je vázána již dlouhá léta i Česká republika,¹ si klade za cíl ochranu kulturních statků proti nebezpečí krádeže, tajných vykopávek a nezákonného vývozu ve světovém kontextu s tím, že ochrana kulturního dědictví může být účinná pouze tehdy, je-li organizována v národním i mezinárodním měřítku v úzké spolupráci mezi státy. Sice se uvádí, že do českého práva byl pojem „kulturního statku“ zaveden zákonem č. 101/2001 Sb., o navracení nezákonně vyvezených kulturních statků,² kterým byla transponována evropská směrnice Rady č. 93/7 EHS o navracení kulturních statků neoprávněně vyvezených z území členského státu, tento pojem však podrobně vymezuje právě již úmluva z r. 1970. Této úmluvě byla věnována konference *The Globalization of the Protection of Cultural Heritage. The 1970 Convention: New Challenges*, která se pod patronací UNESCO (Organizace spojených národů pro výchovu, vědu a kulturu) a UNIDROIT (Mezinárodního ústavu pro sjednocení práva), IALS (Mezinárodního sdružení právních věd) a Ústavu pro výzkum práva Národní autonomní univerzity Mexika uskutečnila v Mexiko City v březnu 2013. Recenzovaná monografie představuje konečný výstup z konference, který podává čtenáři ucelený obraz s řadou inspirativních podnětů v této často opomíjené oblasti. Otázka ochrany kulturního dědictví nebyla dosud uspokojivě vyřešena, a přestože k nejvýraznějším případům drancování a nelegálního obchodování s kulturními statky dochází většinou mimo naše území, je tato otázka aktuální i pro Českou republiku. Je potřebné zdůraznit globální rozměr ochrany kulturního dědictví a společně se zamyslet nad možnostmi, jak tuto ochranu zefektivnit, ať již pomocí právní regulace, či alespoň *soft law*.

Kniha je vskutku mezinárodní, jak to také odpovídá zúčastněným organizátorům a autorům, kapitoly jsou většinou v angličtině, rovněž ve španělštině a několik i ve francouzštině. Autorkou úvodního příspěvku *Poner coto al tráfico ilícito de bienes culturales* (Zabránit nelegálnímu obchodování s kulturními statky) je Irina Bokova, generální ředitelka UNESCO. Kulturní statky nejsou obyčejným zbožím: zachovávají paměť aspirací jednotlivých národů a jejich identity. Bokova uvádí statistiky častých krádeží a drancování kulturních památek v Kambodži, na Blízkém a Středním východě, v Latinské Americe i v dalších oblastech. Je zajímavé, jak se vyvíjel ratifikační proces úmluvy, která je sice z r. 1970 (Československo k ní přistoupilo již v r. 1977), některé vyspělé státy ji však ratifikovaly mnohem později, např. Francie v r. 1997, UK a Japonsko v r. 2002, Německo v r. 2007 a Belgie a Nizozemí až v r. 2009; od r. 2000 k ní přistoupilo 30 smluvních států, což je pozitivní trend. Veřejné právo bylo doplněno Úmluvou UNIDROIT o ukradených nebo neoprávněně vyvezených kulturních statcích z r. 1995,

¹ Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property, u nás publikována ve vyhlášce č. 15/1980 Sb. V současné době má 123 smluvních států.

² Důvodová zpráva k zákonu č. 2014/2002 Sb., o vývozu některých kulturních statků z celního území Evropských společenství.

kteřá je instrumentem soukromého práva vztahujícího se k mezinárodnímu obchodu s uměleckými díly. Iniciativy v tomto směru rozšiřuje i evropská směrnice 93/7 o navrácení kulturních statků neoprávněně vyvezených z území členského státu. Autorka připomíná, že přes tyto a další iniciativy je nelegální obchod s uměleckými díly stále temnou stránkou globalizace. Ukazuje se, že boj proti tomuto obchodování je politicky velmi delikátní otázkou. Zároveň nastoluje problémy ekonomické, právní a kulturní. Ne zcela jasné jsou vztahy mezi státy, archeology a osobami, které se podílejí na nelegálních vykopávkách: např. informace o nových objevech zčásti pocházejí i od hledačů pokladů. V závěru autorka uvádí, že cílem úmluvy nebylo zabraňovat oběhu kulturních statků: kulturní výměny jsou významné pro vzájemné poznání a porozumění, je však důležité, aby se tyto výměny uskutečňovaly dobrovolně a nebyly podřízeny anarchii černého trhu. Veškerá opatření, která probíhají pod záštitou UNESCO – evidence kulturních statků, posílení bezpečnosti muzeí a hlavních archeologických nalezišť a pomoc těm institucím, které chrání kulturní statky v terénu – vycházejí z toho, že kulturní dědictví je jednou ze záruk identity určitého národa, určitého místa, které se promítá do historie sdílené s jeho sousedy, je faktorem růstu a lidského vývoje. Autorka končí tím, že naše schopnost zdůrazňovat kulturní diverzitu mezi státy a v rámci každého z nich bude z velké míry záležet na našem respektování kulturního dědictví.

Druhým základním příspěvkem je kapitola *UNESCO, UNIDROIT y la restitución de bienes culturales* (UNESCO, UNIDROIT a navrácení kulturních statků), autorem je José Angelo Estrella Faria, generální tajemník UNIDROIT. Autor se zaměřuje zejména na spolupráci mezi UNESCO a UNIDROIT, která se začala rozvíjet v r. 1950. Poukazuje na to, že úmluva z r. 1970 je instrumentem mezinárodního práva veřejného, jejími destinatáři jsou smluvní státy a mechanismus navrácení kulturních statků je předvídan diplomatickou cestou (srov. čl. 7 úmluvy, obsahující závazky smluvních států). Široké formulace úmluvy neumožňují přímou použitelnost jejích ustanovení ve smluvních státech. Např. podle čl. 13 se členské státy³ této úmluvy zavazují, že zabrání všemi vhodnými prostředky takovým převodům vlastnictví kulturních statků, které směřují k usnadnění nedovoleného dovozu a vývozu těchto statků. To však neřeší otázky soukromého práva, které jsou zde podstatné. Autor uvádí jako příklad čl. 7 odst. b ii) povinnost státu podniknout příslušné kroky k nalezení a navrácení kulturního statku státu původu na jeho žádost za podmínky, že žádající stát zaplatí spravedlivou náhradu osobě, která získala tento statek v dobré víře, či osobě, která má na tento statek platný právní nárok. Úmluva neposkytuje žádné kritérium pro posouzení toho, co je dobrá víra a kdo je oprávněným držitelem. Na druhé straně vytvoření instrumentu jednotného zákona, založeného čistě na soukromém právu, se ukazuje v dnešním světě, kdy nedovolený obchod je organizován na vysoké úrovni, jako zcela neadekvátní. Je potřebné vytvořit určitou rovnováhu mezi dvěma základními postuláty: na jedné straně musí právo napomáhat legitimnímu vlastníkovu ke zpětnému získání věci, kterou pozbyl bez svého souhlasu, na straně druhé zákon zároveň poskytuje v zájmu zajištění právní jistoty určitou ochranu tomu, kdo věc získal v dobré víře od osoby, kterou považoval za legitimního vlastníka. Problémy tu nastoluje odlišný přístup *common law* a kontinentálního práva, kdy kontinentální právo poskytuje nabyvateli v dobré víře podstatně vyšší ochranu než *common law*. Naznačený problém zčásti řeší mezinárodní právo soukromé, které pro otázku posesorních a vlastnických žalob vychází z kolizní normy právního řádu místa polohy věci. Může se tak stát, že žalobci se podaří dosáhnout výhodnějšího výsledku v zahraničí ve srovnání s tím, čeho by dosáhl podle svého práva (případ *Kunstsammlung Weimar v. Elicofon*), zatímco v jiném případě, jako *Winkworth v. Christie*, měla aplikace zahraničního práva za následek, že vlastník byl zbaven práva, které by mu ustanovení jeho vlastního právního řádu přiznala. Tyto otázky se snaží řešit Úmluva UNIDROIT o ukradených nebo neoprávněně

³ Správně by mělo být nikoli „členské“, ale „smluvní“ státy. Vycházím z překladu úmluvy ve Sbírce zákonů.

vyvezených kulturních statcích z r. 1995, kterou lze chápat jako doplněk úmluvy z r. 1970. Úmluva poskytuje legitimnímu vlastníku nebo státu, z jehož území byl kulturní statek nezákonně vyvezen, přímý přístup k soudům všech smluvních států, jimž ukládá povinnost zajistit navrácení (čl. 3 odst. 1 úmluvy UNIDROIT). Úmluva se snaží řešit i další otázky, jako je vymezení dobré víry a odškodnění, porušování vývozních pravidel státu původu, aj. Čtyři základní principy, na nichž je úmluva postavena (povinnost navrácení, právo na odškodnění při efektivním prokázání dobré víry nabyvatele, stavení promlčení po dobu, po kterou vlastník nezná místo, kde se statek nachází, a uznání předpisů o omezení vývozu kulturních statků), ilustrují komplementárnost obou úmluv. Úmluva UNIDROIT vstoupila v platnost v r. 1998 a dnes má 33 smluvních států (v době psaní této recenze již 35 států – stav ke dni 17. 3. 2014), další státy recipovaly její ustanovení do svého práva, např. Švýcarsko.⁴ Autor uzavírá příspěvek opatrným optimismem, že postupně bude dosaženo právního povědomí o potřebě navracet nezákonně vyvezené kulturní statky jejich legitimním vlastníkům.

Zajímavým příspěvkem, jehož autorkou je Marie Cornu, ředitelka výzkumu CNRS (*Centre national de la recherche scientifique*), které je největším evropským výzkumným střediskem se sídlem ve Francii, a zároveň ředitelka *Centre de recherches sur la coopération juridique internationale*, je *La mise en oeuvre de la Convention UNESCO de 1970 en Europe* (Uplatňování úmluvy UNESCO z r. 1970 v Evropě). Autorka, známá svými publikacemi z oblasti kulturního práva a ochrany kulturního dědictví, se zaměřila na prevenci a boj proti nezákonnému transferu kulturních statků v rámci Evropské unie, které probíhají v úzké návaznosti na mezinárodní instrumenty, zejména úmluvu UNESCO a úmluvu UNIDROIT. Zajímavé je srovnání inkorporace ustanovení úmluvy UNESCO do národního práva jednotlivých členských států: některé státy přijaly zvláštní pravidla, jiné novelizovaly své dosavadní předpisy, zatímco další státy úmluvu pouze ratifikovaly bez navazujících opatření. S uplatňováním úmluvy v praxi tak vznikají určité problémy. Autorka poukazuje předně na rozdílné definice kulturních statků a kontroly jejich přemísťování, další rozdíly jsou spatřovány v pojmu dobré víry, odborné péče, v trestněprávních režimech, různě formulovaných kompetencích a nedostatku spolupráce. Dále zmiňuje technické překážky, zejména rozdílné databáze a inventarizace. Bohužel jsem v tomto příspěvku postrádala konkrétní údaje týkající se jednotlivých členských států, které by jistě byly zajímavým srovnáním.

Z dalších kapitol bych chtěla upozornit na příspěvek *The 1970 UNESCO Convention: Insights, Circumstances, and Outlooks*, jehož autorem je známý americký komparatista James Nafziger. Autor poukazuje na přednosti úmluvy, zejména na závazky, které úmluva ukládá smluvním státům, a na její modelový charakter, ale i na určité nedostatky, jako je příliš široký záběr alternativ pro mezinárodní spolupráci států a možnost smluvních států zaměřit se pouze na provedení těch ustanovení, která jim vyhovují, nebo někdy nejasné formulace jednotlivých ustanovení, např. termín „muzeum“ v čl. 7. Problémem je také tzv. *escape language* – např. čl. 7 ukládá státům „...učinit potřebná opatření v souladu se svým národním zákonodárstvím“. Nebo podle čl. 8 se státy zavazují „postihovat sankcemi“ osobu odpovědnou za porušení uvedených zákazů – je otázkou, co znamená výraz „postihovat sankcemi“. Dalším nedostatkem jsou určité mezery úpravy, ty řeší úmluva UNIDROIT, která by ale vyžadovala více smluvních států. Autor poukazuje na význam *soft law*, příkladem je iniciativa *International Law Association*⁵ a etické kodexy, např. Kodex profesionální etiky muzeí z r. 2004, přijatý *International Council of Museums*. Autor však nedoporučuje komplexní revizi úmluvy z r. 1970, neboť ta by mohla ohrozit celý režim úmluvy.

⁴ Česká republika, na rozdíl od Slovenska, není smluvním státem.

⁵ Srov. Principy spolupráce při vzájemné ochraně a transferu kulturního materiálu, ILA, *Report of the Seventy-Second Conference 2006*.

Edouard Planche, specialista na právní ochranu kulturních statků, který v rámci UNESCO odpovídá za implementaci úmluvy z r. 1970, je autorem kapitoly *L'UNESCO et la Protection du Patrimoine Culturel: Défis et Perspectives de la Convention de 1970* (UNESCO a ochrana kulturního dědictví: výzvy a perspektivy úmluvy z r. 1970). Jeho pohled na úmluvu je dost kritický: z dnešního pohledu by úmluva, která dosáhla významného počtu ratifikací, vyžadovala určité revize. Bylo by např. vhodné rozlišit pouhá doporučení smluvními státy od normativního textu, lze uvažovat o dodatkovém instrumentu k úmluvě, lze se inspirovat jinými úmluvami v oblasti kulturního dědictví, např. Haagskou úmluvou z r. 1954 o ochraně kulturních statků v případě ozbrojeného konfliktu a jejími mechanismy. Úmluva postrádá vlastní mechanismy revize – autor doporučuje zejména vytvoření systému formálních řídicích orgánů, které by zefektivnily uplatňování úmluvy v praxi.

Nelze ponechat stranou příspěvek *The Evolving Landscape of Mexican Cultural Heritage*, jehož autorem je již zmíněný mexický komparatista Jorge Sánchez Cordero. Autor předně zdůrazňuje potřebu rozlišení hmotného a nehmotného kulturního dědictví a jejich *rationae materiae* a uvádí specifické problémy ochrany ve federálním státě včetně institucionálního zabezpečení. Autor kriticky poukazuje na to, že národní model ochrany kulturního dědictví se vyčerpá a že je potřebné usilovat o model multilaterální, který lépe odpovídá současné době. Uzavírá tím, že výzkum, navracení a podpora kulturního dědictví by měly směřovat k obnovení historické věrohodnosti, politika kulturního dědictví musí přistupovat k oběma aspektům, tedy k sociálně ekonomické infrastruktuře, která výrazně ovlivňuje lidské hodnoty, a ke kulturním faktorům, které mají zásadní význam pro dnešní rozvrstvení společnosti, velmi citlivě.

Profesor soukromého a srovnávacího práva a vědecký ředitel Mezinárodního sdružení právních věd Mauro Bussani uzavírá knihu souhrnnou zprávou *The (Legal) Culture of Cultural Property*, která předně vymezuje pojem kulturní statek a jeho jednotlivé prvky, tak jak se objevily v některých příspěvcích. Dále se zaměřuje na mnohostrannost, kterou přenášejí na kulturní dědictví výrobci, uživatelé a obchodníci. Připomíná článek Merrymana (*Two Ways of Thinking About Cultural Property*), podle něhož existují země, které jsou zdrojem kulturních statků, ale často mají samy omezené finanční zdroje, a země, které jsou hlavně bohaté, ač tolik kulturního dědictví samy nemají a snaží se kulturní statky získat. Mezi těmito dvěma kategoriemi existují značné překryvy. Všimá si toho, že řada států od šedesátých let výrazně změnila svůj postoj k ochraně kulturního dědictví, možnosti ochrany ve smyslu obou hlavních úmluv však stále zůstávají limitovány. Úmluvě z r. 1970 se podařilo úspěšně proniknout do sféry regulace, kam se do té doby právo nedostalo, a svět se naznačenými otázkami zabývá vážněji než dříve. Autor uzavírá, že pokud je naším problémem ochrana kulturních statků, část řešení je rozšíření právní kultury „kulturního statku“. A bez úmluvy UNESCO by i jen tato část řešení byla stěží představitelná.

Recenzovaná publikace má vysokou odbornou úroveň, myslím, že pro řadu našich čtenářů otevírá nový pohled na oblast, která stojí prozatím spíše na okraji zájmu českých právníků, minimálně se o ní příliš nepublikuje. Otázky kulturního dědictví a jeho ochrany bychom však neměli podceňovat a toto je určité téma, kterému by se měla blíže věnovat i česká nauka. A kde jinde začít, než u mezinárodního práva veřejného i soukromého, protože tato oblast skutečně vyžaduje nikoli individuální, ale koordinovaný postup mezinárodního společenství.

Pokud mám dobré informace, kniha, která vyšla nedávno – na přelomu minulého a tohoto roku, je již zcela rozebrána a připravuje se její dotisk.

prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc.
Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Tauchen J. – Kazda J. Bibliografie vybraných právnických časopisů a sborníků 1918–1989. Brno: Masarykova univerzita, 2013, CD ROM

Na katedře dějin státu a práva brněnské právnické fakulty byl dokončen projekt zpřístupňující výběrovou bibliografii právnických časopiseckých článků a sborníkových příspěvků vydaných v Československu v letech 1918 až 1989 (autoři Jaromír Tauchen, Jan Kazda).¹ Podařilo se tím splnit sen řady právních historiků: už léta v počítači každého z nás obdobná bibliografie vzniká, je však omezena na určité téma, osobnost či obor a až nyní byla sestavena bibliografie komplexní. Význam projektu je ještě umocněn proběhlou rekonstrukcí soukromého práva, která úzce navazuje na meziválečnou éru. Odborná veřejnost tak dostává do rukou skvělého pomocníka a trůfáme si tvrdit, že to bude na dlouhou dobu jeden z nejinspirovatelnějších bibliografických zdrojů naší civilistiky.

Projekt se oprávněně soustředil pouze na dvě kategorie právnických publikací: 1) periodika (časopisy, věstníky, ročenky a periodické sborníky) a 2) konferenční sborníky a pocty. Monografie jsou dostupné v knihovních databázích a novinové články právníků mají převážně popularizační charakter. Z periodik pak byly excerpovány především odborné články, zahrnutí by si však zasloužily také kratší (neanonymní) příspěvky v sekcích „Hovorna“ apod.

Rozsah bibliografické databáze je úctyhodný – obsahuje 26 688 článků z 34 časopisů a 82 sborníků. Je nutné zdůraznit, že autoři nepojali projekt pouze jazykově, ale naopak teritoriálně, takže v databázi najdeme také německé časopisy a sborníky vycházející v českých zemích. Z meziválečné éry postrádáme pouze jediný významný časopis (jehož zařazení by mělo svoji symbolickou hodnotu, i když většina příspěvatelů byla ze zahraničí), a to *Revue internationale de la théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* vycházející v letech 1926/27–1938 u R. M. Rohreru v Brně, ze sborníků pak *Achter Deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei* (1937) a *Politika a věda* (1938) a z poct Randovu (1934) – *Randův jubilejní památník*, Krčmářovu – *JUDr. Jan Krčmář* (1937), Švambergovu (1940), Englišovu – *Englišova šedesátka* (1940) a Sommerovu – *Otakar Sommer* (1941). Poválečná produkce by mohla být také ještě více rozšířena, ale ve své podstatě je méně přínosná než produkce meziválečná.

Je pochopitelné, že se v takto velkém množství dat najdou určité nepřesnosti (někde vypadla z názvu slova, jinde celé články, např. Sedláčkův z *Prager Juristische Zeitschrift* z roku 1928), ale jde spíše o výjimky, jak nám vyplývá z dílčích sond. Do značné míry to je dáno tím, že se při sestavování bibliografie vycházelo pouze z obsahů, vhodnější by však bylo zohlednit i jednotlivé příspěvky (v některých případech se totiž názvy liší, v obsahu často nebývá uveden podnázev). Citace by dále měla být uváděna včetně celého stránkového rozsahu (nejen první strany). Přes uvedené nedostatky databáze k základní orientaci bezesporu poslouží a paradoxně může být v této podobě také jistou pojistkou před jejím (pouze formálním) vytěžováním, zejména ze strany studentů. Jako orientační musíme samozřejmě vnímat také rozdělení do kategorií (odvětví).

Projekt je určen především pro právníky pozitivních předmětů, pro právní historiky má spíše orientační charakter, protože řada právněhistorických článků se nachází také v historických časopisech a sbornících (*ČCH*, *ČMM*, *Sborník archivních prací*, *Studie o rukopisech*, *Historie a muzejnictví* a dalších).

Po stručném zhodnocení projektu se zamysleme nad dalšími směry jeho rozvíjení a prohloubení. Vidíme tři možné cesty: 1) zdrojovou, 2) biografickou či 3) jejich kombinaci.

Z hlediska zdrojů by mohla být databáze rozšířena buď o produkci do roku 1918 (zvl. *Právník* od roku 1861, později pak *Česká advokacie* od 1904, *Právnícké rozhledy* 1900–1911, *Sborník věd právních a státních* od 1901 či *Zprávy Právnícké Jednoty Moravské v Brně* 1892–1917), nebo o nové časopisy, které nemají výlučně právní zaměření, ale právníci do nich také přispívali – zejména o ročenky či časopisy vědecko-vzdělávacích institucí (např. *Almanach České akademie věd a umění*, *Bratislava*, *Časopis svobodné školy politických nauk v Praze*, resp.

¹ Dostupný také z: <https://is.muni.cz/el/1422/podzim2013/EL032/um/index.html>.

Politická revue, Ročenka Masarykovy university v Brně) a o další specializovaná periodika (mj. *Časopis pro železniční právo a politiku, Naše věda, Nekalá soutěž, Soutěž a tvorba, Obzor národohospodářský, Parlament, Péče o mládež, Peněžní praxe, Právo československé či Zemědělská politika*).

Z biografického hlediska by mohly být doplněny životopisné údaje k autorům a důsledně určeno také autorství jednotlivých článků. V databázi se totiž objevuje jeden autor i pod čtyřmi jmény (např. Hrdlička; Hrdlička, V.; Hrdlička, Vlad.; Hrdlička, Vladimír) a pod jedním jménem se někdy naopak skrývají články dvou různých autorů (Cyril Horáček, Jan Kapras, Vladimír Kubeš a František Vážný) – většinou jde o příbuzné (o otce a syna – Horáčkové a Kaprasové, či o strýce a synovce – Vážní), jindy o pouhou shodu jmen (Kubešové), což bývá z bibliografického hlediska ještě komplikovanější. Chybná autorská přiřazení se běžně vyskytují také v rámci knihovních katalogů, proto je nutné vycházet jak z vlastního textu publikací, tak ze znalosti dobových reálií.²

Jako každý nový projekt má databáze sice své dětské nemoci, ale klady nepochybně převažují. Ocenění pak patří nejen samotným tvůrcům, ale také instituci, která projekt zaštitila, protože k čemu jsou nápady, aktivity a přípravy projektů, pokud nenacházíte alespoň elementární porozumění na povolaných místech.

JUDr. Mgr. Ondřej Horák, Ph.D.

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Gerloch A. – Kysela J. a kolektiv. 20 let Ústavy České republiky. Ohlédnutí zpět a pohled vpřed. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, 391 s.

Ve dnech 10. a 11. prosince 2012 proběhla v prostorách Senátu a Poslanecké sněmovny konference k příležitosti 20. výročí vzniku Ústavy České republiky. Téměř o rok později vyšla tato kniha, která je především, ale nejen, souborem vystoupení, jež na této konferenci zazněla. Kolektiv autorů čítá 26 rozmanitých osobností jednak života politického (například *Marka Bendu, Milana Štěcha, Miroslavu Němcovou, Zdeňka Jičínského*), akademického (*Borise Baloga, Jiřího Drahoše, Aleše Gerlocha, Jana Grince, Dušana Hendrycha, Marka Káčera, Michala Klímu, Jana Kudrnu, Jana Kyselu, Pavla Maršálka, Miloše Matulu, Václava Pavlíčka, Ondřeje Preusse, Karla Schelle, Jána Sváka, Michala Tomáška a Jana Wintra*), tak osobností z prostředí soudcovského (*Pavla Holländera, Zdeňka Kühna, Jiřího Malenovského, Vladimíra Sládečka, Kateřiny Šimáčkové*), přičemž mnoho z vyjmenovaných osobností by bylo možno zařadit do více zmiňovaných kategorií.

Jak je patrné z názvu knihy, příspěvky se věnují jednak vzniku Ústavy ČR, jednak se objevují úvahy o možných změnách jejího textu. Některé příspěvky hodnotí to, jak naše Ústava a jednotlivé ústavní instituty obstály během dvaceti let svého působení v českém právním systému. Kniha by tedy neměla chybět v knihovně žádného „ústavomilce“, ale také každého, kdo se zajímá o politicko-právní dopady Ústavy na život společnosti. Vzhledem k tomu, že kniha je de facto sborníkem z konference, je nutné k ní také tak přistupovat, mnoho textů tedy začíná slovy „*Vážené dámy, vážení pánové...*“ a to zejména počáteční projevy. Některé statě jsou psány více jako články, z některých dýchá fakt, že jde o přeepsané mluvené slovo. Po úvodních projevech, které čtenáře seznamují s významem české Ústavy a jejím místem v systému českého

² Poměrně kuriózní záměnu najdeme v rámci publikace *Přehledné dějiny českého a slovenského dějepiscetví* (2009), kde byla k výkladu (s. 879–881) o právním historiku Františku Čádovi (1895–1975) umístěna fotka jeho stejnojmenného otce (1855–1918), profesora filosofie a pedagogiky. Naopak Fr. Čádovi ml. bývá nesprávně přiřazováno autorství doslovu (s. 75–80) k Tilschově práci *Aforismy a myšlenky*, vydané z rukopisné pozůstatosti Právnickou jednotou v Praze v roce 1916. Také autor této recenze nesprávně zařadil při zpracovávání bibliografie prof. Kubeše některé práce jeho jmenovce.

právního řádu, přichází několik příspěvků, které se věnují vzniku Ústavy. Velmi podnětným je z tohoto pohledu příspěvek *Dušana Hendrycha*, který se věnuje zdrojům návrhů Ústavy a nechává nás nahlédnout do fungování ústavní kuchyně z pohledu jednoho z členů Komise vlády pro její přípravu. Na téma vzniku Ústavy ČR navazují i další autoři – například *Marek Benda*, který do svého textu promítá osobní často i úsměvné vzpomínky na tvorbu a vznik jejího textu. Velmi čtivý a poučný je text *Paula Maršálka*, který se věnuje ústavní mytologii či mytizaci Ústavy a zamýšlí se nad otázkami změn Ústavy na základě změn společenských. Hodnotný text přináší *Jan Kudrna*, který se věnuje dle svých slov jedné z našich ústavních tradic, kteroužto je „záplatování“. Vyjmenovává jednotlivé faktory, které byly součástí přípravy ústavního textu a které ovlivnily pozdější přístupy k Ústavě. Mezi faktory řadí například krátký čas na její přípravu, vyloučení opozice z příprav či převratnost doby, ve které se text připravoval.

V knize nalezneme také texty týkající se Ústavního soudu a jeho vlivu na Ústavu ČR – poučnou sondu k pojmu materiálního jádra Ústavy, respektive náležitostí demokratického právního státu, v judikatuře Ústavního soudu přináší *Ondřej Preuss*. Pojmu materiální ohnisko se věnuje také příspěvek *Marka Káčera*, který analyzuje pojem společenské smlouvy právě ve spojení s materiálním jádrem ústavy a tyto dva pojmy staví do protikladu.

Kateřina Šimáčková rozebírá pojmy právní stát a vláda práva a poukazuje na deficity, které v České republice v právním světě panují, jde například o nedostupnost soudní ochrany pro vyčleněné skupiny obyvatel, či nekvalitní právní argumentaci v sociálních otázkách ať ze strany advokátů, soudů či úřadů. Několik příspěvků v knize se věnuje dalšímu důležitému tématu a to spojení a fungování Ústavy ČR v rámci Evropské unie. *Jan Wintr* a *Zdeněk Kühn* přinášejí analýzu ústavních institucí v průběhu dvou desetiletí Ústavy ČR – v prvním případě jde o Parlament a jeho kulturu, v případě druhém se jedná o proměny Ústavního soudu ČR.

Příjemným zpestřením knihy je text *Jána Sváka* a *Borise Baloga* s názvem *20 Fiktivních a reálných problémů Ústavy SR alebo politické strany ako pohotový liečiteľ ústavného hypochondra*. Čtenář jejich příspěvku, zvláště po přečtení textů předcházejících, zjišťuje, že některé problémy česká ústava s tou slovenskou sdílí (například velmi často propíraná problematika imunity poslanců).

Texty v samotném závěru knihy se váží jednak na vztah Ústavy a správního práva (příspěvek *Vladimíra Sládečka*), jednak zde najdeme text *Karla Schelleho*, který nás vrací do 30. let 20. století a doby tehdejších návrhů na změnu ústavy.

Knihy přináší texty, díky kterým lze nahlédnout na Ústavu ČR z různých úhlů pohledu, což lze kvitovat. Jak již bylo zmíněno výše, na některých příspěvcích je velmi zřetelné, že se jedná o přepis vystoupení na konferenci, některé mají formálnější charakter a jsou zpracovány více jako odborný text, proto také čtení knihy není vždy jednoduché či plynulé.

Výtkou, kterou je možné směrem k představované publikaci vznést, je doba jejího vydání. Vzhledem k tomu, že publikace vyšla až na sklonku podzimu roku 2013, přičemž jejím cílem bylo reflektovat stav na konci roku 2012, jsou některé představy, předpoklady a vize v ní obsažené již překonané. Ústava ČR dostala v období svých dvacátých „narozenin“ dárek, respektive pro mnohé spíše danajský dar, v podobě institutu přímé volby prezidenta. Jelikož rok 2013 byl z hlediska ústavního práva poměrně značně poznamenán spory o výklad pravomocí prezidenta, zpopularizoval se pojem ústavních zvyklostí aj., jsou některé problémy, na které je v knize upozorňováno, viděno dnešní optikou, problémy spíše druhé kategorie. Na druhou stranu s tímto vědomím je knihu potřeba číst, jelikož je nepochybné, že kdyby konference nebyla ke dvacátému, ale k jednadvacátému výročí Ústavy ČR, pak by se její obsah mohl podstatně lišit. A proto se nezbyvá než těšit na to, co v závěrečném shrnutí připomíná *Jan Kysela* – za několik let tu bude výročí třicáté.

Text vznikl v rámci realizace Programu rozvoje vědních oblastí Univerzity Karlovy (PRVOUK) 04 s názvem Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu.

Mgr. Ing. Tereza Krupová
Právnícká fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Magdalena Pfeiffer

Where Does a Legal Person Live? Habitual Residence and Domicile of Legal Persons from the Perspective of European Private International Law

Abstract: The article deals with the two connecting factors currently of most importance in European private international law – habitual residence and domicile. When determining either habitual residence or domicile for the purpose of any of the European Regulations adopted within the framework of private international law, a distinction must be made between natural and legal persons. The article summarises briefly the concept of habitual residence and domicile of natural persons and concentrates on the notions of habitual residence and domicile as applied to legal persons. It shows that despite the fact that both are defined in Regulations for the purposes of private international law, their definitions do not necessarily mean a higher degree of legal certainty in cross-border relations. Habitual residence is primarily defined as place of central administration of a legal person, domicile as either place of central administration or statutory seat or principal place of business. However, these autonomous terms are not defined or specified any further in the respective EU Regulations. The article further draws attention to difficulties that might appear when determining a place of central administration of a holding company that is part of a complicated supranational corporate structure, leading to a higher degree of legal uncertainty with respect to the law that applies and the court that has jurisdiction.

Key words: European private international law, connecting factor, habitual residence, domicile, legal person, company, holding company

Josef Mrázek

Cyber Space and International Law

Abstract: The number of different cyber operations including cyber attacks are rising. Cyber threats represents serious risks to both public and private sectors, endangering cyber security of individual states and international security as a whole. Cyber attacks consists of various actions disrupting, denying or destroying computers and computers networks. There is also a growing tendency for militarization of cyber security. NATO is developing policies and capacity armed at cyberwarfare as a new “battlefield”. The USA established Cyber Command as a part of “National military strategy”. Some cyber attacks may be equated to armed attack with following response under the law of armed conflicts. This study is dealing with cyber security, cyber attack and cyber crimes. The only existing international convention in this respect is the European Convention on Cybercrime. In the author's view any activity in cyber space must comply with the rules of international law. The crucial question of this study is when the cyber (computer) attack may constitute use of force (casus belli) which amounts to an armed attack implicating a right to self defense under Art 51 of the UN Charter. The reply is in some serious cases positive.

Key words: Cyber operations, cyber attack, cyber security, cyber crime, cyber warfare

David Kopal

Czech Constitutional Court and Contrapunctual Principles

Abstract: This contribution addresses the relationship between European and Czech law with regard to the theory of constitutional pluralism on the basis of the case law of the Constitutional Court of the Czech Republic. Its aim is to determine to what degree is approach of the Constitutional Court compatible with the Miguel Poiares Maduro's theory of constitutional pluralism, respectively to determine whether the Constitutional Court considers that one legal order should prevail over another or not. The first section of the paper discusses the possible approaches to the relationship between national and European law generally followed by a more detailed description of Maduro's theory. The description focused mainly on assumptions and analysis of the basic concepts that form the basis of this theory. In the next sections the selected decisions of the Czech Constitutional Court concerning European law are analyzed on the basis of the mentioned theory, in particular on the three basic principles: pluralism, coherence and universality. The contribution focuses on issues that form the basis of the relationship between European and Czech law. These issues include, for example, the questions of sovereignty and the transfer of powers. An important area is also the relationship between the Constitutional Court and the CJEU and also its relationship with his European counterparts.

Key words: relationship between European and Czech law, constitutional pluralism, constitutional law, Czech Constitutional Court, primacy of EU Law

Daniel Šmihula

Effectiveness of Social Organisation, Legal Systems and their Collapse

Abstract: The article deals with the evaluation of effectiveness of legal and other social systems. The used method can be described as a "mathematical and statistical approach" and does not belong to traditional "economics of law" in which the effectiveness depends on contents of law. The author supposes that in the case of the numerical growth of components in any system (including legal norms in legal system) costs of the system grow more quickly than gains from the system. In a certain moment therefore the profit from the existence of the system starts to decline because each new added component costs more than a value it can produce. If such a development continues the system reaches a situation when costs of the system are higher than gains from its existence. The system can collapse.

The society can prevent such a development only by increasing of quality of individual components and by decreasing of operating costs. The legal system is not excluded from impacts of these principles. It means that an increased legislative activity and a production of new and new legal norms – without a significant qualitative revolution – will decrease functionality and effectiveness of the legal system which could even collapse.

Key words: effectiveness of legal system, mathematic and statistical principles of system functioning, collapse of social systems, inovation and a reforma of law